

# Tarifverträge für Solo-Selbständige: Zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Sozialpolitik

**Prof. Dr. Andreas Heinemann, Diplom-Ökonom, DIAP (ENA, Paris)**, ist Inhaber des Lehrstuhls für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich.

Wegen der grundrechtlich verbürgten Koalitionsfreiheit findet das Kartellrecht keine Anwendung auf die Tarifverträge der Sozialpartner. Voraussetzung ist allerdings, dass Arbeitgeber mit Arbeitnehmern verhandeln. Wie aber soll das Kartellrecht reagieren, wenn die Umwälzungen in der Arbeitswelt dazu führen, dass immer mehr Menschen zu Selbständigen werden oder jedenfalls hierzu deklariert werden? Die Europäische Kommission möchte durch ihre Leitlinien zu Tarifverträgen mit „Solo-Selbständigen“ kartellrechtliche Steine aus dem Weg räumen. Dienstleister in der digitalen Plattformwirtschaft und ganz allgemein in der gig economy sollen die Möglichkeit haben, ihre Arbeitsbedingungen kollektiv auszuhandeln, wenn ihre Situation mit derjenigen von Arbeitnehmern vergleichbar ist.

- I. Einleitung
- II. Die Gig Economy und der Bedarf nach Verbesserung des rechtlichen Rahmens
  1. Transformation traditioneller Arbeitsverhältnisse
  2. Rechtliche Vorgaben
  3. Reformvorhaben
  4. Der kartellrechtliche Rahmen
- III. Die Leitlinien der Europäischen Kommission
  1. Allgemeines
  2. Anwendungsbereich
  3. Tarifverträge, die nicht unter Art. 101 AEUV fallen
  4. Durchsetzungsprioritäten bezüglich anderer Tarifverträge
- IV. Bewertung
  1. Ausgangspunkt
  2. Persönlicher Anwendungsbereich
  3. Die Leitlinien als Safe Harbour
  4. Keine positive Ausgestaltung des Arbeitskartellrechts
- V. Ausblick

## I. Einleitung

Im Digitalkartellrecht gilt die größte Aufmerksamkeit den führenden Internetplattformen. Weniger Beachtung findet der wettbewerbsrechtliche Reaktionsbedarf, der aus den Umwälzungen auf den Arbeitsmärkten resultiert. Die Digitalisierung hat Telearbeit und hybride Arbeitsformen gefördert, deren Vorteile während der COVID-19-Pandemie größte Bedeutung erlangt haben. Auch erlauben die neuen technischen Möglichkeiten ganz neue

Beschäftigungsformen. Die Verbesserungen bei der Transparenz haben die Vermittlung von Arbeit revolutioniert: Angebot von und Nachfrage nach Arbeitsleistung können besser und schneller zusammengebracht werden. Den Vorteilen flexibler Arbeitsverhältnisse stehen allerdings auch Nachteile gegenüber. An die Stelle dauerhafter Arbeitsverhältnisse treten häufig plattformvermittelte Kurzeinsätze von Freelancern und „festen Freien“. Der Vorwurf „moderner Tagelöhner“ macht die Runde. Die Europäische Kommission lotet in ihren neuen Leitlinien zu Tarifverträgen von „Solo-Selbständigen“<sup>1</sup> die kartellrechtlichen Spielräume aus, die in Bezug auf Kollektivverhandlungen durch Dienstleistende bestehen, die in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen sind.

Im Folgenden soll zunächst das Phänomen der *Gig Economy* umrissen und der rechtliche Rahmen skizziert werden (II.). Im Mittelpunkt des Beitrags stehen die kartellrechtlichen Leitlinien zu den Solo-Selbständigen (III.), die sodann einer kritischen Bewertung unterzogen werden (IV.).

## II. Die Gig Economy und der Bedarf nach Verbesserung des rechtlichen Rahmens

### 1. Transformation traditioneller Arbeitsverhältnisse

Aufgrund der Quantensprünge bei der digitalen Vermittlung von Arbeitskraft befindet sich der Sektor der *gig economy* in rasanter Expansion.<sup>2</sup> Unter einem *gig* verstehen (Jazz-)Musiker das Engagement für einen einmaligen Auftritt.<sup>3</sup> Entsprechend bezeichnet der Begriff der *gig economy* eine Tätigkeit, die einmalig, kurzzeitig, eng befristet oder projektbezogen ausgeführt wird. Im Zusammenhang mit den digitalen Plattformen spricht man auch von „Plattformarbeitern“. Jede erdenkliche Tätigkeit kann über Plattformen vermittelt werden. Populär sind z. B. Fahrdienstleistungen (wie *Uber* und *Lyft*), Lieferservice, Kinderbetreuung, Pflegeleistungen, Reinigung, kurzzeitige Beschäftigungen im Verkauf oder Tätigkeiten, die online erbracht werden („Cloudwork“ oder „Crowdwork“ wie z. B. Übersetzung, Software- und App-Entwicklung oder Design).

Die dahinterstehenden Geschäftsmodelle divergieren erheblich: So schwanken für bestimmte Tätigkeiten wie Fahrdienstleistungen Angebot und Nachfrage beträchtlich, sodass algorithmengesteuerte, dynamische Preissetzung üblich ist. In anderen Sektoren werden hingegen Festpreise praktiziert. Die Differenz zwischen dem Preis, der den Konsumentinnen und Konsumenten in Rechnung gestellt wird, und dem Entgelt für die Plattformarbeitenden kann immens sein. Die Europäische Kommission schätzt die Zahl der digitalen Arbeitsplattformen in der EU auf mindestens 500, darunter sowohl große internationale Plattformen als auch kleine nationale und lokale (Start-up-)Unternehmen.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Zu diesem Begriff s.u. III.2.a.

<sup>2</sup> Komm., Mitteilung vom 09.12.2021: Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen, COM(2021) 761 final, S. 2: Bis 2025 wird die Zahl der über digitale Plattformen Arbeitenden von 28 Millionen auf 43 Millionen Menschen ansteigen.

<sup>3</sup> Siehe das Zitat des Jazzgitarristen Wes Montgomery: „Well, I got pretty good and went on the road with a group. We starved. At that time I didn't realize that you'd work one gig in Kansas City, the next in Florida and the next gig will be in Louisville. You know, a thousand miles a night. That was really rough, man“.

<sup>4</sup> Komm. (Fn. 2), S. 12.

## 2. Rechtliche Vorgaben

Weil das Phänomen der Plattformarbeit relativ neu ist, sind zahlreiche rechtliche Fragen ungeklärt. Dies reicht von der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der jeweiligen Plattfortmätigkeit (siehe die zahlreichen Gerichtsverfahren in der Welt zur Rechtmäßigkeit von *UberPop*) bis hin zu sektorspezifischen Anpassungen an Regulierungsvorgaben, z. B. im Bereich der Personenbeförderung oder der Gesundheitsdienstleistungen. Entscheidend für den Status der Plattformarbeitenden ist die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts, also das Vorliegen eines Arbeitsvertrags.<sup>5</sup> Plattfortmdienste können in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden. Häufig sind *gig worker* aber freischaffend, also selbständig tätig.<sup>6</sup> Dann treten zwei Nachteile für sie auf: Einerseits werden sie nicht durch die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmenden erfasst (bezahlter Urlaub, Sozialversicherungen etc.). Andererseits findet auf selbständige Unternehmer das Kartellrecht Anwendung. Das Kartellverbot setzt der kollektiven Aushandlung von Entgelten und Vertragsbedingungen Grenzen.

## 3. Reformvorhaben

Die Europäische Kommission hat sich zum Ziel gesetzt, die Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit zu verbessern. Zu diesem Zweck hat sie Ende 2021 eine Mitteilung zur Zukunft der Arbeit in der digitalen Wirtschaft veröffentlicht.<sup>7</sup> Darin weist sie einerseits auf die Chancen hin, welche durch die digitale Plattfortmwirtschaft eröffnet werden, z. B. durch einen besseren Zugang zu den Arbeitsmärkten oder hinsichtlich Flexibilität und Autonomie. Menschen, die bisher Schwierigkeiten bei der Arbeitssuche hatten, können so eine Beschäftigung finden; andere haben die Möglichkeit, zusätzliches Einkommen zu generieren. Andererseits identifiziert die Kommission auch Gefahren, und zwar für Gesundheit und Sicherheit, durch algorithmische Überwachung („algorithmisches Management“), in Bezug auf eine falsche Klassifizierung des Beschäftigungsstatus<sup>8</sup> und beim Zugang zu sozialem Schutz. Nach den Angaben der Europäischen Kommission werden neun von zehn Plattfortmarbeitenden als Selbständige klassifiziert, was nicht immer den Fakten entspricht. Da derzeit große Unsicherheiten bei den rechtlichen Vorgaben bestehen, strebt die Europäische Kommission einen EU-weiten Rechtsrahmen für digitale Arbeitsplattformen an.

Zu diesem Zweck hat sie ein Paket von Maßnahmen für angemessene Arbeitsbedingungen von Plattfortmbeschäftigten vorgeschlagen, das aus drei Komponenten besteht: Erstens ruft sie in der erwähnten Mitteilung die nationalen Behörden, die Sozialpartner und alle einschlägige Interessenträger dazu auf, Maßnahmen zu ergreifen, um bessere Arbeitsbedingungen für die Plattfortmarbeitenden zu erreichen (z. B. durch Beratung und Betreuung von Plattfortmarbeitenden und die Einrichtung einschlägiger Informationskanäle). Zweitens hat die Kommission einen

Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vorgelegt. Er enthält Vorgaben zur korrekten Klassifizierung des Beschäftigungsstatus bei der Plattfortmarbeit einschließlich einer Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bei Verträgen zwischen einer digitalen Arbeitsplattform und Personen, die über sie Plattfortmarbeit leisten, sowie zur Regulierung der algorithmischen Überwachung.<sup>9</sup> Und drittens hat die Kommission im September 2022 Leitlinien zur Beurteilung von Tarifverträgen für „Solo-Selbständige“ verabschiedet, die sich mit der kartellrechtlichen Seite des Problems beschäftigen, und die im vorliegenden Beitrag im Mittelpunkt stehen.

## 4. Der kartellrechtliche Rahmen

Zum Verständnis der Leitlinien ist es erforderlich, zunächst an die allgemeinen arbeitskartellrechtlichen Vorgaben zu erinnern.<sup>10</sup> Das Recht auf die kollektive Aushandlung von Arbeitsbedingungen ist auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene grundrechtlich abgesichert. Außerdem garantiert Art. 155 AEUV den „Dialog zwischen den Sozialpartnern“ einschließlich des Abschlusses von Vereinbarungen. Der Europäische Gerichtshof hat in *Albany* daraus abgeleitet, dass Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern nicht unter Art. 101 AEUV fallen, soweit es um die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geht.<sup>11</sup> Die „Albany-Ausnahme“ gilt jedoch nur für Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, nicht aber für Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern einerseits und Selbständigen andererseits, da diese als Unternehmen zu qualifizieren sind.<sup>12</sup> Anders verhält es sich bei bloß Scheinselbständigen, sodass hier die Albany-Ausnahme also wieder greift.<sup>13</sup>

Vereinbarungen lediglich zwischen Arbeitnehmern sind von vornherein dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen, weil Arbeitnehmer keine „Unternehmen“ sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer selbst handeln oder ihre Vertretungen, also z. B. die Gewerkschaften, einschalten. Anders ist es bei Selbständigen, die als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren sind. Sind Plattfortmdienstleister als echte Selbständige einzustufen, fallen ihre kollektiven Verhandlungen und Verträge mit den Plattfortmbetreibern also unter das Kartellverbot. Es stellen sich schwierige Abgrenzungsfragen. Zudem sind die Konturen des Arbeitskartellrechts noch unscharf. Vor diesem Hintergrund ist es verdienstvoll, dass nun ein erster Klärungsversuch vorliegt.

## III. Die Leitlinien der Europäischen Kommission

Im September 2022 hat die Europäische Kommission mit ihren Leitlinien zu den Tarifverträgen von Solo-Selbständigen erstmals generell-abstrakte Regeln für einen Ausschnitt des Arbeitskartellrechts vorgelegt.<sup>14</sup> Der Text hat zum Ziel, den

5 Siehe für das deutsche Recht § 611a BGB. Der Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (s.u. Fn. 9) zielt nicht auf eine EU-Definition des Begriffs der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers ab. Bei Annahme wäre aber das Vermutungsmodell in Art. 4 des Richtlinienvorschlags zu übernehmen. Eingehend zum Arbeitnehmerbegriff im EU-Recht Bourazeri, NZA 2019, 741, 744; Mohr/Mey, NZKart 2022, 665, 667 ff., die „von einer materiell weitreichenden europäischen Rechtsangleichung“ durch die Richtlinie ausgehen (669).

6 Ein Überblick über die Beschäftigungsformen von Plattfortm-Arbeitskräften findet sich bei Broecker, Die Volkswirtschaft 1-2/2021, 8 ff.

7 Komm. (Fn. 2).

8 Nach den Schätzungen der Europäischen Kommission sind von den aktuell 28 Millionen Plattfortmarbeitenden zwar die meisten echte Selbständige, aber es könnten auch bis zu 5,5 Millionen „Scheinselbständige“ darunter sein, siehe Komm. (Fn. 2), S. 6, 10.

9 Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM(2021) 762 final vom 09.12.2021; die Arbeiten an dem Vorschlag sind nicht abgeschlossen.

10 Siehe Komm., Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen, ABl. 2022, C 374/2 (im Folgenden: „Leitlinien“), Rn. 5 ff.; eingehend hierzu Heinemann, WuW 2020, 371, 373 ff.

11 EuGH, Urt. v. 21.09.1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 f. – Albany.

12 EuGH, Urt. v. 04.12.2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, WuW 2015, 570 = WuW/E EU-R 3251, Rn. 24-30 – FNV Kunsten Informatie en Media.

13 Ibid., Rn. 31-36.

14 Komm. (Fn. 10); siehe hierzu die Besprechungen von Mohr/Mey, NZKart 2022, 665; Wank, ZVertriebsR 2023, 1; zum vorangegangenen Entwurf siehe Bretzigeimer/Maturana, NZKart 2022, 246; Georgiou, TechREG Chronicle July 2022.

kartellrechtlichen Spielraum für die kollektive Aushandlung von Entgelt und Arbeitsbedingungen von Selbständigen in schwacher Position zu bestimmen. Es geht einerseits um die Frage, wann Art. 101 AEUV aus Gründen der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie von vornherein nicht anwendbar ist. Andererseits verpflichtet sich die Europäische Kommission dazu, bestimmte einschlägige Vereinbarungen, die eigentlich von Art. 101 AEUV erfasst sind, nicht aufzugreifen. Die Leitlinien haben also ein klar eingegrenztes Thema. Andere Fragen, wie z. B., unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Monopsonmacht bei der Nachfrage nach Arbeit als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV zu qualifizieren ist, werden nicht angesprochen.<sup>15</sup>

## 1. Allgemeines

Der Anstoß für die Leitlinien geht von der Plattformarbeit aus. Da die dahinterstehende Problematik aber allgemeiner Natur ist, sind die Leitlinien nicht auf die Plattformökonomie beschränkt, sondern auf alle „Solo-Selbständigen“, die sich in einer schwachen Position befinden, anwendbar. Das Instrument des Tarifvertrags soll also ganz allgemein auch solchen (natürlichen) Personen zugänglich sein, die sich entweder in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer befinden, oder deren Verhandlungsmacht ein Ungleichgewicht gegenüber der Gegenpartei aufweist.<sup>16</sup> Die Leitlinien reagieren damit auf das Phänomen, dass sich der Graubereich bei der Abgrenzung zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern vergrößert hat, bestimmte Selbständige aber gleichermaßen schutzbedürftig erscheinen.<sup>17</sup>

„Leitlinien“ einer Verwaltungsbehörde sind kein Recht mit Außenwirkung. Sie sind für die Europäische Kommission bei der künftigen Auslegung und Anwendung des europäischen Kartellrechts zwar verbindlich. Die Gerichte in EU und Mitgliedstaaten werden durch die Leitlinien aber nicht gebunden.<sup>18</sup> Entscheidend wird also sein, wie die Gerichte über die einschlägigen Fragen entscheiden werden. Auch wenn also durch Leitlinien keine Letztverbindlichkeit hergestellt werden kann, wird die Praxis durch diesen Text in den nächsten Jahren entscheidend geprägt werden.

## 2. Anwendungsbereich

### a) Persönlich: „Solo-Selbständige“

In den persönlichen Anwendungsbereich der Leitlinien fallen „Solo-Selbständige“, nämlich natürliche Personen, die weder über einen Arbeitsvertrag verfügen noch in einem Arbeitsverhältnis stehen, und die zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen sind.<sup>19</sup> Dieses Erfordernis wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass bestimmte Gegenstände zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzt werden. Verwendet eine Reinigungskraft also ihr eigenes Reinigungszubehör, oder nutzt die Musikerin ihr eigenes Musikinstrument, ist sie immer noch Solo-Selbständige.

15 Kritisch Georgiou, TechREG Chronicle July 2022, 9; zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf Arbeitsmärkte siehe Heinemann, WuW 2020, 371, 378 ff.

16 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 9.

17 Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager, Pressemitteilung IP/20/1237 der Europäischen Kommission vom 30.06.2020: „Wie bereits bei früheren Gelegenheiten betont wurde, sollen die Wettbewerbsvorschriften nicht verhindern, dass Arbeitnehmer eine Gewerkschaft bilden, doch verschwimmen auf dem heutigen Arbeitsmarkt die Begriffe 'Arbeitnehmer' und 'Selbständige'“.

18 Siehe Leitlinien (Fn. 10), Rn. 11.

19 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 2 lit. a.

20 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 18.

Entscheidend ist, dass der Gegenstand als bloßes Hilfsmittel eingesetzt wird.

Anders verhält es sich, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit darin besteht, Waren oder Vermögenswerte zu teilen oder zu verwerfen, oder Waren bzw. Dienstleistungen lediglich weiterzuverkaufen. Hier geht es nicht mehr um die Bereitstellung der eigenen Arbeitskraft. Wer also Wohnraum vermietet oder Autoteile verkauft, ist kein Solo-Selbständiger im Sinne der Leitlinien.<sup>20</sup>

### b) Sachlich: „Tarifverträge“

Die Leitlinien finden nur auf „Tarifverträge“ von Solo-Selbständigen Anwendung. Ein Tarifvertrag ist nach der Definition in Rn. 2 lit. c der Leitlinien „eine Vereinbarung, die zwischen Solo-Selbständigen oder ihren Vertretern und ihren Gegenparteien ausgehandelt und geschlossen wird, soweit diese aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands die Arbeitsbedingungen dieser Solo-Selbständigen betrifft“. Einerseits ist also erforderlich, dass zwei unterschiedliche Gruppen an der Vereinbarung beteiligt sind, nämlich Solo-Selbständige und mindestens eine Gegenpartei. Andererseits muss es inhaltlich um Arbeitsbedingungen gehen. Auf die Form der Vereinbarung kommt es nicht an, auch wenn sie von den Mitgliedstaaten näher reguliert werden kann.

#### aa) Vereinbarung zwischen Solo-Selbständigen und einer Gegenpartei

Auf der einen Seite der Vereinbarung stehen die Solo-Selbständigen. Auf der anderen Seite bedarf es mindestens einer Gegenpartei, also einer Plattform oder irgendeines anderen Unternehmens, für welches die Solo-Selbständigen tätig sind.<sup>21</sup> Unerheblich ist, ob Vertretungen wie z. B. Gewerkschaften oder Verbände beteiligt sind. Solo-Selbständige und Gegenparteien können auch direkt solche Vereinbarungen miteinander abschließen. Erfasst ist auch ein „Opt-in“, nämlich wenn Solo-Selbständige in einen bestehenden Tarifvertrag aufgenommen werden.<sup>22</sup>

Aus dem Erfordernis einer Vereinbarung zwischen Solo-Selbständigen und Gegenpartei folgt, dass bloße Vereinbarungen innerhalb derselben Gruppe, also nur zwischen Gegenparteien oder nur zwischen Solo-Selbständigen, nicht in den Anwendungsbereich der Leitlinien fallen. Legen Gegenparteien also untereinander die Vergütung von Solo-Selbständigen fest, oder vereinbaren sie, sich nicht ihre Solo-Selbständigen abzuwerben (Sperrabrede bzw. *no-poach agreement*), ist das Kartellrecht uneingeschränkt anwendbar.<sup>23</sup> Dasselbe gilt für Vereinbarungen von Fahrdienstplattformen, einen Mindestpreis pro Fahrt festzulegen.<sup>24</sup>

Entsprechendes gilt für Vereinbarungen unter Solo-Selbständigen. Verständigen sie sich untereinander auf die Festlegung von Wettbewerbsparametern, erfolgt also eine uneingeschränkte kartellrechtliche Überprüfung (wenn ihre Unternehmenseigenschaft zu bejahen ist und der Austausch nicht der Vorbereitung von Verhandlungen dient<sup>25</sup>). Die Leitlinien nennen das Beispiel, dass Kurierere miteinander vereinbaren, eine bestimmte Anzahl von Lieferungen pro Zeiteinheit nicht zu überschreiten.<sup>26</sup>

21 Siehe die Definition der „Gegenpartei“ in Rn. 2 lit. b der Leitlinien: „ein Unternehmen, dem Solo-Selbständige Dienstleistungen erbringen; namentlich ihre professionellen Kunden, einschließlich Unternehmensvereinigungen“.

22 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 14.

23 In den Leitlinien findet sich das Beispiel, dass professionelle Sportvereine vereinbaren, während der Vertragsdauer nicht die Sportler der anderen Vereine abzuwerben, und Vergütungsstufen festlegen, siehe Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 2 nach Rn. 17. Die Leitlinien fügen hinzu, dass diese Arbeitsmarktpraktiken vermutlich gegen Art. 101 AEUV verstoßen.

24 Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 5 nach Rn. 31.

25 S.u. vor Fn. 64.

26 Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 1 nach Rn. 17.

Erfasst von den Leitlinien und damit dem Kartellverbot entzogen sind aber Vereinbarungen zwischen solo-selbständigen Fahrern und einer oder mehreren Plattformen über einen Mindest- oder Festpreis pro Fahrt (wenn dieser unabhängig von dem Preis ist, der den Verbrauchern berechnet wird). Hierbei handelt es sich um eine von den Leitlinien privilegierte Vereinbarung über Arbeitsbedingungen, immer vorausgesetzt, dass nicht auch die Fahrpreise gegenüber den Verbrauchern festgelegt werden (siehe hierzu sofort).<sup>27</sup>

#### bb) Inhalt der Vereinbarung

Was den Inhalt betrifft, so liegt ein Tarifvertrag nur insoweit vor, als es sich um Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen handelt. Der Begriff der Arbeitsbedingungen ist – wie in Art. 45 Abs. 2 AEUV – weit zu verstehen und umfasst beispielsweise die Vergütung mit all ihren Bestandteilen einschließlich Prämien und Boni, Regelungen zur Arbeitszeit sowie Einzelheiten der Arbeitserbringung, Arbeitsschutz und Urlaub sowie Versicherungen und Sozialleistungen. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass in großem Umfang arbeitsrechtliche Kategorien auf Selbständige bezogen werden. Dies ist nur möglich, soweit eine solche Erstreckung sachgemäß ist. Die Leitlinien sprechen deshalb beispielsweise nicht von „Kündigungsschutz“, sondern von den „Bedingungen, unter denen Solo-Selbständige berechtigt sind, die Erbringung ihrer Dienstleistungen zu beenden, oder unter denen die Gegenpartei berechtigt ist, die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen zu beenden“.<sup>28</sup>

Geht es um Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die sich nicht auf Arbeitsbedingungen beziehen, sind die Leitlinien nicht anwendbar. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Vereinbarungen getroffen werden, welche den Solo-Selbständigen oder den Gegenparteien vorschreiben, zu welchen Konditionen Waren oder Dienstleistungen an Verbraucherinnen und Verbraucher vertrieben werden sollen.<sup>29</sup> Dies entspricht dem allgemeinen arbeitskartellrechtlichen Prinzip, dass das Kartellrecht nur insoweit zurücktritt, als es in Tarifverhandlungen um die Verbesserung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geht (s.o. II.4). Die Leitlinien bestätigen auch, dass Vereinbarungen über Geschäftszeiten über die bloße Festlegung von Arbeitsbedingungen hinausgehen.<sup>30</sup>

Es ist also für jedes Element der Vereinbarung separat zu bestimmen, ob ein Bezug zu den Arbeitsbedingungen besteht. Ist das nicht der Fall, ist Kartellrecht in vollem Umfang anwendbar. Die Leitlinien nennen als Beispiel eine Vereinbarung zur Marktaufteilung, in der konkurrierende Lieferplattformen gemeinsam mit den Kurieren das Gebiet einer Stadt aufteilen.<sup>31</sup>

### 3. Tarifverträge, die nicht unter Art. 101 AEUV fallen

Nach den allgemeinen Grundsätzen ist das Kartellrecht auf Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen nicht anwendbar („Albany-Ausnahme“, s.o. II.4). Die Leitlinien gehen über diesen Ausgangspunkt hinaus. Nach ihnen sollen auch Tarifverträge mit Solo-

Selbständigen nicht unter Art. 101 AEUV fallen, wenn sich diese in einer Situation befinden, die mit der von Arbeitnehmern vergleichbar ist. Ausdrücklich fügen die Leitlinien hinzu, dass dies unabhängig davon gelten soll, ob die betreffenden Personen als „Scheinselbständige“ zu qualifizieren sind.<sup>32</sup> Dies geht weiter als die Grundsätze, die der Europäische Gerichtshof in der Rechtsache *FNV Kunsten Informatie en Media* aufgestellt hat. Dort hatte der Gerichtshof ausgeführt, dass Scheinselbständige den Arbeitnehmern gleichzustellen sind, die Kartellrechtsausnahme also auch für sie gilt. Mit Scheinselbständigkeit nahm der Gerichtshof auf Situationen Bezug, in denen eine Person zwar nach nationalem Recht als „selbständig“ eingestuft wird, aber dennoch „Arbeitnehmer“ im Sinne des Unionsrechts ist.<sup>33</sup>

Die Kommission beschränkt sich in den Leitlinien nicht auf diese Konstellation, sondern zieht die Kartellrechtsausnahme weiter, beschränkt sie also nicht auf die Scheinselbständigen. Im Einzelnen unterscheidet die Kommission drei Kategorien von Solo-Selbständigen, die aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit Arbeitnehmern nicht unter Art. 101 AEUV fallen sollen.

#### a) Wirtschaftlich abhängige Solo-Selbständige

Wirtschaftlich abhängig ist nach den Leitlinien ein Solo-Selbständiger, wenn er ausschließlich oder vorwiegend für eine einzelne Gegenpartei tätig ist. Die Leitlinien nehmen ausdrücklich auf § 12a des deutschen Tarifvertragsgesetzes (TVG) Bezug,<sup>34</sup> der auch „arbeitnehmerähnliche Personen“ für tariffähig erklärt, nämlich Menschen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind. Nach der Einschätzung der Europäischen Kommission liegt wirtschaftliche Abhängigkeit vor, wenn der Solo-Selbständige über einen Zeitraum von einem oder zwei Jahren durchschnittlich mindestens die Hälfte seines gesamten Arbeitseinkommens von einer einzigen Gegenpartei bezieht.<sup>35</sup>

#### b) Solo-Selbständige, die „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmern arbeiten

Von Vergleichbarkeit mit Arbeitnehmern geht die Europäische Kommission auch dann aus, wenn Solo-Selbständige „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmern dieselben oder ähnliche Aufgaben für dieselbe Gegenpartei erbringen. Gemeint sind Situationen, in denen mit Ausnahme der vertraglichen Konstruktion die Arbeitsbedingungen für Angestellte und Solo-Selbständige vergleichbar sind, also die gleichen Aufgaben zu erfüllen sind und das gleiche Unterordnungsverhältnis besteht.<sup>36</sup>

#### c) Solo-Selbständige, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten

Während die ersten beiden Kategorien auf den Gesamtbereich der Wirtschaft anwendbar sind, geht es bei der dritten um die digitale Arbeitswelt, nämlich um digitale Arbeitsplattformen. Nach der Definition in Rn. 2 lit. d der Leitlinien ist eine digitale Arbeitsplattform

„jede natürliche oder juristische Person, die eine kommerzielle Dienstleistung erbringt, die alle folgenden Anforderungen erfüllt: (i) sie wird

27 Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 5 nach Rn. 31.

28 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 15. Zur punktuellen Anwendung von Arbeitsrecht auf arbeitnehmerähnliche Selbständige im deutschen Recht s. Spinner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 130 ff.

29 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 17; Beispiel 5 nach Rn. 31.

30 Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 1 nach Rn. 17 in Fn. 17.

31 Leitlinien (Fn. 10), Beispiel 1 nach Rn. 17.

32 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 20.

33 EuGH, Ur. v. 04.12.2014 (Fn. 12), Rn. 31-36 – *FNV Kunsten Informatie en Media*; siehe hierzu bereits oben II.4.

34 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 23 Fn. 23.

35 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 24. In Deutschland sind arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 12a TVG tariffähig, wenn sie überwiegend für eine Person tätig sind oder mehr als die Hälfte ihres Erwerbseinkommens von einer Person beziehen.

36 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 26 f: In dem dort angeführten Beispiel spielen angestellte und selbständige Orchestermusiker gemeinsam Konzerte, und zwar überwiegend für einen Konzertveranstalter. Sie arbeiten also sogar buchstäblich „Seite an Seite“.

zumindest teilweise aus der Ferne auf elektronischem Wege erbracht, zum Beispiel eine Website oder eine mobile App; (ii) sie wird auf Anforderung eines Dienstleistungsempfängers erbracht, und (iii) sie umfasst als notwendigen und wesentlichen Bestandteil die Organisation der Arbeit, die von Einzelpersonen ausgeführt wird, unabhängig davon, ob diese Arbeit online oder an einem bestimmten Ort erledigt wird“.

Eine Online-Erbringung liegt beispielsweise vor, wenn Software entwickelt oder Übersetzungen vorgenommen werden. Beispiele für Erledigung an einem bestimmten Ort sind Fahrdienstleistungen und Lieferservice. Von entscheidender Bedeutung ist, dass die Online-Plattform die Arbeit organisiert und nicht lediglich eine Hilfestellung zur Ausübung einer Tätigkeit leistet. So ist die Zurverfügungstellung von Kontaktdaten nicht ausreichend. Vielmehr muss die Organisation der Arbeit eine Haupteigenschaft der Plattform sein, wie es z. B. bei Personenbeförderung und Lieferservice der Fall ist.<sup>37</sup>

Eine Gemeinsamkeit mit den zwei zuvor beschriebenen Kategorien besteht dann, wenn wirtschaftliche Abhängigkeit existiert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Arbeitsbedingungen durch die Plattform einseitig vorgegeben werden und die Solo-Selbständigen auf die Plattform angewiesen sind, um ihre Kunden zu erreichen. Häufig wird es sich um Scheinselbständige handeln.<sup>38</sup>

Hervorzuheben ist, dass die über digitale Arbeitsplattformen Tätigen aus dem Unternehmensbegriff herausgenommen werden, unabhängig davon, ob sie mindestens die Hälfte ihres Einkommens über diese Plattform erwirtschaften, oder ob es Unterschiede im rechtlichen Status der Personen gibt, die Plattformarbeit verrichten.

#### d) Fazit

Die Europäische Kommission entwickelt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fort und entfernt aus dem Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts nicht nur die Arbeitnehmer und die Scheinselbständigen, sondern alle (natürlichen) Personen, die sich in einer Situation befinden, die mit der von Arbeitnehmern vergleichbar ist. Dies geht zwar über die in *FNV Kunsten Informatie en Media* hervorgehobenen Scheinselbständigen hinaus, erscheint aber mit der Begründung des Urteils vereinbar.<sup>39</sup> Der Gerichtshof stellt entscheidend darauf ab, dass sich die Leistungserbringer „in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden“.<sup>40</sup> Der Spielraum für Tarifverträge wird hierdurch beträchtlich erweitert.

#### 4. Durchsetzungsprioritäten bezüglich anderer Tarifverträge

Die soeben aufgeschlüsselten Kategorien betreffen Situationen, in denen Solo-Selbständige nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht als Unternehmen i. S. des Wettbewerbsrechts zu qualifizieren sind, eine Anwendung von Art. 101 AEUV

folglich ausscheidet. In den Leitlinien geht die Kommission aber noch einen Schritt weiter. Für bestimmte Situationen verzichtet sie auf ein Aufgreifen, selbst wenn eine Verletzung von Art. 101 AEUV in Betracht kommt. Das betrifft Fälle, in denen sich Solo-Selbständige zwar nicht in einer Situation befinden, die mit der von Arbeitnehmern vergleichbar ist (dann gilt oben III.3), aber dennoch „mit vergleichbaren Schwierigkeiten [...] konfrontiert“ sind.<sup>41</sup> Die Leitlinien unterscheiden zwei Situationen.

#### a) Gegenparteien mit „gewisser Wirtschaftskraft“

Die Kommission will nicht gegen Tarifverträge vorgehen, die von Solo-Selbständigen mit einer oder mehreren Gegenparteien geschlossen werden, wenn Verhandlungsungleichgewicht besteht. Dann seien Tarifverträge ein legitimes Mittel, um dieses Ungleichgewicht zu korrigieren. Ungleichgewicht liege dann vor, wenn die Gegenpartei bzw. die Gegenparteien den gesamten Sektor bzw. die gesamte Branche vertreten, oder wenn Jahresumsatz bzw. Bilanzsumme der Gegenpartei zwei Mio. € übersteigen oder deren Mitarbeiterzahl mindestens zehn Personen beträgt. Abgesehen davon kann sich ein Ungleichgewicht auch aus den Umständen des Einzelfalls ergeben.<sup>42</sup>

#### b) Tarifverträge von Selbständigen mit Rechtsgrundlage im nationalen oder EU-Recht

Die Europäische Kommission wird Tarifverträge von Solo-Selbständigen auch dann nicht aufgreifen, wenn Mitgliedstaaten im nationalen Recht solche Tarifverträge aus sozialen Gründen erlaubt oder aus dem Anwendungsbereich des nationalen Kartellrechts ausgeschlossen haben. Wie üblich gilt dies nur insoweit, als zwischen Solo-Selbständigen und Gegenparteien Arbeitsbedingungen einschließlich der Vergütungen geregelt werden.<sup>43</sup> Entsprechendes gilt für Vorgaben des EU-Rechts: Auch hier wird Solo-Selbständigen bisweilen das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen zugestanden, um ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsmacht zu korrigieren. So verhält es sich beispielsweise bei der DSM-Richtlinie,<sup>44</sup> die Urhebern und ausübenden Künstlern die Möglichkeit von Kollektivverhandlungen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung eröffnet.<sup>45</sup> Die Kommission verpflichtet sich in den Leitlinien, nicht gegen Tarifverträge vorzugehen, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen (für Deutschland siehe §§ 36 ff. UrhG).<sup>46</sup> Dies soll allerdings nicht für Tarifverhandlungen im Rahmen von Verwertungsgesellschaften gelten.<sup>47</sup>

#### c) Einordnung

Es leuchtet nicht ein, warum die kartellrechtliche Kontrolle von Tarifverträgen bereits dann zurückgenommen wird, wenn Umsatz oder Bilanzsumme der Gegenpartei zwei Mio. € übersteigt,

37 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 30.

38 Siehe Leitlinien (Fn. 10), Rn. 29; siehe z. B. die Entscheidungen des UK Supreme Court (vom 19.02.2021 – [2021] UKSC 5) und des schweizerischen Bundesgerichts (vom 30.05.2022 – 2C\_34/2021), in denen die Arbeitnehmereigenschaft von Uber-Fahrern festgestellt wurde; zum schweizerischen Entscheid siehe Pärli, SZS 2022, 204.

39 Andere Einschätzung bei Bretzigher/Maturana, NZKart 2022, 246, 249; Mohr/Mey, NZKart 2022, 665, 666 f., 670 f., 673 f., die hierin einen Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs sehen.

40 EuGH (Fn. 33), Rn. 31.

41 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 32.

42 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 33 ff.

43 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 36.

44 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt, ABl. 2019 L 130/92.

45 Siehe Erwägungsgrund 73 und Art. 18 Abs. 2, 19 Abs. 5, 20 Abs. 1, 22 Abs. 5 DSM-RiLi.

46 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 37 ff. Das Problem der Tarifverträge von Solo-Selbständigen ist also den zahlreichen Fragen hinzuzufügen, die sich an der Schnittstelle von Kartellrecht und Recht des geistigen Eigentums stellen.

47 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 40. Die Kommission beruft sich auf die Verwertungsgesellschaften-Richtlinie (Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten, ABl. 2014 L 84/72), die in Erwägungsgrund 56 das Wettbewerbsrecht vorbehält. Das Argument erscheint nicht plausibel, da der Vorbehalt zugunsten des primärrechtlichen EU-Wettbewerbsrechts rein deklaratorisch ist, und es ja im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV, sondern um die Durchsetzungsprioritäten der Europäischen Kommission geht.

bzw. wenn diese mindestens zehn Mitarbeitende hat.<sup>48</sup> Auch stößt sich der Verweis auf die Zulassung von Tarifverträgen im nationalen Recht mit dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts und schafft die Gefahr nationaler Fragmentierung.<sup>49</sup> Es erscheint deshalb fraglich, ob das Aufgreifermessen in den Leitlinien adäquat ausgestaltet ist.<sup>50</sup> Die realen Folgen der Kontrollrücknahme sollten jedenfalls genau beobachtet werden.

## IV. Bewertung

### 1. Ausgangspunkt

Die Europäische Union bekennt sich seit dem Vertrag von Lissabon ausdrücklich zum Wirtschaftssystem der „Sozialen Marktwirtschaft“ (Art. 3 Abs. 3 AEUV).<sup>51</sup> Die Wettbewerbspolitik nimmt in der Sozialen Marktwirtschaft eine zentrale Stellung ein. Ein funktionierendes Kartellrecht verhindert, dass Konsumentinnen und Konsumenten durch Kartelle, Monopolmissbräuche und wettbewerbswidrige Fusionen um die Vorteile der Marktwirtschaft gebracht werden. Andererseits hat das Kartellrecht zurückzutreten, wenn andernfalls das grundrechtlich und EU-primärrechtlich abgesicherte Recht auf kollektive Verhandlungen der Arbeitsbedingungen gefährdet würde (Albany-Ausnahme<sup>52</sup>). Die kartellrechtliche Ausnahme für die Tarifverträge der Sozialpartner ist ein wichtiges Element, um Wettbewerbs- und Sozialpolitik auszutarieren.<sup>53</sup>

Mit ihren Leitlinien strebt die Europäische Kommission mehr Klarheit für diese Gratwanderung an. Zwar schreiben sich die Leitlinien auch in die „Europäische Säule sozialer Rechte“ ein, mit der die Europäische Kommission die Arbeitsbedingungen und die soziale Absicherung verbessern möchte.<sup>54</sup> Die Leitlinien begründen selbst aber keine sozialen Rechte oder Pflichten und sollen auch nicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik oder in die Autonomie der Sozialpartner eingreifen.<sup>55</sup> Sie wirken lediglich „negativ“, indem sie erläutern, unter welchen Voraussetzungen das Kartellrecht auf Tarifverhandlungen von Solo-Selbständigen keine Anwendung findet oder jedenfalls von der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Durchsetzungsprioritäten nicht angewendet werden soll. Der kollektiven Aushandlung von Arbeitsbedingungen sollen also keine kartellrechtlichen Steine in den Weg gelegt werden. Systematisch liegt damit eine Fallgruppe vor, in der soziale Ziele dadurch gefördert werden, dass kartellrechtliche Kontrolle zurückgefahren wird.<sup>56</sup> Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, wenn die sozialpolitischen Wegmarken nicht überschritten werden. Im Folgenden ist deshalb zu erörtern, ob die Leitlinien dazu geeignet sind, die angestrebten Ziele zu erreichen und die Rechtssicherheit zu verbessern.

### 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des (europäischen) Kartellrechts steht und fällt mit dem Unternehmensbegriff. Arbeitnehmer sind keine Unternehmen, Selbständige schon. Der

Europäische Gerichtshof hat zwar die Scheinselbständigen den Arbeitnehmern gleichgestellt.<sup>57</sup> Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Tatbestandsmäßigkeit nach Art. 101 AEUV von Tarifvereinbarungen zwischen Selbständigen.<sup>58</sup> Dadurch, dass in der *gig economy* immer mehr Leistungserbringer zu Selbständigen werden, vergrößert sich das Konfliktpotential mit dem Kartellrecht, auch wenn man die zu Unrecht als selbständig Qualifizierten abzieht.<sup>59</sup>

Die Europäische Kommission erweitert den Kreis derjenigen, die nicht als Unternehmen zu qualifizieren sind, über den Kreis der Scheinselbständigen hinaus. Die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Selbständiger“ im nationalen Recht werden hierdurch nicht berührt,<sup>60</sup> sodass es zu unterschiedlichen Definitionen im Mehrebenensystem kommt. Abgesehen davon, dass die Reichweite des europäischen Wettbewerbsrechts nicht durch mitgliedstaatliche Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs tangiert werden kann, ist es auch inhaltlich überzeugend, für den persönlichen Anwendungsbereich auf den Zweck des Kartellverbots abzustellen. Nur Unternehmen, nicht aber Arbeitnehmer oder Personen, die sich in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer befinden, sollen daran gehindert sein, sich in Abwesenheit einer Effizienzrechtfertigung über Wettbewerbsparameter abzusprechen.

Es ist vor diesem Hintergrund im Grundsatz zu begrüßen, dass die Kommission den Versuch unternimmt, durch die Bildung von drei Kategorien diejenigen Solo-Selbständigen zu bestimmen, die aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit Arbeitnehmern nicht unter Art. 101 AEUV fallen. Fraglich ist allerdings, ob dieser Versuch vollends gelungen ist. So stellt sich im Hinblick auf die „wirtschaftlich abhängigen Solo-Selbständigen“ (oben III.3.a) die Frage, ob wirtschaftliche Abhängigkeit nur dann besteht, wenn mindestens die Hälfte des Arbeitseinkommens von einer einzigen Gegenpartei bezogen wird.<sup>61</sup> Die Besonderheiten der *gig economy* (oben II.1) bringen es mit sich, dass Menschen für verschiedene Auftraggeber arbeiten, so dass die 50%-Schwelle häufig nicht erreicht wird. Die kartellrechtlichen Hürden fallen dann nur weg, wenn eine der beiden anderen Kategorien vorliegt, also die „Seite-an-Seite“-Variante oder eine Tätigkeit über digitale Arbeitsplattformen, für die das 50%-Kriterium nicht gilt. Dies erscheint nicht sachgemäß, wenn sich die wirtschaftliche Abhängigkeit beispielsweise daraus ergibt, dass jemand auf mehrere getrennte Tätigkeiten angewiesen ist und die Gegenpartei wirtschaftlich so stark ist, dass sie Entgelt und Konditionen nicht verhandelt, sondern einseitig setzt. In den Leitlinien verpflichtet sich die Europäische Kommission zwar dazu, Fälle mit ungleicher Verhandlungsmacht nicht aufzugreifen (oben III.4.a). Dies würde aber nichts an der zivilrechtlichen Nichtigkeit (Art. 101 Abs. 2 AEUV) von Vereinbarungen ändern, die in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen und nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sind. Es erscheint deshalb erforderlich, weiter an den Konturen der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ zu arbeiten.

48 Zu Recht kritisch Mohr/Mey, NZKart 2022, 665, 672, 674.

49 Bretzigher/Maturana, NZKart 2022, 246, 249; Mohr/Mey, NZKart 2022, 665, 673.

50 Siehe die Kritik von Bretzigher/Maturana, NZKart 2022, 246, 249 f.

51 In Rn. 4 nehmen die Leitlinien (Fn. 10) ausdrücklich Bezug auf diese Systementscheidung.

52 S.o. II.4.

53 Zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Sozialpolitik siehe Heinemann, in: Ferri/Cortese, The EU Social Market Economy and the Law, 2019, S. 123 ff.

54 Komm., Aktionsplan zur europäischen Säule sozialer Rechte, COM(2021) 102 final vom 04.03.2021, S. 15, 17.

55 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 10. Zur Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik siehe Art. 151 ff. AEUV.

56 Zur Funktion sozialer Ziele im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Kartellrechts siehe Heinemann (Fn. 53), S. 129 ff.

57 S.o. Fn. 13.

58 Kritisch im Hinblick auf diesen Ausgangspunkt Freedland/Kountouris, 46 Industrial Law Journal (2017) 52, 64 ff.

59 Siehe hierzu die Schätzwerte in Fn. 8.

60 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 10.

61 Kritisch Georgiou, TechREG Chronicle July 2022, 7; umgekehrt hingegen die Kritik von Mohr/Mey, NZKart 2022, 665, 671, welche die Schwelle von 50 % für zu niedrig i. S. der Rechtsprechung halten.

Diskussionsbedarf besteht auch in umgekehrter Richtung, und zwar in Bezug auf die digitalen Arbeitsplattformen. Tarifverträge von und mit Solo-Selbständigen, die über solche Plattformen arbeiten, werden von der Kommission allgemein aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausgenommen, und zwar unabhängig von der Erwirtschaftung eines hälftigen Einkommens (oben III.3.c). Fraglich ist, ob hier stets davon auszugehen ist, dass sich die Leistungserbringer in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer befinden. Es sind auch im Zusammenhang mit digitalen Arbeitsplattformen durchaus Fälle denkbar, in denen keine Abhängigkeit besteht (z. B. solo-selbständige IT-Dienstleister). Es sollte deshalb die Möglichkeit zugelassen werden, die „Abhängigkeitsvermutung“ im Verhältnis zu digitalen Arbeitsplattformen umzustößeln.

### 3. Die Leitlinien als Safe Harbour

Die Leitlinien wollen in erster Linie Rechtssicherheit in der Frage schaffen, wann Art. 101 AEUV entweder von vornherein nicht anwendbar ist, oder aber in welchen Fällen die Europäische Kommission auf eine Intervention verzichtet. Insofern haben sie also den Charakter eines Safe Harbour.<sup>62</sup> Dies ist auch deshalb von großer Bedeutung, weil die Einstufung als Arbeitnehmer im nationalen Recht oft umstritten ist und Gegenstand langjähriger Behörden- und Gerichtsverfahren sein kann.<sup>63</sup> Die große Errungenschaft der Leitlinien besteht darin, dass sie jedenfalls im Hinblick auf das Kartellrecht den geschützten Personenkreis autonom festlegt und die Streitigkeiten um den Arbeitnehmerstatus im nationalen Recht insofern relativiert. Das ist auch im Hinblick auf das praktisch wichtige Problem des Informationsaustauschs von Bedeutung: Die Leitlinien stellen klar, dass im geschützten Bereich auch Informationen ausgetauscht werden können, soweit dies für die Tarifverhandlungen erforderlich ist.<sup>64</sup>

Nur eingeschränkte Rechtssicherheit kann allerdings die Festlegung der Durchsetzungsprioritäten verschaffen (oben III.4). Hier wird das Vorliegen eines Kartellrechtsverstößes offengelassen; die Kommission verpflichtet sich lediglich dazu, nicht dagegen einzuschreiten. Eine solche Festlegung des Aufgreifermessens schützt zwar vor behördlicher Intervention, nicht aber vor zivilrechtlichen Konsequenzen. So können die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nichtig sein,<sup>65</sup> und es besteht die Möglichkeit beispielsweise für die Marktgegenseite, auf Unterlassung und Schadensersatz zu klagen. Rechtssicherheit ließe sich nur erreichen, wenn man auch nähere Aussagen über die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung trafe<sup>66</sup> oder einen Schritt weiterginge und eine Gruppenfreistellungsverordnung für Solo-Selbständige ins Auge fasste.<sup>67</sup> Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Zeit hierfür mangels einschlägiger Erfahrungen nicht reif ist. Die Konsequenz besteht aber in der Einbuße an Rechtssicherheit.

### 4. Keine positive Ausgestaltung des Arbeitskartellrechts

Entgegen ihrem Titel („Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge ...“) sagen die Leitlinien also in erster Linie etwas über die Nicht-Anwendung des Wettbewerbsrechts, nicht aber auch positiv etwas über dessen Anwendung aus. Das Anliegen besteht also nicht darin, zu klären, unter welchen Voraussetzungen Art. 101 AEUV verletzt ist. So stellen die Leitlinien ausdrücklich klar, dass von Selbständigen ausgehandelte Tarifverträge, die nicht unter den Safe Harbour fallen, nicht zwangsläufig unvereinbar mit Art. 101 AEUV sind, sondern der üblichen Einzelfallprüfung zu unterziehen sind.<sup>68</sup> Auch halten sie ausdrücklich fest, dass die Durchsetzungsprioritäten nur negativ definiert sind. Auch wenn kein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht vorliegt, heißt dies nicht positiv, dass der Fall auch aufgegriffen wird.<sup>69</sup>

Allerdings macht die Kommission dann doch einige verstreute Andeutungen, wie einschlägige Fälle zu lösen sind, und zwar in erster Linie im Zusammenhang mit den konkreten Fallbeispielen, welche der Veranschaulichung dienen.<sup>70</sup> So werden Marktaufteilungsvereinbarungen zwischen Plattformen regelmäßig gegen Art. 101 AEUV verstoßen, genauso wie Vergütungsvereinbarungen allein zwischen Gegenparteien ohne Beteiligung der Solo-Selbständigen sowie Sperrabreden (siehe bereits oben III.2). Das gleiche gilt für einen Informationsaustausch, der über das hinaus geht, was zur Führung von Tarifverhandlungen notwendig und verhältnismäßig ist.<sup>71</sup> Sehr viel mehr ist in den Leitlinien allerdings nicht zu finden. Es wird also der weiteren Praxis vorbehalten bleiben, die Einzelheiten des Arbeitskartellrechts auszuformulieren.<sup>72</sup> Insofern ist der Beitrag der Leitlinien zur Herstellung von Rechtssicherheit also zu relativieren.

### V. Ausblick

Das Arbeitskartellrecht ist gemeinsam mit dem Digitalkartellrecht und dem Umweltkartellrecht eine der drei großen Bausteine der Wettbewerbspolitik und ist im Vergleich zu den beiden anderen Gebieten in einem frühen Entwicklungsstadium.<sup>73</sup> Die Leitlinien zu den Tarifverträgen für Solo-Selbständige schlagen einen ersten Pflock ein, indem sie dem ständig wachsenden Personenkreis der nicht als Arbeitnehmer Beschäftigten die Möglichkeit einräumen, bei Vergleichbarkeit ihrer Situation die Arbeitsbedingungen kollektiv auszuhandeln, ohne dass das Kartellrecht den Weg versperrt. Andererseits sind die Leitlinien Bestandteil der europäischen Digitalstrategie: Sie reagieren auch auf das Phänomen, dass die Arbeit über digitale Plattformen den gemeinsamen Arbeitsplatz entfallen lässt, so dass Kontakte mit anderen Arbeitnehmern und den kollektiven Vertretungen seltener werden.<sup>74</sup>

Die Ambitionen der Europäischen Kommission sind hoch: Wie beim Datenschutz und der Regulierung der Künstlichen Intelligenz möchte sie auch in Bezug auf die „globalen Standards für hochwertige Plattformarbeit“ den internationalen Ton angeben.<sup>75</sup> In der Tat demonstrieren die Leitlinien, dass der Auf- und

62 So die Selbstqualifikation in Komm., Fragen und Antworten: Kommission verabschiedet Leitlinien zu Tarifverträgen für Selbstständige, QANDA/22/5805, 29.09.2022, S. 1.

63 Vgl. Leitlinien (Fn. 10), Rn. 7.

64 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 16 mit Fn. 15.

65 Wobei sich für die auf dem Tarifvertrag beruhenden Einzelverträge die Anschlussfrage stellt, ob sie als nichtige Ausführungsverträge oder nach nationalem Recht zu beurteilende Folgeverträge einzustufen sind, siehe hierzu Bretzigheimer/Maturana, NZKart 2022, 246, 249.

66 Zu den Voraussetzungen einer Einzelfreistellung für Absprachen zwischen Solo-Selbständigen siehe Säcker, in: Festschrift für Windbichler, 2020, S. 1435, 1442 ff.

67 Man könnte sich hierbei durch die australische Kartellbehörde inspirieren lassen: Die ACCC hat 2020 eine „Class Exemption – Collective Bargaining“ verabschiedet, die kleinen Unternehmen

eine sorgsam limitierte Kartellrechtsimmunität für kollektive Verhandlungen einräumt. Siehe hierzu Hardy/Forsyth/McCrystal, TechREG Chronicle July 2022 m.w.N.

68 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 12.

69 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 34 Fn. 28.

70 Leitlinien (Fn. 10), Beispiele 1 und 2 nach Rn. 17; Beispiel 5 nach Rn. 31.

71 Leitlinien (Fn. 10), Rn. 16 Fn. 15.

72 Ein Überblick über aktuelle Entwicklungen findet sich bei Kuhn/Sakellariou-Witt/Caroppo, CPI Antitrust Chronicle May 2022.

73 Siehe den Überblick bei Heinemann, WuW 2020, 371 ff.

74 Siehe Komm. (Fn. 2), S. 9.

75 Komm. (Fn. 2), S. 16.

Ausbau des Arbeitskartellrechts nicht etwa mit einem Einbruch in die Ziele der Sozialpolitik verbunden ist, sondern ein wichtiger Bestandteil der europäischen Sozialen Marktwirtschaft ist. Die Europäische Kommission legt sich in Bezug auf Tarifverträge von Solo-Selbständigen Zurückhaltung auf und strebt damit einen Ausgleich zwischen Wettbewerbs- und Sozialpolitik an. Damit ist ein wichtiger Grundstein gelegt. Das Gebäude des Arbeitskartellrechts muss aber erst noch errichtet werden.

**Summary:**

---

**Collective Agreements for solo self-employed persons**

The Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons are a first element of the developing field of labour competition law. The guidelines seek to remove obstacles to collective negotiations between solo self-employed persons and their counterparties. Until now, competition law has only been inapplicable to negotiations between employers and employees. Prospectively, service providers in the gig and digital platform economy may collectively negotiate their working conditions if their situation is comparable to that of employees. The guidelines make an important contribution to legal certainty in the face of fundamental changes to labour markets.