

# Gutachten

**An:** Basler Bankenvereinigung  
Zürcher Bankenverband  
Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz

**Von:** Prof. Dr. Philipp Zurkinden, Bernhard Lauterburg  
Prager Dreifuss AG

**Datum:** 12. Januar 2023  
2515739.1

**Betreff:** Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend  
mutmassliche Lohnabsprachen im Bankenbereich

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>3</b>
	A. Zusammenfassung der Antwort zu Frage 1.....	3
	B. Zusammenfassung der Antwort zu Frage 2.....	4
<b>II.</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>7</b>
	A. Ausgangslage .....	7
	B. Informationsaustausch.....	8
	1. Lernende / Praktikanten .....	8
	2. Berufseinsteigende .....	9
	3. Fazit in Bezug auf die Vorabklärung .....	9
<b>III.</b>	<b>Fragestellung</b> .....	<b>9</b>
<b>IV.</b>	<b>Analyse</b> .....	<b>10</b>
	A. Einleitung .....	10
	B. Grundlagen betreffend das Arbeitsverhältnis .....	13
	1. Vorschriften über die Berufsbildung .....	13
	2. Vorschriften für Praktika .....	16
	3. Nach der beruflichen Grundbildung .....	16
	4. Grundsatz der Lohntransparenz .....	19
	C. Kartellrechtliche Grundlagen .....	20
	1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	20
	2. Vorbehaltene Vorschriften .....	21
	3. Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 KG (i.V. mit Art. 4 Abs. 1 KG).....	21
	3.1 Zum Begriff der Wettbewerbsabrede .....	21

3.2	Beseitigung des Wettbewerbs oder erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs ohne Effizienzgründe nach Artikel 5 KG .....	23
3.2.1	Grundsatz.....	23
3.2.2	Die Referenzgrösse: der relevante Markt.....	24
3.3	Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	25
D.	Geltungsanspruch des Kartellgesetzes im konkreten Fall .....	26
1.1	Zur Anwendung des KG auf den Arbeitsmarkt .....	26
1.2	Zweck und Geltungsbereich des geltenden KG .....	29
1.3	Die Eigenheiten des Arbeits- und des Lehrlings- bzw. Lernendenmarkts .....	30
1.3.1	Der Lernendenmarkt untersteht nicht dem KG.....	30
1.3.2	Die Sozialpartnerschaft in der Form der VAB untersteht nicht dem KG.....	31
1.4	Exkurs: Die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Arbeitsmarkt .....	33
<b>V.</b>	<b>Beantwortung der Fragen.....</b>	<b>35</b>
A.	Zur Frage 1 .....	35
1.	Geltungsbereich .....	35
2.	Artikel 3 Abs.1 KG .....	36
3.	Artikel 5 i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG .....	37
3.1	Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG.....	37
3.2	Qualifizierung der Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG .....	37
3.3	Rechtfertigung nach Artikel 5 Abs. 2 KG.....	38
B.	Zu Frage 2.....	38
1.	Geltungsbereich .....	38
2.	Artikel 3 Abs.1 KG .....	40
3.	Artikel 5 i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG .....	40
3.1	Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG.....	40
3.2	Qualifizierung der Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG und Rechtfertigung.....	41

## **I. Zusammenfassung**

- 1 Im Zuge der am 5. Dezember 2022 eröffneten Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend Informationsaustausche über Löhne und Lohnbestandteile von Lernenden und Berufseinsteigenden unterbreiteten die Basler Bankenvereinigung, der Zürcher Bankenverband und der Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz den Gutachtern folgende Fragen:
  1. Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lernende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?
  2. Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lehrabgänger bzw. Berufseinsteigende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?

### **A. Zusammenfassung der Antwort zu Frage 1**

- 2 Anders als in Bezug auf die klassischen Güter- und Dienstleistungsmärkte für deren Schutz das Schweizerische Kartellgesetz geschaffen wurde, gibt es überzeugende Argumente dafür, dass der Bereich Lernende, d.h. der Bereich der beruflichen Grundbildung, vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes nicht erfasst wird.
- 3 Die berufliche Grundbildung ist gemäss Berufsbildungsgesetz eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt (Sozialpartner, Berufsverbände, andere zuständige Organisationen und andere Anbieter der Berufsbildung). Die Organisationen der Arbeitswelt definieren die Bildungsinhalte und Qualifikationsverfahren der beruflichen Grundbildung, können Angebote in der höheren Berufsbildung bereitstellen und stellen Ausbildungsplätze zur Verfügung. Die Kantone sorgen für die Aufsicht über die berufliche Grundbildung. Sie stellen sicher, dass Lehrbetriebe die qualitativen Anforderungen erfüllen und genehmigen die Lehrverträge.
- 4 Die Funktionsfähigkeit des "Gesamtsystems berufliche Grundausbildung" erfordert Koordination, auch bei den Löhnen und Lohnbestandteilen. Damit soll verhindert werden, dass einzelne Branchen, Unternehmen oder auch Regionen versuchen, die besten Lernende zulasten anderer Branchen, Unternehmen oder auch Regionen mit höheren Löhnen zu ködern und dass die Lernende ihre Lehrstellen nach finanziellen Gesichtspunkten auswählen und nicht nach dem Bildungsziel.
- 5 Im Vordergrund steht die Ausbildung von zukünftigen Fachkräften. Ziel der beruflichen Grundbildung ist gemäss Berufsbildungsgesetz, dass sich der Einzelne – nach abgeschlossener beruflicher Grundbildung – beruflich und persönlich entfalten und in die Arbeitswelt integrieren kann. Eine vielfältige, gesamtwirtschaftlichen Interessen dienende berufliche Grundbildung bringt zwar im Ergebnis Fachkräfte hervor, ist aber in erster Linie eine die Sozial- und Bildungsverfassung erfüllende Aufgabe. Aufgrund der im Vordergrund stehenden nicht wettbewerblichen Ziele und der umfassenden Aufsicht durch kantonale Stellen bestehen

überzeugende Gründe dafür, dass weder das Anbieten von Lehrstellen bzw. Praktikumsstellen noch die Nachfrage von Lernenden bzw. Praktikantinnen und Praktikanten nach Lehr- bzw. Praktikumsstellen eine unternehmerische Tätigkeit darstellen. Entsprechend besteht keine Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden.

- 6 Selbst wenn das Sekretariat der Wettbewerbskommission zum Schluss käme, dass der in Frage stehende Informationsaustausch betreffend Lernende vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wäre, ist nicht anzunehmen, dass mit einem derartigen Informationsaustausch überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten bezweckt oder bewirkt werden kann. Damit scheidet die Anwendung des Kartellgesetzes, welches Wettbewerbsbeschränkungen auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten bekämpfen soll, aus. Selbst wenn die Wettbewerbsbehörden die Anwendung des Kartellgesetzes bejahen würden, so könnten aufgrund des geringen Anteils von Lernenden am operativen Gesamtbestand einer Bank und dem, wenn überhaupt, verschwindend kleinen Anteil der Leistungen von Lernenden am Gesamtoutput einer Bank auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten kaum Wirkungen festgestellt werden, womit höchstens ein Bagatellfall, d.h. eine unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen könnte. In jedem Fall wäre der Informationsaustausch aufgrund des Zwecks der beruflichen Grundbildung und der erforderlichen Koordination der involvierten Träger der Effizienzgrund der Verbreitung beruflichen Wissens bzw. der Förderung der Arbeitsressourcen gerechtfertigt.

## **B. Zusammenfassung der Antwort zu Frage 2**

- 7 Der Arbeitsmarkt ist anerkanntermassen ein unvollkommener Markt. Dieser Unvollkommenheit kann entweder interventionistisch durch staatliche Regelungen oder konsensual durch Arbeitnehmenden- und Arbeitgeberverbände geregelt werden. Die Schweiz entschied sich für den zweiten Weg und überliess die Regelung der Arbeitsverhältnisse weitgehend der freien Verfügung von Arbeitnehmenden und Arbeitgebern bzw. deren Verbänden. Von dieser Regelungsfreiheit machten vor über 100 Jahren auch die Arbeitnehmenden und Arbeitgeber im Bankenbereich Gebrauch.
- 8 In den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 war ein ausdrücklicher Vorbehalt dergestalt enthalten, dass diese Gesetze auf *"Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die lediglich das Arbeitsverhältnis betreffen"* nicht anwendbar waren. Aus der Botschaft zum geltenden Kartellgesetz folgt, dass bezüglich des Ausschlusses des Arbeitsmarktes vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes gegenüber den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 grundsätzlich nichts geändert hat. Arbeitsmarktbezogene Abreden zwischen Arbeitnehmenden- und Arbeitgeberverbänden unterfallen somit auch heute nicht dem Kartellgesetz.
- 9 Weil praktisch davon auszugehen ist, dass jede kollektivarbeitsrechtliche Regelung auch Auswirkungen auf nachgelagerte Güter- und Dienstleistungsmärkte hat, muss sinnvollerweise für die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts der Umstand genügen, dass eine Vereinbarung sich auf die dem betreffenden GAV unterstellten Arbeitsverhältnisse bezieht und sich überwiegend auf dem Arbeitsmarkt auswirkt, auch wenn Reflexwirkungen auf anderen Märkten eintreten.

Nur wenn sich bei objektiver Betrachtung herausstellt, dass einer bestimmten Vereinbarung ein vom Arbeitsverhältnis losgelöster Zweck zugrunde liegt, kann diese Vereinbarung dem Kartellrecht überhaupt unterstehen.

- 10 Der Gesamtarbeitsvertrag im Bankbereich, die sog. Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB), enthält eine Vielzahl von Bestimmungen, welche einen Informationsaustausch auch unter Arbeitgebern erfordern. Soll etwa eine paritätische Kommission "*Grundlagen für Verhandlungen*" bereitstellen (Art. 50 VAB) und führen die Sozialpartner "*regelmässig Verhandlungen über die Anpassung des Mindestlohnes unter Berücksichtigung der eingetretenen Lohnentwicklung*" (Art. 26 VAB) und muss ein Lohnsystem "*funktionsorientierte Marktlöhne*" bieten (Art. 24 VAB), so ist der Austausch von Lohninformationen in der Bankbranche geradezu erforderlich zur Einhaltung der VAB. Für die in erster Linie innerbetrieblichen Lohnverhandlungen (Art. 42 VAB) ist ein allgemeiner Informationsaustausch über die Lohnentwicklung in der Bankbranche erforderlich, andernfalls die Einhaltung der Verpflichtung, funktionsorientierte Marktlöhne zu bezahlen (Art. 24 VAB), nur schwer umgesetzt werden könnte. Anders als über den Austausch von Informationen kann kaum eruiert werden, ob die von einer Bank bezahlten Einstiegsgehälter, welche durchaus über dem in der VAB sozialpartnerschaftlich festgelegten Mindestlohn liegen können, der Branchenübung entsprechen.
- 11 In Bezug auf Berufseinsteigende nach erfolgter Berufslehre bzw. nach erfolgten Praktika ist zudem zu berücksichtigen, dass diese in der Regel durch den Lehrbetrieb weiterbeschäftigt werden. Wechsel des Arbeitgebers erfolgen in der Regel erst, nachdem Berufseinsteigende Berufserfahrung gesammelt bzw. weitere Ausbildungen absolviert haben. Vielfach arbeiten Berufseinsteigende in der Bankenbranche in einer ersten Phase ihres Berufslebens nur Teilzeit und absolvieren daneben – in der Regel mit Unterstützung ihrer Arbeitgeber – weitere Ausbildungen. Damit ist, ähnlich wie bei Lernenden, nicht davon auszugehen, dass ein Markt für Berufseinsteigende besteht und mit einem allgemeinen Informationsaustausch zu Löhnen und Lohnbestandteilen überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten bezweckt oder bewirkt werden kann.
- 12 Die Tatsache, dass der Arbeitsmarkt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes weitgehend ausgeschlossen ist, die Eigenheiten des Berufseinstiegs im Bankenbereich und die durch die VAB vorgegebenen Möglichkeiten bzw. Erfordernisse eines Informationsaustauschs über die Löhne und Lohnbestandteile von Berufseinsteigenden sprechen klar gegen eine Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden. Soweit die Wettbewerbsbehörden dennoch ihre Zuständigkeit bejahen sollten, wäre davon auszugehen, dass aufgrund der im Bankenbereich ausserordentlich hohen Übernahmequote kein Markt für Berufseinsteigende besteht und ein reiner Informationsaustausch über Einstiegsgehälter im Sinne der Ermittlung branchenüblicher Löhne somit auch keine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen kann. Eine Wettbewerbsbeschränkung wäre aber in jedem Fall kaum nachzuweisen, womit wie bei Lernenden höchstens von einem Bagatellfall auszugehen wäre.
- 13 Zu grosse Unterschiede bei der Entlohnung von Berufseinsteigenden könnten insgesamt zu einer Schwächung der Berufsbildung führen, indem kleinere Banken unter Umständen keine Anreize mehr hätten, Lernende auszubilden bzw. nach erfolgter Berufslehre weiter in die

Ausbildung von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern zu investieren. Im Sinne einer auf die Wettbewerbsfähigkeit des Bankengewerbes ausgerichteten Berufsbildung mit anschliessender betriebsinterner Weiterbildung im Sinne einer Verbreitung beruflichen Wissens erscheint schliesslich eine gewisse Zurückhaltung beim Lohnwettbewerb unmittelbar nach der Berufsunterweisung selbst unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten notwendig und gerechtfertigt.

## II. Sachverhalt

### A. Ausgangslage

- 14 Das Sekretariat der Wettbewerbskommission<sup>1</sup> gab am 5. Dezember 2022 die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251; Kartellgesetz; KG) gegen 34 Bankinstitute in sechs Deutschschweizer Regionen bekannt.
- 15 Gemäss Pressemitteilung vom 5. Dezember 2022 soll eine *"grosse Anzahl von Banken in der Deutschschweiz [...] regelmässig Informationen über die Löhne von verschiedenen Kategorien ihrer Angestellten ausgetauscht [haben]."* Ziel der Vorabklärung sei es, abzuklären, *"ob die Informationsaustausche über die Löhne und Lohnbestandteile von verschiedenen Kategorien von Angestellten Anhaltspunkte für unerlaubte Abreden im Sinn des Kartellgesetzes darstellen."*<sup>2</sup>
- 16 Die Basler Bankenvereinigung (BBVg), der Zürcher Bankenverband (ZBV) und der Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (Arbeitgeber Banken) beauftragten daraufhin Prager Dreifuss AG (PD) mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage, inwiefern ein Informationsaustausch bezüglich Löhne und Lohnbestandteile von Lernenden und Berufseinsteigenden kartellrechtlich relevant sein könnte.
- 17 Dass unter Geschäftsbanken im Rahmen der jeweiligen Verbände ein Informationsaustausch stattfand, ist unbestritten und ergibt sich zweifelsfrei aus Unterlagen, welche PD mit E-Mail vom 12. Dezember 2022 durch die BBVg zugestellt wurden. Es handelt sich dabei um folgende Dokumente:
  - Vier erstellte und versendete Listen aus der Grundbildungskommission (GBK) der BBVg (von 2017, 2018, 2020 und 2022);
  - Die letzten vier Protokolle der GBK der BBVg (inkl. dem Hinweis auf den "Zusagetag", der in vielen Regionen so oder so ähnlich festgelegt wird);
  - Die letzte Lohn- und Benefitsliste der Grundbildungskommission ZBV;
  - Das dazugehörige Protokoll der Grundbildungskommission ZBV.
- 18 Der ZBV stellt auf einer durch ihn geführten Kampagnenseite die Banklehre ausführlich vor und gibt dort öffentlich bekannt, welchen Lohn die Auszubildenden während und direkt nach der Banklehre erwarten dürfen<sup>3</sup>.
- 19 Mit E-Mail vom 14. Dezember 2022 stellte die BBVg PD eine anonymisierte Fassung eines Fragebogens datiert vom 1. Dezember 2022 zu, den das WEKO-Sekretariat einem Unternehmen der Branche zustellte. Gemäss Begleitschreiben zum erwähnten Fragebogen sind

---

<sup>1</sup> Die Wettbewerbskommission wird nachstehend als WEKO bezeichnet, deren Sekretariat als WEKO-Sekretariat.

<sup>2</sup> Die Pressemitteilung kann unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-92044.html> abgerufen werden.

<sup>3</sup> <https://banklehre.ch/lohn>.

Gegenstand der Vorabklärung "*allfällige Absprachen zwischen Banken und evtl. Versicherungen betreffend die Löhne und Lohnbestandteile von Lernenden und Berufseinsteigern*".

- 20 Dem Begleitschreiben ist weiter zu entnehmen, dass die Eröffnung der Vorabklärung gestützt auf eine Meldung gemäss Artikel 49a Abs. 2 KG erfolgte. Bei einer solchen Meldung handelt es sich um eine Selbstanzeige, welche zur Folge haben kann, dass dem anzeigenden Unternehmen im Fall eines direkt sanktionierbaren Verhaltens die Sanktion ganz oder teilweise erlassen wird.

## **B. Informationsaustausch**

- 21 Aus den den Gutachtern zur Verfügung stehenden Unterlagen lässt sich folgern, dass im Rahmen der Sitzungen der BBVg und des ZBV ein Informationsaustausch über Löhne und Lohnbestandteile stattfand. Dieser wird nachstehend kurz dargelegt.

### **1. Lernende / Praktikanten**

- 22 Im Rahmen der Grundbildungskommission der BBVg<sup>4</sup>, welche sich dreimal pro Jahr trifft, wurden offenbar Informationen ausgetauscht betreffend der Anzahl angebotener und der Anzahl offener Lehrstellen<sup>5</sup> sowie über die Löhne und Benefits<sup>6</sup>. Weitere Themen waren der sog. "Zusagetag", die Berufsmesse oder die KV-Reform.
- 23 Gemäss Unterlagen bestand bei der BBVg eine nicht aggregierte Tabelle mit detaillierten Angaben zu den Jahressalären pro Lehrjahr sowie Benefits. Dieser Tabelle zu entnehmen sind ebenfalls Angaben zu Salären während Praktika. Diese Tabelle liegt für die Jahre 2017, 2018, 2020 und 2022 vor. Gemäss Auskunft der BBVg sei die Existenz dieser Tabellen den Sozialpartnern bekannt gewesen.
- 24 Eine ähnliche Liste des ZBV betreffend die kaufmännische Banklehre mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis EFZ, die Banklehre für Berufsmittelschulabsolventinnen und -absolventen (BEM) und für eine Lehre als Informatiker / Informatikerin mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis EFZ liegt für das Jahr 2022 vor, allerdings in anonymisierter Fassung. Auf der Kampagnenseite des ZBV sind die Lohninformationen für Lernende öffentlich einsehbar:

---

<sup>4</sup> Die Grundbildungskommission wahrt die Interessen der Banken gegenüber Instanzen im Bereich der Grundbildung, organisiert den Auftritt der Banken an Berufsmessen und pflegt einen Erfahrungsaustausch zwischen den Banken (Quelle: <https://bankenbasel.ch/ueber-uns/>).

<sup>5</sup> Protokoll Grundbildungskommission, 15. November 2021 / Protokoll Grundbildungskommission, 9. Juni 2022.

<sup>6</sup> Protokoll Grundbildungskommission, 9. Juni 2022



(Quelle: <https://banklehre.ch/lohn/>)

### So viel verdienst du in der Lehre

Wieviel verdienst du in der Lehre zur/zum Kauffrau/Kaufmann EFZ (mit Berufsmatura)? Dazu gibt der Kaufmännische Verband Schweiz Empfehlungen ab. Die Löhne für Lernende sind in allen Schweizer Banken und Versicherungen ähnlich. Lohnabsprachen zwischen einzelnen Instituten sind nicht erlaubt.



## 2. Berufseinsteigende

- 25 Die in Rz 23 und 24 erwähnten Tabellen geben ebenfalls Auskunft über die Jahressaläre von Berufseinsteigenden (d.h. nach absolvierter Lehre bzw. nach absolviertem Praktikum).

## 3. Fazit in Bezug auf die Vorabklärung

- 26 Die Vorabklärung wurde, wie erwähnt, gestützt auf eine Selbstanzeige eröffnet. In sachlicher Hinsicht betrifft die Vorabklärung derzeit Löhne und Lohnbestandteile von Auszubildenden (Lernende und evtl. auch Praktikantinnen und Praktikanten) und Berufseinsteigenden.

## III. Fragestellung

- 27 Nachfolgend werden folgende Fragen der Auftraggeber beantwortet:
1. Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lernende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?
  2. Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lehrabgänger bzw. Berufseinsteigende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?

## IV. Analyse

### A. Einleitung

28 Der Arbeitsmarkt lässt sich mit den Güter- und Dienstleistungsmärkten, für deren Schutz das KG geschaffen wurde, kaum vergleichen<sup>7</sup>. Der **Arbeitsmarkt** wird in der Lehre aus drei Gründen als **unvollkommener Markt** beschrieben<sup>8</sup>:

- Im Basler Kommentar zum Kartellrecht findet sich bezüglich der Kartellgesetzrevision von 1985 etwa folgender Hinweis aus einer Expertenanhörung der Kommission des Nationalrats vom 19. Januar 1983:

Was die Freistellung des Arbeitsmarktes vom Geltungsbereich [recte: Anwendungsbereich] des Kartellgesetzes betrifft, so ist diese Ausfluss des Prinzips, Ungleiches nicht gleich zu behandeln. Die Funktionsmechanismen auf dem Arbeits- und Gütermarkt lassen sich nämlich kaum vergleichen. Sinkt auf dem Gütermarkt infolge abnehmender Nachfrage der Preis unter das Kostenniveau, wird die Produktion früher oder später eingestellt. Auf dem Arbeitsmarkt sind die Reaktionen gerade umgekehrt. Je tiefer der Lohn sinkt, desto grösser wird das Angebot an Arbeit. Dies lässt sich damit erklären, dass abnehmendes Realeinkommen durch grösseres Arbeitsangebot zu kompensieren versucht wird.<sup>9</sup>

- Für Arbeitnehmende stellt das Anbieten der eigenen Arbeitsleistung in der Regel die einzige Einkommensquelle dar, d.h. der Arbeitnehmer ist existenziell auf Arbeit angewiesen<sup>10</sup>. Anders als Arbeitnehmende können Unternehmen bei Änderungen der Nachfrage ihr Angebot anpassen<sup>11</sup>.
- Der Arbeitnehmer ist in der Regel die schwächere Partei<sup>12</sup>.

29 Nach Vischer/Albrecht könne diese Unvollkommenheit grundsätzlich auf zwei Arten behoben werden:

- Die Tauschbedingungen können der Verhandlungsfreiheit der Parteien weitgehend entzogen und hoheitlich, im Wege bürokratischer Lohnfestsetzung, bestimmt werden; oder

---

<sup>7</sup> BSK KG-Amstutz/Gohari, Art. 2 N 129; ZK OR-Vischer/Albrecht, Art. 356 N 16; Staatssekretariat für Wirtschaft, Bericht GAV-Standortbestimmung, Mai 2014, S. 54 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34715.pdf>).

<sup>8</sup> Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 25; BK OR-Stöckli, Art. 356a N 29; ZK OR-Vischer/Albrecht, Vorbemerkungen zu Art. 356-358 N 4.

<sup>9</sup> BSK KG-Amstutz/Gohari, Art. 2 N 129. Unter dem KG 1995 wird in den Kommentierungen und in der Rechtsprechung klar zwischen Geltungs- und Anwendungsbereich unterschieden.

<sup>10</sup> Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 25.

<sup>11</sup> Roger Zäch, Der Arbeitsmarkt als wettbewerbsrechtlicher Ausnahmehereich, in: Becker Jürgen et al. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 163ff., 169.

<sup>12</sup> Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 25; BSK KG-Amstutz/Gohari, Art. 2 N 129.

- die Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer kann durch Zusammenschluss und gemeinsames Vorgehen, verbunden mit der normativen Ausgestaltung des erreichten Resultates, überwunden werden<sup>13</sup>.
- 30 Die Schweiz wählte den zweiten Weg und überliess die Regelung der Arbeitsverhältnisse weitgehend der freien Verfügung von Arbeitnehmenden und Arbeitgebern<sup>14</sup>. Von dieser Regelungsfreiheit machten auch die Arbeitnehmenden und Arbeitgeber im Bankenbereich Gebrauch. Entsprechend ist der Arbeitsmarkt auch im Bankenbereich durch eine Sozialpartnerschaft in Form der Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen von Bankangestellten VAB reglementiert (vgl. dazu Rz 44ff. unten).
- 31 **Der Lernendenmarkt kann ebenfalls nicht mit einem klassischen Güter- und Dienstleistungsmarkt verglichen werden.** Das Vertragsverhältnis mit Lernenden ist durch das Bundesgesetz über die Berufsbildung (BBG; SR 412.10) öffentlich-rechtlich und durch das Obligationenrecht privatrechtlich stark reguliert (vgl. dazu Rz 34ff. unten). Bei der Anstellung von Lernenden, insbesondere in der sich stark wandelnden Bankbranche<sup>15</sup>, steht die Ausbildung im Vordergrund und nicht betriebswirtschaftliche Überlegungen. Der "Zukunftsstudie Bankfachspezialisten 2030" der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften lässt sich folgende Schlussfolgerung entnehmen:

Die Digitalisierung im Bankengeschäft sowie die Entwicklung innovativer Geschäftsmodelle sind voranzutreiben, auch wenn das klassische Bankgeschäft wegen der persönlichen Beratung bedeutend bleibt. Die Digitalisierung spielt in allen Szenarien eine Rolle und für den Bankenplatz Schweiz ist es insgesamt ein Gewinn im Sinne von Wettbewerbskraft, Wertschöpfung und Beschäftigung, wenn sich auch Technologieunternehmen und Fintechs erfolgreich positionieren können. Traditionelle Banken müssen für innovative Entwicklungen mehr Risiken bei deren Markteinführung in Kauf nehmen. Neue innovative Dienstleistungen müssen sich an den «early adopter»-Kunden orientieren.<sup>16</sup>

Stellt man diese Aussage in Relation zu den Resultaten der vierten Kosten-Nutzen-Erhebung des Schweizerischen Observatoriums für die Berufsbildung<sup>17</sup>, so ergibt sich zwar bei der kaufmännischen Grundbildung branchenweit ein Nettonutzen der Berufsbildung von rund CHF 9'100<sup>18</sup> über die drei Lehrjahre, währenddem in der vierjährigen Informatikausbildung ein negativer Nettonutzen von über CHF 20'000 entsteht<sup>19</sup>. Gemäss Auskunft der Auftraggeber sei

<sup>13</sup> ZK OR-Vischer/Albrecht, Vorbemerkungen zu Art. 356-358 N 5.

<sup>14</sup> Vgl. zur Geschichte des Arbeitsrechts einschliesslich des kollektiven Arbeitsrechts etwa Cornelia Junghanss, Regelungskontext des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Kurt Pärli et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 277ff.

<sup>15</sup> Vgl. etwa folgende Darstellung des CYP: "Die Schweizer Bankenbranche ist im Umbruch. Der rasche technologische Wandel, die fortschreitende Digitalisierung, neue Wettbewerber und bevorstehende Regulierungen lösen weitreichendere Veränderungen der Geschäftsmodelle aus, als dies die Schweizer Banken bisher erlebt haben." (<https://cyp.ch/weiterbildung/banking-finance-essentials>).

<sup>16</sup> Anita Sigg, Rafael Umbricht, Selina Grimm, Christoph Kley, Zukunftsstudie Bankfachspezialisten 2030, ZHAW, Zürich 2017, S. 9.

<sup>17</sup> Alexander Gehret, Manuel Aepli, Andreas Kuhn, Jürg Schwenker, Lohnt sich die Lehrlingsausbildung für die Betriebe? Resultate der vierten Kosten-Nutzen-Erhebung, Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung, Zollikofen, 2019.

<sup>18</sup> <https://www.ehb.swiss/knbb-prof98>.

<sup>19</sup> <https://www.ehb.swiss/knbb-prof36>.

im Bereich der Banklehre überwiegend von einem negativen Nettonutzen auszugehen. In der Tendenz dürfte bei der Banklehre nach hier vertretener Auffassung damit eher von einer investitionsorientierten Ausbildungsstrategie und weniger von einer produktionsorientierten Ausbildungsstrategie auszugehen sein<sup>20</sup>. Ziel und Zweck der "Investition" ist die Verfolgung verfassungsmässiger Sozialziele und die Sicherstellung eines funktionierenden inländischen Arbeitsmarktes.

32 Die kaufmännische Grundbildung und die Bankrealität driften zudem offenbar auseinander:

Die KV-Lehre bei einer Bank stellt einerseits für die Institute eine wichtige Quelle zur Rekrutierung von jungen Nachwuchstalenten dar und andererseits offeriert sie den jungen Berufseinsteigern eine attraktive Grundbildung mit bisher intakten Zukunftschancen. Die Analysen dieser Studie zeigen jedoch auf, dass sich zwei Problemfelder entwickeln oder weiter verstärken könnten: Die fehlenden Betätigungsmöglichkeiten, in welchen die Lernenden eingesetzt werden können, und die sich verschärfende Arbeitsmarktsituation in den typischen Tätigkeitsfeldern der Lehrabsolventen.

Das ursprüngliche Ziel der KV-Lehre bei einer Bank war es, das Bankfach «von der Pike auf» zu erlernen, was allerdings immer weniger möglich zu sein scheint, da viele der Prozesse in den für Lernende und Lehrabsolventen typischen Tätigkeitsfeldern wie die standardisierte Beratung und Betreuung je länger je mehr digitalisiert, automatisiert oder ausgelagert wurden oder werden. Waren beispielsweise noch vor einigen Jahren der Zahlungsverkehr oder die Wertschriftenabwicklung klassische Stationen einer KV-Lehre bei einer Bank, so sind diese Bereiche entweder stark automatisierungsgefährdet oder bereits automatisiert worden (vgl. die Automatisierungswahrscheinlichkeit für die verschiedenen Sachbearbeitertätigkeiten laut Frey und Osborne (2013, S. 67–72)).

Die KV-Lehre bei einer Bank orientiert sich in der praktischen und schulischen Ausbildung heute stark an den Tätigkeitsbereichen im Vertrieb (vgl. Beschreibung der KV-Lehre bei einer Bank laut SDBB (2017)). Die heute vermittelten Inhalte der KV-Lehre bei einer Bank widerspiegeln jedoch die tatsächliche Entwicklung der Geschäftsmodelle und Wertschöpfungsprozesse der Banken je länger je weniger.<sup>21</sup>

Dies bedingt nach dem Verständnis der Gutachter eine nach den betrieblichen Anforderungen moderner Geschäftsbanken erweiterte Grundbildung, welche u.a. durch das von den Trägerbanken zur Durchführung überbetrieblicher Kurse gegründete CYP vermittelt wird<sup>22</sup>. Umso mehr ist daher im Bankbereich kaum von einem Nettonutzen bei der beruflichen Grundbildung auszugehen.

33 Ein ausserordentlich hoher Anteil der Lernenden bzw. Praktikantinnen und Praktikanten verbleibt nach erfolgreich absolvierter Berufslehre bzw. Praktika beim Lehrbetrieb. Nur selten erfolgt der Einstieg ins Berufsleben bei einer anderen Bank als dem Lehrbetrieb. Auch nach dem Lehrabschluss besteht somit kaum ein Arbeitsmarkt. Dies vermag vor dem Hintergrund

<sup>20</sup> Zu den Begriffen siehe Alexander Gehret, Manuel Aepli, Andreas Kuhn, Jürg Schwenk, Lohnt sich die Lehrlingsausbildung für die Betriebe? Resultate der vierten Kosten-Nutzen-Erhebung, Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung, Zollikofen, 2019, S. 9.

<sup>21</sup> Anita Sigg, Rafael Umbricht, Selina Grimm, Christoph Kley, Zukunftsstudie Bankfachspezialisten 2030, ZHAW, Zürich 2017, S. 118.

<sup>22</sup> <https://cyp.ch/de/cyp/ueber-uns>: "CYP wurde 2003 durch die fünf grössten Schweizer Banken in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Bankiervereinigung gegründet. CYP ist das führende Kompetenzzentrum für modernes Lernen und starke Partnerin der Banken. Heute zählt CYP 30 Mitglieder, rund 80 Kundenbanken und ist ein im Handelsregister eingetragener Verein."

der vorstehend erwähnten Erkenntnisse der "Zukunftsstudie Bankfachspezialisten 2030" und der Kosten-Nutzen-Erhebung des Schweizerischen Observatoriums für die Berufsbildung kaum zu überraschen, da die Einarbeitung von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern ohne Berufserfahrung Kosten verursacht, welche durch die Übernahme "eigener" Lernender nicht oder weniger entstehen. Zwar sind "Abreden, die die lernende Person im freien Entschluss über die berufliche Tätigkeit nach beendiger Lehre beeinträchtigen", nichtig (Art. 344a Abs. 6 OR, vgl. Rz 42 unten), doch gebietet es die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, der lernenden Person bereits vor Abschluss der beruflichen Grundbildung mitzuteilen, ob sie nachher im Betrieb weiterbeschäftigt werden könne<sup>23</sup>. Bei Banken, welche Lernende ausbilden und Praktika anbieten, ist bei erfolgreich bestandener Lehre bzw. erfolgreich absolvierten Praktika die Regel, dass die Mitteilung auf Weiterbeschäftigung lautet.

## **B. Grundlagen betreffend das Arbeitsverhältnis**

### **1. Vorschriften über die Berufsbildung**

- 34 Nach der obligatorischen Schule (d.h. Primar- und Sekundarstufe I) treten die Jugendlichen in die Sekundarstufe II über. Dort besuchen sie entweder allgemeinbildende Schulen, d.h. gymnasiale Maturitätsschulen oder Fachmittelschulen, oder sie entscheiden sich für die **berufliche Grundbildung**, herkömmlich als "Lehre" bezeichnet. Vorliegend interessiert die berufliche Grundbildung, welche zum **eidgenössischen Fähigkeitszeugnis** (EFZ) führt.
- 35 Der Bund erlässt Vorschriften über die Berufsbildung (Art. 63 Abs. 1 BV). Er hat auf dem gesamten Gebiet der Berufsbildung eine umfassende Rechtssetzungskompetenz<sup>24</sup>. Trotz der umfassenden Regelungskompetenz des Bundes ist die Berufsbildung gemäss Artikel 1 BBG eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt (Sozialpartner, Berufsverbände, andere zuständige Organisationen und andere Anbieter der Berufsbildung). Diese setzen sich gemeinsam für eine qualitativ hochstehende Berufsbildung ein und streben ein ausreichendes Lehrstellenangebot an<sup>25</sup>. Die Aufgabenteilung zwischen Bund, Kantonen und den Organisationen der Arbeitswelt ist detailliert beschrieben in einem "Handbuch Prozess der Berufsentwicklung in der beruflichen Grundbildung"<sup>26</sup>.
- 36 Das BBG nennt in Artikel 3 folgende Grundziele:
- a. ein Berufsbildungssystem, das den Einzelnen die berufliche und persönliche Entfaltung und die Integration in die Gesellschaft, insbesondere in die Arbeitswelt, ermöglicht und das ihnen die Fähigkeit und die Bereitschaft vermittelt, beruflich flexibel zu sein und in der Arbeitswelt zu bestehen;
  - b. ein Berufsbildungssystem, das der Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe dient;

---

<sup>23</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 346 N 13.

<sup>24</sup> BSK BV-Hänni, Art. 63 N 7.

<sup>25</sup> <https://www.sbf.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/bwb/bgb.html>.

<sup>26</sup> Das Handbuch ist in seiner aktuellen Ausgabe (März 2017) abrufbar unter <https://www.sbf.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/berufliche-grundbildung/berufsentwicklung.html>.

c. den Ausgleich der Bildungschancen in sozialer und regionaler Hinsicht, die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau, die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen sowie die Chancengleichheit und Integration von Ausländerinnen und Ausländern;

d. die Durchlässigkeit zwischen verschiedenen Bildungsgängen und -formen innerhalb der Berufsbildung sowie zwischen der Berufsbildung und den übrigen Bildungsbereichen;

e. die Transparenz des Bildungssystems.

- 37 Die berufliche Grundbildung ist stark (öffentlich-rechtlich) **reglementiert**<sup>27</sup>. Gemäss Artikel 14 Abs. 1 BBG richtet sich der Lehrvertrag nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das BBG keine abweichenden Regelungen enthält. Solche Vorschriften finden sich insbesondere in den weiteren Absätzen von Artikel 14, so etwa, dass der Lehrvertrag von der zuständigen kantonalen Behörde zu genehmigen ist (Art. 14 Abs. 3 BBG)<sup>28</sup>. Weiter schreibt das BBG in Artikel 20 Abs. 2 vor, dass zur Ausbildung von Lernenden eine Bildungsbewilligung des Kantons erforderlich ist. Schliesslich sorgen gemäss Artikel 24 BBG die Kantone für die Aufsicht über die berufliche Grundbildung. Dabei wird präzisiert, dass zur Aufsicht *"die Beratung und Begleitung der Lehrvertragsparteien und die Koordination zwischen den an der beruflichen Grundbildung Beteiligten"* gehören. Keine ausdrücklichen Vorschriften enthält das BBG zur Entlohnung der Lernenden<sup>29</sup>.
- 38 Eine Banklehre ist eine Kombination von Ausbildung *on the Job* und schulischer Bildung an einer Berufsfachschule (Artikel 10 der Verordnung des SBFI über die berufliche Grundbildung Kauffrau/Kaufmann mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis [EFZ]; SR 412.101.221.73). Dasselbe gilt für die hier ebenfalls interessierende Informatiklehre (Art. 6 ff. der Verordnung des SBFI über die berufliche Grundbildung Informatikerin/Informatiker mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis [EFZ]; SR 412.101.220.10).
- 39 Rechtlich handelt es sich beim Lehrverhältnis in erster Linie um ein **Ausbildungsverhältnis**<sup>30</sup>. Gemäss Artikel 15 Abs. 1 BBG dient die berufliche Grundbildung **"der Vermittlung und dem Erwerb der Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten (nachfolgend Qualifikationen), die zur Ausübung einer Tätigkeit in einem Beruf oder in einem Berufs- oder Tätigkeitsfeld (nachfolgend Berufstätigkeit) erforderlich sind"**. Durch den Lehrvertrag **verpflichtet sich der Arbeitgeber somit, die lernende Person für einen bestimmten Beruf fachgemäss auszubilden**, und die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten. Der Lehrvertrag ist somit ein **Arbeitsvertrag, der zum Zweck der Ausbildung abgeschlossen** wurde<sup>31</sup>. Anders als in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis dürfen der lernenden Person nur für die Ausbildung sinnvolle Aufgaben übertragen werden. Für andere

---

<sup>27</sup> Vgl. zum Ganzen etwa BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 344 N 3 ff.

<sup>28</sup> In diesem Kontext zu erwähnen ist, dass die kantonalen Stellen bei der BBVg und dem ZBV regelmässig an Sitzungen der jeweiligen Grundbildungskommissionen teilnehmen.

<sup>29</sup> Lediglich in Artikel 22 BBG finden sich wenige Vorschriften bezüglich des lohnabzugsfreien Besuchs von Kursen an Berufsfachschulen.

<sup>30</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344 N 12.

<sup>31</sup> BGE 132 III 755.

Aufgaben darf eine lernende Person nur eingesetzt werden, soweit sie die Ausbildung nicht beeinträchtigen<sup>32</sup>.

- 40 Ein Lernendenlohn ist nicht zwingend. Die Ausrichtung eines Lernendenlohnes ist aber heute üblich, weswegen **die Entgeltlichkeit der Lernendenarbeit zu vermuten ist**<sup>33</sup>. Zahlreiche Berufsverbände geben zur Höhe des Lernendenlohnes unverbindliche Empfehlungen ab<sup>34</sup>. Dass die im Lehrvertrag vereinbarte Entlöhnung eher tief ist, ist auf die **Leistungen des Arbeitgebers im Interesse der Ausbildung**, die **noch nicht (vollumfänglich) bestehende Fachkompetenz** der Lernenden sowie darauf zurückzuführen, dass **der Besuch der Berufsfachschule als Arbeitszeit** gilt (Art. 31 Abs. 1 Arbeitsgesetz), weshalb für schulisch bedingte Abwesenheiten grundsätzlich auch kein Lohnabzug vorgenommen werden darf (Art. 345a Abs. 2 OR)<sup>35</sup>.
- 41 Der Kaufmännische Verband präzisiert auf seiner Homepage zum Lernendenlohn, dass der Lehrbetrieb **immer die orts- und branchenüblichen Ansätze einhalten muss**<sup>36</sup>. Eine diesbezügliche gesetzliche Grundlage ist indessen nicht ersichtlich, zumal ein Lehrlingslohn gerade nicht zwingend ist. Aus der Doktrin ergibt sich immerhin, dass bei fehlender Lohnabrede der übliche Lohn (Art. 322 OR) geschuldet sei<sup>37</sup> bzw. der Lernendenlohn besonders bezüglich seiner Untergrenze weitgehend durch Branchenübung und Anweisungen von Berufsverbänden vorgezeichnet sei<sup>38</sup>. Tatsächlich verweisen auch die Portale [berufsberatung.ch](http://berufsberatung.ch) (Portal der Kantone) und [berufsbildung.ch](http://berufsbildung.ch) (Portal der Kantone und des SBFI)<sup>39</sup> auf die Branchenübung, was nichts anderes bedeuten kann, dass der Lernendenlohn letztlich auf einem gemeinsamen Verständnis der Sozialpartner beruht.
- 42 Privatrechtliche Regelungen über den Lehrabschluss hinaus sind nichtig (Artikel 344a Abs. 6 OR). Entsprechend ist es **unzulässig, während der Lehre vertragliche Regelungen über die Zeit nach dem Lehrabschluss einzugehen**, so bspw. einen Arbeitsvertrag<sup>40</sup>. Auch diese Vorgabe und der Umstand, dass eine lernende Person in der Bankbranche in der Regel mehr Kosten verursacht als unmittelbaren Nutzen, zeigt, dass der Lernendenmarkt keinem Wirtschaftlichkeitsprinzip untersteht.

---

<sup>32</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 344 N 2. Vgl. dazu auch ausdrücklich Artikel 345a OR.

<sup>33</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 344a N 6.

<sup>34</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344 N 13.

<sup>35</sup> Michael Buchser, Berufsbildungsabschlüsse in der Schweiz, Rechtliche Regelung der Qualifikation, der Ausweise und der Titel in der Berufsbildung, Zürich – Basel – Genf 2009, S. 5.

<sup>36</sup> <https://www.kfmv.ch/wissen/lehre/lernendenlohn>.

<sup>37</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344a N 5.

<sup>38</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 344a N 4.

<sup>39</sup> "Die Vertragsparteien legen die Höhe des Lohns fest. Sie richten sich dabei meistens nach den Empfehlungen der Organisationen der Arbeitswelt (OdA)."

<sup>40</sup> Vgl. etwa Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2012, Art. 344a N 8.

## 2. Vorschriften für Praktika

- 43 Praktika sind keine Lehrverhältnisse im Sinne des BBG, da dort keine systematische und umfassende Berufsausbildung vermittelt wird<sup>41</sup>. Die Lehre ist sich nicht einig, welche Bestimmungen auf Praktika Anwendung finden sollen. Streiff/von Känel plädieren dafür, dass bei Vorliegen eines Praktikantenlohns ein Arbeitsvertrag im Sinne von Artikel 319 OR vorliege<sup>42</sup>, währenddem Portmann/Rudolph der Meinung sind, dass sinngemäss die Vorschriften über den Lehrvertrag gelten sollen<sup>43</sup>. Für das vorliegende Gutachten kann diese Frage indessen offenbleiben, da es auch bei Praktika um die Vermittlung von beruflichen Wissen geht und daher kein Grund ersichtlich ist, weshalb sich die Entlohnung nach anderen Grundsätzen richten soll als bei Lernenden. Entsprechend dürften nach hier vertretener Auffassung bei der Entlohnung von Praktikantinnen und Praktikanten zumindest branchenübliche Ansätze geschuldet sein (oben, Rz 40f.).

## 3. Nach der beruflichen Grundbildung

- 44 Zwischen den Sozialpartnern der Bankenbranche besteht **seit mehr als hundert Jahren eine Sozialpartnerschaft**. **Sozialpartner** sind auf **Arbeitnehmerseite** der **Kaufmännische Verband**, ein seit 1873 bestehender Verein mit Sitz in Zürich, und der seit 1918 bestehende **Schweizerische Bankpersonalverband** mit Sitz in Zürich sowie auf **Arbeitgeberseite** die Arbeitgeber Banken, die ebenfalls als Verein organisiert sind<sup>44</sup>. Die Sozialpartner pflegen einen ausgesprochen engen Kontakt und Austausch<sup>45</sup>. Im Unterschied zu anderen Sozialpartnerschaften ist dieses Verhältnis unter den Sozialpartnern auch nicht von grossen Differenzen geprägt.
- 45 Die Vereinbarung über Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB)<sup>46</sup>, in ihrer bis 31. Dezember 2022 geltenden Fassung, galt für alle für mehr als drei Monate eingegangenen Arbeitsverhältnisse. Nicht unter die VAB fielen Direktionsmitglieder, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Arbeitszeiterfassung (Art. 2 VAB). Sie enthielt auch keine Bestimmungen über Lernende.

---

<sup>41</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344 N 17 OR; ebenso Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2012, Art. 344a N 6.

<sup>42</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2012, Art. 344a N 6.

<sup>43</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344 N 17 OR; zustimmend BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 344 N 2.

<sup>44</sup> Zur Geschichte von Arbeitgeber Banken und der VAB siehe <https://www.arbeitgeber-banken.ch/verband/portraet> und <https://www.arbeitgeber-banken.ch/dienstleistungen/sozialpartnerschaft>.

<sup>45</sup> Vgl. dazu etwa das Statement des Schweizerischen Bankpersonalverbands: *"Der Begriff Sozialpartnerschaft bezeichnet das kooperative Verhältnis von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden mit dem Ziel, Interessengegensätze durch Konsenspolitik zu lösen und offene Konflikte einzudämmen. Ein konstruktiver Ansatz ist uns dabei genauso wichtig wie der Arbeitgeberseite und wir schätzen uns gegenseitig als Verhandlungspartner auf Augenhöhe."* (<https://sbpv.ch/verband-der-sbpv/>).

<sup>46</sup> Der VAB sind rund 50 Banken angeschlossen, welche rund 80'000 Mitarbeitende beschäftigen. Nicht alle Banken sind der VAB angeschlossen (vgl. <https://www.arbeitgeber-banken.ch/dienstleistungen/mitgliederliste>). Bei gesamthaft rund 107'000 Mitarbeitenden (SNB, jährliche Bankenstatistik) unterstehen somit rund 75% der Mitarbeitenden der VAB.



Die VAB bezweckt gemäss Artikel 1 (sowohl in der bis 31. Dezember 2022 als auch in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung),

- arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten in Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen festzulegen und damit einen positiven Beitrag zum Wohl und zur Entwicklung der Angestellten und der unterstellten Banken zu leisten;
- die Arbeitsmarktfähigkeit der Mitarbeitenden zu erhalten und zu fördern;
- die Zusammenarbeit zwischen Angestellten und Banken sowie zwischen den beteiligten Sozialpartnern zu vertiefen;
- Regeln für Mitwirkungsrechte in den Banken aufzustellen;
- einen konstruktiven Dialog zu führen und auf der Basis von Treu und Glauben den Arbeitsfrieden in der Bankbranche zu wahren.

46 Ihr Zweck sowie die Tatsache, dass gemäss Artikel 3 Abs. 1 VAB (in der bis am 31. Dezember 2022 geltenden Fassung) auf den Einzelarbeitsvertrag gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts verwiesen wurde und, wie oben erwähnt, die VAB auch sonst keine Bestimmungen zu Lernenden enthielt, lassen allerdings **Zweifel** aufkommen, dass die **VAB auf Lernende Anwendung** finden sollte. In der neuen, ab 1. Januar 2023 geltenden VAB findet sich hingegen die Bestimmung, dass **abweichende Bestimmungen für die Arbeitsverhältnisse von Lernenden sowie von Praktikantinnen und Praktikanten der VAB vorgehen**. Ob es sich bei dieser neuen Bestimmung bloss um eine Präzisierung handelt oder aber in der Tat Lernende erst ab dem 1. Januar 2023 der VAB unterstellt werden sollen, soweit dies angesichts der speziellen Regelungen im Bereich der Berufslehre bzw. des Lehrarbeitsvertrags überhaupt möglich ist, ist unklar, kann aber **offen gelassen** werden.

47 Gemäss Artikel 50 VAB (sowohl in der bis 31. Dezember 2022 als auch in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung) bilden die Sozialpartner eine **paritätische Kommission**. Diese bezweckt, die Entwicklung des Arbeitsmarktes der Bankbranche zu verfolgen, allgemeine Fragen über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten zu besprechen und Grundlagen für Verhandlungen bereitzustellen. Sie verschafft sich alle zwei Jahre, ausnahmsweise auch in einem Zwischenjahr, **in gemeinsamer Absprache Transparenz über Lohnsysteme und -entwicklung** der der VAB unterstellten Bankangestellten.

48 Gemäss VAB ist die Bank verpflichtet, ein Lohnsystem zu führen, welches den Rahmen für funktionsorientierte Marktlöhne bietet und Grundlage für den Lohn der der VAB unterstellten Angestellten bildet (Art. 24; sowohl in der bis 31. Dezember 2022 als auch in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung). Die Banken können bei der Einführung solcher Lohnsysteme die Sozialpartner einbeziehen und in begründeten Fällen Einblick in die Lohnsysteme gewähren (Art. 43; sowohl in der bis 31. Dezember 2022 als auch in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung)<sup>47</sup>. Die Angestelltenvertretung ist sodann legitimiert zu Lohnverhandlungen mit der Bank (Art. 42 VAB).

---

<sup>47</sup> Die Banken unterstützen und fördern auch die berufliche Weiterbildung und den Erhalt der Arbeitsmarktfähigkeit der Angestellten (Art. 11 VAB).

- 49 Die VAB enthält sowohl in der bis 31. Dezember 2022 als auch in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung keine Bestimmungen zu Individuallöhnen. Arbeitgebende haben demnach Arbeitnehmenden gemäss Artikel 322 Abs. 1 OR den Lohn zu entrichten, **der verabredet, üblich oder durch Normalarbeits- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt** ist. Der "übliche" Lohn, d.h. vorliegend der gemäss Artikel 24 VAB geschuldete funktionsorientierte Marktlohn, bemisst sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, was normalerweise im gleichen Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Region und Branche für vergleichbare Tätigkeiten bezahlt wird, wobei die persönliche Situation der Parteien, namentlich der Ausbildungsstand und die Fähigkeiten der Arbeitnehmenden, mitzuberücksichtigen sind<sup>48</sup>. Regelt ein GAV Mindestlöhne, so dürfen diese in der Regel nicht unterschritten werden (Art. 357 Abs. 1 OR).
- 50 Während die VAB zu den Individuallöhnen keine Bestimmungen enthält, stellt sie hingegen Vorschriften zu den Minimallöhnen und den Zulagen auf:

Artikel 26 – Mindestlohn (bis 31. Dezember 2022)

Der Mindestlohn beträgt CHF 52 000, resp. CHF 56 000 für Angestellte mit einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (EFZ). Angestellte mit einem eidgenössischen Berufsattest EBA und zwei Jahren Berufserfahrung sowie Absolventen des «Berufseinstiegs für Mittelschulabsolventen» sind den Angestellten mit EFZ gleichgestellt.

Die Sozialpartner führen regelmässig Verhandlungen über die Anpassung des Mindestlohnes unter Berücksichtigung der eingetretenen Lohnentwicklung und über die Anpassung der Familienzulage.

Der Mindestlohn darf bei reduzierter Leistungsfähigkeit eines oder einer Angestellten nach Konsultation der Sozialpartner ausnahmsweise unterschritten werden.

Artikel 26 – Mindestlohn (ab 1. Januar 2023)

Der Mindestlohn beträgt CHF 54'000, resp. CHF 58'000 für Angestellte mit einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (EFZ) oder einer vergleichbaren Ausbildung sowie einem Jahr Berufserfahrung.

Die Sozialpartner führen regelmässig Verhandlungen über die Anpassung des Mindestlohnes unter Berücksichtigung der eingetretenen Lohnentwicklung und über die Anpassung der Familienzulage.

Der Mindestlohn darf bei reduzierter Leistungsfähigkeit eines oder einer Angestellten nach Konsultation der Sozialpartner ausnahmsweise unterschritten werden.

Artikel 27 – Familienzulage

Die Bank richtet den Angestellten eine Familienzulage aus, deren Höhe von den Sozialpartnern bestimmt wird. Anspruchsberechtigt sind Angestellte, welche für nach dem 1. Januar 1993 geborene Kinder entsprechend der kantonalen Gesetzgebung bzw. Art. 28 VAB Kinder- bzw. Ausbildungszulagen beziehen. Die Familienzulage wird so lange ausbezahlt, wie diese Kinderzulage bezogen wird.

Wird den Angestellten die Kinderzulage nur teilweise ausgerichtet, so wird die Familienzulage entsprechend gekürzt. Teilzeitangestellte erhalten sie im Verhältnis zum vertraglich festgelegten Beschäftigungsgrad.

---

<sup>48</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 6 OR.

#### Artikel 28 – Kinderzulagen

Die Bank richtet den Angestellten grundsätzlich für alle Kinder bis zum vollendeten 18. Altersjahr Kinderzulagen aus. Für Kinder, die nachweisbar noch in Ausbildung stehen, werden Kinderzulagen bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr ausgerichtet.

Im Einzelnen berechnet sich der Anspruch auf Kinderzulagen aufgrund der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen.

- 51 Die VAB enthält sodann Bestimmungen über die Lohnfortzahlung und über die Vorsorge, die hier aber nicht weiter interessieren.

#### 4. Grundsatz der Lohntransparenz

- 52 Die Arbeitgeber haben, wie oben erwähnt, den Arbeitnehmenden den Lohn zu entrichten, der verabredet, üblich oder durch Normalarbeits- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 322 Abs. 1 OR). Arbeitnehmende können allerdings vielfach nicht eruieren, ob sie angemessen entlohnt werden bzw. ihre Lohnforderung angemessen ist. Sie kennen zwar die geltenden gesetzlichen Vorschriften bzw. die Inhalte des auf sie anwendbaren GAV, nicht aber das innerbetriebliche Lohnniveau. Es gilt das **Lohngeheimnis**. Wohl können Arbeitnehmende andere Arbeitnehmende (innerhalb oder ausserhalb des Betriebs) über deren Lohnhöhe fragen, eine Antwort ist indessen ungewiss. Das Unternehmen wiederum darf individuelle Lohndaten Dritten nicht bekanntgeben.
- 53 Aus gewerkschaftlicher Sicht stellt das Lohngeheimnis bzw. die fehlende Transparenz bei den Löhnen eines der grössten Handicaps bei individuellen Lohnverhandlungen dar, weshalb der Schweizerische Bankpersonalverband gemäss Artikel 50 VAB alle zwei Jahre eine Lohnumfrage durchführt, um den "*Schleier der Lohnpolitik der Banken bis zu einem gewissen Grad*" zu lüften<sup>49</sup>. Insofern erscheint Lohntransparenz aus gewerkschaftlicher Sicht als nützliches Instrument zum Schutz der strukturell schwächeren Seite im Arbeitsprozess, d.h. dem Arbeitnehmer.
- 54 Artikel 50 VAB lässt bezüglich der Frequenz von Lohnumfragen Flexibilität zu, wohlwissend, dass Lohnrunden jedes Jahr stattfinden.

---

<sup>49</sup> Jahresbericht des Bankpersonalverbands 2018, S. 4: "*Die mangelnde Transparenz der Salär- und Bonus-Politik bleibt eines der grössten Handicaps bei individuellen Lohnverhandlungen. Dies löst bei einem grossen Teil des Personals sowohl Frustration als auch ein Gefühl von Machtlosigkeit aus. Geschäftsleitungsmitglieder von börsenkotierten Unternehmen können sich untereinander vergleichen, da ihre Vergütungen im Finanzbericht veröffentlicht werden. Dies ist bei den Angestellten jedoch nicht der Fall. Unsere Lohnumfrage, die alle zwei Jahre stattfindet, trägt dazu bei, dass der Schleier der Lohnpolitik der Banken bis zu einem gewissen Grad gelüftet wird. Dieses Jahr sind die Teilnehmenden eingeladen, sich nebst den Fragen zum Lohn und zur Zufriedenheit bei der Arbeit auch zur Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB) zu äussern. In der Tat ist die VAB das beste Instrument, um die bestehenden Arbeitsbedingungen zu erhalten und zu verbessern. Die Antworten der Angestellten werden bereits in die diesjährigen VAB-Verhandlungen einbezogen, vor allem aber auch in die nächste Verhandlungsrunde 2021, welche aufgrund des Berichts der Lohnumfrage vorbereitet und entwickelt wird.*"

## C. Kartellrechtliche Grundlagen

### 1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

- 55 Das schweizerische Kartellgesetz (KG; SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Artikel 1 KG). Wie das EU-Kartellrecht enthält das KG drei Kontrollinstrumente, um sog. private Wettbewerbsbeschränkungen (d.h. Wettbewerbsbeschränkungen, welche durch Unternehmen selber verursacht werden) zu bekämpfen:
1. Artikel 5 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG): Kontrolle von Abreden zwischen Unternehmen, welche den Wettbewerb beschränken bzw. eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken;
  2. Artikel 7 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG und Art. 4 Abs. 2bis KG): Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen;
  3. Artikel 9 f. KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KG): Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen.
- 56 Adressaten des KG sind Unternehmen. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die Unternehmenseigenschaft wird funktional ausgelegt. Entscheidend für den persönlichen Anwendungsbereich ist, dass sich das Unternehmen – sei es als Anbieter oder als Nachfrager – selbstständig<sup>50</sup> als Produzent von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt.<sup>51</sup> Auf die Rechts- oder Organisationsform des Unternehmens kommt es nicht an<sup>52</sup>.
- 57 Verbände sind in der Regel als Vereine nach Artikel 60 ff. ZGB oder als Genossenschaften nach Artikel 828 ff. OR organisiert. Sie gelten dann als Unternehmen, wenn sie als selbstständige Nachfrager oder Anbieter von Dienstleistungen oder Gütern im Wirtschaftsprozess tätig sind<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Zum Selbstständigkeitspostulat, vgl. insb. Reto Heizmann, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich – Basel – Genf 2005, S. 81, N 140 ff. In Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit qualifiziere als wirtschaftlich selbstständiges Unternehmen nur, wer diese Tätigkeit selbstständig und nicht auf Weisung vornehmen könne. Unternehmen, die unselbstständig am Markt agieren, die über keinen eigenen Handlungsspielraum verfügen, seien nicht unternehmerisch im Sinne des Kartellgesetzes tätig. Dies betreffe praktisch insbesondere von Weisungen abhängige Unternehmen in einem Konzern: Wirtschaftlich nicht selbstständig sei eine Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft "effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich ausübt".

<sup>51</sup> Jürg Borer, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 2 N 3 m. Hw.; Reto Heizmann/Michael Mayer, DIKE-KG, Art. 2 N 16.

<sup>52</sup> Botschaft KG 95, S. 534.

<sup>53</sup> Vgl. etwa RPW 2017/2, S. 272 ff., Rz 3 – Neue Statuten eines Branchenverbands; RPW 2012/4, S. 820 ff, Rz 45 – Vertrieb von Musik; RPW 2000/2, S. 167 ff., Rz 26 f. – Association fribourgeoise des écoles de circulation.

- 58 Sobald ein Verband seinen Mitgliedern Dienstleistungen anbietet, egal ob diese unmittelbar kostenpflichtig sind oder durch die Mitgliederbeiträge gedeckt werden, so etwa Aus- und Weiterbildungen oder logistische Dienstleistungen, gilt er praxisgemäss als Unternehmen und ist damit vom persönlichen Geltungsbereich des KG ebenfalls erfasst<sup>54</sup>.
- 59 Dem oben in Rz 20 erwähnten Schreiben des WEKO-Sekretariats an die Branche lässt sich entnehmen, dass der Verfahrensgegenstand Abreden bzw. Informationsaustausche *zwischen Arbeitgebern* über Löhne und Lohnbestandteile von Lernenden und Berufseinsteigenden und deren mögliche Subsumption unter Artikel 5 KG umfasst. Die materiellrechtliche Prüfung eines Sachverhalts unter Artikel 5 KG (i.V. mit Art. 4 Abs. 1 KG) erfolgt nur dann, wenn der betreffende Sachverhalt unter den Geltungsbereich des KG fällt (vgl. Abschnitt IV.D unten).

## 2. Vorbehaltene Vorschriften

- 60 Fällt ein Sachverhalt unter den Geltungsbereich nach Artikel 2 KG, ist zu prüfen, ob auf den betroffenen Markt Vorschriften anwendbar sind, welche **gegenüber dem KG vorbehalten** sind. Gemäss Artikel 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften, "*soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen [...]*", vorbehalten. Dabei nennt die gleiche Vorschrift Vorschriften, die
- eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, oder
  - einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.
- 61 Diese vorbehaltenen Vorschriften müssen formellgesetzlicher Natur sein und den **Willen des Gesetzgebers klar äussern, den Wettbewerb ausschalten zu wollen**<sup>55</sup>.

## 3. Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 KG (i.V. mit Art. 4 Abs. 1 KG)

### 3.1 Zum Begriff der Wettbewerbsabrede

- 62 Das KG erfasst *Abreden zwischen Unternehmen*, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Der Abrededebegriff ist weit gefasst und erfasst nebst rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen auch abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen. Zentrales Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist deren objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt, wobei sich die Abrede auf einen Wettbewerbsparameter wie beispielsweise den Preis beziehen muss.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Vgl. etwa RPW 2019/2, S. 322 ff., Rz 567 – Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.

<sup>55</sup> Vgl. etwa BGE 141 II 66, E. 2.

<sup>56</sup> Vgl. etwa RPW 2019/2, S. 322 ff., Rz 589 – Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.

- 63 Vorliegend soll ein Informationsaustausch geprüft werden. Ein Informationsaustausch stellt grundsätzlich keine Vereinbarung dar, ist aber dennoch unter dem KG relevant, wenn er eine abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 4 Abs. 1 KG darstellt<sup>57</sup>. Zur Erfüllung des Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise sind folgende Elemente erforderlich:
- ein Mindestmass an Koordination (Abstimmung);
  - ein Marktverhalten; und
  - ein Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten.<sup>58</sup>
- 64 Die Abrede muss zudem eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung wird bezweckt, wenn die Abredeteiligen "die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben"<sup>59</sup>.
- 65 Mit Verweisung sowohl auf die Praxis der WEKO wie auch auf diejenige der EU nennt das WEKO-Sekretariat folgende Kriterien, die bei der Beurteilung, ob ein Informationsaustausch eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG darstellt, geprüft werden müssen:
- die Charakteristika der Informationen (Inhalt, Aktualität, Frequenz, Aggregation der Informationen, Homogenität der Produkte etc.)
  - Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität)<sup>60</sup>
- Generell ist der Abredetatbestand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, wenn die Qualität und Quantität der ausgetauschten Informationen sowie die Marktstrukturen, den Unternehmen eine Koordination in dem Ausmass erlauben, dass bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt. Betreffend den Inhalt gilt der Austausch von vertraulichen Unternehmensinformationen, welche es namentlich erlauben, die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren als besonders schädlich. Dies gilt insbesondere für den Austausch von Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten.<sup>61</sup>
- 66 Ein Informationsaustausch ist demnach in erster Linie dann problematisch, wenn er Informationen betrifft, "*welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern*"<sup>62</sup>.
- 67 Abreden unter Unternehmen können aber auch keine Wettbewerbschädigung bezwecken oder bewirken. Sie können sogar prokompetitiv sein. Kann keine Bezweckung oder Bewirkung

<sup>57</sup> Vgl. etwa RPW 2014/3, 604 E. 5.3.7.5 – SFS unimarket AG/Wettbewerbskommission; BVGer, RPW 2014/3, 605 E. 5.3.9.5 – SFS unimarket AG/Wettbewerbskommission; BVGer, RPW 2016/2, 586 E. 4.1 – Altimum SA/Wettbewerbskommission; RPW 2012/2, 388 E. 954 – Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau.

<sup>58</sup> Vgl. Beratung des Sekretariats nach Artikel 23 Abs. 2 KG i.S. Hinweis- und Informationssystem HIS, in: RPW 2021/1, S. 138ff., Rz 38.

<sup>59</sup> (Mit Verweis auf die Praxis) Beratungen des Sekretariats nach Artikel 23 Abs. 2 KG i.S. Hinweis- und Informationssystem HIS bzw. Regressplattform Schweiz, in RPW 2021/1, S. 138ff., Rz 38 bzw. 2021/1, S. 148ff., Rz 41.

<sup>60</sup> Beratungen des Sekretariats nach Artikel 23 Abs. 2 KG i.S. Hinweis- und Informationssystem HIS bzw. Regressplattform Schweiz, in RPW 2021/1, S. 138ff., Rz 39 bzw. 2021/1, S. 148ff., Rz 42.

<sup>61</sup> Beratungen des Sekretariats nach Artikel 23 Abs. 2 KG i.S. Hinweis- und Informationssystem HIS bzw. Regressplattform Schweiz, in RPW 2021/1, S. 138ff., Rz 39 bzw. 2021/1, S. 148ff., Rz 42.

<sup>62</sup> So etwa Beratungen des Sekretariats nach Artikel 23 Abs. 2 KG i.S. Plattform Valuu der PostFinance AG, in RPW 2022/3, S. 585ff., 588.

einer Wettbewerbsschädigung oder können sogar wettbewerbsfördernde Wirkungen festgestellt werden, fallen Abreden nicht unter Artikel 4 Abs. 1 KG<sup>63</sup>.

### **3.2 Beseitigung des Wettbewerbs oder erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs ohne Effizienzgründe nach Artikel 5 KG**

#### **3.2.1 Grundsatz**

- 68 Artikel 5 Abs. 1 KG qualifiziert Wettbewerbsabreden nach Artikel 4 Abs. 1 KG dann für unzulässig, wenn sie entweder den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen oder wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch wirtschaftliche Effizienzgründe gerechtfertigt werden können.
- 69 Das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung wird qualitativ und quantitativ gemessen. Als qualitative Komponente gelten die Wettbewerbsparameter, welche von der Abrede betroffen sind. Abreden können verschiedenste Wettbewerbsparameter zum Gegenstand haben und letztere können je nach Markt unterschiedliche wettbewerbliche Bedeutung haben. In quantitativer Hinsicht geht es im Wesentlichen darum, wie gross der Anteil des von der Abrede erfassten Marktes ist. Eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Ebenso kann eine Wettbewerbsabrede mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist. Beispielsweise sind die Wettbewerbswirkungen von Abreden über Forschung und Entwicklung je nach Wirtschaftssektor unterschiedlich. Hingegen sind beispielsweise Preisabreden, aber auch andere Abreden grundsätzlich in allen Wirtschaftsbereichen wettbewerbsrechtlich bedenklich. Entsprechend wird denn auch bei horizontalen Abreden über Preise und Mengen sowie bei Gebiets- oder Kundenaufteilungen zwischen Wettbewerbern vermutet, dass der Wettbewerb beseitigt wird (Art. 5 Abs. 3 KG). Die gleiche Vermutung besteht bei Vertikalabreden<sup>64</sup>.
- 70 Die Vermutungstatbestände, bei deren Erfüllung direkte Sanktionen nach Artikel 49a Abs. 1 KG drohen, werden in der Praxis teils unverhältnismässig weit ausgelegt. So werden von der WEKO selbst Abreden über geringfügige Kostenelemente als Preisabreden nach Artikel 5 Abs. 3 Bst. a KG beurteilt<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> In seiner Beratung i. S. "Einkaufskooperation" nannte das WEKO-Sekretariat die Kriterien, bei deren Erfüllung Einkaufsallianzen als prokompetitiv und daher nicht als Abrede im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden, da wettbewerbsbeschränkende Wirkungen fehlen. Mit Verweisung auf die Horizontalleitlinien der EU stellte das WEKO-Sekretariat fest, dass in der Regel Ziel von Einkaufskooperationen sei, "beschaffungsseitig durch die Bündelung der Nachfrage Verhandlungsmacht zu schaffen, welche absatzseitig zu niedrigeren Preisen oder qualitativ besseren Produkten oder Dienstleistungen für die Kunden führen kann".

<sup>64</sup> Siehe Artikel 5 Abs. 4 KG.

<sup>65</sup> Vgl. die Kurzübersicht bei Caspar Zellweger/Philipp Zurkinden, Ausdehnung der Sanktionstatbestände im schweizerischen Kartellrecht, in: Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Schulthess 2020, S. 847ff.

- 71 Gemäss der bekannten Gaba-Praxis (BGE 143 II 297) liegt selbst bei Widerlegung dieser Vermutung nach Artikel 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor.<sup>66</sup> Bei allen anderen Wettbewerbsabreden muss die WEKO nachweisen, dass der Wettbewerb entweder beseitigt oder erheblich beschränkt ist. Das Bundesgericht stellte zwar klar, dass Wettbewerbsabreden, welche unter die Vermutungstatbestände fallen, bei Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung *grundsätzlich* erheblich seien, liess aber offen, wann solche Abreden nicht erheblich sind. Es hielt nur fest, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel sei. Die Praxis der WEKO und der Gerichte ist allerdings mit Bezug auf das Vorliegen von Bagatellfällen nicht klar.

### 3.2.2 Die Referenzgrösse: der relevante Markt

- 72 Die Beseitigung des Wettbewerbs oder die erhebliche Beeinträchtigung desselben lässt sich grundsätzlich nur feststellen, wenn die Referenzgrösse, d.h. der von der Abrede betroffene Markt, definiert ist: der sog. relevante Markt. Dieser muss in sachlicher, geografischer und in Einzelfällen auch in zeitlicher Hinsicht umschrieben werden. Artikel 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>67</sup> (VKU; SR 251.4) enthält eine Definition des sachlich und geografisch relevanten Marktes, die nicht nur im Rahmen der Fusionskontrolle, sondern auch bei der Anwendung des KG auf Wettbewerbsabreden (nach Art. 5 KG) oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) Anwendung findet<sup>68</sup>.
- 73 Der sachlich relevante Markt wird gemäss Artikel 11 Abs. 3 Bst. a VKU so umschrieben, dass er alle Waren oder Dienstleistungen umfasst, "die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks mit den von der Abrede betroffenen Produkten oder Dienstleistungen als substituierbar angesehen werden". Der geografisch relevante Markt umfasst nach Bst. b der gleichen Vorschrift "das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet". In zeitlicher Hinsicht kann der relevante Markt eingegrenzt werden, falls es sich um Märkte handelt, deren Produkt- oder Leistungszusammensetzung über das Jahr hindurch ändert<sup>69</sup>.
- 74 Sowohl der sachlich wie auch der räumlich relevante Markt wird aus der Sicht des oder der durchschnittlichen, objektiv denkenden Vertreter(s) der Marktgegenseite definiert. Bei der Frage der Substituierbarkeit der Produkte oder Dienstleistungen im Rahmen der Definition des sachlich relevanten Angebotsmarktes ist entscheidend, auf welche anderen Produkte

---

<sup>66</sup> Siehe Abschn. 5.2.5, 5.4 und 5.6 des Urteils des Bundesgerichts 143 II 297 i. S. Gaba.

<sup>67</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996; SR 251.4.

<sup>68</sup> Patrik Ducrey, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: SBVR, Band XI Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage 2020, S. 730f.

<sup>69</sup> Patrik Ducrey, a.a.O., S. 731.



oder Dienstleistungen der durchschnittliche objektiv denkende Nachfrager ausweichen würde, wenn sich der Preis des betreffenden Produkts dauerhaft erhöhen würde<sup>70</sup>.

### 3.3 Rechtfertigungsmöglichkeiten

- 75 Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Artikel 5 Abs. 2 KG).
- 76 Eine Abrede ist praxisgemäss dann notwendig, wenn sie kumulativ drei Bedingungen erfüllt:
- Sie muss geeignet sein, das Effizienzziel herbeizuführen (Eignung);
  - Es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, welches zur Zielerreichung geeignet ist, den Wettbewerb aber weniger intensiv beeinträchtigen würde (Erforderlichkeit);
  - Der Wettbewerb darf durch die Abrede im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt sein (Verhältnismässigkeit i. e. S.)<sup>71</sup>.
- 77 Im Entscheid der WEKO i.S. Swico/S.EN.S verwies die WEKO auf die bundesgerichtliche Praxis, wonach die Effizienzgründe "Verbesserung von Produkten", Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen" und "rationellere Nutzung von Ressourcen" weit zu verstehen seien<sup>72</sup>.
- 78 Der Effizienzgrund der Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten bezog sich ursprünglich in erster Linie auf horizontale Rationalisierungskooperationen zwischen kleineren oder mittleren Unternehmen, wurde in der Folge durch die Praxis allerdings ausgeweitet<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Aber auch die Angebotssubstituierbarkeit kann relevant sein. Dies wäre dann der Fall, wenn Anbieter ohne Probleme ihr Angebot auf das nachgefragte Produkt rasch umstellen oder erweitern könnten und dass diese Umstellung ohne grössere Kosten erfolgt, so dass (weitere) Ausweichmöglichkeiten für den Nachfrager entstehen; vgl. dazu Patrik Ducey, a.a.O., S. 731.

<sup>71</sup> RPW 2021/3 S. 603 ff., 609 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

<sup>72</sup> RPW 2005/2, S. 248ff., Rz 90ff. Mit Bezug auf den Begriff "Ressourcen" meinte die WEKO: "Die Wettbewerbskommission schliesst sich der Interpretation des Bundesgerichts an, wonach unter dem Begriff Ressourcen auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen zu verstehen sind, so dass bei der Beurteilung des Effizienzkriteriums auch ökologische Parameter berücksichtigt werden können. Sie hält dafür, dass Umweltschutzargumente zwar bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 2 KG berücksichtigt werden dürfen, aber es muss dabei ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegen" (Rz 92).

<sup>73</sup> Vgl. etwa BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 N 310.

## D. Geltungsanspruch des Kartellgesetzes im konkreten Fall

### 1.1 Zur Anwendung des KG auf den Arbeitsmarkt

- 79 In den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 war ein ausdrücklicher Vorbehalt dergestalt enthalten, dass diese Gesetze auf *"Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die lediglich das Arbeitsverhältnis betreffen"*<sup>74</sup> nicht anwendbar waren. Bereits in der Botschaft vom 18. September 1961 "zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen" fand sich der Hinweis, dass das Gesetz hingegen anwendbar sei *"auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren von Arbeitnehmerverbänden, soweit sie Einwirkungen auf den Gütermarkt vorsehen, zum Beispiel die Sperre von Arbeitskräften gegenüber einer Unternehmung, die Kartellpreise nicht einhält."*<sup>75</sup> Der gesetzliche Vorbehalt war demnach beschränkt<sup>76</sup>, aber dennoch umfassend, was die Regelung der Arbeitsverhältnisse anbelangt. In den Beratungen vom 18. September 1961 im Ständerat hielt der Berichterstatter (SR Rohner) nämlich fest:

Wir haben uns an dieser Stelle lediglich mit dem Wettbewerb und den Wettbewerbsbeschränkungen am Markt der Güter und Dienstleistungen zu befassen, nicht aber mit den Wettbewerbsverhältnissen am Arbeitsmarkt, die durch arbeitsrechtliche Vereinbarungen der Sozialpartner, durch die Zielsetzungen und die Politik der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände beeinflusst werden können.<sup>77</sup>

- 80 Der im KG von 1985 wiederum enthaltene Vorbehalt, wonach das Gesetz nicht anwendbar sei *"auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen"* wurde in den parlamentarischen Beratungen gar nicht diskutiert. Es findet sich aber in den Beratungen des Nationalrates zu einem Minderheitsantrag betreffend die Abs. 2 in den Artikeln 2 und 3 der Hinweis, dass man diesen Minderheitsanträgen zustimmen könne, *"weil in diesem Gesetz nach wie vor wichtige Bereiche vollkommen ausgeschlossen sind, wie zum Beispiel der Arbeitsmarkt"*<sup>78</sup>.
- 81 Im geltenden Gesetz knüpft der sachliche Geltungsbereich, wie bereits erwähnt, an den Unternehmensbegriff an. Diese Anknüpfung macht gemäss Botschaft klar, dass weder Konsumenten noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden, weshalb der erwähnte Vorbehalt zugunsten von Verträgen, Beschlüssen und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, nicht mehr notwendig sei<sup>79</sup>. Die Botschaft stellt aber (einmal mehr) klar, dass das Gesetz anwendbar ist auf Massnahmen auf dem Arbeitsmarkt, die lediglich Vehikel unerlaubter Abreden auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt seien, wie beispielsweise die Behinderung Dritter durch das Sperren von Arbeitskräften.

<sup>74</sup> Artikel 2 Abs. 1 KG 85, Artikel 1 KG 62.

<sup>75</sup> BBI 1991 II 553, 571.

<sup>76</sup> Ausführlich dazu Stefan Keller, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, sic! 2009 S. 214 ff.

<sup>77</sup> Amtl. Bull. Der Bundesversammlung 1962 II 188 (SR).

<sup>78</sup> Amtl. Bull. Der Bundesversammlung 1985 I 18 (NR) (Hervorhebung durch die Gutachter).

<sup>79</sup> Urteil des EuGH i.S. Albany, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

Aus der Botschaft zum geltenden KG kann daher geschlossen werden, dass **gegenüber den KG-Versionen 1962 und 1985 grundsätzlich nichts geändert hat. Arbeitsmarktbezogene Abreden zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden unterfallen nicht dem KG.**

- 82 Das SECO positionierte sich in seinem "Bericht GAV-Standortbestimmung" ebenfalls klar:

Da sich der Staat grundsätzlich nicht in die Angelegenheiten der Sozialpartner einmischte, obliegt diesen die Organisation ihrer gegenseitigen Kontakte und Verträge. Somit verhandeln die Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften allein über den Abschluss und den Inhalt der GAV. Die GAV bedürfen weder von der Form noch vom Inhalt her einer staatlichen Genehmigung, sie sind direkt gültig und anwendbar. Die Sozialpartner setzen selbständig paritätische Kommissionen ein, die mit der Anwendung und dem Vollzug der GAV beauftragt sind und auch Sanktionen aussprechen können. Treten Probleme auf, so lösen die Sozialpartner diese selbst, wenden sich an ein eigenes paritätisches Schiedsgericht oder an die ordentlichen Zivilgerichte.

**Mit den GAV stellen die Sozialpartner Regeln auf, die direkt für die unterstellten Arbeitsverhältnisse der Branche gelten. Damit übernehmen Sie eine Ordnungsfunktion und entlasten indirekt auch den Staat, weil den anwendbaren GAV-Bestimmungen eine gesetzesähnliche Wirkung zukommt.**<sup>80</sup> (Hervorhebung)

- 83 Dass der Arbeitsmarkt bzw. sozialpartnerschaftliche Abreden dem Kartellgesetz entzogen sind, ergibt sich auch aus der Bundesverfassung, welche die Koalitionsfreiheit von Arbeitnehmenden und Arbeitgebern zum Zweck des Schutzes ihrer Interessen in Artikel 28 ausdrücklich festschreibt.
- 84 Vischer/Albrecht schreiben zum Ausschuss des Arbeitsmarktes vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes:

Der Ausschluss des Arbeitsmarktes vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes will zum Ausdruck bringen, dass der Arbeitsmarkt gegenüber dem Güter- und Leistungsmarkt ein aliud darstellt. Die Ausnahme vom Kartellrecht ist allerdings auf solche Vorkehrungen beschränkt, die "ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen", wie es in Art. 1 Abs. 2 des alten Kartellgesetzes von 1985 noch hiess; diese Einschränkung der Ausnahme gilt auch unter dem neuen Kartellgesetz von 1995. Das Kriterium, dass eine Vereinbarung "ausschliesslich das Arbeitsverhältnis" betrifft, ist in der Praxis schwierig anzuwenden, weil praktisch jede Regelung auch Auswirkungen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte hat. **Sinnvollerweise genügt für die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts der Umstand, dass eine Vereinbarung sich auf die dem betreffenden GAV unterstellten Arbeitsverhältnisse bezieht und sich überwiegend auf dem Arbeitsmarkt auswirkt, auch wenn Reflexwirkungen auf anderen Märkten eintreten; stellt sich bei objektiver Betrachtung jedoch heraus, dass einer bestimmten Vereinbarung ein vom Arbeitsverhältnis losgelöster Zweck (namentlich die Beeinflussung eines Güter- oder Dienstleistungsmarktes) zugrunde liegt, so untersteht diese Vereinbarung dem Kartellrecht (was noch nicht notwendigerweise bedeutet, dass sie unzulässig ist).**<sup>81</sup> (Hervorhebungen / ohne Verweise)

- 85 Nicht vom Kartellgesetz erfasst werden also seit jeher zwischen Arbeitnehmenden- und Arbeitgeberverbänden ausgehandelte und vereinbarte (kollektive) Massnahmen zum Ausgleich der strukturellen Schwächen der Arbeitnehmenden. Dazu gehören namentlich GAV, mit denen

<sup>80</sup> Staatssekretariat für Wirtschaft, Bericht GAV-Standortbestimmung, Mai 2014, S. 54f. (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34715.pdf>).

<sup>81</sup> ZO OR-Vischer/Albrecht, Art. 356 N 16.

Arbeitnehmende- und Arbeitgeberverbände Regelungen betreffend Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse vereinbaren<sup>82</sup>. Dass GAV für Löhne eine kartellähnliche Wirkung entfalten können und allenfalls zu einer Einbusse an Flexibilität des Arbeitsmarktes führen können, ändert nichts daran, dass das KG hierauf nicht anwendbar ist. Es wird sogar vertreten, dass "von Arbeitsmarktkartellen präsumtiv mehr Vor- als Nachteile zu erwarten sind"<sup>83</sup>.

- 86 Fraglich ist, ob das kollektive Arbeitsrecht verletzende GAV-Bestimmungen unter den Geltungsbereich des KG fallen. Wenn sich an den Bereichsausnahmen von 1962 und 1985 mit der Einführung des KG von 1995 nichts geändert haben soll, so muss davon ausgegangen werden, dass der im Rahmen von GAV geregelte Arbeitsmarkt vom Geltungsbereich des KG vollkommen ausgenommen ist. Ansichten aus der Lehre, wonach die Ausnahme von der Kartellgesetzgebung nur mit dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer begründet werden können<sup>84</sup>, sind daher *de lege lata* abzulehnen; anderes würde bedeuten, dass GAV grundsätzlich und entgegen der Bereichsausnahme in jedem Fall durch die Wettbewerbsbehörden dahingehend geprüft werden können, ob deren Bestimmungen dem Schutz der Arbeitnehmenden dienen. Sämtliche Bestimmungen, welche die Regelung des Arbeitsverhältnis betreffend, sind folglich gemäss Botschaften von der Bereichsausnahme erfasst.
- 87 Zwischen Unternehmen vereinbarte arbeitsmarktbezogene Abreden, namentlich solche über Löhne und Lohnbestandteile, fallen demgegenüber unter das Kartellgesetz, sofern sie nicht Ausfluss der Sozialpartnerschaft sind (d.h. etwa im Rahmen von Positionsbezügen bei GAV-Verhandlungen erfolgen). Diesfalls ist die Anwendbarkeit von Artikel 5 KG i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG mit Bezug auf mögliche Auswirkungen auf den Güter- oder Dienstleistungsmarkt zu prüfen. Zu arbeitsmarktbezogenen Abreden äusserte sich jüngst insbesondere auch der vormalige Präsident der WEKO, Professor Andreas Heinemann, welcher in einem Beitrag zur deutschen Lehre vertrat, dass Absprachen unter Wettbewerbern betreffend Löhne als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gelten, da sie eine marktgerechte Vergütung von Arbeitnehmenden verhindern und Arbeitnehmende allgemein in ihrem Fortkommen beeinträchtigen<sup>85</sup>. Aber auch Heinemann hält fest, dass

die kollektive Verhandlung von Löhnen und Arbeitsbedingungen im Rahmen der grundrechtlich gewährleisteten Sozialpartnerschaft der Anwendung des Kartellrechts entzogen [ist]. Hierauf bezogene Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien sind also keine Kartelle im Rechtsinn. Anders verhält es sich, wenn Unternehmen lohn- oder sonstige arbeitsbezogene Absprachen treffen, die ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren zustande kommen. Auf sie ist das Kartellrecht in vollem Umfang anwendbar.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 121.

<sup>83</sup> BK OR-Stöckli, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag (Art. 356-360) / Einleitung N 8; ZK OR-Vischer/Albrecht, Vorbemerkungen zu Art. 356-358 N 6.

<sup>84</sup> So etwa BK-Stöckli, Art. 357 N 44N 28 ff.

<sup>85</sup> Andreas Heinemann, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW 2020 Nr. 07-08, S. 371 ff., 376.

<sup>86</sup> Andreas Heinemann, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW 2020 Nr. 07-08, S. 371 ff., 375. Der vormalige Präsident der WEKO äusserte sich offenbar auch im Zuge der Vorabklärung des WEKO-Sekretariats öffentlich zur Sache, so im Tagesanzeiger (online) vom 5. Dezember 2022: Lohnabsprachen unter Banken – "Da muss eine 'Smoking Gun' sein": [...]

## 1.2 Zweck und Geltungsbereich des geltenden KG

- 88 Das KG hat einen doppelten Zweck. Zum einen soll es gemäss dem bundesverfassungsrechtlichen "Kartellartikel" in Artikel 96 Abs. 1 BV und dem Zweckartikel in Artikel 1 KG "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" verhindern und zum anderen "damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung" fördern. Der ebenfalls im Ingress des KG erwähnte Artikel 94 BV schützt eine "Wettbewerbswirtschaft"<sup>87</sup>. Mit dem Schutz des sog. wirksamen Wettbewerbs sollen bestimmte zentrale Funktionen erfüllt werden. Der wirksame Wettbewerb "soll die Wettbewerbsteilnehmer anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln"<sup>88</sup>.
- 89 Entsprechend dem soeben Gesagten nennt Artikel 2 Abs. 1 KG als Adressaten des KG das Unternehmen, welches mit seiner Tätigkeit als selbstständiger Anbieter und/oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen in einem Wirtschaftsprozess auf einem bestimmten Markt den Wettbewerb aufrechterhält.
- Nicht die rechtliche Organisation, sondern die wirtschaftliche selbstständige Teilnahme am Wettbewerbsprozess ist ausschlaggebend dafür, ob ein Gebilde als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gilt... Wegen des funktionalen Charakters des Unternehmensbegriffs kann für ein Gebilde nicht abschliessend und pro futuro festgestellt werden, ob es ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ist, sondern lediglich für eine bestimmte Tätigkeit.<sup>89</sup>
- 90 Arbeitnehmer sind keine Unternehmen. Gemäss dem im vorstehenden Abschnitt Gesagten sind zudem arbeitsmarktbezogene Abreden, die Ausfluss der Sozialpartnerschaft sind (d.h. etwa im Rahmen von Positionsbezügen bei GAV-Verhandlungen erfolgen), dem Geltungsbereich des KG entzogen. Es stellt sich vorliegend somit die Frage, ob die Nachfrage nach Lernenden und Berufseinsteigenden oder das Angebot von Lehrstellen eine unternehmerische Tätigkeit darstellt bzw. ob Lernenden- und Berufseinsteigendenmarkt dem Wettbewerbsprinzip untersteht und damit dem KG unterstellt ist oder ob auf diesen Märkten andere Prinzipien gelten und damit andere Ziele verfolgt werden.

---

*Auch Weko-Präsident Andreas Heinemann sagt, die Leidtragenden seien die Angestellten: «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind Anbieter von Arbeit. Sie sollten die Möglichkeit haben, nach Arbeitgebern Ausschau halten zu können, die bessere Bedingungen bieten.» Bei Absprachen, die ohne Sozialpartner und damit ohne Arbeitnehmerinnen stattfinden, werde dieser Mechanismus ausgeschaltet. «Die Arbeitnehmer können sich folglich nicht verbessern.»*

Solche Äusserungen sind vor dem Hintergrund der mangelnden Trennung der Wettbewerbsbehörde zwischen Untersuchung und Entscheid brisant. Das Bundesgericht hielt in der Vergangenheit fest, dass kartellrechtliche Verfahren EMRK-konform durchgeführt werden müssen, wozu auch der in Artikel 30 BV bzw. Artikel 6 EMRK statuierte Anspruch auf die Beurteilung des Sachverhalts durch ein unabhängiges Gericht gehört. Inwiefern der vormalige Präsident der Weko mit seinen Äusserungen zur Sache diesen Grundsatz verletzt hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

<sup>87</sup> David Moeckli, in: KG-Kommentar, Art. 1, Rz 15, Dike 2018.

<sup>88</sup> David Moeckli, a.a.O. Rz 46, mit Verweisung auf die Botschaft KG 1995.

<sup>89</sup> Reto Heizmann/Michael Mayer, in: KG-Kommentar, Art. 2, Rz 7, Dike 2018.

## 1.3 Die Eigenheiten des Arbeits- und des Lehrlings- bzw. Lernendenmarkts

### 1.3.1 Der Lernendenmarkt untersteht nicht dem KG

- 91 Oben wurde offen gelassen, ob bzw. inwieweit Lernende von der VAB erfasst werden. In jedem Fall ist dieser Bereich **nicht Gegenstand des KG**. Das **Lehrlingswesen** ist eine **gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt** (Artikel 1 BBG), welche stark reglementiert und nicht dem Wettbewerbsprinzip unterstellt ist.
- 92 Wie oben in Rz 34ff. bereits erwähnt, handelt es sich beim Lehrverhältnis in erster Linie um ein **Ausbildungsverhältnis**<sup>90</sup>. Der Arbeitgeber verpflichtet sich qua Lehrvertrag, die lernende Person für einen bestimmten Beruf fachgemäss auszubilden, und die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten. Der Lehrvertrag ist somit ein **Arbeitsvertrag, der zum Zweck der Ausbildung abgeschlossen** wurde<sup>91/92</sup>.
- 93 Beim Lehrlingswesen, gerade im Bankbereich, kann folglich nicht die wirtschaftliche Leistung des Lernenden im Vordergrund stehen (vgl. Rz 31f.), sondern **im Vordergrund steht die Ausbildung von Lernenden im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Interessen**. Mit der Berufsbildung soll erreicht werden, **dass der Einzelne sich – nach abgeschlossener Lehre – beruflich und persönlich entfalten und in die Arbeitswelt integrieren kann**, indem sie ihm die Fähigkeit und die Bereitschaft vermittelt, beruflich flexibel zu sein und in der Arbeitswelt zu bestehen (Artikel 3 Bst. a BBG). All dies erfolgt im Hinblick darauf, dass überhaupt ein Arbeitsmarkt bestehen kann und die Betriebe wettbewerbsfähig sein können (Art. 3 Bst. b BBG).
- 94 **Entsprechend steht dabei auch die Entlöhnung nicht im Vordergrund**. Während eine solche nicht zwingend ist, ist dies heute Praxis, wobei die Arbeitgeber gehalten sind, übliche Löhne zu bezahlen. **Damit soll verhindert werden, dass einzelne Branchen, Unternehmen oder auch Regionen versuchen, die besten Lernenden mit höheren Löhnen zu ködern und dass die Lernenden ihre Lehrstellen nach finanziellen Gesichtspunkten auswählen** und nicht danach, wo sie zur Ausübung ihres künftigen Berufs am meisten lernen und Erfahrungen sammeln können. Gemäss Artikel 3 Bst. c BBG soll **der Ausgleich der Bildungschancen in sozialer und regionaler Hinsicht** gefördert und entwickelt werden (s. Rz 36 oben)<sup>93</sup>.
- 95 Aus den obigen Ausführungen kann geschlossen werden, **dass zumindest der Lernendenmarkt kein Wettbewerbsmarkt** ist. Das gemäss BBG zu erreichende Ziel besteht darin, **die**

---

<sup>90</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 344 N 12; vgl. auch Artikel 15 Abs. 1 BBG: Die berufliche Grundbildung dient der Vermittlung und dem Erwerb der Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten (nachfolgend Qualifikationen), die zur Ausübung einer Tätigkeit in einem Beruf oder in einem Berufs- oder Tätigkeitsfeld (nachfolgend Berufstätigkeit) erforderlich sind.

<sup>91</sup> BGE 132 III 755.

<sup>92</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2012, Art. 344a N 8.

<sup>93</sup> Dass die Entlöhnung nicht im Vordergrund steht, ergibt sich auch aus dem Merkblatt des KV Schweiz unter 20190101\_merkblatt\_jugnd\_rundum\_einstieg\_meine-rechte-und-pflichten.pdf.

**Lernenden auf ihre künftige Berufstätigkeit vorzubereiten.** Auch ist die Aufsicht zur Einhaltung des BBG umfassend. Gemäss Artikel 24 sorgen die Kantone für die Aufsicht über die berufliche Grundbildung und **diese Aufsicht berät und begleitet die Lehrvertragsparteien umfassend.**

- 96 Auch bei Praktika ist davon auszugehen, dass die Ausbildung im Vordergrund steht, auch wenn dort keine systematische und umfassende Berufsausbildung vermittelt wird wie in der beruflichen Grundbildung. Der "Berufseinstieg für Mittelschulabsolventen", also nach erfolgter Matura, zielt aber letztlich auch darauf ab, Jugendliche für das Berufsleben fit zu machen.
- 97 **Es bestehen daher überzeugende Gründe dafür, zu argumentieren, dass weder das Anbieten von Lehrstellen bzw. Praktikumsstellen noch die Nachfrage von Lernenden bzw. Praktikantinnen und Praktikanten nach Lehr- bzw. Praktikumsstellen eine unternehmerische Tätigkeit darstellt, wofür die WEKO oder ihr Sekretariat zuständig sein könnte.**
- 98 Es ist im Weiteren auch nicht anzunehmen, dass mit einem Informationsaustausch über Lernenden- oder Praktikantenlöhne überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung auf Güter- und Dienstleistungsmärkten bezweckt oder bewirkt werden kann, womit die Anwendung des KG, welches Wettbewerbsbeschränkungen bekämpfen soll, ausgeschlossen ist.

### 1.3.2 Die Sozialpartnerschaft in der Form der VAB untersteht nicht dem KG

- 99 Bei der in Abschnitt IV.B.3 umschriebenen **VAB** handelt es sich um einen **Gesamtarbeitsvertrag** gemäss Artikel 356 ff. OR, der grundsätzlich vom Geltungsbereich des KG ausgenommen ist.
- 100 Wesentlich in Bezug auf den Informationsaustausch betreffend Berufseinsteigenden sind folgende Bestimmungen der VAB:
- **Artikel 24**, der den Banken aufgibt, ein **funktionsorientiertes Lohnsystem** für die der VAB unterstellten Angestellten zu führen. Dieses Lohnsystem muss "funktionsorientierte Marktlöhne" bieten.
  - **Artikel 26**, der den Mindestlohn regelt und zudem vorsieht, dass die Sozialpartner **regelmässig Verhandlungen führen über die Anpassung des Mindestlohnes** unter Berücksichtigung der eingetretenen Lohnentwicklung und über die Anpassung der Familienzulage;
  - **Artikel 42**, der festschreibt, dass die Angestelltenvertretung zu Lohnverhandlungen mit der Bank legitimiert ist<sup>94</sup>;

---

<sup>94</sup> Das diesbezügliche System ist mehrstufig. Die Lohnverhandlungen werden in einer ersten Stufe innerbetrieblich (Art. 42 VAB) und erst in der zweiten Stufe unter Beizug der Sozialpartner (Art. 44 VAB) geführt. Falls auch die Verhandlungen unter Einbezug der Sozialpartner zu keinem Ergebnis führen, können die Angestelltenvertretungen oder die Sozialpartner der Angestelltenseite den Fall der gemeinsamen Schiedsstelle unterbreiten (Art. 45 VAB). Zwar wirken die Sozialpartner in der ersten Verhandlungsstufe bei den Salärverhandlungen nicht mit, da die VAB aber funktionsorientierte Marktlöhne vorschreibt, ist ein überbetrieblicher Informationsaustausch (und auch ein Informationsaustausch zwischen Personalvertretungen verschiedener Banken) aber systeminhärent.

- **Artikel 43**, der den Banken die Möglichkeit gibt, bei der Einführung von funktionsorientierten Lohnsystemen die **Sozialpartner beizuziehen** und vorsieht, dass sie **den Sozialpartnern in begründeten Fällen Einblick in die Lohnsysteme** gewähren müssen.
- **Artikel 50**, welcher die **paritätische Kommission** und insbesondere deren Zweck und Aufgabe regelt. Die paritätische Kommission verfolgt die Entwicklung des Arbeitsmarktes der Bankbranche, bespricht allgemeine Fragen über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten und stellt Grundlagen für Verhandlungen bereit. Alle zwei Jahre, ausnahmsweise auch in einem Zwischenjahr, verschafft sich die paritätische Kommission **in gemeinsamer Absprache Transparenz über Lohnsysteme und -entwicklung** der der VAB unterstellten Bankangestellten.

- 101 Diese Bestimmungen wurden im Wesentlichen in die VAB eingefügt, nachdem die VAB Mitte der 1990er-Jahre revidiert wurde. Diese Neuorganisation wurde nötig, nachdem die vormals gesamtschweizerisch geführten Lohnverhandlungen kaum mehr erfolgreich waren. Neu sollten die Lohnverhandlungen in einer ersten Stufe auf Betriebsebene geführt werden (d.h. zwischen der Angestelltenvertretung und der Bank; heute Art. 42 VAB). Kommt keine Einigung zustande, werden die Verbände, d.h. die Sozialpartner, in die Verhandlungen einbezogen (heute Art. 44 VAB). Als dritte Stufe ist ein Schiedsgericht vorgesehen (heute Art. 45 VAB)<sup>95</sup>. Entsprechend klar ist, dass auf der ersten Verhandlungsstufe zur Umsetzung der VAB, insb. der Verpflichtung, funktionsorientierte Marktlöhne zu bezahlen (Art. 24 VAB), arbeitgeberseitig in erster Linie ein Austausch unter den lokalen Banken erforderlich ist. Andernfalls wäre die Einhaltung der Verpflichtung, funktionsorientierte Marktlöhne zu bezahlen (Art. 24 VAB), nur schwer umsetzbar.
- 102 Soll schliesslich eine paritätische Kommission "Grundlagen für Verhandlungen" bereitstellen (Artikel 50 VAB) und führen die Sozialpartner "regelmässig Verhandlungen über die Anpassung des Mindestlohnes unter Berücksichtigung der eingetretenen Lohnentwicklung" (Artikel 26 VAB) und muss ein Lohnsystem "funktionsorientierte Marktlöhne" bieten (Artikel 24 VAB), so ist der Austausch von Lohninformationen in der Bankbranche generell geradezu erforderlich zur Einhaltung der VAB.
- 103 Dass im Rahmen der Sozialpartnerschaft auch auf lokaler Ebene ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen erfolgt, ist somit sachlich begründet. Durch den Gesamtarbeitsvertrag **stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmendenverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmenden** auf (Art. 356 Abs. 1 OR). Auch mit Bezug auf die Entlohnung der dem GAV unterstellten Angestellten ist eine enge Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern bzw. unter den lokalen Arbeitgebern erforderlich bzw. vorgesehen. Solange es demnach um die gemeinsame Positionierung der Arbeitgeber im Rahmen der sozialpartnerschaftlichen Verhandlungen bzw. innerbetrieblichen Lohnverhandlungen geht, muss ein Informationsaustausch zulässig sein,

---

<sup>95</sup> Gemeinsame Pressemitteilung der Arbeitgeberorganisation der Banken in der Schweiz, des Schweizerischen Bankpersonalverbands und der Schweizerischen Kaufmännischen Verbands vom 22. Juni 1996



**andernfalls ein GAV kaum je zustande kommen würde bzw. aufrechterhalten und umgesetzt werden könnte.**

- 104 Werden Lohninformationen im Rahmen der Sozialpartnerschaft in der Form der VAB ausgetauscht, kann darin nach hier vertretener Auffassung keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden, **weil die Sozialpartnerschaft, solange sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betrifft, vom Anwendungsbereich des KG ausgenommen ist.** Nach hier vertretener Auffassung dient die Transparenz **letztlich der Sicherstellung der Einhaltung der VAB**, zu der die Sozialpartner gemäss Artikel 357a Abs. 1 OR verpflichtet sind. Und, die Lohntransparenz trägt nach Ansicht des Bankpersonalverbands jedenfalls dazu bei, **die Lohnbedingungen der Arbeitnehmenden zu verbessern** (oben, Rz 53).

#### **1.4 Exkurs: Die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Arbeitsmarkt**

- 105 Auch das EU-Wettbewerbsrecht erfasst arbeitsrechtliche Angelegenheiten nicht, so namentlich Lohn- und Tarifvereinbarungen zwischen Tarifpartnern. Im Urteil Albany<sup>96</sup> hielt der Europäische Gerichtshof fest:

59. Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Massnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Artikel 85 Absatz 1 Geltung hätte.

60. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fallen.

Mit *"diesen Zielen"* sind die in Artikel 1 des Abkommens über die Sozialpolitik<sup>97</sup> genannten Ziele gemeint, d.h. *"die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaftes hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen."*<sup>98</sup>

- 106 Auch auf Sachverhalte anderer Bereiche, in denen keine wirtschaftlichen Aspekte im Vordergrund stehen, argumentieren die europäischen Wettbewerbsbehörden bei der Frage der Anwendbarkeit von EU-Wettbewerbsrecht ähnlich. So insbesondere bei Sachverhalten im

---

<sup>96</sup> Rs. C-67/96.

<sup>97</sup> ABI. 1992, C 191, S. 91. Artikel 1 des Abkommens lautet wie folgt: "Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten haben folgende Ziele: die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen. Zu diesem Zweck führen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten Massnahmen durch, die der Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten, insbesondere in den vertraglichen Beziehungen, sowie der Notwendigkeit, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der Gemeinschaft zu erhalten, Rechnung tragen."

<sup>98</sup> Urteil des EuGH i.S. Albany, Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rz 57.

Bereich des Sports. Im Urteil des EuGH i.S. Meca-Medina und Majcen/Kommission vom 18. Juli 2006<sup>99</sup> stellte der EuGH mit Verweisung auf seine Rechtsprechung fest, dass die Ausübung des Sports nur unter das Gemeinschaftsrecht (inkl. Wettbewerbsbestimmungen) fällt, wenn sie zum Wirtschaftsleben gehört bzw. als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist<sup>100</sup>.

- 107 Im Urteil Wirth qualifizierte der Europäische Gerichtshof höhere Ausbildungsdienstleistungen nicht als Dienstleistungen im Sinne von Artikel 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, sofern die betreffende Institution keine wirtschaftlichen Ziele verfolgt<sup>101</sup>. Schliesslich befand die Europäische Kommission in einem Beihilfenfall, dass Tätigkeiten von Organisationen, die Sozialziele verfolgen und diese Tätigkeiten nicht gewinnorientiert ausüben, den Wettbewerbsregeln nicht unterstellt seien<sup>102</sup>.
- 108 Erfasst werden demgegenüber kollektive Vereinbarungen, die über die eigentliche Gestaltung der Arbeitsverhältnisse hinausgehen. Allgemein lassen sich aus der europäischen Rechtsprechung folgende Schlüsse ziehen: Arbeitsmarktbezogene Absprachen zwischen Arbeitgebern können entweder als Käuferkartell betrachtet werden, bei dem es um die künstliche Erhöhung der Gewinnspannen der Input-Käufer (Arbeitgeber) auf Kosten der Gewinnspannen der Input-Lieferanten (Arbeitnehmende) geht, oder als Teil von Bestrebungen eine Angleichung der Kostenstruktur zu erzielen mit dem Ziel oder der Wirkung, auf den nachgelagerten Märkten auf denen die Kartellmitglieder tätig sind, Absprachen zu treffen. Der Austausch von Informationen über die Lohnhöhe scheint in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten nur in der letztgenannten Kategorie relevant zu sein.
- 109 Die Bundesverfassung enthält in Artikel 41 mit dem Abkommen über die Sozialpolitik vergleichbare Ziele:

[1] Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

[...]

d. Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können;

[...]

f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können;

g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden sowie ihre Gesundheit gefördert wird.

[...]

---

<sup>99</sup> Rechtssache C-519/04 P.

<sup>100</sup> Erw. 22ff; mit Verweisung auf die Urteile i.S. Walrave und Koch (Rs 36/74), Doña (Rs13/76), Bosman (Rs C-415/93), Deliège (C-51/96 und C-191/97) sowie Lehtonen und Castors Braine (Rs 176/96). Siehe auch Generalanwalt Rantos in International Skating Union/Kommission, in: Rs C-124/21 P, Rz 40, der eine wettbewerbsbeschränkende Klausel im Sportbereich als notwendige Nebenabrede qualifizierte und damit nicht dem Geltungsbereich von Artikel 101 AEUV unterstellte.

<sup>101</sup> RS C-109/92.

<sup>102</sup> Entscheidung der Kommission vom 2. März 2005 über die Beihilferegelung, die Italien für die Reform der Einrichtungen zur beruflichen Bildung durchgeführt hat, Abl. L 81/25 vom 18. März 2006, Rz 47.

- 110 Neben den oben genannten Gründen zur Ausnahme der VAB und des Lernendenmarkts vom Geltungsbereich des KG lässt sich ähnlich den erwähnten Prinzipien aus dem EU-Recht vor dem Hintergrund dieser Sozialziele auch argumentieren, dass im Rahmen der Sozialpartnerschaft durchgeführte Massnahmen und generell die Lernendenausbildung ausserhalb des Anwendungsbereichs des KG liegen. Soweit Lernende bzw. Auszubildende nicht unter einen GAV fallen, lässt sich analog ebenfalls argumentieren, dass im Rahmen eines ausgeglichenen Berufsbildungssystems bzw. der Ausbildung von Nachwuchskräften im Allgemeinen getroffene Massnahmen ebenfalls ausserhalb des Anwendungsbereichs des KG liegen. Der Berufseinstieg soll gefördert werden (Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV). Dazu erlässt der Bund im Rahmen von Artikel 63 BV Vorschriften über die Berufsbildung<sup>103</sup>, die Kantone vollziehen diese und die **Organisationen der Arbeitswelt** (Sozialpartner, Berufsverbände, andere zuständige Organisationen und andere Anbieter der Berufsbildung) definieren die Bildungsinhalte und Qualifikationsverfahren einer beruflichen Grundbildung, können Angebote in der höheren Berufsbildung bereitstellen und stellen Ausbildungsplätze zur Verfügung<sup>104</sup>. Die Funktionsfähigkeit des "Gesamtsystems berufliche Grundausbildung" erfordert Koordination, auch bei den Löhnen und Lohnbestandteilen (vgl. etwa Rz 94).

## V. Beantwortung der Fragen

### A. Zur Frage 1

#### ***Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lernende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?***

##### 1. Geltungsbereich

- 111 Beim Lehrlingswesen steht gemäss Artikel 63 BV und dem Berufsbildungsgesetz nicht die wirtschaftliche Leistung des Lernenden, aber auch nicht des Arbeitgebers im Vordergrund, **sondern im Vordergrund steht die Ausbildung von Lernenden im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Interessen**. Mit der Berufsbildung soll erreicht werden, dass der Einzelne sich – nach abgeschlossener Lehre – beruflich und persönlich entfalten und in die Arbeitswelt integrieren kann, indem sie ihm die Fähigkeit und die Bereitschaft vermittelt, beruflich flexibel zu sein und in der Arbeitswelt zu bestehen (Artikel 3 Bst. a BBG). All dies erfolgt mit dem Ziel, dass der schweizerische Arbeitsmarkt gestärkt wird und die Betriebe wettbewerbsfähig bleiben (Artikel 3 Bst. b BBG). Gemäss Artikel 3 Bst. c soll mit dem BBG der Ausgleich der Bildungschancen in sozialer und regionaler Hinsicht erreicht werden. Damit ist u.a. auch die Entlohnung der Lernenden und auch die Festlegung des Zusagetermins angesprochen.

---

<sup>103</sup> Vgl. BSK BV-Gächter/Werder, Art. 41 N 43, welche Artikel 63 BV als eine Konkretisierung von Artikel 41 Abs. 1 Bst. d BV verstehen.

<sup>104</sup> Handbuch Prozess der Berufsentwicklung in der beruflichen Grundbildung, S. 1.

**Würde jeder Betrieb den Lernendenlohn und auch den Zusagetag frei bestimmen, könnten sich einzelne Branchen oder Unternehmen innerhalb einer Branche oder auch einzelne Regionen mit Bezug auf das Lehrlingswesen besser positionieren**, was aber dem Ziel von Artikel 63 BV bzw. des BBG gerade zuwiderlaufen würde.

- 112 Die Anstellung eines Lernenden erfolgt auch nicht, um den Wettbewerb auf dem Güter- und Produktmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Dies wäre schon aus dem Grunde ausgeschlossen, dass die Lernenden inputmässig nicht in der Lage sind, einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor auf dem Güter- und Produktmarkt zu bilden. Im Gegenteil: die Ausbildung von Lernenden deckt die mit Lernenden generierten Erträge nicht. Der Lernendenmarkt ist kein Wettbewerbsmarkt und die Nachfrage nach Lernenden keine unternehmerische Tätigkeit. Es ist auch nicht anzunehmen, dass mit einem Informationsaustausch über Lernendenlöhne überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt werden kann. Im Gegenteil dürfte es so sein, dass eine mangelnde Koordinierung der Lehrbetriebe zu volkswirtschaftlichen Schäden führen würde, da die mit Artikel 63 BV und dem BBG verfolgten Ziele nicht erreicht würden.
- 113 Die Zuständigkeit der Kantone zur Aufsicht über die Einhaltung des BBG ist zudem gemäss Artikel 24 derart umfassend, dass für die WEKO auch keine Zuständigkeit mehr besteht (Art. 18 Abs. 3 KG)
- 114 **Angesichts des oben Beschriebenen bestehen überzeugende Gründe, dass der vorliegende Sachverhalt gar nicht unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen.**

## **2. Artikel 3 Abs.1 KG**

- 115 Selbst wenn das WEKO-Sekretariat zum Ergebnis kommen würde, dass der Lehrlingsmarkt mit Bezug auf den Austausch der Lohninformationen und der Bestimmung des Zusagetags unter das KG fällt, weil diese Aktionen zur Erreichung der BBG-Ziele nicht notwendig sind, so müsste es prüfen, ob die gesetzliche Regulierung des Lehrlingsmarkts bzw. des Markts für Berufseinsteiger nicht unter Artikel 3 Abs. 1 KG fällt.
- 116 Das BBG und das OR regulieren den Lehrlingsmarkt detailliert. Mit Bezug auf die Festsetzung der Entlohnung der Lehrlinge sind allerdings gesetzlich **keine klaren Vorgaben** ersichtlich, **welche den klaren Willen des Gesetzgebers erkennen lassen, den Wettbewerb in diesem Punkt auszuschliessen**. Es gilt aber der Grundsatz, dass der Lehrbetrieb immer mindestens die orts- und branchenüblichen Ansätze einhalten muss (siehe Rz 40f.). Obwohl es aufgrund der explizit formulierten Ziele des BBG auf der Hand liegt, dass eine gleichmässige Entlohnung und Festlegung des Zusagetags erfolgen muss, damit die Vorbereitung auf die spätere Berufstätigkeit möglichst losgelöst von finanziellen oder zeitlichen Aspekten erfolgen kann, ist eine formellgesetzliche Grundlage, welche den Austausch von Lohninformationen erfasst, nicht ersichtlich.

- 117 Selbst wenn aus dem Gesamtzusammenhang und dem Sinn und Zweck des BBG diese Informationsaustausche zwischen den Banken puncto Löhne und Zusagetag als "gedeckt" erscheinen, **bestehen Zweifel, dass die WEKO eine Anwendung von Artikel 3 Abs. 1 KG bejahen dürfte.**

### 3. Artikel 5 i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG

#### 3.1 Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG

- 118 Bei der Frage, ob der hier in Frage stehende Informationsaustausch eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG darstellt, ist aufgrund der Kriterien, welche die WEKO bei dieser Prüfung anwendet, d.h. die Charakteristika der Informationen (Inhalt, Aktualität, Frequenz, Aggregation der Informationen, Homogenität der Produkte etc.) und die Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes (vgl. Rz 42 oben) **nicht ausgeschlossen, dass das WEKO-Sekretariat hier zunächst eine Wettbewerbsabrede annehmen könnte.** Gleichzeitig müsste aber, wie oben bereits angetönt, das WEKO-Sekretariat berücksichtigen, dass **Lernende für Banken keine für ihre Tätigkeiten auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten relevanten Inputfaktoren sind.** Zum einen bildet eine Bank gemessen an ihrer gesamten Belegschaft nur wenige Lernende aus, zum andern sind die produktiven Leistungen von Lernenden im Vergleich zu den Kosten ihrer Ausbildung klein und kaum geeignet, nennenswerte Marktwirkungen zu erzeugen. Letztlich ist die **Koordinierung der Lernendenausbildung einschliesslich einer gewissen Harmonisierung der Lernendensaläre im Interesse des "Gesamtsystems berufliche Ausbildung"** mit dem Ziel der Stärkung des Arbeitsmarkts und der Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe sogar prokompetitiv, womit auch keine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG vorliegen kann.

#### 3.2 Qualifizierung der Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG

- 119 Für den unwahrscheinlichen Fall, dass das WEKO-Sekretariat nicht nur die Unterstellung des Sachverhalts unter das KG, sondern auch das Bestehen einer Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs.1 KG bejahen würde, würde sich die Frage stellen, ob es sich bei der Abrede über Löhne und Lohnbestandteile von Lernenden um **eine den Wettbewerb zumindest spürbar beschränkende Preisabrede nach Artikel 5 Abs. 3 Bst. a KG** handelt. Bei der (allerdings unwahrscheinlichen) Annahme **eines relevanten Marktes für das Angebot und die Nachfrage von Lehrstellen** (siehe Rz 108), der zudem **regional eingegrenzt** werden müsste, **wäre eine solche Einschätzung wahrscheinlich.** Aufgrund der erwähnten Eigenheiten des Arbeitsmarktes dürfte aber eher wahrscheinlich sein, dass das WEKO-Sekretariat die Auswirkungen dieser Abrede **nicht auf dem "Input-Markt für Lernende, sondern wie in der EU auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt, auf dem die beteiligten Banken tätig sind,** analysieren dürfte. Dabei würden wohl **nationale und regionale Bankenmärkte** eruiert, auf denen sich die an der Abrede beteiligten Banken konkurrenzieren. **Aufgrund des geringen Anteils von Lernenden am operativen Gesamtbestand einer Bank und dem, wenn überhaupt, verschwindend kleinen Anteil der Leistungen von Lernenden am Gesamtoutput**

einer Bank können auf den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten kaum Wirkungen feststellbar sein. Von einer Erheblichkeit gemäss Artikel 5 Abs. 1 KG kann daher kaum die Rede sein, ansonsten die vom Bundesgericht dem Kriterium der Erheblichkeit zugedachte Funktion einer Bagatellklausel sinnentleert würde. Es gibt daher sehr gute Gründe zu argumentieren, dass hier trotz Gaba-Praxis ein sog. Bagatellfall nach Artikel 5 Abs. 1 KG vorliegt, selbst wenn es sich nach der Praxis der WEKO dennoch um eine Preisabrede handeln würde.

### 3.3 Rechtfertigung nach Artikel 5 Abs. 2 KG

- 120 Qualifiziert das WEKO-Sekretariat entgegen der Erwartung der Gutachter den vorliegenden Informationsaustausch als Abrede und diese gar als den Wettbewerb spürbar beschränkende Preisabrede nach Artikel 5 Abs. 3 Bst. a KG, so geht es davon aus, dass Lernende ein relevanter Inputfaktor darstellen. Entsprechend wäre zu prüfen, ob eine solche Abrede nicht **durch Artikel 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt** ist. Wie oben mit Verweisung auf die Praxis der WEKO und des Bundesgerichts erwähnt, ist **der Begriff der "Ressource" in Artikel 5 Abs. 2 KG weit auszulegen**. Dass **unter diesen Begriff bei der erwähnten Annahme des WEKO-Sekretariats selbst Lernende (und Praktikantinnen und Praktikanten) fallen dürften, kann wohl nur schwer verneint werden**. Geht man weiter vom **Zweck der Stärkung der Ausbildung der Arbeitnehmenden, d.h. der Verbreitung beruflichen Wissens und damit des Arbeitsmarktes** aus, so bestehen wiederum **gute Gründe dafür zu argumentieren, dass der vorliegende Informationsaustausch aufgrund von Effizienzgründen nach Artikel 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt** ist und volkswirtschaftliche Vorteile erzielt werden.
- 121 Würde der Austausch über Lohninformationen nicht stattfinden und dadurch in Kauf genommen, dass jede Bank die Löhne ohne Informationen über die bei anderen Banken üblichen Lernendenlöhne festlegt, bestünde die Gefahr von Ungleichheiten, welche dazu führen könnten, dass gerade kleinere Banken keinen Anreiz mehr hätten, Lernende auszubilden, was der effizienten Förderung der Ressource Arbeitskraft abträglich wäre und die Qualität des Schweizer Bankgewerbes als Ganzes beeinträchtigen könnte.

## B. Zu Frage 2

***Stellen Koordination und Informationsaustausch im Rahmen regionaler Bankenvereinigungen betreffend Lehrabgänger bzw. Berufseinsteigende unzulässige Wettbewerbsabreden dar?***

### 1. Geltungsbereich

- 122 Die VAB ist ein GAV, dessen Inhalt vom KG ausgenommen ist. Gemäss VAB ist die Bank verpflichtet, ein Lohnsystem zu führen, das **funktionsorientierte Marktlöhne** bietet (oben, Rz 48). Die der VAB angeschlossenen Banken sind somit qua VAB verpflichtet, der Branchenübung entsprechende Marktlöhne zu bezahlen (vgl. oben, Rz 49).

- 123 Üblich ist jener Lohn, der *"im selben Betrieb, in der gleichen oder einer ähnlichen Branche, am gleichen oder einem ähnlichen Ort unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls sowie der persönlichen Verhältnisse der Parteien, namentlich des Ausbildungsstandes und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers, für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit bezahlt"* wird<sup>105</sup>. Der Verpflichtung zur Entrichtung eines marktüblichen Lohns inhärent ist folglich ein Informationsaustausch über Löhne und Lohnbestandteile. Anders als über den Austausch von Informationen kann kaum eruiert werden, ob die von einer Bank bezahlten Einstiegsgehälter, welche durchaus über dem in der VAB sozialpartnerschaftlich festgelegten Mindestlohn liegen können, der Branchenübung entsprechen. Weiter ist daran zu erinnern, dass die VAB innerbetriebliche Lohnverhandlungen vorsieht (Artikel 42 VAB), welche ohne entsprechende Vorbereitung auch aufseiten der Arbeitgeber keinen der VAB inhärenten Sinn ergeben würden.
- 124 Vor diesem Hintergrund lässt sich argumentieren, dass der praktizierte Austausch von Informationen zu Gehältern und Lohnbestandteilen von Berufseinsteigenden tatsächlich zur Erreichung der mit der VAB verfolgten Ziele notwendig ist.
- 125 Auch Banken, welche der VAB nicht angeschlossen sind, kommen kaum umher, mit der VAB konforme Lohnsysteme zu unterhalten bzw. (Einstiegender-)Gehälter zu bezahlen, welche mindestens branchenüblich sind. Ein diesbezüglicher Informationsaustausch wäre indessen wohl nicht gestützt auf die Bereichsausnahme betreffend Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden geschützt, sondern müsste separat analog der Rechtsprechung zu Nebenabreden<sup>106</sup> in dem Sinne gewürdigt werden, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Verfolgung rechtmässiger Ziele notwendig und angemessen sind, nicht unter den Geltungsbereich von Artikel 5 KG i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG fallen. Ein Informationsaustausch betreffend Gehälter und Lohnbestandteile ist mit der "Durchführung" von Artikel 322 OR bzw. der Absicht, auch ohne Unterstellung unter die VAB, ein mit ihr konformes Lohnsystem zu unterhalten bzw. funktionsorientierte Marktgehälter zu bezahlen, unmittelbar verbunden bzw. hierfür erforderlich.
- 126 Soweit aber ein Informationsaustausch nicht primär die Regelung des Arbeitsverhältnisses betrifft, kann er nicht mehr als vom KG ausgenommen qualifiziert werden. Nach hier vertretener Auffassung durch die sozialpartnerschaftlichen Verpflichtungen gedeckt wären jedenfalls ein jährlicher Informationsaustausch über Lohnspannen, welche eine Bank für Lehrabgänger bzw. Berufseinsteiger vorsieht, bspw. zeitlich verknüpft mit dem jeweiligen Ende der Berufslehre. Ebenso als vom KG ausgenommen wäre demnach ein Informationsaustausch zwischen Arbeitgebern im Rahmen von innerbetrieblichen (Art. 42 VAB) oder kollektiven

---

<sup>105</sup> Bundesgericht, Urteil vom 23. August 1999, JAR 2000, S. 109, 112.

<sup>106</sup> Als Nebenabreden werden Vereinbarungen verstanden, welche mit der Durchführung eines Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen erforderlich sind. Im bereits erwähnten Urteil des Europäischen Gerichtshofs i.S. Meca-Medina/Majcen (oben, Fn 99) hielt das Gericht in Rz 47 fest: *"Selbst unterstellt, dass die streitige Anti-Doping-Regelung eine die Handlungsfreiheit der Kläger einschränkende Entscheidung von Unternehmensverbänden wäre, wäre sie deshalb nicht unbedingt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 EG, da sie durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt ist. Eine solche Beschränkung ist nämlich mit der Organisation und dem ordnungsgemässen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden und dient gerade dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten."*

Lohnverhandlungen (Art. 44 VAB), wenn es darum geht, damit die gemäss Artikel 24 VAB geschuldeten funktionsorientierten Marktlöhne zu eruieren.

- 127 Ähnlich wäre mit Blick auf jene Banken zu argumentieren, welche der VAB nicht unterstehen: kann ein Informationsaustausch nicht mehr als mit der "Durchführung" von Artikel 322 OR oder dem Ziel, VAB-konforme Löhne zu bezahlen, unmittelbar verbunden angeschaut werden, so wäre er dem KG unterstellt.
- 128 Die Erfahrung zeigt indessen, dass im Zweifelsfall seitens der Wettbewerbsbehörden von einer Unterstellung unter das KG ausgegangen wird. Selbst dann bestünden aber, wie nachstehend gezeigt, Zweifel daran, dass eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

## **2. Artikel 3 Abs.1 KG**

- 129 **Vorbehaltene Vorschriften formellgesetzlicher Natur**, welche den Austausch der Lohninformationen vom Anwendungsbereich des KG ausnehmen könnten, **sind nicht ersichtlich**. Der VAB können jedenfalls keine derartigen analogen Ziele wie diejenigen in Artikel 3 Abs. 1 Bst. c BBG entnommen werden.

## **3. Artikel 5 i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 KG**

### **3.1 Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Abs. 1 KG**

- 130 Wie in Rz 33 erwähnt, werden Lehrabgänger in der Regel durch den Lehrbetrieb weiterbeschäftigt. Die Übernahmequote liegt im Bankenbereich ist nach Auskunft der Auftraggeber ausserordentlich hoch (vgl. Rz 33). Wechsel des Arbeitgebers erfolgen in der Regel erst, nachdem Berufseinsteiger nach erfolgreich abgeschlossener Lehre (bzw. nach erfolgreich absolvierten Praktika) Berufserfahrung gesammelt haben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Berufseinsteigende nach absolvierter Lehre bzw. absolviertem Praktikum regelmässig weiter ausgebildet oder diesbezüglich unterstützt werden. Es kommt daher häufig vor, dass Berufseinsteigende in einer ersten Phase des Berufslebens nur Teilzeit arbeiten und daneben weitere Ausbildungen absolvieren. Entsprechend dürfte es auch für Berufseinsteigende keinen Wettbewerbsmarkt geben.
- 131 Angesichts der nachweislich ausserordentlich hohen Übernahmequote vermag ein reiner Informationsaustausch über Einstiegsgehälter im Sinne der Ermittlung branchenüblicher Löhne keine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Im Gegenteil, nach dem Verständnis der Gutachter führen derartige Lohnvergleiche in der Regel dazu, dass Banken unterdurchschnittliche Einstiegssaläre anheben, was letztlich der Verwirklichung der verfassungsmässigen Sozialziele dient.



### **3.2 Qualifizierung der Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG und Rechtfertigung**

- 132 Kommt das WEKO-Sekretariat wider Erwarten zum Ergebnis, es liege eine Wettbewerbsabrede vor, so wird es den Informationsaustausch als Preisabrede nach Artikel 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifizieren. In Analogie zu der bereits im Zusammenhang mit Lernenden vorgenommenen Beurteilung ist nach Meinung der Gutachter auch bezüglich Berufseinsteigenden von einem Bagatellfall auszugehen, womit eine Einzelfallrechtfertigung nicht erforderlich ist.
- 133 Zu grosse Unterschiede bei der Entlohnung von Berufseinsteigenden könnten insgesamt zu einer Schwächung der Berufsbildung führen, indem kleinere Banken unter Umständen keine Anreize mehr hätten, Lernende auszubilden bzw. nach erfolgter Berufslehre weiter in die Ausbildung von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern zu investieren. Im Sinne einer auf die Wettbewerbsfähigkeit des Bankengewerbes ausgerichteten Berufsbildung mit anschliessender betriebsinterner Weiterbildung erscheint eine gewisse Zurückhaltung beim Lohnwettbewerb notwendig und damit gerechtfertigt.

\* \* \*