

Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht

Nefiz, Caner*

ZUSAMMENFASSUNG

Im Rahmen des Tarifvertragsrechts spielen Selbstständige eine nur untergeordnete Rolle – so schien es zumindest in der Vergangenheit die Regel gewesen zu sein. Während das Tarifvertragsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung von 1918 (TVVO) nur Arbeitnehmer im Blick hatte, wurde der persönliche Anwendungsbereich mit Einführung des § 12a TVG auf arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt, wobei der restriktiv ausgelegte Anwendungsbereich und die Auswirkungen in der Praxis zeigten, dass hierdurch keine umfassende Erweiterung des Tarifvertragsrechts auf Selbstständige erreicht werden würde. Nunmehr steht das Arbeitsrecht, auch in Hinblick auf Überschneidungen mit dem Kartellrecht, vor der Herausforderung, sich auf sich ändernde Arbeitsformen und neue wirtschaftliche Gegebenheiten anzupassen, um in Zukunft auch andere Personengruppen von seinem Schutze zu erfassen. Dass es sich hierbei nicht um eine rein nationale Angelegenheit handelt, zeigt der Wandel des politischen und rechtlichen Diskurses auf Unionsebene.

Keywords Arbeitsrecht, Tarifvertragsrecht, Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Soloselbstständige, Koalitionsfreiheit, Kartellrecht

A. Einleitung

Neue Formen der Selbstständigkeit, die oftmals von einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Selbstständigen und ihren Auftraggebern geprägt sind und prekäre Arbeitsbedingungen zur Folge haben können, gebieten es, das Tarifvertragsrecht an die sich ändernden Umstände anzupassen. Auswirkungen der Digitalisierung, die nicht zuletzt durch die Corona-Pandemie verstärkt wurden, der Einfluss von internationalen Akteuren wie Uber, Deliveroo und Co., ein Blick auf den Aufstieg der Online-Plattformwirtschaft sowie die Tendenz zur Untervergabe und zum Outsourcing unterstreichen die Relevanz der hier bearbeiteten Materie.¹ In diesem Sinne stellt sich die Frage, ob das nationale Arbeitsrecht in Bezug auf Kollektivrechte von Selbstständigen noch zeitgemäß ist, punktueller Änderungen bedarf oder gar einer umfassenden Reform unterworfen werden müsste.

Realitätsfremd scheint die Annahme zu sein, dass ein Selbstständiger in jedem Fall als „Einzelkämpfer“ seine Interessen in selbstbestimmter Weise auf dem Arbeitsmarkt durchsetzen kann, ohne einem ruinösen Preiswettbewerb ausgesetzt zu sein oder den Verlust von existenzsichernden Aufträgen zu befürchten. Es erscheint in diesem Sinne äußerst problematisch, die Schutzbedürftigkeit von Selbstständigen weiterhin an der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft respektive der Arbeitnehmerähnlichkeit, wie sie derzeit verstanden wird, festzumachen.

Daher soll zunächst erörtert werden, wie nach der nationalen Rechtsordnung in Deutschland mit (Solo-) Selbstständigen im Arbeitsrecht und im Wettbewerbsrecht umgegangen wird und welche Möglichkeiten nach der aktuellen Rechtslage für Selbstständige bestehen, ihre Interessen im Kollektiv durchzusetzen. Es geht um die Frage, inwieweit Selbstständige in den Schutzbereich der grundgesetzlich garantierten Koalitionsfreiheit fallen und welchen Gruppen von Selbstständigen nach deutschem

Recht Kollektivrechte zukommen. Neben der verfassungsrechtlichen Einordnung spielen auch die kartellrechtliche Einordnung sowie die bisherigen Bemühungen von Selbstständigen im Rahmen der Selbstorganisation und die Funktion der Gewerkschaften eine zentrale Rolle bei dieser Beurteilung.

Die Frage nach der Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht betrifft sowohl das Arbeitsrecht als auch das Wettbewerbsrecht auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene. Die Europäische Kommission intendiert, Regelungen des EU-Wettbewerbsrechts im Hinblick auf sich ändernde Verhältnisse auszulegen. Zu diesem Zwecke genehmigte die Europäische Kommission den Inhalt der „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“, auf die im Anschluss an die Erörterung der derzeitigen unionsrechtlichen Rechtslage eingegangen werden soll.²

Das Vorhaben der Europäischen Kommission könnte eine Möglichkeit sein, das Verhältnis von Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht auf europarechtlicher Ebene neu zu definieren, die tarifvertraglichen Rechte von Selbstständigen zu erhellen und einen Rahmen für die nationalen Gesetzgeber und Kartellbehörden vorzugeben. Eine Gelegenheit, die bestehenden Rechtsunsicherheiten für die beteiligten Akteure auf nationaler und europarechtlicher Ebene zu beseitigen. Letztlich soll kritisch gewürdigt werden,

*Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Frankfurt am Main und ehemaliger Student der Goethe-Universität, Frankfurt.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Nefiz, C. (2023). Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht, *FraLR* 1(1), 10-18. DOI: 10.21248/gups.72203

¹Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/3; Von Steinau-Steinrück/Jöris, DB 2020, 2353.

²Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/01.

inwieweit dieser Vorstoß der Europäischen Kommission der (kollektiv-)arbeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Situation von Selbstständigen gerecht wird, oder doch die Chance vertan wird, das Momentum der derzeitigen Diskussion für eine weitreichende Reform zu nutzen.³

B. Tarifvertragsfreiheit für Selbstständige nach nationalem Recht

I. Arbeitnehmereigenschaft von Selbstständigen

Nach der Legaldefinition des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB werden Arbeitnehmer, im Rahmen eines Arbeitsvertrags, im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Nach diesen Kriterien handelt es sich bei Selbstständigen qua Definition nicht um Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB.

Von besonderer Relevanz für die folgende Diskussion über die Tarifvertragsfreiheit von Selbstständigen ist die Frage, woran genau die Einordnung von Selbstständigen als Arbeitnehmer scheitert.⁴ Insbesondere das ausschlaggebende Kriterium der persönlichen Abhängigkeit soll hier zur Abgrenzung der Selbstständigkeit von der abhängigen Beschäftigung beleuchtet werden.⁵ In diesem Sinne stellt § 84 Abs. 1 S. 2 HGB klar, dass selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei von arbeitgeberseitigen Weisungen seine Tätigkeit und Arbeitszeit bestimmen kann und damit keine Weisungsgebundenheit im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB aufweist.⁶ Folglich fehlt es jenen Selbstständigen an einer persönlichen Abhängigkeit von einem Arbeitgeber, soweit diese, je nach Einzelfall, beispielsweise ihre Arbeits- und Urlaubszeit sowie den Arbeitsumfang dem Grunde nach frei gestalten können.⁷ Der Rechtsordnung lässt sich demnach das Verständnis entnehmen, dass Selbstständige regelmäßig persönlich und wirtschaftlich unabhängig sind und ihre Existenz mit eigenen Mitteln sichern können.⁸ Insoweit sind Selbstständige an keinen Arbeitgeber gebunden, können ihre Auftraggeber selbst auswählen und die Auftragsmodalitäten bestimmen.⁹

Dennoch sind Konstellationen möglich, in denen trotz Fehlens der persönlichen Abhängigkeit eine gewisse Schutzbedürftigkeit auch für Selbstständige bestehen kann. Dies zeigt ein Blick auf den an späterer Stelle noch zu erörternden § 12a TVG, der eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person voraussetzt.¹⁰ § 12a TVG enthält die gesetzgeberische Entscheidung, den Schutz des Arbeitsrechts auch auf Personen außerhalb des § 611a BGB zu erstrecken, soweit ein vergleichbares Abhängigkeitsverhältnis besteht.¹¹ Schließlich lässt sich bereits an dieser Stelle feststellen, dass Selbstständigen auf arbeitsrechtlicher Ebene nicht per se aufgrund der Klassifizierung als Nicht-Arbeitnehmer der Schutzbedarf abgesprochen werden kann, sondern andere Kriterien als die des § 611a BGB für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit, zumindest mit Blick auf die Einbeziehung in die Koalitionsfreiheit, relevant sein können.

II. Teilnahme am Koalitionsgrundrecht

Bei der rechtlichen Würdigung der Teilnahme von Selbstständigen am Prozess der Kollektivierung zur Steuerung ihrer Arbeitsbedingungen, beziehungsweise ihrer Leistungsbedingungen, geht es primär um die Frage, ob Selbstständige vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind.¹² Die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG garantiert jedermann das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Von dem persönlichen Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts sind aus historischer Sicht nur Arbeitnehmer erfasst.

Entwicklungsgeschichtlich ist die Koalitionsfreiheit als solche auf die Zeit der Industrialisierung im Laufe des 19. Jahrhunderts und der Entstehung von Zusammenschlüssen von Arbeitnehmern zurückzuführen.¹³ In diesem Sinne erscheint trotz des weiten Wortlauts des Art. 9 Abs. 3 GG, der dem Grunde nach „jedermann“ erfasst, aus historischer Sicht bereits fraglich, ob arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 12a TVG vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst sind.¹⁴ Die Frage nach der Erfassung von Selbstständigen drängt sich daher erst recht nicht auf, wenn bereits die Erfassung von arbeitnehmerähnlichen Personen ungewiss ist.

Die Frage nach einer Kollektivierung zur Interessendurchsetzung mag aufgrund des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses und der geschwächten Verhandlungsposition auf Arbeitnehmerseite in der Vergangenheit nur bei dem traditionellen Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber von besonderer Relevanz gewesen sein. Die Beschränkung der Diskussion auf jene Verhältnisse ließe jedoch den festzustellenden Wandel des Arbeitsmarktes in Bezug auf selbstständige Tätigkeiten unberücksichtigt. Im Hinblick auf Verhandlungsdisproportionalitäten ist die Situation von vielen Selbstständigen mit Konstellationen eines Arbeitsverhältnisses vergleichbar. So kann nach einem modernen Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Koalitionsfreiheit um eine grundrechtliche Gewährleistung handelt, die sich an Veränderungen des Arbeitsmarktes anpassen kann und insoweit, wofür auch der weite Wortlaut spricht, offen für einen etwaigen sozioökonomischen Wandel ist.¹⁵

³Rainone/Countouris, ETUI Policy Brief 2021.11, S. 2.

⁴Rummel in Waas/Hießl (2021), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, S. 125.

⁵Mansel in Jauernig BGB, § 611a Rn. 3.

⁶Rummel in Waas/Hießl, S. 126.

⁷BAG v. 27.06.2001, NJW 2002, 2125 (2126); Mansel in Jauernig BGB, § 611a Rn. 3.

⁸Rummel in Waas/Hießl, S. 127.

⁹Rummel in Waas/Hießl, S. 127.

¹⁰Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 29.

¹¹Franzen in ErfK Arbeitsrecht TVG, § 12a Rn. 1.

¹²Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

¹³Höfling in Sachs GG, Art. 9 Rn. 1; Mohr, EuZA 2018, 436 (447).

¹⁴Bayreuther (2018), Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, S. 68.

¹⁵Höfling in Sachs GG, Art. 9 Rn. 54; Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

In diesem Sinne hat das Bundesarbeitsgericht bereits in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen, die unter § 12a TVG fallen, entschieden, dass diese vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind.¹⁶ Das BAG stellt klar, dass die Koalitionsfreiheit bereits aufgrund ihres Verfassungsstatus auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden müsse und nicht erst einer Erweiterung durch das TVG bedürfe.¹⁷ Folglich kann sich die Frage, ob auch Solo-Selbstständige vom persönlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind, nicht mit der Feststellung begnügen, dass jene Selbstständige, die nicht die Voraussetzungen des § 12a TVG erfüllen, nicht den Schutz der Koalitionsfreiheit genießen.¹⁸ Vielmehr ist es sinnvoll, nach Sinn und Zweck des Art. 9 Abs. 3 GG die Erfassung von Solo-Selbstständigen an anderen Kriterien, wie zum Beispiel der individuellen Schutzbedürftigkeit des Selbstständigen, zu bemessen.¹⁹ Ein mit einem Arbeitnehmer oder einer arbeitnehmerähnlichen Person vergleichbarer Schutzbedarf kann insbesondere dann bestehen, wenn dem Selbstständigen zwar keine gänzliche wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber zugesprochen werden kann, dieser dennoch aufgrund einer asymmetrischen Beziehung zu seinen Verhandlungspartnern in eine schwache Verhandlungsposition gedrängt würde, könnte er seine Interessen nicht im Sinne der Koalitionsfreiheit vertreten.²⁰

Ferner entspricht eine solche Herangehensweise dem Diskurs über die Einbeziehung von Selbstständigen in das Sozialrecht.²¹ Demnach erscheint es inkonsequent, nicht auch die Frage nach der Möglichkeit für Selbstständige, ihre Interessen als Kollektiv durchzusetzen, zu stellen. Es ist auch nicht sinnvoll, die Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht als Alternativlösung zur Absicherung im Rahmen des Sozialversicherungsrechts zu verstehen; vielmehr ist hierin die Chance zur Etablierung eines Gesamtkonstrukts zur Festigung der Interessen von Selbstständigen zu sehen.²²

Letztlich handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit auch nach dem Bundesverfassungsgericht um ein entwicklungsoffenes Grundrecht, bei dessen Auslegung nicht gänzlich auf das traditionelle Verständnis zurückgegriffen werden muss.²³ Die Konzeption des Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht, das die Freiheit zum Zusammenschluss zu Vereinigungen zwecks Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet, gebiete, das Interesse der Teilnehmer des Arbeits- und Wirtschaftslebens an die jeweiligen Gegebenheiten und Neuerungen anzupassen.²⁴ Nur dadurch kann garantiert werden, dass eine interessengerechte Vertretung auch außerhalb des traditionellen Arbeitsverhältnisses durch Kollektivierung möglich ist. Mithin legt es der Sinn und Zweck des Art. 9 Abs. 3 GG nahe, die Koalitionsfreiheit nicht im Sinne des dem § 611a BGB zugrundeliegenden Arbeitnehmerbegriffs zu beschränken, sondern auf Beschäftigungsverhältnisse zu erstrecken, bei denen es zur Wahrung interessengerechter Arbeits- beziehungsweise Auftragsverhältnisse unerlässlich ist, dem jeweiligen Vertragspartner durch Bildung eines kollektiven Gegengewichts entgegenzutreten.²⁵

Dennoch bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten, die Tragweite des Art. 9 Abs. 3 GG an Veränderungen anzupassen

oder sie in gebotenem Maße zum Schutze anderer Rechtsgüter entsprechend zu beschränken.²⁶ In diesem Sinne eröffnet § 12a TVG auch für arbeitnehmerähnliche Personen die Möglichkeit, Tarifverträge zu schließen. Ähnliche Regelungen stellen § 17 HAG und § 36 UrhG dar.²⁷

Bereits der Wortlaut des § 12a TVG lässt jedoch erkennen, dass nur ein Teil der Selbstständigen erfasst sind. Die wirtschaftliche Abhängigkeit sowie die einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit resultiert nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG aus einer überwiegenden persönlichen Tätigkeit für eine Person oder dem Bezug von mehr als 50 % des Entgelts von einem Auftraggeber. Damit fallen jene Selbstständige, die regelmäßig für mehrere Auftraggeber tätig werden, nicht in den Anwendungsbereich des § 12a TVG.²⁸ § 12a TVG setzt damit eine so enge Bindung an einen Auftraggeber voraus, dass dem Selbstständigen ohne die Aufträge dieses Auftraggebers der Verlust seiner Existenzgrundlage drohen würde.²⁹

In diesem Kontext fallen beispielsweise im Bereich der Plattformarbeit tätige Selbstständige in der Regel nicht unter § 12a TVG, sodass es ihnen nicht möglich ist, ihre Auftragsbedingungen tarifvertraglich und damit auf Augenhöhe mit den Auftraggebern zu bestimmen, es sei denn, sie können ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 12a TVG nachweisen. Dies wird ihnen bei Tätigkeit für verschiedene Auftraggeber, ohne dass es sich bei den Aufträgen, die auf einen dieser verschiedenen Auftraggeber zurückzuführen sind, um die Existenzgrundlage des Selbstständigen handelt, in der Regel jedoch nicht gelingen.³⁰ Insoweit wird unter Berücksichtigung der Plattformarbeiter und neuerer Formen von Digitalarbeit deutlich, dass die jetzige Fassung des § 12a TVG noch immer Schutzlücken im Bereich der Selbstständigkeit aufweist.³¹ Selbst bei Nichtbeachtung der Frage nach der Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person erscheint zudem noch immer der Gedanke an die Möglichkeit, als Selbstständiger seine Arbeitsbedingungen durch Beitritt in einen tariffähigen Verein im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG

¹⁶BAG 15.02.2005 – 9 AZR 51/04 unter I.2.b.aa.

¹⁷BAG 15.02.2005 – 9 AZR 51/04; Anders etwa: Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 4.

¹⁸Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

¹⁹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 2.

²⁰Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7.

²¹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Waltermann, RdA 2019, 94 (97).

²²Asshoff, NZA 2021, 1526.

²³BVerfG NJW 1979, 699 (708).

²⁴BVerfG NJW 1979, 699 (708); Scholz in Maunz/Dürig GG, Art. 9 Rn. 180.

²⁵Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 2.

²⁶BVerfG NJW 1979, 699 (709); Löwisch/Rieble TVG, § 2 Rn. 9.

²⁷Seifert (2022), Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige und unionsrechtliches Kartellverbot, S. 30 ff.

²⁸Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 4, 5; Von Steinau-Steinrück/Jöris, DB 2020, 2353 (2355); Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

²⁹BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239; Bayreuther, S. 25.

³⁰Bayreuther, S. 26.

³¹Bayreuther, S. 26.

durch Tarifverträge zu gestalten, der Tarifpraxis fremd zu sein.³²

Letztlich ist auch für die Klärung des Verhältnisses von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht auf nationaler Ebene relevant, ob Selbstständige in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen sind. Tarifverträge beschränken den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt insoweit, als sie im Rahmen ihrer Geltung Arbeitsbedingungen festsetzen und so einen freien Markt nicht zulassen.³³ Durch den Einbezug der Selbstständigen in den Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts könnte eine Privilegierung von Kollektivmaßnahmen erreicht werden; kartellrechtliche Regelungen wären im Lichte des Grundrechts auszulegen.³⁴

III. Selbstorganisation und Arbeitskampf

Neben der rechtlichen Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht sind auch praktische Hürden zu überwinden, um Selbstständigen die kollektive Organisation und möglicherweise die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen zu ermöglichen. Gewerkschaften wie Ver.di und die IG Metall haben Selbstständigen seit einigen Jahren die Möglichkeit einer Mitgliedschaft eröffnet und ihr Angebot zum Beispiel in Bezug auf Crowdworker seit jeher erweitert.³⁵ Mangels fehlender rechtlicher Grundlage kamen bisher keine Tarifverträge für Selbstständige zustande, sodass sich die Frage nach alternativen Maßnahmen zur Interessensdurchsetzung stellte. Initiativen wie „Fair Crowd Work“ versuchen daher, neben der reinen Informationsvermittlung den Austausch von Crowd-, App- und Plattformarbeitern zu fördern.³⁶ Hierneben bieten die Gewerkschaften beispielsweise Crowdworkern an, Plattformen zu bewerten und so ihre Erfahrungen mit anderen Crowdworkern zu teilen.³⁷ Bisher fällt es den Gewerkschaften jedoch schwer, Selbstständige als Mitglieder zu gewinnen und diese zu organisieren.³⁸

C. Unionsrechtliche Einordnung

I. Kartellrechtliche Einordnung

Eine rein nationale Anstrengung kann das Problem der Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrechtssystem in Europa nicht nachhaltig lösen. In dem rechtlichen Kontext der Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in das Tarifrecht kommt es auf Fragen des Europäischen Kartellrechts an.³⁹

Nach dem weiten Verständnis des EuGH, nach dem im Rahmen des Wettbewerbsrechts „der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit“ umfasst, gelten auch Selbstständige, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten, als Unternehmer im Sinne des Europäischen Kartellrechts.⁴⁰

Das Aufeinandertreffen von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht rückte durch die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs in einer Reihe von Entscheidungen, erstmals in der Rechtssache Albany, in den Vordergrund.⁴¹ Der Europäische Gerichtshof stellte in diesem Zusammenhang fest, dass Tarifverträgen notwendigerweise eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zukommt.⁴² Zur Erreichung von sozialpolitischen Zielen, die unter anderem in

den Art. 151 ff. AEUV kodifiziert sind, sowie zum Schutze der Tarifautonomie im Sinne der Art. 28 GRCh, Art. 11 EMRK, könnte es im Einzelfall dennoch erforderlich sein, die kartellrechtlichen Regeln hinter die kollektivrechtlichen Interessen zu stellen und die Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV auszunehmen.⁴³

Im Jahr 2014 wies der Europäische Gerichtshof ergänzend hierzu in der Rechtssache FNV Kunsten darauf hin, dass diese Ausnahme von den jeweiligen kartellrechtlichen Verboten nur für Tarifverhandlungen gilt, die Arbeitnehmer erfassen, sodass Kollektivabreden von Selbstständigen bzw. für Selbstständige weiterhin den Beschränkungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterliegen.⁴⁴

Eine Erweiterung dieser Ausnahme sieht der EuGH lediglich für sogenannte Scheinselbstständige vor, die das Gericht als „Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden“, beschreibt.⁴⁵ Fraglich ist hierbei aus deutscher Sicht, insbesondere in Anbetracht der dem Unionsrecht fremden Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen im Sinne des § 12a TVG, welche Personengruppen der EuGH auf Unionsebene erfassen wollte.⁴⁶

In diesem Sinne könnten die Ausführungen des EuGH dahingehend interpretiert werden, dass der Gerichtshof jene Fälle inkludieren wollte, bei denen ein Auseinanderfallen des Arbeitnehmerbegriffs auf nationaler und dem Arbeitnehmerbegriff auf europarechtlicher Ebene zu verzeichnen ist.⁴⁷ Im Sinne einer Vereinheitlichung des

³²Gärtner (2020), Koalitionsfreiheit und Crowdwork - Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbständiger Crowdworker, S. 123.

³³Klapperich, NZKart 2020, 125 (125); Preis/Greiner (2020), Arbeitsrecht - Kollektivarbeitsrecht 5. Aufl., Rn. 231.

³⁴Bayreuther, S. 92; Das Verhältnis von Arbeitsrecht und Kartellrecht wird hier auf unionsrechtlicher Ebene behandelt.

³⁵Bayreuther, S. 66; Satzung IG Metall, https://www.igmetall.de/download/20191231_IGM.Satzung_2020.web_4bc0a0e0054f65e751cf12b6d4b17c76d0a01873.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 11; Ver.di, Flyer, https://selbststaendige.verdi.de/+ +file+ +5645fe05aa698e0765000448/download/verdi_selbststaendige.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁶<http://faircrowd.work/de/> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁷IG Metall: <https://www.wette.de/faircrowdwork/> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023); Ver.di: <https://www.ich-bin-mehr-wert.de> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁸Fulton (2018), Trade unions protecting self-employed workers – why self-employed workers need better rights? What unions are doing? Which priorities for the future?, S. 11.

³⁹Kocher, ZEuP 2021, 606 (630 ff.).

⁴⁰EuGH v. 23.04.1991 – C-41/90 NZA 1991, 447; EuGH v. 18.06.1998 – C-35/96 (Kommission/Italien) EuZW 1999, 93.

⁴¹EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 (Albany).

⁴²EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 Rn. 59 (Albany).

⁴³EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 Rn. 59 (Albany); Asshoff, NZA 2021, 1526 (1531); Mohr, EuZA 436 (451 f.).

⁴⁴EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (56) (FNV Kunsten).

⁴⁵EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (57) (FNV Kunsten).

⁴⁶Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8; Rummel in Waas/Hießl, S. 137.

⁴⁷Rieble (2016), Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts, S. 80.

Kartellrechts sind Scheinselbstständige damit jene Personen, die aus europarechtlicher Sicht unter den Arbeitnehmerbegriff subsumiert werden können, auch wenn sie nach der nationalen Rechtsordnung als Selbstständige angesehen werden könnten.⁴⁸ Folglich führte der EuGH nach diesem Verständnis mit den Scheinselbstständigen gerade keine neue Kategorie von Selbstständigen ein, sondern wurde zur Klarstellung sowie zur Vermeidung von unterschiedlichen Ergebnissen auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene tätig.

Andererseits lässt sich anführen, dass nach diesem Verständnis der FNV Kunsten Entscheidung in Anbetracht der vorangegangenen Albany-Rechtsprechung kein eigener Regelungsgehalt zuzusprechen wäre.⁴⁹ Insoweit läge es aus deutscher Sicht nicht fern, auch Tarifverhandlungen von arbeitnehmerähnlichen Personen, etwa im Sinne des § 12a TVG, aus dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsverbote herauszunehmen.⁵⁰

Hervorzuheben ist, dass der EuGH allmählich Abstand zu nehmen scheint von der kategorischen Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen und Konstellationen anerkennt, bei denen die rechtliche Würdigung einer Einzelfallabwägung bedarf. Im Rahmen des auf dem Arbeitsmarkt zunehmenden Geflechts von verschiedenen Arbeitsformen kann insoweit, beispielsweise bei Feststellbarkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses, die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft naheliegen.⁵¹ Umgekehrt kann im Einzelfall die Unabhängigkeit in den Vordergrund rücken und schließlich die Unternehmereigenschaft im Sinne des Wettbewerbsrechts festgestellt werden.⁵²

Die Grenzen zwischen Kartellrecht und Arbeitsrecht konnten durch die bisherige Rechtsprechung nicht abschließend geklärt werden, sodass die verbleibende Rechtsunsicherheit in Hinblick auf den Einfluss des Kartellrechts und der Durchbrechung des binären Systems von Arbeitnehmern und Selbstständigen noch immer Raum für unterschiedliche Vorgehensweisen der nationalen Behörden innerhalb der Europäischen Union lässt. Diesen Herausforderungen, die mit der Zunahme von modernen Arbeitsformen in den Mittelpunkt des politischen und rechtlichen Diskurses gerückt sind, muss sich die Europäische Union nun stellen.

Wegweisend könnten hierbei als Rechtsquellen zur Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit die von den EU-Mitgliedsstaaten ratifizierten ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 herangezogen werden, die den Schutz der Vereinigungsfreiheit vor Eingriffen des Staates und durch Arbeitgeber regeln.⁵³ Die für die unverbindlichen Auslegungsempfehlungen der Konventionen zuständigen Spruchkörper, das Committee on Freedom of Association (CFA) und das Committee on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) haben zur Einbeziehung von Selbstständigen bereits Stellung genommen.⁵⁴ Die ILO-Konventionen seien insoweit auszulegen, dass die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmereigenschaft kein Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses im klassischen Sinne voraussetze. Vielmehr erfasse der Anwendungsbereich der Konventionen auch Selbstständige.⁵⁵

Dieser Linie folgte auch der EU-Sozialrechtsausschuss im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine Maßnahme der irischen Kartellbehörde, die bestimmten

Gruppen von wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen den Abschluss von Kollektivvereinbarungen untersagte.⁵⁶ Der zuständige Ausschuss stellte fest, dass Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Sozialcharta, der nach seinem Wortlaut ebenfalls nur Arbeitnehmer erfasst, grundsätzlich auch auf wirtschaftlich abhängige Selbstständige anwendbar sei.⁵⁷

Folgerichtig müsste zur Vereinheitlichung und zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten auf Unionsebene klargestellt werden, dass auch die kartellrechtlichen Vorschriften in diesem Sinne auszulegen sind. Nur so kann eine einheitliche Auslegung im Lichte des Verständnisses der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 und des Art. 6 der EU-Sozialcharta erreicht werden.

Wieso gerade im kartellrechtlichen Kontext auf Unionsebene von einer hiervon abweichenden Auslegung Gebrauch gemacht wird, erscheint im Hinblick auf eine völkerrechtskonforme und einheitliche europarechtliche Auslegung äußerst problematisch.

II. Lösungsansätze

Es drängt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Zeitgemäßheit des Umstandes auf, dass sich kollektive Rechte an einem normativ festgesetzten, kategorischen System orientieren, wie dies auf europäischer Ebene, aber auch in den meisten nationalen Rechtsordnungen der Fall ist.⁵⁸ Dieses kategorische System, das bei der Einstufung einer Person als Arbeitnehmer, Selbstständiger oder, beispielhaft aus deutscher Perspektive, arbeitnehmerähnlicher Person, einer im Wesentlichen binären Struktur folgt, birgt die Gefahr einer künstlichen Differenzierung, die nicht mehr in der Lage ist, die in der modernen Arbeitswelt vorkommenden Arbeitsverhältnisse abzudecken und entsprechende Schutzmechanismen zu etablieren. So besteht die hier wiederholt angesprochene Gefahr, dass das Rechtssystem nicht in der Lage ist, Personengruppen zu erfassen, die nicht so einfach einer dieser Kategorien zuzuordnen sind.

Eine Möglichkeit ist es, unter der grundsätzlichen Beibehaltung dieser kategorischen Aufspaltung und damit insbesondere der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen Untergruppen von Selbstständigen festzulegen, denen Kollektivrechte zugebilligt werden

⁴⁸Rieble, S. 80.

⁴⁹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8.

⁵⁰Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8.

⁵¹Lianos in Waas/Hießl, S. 301.

⁵²Lianos in Waas/Hießl, S. 301.

⁵³Gernigon/Odero/Guido, ILO, International labour standards – a global approach, S. 18 f.

⁵⁴CFA, Compilation of decisions of the CFA, 6. Ed. (2018), Artt. 387 – 389; ILO, Application of International Labour Standards 2020, Report of the CEACR, S. 76.

⁵⁵CFA, Compilation of decisions of the CFA, 6. Ed. (2018), Artt. 387 – 389; ILO, Application of International Labour Standards 2020, Report of the CEACR, S. 76.

⁵⁶ICTU v. Ireland, Complaint No. 123/2016.

⁵⁷ICTU v. Ireland, Complaint No. 123/2016, Decision on the merits, Rn. 34 ff.

⁵⁸Rainone/Countouris, S. 2.

könnten. So könnten Ausnahmenvorschriften für diese Personengruppen implementiert werden, welche beispielsweise den Anwendungsbereich von Wettbewerbsverboten auf nationaler oder europäischer Ebene in Hinblick auf diese Gruppen von Selbstständigen modifizieren. Insoweit könnte an dem von der Rechtsprechung gefundenen Terminus der Scheinselbstständigkeit festgehalten und dieser auf weitere schutzbedürftige Gruppen von Selbstständigen erweitert werden, beziehungsweise die Voraussetzungen für die Annahme einer von der Rechtsprechung des EuGH bereits anerkannten Scheinselbstständigkeit entsprechend modifiziert werden.⁵⁹

Eine Alternativmöglichkeit wäre, die bestehenden Kategorien, insbesondere den Arbeitnehmerbegriff, auf europarechtlicher Ebene gänzlich neu zu denken. Möglich wäre es, für das Arbeitsrecht und das Kartellrecht voneinander unabhängige Definitionen einzuführen, um so den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgebiets gerecht zu werden. So könnte auf der einen Seite an der für das Arbeitsrecht bestehenden Arbeitnehmerdefinition festgehalten werden, während auf der anderen Seite flexiblere Lösungen für das Kartellrecht gefunden werden könnten, die sich an die Gegebenheiten des Marktes anpassen, ohne die für das Kartellrecht notwendige Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Unternehmen zu hinterfragen.⁶⁰

Überdies könnten, anstatt an den genannten normativen Kriterien, die eine Person zu einem Arbeitnehmer oder Selbstständigen machen, festzuhalten, Umstände und Voraussetzungen definiert werden, bei deren Vorliegen davon auszugehen ist, dass eine Partei sich gegenüber der anderen Partei in einer schwachen Verhandlungsposition befindet und damit schutzbedürftig ist.⁶¹ So könnte verhindert werden, dass die dominante Verhandlungspartei die Arbeitskosten nach unten treibt und der Auftragnehmer keine marktgerechte Vergütung erhält.⁶² Unabhängig von der Einstufung als Arbeitnehmer oder Selbstständiger könnten so jene Fälle erfasst werden, bei denen sich das Ungleichgewicht der Verhandlungspartner zuungunsten der Auftragnehmer negativ auf die Arbeitsbedingungen auswirkt.⁶³ Ein beispielhaft und nicht abschließend zu nennender Umstand, der, geprägt von der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache FNV Kunsten, hierfür relevant sein sollte, wäre die Erbringung von vornehmlich persönlicher Arbeit und Dienstleistungen durch den Selbstständigen.⁶⁴ Nicht erstrebenswert wäre es hingegen, sich bei der Lösungsfindung aufgrund des aktuellen Diskurses nur auf die digitalen Plattformarbeiter zu beschränken; vielmehr sind auch Situationen außerhalb dieser Form der Beschäftigung zu evaluieren, bei denen eine wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit der Selbstständigen bestehen kann.

All dies zeigt jedoch, dass auf europarechtlicher Ebene unterschiedliche Möglichkeiten bestehen, die Grenzen zwischen dem Arbeitsrecht und dem Wettbewerbsrecht neu zu definieren und so zum Schutz von Selbstständigen beizutragen, ohne die wettbewerbsschützenden Vorschriften gänzlich auszuhöhlen.

III. Leitlinien der Kommission

Eine weitere Möglichkeit, die Grenzen zwischen dem Tarifvertragsrecht und dem Wettbewerbsrecht auf europäischer Ebene zu bestimmen, sieht die Europäische Kommission in ihren am Ende des Jahres 2021 zur Diskussion veröffentlichten und Anfang 2022 genehmigten Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen.⁶⁵ Hiermit versucht die Kommission, eine Antwort auf die aufgezeigten Veränderungen in der Arbeitswelt zu finden und die Probleme zu lösen, die sich mit der bisherigen Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere durch die nationalen Kartellbehörden, ergeben.⁶⁶ In den Leitlinien bekennt sich die Kommission zum in Art. 3 Abs. 3 EUV verankerten Ziel, eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft zu etablieren und im Sinne des Art. 152 AEUV den sozialen Dialog zu fördern sowie das in Art. 28 GrCH garantierte Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zu stärken.⁶⁷ Ziel der Leitlinien sei es außerdem, die sozialen Grundsätze der Erreichung von besseren Arbeitsbedingungen und einer angemessenen Absicherung innerhalb der Europäischen Union zu fördern.⁶⁸ Diese Ziele versucht die Kommission im Hinblick auf ihre eingeschränkte Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts im Sinne des Art. 153 Abs. 5 AEUV auf mittelbarem Wege durch die Änderung der Auslegung des Wettbewerbsrechts, insbesondere des Art. 101 AEUV, zu erreichen.

Mit den dargestellten Leitlinien unternimmt die Europäische Kommission einen Versuch, die Situation von Solo-Selbstständigen in Hinblick auf ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern, indem sie verschiedene Gruppen von Selbstständigen als aus dem kartellrechtlichen Beschränkungsrahmen exkludiert betrachtet beziehungsweise Durchsetzungsprioritäten der Kommission festlegt. Die Leitlinien legen in ihrem dritten Abschnitt Gruppen von Selbstständigen fest, die nicht unter Art. 101 AEUV fallen sollen; hierunter beispielsweise wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige.⁶⁹ Im vierten Abschnitt werden sodann die Durchsetzungsprioritäten der Kommission festgelegt und aufgezeigt, in welchen Fällen die Kommission ausnahmsweise nicht gegen Tarifverträge von Selbstständigen vorgehen wird.⁷⁰

Es bleibt dennoch zu analysieren, ob dieser Vorstoß tatsächlich in der Lage ist, die gesetzten Ziele zu erreichen oder ob hierin eine versäumte Gelegenheit zu sehen ist, die tarifvertragsrechtliche Lage von Selbstständigen von Grund aus zu überdenken. Seit der Veröffentlichung und

⁵⁹EuGH v. 4.12. 2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (57) (FNV Kunsten); Lianos in Waas/Hießl, S. 313.

⁶⁰Lianos in Waas/Hießl, S. 315.

⁶¹Rainone/Countouris, S. 5.

⁶²Rainone/Countouris, S. 5.

⁶³Rainone/Countouris, S. 5.

⁶⁴Lianos in Waas/Hießl, S. 319; Rainone/Countouris, S. 5.

⁶⁵Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/1.

⁶⁶Rainone/Countouris, S. 2.

⁶⁷Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/2.

⁶⁸Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/2.

⁶⁹Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/6.

⁷⁰Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/9.

insbesondere im Konsultationsverfahren der Leitlinien haben sich zahlreiche Gewerkschaften und andere Verbände sowie von den Leitlinien betroffene Unionsbürger zu den Leitlinien geäußert und Lob sowie Kritik in entsprechenden Stellungnahmen kundgetan. Insgesamt lässt sich die Tendenz erkennen, dass der Vorstoß der Europäischen Kommission dem Grunde nach als ein Schritt in die richtige Richtung wahrgenommen wird.⁷¹

1. Anwendungsbereich Bei Heranziehung der vorläufigen Folgenabschätzung der Europäischen Kommission zu den geplanten Änderungen lässt sich feststellen, dass sich die Kommission erfreulicherweise nicht dafür entschieden hat, die Leitlinien lediglich auf Plattformarbeiter zu beschränken.⁷² Eine solche Differenzierung wäre dem Narrativ der FNV Kunsten Entscheidung, bei der es gerade nicht um Plattformarbeiter ging, nicht gerecht geworden und hätte nur bedingt zur Lösung des aufgezeigten Problems beigetragen, das nicht nur Plattformarbeiter betrifft.⁷³ Letztendlich hat sich die Europäische Kommission auch dagegen entschieden, ausnahmslos alle Solo-Selbstständigen zu erfassen.⁷⁴ Damit legt die Kommission mit den Leitlinien als Ergebnis des Konsultationsverfahrens eine Kompromisslösung vor, die bestimmte Personengruppen von Solo-Selbstständigen erfasst, andere wiederum weiterhin unberücksichtigt lässt. Hiernach werden die Leitlinien, was nicht überrascht, je nach eigener Klientel von den Gewerkschaften und anderen Organisationen, die ihre Stellungnahme abgegeben haben, hauptsächlich hinsichtlich ihrer Reichweite bemängelt.

In diesem Sinne wird von verschiedenen Organisationen unter anderem auch gefordert, eine ausnahmslose Erstreckung der Leitlinien auf alle Selbstständigen zu erreichen. Hierbei bleibt zu erörtern, inwiefern die von den Leitlinien getroffene Begriffsdefinition für die erfassten Solo-Selbstständigen, das von der EU-Kommission zu lösende Problem tatsächlich bereinigt. Von den Leitlinien werden Selbstständige erfasst, die „in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen sind“.⁷⁵ Zunächst wird vorgeschlagen, die Formulierung „in erster Linie“ durch „überwiegend“ zu ersetzen.⁷⁶ Eine entsprechende Änderung der Begriffsdefinition könne aufgrund der geringeren Schwelle zu einer Inklusion weiterer schutzbedürftiger Solo-Selbstständiger führen.⁷⁷ Ferner sei die Formulierung „in erster Linie“ mit einer gewissen Unbestimmtheit behaftet und führe zu Rechtsunsicherheiten bei der Rechtsanwendung in Hinblick auf Selbstständige an der Grenze dieser von der Kommission gewählten Definition.⁷⁸

Die Europäische Kommission führt, wie bereits dargestellt, präzise aus, welche Personen unter die Leitlinien fallen, sodass die Kritik der Gewerkschaften in puncto Rechtsunsicherheit und Unbestimmtheit hier nur bedingt geteilt wird. Nebstdem kann kritisiert werden, dass weiterhin Konstellationen denkbar sind, bei denen Selbstständige, die einen vergleichbaren Schutzbedarf aufweisen wie die erfassten Personen, gerade nicht von den Leitlinien erfasst sein könnten. Dennoch gelingt es durch diese Einschränkung, jene Selbstständige auszunehmen, bei denen die Erbringung der Leistung nicht auf eigener Arbeitskraft beruht. Im Übrigen wird der besonderen Situation von Solo-Selbstständigen in Abgrenzung zu Selbstständigen mit mindestens einem Beschäftigten

Rechnung getragen, die nach einer im Auftrag des Europäischen Parlaments durchgeführten Studie nicht mit denselben prekären Arbeitsbedingungen konfrontiert sind wie jene Selbstständige ohne eigene Beschäftigte.⁷⁹

Problematisch erscheint weiterhin, dass die Leitlinien von einem statischen Markt ausgehen.⁸⁰ So wird nicht explizit geregelt, wie Situationen zu behandeln sind, bei denen einst Solo-Selbstständige ohne Beschäftigte sich dazu entschließen, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Leitlinien, wenn diese zum einen die Situation von Solo-Selbstständigen verbessern wollen, aber zum anderen das Verständnis vermitteln, ihrem Wachstum im Wege zu stehen. Es ist beispielsweise nicht geregelt, ob Tarifverträge, die ein Solo-Selbstständiger als solcher schließt, beim Ausstieg aus der Solo-Selbstständigkeit, ohne dass dieser Ausstieg zwangsläufig etwas an der Schutzbedürftigkeit des Selbstständigen ändert, unter den entsprechenden Voraussetzungen fortwirken würden. Dieser Problematik kommt ferner besondere Relevanz zu in Konstellationen, bei denen der Solo-Selbstständige zum Beispiel nur saisonal oder auftragsbedingt Personal beschäftigt und damit lediglich außerhalb dieser Zeit als Solo-Selbstständiger angesehen werden könnte.

Weiterhin wird angeführt, dass auch die Definition der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu eng gefasst sei.⁸¹ Nach der Europäischen Kommission ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit anzunehmen, sobald der Selbstständige ausschließlich oder überwiegend für einen Auftraggeber tätig wird, wobei letztere Konstellation bei einer Erwirtschaftung von mindestens 50 % des jährlichen Arbeitseinkommens von einer Gegenpartei als gegeben anzusehen sei.⁸² Es handelt sich hierbei um eine vom deutschen Gesetzgeber in Hinblick auf § 12a Abs. 1 Nr. 1 lit. b 1. Hs. TVG geteilte (politische) Entscheidung der Europäischen Kommission auf Unionsebene. Auch der von der deutschen Rechtsordnung bekannte § 12a Abs. 1

⁷¹CESI, Consultation Contribution, <https://www.cesi.org/wp-content/uploads/2022/02/2022-C1.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1; DGB, Stellungnahme, <https://www.dgb.de/downloadcenter/+co++f35b07a4-93e2-11ec-bcf2-001a4a160123> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1; Ver.di, Stellungnahme, https://selbststaendige.verdi.de/+file++62164feb93a2d9f9074aad7e/download/220224_verdi-Stellungnahme_EU-Wettbewerbsrechts.Solo-Selbststaendige.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1.

⁷²Europäische Kommission, Ref. Ares (2021)102652 - 06/01/2021, S. 3.

⁷³Countouris/De Stefano/Lianos, CLES Research Paper Series 2/2021, S. 22.

⁷⁴Europäische Kommission, Ref. Ares (2021)102652 - 06/01/2021, S. 3.

⁷⁵Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/6.

⁷⁶DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁷DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁸DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁹CESI, Consultation Contribution S. 1; Directorate General for internal policies, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL.STU\(2016\)587285_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL.STU(2016)587285_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 169.

⁸⁰SMEunited, Position Paper, <https://www.smeunited.eu/admin/storage/smeunited/20220221-pp-guidelines-final.pdf> (abgerufen am 07.01.2023), S. 3.

⁸¹Ver.di, Stellungnahme, S. 3.

⁸²Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/7.

Nr. 1 lit. b 1. Hs. TVG setzt an diesem Schwellenwert von 50 % an und definiert unter anderem so die Grenze zwischen Selbstständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen. Anders als § 12a Abs. 3 TVG differenzieren die Leitlinien der Europäischen Kommission nicht nach der Art der erbrachten Leistung. Nach § 12a Abs. 3 TVG ist die Grenze beispielsweise bei künstlerischen, schriftstellerischen oder journalistischen Leistungen auf einen Drittel des Entgelts herabzusetzen.

Es ist notwendig, zumal rein tatsächlich nicht für alle Solo-Selbstständigen behauptet werden kann, sie seien per se wirtschaftlich abhängig, zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten auf klare Indizien für die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit abzustellen. Die von der Europäischen Kommission aufgestellte Grenze trägt damit zu einer einfacheren Handhabung des Begriffs der wirtschaftlichen Abhängigkeit bei. Es genügt jedoch nicht, sich bei der Feststellung der Schutzbedürftigkeit eines Solo-Selbstständigen lediglich an der Auftragsabhängigkeit zu orientieren.

Insoweit besteht in bestimmten Branchen die Möglichkeit, dass sich die Schutzbedürftigkeit der Solo-Selbstständigen aus einer schwachen Verhandlungsposition ergeben kann. Ein solches Ungleichgewicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn dem Solo-Selbstständigen eine Gegenpartei gegenübersteht, die über eine beherrschende Stellung am Markt verfügt. In diesem Sinne legt die Europäische Kommission fest, nicht gegen Tarifverträge, die von Solo-Selbstständigen mit Gegenparteien geschlossen werden, die über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügen, vorgehen zu wollen.⁸³

Es ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission trotz Vorgabe von Schwellenwerten eine gewisse Flexibilität in puncto Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Solo-Selbstständigen aufzeigt und neben den genannten Kategorien auch in anderen Konstellationen das Absehen von einem Einschreiten infolge einer bestehenden Verhandlungsasymmetrie zuungunsten des Solo-Selbstständigen für möglich hält. Es ist jedoch abzuwarten, ob auch die Rechtspraxis von einer flexiblen Handhabung geprägt sein wird und inwieweit diese Handhabung nicht doch zu Unsicherheiten bei der Auslegung der von den Leitlinien genannten Kategorien führen könnte.

Im Gegensatz dazu wird argumentiert, dass die Europäische Kommission ihre Zuständigkeit insbesondere in Hinblick auf die unterschiedlichen nationalen Systeme im Arbeitsrecht überschritten habe.⁸⁴ Es sei Aufgabe der nationalen Gesetzgeber, bei Bedarf Sicherungsmechanismen für Solo-Selbstständige in Bezug auf ihre Tarifvertragsfreiheit zu implementieren.⁸⁵ Das Wettbewerbsrecht könne nicht zur Regelung des Koalitionsrechts, das nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht in den Kompetenzbereich der EU fällt, instrumentalisiert werden.⁸⁶

Im Übrigen wird aufgeführt, dass Kollektivverhandlungen dazu dienen, das Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu kompensieren, nicht jedoch zwischen Unternehmen und Solo-Selbstständigen, die im Rahmen des Wettbewerbsrechts ebenfalls als solche anzusehen seien.⁸⁷ Der Leitlinienkatalog der Kommission trage zu Verunsicherungen bei, sowie dazu, dass die

Grenzen zwischen Arbeitsverhältnissen und Unternehmenschaft schwimmen.⁸⁸ So argumentiert der VGSD in seiner Stellungnahme, dass die überwiegende Zahl der (Solo-)Selbstständigen bereits angemessene Honorare erhielten, die nicht aufgrund von tarifvertraglich niedriger angesetzten Honoraren reduziert werden dürften.⁸⁹ Letztlich führe es in der Praxis zu Verunsicherungen, wenn weder die Selbstständigen noch deren Auftraggeber aufgrund von unbestimmten Leitlinien ihren Status sicher einordnen könnten.⁹⁰

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Leitlinien ausreichend bestimmte Kriterien in Bezug auf ihren Anwendungsbereich festlegen, die, unter Umständen auch durch Ausführungen der Gerichte, in der Praxis an weiterer Klarheit gewinnen werden. Dies ergibt sich ferner aus der Klarstellung der Kommission in den Leitlinien, dass Tarifverträge von Selbstständigen, die nicht unter die Leitlinien fallen, nicht per se mit Art. 101 AEUV unvereinbar sind, sondern eine Einzelfallprüfung erfolgen muss, um etwaige Zweifel auszuschließen.⁹¹

Anknüpfend hieran kann kritisiert werden, dass die Leitlinien keine klaren Erkenntnisse zur Frage danach, was genau in den Tarifverträgen verhandelt werden kann, sowie welche Verhandlungsmaßnahmen während den Tarifverhandlungen ergriffen werden können, liefern. Hierbei handelt es sich jedoch um wesentliche Probleme, deren Nichtbeantwortung durch die Leitlinien zu Unsicherheiten für die verhandelnden Parteien führen kann.⁹²

2. Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen In Zusammenhang mit den Leitlinien der Kommission lässt sich des Weiteren das Problem der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen nennen, welches ebenfalls Erwähnung in den Leitlinien gefunden hat. Zwar legen die Leitlinien eine restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsverbote nahe und stehen somit möglichen Tarifvereinbarungen nicht unmittelbar im Wege, sie beantworten aber die Frage nach der Vereinbarkeit von Kampfmaßnahmen mit dem Kartellrecht nicht. Kampfmaßnahmen können zur Wahrung des Gegenmachtprinzips erforderlich, gar unerlässlich sein, um wirtschaftlichen Druck auf die Gegenpartei auszuüben und so dem Ziel einer tariflichen Gestaltung der Auftragsbedingungen näher zu kommen.⁹³

Dass das Handeln von Selbstständigen als Kollektiv de facto auch als spontane Aktionen mit Arbeitskampfcharakter möglich ist, haben bereits mehrere Kollektivmaßnahmen,

⁸³ Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/9.

⁸⁴ BDA, Stellungnahme, <https://arbeitsgeber.de/wp-content/uploads/2022/02/bda-arbeitgeber-stellungnahme-eu-wettbewerbsrecht-tarifvertraege-solo-selbststaendige-2022.02.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 3.

⁸⁵ BDA, Stellungnahme, S. 3.

⁸⁶ BDA, Stellungnahme, S. 1; DGB, Stellungnahme, S. 1.

⁸⁷ SMEunited, Position Paper, S. 2.

⁸⁸ SMEunited, Position Paper, S. 2.

⁸⁹ VGSD, Stellungnahme, <https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2021/02/090166e5d928f9c9.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1.

⁹⁰ VGSD, Stellungnahme, S. 1.

⁹¹ Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/4.

⁹² SMEunited, Position Paper, S. 3.

⁹³ Seifert, S. 127.

insbesondere Boykottaufrufe, gezeigt.⁹⁴ So musste sich beispielsweise in Deutschland das Bundeskartellamt im Jahr 2008 mit einem Boykottaufruf des Bundesverbandes Deutscher Milchviehhalter beschäftigen, wobei die die Molkereien boykottierenden Milchbauern auf diesem Wege höhere Preise für die Abnahme ihrer Milch erzielen wollten.⁹⁵ Das Bundeskartellamt stufte diesen Boykott als unzulässig ein und sah hierin einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB, wobei dieser als Parallele zu Art. 101 Abs. 1 AEUV im Hinblick auf das aufgestellte Boykottverbot herangezogen werden könnte und sich damit erneut die Frage nach der zukünftigen kartellrechtlichen Handhabung solcher Boykotte auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene stellt, die die Leitlinien nicht beantworten.⁹⁶

D. Fazit

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass im Hinblick auf Selbstständige und ihr Tarifvertragsrecht in Deutschland sowie in der Europäischen Union Handlungsbedarf besteht. Es ist in diesem Sinne erfreulicherweise festzustellen, dass sich einige Mitgliedstaaten und auch die Europäische Kommission dessen bewusst sind und entsprechende Schritte eingeleitet haben, um einen gewissen Schutz für (Solo-)Selbstständige zu implementieren. Die Probleme, die sich mit der rechtlichen Einordnung von Selbstständigen in das bestehende arbeitsrechtliche System ergeben, unterstreichen die Notwendigkeit, sich an die Gegebenheiten des sich wandelnden Arbeitsmarktes anzupassen. Dennoch hat die Gegenüberstellung des Arbeitsrechts mit dem Kartellrecht auf nationaler und europarechtlicher Ebene gezeigt, wie schwer es ist, die Grenze zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zu ziehen, ohne die jeweils geltenden Prinzipien in diesen zu erschüttern. Aus arbeitsrechtlicher Sicht, die hier als besonders ausschlaggebend und schwerwiegend erachtet wird, ist es notwendig, den fundamentalen Grundbausteinen, insbesondere der Koalitionsfreiheit, gerecht zu werden.

Dennoch muss zugestanden werden, dass der Zugang zum Tarifvertragsrecht für ausnahmslos alle Selbstständigen ebenfalls keine zufriedenstellende Lösung des Problems darstellen würde. Zum einen würde so der kartellrechtliche Rahmen nicht ausreichend gewürdigt werden, zum anderen könnten die Besonderheiten, die sich in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in der EU im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerbegriff und der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Gruppe ergeben, unterlaufen werden. So müssen im Sinne der Rechtssicherheit klare Kriterien festgelegt werden, bei deren Vorliegen bestimmte Gruppen von Selbstständigen aus den kartellrechtlichen Beschränkungen auszunehmen sind, um so zu garantieren, dass möglicherweise zustande kommende Tarifverträge nicht durch die Kartellbehörden verworfen werden.

Nichtsdestotrotz zeigen die erlangten Erkenntnisse, dass es „den“ richtigen Weg für die Erreichung eines angemessenen Schutzniveaus für Selbstständige nicht gibt. Gewiss ist, dass die bisherige Rechtspraxis für die Beteiligten zu ungewiss ist. Insoweit muss garantiert werden, dass bei der Frage der Kollektivierung von Selbstständigen keine Rechtsunsicherheiten verbleiben. Letztlich muss auch klar bestimmt werden, inwieweit

Kampfmaßnahmen ergriffen werden können, um so Druck auf die Gegenspieler aufbauen zu können. Hier spielen die Gewerkschaften eine wichtige Rolle und auch in Hinblick auf diese müssen Unsicherheiten aus dem Weg geräumt werden, damit sie zur Mobilisierung von Selbstständigen beitragen können und für diese als Repräsentanten im Rahmen von Tarifverhandlungen agieren können.

Der Ansatz der Europäischen Kommission sowie vieler nationaler Rechtsordnungen, hierbei an die (wirtschaftliche) Abhängigkeit des Selbstständigen anzuknüpfen, kann, wie bereits ausgeführt, dem Grunde nach überzeugen. Die Zugrundelegung dieses Kriteriums birgt jedoch die Gefahr einer restriktiven Auslegung zulasten vieler schutzbedürftiger Selbstständiger. Eine zu extensive Handhabung würde, insbesondere im Hinblick auf die im Kartellrecht wichtige Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und sonstigen Beschäftigten, der besonderen Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern ebenfalls nicht gerecht werden. Die Europäische Union muss klarstellen, in welchen Situationen die kartellrechtlich legitimierten Interessen eines fairen Wettbewerbs in der Europäischen Union hinter den Interessen der Selbstständigen zurücktreten können, um so auch einen rechtssicheren Weg für die nationalen Gesetzgeber vorzugeben, ohne dass das Arbeitsrecht im Ergebnis weiterhin Gefahr läuft, mit dem europarechtlichen Kartellrecht zu kollidieren.

Es ist richtig, dass die Debatte über die Einbeziehung von Selbstständigen nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auf Unionsebene geführt wird, um ein einheitliches Schutzsystem in der Europäischen Union zu erreichen. Ferner bleibt abzuwarten, welche konkreten Auswirkungen die Leitlinien der Europäischen Kommission in der Praxis haben werden und inwieweit diese dazu beitragen werden, Mindeststandards für (Solo-)Selbstständige zu erreichen.

⁹⁴Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 6.

⁹⁵Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 6; Seifert, S. 128.

⁹⁶BKartA, Beschluss vom 12.11.2008, B 2-100/08, BeckRS 2009, 8554.