

Poaching to power and power to poach – Abwerben von Mitarbeitern vs. Art. 102 AEUV am Beispiel des Tech Sektors

Björn Christian Becker*

Abstract:

Das Abwerben von Mitarbeitern ist grundsätzlich Teil des freien Wettbewerbs um qualifizierte Arbeitskräfte. Gerade die sog. „Tech Giants“ werben intensiv untereinander um Mitarbeiter des jeweiligen Konkurrenten. Nutzt allerdings ein marktmächtiges Unternehmen seine wirtschaftliche Macht aus, indem es gezielt viele oder gar sämtliche besonders wichtige Mitarbeiter eines Wettbewerbers abwirbt, kann dies zu Wettbewerbsproblemen führen. Dieser Beitrag klärt, dass das Abwerben von Mitarbeitern durch einen Marktbeherrschter unter bestimmten Voraussetzungen einen Behinderungsmissbrauch (IV) sowie einen Marktstrukturmissbrauch (V) auf den Produkt- und Arbeitsmärkten darstellen kann. Ferner kommt ein Ausbeutungsmissbrauch (VI) auf dem Markt für Unternehmensakquisitionen in Betracht. Aus der vorliegenden Untersuchung wird deutlich, dass vor allem bei Marktstrukturveränderungen nicht nur der Produktmarkt, sondern daneben auch der Arbeitsmarkt in die wettbewerbsrechtliche Bewertung von Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers einzubeziehen ist (III).

I.	Einleitung	116
II.	Zwei Möglichkeiten des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter: acqui-hire und direct hiring	120
1.	Terminologie	120
2.	Exkurs: Direct hiring und Fusionskontrolle	121
III.	Bedeutung des Arbeitsmarkts	125
1.	Verstärkung von Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt durch acqui-hire	126
2.	Bei langfristiger Betrachtung: gleiche Effekte durch direct hiring	127
3.	Spezialisierte Arbeitsmärkte im digitalen Sektor	128
4.	Berücksichtigung wettbewerblicher Gefahren durch das Abwerben von Arbeitnehmern auch im Rahmen des DMA und § 19a GWB?	128
IV.	Poaching to power I: Direct hiring als Behinderungsmissbrauch	129

* Gastprofessor und Vertreter des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik (ehem. Lehrstuhlinhaberin: Prof. Dr. Heike Schweitzer) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich danke meinem Mitarbeiter Herrn Simon de Ridder herzlich für seine wertvolle Mithilfe bei der Erstellung dieses Beitrags.

1. Eignung zur Verdrängungswirkung	129
a) Maßstab	129
b) Insbesondere: talent hoarding und preemption effect	131
2. Kein Leistungswettbewerb	132
a) „Reine Beschränkungen“: Abwerbung nicht benötigter Mitarbeiter	132
b) As-efficient-competitor-Test bzgl. des gezahlten Gehalts	134
c) Andere Fälle einer Abweichung vom Leistungswettbewerb	136
aa) Rückgriff auf lauterkeitsrechtliche Grundsätze: Unlautere gezielte Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG	136
bb) Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, insb. laufende Verhandlungen	139
cc) Kollusion, insbesondere Verleiten zum Vertragsbruch	143
dd) „Putsch- oder handstreichtartiges“ Abwerben	144
3. Mittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene missbräuchliche Verhaltensweisen	145
a) Verletzung von Geschäftsgesheimnissen und missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten	145
b) „Missbrauch durch Rechtsbruch“	146
aa) Wettbewerbliche Auswirkungen der Rechtsverstöße	147
bb) Kausalität	147
V. Poaching to power II: direct hiring als Marktstrukturmissbrauch	148
1. Direct hiring als Marktstrukturveränderung	148
2. Marktstrukturveränderungen durch Mitarbeiterabwerbung in der Praxis	149
3. Überblick über das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs	153
4. Effektive Kontrolle oder Mindestmaß an Einflussnahme	154
5. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	156
a) Strenge Voraussetzungen nach der Rechtsprechung	156
b) Marktzutrittschranken und Innovationsverlust	157
aa) Keine Kompensation der Shareholder des Zielunternehmens	157
bb) Direct hiring als Killer Acquisition	159
cc) Mögliche Effizienzvorteile als gegen einen Missbrauch sprechende Abwägungspunkte	160
c) Einbeziehung auch des Arbeitsmarkts	161
d) Modifikation des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“?	162
6. Insbesondere: „Sanierungsfusion“ (failing company defence)	163
VI. Power to poach: Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt – Direct hiring als Druckmittel für ein ineffizientes acqui-hire	166
1. Abwerben von Mitarbeitern als Damoklesschwert über Verkaufsverhandlungen	166
2. Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt	167
3. Zusätzlicher Behinderungseffekt auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt	169
4. Zusätzlicher Ausbeutungseffekt zu Lasten der Arbeitnehmer	169
VII. Ergebnis	170

I. Einleitung

Anders als in der analogen Welt bemisst sich der Wert von Tech-Unternehmen nur noch zu einem geringen Teil nach materiellen Gütern. Statt großen Maschinen sind es in der digitalen Welt häufig innovative Ideen sowie das Know-How hochspezialisierter Mitarbeiter, die die Idee in die Tat umsetzen und monetarisieren.¹ Derartige Fachkräfte sind auf dem Arbeits-

1 Vgl. Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115.

markt Mangelware. Entsprechend verwundert es kaum, dass vor allem die sog. „Tech Giants“ intensiv untereinander und gegenüber dritten Unternehmen um Mitarbeiter des jeweiligen Konkurrenten werben.² Grundsätzlich ist dies Ausdruck eines erwünschten freien Wettbewerbs zwischen Unternehmen um qualifizierte Arbeitskräfte. Es existiert freilich keine Bestandsgarantie für Unternehmen im Hinblick auf ihren Mitarbeiterstab.³ Darüber hinaus ist für die Mitarbeiter die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowie des Vertragspartners verfassungsrechtlich gemäß Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 15 Abs. 1 GR-Charta⁴ geschützt.⁵ Entsprechend verwundert es auf den ersten Blick nicht weiter, dass das Abwerben von Mitarbeitern lange keine Rolle in der kartellrechtlichen Praxis spielte.

Jedoch kann sich das Abwerben von Mitarbeitern auch nachteilig auf den Wettbewerb auswirken. Zuletzt häufen sich etwa alarmierende Presseberichte, wonach insbesondere Big Tech-Unternehmen das Abwerben von Mitarbeitern als vermeintlichen „blinden Fleck“ in der kartellbehördlichen Aufsicht identifiziert haben und dieses Mittel gezielt gegen ihre Wettbewerber einsetzen.⁶ Besonders betroffen ist die KI-Branche,⁷ in der gegenwärtig starke Konsolidierungstendenzen zu beobachten sind. In den USA hat dies zuletzt zu Appellen aus der Politik an die Kartellbehörden geführt, gegen

2 Vgl. etwa *Eufinger*, RIW 2017, 481 m. w. N.; siehe auch *Desmarais*, Where Google, Microsoft, Amazon and Other Tech Giants are Poaching Talent (Infographic), Artikel auf www.inc.com v. 3.2.2017, abrufbar unter <https://www.inc.com/christina-desmarais/where-google-microsoft-amazon-and-other-tech-giants-are-poaching-talent-infographic.html>.

3 Vgl. *Köhler/Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.103.

4 Zum Fehlen einer eigenständigen Gewährleistung der Berufsfreiheit in der EMRK etwa *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 55 ff.

5 Siehe auch *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, 185 f.; *Köhler/Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.103.

6 Siehe etwa *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf wsj.com (The Wallstreet Journal) v. 20.4.2023, abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>; *Shead*, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London’s Top Startup Talent, Artikel auf forbes.com v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>; *O’Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech’s new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-ai-facial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9a55>.

7 Hierzu näher unten V 2.

entsprechende Verhaltensweisen von Big Tech-Unternehmen einzuschreiben.⁸ Betreffend die Fusionskontrolle ist mit dem Fall „Microsoft/Inflection“ das Abwerben von Mitarbeitern jüngst in den Fokus gerückt: Mit der Europäischen Kommission, dem Bundeskartellamt sowie der britischen Competition and Markets Authority (CMA)⁹ griffen drei Kartellbehörden den Fall auf und bejahten einen Zusammenschluss nach dem jeweils einschlägigen Fusionskontrollregime.¹⁰

Vor dem Hintergrund des Missbrauchsverbots wurde das Abwerben von Mitarbeitern bislang kaum beleuchtet. Auch in dem am 1. August 2024 veröffentlichten Entwurf neuer Leitlinien für die Anwendung von Art. 102 AEUV spielt die Thematik keine Rolle.¹¹ Wettbewerbliche Probleme im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern kommen jedoch vor

-
- 8 Siehe etwa *Volenik, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A 'Risk Of Monopolization'*, Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/a-i-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; *O'Brien/Parvini, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups*, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9cc83d00bf9ad55>, siehe auch unten V 2.
 - 9 Die CMA erwähnt den Transfer von Mitarbeitern in ihren Leitlinien zur Fusionskontrolle als mögliches Szenario für einen fusionskontrollrechtlich relevanten Zusammenschluss; in den bisherigen fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen der Behörde war der Übergang von Personal, abgesehen vom Fall „Microsoft/Inflection“, hingegen nur am Rande von Bedeutung, siehe CMA v. 25.4.2024, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, Rn. 4.2., 4.9., 4.11, 413 sowie die Nachweise in Rn. 4.11 Fn. 38, so bereits nahezu identisch in der vorherigen Fassung der Leitlinien v. 4.1.2022.
 - 10 Siehe Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldepflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 87 ff. Näher zu diesem Fall unten II 2, V 2, V 4. Dass das Abwerben von Mitarbeitern der Fusionskontrolle unterfallen kann, zeigten vorher bereits *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, jeweils m. w. N.
 - 11 Siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance; dazu allgemein *Wagner-von Papp*, WuW 2024, 445.

allem dann in Betracht, wenn das Abwerben von einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ausgeht. Soweit marktbeherrschende Unternehmen durch den Einsatz von außerhalb des Leistungswettbewerbs liegenden Mitteln Mitarbeiter ihrer Wettbewerber abwerben und auf diese Weise ihre marktbeherrschende Stellung verstärken („*poaching to power*“), kann dies zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den betroffenen Produkt- und Arbeitsmärkten führen (unten IV). Wettbewerbsschädliche Effekte drohen ferner insbesondere dann, wenn die abgeworbenen Mitarbeiter so essenziell für ihren vormaligen Arbeitgeber¹² waren, dass dieser sein Unternehmen oder einen Geschäftszweig ohne die abgewanderten Mitarbeiter nicht weiterführen kann und seine Markttätigkeit daher insoweit einstellen muss oder zumindest keine ernsthafte wettbewerbliche Bedrohung mehr für den Abwerbenden darstellt. Derartige wettbewerbschädliche Marktstrukturveränderungen (unten V) sind insbesondere bei Startups in der Digitalwirtschaft realistisch, welche nicht selten von nur wenigen Personen betrieben werden.¹³ Im Extremfall verschwindet ein Wettbewerber vom Markt und der Wettbewerbsdruck auf den Marktbeherrschenden sinkt. Darüber hinaus legen jüngste ökonomische Studien nahe, dass die aus der Marktmacht resultierende Fähigkeit eines beherrschenden Unternehmens, jederzeit die Mitarbeiter ihrer Wettbewerber abwerben zu können, ggf. zu ausbeuterischen Verhaltensweisen auf dem Akquisitionsmarkt führen kann (unten VI): Die Drohung des Marktbeherrschers, im Falle gescheiterter Verhandlungen über einen Unternehmenskauf die Mitarbeiter des Zielunternehmens abzuwerben, kann als Druckmittel dienen, den „Kaufpreis“ für das Zielunternehmen zu drücken („*power to poach*“).

Dieser Beitrag widmet sich daher der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Abwerben von Mitarbeitern im Wege des *direct hiring* als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV anzusehen ist. Aus Verständnisgründen sind dabei zunächst zwei sich in

-
- 12 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit wird im Folgenden der Begriff „Arbeitgeber“ für den Erwerber angeworbener Mitarbeiter und der Begriff „Arbeitsvertrag“ für das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und angeworbenem Mitarbeiter verwendet. Die in diesem Beitrag angestellten Überlegungen betreffen allerdings nicht allein Arbeitsverhältnisse im technischen Sinne. Etwa im Hinblick auf Geschäftsführer oder freie Mitarbeiter kommen auch andere Rechtsverhältnisse, etwa Dienst- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge in Betracht.
- 13 Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 36, 239, der beispielhaft auf das Unternehmen Instagram hinweist, welches zum Zeitpunkt des Erwerbs durch Facebook über lediglich 13 Mitarbeiter verfügte.

der Praxis bietende Methoden des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter zu erläutern (II 1): Einerseits ist es möglich, sich durch einen klassischen Unternehmenskauf die Mitarbeiter eines Unternehmens „automatisch“¹⁴ einzubleiben („*acqui-hire*“), andererseits können diese unmittelbar, etwa durch Arbeits- oder Geschäftsbesorgungsverträge unter Aufgabe ihrer bisherigen Stellung angeworben werden („*direct hiring*“). Nach einem kurzen Exkurs zur Einordnung der beiden Varianten in das System der Fusionskontrolle (II 2) wird die besondere Bedeutung der Arbeitsmärkte für die vorliegende Betrachtung aufgezeigt (III). Anschließend werden die drei möglichen Varianten eines missbräuchlichen Abwerbens von Mitarbeitern (IV – VI) im Einzelnen erläutert. Am Ende steht ein die in diesem Beitrag gewonnenen Erkenntnisse zusammenfassendes Ergebnis (VII).

II. Zwei Möglichkeiten des Zugriffs auf fremde Mitarbeiter: acqui-hire und direct hiring

1. Terminologie

Im rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Diskurs mittlerweile verbreitet ist die Wortschöpfung „*acqui-hire*“¹⁵. Sie beschreibt das Phänomen,¹⁶ wonach Transaktionen im gesellschaftsrechtlichen Sinne mit dem primären Ziel vollzogen werden, die Mitarbeiter des Zielunternehmens in das Erwerberunternehmen zu integrieren.¹⁷ Gerade bei Big Tech-Unternehmen ist diese Strategie häufig zu beobachten.¹⁸ Sinnbildlich hierfür steht eine

14 Vgl. § 613a BGB.

15 Siehe etwa *Göhs*, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115; *Coyle/Polsky*, DLJ 2013, 281 ff.; *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs m. w. N.

16 Nach einer Studie von *Grub/Will/Crosbie/Speller*, CMS European M & A Study 2021, S. 9 verfolgten 14 % aller M&A-Transaktionen in Europa das primäre Ziel der Mitarbeiterergewinnung. Siehe auch *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37.

17 Siehe etwa *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37; *Göhs*, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115; ferner *Coyle/Polsky*, DLJ 2013, 281 ff.

18 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 f. d. Umbruchs.

Aussage Mark Zuckerbergs auf einer Veranstaltung für Startup-Gründer: „Facebook has not once bought a company for the company itself. We buy companies to get excellent people“.¹⁹

Nach dem überwiegenden²⁰ Begriffsverständnis sowohl in der juristischen als auch in der ökonomischen Literatur setzt ein *acqui-hire* eine „klassische“ Unternehmenstransaktion, etwa einen Asset- oder Share-Deal voraus.²¹ Davon zu unterscheiden ist das in diesem Beitrag im Mittelpunkt stehende „direkte“ Abwerben von Mitarbeitern, etwa über deren Anstellung mittels Dienst- oder Arbeitsverträgen (im Folgenden: „*direct hiring*“).²²

2. Exkurs: Direct hiring und Fusionskontrolle

Die Frage, unter welchen Umständen das Abwerben von Mitarbeitern unter den Tatbestand der kartellrechtlichen Fusionskontrolle fällt, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert²³ und soll daher im Folgenden nur zum Verständnis im Rahmen eines kurzen Exkurses skizziert werden:

Bezweckt ein Unternehmen, besonders qualifizierte Mitarbeiter eines anderen Unternehmens anzuwerben, kann sich ein *acqui-hire* aus Sicht des Erwerberunternehmens als kostengünstiger darstellen als ein unmit-

19 Hindman, Mark Zuckerberg: “We Buy Companies To Get Excellent People”, Artikel auf huffpost.com v. 19.10.2010, abrufbar unter https://www.huffpost.com/entry/mark-zuckerberg-we-buy-co_n_767338; siehe auch Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 d. Umbruchs.

20 Siehe aber jüngst BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldpflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html sowie Käseberg, NZKart 2025, 1, die den Begriff des „*acqui-hire*“ auch für Konstellationen verwenden, in denen unmittelbar Mitarbeiter eines Unternehmens abgeworben werden. Im Hinblick auf die im Folgenden, insbesondere unter V 5 b) aa), dargestellten jeweils unterschiedlichen Wirkungen der beiden Konstellationen sollte begrifflich zwischen *acqui hire* und *direct hiring* unterschieden werden.

21 Vgl. Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37.

22 Die wettbewerblichen Auswirkungen von *acqui-hire* und *direct hiring* auf dem Arbeitsmarkt vergleichend Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

23 Siehe Bien/Becker, WuW 2024, 81 sowie Bien/Becker, WuW 2024, 183.

telbares Anwerben der Arbeitnehmer.²⁴ Derartige Fälle fallen – das Überschreiten der fusionskontrollrechtlichen Schwellenwerte vorausgesetzt – unproblematisch unter die jeweils einschlägigen Fusionskontrollregime. In der Praxis können jedoch gleichermaßen erhebliche Anreize bestehen, auf die Strategie eines *direct hiring* wichtiger Mitarbeiter eines Unternehmens zu setzen.

Direct hiring bietet zunächst eine – vermeintliche – Möglichkeit der Umgehung einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung:²⁵ Bis vor Kurzem spielte *direct hiring* in der fusionskontrollrechtlichen Praxis tatsächlich noch kaum eine Rolle; vielmehr sah das Bundeskartellamt im Fall „CTS Eventim/Four Artists“, in dem Eventim einen Großteil der wichtigsten Mitarbeiter der Künstleragentur Four Artists abwarf und Four Artists anschließend seinen Geschäftsbetrieb einstellen musste, noch keine Möglichkeit des Einschreitens.²⁶ Mit dem – unten näher dargestellten²⁷ – Fall „Microsoft/Inflection“ scheint sich der Wind zu drehen: Das Amt bewertete den Umstand, dass Microsoft u. a. nahezu sämtliche Mitarbeiter des KI-Startups Inflection übernommen sowie weitreichende Begleitvereinbarungen zur Finanzierung und Verwendung von Schutzrechten getroffen hatte, als Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB.²⁸ Wie die Kommission und die CMA, die den

24 Dazu ausführlich *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>.

25 Presseberichte weisen auf entsprechende Strategien großer Digitalunternehmen hin, vgl. CNBC, How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 7:00, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>; O'Brien/Parvini, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>. Wie *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183 jedoch zeigen, können durch *direct hiring* verursachte Marktstrukturveränderungen durchaus der Fusionskontrolle unterliegen.

26 Vgl. die Äußerungen des Präsidenten des BKartA *Andreas Mundt*, Interview in Folge 3 („Die verschwundene Firma“) der Doku-Serie des Bayerischen Rundfunks „Dirty Little Secrets“ v. 31.5.2023, ab Minute 28:11, abrufbar unter <https://fmos.link/21451>; näher zu diesem Fall *Bien/Becker*, WuW 2024, 81.

27 Unten V 2.

28 BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2024, Übernahme von Mitarbeitenden kann der deutschen Fusionskontrolle unterliegen – Microsoft/Inflection nur mangels erheblicher Inlandstätigkeit von Inflection nicht anmeldepflichtig, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/29_11_2024_Microsoft_Inflection.html. Näher zum Sachverhalt vgl. auch CMA

Fall wie erwähnt²⁹ ebenfalls aufgriffen,³⁰ stellte das Bundeskartellamt das Verfahren jedoch letztlich ein.³¹

Aus Sicht des Erwerbers bietet das Abwerben der Mitarbeiter eines Unternehmens eine Alternative zum *acqui-hire*, wenn das Zielunternehmen einen aus Sicht des Erwerbers zu hohen Preis aufruft oder sich gar gänzlich weigert, sein Unternehmen zu verkaufen.³² Bemisst sich der Wert des Zielunternehmens maßgeblich am Know-How seiner Mitarbeiter, kann wirtschaftlich betrachtet mit einem *direct hiring* aller oder der wichtigsten Mitarbeiter des Unternehmens oder einer Unternehmenssparte derselbe Effekt erzielt werden wie bei einem *acqui-hire*.³³ Insofern ließe sich das

v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 30, 94 ff. Neben diesem Fall scheint das Bundeskartellamt auch bei der Untersagung des Zusammenschlussvorhabens der Universitätskliniken Heidelberg und Mannheim u.a. Konsequenzen für den Arbeitsmarkt berücksichtigt zu haben, siehe *Bien*, LinkedIn-Post v. Oktober 2024 bzgl. der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26.9.2024 des Bundeskartellamts, abrufbar unter https://www.linkedin.com/posts/florian-bien-33b068264_tagung-des-arbeitskreises-kartellrecht-activity-7246599273356607488-Vp7z?utm_source=share&utm_medium=member_desktop. So habe das Amt berücksichtigt, dass „[d]ie Ausweichmöglichkeiten für das Klinikpersonal [...] drastisch sinken [würden], wenn es nur noch ein Riesenklinikum auf der rechten Seite des Neckars gäbe.“ In der Pressemitteilung des Amtes wird dies allenfalls angedeutet, siehe BKartA, Pressemitteilung v. 26.7.2024, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2024/26_07_2024_Heidelberg_Mannheim.html: „Ein Zusammenschluss des Krankenhausbetriebes beider Kliniken unter einer gemeinsamen Leitung vermittelt den Beteiligten dagegen dauerhaft eine zu hohe Marktmacht gegenüber Patientinnen und Patienten, **Ärztinnen und Ärzten**, Kooperationspartnern und Wettbewerbern.“ (Hervorh. v. Verf.).

29 Oben I.

30 Vgl. Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection; näher unten V 2.

31 Die Kommission hatte den Fall überhaupt nur über sieben Verweisungsanträge aus den Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO aufgegriffen. Nach dem Urt. des EuGH in Sachen „Illumina/Grail“ (EuGH, Urt. v. 2.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P u. C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677), in dem der Gerichtshof der neuen Verweisungslösung der Kommission einen Riegel vorgeschoben hat, zogen die Mitgliedstaaten ihre Anträge zurück und die Kommission kündigte an, in dem Verfahren keine Entscheidung zu treffen. Das Verfahren des Bundeskartellamts scheiterte am letzten Kriterium der Transaktionswertschwelle, namentlich einer erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens Inflection (§ 35 Abs. 1a GWB). Die CMA kam nach ihrer Prüfung des Zusammenschlusses zu dem Ergebnis, dass dieser nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

32 *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 f.

33 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100.

eingangs erwähnte³⁴ Zitat Mark Zuckerbergs auch umdrehen: „We poach excellent people to get the company“.

Im Ergebnis kann ein *direct hiring* damit dieselben Wirkungen auf die Marktstruktur haben wie ein *acqui-hire*.³⁵ An anderer Stelle wurde deshalb bereits ausführlich dargelegt, dass durch *direct hiring* herbeigeführte Marktstrukturveränderungen unter bestimmten Voraussetzungen unter den Tatbestand der Fusionskontrolle fallen können.³⁶ Das mag auf den ersten Blick vor allem deshalb wenig intuitiv wirken, da Dienst- oder Arbeitsverträge grundsätzlich jederzeit durch den Arbeitnehmer gekündigt werden können, während mit *acqui-hires* regelmäßig eine unumkehrbare – Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen des Zielunternehmens verbunden ist. Bei näherem Hinsehen spricht dies jedoch nicht dagegen, das Abwerben von Mitarbeitern unter den fusionskontrollrechtlichen Kontrollbegriff zu subsumieren:³⁷ Erstens besteht die Möglichkeit von Kündigungen gleichermaßen beim *acqui-hire*: Der Erwerber kann seine Mitarbeiter nicht zwingen, seinem Unternehmen treu zu bleiben. Zweitens kommen *Ng/Stuart* in einer Studie zu dem Ergebnis, dass Mitarbeiter nach einem *direct hiring* sogar deutlich länger (im Durchschnitt 3,1 Jahre) im Unternehmen verbleiben als im Falle eines *acqui-hire* (im Durchschnitt 1,75 Jahre).³⁸ Zu ähnlichen Ergebnissen kommt *Kim*, wonach Mitarbeiter, die im Rahmen eines *acqui-hire* gewonnen worden, mit einer signifikant höheren Wahrscheinlichkeit das Unternehmen wieder verlassen als im Rahmen eines *direct hiring* abgeworbene Mitarbeiter.³⁹ *Direct hiring* kann somit sogar dauerhafter die Kontrolle über das Know-How der abgeworbenen Mitarbeiter vermitteln als ein *acqui-hire*.

34 Oben II 1.

35 Vgl. auch CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100. Siehe zu den jedoch unterschiedlichen wettbewerblichen Auswirkungen insbesondere unten V 5 b) aa).

36 Siehe *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

37 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. III.

38 *Ng/Stuart*, Strategic Management Journal, 43(5), 1025, 1036; siehe auch *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 4 d. Umbruchs.

39 *Kim*, Turnover Differences Between Acquired and Regular Hires, Strategy Science, Articles in Advance, S. 10; siehe auch *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 4 d. Umbruchs.

III. Bedeutung des Arbeitsmarkts

Bei der im Rahmen dieses Beitrags im Mittelpunkt stehenden Frage, unter welchen Voraussetzungen das Abwerben von Mitarbeitern im Wege des *direct hiring* als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV anzusehen ist, sind nicht nur der Produktmarkt, sondern insbesondere auch der Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen. Die Bedeutung der Arbeitsmärkte im Wettbewerbsrecht wurde zuletzt vor allem im Hinblick auf zwischen Unternehmen vereinbarte Abwerbevereborte („non-poaching-agreements“) oder Lohnabsprachen („wage fixing“) hervorgehoben.⁴⁰ Das amerikanische Department of Justice (DoJ) sowie die Federal Trade Commission (FTC) weisen in ihrer Antitrust Guidance for Human Resource Professionals darauf hin, dass Wettbewerb zwischen (potenziellen) Arbeitgebern auf dem Markt für Arbeitskräfte nicht nur zu verbesserten Arbeitsbedingungen und höheren Gehältern führen kann; vielmehr profitieren am Ende auch die Verbraucher, da Unternehmen über ihre durch den Wettbewerb motivierte Mitarbeiter in der Lage sind, qualitativ höherwertige Produkte oder Dienstleistungen anzubieten.⁴¹

Auf marktbeherrschende Unternehmen zurückgehende, durch das Abwerben von Mitarbeitern verursachte Behinderungseffekte oder Marktstrukturveränderungen und ihre Folgen auf den Arbeitsmarkt werden, so weit ersichtlich, hingegen bislang kaum thematisiert. Lediglich in jüngster

40 Siehe etwa Kommission, Competition policy brief 2/2024, Antitrust in Labour Markets, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en; DoJ/FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, October 2016, abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>; zur Fallpraxis der nordischen Kartellbehörden siehe den Joint Nordic report 2024, Competition and Labour Markets, abrufbar unter <https://kfstd.k/media/tsdpmh3l/20240116-competition-and-labour-markets-joint-nordic-report-2024.pdf>, S. 4 ff., 21 ff.; ferner *Broulik*, Harm to Workers in EU Competition Law: A Sufficient Condition for Intervention, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2024-12, abrufbar über: <https://ssrn.com/abstract=4945475>, S. 36; *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, jeweils m. w. N. Zur Bedeutung der Arbeitsmärkte in der Fusionskontrolle siehe *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185. Zur Stellung von Plattformarbeitern vor dem Hintergrund des Kartellrechts siehe ferner *Schmidt-Kessen*, in diesem Band, S. 95 ff.

41 Vgl. DoJ/FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, October 2016, abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>, S. 2; *Eufinger*, RIW 2017, 481 f.

Zeit weisen ökonomische Studien auf durch das Abwerben von Mitarbeitern entstehende wettbewerbliche Gefahren auf den Arbeitsmärkten hin.⁴²

1. Verstärkung von Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt durch *acqui-hire*

Ein *acqui-hire* kann Wettbewerb auf einem – spezialisierten – Arbeitsmarkt abschwächen und eine bereits bestehende Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt verstärken.⁴³ Nach den Feststellungen einer Studie von *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* ist dabei ein *acqui-hire* grundsätzlich mit größeren Nachteilen verbunden als ein *direct hiring*:⁴⁴ Mitarbeiter werden sich regelmäßig nur dann direkt abwerben lassen, wenn sie nach ihrem Arbeitgeberwechsel besser stehen als vorher, etwa im Hinblick auf das Gehalt oder sonstige Vorteile.⁴⁵ Im Rahmen eines Abwerbeversuchs machen in der Regel zunächst der Abwerbende und sodann der bisherige Arbeitgeber Angebote an den umkämpften Mitarbeiter, wodurch sich die Ausgangslage für letzteren in jedem Fall verbessert.⁴⁶ Im Falle eines *acqui-hire*, bei dem die Mitarbeiter „automatisch“ (§ 613a BGB) auf den Erwerber übergehen, profitieren dagegen in erster Linie die Shareholder des Zielunternehmens in Form des vom Erwerber bezahlten „Kaufpreises“. Da im Falle eines *acqui-hire* ein Wettbewerber des Erwerbers auf dem Markt für qualifizierte Mitarbeiter ausscheidet, sinkt insoweit der Wettbewerbsdruck und somit die Verhandlungsmacht der Mitarbeiter, gegenüber ihrem neuen Arbeitgeber

-
- 42 Siehe etwa *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>; *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>.
- 43 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 2 d. Umbruchs.
- 44 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.
- 45 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 f., 6 d. Umbruchs.
- 46 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 5 d. Umbruchs.

bessere Löhne oder Arbeitsbedingungen durchzusetzen.⁴⁷ Neben mögliche Behinderungsaspekte gegenüber Wettbewerbern auf dem Arbeitsmarkt⁴⁸ können damit – Marktmacht vorausgesetzt – Effekte eines Ausbeutungsmissbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer treten.

2. Bei langfristiger Betrachtung: gleiche Effekte durch direct hiring

Legt man – anders als *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* – eine langfristige Betrachtungsweise zu Grunde, können sich die soeben dargestellten Ausbeutungseffekte auch beim *direct hiring* realisieren:⁴⁹ Scheidet der ehemalige Arbeitgeber infolge des Abwanderns seiner Mitarbeiter aus dem Nachfragermarkt für qualifizierte Arbeitskräfte aus,⁵⁰ sinkt der Verhandlungsdruck, den die Mitarbeiter im Hinblick auf *zukünftige* Gehaltserhöhungen oder sonstige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen gegenüber ihrem neuen Arbeitgeber aufbauen können, wenn im Arbeitsmarkt keine oder weniger alternative Arbeitgeber vorhanden sind. Eine mit dem Abwerben zunächst verbundene Besserstellung des Mitarbeiters kann sich somit langfristig relativieren, indem die Dynamik aus dem Arbeitsmarkt herausgenommen wird und die Qualität der Arbeitsbedingungen stagniert. Auch soweit das Abwerben von Mitarbeitern nicht zur Folge hat, dass das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers vom Markt ausscheidet, sondern bloße Behinderungseffekte eintreten,⁵¹ kann sich dies auf den Wettbewerbsdruck auf den Arbeitsmärkten auswirken: Führt der Abgang der Arbeitskräfte – etwa mangels verfügbarer Ersatzmöglichkeiten – dazu, dass die Produktivität des Unternehmens sinkt, ist es umso weniger in der Lage, seinen eigenen aktuellen wie potenziellen Mitarbeitern attraktive Arbeitsbedingungen zu bieten.

47 *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs; siehe auch *Broulik*, Harm to Workers in EU Competition Law: A Sufficient Condition for Intervention, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2024-12, abrufbar über: <https://ssrn.com/abstract=4945475>, S. 2 ff. m. w. N.

48 Unten IV.

49 Die Entscheidung der CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 140 ff. ist daher insoweit zu kritisieren, als sie sich nur mit den Auswirkungen auf dem Produktmarkt beschäftigt.

50 Zum Marktstrukturmissbrauch siehe unten V.

51 Zum Behinderungsmisbrauch siehe unten IV.

3. Spezialisierte Arbeitsmärkte im digitalen Sektor

Die dargestellten Effekte auf den Arbeitsmarkt wirken umso stärker, wenn man bedenkt, dass es sich bei den Arbeitsmärkten im digitalen Sektor häufig um sehr spezialisierte und daher enge Märkte handelt. Gerade im digitalen Sektor sind die Märkte für spezialisiertes *tech talent* dünn besiedelt und besonderes Know-How verteilt sich sparsam auf verhältnismäßig wenige Experten. So mag ein besonders spezialisierter Softwareentwickler in vielen Unternehmen des digitalen Sektors einsatzfähig sein; im Hinblick auf seine Spezialisierung kommt seine *volle* Produktivität häufig aber nur in einer kleinen Anzahl von Unternehmen zur Entfaltung, was eine tendenziell enge Abgrenzung des relevanten sachlichen⁵² Arbeitsmarktes nahelegt.⁵³

4. Berücksichtigung wettbewerblicher Gefahren durch das Abwerben von Arbeitnehmern auch im Rahmen des DMA und § 19a GWB?

Entsprechende Gefahren für den Wettbewerb auf den Arbeitsmärkten müssen sich nicht zwangsläufig aus der Marktbeherrschung ergeben, sondern können auch aus einer marktübergreifend hervorgehobenen Stellung etwa eines Big Tech-Unternehmens resultieren, insbesondere wenn dieses über erhebliche finanzielle Möglichkeiten verfügt und sich aus anderen Bereichen seines Ökosystems⁵⁴ querfinanzieren kann. Eine aus der hier im Mittelpunkt stehenden kartellrechtlichen Betrachtung resultierende Folgefrage ist, inwieweit die in diesem Beitrag dargestellten Gefahren für den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt auch bei der Regulierung marktübergreifend mächtiger Digitalunternehmen *de lege ferenda* – wie etwa im Rahmen einer künftigen Reform des Digital Markets Act oder von § 19a GWB – berücksichtigt werden sollten.⁵⁵ *De lege lata* kann die für Gatekeeper geltende Unterrichtungspflicht treffend Zusammenschlüsse gemäß Art. 14 DMA dazu

⁵² Demgegenüber dürfte die räumliche Ausdehnung der Arbeitsmärkte im Digitalsektor überdurchschnittlich groß sein.

⁵³ Vgl. Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquihiring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

⁵⁴ Näher zum Begriff des Ökosystems etwa Hornung, The Ecosystem Concept, the DMA, and Section 19a GWB, Journal of Antitrust Enforcement (JAE), 12(3), 396 m. w. N.

⁵⁵ Nähere Ausführungen diesbezüglich würden den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

beitragen, dass mit dem Abwerben von Mitarbeitern einhergehende Marktstrukturveränderungen frühzeitig erkannt werden.⁵⁶ Mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene Behinderungseffekte⁵⁷ können vom BKartA u. U. über die Regelung des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB untersagt werden.

IV. Poaching to power I: Direct hiring als Behinderungsmissbrauch

Im Folgenden zeigt sich, dass das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers durch einen Marktbeherrschenden einen Behinderungsmissbrauch darstellen kann. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt ein Behinderungsmissbrauch vor, wenn sich die vom Marktbeherrschenden praktizierte Verhaltensweise dazu eignet, Verdrängungswirkung zu entfalten (1) und sie darüber hinaus vom Leistungswettbewerb abweicht (2).⁵⁸

1. Eignung zur Verdrängungswirkung

a) Maßstab

Nach allgemeiner Meinung reicht es für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs aus, wenn das in Frage stehende Verhalten *geeignet* ist, eine

56 So meldete etwa Apple am 24.5.2024 bei der Kommission einen Zusammenschluss in Form der Übernahme von „certain assets“ sowie „certain employees“ des AI-Unternehmens „Drishti“, siehe <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/acquisitions>.

57 Vgl. zum Behinderungsmissbrauch sogleich unten IV.

58 EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 68, 103; v. 21.12.2023, C-333/21 – European Superleague Company, ECLI:EU:C:2023:1011, Rn. 129 ff.; v. 24.10.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:915, Rn. 176; die Formulierung geht zurück auf EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91. Siehe auch Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 45; näher zum allgemeinen Tatbestand auch Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 228 ff. Für Fälle, in denen das Abwerben von Mitarbeitern zu einer Marktstrukturveränderung führt siehe unten V.

wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten.⁵⁹ Mit Blick auf das Abwerben von Mitarbeitern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen könnte es an dieser Voraussetzung im Einzelfall allenfalls dann fehlen, wenn offensichtlich ist, dass der ehemalige Arbeitgeber seine Geschäftstätigkeit, auch im Hinblick auf seine zukünftigen Entwicklungschancen, nach dem Abwandern seiner Mitarbeiter zum Marktbeherrschenden ungehindert fortsetzen kann. In diesem Fall fehlt es an einer für den Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs erforderlichen Möglichkeit einer Verdrängungswirkung.

Indes sind an den Nachweis der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen. Auf vermarkteten Märkten ist vielmehr regelmäßig auch eine nur geringe Schwächung eines Wettbewerbers dazu geeignet, die Stellung des Marktbeherrschers zu stärken und somit den Wettbewerb zusätzlich zu beschränken.⁶⁰ Entsprechend haben die EU-Gerichte eine de-minimis-Grenze bei Art. 102 AEUV bisher nicht anerkannt.⁶¹ Die Anforderungen an den Nachweis der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung sind umso niedriger, je stärker die Marktmacht des Marktbeherrschers ausgeprägt ist.⁶²

-
- 59 EuG, Urt. v. 30.9.2003, T-203/01 – Michelin II, ECLI:EU:T:2003:250, Rn. 237; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 312; näher zum Maßstab der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 230 f.
- 60 Vgl. dagegen bzgl. § 4 Nr. 4 UWG OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12, wonach mit Blick auf die positiven wettbewerblichen Effekte der Konkurrenz um qualifizierte Arbeitskräfte nicht jede Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit als missbrauchsgrundender Abwägungsgesichtspunkt angesehen werden sollte.
- 61 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 123; v. 19.4.2012, C-549/10 P – Tomra, ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 42; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737, 739; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 678.
- 62 Näher zu diesem Gedanken auch *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 230 f.: „it opens the possibility for some degree of balancing of likely harm and likely benefits“.

b) Insbesondere: talent hoarding und preemption effect

In der ökonomischen Forschung wird unter dem Stichwort „*talent hoarding*“⁶³ das Phänomen beschrieben, dass ein Unternehmen die Mitarbeiter seines Wettbewerbers (auf dem Produktmarkt) nur zu dem Zweck akquiriert, dem betroffenen Wettbewerber zu schaden. Durch das Abwerben seiner Mitarbeiter soll der Wettbewerber daran gehindert werden, sein Produkt weiterzuentwickeln und die Marktstellung des Konkurrenten zu gefährden („*preemption effect*“). Im Ergebnis kann dies zu Ineffizienzen führen, wenn die Mitarbeiter bei ihrem neuen Arbeitgeber weniger produktiv sind.⁶⁴ Ein *talent hoarding* ist darüber hinaus auch in der Form möglich, dass Mitarbeiter eines innovativen Startups nur deshalb abgeworben werden, um das Abwandern der betreffenden Mitarbeiter vom Startup zu einem Wettbewerber zu verhindern. Dies hat gleichermaßen Ineffizienzen zur Folge, wenn die Mitarbeiter bei dem Wettbewerber produktiver wären als bei dem Unternehmen, das sie abgeworben hat.⁶⁵ Aus Sicht des abwerbenden Unternehmens kann ein rechtzeitiges *talent hoarding* seine Gewinnchancen erhöhen, wenn es die entsprechenden Mitarbeiter abwirbt, bevor der effizientere Wettbewerber auf sie aufmerksam wird.⁶⁶ Ein entsprechender Nachweis dürfte in der Praxis schwierig zu führen sein,⁶⁷ wenngleich dies auch nicht ausgeschlossen erscheint. Gelingt der Nachweis eines *talent hoarding*, ist eine Verdrängungswirkung regelmäßig zu bejahen.

63 In Bezug auf *acqui-hires* ausführlich Benkert/Letina/Liu (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 1, 3 d. Umbruchs m. w. N.

64 Vgl. Benkert/Letina/Liu (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs; Bar-Isaac/Johnson/Nocke, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

65 Vgl. Benkert/Letina/Liu (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs.

66 Benkert/Letina/Liu (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 3 d. Umbruchs.

67 Siehe auch unten IV 2 a).

2. Kein Leistungswettbewerb

Die Bedeutung und der Inhalt der zweiten Voraussetzung für einen Behinderungsmissbrauch, dem Abweichen vom Leistungswettbewerb, sind im Einzelnen umstritten.⁶⁸ Laut dem Entwurf der Kommission für Leitlinien über Behinderungsbräuche handelt es sich beim Leistungswettbewerb um eine Wettbewerbssituation, „die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt.“⁶⁹ Fällt ein Verhalten nicht unter die von der Rechtsprechung für die einzelnen Missbrauchsvarianten entwickelten spezifischen Tests und handelt es sich auch nicht um eine sog. reine Beschränkung, muss die Abweichung vom Leistungswettbewerb auf Grundlage der besonderen Umstände des Einzelfalls nachgewiesen werden, wofür der Leitlinien-Entwurf eine Liste relevanter Umstände aufstellt.⁷⁰ Zum Abwerben von Mitarbeitern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen äußert sich die Kommission in ihrem Leitlinienentwurf nicht.⁷¹

a) „Reine Beschränkungen“: Abwerbung nicht benötigter Mitarbeiter

Ein Marktbeherrschender handelt in Bezug auf das Abwerben von Mitarbeitern seines Wettbewerbers offensichtlich missbräuchlich, wenn die abgeworbenen Mitarbeiter im Unternehmen des neuen Arbeitgebers nicht benötigt

-
- 68 Siehe *Schweitzer/de Ridder*, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 232 f.; *Ibáñez Colomo*, Competition on the merits, Common Market Law Review, 61, 387; siehe mit Blick auf den Leitlinienentwurf auch *Neven*, Competition on the Merits?, EU Law Live v. 30.10.2024, abrufbar unter <https://eulawlive.com/competition-corner/competition-on-the-merits-by-damien-j-neven/>.
- 69 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 51 mit Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 85.
- 70 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 55.
- 71 Oben I.

und ohne Rücksicht auf andere Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt Beschäftigte gerade eines bestimmten Mitbewerbers abgeworben werden.⁷² In diesen Fällen dient das Abwerben der betroffenen Mitarbeiter für das marktbeherrschende Unternehmen keinem anderen wirtschaftlichen Ziel als demjenigen, den Wettbewerb zu beschränken; in der Systematik des Leitlinien-Entwurfs der Kommission handelt es sich um sog. „reine Beschränkungen.“⁷³ Derartige Praktiken indizieren grundsätzlich ein wettbewerbswidriges *talent hoarding* und einen damit bezweckten *preemption effect*.⁷⁴

In der Praxis dürfte allerdings gerade im Tech-Bereich schwer nachzuweisen sein, dass qualifizierte Tech-Kräfte im Unternehmen tatsächlich nicht benötigt werden. Bereits der Maßstab ist schwer zu definieren: Ob ein Unternehmen wie Microsoft mit ca. 221.000 Mitarbeitern⁷⁵ einen ganz bestimmten zusätzlichen Software-Entwickler wirklich benötigt, dürfte sich nicht selten mit guten Argumenten anzweifeln lassen. Aber will man einem solchen Unternehmen deshalb die Anstellung versagen? Die Frage kann bei hochqualifiziertem Personal *ex ante* kaum objektiv beantwortet werden, da sie von individuellen unternehmerischen und strategischen Erwägungen abhängig ist. Dieser Abwägungsgesichtspunkt eignet sich damit weniger für ein frühzeitiges Einschreiten der Behörden, sondern kann allenfalls in der *ex post*-Betrachtung eine Rolle spielen, wenn sich die wettbewerbliche Gefahr bereits verwirklicht hat und es zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbers gekommen ist. Klar ist der Fall, wenn festgestellt werden kann, dass ein vormals hochspezialisierter Mitarbeiter nach dem Abwerben „aufs Abstellgleis“ geschoben wurde und einer Tätigkeit im Unternehmen nachgeht, die weit unter seiner Qualifikation und seinem Leistungsvermögen liegt.

72 Zum Lauterkeitsrecht vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 11 ff.; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.105.

73 Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 60 c). Siehe zum Konzept der reinen Beschränkung auch Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 239 f.

74 Oben IV 1 b).

75 Stand 30. Juni 2023, siehe Microsoft Annual Report 2023, abrufbar unter <https://www.microsoft.com/investor/reports/ar23/index.html>.

Einen Hinweis darauf, dass abgeworbene Mitarbeiter tatsächlich von Wert für den anwerbenden Marktbeherrschter sind, kann ein (realistisches) erfolgsabhängiges Vergütungsmodell geben.⁷⁶ Ein befristeter Anstellungsvertrag mit hohem Gehalt⁷⁷ kann hingegen ein Indiz für einen Behinderungsmissbrauch sein: Denkbar ist, dass der Mitarbeiter lediglich so lange im Unternehmen des Marktbeherrschers verbleiben soll, bis der bisherige Arbeitgeber so stark in seinen wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten beschränkt wurde, dass er keine ernste wettbewerbliche Bedrohung mehr darstellt oder sogar aus dem Markt ausscheidet.

b) As-efficient-competitor-Test bzgl. des gezahlten Gehalts

Eine Abweichung vom Leistungswettbewerb ist vor allem dann anzunehmen, wenn ein hypothetisch ebenso effizienter Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen nicht in der Lage wäre, kostendeckend am Markt zu agieren (As-efficient-competitor-Test).⁷⁸ Auf dieser Grundlage stellt das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers einen Behinderungsmissbrauch dar, wenn die vom Marktbeherrschter an die abgeworbenen Mitarbeiter gezahlten Gehälter über den Einnahmen liegen, die der neue Arbeitgeber mit den abgeworbenen Mitarbeitern erzielen kann.⁷⁹

76 Vgl. bzgl. ähnlicher Erwägungen bei der wettbewerblichen Bewertung eines *acqui-hire* Göhsl, Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft, 2022, S. 115 f. m. w. N.

77 Vgl. hierzu noch unten IV 2 b).

78 Dazu *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV Rn. 671 f. m. w. N.; Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP), 15(4), 222, 233 f. Auch in ihrem Leitliniendraft führt die Kommission den AEC-Test auf, siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter [79 *Bien/Becker*, WuW 2024, 183, 189. Insoweit ist auf besonders hohe Gehälter der Maßstab des EuGH zu Kampfpreisen entsprechend übertragbar, vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, C-62/86 – AKZO, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71 f.](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusory-abuses-of-dominance, Rn. 55 lit. f) ff. Siehe dazu auch das Hintergrundpapier des Bundeskartellamts „Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsabsicht?“ für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 28.9.2023, S. 37 f.</p></div><div data-bbox=)

Der Einsatz besonders hoher Gehälter als Mittel zum Abwerben von Mitarbeitern ist vor allem bei Big Tech-Unternehmen zu beobachten.⁸⁰ Im Jahre 2019 wurde von einem „*aggressive push*“ von Silicon Valley-Unternehmen in Londons Startup-Szene berichtet.⁸¹ Danach warben Tech-Giants wie Google, Facebook und Amazon im großen Stil zahlreiche wichtige Mitarbeiter von Londons großen Startups ab und stellten damit betroffenen Unternehmen wie Deliveroo, Improbable oder Onfido sowie die britische Wirtschaft insgesamt vor ernstzunehmende Probleme.⁸² *Tech talent* werde zum Teil mit dem Versprechen gelockt, ihr bisheriges Gehalt beim neuen Arbeitgeber verdoppeln zu können.⁸³ Das Abwerben talentierter Mitarbeiter von schnell wachsenden Startups sei eine „Standardpraxis“ für Unternehmen aus dem Silicon Valley.⁸⁴ In öffentlichen Stellungnahmen hielten sich betroffene Startups indes im Hinblick auf die Auswirkungen der Abwerbungen auf ihr Unternehmen bedeckt und wiesen z. T. darauf hin, dass Personalabwanderungen zwischen Tech-Giants und Startups in beide Richtungen stattfinden.⁸⁵

-
- 80 Neben dem folgenden Beispiel siehe auch den unter IV 2 c) bb) geschilderten Fall Apple/„Masimo Corp.“
- 81 Siehe etwa *Shead, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent*, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.
- 82 So wird *Mark Tluszczy*, ein Partner beim Venture Capital Unternehmen „Mangrove Capital Partners“, mit der Aussage zitiert, die Abwerbestrategie der Silicon Valley-Unternehmen stelle für das UK eine größere Bedrohung dar als der Brexit, siehe *Shead, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent*, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.
- 83 So die Einschätzung von *Mark Tluszczy*: „They're calling up all the companies you can imagine and saying I'll pay you twice what you earn at your startup“, zitiert nach *Shead, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent*, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.
- 84 *Stevie Buckley*, Mitgründerin von HonestWork, einer Jobbörsen für Tech-Unternehmen und Startups im UK, zitiert nach *Shead, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent*, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.
- 85 *Shead, VC Slams Silicon Valley Heavyweights For Poaching London's Top Startup Talent*, Artikel auf [forbes.com](https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/) v. 6.6.2019, abrufbar unter <https://www.forbes.com/sites/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/>.

In der Praxis kommt die Durchführung eines As-efficient-competitor-Tests freilich nur in Betracht, soweit sich den abgeworbenen Mitarbeitern auch konkrete Einnahmen zuordnen lassen. Bei besonders wertvollen Mitarbeitern, insbesondere wenn diese auf Provisionsbasis arbeiten, dürften sich die entsprechenden Daten von der Kartellbehörde im Zuge ihrer Ermittlungen erheben lassen.⁸⁶ Liegen entsprechende Daten nicht vor, gestaltet sich der Nachweis eines Missbrauchs hingegen schwierig. Für private Dritte dürfte er ohnehin kaum zu erbringen sein. Bei Dienstleistungen ist denkbar, die dem Kunden in Rechnung gestellten Stunden mit dem abgerechneten Stundenhonorar zu multiplizieren, um so einen Richtwert für die vom jeweiligen Mitarbeiter erzielten Einnahmen zu ermitteln. Dieser Wert kann im Rahmen des As-efficient-competitor-Tests mit dem Gehalt des entsprechenden Mitarbeiters verglichen werden.⁸⁷

Ohne die Durchführung eines As-efficient-competitor-Tests dürfte der Maßstab für „exorbitante Gehälter“ kaum zu quantifizieren sein. Gerade in der dynamischen und hochumkämpften Tech-Branche müssen selbst erheblich über dem Marktniveau liegende Gehälter oder sonstige Arbeitsbedingungen nicht zwingend auf die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens zurückzuführen sein, sondern können sich aus besonderen Einsatzmöglichkeiten und damit zusammenhängenden zusätzlichen oder neuen, auch nur vermuteten oder erhofften Gewinnchancen ergeben.⁸⁸

c) Andere Fälle einer Abweichung vom Leistungswettbewerb

aa) Rückgriff auf lauterkeitsrechtliche Grundsätze: Unlautere gezielte Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG

Mangels einschlägiger wettbewerbsrechtlicher Fallpraxis bietet sich im Übrigen ein Blick auf das Lauterkeitsrecht an. Nach in der deutschen Rechtsprechung und Literatur verbreiteter Ansicht können insbesondere die zum

s/samshead/2019/06/06/vc-slams-silicon-valley-heavyweights-for-poaching-londons-top-startup-talent/.

86 Vgl. *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

87 *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

88 In der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung werden für den Nachweis einer unlauteren gezielten Behinderung i. S. d. § 4 Nr. 4 UWG (näher sogleich unten IV 2 c)) indes z. T. „übertriebene Anreize“, etwa durch exorbitante Bezahlung herangezogen, siehe etwa OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 15.

lauterkeitsrechtlichen Mitbewerberschutz gemäß § 4 UWG entwickelten Grundsätze auch bei der kartellrechtlichen Bewertung berücksichtigt werden:⁸⁹ Im Hinblick auf die Funktionszusammenhänge des Lauterkeits- und Kartellrechts – beide Regime bezeichnen den Schutz des Wettbewerbs sowohl im Allgemeininteresse als auch im Interesse des einzelnen Marktteilnehmers⁹⁰ – sind weitestgehend parallele Wertungen geboten.⁹¹ So kann insbesondere eine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG auch ihre kartellrechtliche Unbilligkeit im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB begründen.⁹² Nachdem § 19 GWB und Art. 102 AEUV mittlerweile im Wesentlichen inhaltsgleich ausgestaltet sind, können die zum deutschen Lauterkeitsrecht entwickelten Grundsätze auch einen Beitrag zum Diskurs im Rahmen des Art. 102 AEUV leisten. Schon aus normhierarchischen Gründen kann es sich insoweit freilich ausschließlich um eine für die Auslegung des europäischen Missbrauchsverbots unverbindliche Orientierungshilfe handeln. Ferner befreit die Feststellung eines lautерkeitsrechtlichen Verstoßes freilich nicht davon, bei der Prüfung eines Behinderungsmissbrauchs einen kausalen Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten im Sinne einer Ergebniskausalität nachzuweisen.⁹³

-
- 89 Vgl. BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 48.
- 90 Vgl. bzgl. des europäischen Wettbewerbsrechts etwa EuGH, Urt. v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 6a m. w. N.; zum Verhältnis von UWG und GWB etwa BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler, WRP 2005, 645, 646; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18.
- 91 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 48.
- 92 Vgl. in Bezug auf die deutsche Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: BGH, Urt. v. 8.10.2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, NJW 2020, 64, 68 Rn. 37; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4, Rn. 4.18.
- 93 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91, 123; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2024, § 19 GWB, Rn. 49, 72; ausführlich zur Frage des erforderlichen Kausalitätszusammenhangs zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch nach Art. 102 AEUV etwa Bien, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 280 ff. m. w. N.

Im Hinblick auf das hier beleuchtete Abwerben von Mitarbeitern gilt auch im Lauterkeitsrecht der Grundsatz der Abwerbungsfreiheit.⁹⁴ Dennoch kann das Abwerben von Mitarbeitern von der Fallgruppe der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gemäß § 4 Nr. 4 UWG erfasst sein.⁹⁵ Neben einem (potenziellen⁹⁶) Wettbewerbsverhältnis i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG ist Voraussetzung für die Unlauterkeit des Mitarbeiterabwerbens, dass besondere Umstände hinzutreten, die entweder den damit verfolgten Zweck oder das im Einzelfall eingesetzte Mittel verwerflich erscheinen lassen.⁹⁷ Grundlage der rechtlichen Bewertung des fraglichen Verhaltens ist insoweit eine Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen, der beteiligten Mitarbeiter sowie der Allgemeinheit.⁹⁸

Die frühere, sehr strenge lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F.⁹⁹ kann dabei heute nur noch eingeschränkt herangezogen werden. Insbesondere die frühere Fallgruppe der unlauteren „Ausbeutung“ des Mitbewerbers – d. h. planmäßiges Abwerben von Mitarbeitern mit dem Ziel, sich besondere Kenntnisse, Erfahrungen oder Einblicke in die Verhältnisse des Mitbewerbers zunutze zu machen¹⁰⁰ – kann allenfalls nur noch ausnahmsweise ein unlauteres Verhalten begründen, etwa außerhalb der Grenzen des Geschäftsgeheimnisgesetzes sowie arbeitsvertraglicher Vereinbarungen. Derartige Verhaltensweisen werden mittlerweile überzeugend als Ausdruck von Wettbewerb um knappe Ressourcen und letztlich sogar

94 Siehe BGH, Urt. v. 17.3.1961, ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483; BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265; OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 6 m. w. N.

95 Ausführlich Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4103 ff.; siehe im Übrigen die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG sowie hinsichtlich der telefonischer Abwerbeversuche am aktuellen Arbeitsplatz § 7 Abs. 1 S. 1 UWG, dazu etwa Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 7, Rn. 235 m. w. N.

96 Vgl. Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.15.

97 BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 264 f.; v. 11.1.2007, I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter, GRUR 2007, 800, Rn. 14; Hasseblatt/Witschel, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 2019, § 52, Rn. 185 f.; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.104 ff. m. w. N.

98 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.104.

99 Siehe etwa BGH, Urt. v. 17.3.1961, ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483; BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265.

100 Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265 m. w. N.

förderlich für den Wettbewerb angesehen.¹⁰¹ Nach wie vor von praktischer Relevanz ist hingegen die Fallgruppe der planmäßigen Beeinträchtigung des Wettbewerbers mit dem Ziel, diesen in seiner geschäftlichen Tätigkeit ernstlich zu behindern.¹⁰² Wie sich im Folgenden zeigt, können die einzelnen Ausprägungen dieser lauterkeitsrechtlichen Fallgruppe u. U. auch zur Begründung eines Markmissbrauchs im kartellrechtlichen Sinne herangezogen werden.

bb) Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, insb. laufende Verhandlungen

Für einen Behinderungsmissbrauch kann es sprechen, wenn der Marktbeherrschter einen Wettbewerber zunächst mit der Aussicht auf eine Zusammenarbeit „ködert“, die im Rahmen der damit zusammenhängenden Verhandlungen ausnutzt, um Einblick in die betrieblichen Verhältnisse des Wettbewerbers zu gelangen und letztlich die sich für den Marktbeherrschter als interessant entpuppten Mitarbeiter des Wettbewerbers abwirbt.¹⁰³ In der lauterkeitsrechtlichen Literatur wird die Existenz dieser Fallgruppe z. T. bezweifelt und eingewandt, dass der betroffene Mitarbeiter durch vertragliche bzw. vorvertragliche sowie deliktische Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche hinreichend geschützt und ein zusätzlicher Schutz durch das Lauterkeitsrecht nicht erforderlich sei.¹⁰⁴ Dem ist – jedenfalls in Bezug auf das Missbrauchsverbot – entgegenzuhalten, dass sich derartige Ansprüche gegen einen Marktbeherrschter nicht ohne weitere Schwierigkeiten realisieren lassen. Gerade kleine Unternehmen werden den von Big Tech-Unternehmen beschäftigten Großkanzleien nicht mit gleichen Waffen gegenüberstehen können. Arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote sind in der Praxis nur von eingeschränkter Wirksamkeit.¹⁰⁵ Es ist daher zu bezweifeln, ob der durch das allgemeine Zivilrecht gebotene Schutz ausreicht, um Wettbewerbsprobleme zu verhindern. Berichte aus der Praxis legen es vielmehr nahe, dass ein zusätzliches Schutzbedürfnis durch das Kartellrecht sehr wohl besteht:

101 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.106.

102 BGH, Urt. v. 19.11.1965, Ib ZR 122/63 – Bau-Chemie, GRUR 1966, 263, 265; Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.105 m. w. N.

103 Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1961, I ZR 26/60 – Spritzgußmaschine, GRUR 1961, 482, 483.

104 So Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.110.

105 Siehe Bien/Becker, WuW 2024, 81, 85 m. w. N.

Im Februar 2015 erhab das Startup „A123 Systems“, ein Spezialist für die Herstellung von Akkus für Elektro-Automobile, Klage gegen Apple.¹⁰⁶ Apple habe mit dem Ziel, eine eigene Akkusparte aufzubauen, gezielt zentrale Mitarbeiter von A123 abgeworben, und damit u. a. gegen arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote verstossen.¹⁰⁷ Damit sei Apple in direkte Konkurrenz zu A123 getreten.¹⁰⁸ A123 behauptete in seiner Klage, der Weggang der an Apple verlorenen Mitarbeiter habe zur Folge gehabt, dass die von ihnen ursprünglich betreuten Projekte eingestellt werden mussten, da für die Mitarbeiter kein adäquater Ersatz gefunden werden konnte.¹⁰⁹ Der Streit wurde schließlich außergerichtlich beigelegt.¹¹⁰

Ein weiterer Fall betrifft das Chipdesign-Unternehmen „Imagination Technologies“. Apple war lange Zeit mit Abstand größter Kunde des Unternehmens. Im Jahr 2016 führten die beiden Unternehmen Verhandlungen um eine mögliche Akquisition von Imagination Technologies durch Apple, von der Apple letztlich aber Abstand nahm, ohne ein Angebot abgegeben zu haben.¹¹¹ Vielmehr kündigte Apple die Geschäftsbeziehung im Jahr 2017

-
- 106 Vgl. Notice of Removal von Apple v. 17.2.2015, A123 LLC v. Apple Inc., United States District Court for the District of Massachusetts, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/attachments/0>.
- 107 A123 stützte seine Klage u. a. auf Ansprüche wegen Vertragsbruchs gegen seine Mitarbeiter, wegen unlauteren Wettbewerbs gegen Apple sowie wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gegen alle Beklagten, siehe etwa *Lowrey, Apple Poached Workers For New Battery Division, A123 Says*, Artikel auf law360.com v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>; *Love, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>; *L. Becker, Abwerbeklage zwischen Apple und Fahrzeug-Akkuhersteller beigelegt*, Artikel auf heise.de v. 17.6.2015, abrufbar unter <https://www.heise.de/news/Abwerbeklage-zwischen-Apple-und-Fahrzeug-Akkuhersteller-beigelegt-2715297.html>.
- 108 *Lowrey, Apple Poached Workers For New Battery Division, A123 Says*, Artikel auf law360.com v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>.
- 109 *Lowrey, Apple Poached Workers For New Battery Division, A123 Says*, Artikel auf law360.com v. 17.2.2015, abrufbar unter <https://www.law360.com/articles/622308/apple-poached-workers-for-new-battery-division-a123-says>.
- 110 *Love, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf Reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019/>.
- 111 *Rossignol, Apple Poaches Imagination Technologies COO and Graphics Engineers After Passing On Acquisition*, Artikel auf macrumors.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.macrumors.com/2016/10/13/apple-imagination-technologies-hires/>.

auf und erklärte, in Zukunft eigene Grafikchips produzieren zu wollen. Daraufhin brach der Aktienkurs von Imagination Technologies dramatisch ein;¹¹² und Imagination Technologies sah sich mehr oder weniger gezwungen, die Geschäftssparten abzustoßen, die nicht zu ihrem Kernbereich des GPU-Geschäfts gehörten.¹¹³ In diesem Zusammenhang wurde bekannt, dass Apple in den Monaten und Jahren vor seiner Ankündigung mindestens ein Dutzend wichtiger Mitarbeiter von Imagination Technologies abgeworben hatte, darunter der Chief Operating Officer, GPU Architekten sowie leitende Ingenieure, Hardware Designer und Design Manager; der Business Insider sprach von einem „*brain drain*“.¹¹⁴ Vertreter von Imagination Technologies waren indes darum bemüht, den Vorgang in öffentlichen Statements zu relativieren und maßen dem Verlust ihrer Mitarbeiter keine überragende Bedeutung für die Tätigkeit des Unternehmens insgesamt zu.¹¹⁵

Auch in einem Bericht für das Wall Street Journal berichtet *Aaron Tilley* von wiederholten Anschuldigungen, wonach Apple zunächst Kontakt zu Unternehmen im Hinblick auf eine mögliche Kooperation oder die Integration ihrer Technologien in Apple-Produkte aufnehme, dann aber die Gespräche abrupt abbreche, wichtige Mitarbeiter der Unternehmen abwerbe und selbst mit der Entwicklung oder Herstellung der betreffenden

112 *Sandle*, Imagination Technologies‘ shares plunge 70 pct after Apple ditches firm, Artikel auf Reuters.com v. 3.4.2017, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/idUSKBN1750G3>.

113 Konkret handelte es sich um die Sparten „MIPS“ und „Enigma“, die von Imagination Technologies ursprünglich zur Diversifizierung des Unternehmens gegründet wurden, näher *Smith*, Imagination to Double-Down on GPU Business, MIPS and Enigma to Be Sold, Artikel auf anandtech.com v. 4.5.2017, abrufbar unter <https://www.anandtech.com/show/11334/imagination-to-sell-mips-and-ensigma>.

114 *Leswing*, One of Apple’s most important technology partners is suffering a brain drain – to Apple, Artikel auf businessinsider.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.businessinsider.com/apple-poaches-imagination-technologies-coo-2016-10>; siehe ferner *Ralph*, Apple poached Imagination staff before pulling plug on chips deal, Artikel auf thetimes.co.uk v. 4.7.2017, abrufbar unter <https://www.thetimes.co.uk/article/apple-poached-imagination-staff-before-pulling-plug-on-chips-deal-mc7zjkm5h>; *Rossignol*, Apple Poaches Imagination Technologies COO and Graphics Engineers After Passing On Acquisition, Artikel auf macrumors.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.macrumors.com/2016/10/13/apple-imagination-technologies-hires/>.

115 Siehe *Leswing*, One of Apple’s most important technology partners is suffering a brain drain – to Apple, Artikel auf businessinsider.com v. 13.10.2016, abrufbar unter <https://www.businessinsider.com/apple-poaches-imagination-technologies-coo-2016-10>.

Technologien beginne.¹¹⁶ Plastisch beschreibt dies ein Betroffener: „Apple will talk to everybody and then try to steal the best people who are developing the technology.“¹¹⁷ Ein anderer spricht von einem „Todeskuss“: „When Apple takes an interest in a company, it's the kiss of death [...]. First, you get all excited. Then you realize that the long-term plan is to do it themselves and take it all.“¹¹⁸ Im Fall von „Masimo Corp.“, einem Entwickler von Blutsauerstoff-Messgeräten, der 2013 ein mit Applegeräten kompatibles, mobiles Puls-Oximeter herausbrachte, habe Apple beispielsweise zunächst intensive Gespräche über eine Zusammenarbeit der beiden Unternehmen geführt und weitreichendes Interesse signalisiert, die Masimo-Technologien in Apple-Produkten, insbesondere der Apple Watch, zu nutzen. Einige Monate später habe Apple stattdessen Masimos Medical Chief Officer abgeworben und ihm dabei nicht nur angeboten, sein Gehalt zu verdoppeln,¹¹⁹ sondern darüber hinaus „millions in Apple shares“ versprochen.¹²⁰ Apple habe insoweit versucht, Masimo zu beruhigen und die Gespräche über eine Kooperation fortgesetzt, am Ende aber noch ca. 30 weitere Masimo-Mitarbeiter abgeworben.¹²¹ 2019 veröffentlichte Apple eigene Patente unter dem Namen eines ehemaligen Masimo-Ingenieurs für einen der Masimo-Tech-

116 *Tilley, When Apple Comes Calling, 'It's the Kiss of Death'. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules*, Artikel auf [wsj.com](https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0) (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

117 *Vinod Khosla*, Venture Capital-Investor und Board Chairman des sich mit Apple in Patentstreitigkeiten befindlichen Unternehmens AliveCor, zitiert nach *Tilley, When Apple Comes Calling, 'It's the Kiss of Death'. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules*, Artikel auf [wsj.com](https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0) (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

118 *Joe Kiani*, Gründer von „Masimo Corp.“, zitiert nach *Tilley, When Apple Comes Calling, 'It's the Kiss of Death'. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules*, Artikel auf [wsj.com](https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0) (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

119 Siehe auch oben IV 2 b).

120 So die Schilderung von *Joe Kiani*, Gründer von „Masimo Corp.“, zitiert nach *Tilley, When Apple Comes Calling, 'It's the Kiss of Death'. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules*, Artikel auf [wsj.com](https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0) (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

121 *Tilley, When Apple Comes Calling, 'It's the Kiss of Death'. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules*, Artikel auf [wsj.com](https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0) (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

nologie mutmaßlich sehr ähnlichen Blutsauerstoff-Sensor. Im darauffolgenden Jahr brachte Apple eine Smartwatch heraus, mit der der Sauerstoffgehalt im Blut gemessen werden kann.¹²² Daraufhin erhob Masimo Klage mit dem Ziel, Apple die Nutzung von Masimos Patenten in zwei Modellserien der Apple Watch zu untersagen. Masimo stützte seine Klage u. a. darauf, dass Apple sich über die Kenntnisse ehemaliger Masimo-Mitarbeiter einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe.¹²³ Apple legte daraufhin eigene Patente vor und versuchte, Masimos Patente für ungültig erklären zu lassen. Im Oktober 2023 verhängte die US International Trade Commission eine Importsperre gegen mehrere Modellserien der Apple Watch.¹²⁴ Apple hat dagegen Rechtsmittel eingelegt.¹²⁵

cc) Kollusion, insbesondere Verleiten zum Vertragsbruch

Die Fallgruppe des „Verleitens zum Vertragsbruch“ im Sinne eines bewussten und gezielten Hinwirkens auf die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten ist traditionell im Lauterkeitsrecht anerkannt.¹²⁶ Als die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten wurden von der Rechtsprechung beispielsweise die Missachtung (nach-)vertraglicher Wettbewerbsverbote, die

-
- 122 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf wsj.com (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.
- 123 *Decker/Germann*, Apple Stole Tech for Watch, Masimo Claims in Patent Suit, Artikel auf bloomberg.com v. 9.1.2020, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-09/apple-sued-by-masimo-over-patents-for-watch-technology>.
- 124 United States International Trade Commission, Notice v. 26.10.2023, Investigation No. 337-TA-1276 in the Matter of certain light-based physiological measurement devices and components thereof, abrufbar unter https://www.usitc.gov/system/files/secretary/fed_reg_notices/337/337_1276_notice10262023sgl.pdf.
- 125 United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Non-confidential Brief for Appellant Apple Inc. No. 2024-1285, Apple Inc. v. International Trade Commission, abrufbar unter <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/zjpqwgxlmpx/APP LE%20APPLE%20WATCH%20ITC%20APPEAL%20brief.pdf>; siehe auch *Brittain*, Apple asks US appeals court to reverse Apple Watch important ban, Artikel auf reuters.com v. 2.4.2024, abrufbar unter <https://www.reuters.com/legal/apple-asks-us-appeals-court-reverse-apple-watch-import-ban-2024-04-05/>.
- 126 Siehe bereits BGH, Urt. v. 17.2.1956, I ZR 57/54 – Drahtverschlusß, GRUR 1956, 273; einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung gibt *Köhler/Alexander*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N.

vertragswidrige Einstellung der Arbeit oder eine provozierte außerordentliche Kündigung anerkannt.¹²⁷ Diese Rechtsprechung wird allerdings mittlerweile z. T. in Frage gestellt.¹²⁸

In einer zum Kartellverbot ergangenen Entscheidung betreffend die von der FIFA aufgestellten Sanktionen für die Verpflichtung eines bei einem anderen Club beschäftigten Spielers lässt der EuGH erkennen, dass er das Abwerben von Arbeitnehmern auch unter Bruch des laufenden Arbeitsvertrags grundsätzlich als Ausdruck des Wettbewerbs zwischen den Fußballclubs um Fußballspieler betrachtet.¹²⁹ Dies schließt indes nicht aus, im Einzelfall, jedenfalls bei zusätzlich hinzutretenden Umständen das Verleiten zum Vertragsbruch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als nach Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauch einzuordnen. In der lauterkeitsrechtlichen Literatur werden als zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände etwa eine – nachweisbare – Behinderungsabsicht oder das Einwirken auf die Entscheidungsfreiheit und Entscheidungsfähigkeit des jeweiligen Mitarbeiters vorgeschlagen.¹³⁰ Ferner ist denkbar, zusätzlich darauf abzustellen, ob in kurzer Zeit wesentliche Mitarbeiter abgeworben werden¹³¹ oder ob der Marktbeherrschende seine neuen Mitarbeiter zusätzlich zur Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des ehemaligen Arbeitgebers verleitet.¹³²

dd) „Putsch- oder handstreichartiges“ Abwerben

Daneben könne erschwerend berücksichtigt werden, wenn die entsprechenden Mitarbeiter „putsch- oder handstreichartig“ abgeworben werden, sodass der Mitarbeiter keine Möglichkeit hat, der faktischen Übernahme seines Geschäfts entgegenzusteuern.¹³³ Vor allem im Tech-Bereich ist aller-

127 Ausführlich Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N.

128 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N. zum Meinungsstreit.

129 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2024, C-650/22 – FIFA/Lassana Diarra u. a., ECLI:EU:C:2024:824, Rn. 140 ff. (insb. Rn. 140, 146, 147).

130 Köhler/Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2024, § 4 Rn. 4.107 m. w. N. zum Meinungsstreit.

131 Sogleich IV 2 c) dd).

132 Siehe auch unten IV 3.

133 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 13.

dings zu berücksichtigen, dass dynamische Entwicklungen möglicherweise ein schnelles Handeln erfordern und das sukzessive Zusammenstellen eines neuen Teams keine akzeptable Alternative darstellen. Ist schnelles Handeln indes im Einzelfall nicht geboten, kann ein putsch- oder handstreichartiges Abwerben für einen Missbrauch sprechen.

3. Mittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundene missbräuchliche Verhaltensweisen

Neben unmittelbar mit dem Abwerben von Mitarbeitern einhergehende Verdrängungswirkungen können damit weitere wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen verbunden sein, die zwar bloß mittelbar auf das Abwerben von Mitarbeitern zurückzuführen sind, gleichwohl jedoch entscheidend mit dem Abwerben zusammenhängen. Die Gefahr solcher zusätzlicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen, auf die vorliegend lediglich hingewiesen werden kann, mag für die Kartellbehörden im Rahmen ihres Aufgreifermessens zusätzlichen Anlass geben, mutmaßlichen mit dem Abwerben von Mitarbeitern verbundenen Wettbewerbsproblemen näher auf den Grund zu gehen.

a) Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten

Wettbewerbsprobleme können etwa dann entstehen, wenn der Marktbeherrschter auf Grund seiner Marktmacht Mitarbeiter eines Wettbewerbers nicht nur zum Wechsel zu seinem Unternehmen bewegen, sondern auch dazu bringen kann, gesetzlich geschützte¹³⁴ Geschäftsgeheimnisse des Konkurrenten zu verraten. Ebenfalls denkbar ist, dass das Know-How der angeworbenen Mitarbeiter den Marktbeherrschter zu einem missbräuchlichen Einsatz von tatsächlich nicht bestehenden oder durch Verstoß gegen die einschlägigen immaterialgüterrechtlichen Vorschriften zustande gekommenen¹³⁵ Schutzrechten befähigt. In Presseberichten wurde in der Vergangen-

134 Etwa nach dem GeschGehG.

135 So denkbar etwa bei sog. „widerrechtlicher Entnahme“, d. h., wenn der wesentliche Inhalt eines Patents den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Einrichtungen eines anderen oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne dessen Einwilligung entnommen ist, vgl. etwa §§ 8, 21 Abs. 1 Nr. 3 PatG;

heit etwa dem Unternehmen Apple vorgeworfen, über das Abwerben von Mitarbeitern Technologien anderer Unternehmen zu „stehlen“, sich die fremden Technologien anschließend rechtswidrig¹³⁶ patentieren zu lassen und betroffene Unternehmen mit Patentklagen zu überziehen, wodurch hohe Kosten für die Verteidigung entstehen. Apple bestreitet ein derartiges Fehlverhalten regelmäßig und wirft den betreffenden Unternehmen vor, ihrerseits Appleprodukte unter Verwendung ungültiger Patente zu kopieren.¹³⁷ In beiden genannten Fällen ist das Abwerben von Mitarbeitern notwendiges „Mittel zum Zweck“: Der Rechtsbruch liegt zwar in der Verletzung einschlägiger Vorschriften des Geschäftsgeheimnisschutzes oder des Patentrechts; die Möglichkeit eines entsprechenden Gesetzesverstoßes bietet sich für den Marktbeherrschter hingegen erst durch den Zugriff auf das Know-How der ehemaligen Mitarbeiter des Konkurrenten.

b) „Missbrauch durch Rechtsbruch“

Die beschriebenen Verhaltensweisen können unter die – in der Literatur umstrittene, gleichwohl in der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannte – Fallgruppe „Missbrauch durch Rechtsbruch“¹³⁸ subsumiert werden. Im Fall

Art. 60 Abs. 1, 61, 138 Abs. 1 lit. e) EPÜ; Art. II §§ 5, 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 IntPatÜG; näher *Kober-Dehm*, in: Benkard, Patentgesetz: PatG, 2023, § 21, Rn. 18 ff.

136 Soeben oben Fn. 135.

137 *Tilley*, When Apple Comes Calling, ‘It’s the Kiss of Death’. Aspiring partners accuse tech giant of copying their ideas; Apple says it plays by the rules, Artikel auf wsj.com (The Wallstreet Journal), abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/apple-watch-patents-5b52cda0>.

138 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 66 ff; (Verletzung patentrechtlicher Vorschriften zur Beantragung eines Schutzrechtes); EuGH, Urt. v. 4.7.2023, C-252/21 – Facebook, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 48 (DSGVO-Verstöße); BGH, Urt. v. 6.11.2012, KVR 54/11 – Gasversorgung Ahrensburg, WuW 2013, 627 = WuW/E DE-R 3879 (Verstöße gegen das TKG); BGH, Urt. v. 6.11.2013, KZR 58/11 – VBL-Gegenwert I, NZKart 2014, 31 sowie BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, NZKart 2017, 242 (Einsatz unzulässiger AGB); vgl. ferner Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 55 lit. c). Gegen die Anerkennung einer eigenen Fallgruppe etwa *Franck*, ZWeR 2016, 137, 142 f.; *Körber*, NZKart 2019, 187, 194 f. Ausführlich, jeweils m. w. N. zum Meinungsstand etwa *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 280 ff.; *Wolf*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 35d ff.

„AstraZeneca“ hat die Kommission, bestätigt durch EuG und EuGH, einen Missbrauch u. a. in systematisch irreführenden Darstellungen AstraZenecas vor den Patentämtern verschiedener Mitgliedstaaten gesehen. Diese Darstellungen hatten das Ziel, Schutzzertifikate für Arzneimittel zu erlangen oder aufrechtzuerhalten, auf die kein Anspruch oder ein solcher nur für eine kurze Dauer bestand.¹³⁹ Der EuGH sah darin eine missbräuchliche „Gesamtstrategie [...], mit der die Generikahersteller durch die Erlangung ergänzender Schutzzertifikate unter Verstoß gegen die Rechtsvorschriften, mit denen sie geschaffen wurden, unzulässigerweise vom Markt ferngehalten werden sollten.“¹⁴⁰

aa) Wettbewerbliche Auswirkungen der Rechtsverstöße

Vorschriften zum Geheimnisschutz sowie zum Schutz von Patenten sind von hoher Relevanz für die Marktposition des Inhabers des jeweiligen immateriellen Guts. Eine Verletzung derartiger Vorschriften kann sich damit regelmäßig nachteilig unmittelbar auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auswirken.¹⁴¹ Im Ergebnis verschafft sich der Marktbeherrschende durch den Rechtsverstoß einen Wettbewerbsvorsprung vor anderen Marktteilnehmern.¹⁴²

bb) Kausalität

Eine – nach zutreffender Ansicht im Rahmen der Prüfung eines Behinderungsmisbrauchs ausreichende¹⁴³ – Ergebniskausalität zwischen Missbrauch und Marktmacht¹⁴⁴ ist in der vorliegend beleuchteten Konstellation zu bejahen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf Grund seiner ggf. überlegenen Finanzstärke und der demgegenüber insoweit schwä-

139 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 18; dazu etwa *Bien*, in: Müko Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 281 m. w. N.

140 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 111.

141 Vgl. zu dieser Voraussetzung im Rahmen der Fallgruppe „Missbrauch durch Rechtsbruch“ *Uebele*, WRP 2023, 9, 11 Rn. 15; *Wolf*, in: Müko Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 35d.

142 Vgl. *Haucap/Podszun/Rösner/Rohner/Offergeld*, ESGZ 2024, 36, 41.

143 Oben IV 2 c) aa).

144 Vgl. *Uebele*, WRP 2023, 9, 11 Rn. 16.

cheren Position des betroffenen Wettbewerbers die in Rede stehenden Rechtsverstöße weitgehend ungeahndet begehen kann. Kann der Marktbewohner Geschäftsgesheimnisse des Konkurrenten nutzen, nimmt die Streitbarkeit des ohnehin wettbewerbsarmen Marktes weiter ab. In der Praxis gestaltet sich die Durchsetzung von auf die Verletzung von Geschäftsgesheimnissen oder Vertraulichkeitsvereinbarungen gerichteten Klagen oft als schwierig.¹⁴⁵ Unbegründete, gleichwohl nicht bestrittene Patentklagen schwächen die Marktposition des Wettbewerbers ebenfalls, wenn dieser auf die Geltendmachung eigener Schutzrechte verzichtet oder nicht bestehende Schutzrechte des Marktbewerbers nicht angreift. Umgekehrt wird damit die Marktstellung des beherrschenden Unternehmens weiter verstärkt, womit eine Ergebniskausalität letztlich zu bejahen ist.

Eine über eine bloße Ergebniskausalität hinausgehende Verhaltenskausalität in dem Sinne, dass ein Unternehmen lediglich auf Grund seiner marktbeherrschenden Stellung ein mutmaßlich missbräuchliches Verhalten durchsetzen kann,¹⁴⁶ kann sich aus einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Arbeitsmarkt ergeben: Verfügt der Marktbewerber neben seiner Marktmacht etwa über eine besonders ausgeprägte Finanzkraft und existieren keine attraktiven alternativen Arbeitgeber, könnten die abgeworbenen Mitarbeiter eher dazu geneigt sein, auf unmoralische Angebote – etwa betreffend den Verrat von Geschäftsgesheimnissen als Voraussetzung für eine Einstellung zu einem hohen Gehalt – einzugehen. Der Nachweis einer solchen Verhaltenskausalität dürfte in der Praxis schwierig zu führen sein, ist aber – wie ausgeführt – im Rahmen des Nachweises eines Behinderungsmissbrauchs aber auch nicht erforderlich.¹⁴⁷

V. Poaching to power II: direct hiring als Marktstrukturmissbrauch

1. Direct hiring als Marktstrukturveränderung

Besonders deutlich auf der Hand liegen wettbewerbliche Bedenken, soweit das Abwerben der Mitarbeiter eines Unternehmens auf einem bereits vermarkteten Markt zur Folge hat, dass das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit auf diesem Markt ganz oder in Bezug auf eine einzelne Sparte

145 Vgl. *Ohly*, GRUR 2019, 441, 449 f., 451; *McGuire*, GRUR 2015, 424, 427 f.

146 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677.

147 Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, S. 258 Rn. 677.

seines Unternehmens aufgeben muss. In derartigen Fällen fällt sowohl auf dem relevanten Produktmarkt als auch auf dem relevanten Nachfragermarkt für qualifizierte Arbeitskräfte ein Wettbewerber vollständig weg. Derartige nachteilige Marktstrukturveränderungen sind am Maßstab des Marktstrukturmissbrauchs zu messen.¹⁴⁸ Das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs hat zuletzt insbesondere für unterschwellige und deshalb nicht der Fusionskontrolle unterfallende Zusammenschlussvorgänge zunehmend Aufmerksamkeit erfahren. Durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Illumina/Grail“, in der der Gerichtshof der auf Art. 22 FKVO gestützten neuen Verweisungspraxis der Kommission eine Absage erteilt,¹⁴⁹ dürfte die Marktstrukturkontrolle am Maßstab des Missbrauchsverbots weiter zunehmen.¹⁵⁰

2. Marktstrukturveränderungen durch Mitarbeiterabwerbung in der Praxis

In der Praxis sind bezogen auf den Tech-Sektor verschiedene Marktstrukturveränderungen infolge des Abwerbens von Mitarbeitern bekannt geworden. Im Jahre 2021 wechselten beispielsweise sämtliche Mitarbeiter der Startups Byte und Zyper zu Discord, einem insbesondere im Gamingbereich weltweit führenden Kommunikationsanbieter, offenbar ohne dass Discord dabei Anteile an den beiden Startups erworben hat.¹⁵¹

Ein hohes Maß an öffentlicher Aufmerksamkeit generierte die umstrittene Freistellung von Sam Altman, vormals CEO bei OpenAI, dem Entwickler von ChatGPT: Nachdem der Verwaltungsrat von OpenAI seinen CEO entlassen hatte, folgte prompt ein Jobangebot von Microsoft, dem größten

148 Ausführlich auch *Könen*, in diesem Band, S. 209 ff.

149 EuGH, Urt. v. 2.9.2024, verb. Rs. C-611/22 P u. C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677.

150 Zum Konkurrenzverhältnis von Art. 102 AEUV und FKVO siehe *Könen/Dogs*, ZWeR 2023, 160, 165 ff.

151 Siehe die Meldung von Zyper auf medium.com v. 16.1.2021, abrufbar unter https://medium.com/@zyper_official/the-next-chapter-for-zyper-3ad726e6a063; *Fried, Exclusive: Discord hires teams from two startups in bid to diversify audience*, Artikel auf axios.com v. 26.1.2021, abrufbar unter <https://wwwaxios.com/2021/01/26/discord-hire-startups-byte-zyper>; siehe dazu auch *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 37 f.; *Bien/Becker*, WuW 2024, 81, 85. Auf dem LinkedIn-Account von Zyper ist mittlerweile der Zusatz „(Acquired by Discord)“ zu finden, siehe <https://www.linkedin.com/company/zyper/>.

Minderheitsbeteiligten¹⁵² von OpenAI. Daraufhin drohten nach Presseberichten 743 der insgesamt 770 Mitarbeiter des Unternehmens der Unternehmensführung von OpenAI in einem offenen Brief mit Kündigung, sollte Altman nicht wieder als Unternehmenschef eingesetzt werden.¹⁵³ In diesem Brief sollen die OpenAI-Mitarbeiter behauptet haben, dass Microsoft jedem Einzelnen von ihnen einen Job angeboten habe. Dieses höchst ungewöhnliche Vorgehen wurde von Microsofts Chief Technology Officer Kevin Scott zumindest informell auf Twitter (heute: X) bestätigt.¹⁵⁴ Am Ende wurde nichts daraus: OpenAI einigte sich wenige Tage später mit Sam Altman auf dessen Rückkehr und auch die übrigen Mitarbeiter blieben OpenAI damit erhalten.¹⁵⁵ Microsoft erhielt einen Sitz im Board von OpenAI, allerdings ohne Stimmrecht.¹⁵⁶ Von Seiten der Investoren von Open AI war zu vernehmen, dass die Beteiligungen an OpenAI im Grunde jeglichen Wert verloren hätten, wäre der Wechsel von Altman und seinen treu ergebenen Mitarbeitern zu Microsoft zustande gekommen.¹⁵⁷ Wirtschaftlich betrachtet hätte sich Microsoft in diesem Fall das gesamte Unternehmen OpenAI

-
- 152 Microsoft und OpenAI vereinbarten bereits 2019 eine strategische Partnerschaft, zu der Microsoft im Laufe der Jahre ein mehrere Milliarden umfassendes Investment beisteuerte, aber Minderheitsaktionär blieb, sodass OpenAI nach wie vor als unabkömigtes Unternehmen operiert, siehe <https://openai.com/our-structure/>.
 - 153 *Gerken*, Microsoft offers to match pay of all OpenAI staff, Artikel auf bbc.com v. 21.11.2023, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/technology-67484455>; *Savov/Vance/Ludlow*, OpenAI Staff Near Total Mutiny With Threat to Join Microsoft (3), Artikel auf news.bloomberglaw.com v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://news.bloomberglaw.com/esg/openai-staff-threaten-to-go-to-microsoft-if-board-doesnt-quit>.
 - 154 *Scott*, Beitrag auf x.com v. 21.11.2023, abrufbar unter https://x.com/kevin_scott/status/1726971608706031670?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Eweetembed%7Ctwterm%5E1726971608706031670%7Ctwgr%5E69bb782bea765df59bae188331b46c80edfe07ec%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.bbc.com%2Fnews%2Ftechnology-67484455: „We have seen your petition and appreciate your desire potentially to join Sam Altman at Microsoft’s new AI Research Lab. Know that if needed, you have a role at Microsoft that matches your compensation and advances our collective mission.“
 - 155 *Dastin/Soni*, Sam Altman to return as OpenAI CEO after his tumultuous ouster, Artikel auf [Reuters.com](https://www.reuters.com) v. 22.11.2023, abrufbar unter <https://www.reuters.com/technology/sam-altman-return-openai-ceo-2023-11-22/>.
 - 156 *Field/Leswing*, Microsoft secures nonvoting board seat at OpenAI, Artikel auf [CNBC.com](https://www.cnbc.com) v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://www.cnbc.com/2023/11/29/microsoft-secures-non-voting-board-seat-at-openai-.html>.
 - 157 *Savov/Vance/Ludlow*, OpenAI Staff Near Total Mutiny With Threat to Join Microsoft (3), Artikel auf news.bloomberglaw.com v. 20.11.2023, abrufbar unter <https://news.bloomberglaw.com/esg/openai-staff-threaten-to-go-to-microsoft-if-board-doesnt-quit>.

einverleibt. Die scheidende Wettbewerbskommissarin *Vestager* berichtet in einer Rede – unter Bezugnahme auf den Fall Microsoft/OpenAI – davon, dass die Kommission die Entwicklungen im sich schnell entwickelnden KI-Sektor aufmerksam verfolgt und dabei auch *acqui-hires* in den Fokus nimmt. So habe die Kommission den Fall Microsoft/OpenAI – unter dem Aspekt der Fusionskontrolle – untersucht, insoweit bislang aber nicht feststellen können, dass ein Kontrollerwerb von Microsoft in Bezug auf OpenAI stattgefunden hat.¹⁵⁸

Anders äußert sich die Kommission zum Fall Microsoft/Inflection,¹⁵⁹ den die Kommission auf Grundlage von Verweisungsanträgen nach Art. 22 FKVO zunächst geprüft, das Verfahren nach Rücknahme der Verweisungsanträge aber eingestellt hat. Microsoft stellte zwei der Gründer des KI-Stars-ups Inflection ein und beauftragte sie mit der Weiterentwicklung des KI-Chatbots Copilot sowie weiterer KI-Produkte. Gleichzeitig erwarb Microsoft für kolportierte 650 Millionen Dollar¹⁶⁰ eine Lizenz für die Nutzung der Rechte des geistigen Eigentums von Inflection und machte den meisten Mitarbeitern von Inflection ein Jobangebot. Nachdem Inflection daraufhin plante, den Schwerpunkt seines Unternehmens auf seine neue Tätigkeit als „KI-Studio“¹⁶¹ zu verlagern, betrachtete die Kommission die Vereinbarungen zwischen Microsoft und Inflection als „strukturelle Marktveränderung [...], die einem Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 FKVO gleichkommt.“¹⁶² Auf Grund der Rücknahme der Verweisungsanträ-

158 *Vestager*, Check against delivery, Rede auf dem European Commission workshop on "Competition in Virtual Worlds and Generative AI" v. 28.6.2024, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/presscorner/detail/en/speech_24_3550.

159 Hier und im Folgenden Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection.

160 *Volenik*, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A 'Risk Of Monopolization', Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihiires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

161 Ein KI-Studio zielt darauf ab, Künstliche Intelligenz für verschiedene Zielgruppen zugänglich und verständlich zu machen, beispielsweise durch interaktive Demonstrationen, Schulungen oder Workshops, siehe etwa https://www.iao.fraunhofer.de/de/labors-ausstattung/ki-studios-erlebniswerkstaetten-fuer-die-partizipative-gestaltung-betrieblicher-ki-anwendungen.html?utm_source=chatgpt.com.

162 Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection.

ge erließ die Kommission jedoch keine Entscheidung in diesem Fall. Auch die CMA prüfte den Fall und bejahte einen Zusammenschluss im Sinne des britischen Kartellrechts. Mangels durchschlagender wettbewerbsrechtlicher Bedenken stellte jedoch auch die CMA das Verfahren ein.¹⁶³

Auch in den USA werden die genannten Vorgänge in der KI-Branche kritisch beobachtet.¹⁶⁴ Neben den genannten Fällen wird insoweit auch Amazon ein dem Fall Microsoft/Inflection ähnliches Verhalten zugeschrieben: So habe das Unternehmen den CEO sowie mehrere leitende Mitarbeiter des vielversprechenden KI-Startup Adept abgeworben und Lizenzen für die Technologie von Adept erworben.¹⁶⁵ Ausgangspunkt wettbewerblicher Bedenken ist die Beobachtung, dass die abwerbenden Unternehmen sich mit den dargestellten Abwerbestrategien der fusionskontrollrechtlichen Aufsicht zu entziehen versuchen. Zurückgelassen werde ein Unternehmen „still functioning but not competitive“.¹⁶⁶ In den USA wurden DoJ und FTC bereits von prominenten Politikern aufgefordert, derartige Vorgänge näher zu untersuchen.¹⁶⁷ Lina Khan, Chair der U.S. FTC, zeigte sich zuletzt

163 CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection.

164 Siehe etwa *Volnik*, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A ‘Risk Of Monopolization’, Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihiires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

165 *Volnik*, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A ‘Risk Of Monopolization’, Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>.

166 CNBC, How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 7:00, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>; ähnlich *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihiires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

167 *O'Brien/Parvini*, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihiires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>.

besorgt wegen Konsolidierungs- und Monopolisierungsrisiken in der Branche.¹⁶⁸

3. Überblick über das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs

Zuletzt hat der EuGH im Fall „Towercast“¹⁶⁹ seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach Zusammenschlüsse von Unternehmen grundsätzlich auch nach dem Konzept des Marktstrukturmissbrauchs am Maßstab des Art. 102 AEUV kontrolliert werden können.¹⁷⁰ Die – nach zutreffender Ansicht zu bejahende¹⁷¹ – Frage, ob im Abwerben von Mitarbeitern ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 FKVO liegt, spielt hierbei keine Rolle.¹⁷² Abzustellen ist allein darauf, dass das Verhalten des Marktbeherrschers die Struktur des Marktes und damit die Marktverhältnisse in der Weise beeinflusst, dass eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.¹⁷³

Auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH sowie der Entscheidungspraxis der Kommission ist ein Marktstrukturmissbrauch gegeben, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Ausübung einer effektiven Kontrolle über das andere Unternehmen oder zumindest durch ein Mindestmaß an Einflussnahme auf dessen Geschäftspolitik¹⁷⁴ seine bestehen-

168 Siehe CNBC, How Google, Microsoft And Amazon Are Raiding AI Startups For Talent, Reportage v. 30.8.2024, ca. Minute 6:28, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=9jwXZhXi-TA&t=388s>.

169 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, WuW 2023, 207 – Towercast; siehe ferner bereits EuGH, Urt. v. 21.2.1973, 6/72, WuW/E EWG/MUV 296 – Continental Can; dazu etwa Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 162 ff.; Langguth, NZKart 2023, 214; v. Schreitter, NZKart 2023, 255; Ante, GWR 2023, 147; umfassend Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024.

170 Ausführlich Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 219 ff. m. w. N.; siehe ferner die Nachweise in Becker, ZWeR 2020, 377 Fn. 104-108. Siehe auch Könen, in diesem Band, S. 209 ff.

171 Oben II 2.

172 Ebenso Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 240. Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Rangverhältnis der beiden Vorschriften: Art. 3 FKVO kann als sekundärrechtliche Norm nicht die Anwendung des Art. 102 AEUV in materiell-rechtlicher Hinsicht einschränken.

173 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 21; Henkst, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 240.

174 Sogleich V 4. EuGH, Urt. v. 17.11.1987, C-142 u. 156/84 – BAT/Reynolds, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 65.

de marktbeherrschende Stellung dergestalt verstärkt,¹⁷⁵ dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb auf dem relevanten Markt hierdurch wesentlich behindert.¹⁷⁶

4. Effektive Kontrolle oder Mindestmaß an Einflussnahme

Während die Voraussetzung der Ausübung einer effektiven Kontrolle mit Art. 3 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 FKVO gleichgesetzt wird,¹⁷⁷ sind an ein „Mindestmaß an Einflussnahme“ keine hohen Anforderungen zu stellen.¹⁷⁸ In seiner Entscheidung „BAT/Reynolds“ aus dem Jahre 1987 lehnte der EuGH ein Mindestmaß an Einflussnahme bei einer Minderheitsbeteiligung ohne nennenswerte Stimmrechte ab. Der EuGH sah in dem Fall keine Anhaltspunkte, dass die Minderheitsbeteiligung in irgendeiner Weise die Möglichkeit der beteiligten Unternehmen einschränke, sich unabhängig voneinander zu verhalten.¹⁷⁹

Bei einem *direct hiring* erwirbt der neue Arbeitgeber der abgeworbenen Mitarbeiter – anders als beim *acqui-hire* – keine Beteiligung, die es ihm ermöglichen würde, unmittelbar im gesellschaftsrechtlichen Sinne auf die unternehmerischen Entscheidungen des ehemaligen Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Wird aber der gesamte oder der wesentliche Mitarbeiterstab eines Unternehmens oder einer bestimmten Sparte einschließlich des damit verbundenen Know-How abgeworben, kann sich das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers nicht mehr selbstständig auf dem Markt bewegen, sondern geht insoweit faktisch auf den neuen Arbeitgeber über.¹⁸⁰ Eine

175 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe auch Kommission v. 26.7.1988, IV/31.043 – Tetra Pak I, Rn. 45.

176 Unten V 5. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26; v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe auch Kommission v. 26.7.1988, IV/31.043 – Tetra Pak I, Rn. 45; ausführlich *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 219 ff.

177 Siehe *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 221; *Bulst*, in: Bunte, Europäisches Kartellrecht, 2022, Art. 102 AEUV, Rn. 382.

178 Ebenso *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 221.

179 EuGH, Urt. v. 17.11.1987, C-142 u. 156/84 – BAT/Reynolds, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 37 ff., 65.

180 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100; ähnlich *Henkst*, Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?, 2024, S. 222.

Marktstrukturveränderung ist in jedem Fall dann anzunehmen, wenn der ehemalige Arbeitgeber seine Geschäftstätigkeit ganz oder in Bezug auf die Sparte, aus der die Mitarbeiter abgeworben wurden, nicht fortführt.¹⁸¹ Ein Mindestmaß an Einflussnahme ist hingegen zu verneinen, wenn lediglich einzelne, für die Geschäftspolitik des Unternehmens nicht entscheidende Mitarbeiter abgeworben werden und der Geschäftsbetrieb des entsprechenden Unternehmens im Wesentlichen unverändert fortführt werden kann.

Erhebliche Investitionen in das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers (vgl. den Fall „Microsoft/OpenAI“¹⁸²) oder der Erwerb von Lizzenzen zur Nutzung des geistigen Eigentums des Unternehmens des ehemaligen Arbeitgebers (wie im Fall „Microsoft/Inflection“¹⁸³) können neben dem Übergang der Mitarbeiter zusätzlichen Einfluss vermitteln, sind für den Erwerb einer effektiven Kontrolle jedoch keine zwingende Voraussetzung. Deutlich wird dies an der Entscheidung der CMA im Fall „Microsoft/Inflection“ in Bezug auf die KI-Entwicklung: Nach den Feststellungen der Behörde ist das kollektive Know-How der Entwickler im KI-Sektor von derart wichtiger Bedeutung, dass bereits der bloße Übergang der Mitarbeiter eine Marktstrukturveränderung begründen kann.¹⁸⁴ So stellte die CMA im Fall „Microsoft/Inflection“ fest, dass die maßgeblichen Technologien schnell veralten können und ggf. bestehende Schutzrechte häufig nicht wertbeständig sind, wenn die zugrundeliegenden Produkte nicht kontinuierlich von einem entsprechend spezialisierten und hochqualifizierten Team weiterentwickelt werden. In Bezug auf die von Inflection entwickelten Produkte folgerte die CMA entsprechend, dass es sich bei den verantwortlichen, zu Microsoft abgewanderten Mitarbeitern um den Kern des Unternehmens handelte.¹⁸⁵

181 So etwa im Fall Microsoft/Inflection: Während der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit von Inflection ursprünglich auf der KI-Entwicklung lag, konzentrierte sich das Unternehmen nach dem Abwandern seiner Mitarbeiter zu Microsoft auf die Tätigkeit als KI-Studio, vgl. Kommission, Pressemitteilung v. 18.9.2024, IP/24/4727 – Microsoft/Inflection; CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 68 ff.

182 Oben V 2.

183 Oben II 2, V II.

184 Vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96, 100.

185 CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 96.

5. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

a) Strenge Voraussetzungen nach der Rechtsprechung

Zur Feststellung, ob die vom EuGH für einen Marktstrukturmissbrauch geforderte wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, bedarf es stets einer umfassenden Einzelfallprüfung.¹⁸⁶ Es gelten insoweit strenge Voraussetzungen: Nach der „Continental Can“-Entscheidung des EuGH kann eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben sein, „wenn ein Unternehmen eine so beherrschende Stellung einnimmt, dass durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur die Vertragsziele umgangen werden“.¹⁸⁷ Dies ist regelmäßig dann gegeben, wenn „praktisch jeder Wettbewerb ausgeschaltet wird“, wobei die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs keine notwendige Voraussetzung für einen Strukturmissbrauch bildet.¹⁸⁸ Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs scheidet hingegen offensichtlich aus, wenn von dem Zielunternehmen ohnehin kein nennenswerter Wettbewerbsdruck auf den relevanten Märkten¹⁸⁹ ausging.¹⁹⁰

Ausreichend, aber auch erforderlich ist nach der Rechtsprechung, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb derart wesentlich behindert, dass nur noch Unternehmen auf dem Markt blieben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.¹⁹¹ In der Literatur werden als weitere Kriterien für einen Strukturmissbrauch etwa die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung auf Nachbarmärkte oder die Verhinderung technischer und wirtschaftlicher Entwicklungen zu Lasten der Verbraucher herangezogen.¹⁹² Mit Blick auf die nachfolgend

¹⁸⁶ Fuchs, in: Klose/Klusmann/Thomas (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung, Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, 303, 313.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 29.

¹⁸⁸ EuGH, Urt. v. 21.2.1973, C-6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 29.

¹⁸⁹ Zur Bedeutung des Arbeitsmarkts neben dem Produktmarkt unten V 5 c).

¹⁹⁰ So offenbar im Fall „Microsoft/Inflection“, vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 228 ff., 252 ff.

¹⁹¹ EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52.

¹⁹² Fuchs, in: Klose/Klusmann/Thomas (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung, Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, 303, 313.

dargestellten wettbewerblichen Gefahren¹⁹³ ist das besonders strenge Abhängigkeitskriterium des EuGH zu modifizieren.¹⁹⁴

b) Marktzutrittsschranken und Innovationsverlust

aa) Keine Kompensation der Shareholder des Zielunternehmens

In Fällen wie „Microsoft/Inflection“, in denen der Mitarbeiterwechsel mit Zustimmung des ehemaligen Arbeitgebers erfolgt, wird der Erwerber regelmäßig eine „Entschädigungszahlung“ in Form einer Kompensation der Shareholder des Unternehmens des ehemaligen Arbeitgebers leisten.¹⁹⁵ *Direct hiring* eröffnet dem Marktbeherrschenden darüber hinaus aber auch die Möglichkeit, die effektive Kontrolle¹⁹⁶ über ein Unternehmen gegen den Willen der Shareholder zu erlangen, ohne einen „Kaufpreis“ an diese für ihr Unternehmen zu zahlen.¹⁹⁷ Im Ergebnis kann der Marktbeherrschende auf diese Weise u. U. ohne nennenswerte finanzielle oder wirtschaftliche Anstrengungen¹⁹⁸ ein Unternehmen oder ganze Geschäftsbereiche seines

193 Unten V 5 b) und c).

194 Unten V 5 d).

195 So erhielt etwa Inflection eine – auf die Gesamttransaktion bezogene – Gegenleistung in Höhe von mehreren hundert Millionen US-Dollar, während die equity holder von Inflection im Gegenzug auf jegliche Ansprüche gegen Microsoft im Zusammenhang mit dem Abwerben der relevanten Mitarbeiter verzichteten, vgl. CMA v. 24.10.2024, ME 7103/24 – Microsoft/Inflection, Rn. 30, wobei die Höhe der von Microsoft gezahlten Gegenleistung geschwärzt ist, siehe diesbezüglich *Volenik, AI Unicorns Are Being Gutted As BigTech Poaches Talent And Even Founders. FTC Boss Warns Of A 'Risk Of Monopolization'*, Artikel auf uk.finance.yahoo.com v. 6.9.2024, abrufbar unter <https://uk.finance.yahoo.com/news/ai-unicorns-being-gutted-big-193124364.html?guccounter=2>; *O'Brien/Parvini, US senators call out Big Tech's new approach to poaching talent, products from smaller AI startups*, Artikel auf apnews.com v. 12.7.2024, abrufbar unter <https://apnews.com/article/ai-artificial-intelligence-acquihiires-amazon-adept-wyden-fa3cd0502a757e5a9ccb83d00bf9ad55>; siehe ferner bereits oben V 2.

196 Oben V 4.

197 So etwa im Fall CTS Eventim/Four Artists, s. o. II 2.

198 Die vom Marktbeherrschenden für *direct hiring* aufgewandten Kosten in Gestalt des Gehalts sowie etwaiger Handgelder können die u. U. in die Kaufpreisverhandlungen bei einem *acqui-hire* einbezogenen Kosten des Wettbewerbers für den Aufbau seines Unternehmens oder der betreffenden Sparte bei Weitem unterschreiten, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12. Dies ist indes eine Frage des Einzelfalls.

Wettbewerbers, u. U. einschließlich der damit verbundenen Kunden,¹⁹⁹ übernehmen und seinen Wettbewerber somit verdrängen.²⁰⁰ Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht kann dies zu unerwünschten Ergebnissen führen: Es dürfte nicht immer einer effizienten Allokation von Ressourcen entsprechen,²⁰¹ wenn derjenige, der ein Unternehmen aufgebaut hat, hierfür nicht entschädigt wird und derjenige, der in die Stellung des Unternehmers eintritt, hierfür keinen oder keinen angemessenen Preis zahlen muss. Die Shareholder können in diesem Fall keinen Gewinn aus einem Unternehmensverkauf reinvestieren und damit dem Markt wieder zuführen. Theoretisch können die entsprechenden Investitionen zwar vom Marktbeherrschter getätigt werden, welcher die Kosten für eine Unternehmensakquisition – abzüglich der für die Einstellung der neuen Mitarbeiter aufgewandten Kosten²⁰² – eingespart hat; dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalls und bedarf entsprechender Feststellungen in der Praxis. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass für den Marktbeherrschter infolge des durch den Wegfall eines Wettbewerbers gesunkenen Wettbewerbsdrucks weniger Anreize bestehen können, zu investieren oder überhaupt effizient zu wirtschaften.

Sind derartige von marktbeherrschenden Unternehmen praktizierte Abwerbestrategien öffentlich oder zumindest im Markt bekannt, kann dies Marktzutrittsschranken schaffen und zu Innovationsverlust führen: Wenn Shareholder auf ohnehin schon vermauteten Märkten mit dem Verlust ihres Unternehmens rechnen müssen, ohne dafür kompensiert zu werden, torpediert dies die Exit-Strategie, die insbesondere Startup-Gründungen häufig zu Grunde liegt.²⁰³ In der Folge könnten Gründer auf den betroffe-

199 Siehe *Bien/Becker*, WuW 2024, 81 sowie *Bien/Becker*, WuW 2024, 183.

200 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 15.5.2018, 6 W 39/18, GRUR-RR 2019, 28, 29 Rn. 12.

201 Vgl. zur Bedeutung effizienten Ressourcenallokation im Wettbewerbsrecht etwa Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 1; *Säcker*, in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, 2023, Grundlagen, Rn. 6; *Kerber/Schwalbe*, in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, 2023, Grundlagen, Rn. 143.

202 Bzgl. möglicher Effizienzvorteile auf dem Arbeitsmarkt siehe unten V 5 c).

203 Vgl. *Hemphill/Wu*, University of Pennsylvania Law Review 168 (2020) 1879, 1881, 1892; *Schweitzer/Hauicap/Kerber/Welker*, Missbrauchsstudie, 2018, S. 122; *Wirtz/Steinberg*, WuW 2020, S. 8, 9 (Stellungnahme *Steinberg*); *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 36; *Cunningham/Ederer/Ma*, JPE 129 (3) (2021), 649, 696; siehe auch *Becker*, ZWeR 2020, 365, 374.

nen Märkten davon absehen, sich auf das mit der Gründung eines Startups einhergehende Risiko einzulassen. Auch auf potenzielle Investoren dürfte es abschreckend wirken, wenn aus ihrer Sicht damit zu rechnen ist, dass ihre Investition untergeht, weil das Unternehmen, in das sie investiert haben, in Folge des Abwanderns ihrer Mitarbeiter ohne Kompensation vom Markt verschwindet. Diese Effekte machen den Markteintritt neuer Unternehmen unwahrscheinlicher und bergen die Gefahr, dass von diesen potenziell ausgehende Innovationen dem Markt verloren gehen.²⁰⁴

bb) Direct hiring als Killer Acquisition

Wie bereits ausgeführt²⁰⁵ kann ein *talent hoarding* dazu führen, dass die abgeworbenen Mitarbeiter bei ihrem neuen Arbeitgeber weniger produktiv sind als bei dem Unternehmen, bei dem sie ursprünglich beschäftigt waren.²⁰⁶ Diese Gefahr dürfte auch dann bestehen, wenn dem Abwerben von Mitarbeitern die vordergründige Motivation des Abwerbenden zu Grunde liegt, einen (potenziellen) Wettbewerber zu eliminieren, ohne dass es ihm dabei auf die speziellen Fähigkeiten der übernommenen Mitarbeiter oder die Weiterentwicklung des Produkts des Zielunternehmens ankommt. Ein derartiger Sachverhalt entspricht einer *Killer Acquisition*.²⁰⁷ Der Marktbe-

204 Vgl. zu den entsprechenden Auswirkungen von Killer Acquisitions auf den Innovationswettbewerb *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 46 f. m. w. N.

205 Oben III sowie IV 1 b).

206 Vgl. *Benkert/Letina/Liu* (2023), ‘DP18376 Startup Acquisitions: Acquihires and Talent Hoarding’, CEPR Discussion Paper No. 18376, abrufbar unter <https://cepr.org/publications/dp18376>, S. 2 f., 8 d. Umbruchs; *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

207 Der Begriff beschreibt, dass marktmächtige Unternehmen innovative und wachstumsstarke Unternehmen häufig noch in der Startup-Phase aufkaufen. Im Anschluss an die Akquisition wird die Geschäftstätigkeit des Startups entweder ganz eingestellt („*Killer Acquisition* i. e. S.“) oder – unter Fortführung seines Produkts oder seiner Dienstleistung – in der Weise in den Konzern integriert, dass von dem Startup keine wettbewerbliche Bedrohung mehr ausgeht („*Killer Acquisition* i. w. S.“). Grundlegend *Cunningham/Ederer/Ma*, JPE 129 (3) (2021), 649; weitere Nachweise etwa bei *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, Acquihring for Monopsony Power (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 1 Fn. 1 d. Umbruchs; zur Unterscheidung von Killer Acquisitions i. e. S. und i. w. S. etwa *Pullen*, in: *Fischer/Hornkohl* (Hrsg.), Kartellrecht

herrscher wird die abgeworbenen Mitarbeiter in einem solchen Fall freilich in der aus seiner Sicht effizientesten Weise einsetzen; nachdem eine *Killer Acquisition* aber gerade dadurch charakterisiert ist, dass das innovative, für die beherrschende Stellung des Erwerbers potenziell gefährliche Produkt des Zielunternehmens nicht weiterentwickelt wird, liegt es nahe, dass das spezialisierte Know-How und die Fähigkeiten der Mitarbeiter nicht gleichermaßen effizient genutzt werden wie bei ihrem ursprünglichen Arbeitgeber. Hinsichtlich des – im Einzelfall schwierig zu führenden – Nachweises derartiger Effekte gelten die obigen Ausführungen zum Behinderungsmissbrauch entsprechend.²⁰⁸

Negative Innovationsanreize können ferner dadurch entstehen, dass der Marktbeherrschende infolge der Integration der Mitarbeiter und damit des Produkts des vormaligen Arbeitgebers ins eigene Unternehmen etwaige Entwicklungsarbeit an eigenen Produkten einstellt. Im Zusammenhang mit klassischen Unternehmenstransaktionen wird dies z. T. als „*Reverse Killer Acquisition*“ bezeichnet.²⁰⁹

cc) Mögliche Effizienzvorteile als gegen einen Missbrauch sprechende Abwägungspunkte

Indes kann freilich auch ein *direct hiring* zu Effizienzvorteilen²¹⁰ führen: Wirbt etwa ein Big Tech-Unternehmen wichtige Mitarbeiter eines Startups ab und ist es deshalb in der Lage, dieselbe Technologie wie das Startup herzustellen, besteht die Möglichkeit, dass die vom Startup begründete Innovation vom Erwerber etwa auf Grund von Synergieeffekten oder Größenvorteilen schneller, kostengünstiger oder erfolgsversprechender weiterentwi-

und Zukunftstechnologien, 2023, 81, 90 m. w. N. Siehe hierzu auch in diesem Band Kokott/Serafimova, S. 30 f.; Könen, S. 214, 229, 231.

208 Oben IV 1.

209 *Crawford/Valetti/Caffarra*, 'How tech rolls: Potential competition and 'reverse' killer acquisitions, CEPR VoxEU-Blogbeitrag v. 11.5.2020, abrufbar unter <https://epr.org/voxeu/blogs-and-reviews/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions>.

210 Zur Bedeutung von Effizienzvorteilen im Rahmen des Art. 102 AEUV etwa Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance, Rn. 48.

ckelt wird. Im Ergebnis kann sich dies positiv auf die Verbraucherwohlfahrt auswirken und in niedrigeren Preisen münden.²¹¹ Gegebenenfalls können derartige Effekte im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung²¹² gegen einen Missbrauch sprechen.

c) Einbeziehung auch des Arbeitsmarkts

Wie oben bereits ausgeführt kann das Abwerben von Arbeitnehmern über den Produktmarkt hinaus auch negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt haben.²¹³ Dies ist freilich auch bei anderen Formen der Marktstrukturveränderung möglich. Die vorliegend behandelte Thematik verdeutlicht aber, dass beim Marktstrukturmissbrauch auch solche Effekte im Rahmen der Feststellung einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu berücksichtigen sind. Der Wegfall eines Wettbewerbers bedeutet stets gleichzeitig den Wegfall eines Wettbewerbers auf dem Arbeitsmarkt und birgt die oben²¹⁴ dargestellten wettbewerblichen Gefahren. Sind die Voraussetzungen für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Produktmarkt im Sinne eines Marktstrukturmissbrauchs nicht gegeben, befreit dies nicht davon, zusätzlich eine wesentliche Beeinträchtigung auf dem Arbeitsmarkt zu prüfen. Anders gesagt: Bei jeder Form der Marktstrukturveränderung sind – auch – mögliche Probleme auf dem Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen.

Gleichermaßen ist es denkbar, dass negative Wirkungen auf dem Produktmarkt durch positive Effekte auf dem Arbeitsmarkt kompensiert werden. So können die oben dargestellten,²¹⁵ mit einer fehlenden Kompensation der Shareholder verbundenen wettbewerblichen Probleme im Einzelfall grundsätzlich durch etwaige arbeitgeberwechselbedingte Vorteile der Mitarbeiter ausgeglichen werden, etwa wenn sich die Arbeitsbedingungen auf dem relevanten Markt insgesamt deutlich verbessern, weil der marktbeherrschende Erwerber einen „Kaufpreis“ für das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers einspart. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen,

211 Vgl. Yun, Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions, in: The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, 2020, 652, 662.

212 Siehe oben V 5 a).

213 Oben III.

214 Oben III.

215 Oben V 5 b).

dass die entsprechenden Vorteile für die Mitarbeiter auf stark vermachten Arbeitsmärkten u. U. nicht nachhaltig sind.²¹⁶

d) Modifikation des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“?

Nach der bisherigen Rechtsprechung setzt ein Marktstrukturmissbrauch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dergestalt voraus, dass nach der Strukturveränderung nur noch Unternehmen verbleiben, die vom Marktbeherrschenden abhängig sind.²¹⁷ Gegenüber den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen des Marktstrukturmissbrauchs weist der Strukturmissbrauch durch das Abwerben von Mitarbeitern die zusätzliche wettbewerbsschädliche Wirkung auf, dass die Shareholder des vom Markt ausscheidenden Wettbewerbers nicht kompensiert werden.²¹⁸ Soweit die entsprechende Abhängigkeit vom marktbeherrschenden Unternehmen nur auf einem der betroffenen Märkte (Produkt- oder Arbeitsmarkt) vorliegt, ist ein Marktstrukturmissbrauch nach den von der Rechtsprechung verlangten Voraussetzungen zu bejahen (vgl. soeben oben).

Angesichts der mit Marktstrukturveränderungen durch das Abwerben von Mitarbeitern verbundenen spezifischen wettbewerblichen Gefahren,²¹⁹ ist darüber hinaus zu überlegen, das strenge, von der Rechtsprechung verlangte Abhängigkeitskriterium einzuschränken. Soweit wettbewerbsschädigende Effekte neben dem Produktmarkt auch auf dem Arbeitsmarkt eintreten und eine marktbeherrschende Stellung auf beiden Märkten verstärkt wird, sollte dies für die einen Marktstrukturmissbrauch begründende wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreichen, ohne dass es darüber hinaus des strengen Abhängigkeitskriteriums der Rechtsprechung bedarf. Die Beantwortung der sich daran zwangsläufig anschließende Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Überlegungen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Die obenstehenden Ausführungen legen jedoch nahe, das Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ umso eher zu bejahen, je mehr Märkte durch die fragliche Verhaltensweise von zunehmender Marktbeherrschung betroffen sind.

216 Siehe oben III 2.

217 EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207, Rn. 52; siehe bereits oben V 5 a).

218 Oben V 5 b) aa).

219 Siehe oben V 5 b) und c).

6. Insbesondere: „Sanierungsfusion“ (failing company defence)

Ausnahmsweise nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist eine Marktstrukturveränderung nach den o. g. Kriterien, wenn der Fall einer „Sanierungsfusion“ (auch: „*failing company defence*“) vorliegt. Der Begriff entstammt der Fusionskontrolle. Danach ist von einer Sanierungsfusion bei einem Zusammenschluss auszugehen, wenn daran mindestens ein Unternehmen beteiligt ist, das auch ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde.²²⁰ In diesen Fällen fehlt es an der Kausalität des Zusammenschlusses für das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des Art. 2 Abs. 3 FKVO.²²¹ Die Freigabe einer Fusion auf Grundlage der *failing company defence* ist an drei Voraussetzungen geknüpft: Es muss feststehen, dass – erstens – das zu erwerbende Unternehmen ohne den Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde, – zweitens – keine weniger wettbewerbsschädlichen Erwerbsalternativen zu dem anmeldeten Zusammenschluss bestehen und – drittens – die Marktposition des zu erwerbenden Unternehmens dem Erwerber zufallen würde. Dahinter steht der Gedanke, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen die entsprechende Marktstrukturveränderung auch ohne das Verhalten des Erwerbers eingetreten wäre. Eine Übertragung dieses Ansatzes auf das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs vermeidet nicht nur Wertungswidersprüche mit der Fusionskontrolle,²²² sie ist vielmehr schon deshalb angezeigt, weil Art. 102 AEUV gerade nicht gewährleisten soll, dass sich weniger effiziente

220 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94 u. C-30/95 – Frankreich u. a. (Kali+Salz), ECLI:EU:C:1998:148, Rn. 101 ff. Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03 (im Folgenden: „Horizontalleitlinien“), Rn. 89; Körber, ZWeR 2014, 32; Simon/Stelzer, NZKart 2014, 497; Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 2 FKVO, Rn. 382; Könen, in: FK-Kartellrecht, Stand: 8/2020, Art. 2 FKVO, Rn. 243; Montag/von Bonin, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 2 FKVO Rn. 208.

221 Kommission v. 14.12.1993, M.308 – Kali + Salz/MdK/Treuhand, Rn. 71 ff.; Körber, ZWeR 2014, 32, 36 f.; Montag/von Bonin, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 2 FKVO Rn. 149; Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2020, Art. 2 FKVO, Rn. 383.

222 Ausführlich zum Konkurrenzverhältnis von Marktstrukturmissbrauch und Fusionskontrolle im europäischen Wettbewerbsrecht etwa Könen/Dogs, ZWeR 2024, 160, 161 ff. m. w. N.

Wettbewerber als das marktbeherrschende Unternehmen weiterhin auf dem Markt halten.²²³

Ein Marktstrukturmissbrauch kann daher abzulehnen sein, wenn das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers durch einen Marktbeherrschter zwar zu dessen Ausscheiden aus dem Markt und damit einer Veränderung der Marktstruktur führt, das Unternehmen des ehemaligen Arbeitgebers aber bereits derart marode war, dass es auch im Falle des Verbleibs seiner Mitarbeiter vom Markt ausgeschieden wäre. In einem solchen Fall ist die erste der o. g. Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion erfüllt. Die zweite und dritte Voraussetzung können beispielsweise dann erfüllt sein, wenn in jungen Märkten noch kein anderer (potenzieller) Wettbewerber vorhanden ist oder vorhandene Wettbewerber nicht über die Kapazitäten verfügen, die entsprechenden Mitarbeiter zu übernehmen. Dies dürfte vor allem im Tech Sektor, in dem Talente besonders hart umkämpft sind,²²⁴ eher selten der Fall sein, da häufig andere potenzielle alternative Arbeitgeber zur Verfügung stehen werden.

Wie in der Fusionskontrolle, in der die Kommission nur wenige Zusammenschlüsse als Sanierungsfusionen freigegeben hat,²²⁵ ist jedenfalls auf digitalen Märkten auch im Rahmen des Art. 102 AEUV mit einer tendenziell eher zurückhaltenden Anwendung des Konzepts der Sanierungsfusion zu rechnen. Dass diesbezügliche Erwägungen in der Praxis aber durchaus eine Rolle spielen können, verdeutlicht ein Sachverhalt im Zusammenhang mit den Bemühungen Apples, ein eigenes E-Automobil zu entwickeln:²²⁶ Betroffen war im Jahr 2015 das Startup Mission Motors, dessen Potenzial als

223 Vgl. zu letzterem Gesichtspunkt EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20 – Servizio Elettrico Nazionale, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73 m. w. N.; v. 24.10.2024, C-240/22 P – Intel, ECLI:EU:C:2024:915, Rn. 175 m. w. N.

224 Siehe oben III 3.

225 Siehe etwa Kommission v. 14.12.1993, M.308 – Kali + Salz/MdK/Treuhand; v. 11.7.2001, M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim; v. 2.9.2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery; v. 9.10.2013, M.6796 – Aegean/Olympic II; siehe zur Entwicklung auch *Simon/Stelzer*, NZKart 2014, 497.

226 Wie Anfang des Jahres 2024 bekannt wurde, hat Apple seine diesbezüglichen Pläne mittlerweile aufgegeben, siehe *Gurman*, Apple to Wind Down Electric Car Effort After Decadelong Odyssey, Artikel auf bloomberg.com v. 27.2.2024, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-02-27/apple-cancels-work-on-electric-car-shifts-team-to-generative-ai>; ferner *Lindner*, Apple gibt Pläne für eigenes Auto auf, Artikel auf faz.net v. 28.2.2024, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/iphone-hersteller-apple-gibt-plaene-fuer-eigenes-auto-auf-19550618.html>.

innovativer Hersteller elektrischer Motorräder schon mit Tesla verglichen wurde.²²⁷ Im Rahmen einer offenbar größer angelegten Strategie warb Apple dutzende Automobilexperten von anderen Unternehmen ab. Während größere Unternehmen wie Ford oder Mercedes Benz darunter kaum litten, musste das finanziell bereits angeschlagene Mission Motors sein Unternehmen einstellen und im August 2015 Insolvenz anmelden,²²⁸ nachdem Apple den Großteil seiner Top-Ingenieure an Apple verloren hatte.²²⁹ Nach den öffentlichen Äußerungen des ehemaligen CEO von Mission Motors habe sich sein Unternehmen Apples Avancen gegenüber seinen Ingenieuren nicht erwehren können. Der Manager gab sich jedoch davon überzeugt, dass Mission Motors eine Zukunft gehabt hätte, hätte Apple nicht seine wichtigsten Mitarbeiter abgeworben.²³⁰ Diese Einschätzung wurde indes nicht uneingeschränkt geteilt.²³¹ Wäre der Fall von den zuständigen Kartellbehörden vor dem Hintergrund des Art. 102 AEUV aufgegriffen worden, hätte es nahegelegen, sich u. a. auch näher mit den Voraussetzungen einer Sanierungsfusion auseinanderzusetzen.

227 Das Potential des Unternehmens anschaulich beschreibend etwa *MacDonald, Pioneering Electric Motorcycle Company Mission Motorcycles Files For Bankruptcy*, Artikel auf jalopnik.com v. 14.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/pioneering-electric-motorcycle-company-mission-motors-f-1730322201>.

228 Vgl. *MacDonald, Pioneering Electric Motorcycle Company Mission Motorcycles Files For Bankruptcy*, Artikel auf jalopnik.com v. 14.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/pioneering-electric-motorcycle-company-mission-motors-f-1730322201>.

229 *Love, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf Reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019>. Danach habe Mission Motors Mitarbeiter auch an andere Unternehmen wie Tesla und Harley Davidson verloren, die meisten jedoch an Apple.

230 *Love, Apple's auto ambitions sideswipe electric motorcycle startup*, Artikel auf Reuters.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/2015/10/19/us-apple-motorcycle-idUSKCN0SD0ND20151019>.

231 Zweifelnd ob Apples Abwerbungen tatsächlich ursächlich für den Niedergang von Mission Motors waren *Torchinsky, Did Apple's Poaching Kill An Electric Motorcycle Startup?*, Artikel auf jalopnik.com v. 19.10.2015, abrufbar unter <https://jalopnik.com/did-apples-poaching-kill-an-electric-motorcycle-startup-1737402904>.

VI. Power to poach: Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt – Direct hiring als Druckmittel für ein ineffizientes *acqui-hire*

Wettbewerbsrechtliche Probleme können auch dann entstehen, wenn es zwar nicht zum Abwerben von Mitarbeitern im Sinne eines *direct hiring* kommt, dieses aber von einem Marktbeherrschender als Druckmittel eingesetzt wird, um einen niedrigen Kaufpreis für ein *acqui-hire* zu erreichen.

1. Abwerben von Mitarbeitern als Damoklesschwert über Verkaufsverhandlungen

Die finanziellen Mittel von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung, insbesondere im Tech-Bereich, übersteigen häufig erheblich diejenigen ihrer Wettbewerber. Dies wirkt sich freilich auch auf den finanziellen Spielraum bei den an ihre Mitarbeiter gezahlten Gehältern aus. In Bezug auf Startup-Aufkäufe stellten *Bar-Isaac/Johnson/Nocke* fest, dass die Drohung eines potenziellen Erwerbers, im Falle des Scheiterns der Verhandlungen um einen Unternehmenskauf die Mitarbeiter des Startups abzuwerben, den „Kaufpreis“ drücken kann. Unter dem Eindruck dieses Damoklesschwerts können Startups dazu geneigt sein, einen Preis für den Verkauf ihres Unternehmens zu akzeptieren, der im Ergebnis unter dessen Wert liegt und ein *acqui-hire* damit ineffizient erscheinen lassen.²³²

Das Druckpotenzial ist dabei umso größer, je asymmetrischer sich die Marktstruktur des relevanten Markts darstellt: Ein bereits marktmächtiger potenzieller Erwerber mit ggf. großen finanziellen Ressourcen kann sich im Grunde aussuchen, ob er die begehrten Mitarbeiter seines Wettbewerbers über ein *acqui-hire* oder ein *direct hiring* akquiriert.²³³ Je weniger sich das Zielunternehmen gegen ein *direct hiring* zur Wehr setzen kann und je weniger alternative Interessenten für sein Unternehmen zur Verfügung stehen, desto eher wird es dazu geneigt sein, einen niedrigen Kaufpreis zu

232 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3, 7 ff. d. Umbruchs.

233 Vgl. *Bar-Isaac/Johnson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 3 d. Umbruchs.

akzeptieren, um am Ende nicht gänzlich mit leeren Händen dazustehen.²³⁴ Insbesondere auf den Digitalmärkten, auf denen junge, innovative Startups mächtigen Big Tech-Unternehmen gegenüberstehen, besteht ein hohes Risiko für entsprechende Vorgänge.

2. Ausbeutungsmissbrauch auf dem Akquisitionsmarkt

Das beschriebene Verhalten entspricht einem Ausbeutungsmissbrauch auf dem Nachfragermarkt für Unternehmensakquisitionen: Ausgebeutet werden die Shareholder des Zielunternehmens, die sich gezwungen sehen, ihr Unternehmen zu einem Preis an den nachfragenden Marktbewohner zu verkaufen, der dem Wert des Unternehmens nicht gerecht wird. Es gelten insoweit grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei einem Preimmissbrauch eines Anbieters.²³⁵ Von einem Preimmissbrauch eines marktbewohrenden Nachfragers ist demnach dann auszugehen, wenn der Marktbewohner den Preis nur auf Grund seiner Marktmacht unter das bei wissamen Nachfragewettbewerb mögliche Niveau drücken kann,²³⁶ also die sich aus seiner beherrschenden Stellung ergebenden Möglichkeiten nutzt, „um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte.“²³⁷

Anders als bei auf Produkte bezogene Preimmissbräuchen dürften sich die gängigen Methoden zur Ermittlung eines unangemessenen Preises – Kosten-Preis-Analysen, Preisvergleiche sowie Gewinnvergleiche²³⁸ – praktisch nur bedingt eignen. Alternativ ist denkbar, eine Unternehmensbewertung des Zielobjekts durchzuführen und diese mit dem Kaufpreis zu vergleichen. Die Ermittlung eines Unternehmenswertes stellt die Praxis angesichts verschiedener denkbarer, jeweils mit nicht unerheblichen Unsicherheiten behafteten Bewertungsmethoden allerdings nicht selten vor Herausforde-

²³⁴ *Bar-Isaac/Johanson/Nocke*, *Acquihiring for Monopsony Power* (23. Januar 2024), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4601787> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4601787>, S. 8 f. d. Umbruchs.

²³⁵ Vgl. *Wolf*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2022, § 19 GWB, Rn. 124.

²³⁶ Vgl. *Wiedemann*, in: *Wiedemann, Kartellrecht*, 2020, § 23, Rn. 201.

²³⁷ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76 – United Brands, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 248/257; *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 355.

²³⁸ Ausführlich *Bien*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 356 ff.

rungen.²³⁹ Im digitalen Sektor gestaltet sich die Ermittlung eines Unternehmenswerts besonders schwierig, da die Zielunternehmen nicht selten noch gar keine Gewinne und darüber hinaus nur geringe Umsätze erzielen, dennoch aber exorbitant hohe Unternehmenskaufpreise gezahlt werden. Beispielhaft sei die Akquisition von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014 für über 19 Milliarden US-Dollar genannt.²⁴⁰ Im Jahr vor der Übernahme erwirtschaftete WhatsApp einen Jahresumsatz von lediglich 10,2 Millionen US-Dollar.²⁴¹ Der Nachweis eines missbräuchlichen Preises wird zusätzlich dadurch erschwert, dass der Preis eines Unternehmens nicht allein anhand rein objektiver Kriterien, sondern auch auf Grundlage von individuell-strategischen Erwägungen bilateral verhandelt wird. Die genannten Schwierigkeiten schließen indes auch für den Digitalsektor nicht aus, dass sich der Wert des Zielunternehmens verlässlich ermitteln lässt. Ein starkes Indiz für einen Missbrauch dürfte man vor diesem Hintergrund jedenfalls dann annehmen können, wenn der auf Basis ökonomisch anerkannter und in der Praxis gebräuchlicher Methoden ermittelte Unternehmenswert²⁴² deutlich über dem Kaufpreis liegt.

Können Drohungen mit dem Abwerben von Mitarbeitern als Alternative zum Unternehmenskauf nachgewiesen werden, eignet sich dies als zusätzliches Indiz für einen Missbrauch. Derartige Drohpraktiken können vonseiten der Behörden grundsätzlich mittels im Rahmen von Durchsuchungen erlangten Aufzeichnungen über entsprechende Äußerungen in der Kommunikation zwischen Erwerber und Zielunternehmen oder der Vernehmung der Verhandlungsführer des Zielunternehmens geführt werden. Angesichts der beschriebenen Drohkulisse und der Gefahr, am Ende

239 Vgl. etwa *Bula/Thees*, in: Sagasser/Bula, Umwandlungen, 2024, § 9, Rn. 97 ff.; *Weller/Reichert*, in: MüKo GmbHG, 2022, § 14, Rn. 26 ff.; *Deilmann*, in: Hölters/Weber, Aktiengesetz, 2022, § 305 AktG, Rn. 48 ff.

240 Siehe Kommission v. 3.10.2014 – COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

241 Facebook, 8.10.2014, Annual revenue of WhatsApp from 2012 to 1st half 2014 (in million US-Dollars) [Graph], abrufbar über <https://www.statista.com/statistics/346269/whatsapp-annual-revenue/>.

242 Vgl. BGH, Urt. v. 12.3.2001, II ZB 15/00, NJW 2001, 2080, 2082. Die in Deutschland überwiegende Ansicht sowie der BGH greifen bei der Ermittlung des Werts eines Unternehmens zumeist auf die sog. modifizierte Ertragswertmethode zurück, wonach sich der Unternehmenswert in erster Linie nach den Erträgen bestimmt, die es unter Zugrundelegung einer dynamischen Betrachtung künftig erzielen wird. Auf eine generell heranzuziehende Bewertungsmethode hat sich hingegen auch der BGH bislang nicht festgelegt, näher *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 2023, § 14, Rn. 21 f.; *Weller/Reichert*, in: MüKo GmbHG, 2022, § 14, Rn. 26 ff.

ohne jede Kompensation dazustehen, ist es allerdings unwahrscheinlich, dass sich das Zielunternehmen selbst mit einer Beschwerde an die Kartellbehörden richtet. Die Kartellbehörden sind aber im Rahmen ihres Aufgriermessens zur Aufnahme von Ermittlungen angehalten, wenn ein auffällig niedriger Kaufpreis aus einer Fusionsanmeldung oder Presseberichten bekannt wird.

3. Zusätzlicher Behinderungseffekt auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt

Neben dem im Vordergrund stehenden Ausbeutungseffekt entfalten die beschriebenen Drohpraktiken darüber hinaus auch eine Verdrängungswirkung auf den relevanten Produkt- und Arbeitsmärkten: Der Marktbeherrschter kann u. U. erreichen, dass sich ein Wettbewerber aus dem jeweiligen Markt verabschiedet und sein Unternehmen notfalls zu einem schlechten Preis veräußert, weil er befürchtet, den Abwerbeavancen des Marktbeherrschers nichts entgegensetzen zu können.

4. Zusätzlicher Ausbeutungseffekt zu Lasten der Arbeitnehmer

Wie eingangs ausgeführt²⁴³ kann das Ausscheiden eines Wettbewerbers des Marktbeherrschers auf dem Arbeitsmarkt zusätzliche ausbeuterische Effekte zu Lasten der Arbeitnehmer zur Folge haben. Noch größer als beim *direct hiring*²⁴⁴ ist diese Gefahr bei einem *acqui-hire*.²⁴⁵ Derartige Ausbeutungseffekte drohen umso mehr, je mächtiger der Erwerber auf dem Arbeitsmarkt ist und je weniger alternative Arbeitgeber aus Sicht der Mitarbeiter als Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Je geringer der Wettbewerbsdruck auf dem Arbeitsmarkt ist, desto weniger existieren für den Marktbeherrschter Anreize, seinen neuen Mitarbeitern im Hinblick auf zukünftige Lohnerhöhungen oder sonstige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen entgegenzukommen.²⁴⁶

243 Siehe bereits oben III 1.

244 Dazu oben III 2 sowie V 5 c).

245 Dazu oben III 1.

246 Siehe oben III 1.

VII. Ergebnis

Bei der Subsumtion des Abwerbens von Mitarbeitern unter das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ist zunächst insofern Zurückhaltung geboten, als das Wetteifern um qualifizierte Arbeitskräfte Ausdruck eines Wettbewerbs um knappe Ressourcen ist und insoweit grundsätzlich wettbewerbsfördernd wirkt. Die vorstehenden Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass das Abwerben von Mitarbeitern durch einen Marktbeherrschender wettbewerbsschädliche, weil behindernde, oder ausbeuterische Effekte auf dem Produktmarkt, auf dem Arbeitsmarkt und sogar auf dem Markt für Unternehmenstransaktionen entfalten kann.

Im vorliegend beispielhaft betrachteten Tech-Sektor sind ernstzunehmende Anzeichen für möglicherweise missbräuchliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern nicht zu übersehen. Die Kartellbehörden sollten derartigen Anzeichen verstärkt nachgehen und sie auf das tatsächliche Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs überprüfen. Dabei sind Auswirkungen nicht nur auf dem Produktmarkt, sondern insbesondere auch auf dem Arbeitsmarkt in den Blick zu nehmen.²⁴⁷ Auch ist zu erwägen, die Thematik in den geplanten neuen Leitlinien der Kommission zu Art. 102 AEUV²⁴⁸ aufzugreifen. Die Zurückhaltung der Kommission diesbezüglich ist allerdings insofern nachvollziehbar, als nahezu keinerlei einschlägige Fallpraxis existiert.²⁴⁹

Im Einzelnen ist das Abwerben von Mitarbeitern als Behinderungsmissbrauch einzuordnen, wenn es geeignet ist, Verdrängungswirkung zu entfalten, und vom Leistungswettbewerb abweicht. Die für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisende Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung dürfte im Hinblick auf das Abwerben fremder Mitarbeiter nur im Ausnahmefall zu verneinen sein, nämlich wenn nicht zu erwarten ist, dass sich das Abwerben auf die Geschäftstätigkeit des betroffenen Wettbewerbers auswirkt.²⁵⁰ Eine Abweichung vom Leistungswettbewerb kommt

247 III.

248 Siehe Kommission, Entwurf v. 1.8.2024 von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance.

249 Eine Ausnahme bilden, soweit ersichtlich, lediglich die Fälle „Microsoft/OpenAI“ sowie „Microsoft/Inflection“, siehe oben I, II 2, V 2 sowie V 4.

250 IV 1 a).

in Betracht, wenn das Abwerben für das marktbeherrschende Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat als die Behinderung des Wettbewerbs, z. B. wenn tatsächlich nicht benötigte Arbeitskräfte abgeworben werden,²⁵¹ oder wenn die vom Marktbeherrschenden abgeworbenen Mitarbeitern gezahlten Gehälter über den Einnahmen liegen, die der neue Arbeitgeber mit den abgeworbenen Mitarbeitern erzielen kann (As-efficient-competitor-Test).²⁵² Darüber hinaus können weitere Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers im Zusammenhang mit dem Abwerben von Mitarbeitern eine Abweichung vom Leistungswettbewerb begründen. Bei der Bildung entsprechender Fallgruppen kann z. T. auf die zu § 4 Nr. 4 UWG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.²⁵³ Im Einzelnen zählt dazu das Ausnutzen eines Vertrauensverhältnisses, ein kollusives Zusammenwirken zwischen Marktbeherrschender und abgeworbenen Mitarbeitern sowie u. U. ein „putsch- oder handstreichartiges“ Abwerben. Auch im Hinblick auf die übrigen genannten Verhaltensweisen stellen sich für die Praxis Beweisprobleme, die je nach Einzelfall jedoch nicht unüberwindbar sind. Zusätzliche, mittelbar durch das Abwerben von Mitarbeitern verursachte Behinderungseffekte können entstehen, wenn der Marktbeherrschende in kollusivem Zusammenwirken mit abgeworbenen Mitarbeitern Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes verletzt oder den Wettbewerber mit auf tatsächlich nicht bestehende Schutzrechte gerichteten Klagen überzieht.²⁵⁴ Derartige Verhaltensweisen sind am Maßstab der – in der Literatur umstrittenen, von der Rechtsprechung aber im Grundsatz anerkannten – Fallgruppe des „Missbrauchs durch Rechtsbruch“ zu bewerten.

Führt das Abwerben von Mitarbeitern zum Ausscheiden des bisherigen Arbeitgebers und damit faktisch zum Übergang des Unternehmens auf den Marktbeherrschenden, kann ein Marktstrukturmissbrauch vorliegen.²⁵⁵ Hinweise auf derartige Vorgänge bestehen in der Praxis vor allem im Digitalsektor.²⁵⁶ Wettbewerbsschädliche Effekte in Form von Marktzutritts-schranken und Innovationsverlust²⁵⁷ können insbesondere dadurch hervorgerufen werden, soweit die Shareholder des ehemaligen Arbeitgebers nicht durch einen „Unternehmenskaufpreis“ für den Verlust ihres Unter-

251 IV 2 a).

252 IV 2 b).

253 IV 2 c).

254 IV 3.

255 V 1 und 3.

256 V 2.

257 V 5 b).

nehmens entschädigt werden. Die damit zusammenhängenden erheblichen Gefahren für den Wettbewerb legen eine Modifikation des im Rahmen des Marktstrukturmissbrauchs von der Rechtsprechung strengen Abhängigkeitskriteriums²⁵⁸ für den Nachweis einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung in dem Sinne nahe, dass von einer solchen bereits dann auszugehen ist, wenn sowohl auf dem Produkt- als auch auf dem Arbeitsmarkt²⁵⁹ eine beherrschende Stellung verstärkt wird. Jedenfalls ausreichend für die Annahme eines Marktstrukturmissbrauchs ist, wenn das von der Rechtsprechung verlangte Abhängigkeitskriterium auf einem der betroffenen Märkte – Produkt- oder Arbeitsmarkt – vorliegt.²⁶⁰ Ein Marktstrukturmissbrauch kommt dagegen nicht in Betracht, wenn das Zielunternehmen auch ohne das Verhalten des markbeherrschenden Unternehmens aus dem Markt ausscheiden würde („Sanierungsfusion“).²⁶¹ Nachdem nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Illumina/Grail“ die Verweisungslösung der Kommission über Art. 22 FKVO im Hinblick auf die insbesondere im digitalen Sektor verbreiteten Zusammenschlussvorgänge unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufreischtwellen²⁶² weitgehend²⁶³ versperrt ist, gewinnt die Missbrauchsaufsicht für wettbewerbswidrige Marktstrukturveränderungen an zusätzlicher Bedeutung.

Auf dem Akquisitionsmarkt kann das Drohen mit dem Abwerben von Mitarbeitern des Zielunternehmens im Wege eines *direct hiring* dazu führen, dass die Shareholder des Zielunternehmens ihr Unternehmen letztlich unter Wert veräußern, weil sie andernfalls Sorge haben, am Ende ohne jegliche Kompensation dazustehen.²⁶⁴ Dies kann einen Ausbeutungsmissbrauch²⁶⁵ auf dem Akquisitionsmarkt darstellen. Die in diesem Zusammenhang erforderliche Missbräuchlichkeit des Preises stellt die Praxis vor nicht unerhebliche, jedoch nicht unüberwindbare Herausforderungen.²⁶⁶ Damit

258 V 5 a).

259 V 5 c).

260 V 5 d).

261 V 6.

262 Zur Subsumtion des Abwerbens von Mitarbeitern unter den Tatbestand der Fusionskontrolle siehe II 2.

263 Auch nach „Illumina/Grail“ möglich erscheint, dass die Mitgliedstaaten durch nationale gesetzliche Regelungen eine eigene Zuständigkeit begründen, indem sie sich das Recht einräumen, unterschellige Zusammenschlussvorhaben an die Kommission zu verweisen.

264 VI 1.

265 VI 2.

266 VI 2.

einher gehen können zusätzliche Behinderungseffekte²⁶⁷ auf dem Produkt- und Arbeitsmarkt sowie ausbeuterische Effekte zulasten der Mitarbeiter.²⁶⁸

267 VI 3.

268 VI 4.

