

## Abstract zu den HDS-Berichten „Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger“ und „Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger“

### I. Vorbemerkungen

Spätestens seitdem die fortschreitende Digitalisierung der Arbeitswelt das Aufkommen digitaler Plattformen befeuert hat, lässt sich die Bedeutung der Erwerbsform Solo-Selbstständigkeit nicht mehr leugnen. Aufgaben, die klassischerweise von Arbeitnehmern ausgeübt wurden, werden vielfach auch an Selbstständige, insbesondere an solche ohne eigene Beschäftigte, vergeben. Zuletzt machten die rund 1,8 Millionen Solo-Selbstständigen etwa die Hälfte aller selbstständig Erwerbstätigen aus. Auch wenn es Selbstständige gibt, die ihre Tätigkeit in hoher Autonomie ausüben und über erhebliche Einkommen verfügen, bleiben die Arbeitsbedingungen eines Teils der Solo-Selbstständigen hinter denen von abhängig Beschäftigten zurück und die bestehende Einkommensspreizung im Bereich der Solo-Selbstständigkeit bedeutet für etwa ein Drittel der Betroffenen eine angespannte Erwerbslage. Überdies stehen Soloselbstständige oftmals deshalb in einem strukturellen Verhandlungsungleichgewicht, weil sie sich ihren Auftraggebern zumindest aus wirtschaftlichen Gründen ständig zur Verfügung halten müssen, ohne insoweit auf eigene abhängig beschäftigte Arbeitnehmer zurückgreifen zu können. Beauftragen Betriebe und Dienststellen Solo-Selbstständige, haben diese oftmals in vergleichbarem Maße wie Arbeitnehmer an betrieblichen Arbeitsprozessen teil, sind insoweit mit einer fremden Betriebsorganisation konfrontiert und von innerbetrieblichen Maßnahmen betroffen. Ein kollektivvertraglich gewährleisteter Mindestschutz kann in Bezug darauf ein möglicher Baustein zur Behebung sozialer Problemlagen sein. Eine innerbetriebliche Interessenvertretung kann durch die ihr eingeräumten Beteiligungsrechte zum Persönlichkeitsschutz innerhalb einer fremden Organisation beitragen.

Diese Erwägungen gingen der Erarbeitung zweier HDS-Berichte über die Berücksichtigung der Erwerbsform Solo-Selbstständigkeit im kollektiven Arbeitsrecht voraus. Der Beitrag zu den „Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger“ analysiert die derzeitige Berücksichtigung von Solo-Selbstständigen im System der kollektiven Interessenvertretung. In dem Bericht zur „Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger“ werden adäquate Gestaltungsmöglichkeiten für einen Ausbau der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger erarbeitet. Das vorliegende Papier fasst die wesentlichen Erkenntnisse aus diesen beiden Berichten zusammen.

Das Projekt „Haus der Selbstständigen“ wird im Rahmen des Programms „Zukunftszentren“ durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und die Europäische Union über den Europäischen Sozialfonds Plus (ESF Plus) gefördert.

Gefördert durch:



## II. Status Quo des kollektivrechtlichen Schutzes Solo-Selbstständiger

Die kollektiven Schutzrechte sind in erster Linie auf die Interessen abhängig Beschäftigter zugeschnitten. Demgegenüber erweist sich der kollektivrechtliche Schutz Solo-Selbstständiger als ausgesprochen fragmentarisch:

### 1. Berücksichtigung Solo-Selbstständiger in Betriebsverfassung und Personalvertretung

In den persönlichen Anwendungsbereich des BetrVG sind Solo-Selbstständige nur einbezogen, wenn sie Heimarbeiter sind, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten (§ 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Dafür müssen die Voraussetzungen der Heimarbeit gem. § 2 Abs. 1 HAG vorliegen. Der Beschäftigte muss in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeiten, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlassen. Gefordert wird außerdem wirtschaftliche Abhängigkeit. Solo-Selbstständigen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, steht ein Wahlrecht zum Betriebsrat nicht zu. Soweit dem Betriebsrat im Hinblick auf den Einsatz Solo-Selbstständiger Beteiligungsrechte zukommen, stehen ihm diese lediglich als Interessenvertretung der (abhängig beschäftigten) Belegschaft zu, Solo-Selbstständige sind davon allenfalls reflexiv betroffen. Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte werden daher nicht zwingend in deren Interesse ausgeübt.

Der persönliche Anwendungsbereich des BPersVG erfasst mit den Beschäftigten solche Personen, die persönlich auf Grundlage eines Beamten-, Arbeits-, Berufsausbildungs- oder eines Richterverhältnisses in eine Dienststelle eingegliedert sind und durch ihre Tätigkeit an der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Dienststelle mitwirken, mithin keine Solo-Selbstständigen. Eine Ausnahme besteht gem. § 116 Abs. 4 S. 2 BPersVG nur für die bei der Deutschen Welle beschäftigten arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen. Auch in den meisten Bundesländern finden Solo-Selbstständige keine Berücksichtigung in der Personalvertretung, insbesondere setzt die Einbeziehung unabhängig von der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses eine Weisungsgebundenheit voraus. Einzig die Landespersonalgesetze der Länder Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz zählen arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 12a TVG zu den Beschäftigten. Einen Sonderfall stellen außerdem die Rundfunk- und Fernsehanstalten dar, in denen entweder Vertretungen der arbeitnehmerähnlichen Personen errichtet werden oder Arbeitnehmerähnlichen ein Wahlrecht zum Personalrat zugestanden wird. In einzelnen Fällen kann die Beschäftigung von Solo-Selbstständigen darüber hinaus die Beteiligungsrechte des Personalrats berühren, auch diese bewirken jedoch bestenfalls eine reflexive Berücksichtigung ihrer Interessen.

### 2. Berücksichtigung in der überbetrieblichen Interessenvertretung

Auch in den persönlichen Anwendungsbereich des Tarifvertragsrechts sind Solo-Selbstständige grundsätzlich nicht einbezogen. Eine Ausnahme besteht für Beschäftigte, die sich als Arbeitnehmerähnliche i.S.d. § 12a TVG qualifizieren lassen. Voraussetzung ist,

dass eine Person von ihrem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig ist. Darüber hinaus muss sie überwiegend für eine Person tätig sein oder von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts erhalten, das ihm für seine Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht, § 12a Abs. 1 Nr. 1 a u. b TVG. Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus § 17 HAG. Demnach besteht auch die Möglichkeit, für die in Heimarbeit Beschäftigten und ihnen gleichgestellten Personen Tarifverträge zu schließen. Freilich setzt auch die Anwendbarkeit des § 17 HAG voraus, dass die Tätigkeitsform eines Solo-Selbstständigen unter die Vorgaben des § 2 Abs. 1 HAG subsumierbar ist. Weil ein nicht unerheblicher Teil der Solo-Selbstständigen nicht überwiegend für einen Auftraggeber tätig wird und damit aus den Anwendungsbereichen des § 12a TVG und § 17 HAG ausscheidet, sind sie auch aus dem Anwendungsbereich des Tarifvertragsrechts ausgeschlossen.

### III. Wege zu einer autonomen Interessenvertretung Solo-Selbstständiger

Um die aufgezeigten Lücken im abgestuften Schutz des Arbeitsrechts zu beheben und die autonome Gestaltbarkeit der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger auszubauen, können im Einzelnen folgende Änderungen erwogen werden:

#### 1. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes

Die derzeit geltende Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des BetrVG auf Heimarbeiter, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten (§ 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG), lässt sich nur noch bedingt rechtfertigen. Daher gibt es bereits seit längerer Zeit rechtspolitische Forderungen nach einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des BetrVG auf *sämtliche* arbeitnehmerähnliche Personen. Damit eine vergleichbare Teilhabe an den betrieblichen Arbeitsprozessen wie bei Arbeitnehmern sichergestellt werden kann, müssten auch die arbeitnehmerähnlichen Personen in der Hauptsache für den Betrieb tätig werden müssen. Zu erwägen ist darüber hinaus, den allgemeingültigen Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person für das Betriebsverfassungsrecht dessen Schutzzweck entsprechend anzupassen, sodass weniger die wirtschaftliche Abhängigkeit als vielmehr die Eingliederung in die fremdbestimmte Organisation im Vordergrund steht.

#### 2. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs der Personalvertretungsgesetze

Entsprechend könnte auch der persönliche Anwendungsbereich des BPersVG und der Landespersonalvertretungsgesetze auf arbeitnehmerähnliche Personen erweitert werden, sofern dies noch nicht erfolgt ist. Die Personalvertretungsgesetze der Länder Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen könnten hier als Beispiele dienen.

#### 3. Neuinterpretation der Beteiligungsrechte: Betriebsorganisatorischer Ansatz

In Betriebsverfassung wie auch Personalvertretung könnte zudem eine Ausweitung der Mitbestimmungsrechte dahingehend erwogen werden, dass diese auch den Einsatz Solo-Selbstständiger erfassen. Denkbar ist eine betriebsorganisatorische Auslegung einzelner Mitbestimmungstatbestände, etwa des § 99 BetrVG, nach der es weniger auf die

vertragliche Gestaltung, als auf die tatsächliche arbeitsteilige Eingliederung in den Betrieb bzw. die Dienststelle ankommt. Auch eine solche Neuinterpretation würde jedoch nur zu einer reflexiven Berücksichtigung der Interessen Solo-Selbstständiger führen.

#### **4. Beförderung eigener Vertretungsgremien für arbeitnehmerähnliche Personen**

Bereits nach geltendem Recht haben die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit durch betriebsverfassungsrechtliche Normen eine eigene betriebliche Interessenvertretung für arbeitnehmerähnliche Selbstständige zu errichten (§ 12a TVG). Bei einer Erweiterung des Kreises der in die Tarifmacht einbezogenen Solo-Selbstständigen durch eine Anpassung von § 12a TVG ließe sich eine größere Zahl Solo-Selbstständiger in vergleichbarer Situation erreichen (dazu unter 6.).

#### **5. Ermöglichung eines eigenen Vertretungsgremiums für sonstige Solo-Selbstständige**

Im Übrigen obliegt es dem Gesetzgeber, den Rahmen für ein eigenständiges Vertretungsgremium für bestimmte Solo-Selbstständige zu schaffen. Zu erwägen ist ein Gremium, das wie etwa der Sprecherausschuss der leitenden Angestellten diejenigen Solo-Selbstständigen vertritt, die nicht bereits vom Betriebs- bzw. Personalrat repräsentiert werden, sofern denn eine bestimmte Anzahl von ihnen im Betrieb bzw. in der Dienststelle tätig wird. Auf diese Weise ließen sich potentielle Konflikte zwischen Arbeitnehmerschaft und Solo-Selbstständigen vermeiden und die Effektivität beider Interessenvertretungen würde sichergestellt. Wer als Solo-Selbstständiger in diesem Sinne gelten würde und unter welchen Voraussetzungen Solo-Selbstständigen ein Wahlrecht zu einer Vertretung zustünde, könnte anhand von Typusmerkmalen schutzbedürftiger Solo-Selbstständiger bestimmt werden.

#### **6. Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 12a TVG**

Zu erwägen ist, den Tatbestand des § 12a TVG dahingehend zu öffnen, dass auch strukturell unterlegene Solo-Selbstständige in die Tarifautonomie einbezogen werden. Eine entsprechende Novelle der Vorschrift wäre mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Denn dem Zweck nach dient Art. 9 Abs. 3 GG gerade auch dazu, strukturelle Unterlegenheit dort auszugleichen, wo der Einzelne in individuellen Vertragsverhandlungen außerstande ist, für seine Arbeit angemessene Bedingungen zu erstreiten. Im Fall solo-selbstständig ausgeübter Tätigkeiten kann eine strukturelle Unterlegenheit angenommen werden, wenn vier wesentliche Kriterien (persönliches Tätigwerden, individuelle Verhandlungsschwäche, verschärfte Konkurrenz um die Vergabe von Aufträgen und Beitrag eines Auftragshonorars zur Erwirtschaftung des Lebensunterhalts) vorliegen. Im Fall einer Reform des § 12a TVG könnte das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit durch das Kriterium einer individuellen Ertragschwäche ersetzt werden. In Übereinstimmung mit dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit sollte das Einkommen des Solo-Selbstständigen zudem seinem Lebensunterhalt dienen. Die weiteren Kriterien zur Ermittlung struktureller Unterlegenheit könnten im Rahmen der Überprüfung, ob eine Person nach § 12a Abs. 1 TVG sozial schutzbedürftig ist, konkretisierend herangezogen werden.

## **7. Gewerkschaftliche Organisation und Abschluss von Kollektivverträgen**

Die Aufnahme von schutzbedürftigen Solo-Selbstständigen durch Gewerkschaften steht nicht im Konflikt mit dem Prinzip der Gegnerfreiheit. Denn solange Solo-Selbstständige die gleichen Interessen wie Arbeitnehmer verfolgen, repräsentiert ihre Mitgliedschaft aus sozial-ökonomischer Perspektive keine gegenläufigen Interessen, sondern sie stehen in ihrer persönlichen Schutzwürdigkeit den Arbeitnehmern gleich.

Das Kartellrecht erfasst selbstständige Dienstleister grundsätzlich als Unternehmen, sodass der Abschluss von Kollektivverträgen für Solo-Selbstständige prima facie gegen die Vorgaben des Art. 101 AEUV verstößt. Doch nach der Rechtsprechung des EuGH sind die tarifvertraglichen Bestimmungen für "Scheinselbstständige" ebenso wie Tarifverträge für Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen. Das dürfte auch diejenigen erfassen, deren berufliche Tätigkeit unter § 12a TVG fällt. Für die Frage, ob auch Kollektivverträge für einen erweiterten Kreis von Solo-Selbstständigen vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen sind, kommt es auf die Herbeiführung eines angemessenen Ausgleichs zwischen Art. 28 GRC und dem Kartellrecht an. Werden Kollektivverträge geschlossen, deren Zweck die Verbesserung der Kernarbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen ist, sind diese aller Voraussicht nach eher dem Arbeitsmarkt, als dem Markt für Waren und Dienstleistungen zuzuordnen und dann ebenfalls vom Tatbestand des Kartellrechts ausgenommen. Bis zu einer abschließenden Klärung durch den EuGH ist auf der Grundlage von Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge davon auszugehen, dass kollektivvertragliche Handlungsformen von Verbänden Solo-Selbstständiger kartellrechtlich unbedenklich sind, wenn sich die Solo-Selbstständigen in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer befinden und daher auf Tarifverträge angewiesen sind, um ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern. Befinden sich Solo-Selbstständige nicht in einer vergleichbaren Situation wie Arbeitnehmer, aber in einer eindeutig ungleichen Verhandlungssituation, will die Kommission gegen solche Tarifverträge zumindest nicht einschreiten.

## **8. Schuldrechtliche Vereinbarungsmöglichkeiten**

Außerhalb des TVG haben die Koalitionen strukturell unterlegener Solo-Selbstständiger bereits nach geltender Rechtslage die Möglichkeit, schuldrechtliche Kollektivvereinbarungen zu treffen. Kern solcher Abreden wäre die Verpflichtung des Auftraggebers, den Rechtsverhältnissen der Beschäftigten konkrete Mindestbedingungen zugrunde zu legen. Solange inhaltlich der Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht verlassen wird, genießen solche Verträge den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Schuldrechtliche Vereinbarungen außerhalb des TVG wirken allerdings nicht unmittelbar und zwingend im jeweiligen Arbeits- bzw. Auftragsverhältnis und müssen in die Individualverträge der Verbandsmitglieder ausdrücklich übernommen oder kraft Verweisung einbezogen werden. Kartellrechtlich bedenklich wäre das aus den genannten Erwägungen (dazu unter 7) nicht.