

Seifert, Achim

Book

Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot

HSI-Schriftenreihe, No. 42

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Seifert, Achim (2022) : Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot, HSI-Schriftenreihe, No. 42, ISBN 978-3-7663-7220-8, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303118>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 42

HSI-SCHRIFTENREIHE

Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot

Achim Seifert

Achim Seifert

**Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige
und unionsrechtliches Kartellverbot**

HSIHugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und SozialrechtDas HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 42
HSI-Schriftenreihe

Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot

Achim Seifert



**BUND
VERLAG**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14, 60439 Frankfurt am Main, 2022

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Birkstraße 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7220-8

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des
Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Nicht nur Arbeitsverhältnisse sind typischerweise von ungleichen Machtverhältnissen geprägt, auch Soloselbständige sind zunehmend wirtschaftlich von Auftraggebern oder vermittelnden Plattformen abhängig und somit sozial schutzbedürftig. Doch wirtschaftlich abhängige Selbständige werden durch die Rechtsordnung bisher nur fragmentarisch geschützt.

Diese Problematik wird durch die Digitalisierung verschärft, denn diese erleichtert es, Arbeitsverhältnisse durch Soloselbständigkeit zu ersetzen, indem die Orts- und Zeitgebundenheit der Arbeit gelockert wird und vielfach leichter definierte Arbeitspakete geschnürt werden können, die an formal Selbstständige vergeben werden. International bestätigt das Wachstum der Plattformökonomie, in der Aufträge online an Internetnutzer*innen vergeben werden, diesen Befund. Auch in Deutschland sind stetig mehr Menschen über Plattformen tätig.

Für die Verbesserungen der Arbeits- und Lebensbedingungen ist kollektive Selbsthilfe und insbesondere die Tarifautonomie essentiell. Im europäischen Ausland wurden insbesondere im Bereich der Plattformökonomie bereits Tarifverträge abgeschlossen.

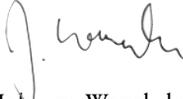
Doch wie verhalten sich Kollektivverträge von Selbständigen zum Kartellrecht? Insbesondere das Verhältnis zu Art. 101 Abs. 1 AEUV wirft in der Praxis Fragen auf, auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *FNV Kunsten*.

Im Dezember 2021 hat die EU-Kommission einen Leitlinien-Entwurf zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen veröffentlicht. Auch die neue Bundesregierung kündigt im Koalitionsvertrag an, die Situation der Solo-Selbstständigen verbessern zu wollen.

Das vorliegende Gutachten kommt daher zur rechten Zeit. Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena, arbeitet das Verhältnis des Kartellrechts zum Recht auf Kollektivverhandlungen sowohl auf europäischer Ebene als auch auf der des nationalen Rechts ausführlich auf. Das Gutachten nimmt dabei die besondere Situation wirtschaftlich abhängiger Soloselbständiger in

den Blick und zeigt auf, welche Regulierungsmöglichkeiten bestehen, um Rechtssicherheit zugunsten kollektiver Lösungen zu schaffen.

Eine anregende Lektüre wünscht

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Wenckebach', written in a cursive style.

Dr. Johanna Wenckebach

Wiss. Direktorin des Hugo Sinzheimer Instituts

Inhalt

Vorwort	5
1. Einführung	11
1.1. Problemaufriss	11
1.2. Untersuchungsziel und Vorgehensweise	15
2. Vorfragen	18
2.1. Zur ökonomischen und sozialen Funktion von Kollektivverhandlungen	18
2.1.1. Gefahr eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs auf Arbeitsmärkten	19
2.1.2. Vergleichbare Marktstellung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger	22
2.1.3. Besonderheiten der Plattformarbeit	24
2.1.3.1. Die Plattform als Intermediär	26
2.1.3.2. Vertragliche Pflicht zur Leistungserbringung gegenüber der Plattform	29
2.2. Kartellrechtliche Ausnahmen für Selbständige im deutschen Recht	30
2.2.1. Heimarbeitsarbeitsverträge	30
2.2.2. Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen	31
2.2.3. Kollektivverträge im Urheberbereich	32
2.2.3.1. Gemeinsame Vergütungsrichtlinien (§ 36 UrhG)	33
2.2.3.2. Normenverträge zum Schutze bestimmter Gruppen von Urhebern	34
2.2.4. Kollektivverträge nach SGB V	35
2.2.5. Aktuelle rechtspolitische Vorstöße	37
2.3. Rechtsvergleichende Erkenntnisse	38
2.3.1. Frankreich	38
2.3.2. Republik Irland	40
2.3.3. Italien	41
2.3.4. Niederlande	42

2.3.5.	Österreich	42
2.3.6.	Polen	43
2.3.7.	Portugal	44
2.3.8.	Spanien	44
2.3.9.	Zwischenfazit	45
2.4.	Kollektivverträge zur Plattformarbeit	45
2.5.	Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger im Unionsrecht	47
2.5.1.	Der Schutz Selbständiger im Unionsrecht	49
2.5.2.	Aktuelle rechtspolitische Vorhaben zur Plattformarbeit	50
2.6.	Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	53
3.	Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot	55
3.1.	Der Kartelltatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	55
3.1.1.	Adressaten	56
3.1.1.1.	Unternehmen	56
3.1.1.2.	Vereinigungen von Unternehmen	58
3.1.2.	Verbotene Handlungen	59
3.1.2.1.	Vereinbarungen zwischen Unternehmen	59
3.1.2.2.	Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen	59
3.1.2.3.	Abgestimmte Verhaltensweisen	61
3.1.3.	Wettbewerbsbeschränkungen durch Kollektivverträge	61
3.1.3.1.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	62
3.1.3.2.	Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen	66
3.1.4.	Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	67
3.2.	Freistellungen vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV)	70
3.2.1.	Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission	71
3.2.2.	Freistellung aufgrund des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV	72

3.3.	Zwischenfazit und Rechtsfolgen möglicher Verstöße	74
3.3.1.	Der Befund zu Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV zusammengefasst	74
3.3.2.	Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 101 AEUV im Überblick	75
3.4.	Kartellrechtliche Ausnahme für wirtschaftlich abhängige Selbständige	77
3.4.1.	Ausnahme aufgrund eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts?	78
3.4.2.	Ausnahme aufgrund der Reichweite der Sozialpolitik der Union	79
3.4.2.1.	Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	79
3.4.2.2.	Bestimmung des persönlichen Geltungsbe- reichs der Art. 151 ff. AEUV	84
3.4.3.	Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger durch Art. 28 GRC	92
3.4.3.1.	Art. 28 GRC nur ein „Verweisungsgrund- recht“?	93
3.4.3.2.	Wortlaut des Art. 28 GRC	95
3.4.3.3.	Entstehungsgeschichte von Art. 28 GRC	96
3.4.3.4.	Teleologische Auslegung des Art. 28 GRC	96
3.4.3.5.	Völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten als Minimum	97
3.4.3.6.	Zwischenergebnis	109
3.4.4.	Kartellrechtliche Bereichsausnahme aufgrund anderer EU-Vorschriften?	110
3.4.4.1.	Die sozialpolitische Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV	110
3.4.4.2.	Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer	111
3.4.4.3.	Die Europäische Säule sozialer Rechte	112
3.5.	Zwischenergebnis	113
4.	Folgefragen	116
4.1.	Bereichsausnahme durch Kommissionsentscheidung	116
4.1.1.	Änderung der Leitlinien der Kommission	117

4.1.2.	Rechtsverordnung oder Richtlinie nach Art. 103 AEUV	118
4.1.3.	Der EuGH als Wahrer des Unionsrechts	119
4.2.	Konturierung des Begriffs des wirtschaftlich abhängigen Selbständigen	120
4.3.	Zur Zulässigkeit von Kollektivverträgen jenseits der gesetzlichen Typen	124
4.4.	Zur Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen	127
4.5.	Der soziale Dialog auf Unionsebene	129
5.	Ergebnisse der Untersuchung	131
	Literatur	137

1. Einführung

1.1. Problemaufriss

Kollektivverträge, insbesondere Tarifverträge, dienen in erster Linie dem Schutz der Arbeitnehmer und sollen ihre unterlegene Stellung auf den Arbeitsmärkten ausgleichen. Ihre gesetzliche Anerkennung und Regelung eröffnet die Möglichkeit einer Gegenmachtbildung auf den Arbeitsmärkten und gewährleistet auf diese Weise ein Verfahren der kollektiven Selbsthilfe, das im Idealfall gesetzliche Vorschriften zum Schutze des Arbeitnehmers als der im Arbeitsverhältnis unterlegenen Vertragspartei überflüssig macht oder doch zu mindest auf ein Minimum reduziert.

Das deutsche Recht erkennt den Abschluss von Tarifverträgen über Mindestarbeitsbedingungen an und lässt auf diese Weise entgegen den kartellrechtlichen Wertungen des § 1 GWB ausnahmsweise die Bildung von bilateralen Kartellen zu, um eine Gegenmachtbildung der schwächeren Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberseite zu ermöglichen. Die Arbeitsmärkte bilden somit einen kartellrechtlichen Ausnahmereich. Rechtstechnisch erfolgt diese Geltungsausnahme des Kartellverbotes erstens dadurch, dass § 1 GWB lediglich wettbewerbsbeschränkende Handlungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen verbietet, Gewerkschaften als Vereinigungen von Arbeitnehmern aber gerade keine Vereinigungen von *Unternehmen* im kartellrechtlichen Sinne sind.¹ Zweitens formt das TVG eine Kartellbefugnis für Arbeitsmärkte ausdrücklich aus, so dass seine Vorschriften als *leges speciales* das Kartellverbot des § 1 GWB auf den Arbeitsmärkten verdrängt, und drittens sind die Tarifautonomie und damit die Befugnis, durch Kollektivvertrag Arbeitsmärkte zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu kartellieren, ein wesentlicher Bestandteil der durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit.² Wegen dieser grundsätzlich bestehenden Bereichsausnahme für die Ordnung der Arbeitsmärkte ist im Verhältnis zum Kartellrecht lediglich noch

-
1. Statt vieler *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 3 Rdnr. 4, sowie *Bechtold/Bosch*, GWB § 1 Rdnr. 11, jew. m.w.N. Vor der 6. GWB-Novelle (1999) ergab sich die Herausnahme von Tarifverträgen aus dem Geltungsbereich des Kartellverbots aus der Formulierung des § 1 GWB a.F., dass sich das Kartellverbot nur auf den „Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“ erstreckte; dazu näher *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, S. 19 (21) m.w.N.
 2. St. Rspr. des BVerfG; vgl. zuletzt BVerfG v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, Rdnr. 116 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

die Frage umkämpft, ob auch Rechtsnormen von Tarifverträgen, die in die dem Geltungsbereich des GWB unterliegenden Märkte für Waren- und Dienstleistungen eingreifen, einer kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen: Prominentes Beispiel ist die Ende der 1980er Jahre geführte Auseinandersetzung um tarifvertragliche Regelungen über das Arbeitszeitende im Einzelhandel, die mittelbar für diese Unternehmen Ladenschlusszeiten anordnen.³

Diese Anerkennung des Arbeitsmarktes als eines kartellrechtlichen Ausnahmebereiches ist nicht auf das deutsche Recht beschränkt, sondern findet sich auch in den meisten anderen nationalen Rechtsordnungen sowie im Völkerrecht⁴ wieder; ohne eine solche Herausnahme aus dem Kartellrecht wäre ein effektives Recht auf Kollektivverhandlungen nicht denkbar. Auch im Unionsrecht ist seit nunmehr schon mehr als zwei Jahrzehnten anerkannt, dass das allgemeine Kartellverbot des Art. 101 AEUV grundsätzlich nicht für Kollektivverträge gilt, welche die Arbeitsmärkte ordnen; es besteht somit auch innerhalb des EU-Rechts eine kartellrechtliche Ausnahme *ratione materiae* für die Arbeitsmärkte. Insoweit besteht eine inzwischen gefestigte Rechtsprechung des EuGH, deren Ausgangspunkt die bekannte Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Albany* ist.⁵

Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings vor allem auf Kollektivverträge, welche den Inhalt von Arbeitsverhältnissen regeln, und knüpft somit an der Arbeitnehmereigenschaft der zu schützenden Personen an. Unklar und Gegenstand von Diskussionen ist hingegen, ob diese kartellrechtliche Bereichsausnahme für die Arbeitsmärkte auch zugunsten von Kollektivverträgen gilt, welche Mindestvertragsbedingungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen festlegen. In der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie en Media* hat der EuGH⁶ lediglich klargestellt, dass auch „Scheinselbständige“ in den persönlichen Geltungsbereich der Kollektivvertragsautonomie einbezogen seien, je-

3 Für die Zulässigkeit solcher Tarifverträge insbesondere BAG v. 27.6.1989 – 1 AZR 404/88, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG; hingegen einen Verstoß gegen Kartellrecht annehmend z.B. KG v. 21.2.1990 – Kart U 4357/89, WuW/E OLG 4531 (45333); zu der Auseinandersetzung im Überblick *Bechtold*, FS Bauer, S. 109 ff. m.w.N.; ausführlich *Immenga*, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsmarkt, München 1989.

4 Auf der Ebene des universalen Völkerrechts ist das Recht auf Kollektivverhandlungen durch Übereinkommen Nr. 98 der IAO über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen (1949) gewährleistet. Im Recht des Europarates hat es insbesondere durch Art. 6 Nr. 2 ESC sowie durch Art. 11 EMRK in der Auslegung des EGMR garantiert. Auf Einzelheiten dieser völkerrechtlichen Gewährleistungen ist unten 3.4.3.5. noch zurückzukommen.

5 Grundlegend EuGH v. 21.9.1999 – C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rdnr. 46 ff. (*Albany International BV gegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*). Zu dieser Rechtsprechung näher unten 3.4.2.1. m.w.N.

6 Vgl. EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*).

doch keine ausdrückliche Aussage darüber getroffen, ob auch wirtschaftlich abhängige Selbständige der Sphäre des Arbeitsmarktes zuzuordnen sind und infolgedessen auch durch den Abschluss von Kollektivverträgen, die ihre Vertragsbedingungen festlegen, geschützt werden dürfen. Allerdings ist die Deutung dieses Urteils des Gerichtshofes nach wie vor umstritten.⁷

Im deutschen Recht erlauben § 17 HAG und § 12a TVG den Abschluss von Tarifverträgen zum Schutz von Heimarbeitern und von arbeitnehmerähnlichen Personen; darüber hinaus können Verbände von Urhebern und Verwertern gemeinsame Vergütungsregeln für Urheber aufstellen (§ 36 UrhG), denen die Vermutung der Angemessenheit zuteil wird. Diese gesetzlich anerkannte Kollektivvertragsfreiheit bildet für die allermeisten wirtschaftlich abhängigen Selbständigen die einzige Möglichkeit einer kollektiven Wahrnehmung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen gegenüber ihrem (hauptsächlichen) Vertragspartner. Eine Einbeziehung in die gesetzliche Betriebsverfassung oder Personalvertretung ist bislang allenfalls in Randbereichen erfolgt. So bezieht § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG lediglich die in der Hauptsache für den Betrieb arbeitenden Heimarbeiter in den persönlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung ein: Eine Ausweitung dieser Vorschrift auf sämtliche arbeitnehmerähnliche Personen, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, wie sie immer wieder *de lege ferenda* gefordert wird,⁸ hat der Gesetzgeber bislang noch nicht in Angriff genommen. Immerhin bezieht aber das hessische Personalvertretungsgesetz seit 2016 die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen in seinen persönlichen Geltungsbereich ein.⁹ Es bleibt abzuwarten, ob dieses Modell von anderen Landesgesetzgebern und dem Bundesgesetzgeber übernommen wird.

Immer mehr nationale Rechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt räumen Beschäftigtengruppen jenseits des Arbeitsverhältnisses ein Recht auf Kollektivverhandlungen ein.¹⁰ Diese Dynamik hat ihre Ursache vor allem in der erheblichen Zunahme der verschiedensten Formen von Plattformarbeit in den letzten Jahren. Die Tätigkeit für Plattformen wie *Uber*, *Deliveroo* oder verschiedene Crowdsourcing Plattformen wie *Amazon Mechanical Turk* oder *Clickworker* fördert eine Vielfalt von Beschäftigungsverhältnissen zutage, die jedenfalls zu einem nicht unwesentlichen Teil nicht mehr mit dem geltenden Arbeitnehmerbegriff zu fassen sind, sondern eine Selbständigkeit in wirtschaftlicher Ab-

7 Für eine kartellrechtliche Bereichsausnahme auch zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger z.B. *Bayreuther*, SR 2019, S. 4 (8 f.). Für eine strikte Auslegung des Urteils dahingehend, dass es nur „Scheinselbständige“ betrifft, siehe z.B. *Goldmann*, EuZA 2015, S. 509 (516 f.).

8 Vgl. z.B. *Krause*, Gutachten zum 71. DJT, B 94 ff. sowie *Seifert*, Referat zum 71. DJT, L 22.

9 Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 HPVG i.d.F.v. 1.1.2016.

10 Zu einzelnen Beispielen aus anderen Mitgliedstaaten siehe unten 2.3. m.w.N.

hängigkeit mit sich bringen. An diesem Befund ändert sich auch nichts dadurch grundlegend, dass Gerichte in der letzten Zeit in Einzelfällen Plattformarbeiter als Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne qualifiziert haben.¹¹ Die auch in den kommenden Jahren zunehmende Plattformarbeit wird somit die Beschäftigung jenseits des Arbeitsrechts noch verstärken.

Die Diskussion um die Einführung oder Ausweitung einer Kollektivvertragsautonomie zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hat sich in den vergangenen Jahren immer mehr auf die Ebene des Unionsrechts verlagert. Als zentrales Problem schält sich hier die Frage heraus, ob und ggf. inwieweit die Ausweitung des Rechts auf Kollektivverhandlungen auf wirtschaftlich abhängig Selbständige der Plattformwirtschaft mit dem allgemeinen Kartellverbot des Art. 101 AEUV vereinbar ist. Die Dringlichkeit einer Klärung dieser Frage zeigt sich vor allem daran, dass es in einzelnen Mitgliedstaaten der Union bereits Kartellverfahren gegen Parteien solcher Kollektivverträge gegeben hat. So hat die niederländische Kartellbehörde in einer Mitteilung den Rechtsstandpunkt vertreten, dass Kollektivverträge für selbständige Aushilfsmusiker gegen das nationale und unionsrechtliche Kartellverbot verstießen. Die Gewerkschaft *FNV Kunsten Informatie en Media*, die einen Kollektivvertrag zum Schutze solcher Musiker abgeschlossen hatte, wurde daraufhin mit der Kündigung dieses Kollektivvertrages durch die Auftraggeberseite und deren Ablehnung konfrontiert, einen neuen Kollektivvertrag für selbständige Musiker abzuschließen; die anschließend von der Gewerkschaft erhobene Klage auf Feststellung der Vereinbarkeit solcher Kollektivverträge mit dem Kartellverbot bildete den Ausgangsrechtsstreit des bereits erwähnten und vieldiskutierten Urteils des EuGH vom 4. Dezember 2014.¹² Ein weiteres Beispiel ist das von der irischen Kartellbehörde durchgeführte Verfahren gegen eine im *Irish Congress of Trade Unions (ICTU)* organisierte Gewerkschaft, das einen von ihr abgeschlossenen Kollektivvertrag für Selbständige für kartellrechtswidrig erklärte, da es sich bei den vom Geltungsbereich erfassten Selbständigen um Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne handele.¹³ Das Kartellverfahren führte zur Erhebung einer Kollektivbeschwerde durch den Gewerkschaftsbund beim Europäischen Ausschuss für soziale Rechte wegen Verletzung des in Art. 6 Abs. 2 ESC gewährleisteten Rechts auf

11 Vgl. z.B. BAG v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/03, NZA 2021, S. 553 ff. Zur Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten siehe unter 2.1.3 m.w.N.

12 Vgl. EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*). Das Endurteil des Gerichtshof Den Haag v. 1.9.2015 – Az. 200.082.997/01, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 qualifizierte die selbständigen Musiker als „Scheinselbständige“ i.S.d. Urteils des EuGH.

13 Eine knappe Wiedergabe dieses Kartellverfahrens findet sich in European Committee of Social Rights, Entscheidung über die Begründetheit v. 12.9.2018 – Beschwerde-Nr. 12/2016, Rdnr. 42 ff. (*Irish Congress of Trade Unions (ICTU)/Irland*).

Kollektivverhandlungen, welche der Ausschuss als begründet ansah.¹⁴ Solange die Vereinbarkeit von Kollektivverträgen für wirtschaftlich abhängige Selbstständige nicht abschließend geklärt ist, kann es immer wieder zu solchen Kartellverfahren kommen, sind doch die nationalen Kartellbehörden neben der Europäischen Kommission zuständig für die Anwendung des Kartellrechts der Union.¹⁵

Nicht zuletzt, um diese Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und die in verschiedenen Mitgliedstaaten bestehende Befugnis zum Abschluss von Kollektivverträgen auch zum Schutze von Gruppen von Selbständigen (insbesondere von selbständigen Plattformarbeitern) vor einer Aushöhlung durch das unionsrechtliche Kartellverbot abzusichern, sind in jüngster Zeit von verschiedener Seite rechtspolitische Vorstöße unternommen worden, um das Kartellverbot des Art. 101 AEUV für diese Fälle einzuschränken. Den gewiss prominentesten Vorstoß in diese Richtung bereitet derzeit die Europäische Kommission vor.¹⁶

1.2. Untersuchungsziel und Vorgehensweise

Die hier vorgelegte Untersuchung, die sich an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Kartellrecht bewegt, geht dieser für die Weiterentwicklung des Systems der Kollektivverhandlungen innerhalb des europäischen Binnenmarktes so wichtigen rechtlichen Frage nach. Ziel ist es, einen Ausgleich zwischen beiden Regelungskomplexen zu finden, der besonders schutzbedürftigen Selbständigen – sie werden im Folgenden als wirtschaftlich abhängige Selbständige umschrieben – die Möglichkeit gibt, ihre Vertragsbedingungen im Wege der kollektiven Selbsthilfe dadurch „zu wahren und zu fördern“, dass Gewerkschaften oder Verbände, die sie repräsentieren, mit einzelnen Auftraggebern (z.B. Plattformen) oder deren Verbänden Kollektivverträge abschließen. Die Untersuchung dieser Frage soll nicht auf die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Abschlusses von Tarifverträgen zugunsten dieser Personengruppe eingengt werden – solche Tarifverträge sind nach § 17 HAG und § 12a TVG zulässig –, sondern soll auch andere Typen von Kollektivverträgen einschließen wie z.B. die gemeinsamen Vergütungsregeln im Urheberbereich nach § 36 UrhG;

14 Vgl. European Committee of Social Rights, a.a.O. Die Bedeutung dieser Entscheidung des Ausschusses ist unten 3.4.3.5.2. noch eingehender zu untersuchen.

15 Vgl. Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1 („Kartellverfahrensverordnung“).

16 Dazu näher unter 2.5.2. m.w.N.

aus diesem Grunde soll im Folgenden verallgemeinernd von Kollektivverträgen die Rede sein.

Bei der Untersuchung dieser Fragestellung soll folgendermaßen vorgegangen werden. In einem mit „Vorfragen“ überschriebenen Teil (2.) sollen zunächst die zentralen Grundlagen herausgearbeitet werden, die für die weitere rechtliche Beurteilung der Frage nach der Reichweite des unionsrechtlichen Kartellverbotes von zentraler Bedeutung sind. In diesem Rahmen bedarf es zunächst einer Vergewisserung der zentralen wirtschaftlichen und sozialen Funktion, die Kollektivverhandlungen erfüllen (2.1.), bevor ein knapper Überblick über den rechtlichen Status quo der Zulässigkeit von Kollektivverträgen zum Schutze von Selbständigen im deutschen Recht (2.2.) sowie ein kurzer rechtsvergleichender Seitenblick auf andere europäische Rechtsordnungen gegeben werden soll, die auch bestimmten Gruppen von Selbständigen ein Recht auf Kollektivverhandlungen eingeräumt haben (2.3.). Ein kurzer Überblick über die derzeit geltenden Kollektivverträge über Plattformarbeit (2.4.) sowie zu der Frage, inwieweit der Schutz von Selbständigen auch im Unionsrecht seinen Niederschlag gefunden hat (2.5.), sollen diesen Teil abrunden.

Der weitaus umfangreichere dritte Teil geht dann der im Mittelpunkt stehenden Frage nach der Vereinbarkeit einer Kollektivvertragsfreiheit von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen mit dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV nach. Dabei soll zunächst der Tatbestand des Kartellverbotes, wie er in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgeformt ist, daraufhin untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwieweit Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger überhaupt unter diese Vorschrift fallen und somit eigentlich dem Kartellverbot unterliegen würden (3.1.) sowie inwieweit die Möglichkeit einer Freistellung vom Kartellverbot nach Maßgabe von Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt (3.2.). Lediglich sofern derartige Kollektivverträge überhaupt den Tatbestand des unionsrechtlichen Kartellverbotes erfüllen und auch nicht freigestellt sind, ist in einem weitergehenden und grundsätzlicheren Schritt der Frage nachzugehen, ob der für Kollektivverträge zugunsten von Arbeitnehmern geltende kartellrechtliche Ausnahmereich auf Kollektivverträge, die dem Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen dienen, zu erstrecken ist (3.3.). Eine solche kartellrechtliche Bereichsausnahme kann sich zum einen aus der Reichweite der sozialpolitischen Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV ergeben, sofern deren persönlicher Geltungsbereich auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einschließt; Art. 101 AEUV wäre dann im Lichte der Art. 151 ff. AEUV einschränkend auszulegen. Zum anderen ist in diesem Zusammenhang zu klären, ob das Kartellverbot des Art. 101 AEUV im Lichte des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 GRC) einschränkend auszulegen ist und infolgedessen nicht für Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen Geltung beanspruchen kann. Dabei ist

auf die Rechtsentwicklungen des Arbeitsvölkerrechts zurückzugreifen, wie es insbesondere in den Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen im Recht der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) und in den Grundrechtsinstrumenten des Europarates (Art. 6 Abs. 2 ESC, Art. 11 EMRK) seinen Ausdruck gefunden hat. Nur der Vollständigkeit halber sei auch noch kurz die Frage aufgeworfen, ob eine einschränkende Auslegung von Art. 101 AEUV auch auf andere Vorschriften des Unionsrechts gestützt werden kann wie z.B. die Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV und die Europäische Säule sozialer Rechte.

Abschließend seien noch einzelne Folgefragen, die sich aus der vorliegenden Untersuchung ergeben, angerissen. Im Vordergrund sollen dabei die Frage einer funktionsgerechten Konturierung des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit, die Zulässigkeit eines Abschlusses von Kollektivverträgen zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen auch ohne gesetzlichen Rahmen (z.B. im TVG), die Frage nach der Rechtsform, in welcher der kartellrechtliche Ausnahmereich für Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger verankert werden soll, die Konturierung des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Selbständigen, die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen zur Erzwingung von Kollektivverträgen, die wirtschaftlich abhängige Selbständige schützen, sowie die Bedeutung des hier behandelten Fragenkomplexes für den sozialen Dialog auf Unionsebene nach den Art. 154-155 AEUV stehen.

2. Vorfragen

Die Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Kollektivvertragsfreiheit zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot des Art. 101 AEUV vereinbar ist, setzt die Klärung verschiedener Vorfragen voraus, die Wertungsgrundlagen für die weiteren Überlegungen zum Kartellverbot des Art. 101 AEUV liefern sollen. So ist in einem ersten Schritt die Marktfunktion von Kollektivverträgen herauszuarbeiten und zu klären, ob deren Sinn und Zweck auch auf wirtschaftlich abhängige Selbständige übertragbar ist (2.1.). In einem zweiten Schritt sind die im geltenden Recht bestehenden kartellrechtlichen Ausnahmebefugnisse zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger zur Erinnerung zu rufen (2.2.). Drittens soll in einem kurzen Überblick die rechtsvergleichende Entwicklung mit Blick auf das Recht auf Kollektivverhandlungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen aufgearbeitet werden (2.3.), um die seit einigen Jahren bestehende Tendenz in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten deutlicher zutage treten zu lassen, den persönlichen Geltungsbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen angesichts der Zunahme von Beschäftigungsverhältnissen jenseits des Arbeitsrechts auszuweiten. Schließlich ist dann noch knapp der Stellenwert zu skizzieren, den der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger im Unionsrecht einnimmt (2.4.).

2.1. Zur ökonomischen und sozialen Funktion von Kollektivverhandlungen

Kollektivverträge stellen wettbewerbsbeschränkende Abreden dar; dies ist unumstritten.¹⁷ Unter Einbeziehung beider Seiten eines relevanten Marktes für Arbeitsleistungen (z.B. Metallverarbeitung) legen sie Mindestbedingungen fest, von denen einzelvertraglich nicht zum Nachteil des Beschäftigten abgewichen werden darf, sofern die Rechtsnormen des Kollektivvertrages unmittelbar und zwingend auf ein Arbeitsverhältnis einwirken. Kartellrechtlich betrachtet handelt es sich bei Tarifverträgen, aber auch bei den anderen Formen von Kollektivverträgen um bilaterale Kartelle für Arbeitsmärkte oder – sofern Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 12a TVG, § 17 HAG) oder

17 So z.B. *Monopolkommission*, X. Hauptgutachten, Rdnr. 191 ff.: „Kartellstrukturen auf den Märkten für abhängige Arbeitsleistungen“. Vgl. aber auch EuGH v. 21.9.1999 – C-67/96, Rdnr. 59 (*Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*), wonach „mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden [sind]“.

gemeinsame Vergütungsregeln für (selbständige) Urheber (§ 36 UrhG) abgeschlossen werden – um bilaterale Kartelle auf Märkten für bestimmte Werk- oder Dienstleistungen. An die Stelle des freien Wettbewerbs, wie er auf Märkten für Waren und Dienstleistungen als Prinzip in § 1 GWB und in Art. 101 AEUV festgeschrieben ist,¹⁸ tritt somit auf den Arbeitsmärkten und den angrenzenden Märkten für Werk- oder Dienstleistungen die Befugnis zur Gegenmachtbildung durch die Schaffung von Kartellen, die beide Marktseiten umspannen.¹⁹

2.1.1. Gefahr eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs auf Arbeitsmärkten

Die zentrale ökonomische Rechtfertigung für eine Kartellierung der Arbeitsmärkte durch den Abschluss von Tarifverträgen ist die Annahme, dass auf Arbeitsmärkten im Gegensatz zu anderen Märkten für Waren oder Dienstleistungen die volle Anerkennung des Wettbewerbsprinzips, die dem Kartellverbot zugrunde liegt, zu einem Marktversagen führen kann und deshalb eine Begrenzung erforderlich macht. Es bedarf zunächst einer kurzen Vergewisserung dieser wettbewerbspolitischen Ausgangsannahme der Kollektivvertragsautonomie als Grundlage für die weiteren Überlegungen zur Bedeutung, die Kollektivverhandlungen für wirtschaftlich abhängige Selbständige haben können.

Spätestens seit Beginn des 20. Jahrhunderts hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die volle Anwendung des Wettbewerbsprinzips auf den Arbeitsmärkten zu einem ruinösen Unterbietungswettbewerb zwischen Arbeitnehmern führen kann und deshalb eine Korrektur durch die Einräumung einer Befugnis zur Gegenmachtbildung notwendig ist.²⁰ Sie kann zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen durch Kollektivvertrag führen. Handelt es sich um einen Tarifvertrag, können seine Rechtsnormen unmittelbare und zwingende Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der beiderseits Tarifgebundenen (§§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 TVG) oder für sämtliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer seines Geltungsbereiches entfalten, sofern der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist (vgl. § 5 Abs. 4 TVG). Diese in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur gewiss umstrittene Gefahr eines Arbeitsmarktversagens – die Monopolkommission führt sie letztlich auf die

18 Vgl. die Wertung des § 1 GWB und des Art. 101 AEUV.

19 Zum Gegenmachtprinzip allgemein *Galbraith*, *American Capitalism – The concept of countervailing power*. Aus dem deutschen Schrifttum instruktiv insbesondere *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), S. 30 (68 ff.) m.w.N.

20 Statt vieler aus der Wilhelminischen Zeit siehe z.B. *Lujo von Brentano*, *Die wirtschaftliche Grundlage der Arbeiterfrage*, S. 151 ff., sowie *Sinzheimer*, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, Bd. I, S. 10 f.

„Verelendungstheorie“ zurück –²¹ wird auch als „Konkurrenzparadoxon“ auf den Arbeitsmärkten²² oder als anomale Reaktion des Arbeitsangebotes auf die Arbeitsnachfrage charakterisiert.²³

Ausgangspunkt der Annahme eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs auf den Arbeitsmärkten ist die untrennbare Verbindung von Arbeitendem und Arbeitskraft. Hugo Sinzheimer hat diesen, die gesamte menschliche Persönlichkeit erfassenden Charakter des Arbeitsverhältnisses folgendermaßen auf den Punkt gebracht: „Der Arbeitende gibt nicht etwas, sondern sich selbst hin [...]“.²⁴ Im Kern geht auf diesen Gedanken letztlich auch die Forderung der IAO in Erklärung von Philadelphia (1944) zurück, wonach „die Arbeitskraft [...] keine Ware [ist]“.²⁵ Die Arbeitsleistung, die vom Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages zu erbringen ist, ist somit nicht ein Vermögensgegenstand wie eine Sache, die gekauft wird, ein Werk, das vom Werkunternehmer hergestellt wird, oder wie die entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Gegenständen. Sie erfasst die gesamte Persönlichkeit des in Abhängigkeit arbeitenden Menschen. Dieses unauflösliche Band zwischen arbeitender Person und Arbeitskraft begrenzt zwangsläufig den Umfang des Arbeitsangebotes seitens des Arbeitnehmers. Einer Ausweitung seiner Arbeitskraft ist ihm durch die tägliche Höchstarbeitszeit, die der menschliche Organismus zu leisten im Stande ist, eine natürliche Grenze gezogen. Eine Absenkung seines Arbeitsangebotes unterliegt ökonomischen Besonderheiten. Angesichts der typischerweise bestehenden wirtschaftlichen Angewiesenheit von Arbeitnehmern auf ein bestimmtes Arbeitseinkommen bildet die Arbeitszeit, welche erforderlich ist, um den Lebensunterhalt bestreiten zu können, im Regelfall die Untergrenze des Ar-

21 Vgl. *Monopolkommission*, X. Hauptgutachten, Rdnr. 198-199.

22 Der Begriff stammt von *Wolfgang Stützel*, *Paradoxa der Geld- und Konkurrenzwirtschaft*, Aalen 1979.

23 Aus der Arbeitsmarktökonomie siehe z.B. *Klingenberg/Schönig/Zerche*, *Arbeitsmarktpolitik und –theorie*, S. 186 ff. Für eine knappe und zuspitzende Zusammenfassung des Argumentes siehe *Monopolkommission*, X. Hauptgutachten, Rdnr. 198 ff. Für eine eingehendere Analyse siehe *Seifert*, *Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen*, S. 47 ff. m.w.N.

24 Vgl. *Sinzheimer*, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts in Deutschland* (1914), in: *Otto Kahn-Freund/Thilo Ramm* (Hrsg.), *Hugo Sinzheimer: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Bd. 1, S. 35 (47); ähnlich bereits *Lotmar*, *Der Arbeitsvertrag*, Bd. 1, Leipzig 1902, S. 7 f.

25 „*Labour is not a commodity*“. Der Satz war als eines der Grundprinzipien des internationalen Arbeitsrechts bereits in Art. 427 des Vertrages von Versailles (1919) enthalten. Er geht letztlich auf den US-amerikanischen Clayton Antitrust Act 1914 – möglicherweise aufgrund des Einflusses von Samuel Gompers, des Präsidenten der *American Federation of Labor (AFL)* und Vorsitzenden *Labour Commission* bei den Versailler Friedensverhandlungen – zurück, der Kollektivverhandlungen ausdrücklich vom Geltungsbereich des Antitrust Law ausnahm: „*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.*“ Vgl. 15 U.S. Code § 17.

beitsangebotes. Dieser „ökonomische Kontrahierungszwang“ begünstigt die Gefahr einer anomalen Reaktion des Arbeitskraftanbieters auf Senkungen seines Arbeitsentgeltes: Im Unterschied zu Anbietern auf Waren- und Gütermärkten besteht nämlich die Gefahr, dass Arbeitnehmer auf sinkende Preise ihrer Arbeitskraft nicht mit einer Drosselung ihres Arbeitsangebotes, sondern im Gegenteil mit dessen Ausweitung reagieren werden, um ihren bisherigen Lebensstandard aufrechterhalten zu können. Durch das zusätzliche Arbeitsangebot droht jedoch ein weiterer Verfall des Preises ihrer Arbeitskraft, die sie mit einer nochmaligen Ausweitung ihres Arbeitsangebotes beantworten werden, usw. Die Folge ist ein ruinöser Unterbietungswettbewerb zwischen Arbeitnehmern auf den Arbeitsmärkten, eine sich nach unten drehende Spirale, an deren Ende die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitnehmern faktisch ins Leere zu laufen droht.

Dieser von anderen Märkten abweichende Konkurrenzmechanismus auf den Arbeitsmärkten ist gewiss sehr holzschnittartig gezeichnet und darf nicht als unent-rinnbare schicksalhafte Entwicklung auf den Arbeitsmärkten verstanden werden. Er besteht lediglich in Krisenzeiten, in denen ein Überangebot von Arbeit auf den Arbeitsmärkten vorhanden ist; in Zeiten der Arbeitskräfteknappeheit ist ein solcher ruinöser Unterbietungswettbewerb nicht zu befürchten.²⁶ Kritisiert wird an der Annahme vor allem, dass die Gefahr eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs auf den Arbeitsmärkten verschiedenen Einschränkungen unterliege.²⁷ Arbeitsmarktrisiken sind zwischen einzelnen Beschäftigtengruppen unterschiedlich verteilt: Der Markt für Führungskräfte ist beispielsweise ein anderer als für Facharbeiter eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder mit einer bestimmten Ausbildung oder für die sog. „Problemgruppen“ auf den Arbeitsmärkten (z.B. Langzeitarbeitslose,²⁸ gering bis gar nicht qualifizierte Personen oder Ältere). Auch können für Arbeitnehmer Handlungsalternativen im Einzelfall bestehen, die einem Unterbietungswettbewerb auf den Arbeitsmärkten Grenzen ziehen: So ist immer wieder ins Feld geführt worden, dass der Anspruch auf Grundsicherung (Sozialhilfe), der Rückgriff auf eigenes Vermögen oder der Wechsel von Arbeitsort oder Arbeitsplatz solche Handlungsalternativen darstellten.²⁹

Allerdings handelt es sich zumeist nicht um wirkliche Optionen für Arbeitnehmer, um einem Unterbietungswettbewerb auf den Arbeitsmärkten ent-rinnen zu können: So sind Arbeitslose verpflichtet, zumutbare Arbeit anzueh-

26 In diesen Phasen gewähren Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern oftmals sogar außer- und übertarifliche Leistungen, um sie an ihre Betriebe zu binden.

27 Z.B. Monopolkommission, X. Hauptgutachten, Rdnr. 199.

28 Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 SGB III sind Langzeitarbeitslose Arbeitslose, die ein Jahr und länger arbeitslos sind.

29 Zur Kritik *Seifert*, Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen, S. 51 f. m.w.N.

men, was auch Beschäftigungen einschließt, die einen niedrigeren Anspruch auf Arbeitsentgelt als das der Bemessung des Arbeitslosengeldes zugrunde liegende frühere Arbeitsentgelt begründen (vgl. § 140 Abs. 3 SGB III). Auch die Grundsicherung für Arbeitsuchende („Arbeitslosengeld II“) kann gekürzt werden, wenn Arbeitslose ihren Mitwirkungspflichten nicht genügen und insbesondere eine zumutbare Arbeit nicht annehmen (§§ 31, 31a SGB II).³⁰ An einem ausreichenden eigenen Vermögen wird es oftmals auch fehlen, um über längere Zeiträume hinweg den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers und seiner Familie bestreiten zu können. Der Wechsel des Arbeitsplatzes wird nur dann eine Handlungsalternative sein, wenn entsprechende Arbeitsplatzangebote existieren, woran es gerade in Zeiten der Krise – und in ihnen besteht die Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs auf den Arbeitsmärkten in besonderer Weise – regelmäßig fehlen dürfte. Auch kann ein örtlicher Wechsel wegen der Einbindung von Beschäftigten und ihrer Familie in den bestehenden Sozialzusammenhang (soziale Kontakte, Arbeitsplatz des Ehepartners, Schule usw.) mit sehr großen Schwierigkeiten verbunden sein.

Es spricht somit viel dafür, trotz der Kritik an dieser Annahme anomaler Entwicklungen der Arbeitsmärkte festzuhalten. Dies gilt umso mehr, als auch das geltende Recht letztlich von diesen Besonderheiten der Arbeitsmärkte ausgeht: Sowohl die allermeisten nationalen Rechtsordnungen³¹ als auch das Völkerrecht³² erkennen das Recht auf Kollektivverhandlungen als Instrument kollektiver Selbsthilfe zur Kartellierung der Arbeitsmärkte an. Es besteht somit eine gesetzliche Wertung dahingehend, dass Arbeitsmärkte dem Konkurrenzparadoxon unterliegen können. Von dieser Wertung soll auch für die folgenden Überlegungen ausgegangen werden.

2.1.2. Vergleichbare Marktstellung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger

Wirtschaftlich abhängige Selbständige besitzen eine Arbeitnehmern vergleichbare Stellung auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistung-

30 Nach § 10 Abs. 1 SGB II ist für Empfänger einer Grundsicherung für Arbeitsuchende grundsätzlich *jede* Arbeit zumutbar; zu den Kriterien für die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit einer Arbeit siehe insbesondere § 10 Abs. 1 HS 2 Nr. 1 bis 5 sowie Abs. 2 SGB II.

31 Mit Blick auf das deutsche Recht sind dies die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Institutsgarantie der Tarifautonomie im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sowie die Ausformung der Kartellbefugnis der Tarifvertragsparteien im TVG.

32 Vgl. Übereinkommen Nr. 98 der IAO über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechtes auf Kollektivverhandlungen (1949), Art. 6 Abs. 2 ESC sowie das Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit des Art. 11 EMRK, das nach der neueren Rechtsprechung des EGMR auch das Recht auf Kollektivverhandlungen einschließt; für das Unionsrecht siehe Art. 28 GRC.

gen. Dies gilt jedenfalls für Selbständige, die ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihrer eigenen Arbeitskraft bestreiten und nicht weitere Personen als Arbeitnehmer beschäftigen oder auf die Mithilfe von Familienangehörigen zurückgreifen. Sind sie von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig – unter den Voraussetzungen des § 12a Abs. 3 TVG kommt auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit von mehreren Auftraggebern (z.B. zwei verschiedenen Rundfunkanstalten oder Zeitungen) in Betracht –, können sie – ebenso wie Arbeitnehmer – Einkommensenkungen (z.B. durch eine Reduzierung ihrer Werk- oder Dienstvergütung) nur durch eine Ausweitung ihrer Arbeitskraft auf dem für sie relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen kompensieren. Auch für sie besteht grundsätzlich die gerade beschriebene Gefahr eines Konkurrenzparadoxons und damit die Möglichkeit eines Unterbietungswettbewerbs in Krisenzeiten. Dies gilt jedenfalls für Selbständige, welche die vertraglich geschuldeten Werk- oder Dienstleistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen.³³

Gewiss verfügen auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in begrenztem Umfang über die Handlungsalternativen, die gerade (oben 2.1.1.) skizziert worden sind. Im Vergleich zu Arbeitnehmern sind sie aber noch in stärkerem Maße einem Unterbietungswettbewerb ausgesetzt. Zwei Beispiele sollen dies veranschaulichen. So verfügen wirtschaftlich abhängige Selbständige über keinen allgemeinen Bestandsschutz, wie er für das Arbeitsrecht insbesondere in den §§ 1, 2 KSchG und im Sachgrunderfordernis für Befristungen in § 14 Abs. 1 TzBfG seinen Ausdruck gefunden hat.³⁴ Auftraggeber können somit sehr einfach ihre Übermacht gegenüber wirtschaftlich von ihnen abhängige Vertragspartner ausspielen, indem sie eine Änderungskündigung des Vertragsverhältnisses aussprechen oder mit dieser drohen. Auch ist der Unterbietungswettbewerb beim Preis der Werk- oder Dienstleistung der Selbständigen ganz überwiegend nicht gesetzlich reguliert: Während Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines gesetzlichen Mindestlohnes aufgrund von § 1 MiLoG oder eines Mindestlohnes nach Maßgabe einer Rechtsverordnung i.S.v. § 7 AEntG haben, bestehen solche gesetzlichen Mindestvergütungen zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen grundsätzlich nicht; von der Verordnungsermächtigung des § 92a HGB, Mindestvertragsbedingungen für Einfirmer- und Versicherungsvertreter zu erlassen, ist bislang kein einziges Mal Gebrauch gemacht worden³⁵ und die bindenden

33 Diesen Gedanken einer persönlichen Leistungserbringung und Mithilfe Dritter bringen § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG für den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person und § 2 Abs. 1 HAG für den Begriff des Heimarbeiters zum Ausdruck.

34 Nur punktuell besteht für einzelne Gruppen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger ein Bestandsschutz: So sieht § 29 HAG für Heimarbeiter lediglich einen „Fristenschutz“ vor durch Anordnung zwingend geltender Kündigungsfristen für eine Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Auftraggeber oder Zwischenmeister.

35 Statt vieler *Baumbach/Hopt*, HGB § 92a, Rdnr. 2.

Festsetzungen der Heimarbeitsausschüsse nach § 19 HAG besitzen praktisch so gut wie überhaupt keine Bedeutung mehr.

2.1.3. Besonderheiten der Plattformarbeit

Bei Plattformarbeit bestehen gewisse Besonderheiten, die im Folgenden zu beleuchten sind.

Einzelne Plattformbeschäftigte erfüllen bereits die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffes (§ 611a Abs. 1 BGB) und können deshalb unproblematisch durch die Rechtsnormen von Tarifverträgen geschützt werden. In Einzelfällen haben die Gerichte zugunsten des Arbeitnehmerstatus von Plattformbeschäftigten entschieden. So hat das BAG in einem Urteil vom 1. Dezember 2020 einem *Crowdworker* Arbeitnehmerstatus eingeräumt.³⁶ Ebenso hat die *Chambre sociale* der französischen *Cour de cassation* in einem wegweisenden Urteil vom 4. März 2020 einem Fahrer von *Uber* den Arbeitnehmerstatus zuerkannt, da der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses charakteristische *lien de subordination* im Verhältnis der Internet-Plattform zum Fahrer bestanden habe.³⁷ Auch sei auf ein Urteil des *Supreme Court* des Vereinigten Königreiches vom Februar 2021 hingewiesen, das *Uber*-Fahrer ebenfalls als Arbeitnehmer einordnet.³⁸ Der Spanische Gesetzgeber ist mit seiner jüngsten Reform des *Estatuto de los trabajadores* vom 11. Mai 2021, welche die Grundsatzentscheidung des *Tribunal Supremo de Justicia* vom 25. September 2020 aufgreift,³⁹ sogar so weit gegangen, eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Arbeitnehmerstatus von Plattformbeschäftigten einzuführen.⁴⁰ Schließlich verdient in diesem Zu-

36 BAG v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, S. 553 ff. Ausführlich zu dem Fall, welcher dem Urteil des BAG zugrunde liegt, sowie zur Entscheidung des LAG München in dem Rechtsstreit siehe *Wenckebach*, SR 2020, S. 165 (171 ff.); siehe auch *Bayreuther*, RdA 2020, S. 241 ff.

37 C. cass. 4.3.2020, n°19-13.316 P, ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374; dazu instruktiv das Gespräch mit Jean-Guy Huglo, dem Doyen der *Chambre sociale* de la *Cour de cassation*, in: *Semaine sociale Lamy* v. 16.3.2020, n° 1899, S. 3 ff.

38 *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)* [2021] UKSC 5; ein Auszug dieses Urteils ist in deutscher Übersetzung in AuR 2021, S. 185 f. abgedruckt. Daraufhin hat *Uber* sämtliche für das Unternehmen im Vereinigten Königreich arbeitenden Fahrer (ca. 70.000) als Arbeitnehmer klassifiziert; siehe *Satariano*, in: *The New York Times* v. 16.3.2021.

39 Tribunal Supremo [Sala de lo Social] 25.9.2020 – Az. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924. Aufgrund der Entscheidung, welche die spanische Kurier-Dienst-Plattform *Glovo* betrifft, hat das höchste spanische Gericht angenommen, dass es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen der nur Dienste vermittelnden Plattform und einem ihrer Beschäftigten („*rider*“) um ein Arbeitsverhältnis handelt, auf welches arbeitsrechtliche Vorschriften anzuwenden sind.

40 Siehe die neue *Disposición adicional vigesimotercera* *Estatuto de los trabajadores*, die durch *Real Decreto-ley 9/2021* de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (Boletín Oficial del Estado Núm. 113, S. 56733) eingeführt worden ist.

sammenhang Erwähnung, dass der *Gerechthof Amsterdam* in einem Urteil vom 16. Februar 2021 Auslieferer von *Deliveroo* als Arbeitnehmer qualifiziert hat.⁴¹ Auch außerhalb von Europa (z.B. USA) haben einzelne Gerichte zugunsten des Arbeitnehmerstatus einzelner Plattformbeschäftigten entschieden.⁴²

In den allermeisten Fällen dürften die Vertragsverhältnisse von Plattformbeschäftigten jedoch nicht die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffes erfüllen, da sie nicht persönlich abhängig von ihrem Vertragspartner sind und somit nicht den Tatbestand des § 611a Abs. 1 BGB erfüllen.⁴³ Verbreitet wird im Zusammenhang mit Selbständigen, die für oder über Plattformen Werk- oder Dienstleistungen erbringen, der Begriff der „Soloselbständigkeit“ gebraucht. Darunter soll die selbständige Leistungserbringung durch einen Kleinunternehmer zu verstehen sein, ohne dass Arbeitnehmer oder Subunternehmen beschäftigt werden. Die Begriffsbildung geht letztlich auf die Arbeits- und Industriezoologie zurück. Ihr Gebrauch im juristischen Zusammenhang suggeriert, dass diese sozialwissenschaftliche Begriffsbildung auch für die rechtliche Einordnung und Behandlung dieser Personengruppe leistungsfähig ist. Dabei wird indessen übersehen, dass die höchstpersönliche Leistungserbringung durch einen selbständigen Anbieter von Werk- oder Dienstleistungen für sich genommen noch keine besondere Schutzbedürftigkeit im Arbeitsrecht oder angrenzenden Rechtsbereichen begründet. Nicht wenige „Soloselbständige“ werden trotz ihrer unternehmerischen Tätigkeit als „Einzelkämpfer“ über ein hohes Einkommen verfügen: Man denke an zahlreiche Freiberufler i.S.v. § 18 Abs. 1 Satz 2 EStG und § 1 Abs. 2 PartGG oder auch an einzelne Softwareentwickler oder IT-Spezialisten. Ausschlaggebend für das Bestehen einer besonderen Schutzbedürftigkeit, die ein Eingreifen mit den Mitteln des Rechts erforderlich macht, ist vielmehr eine unterlegene Stellung dieser Ein-Personen-Unternehmen auf den für sie relevanten Märkten für Werk- oder Dienstleistungen, namentlich aufgrund einer bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Vertragspartner. Dies gilt auch und gerade für Plattformbeschäftigte.

Auch wenn die empirische Sozialforschung zur Plattformarbeit erst am Anfang steht und deshalb dieses neue Phänomen der Arbeitswelt noch nicht ausreichend aufgearbeitet ist, lassen sich doch bereits klar Konturen erkennen, die für die Beantwortung der hier interessierenden Frage von Bedeutung sind, ob diese Selbständigen ebenfalls Marktbesonderheiten ausgesetzt sind, die denjenigen der Arbeitsmärkte entsprechen. Zu unterscheiden ist nämlich zwischen

41 *Gerechthof Amsterdam v. 16.2.2021 – Az. 200.261.051/0*; eine knappe Zusammenfassung der Entscheidung findet sich in *AuR* 2021, S. 188.

42 Dazu im Überblick *Wenckebach*, *SR* 2020, S. 165 (170 f.) m.w.N.

43 In diesem Sinne wohl auch *C. Schubert*, *RdA* 2018, S. 200 (203 f.).

dem Typus der reinen Vermittlung von Aufträgen durch eine Plattform einerseits (2.1.3.1.) und der vertraglichen Pflicht von Plattformbeschäftigten zur Leistungserbringung gegenüber einer Plattform andererseits (2.1.3.2.).

2.1.3.1. Die Plattform als Intermediär

In den meisten Fällen wird die digitale Plattform nur Vermittlungsdienste erbringen und ihre Plattforminfrastruktur potenziellen Auftraggebern und Leistungserbringern zur Verfügung stellen. Der eigentliche Werk- oder Dienstvertrag kommt dann zwischen den die Plattform nutzenden Plattformbeschäftigten einerseits und auftraggebenden Unternehmen andererseits zustande.⁴⁴ Beispielfhaft sei an dieser Stelle nur auf die AGB von *Amazon Mechanical Turk* hingewiesen.⁴⁵

Es liegt auf der Hand, dass nur in seltenen Fällen eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Plattformbeschäftigten gegenüber einem Auftraggeber gegeben sein wird: Nicht selten werden die Auftraggeber auf der Plattform wechseln, so dass der Tatbestand einer Auftragsabhängigkeit, wie er in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG als konstitutives Merkmal der arbeitnehmerähnlichen Person normiert ist, nicht erfüllt sein wird.

Daraus darf indessen nicht der voreilige Schluss gezogen werden, dass diejenigen Selbständigen, die nicht von einem Kunden auftragsabhängig sind, nicht den Besonderheiten auf den für sie relevanten Märkten für Werk- oder Dienstleistungen unterliegen, die für Arbeitsmärkte charakteristisch sind. Denn ihre Marktstellung bestimmt sich nicht in erster Linie durch ihre vertragliche Beziehung zu einzelnen Plattformkunden, sondern durch ihre Beziehung zur Plattform selbst. Ausschlaggebend ist insoweit, dass die mit dem Plattformbetreiber bestehende vertragliche Beziehung Plattformbeschäftigten Zugang zu einem digitalen Markt für bestimmte Werk- und Dienstleistungen verschafft, an dem sie teilhaben wollen: Im Kern geht es also um Zutritt zu einem Beschäftigungsmarkt und um den Verbleib auf diesem. Digitale Plattformen sind somit letztlich „*Gatekeeper*“ für Selbständige, die sich der Plattformen bedienen, um an Werk- oder Dienstleistungsaufträge zu gelangen. Ein verweigerter Zugang zu diesen Märkten kann für Selbständige zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit führen.

Diese mit digitalen Plattformen verknüpfte Zugangsproblematik findet inzwischen auch im Kartellrecht der Union und auch einzelner Mitgliedstaaten zu-

44 Zur weiten Verbreitung dieses Modells z.B. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032 (1033).

45 Siehe Ziffer 2 der AGB von *Amazon Mechanical Turk* („*Participation Agreement*“), abrufbar unter: <https://www.mturk.com/participation-agreement> (abgerufen am 15.12.2021).

nehmend Anerkennung. So erkennt der derzeit (Dezember 2021) noch nicht verabschiedete Kommissionsvorschlag eines *Digital Markets Act (DMA)* vom Dezember 2020⁴⁶ ausdrücklich an, dass digitale Plattformen die Eigenschaft eines „Gatekeepers“ besitzen und dadurch in der Lage sein können, den Zugang zu digitalen Märkten zu kontrollieren, was „zu einer starken Abhängigkeit vieler gewerblicher Nutzer von diesen Gatekeepern [führt]“.⁴⁷ Der künftige *DMA* soll Betreiber zentraler Plattformdienste,⁴⁸ die ein großes Gewicht auf dem Binnenmarkt haben und deshalb als „Gatekeeper“ benannt werden, zahlreichen Verhaltenspflichten unterwerfen, um unlautere Praktiken zu verhindern.⁴⁹ Eine mit dieser Stellung beim Zugang zu digitalen Märkten verknüpfte Machtstellung von Plattformbetreibern soll somit einer präventiven kartellbehördlichen Missbrauchskontrolle („ex-ante-Kontrolle“) unterworfen werden. Ähnlich hat die am 19. Januar 2021 in Kraft getretene 10. GWB-Novelle⁵⁰ mit dem in diesem Rahmen neu geschaffenen § 19a GWB die Missbrauchsaufsicht für den Bereich der digitalen Wirtschaft modernisiert und besondere Regeln für die Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb geschaffen, die *Gatekeeper*-Funktionen im beschriebenen Sinne besitzen:⁵¹ § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB erkennt nämlich ausdrücklich an, dass bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb u.a. auch „die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter“ zu berücksichtigen ist; damit wollte der Gesetzgeber der 10. GWB-Novelle gerade die Behinderung der „Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten“ verhindern.⁵²

Diese jüngsten Reformen der Missbrauchskontrolle im deutschen und europäischen Kartellrecht zielen zwar nur auf wenige digitale Unternehmen, nament-

46 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final. Dazu die Analyse von *Gielen/Uphues*, *EuZW* 2021, S. 627 ff.; für einen Vergleich des Verordnungsvorschlags mit dem neuen § 19a GWB siehe *Gerpott*, *NZKart* 2021, S. 273 ff.

47 COM(2020) 842 final, S. 1.

48 Für den Begriff des zentralen Plattformdienstes siehe Art. 2 Nr. 2 *DMA*: Hierunter fallen auch Online-Vermittlungsdienste i.S.v. Art. 2 Nr. 2 VO (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, zu denen auch die hier interessierenden digitalen Plattformen gehören.

49 Vgl. Art. 5 f. *DMA*.

50 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), *BGBI.* 2021 I S. 2. Für eine erste Einordnung siehe *Schnelle/Wyrembek*, *GRUR-Prax* 2021, S. 432 ff.

51 Zu den „Gefährdungspotenzialen“ dieser Unternehmen näher die Begründung des RegE, *BT-Drucks.* 19/23492, S. 74 ff.

52 So der RegE, *BT-Drucks.* 19/23492, S. 77. Dazu *Esser/Höft*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost*, 10. GWB-Novelle, Kapitel 1, Rdnr. 258-262 m.w.N.

lich auf die sog. GAFA-Unternehmen *Google, Amazon, Facebook* und *Apple*.⁵³ Der ihnen zugrunde liegende Gedanke, dass digitale Plattformen für Selbständige, die in vertraglichen Beziehungen mit ihnen stehen, auch Einfluss auf den Zugang von Selbständigen zu digitalen Märkten für Werk- und Dienstleistungen nehmen können, ist für den vorliegenden Zusammenhang von großer Bedeutung. Dieser Einfluss kann stärker oder schwächer ausgeprägt sein, je nachdem in welchem Grade Selbständige auf den Zugang einer bestimmten digitalen Plattform tatsächlich angewiesen sind. Eine solche Angewiesenheit kann auch jenseits der GAFA-Unternehmen gegeben sein. Auch die Gatekeeper-Funktion von kleineren digitalen Plattformen für bestimmte Werk- oder Dienstleistungen, die nur regional oder örtlich operieren (z.B. digitale Plattformen für haushaltsnahe Dienstleistungen oder für *Food Delivery*), kann die wirtschaftliche Abhängigkeit von Selbständigen zur Folge haben. Auch ist bei der Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Selbständigen gegeben ist, von Interesse, dass diese typischerweise einem sog. „Lock-in-Effekt“ ausgesetzt sind. Aufgrund der bei den Plattformbetreibern verbreiteten Bewertungssysteme (*Rating Systems, Performance Appraisal*) hängen ihre künftigen Erwerbssaussichten auf einer Plattform von den für sie abgegebenen Bewertungen von Kunden ab:⁵⁴ Die bisher erworbene digitale Reputation kann nämlich grundsätzlich nicht auf andere Plattformen transferiert werden, so dass Plattformbeschäftigte auf der Plattform „eingeschlossen“ sein können. Plattformen haben somit eine Monopolstellung gegenüber ihren Beschäftigten mit Blick auf den Zugang zu den Kunden der Plattform.

Auch aufgrund dessen kann die Gefahr eines Konkurrenzparadoxons entstehen, wie es für die Arbeitsmärkte oben (2.1.1.) charakterisiert worden ist. Gewiss hängt diese Gefahr im Einzelfall davon ab, dass Plattformbeschäftigte über keine (ausreichenden) Handlungsalternativen verfügen, um dieser Wirkung zu entgehen (z.B. durch einen Wechsel der Plattform oder die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit außerhalb von Plattformen). Es spricht jedoch eine begründete (widerlegliche) Vermutung dafür, dass diese Gefahr tatsächlich besteht.

Diese wirtschaftliche Abhängigkeit von der Plattform kann grundsätzlich auch dann bestehen, wenn selbständige Plattformbeschäftigte noch für weitere

53 Es ist deshalb auch wenig überraschend, dass das BKartA gegen alle vier GAFA-Unternehmen bereits Kartellverfahren nach § 19a GWB in Gang gesetzt hat, um in einem ersten Schritt nach § 19a Abs. 1 GWB feststellen zu können, dass diesen Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Zu diesem Hintergrund der anhängigen Kartellverfahren gegen die GAFA-Unternehmen siehe *Schnelle/Wymberek*, GRUR-Prax 2021, S. 432 f. m.N.

54 Dazu zusammenfassend *Kilboffer u.a.*, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, S. 56 ff.

Plattformen oder für eine Plattform aus anderen Gründen nur im Nebenerwerb tätig werden. Ihre Schutzbedürftigkeit kann deshalb geringer sein. Von einer solchen abgeschwächten Schutzbedürftigkeit von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen im Nebenberuf geht beispielsweise auch die den Ausgleichsanspruch (§ 89b HGB) für Handelsvertreter im Nebenberuf ausschließende Vorschrift des § 92b HGB aus. Allerdings lässt sich dieser Gedanke nicht verallgemeinern, dürfen doch auch für nebenberufliche Handelsvertreter Mindestvertragsbedingungen nach Maßgabe von § 92a HGB erlassen werden, was deren grundsätzliche soziale Schutzbedürftigkeit nach Einschätzung des Gesetzgebers unterstellt. Überdies können auch nebenberuflich beschäftigte Selbständige auf den Nebenverdienst existentiell angewiesen sein und müssten Senkungen der Preise für ihre Werk- oder Dienstleistungen mit einer Ausweitung ihres Arbeitsangebotes beantworten; für Beschäftigte des Niedriglohnsektors⁵⁵ dürfte dies zu unterstellen sein.

2.1.3.2. Vertragliche Pflicht zur Leistungserbringung gegenüber der Plattform

Nach den Verträgen einzelner Plattformen (z.B. *Clickworker*)⁵⁶ sind die Werk- oder Dienstleistungen unmittelbar gegenüber dem Plattforminhaber zu erbringen. Die eigentlich auftraggebenden Unternehmen stehen nur im Hintergrund.

Sind Selbständige unmittelbar gegenüber dem Plattformbetreiber zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet, dürfte ohne weiteres regelmäßig eine wirtschaftliche Abhängigkeit von dem durch die Aufträge der Plattform vermittelten Einkommen bestehen.⁵⁷ Steht ihnen von ihrem durch die Plattform vermittelten Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zu, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht, erfüllen sie den Tatbestand einer arbeitnehmerähnlichen Person i.S.v. § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b TVG. In Fällen einer solchen Auftragsabhängigkeit werden Selbständige auch nicht ohne weiteres auf andere Plattformen ausweichen können, da ein Wechsel auf eine andere Plattform zur Erzielung eines vergleichbaren Einkommens faktisch oftmals mit großen Schwierigkeiten verbunden sein wird.⁵⁸

55 Als Niedriglohnsektor gilt nach der Begriffsbestimmung der IAO ein stündliches Arbeitsentgelt, das geringer als zwei Drittel des nationalen mittleren Bruttostundenlohnes ist. Siehe z.B. ILO Glossary of Statistical Terms, abrufbar unter: <https://www.ilo.org/ilostat-files/Documents/Statistical%20Glossary.pdf> (abgerufen am 15.12.2021).

56 § 3.2. AGB für Clickworker der Clickworker GmbH, abrufbar unter: <https://workplace.clickworker.com/de/agreements/10123> (abgerufen am 15.12.2021).

57 So auch C. *Schubert*, RdA 2018, S. 200 (204); ebenso *Bourazeri*, NZA 2019, S. 741 (744).

58 Zu den Schwierigkeiten eines Wechsels der Plattform für Beschäftigte siehe oben 2.1.3.1. m.N.

Die Abhängigkeit von Plattformbeschäftigten von der Plattform wird nicht nur bei so großen Plattformen wie *Amazon Mechanical Turk* oder *Clickworker* bestehen. Auch bei kleineren Plattformen, die auf bestimmte Werk- oder Dienstleistungen spezialisiert sind (z.B. Reinigungsarbeiten), dürfte sich eine solche Abhängigkeit von selbständigen Plattformarbeitern von der Plattform einstellen: Dies gilt gerade für ortsgebundene Dienstleistungen wie bei haushaltsnahen Dienstleistungen (z.B. Reinigungsarbeiten) oder bei „*Food Delivery*“ (z.B. *Deliveroo* oder *Just Eat*), die von einer Plattform vermittelt werden.

2.2. Kartellrechtliche Ausnahmen für Selbständige im deutschen Recht

Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen hat seinen Ursprung im Arbeitsrecht. Als Recht zur kollektiven Selbsthilfe hat es sich für die gewerblichen Arbeitsverhältnisse seit Ende des 19. Jahrhunderts ohne eine besondere gesetzliche Normierung herausgebildet und ist erstmals durch die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918⁵⁹ rechtlich anerkannt worden. Jenseits dieses Nukleus tarifautonomer Gestaltung hat das deutsche Recht seit der Entstehung der Tarifautonomie während der Weimarer Republik auch andere Typen von Kollektivverträgen gesetzlich ausgeformt, die zum Schutz bestimmter Gruppen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen abgeschlossen werden dürfen. Die sie zulassenden gesetzlichen Vorschriften begründen insoweit einen kartellrechtlichen Ausnahmebereich, da sie bilaterale Kartelle von Vereinigungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen – und damit von Unternehmen – sowie ihren Vertragspartnern, die ebenfalls Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne sind, entgegen § 1 GWB zulassen. Ebenso wie im Arbeitsrecht vertraut die Rechtsordnung auch in diesen Fällen auf das Gegenmachtprinzip als angemessenen Ausgleichsmechanismus.

2.2.1. Heimarbeitsarifverträge

Die älteste Kollektivvertragsbefugnis für wirtschaftlich abhängige Selbständige enthält § 17 HAG; die Vorschrift, die letztlich im Heimarbeiterlohngesetz vom 27. Juni 1923 (§ 28)⁶⁰ ihre Wurzel hat, geht in ihrer derzeitigen Gestalt auf das

59 Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, RGBl. 1918 I S. 1456.

60 RGBl. 1923 I S. 467. Mit dem Heimarbeiterlohngesetz wurde das Hausarbeitsgesetz vom 1.4.1912 novelliert. Zur Entwicklung des Heimarbeitsrechts in Deutschland zusammenfassend *Hromadka*, NZA 1997, S. 1249 ff. m.w.N.

Gesetz vom 14. März 1951 zurück.⁶¹ Abs. 1 der Vorschrift erweitert den Begriff des Tarifvertrages, wie er in § 1 und § 2 TVG ausgeformt ist, auf schriftliche Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften einerseits und Auftraggebern oder deren Vereinigungen andererseits über Inhalt, Abschluss oder Beendigung von Vertragsverhältnissen der in Heimarbeit Beschäftigten oder Gleichgestellten mit ihren Auftraggebern; bestehen Tarifverträge im Bereich der Heimarbeit, dürfen keine bindenden Festsetzungen von Entgelten oder sonstigen Vertragsbedingungen durch die Heimarbeitsausschüsse erlassen werden.⁶²

Über die praktische Bedeutung von Heimarbeitsstarifverträgen ist wenig bekannt. Angesichts der inzwischen nur noch geringen Bedeutung des Heimarbeitswesens dürfte das Bestehen von Tarifverträgen nach § 17 HAG allerdings nur von ganz untergeordneter Bedeutung sein.⁶³

2.2.2. Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen

Mit dem Gesetz zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes vom 1. November 1974⁶⁴ hat der Gesetzgeber die Tarifautonomie auch auf (andere) arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt und auf diese Weise eine weitere kartellrechtliche Ausnahme von § 1 GWB geschaffen. Nach § 12a Abs. 1 TVG gelten die Vorschriften des TVG entsprechend für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen).

Wer als arbeitnehmerähnliche Person gilt, ist in § 12a TVG nicht einheitlich geregelt. Grundsätzlich muss der Beschäftigte auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages arbeiten, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und überwiegend für eine Person tätig sein oder ihm muss von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zustehen (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG). Wirtschaftliche Abhängigkeit wird somit als Abhängigkeit von einem Auftraggeber verstanden. Im Falle von Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, und von Personen, die an der Erbringung, insbesondere der technischen Gestaltung solcher Leistungen unmittelbar mitwir-

61 BGBl. 1951 I S. 191.

62 Dies ergibt sich aus § 19 Abs. 1 HAG, wonach bindende Festsetzungen nur erlassen werden dürfen, wenn Gewerkschaften oder Vereinigungen der Auftraggeber für den Zuständigkeitsbereich eines Heimarbeitsausschusses nicht bestehen oder nur eine Minderheit der Auftraggeber oder Beschäftigten umfassen.

63 Vgl. z.B. *Deinert*, RdA 2018, S. 359 m.N., wonach Ende 2016 nur noch 27.605 Heimarbeiter in Deutschland existierten.

64 BGBl. 1974 I S. 2879.

ken, reicht für den Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit sogar aus, dass sie von ihrem Auftraggeber im Durchschnitt mindestens ein Drittel ihres Entgelts erhalten (§ 12a Abs. 3 TVG). Allerdings weitet § 12a TVG die Tarifautonomie nicht auch auf Handelsvertreter i.S.v. § 84 HGB aus (§ 12a Abs. 4 TVG). Einfirmentreter beispielsweise, die von ihrem Unternehmer wirtschaftlich abhängig sind, dürfen infolgedessen tarifvertraglich nicht geschützt werden.⁶⁵ Die Bereichsausnahme geht auf die Intervention der Handelsvertreterverbände im Gesetzgebungsverfahren von 1974 zurück. Sie lässt sich lediglich mit standespolitischen Interessen der Handelsvertreter erklären, nicht mit anderen arbeitnehmerähnlichen Personen in einen Topf geworfen werden zu wollen.⁶⁶ Wegen seines standespolitischen Hintergrundes kann § 12a Abs. 4 TVG rechtspolitisch nicht überzeugen. Auch bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Bereichsausnahme mit Art. 3 Abs. 1 GG und somit an ihrer Verfassungskonformität.⁶⁷

Die praktische Bedeutung von Tarifverträgen nach § 12a TVG ist bekanntlich weitgehend auf den Bereich der freien Mitarbeit in den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten begrenzt geblieben.⁶⁸ Tarifverträge für andere Gruppen von arbeitnehmerähnlichen Personen sind bislang, soweit ersichtlich, noch nicht abgeschlossen worden. Allerdings ist denkbar, dass sich dies im Zuge der Digitalisierung der Arbeitswelt ändert. Sollten Plattformbeschäftigte den Tatbestand des § 12a Abs. 1 TVG erfüllen (dazu oben 2.1.3.2.), können Gewerkschaften schon nach geltendem Recht zu ihren Gunsten Tarifverträge abschließen.

2.2.3. Kollektivverträge im Urheberbereich

Soweit Urheber wirtschaftlich abhängig von ihrem Vertragspartner sind – der bereits erwähnte § 12a Abs. 3 TVG sieht hierfür besondere Maßstäbe vor – und vergleichbar Arbeitnehmern sozial schutzbedürftig sind, können ihre Vertrags-

65 Allerdings kann das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach Anhörung von Verbänden der Handelsvertreter und der Unternehmer durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, Mindestvertragsbedingungen für Einfirmentreter festsetzen, um die notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse dieser Handelsvertreter oder einer bestimmten Gruppe von ihnen sicherzustellen (§ 92a Abs. 1 Satz 1 HGB); eine entsprechende Verordnungsbefugnis besteht auch für die Vertragsbedingungen von Versicherungsvertretern, die nur für einen Versicherungskonzern tätig sind (§ 92a Abs. 2 HGB). Von der Verordnungsbefugnis ist aber seit ihrer Schaffung im Jahre 1953 noch kein einziges Mal Gebrauch gemacht worden; dazu statt vieler MüKo-HGB/Ströbl, 5. Auflage (2021), § 92a, Rdnr. 4.

66 Statt vieler *Reinecke/Rachor*, in: Däubler, TVG § 12a, Rdnr. 17 m.w.N.

67 Vgl. BAG 15.2.2005 – 9 AZR 51/04, NZA 2006, S. 22; *Wank*, in: Wiedemann, TVG § 12a, Rdnr. 9; *Reinecke/Rachor*, in: Däubler, TVG § 12a, Rdnr. 16; *Stein*, in: Kempen/Zachert, TVG § 12a, Rdnr. 35.

68 Statt vieler *Reinecke/Rachor*, in: Däubler, TVG § 12a, Rdnr. 9 m.w.N.

bedingungen Gegenstand von Rechtsnormen eines Tarifvertrages sein. Auto-renhonorare, Honorare für Übersetzungen usw. können somit von Verbänden der Urheber einerseits und Verbänden der Verwerter oder einzelnen Verwer-tern (z.B. größeren Verlagen) andererseits durch Tarifvertrag geregelt werden. Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt darin, dass die Rechtsnormen eines solchen Tarifvertrages auf die Vertragsverhältnisse der beiderseits Tarifgebun- denen unmittelbar und zwingend einwirken⁶⁹ und somit die beiderseitige Kar- tellierung des Marktes durch die normative Wirkung des Tarifvertrages rech- tlich abgesichert ist. Auch ist denkbar, einen solchen Tarifvertrag unter den Be- dingungen des § 5 TVG für allgemeinverbindlich zu erklären. Trotz dieser je- denfalls für die Urheberseite manifesten Vorteile einer tarifvertraglichen Gestaltung der Vertragsbedingungen ist es – abgesehen von den öffentlich- rechtlichen Rundfunkanstalten – bislang nur kaum zu Tarifverträgen für ar- beitnehmerähnliche Urheber gekommen.⁷⁰

Die Vertragsbedingungen von Urhebern können allerdings auch noch auf an- dere Weise kollektivvertraglich geregelt werden. So erlaubt § 36 UrhG gemein- same Vergütungsrichtlinien (2.2.3.1.). Auch haben Verbände von Urhebern und Verwertern zugunsten einzelner Kategorien von Urhebern verschiedene Normenverträge abgeschlossen, ohne dass ein dem Tarifvertrag vergleichbarer rechtlicher Rahmen besteht, die aber von den deutschen Kartellbehörden ge- duldet werden (2.2.3.2.).

2.2.3.1. Gemeinsame Vergütungsrichtlinien (§ 36 UrhG)

Vereinigungen von Urhebern können mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen, um den Begriff der Angemessenheit von Vergütungen für Urheber (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 UrhG) zu bestimmen. Mit diesem vom Gesetzgeber aufgrund des Geset- zes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. März 2002⁷¹ neu geschaffenen Typus eines Kollektivvertra- ges für wirtschaftlich abhängige Selbständige können die Kollektivvertragspar- teien des Urheberbereiches zwar im Unterschied zum Tarifvertrag (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) keine Rechtsnormen mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Vertragsverhältnisse der Urheber schaffen. Die gemeinsamen Vergütungsregeln konkretisieren aber den unbestimmten Tatbestand der An- gemessenheit der Urhebervergütung (§ 32 UrhG): Eine nach einer gemein- samen Vergütungsregel ermittelte Vergütung begründet nämlich die unwider- legliche Vermutung ihrer Angemessenheit (§ 32 Abs. 2 Satz 1 UrhG). Somit

69 § 12a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG.

70 Vgl. *Reinecke/Rachor*, in: Däubler, TVG § 12a, Rdnr. 17 m.w.N.

71 BGBl. 2002 I, S. 1155.

entfaltet sie auch für Urheberverträge, deren Parteien die Aufstellung einer gemeinsamen Vergütungsregel nicht privatautonom durch ihren Beitritt zu der vertragsschließenden Vereinigung von Urhebern bzw. der Werknutzer ermächtigt haben, Rechtswirkungen;⁷² eine beiderseitige Tarifgebundenheit, wie sie dem Tarifvertragsrecht als Legitimationsmodell zugrunde liegt, besteht für gemeinsame Vergütungsregeln in folgedessen nicht.

Gelten für einen Urhebervertrag bereits die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, sollen diese auf das Vertragsverhältnis Anwendung finden (§ 32 Abs. 4 UrhG). Gemeinsame Vergütungsregeln treten somit gegenüber Tarifverträgen zurück. Auch sind sie lediglich auf die Festlegung der Vergütung von Urhebern festgelegt; andere Vertragskonditionen können mit diesem Kollektivvertragstypus nicht bindend festgelegt werden. § 36a UrhG normiert ergänzend ein Schlichtungsverfahren für das Zustandekommen von gemeinsamen Vergütungsregeln. Allerdings handelt es sich bei dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren lediglich um eine freiwillige Schlichtung und nicht um eine Zwangsschlichtung.

Die praktische Bedeutung von gemeinsamen Vergütungsregeln hat sich bisher in Grenzen gehalten.⁷³ Zum April 2019 waren 15 gemeinsame Vergütungsregeln i.S.v. § 36 UrhG aufgestellt, u.a. für Journalisten von Tageszeitungen, Übersetzer belletristischer Werke, Film- und Fernsehregisseure, Kameraleute und für Film- und Fernsehschauspieler.⁷⁴

2.2.3.2. Normenverträge zum Schutze bestimmter Gruppen von Urhebern

Gemeinsame Vergütungsregeln i.S.v. § 36 UrhG betreffen nur den Preis als zentralen Parameter, nicht aber auch die sonstigen Vertragsbedingungen von Urhebern. Darüber hinaus existieren im urheberrechtlichen Bereich Normenverträge zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Urhebern, deren Zustandekommen und Rechtswirkungen allerdings gesetzlich nicht geregelt sind. Kartellrechtlich sind sie als Konditionenempfehlungen zu qualifizieren.⁷⁵

72 Vgl. *Soppe*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, BeckOK Urheberrecht, § 36 UrhG, Rdnr. 15 ff. m.w.N.

73 So die Einschätzung von *Soppe*, NJW 2018, S. 729 (731).

74 Eine Liste der gemeinsamen Vergütungsregeln findet sich bei *Soppe*, in: Ahlberg/Götting, BeckOK, Urheberrecht, 29. Edition (15.6.2020), § 36 UrhG, Rdnr. 114-136.

75 Die Rechtswirkungen dieser Verträge bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes und können deshalb nur insoweit die Bedingungen von Individualverträgen bestimmen, als die Vertragsparteien sie einbeziehen. Bis zur 7. GWB-Novelle von 2005 konnten diese Konditionenempfehlungen (vgl. § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB a. F.) von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen mehrerer Marktstufen auch im Wege einer Kollektivvereinbarung ausgesprochen werden, mussten aber bei der Kartellbehörde angemeldet werden (§ 22 Abs. 4 S. 2 GWB a. F.).

Dies gilt einmal für den „Normenvertrag über den Abschluss von Verlagsverträgen“, der vom *Verband deutscher Schriftsteller (VS)* und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* am 19. Oktober 1978 vereinbart worden ist und immer noch fortbesteht. Er enthält Empfehlungen für die zentralen Vertragsbedingungen in Verlagsverträgen mit Ausnahme von Regelhonoraren. Der Normenvertrag hat Vorläufer. Bereits während der Weimarer Republik haben Verbände von Urhebern und von Verlegern Normenverträge für bestimmte Urheberverträge vereinbart, die sogar auch Honorarsätze enthielten.⁷⁶ Kartellrechtlich waren solche Vereinbarungen, die als Preiskartelle qualifiziert werden konnten, damals indessen grundsätzlich zulässig, sah doch die Kartellverordnung von 1923 lediglich eine Kontrolle von Kartellmissbräuchen vor.⁷⁷

Darüber hinaus ist hier noch der „Normenvertrag für den Abschluss von Übersetzungsverträgen“ vom 11. Mai 1992 zu nennen, der ebenfalls vom *Verband deutscher Schriftsteller (VS)* und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* vereinbart worden ist.⁷⁸ Auch die vom *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* und dem *Deutsche Hochschulverband* seit den zwanziger Jahren aufgestellten „Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke“ gehören in diesen Zusammenhang.

2.2.4. Kollektivverträge nach SGB V

Ebenso werden die Vertragsbedingungen einzelner Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenkassen durch Kollektivverträge (Gesamtverträge) festgelegt.⁷⁹ Bei den Leistungserbringern der gesetzlichen Krankenversicherung handelt es sich durchweg um Personen, die den Selbständigen- und somit keinen Arbeitnehmerstatus i.S.v. § 611a Abs. 1 BGB besitzen.

Für das im Zentrum des Gesamtvertragswesens des SGB V stehende Kassenarztrecht gibt es ein mehrstufiges Gesamtvertragssystem. Den allgemeinen Inhalt der Gesamtverträge vereinbaren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen in Bundesmantelverträ-

76 Näher zu diesem geschichtlichen Hintergrund *Sieger*, ZUM 1986, S. 319 (320); vgl. auch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rdnr. 684 f.

77 Vgl. § 4 Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (RGBl. I S. 943).

78 Ausführlicher zur Entstehung und den Hintergründen der beiden zwischen VS und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* vereinbarten Normenverträge *Sieger*, ZUM 1986, S. 319 ff. m.w.N.

79 Für einen Überblick über das Gesamtvertragswesen des SGB siehe *Flüchter*, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB; vgl. auch *Heinze*, SGB 1980, S. 173 ff., sowie *Ebsen*, VSSR 1990, S. 57 (63 ff.), jew. m.w.N.

gen.⁸⁰ Deren Inhalt ist Bestandteil der Gesamtverträge auf den unteren Ebenen.⁸¹ Auf der Landesebene werden die Vergütungen der Kassenärzte und ärztlich geleiteten Einrichtungen von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen mit den kassenärztlichen Vereinigungen durch Gesamtverträge geregelt.⁸² In den einzelnen Bezirken eines Landes schließen die kassenärztlichen Vereinigungen mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen Gesamtverträge mit Wirkung für die Krankenkassen der jeweiligen Kassenart über die vertragsärztliche Versorgung der Mitglieder mit Wohnort in ihrem Bezirk einschließlich der mitversicherten Familienangehörigen.⁸³ Diese Gesamtverträge legen auch das Honorar der Vertragsärzte fest. Bei sämtlichen Gesamtverträgen handelt es sich um Normsetzungsverträge. Als verbindlichen Konfliktlösungsmechanismus sieht § 89 SGB V eine Zwangsschlichtung durch die Landes- und Bundesschiedsämter vor. Ein Streikrecht der Kassenärzte zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen bei der Aushandlung der Gesamtverträge besteht indessen nicht.⁸⁴

Auch für die Festlegung der Vertragsbedingungen anderer Leistungsbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung sieht das SGB V Gesamtverträge vor. So werden die Vertragsbedingungen von Heilmittelerbringern ebenso kollektivvertraglich geregelt (§ 125 SGB V) wie für Hilfsmittelerbringer (vgl. § 127 SGB V). Für die Gruppe der Physiotherapeuten hat das BSG sogar einen Aufruf ihres Verbandes für rechtmäßig erachtet, ihre Zulassung an die Krankenkassen zurückzugeben und keine Kassenpatienten mehr zu behandeln, um den Abschluss eines neuen Rahmenvertrages i.S.v. § 125 SGB V mit den Verbänden der Krankenkassen durchzusetzen.⁸⁵ Inzwischen sieht § 125 Abs. 5 SGB V allerdings ein Zwangsschlichtungsverfahren für den Fall der Nichteinigung zwischen den Parteien vor. Darüber hinaus haben nach § 132a SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V gemeinsam Rahmenempfehlungen über die einheitliche und flächendeckende Versorgung mit häuslicher Krankenpflege abzugeben; diese – kartellrechtlich gesprochen – Konditionenempfehlungen erstrecken sich jedoch

80 § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

81 § 82 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

82 § 82 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

83 § 83 SGB V.

84 Siehe BSG v. 30.11.2016 – B 6 KA 38/15 R, NZS 2017, S. 539 ff. zu einem „Warnstreik“ von Kassenärzten gegen die gesetzlichen Krankenkassen und die kassenärztliche Vereinigung.

85 Vgl. BSG v. 25.9.2001 – B 3 KR 14/00 R, SGB 2002, S. 358 m. zust. Anm. *Plagemann/Seifert*.

nicht auf die Vergütungshöhe, sondern nur auf die Grundsätze der Vergütungen und ihre Strukturen.⁸⁶

Allerdings verfügen selbständige Leistungserbringer im Krankenkassenrecht über keine Kollektivvertragsautonomie, die derjenigen nach § 17 HAG oder § 12a TVG vergleichbar wäre, besteht doch die Möglichkeit einer für die Tarifautonomie undenkbaren Zwangsschlichtung.⁸⁷ Zu Recht wird deshalb abgelehnt, im Zusammenhang mit den Kollektivverträgen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung von einer autonomen Rechtsetzung oder „gemeinsame(n) Selbstverwaltung“ zu sprechen.⁸⁸

2.2.5. Aktuelle rechtspolitische Vorstöße

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales war insbesondere in seinem „Weißbuch Arbeiten 4.0“ von 2017 noch sehr zurückhaltend, was die Befugnis zum Abschluss von Kollektivverträgen zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen jenseits der nach geltendem Recht zur Verfügung stehenden Instrumente (z.B. § 12a TVG) angeht: Insoweit wollte man genau beobachten, „ob der Begriff der ‚arbeitnehmerähnlichen Personen‘ seinem Schutzzweck noch gerecht wird, ob er neu justiert werden muss oder ob neue Instrumente erforderlich sind, um Erwerbstätigen im Übergangsbereich von abhängiger und selbständiger Arbeit eine bessere kollektive Aushandlung ihrer Arbeitsbedingungen und Einkommen zu ermöglichen“.⁸⁹

Schon drei Jahre später änderte das Ministerium indessen seine vorsichtig tastende Haltung und veröffentlichte im November 2020 „Eckpunkte Faire Arbeit in der Plattformökonomie“.⁹⁰ Diese sehen neben einer Einbeziehung „solo-selbständiger Plattformtätiger“, die Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind, in die gesetzliche Rentenversicherung unter finanzieller Beteiligung der Plattformbetreiber und der Schaffung einer Beweislastregelung zugunsten des Arbeitnehmerstatus von Plattformtätigen u.a. auch die Schaffung einer „kollektivrechtliche(n) Organisation für solo-selbständige Plattformtätige“ vor. Einzelheiten der geplanten Ausdehnung der Kollektivvertragsfreiheit auf selbständige Beschäftigte in der Plattformökonomie, insbeson-

86 Vgl. § 132a Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 SGB V.

87 Z.B. § 89 SGB V.

88 So insbesondere *Ebsen*, VSSR 1990, S. 57 ff.

89 Siehe *Bundesministerium für Arbeit- und Soziales*, Arbeit weiterdenken – Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 174.

90 Vgl. die Pressemitteilung des BMAS v. 27.11.2020, abrufbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-faire-plattformarbeit.pdf?jsessionid=B2B0D1EBD42E68C7DE54A67E57E7FC1C.delivery2-replication?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 15.12.2021).

dere ob sie durch eine Novellierung des bestehenden § 12a TVG oder auf andere Weise erfolgen soll, sind bis zum Ende der 19. Legislaturperiode im September 2021 allerdings nicht veröffentlicht worden. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob der 20. Deutsche Bundestag diese Pläne aufgreifen und weiterverfolgen wird. Der neue Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP⁹¹ sieht jedenfalls vor, dass „die Initiative der EU-Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf Plattformen konstruktiv“ begleitet und somit auf eine europäische Lösung gesetzt werden soll; eine eigene nationale Regelung der Frage scheint die neue Regierungsmehrheit demgegenüber nicht anzustreben.

2.3. Rechtsvergleichende Erkenntnisse

Lässt man den Blick über die deutschen Grenzen hinaus schweifen und fragt danach, ob auch in anderen nationalen Rechtsordnungen, insbesondere innerhalb der EU, wirtschaftlich abhängigen Selbständigen oder doch zumindest einzelnen Gruppen von ihnen eine Kollektivvertragsfreiheit eingeräumt wird, damit sie ihre wirtschaftlichen Interessen kollektiv wahrnehmen können, fällt auf, dass die im deutschen Recht schon länger bestehende Anerkennung eines intermediären Status zwischen Arbeitnehmer und Selbständigen nicht allgemein verbreitet ist. Und doch haben einzelne Mitgliedstaaten der EU nicht zuletzt in den vergangenen Jahren angesichts der Zunahme von Selbständigen in der Grauzone zum Arbeitsrecht diesen Weg beschritten und auch wirtschaftlich abhängigen Selbständigen bzw. deren Verbänden das Recht eingeräumt, Kollektivverträge abzuschließen. An dieser Stelle sei zumindest skizzenhaft auf diese rechtsvergleichenden Erfahrungen hingewiesen. Sie verdeutlichen eine Rechtsentwicklung, die sich innerhalb der Mitgliedstaaten der Union abzeichnet.

2.3.1. Frankreich

Das französische Arbeitsrecht hat wirtschaftlich abhängigen Selbständigen nicht ausdrücklich einen besonderen Status eingeräumt, vergleichbar demjenigen der arbeitnehmerähnlichen Person im deutschen Recht.

91 Vgl. „Mehr Fortschritt Wagen: Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 72 („Digitale Plattformen“), abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (abgerufen am 15.12.2021).

Aus dieser sehr oberflächlichen Feststellung darf indessen nicht gefolgert werden, dass den sog. *travailleurs indépendants* kein besonderer Schutz eingeräumt würde. Ihr Schutz erfolgt dadurch, dass für einzelne, vom französischen Gesetzgeber als besonders schutzbedürftig angesehene Gruppen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen gesetzlich eine widerlegliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft angeordnet wird und diese somit in den meisten Fällen ins Arbeitsrecht einbezogen werden.⁹² Dies gilt namentlich für Handelsvertreter (*voyageurs représentants placiers*),⁹³ Berufsjournalisten (*journalistes professionnels*),⁹⁴ Darbietungskünstler (*artistes de spectacle*)⁹⁵ sowie für Mannequins.⁹⁶ Umgekehrt bestehen aber auch gesetzliche Regelungen, die das Fehlen einer Arbeitnehmereigenschaft vermuten (*présomption de non-salariat*): So wird vermutet, dass insbesondere natürliche Personen, die im Handels- oder Unternehmensregister eingetragen sind, keine Arbeitnehmer sind;⁹⁷ eine möglicherweise bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Vertragspartner ist damit unbeachtlich. Die Methode des französischen Rechts im Umgang mit den *travailleurs indépendants* lässt sich infolgedessen als kasuistisch charakterisieren. Eine allgemeine Regelung besteht für sie somit nicht.

Allerdings hat die Rechtsentwicklung mit der Verabschiedung der „*Loi El Khomri*“ von 2016⁹⁸ eine neue Dimension erreicht. Erstmals hat der französische Gesetzgeber für wirtschaftlich abhängige Plattformbeschäftigte ausdrücklich Rechte verankert. Das Gesetz spricht insoweit von *indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique*. Zu den Rechten, die diesen Beschäftigten eingeräumt worden sind, gehört auch das Recht, Gewerkschaften zu bilden, ihnen beizutreten und mit ihrer Hilfe ihre Interessen wahrzunehmen;⁹⁹ ein Recht auf Kollektivverhandlungen ist zwar nicht ausdrücklich gewährleistet worden, doch wird inzwischen dessen Verankerung im *Code du travail* bereits in dem Bericht einer vom Premierminister eingesetzten Kommission zur Plattformarbeit empfohlen.¹⁰⁰

92 Dazu im Überblick statt vieler *Favenec-Héry/Verkindt*, *Droit du travail*, Rdnr. 550 m.w.N.

93 Art. L. 7313-1 C. trav. franç.

94 Art. L. 7112-1 C. trav. franç.

95 Art. L. 7121-3 C. trav. franç.

96 Art. L. 7123-3 C. trav. franç.

97 Art. L. 8221-6 C. trav. franç.

98 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (J.O.R.F. v. 9.8.2016). Für eine Analyse dieses Gesetzes siehe z.B. *Jeammaud*, *Droit ouvrier* 2020, S. 181 ff.

99 Art. L. 7342-6 C. trav. franç.

100 Siehe *Frouin*, *Réguler les plateformes numériques de travail*, Paris 2020, S. 59 ff. Zur Analyse instruktiv *Van den Berg*, *Revue de droit du travail* 2021, S. 98 ff.

Nicht unerwähnt darf in diesem Zusammenhang bleiben, dass die *Chambre sociale de la Cour de cassation* in einem bereits erwähnten Urteil vom 4. März 2020,¹⁰¹ das sehr viel Beachtung gefunden hat, *Uber*-Fahrer als Arbeitnehmer qualifiziert hat und dass der Gerichtshof somit dazu tendieren dürfte, auf die Vertragsverhältnisse vergleichbar beschäftigter Plattformarbeiter Arbeitsrecht anzuwenden.

2.3.2. Republik Irland

Auch die Republik Irland hat eine für den vorliegenden Zusammenhang interessante Rechtsentwicklung durchlaufen. Auf das von der irischen Kartellbehörde durchgeführte Verfahren gegen eine im *Irish Congress of Trade Unions (ICTU)* organisierte Gewerkschaft, an dessen Ende ein von der Gewerkschaft abgeschlossener Kollektivvertrag für Selbständige für kartellrechtswidrig erklärt wurde, ist bereits hingewiesen worden.¹⁰² Zentrales Argument der Kartellbehörde war die Unvereinbarkeit eines solchen Kollektivvertrages zum Schutze von Kleinstunternehmen mit dem nationalen sowie unionsrechtlichen Kartellverbot (Art. 101 AEUV).¹⁰³ In der Folge erhob der *ICTU* eine Kollektivbeschwerde beim Europäischen Ausschuss für soziale Rechte wegen Verletzung des in Art. 6 Abs. 2 ESC gewährleisteten Rechts auf Kollektivverhandlungen, der allerdings nicht stattgegeben wurde, da sich in Irland zwischenzeitlich die Gesetzeslage zugunsten der Zulässigkeit von Kollektivverhandlungen für „*self-employed*“ geändert hatte.¹⁰⁴ Im Kern erkannte der Ausschuss aber an, dass ein Ausschluss der Selbständigen vom Recht auf Kollektivverhandlungen Art. 6 Abs. 2 ESC verletzen würde.

Der Competition (Amendment) Act von 2017 ließ nämlich zu, dass Kollektivverhandlungen auch für „*false self-employed*“ sowie für „*fully dependent self-employed*“ geführt werden, wenn eine Gewerkschaft dies beim *Minister for Enterprise, Trade and Employment* beantragt und dieser nach Prüfung des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen die Erlaubnis hierzu erteilt hat.¹⁰⁵ Diese Ausweitung der Kartellbefugnis von Gewerkschaften hat indessen nicht dazu geführt, dass für die genannten Personengruppen Kollektivverträge abgeschlossen werden: Bis Ende 2020 existierte noch kein einziger Kollektivvertrag, der

101 C. cass. v. 4.3.2020, n° 19-13.316 P, ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374.

102 Vgl. oben 1.1. m.N.

103 Eine knappe Wiedergabe dieses Kartellverfahrens findet sich in European Committee of Social Rights, Entscheidung über die Begründetheit v. 12.9.2018 – Beschwerde-Nr. 12/2016, Rdnr. 42 ff. (*Irish Congress of Trade Unions (ICTU)/Irland*).

104 Auf diese Kollektivbeschwerde des *ICTU* wird unten 3.4.3.5.2 noch näher einzugehen sein.

105 Für einen Überblick über diese neue gesetzliche Regelung siehe *Kerr*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 139 (151 f.) m.w.N.

aufgrund einer ministeriellen Erlaubnis zugunsten von „*false self-employed*“ oder „*fully dependent self-employed*“ abgeschlossen worden ist.¹⁰⁶

2.3.3. Italien

Im italienischen Recht sind seit 1973 die sog. *parasubordinati* als Personengruppe anerkannt, auf die einzelne Rechte von Arbeitnehmern erstreckt worden sind. Bei diesen Selbständigen, die sich – wörtlich übersetzt – neben den „Abhängigen“ befinden, handelt es sich um Personen, die von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind; insoweit besteht eine gewisse Nähe zu den arbeitnehmerähnlichen Personen im deutschen Recht.¹⁰⁷

Den Auftakt dieser Rechtsentwicklung bildete die Einführung von Art. 409 Nr. 3 *Codice di procedura civile* aufgrund des Gesetzes Nr. 533 vom 11. August 1973, mit dem der Arbeitsprozess auch für Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen über eine Zusammenarbeit geöffnet wurde, bei denen die Unternehmer ihre vertragliche Leistung kontinuierlich, koordiniert und überwiegend persönlich erbringen, ohne wie ein Arbeitnehmer dem Vertragspartner untergeordnet (*subordinato*) zu sein („*collaborazioni coordinate e continuative [co.co.co.]*“). Der italienische Gesetzgeber hat in der Folgezeit die Rechtsstellung dieser intermediären Gruppe der *parasubordinati* beträchtlich ausgebaut. So wurde durch das *Decreto Legislativo* Nr. 276/2003 vom 10. September 2003 der *contratto di collaborazione a progetto* als weiterer Typus einer arbeitnehmerähnlichen Zusammenarbeit eingeführt.

Zuletzt hat der italienische Gesetzgeber durch das *Decreto Legislativo* vom 3. September 2019 Rechte für Plattformbeschäftigte eingeführt. Mit Blick auf Kollektivverhandlungen für wirtschaftlich abhängige Selbständige ist Art. 47-quater Abs. 1 von Interesse, wonach die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, die auf nationaler Ebene am repräsentativsten sind, durch Kollektivvertrag Kriterien für die Bestimmung der Vergütung von Plattformbeschäftigten festlegen dürfen. Tatsächlich scheint es auch einzelne Kollektivverträge für Selbständige zu geben (z.B. für Handelsvertreter).¹⁰⁸ Die Reform aus

106 So der Hinweis von *Kerr*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 139 (152) m.N.

107 *Perulli*, *Wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse/arbeitnehmerähnliche Selbständige: rechtliche soziale und wirtschaftliche Aspekte*, S. 82 ff. Einen instruktiven Überblick zu den *parasubordinati* gibt *Rocella*, *Manuale di diritto del lavoro*, S. 50 ff. m.w.N. Für einen aktuellen Überblick über die Rechtsstellung dieser Personengruppe siehe z.B. *Gramano*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 155 ff. m.w.N.

108 *Gramano*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 155 (170 f.) m.w.N.

dem Jahre 2019 scheint jedoch bislang nur eine marginale praktische Bedeutung zu besitzen.¹⁰⁹

2.3.4. Niederlande

In den Niederlanden können in einem gewissen Umfang Kollektivverträge zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger abgeschlossen werden. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Tarifvertragsrecht, wie es sich traditionell entwickelt hat. Nach Art. 1 Abs. 2 Gesetz über den Kollektivvertrag (*Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst*) vom 24. Dezember 1927¹¹⁰ können Kollektivverträge nämlich auch Werk- und Dienstverträge (*aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht*) zum Gegenstand haben. Ausschließlich nach dieser Vorschrift beurteilt dürften somit auch die Werk- oder Dienstvertragsbedingungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen kollektivvertraglich normiert werden. Allerdings ist diese sehr weitgehende Kollektivvertragsfreiheit durch die niederländische Kartellbehörde (*Autoriteit Consument & Markt [ACM]*) begrenzt worden: Sie duldet Kollektivverträge für Selbständige wegen Verstoßes gegen das allgemeine Kartellverbot nicht.¹¹¹ Initiativen des größten niederländischen Gewerkschaftsbundes *FNV*, das Kartellverbot zugunsten einer Kollektivvertragsfreiheit für wirtschaftlich abhängige Selbständige zurückzudrängen, waren bislang nicht erfolgreich.¹¹² Der niederländische Gesetzgeber hat aber im Jahre 2017 das Mindestlohngesetz auf Selbständige ausgeweitet, die von einem Auftraggeber abhängig sind, und hat auf diese Weise gesetzliche Mindestvertragsbedingungen (gesetzlicher Mindestlohn und Mindesturlaub) für diese Personengruppe festgelegt.¹¹³ Das niederländische Recht setzt somit auf eine Ausdehnung einzelner zwingender Vorschriften des Arbeitsrechts auf wirtschaftlich abhängige Selbständige und nicht auf ein Recht auf Kollektivverhandlungen für diese Personengruppe.

2.3.5. Österreich

Vergleichbar dem deutschen Recht kennt auch das österreichische Arbeitsrecht schon lange die arbeitnehmerähnliche Person und bezieht diese in den

109 *Gramano*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 155 (173) m.w.N.

110 Staatsblad 1927, S. 415.

111 Dazu insbesondere *Jacobs*, SR 2019, S. 230 (234 f.).

112 Vgl. *Jacobs*, SR 2019, S. 230 (235).

113 *Wet van 29 maart 2017 tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht* (Staatsblad von het Koninkrijk der Nederlanden 2017, S. 290).

persönlichen Geltungsbereich einzelner arbeitsrechtlicher Gesetze ein.¹¹⁴ Allerdings sind arbeitnehmerähnliche Personen im Gegensatz zum deutschen Recht¹¹⁵ grundsätzlich nicht in die Kollektivvertragsautonomie einbezogen. Eine Ausnahme besteht aber für die Gruppe der Heimarbeiter, für die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften Heimarbeitsgesamtverträge abgeschlossen werden können, mit denen die „Arbeits- und Lieferungsbedingungen“ der Heimarbeiter, der Zwischenmeister und der Mittelpersonen normativ geregelt werden.¹¹⁶ Eine zweite Ausnahme bilden die ständigen freien Mitarbeiter in Medienunternehmen oder Mediendiensten, die im Jahr 2002 eingeführt wurde: Kollektivvertragsfähige juristische Personen können für sie durch Gesamtverträge „die Honorarbedingungen und Aufwandsätze sowie die Rechtsbeziehungen der Gesamtvertragsparteien“ regeln;¹¹⁷ solche Gesamtverträge entfalten nicht nur für die „nichtvertragsangehörigen“ ständigen freien Mitarbeiter normative Wirkung, die von einem vertragsangehörigen Medienunternehmen (Mediendienst) beschäftigt werden.¹¹⁸

2.3.6. Polen

Lange Zeit war der persönliche Geltungsbereich der Kollektivvertragsfreiheit in Polen im Wesentlichen auf Arbeitnehmer beschränkt. Erst in jüngster Zeit ist die Befugnis anerkannt worden, auch für wirtschaftlich abhängige Selbständige Kollektivverträge abzuschließen. Motor dieser Rechtsentwicklung war eine Entscheidung des Polnischen Verfassungsgerichts vom 2. Juni 2015, der zufolge die verfassungsrechtliche Garantie des Rechts auf Kollektivverhandlungen auch das Recht einschließt, für Selbständige Kollektivverträge abzuschließen.¹¹⁹ Der polnische Gesetzgeber änderte daraufhin 2018 das Gewerkschaftsgesetz und räumte das Recht, eine Gewerkschaft zu gründen oder ihr beizutreten, allen Personen ein, die eine Arbeitsleistung gegen Zahlung eines Entgeltes erbringen. Mit dieser Gesetzesnovelle wollte der Gesetzgeber auch Selbständige in den persönlichen Geltungsbereich des Gewerkschaftsgesetzes und damit auch in die Regeln über die Kollektivvertragsfreiheit einbeziehen. Es dürfte noch zu früh sein, um über die praktische Tragweite dieser Reform Aussagen zu machen.¹²⁰

114 Allgemein *Marbold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 53 f.; siehe auch *Mosler*, DRdA 2012, S. 100 sowie *Risak*, ZAS 2002, S. 165 ff., jew. m.w.N.

115 Siehe § 12a TVG u. § 17 HAG.

116 Vgl. § 43 österr. HarbG 1960.

117 Vgl. § 17 österr. JournG. Dazu im Überblick *Marbold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 489 m.w.N.

118 § 19 Abs. 3 österr. JournG.

119 Zu der Verfassungsgerichtsentscheidung und zum Folgenden siehe *Mitrus*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 199 (210 ff.) m.w.N.

120 Ebenso zurückhaltend in der Bewertung der Auswirkungen auf das Kollektivvertragswesen *Mitrus*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 199 (214).

2.3.7. Portugal

Auch das portugiesische Recht sieht eine begrenzte Erstreckung arbeitsrechtlicher Grundsätze auf Dienstleister (*prestador de trabalho*) vor, die von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind.¹²¹ Sie befinden sich nach der Wertung des Art. 10 Arbeitsgesetzbuch (*Código de trabalho*) mit Arbeitnehmern in einer „gleichgestellten Situation“ (*situações equiparadas*). Allerdings sollen nach Art. 10 *Código de trabalho* lediglich die Vorschriften über das Persönlichkeitsrecht und den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Arbeitsschutzrecht auf sie anwendbar sein. Eine Öffnung zugunsten von Kollektivverträgen zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen sieht diese Regel indessen nicht vor.

2.3.8. Spanien

Auf die 2021 erfolgte Einbeziehung von „riders“ in den arbeitsrechtlichen Schutz aufgrund der Reform des *Estatuto de los trabajadores* vom 11. Mai 2021, mit der eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Arbeitnehmerstatus von Plattformbeschäftigten eingeführt worden ist, ist bereits hingewiesen worden.¹²² In Spanien wurde allerdings bereits durch die Ley 20/2007 *Estatuto del Trabajo Autónomo* vom 12. Juni 2007¹²³ eine Regelung zum sozialen Schutz von Selbständigen geschaffen. Art. 19 des Gesetzes räumt den *trabajadores autónomos* das Recht ein, eigenständige Berufsvereinigungen zu bilden, die u.a. auch Vereinbarungen zum Schutze der in ihnen organisierten Selbständigen (*Acuerdos de interés profesional*) mit den Auftraggebern oder deren Verbände abschließen dürfen.¹²⁴ Die Kollektivvereinbarungen dürfen Regelungen über die Art und Weise und den Ort der Leistungserbringung sowie über die sonstigen Vertragsbedingungen enthalten.¹²⁵ Dies schließt natürlich auch die Regelung der Vergütung der von Selbständigen zu erbringenden Werk- oder Dienstleistungen ein. Allerdings stellt Art. 13 Abs. 1 Satz 2 Ley 20/2007 klar, dass Kollektivvereinbarungen zum Schutze von Selbständigen die Grenzen des Kartellrechts zu wahren haben. Sie binden lediglich die vertragsschließenden Parteien sowie die in ihnen organisierten Mitglieder; die Bestimmungen solcher *Acuerdos de*

121 Vgl. Art. 10 Código do trabalho. Dazu näher *Monteiro Fernandes*, *Direito do trabalho*, S. 129 ff. m.w.N.

122 Siehe oben 2.1.3. m.w.N.

123 Buletín Oficial 2007 Nr. 166 v. 12.7.2007. Für einen aktuellen Überblick siehe *García-Muñoz Alhambra*, Spain, in: Waas/Hiefl, *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, S. 231 ff. m.w.N. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum bietet einen guten Überblick über den Inhalt des Gesetzes die Arbeit von *Kerstin*, *Die arbeitnehmerähnliche Person im spanischen Recht*, Baden-Baden 2012. Für eine ausführliche Analyse der Ley 20/2007 siehe *Cruz Villalon*, *Los acuerdos de interés profesional*, in: Cruz Villalón/Valdés Dal-Ré, *El Estatuto del trabajo autónomo*, S. 374-421.

124 Art. 19 Abs. 2c) i.V.m. Art. 13 Ley 20/2007.

125 Art. 13 Abs. 1 Satz 1 Ley 20/2007.

interés profesional können somit im Gegensatz zu arbeitsrechtlichen Kollektivverträgen (*convenios colectivos*), die durch ministerielle Entscheidung auch auf Außenseiter erstreckt werden dürfen,¹²⁶ nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden.

In der Praxis ist der Abschluss solcher *Acuerdos de interés profesional*, welche die Vertragsbedingungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen regeln, bislang jedoch eine Randerscheinung geblieben und konzentriert sich anscheinend auf den Transportsektor.¹²⁷

2.3.9. Zwischenfazit

Der rechtsvergleichende Überblick, der auf einzelne Mitgliedstaaten der EU begrenzt worden ist, hat gezeigt, dass inzwischen eine Reihe von nationalen Rechtsordnungen ein Recht auf Kollektivverhandlungen von Selbständigen in ihrem nationalen Recht anerkennt. Der persönliche Geltungsbereich variiert gewiss von Land zu Land, doch ist erkennbar, dass die Ausweitung des Rechts auf Kollektivverhandlungen vor allem wirtschaftlich abhängigen Selbständigen zugutekommt und somit in die Nähe dessen kommt, was das deutsche Recht mit dem Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person umschreibt.

Auch wenn die Kollektivvertragsautonomie von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen (noch) kein in den Mitgliedstaaten der EU konsentiertes Rechtsinstitut ist, ist doch nicht zu übersehen, dass die gesetzgeberischen Reformen in der jüngeren Zeit in diese Richtung gehen.

2.4. Kollektivverträge zur Plattformarbeit

Der beträchtliche Zuwachs von Plattformarbeit in den vergangenen Jahren hat auch zu einer Zunahme von Beschäftigungsverhältnissen jenseits des Arbeitsverhältnisses geführt; darauf wurde bereits hingewiesen. Der Abschluss von Kollektivverträgen zum Schutze von Selbständigen dürfte infolgedessen vor allem für diese Beschäftigtengruppe großes Potenzial besitzen. Es liegt deshalb nahe, auch danach zu fragen, inwieweit es bereits Kollektivverträge gibt, die (auch) Plattformbeschäftigte jenseits des Arbeitnehmerstatus schützen und somit auch Selbständige in ihren Geltungsbereich einbeziehen.

126 Vgl. Art. 92 Abs. 2 Estatuto de los trabajadores.

127 Zur praktischen Bedeutung dieser Vereinbarungen *García-Muñoz Alhambra*, Spain, in: Waas/Hießl, Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe, S. 231 (242 f.) m.w.N.

In Einzelfällen haben Gewerkschaften mit Plattformbetreibern sogar schon besondere Kollektivverträge zum Schutz von Plattformarbeitern abgeschlossen.¹²⁸ Modellcharakter besitzt der am 2018 zwischen der in der *UNI Global Unions* organisierten Gewerkschaft *3F* und dem dänischen Plattformbetreiber für Reinigungsdienstleistungen *Hilfr* geschlossene Kollektivvertrag, der u.a. eine Mindestvergütung, Krankengeld sowie ein Urlaubsgeld für die Plattformbeschäftigten vorsieht.¹²⁹ Die dänische Übersetzungsplattform *Vocaali.com* hat am 2020 mit der Gewerkschaft *HK Privat* einen Kollektivvertrag abgeschlossen, der u.a. auch Stundenmindestvergütungen für Übersetzungen vorsieht, die nicht unter dem stündlichen Entgelt für angestellte Übersetzer liegen dürfen. Im Januar 2021 hat die Gewerkschaft *3F* mit dem dänischen Arbeitgeberverband *Dansk Erhverv* sogar einen Branchenkollektivvertrag für Auslieferungsfahrer von Plattformen wie *JustEat* abgeschlossen.¹³⁰

Eine interessante Vorstufe zu einem Kollektivvertrag zum Schutz von Plattformbeschäftigten bildet der unter Beteiligung der IG Metall und dem Deutschen Crowdsourcing Verband im Jahr 2017 ausgearbeitete Verhaltenskodex zu Crowdwork.¹³¹ Es handelt sich dabei um eine freiwillige Selbstverpflichtung von Plattformbetreibern. Inhaltlich sieht der Verhaltenskodex keine konkreten Festlegungen vor. Hinsichtlich der Vergütung werden lediglich allgemeine Bestimmungen getroffen („faire Bezahlung, die sich an den örtlichen Bedingungen orientiert“). Kartellrechtlich dürfte es sich bei dem Verhaltenskodex um eine von beiden Marktseiten geschaffene, aber sehr allgemein gehaltene Konditionenempfehlung handeln.

Noch in einer Vorstufe zur Führung von Kollektivverhandlungen mit Plattformbetreibern oder deren Verbänden, die zu kollektivvertraglichen Beziehungen führen, befinden sich einzelne andere Gewerkschaften wie die IG Metall, die sich inzwischen für Plattformbeschäftigte, auch wenn diese keinen Ar-

128 Für einen knappen Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Kollektivverhandlungen über die Beschäftigungsbedingungen von Plattformarbeitern siehe C(2021) 1127 final, S. 20 f.

129 Siehe dazu die Pressemitteilung von UNI – Global Union v. 18.9.2018, abrufbar unter: <https://www.uniglobalunion.org/news/3f-reaches-groundbreaking-collective-agreement-platform-company-hilfr> (abgerufen am 15.12.2021).

130 Siehe dazu die Pressemitteilung der European Transportworkers' Federation v. 4.2.2021, abrufbar unter: <http://etf-europe.org/3f-secures-ground-breaking-national-sectoral-agreement-for-delivery-riders/> (abgerufen am 15.12.2021).

131 Code of Conduct: Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdwork – Leitfaden für eine gewinnbringende und faire Zusammenarbeit zwischen Crowdsourcing-Unternehmen und Crowdworkern, abrufbar unter: <http://www.crowdsourcing-code.de/> (abgerufen am 15.12.2021). Zu den Hintergründen instruktiv *Christiane Benner*, Crowdworking gestalten – IG Metall 4.0, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Hrsg.), Selbständige Unselbständigkeit – Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle, S. 143 (147).

beitnehmerstatus besitzen, geöffnet haben.¹³² Sie erhalten somit schon jetzt Leistungen der IG Metall wie beispielsweise Rechtsschutz bei einer gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen oder auch Rechtsberatung bei Fragen, die ihre vertragliche Rechtsstellung als Crowdworker betreffen. Erwähnung verdient auch die von der IG Metall, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB), der Arbeiterkammer Österreich sowie einzelnen weiteren Gewerkschaften aus Europa und den USA gegründete Plattform *Faircrowd.work*, die insbesondere dem Informationsaustausch dient.¹³³ Auch gehört in diesen Zusammenhang die gewerkschaftsnahe Plattform *FairTube*.¹³⁴

2.5. Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger im Unionsrecht

Die EU hat sich schon seit langem den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU)¹³⁵ auf ihre Fahnen geschrieben und eine Politik etabliert, die den großenbedingten Nachteilen dieser Unternehmen auf Märkten Rechnung zu tragen versucht. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit in diesem Feld sind der Abbau regulatorischer Hürden und die Verbesserung des Marktzuganges, die Verbesserung des Zuganges von KMU zu Finanzierungsmöglichkeiten sowie die Digitalisierung von KMU.¹³⁶ Dabei eröffnet das Unionsrecht zahlreiche Ausnahmen vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und schafft auf diese Weise für die Mitgliedstaaten Handlungsspielräume, größenspezifische Nachteile von KMU durch eine Subventionierung auszugleichen. Auch andere Rechtsbereiche des Unionsrechts werden für den Schutz von KMU mobilisiert: Dies gilt namentlich für das Kartellrecht, das Beihilferecht sowie für das Arbeitsrecht, bei dessen Harmonisierung durch Richtlinienrecht „keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen“ vorgeschrieben werden sollen, „die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unterneh-

132 Nach § 3 Abs. 1 c) Satzung IG Metall können „Selbstständige, die gewerblich oder freiberuflich, ohne selbst Arbeitgeber zu sein, Tätigkeiten in Wirtschaftszweigen bzw. für Betriebe nach Maßgabe der §§ 1 und 3 sowie des Organisationskatalogs dieser Satzung (Anhang) erbringen, [...] Mitglied der IG Metall werden.“ Die Satzungsbestimmung wurde durch Satzungsänderung im Jahre 2015 eingeführt. Dazu näher *Benner*, *Crowdworking gestalten – IG Metall 4.0*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch, *Selbständige Unselbständigkeit – Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle*, S. 146 f.

133 Nähere Informationen unter <http://faircrowd.work/de/> (abgerufen am 15.12.2021).

134 Näheres unter <https://fairtube.info/> (abgerufen am 15.12.2021).

135 Der Begriff des KMU ist in der Empfehlung der Europäischen Kommission 2003/361 v. 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. EU 2003 Nr. 124/36). Als Kleinunternehmen werden Unternehmen definiert, die weniger als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz € 2 Mio. nicht überschreitet (Art. 2 Abs. 3).

136 Dazu Europäische Kommission, *Eine Strategie für ein nachhaltiges und digitales Europa*, COM(2020) 103 final.

men entgegenstehen“ (Art. 153 Abs. 2 Satz 1 lit. b AEUV).¹³⁷ Auch hat die Union sogar einen KMU-Beauftragten ernannt, der – im Zusammenwirken mit nationalen KMU-Beauftragten – die besonderen Belange dieser Unternehmen insbesondere im Rechtssetzungsverfahren wahrnehmen soll.¹³⁸

Die Schaffung eines besonderen Schutzes wirtschaftlich abhängiger Selbständiger als einer besonderen Kategorie von Kleinunternehmen hat demgegenüber bisher nur punktuell Gestalt angenommen, doch gewinnt die Diskussion hierüber langsam an Fahrt. Auslöser hierfür dürfte der Bericht der von der Europäischen Kommission eingesetzten Expertenkommission, der sog. *Supiot-Kommission*, von 1999 mit dem Titel „*au-delà de l'emploi*“ („jenseits der Beschäftigung“) sein, in dem diese empfahl, einen intermediären Status für abhängige Selbständige zu schaffen.¹³⁹ Die Europäische Kommission griff diesen Vorschlag auf und holte bei dem italienischen Arbeitsrechtler *Adalberto Perulli* ein Gutachten zur Problematik der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen ein, das dieser im Jahre 2003 vorlegte.¹⁴⁰ In seinem Bericht plädiert *Perulli* für die Schaffung eines harten Kerns von sozialen Rechten auf europäischer Ebene, die für sämtliche Beschäftigten gelten sollen, also für unselbständige in gleicher Weise wie für selbständige; um welche sozialen Rechte es sich handeln sollte, ließ er allerdings offen.

Die Europäische Kommission hat in der Folgezeit zu diesen gewiss nicht unumstrittenen Vorschlägen nicht öffentlich Stellung bezogen. Sie hat aber das Grünbuch „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ von November 2006 dazu genutzt, die Frage zum Gegenstand einer öffentlichen Konsultation zu machen.¹⁴¹ Darin präsentierte sie als eines der „Diskussionsthemen“ das Problem der „Unsicherheit bezüglich der Gesetzeslage“: Sie stellt hierzu fest, dass die Grenzen zwischen Arbeits- und Handelsrecht immer fließender geworden seien und gerade im Hinblick auf die größer werdende Gruppe der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen erhebliche Unsicherheiten bestünden und fragte deshalb, ob die Schaffung eines Grundstocks von Vorschriften für diese Beschäftigtengruppe erforderlich sei und wie sich ein solcher Schutz auf die Schaffung von Arbeitsplätzen und den Arbeit-

137 Eingehender zum Schutz von KMU im Arbeitsrecht der Union *Seifert*, in: Teichmann (Hrsg.), Europa und der Mittelstand, S. 35 ff.

138 Nähere Informationen unter: https://ec.europa.eu/growth/smes/sme-strategy/sme-voynvs_en (abgerufen am 15.8.2021).

139 *Supiot*, *Au-delà de l'emploi*, S. 83 ff.

140 *Perulli*, *Wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse/arbeitnehmerähnliche Selbständige: rechtliche, soziale, und wirtschaftliche Aspekte*, Brüssel 2003.

141 Europäische Kommission, *Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts*, KOM(2006) 798 endg. unter Ziffer 4b).

nehmerschutz auswirken würde. Allerdings hat sie diese Überlegungen in den Folgejahren nicht weiterverfolgt.

2.5.1. Der Schutz Selbständiger im Unionsrecht

Trotz des Fehlens eines eigenständigen Regelungskonzeptes für den Schutz von selbständig Erwerbstätigen schützt das Unionsrecht auch diese Personengruppe an einzelnen Stellen, wenn auch nur fragmentarisch. Die zentralen Elemente dieses Schutzes seien an dieser Stelle kurz angerissen.

So erstreckt das Unionsrecht punktuell den arbeitsrechtlichen Schutz auch auf Selbständige. Dies gilt insbesondere für die Richtlinien auf dem Gebiet des Diskriminierungsrechts. So schützt die Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben,¹⁴² sogar ausschließlich Selbständige. Die anderen diskriminierungsrechtlichen Richtlinien beziehen Selbständige jedenfalls beim Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit in ihren Geltungsbereich ein.¹⁴³ Die Antidiskriminierungsrichtlinien gehen damit sogar über eine Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger hinaus und schützen Selbständige insgesamt, auch solche, die nicht wirtschaftlich von ihrem Vertragspartner abhängig sind wie z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Architekten oder niedergelassene Ärzte. Diese Richtlinien sind nicht auf Art. 153 Abs. 2 lit. i AEUV („Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz“), sondern teilweise auf die besondere diskriminierungsrechtliche Zuständigkeitsregel des Art. 13 Abs. 1 EG (= Art. 19 Abs. 1 AEUV),¹⁴⁴ teilweise auf Art. 141 Abs. 3 EG (= Art. 157 Abs. 3 AEUV) gestützt: Zumindest Art. 19 Abs. 1 AEUV ist nicht auf den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz beschränkt und begründet eine diskriminierungsrechtliche Zuständigkeit der Union „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten“, also beispielsweise auch zugunsten von Verbrauchern oder anderen Personengruppen.¹⁴⁵ Ebenso ist die Empfehlung des Rates vom 8. November 2019 zum

142 ABl. EU 2010 Nr. L 180/1.

143 Vgl. Art. 14 Abs. 1a) Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (ABl. EG Nr. L 204/23); Art. 3 Abs. 1a) Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG 2000 Nr. L 180/22); Art. 3 Abs. 1a) Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG 2000 Nr. L 303/16).

144 Dies gilt für die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG.

145 Zum sachlichen Geltungsbereich statt vieler *Grabenuarter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV, Rdnr. 10 ff. m.w.N.

Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige zu erwähnen,¹⁴⁶ die den Mitgliedstaaten empfiehlt, nicht nur Arbeitnehmern, sondern auch Selbständigen in den Mitgliedstaaten „Zugang zu einem angemessenen Sozialschutz zu gewähren“. Die Empfehlung betrifft zwar die Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten und nicht das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, doch zeigt sie sehr eindrücklich, wie der soziale Schutz der Selbständigen in jüngerer Zeit immer stärker in den Fokus der Union gelangt.

Außerhalb des europäischen Arbeitsrechts erfahren selbständige Handelsvertreter einen weitgehenden Schutz durch die Handelsvertreterrichtlinie von 1986.¹⁴⁷ Gewiss, die Richtlinie erfasst nicht ausschließlich die wirtschaftlich von ihrem Vertragspartner abhängigen Einfirmervertreter. Sie enthält allerdings auch Schutzmechanismen, die vor allem in der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Handelsvertreters wurzeln: Erwähnt sei an dieser Stelle nur der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gegen den Unternehmer nach Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 86/653/EWG, dem § 89b HGB entspricht. Die Handelsvertreterrichtlinie ist deshalb auch als unionsrechtliches Instrument zu be- greifen, das die strukturelle Unterlegenheit des Handelsvertreters beim Abschluss seines Vertrages mit dem Unternehmer auszugleichen versucht.

Weiterhin ist der arbeitsrechtliche Schutz Selbständiger in einzelnen sektoralen Vorschriften verankert. So sieht die Richtlinie 2002/15/EG vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransportes ausüben, Höchstarbeitszeiten auch für selbständige Kraftfahrer vor. Diese Vorschrift bezieht sich zwar nicht explizit auf wirtschaftlich abhängige Selbständige. Da es sich bei den selbständigen Kraftfahrern vor allem aber um solche Personen handelt, die regelmäßig von einem Auftraggeber abhängig sind – etwa als Unterfrachtführer –, handelt es sich bei ihnen zumeist um wirtschaftlich abhängige Selbständige.

2.5.2. Aktuelle rechtspolitische Vorhaben zur Plattformarbeit

Bereits als Kandidatin für das Amt der Präsidentin der Europäischen Kommission 2019 kündigte *Ursula von der Leyen* eine Prüfung an, „wie die Arbeitsbedingungen von auf Online-Plattformen Beschäftigten verbessert werden kön-

146 ABL EU 2019 Nr. C 387/1. Die Empfehlung dient der Umsetzung der Europäischen Säule sozialer Rechte, vgl. EG 4 des Empfehlung.

147 Richtlinie 86/653/EWG des Rates v. 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (ABL EWG 1986 Nr. 382/17).

nen, insbesondere im Hinblick auf Kompetenzen und Bildung“.¹⁴⁸ In ihrer am 14. Januar 2020 veröffentlichten Mitteilung „Ein starkes soziales Europa für einen starken Übergang“ kündigte die Europäische Kommission an, noch im zweiten Halbjahr 2020 einen „Gipfel für Plattformarbeit“ organisieren zu wollen, in dessen Rahmen u.a. auch der „Zugang [sc. von Plattformarbeitern] zu Arbeitnehmervertretung und Tarifverhandlungen sowie grenzüberschreitende Aspekte der Plattformarbeit“ erörtert werden soll.¹⁴⁹

Am 30. Juni 2020 leitete die Europäische Kommission ein Verfahren ein, „um sicherzustellen, dass die EU-Wettbewerbsregeln nicht Tarifverhandlungen für diejenigen, die sie benötigen, entgegenstehen“.¹⁵⁰ Dabei geht es um die Sicherstellung der Vereinbarkeit von Kollektivvereinbarungen, welche die Vertragsbedingungen von Selbständigen regeln, mit dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV. Bereits aus der Pressemitteilung wird deutlich, dass die eigentliche Herausforderung dieses Vorhabens in der „Festlegung der Größenordnung der Selbständigen, die an Tarifverhandlungen teilnehmen müssen,“ liegt: „Selbständige können ein vielfältiges und breites Spektrum von Tätigkeiten ausüben, wobei sich ihre Situation mit der Zeit ändert.“¹⁵¹ Dieses kommissionsinterne Prüfverfahren, an dem vor allem Wettbewerbskommissarin *Margarethe Vestager* sowie *Nicolas Schmit* als Kommissar für Beschäftigung und soziale Rechte beteiligt sind, ist derzeit (Dezember 2021) noch nicht abgeschlossen.

Den vorläufigen Höhepunkt der Rechtsentwicklung auf Unionsebene bildet die am 9. Dezember 2021 erfolgte Veröffentlichung von Vorschlägen der Europäischen Kommission für mehrere Rechtsakte, die der Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen in der Plattformarbeit dienen sollen.¹⁵² Ein zentraler Baustein dieses Paketes ist der Vorschlag einer Richtlinie zur Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen in der Plattformarbeit.¹⁵³ Der Richtlinienvorschlag sieht insbesondere Vorschriften zur Klärung des Beschäftigungsstatus von Plattformbeschäftigten vor und ordnet eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses an, sofern eine digitale Arbeitsplattform die Leistungserbringung des Beschäftigten kontrolliert; hierfür

148 Vgl. *Ursula von der Leyen*, Eine Union, die mehr erreichen will – Meine Agenda für Europa – Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019-2024, Brüssel 2019, S. 11.

149 Vgl. COM(2020) 14 final.

150 „Europäische Kommission leitet Verfahren zur Klärung der Frage von Tarifverhandlungen für Selbständige ein“, Pressemitteilung v. 30.7.2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_1237 (abgerufen am 15.12.2021).

151 Vgl. Pressemitteilung v. 30.7.2020.

152 Zu den vorgeschlagenen Maßnahmen und ihren Hintergründen siehe die Mitteilung der Kommission „Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen“, COM(2021) 761 final.

153 European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, COM(2021) 762 final.

nennt der Vorschlag verschiedene Kriterien, von denen mindestens zwei erfüllt sein müssen, damit der Tatbestand der Kontrolle der Leistungserbringung erfüllt ist. Darüber hinaus sieht der Vorschlag einen Mindestschutz von Plattformbeschäftigten mit Blick auf die Anwendung von Algorithmen bei der Bewertung ihrer Leistungserbringung sowie bei sonstigen automatisierten Entscheidungen, die sich auf ihre Stellung auswirken. Ergänzt werden diese Vorschriften durch einzelne Transparenzpflichten von digitalen Arbeitsplattformen sowie durch Regelungen über die Rechtsdurchsetzung. Während die Vorschriften über die Feststellung des Beschäftigungsstatus nur für Arbeitnehmer gelten und nicht auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in ihren persönlichen Geltungsbereich einbeziehen, sollen die meisten Vorschriften über den Schutz bei der Anwendung von Algorithmen auch auf selbständige Plattformbeschäftigte Anwendung finden. Die Richtlinie soll auf die Zuständigkeitsvorschrift des Art. 153 Abs. 1 b) AEUV („Arbeitsbedingungen“) gestützt werden, soweit sie Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmern regelt; eine Zuständigkeit soll sich darüber hinaus aus Art. 16 Abs. 2 AEUV mit Blick auf die Regelungen über den Datenschutz bei automatisierten Evaluierungs- und Monitoring-Systemen von digitalen Arbeitsplattformen ergeben; insoweit soll die Richtlinie auch Selbständige schützen.

Die hier interessierende Problematik eines Konfliktes zwischen dem Abschluss von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger und dem unionsrechtlichen Kartellverbot des Art. 101 AEUV wird indessen im Entwurf der Europäischen Kommission für Leitlinien über die Anwendung von EU Wettbewerbsrecht auf Kollektivverträge, welche die Beschäftigungsbedingungen von Soloselbständigen zum Gegenstand haben, behandelt.¹⁵⁴ Darin äußert die Kommission die Rechtsauffassung, dass derartige Kollektivverträge nicht unter den Geltungsbereich des Art. 101 AEUV fallen, soweit sie Beschäftigungsbedingungen für Soloselbständige regeln. Soloselbständige seien in einer vergleichbaren Lage mit Arbeitnehmern, sofern sie wirtschaftlich von einem Vertragspartner abhängig sind, vergleichbare Arbeiten verrichten wie Arbeitnehmer oder über digitale Plattformen Aufträge übernehmen. Darüber hinaus erklärt die Europäische Kommission in dem Entwurf ihre Absicht, nicht gegen Kollektivverträge mit den Mitteln des Kartellrechtes einzuschreiten, die zwischen Soloselbständigen und ihrem Gegenspieler geschlossen worden sind, soweit zwischen Soloselbständigen und ihren Vertragspartnern ein deutliches Verhandlungsungleichgewicht bestehe. Auch werde sie nicht gegen Kollektivverträge zum Schutze von Soloselbständigen einschreiten, die auf der Grundla-

154 Vgl. den Anhang der Mitteilung der Europäischen Kommission – Genehmigung des Inhalts des Entwurfes einer Mitteilung der Kommission „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“.

ge nationaler Rechtsvorschriften abgeschlossen worden sind, welche aus sozialpolitischen Gründen Soloselbständigen oder einzelnen Gruppen von ihnen ein Recht auf Kollektivverhandlungen eingeräumt haben; dies dürfte zu einer Privilegierung insbesondere von Tarifverträgen nach § 17 HAG und § 12a TVG und von gemeinsamen Vergütungsrichtlinien nach § 36 UrhG innerhalb des Kartellrechts der Union führen.

2.6. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung

Die Beantwortung der Vorfragen hat zu folgenden, für die weitere Untersuchung wichtigen Ergebnissen geführt:

1. Kollektivverträge, insbesondere Tarifverträge, tragen den Besonderheiten der Arbeitsmärkte Rechnung. Ihnen liegt die Annahme zugrunde, dass infolge der Personengebundenheit der Arbeitsleistung fehlende Mindestarbeitsbedingungen zu einem ruinösen Unterbietungswettbewerb zwischen Anbietern von Arbeitskraft auf den Arbeitsmärkten führen können. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass diese Annahme eines Konkurrenzparadoxons auf den Arbeitsmärkten Einschränkungen unterliegt, ist von einer solchen Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs zwischen Arbeitnehmern insbesondere in wirtschaftlichen Krisenzeiten auszugehen. Von dieser Prämisse geht auch das geltende Recht aus, wenn es die Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG und im TVG anerkennt und im Völkerrecht das Recht auf Kollektivverhandlungen gewährleistet (z.B. IAO-Übereinkommen Nr. 98, Art. 6 Abs. 2 ESC und Art. 11 EMRK).

Eine vergleichbare Stellung auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistungen haben wirtschaftlich abhängige Selbständige, soweit sie ihre vertraglichen Leistungen persönlich und ohne Mitarbeit von Beschäftigten erbringen. Auch sie sind in Krisenzeiten dem Risiko eines Unterbietungswettbewerbs ausgesetzt. Ebenso unterliegen selbständige Plattformarbeiter diesen Marktbesonderheiten. Ausschlaggebend hierfür ist, dass Plattformbetreiber ihnen den Zugang zu einem Markt für Werk- oder Dienstleistungen verschaffen und Plattformarbeiter infolge des sie regelmäßig treffenden Lock-in-Effektes von der Plattform wirtschaftlich abhängig werden.

2. Im deutschen Recht ist das Kartellverbot des § 1 GWB zugunsten von Kollektivverträgen zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger durch verschiedene ausdrückliche gesetzliche Regeln eingeschränkt worden. Dies gilt namentlich für den Bereich der Heimarbeit (§ 17 HAG), für arbeitnehmerähnliche Personen mit Ausnahme von Handelsvertretern (§ 12a TVG), für Urheber, zu deren Gunsten nach Maßgabe von § 36 UrhG gemeinsame Vergütungs-

regeln abgeschlossen werden dürfen, sowie für Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenversicherung. Insgesamt ist die praktische Bedeutung von Tarifverträgen nach § 17 HAG, § 12a TVG und von gemeinsamen Vergütungsregeln allerdings begrenzt geblieben.

3. Die knappe rechtsvergleichende *Tour d'horizon* hat gezeigt, dass eine zunehmende Zahl von Mitgliedstaaten das Recht auf Kollektivverhandlungen auch auf wirtschaftlich abhängige Selbständige erstreckt, wenn auch der Tatbestand der begünstigten Selbständigen im Einzelnen divergieren mag. Allerdings ist diese sich deutlich abzeichnende Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten noch nicht so weit vorangeschritten, dass sämtliche Mitgliedstaaten eine solche Ausweitung des persönlichen Geltungsbereiches ihres Systems der Kollektivverhandlungen vorgenommen haben. Von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz kann insoweit noch keine Rede sein.

4. In jüngster Zeit sind im Ausland bereits einige wenige Kollektivverträge zum Schutz von Plattformarbeitern abgeschlossen worden, die teilweise auch Mindestvergütungen vorsehen. Unter Beteiligung der IG Metall und mehreren Plattformen ist ein Verhaltenskodex zu Crowdwork aufgestellt worden, der einzelne, jedoch wenig konkrete Konditionenempfehlungen enthält.

5. Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger im Unionsrecht ist bislang nur bruchstückhaft ausgeformt worden. Die allermeisten Vorschriften des Arbeitsrechts der Union sind nur auf Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Art. 45 AEUV oder auf Arbeitnehmer nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten anwendbar. Ausdehnungen auf wirtschaftlich abhängige Selbständige gibt es praktisch nicht. Lediglich die Regeln des Diskriminierungsrechts der Union gelten auch für Selbständige, soweit es um den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit geht. Allerdings hat die derzeitige Europäische Kommission die Absicht, Kollektivverträge zum Schutze von Plattformarbeitern, die ihre Werk- oder Dienstleistungen teilweise in Selbständigkeit erbringen, vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV auszunehmen.

3. Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot

Es ist bereits in der Einführung als zentrales Problem dieser Untersuchung herausgearbeitet worden, dass eine durch nationales Recht Gewerkschaften oder Verbänden von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen eingeräumte Kollektivvertragsbefugnis, wie sie im deutschen Recht insbesondere nach § 17 HAG und § 12a TVG oder aufgrund von § 36 UrhG besteht, mit dem allgemeinen unionsrechtlichen Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV in ein Spannungsverhältnis geraten kann.

Ob diese primärrechtliche Vorschrift des Unionsrechts solche Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige zulässt, ist in mehreren Schritten zu untersuchen. Zunächst ist der Kartelltatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV einer genaueren Analyse zu unterziehen (3.1.). In diesem Rahmen ist zu klären, ob und ggf. inwieweit Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger überhaupt den Tatbestand des Kartellverbotes erfüllen. Anschließend sind die bestehenden Möglichkeiten einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV auszuloten (3.2.), um danach die möglichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Kartellverbot kurz aufzufächern (3.3.). Erst nachdem feststeht, dass solche Kollektivverträge den Tatbestand des Art. 101 AEUV erfüllen, ist in einem weiteren, ausführlicheren Schritt die grundsätzliche Frage zu erörtern, ob der nach der Rechtsprechung des EuGH („*Albany*“) für Kollektivverträge zum Schutze von Arbeitnehmern bestehende kartellrechtliche Ausnahmereich auch für Kollektivverträge zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen besteht (3.4.). Eine solche kartellrechtliche Bereichsausnahme kann sich insbesondere aus einer Zusammenschau des Kartellrechts mit den Vorschriften der Verträge über die Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) sowie aus einer Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte des Grundrechts auf Kollektivvertragsfreiheit (Art. 28 GRC) ergeben.

3.1. Der Kartelltatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV

Der europäische Binnenmarkt, wie er in Art. 3 EUV beschrieben wird, umfasst ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.¹⁵⁵ Die zentralen Pfeiler des unionsrechtlichen Systems eines unverfälschten Wettbewerbs sind

155 Vgl. Art. 52 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, das an marktbeherrschende Unternehmen gerichtete Verbot missbräuchlichen Verhaltens (Art. 102 AEUV) sowie das an die Mitgliedstaaten gerichtete grundsätzliche Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV.¹⁵⁶ Auch wenn sich die wettbewerbspolitischen Leitbilder, die dieses Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs mit konkretem Inhalt füllen, im Laufe der Jahre gewandelt haben, auf der nationalen in gleicher Weise wie auf der europäischen Ebene, prägen diese Rechtsinstrumente das Verständnis des Unionsrechts von einem unverfälschten Wettbewerb und Binnenmarkt.¹⁵⁷

Untersucht man den kartellrechtlichen Rahmen von Kollektivverträgen zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, hat im Mittelpunkt das allgemeine Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu stehen. Nach der primärrechtlichen Vorschrift sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Die einzelnen Voraussetzungen dieses Tatbestandes bedürfen mit Blick auf Kollektivverträge zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen einer genaueren Betrachtung.

3.1.1. Adressaten

Das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV richtet sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Diese trifft die kartellrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus Art. 101 AEUV ergeben.

3.1.1.1. Unternehmen

Für das Kartellrecht hat sich ein funktionaler Unternehmensbegriff durchgesetzt. Darunter fallen alle eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheiten unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.¹⁵⁸ Unter diesen weiten Unternehmensbegriff fallen grundsätzlich auch Selbständige.

156 Allgemein zum System eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 1, Rdnr. 26 ff. m.w.N.

157 Für einen zusammenfassenden Überblick über die wettbewerbspolitischen Leitbilder siehe *J. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 11 ff. m.w.N. Zur Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik zusammenfassend *I. Schmidt/A. Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, S. 1 ff. m.w.N.

158 St. Rspr.: aus der jüngsten Zeit vgl. z.B. EuGH v. 14.3.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rdnr. 36 m.N. (*Vantaan kaupunki/Shanska Industrial Solutions Oy u.a.*). Aus dem Schrifttum statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 m.w.N.

Es ist weitgehend anerkannt, dass Arbeitnehmer nicht unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff fallen.¹⁵⁹ Bereits in der Rechtssache *Suiker Unie*, in der es um gegenüber ihrem Unternehmer weisungsgebundene Handelsvertreter ging, machte der Gerichtshof deutlich, dass es sich bei solchen Absatzmittlern nur um ein in das Unternehmen des Geschäftsherrn „eingegliedertes Hilfsorgan“ handle, das mit diesem „ebenso wie ein Handlungsgehilfe eine wirtschaftliche Einheit bild[e]“ und auf das die Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht anwendbar seien.¹⁶⁰ In der Rechtssache *Becu* hat der Gerichtshof klargestellt, dass anerkannte Hafendarbeiter, denen durch Gesetz ein Monopol für Arbeiten im Hafen der belgischen Stadt Gent eingeräumt war, weder einzeln noch als Zusammenschluss Unternehmen im Sinne des Kartellverbotes und des Verbotes des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 81-82 EGV (= Art. 101-102 AEUV) seien.¹⁶¹ Dabei ging er vom freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aus und stellte fest, dass die Hafendarbeiter ihre Arbeiten „unter der Leitung“ des Unternehmens verrichteten, für das sie tätig waren, und dass sie wegen ihrer Eingliederung in das sie beschäftigende Unternehmen mit diesem „eine wirtschaftliche Einheit“ bildeten; Arbeitnehmer als solche seien infolgedessen keine Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne. Dieselben Grundsätze legte der Gerichtshof in *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* bei der Einordnung eines zwischen einem Lieferanten und Tankstellenbetreibern geschlossenen Alleinvertriebsvertrages über Kraftstoffe an.¹⁶²

Bei wirtschaftlich abhängigen Selbständigen besteht indessen eine solche Weisungsgebundenheit, wie sie für den Arbeitnehmerstatus typisch ist und im deutschen Arbeitsrecht beispielsweise in § 106 GewO ihren Ausdruck findet, gerade nicht. Der Gerichtshof vertritt diese Ansicht jedenfalls in der Rechtssache *FNV Kunsten en Informatie* sehr klar.¹⁶³

Ebenso wenig können sich somit Plattformbeschäftigte, die nicht den Tatbestand des Arbeitnehmerbegriffes erfüllen, auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Becu* berufen. Auch bei wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihrem Vertragspartner sind sie als Unternehmen im kartellrechtli-

159 Statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht § 9 Rdnr. 51 m.w.N. Ausführlich zu der Frage *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, S. 126 ff. m.w.N.

160 EuGH v. 16.12.1975, C-50/73 u.a., ECLI:EU:C:1975:174, Rdnr. 538/540 (*Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie“ UA u.a./Kommission*).

161 Dazu insbesondere EuGH v. 16.9.1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419, Rdnr. 26 ff (*Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV und Adia Interim NV*).

162 EuGH v. 14.12.2006 – C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rdnr. 45 ff. (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio gegen Compañía Española de Petróleos SA*).

163 EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rdnr. 27 (*FNV Kunsten en Informatie/Staat der Nederlanden*).

chen Sinne zu qualifizieren und sind infolgedessen Adressaten des Kartellverbotes in Art. 101 AEUV.

3.1.1.2. Vereinigungen von Unternehmen

Adressaten des Kartellverbotes des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind neben Unternehmen auch noch Vereinigungen von Unternehmen. Es handelt sich dabei um Zusammenschlüsse von Unternehmen wie z.B. Wirtschaftsverbände oder Berufsverbände, einschließlich solchen auf gesetzlicher Grundlage wie Ärztekammern¹⁶⁴ oder Rechtsanwaltskammern.¹⁶⁵ Mit dieser Erstreckung des Adressatenkreises des Kartellverbotes soll ein Umgehungsschutz verankert und verhindert werden, dass sich Unternehmen ihrer Verbände bedienen, um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu schaffen.¹⁶⁶ Überdies sind gerade in Ländern mit so starken Verbandsstrukturen wie in Deutschland die Verbände die Orte, an denen Wettbewerbsbeschränkungen oftmals vereinbart werden. Die Rechtsform, in der sie organisiert sind (z.B. als eV oder nichteingetragener Verein, als eG oder als GmbH), ist für die kartellrechtliche Qualifizierung als Unternehmensvereinigung unerheblich.¹⁶⁷

Das Tatbestandsmerkmal der Unternehmensvereinigung erfüllen unproblematisch auch Gewerkschaften, soweit sie auch die Interessen von Selbständigen kollektiv vertreten und für sie u.U. gar Tarifverträge nach den § 12a TVG, § 17 HAG oder andere Formen von Kollektivverträgen (z.B. gemeinsame Vergütungsregeln nach § 36 UrhG) abschließen;¹⁶⁸ dass sie ganz überwiegend Tarifverträge nur für Arbeitnehmer abschließen und ihre Betätigung für wirtschaftlich abhängige Selbständige deshalb nur eine untergeordnete Bedeutung einnimmt, ist für die kartellrechtliche Einordnung unbeachtlich. Aber auch Vereinigungen von Selbständigen, die nicht den Gewerkschaftsbegriff des § 2 Abs. 1 TVG erfüllen,¹⁶⁹ fallen hierunter (z.B. der Verband der Übersetzer).¹⁷⁰ Verbände, die wirtschaftlich abhängige Selbständige organisieren, gehören infolgedessen ohne weiteres zum Adressatenkreis des Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie den Wettbewerb auf den relevanten Märkten für Waren oder Dienst-

164 EuGH v. 12.9.2000 – C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rdnr. 86 (*Pavel Pavlov/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*).

165 Vgl. EuGH v. 19.2.2002 – C-309/09, ECLI, Rdnr. 56 ff. (*J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlands Orde van Advocaten*).

166 Statt vieler *Lettl*, Kartellrecht, § 2 Rdnr. 18.

167 Allg. Ansicht: vgl. z.B. EuGH v. 30.1.1985 – C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33, Rdnr. 19 (*Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*).

168 In diesem Sinne auch EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rdnr. 28 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*).

169 Zu den einzelnen Merkmalen des Gewerkschaftsbegriffes in § 2 Abs. 1 TVG siehe statt vieler *Erfk/Franzen*, § 2 TVG, Rdnr. 6 ff. m.w.N

170 Ebenso EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rdnr. 28 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*).

leistungen durch die Bildung von einfachen Kartellen oder durch den Abschluss von Kollektivverträgen beeinträchtigen.

3.1.2. Verbotene Handlungen

Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Kollektivverträge lassen sich nicht ohne weiteres in diese Begrifflichkeit einordnen, da es sich bei ihnen um Vereinbarungen handelt, die beide Seiten eines Marktes für Arbeits- oder Dienstleistungen einschließen.

3.1.2.1. Vereinbarungen zwischen Unternehmen

Kollektivverträge zum Schutz von Arbeitnehmern werden jedenfalls auf der Seite der Arbeitnehmer ausschließlich von Gewerkschaften abgeschlossen (vgl. § 2 Abs. 1 TVG). Soweit sie wirtschaftlich abhängige Selbständige schützen, treten für diese regelmäßig ebenfalls Gewerkschaften auf (z.B. § 12a TVG und § 17 HAG); für den Medienbereich sei insoweit auf die Tarifverträge verwiesen, welche die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) zugunsten von freien Mitarbeitern im Rundfunkbereich abgeschlossen hat. Denkbar ist aber auch, dass für sie Interessenverbände auftreten, die keinen Gewerkschaftsstatus i.S.v. § 2 Abs. 1 TVG besitzen. Man denke an die gemeinsamen Vergütungsregeln i.S.v. § 36 UrhG, die auf Seiten der Urheber von deren Vereinigungen abzuschließen sind. Die Koordinierung zwischen den wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, die zum Abschluss eines Kollektivvertrages zu ihrem Schutze führt, erfolgt somit nicht unmittelbar zwischen ihnen durch Vereinbarung, sondern innerhalb ihres Interessenverbandes; insoweit kommt als Verhaltensform ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung in Betracht (dazu unten 3.1.2.2.).

Nichts anderes gilt für Kollektivverträge, die auf der Gegenseite von Verbänden der Auftraggeber wirtschaftlich abhängiger Selbständiger abgeschlossen worden sind. Auch in diesem Fall erfolgt die wettbewerbsrelevante Koordinierung innerhalb eines Verbandes. Beim Abschluss von Kollektivverträgen mit einem einzelnen Auftraggeber (z.B. einem einzigen Plattformbetreiber) liegt ebenso wenig eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vor, da in diesem Fall die Koordinierung einer Marktseite, nämlich der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, innerhalb eines Verbandes erfolgt.

3.1.2.2. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Der Begriff des Beschlusses ist weit auszulegen. Erforderlich ist nicht ein Beschluss des für die Frage satzungsmäßig zuständigen Organs der Vereinigung, vielmehr reicht bereits der ernsthafte Wille der Vereinigung aus, das Verhalten

ihrer Mitglieder auf einem bestimmten Markt zu koordinieren. Deshalb können auch unverbindliche Konditionenempfehlungen, die durch eine Unternehmensvereinigung verabschiedet worden sind, den Tatbestand des Beschlusses erfüllen.¹⁷¹

Eine Besonderheit von Kollektivverträgen liegt darin, dass durch Vereinbarung beide Marktseiten in die Wettbewerbsbeschränkung einbezogen sind. Dem Abschluss des Kollektivvertrages liegt auf der Seite des Verbandes, welcher die Interessen der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen wahrnimmt, ein Beschluss der Verbandsorgane (z.B. einer Gewerkschaft) für den Abschluss eines entsprechenden Kollektivvertrages zugrunde. Diese kann im Beschluss einer hierfür zuständigen „Tarifkommission“, des Vorstandes oder auch in einer Urabstimmung der Mitglieder liegen; insoweit kommt es auf die Organisationsverfassung des handelnden Verbandes an. Auf der Seite der Auftraggeber liegt nur dann ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung vor, wenn auch für sie ein Verband handelt. Daran fehlt es bei Unternehmenskollektivverträgen. Ausreichend für die Erfüllung des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 1 AEUV dürfte indessen sein, dass jedenfalls auf einer Seite, nämlich derjenigen der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, eine Unternehmensvereinigung einen entsprechenden Beschluss gefasst hat.

Außer Kollektivverträge von Selbständigen wie z.B. Tarifverträge nach § 17 HAG oder § 12a TVG können unter den Begriff der Vereinbarung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV auch Gestaltungen fallen, bei denen eine zivilrechtliche Bindung fehlt, die Absprache aber eine faktische Bindungswirkung entfaltet.¹⁷² So reicht auch eine „Festlegung“ von Vertragsbedingungen durch einen Verhaltenskodex aus, der lediglich aufgrund einer freiwilligen Selbstverpflichtung der betroffenen Unternehmen „gelten“ soll. Für den Bereich der Plattformarbeit ist hier der bereits erwähnte Verhaltenskodex des Deutschen Verbandes Crowdsourcing von Interesse, der unter Beteiligung der IG Metall 2018 ausgearbeitet worden ist.¹⁷³ Zwar dürfte es den Bestimmungen dieses Verhaltenskodexes an der erforderlichen Konkretetheit für eine Wettbewerbsbeschränkung fehlen, doch ändert dies nichts an dem grundsätzlichen Befund, dass auch eine „Regulierung“ von Plattformarbeit durch Verhaltenskodizes, an denen Verbände beider Marktseiten beteiligt sind, als Beschluss einer oder mehrerer Unternehmensvereinigungen zu qualifizieren sein kann und von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst ist.

171 St. Rspr: vgl. z.B. EuGH v. 27.1.1987, C-45/85, ECLI:EU:C:1987:34, Rdnr. 29 ff. (*Verband der Sachversicherer e.V./Kommission*). Zu den genaueren Voraussetzungen, unter denen unverbindliche Verbandsempfehlungen den Tatbestand des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung erfüllen, siehe insbesondere *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rdnr. 81 m.w.N.

172 Statt vieler *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rdnr. 854 m.w.N.

173 Dazu oben 2.4. m.N.

3.1.2.3. Abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 101 Abs. 1 AEUV nennt als dritte Form verbotener Handlungen abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen. Damit soll eine Umgehung des Kartellverbotes durch Verhaltensweisen verhindert werden, die sich unterhalb der Schwelle von Vereinbarungen zwischen Unternehmen bewegen, aber gleichwohl eine Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen Unternehmen bewirken.¹⁷⁴ Ein „bewusstes Parallelverhalten“ von Unternehmen in Bezug auf bestimmte marktrelevante Fragen reicht für die Annahme einer Koordinierung und Zusammenarbeit indessen nicht aus.¹⁷⁵

Im Falle eines Abschlusses von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger dürfte der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise nur von untergeordneter Bedeutung sein. Er könnte aber erfüllt sein, wenn beispielsweise einzelne Plattformbetreiber mit Verbänden von (selbständigen) Plattformbeschäftigten jeweils Unternehmenskollektivverträge abschließen und sie sich bei der Führung ihrer Kollektivverhandlungen mit Gewerkschaften untereinander abstimmen, etwa durch Festlegung einer gemeinsamen „Tarifpolitik“ (z.B. bei der Festlegung der Vergütungshöhe oder anderer Konditionen wie etwa Weiterbildungspflichten). Die Feststellung einer solchen abgestimmten Verhaltensweise kann im Einzelfall allerdings Schwierigkeiten bereiten.

Keine abgestimmte Verhaltensweise liegt indessen vor, wenn sich einzelne Unternehmen (z.B. Plattformbetreiber) bei den Kollektivverhandlungen mit Gewerkschaften an bereits abgeschlossenen Kollektivverträgen orientieren und diese als Modell zugrunde legen: Das Aufgreifen von *good* oder gar *best practices* stellt als solches keine abgestimmte Verhaltensweise dar; insoweit fehlt es an einem willentlichen Zusammenwirken. Es scheint sich bei dieser Tatbestandsvariante des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Falle von Kollektivverträgen jedoch um eine eher theoretische Möglichkeit zu handeln.

3.1.3. Wettbewerbsbeschränkungen durch Kollektivverträge

Eine Verletzung des Kartellverbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV durch Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen setzt weiterhin voraus, dass durch die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen eine Verhinderung, Einschränkung oder

174 Vgl. z.B. EuGH v. 28.5.1998, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rdnr. 86 (*John Deere Ltd/Kommission*).

175 So auch EuGH v. 28.5.1998, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rdnr. 87 (*John Deere Ltd/Kommission*), wonach Unternehmen das Recht haben, „sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen“.

Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird. Die Merkmale der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs werden in der behördlichen Praxis der Europäischen Kommission unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung zusammengefasst.¹⁷⁶ Eine Auffächerung der Einwirkung auf den Wettbewerb nach diesen einzelnen drei Formen ist für die folgende Untersuchung deshalb nicht erforderlich. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV sowohl horizontale – also zwischen Unternehmen einer Marktstufe – als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die mehrere Marktstufen einschließen, erfasst.

Der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterscheidet zwischen bezweckten und bewirkten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes. Der Unterscheidung liegt die Überlegung zugrunde, dass bestimmte Formen des Zusammenwirkens von Unternehmen auf Märkte per se als schädlich angesehen werden, während die Inkriminierung anderer Formen von Wettbewerbsbeschränkungen von ihren tatsächlichen Wirkungen auf den Binnenmarkt abhängen soll.¹⁷⁷ Es ist daher im Folgenden danach zu fragen, ob und gegebenenfalls inwieweit Kollektivverträge zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des Binnenmarktes bezwecken (3.1.3.1.) oder bewirken (3.1.3.2.).

3.1.3.1. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen kommt es auf die tatsächlichen Auswirkungen eines Wettbewerbsverhaltens grundsätzlich nicht an: Nicht zuletzt deshalb ist der Tatbestand der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung als Gefährdungstatbestand bezeichnet worden.¹⁷⁸ Bei der Bestimmung des Zwecks einer Unternehmensvereinbarung oder, was für den vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist, des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung soll es nicht in erster Linie auf die subjektive Willensrichtung der Beteiligten ankommen, sondern auf den „objektiven“ Zweck derselben.¹⁷⁹ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH soll bei der Prüfung des wettbewerbswidrigen Zwecks einer Vereinbarung insbesondere auf deren Inhalt und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen sein, wobei die Absicht der Beteiligten zumindest berücksichtigungsfähig ist. Eine solche Zweckforschung betreibt die Rechtsprechung jedoch nicht im Falle von Hardcore-Beschränkungen wie beispiels-

176 Eingehender hierzu *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11, Rdnr. 2 m.w.N.

177 St. Rspr. des EuGH: vgl. z.B. EuGH v. 1.3.2013 – C-32/11, ECLI, Rn. 3 (*Allianz Hungária*).

178 So insbesondere *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11, Rdnr. 35 m.N.

179 St. Rspr.: vgl. z.B. EuGH v. 6.10.2009, C-501/06 P u.a., ECLI:EU:C:2009:610, Rdnr. 58 m.w.N. (*Glaxo-SmithKline Services Unlimited/Kommission*).

weise Preis- oder Gebietsabsprachen.¹⁸⁰ In Fällen solcher Kernbeschränkungen geht der Gerichtshof davon aus, dass sie per se das Potenzial negativer Wettbewerbswirkungen in sich tragen.

Die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Zweck im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV kann gerade bei Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger Bedeutung entfalten. Geht man vom subjektiven Willen der den Kollektivvertrag abschließenden Parteien aus – also von Gewerkschaften einerseits und Vereinigungen von Auftraggebern oder einzelne Auftraggeber andererseits –, steht der soziale und wirtschaftliche Schutz der Selbständigen, die unter den Geltungsbereich des Kollektivvertrages fallen, im Vordergrund: Ihnen sollen – möglichst unmittelbar und zwingend geltende – Mindestvertragsbedingungen gewährleistet werden, die sie aufgrund einer einzelvertraglichen Aushandlung ihrer Werk- oder Dienstverträge mit ihren Auftraggebern typischerweise nicht erzielen könnten. Ebenso wie bei Tarifverträgen zum Schutze von Arbeitnehmern ist die Schutzfunktion bei Kollektivverträgen für wirtschaftlich abhängige Selbständige dasjenige, was die Parteien erreichen wollen.

Betrachtet man die wettbewerbliche Zielsetzung von Kollektivverträgen zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, zeigt sich indessen, dass diese durchaus Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken. Ihnen liegen das Gleichmachtprinzip und der Gedanke eines Gleichgewichtes der Kräfte zwischen beiden Marktseiten als Konzept zugrunde. Durch die bilaterale Kartellierung von Märkten für bestimmte Werk- oder Dienstleistungen soll ein Mindestschutz für wirtschaftlich abhängige Selbständige sichergestellt und für den Wettbewerb um Vertragsbedingungen eine Untergrenze eingezogen werden; das potenziell auch für Märkte von Waren- und Dienstleistungen, an denen wirtschaftlich abhängige Selbständige teilnehmen, bedeutsame Konkurrenzparadoxon¹⁸¹ soll auf diese Weise durchbrochen werden.

Letztlich sind Kollektivverträge darauf angelegt, den Inhalt sämtlicher Vertragsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich zu bestimmen. So zielen derartige Kollektivverträge *zum einen* darauf, den Angebotswettbewerb zwischen wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, die um bestimmte Aufträge miteinander konkurrieren, zu beschränken: Wirtschaftlich abhängige Selbständige sollen nämlich bei Geltung eines Kollektivvertrages ihre Dienst- oder Werkleistungen nicht zu einer Vergütung oder zu sonstigen Vertragsbedingungen anbie-

180 St. Rspr.: zu Preisabsprachen siehe z.B. EuGH v. 30.1.1985, C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33, Rdnr. 22 (*Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*).

181 Dazu oben 2.1. m.w.N.

ten, welche unterhalb des kollektivvertraglich festgelegten Niveaus liegt. In welchem Umfang Selbständige tatsächlich an einen Kollektivvertrag gebunden sind, ist für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wie gesagt, ohne Belang.

Zum anderen bezwecken solche Kollektivverträge aber auch, den Nachfragewettbewerb zwischen Auftraggebern um Dienst- und Werkleistungen auf den relevanten Märkten zu beeinflussen. Dies gilt in erster Linie für Verbandskollektivverträge, die auch auf der Auftraggeberseite durch mindestens einen Verband abgeschlossen worden sind. Indem durch Kollektivvertrag Mindestvertragsbedingungen festgelegt werden, ist es Nachfragern verwehrt, die begehrten Dienst- oder Werkleistungen zu für sie billigeren Bedingungen „einzukaufen“ und auf diese Weise Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Mitbewerbern zu erlangen; sie dürfen durch Vertrag mit einem Selbständigen nur für diesen günstigere als die kollektivvertraglich festgelegten Bedingungen vereinbaren (z.B. eine höhere Vergütung).¹⁸² Für Kollektivverträge, die nur für ein Unternehmen (z.B. eine Plattform) abgeschlossen worden sind, gilt dies jedoch nur mit Einschränkungen. Im Regelfall greifen sie nicht so stark wie Verbandskollektivverträge in den Nachfragewettbewerb zwischen verschiedenen Auftraggebern eines Marktes ein. Denn sie bestimmen lediglich Mindestvertragsbedingungen für diejenigen wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, die mit dem Unternehmen kontrahieren wollen, das Partei des Kollektivvertrages ist; andere auftraggebende Unternehmen wie z.B. Plattformen sind daran nicht gebunden und dürfen mit selbständigen Anbietern der vom Kollektivvertrag erfassten Werk- oder Dienstleistungen Einzelverträge abschließen, die den kollektivvertraglichen Mindestschutz unterlaufen. Isoliert betrachtet beschränken Unternehmenskollektivverträge nicht den Nachfragewettbewerb um bestimmte Werk- oder Dienstleistungen.

Allerdings bedeutet dies nicht, dass Unternehmenskollektivverträge keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf den Nachfragemärkten bezwecken. Schließen nämlich Gewerkschaften mehrere gleichartige Unternehmenskollektivverträge ab, besteht die Gefahr eines Bündelungseffektes und die Wettbewerbseffekte der einzelnen Kollektivverträge sind dann in der Gesamtschau zu betrachten.¹⁸³ Der EuGH prüft nämlich in ständiger Rechtsprechung auch bei Vereinbarungen, die für sich genommen zu keiner Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV führen, ob sie nicht doch eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken, wenn sie

182 Für den Tarifvertrag ergibt sich diese Wirkung aus dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG).

183 Zu einem solchen Bündelungseffekt von Unternehmenstarifverträgen siehe *von Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, S. 172 ff.

im wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang betrachtet werden, in dem sie stehen, und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können. In der Rechtsprechung des EuGH hat diese sog. „Bündeltheorie“ vor allem bei Alleinbezugsvereinbarungen oder Vertragsnetzwerken praktische Bedeutung erlangt.¹⁸⁴ Sollte man von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige ausgehen, könnte eine Praxis von gleichartigen Unternehmenskollektivverträgen tatsächlich schnell ins Visier der Kartellbehörden geraten: Denn Gewerkschaften werden regelmäßig durch Unternehmenskollektivverträge möglichst einheitliche Mindestvertragsbedingungen auf einem relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen von Selbständigen durchzusetzen versuchen. Ihren „Tarifbewegungen“ in einzelnen Unternehmen wird typischerweise eine einheitliche „Tarifpolitik“ zugrunde liegen, die je nach der gewerkschaftlichen Durchsetzungskraft im Einzelfall mehr oder weniger in Tarif- oder anderen Kollektivverträgen auf Unternehmensebene ihren Niederschlag finden wird. Dies zeigt auch die Praxis der Unternehmenstarifverträge, die zumeist das Ziel haben, nicht tarifgebundene Arbeitgeber möglichst weit an das Niveau des für den Wirtschaftszweig geltenden Tarifniveaus heranzuführen; den Idealfall bildet der Abschluss eines „Anerkennungstarifvertrages“.¹⁸⁵

Gegenständlich bezwecken Regelungen von Kollektivverträgen vor allem dann Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie Wettbewerbsparameter für Auftraggeber normieren und infolgedessen der Wettbewerb um die erfassten Werk- oder Dienstleistungen beeinflusst wird. Dies wird insbesondere bei der Vereinbarung einer Mindestvergütung oder von weiteren Entgeltbestandteilen (z.B. Garantie einer betrieblichen Altersversorgung zugunsten des Beschäftigten) sowie bei Regelungen über den Erholungsurlaub¹⁸⁶ oder über eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall¹⁸⁷ der Fall sein; auch dürfte die Vereinbarung von Weiterbildungspflichten und damit verbundene Kostentragsungs-

184 Vgl. z.B. EuGH v. 11.9.2008 – C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Rdnr. 43 (*CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*) mit Blick auf Alleinbezugsbindungen für Tankstellenpächter, sowie EuGH v. 26.11.2015 – C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, Rdnr. 23 ff. u. 27 f. m.w.N. (*SIA „Maxima Latvija“/Kokurences padome*) zu einem Geschäftsraummietvertrag über die Vermietung einer Supermarktfäche in einem Einkaufszentrum, der dem Mieter das Recht einräumt, der Vermietung von Gewerbeflächen in dem Einkaufszentrum durch den Vermieter an andere Mieter zu widersprechen. Zur Bündelung zahlreicher einzelner Bierlieferungsverträge durch eine Brauerei siehe EuGH v. 28.2.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, Rdnr. 14 ff. (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*). Zur Bündeltheorie aus der Literatur im Überblick *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 11 Rdnr. 58 ff. m.w.N.

185 Zum „Anerkennungstarifvertrag“ statt vieler *Thüsing/Braun*, Tariffrecht, Kap. 9 Rdnr. 7 ff. m.w.N.

186 Nach §§ 1, 3 i.V.m. § 2 Satz 2 BUrlG haben auch arbeitnehmerähnliche Personen einen vierwöchigen Mindesturlaubsanspruch.

187 Nach § 10 EFZG haben lediglich Heimarbeiter Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, nicht aber arbeitnehmerähnliche Personen insgesamt.

pflichten für Auftraggeber hierunter fallen. Demgegenüber sind aber auch kollektivvertragliche Regelungen denkbar, die sich nicht auf den Wettbewerb zwischen Selbständigen und zwischen Auftraggebern untereinander auswirken. An dieser Stelle sei nur ein Beispiel herausgegriffen, das für die Regulierung von Plattformarbeit Bedeutung erlangen könnte: die Bewertung der von Plattformbeschäftigten erbrachten vertraglichen Leistungen („*rating systems*“, „*performance appraisal*“), die deren *online profile* und damit auch ihre Reputation innerhalb der Plattform begründen;¹⁸⁸ sie bestimmen letztlich maßgeblich über die weiteren Beschäftigungsaussichten auf einer Plattform mit. Sollten Kollektivverträge dieses Problemfeld zum Gegenstand haben – z.B. durch eine genauere Definition der Beurteilungskriterien, die Schaffung von Beschwerdeverfahren¹⁸⁹ oder Festlegungen über den Schutz der personenbezogenen Daten von Plattformarbeitern –, geht es letztlich um Fragen des Schutzes der Grundrechte von Selbständigen aus Art. 7 und Art. 8 GRC und die Schaffung von Transparenz für Beurteilungen, wie wir sie im deutschen Arbeitsrecht etwa aus dem Mitbestimmungstatbestand des § 94 Abs. 2 Var. 2 i.V.m. Abs. 1 BetrVG („Aufstellung von Beurteilungsgrundsätzen“) für den Arbeitnehmerschutz kennen. Soweit es um datenschutzrechtliche Fragen in diesem Zusammenhang geht, würde eine solche kollektivvertragliche Regelung den Verarbeitungstatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. b oder f DSGVO konkretisieren.

Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass nicht alle möglichen Gegenstände von Kollektivverträgen für wirtschaftlich abhängige Beschäftigte eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Insbesondere kollektivvertragliche Regelungen über die Durchführung von Leistungsbewertungen von Plattformarbeitern dürften regelmäßig wettbewerbsneutral sein. Im Einzelfall ist deshalb die Wettbewerbsrelevanz einer kollektivvertraglichen Regelung konkret zu ermitteln.

3.1.3.2. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

Steht fest, dass eine Vereinbarung, der Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise eine Beschränkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bezwecken, ist es nicht erforderlich, ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen.¹⁹⁰ Lässt die Prüfung des Zwecks „keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ erkennen, sind die Auswir-

188 Dazu im Überblick statt vieler *Kilhoffer u.a.*, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, S. 59 ff m.w.N.

189 Siehe z.B. die paritätisch besetzte Ombudsstelle, welche die IG-Metall mit acht Plattformbetreibern richtet hat, um die Umsetzung des Code of Conduct „Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/ Crowdworking“ zu effektivieren. Nähere Informationen unter <http://faircrowd.work/de/2017/11/08/ombudsstelle-fuer-crowdworking-plattformen-vereinbart/> (abgerufen am 15.12.2021).

190 Vgl. z.B. Ziffer 26 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit.

kungen des Streitgegenständlichen Wettbewerbsverhaltens in den Blick zu nehmen.¹⁹¹ Der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV einer bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung ist nur erfüllt, wenn „Umstände vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist“.¹⁹²

Bei Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger ist im Regelfall von bezweckten Beeinträchtigungen des Angebotswettbewerbs zwischen Selbständigen auszugehen (s.o. 3.1.3.1.); lediglich bei einzelnen nicht wettbewerbsrelevanten Feldern wie beispielsweise dem Rating von Plattformbeschäftigten fehlt es an einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. In der Folge bedarf es deshalb keiner Prüfung mehr, ob auch eine bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung in diesen Fällen gegeben ist. Eine Untersuchung der Frage, ob Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger auch spürbar den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beschränken, ist somit nicht erforderlich.

3.1.4. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Kollektivverträge zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger fallen weiterhin nur dann in den Geltungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn sie auch geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Geltung des unionsrechtlichen Kartellverbots ist somit an die Überschreitung einer Schwelle geknüpft, die grenzüberschreitende Wirkungen eines Kartells befürchten lässt. Die „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ dient der Abgrenzung des Geltungsbereichs des Wettbewerbsrechts der Union. Angesichts der integrationspolitischen Bedeutung des Kartellverbots für den Binnenmarkt und der Grundentscheidung der Verträge für ein System des unverfälschten Wettbewerbs legen die Kartellbehörden und der EuGH in ständiger Rechtsprechung die sog. „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ äußerst großzügig aus. Für die kartellrechtliche Praxis hat dies zur Folge, dass die Schwelle niedrig ist und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Regelfall den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind.

191 St. Rspr.: siehe z.B. EuGH v. 14.3.2013 – C-32/11, ECLI, Rdnr. 34 m.w.N. (*Allianz Hungária*).

192 Vgl. z.B. EuGH v. 14.3.2013 – C-32/11, ECLI, Rdnr. 34 m.w.N. (*Allianz Hungária*).

Die Kommission hat die „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ in ihren Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel konkretisiert.¹⁹³ Diese Leitlinien verarbeiten die vorhandene Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesem Kriterium und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.¹⁹⁴ Für das Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist nicht erforderlich, „dass die Vereinbarungen oder Verhaltensweisen den Handel zwischen dem gesamten Gebiet eines Mitgliedstaats und demjenigen eines anderen Mitgliedstaats beeinträchtigen“: Vielmehr reicht es aus, dass nur ein Teil eines Mitgliedstaats betroffen ist, sofern die Beeinträchtigung des Handels spürbar ist.¹⁹⁵ Es soll die widerlegliche Negativvermutung gelten, wonach eine Vereinbarung zwischen Unternehmen keine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Union 5 % und im Falle horizontaler Vereinbarungen der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Waren nicht den Betrag von 40 Millionen Euro überschreitet.

Zur Prüfung der „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ ist es somit unerlässlich, den relevanten Markt zu bestimmen. Dies erfolgt nach feststehender Praxis der Kartellbehörden, die von der Rechtsprechung anerkannt ist, grundsätzlich nach dem sog. „Bedarfsmarktkonzept“: „Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“¹⁹⁶ Ausschlaggebend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit von Gütern aus der Perspektive der Nachfrageseite. Der räumliche relevante Markt ist das Gebiet, „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.¹⁹⁷

Wendet man diese Grundsätze auf Kollektivverträge zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen an, ergibt sich der sachlich relevante

193 Europäische Kommission, Mitteilung – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG 2004 Nr. C 101/81.

194 Vgl. Ziffer 3 Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

195 Ziffer 21 Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

196 Ziffer 7 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 372/03.

197 Ziffer 8 Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft.

Markt für Werk- oder Dienstleistungen aus dem Geltungsbereich des Kollektivvertrages. Er legt im Einzelnen fest, für welche vertraglichen Leistungen ein Kollektivvertrag Einzelverträge bestimmen und den Wettbewerb regulieren will. Bei der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes kommt es letztlich vor allem auf das Gebiet an, für das wirtschaftlich abhängige Selbständige ihre Werk- oder Dienstleistungen anbieten. Auch hier kann der räumliche Geltungsbereich des Kollektivvertrages einen ersten Anhaltspunkt liefern, muss damit aber nicht identisch sein. Ein Verbandskollektivvertrag über Reinigungsdienste beispielsweise kann weiter gehen als der eigentlich räumlich relevante Markt für solche Dienstleistungen, der eher eine lokale oder allenfalls eine regionale Struktur aufweist. Handelt es sich um Leistungen, die etwa auch grenzüberschreitend erbracht werden können, kann u.U. sogar der Binnenmarkt räumlich relevanter Markt sein.

Bei Kollektivverträgen zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen ist hinsichtlich der Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums zwischen Regelwerken, die für eine ganze Branche oder bestimmte Berufe gelten, einerseits und reinen Unternehmenskollektivverträgen andererseits zu unterscheiden. Bundesweite Kollektivverträge, die beispielsweise für eine ganze Branche von Plattformen gelten, können ohne weiteres den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die an den Kollektivvertrag gebundenen Selbständigen und auftraggebenden Unternehmen werden in diesem Fall zumeist über mehr als 5 % gemeinsamen Marktanteil auf dem betroffenen relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen innerhalb der Gemeinschaft verfügen oder der gesamte Jahresumsatz, den an den Kollektivvertrag gebundene Selbständige bei Unternehmen der Gegenseite erwirtschaften, überschreitet 40 Millionen Euro. Allenfalls Kollektivverträge, die eine Gewerkschaft zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen mit einem einzelnen Unternehmen abschließt (z.B. mit einem einzelnen Plattformbetreiber), die diese Schwellenwerte der Europäischen Kommission nicht überschreiten (z.B. kleinere regionale Plattformen für bestimmte Dienstleistungen), dürften sich unterhalb der Schwelle der Zwischenstaatlichkeitsklausel bewegen und somit nicht den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen. Die genaue Schwelle zur Spürbarkeit im zwischenstaatlichen Handel lässt sich nur schwer bestimmen. Doch auch Unternehmens-Kollektivverträge können geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn es sich um ein marktstarkes oder gar marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Genaue Festlegungen bei den Marktanteilen verbieten sich hier jedoch; insoweit kann eine nicht zu unterschätzende kartellrechtliche Rechtsunsicherheit darüber bestehen, ob solche Kollektivverträge mit dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Einklang stehen.

Besonderheiten der Marktabgrenzung können für digitale Plattformen bestehen. Die Diskussion hierzu ist noch in vollem Gang, konkrete Ergebnisse für die kartellrechtliche Praxis (z.B. in Gestalt einer Mitteilung der Europäischen Kommission) existieren indessen noch nicht.¹⁹⁸ Bei den meisten von ihnen handelt es sich um Intermediäre, die Angebot und Nachfrage nach bestimmten Leistungen zusammenführen und Transaktionen auf Märkten für bestimmte Waren oder Dienstleistungen ermöglichen möchten. Gerade bei digitalen Plattformen stellt sich die Frage, wie eine Marktabgrenzung zu erfolgen hat. Das Bedarfsmarktkonzept ist nicht für mehrseitige Märkte entwickelt worden, doch lässt es sich auf deren Besonderheiten dahingehend anpassen, dass das Konzept getrennt nach Marktseiten anzuwenden ist.¹⁹⁹

3.2. Freistellungen vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV)

Die bisherige Untersuchung des Art. 101 AEUV hat somit gezeigt, dass Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen in den meisten Fällen den Tatbestand des Kartellverbotes in Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen werden. Damit stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, ob eine Freistellung vom Kartellverbot nach Maßgabe von Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt. Der Freistellung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vorzüge wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen deren Nachteile im Einzelfall durchaus überwiegen können. Seit dem Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (Kartellverfahrensordnung) erfolgt die Freistellung von Gesetzes wegen („System der Legalausnahme“); einer Freistellungsentscheidung durch die Kartellbehörden bedarf es insoweit nicht mehr (vgl. Art. 1 Abs. 2 Kartellverfahrensverordnung).²⁰⁰ Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in Gruppenfreistellungsverordnungen Freistellungstatbestände festgelegt, die Art. 101 Abs. 3 AEUV konkretisieren. Sie sind als *leges speciales*, welche Art. 101 Abs. 3 AEUV ausfüllen, zunächst kurz zu betrachten, bevor die Möglichkeiten einer Freistellung aufgrund des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeleuchtet werden sollen.

198 Zu der laufenden Diskussion instruktiv *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Berlin 2019, S. 27 ff.; siehe auch *Bundeskartellamt*, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 28 ff.

199 Zur Marktabgrenzung auf mehrseitigen Märkten ausführlich *Schweitzer/Haucap*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 87 ff. und 119 ff. m.w.N.

200 Demgegenüber war unter der Geltung der Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages v. 6.2.1962 das Kartellverbot des Art. 85 EWGV (= Art. 101 AEUV) noch als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt konzipiert.

3.2.1. Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission

Die Europäische Kommission hat in verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen, die sie aufgrund von Art. 103 AEUV erlassen hat, Gruppen von Vereinbarungen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen, da bei ihnen vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen auszugehen sei. Die Gruppenfreistellungen haben letztlich ihren Grund in dem vor dem Erlass der Kartellverfahrensverordnung von 2003 bestehenden System der behördlichen Freistellung und dienen eigentlich dem Schutz der Kartellbehörden vor einer Überflutung mit Einzelanträgen auf Freistellung. Im System der Legalausnahme, wie es Art. 1 Abs. 2 Kartellverfahrensverordnung zugrunde liegt, gewährleisten sie vor allem einen hohen Grad von Rechtssicherheit, indem sie die freigestellten wettbewerbsbeschränkenden Absprachen präzise benennen.²⁰¹

Im Vordergrund der geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen stehen Vertikalvereinbarungen, die inzwischen in der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen²⁰² („Vertikal-GVO“) zusammengeführt worden sind. Eine „Vertikalvereinbarung“ ist nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO „eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, die zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird und die die Bedingungen betrifft, zu denen die Beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“. Die GVO stellt bestimmte Vereinbarungen im Bereich des Vertriebs vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV frei, namentlich Vertriebsverträge, die eine Alleinbelieferungs- oder eine Alleinbezugsspflicht enthalten (z.B. Tankstellenpächterverträge), Franchisevereinbarungen und selektive Vertriebssysteme.²⁰³ Eine sektorspezifische Sonderregelung für den Kraftfahrzeugsektor enthält die Verordnung (EU) Nr. 461/2010 vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Art. 101 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor.²⁰⁴ Allerdings gelten diese GVO nicht für Kernbeschränkungen wie beispielsweise Preisfestsetzungen oder Gebietsbeschränkungen²⁰⁵

201 Dazu im Überblick *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 14 Rdnr. 27 ff. m.w.N.; ausführlich die Kommentierung von *Vogel*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 7. Teil (Gruppenfreistellungsverordnungen).

202 ABl. EU 2010 Nr. L 102/1.

203 Zu den durch die Vertikal-GVO privilegierten Vereinbarungen im Überblick statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht § 15 m.w.N.

204 ABl. EU 2010 Nr. L 129/52.

205 Vgl. Art. 4 Vertikal-GVO; Art. 5 VO (EU) Nr. 461/2010.

Schon dieser nur skizzenhafte Überblick über das Recht der GVO zeigt, dass sie im vorliegenden Zusammenhang praktisch keine Bedeutung besitzen und eine Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Kollektivverträgen zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen schon gegenständlich nicht auf sie gestützt werden kann. Überdies wären Kollektivverträge über die Vergütung von Werk- oder Dienstleistungen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger nicht freistellungsfähig, sofern sie Kernbeschränkungen enthielten (z.B. Regelungen über die Vergütungshöhe).

3.2.2. Freistellung aufgrund des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV

Unabhängig von diesen sekundärrechtlich festgelegten Freistellungstatbeständen sind Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV automatisch freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen; auf Art. 1 Abs. 2 Kartellverfahrensverordnung wurde bereits hingewiesen.

Erfüllen Kollektivverträge zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV, kommt eine Freistellung nach Abs. 3 der Vorschrift nur in Betracht, wenn diese einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts leisten. Die Merkmale bezeichnen die von Art. 101 AEUV anerkannten Effizienzvorteile einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, welche die mit Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich verbundenen Nachteile auszugleichen im Stande sind. Eine Konkretisierung dieser unbestimmten Tatbestandsmerkmale hat die Europäische Kommission in ihren Horizontal- und Vertikalleitlinien vorgenommen.²⁰⁶ Schon ein oberflächlicher Blick auf diese Merkmale reicht aus, um zu erkennen, dass Kollektivverträge diese Voraussetzungen im Regelfall nicht erfüllen werden. Zumindest wird es schwer sein, solche von Art. 101 Abs. 3 AEUV verlangten Effizienzvorteile für den jeweils relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen substantiieren zu können. Hinzu kommt, dass Kernbeschränkungen wie z.B. Preis- oder Gebietskartelle grundsätzlich nicht freistellungsfähig sind: von ihnen wird angenommen, dass sie die Warenerzeugung oder -verteilung verbessern oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Somit wäre eine kollektiv-

206 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Ziffer 185 (ABl. EG 2011 Nr. C 11/01).

tivvertraglich festgelegte Vergütung für wirtschaftlich abhängige Selbständige grundsätzlich nicht freistellungsfähig.²⁰⁷

Sieht man einmal hiervon ab, dürfte es außerdem im Einzelfall schwierig sein, eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn konkret darlegen zu können; dabei geht es im Kern um die Weitergabe der durch die Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Effizienzvorteile in Form von niedrigeren Preisen, höherer Produktqualität oder größerer Produktvielfalt in einem Maße an Verbraucher, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen;²⁰⁸ Effizienzgewinne nur für die Beteiligten der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen reichen hierfür somit nicht aus. Schließlich sind noch die negativen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV darzulegen, namentlich die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für die durch die Vorschrift anerkannten Ziele sowie das Fehlen von Möglichkeiten für die beteiligten Unternehmen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Allenfalls bei einzelnen Regelungen ließe sich ein solcher positiver Wettbewerbseffekt begründen: Zu denken ist etwa an kollektivvertragliche Pflichten von Plattformbetreibern zur Förderung der beruflichen Weiterbildung von Plattformarbeitern, die letztlich auch zu Produktivitätssteigerungen führen können. Auch ist an arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen zu denken, die – sofern überhaupt der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt sein sollte – jedenfalls freigestellt sind. Allerdings dürfte es auch in diesen Fällen nicht einfach sein, eine Weitergabe der dadurch erlangten Effizienzvorteile an Dritte konkret darzulegen.

Insgesamt zeigt bereits eine oberflächliche Durchforstung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass die Vorschrift auf Kollektivverträge mit sozialpolitischer Zielsetzung wie z.B. Tarifverträge zum Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen (§ 12a TVG) oder gemeinsame Vergütungsregeln nach § 36 UrhG überhaupt nicht passt. Der Freistellungstatbestand ist für Wettbewerbsbeschränkungen jenseits der Sphäre der Arbeitsmärkte konstruiert und muss angesichts der sehr eng geführten Ausnahmen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu starken Reibungen führen, erstreckt man das Gegenmachtmodell der Tarifautonomie oder anderer Formen der Kollektivvertragsfreiheit auf Gruppen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger. Gleichwohl wird man nicht an der Feststellung vorbeikommen, dass Kollektivverträ-

207 Ebenso *Daskalova*, in: Waas/Hießl, *Collective Bargaining for self-Employed Workers in Europe*, S. 19 (43 ff.). Mit Blick auf gemeinsame Vergütungsregeln i.S.v. § 36 UrhG insbesondere *Tolkmit*, GRUR 2016, S. 564 (569).

208 Ebenso im Ergebnis *Bourazeri*, NZA 2019, S. 741 (745).

ge zum Schutze dieser Personen grundsätzlich nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind, wenn sie den Tatbestand des Kartellverbotes des Abs. 1 dieser Vorschrift erfüllen.

3.3. Zwischenfazit und Rechtsfolgen möglicher Verstöße

3.3.1. Der Befund zu Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV zusammengefasst

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass bei einer strikten Anwendung des unionsrechtlichen Kartellverbotes kollektivvertragliche Regelungen zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen in weitem Umfang den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind.

1. Wirtschaftlich abhängige Selbständige werden trotz ihrer sozialen Nähe zum Arbeitnehmerstatus kartellrechtlich als Unternehmen behandelt. Kollektivverträge zu ihrem Schutz sind Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, bei Unternehmenskollektivverträgen nur auf der Seite der Selbständigen, bei Verbandskollektivverträgen auch auf der Seite der Auftraggeber. Sie sind auf Wettbewerbsbeschränkungen angelegt und somit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen: Bei Verbandskollektivverträgen sollen sowohl Angebots- als auch Nachfragewettbewerb um Werk- oder Dienstleistungen durch die Festlegung von Mindestvertragsbedingungen neutralisiert werden, bei Unternehmenskollektivverträgen lediglich der Angebotswettbewerb zwischen Selbständigen. Allerdings sind Gegenstände denkbar, die sich als wettbewerbsneutral erweisen und infolgedessen auch nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen: Dies gilt namentlich für Regelungen über das Rating von Plattformarbeitern oder auch über Konfliktlösungsmechanismen wie Mediations- oder Ombudsverfahren.

Kollektivverträge zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger erfüllen das Merkmal der spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten, wenn ihr Anteil am relevanten Markt mindestens 5 % beträgt und der Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Werk- und Dienstleistungen einen Betrag von 40 Millionen Euro nicht überschreitet. Verbandskollektivverträge dürften in den meisten Fällen eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen, bei Unternehmenskollektivverträgen hängt dies von den Umständen des Einzelfalles ab.

2. Eine Freistellung kommt weder nach den geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen noch aufgrund des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Regelungen über die Vergütung von Selbständigen sind schon als Kernbeschränkungen nicht freistellungsfähig und für andere Gegenstände wird im Normalfall kaum dargelegt werden können, dass die mit einem Kollektivvertrag verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen zu Effizienzgewinnen führen, die an Dritte weitergegeben werden.

3.3.2. Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 101 AEUV im Überblick

Angesichts dieses Befundes stellt sich die Frage nach den Sanktionen, welche Verstöße gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV nach sich ziehen können, in besonderer Weise. Sie seien an dieser Stelle kurz aufgefächert, um die Bedeutung der Frage nach der Vereinbarkeit von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger mit dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV für die Beteiligten zu verdeutlichen.

Einerseits haben Verstöße gegen das Kartellverbot zivilrechtliche Folgen. So sind die betroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nichtig²⁰⁹ und können somit keine Rechtswirkungen unter den Beteiligten entfalten. Sollten Kollektivverträge zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger tatsächlich gegen das unionsrechtliche Kartellverbot verstoßen, würden sie somit weder zwischen den vertragsschließenden Gewerkschaften und Unternehmen oder Unternehmensverbänden Rechtswirkungen entfalten, noch könnten die durch sie geschützten wirtschaftlich abhängigen Selbständigen aus ihren Rechtsnormen – wie z.B. im Falle von Tarifverträgen nach § 12a TVG und § 17 HAG – subjektive Rechte herleiten. An die Stelle kollektivvertraglich festgelegter Vergütungen von Dienst- oder Werkleistungen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger wäre dann auf die übliche Vergütung abzustellen,²¹⁰ wobei der Begriff der Üblichkeit natürlich nicht mithilfe der unwirksamen kollektivvertraglichen Vereinbarung konkretisiert werden könnte.

Darüber hinaus bestehen auch noch weitreichende Möglichkeiten eines *private enforcement* des Kartellverbotes. So können die „Kartellanten“, also die Parteien eines Kollektivvertrages, zur Beseitigung der durch den Verstoß gegen Art. 101 AEUV entstandenen Beeinträchtigungen verpflichtet und im Wieder-

209 Vgl. Art. 101 Abs. 2 AEUV.

210 Für Dienstverträge ergibt sich diese Rechtsfolge aus § 612 Abs. 2 Var. 2 BGB, für Werkverträge aus § 632 Abs. 2 Var. 2 BGB.

holungsfall auch zur Unterlassung verpflichtet werden (§ 33 Abs. 1 und 2 GWB). Der Unterlassungsanspruch besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot droht (§ 33 Abs. 2 GWB), also bereits während der laufenden Kollektivverhandlungen über einen Kollektivvertrag zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger. Anspruchsberechtigt sind zum einen Mitbewerber sowie sonstige Marktteilnehmer, die durch den Verstoß gegen das Kartellverbot beeinträchtigt sind (§ 33 Abs. 3 GWB) und somit sämtliche Außenseiter eines Kollektivvertrages, sofern unterstellt wird, dass Art. 101 AEUV Anwendung findet. Zum anderen dürfen auch rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen sowie qualifizierte Einrichtungen i.S.v. § 4 UKlaG (z.B. Verbraucherverbände) Beseitigung oder Unterlassung verlangen (vgl. § 33 Abs. 4 GWB). Zur Gewährleistung dieser Ansprüche ist der deutsche Gesetzgeber mangels unionsrechtlicher Regelung unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes sogar verpflichtet.²¹¹

Über diesen quasi-negatorischen Rechtsschutz hinaus können sie auch auf Schadensersatz nach Maßgabe von §§ 33, 33a GWB in Anspruch genommen werden.²¹² Auch wenn widerleglich vermutet wird, dass ein Kartell einen Schaden verursacht (§ 33a Abs. 2 Satz 1 GWB), ist die Schadensermittlung und -berechnung zentrales Problem in diesem Zusammenhang. Die schwierige Frage soll hier indessen nicht weiter vertieft werden, da ihre Beantwortung für die eigentliche Problemstellung der vorliegenden Untersuchung – die Vereinbarkeit von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger mit Art. 101 AEUV – nicht relevant ist.²¹³

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV kann *andererseits* ein Eingreifen der Kartellbehörden zur Folge haben. Sie können aufgrund von § 32 Abs. 1 GWB die Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV anordnen. Darüber hinaus kann die zuständige Kartellbehörde gegen die Beteiligten der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ein Bußgeld verhängen.²¹⁴ Sollten Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger tatsächlich das Kartellverbot verletzen, wären dies die Parteien des betreffenden Kollektivvertrages, also die beteiligten Gewerkschaften einerseits und der oder die Auftraggeber oder deren Verband andererseits. Wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen Art. 101 AEUV dürfen die Kar-

211 Vgl. EuGH v. 21.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rdnr. 29 (*Courage Ltd/Bernard Crehan und Bernard Crehan/Courage Ltd and Others*).

212 Zu den einzelnen Anspruchsvoraussetzungen im Überblick *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 21 ff. m.w.N.

213 Für einen knapp Überblick siehe *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 36 III 3. m.w.N.

214 Vgl. Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003.

tellbehörden nach Art. 23 Abs. 2a) Verordnung Nr. 1/2003 Geldbußen verhängen. Die nach § 34a GWB mögliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden dürfte im Falle von Kollektivverträgen ohne Bedeutung sein, da die vertragschließenden Verbände oder Unternehmen aus der Geltung des streitgegenständlichen Kollektivvertrages keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangen werden.

3.4. Kartellrechtliche Ausnahme für wirtschaftlich abhängige Selbständige

Wendet man Art. 101 AEUV *à la lettre* an, wie dies im vorangehenden Abschnitt unternommen worden ist, besteht somit die Gefahr, dass Regelungen von Kollektivverträgen zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger jedenfalls teilweise gegen das unionsrechtliche Kartellverbot verstoßen können. Die Rechtslage ist im Einzelnen unübersichtlich, hängt doch die Beurteilung letztlich sehr stark von den Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch kollektivvertragliche Vereinbarungen ab. Es stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob solche Kollektivverträge insgesamt vom Kartellverbot ausgenommen sind und insoweit ein ungeschriebener kartellrechtlicher Ausnahmebereich besteht.

Für die Existenz eines solchen (ungeschriebenen) kartellrechtlichen Ausnahmebereiches kommen mehrere Rechtsgrundlagen in Betracht, die im Folgenden analysiert werden sollen. Nur kurz angerissen werden soll der Gedanke einer Herleitung aufgrund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Unionsrechts nach Art. 6 Abs. 3 EUV (3.4.1). Im Zentrum der Überlegungen soll vielmehr zum einen die Frage stehen, ob sich eine einschränkende Auslegung von Art. 101 AEUV durch eine systematische Deutung dieser Vorschrift im Lichte der Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV über Sozialpolitik begründen lässt (3.4.2.); Damit ist die Frage angesprochen, ob die kartellrechtliche Bereichsausnahme, die der EuGH seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Albany* für Kollektivverträge zum Schutz von Arbeitnehmern annimmt,²¹⁵ auch auf einen kollektivvertraglichen Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger ausgeweitet werden kann. Zum anderen kann ein kartellrechtlicher Ausnahmebereich aber auch aufgrund einer Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte des in Art. 28 GRC gewährleisteten Grundrechtes auf Kollektivverhandlungen geboten sein (3.4.3.). Schließlich ist noch kurz auszuleuchten, ob sich auch noch aus anderen Bestimmungen des Unionsrechts (z.B. aus der sozialpolitischen

215 EuGH v. 21.9.1999 – C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*).

Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV) eine solche kartellrechtliche Bereichsausnahme begründen lässt (3.4.4.).

3.4.1. Ausnahme aufgrund eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts?

Ein Ansatz für eine Geltungseinschränkung des Kartellverbotes des Art. 101 Abs. 1 AEUV bei Kollektivverträgen zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen könnte darin bestehen, dass es sich bei der Befugnis von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen, durch Kollektivvertrag die für sie relevanten Märkte für Werk- und Dienstleistungen zu kartellieren, um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV handelt. Art. 6 Abs. 3 EUV erkennt Grundrechte der EMRK sowie die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze an und Art. 340 Abs. 2 AEUV verpflichtet die Union zur außervertraglichen Haftung für ihre Handlungen „nach den allgemeinen Grundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“. Die Geltung von allgemeinen Grundsätzen ist jedoch nicht auf den Bereich des Grundrechtsschutzes und der außervertraglichen Haftung der Union beschränkt, sondern ist verallgemeinerungsfähig; dies hat der EuGH immer wieder anerkannt.²¹⁶ Voraussetzung ist somit, dass sich im Wege einer wertenden Rechtsvergleichung ein Grundsatz als allen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU gemeinsam erweist.

Die Annahme eines solchen allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts ist indessen noch stark verfrüht. Zwar beziehen einzelne nationale Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in den persönlichen Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen ein und es ist auch in der jüngeren Zeit eine deutliche Tendenz wahrzunehmen, dieser Gruppe von Beschäftigten jenseits des Arbeitsrechts die Kollektivvertragsfreiheit einzuräumen; insoweit kann auf die rechtsvergleichenden Ausführungen verwiesen werden.²¹⁷ Doch selbst wenn man unterstellt, dass die Rechtsordnungen, die bestimmten Kategorien von Selbständigen gesetzlich das Recht eingeräumt haben, Kollektivverträge mit Mindestvertragsbedingungen auszuhandeln, kann noch keine Rede davon sein, dass es sich dabei um ein Recht

216 Zur Methode der wertenden Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle des Gemeinschaftsrechts z.B. EuGH, Rs. 7/56 u. 3-7/57, Slg. 1957, 83 (118) (*Algera*); Rs. 44/79, Slg. 1979, S. 3727 (3746 f.) (*Hauer*). Siehe auch *Huber*, in: Streinz, EUV Art. 19, Rdnr. 19 sowie *Pechstein/Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5 IV.2. e), jew. m.w.N.

217 Für einen Überblick über die Rechtslage in einzelnen Mitgliedstaaten der EU siehe oben 2.3. m.w.N.

handelt, das in sämtlichen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten seinen Niederschlag gefunden hat.

3.4.2. Ausnahme aufgrund der Reichweite der Sozialpolitik der Union

Wohl aber kann sich eine Bereichsausnahme für die Anwendung des unionsrechtlichen Kartellverbotes aus einem Ausgleich mit den Vorschriften von Kapitel XI. des AEUV über Sozialpolitik ergeben. Sollte sich erweisen, dass die persönliche Reichweite der Sozialpolitik der Union, wie sie den Art. 151 ff. AEUV zugrunde liegt, auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einschließt und somit eine Erstreckung arbeitsrechtlicher Grundsätze auf diese Personengruppe zulässig ist, müsste das unionsrechtliche Kartellverbot in seinem Geltungsbereich entsprechend einschränkend gelesen werden. Denn für den durch die Vorschriften des AEUV abgesteckten Bereich der Sozialpolitik anerkennt und fördert die Union die Rolle der Sozialpartner auf Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme, fördert den sozialen Dialog und achtet dabei die Autonomie der Sozialpartner.²¹⁸ Eine Autonomie der Sozialpartner setzt aber zu ihrem Funktionieren voraus, dass durch die von ihnen geschaffenen Vereinbarungen auch in den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten eingegriffen wird.

Bei der Untersuchung der personellen Reichweite der Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV über die Sozialpolitik der Union ist folgendermaßen vorzugehen. In einem ersten Schritt soll die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur kartellrechtlichen Bereichsausnahme für Arbeitsmärkte rekapituliert werden, wie sie sich seit der Grundsatzentscheidung in der Rechtssache *Albany* vom 21. September 1999 entwickelt hat (3.4.2.1.). Da diese Rechtsprechung nicht vollends die hier interessierende Frage nach dem Schutz von Selbständigen durch die Art. 151 ff. AEUV beantwortet, sind anschließend Kriterien für die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereiches der sozialpolitischen Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV herauszuarbeiten (3.4.2.2.).

3.4.2.1. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Die Abgrenzung zwischen dem Geltungsbereich des allgemeinen Kartellverbotes und der diesem Verbot nicht unterliegenden Sphäre der Sozialpolitik ist über lange Zeit hinweg unklar gewesen. Während die Europäische Kommission im Jahre 1990 auf eine Anfrage antwortete, die Wettbewerbsregeln des Vertrages hätten grundsätzlich keine arbeitsrechtlichen Angelegenheiten zum Ge-

218 Vgl. Art. 152 Abs. 1 AEUV.

genstand, ließ der Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache *Bosman* die Beantwortung dieser Frage ausdrücklich dahinstehen.²¹⁹ Erst in seinen Grundsatzentscheidungen vom 21. September 1999 in den Parallelverfahren *Albany*,²²⁰ *Brentjens*²²¹ und *Drijvende Bokken*²²² griff der EuGH diese grundlegende Frage nach der Bedeutung des allgemeinen Kartellverbotes für die Kartelle des Arbeitsmarktes auf. Im Ergebnis geht der Gerichtshof davon aus, dass „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge *aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands* nicht unter Art. 85 Abs. 1 EGV a.F. (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) fallen“.²²³

Der Bereich der Sozialpolitik ist somit ein kartellrechtlicher Ausnahmereich *ratione materiae*. Zu diesem Ergebnis gelangt der EuGH vor allem aufgrund einer Gesamtschau verschiedener Vorschriften des Vertrages. So zielt die Gemeinschaft nicht ausschließlich auf ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Art. 3 lit. g EG), sondern verfolgt explizit auch sozialpolitische Zielsetzungen. Die allgemeine Aufgabenorm des Art. 2 EG (entspricht Art. 2 Abs. 3 EUV) verpflichtete die Gemeinschaft, „eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens“, „ein hohes Beschäftigungsniveau“ und „ein hohes Maß an sozialem Schutz“ zu verwirklichen. Ferner verweist der Gerichtshof auf die Bestimmungen des Vertrages zur Sozialpolitik (Art. 136 ff. EG [= Art. 151 ff. AEUV]), die Pflicht zur Förderung des sozialen Dialogs (Art. 139 EG [= Art. 152 Abs. 1 AEUV]) sowie auf das Abkommen über die Sozialpolitik von 1992.

An diesen Grundsätzen hat der Gerichtshof in verschiedenen späteren Entscheidungen festgehalten. In der Rechtssache *van der Woude*²²⁴ ging es um eine kollektivvertragliche Krankenversicherungsregelung, der zufolge der vom Arbeitgeber zu tragende Teil der Prämien nur an diejenigen Versicherungen zu zahlen sein sollte, die bei dem oder den im Rahmen der Durchführung dieses Tarifvertrags gewählten Versicherer oder Versicherern abgeschlossen werden. Auch in diesem Vorabentscheidungsverfahren ging der EuGH davon aus, dass der streitgegenständliche Kollektivvertrag „aufgrund seiner Art und seines Ge-

219 Slg. 1995, I-5040 (5062), Rdnr. 138.

220 EuGH v. 21.9.1999 – C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*).

221 EuGH v. 21.9.1999 – C-115/97 bis C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens' Handelonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*).

222 EuGH v. 21.9.1999 – C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Maatschappij Drijvende Bokken BV v Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*).

223 EuGH v. 21.9.2000 – C-222/98, ECLI:EU:C:2000:475, Rdnr. 18 (*Hendrik van der Woude/Stichting Beatrkoord*).

224 EuGH v. 21.9.2000 – C-222/98, Rdnr. 18 ff. (insbesondere 32).

genstands“ nicht unter das unionsrechtliche Kartellverbot fällt. Auch in der Rechtssache *AG2R Prévoyance*, in der es um die Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Kollektivvertrages ging, der eine Pflichtmitgliedschaft bei einem Zusatzkrankenversicherungssystem ohne Befreiungsmöglichkeit vorsah, bestätigte der Gerichtshof noch einmal die kartellrechtliche Bereichsausnahme zugunsten von Kollektivverträgen.²²⁵

Die persönliche Reichweite der kartellrechtlichen Bereichsausnahme war Gegenstand mehrerer weiterer Entscheidungen des Gerichtshofes. In seinem Urteil vom 12. September 2000, stellte der *EuGH* in der Rechtssache *Pavlov u.a./Stichting Pensioenfonds*²²⁶ klar, dass die in den Urteilen *Albany*, *Brentjens*²²⁷ und *Drijvende Bokken* entwickelten Grundsätze nicht auf eine Vereinbarung über die Errichtung eines Rentenfonds für selbständige Fachärzte übertragbar sind. Vereinbarungen, die Angehörigen eines freien Berufes ein bestimmtes Rentenniveau garantieren und somit der Verbesserung ihrer „Arbeitsbedingungen“ dienen, seien grundsätzlich am Kartellverbot zu messen, da der Vertrag keine den Art. 136 ff. EG (= Art. 151 ff. AEUV) entsprechende Bestimmung kenne, die Angehörigen freier Berufe das Recht einräumt, zur Verbesserung ihrer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Kollektivvereinbarungen abzuschließen, welche vom Staat mit Allgemeinverbindlichkeit ausgestattet werden können. In der Rechtssache *Wouters* zog er mit Blick auf eine Berufsordnung für selbständige Rechtsanwälte eine Geltungsausnahme von Art. 81 EG (= Art. 101 AEUV) gar nicht erst in Erwägung, sondern prüfte unmittelbar die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbotes.²²⁷ Ebenso wenig sprach die Europäische Kommission in ihrer Untersagungsentscheidung vom 24. Juni 2004²²⁸ die Frage an, ob die von einer Architektenkammer erlassene Honorarordnung, welche Mindestsätze für die Vergütung von Architekten empfiehlt, nicht unter den Geltungsbereich des unionsrechtlichen Kartellverbotes fällt.

225 EuGH v. 3.3.2011 – C-437/09, EU:C:2011:112, Rdnr. 29 (*AG2R Prévoyance/Beaudout Père et Fils SARL*).

226 EuGH v. 12.9.2000 – C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rdnr. 67 ff. (*Pavel Pavlov u. a./ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*).

227 EuGH v. 19.2.2002 – C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (J. C. J. *Wouters*, J. W. *Savelbergh* und *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*). Allerdings ließ der Gerichtshof in der Rechtssache *Wouters* die Einschränkung zu, dass bei der Anwendung des Art. 81 EG zu berücksichtigen sei, ob die von der Berufsordnung ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen in Kauf zu nehmen sind, um eine ordnungsgemäße Ausübung des Berufes, wie er in dem jeweiligen Mitgliedsstaat geordnet ist, erforderlich ist; vgl. EuGH a.a.O., Rdnr. 97.

228 Az. COMP/38.549 – PO, EuZW 2004, S. 561 ff.

Die zuletzt genannten Entscheidungen des Gerichtshofes betrafen Angehörige freier Berufe,²²⁹ die sich normalerweise nicht in der Grauzone zwischen Arbeitnehmerstatus und Selbständigkeit bewegen. Mit Blick auf Selbständige, die aufgrund eines Dienstleistungsvertrages die gleiche Arbeit wie Arbeitnehmer des Vertragspartners erbringen, entschied der Gerichtshof in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie*, dass es sich bei diesen Personen um Unternehmen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV handele und Kollektivverträge, die von Gewerkschaften zu ihrem Schutze abgeschlossen worden sind, am unionsrechtlichen Kartellverbot zu messen seien.²³⁰ In dem niederländischen Ausgangsverfahren ging es um einen Kollektivvertrag für Musiker, der nicht nur als Arbeitnehmer beschäftigte Musiker, sondern auch selbständige Aushilfsmusiker schützte. Seine Ausführungen zur Anwendbarkeit des Kartellverbotes auf selbständige Musiker ergänzte der Gerichtshof durch die sibyllinische Aussage, dass eine kollektivvertragliche Bestimmung als Ergebnis von Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern angesehen werden könne, „wenn die Dienstleistungserbringer, in deren Namen und für deren Rechnung die Gewerkschaft verhandelt hat, in Wirklichkeit ‚Scheinselbständige‘ sind, d.h. Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden“.²³¹

Die Bedeutung dieses Passus ist auslegungsbedürftig. Der Wortlaut der deutschen Sprachfassung spricht dafür, dass nur scheinselfständige Beschäftigte und damit letztlich Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne gemeint sind. Dies wird auch durch die niederländische Sprachfassung des Urteils bestätigt, die verbindlich ist, da Niederländisch Verfahrenssprache war:²³² Wenn davon die Rede ist, dass *„die dienstverleners „schijnzelfstandigen” zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers“*, stützt das ebenfalls die Annahme, dass nur reine Scheinselbständige vom Geltungsbereich des Art. 101 AEUV ausgenommen sein sollen, die eigentlich Arbeitnehmerstatus besitzen.

Der Gerichtshof scheint vor allem Fälle im Blick gehabt zu haben, in denen Personen, die nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates als Selbständige qualifiziert werden, unionsrechtlich Arbeitnehmer sind (Rdnr. 35); insoweit bezieht er sich auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Allonby* zum

229 Freie Berufe durchaus i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 PartGG verstanden: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“

230 EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C2014:2411, Rdnr. 27 f. (*FNV Kunsten Informatie/Staat der Niederlande*).

231 EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C2014:2411, Rdnr. 31 (*FNV Kunsten Informatie/Staat der Niederlande*).

232 Nach Art. 41 VerFO EuGH ist nur die Urteilsfassung in der Verfahrenssprache verbindlich.

Grundsatz der Entgeltgleichheit (Art. 157 Abs. 1 AEUV). Geht man vom Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreites aus, spricht durchaus Einiges dafür, dass die „Aushilfsmusiker“, deren Rechte kollektivvertraglich geregelt waren, letztlich doch Arbeitnehmerstatus besaßen, hatten sie doch die gleiche Dienstleistung wie ihre angestellten Kollegen, welche sie ersetzen, zu erbringen und waren somit auch weisungsgebunden. Nimmt man den Begriff der „Scheinselbständigkeit“ so, wie er im deutschen Recht verstanden wird, handelt es sich bei diesen Beschäftigten nur dem Namen nach um Selbständige, in der Sache aber um Arbeitnehmer, auf die in vollem Umfang Arbeitsrecht anzuwenden ist.

Mit dieser „Erstreckung“ der *Albany*-Rechtsprechung auf Scheinselbständige hat der Gerichtshof die erste Vorlagefrage des *Gerechthof te ’s-Gravenhage* eng ausgelegt und es letztlich vermieden, sich mit der Frage einer Geltungsausnahme von Art. 101 AEUV für arbeitnehmerähnliche Selbständige insgesamt näher auseinanderzusetzen. Das Urteil der Ersten Kammer bleibt insbesondere hinter den Schlussanträgen von Generalanwalt *Wahl* zurück, welcher vor allem das Argument stark machte, dass jedenfalls kollektivvertragliche Vereinbarungen zugunsten von Selbständigen zur Vermeidung eines „Sozialdumping“ mit Art. 101 AEUV vereinbar seien:²³³ Es handele sich dabei um eine „unmittelbare Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern“, da der streitgegenständliche Kollektivvertrag Mindesttarife für Selbständige festlegt, die im Wettbewerb mit Arbeitnehmern um die gleiche Tätigkeit stehen; die kollektivvertragliche Beschränkung eines Substitutionswettbewerbs zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen sei somit von der *Albany*-Rechtsprechung erfasst.

In der Rechtssache *Yodel*, die im Unterschied zur *FNV*-Entscheidung nicht den Geltungsbereich des Art. 101 AEUV, sondern der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung betrifft, hat der Gerichtshof diese Behandlung von Selbständigen bestätigt und entschieden, dass Selbständige, welche nicht den Tatbestand des Arbeitnehmerbegriffes erfüllen, nicht unter den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie fallen.²³⁴ In der Entscheidung ging es um den Arbeitnehmerstatus von Paketzustellern, die als „selbständige unabhängige Vertragspartner*innen“ einer Plattform (*Yodel*) tätig wurden. Bemerkenswert an ihr ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass sie in Form eines Beschlusses nach Art. 99 Verfahrensordnung des EuGH ergangen ist und der Gerichtshof somit davon ausgeht, dass die Antwort auf die zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage nach dem Status der Paketzusteller klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder die Beantwortung einer solchen Frage

233 Schlussanträge des GA *Wahl* v. 11.9.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215, Rdnr. 66 ff.

234 EuGH v. 22.4.2020 – C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (*B/Yodel Delivery Network Ltd.*); die Gründe sind abgedruckt in: AuR 2020, S. 524 m. krit. Anm. *Risak*.

keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt. Auch wenn dieser Beschluss nur Sekundärrecht der Union betrifft, zeigt doch der Verweis auf die Rechtsprechung in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie* (Rdnr. 30) deutlich, dass der Gerichtshof insoweit von einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff ausgeht, der sowohl für das Primär- als auch das Sekundärrecht Geltung beansprucht.

Insgesamt bietet die Rechtsprechung des Gerichtshofes somit das Bild einer Abgrenzung zwischen dem Geltungsbereich des Kartellverbotes in Art. 101 AEUV und der Sphäre der Sozialpolitik der Art. 151 ff. AEUV, welche die Ausnahmen vom Kartellverbot eher eng auslegt. Wirtschaftlich abhängige Selbständige *scheinen* nicht unter den persönlichen Geltungsbereich der sozialpolitischen Vorschriften des AEUV zu fallen.

3.4.2.2. Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs der Art. 151 ff. AEUV

Diese Rechtsprechung des Gerichtshofes ist indessen einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Sie zeigt sehr deutlich, dass die Verallgemeinerung des Arbeitnehmerbegriffes der Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf andere Rechtsakte des Unionsrechts zu einer Engführung des Arbeitnehmerstatus im Unionsrecht führen und eine Fortentwicklung des persönlichen Geltungsbereiches des sozialpolitischen Kapitels (Art. 151 ff. AEUV) mit diesem begrifflichen Instrumentarium nur unzureichend bewältigt werden kann. Es ist zwar nicht unmittelbar zu erwarten, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur Reichweite der sozialpolitischen Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV korrigieren wird. Wohl aber hat es in der Geschichte des EuGH immer wieder Fälle einer ausdrücklichen oder doch zumindest verdeckten Korrektur der eigenen Rechtsprechung gegeben. Vor diesem Hintergrund sind Argumente, welche ein weiteres Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes der Art. 151 ff. AEUV stützen, besonders wichtig und können u.U. den Gerichtshof dazu veranlassen, eine Korrektur seiner Rechtsprechung insoweit vorzunehmen.

Im Folgenden ist der Begriff des Arbeitnehmers, wie er den Art. 151 ff. AEUV zugrunde liegt, zu bestimmen. Dabei ist von den in Art. 31 und Art. 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVRK) niedergelegten Auslegungskriterien auszugehen, die als kodifiziertes allgemeines Völkergewohnheitsrecht grundsätzlich auch auf die Auslegung der Verträge der EU Anwendung finden.²³⁵

235 Dazu statt vieler *Pieper*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B.I. m.w.N. Ausführlicher zu den sich aus Art. 31 u. 32 WVRK ergebenden Auslegungskriterien *Pechstein/Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre § 5 V. m.w.N.

3.4.2.2.1. Wortlaut der Art. 151 ff. AEUV

Eine Auslegung des Wortlautes der Vorschriften des sozialpolitischen Kapitels in der deutschen Sprachfassung spricht eher für das Verständnis des EuGH, nur Arbeitnehmer *stricto sensu* in den persönlichen Geltungsbereich der Sozialpolitik einzubeziehen. Zwar spricht die Aufgabennorm des Art. 151 AEUV allgemein von der Förderung der Beschäftigung, der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf die Entwicklung und die Bekämpfung von Ausgrenzungen. Hierunter ließe sich auch der soziale Schutz für wirtschaftlich Abhängige Beschäftigte rechnen, die keine Arbeitnehmer sind. Mustert man aber die weiteren Vorschriften des XI. Titels des AEUV durch, ist in der deutschen Sprachfassung nur von Arbeitnehmern die Rede. Das wird besonders deutlich am Kompetenzkatalog des Art. 153 Abs. 1 AEUV: Zu nennen sind die Verbesserung der *Arbeitsumwelt* zum Schutze der Gesundheit und Sicherheit der *Arbeitnehmer*, Arbeitsbedingungen, Unterrichtung und Anhörung der *Arbeitnehmer*, Eingliederung der aus dem *Arbeitsmarkt* ausgegrenzten Personengruppen sowie die Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem *Arbeitsmarkt*. Dasselbe gilt für die Kompetenzen der Gemeinschaft nach Art. 153 Abs. 3 AEUV wie die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz der *Arbeitnehmer*, den Schutz der *Arbeitnehmer* bei Beendigung des *Arbeitsvertrags*, die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der *Arbeitnehmerinteressen* sowie die Förderung der Beschäftigung und die Schaffung von *Arbeitsplätzen*. Die Beispiele ließen sich noch weiter fortsetzen.

Nach Art. 55 Abs. 1 Satz 1 EUV sind jedoch alle Amtssprachen der Union für die Auslegung der Verträge in gleicher Weise verbindlich. An dieser Stelle kann gewiss keine enzyklopädische Analyse der 22 Amtssprachen vorgenommen werden und wäre im Übrigen auch nur schwer leistbar. Sie ist aber auch nicht erforderlich, da schon eine selektive Untersuchung einzelner Sprachfassungen der Verträge zeigt, dass die Abgrenzung zwischen den Sphären des Art. 101 AEUV und der Sozialpolitik sich nicht so eindeutig darstellt, wie der Gerichtshof annimmt. Zwar weist etwa die niederländische Sprachfassung der Art. 151 ff. AEUV eine gewisse Ähnlichkeit zur deutschen Fassung auf, da sie mit dem Begriff des *werknemer* einen Terminus aufgreift, der nur Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne bezeichnet.²³⁶ Einzelne andere Sprachfassungen lassen indessen eine weitergehende Deutung zu. So gebraucht die englische Fassung der sozialpolitischen Vorschriften den Begriff des *worker* und nicht den weitaus engeren des *employee*, wie er in einzelnen Rechtsakten des

236 Vgl. z.B. Titel 7.10 Art. 611 Buergerlijk Wetboek.

Unionsrechts verwendet wird:²³⁷ Jedenfalls im Vereinigten Königreich, dessen Verständnis zur Auslegung der Art. 151 ff. AEUV auch nach dem Wirksamwerden des Brexit noch herangezogen werden darf, da die Vertragsvorschriften während der Unionszugehörigkeit des Vereinigten Königreiches geschaffen wurden, gehören zur Gruppe der *worker* auch die *self-employed worker*.²³⁸ Eine ähnlich weite Deutung des persönlichen Geltungsbereiches der sozialpolitischen Vorschriften lässt die französische Sprachfassung zu, die von *travailleurs* spricht und auch ein weites Verständnis zulässt, welches die Gruppe der *travailleurs indépendants* einbezieht. Vergleichbar ist in der spanischen Sprachfassung von *trabajadores*, in der portugiesischen von *trabalhadores* und im Italienischen von *lavoratori* die Rede.

Eine Analyse des Wortlautes verschiedener Sprachfassungen erhärtet zwar kein bestimmtes Verständnis des persönlichen Geltungsbereiches der Vorschriften des AEUV über die Sozialpolitik, erweist sich aber zumindest als offen für eine Einbeziehung gewisser Gruppen von Selbständigen in deren persönlichen Geltungsbereich.

3.4.2.2.2. Teleologische Auslegung der Art. 151 ff. AEUV

Entscheidende Bedeutung kommt somit einer Auslegung der sozialpolitischen Vorschriften des AEUV im Lichte ihrer Zwecksetzung zu.

Im Einzelnen bezeichnet Art. 151 Abs. 1 AEUV als Ziele der Sozialpolitik der Union „die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen“. Im Kern geht es letztlich darum, den Besonderheiten der Arbeitsmärkte innerhalb des Binnenmarktes durch den Schutz der Arbeitnehmer angemessen Rechnung zu tragen. Neben der „Abstimmung der Sozialordnungen“ aufgrund des Wirkens des Binnenmarktes, welche ursprünglich im Vordergrund der europäischen Sozialpolitik stand, soll dies durch eine „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ der Mitgliedstaaten erfolgen,²³⁹ für welche die Union inzwischen über weitreichende Zuständigkeiten verfügt.²⁴⁰ Gerade

237 Z.B. in der Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, in der in der englischen Sprachfassung von „*involvement of employees*“ und von „*workers*“ die Rede ist.

238 Siehe Section 230(3) Employment Rights Act 1996. Dazu näher *Deakin/Morris*, Labour Law, Ziffer 2.18 m.w.N.

239 Vgl. Art. 151 Abs. 3 AEUV.

240 Vgl. Art. 153 Abs. 1 AEUV.

durch die Harmonisierung der nationalen Arbeits- und Sozialrechtsordnungen sollen auch Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des Binnenmarktes neutralisiert werden, die sich aus einem Gefälle der Arbeits- und Sozialkosten zwischen Mitgliedstaaten ergeben können.²⁴¹

Vor allem zwei sich aus diesem Schutzzweck der Art. 151 ff. AEUV ergebende Argumente sprechen für eine Einbeziehung auch von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen in die Sozialpolitik der Union. Zum einen ist die Lage von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistungen derjenigen von Arbeitnehmern vergleichbar. Auch sie unterliegen wegen der Personengebundenheit der von ihnen zu erbringenden vertraglichen Leistung der Gefahr eines Unterbietungswettbewerbes; auf das auch für sie bestehende Konkurrenzparadoxon wurde bereits hingewiesen.²⁴² Auch für die Märkte für Werk- und Dienstleistungen, denen diese Personengruppe unterliegt, besteht somit die Gefahr eines Marktversagens, die den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes verfälschen. Wegen dieser vergleichbaren Schutzbedürftigkeit von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen und der Gefahren für den Binnenmarkt kann es deshalb sinnvoll sein, auch für sie durch Unionsrecht einen Mindestschutz zu institutionalisieren, z.B. in den Bereichen, welche die Zuständigkeitstatbestände des Art. 153 Abs. 2 AEUV aufzählen. Auch für sie können sich beispielsweise Regeln über einen Arbeitszeitschutz oder über einen Mindestarbeitsschutz als erforderlich erweisen. Ebenso stellt sich die Frage einer Repräsentation wirtschaftlich abhängiger Selbständiger innerhalb des Betriebes oder des Unternehmens, für das sie hauptsächlich ihre Leistungen erbringen.²⁴³

Zum anderen lässt sich eine Einbeziehung dieser Gruppe von Selbständigen auch mit dem Gedanken eines Umgehungsschutzes begründen. Die Zunahme von Selbständigkeit im Dunstkreis des Arbeitnehmerstatus dünnt zweifelsohne das personelle Substrat der sozialpolitischen Vorschriften des Vertrages langfristig aus, sollte deren persönlicher Geltungsbereich auf Arbeitnehmer i.S.v. Art. 45 AEUV beschränkt sein und nicht auch Selbständige einschließen. Dies gilt insbesondere für die häufigen Fälle, in denen Selbständige Werk- oder Dienstleistungen erbringen, die genauso gut von Arbeitnehmern erbracht werden können oder sogar zuvor erbracht worden sind. Derartiger Substitutions-

241 Diese wettbewerbspolitische Zielsetzung der Sozialpolitik der Union stand sogar an ihrem Anfang und war ausschlaggebender Grund für die Anerkennung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit in Art. 119 EWGV (= Art. 157 Abs. 1 u. 2 AEUV); dazu näher *Seifert*, AuR 2015, S. 9 ff. m.w.N.

242 Siehe oben 2.1.2. m.w.N.

243 Es wurde bereits oben 1.2. darauf hingewiesen, dass im deutschen Recht § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nur eine sehr fragmentarische Regelung über die Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in die Betriebsverfassung vorsieht.

wettbewerb ermöglicht Umgehungen arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften der Union und kann auf diese Weise die Effektivität des Arbeitsrechts der Union aushöhlen. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, das der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie* zugrunde lag, bietet hierfür gutes Anschauungsmaterial. Generalanwalt *Wahl* hat in seinen Schlussanträgen genau diese Gefahr eines Substitutionswettbewerbes benannt und für die Zulässigkeit eines kollektivvertraglichen Schutzes vor einem „Sozialdumping“ durch Selbständige plädiert, allerdings hat der Gerichtshof diesen Gesichtspunkt mit keinem Wort aufgegriffen.²⁴⁴ Schon um solche Umgehungen des Arbeitsrechts durch einen Rückgriff auf wirtschaftlich abhängige Selbständige und damit verbundene Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt verhindern zu können, gebietet eine sich an Sinn und Zweck orientierende Auslegung der Vorschriften des Vertrages über die Sozialpolitik, in den persönlichen Geltungsbereich der Art. 151 ff. AEUV auch solche Beschäftigte einzubeziehen, die sich jenseits des Arbeitnehmerstatus bewegen, aber dennoch Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind. Auch der Gedanke eines Umgehungsverbotes spricht somit für eine Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den persönlichen Geltungsbereich der Art. 151 ff. AEUV.

Darüber hinaus stützt auch die Rechtsprechung des EuGH zur Einbeziehung von Fremdgeschäftsführern einer GmbH in den persönlichen Geltungsbereich einzelner arbeitsrechtlicher Richtlinien²⁴⁵ diese Sichtweise, stehen doch diese Organmitglieder wegen der fehlenden persönlichen Abhängigkeit nach bisherigem Verständnis im deutschen Arbeitsrecht nicht in einem Arbeitsverhältnis zu der GmbH.²⁴⁶ Im Schrifttum wird diese Ausweitung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes auf diese Personengruppe gar als „Systemverschiebung“ wahrgenommen.²⁴⁷ Zu Recht ist kritisiert worden, dass der Gerichtshof bei der Zuerkennung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerstatus bei höheren Chargen sehr

244 GA *Wahl*, Schlussantrag v. 11.9.2014 – C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215, Rdnr. 91. Zur Kritik an der „recht grobe(n) und unhöfliche(n) Weise der Auseinandersetzung des EuGH mit diesem Argument von GA *Wahl*“ siehe *Rieble*, ZWeR 2016, S. 165 (173).

245 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rdnr. 51 (*Dita Danosa gegen LKB Lizings SIA*) zum persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz; siehe auch EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 (*Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*) zur Richtlinie 98/58/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

246 St. Rspr.: so z.B. BAG v. 14.6.2006 – 5 AZR 592/05, NJW 2007, S. 396 (397) m.w.N. In anderen Rechtsordnungen (z.B. Frankreich, Luxemburg) werden sie indessen als Arbeitnehmer behandelt.

247 Siehe *Temming*, SR 2016, S. 158 (163 f.); ebenso sieht *Menegatti*, ELLJ 2020, S. 26 (33 f.) in der Rechtsprechung eine Ausweitung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs.

großzügig, am „unteren Ende jedoch restriktiv verfährt“.²⁴⁸ Der Rechtsprechung des EuGH fehlt hier die zu erwartende innere Folgerichtigkeit.

3.4.2.2.3. Auslegung im Zusammenhang mit der ESC

Ein solches weites Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes in den Vorschriften des AEUV über die Sozialpolitik findet auch eine Stütze in der ESC. Nach Art. 151 Abs. 1 AEUV verfolgen die Union und die Mitgliedstaaten nämlich ihre sozialpolitischen Ziele „eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten ESC [...] festgelegt sind“. Ferner stellt Erwägungsgrund Nr. 5 EUV klar, dass die vertragsschließenden hohen Parteien „in Bestätigung der Bedeutung, die sie [sc. die Vertragsparteien] den sozialen Grundrechten beimessen, wie sie in der ESC vom 18. Oktober 1961 [] festgelegt sind“, die EU gründen. Aus diesen Bezugnahmen wird deutlich, dass die Sozialpolitik der Union mit den Gewährleistungen der sozialen Rechte in der ESC kohärent sein soll. Gerade die neueste „Rechtsprechung“ des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte – dem Kontrollorgan des Europarates für die Umsetzung der ESC – zeigt, dass auch *self-employed workers* bzw. *travailleurs indépendants* vom persönlichen Geltungsbereich der Grundrechte der Charta erfasst sein sollen; darauf wird noch zurückzukommen sein.²⁴⁹

3.4.2.2.4. Organpraxis

Nach Art. 5 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 lit. b WVRK ist auch eine spätere Praxis verfassungsmäßiger Organe bei der Anwendung von Verträgen zu berücksichtigen, die Gründungsdokument einer internationalen Organisation sind, soweit sich der Übung eine Übereinstimmung der Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages entnehmen lässt. Der Inhalt des Vertrages kann sich somit aufgrund der Übung der Organe wandeln. Es handelt sich dabei um ein ergänzendes Auslegungskriterium („Außerdem“). Auch wenn die Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen Organübung erst wenig geklärt sind, ist doch im vorliegenden Zusammenhang danach zu fragen, ob die aufgrund der Verträge errichteten verfassungsmäßigen Organe der EU die Art. 151 ff. AEUV so anwenden, dass auch Selbständige von den Maßnahmen erfasst sind.

Durchforstet man den umfangreichen Corpus von unionsrechtlichen Vorschriften zum Arbeits- und Sozialrecht, die auf die Zuständigkeitsnorm des Art. 153 Abs. 1 AEUV gestützt sind, zeigt sich jedoch, dass praktisch sämtliche Regeln nur auf Arbeitnehmer anwendbar sind, wobei der Begriff des Arbeitnehmers zumeist auch Beschäftigungsverhältnisse öffentlichen Rechts wie das

²⁴⁸ So insbesondere *Bayreuther*, SR 2019, S. 4 (8).

²⁴⁹ Siehe unten 3.4.3.5.2. m.w.N.

Beamtenverhältnis einschließt; Selbständige werden grundsätzlich nicht in den persönlichen Geltungsbereich einbezogen.

Soweit einzelne Rechtsakte auch Selbständige schützen, sind sie nicht auf Art. 153 AEUV, sondern auf andere Zuständigkeitsnormen des AEUV gestützt. So hat der diskriminierungsrechtliche Schutz von Selbständigen beim Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit seine Grundlage in Art. 13 EGV (= Art. 19 Abs. 1 AEUV), welcher der Union eine umfassende Kompetenz im Antidiskriminierungsrecht einräumt und nicht nur auf das Arbeitsrecht beschränkt ist.²⁵⁰ Ferner hat die Einbeziehung von Selbständigen (Fahrern) durch Art. 3 lit. a Nr. 2 sowie lit. e Richtlinie 2002/15/EG vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, ihre Grundlage in der besonderen verkehrspolitischen Zuständigkeitsnorm des Art. 71 EGV (= Art. 91 AEUV).²⁵¹

Eine Ausnahme bildet lediglich die Richtlinie 2010/41/EU vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben,²⁵² die auf Art. 157 Abs. 3 AEUV gestützt ist. Demgegenüber scheint der Rat als Rechtsgrundlage seiner Empfehlung vom 8. November 2019 zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige²⁵³ nicht Art. 153 Abs. 2 lit. c) AEUV („soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer“), sondern die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV herangezogen zu haben, soweit sie den Zugang selbständig Erwerbstätiger zum sozialen Schutz zum Gegenstand hat. Wohl aber könnte sich derzeit eine Änderung dieser gefestigten Organpraxis andeuten. So hat die Europäische Kommission die europäischen Sozialpartner nach Art. 154 AEUV angehört und damit inzident zum Ausdruck gebracht, dass sie diese Maßnahme (auch) auf die Art. 151 ff. AEUV stützen will.²⁵⁴

Eine Betrachtung der Praxis insbesondere der gesetzgebenden Organe der Union zeigt somit, dass der persönliche Geltungsbereich der sozialpolitischen Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV auf Arbeitsverhältnisse beschränkt und die Vertragsbedingungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen grundsätzlich

250 Dazu oben 2.5.1. m.N.

251 ABL EG Nr. 80, 35. Dazu die bereits erwähnte Entscheidung des *EuGH v. 9.9.2004 – C-184/02 und C-223/02 (Königreich Spanien und Republik Finnland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union)*.

252 ABL EU 2010 Nr. L 180/1.

253 ABL EU Nr. C 387/1.

254 European Commission, First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, COM(2021) 1127 final v. 24.2.2021; dazu bereits oben 2.5.2.

nicht einbezogen wird. Die Praxis der Organe der EU ist somit im vorliegenden Zusammenhang nicht weiterführend.

3.4.2.2.5. Entstehung des Kapitels über Sozialpolitik

Ebenso wenig gibt die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des sozialpolitischen Kapitels des AEUV, die als ergänzendes Auslegungsmittel herangezogen werden kann (vgl. Art. 32 WVRK), über eine Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den persönlichen Geltungsbereich des Kapitels zur Sozialpolitik Aufschluss. So finden sich in den *travaux préparatoires* zu den Art. 117 ff. EWGV, den Vorläufervorschriften zu den geltenden Art. 151 ff. AEUV, keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass die „Väter“ des EWG-Vertrages bei dessen Ausarbeitung die Problematik der Selbständigen im Randbereich der Arbeitsmärkte überhaupt vor Augen hatten.²⁵⁵ Dies ist wenig überraschend, ist doch die Zunahme der „neuen Selbständigkeit“ ein Phänomen erst der letzten Jahrzehnte.

Ebenso wenig bietet die Entstehung des mit Art. 153 und Art. 154-155 AEUV nahezu wortgleichen Abkommens über Sozialpolitik von 1992, das die Mitgliedstaaten der damaligen EWG mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs abschlossen, Hinweise auf eine Einbeziehung von Selbständigen in die Sozialpolitik der EWG. Das Abkommen über Sozialpolitik übernahm fast vollständig die Vereinbarung, die im Rahmen des damals noch jungen europäischen sozialen Dialogs in Val Duchesse am 31. Oktober 1991 zwischen Europäischem Gewerkschaftsbund (EGB), der Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE) sowie dem Centre européen d'entreprises fournisseur des services d'intérêt général (CEEP) zustande gekommen war.²⁵⁶ Anhaltspunkte, welche eine Einbeziehung auch wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den Geltungsbereich der vorgeschlagenen Art. 118, 118a und 118b EWGV stützen würden, finden sich in der Sozialpartnervereinbarung jedoch nicht.

3.4.2.2.6. Zwischenergebnis

Die Untersuchung der Reichweite des Arbeitnehmerbegriffes der Vorschriften der Art. 151 ff. AEUV über die Sozialpolitik hat gezeigt, dass diese auch Selbständige einschließt, die in der Stellung einem Arbeitnehmer ähnlich sind. Zentrale Argumente für dieses weite Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes sind der Sinn und Zweck der sozialpolitischen Vorschriften sowie die in

255 Zur Entstehung der sozialpolitischen Vorschriften des EWG-Vertrages im Überblick *Seifert*, AuR 2015, G 9 ff. m.w.N.

256 Der Wortlaut der Vereinbarung der europäischen Sozialpartner vom 31.10.1991 ist abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=1136> (abgerufen am 15.12.2021).

Art. 151 Abs. 1 AEUV angelegte Kohärenz mit den sozialen Rechten der ESC, die nach der Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in ihren persönlichen Schutzbereich einbeziehen.

Sind aber wirtschaftlich abhängige Selbständige in den persönlichen Geltungsbereich der Sozialpolitik der Union einbezogen, kann das unionsrechtliche Kartellverbot in Art. 101 AEUV auf Kollektivverträge, die zu ihrem Schutze abgeschlossen worden sind, grundsätzlich keine Anwendung finden. Damit ist als wichtiges Ergebnis der Überlegungen zur Abgrenzung zwischen der auf den Arbeitsmärkten bestehenden Kartellbefugnis einerseits und dem Bereich des Kartellverbots andererseits festzuhalten, dass nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch wirtschaftlich abhängige Selbständige, die Arbeitnehmern vergleichbar sozial schutzbedürftig sind, vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind. Nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für diese Personengruppe besteht daher eine kartellrechtliche Ausnahme.

3.4.3. Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger durch Art. 28 GRC

Eine Geltungseinschränkung des Kartellverbotes des Art. 101 Abs. 1 AEUV kann sich darüber hinaus auch aus dem unionsrechtlich in Art. 28 GRC gewährleisteten Grundrecht auf Kollektivverhandlungen ergeben. Sollte sich zeigen, dass der persönliche Schutzbereich dieses Grundrechtes nicht nur Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern darüber hinaus auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einschließt, würde Art. 101 Abs. 1 AEUV insoweit mit Art. 28 GRC kollidieren, als das Kartellverbot auch die Bildung von Gegenmachtkartellen durch wirtschaftlich abhängige Selbständige und ihre Organisationen in Gestalt von Kollektivverträgen verbietet; eine einschränkende Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte des Rechts auf Kollektivverhandlungen wäre dann geboten. Es ist deshalb im Folgenden der Frage nachzugehen, ob das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen in Art. 28 GRC tatsächlich auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in seinen persönlichen Schutzbereich einbezieht.

Dabei ist wie folgt vorzugehen. In einem ersten Schritt soll herausgearbeitet werden, dass Art. 28 GRC nicht nur ein „Verweisungsgrundrecht“ darstellt, dessen Gewährleistungsumfang sich nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ bestimmt (3.4.3.1.). Anschließend ist der persönliche Schutzbereich des Art. 28 GRC auszuloten. Dabei ist vom Wortlaut der Grundrechtsnorm auszugehen (3.4.3.2.). Ihre Entstehungsgeschichte (3.4.3.3.) sowie ihr Sinn und Zweck sind zu ermitteln, so-

weit er zur Beantwortung dieser Frage Aufschluss gibt (3.4.3.4.). Breiteren Raum werden Überlegungen zur Bedeutung völkerrechtlicher Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen für die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 28 GRC einnehmen (3.4.3.5.). Die Frage stellt sich zum einen für das Recht auf Kollektivverhandlungen in der Rechtsordnung der IAO und zum anderen für die Gewährleistungen dieses Rechts in den Instrumenten des Europarates, namentlich in Art. 6 Abs. 2 ESC sowie in Art. 11 EMRK.

3.4.3.1. Art. 28 GRC nur ein „Verweisungsgrundrecht“?

Art. 28 GRC gewährleistet im gleichen Range wie die Gründungsverträge der EU²⁵⁷ sowohl das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen als auch das Grundrecht, bei Interessenkonflikten zur Verteidigung von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberinteressen kollektive Maßnahmen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Soweit für den vorliegenden Zusammenhang von Interesse haben nach der Grundrechtsnorm die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen.

Die Union hat allerdings im Bereich des Rechts der Kollektivverhandlungen bislang keine harmonisierenden Rechtsakte erlassen und Art. 28 GRC somit nicht konturiert. Überdies ist streitig, ob die Union nach Art. 153 Abs. 1 lit. f) AEUV („Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen“) die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über das Recht der Kollektivverhandlungen überhaupt harmonisieren darf oder ob insoweit die Bereichsausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV für das Vereinigungsrecht eingreift und somit keine Zuständigkeit besteht.²⁵⁸

Hinsichtlich des Umfangs des Schutzbereichs des Rechts auf Kollektivverhandlungen verweist Art. 28 GRC auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Die Grundrechtsvorschrift scheint deshalb nur insoweit das Recht auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, als das Unionsrecht und die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten dieses schützen und infolgedessen den Charakter eines „Verweisungsgrundrechts“ zu besitzen. Dieses Verständnis von Art. 28 GRC, das den Schutz des

257 Vgl. Art. 6 Abs. 1 HS 2 EUV.

258 Für eine Zuständigkeit der EU im Bereich der Kollektivverhandlungen insbesondere *Kreber*, in: Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, § 2 Rdnr. 81 m.w.N. Gegen eine Zuständigkeit der Union vor allem *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 10 Rdnr. 11 sowie *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rdnr. 50, jew. m.w.N.

Rechtes auf Kollektivverhandlungen stark relativiert und letztlich in das Ermessen des Unionsgesetzgebers und der Mitgliedstaaten stellt, ist im Schrifttum zur Grundrechtecharta durchaus verbreitet.²⁵⁹ Für die Frage der Vereinbarkeit von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot hätte ein solches Verständnis der Grundrechtsnorm als „Verweisungsgrundrecht“ zur Folge, dass diese eine Kartellierung von Arbeitsmärkten nur im Rahmen des primärrechtlich geltenden Art. 101 AEUV zulassen würde.²⁶⁰

Da eine Harmonisierung des Rechts auf Kollektivverhandlungen auf Unionsebene bislang nicht erfolgt und in näherer Zukunft auch nicht zu erwarten ist,²⁶¹ müsste der Schutzbereich des Art. 28 GRC nach diesem Verständnis des Grundrechts somit vor allem durch die Aufarbeitung der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ermittelt werden. Die damit verbundene Zersplitterung des Schutzbereiches von Art. 28 GRC kann indessen nicht überzeugen.²⁶² Sie hätte zur Folge, dass die Mitgliedstaaten über den Umfang des Schutzbereiches des Grundrechts entscheiden könnten, was nicht nur die Effektivität des mit Art. 28 GRC intendierten Schutzes in Frage stellen, sondern auch zu einer geringen Praktikabilität führen kann, da jeweils bestimmte nationale Vorschriften und Gepflogenheiten zu ermitteln wären, um den Schutzbereich zu bestimmen. Hinzu kommt, dass andere Sprachfassungen der Charta, die in gleicher Weise verbindlich sind, eine Auslegung nahelegen, der zufolge das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen „in Übereinstimmung mit“ dem Unionsrecht und den nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten zu verstehen ist (z.B. „*in accordance with*“, „*en conformité avec*“, „*de conformidad con*“).²⁶³ Demnach sind übriges Unionsrecht sowie nationale Vorschriften und Gepflogenheiten auf der Rechtfertigungsebene (Art. 52 Abs. 1 GRC) als Schranken des Grundrechts aus Art. 28 GRC zu verstehen.²⁶⁴

259 So z.B. Streinz, Art. 28 GRC, Rdnr. 5.

260 In diesem Sinne jedenfalls andeutungsweise *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht § 9 Rdnr. 58.

261 Eine solche Harmonisierung der „Vertretung und kollektive[n] Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen“ (Art. 153 Abs. 1 lit. f) AEUV) könnte überdies nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses im Rat erfolgen (vgl. Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV) und unterliegt somit strengeren Voraussetzungen.

262 Dazu ausführlich *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, S. 115 ff. m.w.N.; im Ergebnis ebenso mit eingehender Begründung C. *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, GRCh Art. 28 Rdnr. 22-23 m.w.N.; vgl. auch *Brameshuber*, EuZA 2016, S. 46 (48 f.).

263 Dazu eingehend *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, S. 117 ff. m.w.N.

264 *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, S. 119; ebenso *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 52, Rdnr. 80 unter Hinweis auf EuGH v. 22.1.2013 – C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, Rdnr. 47 (*Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk*) zu Art. 16 GRC.

Schon aus diesen Gründen ist für die folgende Untersuchung davon auszugehen, dass es sich bei Art. 28 GRC um ein Grundrecht mit einem eigenständigen unionsrechtlichen Gewährleistungsinhalt handelt und sich sein Inhalt nicht „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ bestimmt.

3.4.3.2. Wortlaut des Art. 28 GRC

Nach seinem Wortlaut schützt Art. 28 GRC lediglich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der Seite der Beschäftigten. Dies spricht zunächst dafür, dass Beschäftigte wie z.B. arbeitnehmerähnliche Personen oder wirtschaftlich abhängige Selbständige insgesamt, die keinen Arbeitnehmerstatus besitzen, nicht unter den persönlichen Schutzbereich der Grundrechtsnorm fallen.

Im Unionsrecht stehen sämtliche Sprachfassungen gleichrangig nebeneinander, eine oder mehrere authentische Sprachversionen, mit deren Hilfe die Frage möglicherweise klar beantwortet werden könnte, kennt das Unionsrecht nicht.²⁶⁵ So ist in der englischen Sprachfassung von *workers*, in der französischen Fassung von *travailleurs*, in der italienischen von *lavoratore*, in der spanischen von *trabajadores* und in der portugiesischen von *trabalhadores* die Rede. Die in diesen Sprachfassungen gebrauchte Begrifflichkeit lässt auch eine Einbeziehung von Selbständigen zu; darauf ist bereits im Zusammenhang mit der Wortlautauslegung der Art. 151 ff. AEUV hingewiesen worden (oben 3.4.2.2.1.). So schließt der Begriff des *worker* jedenfalls im Arbeitsrecht des Vereinigten Königreichs auch *self-employed workers* ein;²⁶⁶ Entsprechendes gilt für die Begriffe wie *travailleur*, *trabajador*, *lavoratore* oder *trabalhador*, die auch selbständige „Arbeiter“ einbeziehen, wie der rechtsvergleichende Blick auf andere europäische Rechtsordnungen gezeigt hat.²⁶⁷

Demgegenüber spricht Art. 28 GRC vom „Arbeitgeber“ als dem Vertragspartner des Beschäftigten und legt somit den Schluss nahe, das Recht auf Kollektivverhandlungen gelte nur für Arbeitnehmer. Auch die anderen Sprachfassungen gebrauchen den in den jeweiligen Rechtsordnungen verbreiteten Begriff für Arbeitgeber (z.B. *employeur*, *emploveur*, *datore di lavoro*, *empresario* oder *entidade patronal*).

265 Nach dem immer noch geltenden Art. 4 Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. EWG 1958 L 17/385) werden Verordnungen und andere Schriftstücke von allgemeiner Geltung in den Amtssprachen (Art. 2) verfasst.

266 Siehe Employment Rights Act 1996, section 230(3). Dazu näher statt vieler *Deakin/Morris*, Labour Law, Ziffer 2.18 m.w.N.

267 Vgl. oben 2.3 m.w.N.

Eine sich am Wortlaut des Art. 28 GRC orientierende Auslegung führt infolgedessen zu keinem eindeutigen Ergebnis und lässt eine klare Beantwortung der Frage nach dem persönlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen nicht zu. Wenngleich der Gebrauch des Begriffs des Arbeitgebers als Vertragspartner des Beschäftigten für die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches auf Arbeitnehmer spricht, erweisen sich doch verschiedene Sprachfassungen der Grundrechtsnorm als offen für eine Einbeziehung von Selbständigen in den persönlichen Schutzbereich.

3.4.3.3. Entstehungsgeschichte von Art. 28 GRC

Durchforstet man die Dokumente zur Entstehungsgeschichte der Grundrechtsvorschrift, erhält man keine weiteren Anhaltspunkte, die eine Beantwortung der Frage nach ihrem persönlichen Geltungsbereich erleichtern würde. Dies gilt zum einen für die Erläuterungen zu Art. 28 GRC, die unter der Verantwortung des Präsidiums des Grundrechte-Konventes als Anleitung für die Auslegung der Charta verfasst wurden und von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten „gebührend“ zu berücksichtigen sind.²⁶⁸ Zum anderen finden sich aber auch in den Dokumenten des Grundrechte-Konventes, der die Charta ausgearbeitet hat, keinerlei Hinweise darauf, dass auch Beschäftigte jenseits des Arbeitnehmerstatus wie wirtschaftlich abhängige Selbständige vom persönlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen erfasst sein sollen.²⁶⁹

3.4.3.4. Teleologische Auslegung des Art. 28 GRC

Das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen zielt auf den Schutz von Arbeitnehmern (so der Wortlaut des Art. 28 GRC) durch die Einräumung einer Befugnis zur kollektiven Gegenmachtbildung auf den Arbeitsmärkten. Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Arbeitsmärkte Besonderheiten unterliegen, die mit dem Begriff des Konkurrenzparadoxons umschrieben werden.²⁷⁰ Die bilaterale Kartellierung der Arbeitsmärkte durch den Abschluss von Kollektivverträgen sichert Arbeitnehmern Mindestarbeitsbedingungen und begrenzt auf diese Weise einen Unterbietungswettbewerb, der unterhalb dessen gehen kann, was als sozialstaatlich unabdingbares Minimum betrachtet wird.

Diese Besonderheiten der Arbeitsmärkte bestehen indessen grundsätzlich auch für Selbständige, die von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind und im Wesentlichen persönlich ihre vertraglich geschuldete Leistung erbrin-

268 Vgl. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV; Art. 52 Abs. 7 GRC.

269 Die Protokolle der Sitzungen des Grundrechte-Konventes, die sich mit Art. 28 GRC befasst haben, finden sich bei *Bernsdorff/Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Handreichungen und Sitzungsprotokolle.

270 Dazu oben 2.1.1. m.w.N.

gen. Auch sie können in den Sog eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs um die Konditionen ihres Werk- oder Dienstvertrages geraten; auch darauf wurde bereits hingewiesen.²⁷¹ Eine teleologische Deutung von Art. 28 GRC spricht deshalb ganz klar für eine Einbeziehung dieser Personengruppe in den persönlichen Schutzbereich des Art. 28 GRC.

3.4.3.5. Völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten als Minimum

Der persönliche Schutzbereich des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen ist außerdem auch im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten auszulegen. Die Auslegung von Art. 28 GRC im Lichte dieser völkerrechtlichen Bindungen der Mitgliedstaaten folgt aus Art. 53 GRC, dem zufolge keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen ist, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkünfte, bei denen die Union oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, anerkannt werden. In diesen Fällen besitzen völkerrechtliche Gewährleistungen den Charakter eines Mindeststandards, der durch die GRC nicht unterschritten werden darf.²⁷²

Das Recht auf Kollektivverhandlungen ist Gegenstand verschiedener völkerrechtlicher Gewährleistungen, die von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden und im Folgenden in den Blick zu nehmen sind. Auf der Ebene des universalen Völkerrechtes ist dies das Recht der IAO (3.4.3.5.1.), dem insofern eine besondere Bedeutung zukommt, als es in nicht unwesentlichem Umfang auch auf andere völkerrechtliche Gewährleistungen ausstrahlt. Im Recht des Europarates ist das Recht auf Kollektivverhandlungen in Art. 6 Abs. 2 ESC (3.4.3.5.2.) und in Art. 11 EMRK (3.4.3.5.3.) garantiert.

3.4.3.5.1. Verpflichtungen aus Übereinkommen der IAO

Die IAO ist als Sonderorganisation der VN i.S.v. Art. 57 Charta VN zuständig für das Arbeits- und Sozialrecht und verfolgt das Ziel, Frieden durch soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen.²⁷³ In ihrer nunmehr schon mehr als ein Jahrhundert umfassenden Existenz hat sie ein eigenständiges internationales Arbeits- und Sozialrecht geschaffen, das inzwischen aus 190 Übereinkommen und 206 Empfehlungen besteht. Zwar ist die EU nicht unmittelbar an die Übereinkommen der IAO gebunden, da nicht sie, sondern nur ihre Mitglied-

²⁷¹ Vgl. oben 2.1.2. m.w.N.

²⁷² Statt vieler *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 53, Rdnr. 7 f. m.w.N.

²⁷³ Vgl. Präambel der Verfassung der IAO.

staaten in ihr organisiert sind. Gleichwohl beeinflusst das Recht der IAO das Unionsrecht auf vielfältige Weise.²⁷⁴

3.4.3.5.1.1. Übereinkommen Nr. 98 im Überblick

Das Recht auf Kollektivverhandlungen als wesentlicher Bestandteil der Vereinigungsfreiheit nimmt im Recht der IAO einen zentralen Stellenwert ein, da es nach der Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, die von der Internationalen Arbeitskonferenz am 18. Juni 1998 verabschiedet wurde, zu den Grundrechten der Arbeitnehmer gehört, an welche die Mitgliedstaaten der IAO kraft ihrer Mitgliedschaft in ihr, also unabhängig von einer Ratifizierung der einschlägigen Übereinkommen, gebunden sind.²⁷⁵

Zentrale Rechtsquelle des Rechts auf Kollektivverhandlungen innerhalb der Rechtsordnung der IAO ist das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen vom 1. Januar 1949. Es enthält zwar keine konkreten Regelungen über die Parteien und die Durchführung von Kollektivverhandlungen sowie über die Rechtswirkungen der in diesem Rahmen abgeschlossenen Kollektivverträge; damit lässt es ein breites Spektrum von Systemen der Kollektivverhandlungen in den Mitgliedstaaten zu, die von deren starker Verrechtlichung, wie es beispielsweise im deutschen oder französischen Recht der Fall ist, bis zu nationalen Regelungsmodellen reicht, welche viel stärker noch auf eine Selbststeuerung der kollektiven Kräfte im Arbeitsleben setzen. Im Zentrum von Übereinkommen Nr. 98 stehen stattdessen der Schutz vor Benachteiligungen wegen einer gewerkschaftlichen Betätigung (vgl. Art. 1) sowie der „gebührende Schutz“ der Vereinigungen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber „gegen jede Einmischung von der anderen Seite, sowohl seitens der Organisationen wie auch ihrer Vertreter oder Mitglieder“ (Art. 2 Abs. 1); mit dem Einmischungsverbot soll insbesondere die Bildung von „gelben Gewerkschaften“ ausgeschlossen werden, wie Art. 2 Abs. 2 Übereinkommen Nr. 98 ausdrücklich hervorhebt. Auch legt Art. 4 den Mitgliedstaaten nahe, Verfahren zur Förderung freiwilliger Verhandlungen über den Abschluss von „Gesamtarbeitsverträgen zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen“ zu schaffen. Übereinkommen Nr. 98 wird durch die Empfehlung Nr. 91 betreffend die Gesamtarbeitsverträge ergänzt.

Die Einhaltung des Übereinkommens durch die Mitgliedstaaten überwacht die IAO auf verschiedenen Wegen. Im Rahmen des in den Art. 22 ff. IAO-Ver-

274 Zu den Beziehungen zwischen IAO und EU im Überblick *Seifert*, IJLLIR 2013, S. 39 ff. Siehe auch *Robin-Olivier*, ILR 159 (2020), S. 483 ff.

275 Zu Bedeutung, Inhalt und Wirkungen der Erklärung von 1998 statt vieler *Servais*, International Labour Law, Rdnr. 205 ff. m.w.N.

fassung vorgesehenen Berichtsverfahrens überprüft der Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen – ein vom Verwaltungsrat der IAO im Jahre 1926 errichtetes Gremium –²⁷⁶ die Berichte der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der von ihnen ratifizierten Übereinkommen und somit auch die Wahrung des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach dem Übereinkommen Nr. 98, soweit es von den Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist. Darüber hinaus können Gewerkschaften aus Mitgliedstaaten der IAO den dreigliedrig zusammengesetzten Ausschuss für Vereinigungsfreiheit anrufen, wenn sie der Ansicht sind, dass ihr Recht auf Vereinigungsfreiheit nach den Regeln der IAO verletzt worden ist.²⁷⁷ Die Einzelheiten der Kontrollmaschinerie der IAO brauchen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Von Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist indessen, dass sowohl der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit als auch der Sachverständigenausschuss im Zuge ihrer jahrzehntelangen Kontrolltätigkeit die Übereinkommen der IAO zur Vereinigungsfreiheit im Wege der Auslegung konkretisiert haben. Auch wenn beide Kontrollinstanzen nicht die Befugnis zu einer verbindlichen Auslegung von IAO-Recht haben, da sie nicht in der IAO-Verfassung vorgesehen sind, sondern vom Verwaltungsrat der IAO errichtet worden sind,²⁷⁸ kommt doch insbesondere der Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses eine hohe Autorität zu.²⁷⁹

3.4.3.5.1.2. Persönlicher Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen

Bei der Bestimmung des persönlichen Schutzbereichs des Rechts auf Kollektivverhandlungen standen im Recht der IAO bislang besondere Beschäftigtengruppen im Vordergrund wie beispielweise Wanderarbeitnehmer oder Beschäftigte des öffentlichen Dienstes.²⁸⁰ Die Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger hat demgegenüber nur eine untergeordnete Bedeutung in der Praxis der Überwachungsorgane der IAO erlangt.

276 Zum Sachverständigenausschuss im Überblick *Servais*, International Labour Law, Rdnr. 1046 ff. Ausführlich *Niklas Wagner*, Internationaler Schutz sozialer Rechte: die Kontrolltätigkeit des Sachverständigenausschusses der IAO, Baden-Baden 2002 m.w.N.

277 Rechtsgrundlage des Verfahrens vor dem Ausschuss für Vereinigungsfreiheit sind die *Special procedures for the examination in the International Labour Organisation of complaints alleging violations of freedom of association*, die einvernehmlich vom Verwaltungsrat der IAO und dem Wirtschafts- und Sozialrat der VN verabschiedet worden sind. Zur Arbeit des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit eingehend *Odero/Travieso*, Le comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement, in: BIT, Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir – Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, S. 195 ff.

278 Dazu ausführlicher *Weiss/Seifert*, GS Zachert, S. 130 ff.

279 Ausführlich mit Blick auf die Anerkennung des Streikrechts im Recht der IAO durch den Ausschuss für Vereinigungsfreiheit und den Sachverständigenausschuss *Vogt/Bellace/Compa/Ewing/Hendy/Lörcher*, The Right to Strike in International Law m. zahlr. W.N.

280 Vgl. z.B. *ILO*, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, Rdnr. 232 ff. m.w.N. aus der Spruchpraxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit.

Geht man vom Wortlaut des Übereinkommens Nr. 98 aus, spricht es in der deutschen Sprachfassung von „Arbeitnehmern“ als denjenigen Personen, die sich auf die Vereinigungsfreiheit berufen und „Organisationen“ zur Wahrung ihrer Interessen bilden können. Dies würde eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs auf Arbeitnehmer im engeren Sinne bedeuten. Allerdings sind authentische Versionen des Übereinkommens lediglich die englische und französische Sprachfassung.²⁸¹ Die französische Fassung spricht insoweit von *travailleurs* und die englische Version von *workers*. Beide Ausdrücke können aber auch Beschäftigte jenseits des Arbeitsrechts einschließen, wie bereits im Zusammenhang mit dem Wortlaut der Art. 151 ff. AEUV und von Art. 28 GRC gezeigt worden ist.²⁸² Schon der Wortlaut des Übereinkommens Nr. 98 lässt somit eine Auslegung zu, welche abhängige Personen jenseits des Arbeitsrechts wie etwa die arbeitnehmerähnliche Person im deutschen Recht in den persönlichen Schutzbereich einbezieht.

Legt man den Grundsatz der Vereinigungsfreiheit teleologisch aus, stützt dies ein weites Verständnis ihres persönlichen Geltungsbereichs, das auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einschließt. Das Recht der Kollektivverhandlungen und die mit ihr einhergehende kollektive Selbsthilfe reagiert nämlich auf die Gefahr eines ruinösen Unterbietungswettbewerbs auf den Arbeitsmärkten („Konkurrenzparadoxon“), das in vergleichbarer Weise auch für die Gruppe der wirtschaftlich abhängigen Selbständigen auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistungen besteht.²⁸³ Eine effektive Gewährleistung des Rechts der Kollektivverhandlungen im Recht der IAO muss deshalb auch diese Personengruppe in den persönlichen Schutzbereich einbeziehen.

Für den Bereich der Landwirtschaft hat das Übereinkommen Nr. 141 über die Verbände ländlicher Arbeitskräfte und ihre Rolle in der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung (1975) den persönlichen Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit auch auf selbständig erwerbstätige Personen ausgedehnt.²⁸⁴ Allerdings sollen nur solche „Pächter, Teilpächter oder Kleinlandwirte“ in den Schutz des Übereinkommens einbezogen sein, „die ihr Einkommen hauptsächlich aus der Landwirtschaft beziehen, den Boden selbst bewirtschaften, und zwar nur mit Hilfe ihrer Familienangehörigen oder mit gelegentlicher Hilfe familienfremder Arbeitskräfte“, ohne dass sie ständige Arbeitskräfte oder eine erhebliche Anzahl von Saisonarbeitern beschäftigen oder ihr Land von

281 Vgl. Art. 8 Übereinkommen Nr. 98.

282 Siehe oben 3.4.2.2.1. und 3.4.3.2. m.N.

283 Dazu ausführlicher oben 2.1. m.w.N.

284 Vgl. Art. 2. Abs. 1 Übereinkommen Nr. 141. Instrukтив der „General Survey“ des Sachverständigenausschusses zu Übereinkommen Nr. 141: *ILO, Giving a voice to rural workers*, S. 21 ff. m. Beispielen aus nationalen Umsetzungen in den Mitgliedstaaten.

Teilpächtern oder Pächtern bewirtschaften lassen. Geschützt sind somit auch selbständige Landwirte, die im Wesentlichen mit ihrer eigenen Arbeitskraft ihren landwirtschaftlichen Betrieb bewältigen. Übereinkommen Nr. 141 bezieht sich allgemein auf die Vereinigungsfreiheit, ohne jedoch das Recht auf Kollektivverhandlungen ausdrücklich zu erwähnen, doch darf davon ausgegangen werden, dass dieses auch eingeschlossen ist, differenziert die IAO doch grundsätzlich nicht zwischen dem persönlichen Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit und dem Recht auf Kollektivverhandlungen.²⁸⁵

Im Umkehrschluss könnte diese punktuelle Ausdehnung der Vereinigungsfreiheit auf selbständig erwerbstätige Personen dafür sprechen, dass Selbständige im Übrigen nicht in deren persönlichen Schutzbereich einbezogen sind. Ein solcher Schluss *e contrario* greift indessen zu kurz und verkennt, dass die Auslegungs- und Spruchpraxis der Kontrollorgane der IAO darüber hinausgegangen ist und auch die Gruppe der *self-employed* als vom Recht auf Vereinigungsfreiheit geschützt ansehen. Sowohl der Sachverständigenausschuss²⁸⁶ als auch der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit gehen in ihrer ständigen Auslegungspraxis davon aus, dass das Recht der Vereinigungsfreiheit nicht nur für Beschäftigte, die sich in einem Arbeitsverhältnis befinden, sondern auch für *self-employed* gilt.²⁸⁷ Eine nähere Begründung für diese Einbeziehung findet sich indessen weder in den Berichten des Sachverständigenausschusses noch in den Empfehlungen des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit zu den genannten Fällen. So hat der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit Art. 2 Übereinkommen Nr. 87 dahingehend ausgelegt, dass das Recht auf Vereinigungsfreiheit auch die Gruppe der *self-employed workers* bzw. *travailleurs indépendants* sowie die Angehörigen freier Berufe („*liberal professions*“/„*professions libérales*“) schütze.²⁸⁸

Die Vorschriften anderer Übereinkommen der IAO, die nicht die Vereinigungsfreiheit zum Gegenstand haben, beziehen nur vereinzelt ausdrücklich selbständig Erwerbstätige oder einzelne Gruppen derselben in ihren persönlichen Geltungsbereich ein. Ein Beispiel ist das Übereinkommen Nr. 177 vom

285 Art. 5 Abs. 1 Übereinkommen Nr. 98 gibt den Unterzeichnerstaaten lediglich die Befugnis festzulegen, inwieweit die Vorschriften des Übereinkommens auf das Heer und die Polizei Anwendung finden.

286 Vgl. z.B. ILO, Giving globalization a human face, Rdnr. 209.

287 Vgl. ILO, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, Rdnr. 387 m.w.N. aus der Spruchpraxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit.

288 Vgl. Committee on Freedom of Association of the Governing Body of the ILO, 241st Report (1985), Case No. 1285, Rdnr. 213 (*The National Trade Union Co-ordinating Body/Chile*): “The criterion for determining the persons covered by that right (sc. to organise), therefore, is not based on the existence of an employment relationship with an employer, which is often non-existent, for example in the case of agricultural workers, self-employed workers in general or those who practise liberal professions and who should nevertheless enjoy the right to organise.”

20. Juni 1996 über Heimarbeit, dessen Art. 4 Abs. 2a) bei der Bestimmung des Begriffs der Heimarbeit davon ausgeht, dass Heimarbeiter in wirtschaftlicher Abhängigkeit zu ihrem Vertragspartner stehen. Allerdings hat die IAO in ihrer Empfehlung Nr. 198 betreffend das Arbeitsverhältnis (2006) deutlich gemacht, dass ein Kriterium unter verschiedenen für die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auch die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Vertragspartner sein kann, wenn sie die ausschließliche oder hauptsächliche Arbeit für eine Person als einen wichtigen Gesichtspunkt nennt (vgl. Ziffer II.13a HS 2). Damit zeigt sich die Internationale Arbeitskonferenz offen für einen Wandel des Arbeitslebens und eine stärkere Einbeziehung auch von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen in das Recht der IAO.

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass der persönliche Schutzbereich des Grundsatzes der Vereinigungsfreiheit und infolgedessen auch des Rechtes auf Kollektivverhandlungen, wie es in den Übereinkommen Nr. 87 und 98 verankert ist, grundsätzlich auch selbständig erwerbstätige Personen einschließt. Allerdings bleiben die Konturen der einbezogenen selbständigen Erwerbstätigkeit unscharf. Es bedürfte einer genaueren Beschreibung dessen, welche Gruppen von Personen mit *self-employed* bzw. mit *travailleurs indépendants* genau gemeint sind. Lässt man einmal den Sonderfall des Schutzes selbständiger Landwirte nach Übereinkommen Nr. 141 beiseite, dürften jedenfalls wirtschaftlich abhängige Selbständige, die ähnlich wie Arbeitnehmer einem Unterbietungswettbewerb auf den für sie relevanten Märkten ausgesetzt sein können,²⁸⁹ vom persönlichen Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit im Recht der IAO erfasst sein.

3.4.3.5.2. Die Bedeutung von Art. 6 Abs. 2 ESC

Auch das Recht des Europarates gewährleistet das Recht auf Kollektivverhandlungen. Die ESC garantiert es ausdrücklich in ihrem Art. 6 Abs. 2 und im Recht der EMRK erkennt es der EGMR in seiner Rechtsprechung inzwischen als ein wesentliches Element der in Art. 11 EMRK geschützten Vereinigungsfreiheit an. Es stellt sich somit die Frage, ob sich ein Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen im Rahmen von Art. 28 GRC auch auf diese beiden Garantien des Rechts auf Kollektivverhandlungen im Recht des Europarates stützen kann und die für sie geltenden Grundsätze bei der Auslegung der GRC nicht unterschritten werden dürfen. Dies soll zunächst für Art. 6 Abs. 2 ESC geklärt werden, ist doch die ESC das primäre Instrument für den Schutz sozialer Rechte, das inzwischen auch auf die Auslegung der EMRK ausstrahlt.

289 Dazu oben 2.1.1. m.w.N.

Die ESC vom 18. Oktober 1961 bzw. die Revidierte ESC vom 3. Mai 1996 ist von allen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden. Zwar müssen die Unterzeichnerstaaten nicht die ESC im Ganzen ratifizieren, sondern dürfen sich darauf beschränken, einen harten Kern von sozialen Grundrechten zu ratifizieren,²⁹⁰ doch haben sämtliche 27 Mitgliedstaaten der EU das Recht auf Kollektivverhandlungen, wie es in Art. 6 Abs. 2 ESC (= Art. 6 Abs. 2 RevESC) gewährleistet ist, ratifiziert. Das Recht auf Kollektivverhandlungen in Art. 6 Abs. 2 ESC stellt somit eine internationale Übereinkunft dar, bei der alle Mitgliedstaaten der Union Vertragsparteien sind und deren Gewährleistung als Mindeststandard bei der Auslegung von Art. 28 GRC nicht unterschritten werden darf.²⁹¹

Art. 6 Abs. 2 ESC gewährleistet das Recht auf Kollektivverhandlungen. Ihrem Wortlaut nach verpflichtet die Vorschrift die Vertragsparteien, „Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits zu fördern, soweit dies notwendig und zweckmäßig ist, mit dem Ziele, die Beschäftigungsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge zu regeln“ (Nr. 2).

Legt man das Recht auf Kollektivverhandlungen in Art. 6 Abs. 2 ESC nach dem Wortlaut der englischen und französischen Sprachfassungen aus – nur diese beiden Sprachen sind Amtssprachen des Europarates, so dass nur sie authentische Sprachfassungen der Übereinkommen des Europarates sind –,²⁹² stützen die Begriffe *employers, workers' organisations* sowie *conditions of employment* in der englischen Fassung und *employeurs, organisations de travailleurs* sowie *conditions d'emploi* sehr stark die Annahme, dass der persönliche Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen auf Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne begrenzt sein soll. Doch bereits der Begriff des *worker* oder des *travailleur* lässt, wie wir bereits gesehen haben, auch eine Deutung zu, die über den Arbeitnehmerstatus von Beschäftigten hinausgeht und auch arbeitnehmerähnliche Personen oder wirtschaftlich abhängige Selbständige insgesamt einbezieht: Denn der Begriff *worker* schließt im englischsprachigen Raum auch die Gruppe der *self-employed worker* ein und auch der französische Begriff des *travailleur* kann als Oberbegriff verstanden werden, der sowohl *salariés* (Arbeitnehmer) als auch *travailleurs indépendants* umfasst.²⁹³ Auch wenn diese Lesart nationale Begriffsverständnisse auf das Recht der ESC überträgt und des-

290 Zu den Einzelheiten siehe Art. 20 Abs. 1 ESC sowie Teil III, Art. A Abs. 1 RevESC.

291 So auch Lörcher, Interpretation and Minimum Level of Protection, in: Dorssement/Lörcher/Clauwert/Schmitt, The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation, S. 156 f.

292 Vgl. Art. 12 Satz 1 der Satzung des Europarates.

293 Zu diesem weiten Verständnis des Begriffs *worker* siehe oben 3.4.2.2.1. und 3.4.3.2. m.N.

halb nicht zwingend ist,²⁹⁴ sind doch die Begriffe *worker* und *travailleur* jedenfalls offen für ein weites Verständnis, das auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in den Schutz einbezieht.

Es bedarf somit weiterer, über den reinen Wortlaut der Norm hinausgehender Kriterien für die Bestimmung des persönlichen Schutzbereichs des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach Art. 6 Abs. 2 ESC. Auch eine teleologische Auslegung von Art. 6 Abs. 2 ESC – nach Art. 31 Abs. 1 Var. 2 WVK sind völkerrechtliche Verträge vor allem im Lichte ihres Zieles und Zweckes auszulegen – bekräftigt diese Deutung. Insoweit gelten die zu Art. 28 GRC gemachten Ausführungen entsprechend: Wirtschaftlich abhängige Selbständige haben auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistungen eine ähnliche Stellung wie Arbeitnehmer und sind ebenso wie Letztere der Gefahr eines ruinösen Unterbietungswettbewerbes ausgesetzt, welcher einer kollektivvertraglichen Kartellierung dieser Märkte entgegenwirken soll.²⁹⁵ Eines Rückgriffes auf die vorbereitenden Arbeiten und die Entstehungsgeschichte der ESC, die nach Art. 32 WVK als ergänzendes Auslegungsmittel bei völkerrechtlichen Verträgen herangezogen werden kann, bedarf es somit nicht, würde im Übrigen auch nicht zum Ziel führen, da die Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den persönlichen Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen bei der Ausarbeitung der ESC in den 1950er und frühen 1960er Jahren keine Rolle spielte.²⁹⁶

Diese Deutung von Art. 6 Abs. 2 ESC wird auch durch die Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte, einem Sachverständigenausschuss für die Anwendung der ESC,²⁹⁷ gestützt, welcher der Charakter einer authentischen Auslegung der Charta zukommt. Der Ausschuss ist zum einen in die Prüfung der Länderberichte einbezogen, welche die Unterzeichnerstaaten der ESC alle zwei Jahre dem Generalsekretär des Europarates vorlegen müssen.²⁹⁸ In diesem Rahmen ist er befugt, die sozialen Rechte der ESC im Wege der Auslegung zu konkretisieren. Zum anderen ist der Europäische Ausschuss für soziale Rechte Teil des Kollektivbeschwerdeverfahrens, das seine

294 So die zutreffende Kritik von C. Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Vor Art. 1 ESC, Rdnr. 6.

295 Dazu ausführlicher oben 2.1. m.w.N.

296 Die 5 Bände umfassende Collected Edition of the ‚Travaux préparatoires‘ zur ESC ist auf der Website des Europarates abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/preparatory-work>.

297 Zur Zusammensetzung und zur Bestellung seiner Mitglieder siehe Art. 25 RevESC. Nähere Informationen zum Ausschuss sind auf dessen Website abrufbar unter: <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights> (abgerufen am 15.8.2021). Für einen Überblick siehe auch Schlachter, Europäische Sozialcharta, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht § 6 Rdnr. 507 ff. m.w.N.

298 Vgl. Art. 21-22 RevESC. Die Überprüfung der Länderberichte durch den Europäischen Ausschuss für soziale Rechte erfolgt nach Maßgabe von Art. 24 RevESC.

Grundlage in dem von der Bundesrepublik Deutschland bislang noch nicht ratifizierten Zusatzprotokoll von 1995 über ein System der Kollektivbeschwerde hat.²⁹⁹ In dem Beschwerdeverfahren *Irish Congress of Trade Unions (ICTU)/Irland*³⁰⁰ hat der Europäische Ausschuss für soziale Rechte durch Entscheidung vom 12. September 2018 klargestellt, dass auch wirtschaftlich abhängige Selbständige – in den maßgeblichen Sprachfassungen ist von „*self-employed*“ und von „*travailleurs indépendants*“ die Rede – in den persönlichen Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 ESC fallen.

In dem kollektiven Beschwerdeverfahren ging es um die Vereinbarkeit einer Verfügung der irischen Kartellbehörde, durch die der Abschluss von Kollektivvereinbarungen zum Schutze bestimmter Kategorien von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen (z.B. Journalisten und Musiker) wegen ihrer Unternehmenseigenschaft untersagt wurde, mit Art. 6 ESC. Die irische Kartellbehörde sah in solchen Kollektivverträgen einen Verstoß gegen das im nationalen Recht sowie unionsrechtlich geltende Kartellverbot (Art. 101 AEUV).³⁰¹ Der Ausschuss entschied zwar, dass die Beschwerde des irischen Gewerkschaftsbundes unbegründet sei, doch nutzte er die Gelegenheit zu Ausführungen zum Schutz dieser Beschäftigtengruppe durch Art. 6 Abs. 2 ESC und stellte klar, dass die Vorschriften von Teil II der ESC grundsätzlich auch für wirtschaftlich abhängige Selbständige gelten würden, es sei denn aus dem Kontext ergebe sich eine Beschränkung auf Arbeitnehmer. Lediglich wegen der nach Erhebung der Kollektivbeschwerde durch den *ICTU* erfolgten Gesetzesreform (Competition (Amendment) Act von 2017), die unter bestimmten Voraussetzungen auch „*false self-employed*“ und „*fully dependent self-employed*“ ein Recht auf Kollektivverhandlungen einräumt,³⁰² sah der Ausschuss die Kollektivbeschwerde als unbegründet an.

Zentrales Argument des Ausschusses³⁰³ für ein weites Verständnis des persönlichen Schutzbereichs des Rechts auf Kollektivverhandlungen ist, dass die schnellen und tiefgreifenden Veränderungen, denen die Arbeitswelt unterliege, auch bei der Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 6 Abs. 2 ESC zu berücksichtigen seien. Bei der Grenzziehung sei nicht ausreichend, zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen zu unterscheiden, aus-

299 Zum Kollektivbeschwerdeverfahren im Überblick siehe *Schlachter*, Europäische Sozialcharta, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber*, Arbeitsvölkerrecht § 6 Rdnr. 517 ff. m.w.N.

300 Beschwerde-Nr. 123/2016.

301 Eine knappe Wiedergabe dieses Kartellverfahrens findet sich in European Committee of Social Rights, Entscheidung über die Begründetheit v. 12.9.2018 – Beschwerde-Nr. 12/2016, Rdnr. 42 ff. (*Irish Congress of Trade Unions (ICTU)/Irland*).

302 Dazu oben 2.3.2. m.w.N.

303 Die für den vorliegenden Zusammenhang wesentlichen Passagen der Entscheidung des Ausschusses finden sich in den Rdnr. 35-40.

schlaggebend sei vielmehr, ob ein Verhandlungsungleichgewicht zwischen Anbietern und ihren Auftraggebern bestehe. Haben selbständige Dienstleister keinen substanziellen Einfluss auf ihre Vertragsbedingungen, sollen sie die Möglichkeit haben, dieses bestehende Verhandlungsungleichgewicht durch die Führung von Kollektivverhandlungen zu beseitigen. Auch verweist der Ausschuss auf die zum Recht der IAO bestehende Auslegungspraxis, die ebenfalls die Gruppe der „*self-employed*“ in den persönlichen Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen einbezieht.³⁰⁴ Eine genauere Grenzziehung des persönlichen Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 2 ESC nimmt der Ausschuss indessen nicht vor und lehnt es ab, eine allgemeine Theorie abstrakten Charakters hierzu zu formulieren.

Aus diesen Grundsätzen ist zu schließen, dass der persönliche Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 ESC auch wirtschaftlich abhängige Selbständige erfasst. Demnach haben auch wirtschaftlich abhängige Plattformarbeiter ein Recht auf Kollektivverhandlungen nach der Sozialcharta. Für die vorliegende Untersuchung ist von großer Bedeutung, dass der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte anerkennt, dass auch für wirtschaftlich abhängige Selbständige Besonderheiten auf den für sie relevanten Märkten für Werk- oder Dienstleistungen bestehen, die den Spezifika der Arbeitsmärkte vergleichbar sind. Die Vertragsstaaten der ESC trifft die Pflicht, die Einbeziehung dieser Personengruppe in ein bestehendes System der Kollektivverhandlungen vorzusehen. Auf welche Weise dies zu geschehen hat, lässt Art. 6 ESC offen: Insoweit besteht ein weites Regelungsermessen der Vertragsstaaten.³⁰⁵ Erforderlich ist nur, dass auch für diese Beschäftigtengruppe eine Kartellbefugnis anerkannt wird.

Als Zwischenergebnis darf deshalb festgehalten werden, dass sich eine Einbeziehung von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen in den persönlichen Geltungsbereich des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen in Art. 28 GRC auch aus einer Auslegung der Grundrechtsvorschrift im Lichte von Art. 6 Abs. 2 ESC ergibt. Eine solche Auslegung stützt sich auf Art. 53 GRC.

3.4.3.5.3. Recht auf Kollektivverhandlungen nach Art. 11 EMRK

Auch das Recht der EMRK, namentlich das in Art. 11 EMRK gewährleistete Recht auf Vereinigungsfreiheit, ist bei der Auslegung von Art. 28 GRC als Mindeststandard zu berücksichtigen und kann ein Recht auf Kollektivverhandlungen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger stützen. Die EMRK ist von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden und stellt deshalb

³⁰⁴ Siehe oben 3.3.4.5.1. m.w.N.

³⁰⁵ Zum Inhalt des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach Art. 6 Abs. 2 ESC siehe *Schlachter*, Europäische Sozialcharta, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht* § 6 Rdnr. 589 ff. m.w.N.

nach Art. 53 GRC einen Mindeststandard dar, der durch die GRC nicht unterschritten werden darf.³⁰⁶ Es ist deshalb für den vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, dass die Union entgegen der Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 EUV noch nicht die EMRK ratifiziert hat;³⁰⁷ auch muss nicht beantwortet werden, inwieweit Art. 11 EMRK als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV anerkannt ist.³⁰⁸

Nach Art. 11 Abs. 1 EMRK haben alle Menschen das Recht, sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten. Die „Gewerkschaftsfreiheit“ oder – um den im deutschen Recht geläufigen Begriff zu verwenden – die Koalitionsfreiheit ist nach der Konzeption der EMRK somit ein ausdrücklich hervorgehobenes Element der allgemeinen Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit.³⁰⁹ Das Grundrecht des Art. 11 EMRK führte lange Jahre ein Schattendasein und blieb weit hinter dem Schutzbereich von Art. 6 ESC zurück. Dies änderte sich indessen grundlegend mit dem Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 12. November 2008 in der Rechtssache *Demir und Baykara/Türkei*, mit dem der Gerichtshof anerkannte, dass die Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK auch das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen einschließt.³¹⁰ In der Rechtssache *Enerji Yapi Yol Sen/Türkei* ging der EGMR sogar noch weiter und erkannte auch das Streikrecht als Teil der Gewährleistung des Art. 11 EMRK an. Tragendes Argument für die Ausdehnung des Schutzbereichs der Vereinigungsfreiheit und die damit verbundene Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen war eine Auslegung des Konventionsrechts im Lichte der einschlägigen völkerrechtlichen Gewährleistungen der Vereinigungsfreiheit, insbesondere des Übereinkommens Nr. 87 der IAO in seiner Auslegung durch den Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen.³¹¹ Durch die Rezep-

306 Statt vieler *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 53, Rdnr. 7 f. m.w.N.

307 Nach dem insoweit ablehnenden Gutachten des EuGH v. 18.12.2014 – C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 ist auch nicht zu erwarten, dass der Beitritt der EU zur EMRK in der nächsten Zeit vollzogen wird.

308 Zu der Entwicklung dieses „prätorischen Grundrechtsschutzes“ im Überblick *J. Kübling*, Grundrechte, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 662 ff. m.w.N.

309 EGMR v. 16.9.2015 – Beschwerde-Nr. 46551/06 (*Manole und „Die direkten Landwirte von Rumänien“/ Rumänien*), Rdnr. 57 m.w.N.

310 EGMR (Große Kammer) v. 12.11.2008 – Beschwerde-Nr. 34503/97. Für eine erste Ausmessung des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen im Gefüge des Art. 11 EMRK siehe *Jacobs*, Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR, in: Dorssemont/Lörcher/Schömann (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, S. 309 ff.; für einen Überblick *Ulber*, Europarat, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht § 6, Rdnr. 440 ff.

311 Ausführlich zur Methode des EGMR in seinem Urteil *Demir und Baykara/Türkei* siehe *Seifert*, KritV 2010, S. 357 (362 ff.) m.w.N.

tion anderer völkerrechtlicher Gewährleistungen zeigte der EGMR einmal mehr sein Verständnis der Konvention als ein lebendes Instrument.³¹²

Ebenso wie andere nationale und völkerrechtliche Garantien auch schützt die Gewährleistung des Art. 11 EMRK, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten, zunächst Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff dieser grundrechtlichen Gewährleistung ist vom EGMR bislang noch nicht konturiert worden. Klar ist jedenfalls, dass die Freiheit, Gewerkschaften zu bilden und sich für diese zu betätigen, nicht nur Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne, sondern auch Beamte schützt, deren Status sich nach Regeln des öffentlichen Rechts bestimmt.³¹³ Allerdings entschied der Gerichtshof in der Rechtssache *Manole/Rumänien* am 16. September 2015, dass auch selbständige Landwirte unter den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Vereinigungsfreiheit fallen. Der Gerichtshof griff in diesem Urteil auf seine in *Demir und Baykara* ausführlich herausgearbeitete Argumentationslinie zurück und berücksichtigte bei der Auslegung von Art. 11 EMRK die einschlägigen internationalen Instrumente, insbesondere die Übereinkommen der IAO. Im konkreten Fall hatte dies zur Folge, dass der Gerichtshof selbständig erwerbstätigen Landwirten zwar das Recht zuerkannte, bereits bestehenden Gewerkschaften beizutreten, aber nicht durch Art. 11 EMRK zugleich auch das Recht gewährleistet sah, dass diese Personen auch eigenständige Gewerkschaften gründen dürfen; dies rechtfertigte der Gerichtshof letztlich mit einem weitgehenden Beurteilungsspielraum, der den Unterzeichnerstaaten im Bereich der landwirtschaftlichen Beschäftigung wegen der großen nationalen Unterschiede zuzugestehen sei.

Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Manole/Rumänien* bedarf allerdings für den vorliegenden Zusammenhang einer doppelten Relativierung. Zum einen betrifft sie den sektorspezifischen Sonderfall selbständig erwerbstätiger Landwirte, die IAO-Übereinkommen Nr. 141 ausdrücklich schützt, und nicht wirtschaftlich abhängige Selbständige insgesamt. Zum anderen hat das Urteil nicht das Recht auf Kollektivverhandlungen, sondern die individuelle Vereinigungsfreiheit aufgrund von Art. 11 Abs. 1 EMRK zum Gegenstand. Die Aussagekraft der Entscheidung für die Beantwortung der Frage, ob wirtschaftlich abhängige Selbständige insgesamt in den persönlichen Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit im Allgemeinen und des Rechts auf Kollektivverhandlungen im Besonderen einbezogen sind, ist deshalb begrenzt und sollte nicht überstrapaziert werden.

312 Zur „evolutiven“ Auslegung der EMRK als lebendes Instrument statt vieler *Grabenuarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 5 Rdnr. 14 ff. m.w.N.

313 So insbesondere EGMR (Große Kammer) v. 12.11.2008 – Beschwerde-Nr. 34503/97, Rdnr. 96 ff. (*Demir und Baykara/Türkei*).

Trotz dieser Einschränkungen ist davon auszugehen, dass auch wirtschaftlich abhängige Selbständige unter den persönlichen Schutzbereich von Art. 11 EMRK fallen und somit auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen in Anspruch nehmen können. Sieht man mit der ständigen Rechtsprechung des EGMR in der Konvention ein „lebendes Instrument“, dessen Grundrechte auch und gerade im Lichte der Entwicklung des internationalen Rechts zu deuten sind, wird man indessen auch die wirtschaftlich abhängigen Selbständigen als von Art. 11 EMRK geschützt anzusehen haben. Es ist bereits ausführlich herausgearbeitet worden, dass sowohl der Grundsatz der Vereinigungsfreiheit im Recht der IAO³¹⁴ als auch das Recht auf Kollektivverhandlungen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 ESC³¹⁵ auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in ihren persönlichen Schutzbereich einbeziehen. Eine Auslegung von Art. 11 EMRK im Lichte der völkerrechtlichen Gewährleistungen der Vereinigungsfreiheit, wie der Gerichtshof sie spätestens seit seinem Urteil in der Rechtssache *Demir und Baykara/Türkei* verfolgt, spricht deshalb sehr stark dafür, dass auch wirtschaftlich abhängige Selbständige vom persönlichen Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst sind.

Ebenso wenig wie Art. 6 Abs. 2 ESC gibt Art. 11 EMRK ein konkretes System der Kollektivverhandlungen vor, das von den Mitgliedstaaten des Europarates umzusetzen ist. Somit gebieten die positiven Pflichten aus der Grundrechtsnorm nicht die Einbeziehung in das Tarifvertragssystem, wie es für Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen geschehen ist. Denkbar sind deshalb auch andere Formen des Kollektivvertrages.³¹⁶ Ausschlaggebend ist lediglich, dass wirtschaftlich abhängig Selbständige und ihre Organisationen vom grundsätzlichen Kartellverbot – im nationalen Recht (vgl. z.B. § 1 GWB), aber auch im Unionsrecht – ausgenommen werden und somit auch für sie das Gegenmachtprinzip gilt.

3.4.3.6. Zwischenergebnis

Eine kartellrechtliche Bereichsausnahme zugunsten von Kartellverträgen für wirtschaftlich abhängige Selbständige ergibt sich somit auch aus dem in Art. 28 GRC gewährleisteten Grundrecht auf Kollektivverhandlungen. Dafür spricht neben einer teleologischen Auslegung der Grundrechtsvorschrift vor allem eine Auslegung im Lichte der völkerrechtlichen Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen in Übereinkommen der IAO Nr. 98, Art. 6 Abs. 2 ESC und Art. 11 EMRK. Sämtliche dieser völkerrechtlichen Garantien

314 Dazu oben 3.4.3.5.1.2. m.w.N.

315 Siehe oben 3.4.3.5.2. m.w.N.

316 Für das deutsche Recht z.B. die gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG oder die Kollektivverträge des Krankenversicherungsrechts (vgl. oben 2.2.4 m.w.N.).

schützen (inzwischen) nicht nur Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne oder Beamte, sondern darüber hinaus auch Selbständige (*self-employed*); wie weit diese Einbeziehung in den persönlichen Geltungsbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach diesen völkerrechtlichen Vorschriften geht, ist sicherlich alles andere als deutlich und bedürfte einer eingehenderen Untersuchung. Dessen bedarf es für den vorliegenden Zusammenhang nicht, da jedenfalls wirtschaftlich abhängige Selbständige, die persönlich bestimmte Werk- oder Dienstleistungen erbringen und einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind, den Schutz dieser Gewährleistungen genießen. Art. 53 GRC verlangt somit, dass der persönliche Schutzbereich von Art. 28 GRC nicht hinter diesen völkerrechtlichen Gewährleistungen zurückbleibt und auch diese Selbständigen in den persönlichen Schutzbereich dieses Grundrechts einzubeziehen sind.

3.4.4. Kartellrechtliche Bereichsausnahme aufgrund anderer EU-Vorschriften?

Nur kurz sei noch auf die Frage eingegangen, ob sich eine kartellrechtliche Bereichsausnahme für wirtschaftlich abhängige Selbständige auch noch aus anderen Vorschriften des Unionsrechts ergeben kann. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die sozialpolitische Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV (3.4.4.1.), die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (3.4.4.2.) sowie die Säule sozialer Rechte (3.4.4.3.).

3.4.4.1. Die sozialpolitische Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV

Die soziale Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV verpflichtet die Union, „bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung [zu tragen]“. Diese Pflicht zur Einbeziehung dieser sozialpolitischen Ziele der Union (vgl. auch Art. 3 AEUV) gilt auch für die Wettbewerbspolitik der Union. Auch bei der Auslegung und der Konkretisierung von Art. 101 AEUV sowie im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach Maßgabe von Art. 102 AEUV sind diese sozialen Ziele zu berücksichtigen. Gerade die Pflicht zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes und die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung könnten für die Annahme sprechen, dass die Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV eine einschränkende Auslegung des allgemeinen Kartellverbotes in Art. 101 Abs. 1 AEUV zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen verlangt. Immerhin lässt sich dem Ziel des Art. 9

AEUV, einen angemessenen sozialen Schutz zu gewährleisten, auch die Sicherstellung angemessener Vertragsbedingungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen zuordnen.

Art. 9 AEUV verpflichtet die Union lediglich, den in der Vorschrift genannten sozialen Zielen „Rechnung zu tragen“. Auch wenn die Vorschrift durch den EuGH noch nicht verbindlich ausgelegt worden ist, ist klar, dass diese Querschnittsklausel der Union bei der Erreichung dieser sozialen Ziele ein weitgehendes Ermessen belässt. Vergleicht man die Vorschrift mit anderen Querschnittsklauseln des Vertrages, zeigt sich im Übrigen, dass sie nur einen schwachen Verpflichtungsgrad besitzt: So *wirkt* die Union nach Art. 8 AEUV *darauf hin*, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und Maßnahmen *zielt sie darauf ab*, Diskriminierungen zu bekämpfen (Art. 10 AEUV), und *muss* bei ihrer Tätigkeit die Erfordernisse des Umweltschutzes einbeziehen (Art. 11 AEUV); dementsprechend lässt sich aus Art. 9 AEUV nur eine Pflicht zur Abwägung mit den genannten sozialen Belangen begründen, ohne dass diesen ein Vorrang zukommen müsste.³¹⁷

Dieser schwache Verpflichtungscharakter hat Folgen für den vorliegenden Zusammenhang. Art. 9 AEUV verpflichtet zwar die Europäische Kommission als Kartellbehörde der Union sowie die nationalen Kartellbehörden der Mitgliedstaaten, soweit sie das Wettbewerbsrecht der Union durchführen,³¹⁸ bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen auch den sozialen Zielen der sozialpolitischen Querschnittsklausel Rechnung zu tragen, also sich insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Privilegierung dieser Kartelle in Betracht kommt. Eine Pflicht zur Freistellung dieser bilateralen Kartelle lässt sich aus diesem allgemeinen sozialpolitischen Querschnittsauftrag jedoch nicht herleiten.

3.4.4.2. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Ebenso wenig trägt zur Lösung der vorliegenden Problemstellung die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989³¹⁹ bei. Bei der Erklärung handelt es sich lediglich um eine „Proklamation“ sozialer Grundrechte der Arbeitnehmer durch die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs), die als

317 In diesem Sinne z.B. *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, EuArbRK, AEUV Art. 9, Rdnr. 5.

318 Vgl. Art. 5 und Art. 35 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 i.V.m. § 50 Abs. 1 GWB.

319 Abgedruckt in: KOM(89) 248 endg. Zu Entstehung und Inhalt der Gemeinschaftscharta statt vieler *Kenner*, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, S. 109 ff. m.w.N.

solche nicht Teil des Unionsrechts ist.³²⁰ Sie ist jedoch für das Unionsrecht nicht ohne Bedeutung, hat doch die Union nach Art. 151 Abs. 1 AEUV bei der Verfolgung ihrer sozialpolitischen Ziele auch die Gemeinschaftscharta zu berücksichtigen; insofern gilt dasselbe wie für die sozialen Grundrechte der ESC vom 18. Oktober 1961.³²¹ Außerdem war die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte mit einem sozialpolitischen Aktionsprogramm der Gemeinschaft³²² verknüpft, auf dessen Grundlage die in ihr aufgelisteten sozialpolitischen Handlungsziele in Gemeinschaftsrecht überführt werden sollten. Der Erfolg dieses sozialpolitischen Aktionsprogrammes war bekanntlich bescheiden:³²³ Von den ursprünglich ca. 300 geplanten Richtlinien auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wurden letztlich nur 17 Richtlinien verabschiedet und diese überwiegend im Bereich des Arbeitsschutzrechts.

Auch inhaltlich bietet die Gemeinschaftscharta keinerlei Ansatzpunkte für einen Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger. Zwar enthält die Gemeinschaftscharta auch einen Abschnitt zu „Koalitionsfreiheit und Tarifverhandlungen“ (Ziffer 11-14), doch soll das Recht Tarifverträge auszuhandeln nur „unter den Bedingungen der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten bestehen“ (Ziffer 12). Ferner thematisiert die Gemeinschaftscharta an keiner Stelle die Problematik dieser Beschäftigtengruppe. Dies ist nicht weiter verwunderlich, war doch das Bedürfnis für die Schaffung eines besonderen Schutzes zugunsten dieser Personengruppe in den späten 1980er Jahren noch nicht so stark ausgeprägt, wie es seit einigen Jahren ist.

3.4.4.3. Die Europäische Säule sozialer Rechte

Schließlich ist noch kurz die Bedeutung der Europäischen Säule sozialer Rechte³²⁴ für unser Problem anzureißen. Sie wurde von den Organen des Unionsgesetzgebers – also von der Europäischen Kommission, dem Rat und dem Europäischen Parlament – 2018 „proklamiert“ und soll die Grundlagen zum Ausdruck bringen, „die im Europa des 21. Jahrhunderts für faire und gut funktionierende Arbeitsmärkte und Sozialsysteme unerlässlich sind“.³²⁵

Die Europäische Säule sozialer Rechte schützt nicht ausdrücklich ein Recht auf Kollektivverhandlungen, doch geht sie in Grundsatz Nr. 8 vom sozialen Dialog und der Einbeziehung der Beschäftigten aus und „bestärkt“ sie darin, „Kollektivverträge über sie betreffende Fragen auszuhandeln und zu schließen,

320 Statt vieler *Barnard*, EU Employment Law, Ziffer 3.2 m.w.N.

321 Art. 151 Abs. 1 AEUV.

322 KOM(89) 568 endg.

323 Für einen knappen Überblick siehe statt vieler *Barnard*, EU Employment Law, Ziffer 3.2 m.w.N.

324 Empfehlung (EU) 2017/761 v. 26.4.2017 zur europäischen Säule sozialer Rechte, ABl. 2017 L 113/56.

325 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 14 ESSR.

und zwar unter Wahrung ihrer Autonomie und des Rechts auf Kollektivmaßnahmen“. Ob sich diese „Bestärkung“ auch an Selbständige richtet, ist nicht klar. Wohl aber bezieht die Europäische Säule sozialer Rechte in einzelnen ihrer Bestimmungen diese Personengruppe in den Schutz ein und geht somit über ältere Dokumente mit Grundsatzcharakter wie die gerade erwähnte „Gemeinschaftscharta“ hinaus. So hat nach Grundsatz Nr. 4 „jede Person [] das Recht auf frühzeitige und bedarfsgerechte Unterstützung zur Verbesserung der Beschäftigungs- oder Selbständigkeitsaussichten“. Nach Grundsatz Nr. 5 werden Unternehmertum und Selbständigkeit unterstützt und Grundsatz Nr. 12 bezieht auch Selbständige in das Recht auf angemessenen Sozialschutz ein. Mit diesen „Regelungen“ tritt der Schutz von Selbständigen erstmals in einen breiteren Fokus der Union; insoweit deutet sich auf der Unionsebene ein Wandel der Sozialpolitik an, der auch stärker Selbständige einbezieht.³²⁶

Doch selbst wenn man den persönlichen Geltungsbereich der Europäischen Säule sozialer Rechte weit auslegt und auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen als „gewährleistet“ ansieht, ist dieses Instrument im vorliegenden Zusammenhang nicht weiterführend, da die Europäische Säule sozialer Rechte lediglich eine Empfehlung i.S.v. Art. 292 AEUV darstellt und es sich bei ihr somit letztlich nur um Soft Law der Union handelt. Schon aufgrund ihrer fehlenden Bindungswirkung sind ihre Bestimmungen nicht dazu in der Lage, primärrechtliche Vorschriften des Unionsrechts wie das Kartellverbot des Art. 101 AEUV einzuschränken.

3.5. Zwischenergebnis

Die zur Vereinbarkeit von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot angestellten Überlegungen lassen sich kurz in einigen zentralen Ergebnissen festhalten:

1. Kollektivverträge zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger können den Tatbestand des Kartellverbotes in Art. 101 Abs. 1 AEUV verletzen. Wirtschaftlich abhängige Selbständige sind Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne, den zu ihrem Schutze abgeschlossenen Kollektivverträgen liegt jedenfalls auf der Seite der Selbständigen ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung zugrunde; bei Kollektivverträgen, die auch auf Auftraggeberseite von einem Verband abgeschlossen worden sind, liegen auf beiden Seiten Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen vor. Solche Kollektivverträge stellen eine (bilaterale) Vereinbarung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, die bezwecken, in

³²⁶ Dazu bereits oben 2.5 m.w.N.

die relevanten Märkte für Werk- oder Dienstleistungen einzugreifen und der Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs Grenzen zu ziehen.

Auch bezwecken Kollektivverträge Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sie sind geradezu auf eine Kartellierung der von ihnen in den Blick genommenen Märkte für Werk- oder Dienstleistungen angelegt. Dies gilt nicht nur für den die Festlegung der Mindestvergütung als zentralem Wettbewerbsparameter, sondern auch für die Regelung anderer wettbewerbsrelevanter Mindestvertragsbedingungen wie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, ein Recht auf bezahlten Erholungsurlaub oder für Fragen des Arbeitsschutzes. Im Einzelfall kann es aber an der Wettbewerbsrelevanz von kollektivvertraglich festgelegten Mindestarbeitsbedingungen fehlen, die Gegenstand eines Kollektivvertrages sind: Zu nennen sind hier Regelungen über den Datenschutz oder über außergerichtliche Konfliktlösungsmechanismen.

Nicht selten werden solche Kollektivverträge auch den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Legt man die Leitlinien der Europäischen Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zugrunde, ist es nämlich ausreichend, dass die von dem Kollektivvertrag erfassten Selbständigen auf einem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen innerhalb der Union einen Marktanteil von 5 % bzw. der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Waren den Betrag von 40 Millionen Euro überschreitet.

Soweit der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, kommt eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nicht in Betracht. Weder sind die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellung noch der Tatbestand des Art. 103 Abs. 3 AEUV erfüllt.

2. Art. 101 AEUV ist allerdings mit Blick auf Kollektivverträge, die dem Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger dienen, einschränkend auszulegen. Ebenso wie für Kollektivverträge, die dem Schutz von Arbeitnehmern dienen, besteht auch für Kollektivverhandlungen zugunsten dieser Gruppe von Beschäftigten ein kartellrechtlicher Ausnahmereich. Die *Albany*-Rechtsprechung des EuGH ist somit auf Kollektivverhandlungen zugunsten dieser Personengruppe zu erstrecken.

Diese kartellrechtliche Ausnahme ergibt sich zum einen aus einer Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs der Vorschriften des AEUV über die Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV). Auch wenn der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Begriff des Arbeitnehmers eng führt und keine Selbständigen ein-

bezieht, spricht doch eine Analyse des Arbeitnehmerbegriffs, der den Art. 151 ff. AEUV zugrunde liegt, für eine Ausdehnung auf wirtschaftlich abhängige Selbständige.

Zum anderen ist die Ausdehnung der arbeitnehmerschützenden Kollektivverträge auf wirtschaftlich abhängige Selbständige auch im Lichte der grundrechtlichen Gewährleistung des Rechts der Kollektivverhandlungen in Art. 28 GRC geboten. Der persönliche Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm schließt auch wirtschaftlich abhängige Selbständige ein. Dies ergibt sich vor allem aus einer teleologischen Auslegung der Norm sowie aus der aufgrund von Art. 53 GRC gebotenen Auslegung im Lichte der völkerrechtlichen Garantien des Rechts auf Kollektivverhandlungen, die von allen Mitgliedstaaten der Union ratifiziert worden sind: Sowohl das Recht der IAO als auch die Instrumente des Europarates (Art. 6 Abs. 2 ESC und Art. 11 EMRK) beziehen in den Schutzbereich ihrer Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen auch Selbständige ein.

Aus anderen Vorschriften des Unionsrechts – namentlich aus der sozialpolitischen Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV, der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer sowie der Europäischen Säule Sozialer Rechte – lässt sich ein kartellrechtlicher Ausnahmebereich für Kollektivverhandlungen hingegen nicht begründen.

3. In welchem Umfang Selbständige in den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen einbezogen sind, lässt sich gewiss nicht trennscharf bestimmen. Hierzu bedürfte es einer gesonderten Untersuchung, welche einzelne Fallgruppen von Selbständigen in den Blick nimmt. Die Grenzen einer Kollektivvertragsfreiheit für Selbständige sind noch nicht abschließend geklärt. Es lässt sich aber gerade den völkerrechtlichen Gewährleistungen dieses Rechts der Gedanke entnehmen, dass Selbständige, die in ihrer Stellung auf den für sie relevanten Märkten für Werk- oder Dienstleistungen Arbeitnehmern vergleichbar sind, bzw. die sie repräsentierenden Gewerkschaften oder Vereinigungen Kollektivverhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses eines Kollektivvertrages über Mindestvertragsbedingungen führen dürfen.

4. Folgefragen

Aus der gerade hergeleiteten Geltungsausnahme des unionsrechtlichen Kartellverbotes mit Blick auf Kollektivverträge, die zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger abgeschlossen werden, ergeben sich verschiedene Folgefragen, die an dieser Stelle nur angerissen werden sollen, eigentlich aber eine eigenständige Untersuchung erforderten. So stellt sich zunächst die Frage, in welcher Rechtsform die Europäische Kommission die kartellrechtliche Bereichsausnahme für wirtschaftlich abhängige Selbständige verankern sollte und welche Rechtsfolgen dies mit sich bringen würde (4.1.). In einem zweiten Schritt soll der Versuch unternommen werden, dem Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit nähere Konturen zu verleihen (4.2.). Ebenso ist der Frage kurz nachzugehen, ob Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen auch ohne Rückgriff auf einen der gesetzlich geregelten Kollektivvertragstypen zulässig sind (4.3.). Daran anschließend ist – gleichsam in Form eines Ausblickes – kurz auf die Folgerungen einzugehen, die sich aus der vorliegenden Untersuchung für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen ergeben, die wirtschaftlich abhängige Selbständige ergreifen, um den Abschluss eines Kollektivvertrages zu erzwingen (4.4.). Schließlich sind noch die Konsequenzen zu ziehen, die sich aus der einschränkenden Auslegung von Art. 101 AEUV für den sozialen Dialog auf Unionsebene ergeben (4.5.).

4.1. Bereichsausnahme durch Kommissionsentscheidung

Eine sehr wichtige Frage, die sich aus den vorstehenden Überlegungen ergibt, ist, welche Rechtsform ein unionsrechtlicher Rechtsakt annehmen sollte, mit dem klargestellt werden soll, dass sich der kartellrechtliche Ausnahmebereich zugunsten der Arbeitsmärkte auch auf Kollektivverträge zugunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen erstreckt und das Kartellverbot des Art. 101 AEUV somit einschränkend auszulegen ist. Denn nur durch den Erlass eines besonderen Rechtsaktes hierzu kann Gewerkschaften und anderen Verbänden von Plattformarbeitern einerseits sowie Plattformbetreibern und deren Verbänden andererseits die notwendige Rechtssicherheit gegeben werden, dass die Kartellbehörden – und zwar die Europäische Kommission in gleicher Weise wie die nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, so-

weit sie Art. 101 AEUV anwenden –³²⁷ grundsätzlich nicht gegen deren Kollektivverträge wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot einschreiten werden.

4.1.1. Änderung der Leitlinien der Kommission

Geht man von dem bereits erwähnten Verfahren aus, das die Europäische Kommission am 30. Juni 2020 eingeleitet hat, „um sicherzustellen, dass die EU-Wettbewerbsregeln nicht Tarifverhandlungen für diejenigen, die sie benötigen, entgegenstehen“,³²⁸ kommen verschiedene Lösungen für eine solche kartellrechtliche Freistellung in Betracht. So ist denkbar, dass die Europäische Kommission eine entsprechende Ausnahmeregelung in Leitlinien festlegt. Diesen Weg scheint sie tatsächlich auch beschreiten zu wollen, hat sie doch am 9. Dezember 2021 besondere „Leitlinien über die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Kollektivverträge über Beschäftigungsbedingungen für Solo-selbstständige“ vorgeschlagen.³²⁹ Möglich wäre aber auch, dass sie ihre Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit entsprechend ergänzt: Ein geeigneter Ort für eine solche Regelung wäre die Bestimmung der Leitlinien über den „Zweck und Anwendungsbereich“ (Ziffer 1.1.). An dieser Stelle könnte klargestellt werden, dass Kollektivverträge zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger gar nicht erst in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Kartellverbotes fielen. Eine entsprechende Ergänzung der bereits erwähnten De-minimis-Mitteilung der Europäischen Kommission hätte demgegenüber den Nachteil, dass sie suggeriert, es handele sich bei solchen Kollektivverträgen um Wettbewerbsbeeinträchtigungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV, die aber von den Kartellbehörden mangels Spürbarkeit nicht aufgegriffen werden sollen.

Die Rechtsnatur der Mitteilungen der Europäischen Kommission auf dem Gebiet des Kartellrechts braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Ausreichend ist die Feststellung, dass die Kommission durch Mitteilungen wie beispielsweise ihre De-minimis-Bekanntmachung die Ausübung ihres Ermessens beschränkt und nicht von ihnen abweichen kann, ohne gegen allgemeine Rechtsgrundsätze, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und

327 Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind nach Art. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 für die Anwendung des Art. 101 AEUV in Einzelfällen zuständig.

328 Dazu oben 2.5.2. m.w.N.

329 Vgl. Europäische Kommission, Anhang der Mitteilung der Kommission – Genehmigung des Inhalts des Entwurfs einer Mitteilung der Kommission „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“; dazu oben 2.5.2.

des Vertrauensschutzes, zu verstoßen.³³⁰ Sie binden indessen nicht die nationalen Kartellbehörden in den Mitgliedstaaten.³³¹ Bedenkt man, dass auch diese für die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Unionsrechts zuständig sind,³³² ist es somit nicht ausgeschlossen, dass sich in den Mitgliedstaaten Resistenzen gegen eine solche Bereichsausnahme für Kollektivverträge zugunsten wirtschaftlich abhängiger Selbständiger regen und sie sich an solche Leitlinien der Kommission nicht halten. An dieser Feststellung dürfte auch die Zusammenarbeit der europäischen und der nationalen Wettbewerbsbehörden im Rahmen des *European Competition Network (ECN)* nichts ändern, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass es sich dabei um ein Forum handelt, das eine Konvergenz der Rechtspraxis der Kartellbehörden im Binnenmarkt fördert.³³³

4.1.2. Rechtsverordnung oder Richtlinie nach Art. 103 AEUV

Ein anderer Weg, den kartellrechtlichen Ausnahmebereich für Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen anzuerkennen, könnte im Erlass einer Rechtsverordnung oder einer Richtlinie nach Art. 103 AEUV bestehen. Nach Art. 103 Abs. 1 AEUV werden die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen. Solche „zweckdienlichen“ Rechtsakte zur Verwirklichung der Wettbewerbsregeln des Vertrages können auch den Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV näher bestimmen, wie Art. 103 Abs. 2 lit. c AEUV klarstellt.

Eine solche Verordnung oder Richtlinie aufgrund von Art. 103 AEUV hätte den Vorzug, über eine Leitlinie hinausgehend den Status eines Rechtsaktes i.S.v. Art. 288 AEUV zu besitzen, der auch Rechtsverbindlichkeit für die Mitgliedstaaten entfaltet. Ein wesentlicher Nachteil könnte demgegenüber darin liegen, dass das Verfahren schwerfälliger ist, da es nicht nur eines Kommissionsvorschlages für einen solchen Rechtsakt, sondern auch einer Mehrheitsentscheidung innerhalb des Rates bedarf, was Abstimmungsprozesse zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten erfordert. Als Unionsgesetzgeber handelt in diesem Fall nicht der Rat „Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesund-

330 Vgl. z.B. EuGH v. 28.6.2005 – C-189/02 P u.a., ECLI:EU:C:2005:408, Rdnr. 211 (*Dansk Rørintustri u. a./Kommission*).

331 EuGH v. 13.12.2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rdnr. 29 (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence u.a.*); EuGH v. 14.6.2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rdnr. 21 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*).

332 Vgl. Art. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003.

333 Zum ECN siehe insbesondere die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (ABl. 2004 C 101/43).

heit und Verbraucherschutz“, sondern der für die Wettbewerbspolitik der Union zuständige Rat „Wettbewerbsfähigkeit“. Dieser ist für sozialpolitische Anliegen wie dem Schutz des Rechtes auf Kollektivverhandlungen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger möglicherweise weniger aufgeschlossen als der aus den Arbeits- und Sozialministern der Mitgliedstaaten zusammengesetzte Rat „Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz“.

4.1.3. Der EuGH als Wahrer des Unionsrechts

An eine Freistellung von Kollektivverträgen zum Schutz wirtschaftlich Abhängiger durch eine Mitteilung der Europäischen Kommission oder durch Richtlinie bzw. Rechtsverordnung nach Maßgabe von Art. 103 AEUV wäre der EuGH allerdings nicht gebunden. Würde der Gerichtshof mit der Frage der Vereinbarkeit solcher Kollektivverträge mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot befasst – z.B. durch ein Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichtes nach Art. 267 AEUV oder aufgrund einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV –, besteht angesichts des Urteils des Gerichtshofes vom 4. Dezember 2014³³⁴ in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie* durchaus ein gewisses Risiko, dass der kartellrechtliche Ausnahmereich für Kollektivverträge auf Arbeitnehmer und „Scheinselbständige“ beschränkt bleibt und infolgedessen Kollektivverträge zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen als im Widerspruch zu Art. 101 AEUV stehend angesehen werden. In einem solchen Falle müssten die Europäische Kommission sowie die Kartellbehörden ihre kartellbehördliche Praxis zu Art. 101 AEUV ändern und wären verpflichtet, dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV auch gegenüber den Parteien solcher Kollektivverträge Geltung zu verschaffen. Allerdings handelt es sich bei dem *FNV*-Urteil des EuGH um die Entscheidung einer Fünfer-Kammer und nicht um eine Entscheidung der Großen Kammer:³³⁵ Ob auch die Große Kammer des Gerichtshofes an den im Urteil vom 4. Dezember 2014 entwickelten Grundsätzen festhalten würde, ist ungewiss.

334 Dazu eingehend oben 3.4.2.1. m.w.N.

335 Zur Großen Kammer siehe Art. 27 VerfO EuGH.

4.2. Konturierung des Begriffs des wirtschaftlich abhängigen Selbständigen

Über die gesamte Untersuchung hinweg wurde der Begriff des wirtschaftlich abhängigen Selbständigen verwendet, um den Kreis derjenigen Personen festzulegen, die jenseits des Arbeitnehmerstatus das Recht auf Kollektivverhandlungen in Anspruch nehmen können und zu deren Schutz Kollektivverträge abgeschlossen werden dürfen. Der Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist nicht genauer konturiert worden. Werden nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Selbständige, die Arbeitnehmern vergleichbar eine Sonderstellung auf den für sie relevanten Märkten für Werk- oder Dienstleistungen einnehmen, vom allgemeinen Kartellverbot des Art. 101 AEUV ausgenommen, stellt sich die für die Praxis besonders wichtige Frage, wie der Personenkreis der davon begünstigten Selbständigen möglichst trennscharf bestimmt werden kann. An dieser Stelle sollen zumindest einige zentrale Gesichtspunkte für die Beantwortung dieser Frage angerissen werden.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass der vielfach gebrauchte Begriff der Soloselbständigkeit im vorliegenden Zusammenhang wenig leistungsfähig und deshalb auch nicht zielführend ist.³³⁶ Ein-Personen-Unternehmen sind nicht per se als wirtschaftlich abhängig anzusehen und können deshalb nicht als solche vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV freigestellt werden. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass einzelne Kategorien von Soloselbständigen nicht von einem bestimmten Unternehmen abhängig und sogar in der Lage sind, sehr hohe Umsätze zu erwirtschaften. Es bedarf somit weiterer Elemente für die Bestimmung des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit.

Geht man von den geltenden gesetzlichen Vorschriften des deutschen Arbeitsrechts aus, liegt dem Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit vor allem der Tatbestand der Auftragsabhängigkeit zugrunde. Historisch am Anfang, wenn auch inzwischen nicht mehr von großer Verbreitung ist der Tatbestand der Heimarbeit. Nach § 2 Abs. 1 Heimarbeitsgesetz (HAG) sind Heimarbeiter nämlich Personen, die in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit ihren Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeiten, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlassen. Ein wesentliches Charakteristikum des Heimarbeiterstatus liegt somit darin, dass Heimarbeiter lediglich für einen einzigen Auftraggeber tätig werden, der

336 Siehe oben 2.1.2. m.w.N.

das wirtschaftliche Risiko der Verwertung der Arbeitsergebnisse zu tragen hat.³³⁷ Auch der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person knüpft am Tatbestand der Auftragsabhängigkeit als zentralem Abgrenzungskriterium an: Voraussetzung für diesen Status ist, dass Beschäftigte auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages arbeiten, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und überwiegend für eine Person tätig sind oder ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht,³³⁸ bei Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, und bei Personen, die an der Erbringung, insbesondere der technischen Gestaltung solcher Leistungen unmittelbar mitwirken, liegt die Abhängigkeitsschwelle niedriger, das es bereits ausreicht, dass sie von ihrem Auftraggeber im Durchschnitt mindestens ein Drittel ihres Entgelts erhalten.³³⁹ Auch der Entwurf der Europäischen Kommission für „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“ nennt die Auftragsabhängigkeit als eine Gruppe von Solo-Selbständigen, die Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind (Ziffern 24–25).

Gerade die Beschäftigung von Selbständigen auf Plattformen zeigt jedoch, dass die Auftragsabhängigkeit zu eng ist, um den Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit abzubilden; dies ist bereits ausgeführt worden.³⁴⁰ Insbesondere in den praktisch verbreiteten Fällen einer Erbringung von Vermittlungsdiensten durch die Plattform, ohne dass zwischen ihr und dem Plattformbeschäftigten ein Werk- oder Dienstvertrag zustande kommt, wird der Tatbestand der Auftragsabhängigkeit im Verhältnis zum Plattformbetreiber typischerweise nicht erfüllt sein. Diese Gruppe von neuen Selbständigen, die zum großen Teil nur ein niedriges Einkommen erzielt und deshalb sozial schutzbedürftig ist, fällt infolgedessen nicht unter den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person i.S.v. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG.

Durch die Verengung der Diskussion auf den Tatbestand der Auftragsabhängigkeit gerät aus dem Blick, dass es auch noch andere Formen der wirtschaftlichen Abhängigkeit geben kann. Lehrreich hierfür ist ein Blick in das Kartellrecht. So bindet etwa das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB marktstarke Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht beste-

337 Statt vieler ErfK/Preis, HAG § 2, Rdnr. 10 m.w.N.

338 Vgl. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG.

339 § 12a Abs. 3 TVG.

340 Dazu oben 2.1.3.1.

hen. Dem lässt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit innerhalb einer Vertragsbeziehung vor allem durch das Fehlen der Möglichkeit gekennzeichnet ist, in zumutbarer Weise auf andere Privatrechtssubjekte auszuweichen, um mit diesen zu kontrahieren. Das Festhalten an einer bestimmten Vertragsbeziehung erweist sich somit gleichsam als „alternativlos“ für den Fortbestand der wirtschaftlichen Existenz eines Unternehmens. Kartellrechtliche Rechtsprechung und Literatur haben einzelne Fallgruppen einer solchen wirtschaftlichen Abhängigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen von marktstarken Unternehmen herausgearbeitet. So können zumutbare Ausweichmöglichkeiten außer im Falle der nachfragebedingten Abhängigkeit, die der Auftragsabhängigkeit entspricht, auch dann fehlen, wenn Unternehmen vom Sortiment eines Markenherstellers abhängig sind (sortimentsbedingte Abhängigkeit), einstufige Unternehmen in Abhängigkeit von vertikal integrierten Unternehmen z.B. bei der Beschaffung von Rohstoffen (z.B. Mineralölunternehmen) geraten (mangelbedingte Abhängigkeit) oder sich Unternehmen auf ein anderes Unternehmen so stark eingestellt haben (z.B. Vertragshändler im Verhältnis zu KFZ-Herstellern), dass ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen praktisch ausgeschlossen ist (unternehmensbedingte Abhängigkeit).³⁴¹

Vor diesem Hintergrund sollte der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit, der den Personenkreis von Selbständigen absteckt, zu deren Gunsten Kollektivverträge abgeschlossen werden dürfen, ohne dass gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV verstoßen wird, *de lege ferenda* weiter gefasst werden und neben der Auftragsabhängigkeit auch andere Ausprägungen der wirtschaftlichen Abhängigkeit erfassen. Mit Blick auf die Plattformarbeit ist denkbar, dass die Abhängigkeit Selbständiger von Plattformen als Märkten für Werk- oder Dienstleistungen, die sie anbieten, ebenfalls eine Form wirtschaftlicher Abhängigkeit darstellen kann,³⁴² die gesetzlich als ein Tatbestand geregelt werden sollte, welcher Selbständigen das Recht auf Kollektivverhandlungen gibt. In diese Richtung weist auch der Entwurf der Europäischen Kommission für „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“, der „Tarifverträge“ zum Schutz von Solo-Selbständigen, die ihre vertraglichen Leistung vor allem persönlich erbringen und über digitale Arbeitsplattformen arbeiten, als nicht von Art. 101 AEUV erfasst ansieht (dazu oben 2.5.2.). Das französische Recht hat mit der bereits erwähnten „*Loi El Khomri*“ von 2016 diesen Weg beschritten.³⁴³ Nach dem neuen Art. L. 7341-6 i.V.m. Art. L. 7342-1 Code du travail können selbständige Beschäftigte, die für die Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit die

341 Zu den einzelnen Formen der Abhängigkeit i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB im Überblick statt vieler *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20 GWB, Rdnr. 28 ff. m.w.N.

342 Zu den Einzelheiten siehe oben 2.1.3.1.

343 Dazu bereits oben 2.3.1. m.w.N.

Dienste einer elektronischen Plattform in Anspruch nehmen, Gewerkschaften bilden, ihnen beitreten und mit ihrer Hilfe auch ihre Interessen kollektiv wahrnehmen. Eine solche Regelung könnte als Vorbild dienen, um die kartellrechtliche Bereichsausnahme für wirtschaftlich abhängige Selbständige weiter zu konkretisieren. Sollte eine solche Regelung als zu weitgehend empfunden werden – immerhin folgt aus der Inanspruchnahme einer elektronischen Plattform nicht automatisch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Selbständigen von derselben –, ist zu überlegen, eine solche Regelung nur als gesetzliche Vermutung auszugestalten, die etwa dadurch widerlegt werden kann, dass in einem Gerichtsverfahren eine nur untergeordnete Inanspruchnahme der elektronischen Plattform durch den Selbständigen dargelegt und auch bewiesen werden kann.³⁴⁴

Aus Gründen der Praktikabilität könnte auch überlegt werden, den Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit mithilfe von gesetzlichen Vermutungsregeln einfacher für die Praxis handhabbar zu machen. So könnte beispielsweise ein monatliches Höchsteinkommen festgelegt werden, dessen Unterschreitung die (widerlegliche) gesetzliche Vermutung begründet, dass ein Selbständiger über kein angemessenes Einkommen verfügt und deshalb als einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig anzusehen ist. Bei der Konkretisierung der Angemessenheit des Einkommens könnte an arbeitsrechtlichen Wertungen angeknüpft werden, erbringen doch Selbständige in der Grauzone zum Arbeitnehmerstatus in vielen Fällen Leistungen, die früher von Arbeitnehmern erbracht wurden. Angesichts der Gefahr eines solchen Substitutionswettbewerbs und des Gedankens eines Umgehungsschutzes liegt es nahe, auf das Recht des Mindestlohnes zurückzugreifen und das angemessene Einkommen in Anlehnung an den monatlichen gesetzlichen Mindestlohn eines Vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 2 Satz 2 MiLoG i.V.m. der jeweils geltenden Mindestlohnverordnung³⁴⁵ zu bestimmen. Einen Schritt weiter geht der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 28. Oktober 2020 für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union,³⁴⁶ der verlangt, dass die Mitgliedstaaten bei der Bewertung der Angemessenheit der gesetzlichen Mindestlöhne deren Verhältnis zum allgemeinen Niveau zugrunde zu legen haben und dabei von Richtwerten auszugehen ha-

344 Zu denken ist an Fälle, in denen Personen nur nebenberuflich als Selbständige auf eine elektronische Plattform zurückgreifen und auch nur einen geringfügigen Teil ihres Einkommens aus dieser Tätigkeit beziehen.

345 Nach der derzeit geltenden Dritten Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns v. 9.11.2020 (BGBl. I S. 2356) beträgt der gesetzliche Stundenlohn seit dem 1.1.2022 9,82 Euro. Bei der Berechnung des monatlichen Mindestlohns könnte z.B. die durchschnittliche Wochenarbeitszeit in der betreffenden Branche oder in der Gesamtwirtschaft zugrunde gelegt werden; außerdem müsste noch ein Zuschlag für die private Vorsorge der Delbständigen hinzugerechnet werden.

346 COM(2020) 682 final.

ben, „wie sie auf internationaler Ebene üblich sind“.³⁴⁷ Eine solche quantitative gesetzliche Vermutungsregel hätte zwar einerseits den Nachteil, dass sie keine trennscharfe Bestimmung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Abhängigkeit erlaubt und gewiss auch über das Ziel hinausschießen kann. Andererseits würde eine solche quantifizierende Betrachtung ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleisten.

4.3. Zur Zulässigkeit von Kollektivverträgen jenseits der gesetzlichen Typen

Das deutsche Recht sieht für Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen verschiedene Rechtsrahmen vor: Neben dem TVG sind dies vor allem § 36 UrhG sowie – für Kollektivverträge über die Vertragsbedingungen einzelner Leistungserbringer der Krankenversicherungen – die Vorschriften des SGB V.³⁴⁸ Es hat sich indessen gezeigt, dass Selbständige wirtschaftlich abhängig sein können, ohne dass sie den Tatbestand der Auftragsabhängigkeit in § 12a Abs. 1 TVG erfüllen oder eine der anderen gesetzlich geregelten Typen von Kollektivverträgen nutzen können, um Mindestvertragsbedingungen zu normieren. Gerade für selbständig tätige Plattformbeschäftigte, die nicht mindestens die Hälfte ihres Umsatzes aus Aufträgen für einen bestimmten Auftraggeber erzielen, aber in anderer Weise sozial schutzbedürftig sind, kann dies zutreffen. Mit Blick auf diese schutzbedürftigen Personen stellt sich die Frage, ob zu ihrem Schutze auch Kollektivverträge abgeschlossen werden dürfen, auch wenn das Gesetz ihnen keinen Kollektivvertragstypus wie beispielsweise den Tarifvertrag zur Verfügung stellt.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass es gerade im Urheberbereich verschiedene Normenverträge zum Schutze von selbständigen Urhebern gibt, die lediglich den Charakter von Konditionenempfehlungen haben und sich keiner der gesetzlich geregelten Typen von Kollektivverträgen bedienen.³⁴⁹ Zu nennen sind hier der „Normenvertrag über den Abschluss von Verlagsverträgen“, der vom *Verband deutscher Schriftsteller (VS)* und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* am 19. Oktober 1978 vereinbart worden ist, und Empfehlungen für die zentralen Vertragsbedingungen in Verlagsverträgen mit Ausnahme

347 Vgl. Art. 5 Abs. 2 Kommissionsvorschlag. Ein Richtwert, der auf internationaler Ebene üblich ist, ergibt sich aus der Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für soziale Recht zum Recht auf eine angemessene Vergütung nach Art. 4 Nr. 1 ESC: Angemessen ist danach nur eine Vergütung, die mindestens 60% des durchschnittlichen nationalen Lohnes beträgt; vgl. *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, S. 85.

348 Siehe dazu den Überblick oben 2.2 m.w.N.

349 Vgl. oben 2.2.3.2. m.w.N.

von Regelhonoraren enthält. Auch der „Normenvertrag für den Abschluss von Übersetzungsverträgen“ vom 11. Mai 1992, der ebenfalls vom *Verband deutscher Schriftsteller (VS)* und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* vereinbart worden ist,³⁵⁰ gehört in diesen Zusammenhang. Mit Blick auf die Plattformbeschäftigung verdient hier der unter Beteiligung der IG Metall und des Deutschen Crowdsourcing Verbandes im Jahr 2017 ausgearbeitete Verhaltenskodex zur Crowdwork³⁵¹ Erwähnung: Auch wenn die empfohlenen Vertragsbedingungen sehr vage bleiben und insbesondere bei der Vergütung von Plattformarbeit nur eine „faire Bezahlung, die sich an den örtlichen Bedingungen orientiert“, empfohlen wird, handelt es sich doch um eine kollektivvertragliche Konditionenempfehlung für die Plattformwirtschaft. Denkbar sind aber auch Konditionenempfehlungen, die sich auf die Höhe der Vergütung für eine von Selbständigen erbrachte Werk- oder Dienstleistung, auf Fragen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes bei der Erbringung der vertraglichen Leistung erstrecken, Regeln über den Datenschutz oder die Schaffung eines Konfliktlösungsmechanismus (z.B. Güteverfahren) vorsehen. Auch ohne eine unmittelbare und zwingende Wirkung dieser Regelungen auf Einzelverträge von Selbständigen kann ein solcher Kollektivvertrag Selbständige schützen, wenn er sich innerhalb eines bestimmten Wirtschaftszweiges zum Standard entwickelt und seine Regelungen auf einzelvertraglicher Ebene Beachtung finden.

Kartellrechtlich sind solche kollektivvertraglichen Konditionenempfehlungen ohne weiteres zulässig. Die in dieser Untersuchung herausgearbeitete kartellrechtliche Bereichsausnahme zugunsten von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger differenziert nicht danach, ob die von beiden Marktseiten zum Schutz dieser Personengruppe bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung in Form eines gesetzlich geregelten Kollektivvertrages erfolgt (z.B. Tarifvertrag nach § 12a TVG), der unmittelbar und zwingende Wirkung auf Vertragsverhältnisse entfaltet,³⁵² oder ob sich die Kollektivvertragsparteien zur Regelung von Mindestvertragsbedingungen des allgemeinen Vertragsrechts bedienen. Auch ist es den nationalen Kartellbehörden – also in Deutschland dem BKartA und den nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden (vgl. § 48 Abs. 1 GWB) – verwehrt, bei der Auslegung des nationalen Kartellverbotes (§ 1 GWB) Kollektivverträge zum Schutz

350 Ausführlicher zur Entstehung und den Hintergründen der beiden zwischen VS und dem *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.* vereinbarten Normenverträgen *Sieger*, ZUM 1986, S. 319 ff. m. w. N.

351 Vgl. Code of Conduct: Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdwork – Leitfaden für eine gewinnbringende und faire Zusammenarbeit zwischen Crowdsourcing-Unternehmen und Crowdworkern, abrufbar unter: <http://www.crowdsourcing-code.de/> (abgerufen am 15.12.2021). Dazu *Christiane Benner*, Crowdworking gestalten – IG Metall 4.0, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Hrsg.), *Selbständige Unselbständigkeit – Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle*, S. 143 (147).

352 Für den Tarifvertrag vgl. § 12a Abs. 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1, 5 Abs. 4 TVG. Für die Wirkung von gemeinsamen Vergütungsregeln für Urheber siehe § 36 Abs. 1 i.V.m. § 32 Abs. 2 Satz 1 UrhG.

von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen als nicht privilegierte Vereinbarungen zu qualifizieren und eine Verbotsverfügung zu erlassen. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung) ordnet nämlich an, dass die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht einschränken oder die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen oder durch eine Freistellungsverordnung erfasst sind. Es gilt somit ein Vorrang des EU-Kartellrechts gegenüber dem nationalen Recht, mit dem ein kartellrechtliches *level-playing field* im Binnenmarkt aufrechterhalten werden soll.³⁵³ Nationale Kartellbehörden und Gerichte dürfen infolgedessen nicht die im Rahmen von Art. 101 AEUV bestehende kartellrechtliche Ausnahme zugunsten von Kollektivverträgen, die wirtschaftlich abhängige Selbständige schützen, durch eine strengere Auslegung von § 1 GWB aushebeln.

Für die Zulässigkeit von Kollektivverträgen zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger, die nicht als Tarifvertrag oder in Form eines anderen, gesetzlich geregelten Kollektivvertragstypus erfolgt, spricht außerdem das Recht auf Kollektivverhandlungen, das auch diesem Personenkreis zusteht.³⁵⁴ Wären die Kollektivvertragsparteien auf die bestehenden Typen von Kollektivverträgen (Tarifvertrag, gemeinsame Vergütungsregeln) beschränkt, bliebe nämlich das Recht auf Kollektivverhandlungen für einen nicht unerheblichen Teil der geschützten wirtschaftlich abhängigen Selbständigen *lettre morte*: Denn gerade selbständige Plattformbeschäftigte werden in der Regel nicht den Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit i.S.v. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG erfüllen. Somit gebietet auch eine Auslegung des deutschen Rechts im Lichte der völkerrechtlichen Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen die Zulassung von kollektivvertraglich vereinbarten Konditionenempfehlungen zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen. Das geltende Recht kennt infolgedessen keinen Numerus Clausus von Kollektivverträgen.

Somit darf zusammenfassend festgehalten werden, dass Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger, welche die kartellrechtliche Bereichsausnahme für diesen Personenkreis ausnutzt, auch abgeschlossen werden, ohne dass das nationale Recht der jeweils betroffenen Mitgliedstaaten einen eigenständigen Kollektivvertragstypus hierfür vorsieht. Vielmehr steht es

353 Siehe *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel, BeckOK Kartellrecht, Kartellverfahrens-VO Art. 3, Rdnr. 6.

354 Dazu ausführlich oben 3.4.3. m.w.N.

den Kollektivvertragsparteien frei, Regelungen in Gestalt von Konditionenempfehlungen zugunsten von Einzelverträgen mit wirtschaftlich abhängigen Selbständigen zu treffen. Um in den Genuss der kartellrechtlichen Bereichsausnahme zu gelangen, muss es sich allerdings um kollektivvertraglich vereinbarte Konditionenempfehlungen handeln; von einer Marktseite einseitig aufgestellte Konditionenempfehlungen (z.B. von einer Vereinigung von Auftraggebern oder einer Gewerkschaft aufgestellte „Musterhonorarsätze“)³⁵⁵ sind nicht privilegiert, da die Geltungseinschränkung des Art. 101 AEUV wesentlich in dem durch Art. 28 GRC gewährleisteten Recht auf Kollektivverhandlungen wurzelt³⁵⁶ und es deshalb auf eine von beiden Marktseiten getragene Vereinbarung ankommt.

4.4. Zur Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen

Eine weitere Folgefrage, die im Rahmen dieser Untersuchung nur angedeutet werden soll, ist die Vereinbarkeit von Kampfmaßnahmen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger, um den Abschluss eines angemessenen Kollektivvertrages zu ihren Gunsten durchzusetzen, mit dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV. Denn das Gegenmachtprinzip wird erst dann ein effektives Instrument zum Schutze dieser Personengruppe sein können, wenn sie bzw. ihre Verbände im Verhältnis zur Marktgegenseite wirtschaftlichen Druck entfalten können. Art. 101 AEUV verbietet grundsätzlich allerdings auch Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Boykott oder Streik von Unternehmen. Tatsächlich ist es auch schon zu solchen kollektiven Aktionen von Plattformbeschäftigten gekommen, um ihren Forderungen nach einer Verbesserung ihrer Vertragsbedingungen Nachdruck zu verleihen.³⁵⁷

Ökonomisch betrachtet handelt es sich bei solchen Kampfmaßnahmen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger letztlich um Sperren, die gegenüber Angehörigen der Marktgegenseite verhängt werden, etwa in Gestalt einer kollektiven Weigerung, Aufträge zu übernehmen oder durchzuführen. Ein Beispiel für eine solche Kampfmaßnahme von Selbständigen war der Boykottaufruf eines Verbandes von Physiotherapeuten gegen die gesetzlichen Krankenkassen,

355 Ein Beispiel für solche Konditionenempfehlungen einer Marktseite sind die „Richtlinien für Arbeitsverträge“ des bpa Arbeitgeberverband e.V., eines Arbeitgeberverbandes der Sozialwirtschaft; die Richtlinien sind i.d.F. v. 10.9.2018, abrufbar unter: https://www.bpa-arbeitgeberverband.de/fileadmin/user_upload/MAIN-dateien/AVR/AVR_Mantel_Homepage.pdf (abgerufen am 15.12.2021).

356 Dazu ausführlich oben 3.4.3.

357 Dazu insbesondere *Kilboffer u.a.*, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, S. 257 m. Beispielen.

um den Abschluss eines neuen Kollektivvertrages mit den Kassen nach § 125 SGB V durchzusetzen.³⁵⁸

Im deutschen Kartellrecht verbietet § 21 Abs. 1 GWB Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, andere Unternehmen oder Vereinigungen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren aufzufordern. In jüngerer Zeit wurden beispielsweise Boykottmaßnahmen von Milchbauern gegen Molkereien zur Erzielung höherer Abnahmepreise für ihre Milch vom Bundeskartellamt als Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB angesehen.³⁵⁹ Doch auch das unionsrechtliche Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst grundsätzlich wirtschaftliche Boykottmaßnahmen von Unternehmen. Es stellt sich somit die Frage, ob auch Kampfmaßnahmen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger für den Abschluss eines Kollektivvertrages unter dieses Verbot fallen.

Das Arbeitskampfrecht ist nach Art. 153 Abs. 5 AEUV von der sozialpolitischen Zuständigkeit der Union ausdrücklich ausgenommen. Eine Angleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen wirtschaftlich abhängiger Selbständiger zur Erzwingung eines Kollektivvertrages ist deshalb ausgeschlossen. Wohl aber spricht der zuvor herausgearbeitete Befund, dass in den persönlichen Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach Art. 28 GRC auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einbezogen sind, grundsätzlich dafür, dass dies auch für das ebenfalls durch diese Chartavorschrift gewährleistete Grundrecht auf kollektive Maßnahmen gilt. Es ist nämlich nicht einsichtig, warum für Letzteres ein engerer persönlicher Geltungsbereich bestehen sollte als für das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen. Auch hängt die Effektivität des dem Modell der Kollektivverhandlungen zugrunde liegenden Gegenmachtprinzips wesentlich von der Möglichkeit zur Ausübung wirtschaftlicher Macht gegenüber dem Gegenspieler ab.³⁶⁰ Ebenso wie im Arbeitsrecht besteht auch hier ein enger Nexus zwischen Kollektivvertragsfreiheit und Möglichkeit einer Entfaltung wirtschaftlichen Druckes.

358 Das BSG hielt den Boykottaufruf für zulässig; vgl. BSG v. 25.9.2001 – B 3 KR 14/00, SGB 2003, S. 358 m. zust. Anm. *Plagemann/Seifert*.

359 Vgl. BKartA v. 12.11.2008 – B 2 – 100/08 (*Bundesverband Deutscher Milchhalter*). Bestätigt durch OLG Düsseldorf v. 9.9.2009 – VI-Kart 13/08 (V) und BGH v. 8. 6. 2010 – KVZ 46/09, NJOZ 2010, S. 1923.

360 Ähnlich *Schlachter*, Gedächtnisschrift Zachert, S. 634 ff.

4.5. Der soziale Dialog auf Unionsebene

Die Gewährleistung des Rechts auf Kollektivverhandlungen auch für wirtschaftlich abhängige Selbständige und deren Organisationen wirkt sich auch auf den sozialen Dialog auf Unionsebene aus, wie er in den Art. 154-155 AEUV ausgeformt ist. Die zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene geführten Verhandlungen über einzelne Gegenstände der Sozialpolitik können nach Art. 155 Abs. 1 AEUV zu vertraglichen Beziehungen zwischen ihnen führen. Art. 155 Abs. 2 Satz 1 AEUV sieht zwei verschiedene Durchführungsformen für Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner vor: die Überführung in Unionsrecht aufgrund eines Beschlusses des Rates auf Vorschlag der Kommission oder aber, was hier von besonderem Interesse ist, eine Durchführung nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten.

Solche Sozialpartnervereinbarungen, die sich zu ihrer Durchführung nicht des starken Arms des Unionsrechts bedienen, sondern die Durchführung in den einzelnen Mitgliedstaaten verbandsautonom organisieren oder die Mithilfe der Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen, gibt es inzwischen einige. Im sog. branchenübergreifenden sozialen Dialog ist zuletzt im Juni 2020 eine „Europäische Sozialpartner Rahmenvereinbarung über Digitalisierung“ abgeschlossen worden.³⁶¹ Darüber hinaus gibt es inzwischen viele Vereinbarungen auf der Ebene einzelner Sektoren, die mehr oder weniger „harte“ Rechtsregeln zum Schutze von Beschäftigten vorsehen.³⁶²

Auch die Effektivität von Vereinbarungen zwischen den europäischen Sozialpartnern nach Art. 155 Abs. 1 AEUV setzt eine Kartellbefugnis voraus. Dies gilt insbesondere für deren Durchführung in den Mitgliedstaaten. Eine Durchführung dieser Vereinbarungen nach den jeweiligen Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten wird nämlich normalerweise durch die Sozialpartner der einzelnen Mitgliedstaaten in Gestalt von Kollektivverträgen erfolgen, deren Bedeutung für das jeweils betroffene nationale Arbeitsleben wesentlich davon abhängen wird, dass die kollektivvertraglichen Regelungen Arbeitsmärkte in diesem Sinne kartellieren dürfen und nicht durch das Kartellverbot des Art. 101 AEUV ausgeschlossen sind.

³⁶¹ European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation.

³⁶² Für einen guten Überblick über die Spannweite der im Rahmen des europäischen sozialen Dialoges verabschiedeten Texte siehe *European Commission*, Vademecum – Commission support to EU Social Dialogue: A Practical Guide for European Social Partner Organisations and their National Affiliates, S. 22 ff.

Die unter 3. herausgearbeitete Einschränkung des allgemeinen Kartellverbotes des Art. 101 Abs. 1 AEUV für Kollektivvereinbarungen von Verbänden wirtschaftlich abhängiger Beschäftigter hat auch Folgen für den Geltungsbereich der Kollektivvertragsautonomie der europäischen Sozialpartner nach Art. 155 Abs. 1 AEUV. Auch für diese Personen und somit ebenfalls für Kleinstunternehmen dürfen die europäischen Sozialpartner Kollektivverhandlungen führen und auch Vereinbarungen abschließen. Derzeit scheint es noch keine branchenübergreifenden oder sektoriellen europäischen Sozialpartnervereinbarungen zu geben, die jenseits von Arbeitnehmern auch einzelne Gruppen von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen schützen.³⁶³ Es ist aber nicht zu verkennen, dass der soziale Dialog auf Unionsebene beträchtliches Potenzial in sich birgt, den sozialpolitischen Schutz dieser Personengruppe durch Vereinbarungen voranzutreiben, die von der Europäischen Kommission aufgegriffen werden können.³⁶⁴ Ein wichtiger Lernprozess könnte somit darin bestehen, dass die europäischen Sozialpartner beispielsweise versuchen, Regelungen über Plattformarbeit zu verabreden, und zwar solche nicht nur zum Schutze von Plattformbeschäftigten, die Arbeitnehmerstatus besitzen, sondern auch von Selbständigen, die vergleichbar Arbeitnehmern schutzbedürftig sind. Die bereits erwähnte Europäische Rahmenvereinbarung über Digitalisierung schöpft dieses Potenzial indessen überhaupt nicht aus, beschränkt sie doch ihren Geltungsbereich auf Arbeitsverhältnisse.³⁶⁵

363 Die im Rahmen des europäischen sozialen Dialoges geschlossenen Sozialpartnervereinbarungen sind abrufbar auf der Website der Europäischen Kommission unter: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catid=521> (abgerufen am 15.12.2021).

364 Allerdings ist hierzu einschränkend anzumerken, dass nach Ansicht des EuG in seinem Urt. v. 24.10.2019 (T-310/18, ECLI:EU:T:2019:757 – *European Federation of Public Service Unions [EPSU]/Europäische Kommission*) und des EuGH (Urt. v. 2.9.2021 – C-928/19 P, ECLI:EU:C:2021:656), der dieses Urteil bestätigt hat, die Europäische Kommission nicht verpflichtet ist, einen durch die vertragsschließenden europäischen Sozialpartner nach Art. 155 Abs. 2 Alt. 2 AEUV gemeinsam eingereichten Antrag auf Durchführung der Sozialpartnervereinbarung stattzugeben und an den Europäischen Rat zur Beschlussfassung weiterzuleiten.

365 Unter der Überschrift „Scope“ bestimmt das *European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation* ausdrücklich: „It covers all workers and employers in the public and private sectors and in all economic activities including in activities using online platforms where an employment relationship exists, as defined nationally.“

5. Ergebnisse der Untersuchung

Abschließend sind die zentralen Ergebnisse der Untersuchung zur Vereinbarkeit von Kollektivverträgen zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot (Art. 101 AEUV) noch einmal kurz zusammenzufassen.

1. In einem ersten Schritt wurden wichtige Vorfragen für die Beantwortung der Problemstellung dieser Untersuchung in den Blick genommen.

a) Kollektivverträge, insbesondere Tarifverträge, tragen den Besonderheiten der Arbeitsmärkte Rechnung. Ihnen liegt die Annahme zugrunde, dass infolge der Personengebundenheit der Arbeitsleistung fehlende Mindestarbeitsbedingungen zu einem ruinösen Unterbietungswettbewerb auf den Arbeitsmärkten führen können. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass diese Annahme eines Konkurrenzparadoxons auf den Arbeitsmärkten zunehmend in Frage gestellt wird, kann eine solche Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs zwischen Arbeitnehmern in bestimmten Situationen durchaus bestehen. Auch geht das geltende Recht letztlich von einer solchen Gefahr aus, wenn es auf nationaler Ebene die Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) und im Unionsrecht (Art. 28 GRC) sowie im Völkerrecht (z.B. IAO-Übereinkommen Nr. 98, Art. 6 Abs. 2 ESC) das Recht auf Kollektivverhandlungen gewährleistet und somit auf die Bildung von Gegenmacht auf den Arbeitsmärkten setzt.

Eine Arbeitnehmern vergleichbare Stellung auf den für sie relevanten Märkten für Werk- und Dienstleistungen haben wirtschaftlich abhängige Selbständige, soweit sie ihre vertraglichen Leistungen persönlich und ohne Mitarbeit von Beschäftigten erbringen. Auch sie sind in Krisenzeiten dem Risiko eines Unterbietungswettbewerbs ausgesetzt. Ebenso sind selbständige Plattformbeschäftigte diesen Marktbesonderheiten ausgesetzt. Ausschlaggebend hierfür ist, dass Plattformbetreiber ihnen den Zugang zu einem Markt für Werk- oder Dienstleistungen verschaffen und Plattformbeschäftigte infolge des sie regelmäßig treffenden Lock-in-Effektes von der Plattform wirtschaftlich abhängig werden.

b) Im deutschen Recht ist das Kartellverbot des § 1 GWB zugunsten von Kollektivverträgen zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger durch verschiedene gesetzliche Regeln ausdrücklich eingeschränkt. Dies gilt namentlich für den Bereich der Heimarbeit (§ 17 HAG), für arbeitnehmerähnliche Personen mit Ausnahme von Handelsvertretern (§ 12a TVG) sowie für Urheber, zu deren Gunsten nach Maßgabe von § 36 UrhG gemeinsame Vergütungsregeln abgeschlossen werden dürfen. Auch ist in diesem Zusammenhang auf die ver-

schiedenen im Recht der Leistungserbringung (SGB V) anerkannten Kollektivverträge zu verweisen.

c) Bereits eine lediglich oberflächliche rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass eine zunehmende Zahl von Mitgliedstaaten der Union das Recht auf Kollektivverhandlungen auch auf wirtschaftlich abhängige Selbständige oder auf einzelne Gruppen derselben erstreckt, wenn auch der Tatbestand der begünstigten Selbständigen im Einzelnen divergieren mag. Diese neuere Rechtsentwicklung in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ist jedoch noch nicht so weit fortgeschritten, dass sämtliche Mitgliedstaaten eine solche Ausweitung des persönlichen Geltungsbereiches ihres Systems der Kollektivverhandlungen vorgenommen haben. Von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der in allen nationalen Rechten der Mitgliedstaaten anerkannt ist, kann deshalb keine Rede sein.

d) In jüngster Zeit sind im Ausland bereits einige wenige Kollektivverträge zum Schutz von Plattformbeschäftigten abgeschlossen worden, die teilweise auch Mindestvergütungen vorsehen. Unter Beteiligung der IG Metall und mehreren Plattformen ist ein Verhaltenskodex zu Crowdwork aufgestellt worden, der einzelne Konditionenempfehlungen enthält.

e) Der Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger im Unionsrecht ist bislang nur bruchstückhaft ausgeformt worden. Die allermeisten Vorschriften des Arbeitsrechts der Union sind nur auf Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Art. 45 AEUV oder auf Arbeitnehmer nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten anwendbar. Ausdehnungen auf wirtschaftlich abhängige Selbständige gibt es nur ausnahmsweise. Lediglich die Regeln des Diskriminierungsrechts der Union gelten auch für Selbständige, soweit es um den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit geht. Allerdings hat die derzeitige Europäische Kommission die Absicht, Kollektivverträge zum Schutze von Plattformbeschäftigten, die ihre Werk- oder Dienstleistungen teilweise in Selbständigkeit erbringen, vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV auszunehmen und hat am 9. Dezember 2021 hierzu Leitlinien vorgeschlagen.

2. Die sich anschließende Untersuchung der Frage der Vereinbarkeit kollektivvertraglicher Regelungen zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen mit dem in Art. 101 AEUV verankerten unionsrechtlichen Kartellverbot hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

a) Kollektivverträge können den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen. Soweit dies der Fall ist, besteht grundsätzlich keine Freistellung nach Maßgabe von Art. 101 Abs. 3 AEUV.

Wirtschaftlich abhängige Selbständige werden trotz ihrer sozialen Nähe zum Arbeitnehmerstatus kartellrechtlich als Unternehmen behandelt und sind somit Adressaten des unionsrechtlichen Kartellverbotes. Kollektivverträgen zu ihrem Schutz liegen jedenfalls auf der Seite der Selbständigen ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung (z.B. Gewerkschaft) zugrunde; bei Kollektivverträgen, die auch auf Auftraggeberseite von einem Verband abgeschlossen worden sind, liegen auf beiden Seiten Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen vor, die dem Vertragsschluss vorausgehen.

Derartige Kollektivverträge sind auf Wettbewerbsbeschränkungen angelegt und somit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen: Bei Verbandskollektivverträgen sollen sowohl Angebots- als auch Nachfragewettbewerb um Werk- oder Dienstleistungen durch die Festlegung von Mindestvertragsbedingungen neutralisiert werden, bei Unternehmenskollektivverträgen lediglich der Angebotswettbewerb zwischen Selbständigen. Allerdings sind Gegenstände denkbar, die sich als wettbewerbsneutral erweisen und infolgedessen auch nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen: Dies gilt namentlich für Regelungen über das Rating von Plattformbeschäftigten oder auch über Konfliktlösungsmechanismen wie Mediations- oder Ombudsverfahren.

Kollektivverträge zum Schutz wirtschaftlich abhängiger Selbständiger erfüllen in vielen Fällen auch das Merkmal der spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, wenn ihr Anteil am relevanten Markt mindestens 5 % beträgt und der Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Werk- und Dienstleistungen einen Betrag von 40 Millionen Euro überschreitet. Verbandskollektivverträge dürften in den meisten Fällen eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen, bei Unternehmenskollektivverträgen hängt dies von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere vom Anteil des betroffenen Unternehmens an dem relevanten Markt für Werk- oder Dienstleistungen, ab.

Soweit der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, kommt eine Freistellung der mit Kollektivverträgen verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen weder nach den geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen noch aufgrund des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Regelungen über die Vergütung von Selbständigen sind schon als Kernbeschränkungen nicht freistellungsfähig und für andere wettbewerbsbeschränkende Inhalte von Kollektivverträgen wird im Normalfall kaum dargelegt werden können, dass die mit einem Kollektivvertrag verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen zu Effizienzgewinnen führen, die an Dritte weitergegeben werden.

b) Art. 101 AEUV ist allerdings einschränkend auszulegen, soweit es um seine Anwendung auf Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich ab-

hängigen Selbständigen geht. Ebenso wie für Kollektivverträge, die dem Schutz von Arbeitnehmern dienen, besteht auch für Kollektivverhandlungen zugunsten dieser Gruppe von Beschäftigten ein kartellrechtlicher Ausnahalebereich. Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Albany* ist somit auf Kollektivverhandlungen zugunsten dieser Personengruppe zu erstrecken.

(1) Diese kartellrechtliche Ausnahme folgt *zum einen* aus einer Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs der Vorschriften des AEUV über die Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV). Die Rechtsprechung des EuGH hat zwar insoweit die Tendenz, den Begriff des Arbeitnehmers so auszulegen, dass er nicht auch Selbständige einschließt, doch spricht insbesondere eine teleologische Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in den Art. 151 ff. AEUV dafür, die sich am Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV orientierende Rechtsprechung fortzuentwickeln und auch wirtschaftlich abhängige Selbständige in den Schutzbereich der Sozialpolitik der Union einzubeziehen.

(2) *Zum anderen* ist die Ausdehnung des für arbeitnehmerschützende Kollektivverträge auf wirtschaftlich abhängige Selbständige auch im Lichte der grundrechtlichen Gewährleistung des Rechts der Kollektivverhandlungen in Art. 28 GRC geboten. Der persönliche Schutzbereich dieses Grundrechts schließt grundsätzlich auch wirtschaftlich abhängige Selbständige ein. Die zentralen Argumente für dieses Verständnis von Art. 28 GRC sind eine teleologische Auslegung des Rechts auf Kollektivverhandlungen – auch wirtschaftlich abhängige Selbständige, die ohne Mitarbeit von Beschäftigten ihre Werk- oder Dienstleistungen persönlich erbringen, sind der Gefahr des Arbeitsmärkte prägenden Konkurrenzparadoxon ausgesetzt – sowie eine Auslegung von Art. 28 GRC im Lichte der völkerrechtlichen Garantien des Rechts auf Kollektivverhandlungen, die von allen Mitgliedstaaten der Union ratifiziert worden sind und nach Art. 53 GRC einen Mindeststandard für die Charta vorgeben: Sowohl das Recht der IAO als auch die Instrumente des Europarates (Art. 6 Abs. 2 ESC und Art. 11 EMRK) beziehen nämlich in den Schutzbereich ihrer Gewährleistungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen auch Selbständige ein.

(3) Aus anderen Vorschriften des Unionsrechts – namentlich aus der sozialpolitischen Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV, der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer sowie der Europäischen Säule Sozialer Rechte – lässt sich indessen ein kartellrechtlicher Ausnahalebereich für Kollektivverhandlungen nicht begründen.

3. Abschließend wurden noch einzelne Folgefragen der vorliegenden Untersuchung angerissen.

a) Eine wichtige Folgefrage, die sich stellt, ist, in welcher Rechtsform der kartellrechtliche Ausnahmereich für Kollektivverträge zum Schutze von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen verankert werden sollte. So ist denkbar, dass die Europäische Kommission eine entsprechende Ausnahmeregelung in Leitlinie festlegt. Diesen Weg scheint sie tatsächlich beschreiten zu wollen, hat sie doch am 9. Dezember 2021 besondere „Leitlinien über die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“ vorgeschlagen. Möglich wäre allerdings auch, eine Regelung dieses Inhaltes in die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit aufzunehmen, etwa in der Regelung über „Zweck und Anwendungsbereich“ (Ziffer 1.1.). Eine Freistellung würde indessen nicht die nationalen Kartellbehörden in den Mitgliedstaaten binden. Auch wäre eine solche Mitteilung der Überprüfung durch den EuGH zugänglich (z.B. in einem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV oder aufgrund einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV). Der Gerichtshof ist und bleibt somit die letzte Instanz, die über die Frage zu entscheiden hat. Angesichts der eine eher einschränkende Auslegung des kartellrechtlichen Ausnahmereiches befürwortenden Entscheidung des Gerichtshofes vom 4. Dezember 2014³⁶⁶ in der Rechtssache *FNV Kunsten Informatie* besteht durchaus ein gewisses Risiko, dass der kartellrechtliche Ausnahmereich für Kollektivverträge auf Arbeitnehmer und „Scheinselbständige“ beschränkt bleibt und infolgedessen Kollektivverträge zum Schutz von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen Art. 101 AEUV verletzen. In einem solchen Falle müssten die Europäische Kommission sowie die Kartellbehörden ihre kartellbehördliche Praxis zu Art. 101 AEUV ändern und wären verpflichtet, dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV auch gegenüber den Parteien solcher Kollektivverträge Geltung zu verschaffen. Allerdings handelt es sich bei dem *FNV*-Urteil des EuGH um eine Kammerentscheidung und nicht um eine Entscheidung der Großen Kammer:³⁶⁷ Ob auch die Große Kammer des Gerichtshofes an den im Urteil vom 4. Dezember 2014 entwickelten Grundsätzen festhalten würde, ist ungewiss.

b) Zur Frage des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Selbständigkeit, der letztlich über die Reichweite der kartellrechtlichen Bereichsausnahme in Art. 101 AEUV entscheidet, hat die Untersuchung zu dem Ergebnis geführt, dass der derzeit im Arbeitsrecht gesetzlich geregelte Tatbestand, der am Bestehen einer Auftragsabhängigkeit anknüpft (z.B. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG), nur eine bestimmte Form der wirtschaftlichen Abhängigkeit anerkennt und gerade die Entwicklung der Plattformbeschäftigung in den letzten Jahren nicht abbilden kann. *De*

³⁶⁶ Dazu eingehend oben 3.4.2.1. m.w.N.

³⁶⁷ Zur Großen Kammer siehe Art. 27 VerfO EuGH.

lege ferenda sollte der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit deshalb auch die Abhängigkeit von Selbständigen im Verhältnis zu einer elektronischen Plattform einbeziehen, wie dies z.B. im französischen Recht aufgrund der *Loi El Khomri* von 2016 geschehen ist. Überlegenswert ist aber auch, aus Gründen der Rechtssicherheit eine quantitative Größe für die Bestimmung der Reichweite der kartellrechtlichen Ausnahme innerhalb von Art. 101 AEUV heranzuziehen: Denkbar ist etwa, das unionsrechtliche Kartellverbot nicht auf solche Kollektivverträge zum Schutze von Selbständigen anzuwenden, soweit deren monatliches Einkommen unterhalb der Armutsgrenze oder unterhalb des monatlichen gesetzlichen Mindestlohns (zuzüglich eines Zuschlages für die private Vorsorge) liegt.

c) Kollektivverträge zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger, welche die kartellrechtliche Bereichsausnahme für diesen Personenkreis ausnutzen, dürfen auch abgeschlossen werden, ohne dass das nationale Recht der jeweils betroffenen Mitgliedstaaten einen eigenständigen Kollektivvertragstypus hierfür vorsieht. Auch vertraglich zwischen beiden Marktseiten vereinbarte Konditionenempfehlungen zugunsten von Einzelverträgen mit wirtschaftlich abhängigen Selbständigen sind zulässig. Die Zulassung solcher gesetzlich nicht geregelten Kollektivverträge gebietet sogar das Recht auf Kollektivverhandlungen, das in seinen persönlichen Geltungsbereich auch wirtschaftlich abhängige Selbständige einbezieht.

d) Ferner stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von kollektiven Maßnahmen (Sperrung, Boykott) zur Erzwingung eines Kollektivvertrages zum Schutze wirtschaftlich abhängiger Selbständiger. Diese Frage steht zur Problemstellung der vorliegenden Untersuchung in einem komplementären Verhältnis und bedarf noch einer gründlicheren Untersuchung. Die Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger in den persönlichen Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen nach Art. 28 GRC legt indessen die Schlussfolgerung nahe, dass dieser Beschäftigtengruppe auch das Recht auf kollektive Maßnahmen zugutekommen muss.

e) Die Annahme eines kartellrechtlichen Ausnahmereichs zugunsten von Kollektivverträgen, die wirtschaftlich abhängige Selbständige schützen, hat auch Folgen für den sozialen Dialog auf Unionsebene. Auch für diese Selbständigen können somit Sozialpartnervereinbarungen nach Maßgabe von Art. 155 Abs. 1 und 2 AEUV abgeschlossen und durchgeführt werden. Bislang haben die europäischen Sozialpartner allerdings weder vom branchenübergreifenden noch von den sektoriellen sozialen Dialogen Gebrauch gemacht, wie das jüngste Beispiel der Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner über Digitalisierung (2020) zeigt. Gleichwohl besitzt der soziale Dialog auf Unionsebene aber großes Potenzial für eine Verstärkung des Schutzes von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen.

Literatur

Ackermann, Thomas: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB nach der 7. GWB-Novelle, in: *Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.)*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt – 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch, 27. November 2009, München 2010.

Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg: BeckOK, Urheberrecht, 32. Edition (Stand: 15.9.2021), München 2020.

Bacher, Klaus/Hempel, Rolf: BeckOK Kartellrecht, 1. Edition (Stand: 1.6.2020), München 2021.

Barnard, Catherine: EU Employment Law, 4. Auflage, Oxford 2012.

Bartholomeyczik, Horst: Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 40. Auflage, München 2021.

Bayreuther, Frank: Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe, Band 26, Frankfurt am Main 2018.

Bayreuther, Frank: Selbständige im Tarif- und Koalitionsrecht, SR 2019, S. 4.

Bayreuther, Frank: Arbeitnehmereigenschaft und die Leistung fremdbestimmter Arbeit am Beispiel des Crowdworkers, RdA 2020, S. 241.

Bechtold, Rainer: Ladenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht, in: *Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich/Rieble, Volker/Röder, Gerhard/Schunder, Achim (Hrsg.)*, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 109.

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 185, 186), 9. Auflage, München 2018.

Bernsdorff, Norbert/Borowsky, Martin: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Baden-Baden 2002.

Bien, Florian/Käseberg, Thorsten/Klumpe, Gerhard/Körber/Torsten/Ost, Konrad (Hrsg.): Die 10. GWB-Novelle – Das neue Kartellrecht, München 2021.

Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Dordrecht – Heidelberg – London – New York 2009.

Bourazeri, Konstantina: Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloselbändiger Crowdworker, NZA 2019, S. 741.

Bramshuber, Elisabeth: Das Recht auf Streik nach Art. 28 Grundrechtecharta – Ein Beitrag zur inhaltlichen Verortung, EuZA 2016, S. 46.

Brentano, Lujo von: Die wirtschaftliche Grundlage der Arbeiterfrage, in: Mombert, Vorname, Ausgewählte Lesestücke zum Studium der Politischen Ökonomie, 2. Auflage, Karlsruhe 1919, S. 151 ff.

Bundeskartellamt: Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Bonn 2016, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.html> (Stand: 15.12.2021).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Arbeit weiterdenken – Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017.

Callies, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016.

Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio: The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Volume 109, Alphen aan den Rijn 2021, S. 3.

Cruz-Villalón, Jesus: Los acuerdos de interés profesional, in: *Cruz-Villalón, Jesús/Valdés Dal-Ré, Fernando Mariano (Hrsg.), El Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid 2008, S. 374.

Daskalova, Victoria: The Competition Law Framework and Collective Bargaining Agreements for Self-Employed: Analysing Restrictions and Mapping Opportunities, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Volume 109, Alphen aan den Rijn 2021, S. 19.

Däubler, Wolfgang: Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016.

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas: Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht, NZA 2015, S. 1032.

Dausies, Manfred A./Ludwigs, Markus: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. Auflage, München 2021.

Deakin, Simon/Adams, Zoe/Barnard, Catherine/Fraser Butlin, Sarah: Deakin and Morris' Labour Law, seventh edition, Oxford 2021.

Deinert, Olaf: Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes, RdA 2018, S. 359.

Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Clauwaert, Stefan/Schmitt Mélanie (Hrsg.): The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation, Oxford – London – New York – New Delhi – Sidney 2019.

Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle (Hrsg.): The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford 2013.

Dreher, Meinrad/Kulka, Michael: Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 10. Auflage, Heidelberg 2018.

Ebsen, Ingwer: Autonome Rechtsetzung in der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung als Verfassungsproblem, VSSR 1990, S. 57.

Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner: Kartellrecht – ein Studienbuch, 14. Auflage, München 2018.

European Commission, Vademecum – Commission support to EU Social Dialogue: A Practical Guide for European Social Partner Organisations and their National Affiliates, Brüssel 2017.

European Committee of Social Rights: Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, Dezember 2018, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80> (Stand: 15.12.2021).

Favennec-Héry, Françoise/Verkindt, Pierre-Yves: Droit du travail, 7. Auflage, Paris 2020.

Fleischer, Holger: Tarifverträge und europäisches Wettbewerbsrecht, DB 2000, S. 821.

Flüchter, Annedore: Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB – Wirksamkeit und Wirkungsweise im Verhältnis zu den vertragschließenden Verbänden und den einzelnen Kassen und Leistungserbringern, Baden-Baden 2000.

Franz, Wolfgang: Arbeitsmarktökonomik, 8. Auflage, Berlin – Heidelberg 2013.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020.

Frouin, Jean-Yves: Réguler les plateformes numériques de travail, Rapport au Premier Ministre, 2020, abrufbar unter: <https://www.vie-publique.fr/rapport/277504-reguler-les-plateformes-numeriques-de-travail-rapport-frouin> (Stand: 15.12.2021).

Galbraith, John Kenneth: American Capitalism – The concept of countervailing power, 2. Auflage, Boston 1956.

García Muñoz Alhambra, Manuel Antonio: Spain, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights*, Alphen aan den Rijn 2021, S. 231.

Gaudu, François: Droit du travail, 4. Auflage, Paris 2011.

Gerpott, Torsten J.: Neue Pflichten für große Betreiber digitaler Plattformen – Vergleich von § 19a GWB und DMA-Kommissionsvorschlag, NZKart 2021, S. 273.

Gielen, Nico/Uphues, Steffen: Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, EuZW 2021, S. 627.

Goldmann, Julius: Tarifverträge für selbständige Dienstleistungsanbieter als Verstoß gegen EU-Kartellrecht?, EuZA 2015, S. 509.

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch, 7. Auflage, München 2021.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union. Band I: EUV/AEUV, 71. Ergänzungslieferung, München August 2020.

Gramano, Elena: Italy, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights*, S. 155.

Heinze, Meinhard: Die Vertragsstrukturen des SGB V, SGB 1980, S. 173.

Hensel, Isabell/Schönefeld, Daniel/Kocher, Eva/Schwarz, Anna/Koch, Jochen (Hrsg.): Selbständige Unselbständigkeit – Crowdfunding zwischen Autonomie und Kontrolle, Baden-Baden 2019.

Hromadka, Wolfgang: Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, S. 1249.

Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeitsrecht: Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbständige), HSI-Working Paper Nr. 12, 2. Auflage, Frankfurt am Main Dezember 2018, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_hsi_wp_12.pdf (Stand: 15.12.2021).

Immenga, Ulrich: Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs Arbeitsmarkt: Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Regelung von Ladenschlusszeiten, München 1989.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, v. *Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.)*, 6. Auflage, Band 1: EU – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2019; Band 2: GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, München 2020.

International Labour Office (Hrsg.): Freedom of Association and Collective Bargaining – Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948, and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report III (Part 4B) to the 81st International Labour Conference, Genf 1994.

International Labour Office (Hrsg.): Giving globalization a human face – Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, Report III (Part 1B), Genf 2012.

International Labour Office (Hrsg.): Giving a voice to rural workers – Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – General Survey concerning the right of association and rural workers' organizations instruments, Report III (Part 1B) to the 104th International Labour Conference, Genf 2015.

International Labour Office (Hrsg.): Freedom of association – Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, Genf 2018.

Jacobs, Antoine: Die Problematik der Solo-Selbständigen im niederländischen Arbeitsrecht, SR 2019, S. 230.

Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia: Tarifvertragsrecht, 3. Auflage, München 2013.

Jarass, Hans D.: Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK – Kommentar, 4. Auflage, München 2021.

Jeamaud, Antoine: Le régime des travailleurs des plateformes, une œuvre tripartite, Droit ouvrier 2020, S. 181.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich: TVG – Tarifvertragsgesetz, v. *Holger Brecht-Heitzmann/Otto Ernst Kempen/Jens M. Schubert/Achim Seifert (Hrsg.)*, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014.

Kenner, Jeff: EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond, Oxford – Portland/Oregon 2003.

Kerr, Anthony: Ireland, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.)*, Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe: Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, Bulletin of Comparative Labour Relations, Volume 109, Alphen aan den Rijn 2021, S. 139.

Kersting, Anna-Lena: Die arbeitnehmerähnliche Person im spanischen Arbeitsrecht, Baden-Baden 2012.

Killhoffer, Zachary/De Groen, Willem Pieter/Lenaerts, Karolien/Smits, Ines/Hauben, Harald/Waeyaert, Willem/Giacumacatos, Elisa/Lhernould, Jean-Philippe/Robin-Olivier, Sophie: Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, VT/2018/032 Final Report 13 December 2019, CEPS, ETHEIA, and HIVA-KU Leuven, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8280> (Stand: 15.12.2019).

Klebe, Thomas: Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?, AuR 2016, S. 277.

Krause, Rüdiger: Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag Essen 2016, München 2016.

Kretzschmar, Robert: Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, Baden-Baden 2003.

Lettl, Tobias: Kartellrecht, 5. Auflage, München 2021.

Löwenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen: Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage, München 2020.

Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band 1, Leipzig 1902.

Marhold, Franz/Friedrich, Michael: Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Wien 2012.

Menegatti, Emanuele: Taking EU labour law beyond the employment contract: The role played by the European Court of Justice, ELLJ 2020, S. 26.

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.

Mitrus, Leszek: Poland, in: *Waas Bernd/Hießl, Christina (Hrsg.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe: Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, Bulletin of Comparative Labour Relations, Volume 109, Alphen aan den Rijn 2021, S. 199.*

Mohr, Jochen: Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht am Beispiel solo-selbständiger Unternehmer, EuZA 2018, S. 436.

Monopolkommission: Mehr Wettbewerb auf allen Märkten – X. Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/1993, in: Bundestags-Drucksachen 12/8323 vom 22. Juli 1994.

Monteiro Fernandes, António: Direito do trabalho, 16. Auflage, Coimbra 2012.

Mosler, Rudolf: Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, S. 100.

Mühlbach, Tatjana: Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, Baden-Baden 2007.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021.

Odero, Alberto/Travieso, María Marta: Le comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement, in: *Jean-Claude Javillier/Gernigon, Bernard (Hrsg.), Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir – Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Genf 1999, S. 195.*

Perulli, Adalberto: Wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse/arbeitnehmerähnliche Selbständige: rechtliche, soziale und wirtschaftliche Aspekte, Brüssel 2003.

Pottschmidt, Daniela: Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa: Die Behandlung abhängiger Erwerbstätiger im Europäischen Arbeitsrecht sowie im (Arbeits-)Recht der EU-Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2006.

Rancke, Friedbert: Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht – Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs, Berlin 1978.

Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin – Heidelberg – New York 1996.

EuGH: Kontrolle von Tarifverträgen, ZWeR 2016, S. 165.

Riesenhuber, Karl: Arbeitnehmer(ähnlicher) Schutz von Crowd-Dienstleistern?, ZFA 2021, S. 5.

Riesenhuber, Karl: Europäische Methodenlehre, 4. Auflage, Berlin 2021.

Risak, Martin: Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, S. 165.

Robin-Olivier, Sophie: The relationship between international law and European labour legislation and its impact on the development of international and European social law, *International Labour Review (ILR)* Volume 159 (2020), S. 483.

Roccella, Massimo: *Manuale di diritto del lavoro – Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Turin 2010.

Sagan, Adam: Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008.

Schlachter, Monika: Streikrecht außerhalb des Arbeitsverhältnisses?, in: *Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide (Hrsg.)*, Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 634.

Schlachter, Monika/Heinig, Hans Michael (Hrsg.): Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, in: *Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Band 7, 2. Auflage, Baden-Baden 2021.

Schlachter, Monika/Heuschmid, Johannes/Ulber, Daniel: *Arbeitsvölkerrecht*, Tübingen 2019.

Schmidt, Ingo: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung, 7. Auflage, Stuttgart 2001.

Schmidt, Ingo/Schmidt, André: Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, 2. Auflage, München 2006.

Schmidt, Karsten (Red.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1-104), 2. Auflage, München 2005.

Schnelle, Ulrich/Wyrembek, Elisabeth: Die moderne Missbrauchsaufsicht – volle Kraft voraus mit § 19a GWB?, *GRUR-Prax* 2021, S. 432.

Schubert, Claudia: Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts? *RdA* 2018, S. 200.

Schweitzer, Heike/Haucap, Justus: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018.

Seifert, Achim: Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen. Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung des Verhältnisses von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung nach den §§ 77 III, 87 ES BetrVG, § 4 TVG und Art. 9 III GG, Baden-Baden 2000.

Seifert, Achim: Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 2009, S. 357.

Seifert, Achim: Der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen im europäischen Arbeitsrecht, in: *Christoph Teichmann (Hrsg.)*, Europa und der Mittelstand, Baden-Baden 2010, S. 35.

Seifert, Achim: The Still Complex Relationship between the ILO and the EU: The Example of Anti-Discrimination Law, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJLLIR)* 2013, S. 39.

Seifert, Achim: Die Sozialpolitik bei der Entstehung der Europäischen Gemeinschaften, *AuR* 2015, S. G 9.

Seifert, Achim: Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Referat zum 71. Deutschen Juristentag Essen 2016, München 2017, L 9.

Servais, Jean-Michel: *International Labour Law*, 6. Auflage, Alphen aan den Rijn 2020.

- Sieger, Ferdinand:** Die Verlags- und Übersetzungs-Normverträge vereinbart zwischen der Industrie- werkschaft Druck und Papier – Verband deutscher Schriftsteller – und dem Börsenverein des deutschen Buchhandels eV – Verleger-Ausschuss, ZUM 1986, S. 319.
- Sinzheimer, Hugo:** Der korporative Arbeitsnormenvertrag: eine privatrechtliche Untersuchung – Erster Teil, Leipzig 1907.
- Soppe, Martin:** Das Urheberrecht und seine Bedeutung für die Vertragsgestaltung, NJW 2018, S. 729.
- Stefanescu, Alexandra:** Die arbeitnehmerähnliche Person im italienischen Recht, Baden-Baden 2012.
- Streinz, Rudolf:** EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union/Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Beck'sche Kurz-Kommentare, 3. Auflage, München 2018.
- Supiot, Alain:** Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes avec la collaboration de l'Université Carlos III de Madrid, Paris 1999.
- Temming, Felipe:** Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff – Entwicklun- gen, Herausforderungen und Perspektiven, SR 2016, S. 158.
- Thüsing, Gregor/Braun, Axel (Hrsg.):** Tarifrecht-Handbuch, 2. Auflage, München 2016.
- Thüsing, Gregor:** Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2017.
- Todoí-Signes, Adrián:** Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm, ELLJ 2021, S. 399.
- Tolkmitt, Jan:** Gemeinsame Vergütungsregeln – ein kartellrechtlich weiterhin ungedeckter Scheck, GRUR 2016, S. 564.
- Van den Bergh, Kieran:** Le rapport „Frouin“: poser le cadre légal d'une plateformes du travail, Revue de droit du travail 2021, S. 98.
- Vogt, Jeffrey/Bellace, Janice/Compa, Lance/Ewing, Keith D./Hendy, John/Lörcher, Klaus:** The Right to Strike in International Law, Oxford 2020.
- von Wallwitz, Sebastian Graf:** Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages: Wettbewerbs- beschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Art. 85 EGV, Frankfurt am Main u.a. 1997.
- Waltermann, Raimund:** Attraktivität von Tarifbindung – Zur Zukunftsfähigkeit der deutschen Tarifautono- mie, ZFA 2020, S. 211.
- Weiss, Manfred/Seifert, Achim:** Der Streik im Recht der Internationalen Arbeitsorganisation, in: *Dieterich, Thomas/Kezuka, Katsutoshi/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Pfarr, Heide (Hrsg.):* Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 130.
- Wenckebach, Johanna:** BAG: Crowdwork ante portas! Von persönlicher Abhängigkeit in der digitalen Arbeitswelt, SR 2020, S. 165.
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.):** Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019.

**In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts
für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:**

- Band 41** Wolfgang Däubler
**Interessenvertretung durch Betriebsrat und Gewerkschaften
im digitalen Bereich**
ISBN 978-3-7663-7188-1
- Band 40** Henner Wolter
**Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und
Unternehmen**
ISBN 978-3-7663-7167-6
- Band 39** Eberhard Eichenhofer
Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte
ISBN 978-3-7663-7161-4
- Band 38** Olaf Deinert
Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung
ISBN 978-3-7663-7120-1
- Band 37** Rüdiger Krause
Agile Arbeit und Betriebsverfassung
ISBN 978-3-7663-7119-5
- Band 36** Daniel Ulber/Kyra Klocke
Diskriminierung Minderjähriger bei der Wahl zum Betriebsrat
ISBN 978-3-7663-7115-7
- Band 35** Thorsten Kingreen
Exklusive Tariföffnungsklauseln
ISBN 978-3-7663-7059-47
- Band 34** Ninon Colneric/Simon Gerdemann
Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht
ISBN 978-3-7663-7058-7
- Band 33** Bernd Waas
**Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des
Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb**
ISBN 978-3-7663-7044-0
- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de