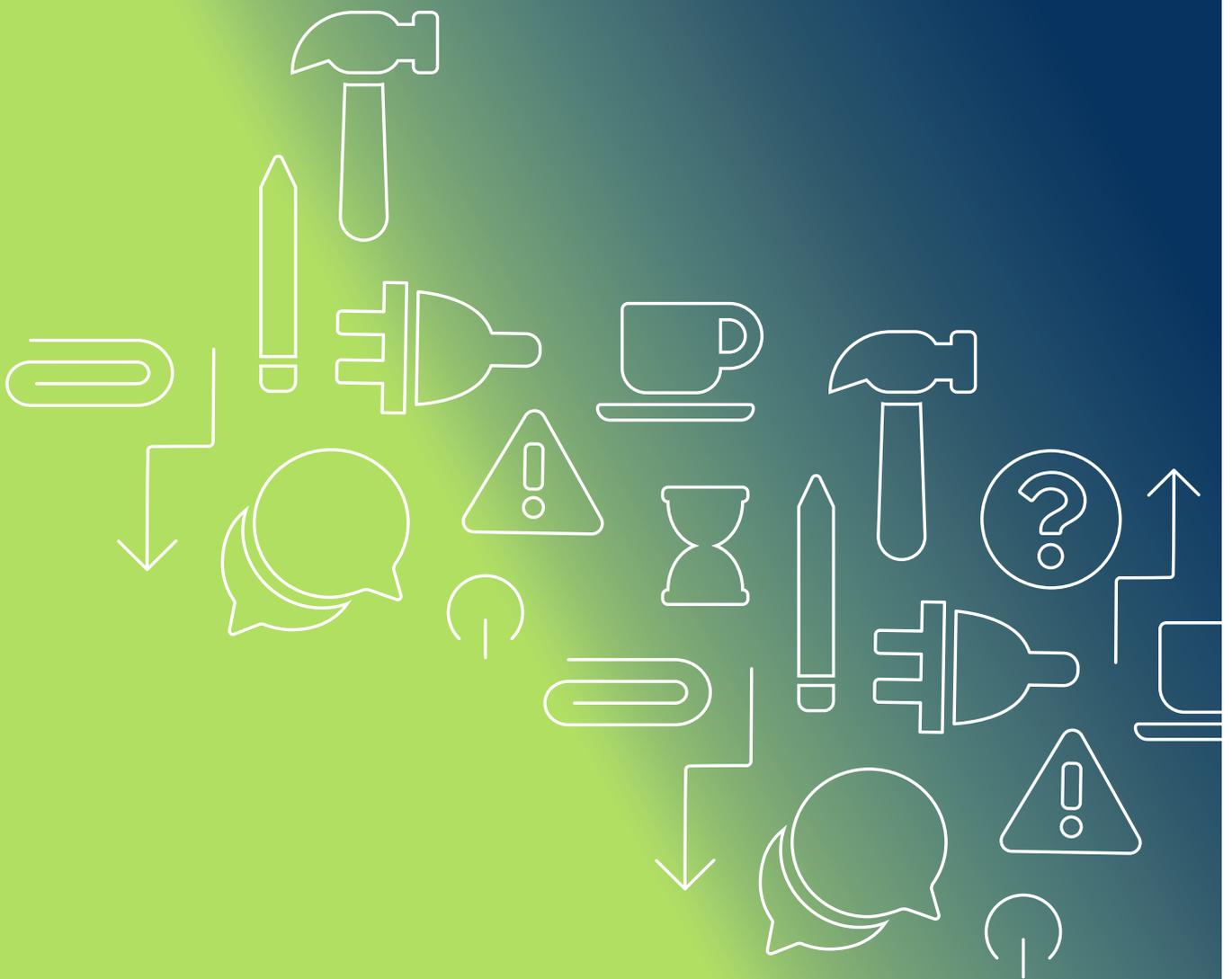


REFORMBEDARF KOLLEKTIVRECHTLICHER REGELUNGSMÖGLICHKEITEN AUS SICHT VON SOLO-SELBSTSTÄNDIGEN

Prof. Dr. Peter Wedde



Rechtsgutachten von Prof. Dr. Peter Wedde

Im Auftrag der INPUT Consulting gGmbH - Projekt »Haus der Selbstständigen«

28. November 2022

Rechtsgutachten zum Thema

„Reformbedarf kollektivrechtlicher Regelungsmöglichkeiten aus Sicht von Solo-Selbstständigen“

Im Auftrag des „Haus der Selbstständigen“ in Leipzig

erstellt von

Prof. Dr. Peter Wedde

Wiesbaden, 28. November 2022

Inhalt

A.	Sachverhalt.....	3
B.	Fragestellung	5
C.	Gutachterliche Bewertung.....	7
I.	Ist die durch § 12a TVG vorgegebene Anwendungsbegrenzung im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG legitim?.....	7
1.	Koalitionsfreiheit für Solo-Selbstständige	7
a)	Allgemeines.....	7
b)	Persönlicher Anwendungsbereich - Arbeitnehmer	10
c)	Koalitionsfreiheit außerhalb von Arbeitsverträgen	11
d)	Anwendbarkeit des TVG.....	13
2.	Zwischenergebnis: Keine unzulässige Beschränkung	17
II.	Welcher Änderungsbedarf besteht für § 12a Abs. 1 TVG?	19
1.	Einbeziehung arbeitnehmerähnlichen Personen in das TVG.....	19
a)	Überwiegende Tätigkeit für eine Person	19
b)	Mehr als 50% des Arbeitsentgelts von einer Person.....	20
2.	Anpassungsbedarf	21
3.	Anpassungsmöglichkeiten	22
4.	Zwischenergebnis: Ausweitung des Anwendungsbereichs durch Reduzierung der Anwendungsschwellen	25
III.	Konsequenzen und Anpassungsbedarf aufgrund der Leitlinien der Kommission?	26
1.	Zielsetzung der Leitlinien.....	26
2.	Wesentliche Inhalte der Leitlinien.....	28
a)	Grundsätze.....	28
b)	Persönliche Anwendbarkeit	32
c)	Durchsetzungsprioritäten der Kommission = Verzicht auf Maßnahmen.....	36
3.	Konsequenzen und Anpassungsbedarf	40
4.	Schuldrechtliche Vereinbarungen	41
5.	Zwischenergebnis: Konsequenzen und Anpassungsbedarf aufgrund der Leitlinien	42
IV.	Neue Denkmodelle für gesetzliche Regelungen?	43
1.	Politik.....	43
2.	Recht.....	45
a)	Mindestentgelt für Solo-Selbstständige	45
b)	Anwendung des Heimarbeitsgesetzes	47
c)	Urheberrecht.....	49
3.	Zwischenergebnis: Neue Denkmodelle	50
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse	51

A. Sachverhalt

Das „Haus der Selbstständigen“ in Leipzig¹ hat mich mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu kollektivrechtlichen Regelungsmöglichkeiten beauftragt, die für sog. Solo-Selbstständige bestehen. Zu diesem Themenkomplex sollen vier Fragen beantwortet werden.

Eine verbindliche gesetzliche Definition der „Solo-Selbstständigen“, die im Mittelpunkt dieses Gutachtens stehen, gibt es nicht. In der Diskussion steht der Begriff für Personen, die zwar formal selbstständige Unternehmerinnen oder Unternehmer sind, die aber im Rahmen ihrer ausgeführten Tätigkeiten im Wesentlichen ohne eigenes Personal tätig werden und dabei ausschließlich ihre eigene Arbeitskraft vermarkten.²

Eine kleine Gruppe der Solo-Selbstständigen erzielt durch ihre Tätigkeit Einkommen in einer Größenordnung, die einer besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit entgegenstehen. Diese Gruppe bleibt in den folgenden Ausführungen unberücksichtigt.

Eine andere Situation besteht für eine große Gruppe von Solo-Selbstständigen, die unter ähnlichen Bedingungen wie wirtschaftlich und persönlich abhängige Arbeitnehmer tätig und auf die dabei erzielten Einkünfte existenziell angewiesen sind. Für diese Solo-Selbstständigen gibt es, im Gegensatz zu Arbeitnehmern, keine umfassende individuelle arbeitsrechtliche Absicherung, etwa durch einen gesetzlichen Mindestlohn. Es gibt zugunsten dieser Gruppe zudem keine gesellschaftlichen Mechanismen zur Garantie eines existenzsichernden Einkommens bei selbstständiger Erwerbstätigkeit und gegen (selbst-)zerstörerisches Sozialdumping als Mittel im (Preis-)Wettbewerb.³ Gegenüber ihren Vertragspartnern befinden sich diese Solo-Selbstständigen regelmäßig in einer strukturell schwächeren Position.

1 INPUT Consulting gGmbH - Projekt Haus der Selbstständigen, Jacobstr. 5, 04105 Leipzig, <https://hausderselbststaendigen.info/>.

2 Vgl. die Definition der Bundesregierung in der Antwort vom 22.12.2016 auf eine Große Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/10762, Seite 2

3 Vgl. BT-Drs. 18/10762, Seite 2.

Der Abschluss von Tarifverträgen nach dem Tarifvertragsgesetz (TVG) ist nur für die Solo-Selbstständigen möglich, die nach § 12a Abs. 1 dieses Gesetzes als „arbeitnehmerähnliche Personen“ zu qualifizieren sind. Allen anderen Solo-Selbstständigen bleibt diese Möglichkeit unabhängig vom Maß ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit verwehrt.

Ein besonderes Augenmerk legen die folgenden gutachterlichen Ausführungen auf die Gruppe abhängiger Solo-Selbstständiger, die im Bereich der Plattformökonomie tätig sind. Der Begriff „Plattformökonomie“ steht im Folgenden für verschiedene Formen von „Onlinemarktplätze“, von „Plattformen“ oder von „digitalen Vermittlungsplattformen“ im Internet, über die Solo-Selbstständige mit Personen oder Firmen in Kontakt treten, um für diese Aufgaben und Tätigkeiten zu erledigen oder Dienstleistungen zu erbringen.⁴

⁴ Vgl. zu möglichen Ausgestaltungen von Plattformen etwa Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Weissbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017, Seite 56 ff. elektronisch abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, Berlin 2020, Seite 21 ff. (abgerufen am 26.11.2022); allgemein hierzu Schwemmler/Wedde, Alles unter Kontrolle, Arbeitspolitik und Arbeitsrecht in digitalen Zeiten, Bonn 2018, Seite 42 ff.; elektronisch abrufbar unter <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/14087.pdf> (abgerufen am 26.11.2022).

B. Fragestellung

Das Gutachten soll die folgenden vier Fragen beantworten:

Frage 1

Ist es im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG legitim, dass die Anwendbarkeit des TVG auf Solo-Selbstständige an das Volumen der Tätigkeit bzw. des verdienten Entgelts gebunden ist, während das TVG auf persönlich abhängige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ohne Blick auf das geleistete Arbeitszeitvolumen oder auf das verdiente Einkommen anwendbar ist?

In diesem Rahmen soll auch geprüft werden, ob sich aus Art. 9 Abs. 3 GG Notwendigkeiten für Veränderungen in § 12a Abs. 1 TVG ableiten.

Frage 2

Welchen Änderungsbedarf gibt es bezogen auf Solo-Selbstständige für die Regelung in § 12a Abs. 1 TVG bezüglich der Feststellung der Eigenschaft „arbeitnehmerähnliche Person“, die hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes darauf abstellt, dass eine „überwiegende“ Tätigkeit für eine Person erfolgt bzw. dass von dieser mehr als die Hälfte des Entgelts gezahlt wird?

In diesem Gutachtenteil soll geprüft werden, ob die sich aus der gesetzlichen Regelung ableitende „50 %-Schwelle“ noch praxisgerecht ist oder ob Änderungsbedarf für den Gesetzgeber besteht.

Frage 3

Welche Konsequenzen oder Anpassungsbedarfe bezüglich der kollektivrechtlichen Situation bzw. möglicher Tarifverträge folgen aus den „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“?

Bei der Beantwortung dieser Frage soll auch bewertet werden, welchen allgemeinen Spielraum es in diesem Rahmen für schuldrechtliche Vereinbarungen zugunsten von „Solo-Selbständigen“ gibt und wer sich schließen könnte.

Frage 4

Welche grundlegend neuen Denkmodelle gibt es für gesetzliche Regelungen, durch die für „Solo-Selbständige“ angemessene Vergütungen bzw. angemessene Vertragsbedingungen gewährleistet werden könnten.

In diesem Rahmen soll bewertet werden, welche Ansatzpunkte es zur persönlichen Absicherung von Beschäftigten in anderen Bereichen (etwa im Urheberrecht) bzw. in anderen gesetzlichen Regelungen (etwa im Mindestlohngesetz) es gibt.

C. Gutachterliche Bewertung

I. Ist die durch § 12a TVG vorgegebene Anwendungsbegrenzung im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG legitim?

In ersten Teil dieses Gutachtens soll bewertet werden, ob es im Lichte von Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) legitim ist, die Anwendbarkeit des TVG auf Solo-Selbstständige an das Volumen der Tätigkeit für eine Person bzw. auf die Höhe des ei dieser erzielten Entgelts zu binden, während Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ohne Berücksichtigung des geleisteten Arbeitszeitvolumen oder des erzielten Einkommens in das Gesetz einbezogen werden. Dabei soll auch bewertet werden, ob sich aus Art. 9 Abs. 3 GG Notwendigkeiten für Veränderungen in § 12a Abs. 1 TVG ableiten.

Um die gestellte Frage beantworten zu können, ist zunächst die Anwendbarkeit der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit auf Solo-Selbstständige zu prüfen. Soweit diese gegeben ist, muss bewertet werden, ob sich aus diesem Grundrecht für Solo-Selbstständige spezifische Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung der in § 12a TVG enthaltenen Anwendungsbeschränkung ableiten. Nicht ausdrücklich in die Prüfung eingezogen werden andere verfassungsrechtliche Regeln wie etwa der allgemeine Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG.

Die vorzunehmenden Bewertungen beschränken sich auf Solo-Selbstständige, die als sog. „arbeitnehmerähnliche Personen“ im Sinne von § 12a Abs. 1 Satz 1 TVG wirtschaftlich abhängig und mit Arbeitnehmern vergleichbar sozial schutzbedürftig sind.

1. Koalitionsfreiheit für Solo-Selbstständige

a) Allgemeines

Durch Art. 9 Abs. 3 GG wird für jedermann und für alle Berufe das Recht gewährleistet, zur Wahrung und Förderung der Arbeit- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit und die sich hiermit verbindende Tarifautonomie sichert die Möglichkeit, Tarifverträge abschließen zu können, in

denen die Parteien von Koalitionen insbesondere Regelungen zu materiellen Arbeitsbedingungen oder zu Lohn und Gehalt ohne staatliche Einflussnahme vereinbaren können.⁵

Das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG soll sicherstellen, dass Personen, die in unterschiedlichen Formen und mit unterschiedlichen Graden oder Qualitäten von Abhängigkeit für andere Personen oder Unternehmen tätig sind, ihre bestehende strukturelle Unterlegenheit durch kollektive Selbsthilfe überwinden können.⁶

Das Grundrecht gehört nicht zu den „klassischen“ Grundrechten, sondern entstand angesichts der industriellen Entwicklung im 19. Jahrhundert und der dort vorherrschenden Arbeitsbedingungen. Diese Entstehungsgeschichte ist bei der Bewertung des Grundrechts zu berücksichtigen.⁷

Durch die Koalitionsfreiheit wird insbesondere die Möglichkeit garantiert, Tarifverträge abschließen zu können, mit denen Koalitionen ohne staatliche Einflussnahme insbesondere Regelungen für ihre Mitglieder zu materiellen Arbeitsbedingungen oder zu Lohn und Gehalt vereinbaren können.⁸ Von der verfassungsrechtlich garantierten und geschützten Koalitionsfreiheit sind auch Arbeitskampfmaßnahmen erfasst, die auf den Abschluss von Tarifverträgen zielen. Voraussetzung ist, dass sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.⁹

Die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit ist umfassend. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht schon im Jahr 1954 festgestellt:

„Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluß als solchen, sondern den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen. Dies bedeutet zugleich, daß frei gebildete Organisationen auf die Gestaltung der

⁵ Vgl. Bundesverfassungsgericht vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 367 und vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 340.

⁶ Vgl. Asshoff/Walser, NZA 2021, 1526 (1530).

⁷ Vgl. Bundesverfassungsgericht vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 366 f. und vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96; Leibholz/Rinck, Grundgesetz - Rechtsprechung des BVerfG, Loseblattsammlung, Stand 88 Lieferung Köln Dezember 2022 (im Folgenden Leibholz/Rinck), Art. 9 GG, Rn. 300.

⁸ Vgl. Bundesverfassungsgericht vom 1.3.1979 und vom 24.5.1977, jeweils a.a.O.

⁹ Vgl. Leibholz/Rinck, a.a.O., Rn. 301.; Bundesverfassungsgericht vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 225.

Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluß nehmen, insbesondere zu diesem Zweck Gesamtvereinbarungen treffen können. Die historische Entwicklung hat dazu geführt, daß solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden. Wenn also die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muß im Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, daß ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und daß Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“¹⁰

Um das Funktionieren der durch Art. 9 Abs. 3 garantierten Koalitionsfreiheit sicherzustellen, bedarf es einer gesetzlichen Ausgestaltung einschlägiger Regelungen, durch die eine größtmögliche Anwendung dieses Grundrechts gesichert wird.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat zur notwendigen gesetzgeberischen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit in einem Urteil vom 1.3.1979 ausgeführt:

„Diese besteht nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können. Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen.“¹²

Der Gesetzgeber kann in diesem Rahmen die verfassungsrechtlich garantierte Tragweite der Koalitionsfreiheit durch Ausgestaltungen der Befugnisse von Koalitionen näher regeln.

„Unbeschadet der vorbehaltlosen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit ist der Gesetzgeber - insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht - nicht gehindert, im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis Regelungen zu treffen, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrung der Freiheitsrechte bilden.“¹³

¹⁰ Bundesverfassungsgericht 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96.

¹¹ Vgl. Leibholz/Rinck, a.a.O., Rn. 380.

¹² Bundesverfassungsgericht vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290.

¹³ Bundesverfassungsgericht vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26.

Der Gesetzgeber ist bezüglich einer gesetzlichen Fundierung oder Präzisierung der Koalitionsfreiheit damit zwar nicht verpflichtet, eine bestimmte gesetzliche Ausgestaltung zu treffen. Er muss aber durch angepasste gesetzliche Maßnahmen für alle Träger des Koalitionsrechts sicherstellen, dass sie ihre aus Art. 9 Abs. 3 GG resultierenden Rechte angemessen wahrnehmen können. Dies gilt insbesondere auch für Personen und Berufe, die sonst (trotz bestehender Schutzbedürftigkeit) nicht vom Anwendungsbereich spezifischer Gesetze wie insbesondere dem TVG erfasst sind. Allerdings leitet sich aus dieser Vorgabe keine verfassungsrechtliche Verpflichtung für die Verankerung von spezifischen Schutzregeln in einem bestimmten Gesetz ab.

b) Persönlicher Anwendungsbereich - Arbeitnehmer

Der persönliche Anwendungsbereich des Grundrechts in Art. 9 Abs. 3 GG ist für *„jedermann und für alle Berufe gewährleistet“* und wird damit unabhängig von der Staatsangehörigkeit für alle Personen garantiert, die einen Beruf ausüben. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit ist weiter gefasst als die durch Art. 9 Abs. 1 GG nur für „Deutsche“ garantierte Vereinigungsfreiheit.

Das Grundrecht in Art. 9 Abs. 3 GG gilt insbesondere für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Nach § 611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist „Arbeitnehmer“, wer durch einen Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen in persönlicher Abhängigkeit zur Erbringung weisungsgebundener und fremdbestimmter Arbeit verpflichtet ist. Neben Arbeitnehmern kommt das Grundrecht auch für andere Beschäftigte wie insbesondere Beamte oder andere Angehörige des öffentlichen Dienstes zur Anwendung.¹⁴

Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG schließt bezogen auf Arbeitnehmer leitende Angestellte ein. Dies sind nach der Definition in § 5 Abs. 3 BetrVG Arbeitnehmer, die nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb beispielsweise zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind

¹⁴ Vgl. etwa Leibholz/Rinck, a.a.O., Rn. 305; ausführlich Gärtner, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, Berlin 2020, Seite 140 ff.

oder die über eine Generalvollmacht bzw. eine bedeutsame Prokura verfügen. Die Einordnung als leitender Angestellter kann auch aus dem Vorhandensein einer Generalvollmacht oder einer Prokura resultieren oder daraus, dass diese Arbeitnehmer in Betrieb oder Unternehmen weitgehend weisungsfrei herausragende oder wichtige Aufgaben wahrnehmen, die besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzen.

Trotz ihrer formalen Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. § 611a BGB sind leitende Angestellte als Mitglieder des Managements oder als herausgehobene Führungspersonen zumeist unmittelbar den Arbeitgebern zuzurechnen. Dass sie dabei in der Regel mit selbständigen Leitungsaufgaben betraut sind, lässt die Koalitionsberechtigung unberührt.¹⁵

c) Koalitionsfreiheit außerhalb von Arbeitsverträgen

Entstehungsgeschichtlich ist die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Koalitionsfreiheit ein „Grundrecht der Arbeitnehmer“, das von diesen mit dem Ziel gewerkschaftlicher Zusammenschlüsse in langen und erbitterten Konflikten erstritten worden ist.¹⁶ Diese historischen Wurzeln geben aber nicht zwingend vor, dass verfassungsrechtlich geschützte Koalitionen nur bezogen auf Arbeitsverhältnisse nach § 611a BGB zur Wahrung und Förderung der Arbeit- und Wirtschaftsbedingungen befugt sind.¹⁷ Die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit wirkt vielmehr auch für Tätigkeiten außerhalb „klassischer“ Arbeitsverhältnisse und unabhängig von einer persönlichen oder sachlichen Einbeziehung in eine spezialgesetzliche Regelung wie in die des TVG.¹⁸ Diesbezüglich hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt:

„Die Koalitionsfreiheit und damit auch die Tarifautonomie ist auf Grund dieses Grundrechts „für jedermann und alle Berufe gewährleistet“. Sie gilt also schon aufgrund Verfassungsrechts auch für arbeitnehmerähnliche Personen und wird nicht

¹⁵ Vgl. etwa Scholz in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, München, Loseblatt, Stand 99. Lieferung 2022 (im Folgenden „DHS-Bearbeiter“), Art. 9 GG Rn. 181; Gärtner, a.a.O., Seite 140.

¹⁶ Ausführlich hierzu Kittner in: Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied 1984, Art. 9 GG, Rn. 24 ff.

¹⁷ Vgl. zur persönlichen Reichweite der Koalitionsfreiheit ErfK-Linsenmaier, Art. 9 GG, Rn. 27 ff.

¹⁸ Rachor in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage Baden-Baden (im Folgenden: Däubler-Bearbeiter), § 12a TVG, Rn. 13, verweist ausdrücklich auf die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit für „Nichtarbeitnehmer“.

erst durch § 12a TVG auf diese Personen erstreckt. Lediglich die Ausgestaltung des Verhältnisses der Tarifvertragsparteien zueinander bedarf der gesetzlichen Regelung (vgl. BVerfG 24. April 1996 - 1 BvR 712/86 - BVerfGE 94, 268).“¹⁹

Das Koalitionsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ist damit umfassend.²⁰ Um seine Wirksamkeit „für jedermann“ zu gewährleisten, bedarf es grundsätzlich nicht zwingend einer weiteren Ausgestaltung oder Absicherung durch den Gesetzgeber. Dieser ist aber nicht gehindert, im Rahmen seiner bestehenden Gestaltungsbefugnis Regelungen zu treffen, die die Voraussetzungen für eine Wahrung der Freiheitsrechte schaffen.²¹ Dies hat er für Arbeitnehmer sowie für die vom persönlichen Geltungsbereich des § 12a TVG erfassten arbeitnehmerähnlichen Personen mit dem TVG getan hat.

Durch § 17 Abs. 1 Heimarbeitsgesetz (HAG) wird darüber hinaus die Zulässigkeit des Abschlusses von Tarifverträgen für Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende anerkannt.²² Mit Blick darauf, dass Tätigkeiten im Bereich des HAG sich nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²³ nicht mehr auf einfache Aufgaben beschränken müssen, sondern auch höhere Qualifikationen beinhalten können, könnte sich auf diesem Weg künftig möglicherweise auch für einen Teil der Solo-Selbstständigen ein Zugang zu Tarifverträgen ergeben.²⁴

Für die Einbeziehung der in § 12a Abs. 1 Satz 1 TVG genannten arbeitnehmerähnlichen Personen in das TVG hat das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit des Abschlusses von Tarifverträgen ebenfalls bestätigt und festgestellt

„dass auch für den Kreis der arbeitnehmerähnlichen Personen Tarifverträge abgeschlossen werden können und diesen Personenkreis durch unbestimmte Rechtsbegriffe definiert (...). Mit der Möglichkeit, für einen nur unbestimmt festgelegten

¹⁹ Bundesarbeitsgericht vom 15.2.2005 – 9 ABR 51/04, NZA 2006, 223.

²⁰ Vgl. Bundesverfassungsgericht vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268.

²¹ Vgl. Bundesverfassungsgericht vom 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26-53; ausführlich zum Thema Gärtner, a.a.O., Seite 155 f.

²² Bundesarbeitsgericht 15.11.1963 – 1 ABR 5/63, AP Nr 14 zu § 2 TVG; vgl. auch Schubert, NZA-Beilage 2022, 5 ff.

²³ Vgl. Bundesarbeitsgericht 14.6.2016- 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453.

²⁴ Vgl. hierzu unten Abschnitt VI.

Personenkreis Tarifverträge abzuschließen, ist den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit gegeben, insoweit Recht zu setzen (§ 1 Abs. 1 TVG).“²⁵

Die uneingeschränkte Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in den Anwendungsbereich des TVG steht unter dem Vorbehalt, dass die in § 12a TVG benannten Voraussetzungen durch die konkrete Ausgestaltung einer Tätigkeit erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, soll der Abschluss von Tarifverträgen nicht zulässig sein. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bezogen auf Solo-Selbstständige in einem Urteil vom 31.1.2018 ausdrücklich festgestellt:

„Für Solo-Selbständige, die nicht beabsichtigen, Arbeitnehmer zu beschäftigen, sind die Tarifvertragsparteien nicht regelungsbefugt. Solo-Selbständige in diesem Sinn sind weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer, sondern Unternehmer. Grundsätzlich ist keine Tarifvertragspartei für sie tarifzuständig und normsetzungsbefugt.“²⁶

Aus dieser Feststellung des Bundesarbeitsgerichts leitet sich aber nicht die Konsequenz ab, dass arbeitnehmerähnlichen Personen, die die in § 12a TVG festgelegten Vorgaben nicht erfüllen, die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit verschlossen bleibt. Für einen solchen Ausschluss lässt schon der Wortlaut des Grundrechts in Art. 9 Abs. 3 GG keinen Raum, nach dem das dort verankerte Grundrecht „für jedermann und für alle Berufe gewährleistet“ ist. Der Gesetzgeber ist deshalb nicht daran gehindert, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der zugunsten der Solo-Selbstständigen, die nicht als arbeitnehmerähnliche Personen zu qualifizieren sind, den Abschluss adäquater Vereinbarungen mit Auftraggebern ermöglichen würde.²⁷

d) Anwendbarkeit des TVG

Durch § 1 Abs. 1 TVG wird der sachliche Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegt. Hiernach kann ein Tarifvertrag Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regeln und Rechtsnormen enthalten, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von

²⁵ Bundesverfassungsgericht vom 15.2.2005 – 9 ABR 51/04, NZA 2006, 223.

²⁶ Bundesarbeitsgericht 31.1.2018 – 10 AZR 279/16, NZA 2018, 867.

²⁷ Vgl. hierzu unten Abschnitt IV.

Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen. Das TVG bezieht sich insoweit auf zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehende Arbeitsverträge.²⁸

Durch § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG wird der auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer begrenzte Anwendungsbereich des Gesetzes für die dort genannten Fälle auf arbeitnehmerähnliche Personen erweitert.²⁹

Gleiches gilt nach § 12a Abs. 3 TVG für solche arbeitnehmerähnlichen Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen oder die an der Erbringung dieser Leistungen unmittelbar mitwirken, insbesondere durch deren technische Gestaltung. Ist diese Voraussetzung erfüllt, wird durch die Höhe des Mindestentgelts, dass sie von einer Person im Durchschnitt erhalten müssen, um in den Anwendungsbereich des TVG einbezogen zu werden, gegenüber der Regelung in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG auf mindestens ein Drittel reduziert.

Zu den genauen Gründen für die Festlegung der in § 12a TVG enthaltenen „Zeit- oder Entgeltschwellen“ durch den Gesetzgeber, die von arbeitnehmerähnlichen Personen für die Anwendbarkeit des TVG überschritten werden müssen, finden sich in den einschlägigen Gesetzesmaterialien keine klaren Bewertungs- oder Entscheidungskriterien. Dort wird vielmehr lediglich allgemein darauf verwiesen, dass durch § 12a TVG die Beschränkung der Anwendbarkeit des Gesetzes auf Arbeitnehmer zugunsten einer Einbeziehung bestimmter Dienst- oder Werkvertragstätigkeiten beendet wird:

„Während ein Tarifvertrag bislang nur Rechtsnormen enthalten kann, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, werden in Zukunft auch bestimmte durch Dienst oder Werkvertrag begründete Rechtsverhältnisse arbeitnehmerähnlicher Personen zu ihren Auftraggebern durch Tarifvertrag geregelt werden können. Ein gewisses Vorbild hat diese Regelung in § 17 Abs. 1 HAG. Danach sind die Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes. auch heute schon

²⁸ Vgl. etwa Franzen in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage München 2022 (im Folgenden ErfK-Bearbeiter), § 1 TVG Rn. 38.

²⁹ Vgl. unten Abschnitt B.II.1.

auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die keine Arbeitsverhältnisse, sondern Rechtsverhältnisse arbeitnehmerähnlicher Personen sind.“³⁰

Das in den Gesetzesmaterialien angesprochene "gewisse Vorbild" des § 17 Abs. 1 HAG ist in diesem Zusammenhang allerdings schon deshalb kein überzeugendes Argument für eine Beschränkung der Anwendbarkeit von § 12a Abs. 1 TVG auf bestimmte Gestaltungen der Tätigkeit von arbeitnehmerähnlichen Personen, weil für Heimarbeiter gerade keine Koppelung an ein bestimmtes Auftragsvolumen vorausgesetzt wird. § 17 Abs. 1 HAG regelt unter der Paragrafenüberschrift „Tarifverträge, Entgeltregelungen“ vielmehr lediglich:

„Als Tarifverträge gelten auch 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.“

Der Abschluss von Tarifverträgen ist damit für Heimarbeiter (ebenso wie für Arbeitnehmer) unabhängig vom Umfang ihrer Tätigkeit bzw. der überwiegenden Arbeit für bestimmte Auftraggeber möglich. Dies stellt die Sinnhaftigkeit in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG enthaltenen „Schwellenwerte“ in Frage.

Auch die vom Gesetzgeber angeführte Orientierung am Vorbild des Arbeitsverhältnisses führt zu keiner überzeugenden Erklärung für die in § 12a TVG vorgenommene Differenzierung. In der amtlichen Begründung heißt es zu diesem Thema:

„Die neue Vorschrift will für diejenigen auf Dienst oder Werkvertrag beruhenden Beschäftigungsverhältnisse tarifvertragliche Regelungen zulassen, die sich der Art der auszuübenden Tätigkeit nach nicht entscheidend von einem Arbeitsverhältnis unterscheiden. Maßstab ist die Vergleichbarkeit der Beschäftigung mit einer Tätigkeit, die Gegenstand eines Tarifvertrages ist oder die, sofern kein Tarifvertrag besteht, üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt ist. Weitere Voraussetzung ist, daß eine Tätigkeit der genannten Art für eine andere Person überwiegend ausgeübt wird.“³¹

³⁰ BT-Drs. 7/975 vom 3.9.1973, Seite 20.

³¹ BT-Drs. 7/975 vom 3.9.1973, Seite 20.

Eine Herleitung oder Begründung der Beschränkung auf eine „überwiegende“ Tätigkeit enthalten die Gesetzesmaterialien damit insgesamt nicht. Die einschlägigen Ausführungen lassen zudem völlig außer Acht, dass das Vergleichsobjekt „Arbeitsverhältnis“ in vielfältigen Varianten von Voll- und/oder Teilzeitarbeit existiert, die in den in § 12a TVG festgelegten Schwellen keinen unmittelbaren Niederschlag finden. So bleibt beispielsweise Solo-Selbstständigen, die vergleichbar mit Arbeitgebern mehrere „Teilzeittätigkeiten“ für verschiedene Auftraggeber ausüben und deshalb nicht überwiegend für eine Person tätig sind bzw. deren Entgelt von einer Person unterhalb der in § 12a Abs. 1 Nr. 1b oder Abs. 3 TVG genannten Entgelthöhe von mehr als 50% liegt, von einer Einbeziehung in das TVG ohne nachvollziehbare Begründung ausgeschlossen. Der Gesetzgeber verfehlt somit mit dieser Lösung sein erklärtes Ziel, nach dem alle Selbstständigen

„... soweit sie arbeitnehmerähnliche Personen sind, durch die Einbeziehung in das Tarifvertragsgesetz die Möglichkeit der Selbsthilfe mit den Mitteln und im Rahmen der Tarifautonomie gegeben werden.“³²

Das gesetzgeberische Begründungsdefizit ändert nichts daran, dass die vom Gesetzgeber mit der Ausgestaltung von § 12a TVG getroffene Begrenzung des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit für die außerhalb des Anwendungsbereichs des TVG stehende Solo-Selbstständige nicht grundsätzlich in Frage stellen kann.

Aus Sicht der betroffenen Solo-Selbstständigen ist die aufgrund von § 12a TVG bestehende gesetzliche Situation schon deshalb unbefriedigend, weil durch diese Regelung kollektive Durchsetzungsmöglichkeiten für dieselben Tätigkeiten und Auftraggeber individuell mit ihrer persönlichen Situation verknüpft werden. Das kann beispielsweise zur Folge haben, dass von mehreren Solo-Selbstständigen, die für dieselben Auftraggeber über dieselbe Plattform identische Aufträge erledigen, nur die von Tarifverträgen erfasst werden, die hierfür mehr als die Hälfte ihres Entgelts beziehen, während Personen, die aufgrund verschiedener „Teilzeittätigkeiten“ unter dieser Schwelle bleiben, der bestehende

³² BT-Drs., a.a.O..

Tarifschutz verwehrt wird. Auftraggebern eröffnet diese Situation zudem die Möglichkeit, die Anwendbarkeit von Tarifverträgen durch die Limitierung von Auftragsvergaben auszuschließen. Sachlich ist diese Form der Differenzierung gegenüber persönlich uneingeschränkt in den Anwendungsbereich des TVG einbezogenen Arbeitnehmern zudem auch mit Blick darauf fraglich, dass diese auch für wenig oder gar nicht sozial schutzbedürftige leitende Angestellte gilt. Bezüglich der leitenden Angestellten kommt hinzu, dass ihnen aufgrund ihrer Verortung auf Seiten der Arbeitgeber die „Gegnerunabhängigkeit“ zum Tarifpartner fehlt.

Die aktuelle normative Situation hat zur Folge, dass insbesondere für im Bereich der „Plattformökonomie“ tätige Solo-Selbstständige die Einbeziehung in den Anwendungsbereich des TVG vielfach ausgeschlossen ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sie über eine Plattform für verschiedene Auftraggeber tätig werden, weil sie dann trotz bestehender wirtschaftlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit den nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 oder 2 TVG erforderlichen Nachweis nicht erbringen können, dass sie überwiegend für eine Person arbeiten bzw. dass sie von dieser mehr als die Hälfte (bzw. nach Abs. 3 mehr als ein Drittel) ihres Entgelts beziehen. Anders würde sich die Situation darstellen, wenn bei der Feststellung von Auftrags- oder Entgeltvolumen allein auf die Plattform abgestellt würde und nicht auf die über diese vermittelten Aufträge bzw. Auftraggeber.

2. Zwischenergebnis: Keine unzulässige Beschränkung

Die erste Frage dieses Gutachtens kann dahingehend beantwortet werden, dass sich aus der vom Gesetzgeber vorgenommenen Beschränkung der Anwendbarkeit des TVG auf die arbeitnehmerähnlichen Personen, die die in § 12a TVG genannten Voraussetzungen erfüllen, bezogen auf Solo-Selbstständige keine unzulässige Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert Koalitionsfreiheit ableitet. Dieses Grundrecht beinhaltet für den Gesetzgeber keine Verpflichtung, die Regeln des TVG mit dem Ziel zu verändern, den Anwendungsbereich des § 12a Abs. 1 TVG zugunsten weiterer Solo-Selbstständiger zu erweitern. Es bleibt den nicht von § 12a TVG erfassten Solo-Selbstständigen aber

unbenommen, ihre Interessen auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG über Vereinigungen auch außerhalb des TVG gegenüber Auftraggebern durchzusetzen.

Die aktuell vorzufindende gesetzliche Situation ist zwar mit Blick auf die schlechte wirtschaftliche Situation und die sich heraus ableitende soziale Schutzbedürftigkeit einer Reihe von Solo-Selbstständigen unbefriedigend. Sie führt aber nicht zu einer unzulässigen Einschränkung der verfassungsrechtlich mit Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Gesetzgeber damit von jeder Handlungspflicht entbunden ist. Vielmehr obliegt ihm die Prüfung, welche adäquaten Schutzregeln es für die außerhalb der Anwendung des TVG stehenden wirtschaftlich abhängigen und sozial schutzbedürftigen Solo-Selbstständigen geben muss.

II. Welcher Änderungsbedarf besteht für § 12a Abs. 1 TVG?

Die Antwort auf die zweite Frage dieses Gutachtens soll den Änderungsbedarf benennen, der sich mit dem Ziel einer Verbesserung der Absicherung von sozial schutzbedürftigen Solo-Selbstständigen aus der in § 12a TVG enthaltene Begrenzung der Anwendbarkeit des TVG ableitet. Dabei soll auch bewertet werden, ob die in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG enthaltene „Entgeltschwelle“ von 50% bezogen auf Solo-Selbstständige weiterhin praxisgerecht ist.

1. Einbeziehung arbeitnehmerähnlichen Personen in das TVG

Die Einbeziehung von „arbeitnehmerähnlichen Personen“ in den Anwendungsbereich des TVG setzt nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG derzeit voraus, dass es sich um solche Personen handelt, die wirtschaftlich abhängig und mit Arbeitnehmern vergleichbar sozial schutzbedürftig sind. Hinzukommen muss die persönliche Erbringung geschuldeter Leistungen für andere Personen oder Firmen auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen ohne wesentliche Mitarbeit anderer Arbeitnehmer.

Die für die Anwendbarkeit von § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG notwendige soziale Schutzbedürftigkeit ist gegeben, wenn die bestehende Abhängigkeit von arbeitnehmerähnlichen Personen aus dem Blickwinkel der Verkehrsanschauung einen Grad erreicht, der mit der von Arbeitnehmern vergleichbar ist. Zudem müssen die geleisteten Dienste vergleichbar mit denen sein, die typischerweise im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden.³³

Sind die vorstehenden „Grundvoraussetzungen“ gegeben, muss für den Abschluss von Tarifverträgen nach dem TVG weiterhin einer der in den Buchstaben a) und b) von § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG alternativ benannten Tatbestände erfüllt sein. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kommt eine Anwendung des TVG auf Basis dieser Norm nicht in Betracht.

a) Überwiegende Tätigkeit für eine Person

³³ Vgl. ErfK-Franzen, a.a.O., § 12a TVG Rn. 5.

Nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a) TVG bedarf es für die Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Gesetzes des Vorliegens einer überwiegenden Tätigkeit für eine Person. Eine für die Erfüllung dieses Tatbestandes erforderliche „überwiegende Tätigkeit“ liegt vor, wenn eine arbeitnehmerähnliche Person so umfassend für einen Auftraggeber tätig ist, dass sie keine eigenständige Stellung am Markt erlangen kann. „Überwiegen“ ist in diesem Zusammenhang zeitlich zu verstehen. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn mehr als die Hälfte der für Erwerbstätige zur Verfügung stehenden Zeit zugunsten einer Person aufgewendet wird.³⁴ Auf die Höhe des erzielten Entgelts kommt es hingegen nicht an.³⁵

b) Mehr als 50% des Arbeitsentgelts von einer Person

Nach der zweiten Alternative in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG erfolgt die Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen in den Anwendungsbereich des Gesetzes, wenn diesen im Durchschnitt mehr als die Hälfte ihres Erwerbseinkommens von jeweils einer Person zusteht. Für bestimmte Tätigkeiten im künstlerischen, schriftstellerischen oder journalistischen Bereich reicht es abweichend hiervon gemäß § 12a Abs. 3 TVG für eine entsprechende Einordnung aus, wenn mehr als ein Drittel des Erwerbseinkommens gegenüber einer Person geltend gemacht werden kann.

Die Einfügung des Kriteriums „Erwerbseinkommensanteil“ in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG wurde vom Gesetzgeber allerdings nicht mit Fakten begründet, sondern folgte einer „Vorstellung“:

„Die Vorschrift geht von der Vorstellung aus, daß jemand von einem einzigen Dienstberechtigten oder Besteller mehr als die Hälfte der Einkünfte erhält oder zu erhalten hat, die er insgesamt aus der Verwertung seiner Arbeitskraft z. B. als Arbeitsentgelt oder als Vergütung auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages — zieht, um als arbeitnehmerähnliche Person angesehen werden zu können. Der Höhe der Einkünfte kommt in diesem Zusammenhang keine ausschlaggebende Bedeutung zu; es soll auch keinen Unterschied machen, ob der Betrag von mehr als der Hälfte dieser Einkünfte einen oder mehrere Verträge zur Rechtsgrundlage hat. Entscheidend ist nur, daß dem Betreffenden mehr als die Hälfte aller aus der

³⁴ Vgl. Däubler-Rachor, a.a.O., § 12a TVG, Rn. 46.

³⁵ Vgl. Wank in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Auflage München 2019 (im Folgenden: Wiedemann-Bearbeiter), § 12a TVG Rn. 115.

Verwertung seiner Arbeitskraft herrührenden Einkünfte von einer bestimmten Person als dienst- oder werkvertragliche Vergütung zusteht. Die Arbeitnehmerähnlichkeit stellt sich insofern als Folge der wirtschaftlichen Abhängigkeit einer auf die eigene Arbeitskraft angewiesenen Person von einer anderen bestimmten Person dar; sie kann aber nur dann angenommen werden, wenn jemand seine Einkünfte aus Erwerbstätigkeit zum überwiegenden Teil von einer Person bezieht.“³⁶

Diese Begrenzung war aus Sicht des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Befassung mit der Neuregelung des § 12a TVG möglicherweise zielführend. Sie steht zudem auch in keinem erkennbaren Widerspruch zum Grundrecht in Art. 9 Abs. 3 GG. Da aber die vom Gesetzgeber getroffene Festlegung weder mit Fakten noch mit empirischen Erkenntnissen fundiert worden ist (etwa zu einem Zusammenhang zwischen sozialer Schutzbedürftigkeit und Entgeltanteil von einem Auftraggeber), ist sie in dieser Form nicht zwingend. Das eröffnet Raum für alternative Ausgestaltungen wie insbesondere eine Absenkung der "Entgeltschwellen" in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG unter 50% bzw. unter das in Abs. 3 dieser Vorschrift genannte Drittel.³⁷

2. Anpassungsbedarf

Bezogen auf die hier zu bewertende Gruppe der Solo-Selbstständigen führen die Abgrenzungsvorgaben in § 12a TVG nur dann zu einer juristisch eindeutigen Situation, wenn diese Personen innerhalb definierter „Eins zu eins“-Vertragsbeziehungen zu individuell bestimmbaren Auftraggebern tätig sind. Im Bereich der Plattformökonomie ist dies allerdings nur der Fall, wenn wirtschaftlich abhängige und wie Arbeitnehmer sozial schutzwürdige Solo-Selbstständige direkt für eine Plattform tätig sind.³⁸ Allerdings ist hierfür der Nachweis einer „überwiegenden“ Tätigkeit für den Plattformbetreiber und ggf. auch der Nachweis eines über 50% hinausgehenden Entgeltanteils erforderlich. Eine direkte Tätigkeit für eine Plattform kann im Einzelfall allerdings auch die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zur Folge haben, etwa bei der kontinuierlichen Erledigung einer Vielzahl von

³⁶ BT-Drs. 7/975 vom 3.9.1973, Seite 20.

³⁷ Vgl. hierzu unten Abschnitt IV.

³⁸ Zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten von Plattformarbeit oder „Crowdwork“ vgl. etwa Bourazeri, NZA 2019, 741; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032; Heckelmann, NZA 2022, 73.

Kleinstaufträgen für eine Online-Plattform auf der Basis einer mit deren Betreiber getroffenen Rahmenvereinbarung.³⁹

Eine andere Situation besteht, wenn Solo-Selbstständigen über Plattformen (ggf. auf der Basis von „Rahmenverträgen“ oder von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“) lediglich Aufträge von anderen Personen vermittelt werden. In dieser Konstellation lässt sich die Erfüllung der in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG genannten Voraussetzungen in der Regel schon deshalb nicht darlegen oder beweisen, weil es statt eines klar erkennbaren Vertragspartners eine Vielzahl von Auftraggebern gibt. Dies gilt auch, wenn in dieser Situation eine mit der von Arbeitnehmern vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit auf der Hand liegt, beispielsweise wegen einer Bezahlung unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns. Die hieraus für Solo-Selbstständige folgende Unmöglichkeit des Nachweises, dass die in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG genannten Kriterien erfüllt sind, weist auf den bestehenden gesetzlichen Anpassungsbedarf hin.

3. Anpassungsmöglichkeiten

Der Koalitionsbegriff, der sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitet, verbindet sich mit einer entwicklungspolitischen Offenheit.⁴⁰ Das Grundrecht stellt dem Gesetzgeber bezüglich seiner juristischen Fundierung insoweit einen großen Konkretisierungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung.⁴¹ Diesen könnte er auch bezogen auf die arbeitnehmerähnlichen Personen, die derzeit außerhalb des Anwendungsbereichs des TVG stehen, zur Schaffung vergleichbarer kollektivrechtlicher Absicherungen nutzen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es bezogen auf die Gruppe der Solo-Selbstständigen naheliegend, die in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstaben a) und b) TVG enthaltenen Vorgaben für die Einbeziehung in das Gesetz zu modifizieren.

³⁹ Vgl. Bundesarbeitsgericht 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

⁴⁰ Vgl. Asshoff/Walser, NZA 20 21,1526 (1530).

⁴¹ Vgl. DHS-Scholz, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 92.

Mit Blick auf die spezifischen neuen Möglichkeiten der Auftragsvergabe in der Plattformökonomie könnte eine sinnvolle Modifizierung der Regelung in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a) TVG darin bestehen, dort neben einer Person, für die Solo-Selbstständige als Arbeitnehmerähnliche Personen „überwiegend“ tätig sind, auch einen entsprechenden Bezug zu „digitalen Vermittlungsplattformen“ zuzulassen, mit denen ein Rahmenvertrag abgeschlossen ist oder die im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle mit der Vermittlung von Aufträgen Umsätze generieren.⁴²

Gleichzeitig könnte der in § 12a Abs. 1 Nr. 1 b) TVG genannte Anteil der gegenüber einer Person bestehenden Entgeltansprüche von durchschnittlich mehr als 50%, bezogen auf die Vergabe von „Mini-“ oder „Mikroaufträgen“ über Internet-Plattformen, deutlich reduziert werden. Als Zielgröße bietet sich mindestens eine Reduzierung auf das in § 12a Abs. 3 TVG genannte Drittel der Entgelte an, die Solo-Selbstständigen von einer Person zustehen.

Die Reduzierung auf höchstens ein Drittel entsprechend der Regelung in § 12a Abs. 3 TVG ist schon deshalb naheliegend, weil diese Sonderregelung vom Gesetzgeber seinerzeit in Kenntnis der Tatsache geschaffen wurde, dass die hiervon erfassten Beschäftigten aus dem Medienbereich typischerweise für mehrere Auftraggeber tätig sind. In der Begründung des zuständigen Bundestagsausschusses, der diese Regelung im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in den Gesetzesentwurf eingefügt hat, heißt es:

*„Vor allem Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, sind nach der Überzeugung der Ausschussmehrheit **vorwiegend für mehrere Auftraggeber** tätig, ohne daß eine absolut überwiegende wirtschaftliche Bindung im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 Buchstabe b vorläge. Die Ausschussmehrheit hielt es deshalb **für zwingend geboten**, eine Sonderregelung für den im Bereich des Artikels 5 des Grundgesetzes tätigen Personenkreis zu schaffen. Einschränkend auf diesen Personenkreis soll es deshalb genügen, wenn eine Person von einem Auftraggeber mindestens ein Drittel ihres gesamten Entgelts für Erwerbstätigkeit bezieht. In die Sonderregelung sind auch diejenigen Personen einzubeziehen, die nicht selbst künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, aber an solchen Leistungen für denselben Auftraggeber - ohne Arbeitnehmer zu*

⁴² Vgl. zur Definition „digitaler Arbeitsplattformen“ der Europäischen Kommission unten Abschnitt III (S. 34).

sein - unmittelbar mitwirken, z. B. beim Film oder Fernsehen als Kameramann oder als Cutter.“⁴³

Eine weitere Begründung für diese sektorale Abweichung findet sich in der Ausschussbegründung nicht. Die in künstlerischen, schriftstellerischen oder journalistischen Bereichen zum Zeitpunkt der Einfügung dieser Regelung zu findenden Auftragsituationen, die insbesondere durch eine Vielzahl von Auftraggebern geprägt war (im Medienbereich etwa verschiedene Sendeanstalten), entspricht strukturell der in der aktuellen Plattformökonomie: Viele der dort tätigen Solo-Selbstständigen arbeiten für mehrere Anbieter, zwischen denen das Internet einen Wechsel einfach möglich macht. Insoweit liegt eine generelle Ausweitung des Anwendungsbereichs auf arbeitnehmerähnliche Personen nah.

Diese Ausweitung ließe sich durch die Anfügung eines neuen § 12a Abs. 3 Satz 2 TVG realisieren, der lauten könnte.

„Die Absätze 1 und 2 finden weiterhin Anwendung auf Personen, die im Rahmen von „Crowdworking“ Leistungen für mehrere Auftraggeber über Internetplattformen erbringen.

Alternativ könnte auch die Einfügung einer entsprechenden Formulierung in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG erfolgen, durch die die Entgeltanteilsschwelle für diese Personen dort auf ein Drittel reduziert wird.

⁴³ Begründung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zur Einfügung von § 12a Abs. 3 TVG, vgl. BT-Drs.7/2025 vom 23.4.1974, Seite 6 [Hervorhebungen vom Autor].

4. Zwischenergebnis: Ausweitung des Anwendungsbereichs durch Reduzierung der Anwendungsschwellen

Insbesondere bezogen auf die im Bereich der Plattformökonomie tätigen Solo-Selbstständigen, deren soziale Schutzbedürftigkeit der von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern entspricht, ist eine Ausweitung des derzeit durch § 12a TVG nur für bestimmte arbeitnehmerähnliche Personen eröffneten Anwendungsbereichs dieses Gesetzes angebracht. In Betracht kommt hierfür insbesondere eine Reduzierung der in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG genannten „Anwendungsschwellen“, durch die für die Anwendung des TVG eine überwiegende Tätigkeit für eine Person (Buchstabe a) der Norm bzw. einen Entgeltanspruch für die gesamte Erwerbstätigkeit gegen eine Person von mindestens 50% (Buchstabe b) der Norm vorgegeben wird.

Ein Orientierungswert für die vorzunehmende Anpassung findet sich in § 12a Abs. 3 TVG. Nach dieser Vorschrift erfolgt eine Einbeziehung in das TVG, wenn den entsprechenden Personen mindestens ein Drittel ihres Entgelts von einer anderen Person zusteht. In der Folge müsste auch der Maßstab für eine „überwiegende Leistungserbringung“ entsprechend reduziert werden.

Eine solche Veränderung wäre im Rahmen des dem Gesetzgeber obliegenden Ermessens- und Entscheidungsspielraums zulässig. Sie würde zudem dem bei der Schaffung von § 12a TVG verfolgten Konzept der Anpassung an neue praktische Gegebenheiten entsprechen.

III. Konsequenzen und Anpassungsbedarf aufgrund der Leitlinien der Kommission?

Die dritte Frage dieses Gutachtens bezieht sich auf die „Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“ vom 29. September 2022 (im Folgenden „Leitlinien“) der Europäischen Kommission (im Folgenden „Kommission“).⁴⁴ Ein Entwurf der Leitlinien (im Folgenden „Leitlinienentwurf“)⁴⁵ wurde am 9. Dezember 2021 veröffentlicht, verbunden mit der Aufforderung an „interessierte Kreise“ zur Einreichung von Stellungnahmen.⁴⁶ Es soll geprüft werden, welche Konsequenzen oder welcher Anpassungsbedarf bezüglich der kollektivrechtlichen Situation bzw. möglicher Tarifverträge aus den Leitlinien folgt. Weiterhin soll bewertet werden, welchen allgemeinen Spielraum es in diesem Rahmen für schuldrechtliche Vereinbarungen zugunsten von „Solo-Selbstständigen“ gibt und wer sie schließen könnte.

1. Zielsetzung der Leitlinien

Mit der Vorlage der Leitlinien verbindet die Kommission ehrgeizige Ziele, die die Pressemitteilung zur Vorlage des Leitlinienentwurfs vom 9.12.2021 verdeutlicht:

„Die Europäische Kommission schlägt heute eine Reihe von Maßnahmen vor, um die Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit zu verbessern und das nachhaltige Wachstum digitaler Arbeitsplattformen in der EU zu unterstützen.“⁴⁷

⁴⁴ Mitteilung der Kommission „Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“ (2022/C 374/02) vom 29.9.2022, Amtsblatt der Europäischen Union C 374/2 vom 30.9.2022.

⁴⁵ Mitteilung der Kommission „Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen“ C 2021/761 final vom 9.12.2021, elektronisch abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0761&from=DE_ (abgerufen am 26.11.2022).

⁴⁶ Vgl. Mitteilung Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland vom 9.12.2021, elektronisch abrufbar unter https://germany.representation.ec.europa.eu/news/ihre-meinung-ist-gefragt-kommission-startet-konsultation-zu-leitlinien-zu-tarifvertragen-fur-2021-12-09_de_ (abgerufen am 26.11.2022).

⁴⁷ Europäische Kommission - Pressemitteilung vom 9.12.2021 „Kartellrecht: Kommission bittet um Stellungnahmen zum Entwurf der Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von SoloSelbstständigen“, elektronisch abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_21_6620/IP_21_6620_DE.pdf (abgerufen am 26.11.2022).

Die Leitlinien legen die Voraussetzungen dar, unter denen nach Auffassung der Kommission Tarifverhandlungen und Tarifvereinbarungen für Solo-Selbstständige stattfinden können, ohne dass dies zu einem Verstoß gegen EU-Wettbewerbsvorschriften wie insbesondere gegen Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „AEUV“) führt.⁴⁸

Die Leitlinien gelten sowohl für Solo-Selbstständige, die in traditionellen Bereichen tätig sind, als insbesondere auch für solche, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten.⁴⁹ Sie zielen inhaltlich darauf ab, Vereinbarungen beurteilen zu können, die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen betreffen und die in Verhandlungen zwischen deren Vertretungen und einem oder mehreren Personen oder Unternehmen (im Folgenden „Gegenpartei“ oder „Gegenparteien“) geschlossen wurden.⁵⁰

Die Leitlinien gehören zu einem Gesamtpaket von Regelungen der Kommission, durch die im Bereich der „Plattformarbeit“ für die dort Beschäftigten angemessene Arbeitsbedingungen gesichert werden sollen. Zu diesem Paket gehört weiterhin ein Vorschlag für eine „Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit“⁵¹ sowie eine Mitteilung der Kommission über die „Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit“.⁵²

48 Vgl. „Kartellrecht: Kommission verabschiedet Leitlinien zu Tarifverträgen für Selbstständige“, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 29.9.2022, elektronisch abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_22_5796/IP_22_5796_DE.pdf (abgerufen am 26.11.2022).

49 Vgl. Europäische Kommission - Pressemitteilung vom 9.12.2021, a.a.O.

50 Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 1

51 Richtlinienentwurf zur „Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit“, elektronisch abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762> (abgerufen am 26.11.2022).

52 Mitteilung der Kommission „Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen“ (C 2021/761 final), elektronisch abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:2021DC0761&from=DE> (abgerufen am 26.11.2022).

Solo-Selbstständige sind gemäß der Definition in den Leitlinien alle Personen,

„die über keinen Arbeitsvertrag verfügt oder die in keinem Arbeitsverhältnis steht und die zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen ist.“⁵³

2. Wesentliche Inhalte der Leitlinien

Die Leitlinien zielen darauf ab, die Anwendung von Art. 101 AEUV auf Tarifverträge von Solo-Selbstständigen in bestimmten Fällen auszuschließen.

„Vor diesem Hintergrund wird in diesen Leitlinien klargestellt, dass (a) Tarifverträge von Solo-Selbstständigen, die sich in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer befinden, nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 101 AEUV fallen, und (b) die Kommission nicht gegen Tarifverträge von Solo-Selbstständigen vorgehen wird, die ein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht gegenüber ihrer/ihren Gegenpartei/en aufweisen.“⁵⁴

a) Grundsätze

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Hierzu gehört insbesondere eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Nach Art. 101 Abs. 2 AEUV sind nach diesem Artikel verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig. Tarifvertragliche Regelungen zwischen Solo-Selbstständigen und Auftraggebern könnten gemessen am Maßstab, den diese Norm vorgibt, beispielsweise als unzulässige

⁵³ Leitlinien, a.a.O., Rn. 2; diese Definition entspricht inhaltlich der diesem Gutachten zugrundeliegenden (vgl. oben Abschnitt A, Abs. 2).

⁵⁴ Leitlinien, a.a.O., Rn. 9.

Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Buchstabe b) AEUV qualifiziert werden.⁵⁵

Würden selbstständige Solo-Selbstständige vom „Kartellverbot“ des Art. 101 AEUV erfasst, könnten von ihren Vereinigungen mit Auftraggebern geschlossene Tarifverträge oder vergleichbare Regelungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar und damit unzulässig sein.⁵⁶ Um dies zu vermeiden, enthalten die Leitlinien Erläuterungen dazu,

„wie die Kommission das Wettbewerbsrecht der Union, unbeschadet der Anwendung anderer Regeln oder Grundsätze des Unionsrechts, anwenden wird.“⁵⁷

Der Anwendungsbereich der Leitlinien ist ausdrücklich auf bestimmte Solo-Selbstständige beschränkt:

„Diese Leitlinien stellen lediglich die Bedingungen klar, unter denen bestimmte Solo-Selbstständige und ihre Gegenpartei/en Tarifverhandlungen aufnehmen und Tarifverträge schließen können, ohne einen Verstoß gegen Artikel 101 AEUV zu riskieren.“⁵⁸

Welche Solo-Selbstständigen erfasst werden, wird detailliert in der Folge detailliert benannt.

„Diese Leitlinien beziehen sich auf Tarifverträge im Zusammenhang mit Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen im Sinne von Randnummer 2 Buchstabe (a). Solo-Selbstständige können bestimmte Waren oder Vermögenswerte zur Erbringung ihrer Dienstleistungen einsetzen. Zum Beispiel verwendet eine Reinigungskraft Reinigungszubehör und ein Musiker spielt ein Musikinstrument. In diesen Fällen werden die Waren als Hilfsmittel verwendet, um die eigentliche Dienstleistung zu erbringen, und die Solo-Selbstständigen würden daher als auf ihre eigene Arbeitskraft angewiesene Personen gelten.“⁵⁹

Damit sollen Tarifverträge solcher Solo-Selbstständiger von dem aus Art. 101 AEUV folgenden Kartellverbot ausgenommen sein, wenn sie sich trotz bestehender Selbststän-

⁵⁵ Vgl. hierzu ausführlich Seifert; Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige und unionsrechtliches Kartellverbot, HSI Schriftenreihe Band 42, Frankfurt 2022, Seite 55 ff.; Kocher, Soziales Recht 2022, 125 (132).

⁵⁶ Vgl. Seifert, Seite 77 ff.

⁵⁷ Leitlinien, a.a.O., Rn. 10.

⁵⁸ Leitlinien, a.a.O., Rn. 10.

⁵⁹ Leitlinien, a.a.O., Rn. 18.

digkeit in einer mit der von Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden.⁶⁰ Nicht vom Anwendungsbereich der Leitlinien erfasst sein sollen hingegen Konstellationen,

„(...) in denen die wirtschaftliche Tätigkeit des Solo-Selbstständigen lediglich darin besteht, Waren oder Vermögenswerte zu teilen oder zu verwerten oder Waren bzw. Dienstleistungen weiterzuverkaufen. Wenn ein Solo-Selbstständiger zum Beispiel Unterkünfte vermietet oder Autoteile verkauft, so beziehen sich diese Tätigkeiten auf die wirtschaftliche Verwertung von Vermögenswerten und den Weiterverkauf von Waren und nicht auf die Bereitstellung der eigenen Arbeitskraft.“⁶¹

Damit wären beispielsweise künstlerisch tätige Solo-Selbstständige, die im Auftrag von Unternehmen für diese Töpferwaren herstellen, nicht vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV erfasst.⁶²

Um den begrenzten Anwendungsbereich der Leitlinien zu verdeutlichen, werden in ihnen weitere Ausschlüsse benannt:

„Diese Leitlinien begründen keine sozialen Rechte oder Pflichten und berühren weder die Vorrechte der Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik noch die Autonomie der Sozialpartner. Insbesondere berühren sie nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und/oder der Sozialpartner in Bezug auf die Organisation von Tarifverhandlungen im Rahmen des nationalen Rechts und/oder der Gepflogenheiten in den Mitgliedstaaten. Sie lassen auch die Definitionen der Begriffe „Arbeitnehmer“ oder „Selbstständige“ nach nationalem Recht (12) oder die Möglichkeit unberührt, dass Solo-Selbstständige eine Neueinstufung ihres Beschäftigungsverhältnisses gemäß Unions- oder nationalem Recht anstreben (oder nationale Behörden oder Gerichte solche Fälle prüfen).“⁶³

Die Klarstellung der Kommission, dass von ihr mit den Leitlinien keine allgemeine Definition der Begriffe „Arbeitnehmer“ oder „Selbstständige“ vorgenommen werden, hindert

⁶⁰ Vgl. Bretzigheimer/Maturana, Arbeitsmärkte und Kartellrecht – Der Leitlinienentwurf der Kommission zu Tarifverträgen von SoloSelbstständigen, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2022, 246 [248].

⁶¹ Leitlinien, a.a.O., Rn. 18.

⁶² Zu Problemen bei eigenständiger Verwertung vgl. die Stellungnahme der Gewerkschaft ver.di zum Entwurf der Leitlinien von 24.2.2022, Seite 2, elektronisch abrufbar unter https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSu4a27fv8AhXfYPEDHZoxDxUQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fselbststaendige.verdi.de%2F%2B%2Bfile%2B%2B62164feb93a2d9f9074aad7e%2Fdownload%2F220224_verdi-Stellungnahme_EU-Wettbewerbsrecht_Solo-Selbststaendige.pdf&usg=AOvVaw0dgMwrsYe0arIgsMzv_gca (abgerufen am 26.11.2022).

⁶³ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 10.

einzelne Mitgliedstaaten nicht daran, sich diese Begriffsbestimmungen zu eigen zu machen.

Wichtig ist der Kommission die Klarstellung, dass die Leitlinien keinen Einfluss auf die Auslegung des Art. 101 AEUV durch die Rechtsprechung hat.

„Diese Leitlinien berühren auch nicht eine etwaige spätere Auslegung des Artikels 101 AEUV durch den Gerichtshof in Bezug auf Vereinbarungen, die im Rahmen von Tarifverhandlungen geschlossen werden.“⁶⁴

Schließlich wird klargestellt, dass die Begrenzung ihres Anwendungsbereichs nicht automatisch dazu führen soll, dass hiervon nicht erfasste Tarifverträge generell mit Art. 101 AEUV unvereinbar sind.

„Um jeden Zweifel auszuschließen, sind von Selbstständigen ausgehandelte und geschlossene Tarifverträge, die nicht unter diese Leitlinien fallen, nicht zwangsläufig mit Artikel 101 AEUV unvereinbar, sondern erfordern eine Einzelfallprüfung, wie bei jeder anderen Art von Vereinbarung zwischen Unternehmen.“⁶⁵

Zusammengefasst weisen die vorstehenden Definitionen und Klarstellungen zwar deutlich darauf hin, dass die Leitlinien ausschließlich für Auslegungen durch die Kommission maßgeblich sind. Diese Beschränkung kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Inhalt der Leitlinien einen Vorbildcharakter für andere Anwendungsbereiche haben wird, auch wenn die unmittelbare Anwendbarkeit ausgeschlossen ist. Hierzu gehören auch einschlägige gesetzliche Regelungen in den Mitgliedsstaaten.

⁶⁴ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 11.

⁶⁵ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 12.

b) Persönliche Anwendbarkeit

Die Leitlinien sollen für alle Formen von Tarifverhandlungen für Solo-Selbstständige⁶⁶ zur Anwendung kommen, die in den Mitgliedsstaaten im Einklang mit einschlägigen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geführt werden.⁶⁷ Der Rahmen für die Arbeitsbedingungen dieser Personen, die in Tarifvereinbarungen geregelt werden können, ist weit gefasst:

„Die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen umfassen Angelegenheiten wie Vergütung, Prämien und Boni, Arbeitszeit und Arbeitsformen, Urlaub, Räumlichkeiten, in denen die Arbeit stattfindet, Gesundheit und Sicherheit, Versicherung und Sozialleistungen und Bedingungen, unter denen Solo-Selbstständige berechtigt sind, die Erbringung ihrer Dienstleistungen zu beenden, oder unter denen die Gegenpartei berechtigt ist, die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen zu beenden.“⁶⁸

Persönlich anwendbar sollen die Leitlinien für alle Solo-Selbstständige sein, die mit Arbeitnehmern vergleichbar sind.⁶⁹ Ist dies der Fall, sollen die für diese Personen ausgehandelten und abgeschlossenen Tarifverträge nicht vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV erfasst werden.⁷⁰ In den Leitlinien werden drei „Gestaltungsalternativen“ benannt, deren Vorliegen jeweils der Anwendung von Art. 101 AEUV entgegenstehen soll.

⁶⁶ Zur Definition dieser Personen vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 2.

⁶⁷ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 14.

⁶⁸ Leitlinien, a.a.O., Rn. 15.

⁶⁹ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 5 ff.

⁷⁰ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 21; hierzu auch EuGH vom 4.12.2014 – C-413/13 („Kunsten“), dass Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf „Scheinselbstständige“ nur dann für ausgeschlossen hält, wenn diese sich in einer mit der von Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden (vgl. Rn. 42).

- **Wirtschaftliche Abhängigkeit**

Vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ausgeschlossen sein sollen nach der ersten Gestaltungsalternative wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige. Hierbei handelt es sich um Personen

„(...) die ihre Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für eine Gegenpartei erbringen, dürften sich in einer Situation der wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber dieser Gegenpartei befinden.“⁷¹

Für die Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit wird in den Leitlinien auf quantitative Kriterien zurückgegriffen:

„Nach Auffassung der Kommission befindet sich ein Solo-Selbstständiger in einer Situation wirtschaftlicher Abhängigkeit, wenn er über einen Zeitraum von einem oder zwei Jahren durchschnittlich mindestens 50 % seines gesamten Arbeitseinkommens von einer einzigen Gegenpartei bezieht.“⁷²

Aus der Nennung des Mindestwerts von 50% des Gesamteinkommens für den Ausschluss der Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV leitet sich für das deutsche TVG keine neue Situation ab: Nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG ist die Anwendbarkeit des Gesetzes für solche die „arbeitnehmerähnlichen Personen“ gegeben, denen im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts, dass mit ihrer Erwerbstätigkeit erzielen, von einer Person zusteht.

Einen Unterschied zwischen den diesbezüglichen Festlegungen in den Leitlinien und dem TVG gibt es lediglich bezüglich der Länge des relevanten Berechnungszeitraums: Die Leitlinien legen für die Feststellung des relevanten Arbeitsentgelts einen Zeitraum von ein oder zwei Jahren fest. § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG stellt hingegen auf die letzten sechs Monate einer Tätigkeit ab. Unterhalb der Jahresfrist ist der Ausschluss von der Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV nach den Leitlinien aber ebenfalls gegeben, wenn die 50%-Grenze dabei überschritten wird. Dies wird in der Fußnote 24 zu Rn. 24 der Leitlinien verdeutlicht:

⁷¹ Leitlinien, a.a.O., Rn. 23.

⁷² Leitlinien, a.a.O., Rn. 24.

„Dies gilt auch dann, wenn der Solo-Selbstständige seine Dienste für eine Gegenpartei für weniger als ein Jahr erbringt.“

Die Bezugnahme auf die Frist von einem Jahr in den Leitlinien steht somit nicht im Widerspruch zu der in § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) TVG enthaltenen kürzeren Frist von sechs Monaten.

- **„Seite an Seite“ arbeiten**

Nach der zweiten Gestaltungsalternative sollen Vereinbarungen für Solo-Selbstständige nach den Leitlinien vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ausgeschlossen sein, wenn es sich um Personen handelt, die als Selbstständige

„(...) dieselben oder ähnliche Aufgaben „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmern für dieselbe Gegenpartei erledigen.“⁷³

Eine solche Arbeitssituation spricht aus Sicht der Kommission für eine Vergleichbarkeit der so tätigen Solo-Selbstständigen mit Arbeitnehmern. Beispielhaft für derartige Ausgestaltungen benannt werden in den Leitlinien klassische Orchester, bei denen es vielfach ein Zusammenspiel von Arbeitnehmern und Solo-Selbstständigen gibt.⁷⁴ Zu dieser Kategorie können aber beispielsweise auch Sachbearbeiter gehören, die als Solo-Selbstständige in virtuellen Arbeitsgruppen dieselben Verwaltungsaufgaben erledigen wie Arbeitnehmer (etwa in den Bereichen „Finanzbuchhaltung“ oder „Controlling“).

Die Überlegung, aus einer Tätigkeit „Seite an Seite“ eine Anwendbarkeit einschlägiger tarifrechtlicher Regelungen abzuleiten, findet sich in § 12a Abs. 1 Nr. 1 erster HlBs. TVG in der Form wieder, dass wirtschaftlich abhängige Personen „vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig“ sein müssen, um vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfasst zu werden.

- **Tätigkeiten über digitale Plattformen**

⁷³ Leitlinien, a.a.O., Rn. 26.

⁷⁴ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 27 – Beispiel 4.

Nach der dritte Gestaltungsalternative soll eine Anwendung von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen für Solo-Selbstständige ausscheiden, wenn diese ihre Tätigkeiten oder Leistungen im Bereich der Plattformwirtschaft für oder über digitale Arbeitsplattformen erbringen. Nach der Begriffsbestimmung in den Leitlinien steht der Begriff „digitale Arbeitsplattform“ für

jede natürliche oder juristische Person, die eine kommerzielle Dienstleistung erbringt, die alle folgenden Anforderungen erfüllt: (i) sie wird 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.“⁷⁵

Die Leitlinien gegen für „digitale Arbeitsplattformen“ vom Vorliegen einer neuen Form der Abhängigkeit aus, die der von Arbeitnehmern vergleichbar ist.

„Solo-Selbstständige können von digitalen Plattformen abhängig sein, insbesondere um Kunden zu erreichen, und sehen sich oft mit Arbeitsangeboten konfrontiert, bei denen sie nur wenig oder gar keinen Spielraum haben, um über ihre Arbeitsbedingungen, einschließlich ihrer Vergütung, zu verhandeln. Digitale Arbeitsplattformen können in der Regel die Bedingungen des Vertragsverhältnisses einseitig vorgeben, ohne dass die Solo-Selbstständigen vorab informiert oder konsultiert werden.“⁷⁶

Die Leitlinien verweisen in diesem Zusammenhang darauf, dass in einer zunehmenden Zahl von Mitgliedsstaaten eine Abhängigkeit zu bestimmten Plattformarten gegeben ist, die teilweise sogar zur Anerkennung des Bestehens von Arbeitsverhältnissen geführt hat.⁷⁷

Zu anderen Online-Plattformen werden „digitale Arbeitsplattformen“ folgendermaßen abgegrenzt:

„Digitale Arbeitsplattformen unterscheiden sich von anderen Online-Plattformen dadurch, dass sie die Arbeit organisieren, die von Einzelpersonen für den Empfänger einer von der Plattform angebotenen Dienstleistung auf dessen einmalige oder wiederholte Anfrage hin ausgeführt wird. Zur Organisation der von den Einzelpersonen

⁷⁵ Leitlinien, a.a.O., Rn. 2.

⁷⁶ Leitlinien, a.a.O., Rn. 28.

⁷⁷ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 29 m.w.N. in Fußnote 26.

geleisteten Arbeit sollte mindestens gehören, dass die digitale Arbeitsplattform eine wichtige Rolle bei der Abstimmung zwischen der Nachfrage nach der Dienstleistung und dem Arbeitskraftangebot der Einzelperson übernimmt, die ein Vertragsverhältnis mit der digitalen Arbeitsplattform hat und für die Ausführung einer bestimmten Aufgabe zur Verfügung steht und kann aber auch andere Tätigkeiten wie die Zahlungsabwicklung umfassen.“⁷⁸

Keine wettbewerbsrechtliche Privilegierung soll es für Online-Plattformen geben, die lediglich

die Mittel bereitstellen, mit denen Dienstleistungsanbieter den Endnutzer erreichen können, indem sie beispielsweise Angebot oder Nachfrage nach Dienstleistungen auflisten oder verfügbare Dienstleistungsanbieter in einem bestimmten Bereich aggregieren und anzeigen.“⁷⁹

Damit wäre nach den Leitlinien die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV weiterhin beispielsweise für Online-Plattformen gegeben, die lediglich Kontaktdaten von Handwerkern in einem bestimmten Gebiet für potentielle Kunden zusammenstellen und anzeigen, ohne zugleich die Organisation der Arbeit der genannten Handwerker zu übernehmen.⁸⁰

c) Durchsetzungsprioritäten der Kommission = Verzicht auf Maßnahmen

Gegen für Solo-Selbstständige abgeschlossene Tarifverträge oder vergleichbare Vereinbarungen, die keiner der vorstehend benannten drei Gestaltungsalternativen unterfallen, will die Kommission nach den Festlegungen in den Leitlinien weiterhin dann nicht wegen eines möglichen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV vorgehen, wenn diese Verträge oder Vereinbarungen

- mit Gegenparteien abgeschlossen werden, die über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügen oder
- wenn sie auf der Grundlage von nationalen oder Rechtsvorschriften der Union abgeschlossen werden.

⁷⁸ Leitlinien, a.a.O., Rn. 30.

⁷⁹ Leitlinien, a.a.O., Rn. 30.

⁸⁰ Leitlinien, a.a.O., Rn. 30.

Die vorstehend benannte erste Durchsetzungspriorität der Kommission zielt auf große Plattformanbieter, die in der Lage sind, die Tätigkeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen beispielsweise durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bestimmen und festzulegen. In diesen Fällen sollen Vereinigungen einfacher und ohne Bindung an Mindestentgeltanteile in die Lage versetzt werden, die Interessen von Solo-Selbstständigen zu vertreten.

Die zweite Durchsetzungspriorität sichert die Souveränität nationaler Gesetzesregelungen aus dem Bereich des Tarifrechts.

- **Gegenparteien mit einer gewissen Wirtschaftsmacht**

Dieser „Ausnahmetatbestand“ zielt auf Situationen, in denen Solo-Selbstständige gegenüber Gegenparteien, mit denen sie zusammenarbeiten und die eine gewisse Wirtschafts- und Nachfragekraft haben, nicht über eine ausreichende Verhandlungsmacht verfügen, um ihre Arbeitsbedingungen zu beeinflussen. Für diese Fälle können Tarifverträge nach Feststellung in den Leitlinien ein legitimes Mittel sein, um das Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht zwischen beiden Seiten zu korrigieren⁸¹

⁸¹ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 33.

Ein relevantes Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht soll anzunehmen sein, wenn Solo-Selbständige verhandeln oder Tarifverträge abschließen

- mit einer oder mehreren Gegenparteien, die den gesamten Sektor oder die gesamte Branche vertreten oder
- mit einer Gegenpartei, deren Gesamtjahresumsatz oder Bilanzsumme zwei Millionen EUR übersteigt, deren Mitarbeiterzahl mindestens zehn Personen beträgt oder mit mehreren Gegenparteien, die die genannten Schwellwerte gemeinsam übersteigen.⁸²

Besteht demnach ein relevantes Ungleichgewicht, wird nach den Leitlinien Vereinigungen von Solo-Selbständigen insbesondere bezogen auf größere „Gegenparteien“, d.h. größere Unternehmen, der Abschluss von Tarifverträgen ohne Kollision mit den Vorgaben in Art. 101 AEUV ermöglicht. Zumindest bezogen auf umsatzstarke Gegenparteien oder auf „monopolistische“ Auftraggeber wird bezogen auf das Vorliegen einer ungleichgewichtigen Verhandlungsmacht die Position der Solo-Selbständigen durch diese Vorgaben in den Leitlinien verbessert.

- **Tarifverträge von Selbständigen auf Grundlage von nationalen oder von EU-Rechtsvorschriften**

Der zweite „Ausnahmetatbestand“ im Bereich der Durchsetzungsprioritäten der Kommission soll erfüllt sein, wenn Tarifverträge zwischen Solo-Selbständigen und einer Gegenpartei oder mehreren Gegenparteien auf der Grundlage von nationalen Rechtsvorschriften abgeschlossen werden, um dem Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht in bestimmten Kategorien von Solo-Selbständigen entgegenzuwirken.⁸³

⁸² Leitlinien, a.a.O., Rn. 34.

⁸³ Vgl. Leitlinien, a.a.O., Rn. 36.

Solange dies der Fall ist,

„wird die Kommission nicht gegen Arbeitsbedingungen regelnde Tarifverträge mit Beteiligung von Kategorien von Solo-Selbstständigen, auf die die nationalen Rechtsvorschriften anwendbar sind, vorgehen.“⁸⁴

Gleiches soll nach den Leitlinien gelten, wenn Solo-Selbstständigen durch Rechtsvorschriften innerhalb der Europäischen Union entsprechende Möglichkeiten zugestanden werden:

„Ebenso könnte bestimmten Solo-Selbstständigen durch das Unionsrecht das Recht zugestanden werden, sich auf Tarifverträge zu berufen, um ein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht mit ihrer/ihren Gegenpartei/en zu korrigieren.“⁸⁵

Darüber hinaus sehen die Leitlinien vor, dass sich Solo-Selbstständige ohne Anwendung von Art. 101 AEUV auf Tarifverträge berufen können, um ein Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht mit ihren Gegenparteien zu korrigieren:

„Dies ist der Fall bei der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁰⁾ (bekannt als „Urheberrechtsrichtlinie“), in der der Grundsatz niedergelegt ist, dass Urheber und ausübende Künstler ⁽³¹⁾ das Recht auf eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung haben, wenn sie eine Lizenz- oder Übertragungsvereinbarung für ihre ausschließlichen Rechte an der Verwertung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenständen, die durch das Urheberrecht oder verwandte Rechte geschützt sind, abschließen.“⁸⁶

Ein Mindestvolumen für das von diesen Solo-Selbstständigen bei einer Person erzielten Entgelts als Voraussetzung für die Zulässigkeit des Abschlusses von Tarifverträgen ist in den Leitlinien nicht vorgesehen. Damit sind sie in diesem Punkt zugunsten von Solo-Selbstständigen weiter gefasst als die Regelung in § 12a Abs. 3 TVG.

§ 12a Abs. 3 TVG macht die Einbeziehung der Solo-Selbstständigen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, in den Anwendungsbereich des TVG davon abhängig, dass diese Personen mindestens ein Drittel des durchschnittlichen Erwerbseinkommens von einer anderen Person erhalten. Mit Blick auf die

⁸⁴ Leitlinien, a.a.O., Rn. 36.

⁸⁵ Leitlinien, a.a.O., Rn. 37.

⁸⁶ Leitlinien, a.a.O., Rn. 38.

entsprechende Regelung in den Leitlinien ist das Festhalten an dieser Begrenzung nicht zwingend. Die Einbeziehung in das TVG könnte auch unterhalb dieser Größenordnung erfolgen.

Die Vorgaben in den Leitlinien zu Tarifverträgen, die auf Grundlage von nationalen Rechtsvorschriften oder von solchen der Europäischen Union zugunsten von Solo-Selbstständigen geschlossen werden können, eröffnen den Mitgliedsstaaten einen Spielraum für die Überarbeitung bestehender bzw. für die Schaffung neuer tarifrechtlicher Spezialregelungen für diese Personen. In diesem Rahmen wäre beispielsweise die Ausweitung des Anwendungsbereichs des §12a Abs. 1 TVG denkbar, etwa

- durch die Abkehr vom Kriterium einer „überwiegenden“ Leistungserbringung für eine Person in Nr. 1 Buchstabe a),
- durch eine Absenkung des maßgeblichen Mindestentgeltanteils von mehr als 50% Nr. 1 Buchstabe b) dieser Regelung oder
- durch die Absenkung der Entgeltschwelle von einem Drittel in § 12a Abs. 3 TVG.

Möglich wäre aber auch die Schaffung neuer gesetzlicher Regelungen, die für wirtschaftlich abhängige und sozial ebenso wie Arbeitnehmer schutzbedürftige Solo-Selbstständige, die von dem durch § 12a Abs. 1 TVG definierten Anwendungsbereich derzeit nicht erfasst werden, tarifvertragliche Regelungen ermöglichen. Dabei kommt auch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs bestehender Gesetze in Betracht.⁸⁷

3. Konsequenzen und Anpassungsbedarf

Die Leitlinien sind Auslegungshilfen für Entscheidungen der Kommission bezüglich der Nichtanwendung von Art. 101 AEUV auf tarifvertragliche Regelungen für Solo-Selbstständige. Hingegen handelt es sich bei ihnen nicht um Vorgaben, die von den Mitgliedsstaaten oder vom EuGH zwingend zu beachten sind. Trotz dieser Begrenzung zeigen die Leitlinien den Mitgliedsstaaten Spielräume für die Ausgestaltung bestehender oder für die

⁸⁷ Vgl. zum HAG etwa unten Abschnitt IV.

Schaffung neuer gesetzlicher Regelungen auf, durch die für alle Solo-Selbstständigen, die sozial schutzbedürftig sind, der Abschluss von tarifvertraglichen Regelungen ermöglicht werden könnte.

Die Leitlinien ermöglichen neben den Gesetzgebern in den Mitgliedsstaaten insbesondere auch den Tarifvertragsparteien eine valide Einschätzung dazu, ob für Solo-Selbstständige abgeschlossene Tarifverträge oder entsprechende kollektivrechtliche Regelungen einer Prüfung durch die Kommission standhalten. Allerdings muss diese Einschätzung den von der Kommission ausdrücklich gemachten Vorbehalt berücksichtigen, dass der europäische Gerichtshof an die Leitlinien und die darin enthaltenen Ausführungen nicht gebunden ist:

„Diese Leitlinien berühren auch nicht eine etwaige spätere Auslegung des Artikels 101 AEUV durch den Gerichtshof in Bezug auf Vereinbarungen, die im Rahmen von Tarifverhandlungen geschlossen werden.“⁸⁸

Aus den Leitlinien folgt für die Mitgliedsstaaten allerdings kein unmittelbarer Zwang, bestehende gesetzliche Regelungen aus dem Bereich des Tarifvertragsrechts anzupassen oder neue gesetzliche Vorschriften zu diesem Thema zu schaffen.

4. Schuldrechtliche Vereinbarungen

Die Ausführungen in den Leitlinien beschränken sich auf Tarifverträge und vergleichbare Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften oder anderen Vereinigungen von Solo-Selbstständigen auf der einen und Vereinigungen der Auftraggeber auf der anderen Seite. Nur diese Form von Tarifverträgen wird durch die Leitlinien kartellrechtlich privilegiert. Zu anderen Formen schuldrechtlicher Vereinbarungen finden sich in den Leitlinien keine Aussagen. Schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Solo-Selbstständigen oder deren Vereinigungen auf der einen und Auftraggebern auf der anderen Seite sind deshalb weiterhin ohne Einschränkung auch an den Vorgaben in Art. 101 AEUV zu messen.

⁸⁸ Leitlinien, a.a.O., Rn. 11.

5. Zwischenergebnis: Konsequenzen und Anpassungsbedarf aufgrund der Leitlinien

Zur dritten Frage des Gutachtens ist festzustellen, dass sich aus den Leitlinien der Kommission hinsichtlich der Möglichkeiten, in Deutschland für Solo-Selbstständigen Tarifverträge oder vergleichbare Vereinbarungen abschließen zu können, keine unmittelbaren oder zwingenden Konsequenzen ableiten. Auch ein spezifischer Anpassungsbedarf für das derzeit geltende Tarifrecht resultiert hieraus nicht.

Die in den Leitlinien enthaltenen Festlegungen zur "Marktmacht" einzelner Gegenparteien oder zur Höhe der von diesen durch Solo-Selbstständige erzielten Umsätze verdeutlichen aber, dass die Mitgliedsstaaten nach diesem Muster insbesondere im Bereich der Arbeit für digitale Arbeitsplattformen die Schaffung tarifvertraglicher Möglichkeiten für Solo-Selbstständige realisieren könnten.

Die Mitgliedsstaaten können sich mit Blick auf die Gestaltungsspielräume, die die Leitlinien aufzeigen, nicht mehr auf die Position zurückziehen, dass Verbesserungen der tarifrechtlichen Möglichkeiten zugunsten von Solo-Selbstständigen nicht möglich bzw. zulässig sind.

IV. Neue Denkmodelle für gesetzliche Regelungen?

In letzten Teil dieses Gutachtens soll geprüft werden, welche grundlegend neuen Denkmodelle es für gesetzliche Regelungen gibt, um für „Solo-Selbständige“ angemessene Vergütungen bzw. angemessene Vertragsbedingungen zu gewährleisten. In diesem Rahmen soll auch bewertet werden, welche Ansatzpunkte es zur persönlichen Absicherung von Beschäftigten in anderen Bereichen wie etwa im Urheberrecht bzw. in anderen gesetzlichen Regelungen wie etwa dem Mindestlohngesetz (MiLoG) es gibt.

Bezüglich dieser Fragestellung ist grundsätzlich anzumerken, dass es grundlegend neue Denkansätze oder Denkmodelle zu diesem Thema aktuell nicht gibt. Stattdessen finden sich aber unterschiedliche Überlegungen dazu, wie unabhängig von ihrer Einbeziehung in den Anwendungsbereich des TVG für sozial schutzbedürftige Solo-Selbstständige eine Verbesserung ihrer Situation erreicht werden kann.

1. Politik

Auf politischer Ebene hat sich das Bundesministerium für Arbeit und Soziales in der letzten Legislaturperiode in einem Eckpunktepapier „Faire Arbeit in der Plattform Ökonomie“⁸⁹ mit der Schaffung von Möglichkeiten zur Absicherung von Solo-Selbstständigen befasst. Unter der Überschrift „Faire Tätigkeitsbedingungen sichern“ heißt es dort zur Arbeitssituation dieser Personen und zu Veränderungsmöglichkeiten:

„ Solo-selbstständige Plattfortmätige können ihre Tätigkeitsbedingungen nicht kollektiv aushandeln, obwohl gerade dies ein Herzstück unserer Arbeits- und Sozialordnung ist. Das BMAS sieht in der Plattfortmökonomie ein asymmetrisches Machtverhältnis zwischen Arbeitsplattfortmen und Plattfortmtätigen gegeben (Plattfortmen bestimmen einseitig die Arbeitsbedingungen von vermeintlich Selbständigen). Auch solo-selbstständige Plattfortmtätige, die Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind, sollen ihre Arbeitsbedingungen auf Augenhöhe verhandeln können.

⁸⁹ „Faire Arbeit in der Plattform Ökonomie“, Positionspapier des BMAS vom 27.12.2020, elektronisch abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-faire-plattfortmarbeit.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 26.11.2022).

Deshalb will das BMAS Wege finden, kollektivrechtliche Organisation für solo-selbstständige Plattformtätige zu ermöglichen.“⁹⁰

Als mögliche Maßnahmen werden etwa Mindestkündigungsfristen benannt, deren Länge sich an der Dauer der Tätigkeit orientieren soll. Darüber hinaus wird in dem Positionspapier auch über eine partielle Anwendung bestehender arbeitsrechtlicher Schutzregelungen nachgedacht.

„Angesichts der steuernden Rolle von Arbeitsplattformen und der damit einhergehenden Fremdbestimmtheit der Plattformtätigen sowie der Verantwortung der Plattformen, ist auch die entsprechende Anwendung weiterer elementarer Schutzregelungen des Arbeitsrechts für solo-selbstständige Plattformtätige naheliegend. Dies betrifft etwa Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, zum Mutterschutz und zum Urlaub.“⁹¹

Um faire Vertragsbedingungen für Solo-Selbstständige zu erreichen, sollen von Plattformbetreibern verwendete „Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)“ besser kontrolliert werden. Hierzu wird in dem Positionspapier ausgeführt:

„Solo-Selbstständige müssen die Vertragsbedingungen der Plattformbetreiber akzeptieren, weil sie oft keine Alternative zu der Plattform haben und über zu wenig Verhandlungsmacht verfügen, um abweichende Vertragsbedingungen durchzusetzen. Gemeinsam mit dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz wird sich das BMAS deshalb dafür einsetzen, dass wirksamer gegen unwirksame AGB von Plattformbetreibern vorgegangen wird. Plattformtätige dürfen durch unwirksame AGB nicht über ihre Rechte und Pflichten getäuscht werden. Klauseln in den AGB, die einseitig zu Lasten der Plattformtätigen gehen, müssen einfacher und unkomplizierter gerichtlich überprüft werden können.“⁹²

Zu einer Umsetzung der im Positionspapier genannten Maßnahmen ist es in der letzten Legislaturperiode des Deutschen Bundestages nicht mehr gekommen. Der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung enthält zu diesem Thema nur wenige Ausführungen.

⁹⁰ Positionspapier des BMAS, a.a.O., Seite 4.

⁹¹ Positionspapier des BMAS, a.a.O., Seite 5.

⁹² Positionspapier des BMAS, a.a.O., Seite 5.

Neben einem erleichterten Zugang zur freiwilligen Arbeitslosenversicherung wird nur auf steuerfinanzierte Wirtschaftshilfe für den Fall zukünftiger schwerer Krisen verwiesen.⁹³

2. Recht

Auf der juristischen Ebene werden, ausgehend von der Feststellung einer besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit vieler Solo-Selbstständiger, die der von Arbeitnehmern entspricht, unterschiedliche Möglichkeiten für die Verbesserung der rechtlichen und tatsächlichen Position dieser Personen diskutiert. Hierzu gehört etwa die Schaffung und Sicherung eines Mindestentgelts oder die Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in den Anwendungsbereich des HAG. Für Solo-Selbstständige, die künstlerische oder journalistische Tätigkeiten verrichten, werden teilweise die Einkommensmöglichkeiten aus dem Urheberrechtsgesetz (UrhG) für relevant gehalten.

Den meisten diskutierten Lösungsansätzen ist gemein, dass sie bestehende gesetzliche Regelungen ergänzen oder ausweiten wollen. Zur Schaffung einer eigenständigen gesetzlichen Regelung, die darauf abzielen müsste, für wirtschaftlich abhängige und sozial ebenso wie Arbeitnehmer schutzbedürftige Solo-Selbstständige einen adäquaten arbeits- und sozialrechtlichen Schutzrahmen zu garantieren, gibt es hingegen derzeit keine nachhaltige Diskussion.

a) Mindestentgelt für Solo-Selbstständige

Nach Zahlen aus dem Jahr 2013 erzielten knapp 30 % der Solo-Selbstständigen ein monatliches Entgelt von unter 1100,00 EUR.⁹⁴ Aktuelle Zahlen weisen ebenfalls darauf hin,

⁹³ Vgl. „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90 / Die GRÜNEN und FDP vom 24.11.2020, Seite 70, elektronisch abrufbar unter <https://www.bundestkanzler.de/resource/blob/1830100/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, (abgerufen am 26.11.2022).

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/10762 vom 22.12.2016, Seite 1.

dass die monatlichen Entgelte einer signifikanten Anzahl von Solo-Selbstständigen die im MiLoG enthaltenen Mindeststundensätze nicht erreichen.⁹⁵

Vor diesem Hintergrund liegt es nah, für Solo-Selbstständige ein Mindestentgelt gesetzlich festzuschreiben, das eine verbindliche Basis für die Bezahlung der von diesen Personen erbrachten Tätigkeiten ist. In praktischer Umsetzung dieser Überlegung hat das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht in Frankfurt im März 2018 einen „Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgelt Bedingungen für selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige)“⁹⁶ vorgelegt. Dieser Gesetzentwurf knüpft an die im MiLoG verankerten Regelungen an und zielt darauf, auch Solo-Selbstständigen ein Mindestentgelt und damit eine auskömmliche Existenz zu ermöglichen.

„Hierdurch sollen Solo-Selbstständige in die Lage versetzt werden, eine Mindestsicherung für die Wechselfälle des Lebens, wie insbesondere Krankheit und Alter, zu finanzieren und dadurch zugleich die Steuerzahler der Zukunft entlastet werden. Eine darüberhinausgehende Neujustierung des Sozialversicherungssystems, etwa im Rahmen einer „Erwerbstätigenversicherung“, ist nicht Gegenstand dieses Vorschlags, wenngleich einiges für die Notwendigkeit dahingehender Anpassungen spricht.“⁹⁷

Kernpunkt des als Artikelgesetz vorgelegten Entwurfs ist eine Ergänzung des MiLoG um einen „Teil 2 - Mindestentgelt für Solo-Selbstständige“. Dieser Teil wird mit einer Definition der Anspruchsberechtigten in einem neuen § 25 Abs. 1 MiLoG eröffnet:

„(1) Personen, die auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen oder vergleichbaren Vertragstypen für andere Personen tätig sind und die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen, haben unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften gegenüber ihren Vertragspartnern einen Anspruch auf ein Mindestentgelt nach § 26.“

Anders als etwa § 12a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) TVG enthält dieser Regelungsvorschlag keine Anknüpfung an eine überwiegende Tätigkeit für eine Person oder an ein gegenüber einer

⁹⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgelt Bedingungen für selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige)“ (ohne Verfasser), HSI-Working Paper Nr. 12, März 2018, Seite 4, elektronisch abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_hsi_wp_12.pdf, (abgerufen am 26.11.2022).

⁹⁶ Vgl. a.a.O., Seite 4 m.w.N.

⁹⁷ Vgl. a.a.O., Seite 3.

anderen Person erzielt ein bestimmtes Entgeltvolumen. Im Vordergrund steht vielmehr ein sozialer Mindestschutz, der mit den im MiLoG genannten Stundensätzen assoziiert wird. Das so festgelegte Mindestentgelt für Solo-Selbstständige wird durch die Regelung des Entwurfs zu einem neuen § 26 Abs. 1 MiLoG dahingehend erweitert, dass von Auftraggebern zusätzlich zu dem in § 1 Abs. 2 MiLoG genannten gesetzlichen Mindestlohn ein „pauschaler Sozialversicherungszuschlag“ i.H.v. 25 % an die Solo-Selbstständige zu zahlen sein soll.

Eine Umsetzung des Gesetzentwurfs würde für Solo-Selbstständige im unteren Einkommensbereich eine finanzielle Absicherung mit sich bringen, die der von Arbeitnehmern in diesem Einkommenssegment entspricht. Hinzu käme ein finanzieller Beitrag zur Sozialversicherung, der von Solo-Selbstständigen für eine entsprechende Vorsorge verwendet werden könnte, etwa durch freiwillige Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung. Allerdings steht zu befürchten, dass der Zuschlag tatsächlich als Entgeltbestandteil angesehen und verbraucht wird, da keine Sozialversicherungspflicht besteht.

b) Anwendung des Heimarbeitsgesetzes

Erfüllen Solo-Selbstständige die einschlägigen normativen Voraussetzungen, kommt ihre Einbeziehung in den Anwendungsbereich des HAG in Betracht. Dieses Gesetz zielte zwar ursprünglich auf gewerbliche Tätigkeiten, die von Heimarbeitern oder Hausgewerbetreibenden erbracht wurden.⁹⁸ Das in der Definition der „Heimarbeiter“ diesbezüglich ursprünglich in § 2 Abs. 1 S. 1 HAG enthaltene Adjektiv „gewerblich“ wurde schon 1974 durch „erwerbsmäßig“ ersetzt.⁹⁹ Damit wurden qualifizierte Büro- oder Angestelltentätigkeiten in den Schutzbereich des HAG einbezogen. Eine Beschränkung auf einfache Angestelltentätigkeiten oder die Notwendigkeit der Feststellung einer nach der Verkehrsanschauung bestehenden Schutzbedürftigkeit der in Heimarbeit tätigen Personen sind hingegen keine

⁹⁸ Vgl. allgemein ErfK-Preis, a.a.O., § 1 HAG, Rn. 5 ff; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, Heimarbeitsgesetz, 4. Auflage München 1998, Einleitung Rn. 9ff.; zur Einordnung einfacher Schreibarbeiten wie dem Adressenschreiben vgl. Bundesarbeitsgericht vom 10.6.1963 – 4 AZR 273/62, BAGE 14, 245.

⁹⁹ Vgl. Heimarbeitsänderungsgesetz vom 29.10.1974, BGBl. I, Seite 2879.

Voraussetzungen für eine Einbeziehung in das HAG, sondern nur das Vorliegen der im Gesetz benannten übrigen Voraussetzungen.¹⁰⁰

Diese Position hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 14. Juli 2016 bestätigt, in dem es zur Anwendbarkeit des HAG auf Angestelltentätigkeiten ausführt:

„Auch qualifizierte Angestelltentätigkeiten können Heimarbeit iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG sein, wenn sie unter den Bedingungen der Heimarbeit ausgeführt werden. Heimarbeit ist nicht auf gewerbliche oder diesen vergleichbare Tätigkeiten beschränkt.“¹⁰¹

Die Anwendbarkeit des Heimarbeitsrecht und damit auch der in den §§ 6 ff. HAG enthaltenen Schutzvorschriften¹⁰² ist damit für alle Solo-Selbstständigen gegeben, die als Heimarbeiter zu qualifizieren sind. Die entsprechende Definition der „Heimarbeiter“ findet sich in § 2 Abs. 1 HAG:

„Heimarbeiter im Sinne dieses Gesetzes ist, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen (Absatz 5) im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Beschafft der Heimarbeiter die Roh- und Hilfsstoffe selbst, so wird hierdurch seine Eigenschaft als Heimarbeiter nicht beeinträchtigt.“

Bezogen auf Solo-Selbstständige, die für oder über eine digitale Plattform tätig sind, kommt eine Anwendbarkeit des HAG insbesondere dann in Betracht, wenn sie Aufträge allein erledigen und die Verwertung der Arbeitsergebnisse „auftraggebenden Gewerbetreibenden“ überlassen. Ob zugleich auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit von den Auftraggebern bestehen muss, ist in der Literatur zwar strittig.¹⁰³ Aus praktischer Sicht ist die abschließende Klärung dieser Frage aber schon deshalb obsolet, weil wirtschaftlich

¹⁰⁰ Vgl. hierzu schon Kappes, NJW 1984, 2387; Wedde, Telearbeit und Arbeitsrecht, 2. Auflage Frankfurt 1994, Seite 74 f.

¹⁰¹ Bundesarbeitsgericht 14-6-2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264, Leitsatz und Rn. 47 ff.

¹⁰² Vgl. ausführlich Martina, NZA 2020, 988.

¹⁰³ Für die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit etwa Werner/Fausel/Bitsch, NZA 2021, 991; a.A. Martina, NZA 2020, 988.

unabhängige Solo-Selbstständige vermutlich von sich aus nicht den (ohnehin begrenzten) arbeitsrechtlichen Schutz des HAG suchen werden.

Die Art der Auftragsergebnisse, die Solo-Selbstständige für Auftraggeber erstellen, ist für eine Einordnung in das HAG unerheblich. In dem vorstehend angesprochenen vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall erledigte der Kläger beispielsweise Programmierleistungen, mithin also Aufgaben, die im Bereich der Plattformökonomie auch für viele Solo-Selbstständige typisch sind.

Eine Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in den Anwendungsbereich als Heimarbeiter nach § 2 Abs. 1 HAG hat für diese Personen unmittelbar zur Folge, dass auf Grundlage von § 17 HAG für sie Tarifverträge abgeschlossen werden können.

c) Urheberrecht

Sind Solo-Selbstständige in den Bereichen Literatur, Wissenschaft oder Kunst für andere Personen tätig, können ihre Arbeitsergebnisse in den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) fallen. Aus der Anwendbarkeit des UrhG resultiert zwar kein unmittelbarer arbeits- oder sozialrechtlicher Schutz, wohl aber Zahlungsansprüche, die im Einzelfall die soziale Situation der Solo-Selbstständigen verbessern können. Dies gilt insbesondere in den Bereichen, die den Tätigkeiten auf oder unterhalb des Niveaus des gesetzlichen Mindestlohns erbracht werden.

Zu den geschützten Werken gehören nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sogenannte „Sprachwerke“ wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme. Damit fallen vielfach auch Solo-Selbstständige, die etwa mit der Erstellung von Software befasst sind, in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Voraussetzung ist, dass die in § 7 UrhG benannte Eigenschaft eines „Urhebers“ als Schöpfer des Werkes gegeben ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, werden Urheber nach § 11 UrhG in ihrer geistigen und persönlichen Beziehung zu ihren Werken und zu deren Nutzung durch das Urheberrecht geschützt. Zugleich dient dieses Recht dazu, für die Urheber die Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung ihres Werkes sicherzustellen.

Das Urheberrecht knüpft insoweit an die Erstellung eines Werkes an, nicht aber an die wirtschaftliche Abhängigkeit oder das Bestehen einer sozialen Schutzbedürftigkeit der Urheber. Welchen Umfang die aus dem Urheberrecht folgende persönliche bzw. finanzielle Absicherung von Solo-Selbstständige haben kann, bestimmt sich jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Insoweit kommt der gesetzliche Schutzrahmen, der aus dem Urhebergesetz folgt, nur für den Teil der Solo-Selbstständigen zur Anwendung, die tatsächlich entsprechende eigene „Kreativleistungen“ erbringen. Auswirkungen auf einen arbeits- oder sozialrechtlichen Schutz, der dem entspricht, der für Arbeitnehmer gilt, haben die Vorgaben im Urheberrecht hingegen nicht.

3. Zwischenergebnis: Neue Denkmodelle

Grundlegend neue Denkmodelle zur Schaffung gesetzlicher Regelungen, die darauf zielen, für Solo-Selbstständige angemessene Vergütungen bzw. angemessene Vertragsbedingungen zu gewährleisten, sind derzeit nicht erkennbar. Es gibt aber sinnvolle Vorschläge zur Absicherung sozial schutzbedürftiger Solo-Selbstständiger wie insbesondere die Erweiterung des MiLoG um ein Mindestentgelt für diese Personen.

Kein neues Denkmodell sind Überlegungen zur Feststellung der Anwendbarkeit des HAG auf bestimmte Tätigkeiten von Solo-Selbstständigen durch die Rechtsprechung. Die geringe Zahl von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema verdeutlicht indes, dass der durch das HAG ermöglichte Mindestschutz nur von einem geringen Teil der Solo-Selbstständigen in Anspruch genommen wird. Dies könnte darauf hinweisen, dass die Anwendbarkeit des HAG aus Sicht der betroffenen Personen keine zufriedenstellende Lösung ist. Bedeutsam ist allerdings die Erkenntnis, dass die Anwendbarkeit des HAG einen unmittelbaren Zugang zu Tarifverträgen schafft.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vier Ausgangsfragen dieses Gutachtens lassen sich zusammenfassend wie folgt beantworten:

Frage 1: Ist es im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG legitim, dass die Anwendbarkeit des TVG auf Solo-Selbstständige an das Volumen der Tätigkeit bzw. des verdienten Entgelts gebunden ist, während das TVG auf persönlich abhängige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ohne Blick auf das geleistete Arbeitszeitvolumen oder auf das verdiente Einkommen anwendbar ist?

Die erste Frage dieses Gutachtens kann dahingehend beantwortet werden, dass sich aus der vom Gesetzgeber vorgenommenen Beschränkung der Anwendbarkeit des TVG auf die arbeitnehmerähnlichen Personen, die die in § 12a TVG genannten Voraussetzungen erfüllen, bezogen auf Solo-Selbstständige keine unzulässige Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert Koalitionsfreiheit ableitet. Dieses Grundrecht beinhaltet für den Gesetzgeber keine Verpflichtung, die Regeln des TVG mit dem Ziel zu verändern, den Anwendungsbereich des § 12a Abs. 1 TVG zugunsten weiterer Solo-Selbstständiger zu erweitern. Es bleibt den nicht von § 12a TVG erfassten Solo-Selbstständigen aber unbenommen, ihre Interessen auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG über Vereinigungen auch außerhalb des TVG gegenüber Auftraggebern durchzusetzen.

Die aktuell vorzufindende gesetzliche Situation ist zwar mit Blick auf die schlechte wirtschaftliche Situation und die sich heraus ableitende soziale Schutzbedürftigkeit einer Reihe von Solo-Selbstständigen unbefriedigend. Sie führt aber nicht zu einer unzulässigen Einschränkung der verfassungsrechtlich mit Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Gesetzgeber damit von jeder Handlungspflicht entbunden ist. Vielmehr obliegt ihm die Prüfung, welche adäquaten Schutzregeln es für die außerhalb der Anwendung des TVG stehenden wirtschaftlich abhängigen und sozial schutzbedürftigen Solo-Selbstständigen geben muss.

Frage 2: Welchen Änderungsbedarf gibt es bezogen auf Solo-Selbstständige für die Regelung in § 12a Abs. 1 TVG bezüglich der Feststellung der Eigenschaft „arbeitnehmerähnliche Person“, die hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes darauf abstellt, dass eine „überwiegende“ Tätigkeit für eine Person erfolgt bzw. dass von dieser mehr als die Hälfte des Entgelts gezahlt wird?

Insbesondere bezogen auf die im Bereich der Plattformökonomie tätigen Solo-Selbstständigen, deren soziale Schutzbedürftigkeit der von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern entspricht, ist eine Ausweitung des derzeit durch § 12a TVG nur für bestimmte arbeitnehmerähnliche Personen eröffneten Anwendungsbereichs dieses Gesetzes angebracht. In Betracht kommt hierfür insbesondere eine Reduzierung der in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG genannten „Anwendungsschwellen“, durch die für die Anwendung des TVG eine überwiegende Tätigkeit für eine Person (Buchstabe a) der Norm bzw. einen Entgeltanspruch für die gesamte Erwerbstätigkeit gegen eine Person von mindestens 50% (Buchstabe b) der Norm vorgegeben wird.

Ein Orientierungswert für die vorzunehmende Anpassung findet sich in § 12a Abs. 3 TVG. Nach dieser Vorschrift erfolgt eine Einbeziehung in das TVG, wenn den entsprechenden Personen mindestens ein Drittel ihres Entgelts von einer anderen Person zusteht. In der Folge müsste auch der Maßstab für eine „überwiegende Leistungserbringung“ entsprechend reduziert werden.

Eine solche Veränderung wäre im Rahmen des dem Gesetzgeber obliegenden Ermessens- und Entscheidungsspielraums zulässig. Sie würde zudem dem bei der Schaffung von § 12a TVG verfolgten Konzept der Anpassung an neue praktische Gegebenheiten entsprechen.

Frage 3: Welche Konsequenzen oder Anpassungsbedarfe bezüglich der kollektivrechtlichen Situation bzw. möglicher Tarifverträge folgen aus den „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“?

Zur dritten Frage des Gutachtens ist festzustellen, dass sich aus den Leitlinien der Kommission hinsichtlich der Möglichkeiten, in Deutschland für Solo-Selbstständige Tarifverträge oder vergleichbare Vereinbarungen abschließen zu können, keine unmittelbaren oder zwingenden Konsequenzen ableiten. Auch ein spezifischer Anpassungsbedarf für das derzeit geltende Tarifrecht resultiert hieraus nicht.

Die in den Leitlinien enthaltenen Festlegungen zur "Marktmacht" einzelner Gegenparteien oder zur Höhe der von diesen durch Solo-Selbstständige erzielten Umsätze verdeutlichen aber, dass die Mitgliedsstaaten nach diesem Muster insbesondere im Bereich der Arbeit für digitale Arbeitsplattformen die Schaffung tarifvertraglicher Möglichkeiten für Solo-Selbstständige realisieren könnten.

Die Mitgliedsstaaten können sich mit Blick auf die Gestaltungsspielräume, die die Leitlinien aufzeigen, nicht mehr auf die Position zurückziehen, dass Verbesserungen der tarifrechtlichen Möglichkeiten zugunsten von Solo-Selbstständigen nicht möglich bzw. zulässig sind.

Frage 4: Welche grundlegend neuen Denkmodelle gibt es für gesetzliche Regelungen, durch die für „Solo-Selbstständige“ angemessene Vergütungen bzw. angemessene Vertragsbedingungen gewährleistet werden könnten.

Grundlegend neue Denkmodelle zur Schaffung gesetzlicher Regelungen, die darauf zielen, für Solo-Selbstständige angemessene Vergütungen bzw. angemessene Vertragsbedingungen zu gewährleisten, sind derzeit nicht erkennbar. Es gibt aber sinnvolle Vorschläge zur Absicherung sozial schutzbedürftiger Solo-Selbstständiger wie insbesondere die Erweiterung des MiLoG um ein Mindestentgelt für diese Personen.

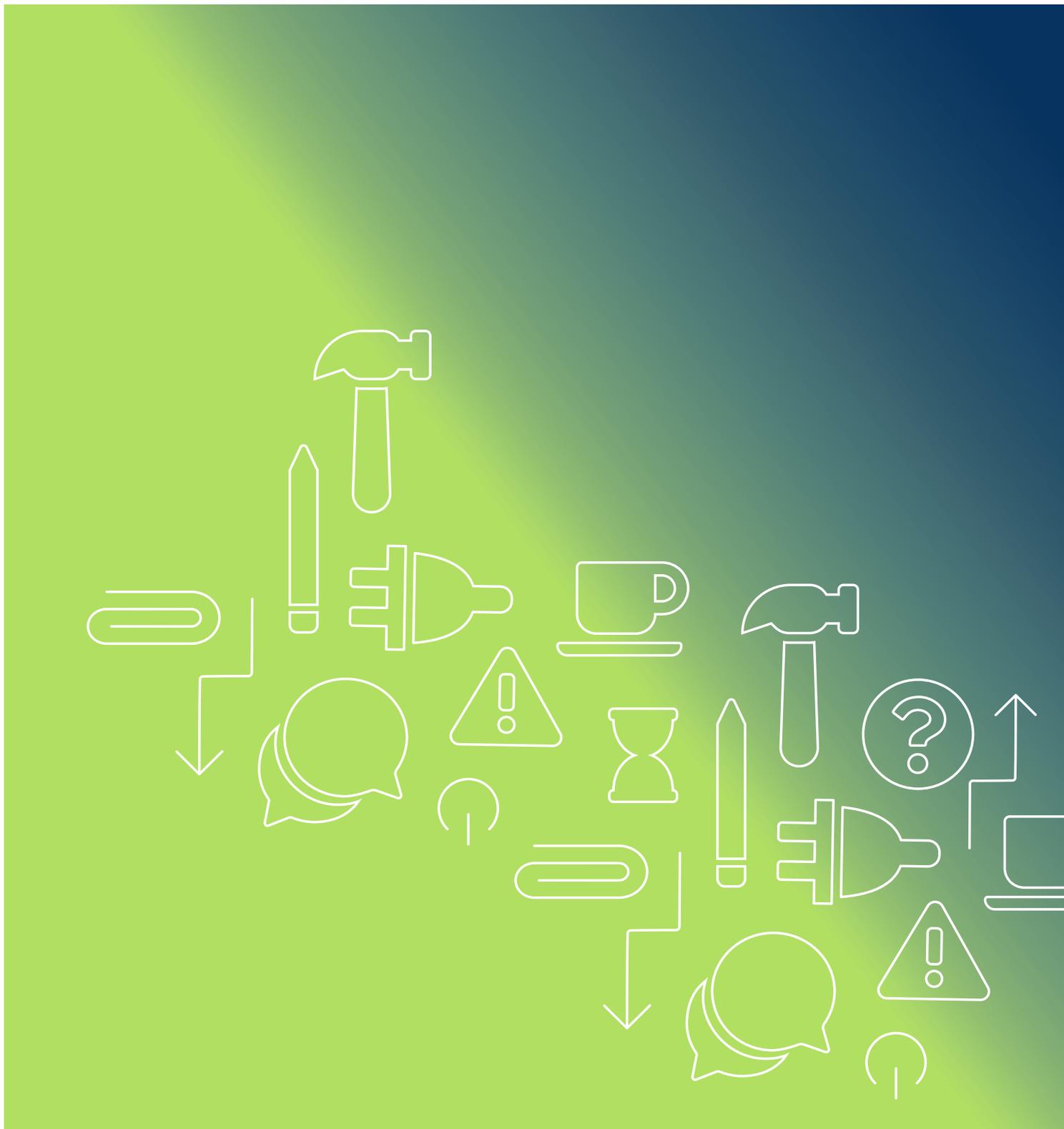
Kein neues Denkmodell sind Überlegungen zur Feststellung der Anwendbarkeit des HAG auf bestimmte Tätigkeiten von Solo-Selbstständigen durch die Rechtsprechung. Die

geringe Zahl von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema verdeutlicht indes, dass der durch das HAG ermöglichte Mindestschutz nur von einem geringen Teil der Solo-Selbstständigen in Anspruch genommen wird. Dies könnte darauf hinweisen, dass die Anwendbarkeit des HAG aus Sicht der betroffenen Personen keine zufriedenstellende Lösung ist. Bedeutsam ist allerdings die Erkenntnis, dass die Anwendbarkeit des HAG einen unmittelbaren Zugang zu Tarifverträgen schafft.

Wiesbaden, 28. November 2022



Prof. Dr. Peter Wedde



Das Projekt „Haus der Selbstständigen“ wird im Rahmen der Förderrichtlinie „Zukunftszentren – Unterstützung von KMU, Beschäftigten und Selbständigen bei der Entwicklung und Umsetzung innovativer Gestaltungsansätze zur Bewältigung der digitalen Transformation“ durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und den Europäischen Sozialfonds gefördert.