

RECHTSANWÄLTIN LAVINIA L. MUKOMILOW, LL. M. (NYU)\*

## Aktuelle Entwicklungen in den USA – Die strafrechtliche Verfolgung von Absprachen im Personalbereich durch das DOJ

*Dieser Beitrag der CCZ-Reihe „Aktuelle Entwicklungen in den USA“ befasst sich mit der Strategie des US-Justizministeriums, Absprachen im Personalbereich strafrechtlich zu verfolgen. Nach einer Darstellung der Entwicklung der Rechtslage und Verfolgungspraxis, folgt eine Diskussion der aktuellen Rechtsprechung zu wage-fixing und no-poaching agreements. Anschließend wird zum Vergleich die aktuelle Situation in der EU beleuchtet, bevor der Beitrag mit Handlungsempfehlungen und einem Ausblick schließt.*

### A. Einleitung

Am 9.7.2021 hat U. S.-Präsident Joe Biden einen weitreichenden Regierungserlass zur Förderung des Wettbewerbs in der amerikanischen Wirtschaft<sup>1</sup> unterzeichnet. Der Erlass fordert, dass die Kartellbehörden bestehende Kartellgesetze strenger durchsetzen sowie die Einführung zusätzlicher Maßnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs. Damit leitet Biden einen grundlegenden Wandel in der amerikanischen Wettbewerbspolitik ein, der zu einer deutlichen Verschärfung der kartellrechtlichen Aufsicht in den USA führen soll.

Besonderes Augenmerk des neuen Erlasses liegt unter anderem auf der Bekämpfung wettbewerbsschädigender Auswirkungen im Zusammenhang mit Beschäftigungsmärkten.<sup>2</sup> Insoweit hat bereits in den vergangenen Jahren eine umfassende Verschärfung und Intensivierung der Rechtsdurchsetzung stattgefunden, die in der strafrechtlichen Verfolgung von Absprachen im Personalbereich durch das U.S. Department of Justice („DOJ“) mündete. Die ersten Strafverfahren, die entsprechend dieser neuen Strategie des DOJ geführt wurden, endeten jedoch mit (weitgehenden) Freisprüchen für die Angeklagten. Die aggressive Kartellrechtsverfolgung in den USA, insbesondere im Personalbereich, könnte damit einen Dämpfer erfahren haben.

### B. Die Entwicklung der Rechtslage und Rechtsverfolgungspraxis auf Beschäftigungsmärkten

#### I. Die Anfänge der Rechtsdurchsetzung

In den USA haben die Kartellbehörden bereits seit den 1990er Jahren, mit dem Vorwurf von Kartellrechtsverstößen

\* Lavinia L. Mukomilow, LL. M. (NYU) ist Rechtsanwältin in der Kartellrechts- und Litigation-Praxis der internationalen Rechtsanwaltssozietät Latham & Watkins LLP.

1 Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, 9.7.2021, abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>, zuletzt abgerufen am 7.6.2022.

2 Das Fact Sheet zum Regierungserlass (Fact Sheet: Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, 9.7.2021, abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/state-ments-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>), (zuletzt abgerufen am 7.6.2022) widmet dem Wettbewerb auf Arbeitsmärkten einen eigenen Abschnitt.

ßen auf Beschäftigungsmärkten, gegen verschiedene Unternehmen ermittelt.<sup>3</sup>

Große Aufmerksamkeit erhielt schließlich ab dem Jahr 2010 ein Verfahren<sup>4</sup> gegen Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit und Pixar wegen sog. *no-cold-call agreements*, in denen die Unternehmen vereinbart hatten, sich gegenseitig nicht proaktiv Mitarbeiter abzuwerben.<sup>5</sup> Das DOJ eröffnete in dem Fall ein zivilrechtliches Verfahren und argumentierte, die fraglichen Vereinbarungen würden eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, die nach Section 1 des Sherman Act<sup>6</sup> *per se* rechtswidrig sei.<sup>7</sup> Schlussendlich akzeptierte das DOJ eine Einigung, in welcher sich die Unternehmen verpflichteten, auf die Abwerbeverbote zu verzichten, ohne jedoch ein Bußgeld zahlen zu müssen.<sup>8</sup> Dem behördlichen Ermittlungsverfahren folgte anschließend eine zivilrechtliche *class action* von Arbeitnehmern auf Schadensersatz.<sup>9</sup>

## II. Die Leitlinien von DOJ und FTC – Androhung von Strafverfolgung

Nachdem das Thema Absprachen im Personalbereich damit verstärkt in den Fokus der Behörden gerückt war, erließen das DOJ und die *Federal Trade Commission* („FTC“) im Jahr 2016 gemeinsam die *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (die „Leitlinien“).<sup>10</sup> Dabei handelt es sich um Leitlinien über die Anwendung des Kartellrechts auf die Einstellung und Vergütung von Arbeitnehmern.<sup>11</sup>

### 1. Erfasste Vereinbarungen und Verhaltensweisen

#### a) Wage-fixing und no-poaching agreements

Die Leitlinien betreffen in erster Linie *naked wage-fixing* und *no-poaching agreements*, welche die Behörden für „*per se illegal under the antitrust laws*“ halten.<sup>12</sup> Sog. *na-*

*ked agreements* – isoliert getroffene Vereinbarungen – sollen also unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb rechtswidrig sein. Nicht von der *per se*-Rechtswidrigkeit umfasst sind hingegen notwendige Nebenabreden (*ancillary restraints*) zu einer umfangreicheren rechtmäßigen Kooperation zwischen Arbeitgebern bzw. bspw. auch einem Unternehmenskauf.<sup>13</sup>

Nach den Leitlinien sind *wage-fixing agreements* (Vergütungsabsprachen) Vereinbarungen mit einer oder mehreren Personen in einem anderen Unternehmen über das Gehalt oder andere Vergütungsbedingungen, entweder in einer bestimmten Höhe oder innerhalb einer Spanne.<sup>14</sup> Als *no-poaching agreements* (Abwerbeverbote) werden Vereinbarungen mit einer oder mehreren Personen in einem Unternehmen angesehen, wonach keine Mitarbeiter des anderen Unternehmens abgeworben oder eingestellt werden dürfen.<sup>15</sup> Mitarbeiter eines anderen Unternehmens nicht aktiv abzuwerben (*non-solicitation*), kann als schwächere Variante angesehen werden. Sog. *no-hire-agreements*, also Vereinbarungen mit dem Inhalt Bewerber von bestimmten anderen Unternehmen nicht einzustellen, stellen dagegen einen schwerwiegenderen Wettbewerbsseingriff dar.<sup>16</sup> Beide Konstellationen sind von den Leitlinien gleichermaßen erfasst.

Die Behörden bringen in den Leitlinien zum Ausdruck, dass sie diese *wage-fixing* und *no-poaching agreements* als vergleichbar mit Preisabsprachen oder Absprachen über Kundenzuteilungen ansehen. Schließlich beabsichtigt das DOJ nach den Leitlinien, diese Arten von Vereinbarungen künftig strafrechtlich zu verfolgen – sowohl gegen natürliche Personen als auch gegen Unternehmen.<sup>17</sup>

#### b) Andere kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen

Gemäß der in den Leitlinien formulierten Ansicht der Behörden kann der Austausch von Informationen mit Wettbewerbern über Beschäftigungsbedingungen ebenfalls gegen Kartellrecht verstoßen. Ein solcher Informationsaustausch könne eine zivilrechtliche Haftung begründen, wenn seine Wirkung wettbewerbswidrig ist oder wahrscheinlich wettbewerbswidrig sein wird. Ein Informationsaustausch sei aber nicht *per se* rechtswidrig und werde daher nicht strafrechtlich verfolgt.<sup>18</sup>

### 2. Relevanter Markt für potenzielle Vereinbarungen

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es laut den Leitlinien nicht darauf ankommt, dass die Unternehmen im Hinblick auf die von ihnen angebotenen Produkte oder Dienst-

3 Für eine Übersicht zu diesen frühen Verfahren s. zB *Bischkel/Brack* NZG 2017, 499 (500).

4 Vgl. dazu ausführlicher auch *Linsmeier* BB 2018, 515 (516 f.); *Glöckner* JuS 2018, 1130 (1131); *Bischkel/Brack* NZG 2017, 499 (500).

5 *US District Court for the District of Columbia*, *US v. Adobe Systems et al.*, 1:10-cv-01629, Complaint, 24.9.2010.

6 15 U. S. Code § 1: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. [...]“.

7 *US District Court for the District of Columbia*, *US v. Adobe Systems et al.*, 1:10-cv-01629, Competitive Impact Statement, 24.9.2010.

8 *US District Court for the District of Columbia*, *US v. Adobe Systems et al.*, 1:10-cv-01629, Final Judgment, 17.3.2011.

9 Diese endete in einem Vergleich über 415 Mio. US-Dollar (vgl. *US District Court, Northern District of California*, In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation., 1:10-cv-02509-LHK, Order Granting Plaintiffs’ Motion for Final Approval of Class Action Settlement, 2.9.2015).

10 DOJ *Antitrust Division/FTC*, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, October 2016, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download> (zuletzt abgerufen am 7.6.2022). Für eine ausführlichere Darstellung bzw. Zusammenfassung der Inhalte s. zB *Eufinger*, „War for Talents“ und Kartellrecht – Der „Antitrust Guidance for Human Resource Professionals“ des US-Department of Justice, RIW 2017, 481 (481 ff.); *Linsmeier* BB 2018, 515 (515 f.).

11 S. *FTC*, Press Release, *FTC and DOJ Release Guidance for Human Resource Professionals on How Antitrust Law Applies to Employee Hiring and Compensation*, 20.10.2016, abrufbar unter: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2016/10/ftc-doj-release-guidance-human-resource-professionals-how-antitrust-law-applies-employee-hiring> (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

12 Leitlinien, S. 3. Die Unrechtmäßigkeit folgt dabei aus einem Verstoß gegen Section 1 des Sherman Acts.

13 Vgl. Leitlinien, S. 3.

14 Vgl. Leitlinien, S. 3.

15 Vgl. Leitlinien, S. 3.

16 Vgl. dazu ausführlicher zB *Terwilliger/Vaalal/Rashmawi* in *The National Law Journal*, DOJ Aggressively Pursuing ‘No Poachers’, 2.3.2022, abrufbar unter: <https://www.law.com/nationallawjournal/2022/03/02/doj-aggressively-pursuing-no-poachers/?slreturn=20220503115437> (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

17 Leitlinien, S. 4: “Going forward, the DOJ intends to proceed criminally against naked wage-fixing or no-poaching agreement. [...] the DOJ may, in the exercise of its prosecutorial discretion, bring criminal, felony charges against the culpable participants in the agreement, including both individuals and companies.”.

18 S. dazu Leitlinien, S. 4.

leistungen auf demselben Markt konkurrieren. Maßgeblich für die kartellrechtliche Beurteilung von Vereinbarungen den Personalbereich betreffend sei, ob die beteiligten Unternehmen im Wettbewerb um dieselben Mitarbeiter stehen und damit Wettbewerber auf dem Beschäftigungsmarkt sind.<sup>19</sup>

### III. Die Entwicklung nach Erlass der Leitlinien

#### 1. Keine unmittelbare Anwendung der Leitlinien

Die Androhung strafrechtlicher Verfolgung wurde nicht sofort in die Tat umgesetzt. Das DOJ hatte sich zur Anwendung der Leitlinien geäußert und ausdrücklich klargestellt, dass es strafrechtliche Verfahren (nur) in den Fällen einleiten will, in denen Vereinbarungen nach dem Datum der Ankündigung in den Leitlinien begonnen haben oder danach fortgesetzt worden sind.<sup>20</sup>

Konsequenterweise hat das DOJ bspw. im Jahr 2018 gegen Knorr-Bremse und Westinghouse Air Brake Technologies wegen *no-poaching agreements* eine zivilrechtliche Kartellklage eingereicht.<sup>21</sup> Die Verfolgung fand auf dem Zivilrechtsweg statt, weil die Verfahrenseröffnung zwar nach Erlass der Leitlinien erfolgte, die Beklagten die gegenständlichen Vereinbarungen aber bereits vor der Ankündigung des DOJ, strafrechtlich gegen solche Vereinbarungen vorzugehen, beendet hatten.<sup>22</sup>

#### 2. Keine Abkehr von der Ankündigung in den Leitlinien

Eine Abkehr von der in den Leitlinien zum Ausdruck gebrachten Strategie der strafrechtlichen Verfolgung durch das DOJ ist in der Einleitung dieses zivilrechtlichen Verfahrens daher nicht zu sehen. Eine grundsätzliche Neuausrichtung in der Strategie erfolgte auch nicht, obwohl zwischenzeitlich ein Regierungswechsel stattgefunden hatte und sich die Strafverfolgungsschwerpunkte des DOJ bei einem Regierungswechsel häufig verschieben.

Bei der kartellrechtlichen Verfolgung von Absprachen im Personalbereich ist die Trump-Administration jedoch dem von der Obama-Administration eingeschlagenen Kurs gefolgt.<sup>23</sup> So hat bspw. der damalige *Assistant Attorney General* des DOJ im September 2017 öffentlich bekräftigt, an der *per se*-Rechtswidrigkeit für *naked agreements* zwischen Arbeitgebern – mit dem Inhalt, bestimmte Arbeitnehmer nicht zu rekrutieren oder bei der Vergütung von Arbeitnehmern nicht miteinander zu konkurrieren – festzuhalten.<sup>24</sup>

Auch in der Amtszeit von Präsident Biden wird diese Strategie weiterverfolgt und das DOJ erklärte, die Aufdeckung

von Absprachen zwischen Arbeitgebern im Personalbereich habe weiterhin Priorität.<sup>25</sup> Zeitgleich erklärte das DOJ gemeinsam mit dem Arbeitsministerium,<sup>26</sup> die Durchsetzungsmaßnahmen auf den Arbeitsmärkten noch verstärken und besser koordinieren zu wollen.

### C. Die strafrechtliche Verfolgung und die aktuellen Fälle

Das DOJ hat in der jüngeren Vergangenheit allein im Zeitraum eines Jahres (zwischen Dezember 2020 und Dezember 2021) in fünf Strafverfahren Anklage wegen mutmaßlicher Absprachen im Personalbereich bzw. auf Beschäftigungsmärkten erhoben.<sup>27</sup>

#### I. Das erste abgeschlossene *wage-fixing*-Verfahren (*U.S. v. Jindal and Rodgers*)

Das erste abgeschlossene, strafrechtliche *wage-fixing*-Verfahren des DOJ endete im April 2022 vor einem Bezirksgericht in Texas mit einem weitgehenden Freispruch für die beiden Angeklagten.

##### 1. Sachverhalt

Der Prozess wurde gegen den ehemaligen Eigentümer eines Personalvermittlungsunternehmens für Physiotherapeuten, Neeraj Jindal, und dessen ehemaligen klinischen Leiter, John Rodgers, geführt. Ihnen wurde unter anderem vorgeworfen, im Zeitraum von ca. März 2017 bis ca. August 2017 durch eine Preisfestsetzung in Form von Gehaltssenkungen für Physiotherapeuten und Physiotherapieassistenten den Wettbewerb eingeschränkt zu haben.<sup>28</sup> Sie sollen sich mit Konkurrenten abgesprochen und wechselseitig niedrigere Vergütungssätze vereinbart haben.

##### 2. Rechtliche Bewertung

Der Richter hatte im Prozess den Abweisungsantrag der Angeklagten zurückgewiesen.<sup>29</sup> Jindal und Rodgers hatten

<sup>19</sup> Vgl. Leitlinien, S. 2.

<sup>20</sup> S. Finch, Principal Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division DOJ, Remarks Delivered at The Heritage Foundation: "Trump Antitrust Policy After One Year", 23.1.2018, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1028906/download> (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

<sup>21</sup> *US District Court for the District of Columbia*, *US v. Knorr Bremse et al.*, 1:18-cv-00747, Complaint, 3.4.2018.

<sup>22</sup> Entsprechende Erläuterung in *US District Court for the District of Columbia*, *US v. Knorr Bremse et al.*, 1:18-cv-00747, Competitive Impact Statement, 3.4.2018.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Linsmeier* BB 2018, 515 (515).

<sup>24</sup> Finch, Acting Assistant Attorney General, Antitrust Division DOJ, Remarks Delivered at Global Antitrust Enforcement Symposium, 12.9.2017, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-andrew-finch-delivers-remarks-global-antitrust> (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

<sup>25</sup> S. Powers, Letter from Acting Assistant Attorney General Richard Powers – Division Update Spring 2021, 24.3.2021, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/atr/division-operations/division-update-spring-2021/letter-acting-aag-richard-powers>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022); vgl. auch *Bauman/Bulusu/Mulvaney* in *Bloomberg Law*, Labor Cases Turn Criminal as DOJ Defines New Antitrust Approach, 3.1.2022, abrufbar unter: <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/labor-cases-turn-criminal-as-doj-defines-new-antitrust-approach>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

<sup>26</sup> *DOJ and U.S. Department of Labor*, Memorandum of Understanding Between the U.S. Department of Justice and U.S. Department of Labor, 10.3.2022, abrufbar unter: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OPA/newsreleases/2022/03/OPA20220456.pdf>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022). Zudem veröffentlichte das US-Finanzministerium einen Bericht zum Stand des Wettbewerbs auf dem Arbeitsmarkt (*U.S. Department of the Treasury*, The State of Labor Market Competition, 7.3.2022, abrufbar unter: <https://home.treasury.gov/system/files/136/State-of-Labor-Market-Competition-2022.pdf>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

<sup>27</sup> S. *U.S. Department of the Treasury*, The State of Labor Market Competition, 7.3.2022, abrufbar unter: <https://home.treasury.gov/system/files/136/State-of-Labor-Market-Competition-2022.pdf>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022), S. 54 (einschließlich einer Auflistung der Fälle in Fn. 213).

<sup>28</sup> *US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division*, *US v. Neeraj Jindal and John Rodgers*, 4:20-cr-00358, First Super-seding Indictment, 15.4.2021, Rn. 11.

<sup>29</sup> *US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division*, *US v. Neeraj Jindal and John Rodgers*, 4:20-cr-00358, Memorandum Opinion and Order, 29.11.2021.

unter anderem argumentiert, dass ihr Verhalten keinen *per se*-Verstoß gegen den Sherman Act begründe, da es sich nicht um eine Preisabsprache gehandelt habe. Zudem sei für sie nicht klar erkennbar gewesen, dass das Verhalten als kriminell einzustufen ist;<sup>30</sup> was der Geltendmachung eines Verstoßes gegen den *nulla poena sine lege*-Grundsatz entspricht.

Der Richter hielt dem entgegen, dass es eine große Bandbreite an Verhaltensweisen gebe, die als horizontale Preisabsprachen gelten und die Anwendung der *per se*-Regel rechtfertigen. Diese umfasse auch Vereinbarung zwischen Arbeitgebern auf dem Beschäftigungsmarkt als konkurrierenden Käufern von Dienstleistungen.<sup>31</sup> Zudem befand der Richter, es sei für die Angeklagten hinreichend klar erkennbar gewesen, dass ihr Verhalten strafbar sei.<sup>32</sup>

Vor diesem Hintergrund bewertet das DOJ das Verfahren als Erfolg, da es bestätigen würde, dass *wage-fixing agreements* Preisabsprachen im kartellrechtlichen Sinne sind.<sup>33</sup>

### 3. Beweisprobleme und Ergebnis

Die Geschworenen sprachen die Angeklagten dennoch vom Vorwurf der Absprache mit Konkurrenten zur Festsetzung von Vergütungssätzen frei; Jindal wurde allerdings wegen Behinderung einer Untersuchung der FTC verurteilt.<sup>34</sup>

Der Fall ist wohl in erster Linie an Beweisproblemen<sup>35</sup> gescheitert, nachdem die einzige Kronzeugin eine frühere Aussage<sup>36</sup> im Zeugenstand revidiert und die Verteidigung Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit gestreut hatte.<sup>37</sup>

## II. Das erste abgeschlossene *no-poaching*-Verfahren (*U.S. v. DaVita and Thiry*)

Nur einen Tag nach dem Erlass des Jury-Urteils im Prozess gegen Jindal und Rodgers endete vor einem Bezirksgericht in Colorado auch das erste abgeschlossene, strafrechtliche *no-poaching*-Verfahren des DOJ mit einem Freispruch.

30 Ebd., Rn. 6 f.

31 Ebd., Rn. 8 ff.

32 Ebd., Rn. 18 ff.

33 Vgl. *Buehler* in Law360, DOJ's 1st Wage-Fixing Suit Ends With Not Guilty Verdicts, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/articles/1484191/doj-s-1st-wage-fixing-suit-ends-with-not-guilty-verdicts>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

34 *US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division*, US v. Neeraj Jindal and John Rodgers, 4:20-cr-00358, Verdict of the Jury, 14.4.2022.

35 S. dazu ausführlich auch die Zusammenfassung und zitierten Geschworenen-Aussagen in *Koenig* in Law360, DOJ 'Dropped The Ball' In 1st Wage-Fixing Case, Juror Says, 20.5.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/articles/1494304/doj-dropped-the-ball-in-1st-wage-fixing-case-juror-says>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

36 Vgl. dazu *US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division*, US v. Neeraj Jindal and John Rodgers, 4:20-cr-00358, United States Trial Brief, 28.3.2022, S. 2 und 18.

37 Vgl. *Queen* in Law360, DOJ Antitrust Trial Setbacks Could Prompt Soul-Searching, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/texas/articles/1484279/doj-antitrust-trial-setbacks-could-prompt-soul-searching->, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

## 1. Sachverhalt

Das Verfahren richtete sich gegen DaVita Inc., einen Gesundheitsdienstleister und Betreiber ambulanter, medizinischer Versorgungseinrichtungen, und dessen ehemaligen CEO, Kent Thiry. Diese wurden unter anderem beschuldigt, im Zeitraum von Februar 2012 bis mindestens Juli 2017 mit einem Anbieter ambulanter chirurgischer Versorgungseinrichtungen vereinbart zu haben, die leitenden Angestellten des jeweils anderen Unternehmens nicht abzuwerben.<sup>38</sup> Mit dieser Absprache hätten sie den Wettbewerb um leitende Angestellte eingeschränkt. Eben solche Vereinbarungen soll es in anderen Zeiträumen auch mit zwei weiteren Unternehmen gegeben haben.<sup>39</sup>

## 2. Rechtliche Bewertung

Die Angeklagten hatten in einem Antrag, die Anklage abzuweisen, unter anderem argumentiert, dass es keinen Präzedenzfall gebe, der die Rechtswidrigkeit von Abwerbverboten belege. Der Richter stimmte in seiner Ablehnung des Antrags zwar zu, dass es keine gerichtliche Praxis gebe, die es rechtfertigen würde, Abwerbverbote als neue Kategorie eines *per se*-Verstoßes anzusehen.<sup>40</sup> Allerdings ordnete er die in Rede stehenden Vereinbarungen in eine bestehende Kategorie eines *per se*-Verstoßes ein und folgte insoweit der Argumentation des DOJ, wonach es sich um horizontale Marktaufteilungsvereinbarungen handele.<sup>41</sup>

Der Richter kam damit zu dem Schluss, dass sich Abwerbverbote nicht kategorisch von Marktaufteilungsvereinbarungen unterscheiden. Zugleich stellte er jedoch auch fest, dass nicht alle Abwerbverbote eine horizontale Marktaufteilungsvereinbarung und damit einen *per se*-Verstoß darstellen.<sup>42</sup>

## 3. Beweisprobleme und Ergebnis

Die Geschworenen sprachen dennoch sowohl DaVita Inc. als auch Thiry in allen Anklagepunkten frei,<sup>43</sup> da wohl auch in diesem Fall die Beweise nicht eindeutig waren.

Während ein Belastungszeuge zwar den Vorwurf geheimer Absprachen mit Wettbewerbern stützte, räumten selbst Vertreter der Anklage ein, dass die Beweise für entsprechende Vereinbarungen nicht vollständig überzeugend waren.<sup>44</sup> Vielen Zeugen waren im Gegenzug für ihre Aussagen Immunitäts- oder Kronzeugenvereinbarungen ange-

38 *US District Court, District of Colorado*, US v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 1:21-cr-00229-RBJ, Superseding Indictment, 11.3.2021, S. 1 f.

39 Ebd., S. 6 und 10.

40 *US District Court, District of Colorado*, US v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 1:21-cr-00229-RBJ, Order Denying Defendants' Motion to Dismiss, 28.1.2022.

41 Ebd.

42 Ebd.: "It does not follow that every non-solicitation agreement or even every no-hire agreement would allocate the market and be subject to *per se* treatment. And [...] I do not agree with defendants' contention that non-solicitation agreements are never properly subject to *per se* treatment as horizontal market allocation agreements. What I conclude is that if naked non-solicitation agreements or no-hire agreements allocate the market, they are *per se* un-reasonable."

43 *US District Court, District of Colorado*, US v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 1:21-cr-00229-RBJ, Jury Verdict, 15.4.2022.

44 Vgl. *Queen* in Law360, DOJ Antitrust Trial Setbacks Could Prompt Soul-Searching, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/texas/articles/1484279/doj-antitrust-trial-setbacks-could-prompt-soul-searching->, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

boten worden. Die Jury scheint diese Aussagen daher mit einer gewissen Skepsis behandelt zu haben und ließ sich in der Gesamtschau, insbesondere unter dem Eindruck der Kreuzverhöre, nicht davon überzeugen, dass das Verhalten tatsächlich eine verbotene Marktaufteilungsvereinbarung darstellte.<sup>45</sup>

## D. Bewertung

Die Freisprüche in den ersten beiden abgeschlossenen, strafrechtlichen *wage-fixing* und *no-poaching*-Verfahren werden unterschiedlich beurteilt.

## I. Rückschlüsse als Beleg fehlgeleiteter Strategie des DOJ

Verschiedentlich wurden die beiden Fälle als „Testballons“ für die neue Strategie des DOJ angesehen.<sup>46</sup> Vor dem Hintergrund des Ausgangs der Verfahren könnten die Fälle daher als Niederlage für das DOJ angesehen werden, hatte es doch die strafrechtliche Verfolgung von *wage-fixing* und *no-poaching agreements* zu einer seiner obersten Prioritäten erklärt.

Dass es bisher nicht gelungen ist, diesbezüglich auch eine Verurteilung zu erreichen, macht jedenfalls deutlich, dass eine strengere Anwendung und Durchsetzung des Kartellrechts kein Selbstläufer ist. Zudem stellt sich die Frage, ob das DOJ seinen Handlungsspielraum falsch eingeschätzt hat. Das DOJ versucht – wohl aus politischen Erwägungen – die Rechtspraxis zu verändern, scheint dafür aber möglicherweise nicht die richtigen Instrumente zur Hand zu haben.

Teilweise werden die Urteile auch als jüngste in einer ganzen Reihe von Rückschlägen für eine aggressivere Kartellrechtsdurchsetzung des DOJ angesehen.<sup>47</sup> Diese Politik<sup>48</sup> hat dazu geführt, dass die *Antitrust Division* des DOJ derzeit vor fast 20 anhängigen Strafverfahren sowie vor der Herausforderung steht, neue Rechtstheorien zu belegen.<sup>49</sup> Vor diesem Hintergrund wurde auch bereits darüber spekuliert, ob das DOJ seine Strategie möglicherweise überdenkt.<sup>50</sup>

## II. Die Interpretation des DOJ

Das DOJ scheint allerdings nicht die Absicht zu haben, die strafrechtliche Verfolgung von *wage-fixing* (und *no-poaching*)-Fällen aufzugeben.<sup>51</sup> Die Rechtsprechung fälle nach Ansicht des DOJ kein Urteil über ihren Einsatz gegen Absprachen auf dem Beschäftigungsmarkt oder ihre Fähigkeit, entsprechende Vereinbarungen vor Gericht nachzuweisen.<sup>52</sup>

Der Leiter der *Antitrust Division* des DOJ, Jonathan Kanter, erklärte öffentlich, dass die Niederlagen in den jüngsten strafrechtlichen Fällen das DOJ nicht davon abhalten werden, weitere Prozesse anzustrengen.<sup>53</sup> Er behauptete zudem, dass die Verfahren in Zukunft als Präzedenzfälle zugunsten des DOJ zitiert werden würden, da sich als Ergebnis der Fälle der Rechtsgrundsatz herausgebildet hätte, dass *wage-fixing* nichts anderes als eine Preisabsprache sei.<sup>54</sup> Kanter wies darauf hin, dass in beiden Verfahren die Richter jeweils Anträge, die Anklage abzuweisen, zurückgewiesen haben.<sup>55</sup> Entsprechend werte das DOJ die Entscheidungen daher als Erfolge, auch wenn die Geschworenen nicht zu einer Verurteilung gekommen sind.<sup>56</sup> Er betonte: „*We're not backing down.*“<sup>57</sup>

## III. Offene Fragen und Kritik

Zwar ist dem DOJ insoweit zuzustimmen, dass die Gerichte in beiden Verfahren die Anträge auf Abweisung der Anklage abgelehnt haben, allerdings hatte der Richter im Fall *U.S. v. DaVita and Thiry* einen Mittelweg gewählt<sup>58</sup> und festgestellt, dass *no-poaching agreements* nicht immer einen *per se*-Verstoß darstellen.

Vorerst bleibt die Rechtslage unklar. Die gesetzliche Grundlage in Section 1 Sherman Act ist unspezifisch und enthält keine konkreten Ausführungen, welche Verhaltensweisen auf welche Art und Weise vom Kartellverbot erfasst werden. Die *per se*-Regel ist ein juristisches Konstrukt, das im Laufe der Zeit vom Richterrecht ausgeprägt wurde. Sie kann nicht nach Belieben des DOJ und der FTC ausgeweitet werden. Das DOJ und die FTC sind zwar für die Durchsetzung der Kartellgesetze verantwortlich (und verfügen dabei auch über einen Ermessensspielraum), die

45 S. *Koenig* in Law360, *DaVita Acquittal Sets High Bar For DOJ No-Poach Cases*, 2.6.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/trials/articles/1497544/davita-acquittal-sets-high-bar-for-doj-no-poach-cases>, (zuletzt abgerufen am 3.6.2022).

46 Vgl. zB *Penn* in Bloomberg Law, *DOJ's First Criminal Wage-Fixing Case Ends Mostly in Defeat* (3), 14.4.2022, abrufbar unter: <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/jindal-found-guilty-in-doj-s-first-criminal-wage-fixing-case>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022); *Salvatore* in Law360, *DaVita, Ex-CEO Acquitted In Antitrust No-Poach Trial*, abrufbar unter: <https://www.law360.com/articles/1484766/davita-ex-ceo-acquitted-in-antitrust-no-poach-trial>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

47 Vgl. *Queen* in Law360, *DOJ Antitrust Trail Setbacks Could Prompt Soul-Searching*, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/texas/articles/1484279/doj-antitrust-trial-setbacks-could-prompt-soul-searching->, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

48 Ausführlicher dazu s. *Hyman/Heltzer* in e-Competitions, *The US DoJ antitrust Assistant Attorney General Jonathan Kanter signals a more aggressive stance in national antitrust enforcement*, 24.1.2022, abrufbar unter: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2022/the-us-doj-antitrust-assistant-attorney-general-jonathan-kanter-signals-a-more>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

49 Vgl. *Queen* in Law360, *DOJ Antitrust Trail Setbacks Could Prompt Soul-Searching*, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/texas/articles/1484279/doj-antitrust-trial-setbacks-could-prompt-soul-searching->, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

50 Vgl. ebd.

51 So wird ein Beamter des DOJ anonym zitiert von *Queen* in Law360, *DOJ Antitrust Trail Setbacks Could Prompt Soul-Searching*, 14.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/texas/articles/1484279/doj-antitrust-trial-setbacks-could-prompt-soul-searching->, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

52 So wird ein Beamter des DOJ anonym zitiert von *Penn* in Bloomberg Law, *DOJ's First Criminal Wage-Fixing Case Ends Mostly in Defeat* (3), 14.4.2022, abrufbar unter: <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/jindal-found-guilty-in-doj-s-first-criminal-wage-fixing-case>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

53 So Kanter bei der 2022 Antitrust and Competition Conference des Stigler Center, zitiert in: *GCR*, *Kanter: Labour market cases will be cited in DOJ's favour despite jury verdicts*, 22.4.2022, abrufbar unter: <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/kanter-labour-market-cases-will-be-cited-in-doj-s-favour-despite-jury-verdicts>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

54 Ebd.

55 Ebd.

56 Ebd.

57 Ebd.

58 So auch *Terwilliger/Vaala/Rashmawi* in *The National Law Journal*, *DOJ Aggressively Pursuing 'No Poachers'*, 2.3.2022, abrufbar unter: <https://www.law.com/nationallawjournal/2022/03/02/doj-aggressively-pursuing-no-poachers/?slreturn=20220503115437>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

Rechtsgenese ist jedoch der Legislative sowie den Gerichten vorbehalten.

Die Leitlinien können damit zwar helfen, den Geltungsbereich der Kartellgesetze zu verstehen, die Rechtslage verändern oder einen neuen Straftatbestand schaffen können sie jedoch nicht. Mangels konkreter gesetzlicher Regelungen stellt sich die Frage, ob auf Basis des Richterrechts von einer *per se*-Rechtswidrigkeit und damit strafrechtlichen Relevanz von *naked wage-fixing* und *no-poaching agreements* ausgegangen werden kann. Die beiden bisher abgehandelten Fälle liefern (noch) keine entsprechende Grundlage (zumal, wie erwähnt, der Richter im Fall *U.S. v. DaVita and Thiry no-poaching agreements* nicht grundsätzlich als *per se*-Verstoß qualifiziert hat).

Es ist auch fraglich, ob es sachgemäß wäre, *naked wage-fixing* und *no-poaching agreements* als vergleichbar anzusehen und derselben Kategorie zu unterstellen wie Preisabsprachen bzw. Marktaufteilungsvereinbarungen. Insbesondere bei (*naked*) *no-poaching agreements* ist dies kritisch zu betrachten, da sich diese in ihrem Unrechtsgehalt deutlich von anderen Arten von Absprachen unterscheiden und verschiedene Rechtfertigungen für derartige Beschränkungen denkbar sind. Auch *wage-fixing agreements*, die letztlich zu günstigeren Preisen für Verbraucher führen können, sind mit anderen horizontalen Absprachen nicht direkt vergleichbar.

Angesichts der Unsicherheiten und angerissenen Komplexität der sich stellenden Fragen, kann auch bezweifelt werden, dass die bloße von DOJ und FTC erklärte Absicht, *naked wage-fixing* und *no-poaching agreements* strafrechtlich zu verfolgen, die Voraussetzungen für ein rechtsstaatliches Verfahren erfüllt. Auch wenn aus einer europäischen *civil law*-Perspektive die Anforderungen an das *nulla poena sine lege*-Prinzip noch strenger sein mögen, ist auch in den USA für ein rechtsstaatliches Verfahren (*due process*) bei Strafvorschriften Voraussetzung, dass die Strafbarkeit vorab klar erkennbar ist (sog. *fair warning requirement*<sup>59</sup>).

Entsprechend wurde bereits wiederholt das Argument vorgetragen, das Vorgehen des DOJ verstoße gegen den Grundsatz auf ein faires Verfahren. So hat bspw. die *U.S. Chamber of Commerce* vergangenes Jahr in einem *amicus curiae* Schriftsatz vorgetragen, dass noch kein Gericht Abwerbverbote für *per se* rechtswidrig erklärt habe und die entsprechende Mitteilung bzw. Ankündigung in den Leitlinien des DOJ gegen die Gewaltenteilung verstoße.<sup>60</sup> Während die Richter in *U.S. v. Jindal and Rodgers* und *U.S. v. DaVita and Thiry* keinen Verstoß gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens festgestellt haben, ist nicht auszuschließen, dass ein anderes Gericht zu einem gegenteiligen Schluss kommt und damit die Strafverfolgungsstrategie des DOJ in Frage stellt.

Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung entwickelt und ob es in absehbarer Zukunft zu höherinstanz-

lichen Entscheidungen der Berufungsgerichte oder gar des Supreme Court kommen wird. Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls noch einige Jahre weiterer Entwicklungen abzuwarten sind, bis sich die Rechtslage und damit auch die Verfolgungspraxis (auf lange Sicht gesehen) verfestigen.

## E. Zum Vergleich: Die Lage in der Europäischen Union

Die USA nehmen im Bereich der Verfolgung von *wage-fixing* und *no-poaching*-Verfahren eine Vorreiterstellung ein. In der EU war das Thema bisher im Vergleich deutlich weniger präsent, obwohl entsprechende Absprachen dem Kartellverbot (auf europäischer Ebene gem. Art. 101 AEUV) unterfallen können.<sup>61</sup>

### I. Auf EU-Ebene

EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager hat sich im vergangenen Jahr zu Absprachen auf Beschäftigungsmärkten geäußert. Sie sprach von *wage-fixing* und *no-poaching agreements* als Vereinbarungen zwischen Unternehmen mit sehr direkten Auswirkungen auf Einzelne sowie auf den Wettbewerb insgesamt.<sup>62</sup> Neben der Festsetzung der Höhe von Gehältern sowie dem künstlichen Niedrighalten von Löhnen auf indirektem Weg durch *no-poaching*-Vereinbarungen, seien weitere Möglichkeiten denkbar, wie Absprachen im Personalbereich ein Kartell begründen könnten.<sup>63</sup> Es gebe Märkte, auf denen eine Vereinbarung, bestimmte Personen nicht einzustellen, im Ergebnis eine Zusicherung sei, keine Innovationen vorzunehmen oder nicht in einen neuen Markt einzutreten.<sup>64</sup>

Vestager kündigte zeitgleich an, dass die Europäische Kommission eine Reihe von Dawn Raids plane.<sup>65</sup> Ihre Äußerungen wurden daher teilweise dahingehend interpretiert, dass die Kommission wahrscheinlich bald Ermittlungen wegen des Verdachts auf wettbewerbswidriges Verhalten im Personalbereich aufnehmen wird.<sup>66</sup>

Im Juni diesen Jahres hat der Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb Olivier Guersent bestätigt, dass Praktiken auf dem Arbeitsmarkt zu den neuen kartell-

59 Das *fair warning requirement* hat verschiedene Ausprägungen. Eine davon ist: „although clarity at the requisite level may be supplied by judicial gloss on an otherwise uncertain statute [...], due process bars courts from applying a novel construction of a criminal statute to conduct that neither the statute nor any prior judicial decision has fairly disclosed to be within its scope.“ (U.S. v. Lanier, 520 U.S. 259 (1997), Rn. 266).

60 S. *US District Court, Northern District of Texas, Dallas Division, US v. Surgical Care Affiliates LLC and Scai Holdings LLC*, 3:21-cr-00011-L, Brief of *Amicus Curiae* Chamber of Commerce of the US Supporting Defendants' Motion to Dismiss Indictment, 2.4.2021.

61 Ausführlicher dazu s. zB jeweils mwN *Linsmeier* BB 2018, 515 (517); *Glöckner* JuS 2018, 1130 (1134 ff.); *Eufinger* RIW 2017, 481 (482).

62 Vestager, Speech by EVP M. Vestager at the Italian Antitrust Association Annual Conference – "A new era of cartel enforcement", 22.10.2021, abrufbar unter: <https://www.concurrences.com/IMG/pdf/speech.pdf?72792/0b5f50dbc0e424598e3542c6a179829e24582f96>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

63 Vgl. ebd.

64 Ebd.

65 Ebd.

66 S. zB *Kuhn/Sakellariou-Witt/Gidley/Jordan Mims/Paull/Powell/Caroppol/Citron* in e-Competitions, The EU Commission plans a series of dawn raids to investigate anticompetitive practices in labor markets, 22.11.2021, abrufbar unter: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/october-2021/the-eu-commission-plans-a-series-of-dawn-raids-to-investigate-anticompetitive>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022). Vgl. auch *Ritz/Weber* in e-Competitions, The EU Commissioner for Competition Vestager announces increased focus on atypical cartels, including wage fixing or no-poach agreements in the labour market, 22.10.2021, abrufbar unter: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/october-2021/the-eu-commissioner-for-competition-vestager-announces-increased-focus-on>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

rechtlichen Themen auf dem Radar der EU gehören.<sup>67</sup> Die Kommission prüfe, ob *no-poach* und andere *hiring agreements* gegen das EU-Recht verstoßen.<sup>68</sup> Zudem habe sie zwar noch keine formelle Untersuchung zu Vereinbarungen auf dem Beschäftigungsmarkt eingeleitet, aber mindestens zwei Arbeitgeber dazu befragt.<sup>69</sup>

## II. Auf Ebene der Mitgliedstaaten

Die nationalen Wettbewerbsbehörden haben in der jüngeren Vergangenheit bereits damit begonnen, eine Reihe von Untersuchungen wegen *wage-fixing* und *no-poaching agreements* in verschiedenen Branchen einzuleiten, so zB in Ungarn (Personalvermittlungsverband), Litauen (Basketball), Polen (Basketball) und Portugal (Fußball).<sup>70</sup> Zudem hat bspw. die portugiesische Wettbewerbsbehörde im vergangenen Jahr ein Themenpapier über Arbeitsmarktvereinbarungen und Wettbewerbsrecht<sup>71</sup> veröffentlicht und die niederländische Wettbewerbsbehörde kürzlich noch einmal nachdrücklich darauf hingewiesen, dass *non-recruitment* und *non-hiring agreements* illegal sind.<sup>72</sup>

## F. Folgen für die Praxis und Handlungsempfehlungen

Die Rechtslage und Verfolgungssituation in den USA ist auch für europäische Unternehmen nicht nur von theoretischer Bedeutung.

## I. Wirkungen der DOJ-Strategie auf (europäische) Unternehmen

Wie das oben beschriebene Verfahren gegen die deutsche Knorr-Bremse AG zeigt, sind – über ihre amerikanischen Tochtergesellschaften – auch deutsche/europäische Konzerne von den Verfolgungsmaßnahmen des DOJ betroffen.

Zudem gilt im Kartellrecht das sog. Auswirkungsprinzip, wonach das nationale Recht des Staates auf alle Verhaltensweisen anwendbar ist, die sich auf dessen Territorium auswirken, unabhängig davon, wo der Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung seinen Sitz hat. Absprachen im Personalbereich, die insbesondere auf dem Nachfragemarkt für Arbeit oder aber auch auf dem Angebotsmarkt

für die von den jeweiligen Unternehmen angebotenen Produkte/Dienstleistungen Auswirkungen auf den US-Markt haben, sind grundsätzlich mit Strafsanktionen bedroht.<sup>73</sup> Dazu ist darauf hinzuweisen, dass Beschäftigungsmärkte, insbesondere hoch-qualifizierte Arbeitnehmer betreffend, geographisch durchaus überregionale oder internationale Märkte sein können.<sup>74</sup>

Unternehmen, insbesondere international operierende Unternehmen, sollten sich daher der strengen Linie des DOJ bewusst sein und in ihre Risikokalkulation einstellen, dass das DOJ Ermittlungen und im schlimmsten Fall sogar ein Strafverfahren gegen sie einleiten kann, wenn sie an einer Vereinbarung mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung in den USA beteiligt sind.

## II. Handlungsempfehlungen für Unternehmen

Um teuren, für die Beschuldigten belastenden Prozessen, der Gefahr von Freiheitsstrafen, Geldbußen und Schadensersatzansprüchen sowie Reputationsschäden zu entgehen, sollten Unternehmen ihre Compliance-Programme und -Maßnahmen überprüfen und ggf. anpassen. Es empfiehlt sich eine Kartellrechts-Policy für den Beschäftigungsmarkt zu etablieren und Mitarbeiter im Personalbereich dazu entsprechend umfassend zu schulen. Sie sollten, wie Mitarbeiter in anderen „kartellanfälligen“ Abteilungen, ausreichend sensibilisiert sein, wobei die zu beachtenden Vorgaben personalbereichsspezifisch sind.

Um Haftungsrisiken zu vermeiden, sollte es zwischen Arbeitgebern insbesondere keine Vereinbarungen und keinen Informationsaustausch über Gehälter und sonstige Beschäftigungsbedingungen von Angestellten geben (ausgenommen im Rahmen von Tarifverhandlungen). Zudem sind *naked no-poaching agreements*, also Abwerbeverbote, die nicht bspw. mit einem Unternehmenskauf in Zusammenhang stehen, zu vermeiden. Dabei sollten keine Absprachen über das sog. *cold calling* – also die Ansprache potenzieller Arbeitnehmer, die sich nicht beworben haben – getroffen werden. Neben dem Verzicht auf Vereinbarungen bzgl. aktiver Abwerbeversuche sollten aber auch keine Absprachen bzgl. Bewerberangeboten getroffen werden.<sup>75</sup>

## G. Ausblick

In Anbetracht der erfolgten Freisprüche wird das DOJ aus den Versäumnissen lernen müssen, wenn sich seine Bemühungen, Absprachen im Personalbereich strafrechtlich zu verfolgen, auszahlen sollen.<sup>76</sup> Es sind allerdings bereits weitere Fälle anhängig und unter Berücksichtigung der klaren Stellungnahmen, insbesondere vom Leiter der *Anti-trust Division* Kanter, ist auch nicht davon auszugehen, dass das DOJ seine Verfolgungsbemühungen vorschnell beendet. Solange keine letztinstanzliche Gerichtsentscheidung die Vorgehensweise des DOJ für unzulässig erklärt, müssen Unternehmen wohl damit rechnen, dass das DOJ

67 So wird *Guersent* zitiert von *Hirst* in *mLex*, Labor market practices among new antitrust issues on EU enforcers' radar, *Guersent* says, 21.6.2022, abrufbar unter: [https://content.mlex.com/#/content/1386900?referrer=email\\_dailycontent-set&dailyId=62ac2bba616947228292a83ccaf5a32a](https://content.mlex.com/#/content/1386900?referrer=email_dailycontent-set&dailyId=62ac2bba616947228292a83ccaf5a32a), (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

68 Ebd.

69 Ebd.

70 *Kuhn/Sakellariou-Witt/Gidley/Jordan Mims/Paul/Powell/Caroppo/Citron* in *e-Competitions*, The EU Commission plans a series of dawn raids to investigate anticompetitive practices in labor markets, 22.11.2021, abrufbar unter: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/october-2021/the-eu-commission-plans-a-series-of-dawn-raids-to-investigate-anticompetitive>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

71 *Autoridade da Concorrência*, Labour market agreements and competition policy: Issues Paper – Final Version, September 2021, abrufbar unter: [https://www.concurrenca.pt/sites/default/files/Issues%20Paper\\_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf](https://www.concurrenca.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf), (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

72 Authority for Consumers & Markets, ACM warns employers: non-hiring arrangements are prohibited, 16.2.2022, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-warns-employers-non-hiring-arrangements-are-prohibited>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

73 So auch *Glöckner* JuS 2018, 1130 (1137).

74 Vgl. ebd.; vgl. dazu auch *Eufinger* RIW 2017, 481 (482).

75 Vgl. *Eufinger* RIW 2017, 481 (483).

76 Vgl. *Koenig* in *Law360*, DOJ 'Dropped The Ball' In 1st Wage-Fixing Case, *Juror Says*, 20.5.2022, abrufbar unter: <https://www.law360.com/articles/1494304/doj-dropped-the-ball-in-1st-wage-fixing-case-juror-says>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

*wage-fixing* und *no-poaching agreements* weiterhin strafrechtlich verfolgen und zur Anklage bringen wird.<sup>77</sup>

Es bleibt abzuwarten, ob sich in der Folge die strafrechtliche Verfolgung dieser Absprachen als nächstes Level in der Kartellrechtsdurchsetzung in den USA etablieren wird oder dies nur ein vorübergehendes Risiko und eine Drohkulisse ist, welche langfristig keinen Bestand haben wird.

---

<sup>77</sup> Vgl. auch *Terwilliger/Vaala/Rashmawi*, The National Law Journal, DOJ Aggressively Pursuing 'No Poachers', 2.3.2022, abrufbar unter: <https://www.law.com/nationallawjournal/2022/03/02/doj-aggressively-pursuing-no-poachers/?slreturn=20220503115437>, (zuletzt abgerufen am 7.6.2022).

Absprachen im Personalbereich bleiben aber unabhängig davon kartellrechtlich relevant. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung in Europa ist zudem zu erwarten, dass sowohl auf europäischer, wie auch auf nationaler Ebene Vereinbarungen, die den Beschäftigungsmarkt betreffen, künftig häufiger und intensiver geprüft werden.

**KONTAKT:**

Lavinia L. Mukomilow, LL. M. (NYU)  
LATHAM & WATKINS LLP  
Dreischeibenhaus 1  
40211 Düsseldorf  
Tel.: 0211/8828 4631  
[lavinia.mukomilow@lw.com](mailto:lavinia.mukomilow@lw.com)

