Frank Bayreuther

Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten

HSI-Schriftenreihe
Band 26

Frank Bayreuther

Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten

BUND VERLAG

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

© 2018 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main
Herstellung: Kerstin Wilke
Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany 2018
ISBN 978-3-7663-6850-8

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Im Rahmen der aktuellen Diskussion zur sozialen Absicherung von Solo-Selbstständigen hat Prof. Frank Bayreuther (Universität Passau) für das BMAS das vorliegende Gutachten verfasst. Um die Thematik einem größeren wissenschaftlichen Adressatenkreis zugänglich zu machen, haben wir die Arbeit in die HSI Schriftenreihe aufgenommen.

Der Autor setzt sich in dem Gutachten ausführlich mit den unterschiedlichen Konzepten auseinander, die auf individualrechtlicher Ebene das Schutzniveau von Solo-Selbständigen erhöhen können. Auch wenn ein Schutz dieser Personengruppe nicht einfach umzusetzen ist, stehen einer gesetzgeberischen Intervention keine grundlegenden rechtlichen Bedenken im Wege. Ein besonderes Augenmerk richtet der Autor auch auf kollektive Verfahren zur Regelung von Entgelt- und Leistungsbedingungen unter Einbeziehung von Gewerkschaften. In diesem Zusammenhang wird u.a. für eine Ausweitung von § 12a TVG plädiert.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Dr. Thomas Klebe

Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

Abkürzungsverzeichnis 9

1. Einleitung, Vorstellung des Untersuchungsgegenstands 13

2. Schutz durch Einbezug in das Heimarbeitsgesetz 18

2.1 Ausgangspunkt 18
2.1.1 Qualifizierte Tätigkeiten im HAG 19
2.1.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber? 20
2.2 Rechtsfolgen 21
2.3 Zwischenergebnis 23

3. Schutz durch eine Ausweitung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person 25

4. Sicherung einer angemessenen (Mindest-) Vergütung 28

4.1 Rechtliche Zulässigkeit 28
4.1.1 Verfassungsrecht 28
4.1.2 Europarecht, insb. Dienstleistungsfreiheit Art. 56 AEUV 31
4.2 Denkbare Regelungsinstrumentarien 34
4.2.1 Verbot sittenwidriger Vergütungen 34
4.2.2 Vorgabe eines grundständigen „Mindestlohns“ 35
4.2.3 Anspruch auf eine angemessene Vergütung 38
4.2.4 Passgenaue Honorarsätze 42
4.3 Flankierende Schutzvorschriften 45
4.3.1 Kündigungsschutz, überstürzte Vertragsbeendigung 45
4.3.2 Auswahlfreiheit des Auftraggebers 47
4.3.3 Internationale Bezüge 47
4.4 Personeller Geltungsbereich und geeigneter Regelungsort 49
4.4.1 Problemstellung 49
4.4.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber? 50
4.4.3 Abstellen auf die Höhe des Verdienstes? 54
4.4.4 Privatpersonen als Anspruchsverpflichtete? 56
4.4.5 Beschränkung auf (Solo-)Selbständige? 58

4.4.6 Sonderproblem: Verantwortlichkeit der Plattform beim Crowdworking? ... 59
4.4.6.1 Der Dritte als Vertragspartner ... 59
4.4.6.2 Die Plattform als Vertragspartner ... 60
4.4.7 Geeigneter Regelungsort ... 64

5. Kollektive Selbsthilfe ... 66

5.1 Denkbare Organisationsformen ... 66
5.1.1 Vertretung Selbständiger und Tarifabschluss durch „klassische" Gewerkschaften? ... 66
5.1.2 Tarifabschlüsse über § 12a TVG ... 71
5.1.3 Sonstige Kollektivabreden, kollektive Leitlinien, Verbandsbeschlüsse und einseitige Vergütungsempfehlungen ... 72
5.1.4 Sonstige Formen der Selbstorganisation, insbesondere: „Zusammenschlüsse" auf Plattformen ... 77
5.1.5 Angebotssteuernde Bestimmungen in „klassischen" Tarifverträgen ... 83
5.1.6 Arbeitskampf? ... 86
5.2 Europa- und kartellrechtliche Fragen ... 88
5.2.1 Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) ... 88
5.2.2 Nationales Kartellrecht ... 90
5.2.3 Europäisches Kartellrecht ... 93
5.2.3.1 Anwendung des Kartellverbots, Schutzbereich des Art. 28 GrCh ... 93
5.2.3.2 Vereinbarungsqualität, Zwischenstaatlichkeitsklausel, rule of reason ... 100

6. Zusammenfassung/Thesen ... 106

Literaturverzeichnis ... 117

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGD	Allianz deutscher Designer
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des BAG
BAnz	Bundesanzeiger
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BinnSchVG	Binnenschiffverkehrsgesetz
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMJ	Bundesministerium der Justiz

BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DOV	Deutsche Orchestervereinigung
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
ebd.	ebenda
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ESC	Europäische Sozialcharta
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgend
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
Hs.	Halbsatz
ieS	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
iSd.	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
LAG	Landesarbeitsgericht
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns
MüHdB	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter
Nr.	Nummer
PflegeArbbV	Pflegearbeitsbedingungsverordnung
Rn.	Randnummer
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
s.	siehe
S.	Seite
SDSt	Selbständige Design-Studios
SGB	Sozialgesetzbuch
StBVV	Vergütungsverordnung für Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften
TMG	Telemediengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.	und

UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
vgl.	vergleiche
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Einleitung, Vorstellung des Untersuchungsgegenstands

Mit der Digitalisierung der Arbeit verändert sich nicht nur die Arbeitswelt und mittelbar das Arbeitsverhältnis, vielmehr entstehen auch völlig neue Wertschöpfungsstrukturen und Formen der Beschäftigung. Diese scheinen das klassische „Normalarbeitsverhältnis" mit seinen Schutzinstrumentarien wie festgelegte Arbeitszeit, konstante Vergütung und Kündigungsschutz in Teilen abzulösen. Solo-Selbständigkeit hat in den letzten Jahren zugenommen. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird als Paradebeispiel hierfür immer wieder das (externe) Crowdworking genannt. Dabei werden Aufträge in kleinere Einheiten zerteilt und über Plattformen an eine unbestimmte Menge von Auftragnehmern vergeben. Diese erbringen die Arbeiten entweder alleine, im Zusammenwirken mit anderen Crowdworkern, aber auch kompetitiv, so dass es etwa darauf ankommt, wer die fraglichen Arbeiten am schnellsten oder am besten erledigt. Viele andere atypische Beschäftigungsformen kommen hinzu. Allgemeine Bekanntheit haben dabei verbraucherbezogene Geschäftsmodelle wie etwa Uber, Lyft, Instacard, Helpling, frag-einen-anwalt, TaskRabbit und viele andere erlangt.

Mit dieser Entwicklung verbinden sich große Herausforderungen für die Rechtsordnung. Nicht ohne Grund hatte das BMAS einen breit angelegten Dialogprozess „Arbeiten 4.0" angestoßen, in dessen Rahmen ein umfassendes Grün[1]- und später ein Weißbuch[2] zu den mit den neuen Technologien einhergehenden Veränderungen vorgelegt wurde. Die arbeits- und sozialrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentags in Essen befasste sich ausgiebig mit den rechtlichen Konsequenzen der Digitalisierung.[3] Auch europäische Institutionen begleiten diesen Prozess. So hat die Kommission Überlegungen für Regulierungen im Bereich der „collaborative economy" vorgelegt,[4] das Parlament hat diese

1 BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0, April 2015.
2 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, November 2016.
3 S. hierzu *Krause*, DJT-Gutachten, insb. B 99 ff.
4 COM (2016) 356 final.

mit einer Agenda für die kollaborative Wirtschaft fortgeführt.[5] In dieser fordert es die Kommission auf, für eine angemessene rechtliche und soziale Absicherung für alle in der kollaborativen Wirtschaft Tätigen zu sorgen und zwar unabhängig von ihrem Status.

In der Rechtswissenschaft hatte sich die Diskussion insoweit bislang allerdings stark auf den Handlungsbedarf konzentriert, der sich mit dem technologischen Wandel für das Arbeitsrecht stellt. So wurde etwa intensiv diskutiert, welcher Veränderungen es im Arbeitszeit- oder Betriebsverfassungsrecht bedarf, um den Erfordernissen der digitalisierten Arbeitswelt gerecht zu werden. Auch die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen hat in diesem Zusammenhang wieder an Aufmerksamkeit gewonnen. Dagegen weitaus weniger zum Gegenstand der Betrachtung wurde der Schutz von solchen Leistungserbringern gemacht, die definitiv Selbständige sind. Gerade aber in diesem Bereich scheint es zunehmend zu Verwerfungen zu kommen, die die Frage nach einem Gegensteuern des Gesetzgebers aufwerfen. Die Bandbreite von Verdienst und Verdienstchancen ist im Bereich moderner Selbständigkeit außerordentlich weit gefächert und insgesamt mehren sich die Anzeichen dafür, dass Leistungen zunehmend unter prekären Bedingungen erbracht werden. Berichtet wird von marginalen Vergütungen oder davon, dass der Auftraggeber es sich vorbehält, eine Leistung überhaupt abzunehmen und zu vergüten.[6] Mithin stellt sich die Frage, ob bzw. wie sich rechtlich absichern lässt, dass Selbständige für ihre Leistungen auch eine angemessene Vergütung erhalten, oder aber, ob zu ihren Gunsten eine Art grundständiger Mindestlohn eingeführt werden könnte.

Ganz bewusst soll die vorliegende Untersuchung den Blick nicht auf die digitale Wirtschaft verengen. Die durch die Digitalisierung hervorgerufenen modernen Beschäftigungsformen bilden zwar einen Anlass für die Ausarbeitung, indes ist das Phänomen prekärer Selbständigkeit weder ein neues noch ein solches der Plattformökonomie. Vielmehr finden sich seit jeher Tätigkeiten und Beschäfti-

---

5 Europäisches Parlament: Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2017/2003(INI).

6 S. etwa: Diskussionsbeitrag von *Nielebock*, in: 71. Deutscher Juristentag, Arbeits- und Sozialrecht, L 84 ff.; *Deinert* S. 38 ff., insb. Rn. 47 ff.; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1034; *Klebe*, NZA Beilage 2017, 77, 77; *ders.*, AuR 2016, 277, 277; *Däubler*, in: Benner, Crowdwork, 243, 260 ff.; *Kocher*, KJ 2013, 145, 145 f.; *Krause*, NZA Beilage 2017, 53, 59 insb. Fn. 79; *Finkin*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 603, 604; COM (2016) 356 final, 11; *Antas*, in: Benner, Crowdwork, 323, 327; BMAS, Forschungsbericht 500, S. 75; IG Metall: Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit, Dezember 2016, Stichpunkt: Entgelt; eine umfassende Analyse für den US-amerikanischen Markt findet sich bei *Berg*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 543, insb. 558 ff.

gungsformen, bei denen der Auftragnehmer zwar als Selbständiger tätig wird, seinem Auftraggeber gegenüber aber nichtsdestotrotz strukturell erheblich unterlegen ist, er von diesem wirtschaftlich-existenziell abhängig ist und/oder zu prekär erscheinenden Bedingungen tätig wird. Pars pro toto mag dafür der Kurierfahrer stehen, der Speditionsgut an der Grenze zur abhängigen Beschäftigung ausfährt, rechtlich gesehen indes als Selbständiger wirtschaftet. Hinreichende Bekanntheit hat aber auch die Beschäftigung von (selbständigen) Pflegekräften in der häuslichen Pflege, Bauhandwerkern, Reinigungskräften oder Schlachtern bzw. Fleischzerlegern erlangt. Daher würde alleine ein Diskurs etwa des Crowdworking die Problematik unzulässig verkürzen. Es erschiene allenfalls modernistisch, jedoch nicht plausibel, wenn im weiten Feld prekärer Selbständigkeit nur das Crowdworking gesetzlich geregelt werden würde.[7] Einmal davon abgesehen, dass es wahrscheinlich gar nicht gelingen würde, diese Tätigkeitsform einigermaßen verlässlich zu definieren, blieben so viele andere Ungleichgewichtslagen ungeregelt, die ebenfalls, oder vielleicht sogar noch dringender, der Regulierung bedürfen.[8]

Entsprechend nimmt diese Untersuchung den gesamten Bereich selbständiger Tätigkeit in den Blick. Die betreffenden Personen werden dabei als Selbständige, selbständige Leistungserbringer oder auch schlicht als Auftragnehmer bezeichnet, ohne dass damit irgendeine Wertung oder Unterscheidung verbunden ist. Zuweilen wird auch von Solo-Selbständigen gesprochen werden, da naheliegend ist, dass sich einschlägige Schutzmechanismen eher nur an Auftragnehmer wenden können, die ihre Leistungen ohne Zuhilfenahme von Mitarbeitern erbringen. Entsprechend ist, wenn mit Blick auf den Vertragspartner der Terminus Auftraggeber verwendet wird, damit keinerlei Qualifikation der gemeinsamen Rechtsbeziehung verbunden.

Kein besonderer Gegenstand dieser Untersuchung soll die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen sein (s. aber für den Bereich kollektiver Selbsthilfe und insbesondere das Koalitionsgrundrecht der Art. 9 Abs. 3 GG und 28 GrCh, Ziff. 5.1.1 u. 5.2.3). Das heißt nicht, dass das Arbeitsrecht, namentlich die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, nicht aufgerufen wäre, durch eine sorgfältige Subsumtion des nunmehr in § 611a Abs. 1 BGB gesetzlich verankerten Arbeitnehmerbegriffs Missbräuchen entgegenzuwirken und für den notwendi-

---

7 So in der Tat: Beschlüsse des 71. Deutscher Juristentag, Arbeits- und Sozialrecht, I.2. Ähnlich auch: *Prassl/Risak*, in: Singer/Bazani, S. 67, 91 ff.

8 Insoweit nüchtern der Bericht des Schweizer Bundesrates zu Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen, insb. S. 51 ff.

gen Schutz derjenigen Leistungserbringer zu sorgen, die in persönlicher Abhängigkeit tätig werden. Mit einiger Wahrscheinlichkeit würden sich nicht wenige Probleme prekärer Selbständigkeit bereits dadurch (und einige wohl nur dadurch) bewältigen lassen, wenn vermeintliche Freelancer, die in Wirklichkeit Arbeitnehmer sind, diesen Status auch für sich reklamieren würden. Indes ist die Abgrenzung zwischen abhängiger Arbeit und Selbständigkeit durch Wissenschaft und Rechtsprechung zuletzt mehr als umfassend diskutiert worden und mit der Neuregelung des § 611a BGB zum 1. April 2017 erscheinen von Seiten des Gesetzgebers die Würfel zumindest vorerst einmal gefallen.[9] Zudem ist eine mögliche Qualifikation insbesondere von Crowdworkern als Arbeitnehmer bereits verhältnismäßig intensiv diskutiert worden.[10] Dagegen ist der Schutz derjenigen, die definitiv keine Arbeitnehmer, sondern Selbständige sind, bislang weitgehend ungeklärt. Es kommt noch hinzu, dass ein Einbezug von Selbständigen in das Arbeitsrecht ohne jede Feinjustierung kaum in Betracht kommt. Ein solches Vorgehen würde erhebliche rechtliche Friktionen aufwerfen; umgekehrt ist ein Modell, das Selbständigen dann Schutz zuerkennt, wenn und soweit sie seines auch tatsächlich bedürfen, wesentlich flexibler. Auftragnehmer könnten in dieses nämlich je nach Bedarf hineinwachsen und aus diesem auch wieder herausschrumpfen.[11]

---

9 Möglicherweise erneut zum Gegenstand der Diskussion könnte der Arbeitnehmerbegriff allerdings mit Rücksicht auf die Initiative der Kommission zum Erlass einer Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, COM (2017) 797 final/2 werden. S. dazu den Hinweis unter 5.2.3 bei Fn. 238.

10 Statt vieler: *Waas*, Crowdwork in Germany, 146 ff.; *ders.*, in: Singer/Bazzani, 97, 103; *de Stefano*, 15 ff., dieser auch mit Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung der US-(Bundes-)Instanzgerichte in den Fn. 18 ff.; *Warter*, S. 189 ff.; *Finkin*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 603; *Risak*, ZAS 2015, 11, 14 ff.; *ders.*, in Lutz/Risak, S. 18 ff.; *ders.*, in: Fair Working Conditions, S. 8 ff.; *Prassl/Risak*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 619, 634 ff.; *diess.*, in: Singer/Bazzani, S. 67, 79 ff.; *Cherry*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 577; *Aloisi*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 653; *Däubler*, SR 2016, 2, 32 ff.; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1034 ff.; *Klebe*, AuR 2016, 277, 279; *Kocher*, KJ 2013, 145, 149 ff.; *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 987; *Heuschmid/Klebe*, S. 73, 75 ff.; *Klebe*, NZA Beilage 2017, 77, 83; *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042, 1042 ff. Weit in Richtung einer Qualifikation von Crowdworkern als Arbeitnehmer hat sich in den USA das Bundesgericht für den District Kalifornien Nord vorgewagt: O'Connor et al v. Uber Technologies, Inc et al, Case No. 13-3826 EMC, 82 F.Supp.3d 1133 (s. hierzu auch 4.4.6). *Prassl/Risak* in: Singer/Bazzani, S. 67, 89 f. berichten von einer ähnlichen Zuordnung von Uber-Fahrern durch englische Gerichte.

11 Vgl. *Deinert*, S. 91 f., Rn. 149, der diese Beobachtung allerdings in Zusammenhang mit einem Anspruch Selbständiger auf einen gesetzlichen Mindestlohn trifft.

Ein ganz gewichtiger Aspekt des Schutzes Selbständiger ist schließlich deren sozialversicherungsrechtliche Absicherung. Auch diesem wird mit Rücksicht auf den anders gelegten Schwerpunkt der Untersuchung hier nicht näher nachgegangen.

2. Schutz durch Einbezug in das Heimarbeitsgesetz

2.1 Ausgangspunkt

Während die Regelungen des Heimarbeitsgesetzes (HAG) in den vergangenen Jahrzehnten im Arbeitsrecht eher etwas in den Hintergrund getreten waren, haben sie mit Beginn der Diskussion über eine soziale Mindestabsicherung selbständiger Leistungserbringer wieder deutlich mehr Beachtung gefunden. So war das HAG schon im Umfeld einer im Ansatz vergleichbaren Entwicklung kurz in den Blick der Arbeitsrechtswissenschaft gelangt, nämlich in Zusammenhang mit der sich Anfang der 1990er Jahre etablierenden Telearbeit.[12] Gerade aber im Umfeld des so genannten Crowdworking wurde immer wieder auf das HAG Rekurs genommen.[13]

Heimarbeiter sind, anders als ihr Name das vielleicht vermuten lässt, keine Arbeitnehmer, sondern vielmehr Selbständige. Sie arbeiten nicht in persönlicher Abhängigkeit und sind auch nicht in die Betriebsorganisation ihres Auftraggebers eingegliedert.[14] Sie unterliegen nicht dem Direktionsrecht des Auftraggebers (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB, § 106 GewO) und können Dauer und Lage der Arbeitszeit und die Modalitäten der Leistungserbringung selbst bestimmen. Die Rechtsbeziehung zu ihrem Auftraggeber ist in aller Regel ein Dienst-, Werk- oder Werklieferungsvertrag.[15] Trotz ihrer formalen Selbständigkeit sieht der Gesetzgeber aber bestimmte Selbständige, die ihre Leistungen in der eigenen Wohnung oder in einer selbstgewählten Betriebsstätte (§ 2 HAG) erbringen, als

---

12 S. z.B.: *Otten*, C Rn. 10; *Schmidt/Koberski*, § 2 Rn. 68 ff.; *Wedde*, Rn. 193 ff.; *Wank*, NZA 1999, 225, 233; *Kappus*, NZA 1987, 408, 411; *Kilian/Borsum/Hoffmeister*, NZA 1987, 401, 403.

13 In die Diskussion haben dies unter anderem gebracht: *Krause*, DJT-Gutachten, B 105; *Preis*, SR 2017, 173, 175 f.; *Waas*, Crowdwork in Germany, S. 163 ff.; *Kocher*, NZA 2016, 984, 989; *Klebe*, NZA Beilage 2017, 77, 83; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Heuschmid/Klebe*, S. 73, 78; *Giesen/Kersten*, S. 110 ff.; *Risak*, ZAS 2015, 11 ff.; BMAS Weißbuch, S. 175.

14 BAG 10.7.1963 – 4 AZR 273/62, BAGE 14, 245 = DB 1963, 1611.

15 *Schaub/Vogelsang*, § 163 Rn. 9.

sozial schutzwürdig an und erkennt diesen einen (noch näher zu beschreibenden) Grundbestand an Rechten gegenüber ihrem Auftraggeber zu.

Das weckt im vorliegenden Kontext einiges Interesse, weil es danach denkbar erscheint, dass sich über das HAG wenigstens solche Selbständigen erreichen ließen, die (iwS) „von zu Hause aus" tätig sind. Das könnte insbesondere auf die im vorliegenden Kontext viel diskutierten „Crowdworker" zutreffen. So ist zu prüfen, inwieweit diese über das HAG eine Grundsicherung erfahren bzw. ob diesen ein ausreichender Schutz über eine Modernisierung des Gesetzes zukommen könnte. Zur Frage, wer bei der Plattformarbeit als Auftraggeber iSd. HAG zu qualifizieren ist und ob Plattformen als „Zwischenmeister" iSd. HAG angesehen werden können, s. unten 4.4.6.

2.1.1 Qualifizierte Tätigkeiten im HAG

Lange Zeit wurde behauptet, dass nur solche Personen in das HAG einbezogen werden können, die lediglich einfache, wenig qualifizierte Arbeiten erbringen, und (oder) dass Heimarbeit alleine in der Herstellung, Bearbeitung oder Verpackung von Waren bestehen könnte.[16] Dagegen seien „höherwertige" Arbeiten nicht vom Gesetz erfasst.[17]

Diese Ansicht ist mittlerweile überholt.[18] Das BAG[19] hat jüngst entschieden, dass auch eine „qualifizierte Angestelltentätigkeit" Heimarbeit im Sinne des HAG sein kann, soweit diese unter den Bedingungen der Heimarbeit ausgeführt wird.[20] Zudem ist Heimarbeit nicht auf gewerbliche oder vergleichbare Tätigkeiten und noch weniger auf das Herstellen von Waren beschränkt. Entsprechend hat das BAG einen Bauingenieur/Programmierer, der von zu Hause aus die von seinem Auftraggeber vertriebene Statik-Software pflegte und weiterentwickelte, als Heimarbeiter angesehen.

---

16 In diese Richtung: BAG 10.7.1963 – 4 AZR 273/62, BAGE 14, 245 = DB 1963, 1611; *Brecht*, § 2 Rn. 26; a.A. *Schmidt/Koberski*, § 2 Rn. 2 u. 62; KR/*Rost*, 11. Aufl., § 29 a HAG Rn. 9; *Wank*, NZA 1999, 225, 233; *Kappus*, NZA 1987, 408, 409; *Kilian/Borsum/Hoffmeister*, NZA 1987, 401, 404.

17 Ausdrücklich offen gelassen durch BAG 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, BAGE 70, 104 = NZA 1992, 899.

18 Für eine weite Fassung des Tatbestands spricht überdies auch die – von Deutschland nicht ratifizierte – ILO Heimarbeits-Konvention C 177, dort Art. 1 lit. a (III Alt. 2).

19 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 = NZA 2016, 1453.

20 In diese Richtung auch bereits: BSG 22.10.1971 – 7 AZR 61/69, AP Nr. 7 zu § 2 HAG.

2.1.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber?

Eine entscheidende Vorfrage für die Anwendung des HAG ist, ob und inwieweit der Heimarbeiter wirtschaftlich von seinem Auftraggeber abhängig sein muss. Hiervon wurde in der älteren Rechtsprechung und Literatur fast standardisiert ausgegangen. Danach mussten Heimarbeiter vom Unternehmer so abhängig sein, dass sie gerade wegen dieser Abhängigkeit eines besonderen Schutzes bedürfen.[21] Folglich müssen sie mehr oder weniger einem einzigen Auftraggeber zuarbeiten. Der Heimarbeiter hat mithin nicht nur starke Ähnlichkeiten mit der arbeitnehmerähnlichen Person, vielmehr sind Heimarbeiter in aller Regel auch Arbeitnehmerähnliche.[22]

Allerdings hat das BAG in seiner bereits oben erwähnten Entscheidung vom Juni 2016 die Bedeutung des (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmals der wirtschaftlichen Abhängigkeit in Frage gestellt.[23] So führt das Gericht unter Rn. 48 aus, dass „*weder der gesetzlichen Regelung noch den Gesetzesmaterialien (…) die Feststellung einer nach der Verkehrsanschauung bestehenden Schutzbedürftigkeit zu entnehmen (ist). (Gegen eine solche) spricht (auch), dass der Gesetzgeber die Prüfung einer besonderen Schutzbedürftigkeit dort, wo er es für erforderlich gehalten hat, ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal normiert hat.*“

Schließt man sich dem an, wäre der personelle Geltungsbereich des HAG zwar deutlich weiter zu fassen als die ältere Rechtsprechung das getan hat. Dennoch wird man von einem „Heim*arbeitsverhältnis*“ aber nur sprechen können, wenn die gegenseitige Austauschbeziehung zumindest eine bestimmte Dauer, Regelmäßigkeit oder Beständigkeit erreicht hat. Dafür spricht vor allem, dass einem Auftraggeber nur dann besondere Schutzpflichten gegenüber seinem Auftragnehmer auferlegt werden können, wenn er diesem gegenüber in einer bestimmten Verantwortungsbeziehung steht (s. hierzu ausführlich 4.4.2). So zeigt etwa § 1 Abs. 2 HAG, dass das HAG implizit unterstellt, dass Heimarbeiter schutzbedürftig sein müssen, was eine wenigstens elementare Abhängigkeit von ei-

---

21 Vgl. nur BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, BAGE 65, 80 = NZA 1991, 267; LAG Düsseldorf 23.8.1989 – 4 Sa 615/87, BB 1989, 2400; *Otten*, § 2 Rn. 27 ff.; *Schmidt*/*Koberski*, § 2 Rn. 56 ff., insb. 60. u. 93 f.; *Preis*, SR 2017, 173, 178; *Däubler*/*Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Klebe*, AuR 2016, 277, 280.

22 Sehr deutlich wird das in: *Henssler*/*Preis*, 2. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 11/2007, § 3 Abs. 3.

23 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 = NZA 2016, 1453; in dieser Hinsicht großzügiger auch bereits BAG 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1989, 141, sub I.2.a.

nem Auftraggeber voraussetzt.[24] Jedenfalls aber passen die heimarbeitsrechtlichen Schutzvorschriften nicht auf nur punktuelle Austauschbeziehungen. Besonders deutlich machen das etwa die Mitteilungspflichten der §§ 6 ff. HAG, die in § 11 HAG angeordnete Pflicht des Gewerbetreibenden, Arbeiten unter mehreren Heimarbeitern gleichmäßig zu verteilen, die Urlaubsvorschriften des § 12 BUrlG, das Entgeltfortzahlungsrecht (dort insb. § 11 EFZG) oder das Sozialversicherungsrecht (§ 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV).

Damit scheiden auch unter Zugrundelegung der neueren Rechtsprechung Selbständige aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes jedenfalls dann aus, wenn sie nur vereinzelt Leistungen für einen bestimmten Nachfrager erbringen. Auftragnehmer, die für mehrere oder für wechselnde Auftraggeber tätig werden, sind folglich keine Heimarbeitnehmer. Und das wiederum hat zur Konsequenz, dass sich vor allem „moderne" Erscheinungsformen abhängiger Leistungserbringung, wie etwa das Crowdworking, in aller Regel nicht unter das aktuell geltende HAG subsumieren lassen.[25]

2.2 Rechtsfolgen

Indes darf man den Schutz, der mit einem Einbezug bestimmter Selbständiger in das HAG bewirkt würde nicht überbewerten. Rein sprachlich werden Selbständige mit dem Einbezug in das HAG zwar zu „Heim*arbeitern*" (zuweilen werden diese sogar als „Heim*arbeitnehmer*" bezeichnet). Dessen ungeachtet bleibt ihr Rechtsverhältnis mit dem Auftraggeber aber doch stets ein Dienst-, Werk- oder Werklieferungsvertrag. Lediglich das Prozessrecht sieht die Heimarbeiter als Arbeitnehmer an, so dass ihnen immerhin das Privileg zukommt, Ansprüche im verhältnismäßig kostengünstigen arbeitsgerichtlichen Verfahren durchsetzen zu können (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

---

24 Das BAG (Fn. 23) zieht aus § 1 Abs. 2 HAG indes genau den umgekehrten Rückschluss. Wenn das Gesetz bezüglich „sonstiger Personen" auf deren soziale Schutzbedürftigkeit abstellt, zeige das, dass der „normale" Heimarbeiter nicht schutzbedürftig sein müsse.

25 Vgl. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Heuschmid/Klebe*, S. 73, 79; *Krause*, DJT-Gutachten, B 105 (großzügiger aber *ders.*, NZA Beilage 2017, 53, 59); *Klebe*, AuR 2016, 277, 280; *Risak*, ZAS 2015, 11, 13 f. (für das österreichische Recht); anderer Ansicht hingegen: *Waas*, Crowdwork in Germany, S. 165 f.; *Giesen/Kersten*, S. 110. Für eine Abschaffung des HAG sogar *Preis*, SR 2017, 173, 181.

Von einiger Bedeutung ist zweifelsohne, dass Heimarbeiter nach § 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV als Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinn anzusehen sind,[26] was hier aber nicht weiter vertieft werden soll, da Gegenstand der Untersuchung alleine die Absicherung des Selbständigen in der privaten Austauschbeziehung ist. Gemäß § 12 BUrlG gelten die Bestimmungen des BUrlG mit Ausnahme der §§ 4 bis 6, 7 Abs. 3 und 4 und § 11 auch für Heimarbeiter. Allerdings modifiziert das BUrlG die Länge und Gewährung des Urlaubs, sowie die Berechnung des Urlaubsentgelts maßgeblich. Über § 10 EFZG erlangen Heimarbeiter einen Anspruch auf eine Art Entgeltfortzahlung. Indes sieht das Gesetz bei weitem nicht einen echten Entgeltfortzahlungsanspruch vor. Heimarbeiter haben zunächst einen Anspruch auf das sozialversicherungsrechtliche Krankengeld. § 10 EFZG versucht lediglich, die sich zwischen Arbeitslohn und Krankengeld ergebende Entgeltdifferenz dadurch zu schließen, dass der Auftraggeber ihnen (kontinuierlich) einen Zuschlag zum Arbeitsentgelt zu zahlen hat. Etwas günstiger gestaltet sich die Situation bei Feiertagen. Heimarbeiter haben einen Anspruch auf ein so genanntes Feiertagsgeld.[27] Nochmals angemerkt sei bei dieser Gelegenheit, dass beide Regelungskomplexe recht deutlich vor Augen führen, dass die Schutzmechanismen des Heimarbeitsrechts voraussetzen, dass sich die Rechtsbeziehung zwischen Heimarbeiter und Auftraggeber einigermaßen verfestigt hat (s. hierzu bereits 2.1.2).

Das Kernstück des HAG sind die Entgeltsicherungsregelungen der §§ 17 ff. HAG. Noch vor diesen erlangt Bedeutung, dass für Heimarbeiter Tarifverträge abgeschlossen werden können. Damit sind Kollektivverträge solcher Personengruppen gegen das Kartellverbot des § 1 GWB immunisiert, womit der später noch ausgiebig zu diskutierende mögliche Konflikt zwischen derartigen Abreden und dem Kartellrecht (5.2.2) vermieden wäre.

Weiter von besonderem Interesse ist § 19 HAG. Danach gilt: Sind für einen bestimmten Wirtschaftsbereich keine Gewerkschaften oder Vereinigungen von Auftraggebern vorhanden, können Heimarbeitsausschüsse Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen mit bindender Wirkung für alle Auftraggeber und Beschäftigten ihres Zuständigkeitsbereichs festsetzen. Dies ist dann möglich, wenn ansonsten zu befürchten ist, dass für die fragliche Tätigkeit unzulängliche Entgelte gezahlt werden oder Vertragsbedingungen unzulänglich sind.

---

26 Zu diesem Aspekt etwa: *Mecke*, SGb 2016, 481, 488.
27 Zum Begriff *Schmitt/L. Schmitt*, § 11 EFZG Rn. 2.

Genau das zeigt allerdings, dass eine Anwendung des aktuell geltenden HAG auf Selbständige schlechthin, aber auch auf Crowdworker kaum zu brauchbaren Ergebnissen führen wird. Denn es dürfte kaum möglich sein, Heimarbeitsausschüsse (§ 4 HAG) zu errichten, die flächendeckend oder zumindest weite Bereiche selbständiger Arbeit erfassen können. Dazu sind die Erscheinungsformen der Selbständigkeit und der von Selbständigen erbrachten Leistungen einfach zu unterschiedlich. Hinzu kommt, dass flankierende bzw. weitere Entgeltsicherungsregelungen des HAG – wie etwa die §§ 20, 23 ff., 28 HAG – auf „moderne" Selbständige nicht passen bzw. die von diesen typischerweise erbrachten Arbeiten nicht erfassen können.

2.3 Zwischenergebnis

Das HAG erfasst von vorneherein nur einen kleinen Kreis von Selbständigen, da alle Auftragnehmer, die mobil arbeiten, ihre Leistungen vor Ort bzw. im Betrieb ihres Auftraggebers erbringen, nicht dessen Anwendungsbereich unterfallen. Weiter ist das HAG nur anwendbar, wenn die Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und -nehmer zumindest einigermaßen dauerhaft ausgestaltet ist und eine gewisse Beständigkeit erreicht hat. Die Schutzvorschriften des HAG passen jedenfalls nicht auf nur punktuelle Austauschbeziehungen. Wohl ist darüber hinaus auch erforderlich, dass der Heimarbeiter von seinem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist. Weiterhin sind die Rechtsfolgen des HAG primär auf den „klassischen" Produktionsheimarbeiter zugeschnitten. So gesehen hilft es dann auch nur bedingt weiter, dass das BAG nach neuester Rechtsprechung auch „qualifizierte" Arbeiten in das HAG einbeziehen will. Denn das bleibt im Saldo ohne Rechtsfolgen.

Alles in allem ist das HAG also weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgenseite wirklich geeignet, um für einen angemessenen Schutz von Selbständigen zu sorgen. Um das zu ändern, würde selbst eine *„umfassende Modernisierung des HAG"* (*Krause*[28]) nicht ausreichen. Dieses müsste mehr oder weniger vollständig neu gefasst werden. Das HAG würde dann zu einem Selbständigenschutzgesetz. Eine solch weitreichende Modifikation des HAG erscheint indes eher unrealistisch und birgt zudem die Gefahr in sich, dass dabei die „klassischen" Heimarbeiter, so es sie denn noch gibt, verloren gehen. Selbst aber wenn ein solches Vorhaben gelingen würde, wäre es sinnvoller, dann gleich Regelun-

---

28 *Krause*, DJT-Gutachten, B 106. Ähnlich: Däubler-TVG/*Heuschmid*, § 1 Rn. 832.

gen für Selbständige zu schaffen, die auf alle Schutzbedürftigen anwendbar sind, unabhängig davon, wo und wie sie auch immer arbeiten. Alles in allem wäre es daher vorzugswürdig, durch zielgerichtete Änderungen im BGB, MiLoG oder TVG sicherzustellen, dass allen prekär beschäftigten Selbständigen ein ausreichender Vergütungs- und ggf. ein grundständiger Kündigungsschutz zu Teil wird, ganz gleich ob sie in Heimarbeit (iwS) tätig sind oder nicht, und auch, dass diese in das Tarifvertragsprivileg des Kartellrechts gelangen.

Gerade wenn es aber um die Etablierung einzelner Schutzinstrumentarien zu Gunsten von Selbständigen geht, lassen sich dem HAG aber außerordentlich wertvolle Hinweise hierfür entnehmen. Denn im Ansatz regelt das HAG ja durchaus eine Ungleichgewichtslage im Bereich selbstständiger Beschäftigung. Das gilt vor allem für das Kartellprivileg des § 17 HAG und den Entgeltfestsetzungsmechanismus des § 19 HAG. Dieser ist umso mehr von Interesse, als sich zu ihm eine Entscheidung des BVerfG[29] findet, die wichtige Hinweise zu Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Lohndirigismen im Bereich selbständiger Arbeit gibt. Auch auf den in § 29 HAG formulierten Kündigungsschutz zu Gunsten von Heimarbeitern wird an anderer Stelle nochmals zurückzukommen sein.[30]

---

29 BVerfG 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320.

30 Vgl. zur Vergütung: 4.2.1 u. 4.2.2, sowie zum Kündigungsschutz: 4.3.

3. Schutz durch eine Ausweitung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person

Das deutsche Arbeitsrecht kennt bislang keine allgemeine Definition der arbeitnehmerähnlichen Person. Diese wird lediglich in den wenigen Gesetzen kurz angesprochen, die auch auf Arbeitnehmerähnliche Anwendung finden. Dort ist dann meist nur von Personen die Rede, die „*wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen*" sind: s. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG, § 2 BUrlG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegezeitG, § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG (2018)[31], § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG.

Konkreter werden dagegen § 12a TVG und § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI. Danach ist eine arbeitnehmerähnliche Person ein Selbständiger, der wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist. Er muss auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen arbeiten, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und überwiegend (nur) für einen Unternehmer tätig sein bzw. von einem Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte (bzw. ein Drittel) seiner Gesamteinkünfte erhalten.

In dieser Formel erkennt die ganz überwiegende Ansicht eine allgemeine Definition der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person.[32] Ein Arbeitnehmerähnlicher muss also auch außerhalb des § 12a TVG so eng an einen Auftraggeber gebunden sein, dass er ohne dessen Aufträge seine wirtschaftliche Existenzgrundlage verlieren würde.[33] Das Maß der Abhängigkeit muss nach der Verkehrsanschauung ein solches Ausmaß erreicht haben, wie es im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste müssen nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sein.

---

31 MuSchG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017, BGBl. I-2017, S. 1228.

32 BAG 21.12.2010 − 10 AZB 14/10, NZA 2011, 309; BAG 21.2.2007 – 5 AZB 52/06, BAGE 121, 304 = NJW 2007, 1709; BAG 11.4.1997 – 5 AZB 33/96, NJW 1997, 2404; BAG 15.4.1993 – 2 AZB 32/92, NZA 1993, 789 2.b.aa. der Gründe; BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239; ErfK/*Preis* § 611 Rn 110; *Schaub*, § 8 Rn. 56; *Löwisch*/*Rieble*, § 12a Rn. 29.

33 S. BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239.

Das schließt zwar nicht aus, dass eine arbeitnehmerähnliche Person für mehrere Auftraggeber tätig ist. Indes muss die jeweils streitige Beschäftigung überwiegen und die fragliche Vergütung muss die Existenzgrundlage des Selbständigen bilden. Daraus folgt, dass alle Auftragnehmer, die für mehrere oder wechselnde, sie nicht dominierende Auftraggeber tätig sind, nicht als Arbeitnehmerähnliche qualifiziert werden können. Danach erfasst die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person bei weitem nicht alle schutzbedürftigen Selbständigen. Schutzlücken ergeben sich vor allem im Bereich der modernen „Digitalworker", die in der Regel für eine Vielzahl wechselnder Auftraggeber tätig sind.[34] Entsprechend sieht sich der klassische Begriff des Arbeitnehmerähnlichen in der aktuellen Debatte auch Kritik ausgesetzt.[35]

Im Ansatz wäre eine Weitung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person für die wenigen Gesetze, die arbeitnehmerähnliche Personen in ihren Anwendungsbereich einbeziehen, im Grunde bereits de lege lata möglich. Die einschlägigen Normen setzen ihrem Wortlaut ja nicht mehr voraus, als dass die betreffende Person wirtschaftlich unselbständig ist, während das weitere Tatbestandsmerkmal der (überwiegenden) Abhängigkeit von einem Auftraggeber erst durch die Rechtsprechung in deren Anwendungsbereich eingebracht wurde. Was allerdings § 12a TVG (und § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI) angeht, bedürfte es hierzu einer Gesetzesänderung.

Bevor man sich aber einer partiellen Neufassung der Definition der arbeitnehmerähnlichen Person zuwendet, müsste geklärt werden, welche Rechte diesem Personenkreis denn überhaupt zustehen sollen. Ein ganz zentraler Punkt ist insoweit sicherlich, dass Selbständigen ein effektiver Weg zur kollektiven Selbsthilfe eröffnet wird. Darauf wird in den Abschnitten 5.2.2 und 5.2.3 noch ausführlich eingegangen werden.

Dagegen ließe sich im „individualrechtlichen" Bereich mit einer bloßen Weitung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person nur wenig gewinnen. Die wenigen Gesetze, die derzeit arbeitnehmerähnliche Personen überhaupt in ihren Anwendungsbereich einbeziehen, bieten diesen nämlich noch keinen nennenswerten Schutz. Pointiert heißt es im Erfurter Kommentar,[36] die wichtigste Rechtsfolge der Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Person sei die grund-

---

34 S. nur: *Bücker*, FS Kohte, 21, 31; *H. Hanau*, NJW 2016, 2613, 2616.

35 Däubler-TVG/*Heuschmid*, § 1 Rn. 832; *Bücker*, FS Kohte, S. 21 ff.; Diskussionsbeitrag von *Bücker*, in: 71. Deutscher Juristentag, Arbeits- und Sozialrecht, L 89 f.; im Ansatz auch: MüHdB/*Kohte*, § 292 Rn. 7.

36 ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 113.

sätzliche Nichtanwendbarkeit des Arbeitsrechts. Einzig § 2 BUrlG könnte für selbständige Leistungserbringer wirklich von Interesse sein. Gerade aber diese Norm nutzt demjenigen, der für einen bestimmten Auftraggeber nur ganz punktuell tätig wird, nichts. Interessanter erschiene mithin, an einer Mindestvergütung, aber auch an einem Schutz vor einem überstürzten Vertragsabbruch anzusetzen. Beides wird in den nachfolgenden Abschnitten diskutiert werden. An dieser Stelle wird die Untersuchung dann auch darauf zurückkommen, ob und inwieweit einschlägige Schutzrechte daran ansetzen sollten, dass der Auftragnehmer wirtschaftlich-existenziell von einem Auftraggeber abhängig geworden ist.

4. Sicherung einer angemessenen (Mindest-) Vergütung

4.1 Rechtliche Zulässigkeit

In der politischen Diskussion ist zuletzt die Forderung nach Schaffung einer gesetzlich festgelegten Mindestvergütung für Selbständige erhoben worden.[37] Auch in der Wissenschaft ist vorgeschlagen worden, Solo-Selbständigen einen gesetzlichen Mindestlohn zukommen zu lassen, wenn sie in besonderer Weise schutzbedürftig sind.[38] Bevor sich die Untersuchung möglichen Regelungsoptionen zuwendet, soll vorab diskutiert werden, ob einschlägige Mindestlohnregelungen verfassungs- und europarechtlich zulässig wären.

4.1.1 Verfassungsrecht

Ein Mindestlohn für Selbständige würde, gleich wie er auch immer ausgestaltet ist, in die Berufs- und Vertragsfreiheit des Auftraggebers eingreifen, aber auch in die des Auftragnehmers. Den zuletzt genannten Eingriff gilt es freilich deutlich zu relativieren, als der Selbständige durch eine zwingende Vergütungsregel zunächst nur begünstigt wird, schließlich wird ihm ein auskömmliches Honorar garantiert. Nichtsdestotrotz nimmt ein Mindestlohn dem Selbständigen die Möglichkeit, seine Leistung frei kalkulieren zu können und damit über günstigere Preise Wettbewerbsvorteile am Markt zu erlangen. Daher könnte ein Mindestlohn vor allem in Bereichen, in denen ein Überangebot von Leistungserbringern und Leistungen besteht, wie das möglicherweise im Medien- oder Kulturbereich der Fall ist, dazu führen, dass einschlägige Leistungen weniger nachgefragt werden. Das freilich ist eher ein Aspekt für die politische Diskussion.

---

37 HSI-Working Paper Nr. 12; IG Metall: Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit, Dezember 2016, Stichpunkt: Entgelt; Anfrage der Fraktion der Linken, s. https://www.linksfraktion.de/themen/nachrichten/detail/zahl-von-solo-selbstaendigen-im-zeitverlauf-deutlich-angestiegen-immer-mehr-selbstaendige-bezieh/ (zuletzt eingesehen 06/2018). Arbeitspapier, Digitalisierung gestalten – Mit Grünen Ideen zur Arbeit 4.0, zitiert nach FAZ v. 7.1.2015, S. 17.

38 Etwa: *Schliemann*, FS Wank, S. 531, 543.

Der mit einem Mindestlohn verbundene Eingriff in die Berufs- und Vertragsfreiheit der Vertragsparteien wäre aber rechtfertigbar. Das BVerfG hat in seinen beiden Entscheidungen zu sittenwidrigen Ehegattenbürgschaften[39] ganz grundlegend herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber berechtigt (und verpflichtet) ist, Vorkehrungen zum Schutz gegen vertragliche Beschränkungen zu schaffen, die sich in einer Vertragsbeziehung daraus ergeben, dass es zwischen den Parteien an einem Kräftegleichgewicht fehlt.

Darüber hinaus finden sich drei Entscheidungen des BVerfG, die ganz explizit zum Schutz Selbständiger vor Übervorteilung Stellung beziehen.

Bereits in den 1970er Jahren hatte das BVerfG die bindende Entgeltfestsetzung im Heimarbeitsrecht (§ 19 HAG, s. oben 2.) für verfassungskonform befunden. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass Heimarbeiter auf Grund einer wirtschaftlich und sozial wertenden Betrachtung einem Arbeitnehmer vergleichbar wirtschaftlich abhängig und daher schutzbedürftig sind.[40] Das BSG ergänzt das dahingehend, dass Heimarbeiter ihrem Auftraggeber in aller Regel nicht in einer einheitlichen Organisation gegenüberstehen, sie beim Aushandeln ihrer Arbeitsbedingungen wirtschaftlich schwach und daher in besonderem Maße der Gefahr wirtschaftlicher Benachteiligung ausgesetzt sind.[41]

Im Beschluss zur Karenzentschädigung des Handelsvertreters hatte das BVerfG[42] den früheren § 90a Abs. 2 S. 2 HGB[43] als verfassungswidrig angesehen, wonach der Handelsvertreter nach einer außerordentlichen Kündigung des Vertrags keinerlei Karenzentschädigung erhält, obgleich er nach Zugang der Kündigung an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebunden ist. Erstmals arbeitet das BVerfG in diesem Beschluss heraus, dass der Gesetzgeber in einer Situation, in der es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt und mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen mehr zu gewährleisten ist, ausgleichend eingreifen muss, um den Grundrechtsschutz der unterlegenen Vertragspartei zu sichern. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zu (wörtlich spricht das BVerfG von „Gestaltungsfreiheit"). Daher darf er die

---

39 BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36; BVerfG 5.8.1994 – 1 BvR 1402/89, NJW 1994, 2749.

40 BVerfG 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320, B.II.4.b.

41 BSG 22.10.1971 – 7 RAr 61/69, AP Nr. 7 zu § 2 HAG.

42 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NZA 1990, 389.

43 Aufgehoben durch das Gesetz zur Durchführung der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter vom 23. 10. 1989 (BGBl. I-1989, S. 1910).

Merkmale, an denen die jeweiligen Schutzvorschriften ansetzen, auch nur typisierend erfassen. Darüber hinaus steht ihm frei, Regelungen nur für bestimmte Lebensbereiche oder nur für spezielle Vertragsformen zu erlassen.

Zuletzt hat das BVerfG diese Grundsätze in seinem Beschluss[44] zum Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung (§ 32 UrhG; Einzelheiten dazu s. unten 4.2.3) ausgebaut und gefestigt. Erneut betont das Gericht, dass der Gesetzgeber die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen darf (und muss), um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen entgegenzuwirken. Genau das leisten die §§ 32 ff. UrhG. Allerdings gilt es dabei auch zu beachten, dass das Urheberrecht insoweit aus dem allgemeinen Vertragsrecht herausticht, als der Urheber über eine besondere, durch Art. 14 GG geschützte, Rechtsbeziehung zu seiner Leistung verfügt. Das bedingt auch, dass er angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen seiner Arbeit und seines Werks zu beteiligen ist,[45] was so auf den „normalen" Werk- oder Dienstvertragsnehmer nicht zutrifft.

Ob der Gesetzgeber im Rahmen einer Entgeltanordnung nur eine angemessene Vergütung vorgeben[46] oder darüber hinaus auch eine Vergütung festsetzen darf, die dem Leistenden eine hinreichende Sicherung seiner Existenz ermöglicht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Im Arbeitsrecht dürfte auch Letzteres zulässig sein (vgl. nur Art. 168 Abs. 1, 169 Abs. 1 BV, Art. 24 Abs. 2 Verfassung NRW, Art. 56 Abs. 1 S. 1 Verfassung Rheinland-Pfalz, Art. 4 Nr. 1 ESC),[47] wobei das letztlich auch dort unerheblich bleibt, weil der gesetzliche Mindestlohn des MiLoG nicht über die Herstellung „einfacher" Vertragsge-

---

44 BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46.

45 S. zu diesem Aspekt etwa: *Möllers*, in: Ory/Cole, S. 109, 125.

46 So für den arbeitsrechtlichen Mindestlohn: *Lobinger*, ZfA 2016, 99, 121; *ders.*, JZ 2014, 810, 815; a.A. (u.a.) *Kocher*, S. 241, 249.

47 Art. 168 Abs. 1 S. 1 BV: Jede ehrliche Arbeit hat den gleichen sittlichen Wert und Anspruch auf angemessenes Entgelt.
Art 169 Abs. 1 BV: Für jeden Berufszweig können Mindestlöhne festgesetzt werden, die dem Arbeitnehmer eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie ermöglichen.
Art. 24 Abs. 2 Verfassung NRW: Der Lohn muss der Leistung entsprechen und den angemessenen Lebensbedarf des Arbeitenden und seiner Familie decken.
Art. 56 Abs. 1 S. 1 Verfassung Rheinland-Pfalz: Das Arbeitsentgelt muss der Leistung entsprechen, zum Lebensbedarf für den Arbeitenden und seine Familie ausreichen und ihnen die Teilnahme an den allgemeinen Kulturgütern ermöglichen.
Art 4 Nr. 1 ESC Alle Arbeitnehmer haben das Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt, das ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard sichert.

rechtigkeit hinausgeht. Hier steht jedenfalls von vorneherein nur zur Diskussion, ob und wie der Gesetzgeber dafür Sorge tragen kann, dass ein Dienst- oder Werksvertragsnehmer nicht zu völlig inakzeptablen Bedingungen arbeiten muss.

Immerhin lassen sich einzelne Passagen der erwähnten Urteile aber dahin deuten, dass eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit der Parteien je eher gerechtfertigt sein könnte, desto mehr sich das gegenseitige Austauschverhältnis verfestigt hat. Darauf wird unter 4.4.2 nochmals ausführlich zurückzukommen sein.

4.1.2 Europarecht, insb. Dienstleistungsfreiheit Art. 56 AEUV

Während die verfassungsrechtliche Rechtfertigbarkeit einer Mindestvergütung von Selbständigen eher nur geringe Schwierigkeiten bereitet, erweist sich die europarechtliche Zulässigkeit derartiger Regelungen als weitaus komplexer.

Staatliche Mindestvergütungssätze für Selbständige tangieren die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und auf sekundärrechtlicher Ebene die Vorgaben des Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie.[48] Bereits früh hat der EuGH das Diskriminierungsverbot des Art. 56 AEUV um ein Behinderungsverbot ergänzt.[49] Danach darf das Recht des Aufnahmemitgliedstaats ausländischen Anbietern keine zusätzlichen administrativen oder wirtschaftlichen Belastungen auferlegen, die geeignet sind, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

Genau das trifft auf die Vorgabe von Mindestvergütungssätzen zu (vgl. auch Art. 15 Abs. 2 lit g DienstleistungsRiL). Geregelt wird hier nicht mehr nur die Modalität der Erbringung der Dienstleistung, vielmehr werden dadurch auch deren Preis und damit ihre Attraktivität ganz entscheidend beeinflusst. Einschlägige Regelungen nehmen ausländischen Anbietern einen Teil ihres Wettbewerbsvorteils, soweit diese ihr Angebot auf Basis der Wirtschafts-, Arbeits- und Lebensbedingungen ihres Heimatlandes günstiger kalkulieren könnten als ein Inländer. In der Konsequenz hat der EuGH für das Arbeitnehmerentsenderecht stets entschieden, dass die bindende Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausländischer Dienster-

---

48 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

49 EuGH 3.12.1974 – C-33/74 [van Binsbergen], ECLI:EU:C:1974:131 = NJW 1975, 1095.

bringer bewirkt.[50] Aber auch im Bereich selbständiger Tätigkeiten finden sich ganz ähnliche Aussagen des EuGH. So urteilte der Gerichtshof,[51] dass eine Regelung, die es einem Rechtsanwalt verbietet, von den Mindesthonoraren einer Rechtsanwaltsgebührenordnung abzuweichen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. Gleicher Ansicht war er für die bindende Festsetzung von Architektenhonoraren.[52] In diese Richtung geht auch, dass die EU-Kommission mit Blick auf die Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen in Deutschland (s. dazu noch: 4.2.4) jüngst die zweite Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens eingeleitet hat.[53]

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit jedoch durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.[54] Dazu muss die Regelung in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, zwingenden Belangen des Allgemeininteresses dienen, die Verwirklichung dieser Belange gewährleisten und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.[55]

Allerdings ist nicht ganz eindeutig, ob sich diese Rechtsprechung nach Erlass der Dienstleistungsrichtlinie noch uneingeschränkt aufrechterhalten lässt. Der

---

50 S. nur: EuGH 25.10.2001 – C-49/98 [Finalarte], ECLI:EU:C:2001:564, Slg 2001, I-7831 = NZA 2001, 1377, Rn. 30; EuGH 3.4.2008 – C-346/06 [Rüffert], ECLI:EU:C:2008:189, Slg 2008, I-1989 = NZA 2008, 537, Rn. 37.

51 EuGH 12.9.2013 – C-475/11 [Konstantinides], ECLI:EU:C:2013:542, ABl EU 2013, Nr C 325, 3 = ZESAR 2014, 90; EuGH 29.3.2011 – C-565/08 [Europäische Kommission/Italienische Republik], ECLI:EU:C:2011:188, Slg 2011, I-2101 = NJW 2011, 1575; EuGH 5.12.2006 – C-94/04 [Cipolla], ECLI:EU:C:2006:758, Slg 2006, I-11421 = NJW 2007, 281. Ähnlich: EuGH 18.6.1998 – C-35/96 [Kommission/Italien], ECLI:EU:C:1998:303, Slg 1998, I-3851 = EuZW 1999, 93; EuGH 12.9.2000 – C-180/98 [Pavlov], ECLI:EU:C:2000:428, Slg 2000, I-6451 = AuR 2001, 77 (Ls.); EuGH 18.7.2013 – C-136/12 [Consiglio nazionale dei geologi], ECLI:EU:C:2013:489 = EuZW 2013, 782, Rn. 53.

52 EuGH 29.11.2001 – C-221/99 [Rossi], ECLI:EU:C:2001:647, Slg. 2001, I-9359 = EuZW 2002, 284.

53 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-323_de.htm (zuletzt eingesehen 06/2018).

54 Grundlegend: EuGH 30.11.1995 – C-55/94 [Gebhard], ECLI:EU:C:1995:411, Slg 1995, I-4165 = NJW 1996, 579; EuGH 21.4.2005 – C-140/03 [Kommission/Griechenland], ECLI:EU:C:2005:242, Slg 2005, I-3177 = ZAR 2005, 168 (Ls.); s. auch EuGH 28.4.2009 – C-518/06 [Kommission/Italien], ECLI:EU:C:2009:270, Slg 2009, I-3491 = BeckEuRS 2009, 497712; EuGH 24.1.2002 – C-164/99 [Portugaia], ECLI:EU:C:2002:40, Slg 2002, I-787 = NZA 2002, 207; EuGH 23.11.1999, C-369/96 [Arblade], ECLI:EU:C:1999:575, Slg 1999, I-8453 = NZA 2000, 85.

55 Zusammenfassend: *Calliess/Ruffert/Bröhmer*, Art. 49 Rn. 28; *Schwarze/Holoubek*, Art. 56/57 AEUV Rn. 112 ff.; *Streinz/Müller-Graff*, Art. 56 Rn. 106 f.

Rechtfertigungskatalog der Richtlinie umfasst nämlich nur ganz bestimmte, eng umschriebene öffentliche Interessen (Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 3 DienstleistungsRiL), nicht aber bloße Belange des Allgemeininteresses.[56] Doch ist nirgends gesagt, dass die Richtlinie abschließend wäre und direkten Einfluss auf die Auslegung des AEUV nimmt. Vielmehr ist das Verhältnis zwischen beiden Regelungskomplexen ungeklärt. [57] Doch wird in der Literatur[58] aber auch das Gegenteil vertreten und angenommen, dass die bisher eher großzügige Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit keinen uneingeschränkten Bestand mehr haben könne.[59] Träfe dies zu, wäre aber immerhin noch denkbar, eine Preisfestsetzung als bloße Ausübungsregelung im Sinne der Keck-Rechtsprechung[60] anzusehen.[61]

In der Konsequenz hat der EuGH auch im Bereich selbständiger Dienstleistungen zahlreiche Preisfestsetzungen akzeptiert, wie etwa (bestimmte) Vergütungsordnungen für Rechtsanwälte[62] oder Mindesttarife für den Güter- und Binnenschiffverkehr.[63] Dabei muss aber auch in den Blick genommen werden, dass sich die Privilegierungen einzelner Preisfestsetzungen nicht uneingeschränkt auf den gesamten Bereich selbständiger Tätigkeit erstrecken lassen. Der Regelungszweck der durch den EuGH zugelassenen Honorarordnungen ist nämlich ein zweifacher. Zwar sollen auch diese zu einer Stärkung der wirtschaftlichen Situation des Berufsträgers beitragen, vor allem aber dienen sie dem Schutz der Allgemeinheit. Sie sollen die Unabhängigkeit des Berufsträgers und die Qualität der Dienstleistung absichern, indem sie verhindern, dass es in

---

56 Diese werden lediglich in anderem Zusammenhang definiert, s. Art. 4 Nr. 8 DienstleistungsRiL.

57 *Schwarze/Holoubek*, Art. 56/57 AEUV Rn. 135 ff.

58 *Calliess/Ruffert/Kluth*, Art. 56/57 AUEV Rn. 84, 85; *Schlachter/Ohler/Schmidt-Kessel*, Art. 16 Rn. 42; *Dauses/Roth*, E.I. Rn. 249.

59 Nur vorsorglich: Selbst wenn dem so wäre, wäre das jedenfalls für die Arbeitnehmerentsendung unerheblich, da die Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996, ABl. EG L 18 vom 21.01.1997, S. 1-6) gegenüber der DienstleistungsRiL vorrangig ist: Art. 3 Abs. 1 lit. a u. 17 Nr. 11 DienstleistungsRiL.

60 EuGH 24.11.1993 – C-267/91 [Keck], ECLI:EU:C:1993:905, Slg 1993, I-6097 = NJW 1994, 121.

61 So in der Tendenz: *Streinz/Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 94.

62 EuGH 5.12.2006 – C-94/04 [Cipolla], ECLI:EU:C:2006:758, Slg 2006, I-11421 = NJW 2007, 281.

63 EuGH 9.6.1994 – C 153/93 [Delta], ECLI:EU:C:1994:240, Slg 1994, I-2517 = EuZW 1995, 28; EuGH 17.11.1993 – C-185/91 [Güterfernverkehr], ECLI:EU:C:1993:886, Slg 1993, I-5801 = NJW 1994, 307.

der fraglichen Branche zu einem ruinösen Preiswettbewerb zwischen den Marktteilnehmern kommt. Im Güterfernverkehr sollen Preisfestsetzungen eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung zwischen den einzelnen Verkehrsträgern fördern und einem unbilligen Wettbewerb zwischen dem Straßengüter-, dem Eisenbahn- und dem Binnenschiffverkehr entgegenwirken.

An dieser zweiten, dem Gemeinwohl verpflichteten Rechtfertigungskomponente fehlt es hier. Das heißt indes nicht zwingend, dass Mindestgebührensätze für Selbständige scheitern müssten. Wie die Entscheidungen des EuGH zur Arbeitnehmerentsendung[64] und zu Tariftreueverlangen[65] zeigen, können die Mitgliedstaaten Schutzmechanismen nämlich durchaus auch aus rein sozialpolitischen Erwägungen vorgeben. Das ist dann möglich, wenn nur so gewährleistet werden kann, dass Beschäftigte einen angemessenen Lohn erhalten und nur so ein nicht hinnehmbares „Sozialdumping" vermieden werden kann. Das freilich hat der EuGH so bislang nur für den Schutz von Arbeitnehmern anerkannt, die gleichsam schon qua definitionem schutzwürdig sind. Auf Selbständige lässt sich das nicht uneingeschränkt übertragen. Je mehr sich diese aber einem abhängig Beschäftigten annähern, desto eher dürften für sie die gleichen Grundsätze greifen. Das scheint erneut nahezulegen, einschlägige Schutzvorschriften auf solche Selbständige zu beschränken, die faktisch keine Entscheidungsmöglichkeiten über ihr Auftreten am Markt haben und mehr oder weniger von einem Auftraggeber finanziell und wirtschaftlich abhängig sind. Eine Rechtfertigung eines generellen „Mindestlohns" für alle Selbständigen wäre hingegen mit einem deutlich höheren Argumentationsaufwand verbunden.

4.2 Denkbare Regelungsinstrumentarien

4.2.1 Verbot sittenwidriger Vergütungen

Nach § 138 BGB sind Vertragsvereinbarungen, die einen Dienstleister verpflichten, zu sittenwidrigen Bedingungen tätig zu werden, nichtig. Das erlangt in der Praxis allerdings kaum Bedeutung und es sieht nicht so aus, dass sich mit einer wie auch immer gearteten Modifikation des Sittenwidrigkeitstatbestands viel

---

64 S. Fn. 50 u. 54.

65 EuGH 17.11.2015 – C-115/14 [RegioPost], ECLI:EU:C:2015:760 = NZA 2016, 155, Rn. 69 f.; EuGH 18.9.2014 – C-549/13 [Bundesdruckerei], ECLI:EU:C: 2014:2235 = NZA 2014, 1129, Rn. 31; EuGH 3.4.2008 – C-346/06 [Rüffert], ECLI:EU: C:2008:189, Slg 2008, I-1989 = NZA 2008, 537.

gewinnen ließe.[66] Ansatzpunkte für eine Schärfung des Sittenwidrigkeitsverdikts wären zwar durchaus vorhanden. So könnte die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast neu justiert werden, was letztlich aber wohl nur die Rechtsprechung leisten könnte. Bislang liegt diese alleine beim Auftragnehmer und zwar sowohl was die subjektiven, als auch was die objektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit angeht.[67]

Dennoch kann § 138 BGB nicht mehr beschreiben als eine äußerste Grenze des gerade noch Zulässigen. Über die Regelung lässt sich aber weder ein Vertrags- noch ein Vergütungsschutz zu Gunsten des Selbständigen erreichen, der auf angemessene Leistungsbedingungen abzielt. Und selbst was die Trennlinie der Sittenwidrigkeit betrifft, macht die generalklauselartige Formulierung der Norm („auffälliges Missverhältnis", „verwerfliche Gesinnung") es für den Selbständigen nahezu unkalkulierbar, ob eine Vergütungsabrede noch im tolerablen Bereich liegt oder nicht. Für das Arbeitsrecht konnte zwar herausgearbeitet werden, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anzunehmen ist, wenn der vereinbarte Arbeitslohn 2/3 des orts- und branchenüblichen Lohns unterschreitet.[68] Das aber lässt sich nur bedingt auf Werk- oder freie Dienstverträge übertragen, weil es bei diesen Vertragstypen häufig an belastbaren Leitbildern fehlen wird. Weitere Unsicherheiten bringt die Rechtsfolgenseite ins Spiel. An die Stelle der sittenwidrigen und damit nichtigen Vergütungsabrede tritt die „übliche" Vergütung (§§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB). Die aber ist ebenfalls nur schwer zu ermitteln. Folglich kann der Selbständige noch nicht einmal sicher beurteilen, welchen Nutzen er aus einem Obsiegen im Prozess ziehen kann.

4.2.2 Vorgabe eines grundständigen „Mindestlohns"

Der auf den ersten Blick einfachste Weg für eine Vergütungsabsicherung Selbständiger scheint zu sein, in Anlehnung an das MiLoG schlicht eine fixe Stundenvergütung vorzugeben.

Sieht man indes näher hin, zeigt sich, dass ein solches Vorhaben aller Wahrscheinlichkeit nach jedenfalls nicht von leichter Hand durchzuführen sein wird. Das gilt schon, weil es in vielen Fällen mit einem Mindestlohn von 8,84 € (bzw.

---

66 Insoweit etwas optimistischer aber *Däubler*, in: Benner, Crowdwork, 243, 261 f.

67 *Palandt/Ellenberger*, § 138 Rn. 23.

68 BAG 19.8.2015 – 5 AZR 500/14, BAGE 152, 228 = NZA 2016, 183; BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, BAGE 130, 338 = NZA 2009, 837.

9,19 € oder 9,35 €) die Stunde (oder auch mehr) nicht getan wäre. Vielmehr müssten zumindest auch branchen- und tätigkeitsspezifische Aufwendungen des Auftragnehmers sowie durchschnittliche Steuern und Abgaben berücksichtigt werden. Mag für den Fahrradkurier der gesetzliche Mindestlohn noch ausreichend erscheinen, wird etwa für den selbständigen Kameramann ein ganz anderer Vergütungssatz erforderlich sein. Zudem wird bei der Festlegung des Lohnsatzes zu diskutieren sein, dass Solo-Selbständige, solange diese nicht (bzw. nur partiell) in die Sozialversicherung einbezogen sind – anders als das bei „Mindestlöhnern" im Arbeitsrecht der Fall ist – ggf. auch private Vorsorgeaufwendungen erbringen müssen.[69]

Vor allem aber reibt sich eine Stundenmindestvergütung an der fehlenden zeitlichen Weisungsgebundenheit des Selbständigen. Während sich der eine für eine rasche und zielgerichtete Erledigung des Auftrags entscheidet, mag der andere dafür einen deutlich längeren Zeitraum einplanen, ohne dass deshalb eine höhere Vergütungsforderung gerechtfertigt wäre. Überdies ist Leistungsgegenstand jedenfalls der Werkvertragsbeziehung ein bestimmter Erfolg und nicht das bloße Tätigwerden des Auftragnehmers.

Eine Vorgehensweise wäre möglicherweise, dass ein abstrakter Lohnsatz bestimmt wird, der sich wiederum an dem Zeitaufwand festmacht, den ein durchschnittlicher Auftragnehmer unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Auftrags üblicher- bzw. redlicherweise für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung benötigt. Entsprechend wäre festzulegen, dass die Vergütung dem gesetzlichen Mindestlohn entsprechen muss, den ein abhängig Beschäftigter für den gleichen Zeitaufwand beanspruchen könnte.[70]

Ansonsten fällt es außerordentlich schwer zu bestimmen, woran sich die Zahlungspflicht des Auftraggebers genau festmachen soll. Das zeigt gerade ein Blick in das HAG. Wie unter 2. ausgeführt, können Heimarbeitsausschüsse Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen mit bindender Wirkung für alle Auftraggeber und Beschäftigten ihres Zuständigkeitsbereichs festsetzen (§ 19 HAG). In der Realität finden sich einschlägige Beschlüsse aber nur für wenige Branchen, in denen sie wiederum nur ausgewählte Tätigkeiten erfassen. Diese werden überdies ungemein detailliert beschrieben und auch wird genau dargelegt, woran die Bemessung der Vergütung im Einzelnen anknüpfen soll. Bei-

---

69 So in der Tat HSI Working Paper Nr. 12, dort § 26 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs. Dieser knüpft an den gesetzlichen Mindestlohn an, auf den er einen pauschalen Sozialversicherungszuschlag von 25% aufschlägt.

70 In diese Richtung auch § 26 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs des HSI, s. Fn. 69.

spielhaft mag das etwa an den bindenden Festsetzungen von Entgelten für in Heimarbeit hergestellte Pinsel und Bürsten deutlich werden.[71] So gibt Teil A, § 2 zwar einen Stundenmindestlohn vor. Dieser bildet indes nicht mehr als eine abstrakte Rechengröße. Tatsächlich ist das Entgelt des Heimarbeiters anhand klar definierter Tätigkeiten zu bestimmen, die teilweise bis ins kleinste Detail beschrieben und dann bestimmten Akkordlohnsätzen zugeordnet werden. So wird beispielsweise die Herstellung von Pinseln in 21 unterschiedliche Arbeitsschritte unterteilt, innerhalb derer dann nochmals bis zu 36 weitere Unterteilungen getroffen werden.[72]

Noch schwieriger zu beantworten ist die Frage, inwieweit nicht auch Aufwendungen des Selbständigen Berücksichtigung finden sollten. Angesprochen sind dabei zunächst solche, die der Selbständige ganz grundsätzlich erbringen muss, damit er überhaupt tätig werden kann. Lässt man diese außen vor, ist eine aus gesetzgeberischer Sicht notwendige Typisierung des Mindestlohns zwar erreichbar. Umgekehrt verflüchtigt sich dessen Wirkung dann aber im Hinblick auf Leistungserbringer, die auf eine kostenintensive Ausstattung angewiesen sind (Beispiel: 7,5-Tonner des Kurierfahrers, Kameras usw.). Daher könnte bestimmt werden, dass dem Selbstständigen in jedem Fall ein fester, in Euro bemessener Stundensatz zusteht, er darüber hinaus aber auch anteilig die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, wie sie in der Branche bzw. für die fragliche Tätigkeit typischerweise erforderlich sind. Genau das zeigt indes die praktischen Probleme eines Mindestlohns, weil derart eine einfache Lohnformel mit einer nur schwer zu subsumierenden Generalklausel kombiniert werden würde. In einem weiteren Schritt kämen übrigens noch die Aufwendungen hinzu, die dem Selbständigen anlässlich der Ausführung eines ganz konkreten Auftrags entstehen (wie Fahrtkosten, Verbrauchsmaterialien usw.). Diese kann der Selbstständige schon nach geltendem Recht beanspruchen, jedenfalls dann wenn es sich um ein (im weitesten Sinn) auftragsähnliches Rechtsverhältnis

---

71 Bekanntmachung des BMAS von bindenden Festsetzungen von Entgelten für in Heimarbeit hergestellte Pinsel und Bürsten und für das Zurichten von Haaren und Borsten v. 4.7.2017, BAnz. 19.10.2017, B 1.

72 Beispiel: Position 5: *„Fehhaarpinsel(-Mischung) in gelöteter Blech- oder Nickelzwinge“*. Beschrieben werden etwa folgende Arbeitsvorgänge: *„Material abteilen, Einzwingen, Kitten, Ausputzen“*. Diese Arbeiten werden abhängig von der Pinselgröße (zu der sich 12 Unterteilungen finden) vergütet, wobei wiederum danach unterschieden wird, ob die Arbeiten insgesamt ausgeführt oder die Pinsel nur gesteckt bzw. gepresst werden. Für 100 Stück hergestellter Pinsel mit Größe 5 (*„Zwingengröße 3,5 mm“*) erhält der Heimarbeiter 4,97 €, für 100 Pinsel der Größe 12 (*„Zwingengröße 9 mm“*) 10,67 €.

handelt (§ 670 BGB). Daher steht anzunehmen, dass der Selbstständige einschlägige Kosten auf seiner Rechnung separat ausweisen wird. Indes ist die Bestimmung des § 670 BGB abdingbar,[73] dies nicht zuletzt dort, wo sie nur entsprechend angewandt werden kann. Daher sollte der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass diese in prekären Austauschbeziehungen nicht, jedenfalls nicht durch AGB abbedungen werden kann.

4.2.3 Anspruch auf eine angemessene Vergütung

Eine Alternative zu einer bezifferten Mindestvergütung wäre, in einer Art Generalklausel dem Leistungserbringer einen Anspruch auf eine „angemessene" Vergütung zuzuerkennen. Vorbild hierfür könnten insbesondere die §§ 89b und 90a HGB und vor allem das Vergütungsregime des Urhebervertragsrechts sein (zu § 92a HGB s. 4.2.4).

Handelsvertreter sind zwar selbständige Gewerbetreibende; viele sind von ihren Auftraggebern existenziell abhängig und bedürfen daher eines besonderen Schutzes. Deshalb bestimmt § 89b HGB, dass der Handelsvertreter für Vorteile, die der Unternehmer nach Vertragsbeendigung aus der Tätigkeit des Vertreters erzielt, einen angemessenen Ausgleich verlangen kann. Schließlich hat der Handelsvertreter im Gegenzug für ein nachträgliches Wettbewerbsverbot einen Anspruch auf eine angemessene Karenzentschädigung: § 90a Abs. 1 S. 3 HGB. Die Karenzentschädigung soll den Lebensbedarf des Handelsvertreters für die Dauer der ihm auferlegten Wettbewerbsbeschränkung sichern. Diese Regelung verdient dabei nicht zuletzt deshalb Beachtung, weil sie Gegenstand eines für den vorliegenden Kontext wegweisenden Urteils des BVerfG[74] ist (s. dazu 4.1.1). Über die Höhe der Karenzentschädigung enthält das Gesetz allerdings keine nähere Bestimmung.[75]

Nach § 32 UrhG[76] hat der Urheber für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf eine angemessene Vergü-

---

73 Palandt/*Sprau*, § 670 Rn. 1.

74 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NZA 1990, 389.

75 Für den Handlungsgehilfen, der indes Arbeitnehmer des Prinzipals ist, bestimmt § 74 Abs. 2 HGB, dass die Karenzentschädigung pro Jahr des Wettbewerbsverbots mindestens ein halbes Jahreseinkommen der zuletzt bezogenen Vertragsvergütung betragen muss.

76 Zur Verfassungskonformität des urheberrechtlichen Vergütungsrechts, s. 4.1.1 u. BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46.

tung.[77] Zunächst ist es zwar den Parteien überlassen, sich selbst über die Vergütung für die Nutzungsrechtseinräumung zu verständigen. Ist im Vertrag die Höhe der Vergütung aber nicht bestimmt, gilt eine angemessene Vergütung als vereinbart. Und selbst wenn die Parteien eine Vergütung festgelegt haben, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, sollte sich das vereinbarte Entgelt als unangemessen erweisen.

Als angemessen gilt dabei eine Vergütung, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu erwarten ist. Ergänzend dazu bestimmt § 32a UrhG Folgendes: Zeigt sich im Verlauf der Vertragsdurchführung, dass der Nutzer aus dem Nutzungsrecht Erträge erzielt, die in keinem Verhältnis mehr zur vereinbarten Vergütung stehen, kann der Urheber eine Abänderung des Vertrages verlangen, so dass er doch noch eine den Umständen nach angemessene Beteiligung erhält.

Flankiert wird der Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung durch die gemeinsamen Vergütungsregelungen nach § 36 UrhG. Diese sollen dazu beitragen, dass Urheber mit schwacher Verhandlungsposition und niedrigem Einkommen ihr Urheberrecht auch tatsächlich realisieren können. Danach können repräsentative Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen. Diese sollen die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. Eine – im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren angedachte[78] – Verpflichtung zur Aufstellung von gemeinsamen Vergütungsregelungen besteht zwar nicht, seit 2017[79] aber zumindest eine Art Schlichtungszwang (§§ 36 Abs. 3 und 4, 36a UrhG). Allerdings ist der Schlichterspruch nicht zwingend, da jede Seite verhindern kann, dass dieser verbindlich wird (§ 36 Abs. 4 S. 2 UrhG). Typologisch gesehen handelt es sich bei der Vergütungsfestsetzung also um ein Verfahren kollektiver

---

77 Eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.3.2002, BGBl. I-2002, S. 1155.

78 BT-Drs. 14/7564, S. 8 f.

79 Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung vom 20.12.2016, BGBl. I-2016, S. 3037, in Kraft seit 1.3.2017.

Selbstregulierung, in dessen Rahmen der Staat jedoch darauf hinwirkt, dass auch tatsächlich Vergütungssatzungen erlassen werden.

Die Normwirkung einer gemeinsamen Vergütungsregelung ist zunächst nur eine mittelbare. Ein Entgelt, das in einer gemeinsamen Vergütungsregelung festgesetzt ist, gilt als angemessene Vergütung (§ 32 Abs. 2 S. 2 UrhG). Hiervon zum Nachteil des Urhebers abweichende Abreden werden zwingend durch die Listenvergütung ersetzt, wenn der Werknutzer die gemeinsamen Vergütungsregeln selbst aufgestellt hat oder er der Vereinigung angehört, die Partei der gemeinsamen Vergütungsregel ist (§ 36c iVm. § 36b Abs. 1 UrhG). Man gelangt so zu einer Art Tarifwirkung, wie sie aus den §§ 3 und 4 TVG bekannt ist. Darüber hinaus hat nach neuem Recht eine Urhebervereinigung, die an der Aufstellung der Vergütungsregelung beteiligt war, einen Unterlassungsanspruch gegen einen „ausbrechenden" Werknutzer (§ 36b UrhG), wenn dieser selbst Partei der Vergütungsregelung ist oder der Nutzervereinigung angehört, die die Regelung abgeschlossen hat.

Was ihre Durchschlagskraft betrifft, hinterlassen die Vorschriften des Handels- und Urhebervertragsrechts indes ein ambivalentes Bild. Zur Funktionsfähigkeit der §§ 89b und 90a HGB findet sich kaum belastbares Datenmaterial und über den Erfolg der urheberrechtlichen Regelungen gehen die Meinungen zumindest auseinander. Es wird berichtet, dass sich die Erwartungen mit der Urheberrechtsnovelle 2002 bisher nur teilweise erfüllt hätten,[80] aber auch, dass das Regime der §§ 32 und 36 UrhG eher erfolglos geblieben sei.[81] Beklagt wird, dass gewichtige Verwerterverbände sich nach wie vor nicht auf den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln einlassen. Dazu sei das Drohpotential der Urheberverbände zu gering. Selbst aber wenn Vergütungsregelungen bestehen, wird ein gewisses Vollzugsdefizit ausgemacht.[82] Viele Urheber scheuten aus Angst, zukünftig nicht von Auftraggebern berücksichtigt zu werden, vor einer Klage zurück. Insoweit soll das neue Verbandsklagerecht zwar Abhilfe schaffen; dem Vernehmen nach sollen Verwerterverbände aber gerade mit Rücksicht darauf Vergütungsregelungen gekündigt haben bzw. dem Abschluss solcher noch reservierter als bisher gegenüber stehen. Ohnehin greifen in den besonders wichtigen Bereichen Presse, Rundfunk und Film, in denen zahlreiche Urheber in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen oder als arbeitnehmerähnliche Personen tätig sind, vorrangig tarifvertragliche Regelungen (§ 32 Abs. 4 UrhG).

---

80 *Berger/Wündisch/Berger*, § 2 Rn. 133.
81 FA-UMR/*Dresen/Schmid*, 6. Kapitel Rn. 266.
82 *Schricker/Schricker/Haedicke*, § 32 Rn. 3.

Trotz dieser Anlaufschwierigkeiten haben sich für viele Bereiche des Urheberrechts mittlerweile aber dennoch gemeinsame Vergütungsregelungen herausgebildet.[83] Gerade sie führen dann aber die Schwierigkeiten vor Augen, die sich mit einer allgemeinen Parallelregelung für den gesamten Bereich selbständiger Tätigkeit verbinden. Ganz anders als im Urheberrecht würde es hier gelten, eine unüberschaubare Vielzahl höchst unterschiedlicher Sachverhalte zu erfassen. Dagegen sind die gemeinsamen Vergütungsregelungen des Urheberrechts passgenau auf bestimmte Tätigkeiten zugeschnitten. Um praxistauglich zu sein, enthalten sie ungemein detailfreudige Einzelregelungen. Die Vergütungsermittlung erfolgt daher an Hand von zahlreichen, jeweils genau benannten und teils nur schwierig zu ermittelnden Faktoren.[84] Der Befund ist an dieser Stelle ein ähnlicher, wie er sich im vorigen Abschnitt (Vorgabe einer absoluten Grundvergütung) auf Grund einer Betrachtung der verbindlichen Entgeltfestsetzung nach dem HAG ergeben hat.

Dabei tut sich das Urheberrecht mit der Preisbemessung noch wesentlich leichter, als das allgemeine Recht der selbständigen Leistungserbringung. Im Urheberrecht kann nämlich ganz einfach am mutmaßlichen oder tatsächlichen Nutzen angeknüpft werden, den der Verwerter aus der Werknutzung zieht. Das findet seine Rechtfertigung darin, dass der Urheber über eine besondere, verfassungsrechtlich abgesicherte Beziehung zu dem von ihm geschaffenen Werk verfügt (s. bereits oben, 4.1.1). Dieser Mechanismus lässt sich indes nicht auf die „normale" Auftragsbeziehung übertragen, in der es für den Auftragnehmer bedeutungslos bleiben muss, welchen wirtschaftlichen Erfolg der Auftraggeber aus der erhaltenen Leistung erzielt. Die Leistung des Bauhandwerkers wird nicht dadurch mehr wert, dass der Bauherr die erbauten Räumlichkeiten zu einem besonders hohen Zins vermietet.

Alles in allem sollte man sich aber davon, dass es möglicherweise nicht abschließend gelingen wird, mit einem abstrakt formulierten Anspruch auf ein

---

83 Übersicht bei *Schricker/Lowenheim/Haedicke*, § 36 Rn. 94 ff.; BeckOK-UrhR/*Soppe*, § 36 Rn 98 ff.; *Winter*, in: Ory/Cole, S. 163 ff., und *Soppe*, in: Ory/Cole, S. 169 ff.; FA-UMR/*Dresen/Schmid*, 6. Kapitel Rn. 261 ff.

84 Beispiel: Vergütungssätze für Taschenbücher sog. Berliner Modell (zitiert nach: FA-UMR/*Dresen/Schmid*, 6. Kapitel Rn. 273), die bislang aber auch gar nicht über den Vorschlagsstatus hinausgekommen sind:
Taschenbuch-Originalausgaben: 0,3 % vom Netto-Ladenpreis ab 5.001 Exemplare, 0,45 % ab 10.001 Exemplare, 0,6% ab 15.001 Exemplare, 0,3 % ab 75.001 Exemplare
Taschenbuch (mit Ausnahme von Originalausgaben) und Hardcover-Sonderausgaben: 0,25 % vom Netto-Ladenpreis ab 10.001 Exemplare, 0,37 % ab 20.001 Exemplare, 0,5 % ab 30.001 Exemplare, 0,25 % ab 75.001 Exemplare.

angemessenes Entgelt sämtliche Vertragsverhältnisse zu erreichen und dort für Austauschgerechtigkeit zu sorgen, nicht vorschnell abschrecken lassen. Eine Angemessenheitsregelung könnte zumindest Leitbildfunktion erlangen und möglicherweise ließe sich schon damit einiges gewinnen. Das könnte dazu beitragen, dass sich am Markt eine akzeptable Vergütungsübung herausbildet. Es könnte zumindest ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, was eine Leistung wert ist. Marktteilnehmer könnten sich also an den Tarifen ganz unabhängig davon orientieren, dass das fragliche Entgelt gegebenenfalls auch rechtlich durchsetzbar wäre. Und selbst wenn die Regelung für viele Vertragsbeziehungen bedeutungslos bleiben würde, ließe sich so möglicherweise doch eine absolute Elementarsicherung für besonders prekär arbeitende Solo-Selbständige erreichen.

Eine einschlägige Regelung wäre dahingehend zu formulieren, dass dem Leistungserbringer ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung zusteht. Angemessen in diesem Sinn ist, was im Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung aller Umstände und dabei insbesondere des Leistungsaufwands des Auftragnehmers üblicher- und redlicherweise zu erwarten ist. Zudem wäre denkbar, in Anlehnung an das Urheberrecht, sich bei der Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung an gemeinsamen Vergütungsregelungen von Verbänden zu orientieren (s. dazu: Abschnitt 5.2).

4.2.4 Passgenaue Honorarsätze

Schließlich bleibt die Möglichkeit zu untersuchen, für bestimmte Branchen und Tätigkeiten passgenaue Vergütungssätze festzusetzen. Insoweit dürfte außer Frage stehen, dass dies keinesfalls flächendeckend geschehen kann. Vielmehr müsste diese Option auf ausgewählte Branchen und Auftragsarten beschränkt bleiben. Insoweit kommen vor allem solche Tätigkeiten in Betracht, die im Wirtschaftsleben weit verbreitet sind, sich gut standardisieren lassen und die häufig in prekärer Beschäftigung erbracht werden, so dass ein derart zielgerichteter Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Parteien dort besonders gerechtfertigt erscheint.

Ein Vorbild hierfür scheint § 92a Abs. 1 S. 1 HGB zu sein. Danach kann das BMJ für Handelsvertreter, die rechtlich oder tatsächlich an einen Auftraggeber gebunden sind (sog. „Einfirmenvertreter“) eine Vergütungsuntergrenze durch Rechtsverordnung festsetzen. Ziel ist dabei zum einen die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit, zum anderen aber auch die Absicherung der essentiellen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der einzelnen Handelsvertreter. Freilich verblasst die Leuchtkraft dieses Vorbilds ein wenig, stellt man in die Be-

trachtung mit ein, dass bis heute keine einschlägige Rechtsverordnung erlassen wurde.

Weitaus mehr Beachtung verdienen daher öffentliche Honorarordnungen. Solche finden sich derzeit für Architekten, Bauingenieure, Notare, Rechtsanwälte und Steuerberater. Sie werden als Gesetz (GNotKG, RVG, BRAO) oder Rechtsverordnung (HAOI, StBVV) erlassen. Inhaltlich geben sie entweder fixe Vergütungssätze (Rechtsanwälte, Steuerberater) oder aber zumindest Vergütungsrahmen (Architekten) vor. Zumindest im theoretischen Ansatz sind die meisten Vergütungsordnungen zwingend. Von ihnen kann also nicht, auch nicht einvernehmlich, abgewichen werden (s. etwa § 49b BRAO, § 7 HOAI, § 125 GNotKG). Im weitesten Sinn vergleichbar sind schließlich die Beförderungsentgelte für den Taxiverkehr, die durch Rechtsverordnung festgesetzt werden (§ 51 Abs. 1 PBefG; Umsetzung in Bayern durch § 10 Nr. 1 BayDelV). So hat etwa die Landeshauptstadt München eine Taxitarifordnung erlassen, die in § 2 I lit. a einen Mindestfahrpreis von 3,70 € festlegt. Weniger interessant sind dagegen die Gebührenordnungen für Ärzte (GOÄ), die nicht bindend sind (§ 2 Abs. 1 GOÄ), sowie die sich über das SGB V mittelbar ergebenden Gebührensätze für die Behandlung gesetzlich Versicherter.

Dabei muss aber von vorneherein mitbedacht werden, dass die staatlichen Honorarordnungen in der Praxis zwar nach wie vor eine große Rolle spielen, indes zunehmend löchrig werden. Die Regelungen zur Steuerberatervergütung sind im außergerichtlichen Bereich noch nicht einmal mehr rechtlich zwingend (s. § 4 Abs. 1, 3 und 4 StBVV). Und schon grundsätzlich gilt die StBVV nach der, einem Kompromiss mit der EU-Kommission geschuldeten, Novelle des Jahres 2016 nur noch für Steuerberater mit Sitz im Inland und bei Tätigkeiten im Inland. Auch im Anwaltsrecht durchbrechen vielfältige Ausnahmen die Vergütungsregelungen. Abweichende Vergütungsvereinbarungen sind für die außergerichtliche Beratung und in besonders gelagerten Fällen (§ 49b Abs. 1 S. 2 BRAO) zulässig. Angebote ausländischer Kanzleien und faktischer Konkurrenzdruck tragen ihr Übriges zur Erosion der BRAO bei, von der in der Folge häufig sowohl nach oben, aber auch nicht selten nach unten abgewichen wird. Im Architektenrecht lassen sich die Vergütungssätze relativ leicht über die Leistungsbeschreibung absenken,[85] vor allem bei kleinen und mittleren Aufträgen können diese so bis zur Unkenntlichkeit verstümmelt werden.

---

85 Vgl. BGH 24.4.2014 – VII ZR 164/13, BGHZ 201, 32 = NJW 2014, 2354.

Letztlich führen aber auch die staatlichen Gebührenordnungen noch einmal die Schwierigkeiten vor Augen, die mit dem Versuch verbunden wären, im Bereich selbständiger Arbeit eine Mindestvergütung anzuordnen. Die Dinge liegen hier ähnlich wie bei den unter Ziffern 4.2.2 und 4.2.3 angestellten Vergleichen mit dem Heimarbeits- oder dem Urheberrecht.

Im öffentlichen Gebührenrecht fällt die Entgeltfestsetzung nämlich noch verhältnismäßig leicht, als die existierenden Honorarordnungen auf wenige, passgenau zu beschreibende Berufsbilder beschränkt sind. Sie haben Leistungen zum Gegenstand, die sich verhältnismäßig leicht definieren lassen. Überdies finden sich einigermaßen klar zu fassende Anknüpfungspunkte, an denen sich der Lohn des Berufsträgers festmachen lässt. So wird im Rechtsanwalts-, Steuer- und Architektenrecht etwa auf den Wert des Streitgegenstands bzw. des Auftragsvolumens des Bauvorhabens abgestellt (wobei noch nicht einmal gesagt ist, dass dieses besonders gerecht wäre oder dass derart der mit der Auftragserledigung verbundene Aufwand wirklich angemessen honoriert wird). Bei den meisten Arbeiten ist dagegen ein Zugriff auf den abstrakten Wert des Leistungsgegenstands eher fernliegend. So macht die Bemessung der Vergütung eines Fahrradkuriers am Wert des transportierten Kurierguts wenig Sinn. Für das ärztliche Gebührenrecht können wiederum bestimmte Tätigkeiten relativ konkret beschrieben werden,[86] und bereits das ist einigermaßen aufwändig.

Eine vergleichbare Regelung für selbständige Leistungserbringer ist dagegen jedenfalls nicht möglich, soweit diese eine unbestimmte Vielzahl von Vertragsbeziehungen erfassen soll. Dafür ist das denkbare Leistungsspektrum viel zu unterschiedlich; Leistungen Selbständiger sind selbst innerhalb einer bestimmten Branche oder auch desselben Berufsbilds häufig nicht miteinander vergleichbar. Aufwendungen, Gemeinkosten oder Vorsorgebeiträge lassen sich ebenfalls nicht standardisiert berücksichtigen. Schon eher ist dagegen denkbar, in Anlehnung an die §§ 4 ff., 19 HAG, §§ 10 ff. AEntG, §§ 4 ff. MiLoG und § 92a Abs. 1 S. 1 HGB ein Bundesministerium zu ermächtigen, Vergütungssätze durch Verordnung vorzugeben. Dies könnte damit kombiniert werden, dass für bestimmte Branchen paritätische Kommissionen eingesetzt werden, die dem Ministerium Vorschläge unterbreiten, die dieses dann im Verordnungsweg für

---

86 Etwa: (immer einfache Gebühr) Gebührenverzeichnis (Anlage zur GOÄ) Nr. 1 Beratung – auch mittels Fernsprecher: 4,66 €; Nr. 8 Untersuchung zur Erhebung des Ganzkörperstatus, gegebenenfalls einschließlich Dokumentation: 15,15 €; Nr. 45: Visite im Krankenhaus: 4,08 €; Nr. 70 Kurze Bescheinigung oder kurzes Zeugnis, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung: 2,33 €; Nr. 253 Injektion, intravenös: 4,08 €.

verbindlich erklärt. So könnten sich Lohnvorgaben ganz gezielt an Branchen und/oder Tätigkeiten richten, in denen Dienstleistungen auffällig häufig zu prekären Bedingungen erbracht werden und die daher besonders regulierungsbedürftig erscheinen. Auch ließen sich in einer separaten Verordnung Berufsbilder, Tätigkeiten, Lohnanknüpfungspunkte und Zeitfaktor eher im gebotenen Umfang beschreiben als das in einer allgemeinen gesetzlichen Regelung möglich wäre.

4.3 Flankierende Schutzvorschriften

4.3.1 Kündigungsschutz, überstürzte Vertragsbeendigung

Ergänzend zu etwaigen Vergütungsvorgaben sind Fragen eines flankierenden Vertragsschutzes zu diskutieren. Dabei gilt es den Blick zunächst auf die „Kündigung" der gemeinsamen Austauschbeziehung zu lenken. Das einschlägige Schutzinstrumentarium für Selbständige erweist sich als ausgesprochen dünn. Für die ordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses sieht § 621 BGB zwar die Einhaltung bestimmter Kündigungsfristen vor. Diese sind aber extrem knapp bemessen. Zudem ist die Regelung abdingbar, wobei sich abweichende allgemeine Geschäftsbedingungen allerdings einer AGB-Kontrolle nach § 307 BGB stellen müssen. Immerhin bedarf es für die außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses nach § 626 BGB eines wichtigen Grundes. Für den Handelsvertreter sehen die §§ 89, 89a HGB einen (leicht) erweiterten Auslaufschutz vor.

Noch weniger günstig zeigt sich die Situation beim Werkvertrag. § 649 BGB sieht ein Kündigungsrecht des Bestellers vor, von dem dieser jederzeit und ohne Fristsetzung Gebrauch machen kann. Diese Regelung ist zwar zu Gunsten des Leistungserbringers abdingbar, doch benötigt dieser eine gewisse Verhandlungsstärke, um die Aufnahme einschlägiger Bestimmungen in den gemeinsamen Vertrag durchzusetzen. Immerhin erlangt der Werkunternehmer wenigstens insoweit ein wenig Planungssicherheit, als er im Kündigungsfall berechtigt ist, die vereinbarte Vergütung zu verlangen: § 648 S. 2 Hs. 1 BGB. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Allen Regelungskomplexen ist aber gemeinsam, dass sie dem Auftraggeber keinerlei inhaltlichen Kündigungsschutz gewähren. Anders als im Arbeitsrecht wird also nicht geprüft, ob der Vertragsbeendigung sachliche Erwägungen zu

Grunde liegen, ob sie sozial gerechtfertigt oder verhältnismäßig ist. Erst recht aber verleihen die einschlägigen Kündigungsregelungen dem Selbständigen keinerlei Schutz, wenn ein Auftrag abgewickelt ist und der Besteller ihm keinen Anschlussauftrag erteilt.

An dieser Stelle wird man indes realistisch bleiben müssen: Es wäre ein außerordentlich schwieriges Unterfangen, sollen Auftraggeber verpflichtet werden, bestimmte Leistungen stets an denselben Auftragnehmer zu vergeben, nur weil sie mit diesem schon einmal kontrahiert haben. Ein dahingehender Abschlusszwang wäre dem deutschen Recht fremd, ist mit der Privatautonomie kaum in Einklang zu bringen und ist – wie das Recht der befristeten Arbeitsverträge (TzBfG) zeigt – so noch nicht einmal im Arbeitsrecht bekannt. Darüber hinaus weist *Deinert* zu Recht darauf hin, dass, wer selbst frei bleiben möchte, nicht erwarten kann, dass die andere Seite uneingeschränkt leistungs- und abrufbreit ist.[87]

Denkbar wäre eine Regelung aber für den Fall, dass sich die gegenseitige Vertragsbeziehung nicht in einem punktuellen Leistungsaustausch erschöpft, sondern eine gewisse Konsistenz erreicht hat und zudem, dass der Selbständige überwiegend für einen einzigen Auftraggeber tätig wurde (hierzu ausführlich unten 4.4.2). Der Auftragnehmer wäre zwar nicht vor, aber bei der Vertragsbeziehung[88] davor zu schützen, dass sein Vertragspartner diese abrupt und ohne Vorankündigung abbricht. Im Dienstvertragsrecht wird das mit § 621 BGB immerhin partiell erreicht; für das Werkvertragsrecht ließe sich auf diese Regelung verweisen (in der Literatur wird bereits de lege lata eine analoge Anwendung des § 621 BGB auch im Werkvertragsrecht befürwortet[89]). Grundgedanke dieser Norm ist, dass der Auftraggeber eine Vertragsbeziehung, die sich zunehmend verfestigt hat, nicht einfach abbrechen können soll, sondern nach Treu und Glauben auch berücksichtigen muss, dass sich sein Vertragspartner auf diese eingerichtet hat und gegebenenfalls Zeit benötigt, um sich nach Ersatzaufträgen umzusehen. Alternativ dazu wäre möglich, die Kündigungsbestimmungen der §§ 89, 89a ff. HGB oder des § 29 Abs. 2 bis 4 HAG fruchtbar zu machen und diese in das BGB zu übertragen. Diese gehen in zeitlicher Perspektive über diejenigen nach § 621 BGB hinaus, vor allem aber knüpfen sie weniger an die vereinbarte Vergütungsabwicklung an, sondern vielmehr an den zeitlichen Bestand des gemeinsamen Vertragsverhältnisses. Das passt an dieser Stelle besser, weil

---

87 *Deinert*, S. 70 = Rn. 107.

88 Vgl. *Rieble*, ZfA 1998, 327, 348.

89 Palandt/*Sprau*, § 649 Rn. 2; Staudinger/*Martinek*, § 649 Rn. 65.

auch hier dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass die gemeinsame Austauschbeziehung eine gewisse Bestandsfestigkeit erreicht hat. Zur Absicherung ihrer Funktionsfähigkeit müsste die Abdingbarkeit dieser Regelungen ausgeschlossen werden.

4.3.2 Auswahlfreiheit des Auftraggebers

Schließlich bedarf der Vergütungsanspruch des Selbständigen noch einer Absicherung gegen Vereinbarungen, die es in das Belieben des Auftraggebers stellen, ob dieser eine ihm übermittelte Leistung abnimmt oder verwertet und in der Folge vergütet. Berichtet wird, dass Auftraggeber bei einer Vielzahl von Dienstleistern nach einer Leistung nachfragen, indes nur diejenige abnehmen, die sie am schnellsten erreicht oder die sie für die Beste halten (Däubler/Klebe[90]: „Bezahlung nach Art eines Preisausschreibens").[91] Das sieht weder das Dienstvertrags- noch das Werkvertragsrecht so vor (§§ 611, 612, 632a, 642 BGB) und lässt sich nur über allgemeine Geschäftsbedingungen erreichen. Der Gesetzgeber kann hier allerdings nur sehr bedingt gegensteuern. Die Aufnahme eines Verbots solcher Klauseln in den Katalog der §§ 308 und 309 BGB hat wenig Sinn, da dieser im unternehmerischen Verkehr keine (direkte) Anwendung findet: § 310 Abs. 1 BGB. Daher bleibt kaum mehr als ein Appell an die Rechtsprechung, einschlägige Klauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu verwerfen. Ähnliches gilt für unangemessen kurze Nachbesserungsfristen, die in unangemessener Weise vom Nachfristersetzungserfordernis der §§ 634 Nr. 3 u. 4, 323 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB abweichen.[92] Gänzlich anders lägen die Dinge freilich, würde sich der Gesetzgeber zum Erlass von Mindestlohnvorschriften entschließen. Diese wären, ganz gleich wie sie auch immer ausgestaltet sein mögen, unabdingbar, so dass entgegenstehende AGB sowohl gem. § 134 BGB als auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nichtig wären.

4.3.3 Internationale Bezüge

Nur am Rande sei auf ein nicht unerhebliches Problemfeld hingewiesen, das nicht zum Gegenstand dieser Untersuchung gehört, auch weil es sich durch den nationalen Gesetzgeber nur bedingt beherrschen lässt. Leistungen, die unter

---

90 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1031, 1038 f.; *Däubler*, in: Benner, Crowdwork, 243, 253 ff.

91 Kritisch hierzu auch viele Plattformbetreiber, s. etwa: Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing, Ziff. 9.

92 S. *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 6.

Nutzung moderner technologischer Kommunikationsmittel erbracht werden, sind häufig international vernetzt. Aufträge werden weltweit angefordert bzw. grenzüberschreitend erbracht oder abgenommen. Damit stellt sich die Frage nach der gerichtlichen Zuständigkeit und zudem die nach dem auf die Vertragsbeziehung anwendbaren Recht.[93] Sie kann letztlich nur für Arbeitnehmer einigermaßen befriedigend beantwortet werden, schon bei Arbeitnehmerähnlichen besteht eine eher nur ungesicherte Hoffnung, dass sich diese ebenfalls auf arbeitsrechtliche Schutzvorschriften berufen können, was Gerichtsstand, anwendbares Recht und die nur eingeschränkte Zulässigkeit einer Rechtswahl betrifft (vgl. Art. 19 Nr. 1, 21 Abs. 1 lit b [I] und Abs. 2, 23 Abs. 1 VO 1215/2012, Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 8 Rom-I-VO). Für alle Leistungen, die darüber hinausgehen, wird man realistischerweise anerkennen müssen, dass die Durchsetzbarkeit gesetzlicher Schutzvorschriften durch die Internationalisierung der Leistungsbeziehung zumindest beeinträchtigt sein wird. Im europäischen Recht ist das an sich anwendbare Recht des Sitzes des Leistungserbringers (Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom-I-VO) abwählbar (Art. 3 Rom-I-VO). Eine abweichende Rechtswahl könnte nur durchbrochen werden, wenn etwaige Schutzvorschriften zu Gunsten von Selbständigen als Eingriffsnormen iSd. Art. 9 Rom-I-VO qualifiziert[94] werden würden.[95] Dass ein Gerichtsstand im Inland begründet ist, ist indes nicht gesichert, da nicht eindeutig ist, wo der Erfüllungsort grenzüberschreitend erbrachter Dienstleistungen liegt (vgl. Art. 4 Abs. 1, 7 Nr. 1 VO 1215/2012). Naturgemäß wesentlich ungünstiger zeigt sich die Sachlage, ist der Besteller oder eine verantwortliche Plattform in einem Staat außerhalb der EU ansässig. So oder so wird es sich für Selbständige häufig als schwierig erweisen, einen Auftraggeber, der seinen Sitz in einem weit entfernt liegenden Teil der Welt hat, zu lokalisieren und erfolgreich vor einem deutschen Gericht auf Zahlung einer Mindestvergütung nach deutschem Recht zu verklagen, selbst wenn er das nach den Regeln des internationalen Prozessrechts bzw. des IPR tun könnte. Eine befriedigende Lösung dürfte hier nur unter Mithilfe des europäischen Gesetzgebers erreichbar sein.

---

93 Ausführlich zur Problematik: *Däubler*, SR 2016, 2, 39; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1038; *Deinert*, S. 77 ff.

94 Vorsichtig in diese Richtung: *Däubler*, in: Benner, Crowdwork, 243, 266 ff.

95 *Deinert*, S. 78, erwägt vorsichtig eine Übertragung des arbeits- und verbrauchschutzrechtlichen Regimes der Rom-I-VO.

4.4 Personeller Geltungsbereich und geeigneter Regelungsort

4.4.1 Problemstellung

Für alle hier skizzierten Regelungsmodelle stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung ihres personellen Geltungsbereichs. Obwohl diese Problematik von großer Bedeutung ist, hat sie in der bisherigen Diskussion nur verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden. Nicht selten wird ein bestimmtes Schutzinstrumentarium vorgeschlagen und der Blick dann lediglich pauschal auf die „Selbständigen" gerichtet. Dabei wird aber weder der Kreis der anspruchsberechtigten Selbständigen, noch der der anspruchsverpflichteten Auftraggeber näher konkretisiert. Das indes ist von herausragender Bedeutung, da sich an dieser Stelle wichtige Fragen auftun:

(1.) Sollen alle Selbständigen dem Anwendungsbereich der jeweiligen Regelung unterfallen, oder soll das nur dann der Fall sein, wenn sie sozial schutzbedürftig sind? Entscheidet man sich für die 2. Variante, knüpfen daran folgende Fragen an:

(a) Sollen Selbständige nur dann in den Geltungsbereich einer Schutzvorschrift einbezogen sein, wenn sie von einem bestimmten Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind, namentlich weil sie ganz überwiegend nur für einen einzigen Auftraggeber tätig sind?

(b) Greifen die einschlägigen Regelungen nur, wenn das Einkommen des Selbständigen unterhalb einer bestimmten Verdienstgrenze liegt?

(c) Soll das Schutzinstrumentarium daran ansetzen, dass der Selbständige den überwiegenden Teil seines Gesamteinkommens aus der jeweils zur Diskussion stehenden Rechtsbeziehung erzielt? Müssen die Einkünfte aus dem fraglichen Vertragsverhältnis unterhalb einer bestimmten Grenze liegen?

(2.) Greifen die jeweiligen Schutzvorschriften für Selbständige schlechthin oder nur für Solo-Selbständige? Scheidet ein Sozialschutz für Selbständige also aus, wenn diese Mitarbeiter beschäftigten?

(3.) Sollen alle denkbaren Auftraggeber verpflichtet sein? Das spitzt sich vor allem auf die Frage zu, ob – richtet man den Blick über den „Crowdworker" hinaus – auch Privatpersonen mindestlohnpflichtig sind, wenn sie Dienst- oder Werkleistungen in Anspruch nehmen. Oder greift eine gesetzliche Mindestvergütungsregelung nur gegenüber Unternehmen iSd. § 14 BGB?

Im Arbeitsrecht sind derartige Fragestellungen nicht bekannt. In das Arbeitsrecht ist ganz einfach jeder Arbeitnehmer einbezogen. Das Arbeitsrecht baut, einmal ganz grob gesprochen, ganz grundständig darauf auf, dass der Arbeitnehmer per se schutzbedürftig ist. Das verhält sich bei selbständiger Arbeit völlig anders, wo die Bandbreite der potentiell normunterworfenen Leistungserbringer extrem weit ist. Auch ist im Arbeitsrecht nicht vorstellbar, dass der Arbeitnehmer seinerseits Mitarbeiter beschäftigt (s. §§ 611a Abs. 1 S. 1 u 2, 613 BGB). Schließlich ist der Arbeitgeber der gleichsam natürliche Schuldner des Arbeitslohns (s. § 611a Abs. 2 BGB). Privatpersonen können dagegen keine Arbeitgeber sein. Nehmen sie ausnahmsweise abhängige Arbeit in Anspruch (Paradebeispiel: häusliche Pflege), bleiben sie zwar in ihrem „übrigen" Leben noch Arbeitnehmer und werden sich ihrem Empfinden nach auch als solche ansehen. Rechtlich gesehen werden sie in der fraglichen Rechtsbeziehung aber ganz unproblematisch zum Arbeitgeber. Völlig anders liegen die Dinge dagegen, beauftragt ein Privater einen Werkunternehmer oder Dienstnehmer mit der Erbringung einer bestimmten Leistung. Es liegt auf der Hand, dass ihn das alleine noch lange nicht zum Unternehmer iSd. § 14 BGB machen kann.

4.4.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber?

Für eine Beschränkung des personellen Geltungsbereichs etwaiger Schutzvorschriften zu Gunsten Selbständiger auf solche Personen, die ganz überwiegend von einem Auftraggeber abhängig sind, spricht in jedem Fall ein Parallele zum Recht der arbeitnehmerähnlichen Person (s. oben 3.), sowie zu den § 92a Abs. 1 S. 1 HGB und § 2 Nr. 9 lit. b SGB VI. Letztlich würde sich ein Mindestlohnanspruch oder ein Kündigungsschutz zu Gunsten von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen sogar verhältnismäßig gut in das System der Arbeitnehmerähnlichen einfügen. Dieses würde – ggf. verbunden mit einer erweiternden Beschreibung des Tatbestands – „lediglich" um zwei Bausteine ergänzt.

Eine dahingehende Beschränkung des Anwendungsbereichs eines Schutzrechts zu Gunsten von Selbständigen hätte vor allem den Vorteil, dass sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigbarkeit der einschlägigen Normen (hierzu grundsätzlich: 4.1.1) deutlich leichter bewerkstelligen ließe, als wenn sich diese an jeden Selbständigen schlechthin wenden würden.

Ist ein Leistungserbringer nämlich existenziell auf einen bestimmten Auftraggeber angewiesen, spricht einiges dafür, dass sich die fragliche Rechtsbeziehung durch eine gewisse Ungleichgewichtslage auszeichnet, der es entgegenzuwirken gilt. Hinzu kommt, dass der Selbständige auf Grund der Bindung an nur einen Auftraggeber an einem anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft und

damit an der marktorientierten Steuerung und Verwertung seines Ertragspotenzials gehindert ist. Insgesamt wiegt das Schutzbedürfnis des Selbständigen dann so schwer, dass die Interessen des Auftraggebers dahinter zurücktreten müssen.[96]

Das deutet sich so auch in der Rechtsprechung des BVerfG zum Ausgleich von strukturellen Ungleichgewichtslagen an. Ganz deutlich tritt das im Heimarbeits-Beschluss hervor, wo das BVerfG davon ausgeht, dass das HAG kollektivrechtlich (iwS) das Heimarbeitsverhältnis *„unbeschadet (aller) rechtlichen Unterschiede gegenüber einem Arbeitsvertragsverhältnis, in einer wirtschaftlich und sozial wertenden Betrachtung dem normalen Arbeitsvertrag gleichsetzt."*[97] Auch im Handelsvertreter-Beschluss baut das Gericht darauf auf, dass die gemeinsame Vertragsbeziehung von einiger Dauer ist. Noch weitergehend weist es darauf hin, dass der Gesetzgeber vor allem dann zum Schutz des Handelsvertreters verpflichtet ist, wenn dieser von seinem Auftraggeber abhängig geworden ist. Wörtlich heißt es:

> *„Dieses Schutzbedürfnis besteht dann, wenn sich Handelsvertreter schon vor oder während der Vertragsbeziehungen für die Zeit nach deren Beendigung binden sollen. (…) Das gilt besonders bei sogenannten Einfirmen-Vertretern, die ihre gesamte Arbeitskraft in den Dienst eines einzigen Unternehmens stellen."*[98]

Schließlich könnte eine allgemeine Regelung, die sich an sämtliche Selbständige wendet, ausufernd wirken. Sie würde jeden nur denkbaren Dienst- oder Werkvertrag erfassen. Einschlägige Schutzregelungen würden in nicht wenigen Geschäftsbeziehungen wohl ein Fremdkörper bleiben.

Doch finden sich umgekehrt auch gewichtige Argumente gegen eine derartige Restriktion des personellen Geltungsbereichs einschlägiger Schutzvorschriften, zumindest aber gegen eine Beschränkung eines etwaigen Mindestlohnanspruchs auf wirtschaftlich-existenziell abhängige Dienstleister. Denn letztlich muss entscheidend sein, dass kein Auftragnehmer Leistungen zu unangemessenen Bedingungen erbringen muss und zwar auch nicht, wenn er nur ganz punktuell für einen Auftraggeber tätig wird. Auch andere Risiken der Selbständigkeit bestehen unabhängig von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit.[99] Zudem

---

96 *Hromadka*, NZA 2007, 838, 841; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 195 f.; – alle mit Bezug zur arbeitnehmerähnlichen Person.

97 BVerfG 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320, B.II.4.b.

98 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NZA 1990, 389, sub C.II.1.

99 *Kocher*, KJ 2013, 145, 151.

würden sich, vor allem was Formen moderner Selbständigkeit angeht, etwa den schon mehrfach erwähnten Crowdworker, nicht unerhebliche Schutzlücken auftun, würde man auf dessen wirtschaftliche Abhängigkeit von einem einzelnen Auftraggeber abstellen. Solche Selbständige sind tendenziell eher für eine Vielzahl wechselnder Auftraggeber tätig. Sie liefen daher Gefahr, nicht mehr von den fraglichen Regelungen erfasst zu werden. Weiter spricht gegen eine entsprechend enge Fassung des Anwendungsbereichs, dass sich der Selbständige gerade dadurch auszeichnet, dass er sich seine Zeit selbst einteilen kann. Daher ist der Umstand, welchen Umfang seiner Gesamtarbeitszeit er für einen bestimmten Auftraggeber aufwendet, nicht immer aussagekräftig.[100] Und schließlich erscheint es nur bedingt praktikabel, dass immer dann, wenn ein Selbständiger ein angemessenes Entgelt fordert, erst mühsam ermittelt werden muss, in welchem Umfang er noch anderweitig verdient.

Auch folgt aus den soeben erwähnten Beschlüssen des BVerfG nur, dass ein Eingriff in die Vertragsbeziehung vor allem dann gerechtfertigt (geboten) ist, wenn der Selbständige seine Arbeitsleistung ausschließlich oder ganz überwiegend einem Auftraggeber zur Verfügung stellt, indes nicht, dass es darüber hinaus keine korrekturbedürftigen Ungleichgewichtslagen geben könnte. Das zeigen etwa die Bürgschaftsentscheidungen des BVerfG. Weder handelt es sich bei der Bürgschaft um ein Dauerschuldverhältnis, noch stellt der Bürge hier seine Arbeitskraft dem Gläubiger zur Verfügung (wogegen sich freilich argumentieren ließe, dass „Ehegattenbürgen" in aller Regel nur ein einziges Mal im Leben eine sie derart erdrosselnde Bürgschaft eingehen und auch ist im Realisierungsfall ihre gesamte wirtschaftliche und persönliche Existenz bedroht).

Für eine Aufnahme aller Selbständigen in den Tatbestand spricht eine Parallele zum Urheberrecht. Dieses gewährt jedem Urheber einen Anspruch auf angemessene Vergütung, ganz gleich, ob dieser nur einmalig, ganz punktuell oder dauerhaft für einen bestimmten Nutzer tätig ist. Insoweit kann allerdings umgekehrt nicht völlig außer der Betrachtung gelassen werden, dass das Urheberrecht mehr oder weniger pauschal unterstellt, dass der Urheber per se wirtschaftlich dem Verwerter unterlegen ist.[101]

Auch lassen sich die hier zu entscheidenden Fragen nicht vollständig mit den Definitionsansätzen im Umfeld der arbeitnehmerähnlichen Personen vergleichen. Bei der Bestimmung der Arbeitnehmerähnlichkeit geht es darum, ob je-

---

100 *Hromadka*, NZA 2007, 838, 841.

101 BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46, Rn. 70.

mand, obwohl er persönlich nicht von seinem Auftraggeber abhängig ist, dennoch mit einem Arbeitnehmer vergleichbar ist. Das spricht in der Tat dafür, dass die persönliche Arbeitskraft des Selbständigen von seinem Auftraggeber in einer Art und Weise vereinnahmt wird, dass sich seine „Marktteilnahme" ausschließlich oder zumindest schwerpunktmäßig auf diesen einen Auftraggeber reduziert.[102] Hier geht es dagegen in erster Linie um eine Frage der Vertragsgerechtigkeit.

Letztlich dürfte sich möglicherweise eine Differenzierung nach dem Regelungsgegenstand der Schutznorm anbieten:

Der Anknüpfungspunkt von Vergütungsregelungen ist die konkret erbrachte Leistung und zwar unabhängig davon, in welchen Kontext sie eingebettet ist. Daher sollte ein Vergütungsanspruch zu Gunsten von Selbständigen ohne Rücksicht darauf greifen, ob dieser wirtschaftlich von seinem Vertragspartner abhängig ist oder nicht.

Anders sieht es dagegen mit Regelungen aus, die primär den Bestand des Vertragsverhältnisses ansprechen, wie etwa den in Abschnitt 4.3.1 angesprochenen Schutz vor einem überstürzten Vertragsabbruch. Um einen solchen Schutz begründen zu können, muss die gegenseitige Vertragsbeziehung zumindest einige Konsistenz erreicht haben. Darüber hinaus dürfte aber eben auch erforderlich sein, dass zwischen den Parteien eine gewisse Verantwortungsbeziehung besteht. Das setzt voraus, dass der Selbständige den wesentlichen Teil seiner maximal verfügbaren Arbeitszeit für einen Auftraggeber aufwendet, mit der Folge, dass seine Möglichkeiten für eine freie Marktteilnahme deutlich reduziert sind und er zur Existenzsicherung auf die fragliche Tätigkeit angewiesen ist. An dieser Stelle ergibt es in der Tat Sinn, den aktuell vorhandenen Normenbestand des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Personen entsprechend zu ergänzen.

Selbst wenn man dem nicht folgen und den Geltungsbereich sämtlicher Schutzregelungen auf solche Selbständige beschränken wollte, die wirtschaftlich von einem bestimmten Auftraggeber abhängig sind, wäre das alles in allem hinnehmbar. Faktisch würde derart ein Mindestlohnanspruch zu Gunsten von arbeitnehmerähnlichen Personen geschaffen. Damit würde immerhin eine große Gruppe von Selbständigen erfasst, die ohne Zweifel als besonders schutzbedürftig erscheinen und deren Nähe zum Arbeitnehmer ihren Einbezug (iwS) in das Mindestlohnrecht nahelegt. Wer nämlich wirtschaftlich von einem Auftraggeber

---

102 *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 196, sprechen daher von einer „rechtlichen oder faktischen Exklusivität."

abhängig ist, wird kaum realistische Chancen haben, mit seiner verbleibenden Arbeitskraft einen beachtlichen Hinzuverdienst zu erzielen. Erzielt der Dienstleister in der dominierenden Austauschbeziehung keine guten Einkünfte, ist er zu seiner Existenzsicherung in besonderer Weise auf eine Mindesthonorierung angewiesen.[103]

4.4.3 Abstellen auf die Höhe des Verdienstes?

Deinert[104] hat vorgeschlagen, Solo-Selbständige (nur) dann in ein etwaiges Mindestlohnregime einzubeziehen, wenn sie aus ihrer Tätigkeit keinen Überschuss erzielen, der über die (grundständigen) Pfändungsfreigrenzen des § 850c Abs. 1 S. 1 ZPO hinausgeht. Ist dies der Fall, sollen sie (unter anderem) den gesetzlichen Mindestlohn erhalten. Ist jemand nur partiell oder kurzfristig tätig, sollen die Pfändungsfreigrenzen anteilig heruntergerechnet werden.

Ganz ähnlich haben sich auch im Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen Verdienstgrenzen herauskristallisiert. Ansatzpunkt hierfür ist, dass es an einer arbeitnehmerähnlichen Schutzbedürftigkeit fehlen soll, wenn die aus der Tätigkeit fließende Vergütung so hoch ist, dass der Auftragnehmer typischerweise selbst zu einer wirtschaftlichen Lebenssicherung und eigenständigen Daseinsvorsorge in der Lage ist. Die Rechtsprechung des BAG hat sich insoweit allerdings bislang darauf beschränkt, Fallgestaltungen aus dem Recht der Arbeitnehmerähnlichen auszunehmen, bei denen der Verdienst des Selbständigen so hoch war, dass er als keinesfalls mehr schutzbedürftig erschien.[105] Noch wesentlich konkreter ist die Literatur geworden. Dort wurde vor allem auf die Bezugsgröße des § 18 SGB IV abgestellt. *Hromadka*[106] etwa will die doppelte Bezugsgröße des § 18 SGB IV, *Henssler/Preis*[107] und *Willemsen/Müntefering*[108] wollen die dreifache Bezugsgröße zum Anknüpfungspunkt machen. Definitiv zu niedrig ist jedenfalls die Verdienstgrenze des § 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG. Danach gelten

---

103 Vgl. nur BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239, Leitsatz Nr. 3.

104 *Deinert*, S. 91 ff. = Rn. 147.

105 BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239, Leitsatz Nr. 3: *„Soziale Schutzbedürftigkeit ist […] nicht (anzunehmen), wenn der Dienstnehmer […] im Verlaufe eines Jahres 280.000 DM verdienen kann und über anderweitige Einnahmen verfügt (Beamtenpension, Berufsunfähigkeitsrente), die seine Existenz sichern."*

106 *Hromadka*, NZA 2007, 838, 841.

107 *Henssler/Preis*, 2. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 11/2007, § 3 Abs. 2.

108 *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 199.

Handelsvertreter nur dann als Arbeitnehmer iSd. ArbGG, wenn sie während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses durchschnittlich nicht mehr als 1000 € pro Monat aus dem Vertragsverhältnis erzielt haben.

Letztlich lässt sich über fixe Verdienstgrenzen aber nicht viel gewinnen. Für einen etwaigen Mindestlohnanspruch des Selbständigen bleiben Verdienstgrenzen von vorneherein bedeutungslos, soweit dieser nicht so hoch angesetzt werden würde, dass er die jeweiligen Verdienstgrenzen überschreitet. Das wäre in sich aber in keiner Weise schlüssig.[109]

Anderes mag gegebenenfalls noch für „flankierende" Schutzvorschriften gelten. Zwar ist nicht wirklich ersichtlich, warum ein Auftragnehmer keinen Schutz vor einem überstürzten Abbruch einer Vertragsbeziehung haben soll, nur weil er in dieser gut verdient hat. Insoweit könnte aber immerhin noch argumentiert werden, dass, wer aus einem Auftrag ein stattliches Entgelt bezieht, für den Fall Vorsorge treffen kann, dass ihm dieser später einmal wieder entzogen wird.

Das Blatt würde sich erst wenden, wenn nicht nur das Entgelt berücksichtigt wird, dass der Beschäftigte aus dem relevanten Auftrag erzielt, sondern seine wirtschaftliche Gesamtsituation betrachtet werden würde. Demnach wären auch Erträge in die Bewertung einzubeziehen, die der Selbständige aus anderweitiger Tätigkeit vereinnahmt. Solches ist beispielsweise im Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen angedacht worden. Insbesondere das BAG[110] hat angedeutet, dass es bei der Prüfung, ob ein Selbständiger einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig ist, auch darauf ankommen kann, ob und in welchem Umfang dieser über anderweitige Einkünfte verfügt. Verfüge er anderweitig über ausreichende Einkünfte, könne die für einen Arbeitnehmer typische Notwendigkeit, seine Arbeitskraft zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz zu verwerten, entfallen.

Aber auch das erscheint – zumindest im vorliegenden Kontext – nicht zielführend. So wäre schon zu fragen, ob in einer Vertragsbeziehung überhaupt derart vertragsfremde Parameter berücksichtigt werden dürfen. Der Auftraggeber

---

109 Eine andere Frage ist, ob der Mindestlohn dem Selbständigen als grundlegender Einkommenssockel garantiert sein soll, der der Parteidisposition entzogen ist. Das ist im Arbeitsrecht der Fall; s. nur BAG 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, BAGE 155, 202 = NJW 2016, 3323; ähnlich: BAG 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, BAGE 156, 150 = NZA 2016, 1539 – zum Mindestlohn in der Pflegebranche (§ 9 S. 3 AEntG iVm § 2 PflegeArbbV); sowie: ErfK/*Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 2; *Thüsing/Bayreuther*, § 1 MiLoG Rn. 10.

110 BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239; ähnlich auch: BGH 4. 11. 1998 – VIII ZB 12/98, BGHZ 140, 11 = NZA 1999, 53.

kann ja nur bedingt Einfluss auf das Gesamteinkommen seines Vertragspartners nehmen. Vor allem leuchtet nicht ohne weiteres ein, warum ein Soloselbständiger in einer Vertragsbeziehung zu inakzeptablen Bedingungen tätig werden soll, nur weil er anderweitig noch hinreichend verdient.[111] Weiter würden sich so erhebliche Rechtsunsicherheiten ergeben, weil das Eingreifen des Anspruchs von für die Parteien, aber auch den Richter, völlig unkalkulierbaren äußeren Begleitumständen abhängen würde. Das gilt schon, weil das Gesamteinkommen des Selbständigen erst nach Abschluss einer bestimmten Zeitperiode feststeht; daher ist zum Zeitpunkt der Vertragsdurchführung nicht abzusehen, ob ein Mindestlohnanspruch besteht oder nicht.

Alles in allem sollten Verdienstgrenzen daher nicht zum Tatbestandsmerkmal gemacht werden. Allenfalls kann die wirtschaftliche Gesamtsituation des Selbständigen mittelbar in die Bewertung einfließen, dies indes nur dann, wenn man das Eingreifen spezieller Schutzvorschriften daran binden würde, dass der Selbständige von seinem Auftraggeber wirtschaftlich-existenziell abhängig ist. Zwar wäre bei der Prüfung, ob der Selbständige von einem bestimmten Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist, primär auf die Arbeitszeit abzustellen, die er zur Durchführung eines bestimmten Auftrags aufwendet, sowie darauf, ob es ihm rechtlich und tatsächlich möglich ist, in ausreichendem Umfang noch Alternativaufträge anzunehmen. Dennoch dürfte in diese Prüfung – ganz so wie dies auch im Recht der Arbeitnehmerähnlichen der Fall ist (vgl. nur § 12a Abs. 1 Nr. 2b TVG) – am Ende auch einfließen, in welchem Verhältnis das aus der streitigen Rechtsbeziehung erzielte Entgelt zu seinem Gesamteinkommen steht.

4.4.4 Privatpersonen als Anspruchsverpflichtete?

Während im Arbeitsrecht der Arbeitgeber gleichsam der natürliche Adressat von Arbeitgeberpflichten ist, müsste für das Recht der Selbständigen diskutiert werden, ob auch Privatpersonen in Anspruch genommen werden, wenn sie

---

111 Das verdeutlicht etwa folgendes Beispiel (das auf den Vorschlag von *Deinert*, o. bei Fn. 104 Bezug nimmt): Der selbständige Hausmeister H betreut fünf Objekte. Für jedes Objekt wendet er in der Woche durchschnittlich 10 Arbeitsstunden auf. Im Monat erwirtschaftet er einen Überschuss von 1420 €. Damit liegt sein Verdienst knapp über der (grundständigen) Pfändungsfreigrenze von 1140 € (wobei hier zur Vereinfachung brutto gleich netto gerechnet wird). H hätte keinen Anspruch auf den Mindestlohn, obgleich er für einen kaum hinnehmbaren durchschnittlichen Stundenverdienst von 6,55 € arbeitet (Rechenbasis: 1420 €/4,33 Wochen/Monat). Fällt überraschend ein Objekt weg, erzielt er im Monat nur noch 1136 €. Damit könnte H von den verbleibenden vier Auftraggebern eine Bezahlung nach Mindestlohn verlangen.

Dienst- oder Werkleistungen in Auftrag geben, oder ob einschlägige Regelungen nur an Unternehmer iSd. § 14 BGB gerichtet sein sollen.

Was „sonstige" Schutzinstrumentarien außerhalb eines Mindestlohnanspruchs betrifft (etwa: Schutz vor einem überstürzten Vertragsabbruch, s. oben 4.3.1), dürfte die Verpflichtung von Privaten kaum in Betracht kommen. Das gilt jedenfalls dann, wenn, wie hier vorgeschlagen, darauf abgestellt werden würde, dass sich die Austauschbeziehung verfestigt hat und der Leistungserbringer ganz überwiegend für den fraglichen Abnehmer tätig wird. Solches wird in der privaten Austauschbeziehung der Ausnahmefall bleiben (Ausnahmen mögen sich vielleicht im Bereich der häuslichen Pflege ergeben, wobei dann zu fragen sein wird, ob die Pflegekraft nicht längst Arbeitnehmer ihres Auftraggebers geworden ist[112]).

Etwas anders mögen die Dinge bezüglich eines etwaigen Mindestlohnanspruchs gelagert sein. Die Absicherung einer elementaren Grundvergütung, unterhalb der eine Leistungserbringung als inakzeptabel angesehen wird, sollte eigentlich nicht davon abhängen, wer die Leistung abfordert. So erschiene es bedenklich, wenn eine (selbständige [!]) Pflegekraft in der häuslichen Pflege zu Bedingungen unterhalb des gesetzlichen Mindeststandards beschäftigt werden dürfte, während eine Pflegeeinrichtung diese gewähren muss, soweit sie externe Arbeit in Anspruch nimmt.

Sicher dürfte dafür, dass sich Vergütungsvorschriften gleichermaßen an jeden Auftraggeber wenden sollten, die öffentlichen Honorarordnungen (4.2.4) sprechen. Sie gelten uneingeschränkt und gerade auch für Privatpersonen. Doch dürfte eine Inanspruchnahme Privater alles in allem an Grenzen stoßen. So ist das aus verfassungsrechtlicher Perspektive erforderliche strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern in der „privaten" Austauschbeziehung nicht immer, jedenfalls aber nicht pauschal, begründbar. Sieht man einmal von der häuslichen Pflege ab, die eine gewisse Kontinuität erreicht hat, dürfte es zudem nicht ganz leicht vermittelbar sein, dass ein Privathaushalt, der punktuell eine Werk- oder Dienstleistung in Anspruch genommen hatte, sich zu einem späteren Zeitpunkt mit Nachforderungen des Leistungserbringers konfrontiert sieht, und sei es nur, weil dieser sein Angebot nicht hinreichend kalkuliert hatte.

112 *Brors/Böning*, NZA 2015, 846; umfassend auch: *Brors*, Migrantinnen, S. 12 ff.

4.4.5 Beschränkung auf (Solo-)Selbständige?

Schließlich bleibt die Frage, ob etwaige Schutzvorschriften für alle Selbständigen gelten sollen oder nur zu Gunsten von solchen, die keine Mitarbeiter beschäftigen (Solo-)Selbständige.

Im Grunde wiederholen sich an dieser Stelle nochmals alle Argumentationsstränge, die bereits die vorstehenden Abschnitte beherrschten. Für einen generellen Schutz sämtlicher Selbständiger spricht, dass Austauschgerechtigkeit nicht davon abhängen kann, ob der Dienstleister Einzelanbieter ist oder seine Leistungen unter Mithilfe angestellter Personen erbringt. Andererseits würde es die verfassungsrechtliche Rechtfertigung vor allem eines etwaigen Mindestlohns deutlich erschweren, wären von dessen Schutz nicht mehr nur Einzelpersonen umfasst, die zur Sicherung ihrer persönlichen Existenz auf einen Auftrag angewiesen sind.

Erneut liegt auch eine Parallelwertung zum Recht der arbeitnehmerähnlichen Person nahe. Dort wird davon ausgegangen, dass Arbeitnehmerähnlicher nur ist, wer seine Leistungen im Wesentlichen persönlich und ohne Mitarbeit eigener Arbeitnehmer erbringt (vgl. § 12a Abs. 1 TVG[113]). Ähnliches bestimmt § 2 S. 1 Nr. 9a SGB VI, was den Einbezug Selbständiger in die gesetzliche Rentenversicherung angeht. Dagegen stellen die §§ 32, 32a UrhG nicht darauf ab, ob sich der Urheber bei der Werkschöpfung der Hilfe Dritter bedient hat. Indes ist das Urheberrecht von vorneherein ein höchstpersönliches Recht, da es nur in der Person desjenigen entstehen kann, der das Werk auch tatsächlich schafft. Das schließt zwar nicht aus, dass sich der Urheber bei der Werkschöpfung von anderen Personen helfen lässt. Letztlich kommt es aber auf Art und Umfang der Unterstützung an. Sobald Dritte etwas Eigenes zur Werkschöpfung beitragen, werden sie Miturheber iSd. § 8 Abs. 1 UrhG und daher selbst anspruchsberechtigt.

Insgesamt besteht ein gewisses Risiko, den Rahmen des Möglichen zu verlassen, wären Schutzregelungen nicht auf (Solo-)Selbständige beschränkt, sondern würden diese auch größer aufgestellte Leistungserbringer erfassen. Aus dem Sozialschutz würde so eine umfassende Marktregulierung. Koalitions-, tarif- und kartellrechtliche Gesichtspunkte (s. insb. 5.1.1) kommen noch hinzu. Erwägenswert wäre es daher allenfalls zuzulassen, dass der Selbständige Hilfskräfte in untergeordnetem Umfang beschäftigt. Angeknüpft werden könnte etwa an

---

113 S. auch *Henssler/Preis*, 2. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 11/2007, § 3 Abs. 2 S. 1.

§ 12a Abs. 1 TVG („im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern"), § 2 Abs. 2 HAG (Beschäftigung maximal zweier „Hilfskräfte") oder an § 1 Nr. 1 KSVG (Mitarbeit lediglich geringfügig Beschäftigter iSd. § 8 SGB IV oder/und maximal eines Arbeitnehmers).

4.4.6 Sonderproblem: Verantwortlichkeit der Plattform beim Crowdworking?

Richtet man nochmals den Blick auf die moderne „Plattformarbeit", stellt sich die Frage, wer eigentlich der verantwortliche Auftraggeber des Crowdworkers ist oder anders gewendet, wer genau durch die einschlägigen Schutzvorschriften in die Pflicht genommen werden würde.

Diese Fragestellung berührt ein ganz grundlegendes Problem des Vertragsrechts. Häufig soll der Leistungserfolg nämlich nicht der Plattform selbst zu Gute kommen. Dieser steht vielmehr einem Dritten zu, der die Plattform lediglich dazu nutzt, um dort seinen Leistungsbedarf kundzutun und auf ihr eine bestimmte Leistung „einzukaufen." Mithin besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Crowdsourcer, Plattform und Crowdworker. Dessen rechtliche Kategorisierung fällt außerordentlich schwer. Zum einen kann das deutsche Vertragsrecht Dreipersonenverhältnisse nur bedingt erfassen, zum anderen hat das allgemeine Vertragsrecht dem Crowdworking bislang nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat und es sind gegenwärtig nur wenige Anstrengungen unternommen worden, um die dort vorzufindenden Vertragsbeziehungen hinreichend zu qualifizieren.[114]

4.4.6.1 Der Dritte als Vertragspartner

In vielen Fällen fungiert die Plattform kaum mehr als ein „schwarzes Brett" zum gegenseitigen Kommunikationsaustausch. Rechtlich ist sie dann allenfalls Makler (§ 652 BGB) oder Geschäftsbesorger (§§ 675, 662 BGB[115]) des Crowdsourcers. Dem Crowdworker tritt sie als Stellvertreter (§ 164 BGB) oder Bote des Crowdsourcers gegenüber. Zuweilen nutzt der Crowdsourcer sie auch nur als ein Kommunikationsmittel, jedenfalls wird sie aber nicht zum Vertragspartner des Auftragnehmers. Das ist alleine der leistungsnachfragende Dritte.

---

114 Einen umfassenden Vorschlag für die (vor allem: verbraucherschutzrechtliche) Erfassung von Vermittlungsplattformen von Dienstleistungen auf EU-Ebene unterbreiten indes: *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787.

115 So *Hötte*, MMR 2014, 795, 796 f.

Das trifft zumindest auf „Marktplatzplattformen" wie eBay oder airbnb zu, was für diese in der zivilrechtlichen Rechtsprechung mittlerweile auch mehr oder weniger anerkannt ist.[116] Ganz ähnliches kann sich aber auch für „echte" Crowdwork-Plattformen ergeben. Beschränkt sich das Vertragsverhältnis dann aber tatsächlich auf die Rechtsbeziehung zwischen Auftragnehmer und Crowdsourcer, wirft das im vorliegenden Kontext die Folgefrage auf, ob dessen ungeachtet nicht dennoch auch die Plattform mit in die Verantwortung genommen werden kann. Hierfür besteht vor allem (aber nicht nur) dann ein Bedürfnis, wenn der Crowdworker auf Grund der konkreten Vertragsgestaltung und -durchführung seinen eigentlichen Vertragspartner nicht sicher identifizieren kann.

Waas[117] hat angeregt, darüber nachzudenken, ob die Plattform in einer solchen Konstellation nicht wenigstens als „Zwischenmeister" iSd. § 2 Abs. 3 HAG angesehen werden könnte. Sinn macht das freilich nur, soweit der Crowdworker als Heimarbeiter zu qualifizieren ist (vgl. 2.1.). Selbst unter dieser Prämisse erscheint ein solches Vorgehen aber kaum möglich. Der Zwischenmeister muss nämlich im eigenen Namen und für eigene Rechnung handeln (vgl. § 1 Abs. 1 HAG [*„… im Auftrag von Zwischenmeistern …"*]). Dagegen stehen die Heimarbeiter, die der Zwischenmeister beauftragt, in keiner Rechtsbeziehung zu dessen „Hintermann"; ihr Vertragspartner ist alleine der Zwischenmeister (s. etwa auch § 10 Abs. 1 S. 1 EFZG). Würde man Vermittlerplattformen als Zwischenmeister ansehen, würde die Sachlage letztlich in ihr Gegenteil verkehrt. Daher bedürfte es der Herausbildung anderer Instrumentarien, um die Plattform in die Pflicht zu nehmen. Hierzu sogleich, 4.4.6.2.

4.4.6.2 Die Plattform als Vertragspartner

Naturgemäß anders liegen die Dinge, wenn die Plattform von vorneherein zum Vertragspartner des Crowdworkers wird. Ob dies der Fall ist, hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab. Ganz eindeutig ist das natürlich, wenn diese erklärtermaßen ein Vertragsangebot abgibt. Selbst aber, wenn sie das nicht

---

116 In diese Richtung (wenngleich teilweise nur implizit): BGH 3.11.2004 – VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53; BGH 8.6.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 – beide für ebay; LG Amberg 9.8.2017 – 24 S 299/17, NJW-RR 2018, 19; LG Berlin 3.2.2015 – 67 T 29/15, MDR 2015, 203 – beide für airbnb. Ebenso der österreichische OGH 23.4.2014 – 5 Ob 59/14h; OGH 8.11.2011 – 3 Ob 158/11y – beide für airbnb; OGH 16.4.2009 – 2 Ob 137/08y, JBl 2009, 638 – für ebay. Kritisch bzw. a.A. (Bezugspunkt: Verbraucherschutzrecht): *Mak*, EuCML 2016, 19, 20 f.; *Wendehorst*, EuCML 2016, 30, 31 f.

117 *Waas*, Crowdwork in Germany, S. 170 f.

tut und formal nur als Vermittler auftreten will, tatsächlich dann aber doch Gläubigerrechte wahrnimmt, ist sehr wohl denkbar, sie mit in den Vertrag einzubeziehen. So ist im Schrifttum – für den Fall, dass sich die Austauschbeziehung zum Arbeitsverhältnis verdichtet hat – immer wieder gefordert worden, dass sie als Arbeitgeber des Crowdworkers behandelt wird.[118]

Ebenso haben die Gerichte für den Vermittlungsdienst Uber mit Blick auf das Zivil-, Wettbewerbs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht entschieden.[119] Besondere Hervorhebung verdient dabei das jüngste Urteil des EuGH in Sachen Uber.[120] In diesem hat der EuGH entschieden, dass Uber durch die Zurverfügungstellung seiner App selbst eine Verkehrsdienstleistung iSd. Art. 58 AEUV erbringt. Damit sind zwar lediglich die Weichen für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Fragen gestellt. Mittelbar folgt daraus aber mehr oder weniger die Vertragspartnerschaft von Uber.[121] In den USA ist die Zuordnung der jeweiligen Vertragsverhältnisse zwar (anders als das zuweilen wiedergebeben wird) nicht explizit ausgeurteilt worden. Indes lassen die Verfahren Otey vs. Crowdflower[122] und Cotter vs. Lyft,[123] die große Bekanntheit erlangt haben, erkennen, dass die Gerichte offenbar von einer Vertragsbeziehung zwischen Crowdwor-

---

118 *Risak*, ZAS 2015, 11, 16; *Prassl/Risak*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 619, 641 ff.; *Warter*, S. 107 ff., insb. 115 ff.; *Däubler*, in: Benner, S. 246 f.; im Ansatz auch *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 985 f.

119 OLG Frankfurt 9.6.2016 – 6 U 73/15, nicht rechtskräftig, anhängig beim BGH, Az.: I ZR 182/16; OVG Hamburg 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, NVwZ 2014, 1528; KG Berlin 11.12.2015 – 5 U 31/15, BeckRS 2015, 20833, nicht rechtskräftig, anhängig beim BGH, Az.: I ZR 3/16. Der BGH hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 18.5.2017, MDR 2017, 960 dem EuGH zur Vorabentscheidung der Frage vorgelegt, ob Uber durch Zurverfügungstellung der App selbst eine Verkehrsdienstleistung iSd. Art. 58 AEUV erbringt. Der dort strittige Sachverhalt ist zwar im Detail anders gelagert als der im Fall C-434/15 (s. dazu die nachfolgende Fn. 120); was die hier interessierende Fragestellung betrifft, ergeben sich indes keine Unterschiede zwischen beiden Fällen.

120 EuGH 20.12.2017 – C-434/15 [Elite Taxi], ECLI:EU:C:2017:981, ABl EU 2018, Nr C 72, 2 = EuZW 2018, 131. Vorlage: Handelsgericht Barcelona, s. GRUR-Prax 2017, 288; Schlussantrag: Generalanwalt M. Szpunar, 11.5.2017, s. BeckRS 2017, 109869.

121 *Waas*, in: Singer/Bazzani, 97, 103 (Bezugspunkt: Vorlagefrage, Schlussantrag des Generalanwalts). Anders als von *Waas* angenommen, besagt die Entscheidung allerdings nichts zur Qualifikation der Rechtsbeziehung zwischen Uber und seinen Fahrern. Nur weil Uber eine Verkehrsdienstleistung erbringt, heißt das nicht, dass die Fahrer, die sie ausführen, Arbeitnehmer des Unternehmens sind. Hierfür spricht im konkreten Fall allerdings einiges.

122 Otey et al v. Crowdflower, Inc et al, Case No. 12-cv-05524-JST, 2016, WL 304747.

123 Cotter et al v. Lyft, Inc, Case No. 13-cv-04065-VC, 60 F.Supp.3d 1067 und 2017 WL 1033527.

ker und Plattform ausgegangen sind.[124] Im Fall O'Connor vs. Uber[125] hat das Bundesgericht für den District Kalifornien-Nord einen Feststellungsantrag zurückgewiesen, mit dem Uber festgestellt wissen wollte, dass seine Fahrer Selbständige sind, woraus mittelbar hervorgeht, dass zwischen beiden jedenfalls irgendeine Vertragsbeziehung bestehen muss.

Für die Annahme einer Vertragspartnerstellung der Plattform bedarf es in diesen Fällen freilich einer besonderen Begründung. Insoweit wäre zunächst denkbar, dass die Plattform (und dann nur sie) zum Vertragspartner wird, weil sie ihren Boten- oder Vertreterstatus nicht offenlegt (s. § 164 Abs. 1 und 2 BGB). Darauf können insbesondere das Geschäftsmodell des Betreibers, Verlautbarungen auf seiner Homepage, seine Präsentation in der Öffentlichkeit oder die Geschäftsbedingungen der Plattform hindeuten. Schließlich ist die Annahme eines konkludenten Vertragsangebots (ggf. unter Außerachtlassung des möglicherweise fehlenden Erklärungsbewusstseins[126]) denkbar, wenn die Plattform rein tatsächlich umfassende Gläubigerrechte für sich beansprucht, etwa weil sie eine Vorauswahl unter den Anbietern trifft, Arbeitsaufgaben in einzelne Einheiten zerlegt, den Vertragsrahmen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgibt, Qualitätskontrollen vornimmt und die Zahlungen abwickelt. Schließlich wäre äußerstenfalls eine Zurechnung in Umgehungs- oder Missbrauchskonstellationen denkbar.

Kommt danach ein Vertragsverhältnis zwischen dem Vermittlungsdienst und dem Nutzer sowie zwischen dem Vermittlungsdienst und dem Dienstleister zustande, kehrt sich die Ausgangsfrage nochmals um, da dann wiederum die Verantwortlichkeit des hinter der Plattform stehenden Dritten zu klären ist. Diese hängt primär von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere wenn der Crowdsourcer sich gegenüber dem Crowdworker vertraglich gebunden hat, wird die Plattform in diesen Vertrag lediglich als weitere Vertragspartei eintreten. Dann besteht auf Abnehmerseite Gläubiger- bzw. Schuldnermehrheit.

---

124 Diese Verfahren wurden durch Vergleich beendet. In den USA bedarf der Abschluss eines Vergleichs der Billigung des Gerichts, die dann mit Gründen versehen wird.

125 O'Connor et al v. Uber Technologies, Inc et al, Case No. 13-3826 EMC, 82 F.Supp.3d 1133.

126 S. nur BGH 7.6.1984 – IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279.

Wird dagegen tatsächlich nur die Plattform Vertragspartner, könnte in Anlehnung an die §§ 13 MiLoG, 14 AEntG über eine Auftraggeberhaftung (iwS) nachgedacht werden. Ist der Crowdworker als Heimarbeiter zu qualifizieren (vgl. 2.1), könnte sich eine Mithaftung des Dritten vielleicht bereits aus § 21 Abs. 2 Hs. 2 HAG ergeben. In dieser Konstellation ließe sich nämlich in der Tat überlegen, ob man auf den Vorschlag von *Waas*[127] zutreten will und die Plattform als Zwischenmeister im heimarbeitsrechtlichen Sinn ansieht. Freilich bleiben insoweit Bedenken. Die Systematik des § 2 HAG legt nämlich nahe, dass es sich beim Zwischenmeister um eine natürliche Person handeln muss und zum anderen sieht das Gesetz Zwischenmeister ihrerseits als potentiell schutzbedürftige Personen an (vgl. §§ 1 Abs. 2 lit. g, 21 Abs. 1 HAG). Beides lässt sich mit der technischen und wirtschaftlichen Realität nicht ohne weiteres in Einklang bringen.

Schließlich kann die Plattform in Einzelfällen auch über die so genannte Sachwalterhaftung der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 BGB in Haftung genommen werden.

Ist der Crowdworker als Arbeitnehmerähnlicher zu qualifizieren, wäre ein Rückgriff auf die Rechtsfigur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses eine weitere Option.[128] Ein solches liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer in arbeitsrechtlichen Beziehungen zu mehreren natürlichen oder juristischen Personen steht, sich dabei aber ein rechtlicher Zusammenhang der arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern ergibt, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln. Entscheidend ist, dass nach den Vorstellungen der Vertragschließenden die einzelnen Vereinbarungen nur gemeinsam gelten und zusammen durchgeführt werden, d. h. Teile eines einzigen Gesamtgeschäfts sein sollen. [129] Überträgt man das auf die vorliegende Konstellation, würden Crowdsourcer und Plattform gemeinsam zum Auftraggeber des Crowdworkers.

---

127 *Waas*, Crowdwork in Germany, S. 170 f.

128 So im Ansatz auch *Kocher*, KJ 2013, 145, 151; ähnlich für das US-amerikanische Recht: *Finkin*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 603, 615 f.

129 BAG 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27, insb. Rn. 16.

4.4.7 Geeigneter Regelungsort

Hand in Hand mit der Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs geht die Frage, in welches Gesetz Schutzvorschriften zu Gunsten von Selbständigen aufgenommen werden könnten. Bereits an anderer Stelle (2., insbesondere 2.3) wurde diesbezüglich darauf hingewiesen, dass eine Modifikation des HAG kaum zu überzeugenden Ergebnissen führen würde.

Die arbeitsrechtliche Abteilung des 71. Juristentags hatte sich dafür ausgesprochen, Crowdworking gesetzlich zu regeln.[130] Geht es allerdings um die Sicherung sozialer Rechte der Selbständigen sollte sich eine einschlägige Kodifizierung gerade nicht auf das Crowdworking beschränken. Zum einen steht anzunehmen, dass es kaum gelingen dürfte, diese Tätigkeitsform einigermaßen verlässlich zu definieren und kaum ein umfassendes Plattformrecht geschaffen werden wird, das die verschiedenen Vertragsbeziehungen innerhalb der Plattform abschließend regeln wird. Zum anderen blieben auf diese Weise viele andere Ungleichgewichtslagen ungeregelt, die ebenfalls oder vielleicht sogar noch dringender der Regulierung bedürften als eine einzige ausgewählte Form moderner Arbeit 4.0 (s. dazu auch bereits 1.).

Schließt man sich der Auffassung an, dass der Anwendungsbereich einschlägiger Schutzinstrumentarien auf wirtschaftlich abhängige (Solo-)Selbständige beschränkt bleiben sollen (s. 4.4.2), wäre es rein theoretisch konsequent, wenn diese in ein Recht der arbeitnehmerähnlichen Person integriert werden würden. Das scheitert naturgemäß daran, dass es kein solches gibt. Nicht geeignet ist jedenfalls eine Aufnahme in die wenigen Gesetze, die arbeitnehmerähnliche Personen ansprechen (etwa: § 12a TVG, MuSchG, AGG usw.), weil diese im Übrigen völlig andere Regelungsgegenstände betreffen.

Vielmehr ist ein gangbarer Weg, etwaige Mindestlohnregelungen in das Dienstvertragsrecht des BGB einzubringen; im Werkvertragsrecht könnte auf dieses dann verwiesen werden. Ein solches Vorgehen würde sich vor allem dann empfehlen, wenn lediglich angeordnet werden soll, dass der Leistungserbringer einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat und dieser zu Gunsten eines jeden Selbständigen greifen soll (vgl. 4.4.2). Eine derart knapp formulierte Regelung würde das BGB durchaus vertragen. Kündigungs- und sonstige flankierende Schutzvorschriften dürften ohnehin dem BGB vorbehalten sein.

---

130 Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentags, Arbeits- und Sozialrecht, I.2.; ähnlich auch: *Prassl/Risak*, in: Singer/Bazani, S. 67, 91 ff.

Eine grundsätzliche Alternative hierzu wäre eine Ergänzung des MiLoG um einschlägige Regelungen. Dieses müsste in der Folge um einen Abschnitt erweitert und auch in der Systematik angepasst werden. Das würde sich vor allem dann anbieten, wenn der Mindestlohnanspruch auf wirtschaftlich abhängige (Solo-)Selbständige beschränkt bleiben sollte (s. 4.4.2). Darüber hinaus hätte ein Einbezug eines derartigen Schutzinstrumentariums in das MiLoG den Vorteil, dass sich dort etwaige branchen- oder tätigkeitsbezogene Mindestlöhne leichter formulieren ließen, als das im BGB der Fall ist, da es hierzu der Niederlegung verhältnismäßig detaillierter Bestimmungen bedarf.

5. Kollektive Selbsthilfe

Der entscheidende Ansatzpunkt zur Absicherung der Beschäftigungs- und Entgeltbedingungen von Soloselbständigen dürfte allerdings zunächst sein, diesen den Weg zur kollektiven Selbsthilfe zu erleichtern bzw. überhaupt erst zu ermöglichen. In der Tat ist im Schrifttum immer wieder angemahnt worden, einen geeigneten Rechtsrahmen hierfür zu schaffen.[131]

5.1 Denkbare Organisationsformen

5.1.1 Vertretung Selbständiger und Tarifabschluss durch „klassische" Gewerkschaften?

Wendet man sich der kollektiven Selbsthilfe von Selbständigen zu, drängt sich natürlich auf, dass sich diese zu Gewerkschaften zusammenschließen, oder – noch weitaus naheliegender – dass sie „klassischen" Industriegewerkschaften beitreten.

Die Vertretung von Selbständigen durch Gewerkschaften ist dabei keineswegs etwas Neues. Schon traditionell nimmt etwa ver.di Selbständige auf, die in ihrem Organisationsbereich tätig sind (§ 6 Nr. 1 lit. b der Satzung). Seit jeher haben Gewerkschaften Arbeitnehmerähnliche vertreten und für diese nach § 12a TVG Tarifverträge abgeschlossen.

Aber auch im Bereich der modernen „Digitalarbeit" öffnen sich Gewerkschaften zunehmend für Selbständige.[132] Crowdworker können seit 2016 etwa Mitglied der IG Metall werden.[133] Die Gewerkschaft vertritt diese bei gerichtlichen Strei-

---

131 *Deinert*, S. 91; *Heuschmid/Klebe*, S. 37, 79 ff.; *Krause*, DJT-Gutachten, B 107; *Kocher*, KJ 2013, 145, 151; *dies.*, NZA 2016, 984, 988 ff.; *Schlachter*, GS Zachert, 634, 640 ff.; *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 34.

132 Kurzzusammenfassung insb. bei *Pongratz/Bormann*, AIS-Studien 10 (2) 2017, 158, 174.

133 Die weiteren Ausführungen sind überwiegend entnommen aus: http://faircrowd.work/de/unions-for-crowdworkers.

tigkeiten gegen Auftraggeber (wobei eine Vertretung durch Gewerkschaftssekretäre vor den ordentlichen Gerichten bei Anwaltszwang nicht möglich ist, da § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ArbGG nicht zur Anwendung kommt), übernimmt zum Teil sogar anfallende Gerichtskosten in einem durchaus stattlichen Umfang, steht einschlägigen Mitgliedern in Angelegenheiten des Urheber-, Marken- und Patentrechts zur Seite und unterstützt sie in sozialrechtlichen Belangen. In einer ganz ähnlichen Weise engagiert sich auch ver.di. Auch sie hat sich Crowdworkern zugewandt.[134] Diese können Gewerkschaftsmitglieder werden. Sie müssen das aber nicht; vielmehr bietet ver.di auch Nichtmitgliedern eine (gebührenpflichtige) Beratung und eine Art Rechtsschutzversicherung an. Zudem unterstützt die Gewerkschaft Selbständige in Streitigkeiten mit Auftraggebern, sowie im Bereich des Sozialversicherungsrechts. Darüber hinaus fördert sie in vielfältiger Weise die Forschung im Bereich digitaler Arbeit und nicht zuletzt auch den Austausch der Selbständigen untereinander.[135] Insoweit liegen die deutschen Gewerkschaften im Trend der gegenwärtigen Entwicklung, wie er in vielen europäischen Ländern, aber auch in den USA auszumachen ist, da auch dort klassische Gewerkschaften sich mehr und mehr zu Gunsten von Crowdworkern engagieren. [136]

Soweit ersichtlich haben Gewerkschaften bislang außerhalb des Bereichs der arbeitnehmerähnlichen Personen aber keine Tarifverträge für Selbständige abgeschlossen bzw. Tarifverträge für Selbständige geöffnet. Ganz anders soll sich dagegen laut einer für das Europäische Parlament erstellten Studie beispielsweise die Situation in Dänemark präsentieren.[137] Dort sollen viele Tarifverträge auch Selbständige und „atypische" Arbeitnehmer in ihren Geltungsbereich einbeziehen.

In verfassungsrechtlicher Perspektive wäre insoweit entscheidend, inwieweit Selbständige an der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen. Für arbeitnehmerähnliche Personen „klassischen Zuschnitts" wird allgemein ange-

---

134 https://www.verdi.de/themen/digitalisierung/crowdwork.

135 https://innovation-gute-arbeit.verdi.de/themen/crowdwork.

136 Übersichtliche Hinweise hierzu etwa auf der Homepage der IG Metall, s. Fn. 37.

137 Social Protection of Workers in the Platform Economy, 2017, S. 79. Die einschlägigen Aussagen zu diesem Problemkreis sind dort allerdings übernommen aus: ILO, Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation (2006) No. 198, S. 10. Diese gehen wiederum auf einen Länderbericht von *Kristiansen* zurück (vgl. aaO, S. VII, der hierzu auch in Blanpain/Hendrickx, 189, 189 f. Stellung bezieht) und bleiben recht knapp, so dass sich keine näheren Aussagen etwa zur Reichweite einschlägiger Tarifverträge, zur Häufigkeit von Tarifabschlüssen oder zur Durchsetzung in der Tarifpraxis finden.

nommen, dass sie in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen sind,[138] wobei schon wieder bestritten wird, dass dies auch im Hinblick auf die Tarifautonomie als Bestandteil des Koalitionsgrundrechts gilt.[139]

Komplizierter liegen die Dinge dagegen, was Selbständige betrifft, die nicht von einem einzigen Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird deren Teilnahme am Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts jedenfalls dann befürwortet, wenn diese einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind.[140] Dafür spricht zumindest der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG („für jedermann und alle Berufe"), sowie eine arbeitsvölkerrechtliche Auslegung des Grundrechts, die berücksichtigt, dass die Spruchpraxis der ILO-Gremien Solo-Selbständige in den Anwendungsbereich der Konventionen mit einbezieht.[141] Ähnliches wurde seinerzeit für Existenzgründer iSd. früheren § 421l SGB III angenommen.[142] Indes will die im verfassungsrechtlichen Schrifttum eher überwiegende Ansicht den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG auf Arbeitnehmer (maximal unter Einschluss von arbeitnehmerähnlichen Personen) beschränken. [143]

Damit ist an dieser Stelle zunächst festzuhalten, dass ein Einbezug Selbständiger unter das Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG sich derzeit nicht mit Sicherheit bestätigen lässt. Bedeutung hat das vor allem für die kartellrechtliche Beurteilung von Kollektivverträgen von Selbständigen, s. hierzu ausführlich: 5.2.2. f. Das könnte – wie bereits unter 4.4.5. dargelegt – erneut dafür sprechen, dass man sich bei der Entwicklung von Schutzinstrumentarien zu Gunsten von Soloselbständigen auf solche Dienstleister konzentriert, die ihre Leistungen in Person und im Wesentlichen ohne Mitarbeiter erbringen.

Eine andere Frage ist jedoch, ob – selbst einmal unterstellt, dass Selbständige tatsächlich nicht am Koalitionsgrundrecht teilnehmen würden – Gewerkschaf-

---

138 BAG 15.2.2005 – 9 AZR 51/04, BAGE 113, 343 = NZA 2006, 223, I.2.b.aa; *Löwisch/Rieble*, § 12a Rn. 2 f.; Kempen/Zachert/Schubert/*Zachert*, § 1 Rn. 781; dagegen offen gelassen bei: Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 9 Rn. 43.

139 Dies ablehnend: *Löwisch/Rieble*, § 12a Rn. 3.

140 Däubler-TVG/*Heuschmid*, § 1 Rn. 834 ff.; *Schlachter*, GS Zachert, S. 634, 645; *Kretzschmar*, S. 162 ff.; im Ansatz auch: Kempen/Zachert/Schubert/*Zachert*, § 1 Rn. 781.

141 Dazu *Heuschmid/Klebe*, FS Kohte, S. 73, 81.

142 Däubler-TVG/*Reim/Nebe*, § 1 Rn. 301 f.

143 Offener noch: *Sachs/Höfling*, Art. 9 Rn. 111: „Im staatsrechtlichen Schrifttum wird daraus hergeleitet, dass sich auf die Grundrechtsgarantie alle Menschen in ihrer Eigenschaft als Berufsangehörige berufen können." Eng dagegen: Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 9 Rn. 43; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 9 Rn. 180; von Münch/Kunig/*Löwer*, Art. 9 Rn. 69; *Dreier/Bauer*, Art. 9 Rn. 67; *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 152, § 12a Rn. 3.

ten solche Personen nicht doch in ihre Reihen mit aufnehmen und deren Belange dann zumindest außerhalb der durch das TVG vorgegebenen Bahnen vertreten können.

Insoweit könnten Bedenken dahingehend formuliert werden, dass ein Beitritt Selbständiger Probleme im Hinblick auf die Gegnerfreiheit der Koalition hervorrufen könnte. Selbständige sind ja nicht nur eigenständige Marktteilnehmer, sondern könnten, zumindest theoretisch, jederzeit Arbeitnehmer beschäftigen und wären dann ihrerseits Arbeitgeber.

Von vorneherein ausschließen lässt sich dieses Szenario jedenfalls für solche arbeitnehmerähnliche Selbständige, die in den Anwendungsbereich des § 12a TVG fallen. Zum einen setzt § 12a TVG voraus, dass der Selbständige seine Dienste im Wesentlichen in eigener Person und ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringt. Die gesetzgeberische Entscheidung, wonach für Arbeitnehmerähnliche Tarifverträge abgeschlossen werden können, spricht klar dafür, dass sich solche Personen in Gewerkschaften organisieren können, ohne dass die Gewerkschaft deshalb ihren Koalitionsstatus verliert. Andernfalls wäre die Norm nutzlos.

Im Bereich nicht arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger könnte auch ein Beschluss des BAG vom 31. Januar 2018 für einige Unklarheit sorgen. Dort hat das BAG Zweifel an der Tariffähigkeit des Zentralverbands Deutscher Schornsteinfeger unter Hinweis darauf erhoben, dass dieser auch selbständige Schornsteinfeger als Fördermitglieder aufnehme und daher möglicherweise nicht mehr gegnerfrei sei.[144] Welche Konsequenzen daraus im Einzelnen zu ziehen sind, lässt sich derzeit aber noch nicht abschätzen. Der Beschluss lag zum Zeitpunkt der Manuskriptabfassung nur als Pressemitteilung vor. Danach scheint es so, dass das BAG diese Frage nur aufgeworfen, indes nicht entschieden hat. Vielmehr hat es nach § 97 Abs. 5 ArbGG lediglich eine Zahlungsklage bis zur Klärung der Tariffähigkeit des Zentralverbands durch das zuständige Landesarbeitsgericht ausgesetzt.

Man sollte aber den Bogen nicht überspannen. Die Koalitionseigenschaft von Arbeitnehmerverbänden kann nicht bereits dadurch negativ beeinflusst werden, dass diese Personen aufnehmen, die rechtlich zwar über keinen Arbeitnehmerstatus verfügen, die aber der Arbeitnehmerseite deutlich näher stehen als der Arbeitgeberseite.[145] Das trifft insbesondere auf solche Selbständige zu, die an

144 BAG 31.1.2018 – 10 AZR 60/16 (A).
145 So am Ende auch *Löwisch/Rieble*, § 12a Rn. 11.

der tarifpolitischen Entwicklung indirekt partizipieren oder die aufgrund ihrer Lebenslage ein Interesse an der tarifpolitischen Entwicklung haben.[146] Dabei kommt noch hinzu, dass – würde man hier einen strengen Maßstab anlegen – sich Solo-Selbständige umgekehrt ja auch nicht in Arbeitgeberverbänden organisieren könnten. Solange sie keine Arbeitnehmer beschäftigen, sind sie, jedenfalls nach Einschätzung des BAG, nämlich keine Arbeitgeber.[147] In der Konsequenz blieben sie vertretungslos.

Daran schließt sich die Überlegung an, ob es darüber hinaus erforderlich ist, dass Selbständige in Anlehnung an die Rechtsfigur der OT-Mitgliedschaft[148] von jeder Einflussnahme auf die (tarifpolitische) Willensbildung des Verbandes ausgeschlossen werden.[149] Das dürfte aber jedenfalls dann nicht der Fall sein, wenn diese im Vergleich zum gesamten Mitgliederbestand zahlenmäßig eher unbedeutend bleiben[150] und daher ohnehin keinen nennenswerten Einfluss auf die Tarifpolitik des Verbands nehmen können bzw. werden.[151]

Eindeutig ist aber, dass für Selbständige – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 12a TVG (dazu sogleich, 5.1.2) – weder Tarifverträge abgeschlossen, noch diese in Tarifverträge einbezogen werden können. Das gilt völlig unabhängig von einer möglichen Kartellwirkung derartiger Kollektivverträge (s. dazu ausführlich: 5.2) schon deshalb, weil Rechtsnormen des Tarifvertrages ausschließlich an einem Arbeitsverhältnis ansetzen können, s. nur § 1 TVG („ … *von Arbeitsverhältnissen*“).

---

146 Däubler-TVG/*Peter*, § 2 Rn. 56, etwas zurückhaltender dann aber: dies., § 2 Rn. 144; Kempen/Zachert/*Kempen*, § 2 Rn. 24; *Hensche*, NZA 2009, 815, 816.

147 BAG 31.1.2018 – 10 AZR 60/16 (A).

148 Statt vieler Entscheidungen s. nur : BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103 = NZA 2006, 1225.

149 In diese Richtung auch: *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 172 ff. Möglicherweise auch: BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 34: „*Im Übrigen haben auch Gewerkschaften zahlreiche OT-Mitglieder wie etwa Beamte, Rentner, Freiberufler, Sympathisanten, deren Beiträge ebenfalls der Streikkasse zu Gute kommen. So standen etwa im Jahre 1998 mehr als 30% der Mitglieder der IG Metall nicht mehr im aktiven Arbeitsverhältnis (…).*“ Unterstreichung durch den Verf.

150 So dann auch: *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 171 (Bezugspunkt allerdings: Tariffähigkeit des Verbandes).

151 Anders liegen die Dinge dagegen auf der Arbeitgeberseite. Dort kann bereits ein einziges Unternehmen, zumindest wenn es wirtschaftlich stark aufgestellt ist, die Tarifpolitik des Verbandes erheblich beeinflussen.

5.1.2 Tarifabschlüsse über § 12a TVG

Nach § 12a TVG sind die Bestimmungen des TVG für arbeitnehmerähnliche Personen entsprechend anzuwenden. Danach können für arbeitnehmerähnliche Selbständige Tarifverträge abgeschlossen oder diese in den personellen Geltungsbereich eines Tarifvertrages einbezogen werden. Wie bereits unter 3. dargelegt wurde, erfasst der Anwendungsbereich des § 12a TVG allerdings bei weitem nicht alle Selbständigen, die sich als schutzbedürftig erweisen. Vielmehr verleiht die Regelung nur solchen Selbständigen Tarifsetzungsmacht, die zwar keine Arbeitnehmer sind, indes ganz überwiegend für einen Unternehmer tätig werden oder von einem Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte (bzw. ein Drittel) ihrer Gesamteinkünfte erzielen (Einzelheiten unter 3.).

Damit bleiben vor allem Selbständige aus dem Anwendungsbereich des TVG ausgenommen, die – wie das namentlich bei den „modernen Digitalarbeitern" oder Crowdworkern der Fall ist – für eine Vielzahl wechselnder Auftraggeber tätig sind (s. hierzu Ziffer 2.1.2 sowie die Abschnitte 3 und 4.4.2). Wie dort ebenfalls bereits herausgearbeitet wurde, ergeben sich so vernehmbare Schutzlücken zu Lasten von solchen Selbständigen, die zwar über einen größeren Auftraggeberstamm verfügen, aber nichtsdestotrotz keinerlei Einfluss auf die Gestaltung ihrer Beschäftigungsbedingungen haben und ihre Leistungen daher zu eklatant schlechten Bedingungen anbieten müssen.

Zumindest dies könnte für eine Erweiterung des personellen Geltungsbereichs des § 12a TVG de lege ferenda sprechen.[152] In dieser Hinsicht präsentieren sich die Dinge etwas günstiger für eine Reform der Regelung als das im Kontext der unter 4. zur Diskussion gestellten Einrichtung eines staatlichen Schutzregimes der Fall war. Denn hier geht es nicht darum, dass Auftraggeber einem zwingenden staatlichen Regelungsregime unterworfen werden sollen. Vielmehr soll lediglich den Marktakteuren selbst ermöglicht werden, dass sie sich organisieren und ihre Abnahme- bzw. Leistungsbedingungen auf gleicher Augenhöhe aushandeln können. Die Rechtsordnung soll ihnen einen Weg zur Selbsthilfe öffnen, indem sie es zulässt, dass die Vertragspartner ihre Leistungsbedingungen zwar nach wie vor privatautonom, aber eben auf kollektiver Ebene regeln. Daher kommt es hier – anders als das zu 4.4.2 vertreten wurde – nicht zwingend darauf an, dass zwischen dem Selbständigen und seinem Vertragspartner eine besondere Verantwortungsbeziehung besteht. Danach kämen zumindest dieje-

---

152 S. hierzu auch die Nachweise in Fn. 96, wobei sich die Ansätze der Autoren im Einzelnen erheblich unterscheiden.

nigen Leistungserbringer in den Genuss des § 12a TVG, die ihre Leistungen (überwiegend) in eigener Person erbringen, ähnlich wie ein Arbeitnehmer in die Netzwerkorganisation ihrer Auftraggeber eingebunden sind und keinen nennenswerten Einfluss auf die Gestaltung ihrer Leistungsbedingungen sowie den organisatorischen Rahmen der Vertragsdurchführung nehmen können.

Zu den kartellrechtlichen Problemen, die sich mit einer entsprechenden Ausweitung des § 12a TVG verbinden, s. aber 5.2.

5.1.3 Sonstige Kollektivabreden, kollektive Leitlinien, Verbandsbeschlüsse und einseitige Vergütungsempfehlungen

Der Umstand, dass es nicht ohne weiteres möglich ist, zu Gunsten von Selbständigen Tarifverträge im eigentlichen Sinn abzuschließen, wirft die Frage nach alternativen Vertretungsformen auf. Im Fokus steht dabei zunächst der Abschluss „sonstiger" Kollektivvereinbarungen, die zwar nicht dem Regime des TVG unterliegen, die aber dennoch einen Beitrag für einen angemessenen Schutz von Selbständigen leisten sollen.[153] Der Abschluss solcher Kollektivverträge müsste dabei – obwohl naheliegend – nicht notwendigerweise durch Gewerkschaften erfolgen, da es hier ja nicht erforderlich ist, dass die Vertragspartner tariffähig sind. Mithin könnte das auch durch sonstige Verbände, Vereinigungen oder Organisationen von Selbständigen bis hin zu spontanen Zusammenschlüssen geschehen.

Derartige Kollektivverträge sind in ganz unterschiedlichen Ausprägungen vorstellbar:

Tarifverträgen am nächsten kommen Kollektivabreden, die gemeinsam von Verbänden beider Seiten abgeschlossen werden. Vorbild hierfür könnten die bereits mehrfach erwähnten gemeinsamen Vergütungsregelungen des Urhebervertragsrechts (s. oben 4.2.3) sein. Weiter ist auf die zahlreichen Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen hinzuweisen, namentlich diejenigen für selbständige Journalisten[154] oder selbständige Designer[155], die der Praxis tatsäch-

---

153 In diese Richtung bereits, wenn auch im Ergebnis eher skeptisch: *Schliemann*, FS Wank, S. 531, 542.

154 Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche freie Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen vom 1.1.2016 zwischen dem Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V. einerseits und dem Deutschen Journalisten-Verband e.V. sowie ver.di andererseits.

lich Orientierungspunkte zur Vergütungsermittlung an die Hand geben. Diese sind im Ausgangspunkt zwar „echte" Tarifverträge iSd. TVG, werden darüber hinaus aber offenbar nicht nur von tarifungebundenen Vertragsparteien akzeptiert, sondern auch in Vertragsbeziehungen angewandt, bei denen der Auftraggeber bzw. -nehmer nicht tarifgebunden ist oder der Auftragnehmer nicht dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages unterfällt, eben weil er Selbständiger und kein Arbeitnehmer oder keine arbeitnehmerähnliche Person ist.

Eine weitere Unterkategorie bilden solche Regelwerke, die rechtlich an sich nicht verbindlich sind, an denen sich die Marktakteure aber trotzdem orientieren. Augenmerk verdienen insoweit die Verdingungsordnungen für das Baugewerbe (VOB/A[156], insbesondere aber: VOB/B[157]). Diese werden vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen geschaffen, einem Verein, in dem sowohl die Auftraggeber-, als auch die Auftragnehmerseite organisiert ist.[158] Obgleich die VOB/B in keiner Weise rechtlich bindend ist, wird in der übergroßen Mehrzahl von Bauverträgen auf sie Bezug genommen und zwar auch dann, wenn der Auftraggeber ein Privater ist. Ein anderes Beispiel stellt der Versa-Kostenindex für systemgesteuerte Sammelgutverkehre dar.[159] Auf ihn wird bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung eines Sammelfrachtführers (§ 460 Abs. 2 S. 2 HGB) allgemein zurückgegriffen.

Eine in rechtlicher Hinsicht noch schwächere, für „moderne" Arbeitsformen aber außerordentlich attraktive Form zur kollektiven Regelung von Beschäftigungsbedingungen stellen schließlich Empfehlungen von Verbänden Selbständiger oder aber auch der Auftraggeber dar. Sie unterscheiden sich von den soeben dargestellten Kollektivabreden dadurch, dass an ihrem „Abschluss" nur eine der beiden Seiten, regelmäßig die der Auftragnehmer beteiligt ist.

---

155 AGD Vergütungstarifvertrag Design (AGD/SDSt) zwischen der Allianz deutscher Designer AGD einerseits und dem Selbständige Design-Studios SDSt andererseits vom 1.10.2015.

156 Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) und Teil B (VOB/B), BAnz AT 1.4.2016 B1.

157 Ebd.

158 Zu den Einzelheiten s. § 3 der Satzung des DVA, abrufbar unter bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Bauwesen/dva_satzung_bf.pdf (zuletzt eingesehen 06/2018).

159 dslv.org/dslv/web.nsf/gfx/43D9B3643BE0224EC1258025003E2DCC/$file/DSLV_Kostenindex_1H%202016.pdf (zuletzt eingesehen 06/2018).

Auch im Bereich der Plattformökonomie sind in den letzten Jahren erste, wenngleich noch eher zaghafte Schritte in Richtung kollektiv festgelegter Beschäftigungsbedingungen unternommen worden. Zu nennen ist insbesondere die Frankfurter Erklärung, mit der Gewerkschaften bzw. gewerkschaftsnahe Institute Leitlinien zu Bedingungen plattformbasierter Arbeit formuliert haben.[160] Umgekehrt haben sich auf Seiten der Plattformbetreiber mehrere Unternehmen zusammengefunden, die sich auf allgemeine Leitlinien für eine faire Beschäftigung von Crowdworkern verständigt haben.[161] Sie billigen Crowdworkern eine „faire und angemessene" Bezahlung zu,[162] die allerdings nicht näher definiert und schon gar nicht in konkreten Entgeltbeträgen spezifiziert wird. In diesem Zusammenhang hat sich die IG Metall gemeinsam mit dem Deutschen Crowdsourcing Verband und acht der wichtigsten Crowdworking-Plattformen auf die Einrichtung einer Ombudsstelle verständigt.[163] Inhaltlich ein gewichtiges Stück weiter gehen die jüngst von der Deutschen Orchestervereinigung[164] beschlossenen Mindesthonorarsätze für Orchestermusiker (Aushilfen) und selbständige Vokalsolisten.[165] Diese enthalten Empfehlungen für die Vergütung von selbständigen Aushilfen in Kulturorchestern oder freiberuflichen Sängerinnen und Sängern bei öffentlich geförderten oder vermittelten Kulturprojekten.

Derartigen Musterverträgen kommt – soweit sie schon nicht von sich aus nur appellativen Charakter haben und daher von vorneherein keine durchsetzbaren Rechte und Pflichte etablieren wollen (also etwa: bloße Empfehlungen, nicht näher konkretisierte Leitlinien) – nicht die Bindungswirkung der §§ 1, 3 und 4 TVG zu. Das wäre selbst dann nicht der Fall, wenn eine Gewerkschaft für die Selbständigen kontrahiert. Derartige Musterverträge sprechen keine Arbeitsverhältnisse an und sind daher nicht unter das TVG subsumierbar. Folglich können sie nicht die normative Verbindlichkeit erlangen, die dem Tarifrecht geläufig ist. Auch eine Zuordnung zum schuldrechtlichen Teil eines Tarifver-

---

160 Etwa: IG Metall: Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit, Dezember 2016.

161 Testbirds GmbH: Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing / Crowdworking, online abrufbar: http://www.crowdsourcing-code.de/documents/9/Code_of_Conduct_DE.pdf.

162 S. dort (Fn. 158), Ziff. 3.

163 Presseinformation der IG Metall vom 8.11.2018, s. https://www.igmetall.de/2017_11_8_Presseinformation_OmbudsstelleCrowdworking_ef5ebcd3b52f834a38b64ec80377aee518d11009.pdf.

164 Die DOV ist die Gewerkschaft der Mitglieder in Kultur- und Rundfunkorchestern, Rundfunk-Bigbands und -chören.

165 http://www.dov.org/tl_files/pdf/Freie%20Musiker/2017-09-27_DOV-Honorarmindeststandards%20Vokalisten.pdf (zuletzt eingesehen 06/2018).

trages scheidet aus. Die hier interessierenden Abreden richten sich nicht an das Rechtsverhältnis zwischen den kontrahierenden Verbänden – die überdies möglicherweise auch nicht in allen Fällen tariffähig sind –, sondern alleine an deren Mitglieder. Ihr ausschließlicher Bezugspunkt sind die zwischen den Verbandsmitgliedern bestehenden Individualabreden.

Mangels unmittelbarer Wirkung stellt sich also die Frage, wie einschlägige Abreden überhaupt zum Bestandteil der jeweiligen Individualrechtsbeziehungen werden können. Rechtssicher lässt sich das nur bewerkstelligen, wenn die Auftraggeber ihren Verband rechtsgeschäftlich zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen bevollmächtigt haben (§§ 164 ff. BGB). Das lässt sich auch nicht durch die Annahme einer Verpflichtungsermächtigung durchbrechen,[166] weil diese – einmal abgesehen davon, dass diese Rechtsfigur dogmatisch fragwürdig bleibt[167] – lediglich das Offenkundigkeitsprinzip, nicht aber die Notwendigkeit einer Bevollmächtigung des Handelnden durch den Verpflichteten aufheben könnte. Denkbar ist aber immerhin, dass eine Vollmachtserteilung bereits durch Verbandsbeitritt erfolgt,[168] was aber eine Frage des Einzelfalls ist. Wäre der Verband indes nicht legitimiert, bliebe der „Tarifschluss" – jedenfalls auf Seiten der Auftraggeber – ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter. Wiederum anders liegen die Dinge, wenn der einzelne Auftraggeber selbst zur Vertragspartei wird. Dieser ist natürlich in der Entscheidung frei, seinen Auftragnehmern bestimmte Konditionen zu versprechen.

Was die Auftragnehmerseite betrifft, gelten im Ansatz die gleichen Grundsätze. Allerdings ist dort die Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB)[169] möglich. Das setzt freilich voraus, dass die Auftragnehmer durch einschlägige Vertragsbestimmungen nur begünstigt, ihnen also keine Verpflichtungen auferlegt werden. Dass die begünstigten Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses meist noch nicht in persona feststehen, ist dabei unerheblich. Es genügt, dass der Dritte durch abstrakte Eckdaten bestimmbar ist. Ohne

---

166 So aber: *Krause*, Tarifverträge in der Leiharbeit, S. 80 f. Bezug allerdings: „Zusatztarifverträge" der Stahl-, Elektro- und Metallbranchen bezüglich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern, s. hierzu 5.1.5. Im Vertretungsmodell wie hier: *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung, S. 79 f.; *Ulber/J. Ulber*, § 8 Rn. 126 ff.

167 *Flume*, S. 905 ff.; *Staudinger/Schilken*, vor §§ 164 ff. Rn. 70 f.; *Staudinger/Gursky*, § 185 Rn. 108; MüKo-BGB/*Bayreuther*, § 185 Rn. 31.

168 Sehr großzügig in diese Richtung: *Gamillscheg*, S. 634.

169 *Boemke/Lembke*, § 9 Rn. 219 und *Karthaus*, AuR 2010, 494, 496 ff. sprechen mit Blick auf ähnliche Tarifabreden im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung (s. 5.1.5) von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Das ist in dogmatischer Hinsicht indes nicht überzeugend, vgl. nur *Krause*, Tarifverträge in der Leiharbeit, S. 76 f.

weiteres kann ein rechtsgeschäftlich bindendes Angebot an einen noch unbestimmten, wenngleich bereits bestimmbaren Personenkreis gerichtet werden.[170]

Scheitert eine Konstruktion über das Vertretungsrecht bzw. das Recht des Vertrags zu Gunsten Dritter, werden gemeinsame Abreden nur verbindlich, wenn sie einzelvertraglich in die jeweilige Leistungsbeziehung übernommen werden. Rechtlich kann das durch eine Art Bezugnahmeabrede geschehen, aber auch rein faktisch dadurch, dass sich die Parteien bei der Niederlegung ihrer Vertragsbindungen an den Vorgaben des Kollektivvertrages orientieren.

Insgesamt gelangt man so zu einem Rechtszustand, der im weitesten Sinn mit den „Gentlemen's Agreements" des englischen Tarifrechts vergleichbar ist oder wie aus dem Tarifrecht vor Schaffung des TVG bzw. der TVVO von 1918 bekannt bzw. wie er bis zum Jahr 2003 bei den Normalverträgen im Bühnenbereich anzutreffen war.[171]

Zu beachten ist aber, dass der Kollektivvertrag in jeder der denkbaren Konstellationen lediglich schuldrechtlich bindend wäre. Ihm fehlt es an der zwingenden Tarifwirkung des § 4 TVG, so dass es den Vertragsparteien jederzeit unbenommen wäre, davon abzuweichen. Das erscheint mit Rücksicht auf das in den einzelnen Vertragsbeziehungen anzutreffende Kräfteungleichgewicht sicherlich bedenklich.

Von gesetzgeberischer Seite könnte entsprechenden Kollektivverträgen – eine Öffnung des TVG für Selbständige kommt, abgesehen von einer Reform des Tatbestands des § 12a TVG (s. hierzu 3. u. 5.1.2), kaum in Betracht – eine stärkere rechtliche Festigkeit vermittelt werden, indem in Anlehnung an die §§ 32 und 36 UrhG für einzelne Rechtsverhältnisse vorgegeben wird, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat und einschlägige kollektive Leitbilder herangezogen werden, um das angemessene Entgelt zu ermitteln. Einzelheiten hierzu unter 4.2.3.

Möglicherweise kommt es aber auf die Rechtsverbindlichkeit von kollektiv abgefassten Vergütungsempfehlungen gar nicht entscheidend an. Vielmehr lässt sich mit derartigen Kollektivabreden, aber auch mit einseitig erlassenen Leitlinien und Empfehlungen dann eine (mittelbare) Entgeltfestsetzung erreichen, wenn diesen rein faktisch Leitbildfunktion zukommt. Diese müssten sich dazu am Markt so durchgesetzt haben, dass sie allgemein ein Bewusstsein dafür

---

170 MüKo-BGB/*Busche*, § 145 BGB Rn. 6.

171 S. dazu umfassend: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1194 ff.; *ders.*, ZfA 2000, 5 ff.; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1283 ff.

schaffen, was eine Leistung wert ist und sie daher in der Erwartung getroffen werden, dass die Marktteilnehmer sich ungeachtet ihrer fehlenden Bindungswirkung an diesen orientieren werden.

In vertragsrechtlicher Hinsicht unterliegt die Abfassung von sonstigen Kollektivverträgen oder Leitlinien an sich keinen Grenzen, handelt es sich bei diesen doch um privatautonom getroffene Abreden. Problematisch ist hingegen deren Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht. Darauf wird in Abschnitt 5.2.2 noch ausführlich zurückzukommen sein.

5.1.4 Sonstige Formen der Selbstorganisation, insbesondere: „Zusammenschlüsse" auf Plattformen

Eine weitere, für die Praxis „moderner Digitalarbeit" interessante Variante kollektiver Selbsthilfe bildet der Zusammenschluss von Selbständigen auf Plattformen, in Internetforen und sozialen Medien. Es geht mit anderen Worten um virtuelle Organisationsformen. Deren Bandbreite ist außerordentlich weit. Plattformen können durch Gewerkschaften eingerichtet sein, die mit diesen mehr oder weniger nur „online gehen" und sich dabei auch für solche Personen öffnen, die keine Arbeitnehmer und/oder keine Gewerkschaftsmitglieder sind. Ein Beispiel hierfür ist die bereits mehrfach erwähnte Initiative der IG Metall „http://faircrowd.work/de/".[172] Daneben finden sich Plattformen, die von eigens hierfür gegründeten Initiativen Selbständiger betrieben werden. Solche sind etwa in den USA anzutreffen, wo sich eine Vielzahl einschlägiger Netzwerke etabliert hat;[173] eine der bekanntesten hiervon ist sicherlich coworker.org.[174] Die offenste Form des Zusammenschlusses bildet schließlich der Austausch von Selbständigen in sonstigen Foren oder sozialen Medien, die dort nur locker und gegebenenfalls auch nur punktuell zusammentreffen.

Auf derartigen Plattformen können sich die Selbständigen über ihre Leistungen, Vertrags- und Beschäftigungsbedingungen oder Honorare informieren.[175] Daneben werden zuweilen auch Möglichkeiten der Weiterbildung diskutiert. Von

---

172 Vgl. 5.1.1.

173 Z.B. https://home.coworker.org oder http://ndlon.org; ähnliche Organisationen, Plattformen, Homepages oder technische Unterstützungen: NO!SPEC, SPECWACTCH, Turkoptican, MobilWorks, CloudMeBaby. Zahlreiche weitere Beispiele insbesondere zu einschlägigen Organisationen in den USA bei: *Benner*, in: Benner, Crowdwork, 289 ff.; *Cohen*, ebda, S. 303; *Däubler*, ebda, S. 243, 269.

174 https://www.crunchbase.com/organization/coworker-org.

175 S. auch die Darstellung bei *Lutz/Risak*, Gig-Economy, S. 73 f.

Interesse ist für diese insoweit auch ein Austausch über einzelne Auftraggeber, der sich bis hin zu einem Bewertungsportal verdichten kann.

Anlass für eine solche Kollektivierung von Auftragnehmern ist zunächst, dass Selbständige im Bereich digitaler Medienarbeit nicht nur deshalb Probleme bei der Durchsetzung angemessener Beschäftigungsbedingungen haben, weil es ihnen an Marktmacht fehlt. Vielmehr resultiert ihre Verhandlungsschwäche auch daraus, dass sie nicht in einer gemeinsamen Betriebsstätte tätig werden, sich nicht kennen, nur selten in Austausch miteinander treten und daher die Marktgegebenheiten bzw. ihre Verhandlungschancen nicht überblicken können.

Das Ziel einer kollektiven Selbsthilfe besteht daher zunächst auch in der Überwindung der gegenüber ihrem sozialen Gegenspieler bestehenden Informationsasymmetrie. In einem zweiten Schritt kann die Austauschplattform selbst Informationen sammeln und auswerten, um ihre Mitglieder entsprechend zu beraten. Hierzu bedarf es freilich einer hinreichend stabilen Organisation der Plattform, so dass solches wohl eher nur von Gewerkschaften geleistet werden kann. Schließlich können die Teilnehmer sich über die Plattform auf gemeinsame Leistungsstandards verständigen, so dass sie Abreden schließen würden, wie sie unter 5.1.3 dargestellt und analysiert wurden. Zu über Plattformen organisierten Aktionen oder dort verabredeten Streiks (iwS), Massenprotesten usw. s. 5.1.6.

Nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind etwaige Vorgaben, die das Namens- und Domain- bzw. das Medien- und Telekommunikationsrecht an die Einrichtungen einschlägiger Plattformen richtet. Nur am Rande sei, weil haftungsrechtlich von Interesse, darauf hingewiesen, dass einschlägige Plattformen verhältnismäßig rasch zu Diensteanbietern iSd. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG werden.[176] Sie dienen indes nicht der kommerziellen Kommunikation iSd. §§ 2 S. 1 Nr. 5, 5 f. TMG. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass dort berufliche Angelegenheiten der Teilnehmer diskutiert werden, und das trifft auch dann zu, wenn die Plattform von einer Gewerkschaft betrieben wird. Das Forum dient nicht der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung der von den Teilnehmern angebotenen Dienstleistungen, sondern lediglich der Verbesserung ihrer wirtschaftlich-sozialen Situation.

Einschlägige Foren sind nach allgemeinen Vorschriften verantwortlich: § 7 TMG (was mit Blick auf Dritten gegenüber abgegebenen Vergütungsempfehlungen

---

176 Statt vieler: BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08 [SPICKMICH], BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888 zur Zulässigkeit der Bewertung von Lehrern durch Schüler auf einer Internetseite.

vor allem in kartellrechtlicher Hinsicht von Interesse ist). Für fremde Inhalte – also Informationen, die die Teilnehmer auf ihnen weitergeben oder austauschen – ist die Plattform dagegen nur im Umfang der §§ 7 Abs. 2, 10 TMG haftbar. Das schließt indes eine Störerhaftung nicht aus. Dritte können die Plattform also auf Unterlassung der weiteren Verbreitung bzw. auf Löschung von Inhalten in Anspruch nehmen, wenn deren Präsentation dort rechtswidrig ist.[177] Vor allem aber ist zu beachten, dass fremde Inhalte dann zu solchen der Plattform werden, wenn sich die Plattform nicht darauf beschränkt, einen rein technischen Dienst zu erbringen und die von einem Dritten eingegebenen Daten nicht nur rein automatisch, neutral und ohne jedes eigene Zutun veröffentlicht.[178] Die meisten Plattformen werden gerade keine derart neutrale Vermittlerposition einnehmen. Vielmehr werden sie eine aktive Rolle spielen, Teilnehmer auffordern, einschlägige Beiträge einzustellen, diese moderieren, Informationen erst sammeln, systematisieren und redaktionell bearbeiten, bevor sie diese veröffentlichen und aus den eingegangenen Daten Empfehlungen, Ratschläge oder sozial- bzw. wirtschaftspolitische Forderungen ableiten. Die typische Plattform wird sich weitaus engagierter in das Geschehen einmischen als das bei einem reinen „Marktplatz" der Fall ist. Die auf den ersten Blick fremden Inhalte werden daher am Ende oft auch eigene der Plattform sein. Häufig wird also auch die Plattform den allgemeinen zivilrechtlichen Schranken im öffentlichen Kommunikationsprozess unterliegen.

Werden auf der Plattform Informationen über bestimmte Auftraggeber veröffentlicht oder diese gar bewertet, kommt es auf eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Auftraggebers (ggf. in Form des Unternehmenspersönlichkeitsrechts)[179], dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung, und dem Interesse der Plattform bzw. ihrer Nutzer an der Veröffentlichung der einschlägigen Informationen an.

Auf der Ebene des einfachen Zivilrechts kommt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 BGB) hinzu. Datenrechtlich bedarf die Erhebung, Speicherung und Übermittlung einschlägiger Daten der Rechtferti-

---

177 BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08 [SPICKMICH], BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888, Rn. 14.

178 Vgl. etwa EuGH 12.7.2011 – C-324/09 [L'Oréal SA ./. eBay], ECLI:EU:C:2011:474, Slg. 2011, I-6011, Rn. 106 ff. = MMR 2011, 596; BGH 17.8.2011 – I ZR 57/09 [Stiftparfüm], BGHZ 191, 19 Tz. 23 = MMR 2012, 178.

179 S. hierzu statt vieler: Palandt/*Sprau*, § 823 Rn. 92.

gung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.[180] Als heikel erweist sich insoweit vor allem die Preisgabe von Vertrags- und Leistungsbedingungen. Etwaige (neben-)vertragliche Pflichten des einzelnen Auftragnehmers zu deren Geheimhaltung treffen auf Grund der Relativität der Schuldverhältnisse zwar nur diesen selbst, nicht aber die Plattform. Indes kann die Veröffentlichung von Unternehmensinterna nach § 823 Abs. 1 BGB sanktioniert sein.[181]

Selbstverständlich streitet auf Seiten der Auftragnehmer deren Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Dies gilt auch dann, sollten sie sich auf der Plattform lediglich anonym äußern.[182] Wie der BGH insbesondere in der spickmich.de-Entscheidung herausgearbeitet hat, ist die Freiheit der Meinungsäußerung nicht auf Äußerungen beschränkt, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können. Gerade im vorliegenden Kontext würde eine Verpflichtung, sich unter Nennung seines Namens zu einer bestimmten Meinung zu bekennen, die Gefahr begründen, dass der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen, wie etwa dem Risiko, vom fraglichen Unternehmen nicht mehr beauftragt zu werden, sich dahingehend entscheidet, seine Meinung nicht zu äußern. Dieser Gefahr der Selbstzensur soll durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung entgegen gewirkt werden. Flankierend können das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit hinzukommen.[183]

In aller Regel kann auch „die Plattform" vom Recht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) Gebrauch machen (im datenschutzrechtlichen Bereich: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO).[184] Anerkanntermaßen schützt Art. 5 GG auch den Kommunikationsprozess als solchen. Deshalb kann die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung selbst dann in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1

---

180 Zwar erfolgt die Veröffentlichung der relevanten Daten lediglich im Informationsinteresse und für den Meinungsaustausch der Nutzer. Dennoch liegt eine geschäftsmäßige Erhebung im Sinne der Vorschrift vor, weil die Tätigkeit der Plattform auf Wiederholung gerichtet und auf eine gewisse Dauer angelegt ist und eine Gewerbsmäßigkeit im Sinne einer Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist, vgl. BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08 [SPICKMICH], BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888, Rn. 24.

181 S. BGH 19.4.2005 – X ZR 15/04, NJW 2005, 2766.

182 *Giesen/Kersten*, S. 173 ff.; *Müller*, in: Lutz/Risak, S. 74.

183 *Giesen/Kersten*, NZA 2018, 1, 5, wenngleich mit Blick auf einen „Arbeitskampf" von Crowdworkern.

184 BGH 23.9.2014 – VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 [Ärztebewertung II], BGHZ 202, 242 = NJW 2015, 489, Rn. 28; BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08 [SPICKMICH], BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888.

GG fallen, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht, noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet.[185] Die Plattform ist, solange sie die einschlägigen Informationen nicht lediglich nur technisch verbreitet, „unverzichtbare Mittelsperson" für den Kommunikationsprozess (typischerweise geht ihre Funktion sogar ganz deutlich hierüber hinaus). Zudem steht zumindest den Teilnehmern, wohl aber auch der Plattform Art. 12 GG zur Seite, da die jeweiligen Foren der Förderung der beruflichen Interessen ihrer Nutzer dient. Weniger wahrscheinlich ist dagegen, dass die Plattform das Grundrecht der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) bzw. das Medienprivileg des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO (vormals: § 41 BDSG) in Anspruch nehmen kann, weil sie sich weder den Begriffen Presse noch Rundfunk zuordnen lässt.[186]

Freilich kommen diese Rechte nicht der Plattform im engeren Sinn zu; diese bestehen vielmehr zu Gunsten der Person, die sie betreibt. Erforderlich ist also, dass die Plattform von einer Einheit unterhalten wird, die zumindest im verfassungsrechtlichen Sinn teilrechtsfähig ist (Art. 19 Abs. 3 GG). Dafür würde aber schon genügen, wenn es sich bei ihr um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einen nichtrechtsfähigen Verein handelt. Nicht grundrechtsfähig sind dagegen spontane und nicht verfestigte virtuelle Gruppen (Foren, Whats-App-Gruppe u. dgl.), die nach einfachem Recht in keiner Hinsicht rechtsfähig sind.[187] Soziale Emergenz befähigt noch nicht zur Grundrechtsträgerschaft.[188] Diese lässt sich auch nicht in Form des Versammlungsschutzes des Art. 8 GG für sich reklamieren.[189]

Was den Abwägungsprozess im Einzelnen betrifft, gelten die allgemeinen Grundsätze. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Pauschalisierende Aussagen, was erlaubt ist und was nicht, sind nicht möglich. Zu beachten ist aber, dass der Meinungsfreiheit ein hoher Stellenwert zukommt. Unter Rück-

---

185 BVerfG 25.6.2009 – 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470, Rn. 58; BGH 23.9.2014 – VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 [Ärztebewertung II], BGHZ 202, 242= NJW 2015, 489, Rn. 28; BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08 [SPICKMICH], BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, Art. 5, Rn. 88; *Dreier*/*Schulze-Fielitz*, Art. 5 I, II Rn. 63; *Schröder*, VerwArch, 2010, 205, 212 f.; *Müller-Terpitz*, Rn. 59.

186 Hierzu umfassend *Müller-Terpitz*, Rn. 65 f.

187 Maunz/Dürig/*Remmert*, Art. 19 III Rn. 41; Dreier/Schulze/*Dreier*, Art. 19 III Rn. 55; Münch/Kunig/*Krebs*, Art. 19 Rn. 33; Sachs/*Sachs*, Art. 19 Rn. 65; *Stern*, S. 1134; Berliner Kommentar/*de Wall*, GG Art. 19 III Rn. 74, *Kingreen*/*Poscher*, Rn. 209; *Schoch*, Jura 2001, 201, 202 f.; *v. Mangoldt*/*Klein*/*Starck*/*Huber*, Art. 19 Abs. 3 Rn. 239; Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 19, Rn. 20.

188 A.A. aber *Ingold*, S. 196 ff.

189 *Müller-Terpitz*, Rn. 70 f.

griff auf die Rechtsprechung des BVerfG hat der BGH in seinen Entscheidungen zu Bewertungsportalen mehrfach dargelegt, dass sich das Recht auf Meinungsfreiheit nicht auf Themen beschränkt, die von besonderem Belang für die Öffentlichkeit sind und auch nicht auf objektivierbare allgemein gültige Werturteile begrenzt ist. Dadurch ist es auch möglich, in Foren persönliche Daten von Dritten zu übermitteln, das aber nur, soweit dies erforderlich und angemessen ist, um Bewertungen abgeben zu können.

Bedeutung kann im vorliegenden Kontext allerdings die Grenzziehung zu ehrverletzenden oder verunglimpfenden Beiträgen erlangen,[190] die als Schmähkritik nicht am Grundrechtsschutz teilnehmen. Diese Problematik kann sich vor allem bei „name-and-shame" Plattformen[191] stellen, wo Nutzer Gelegenheit erhalten, bestimmte Abnehmer wegen ihrer Geschäftspraktiken anzuprangern. Der BGH[192] hatte hierzu herausgearbeitet, dass ein Gewerbetreibender eine der Wahrheit entsprechende Kritik an seinen Leistungen grundsätzlich hinnehmen muss und zwar auch, wenn sie scharf, überzogen oder gar ausfällig formuliert ist. Sie ist indes als Schmähkritik unzulässig, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht, der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll.

Nicht gewerkschaftlich organisierte Plattformen nehmen nicht am Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG teil. Zunächst könnte bereits die individuelle Grundrechtsträgerschaft der Nutzer zweifelhaft sein (s. 5.1.1.). Vor allem aber dürfte der Koalitionsstatus einer nicht gewerkschaftlich getragenen Organisation daran scheitern, dass zur Annahme einer Koalition erforderlich ist, dass sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat. Diesbezüglich wird angenommen, dass der Zusammenschluss für längere Zeit[193] erfolgen muss. Vor allem aber bedarf es einer mitgliedschaftlichen Organisation. Das heißt zwar nicht zwingend, dass die Koalition eine Satzung formell niederschreiben müsste und auch nicht, dass die Plattform über eine bestimmte Organisationsstruktur verfügen müsste (etwa: Mitgliederversammlungen, hauptamtliche Vertreter, Gewerkschaftssekretäre, Büroräume u. dgl.) oder dass ein formeller Beitrittsakt erforderlich wäre. Indes bedarf es einer korpora-

190 Dazu *Majoros*, in Lutz/Risak, S. 78, 81 ff.
191 Hierzu: *Müller*, in Lutz/Risak, S. 69 f.
192 BGH 11.3.2008 – VI ZR 7/07, NJW 2008, 2110 („Gen-Milch").
193 Im Einzelnen ist hier vieles strittig, s. Maunz/Düring/*Scholz*, Art. 9 Rn. 192.

tiv verfassten Organisationsstruktur, die es den „Mitgliedern" ermöglicht, an der Willensbildung des Verbands mitzuwirken. Das dürfte bei einer Plattform, auf der Nutzer ein Konto eröffnen, das sie jederzeit auch wieder aufgeben können, ausgeschlossen sein.[194] Schließlich stellt sich erneut das bereits unter 5.1.1. angesprochene Problem der Gegnerfreiheit. Gerade bei sehr offen agierenden Netzwerken lässt sich kaum ausschließen, dass ihnen etwa auch Gewerbetreibende beitreten, die einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigen.

Bedeutung erlangt das für die später (5.2.2) noch zu erörternde Frage, inwieweit sich aus Richtung des Kartellrechts Schranken für die Tätigkeit der Plattform ergeben, namentlich weil sich die Nutzer dort über ihre Leistungsbedingungen austauschen oder diese miteinander abstimmen.

5.1.5 Angebotssteuernde Bestimmungen in „klassischen" Tarifverträgen

Eine Form der mittelbaren Vertretung von Selbständigen im weitesten Sinn wäre schließlich noch insoweit vorstellbar, als sich die Tarifpartner im Rahmen von „klassischen" Tarifabschlüssen darauf verständigen könnten, dass tarifgebundene Unternehmen Leistungen von Selbständigen nur zu Bedingungen annehmen, die den tariflichen Arbeitsbedingungen entsprechen. Vorstellbar ist das vor allem im Bereich der Plattformökonomie insbesondere dann, wenn Crowdworker Arbeiten erbringen, die in der Branche ansonsten von Arbeitnehmern erledigt werden.

Der Unterschied zwischen derartigen „Mindestbegünstigungsklauseln" und „echten" Normverträgen (u.ä.) zu Gunsten von Selbständigen (s. dazu 5.1.3) ist wirtschaftlich betrachtet zwar nur ein gradueller, rechtlich indes ein gravierender. Anders als bei den unter 5.1.3 dargestellten Vertragstypen geht es hier nicht darum, Selbständigen einen Anspruch auf ein bestimmtes Entgelt zukommen zu lassen. Vielmehr soll auf die Kalkulation und Preisgestaltung der jeweiligen Unternehmen eingewirkt werden. Es soll, vereinfacht gesprochen, verhindert werden, dass Unternehmen Angebote von Selbständigen annehmen, die unterhalb eines bestimmten Vergütungssatzes liegen.

Auch insoweit lohnt nochmals (s. bereits 5.1.3) ein kurzer Blick auf das Recht der Arbeitnehmerüberlassung, wo um das Jahr 2010 Tarifregelungen gefordert

---

194 Zu einer weitaus positiveren Einschätzung gelangen allerdings *Giesen/Kersten*, S. 182.

bzw. abgeschlossen wurden, die in durchaus vergleichbarer Weise auf das Marktverhalten von Unternehmen einwirken sollen. Diese sind:

- In der Metall- und Elektroindustrie ist in den Tarifverträgen zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern festgelegt (§ 5 Nr. 3 TVLeiZ), dass Verleihunternehmer, die vom equal-pay-Grundsatz des § 8 AÜG abweichen, nur dann beauftragt werden dürfen, wenn diese im Gegenzug dazu Tarifverträge anwenden, die mit der Tarifgemeinschaft des DGB oder der IG Metall abgeschlossen wurden, oder aber einen Tarifvertrag nachvollziehen, der eine Vergütung vorsieht, die mit den Entgelten dieser Tarifverträge vergleichbar ist.[195]
- In der tarifpolitischen Diskussion war mehrfach die Forderung erhoben worden, Restriktionen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern vorzusehen, etwa in Form von Einsatzquoten. Allerdings sind derartige Vorschläge nicht zum Inhalt einschlägiger Tarifverträge geworden.
- In der Stahlindustrie wurde 2010 in Nordrhein-Westfalen ein Tarifvertrag abgeschlossen, nach dem Entleihunternehmen darauf hinwirken, dass Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes ein Entgelt erhalten, das der Vergütung von Stammarbeitnehmern des Einsatzbetriebs entspricht. Darüber hinaus hat der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher einen Anspruch auf Gewährung des sich danach ergebenden Aufstockungsbetrags zum equal-pay, sollte der Verleiher diesen nicht zahlen.
- In verschiedenen Haustarifverträgen (z.B. Airbus[196]) ist geregelt, dass der Entleiher verpflichtet ist, Leiharbeitnehmern einen Zuschlag zu zahlen, der sie an das Entgeltniveau der Stammbelegschaft heranführt.[197]

Bereits für den Bereich der Leiharbeit ist um die Zulässigkeit solcher Regelungen in der Literatur intensiv gestritten worden. Gegen ihre Wirksamkeit wurde eingewandt, dass diese das Marktverhalten des Entleihers ansprechen würden, sich nicht unter die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen des Art. 9 Abs. 3 GG

---

195 Umfassend zu diesen Regelungen: *Krause*, Tarifverträge in der Leiharbeit, S. 34 ff.; *Bayreuther*, NZA-Beilage 2012, 115, 121 f.; *Ulber/J. Ulber*, § 8 Rn. 121 ff.

196 https://www.dgb-bildungswerk-nrw.de/downloads/igm/2017/2017_Leiharbeit/AirbusPraesentation_TV-Leiharbeit-Werkvertraege_update.pdf

197 Zur Qualifikation dieser Regelungen: *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung, S. 75.

subsumieren ließen und daher gegen die Kartellverbote des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB verstoßen würden.[198]

Für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ist das aber nicht zutreffend. Zunächst sind Leiharbeitnehmer ganz unzweifelhaft Arbeitnehmer und daher ganz unproblematisch auch die einschlägigen Tarifverträge in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen, als diese zumindest reflexweise die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern regeln. Wie vor allem *Krause*[199] nachgewiesen hat, finden diese Tarifverträge ihre Rechtfertigung letztlich in der sich vielfältig überlagernden Dreiecksbeziehung von Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer. Bekanntlich ist bei der Arbeitnehmerüberlassung die Arbeitgeberstellung auf zwei Unternehmen aufgespalten. Während der Verleiher alleiniger Vertragsarbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist, übt das Einsatzunternehmen das arbeitgeberseitige Direktionsrecht aus, ohne indes Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers zu werden. Das aber darf koalitions- und tarifrechtlich nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers gehen. Insoweit kommt noch hinzu, dass sich das Verhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer längst zu einer arbeitsvertragsähnlichen Beziehung verdichtet hat (§§ 241 Abs. 2, 311 BGB, §§ 13, 13a u 13b AÜG, Mitrechnung bei der Bestimmung von Schwellenwerten im Entleihbetrieb [s. § 7 S. 2 BetrVG, § 14 Abs. 2 AÜG, § 23 KSchG[200]], Zuständigkeit der Arbeitsgerichte[201]).

Hier liegen die Dinge anders. Die fraglichen Tarifverträge würden Unternehmen alleine Vorgaben im Hinblick auf Leistungen machen, die sie bei Selbständigen bestellen. Derart würde in der Tat primär auf das Marktverhalten der Adressaten auf Unternehmensseite zugegriffen. Selbst wenn die mittelbar angesprochenen Selbständigen – die möglicherweise auch gar nicht in den Anwendungsbereich der verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie fallen (s. 5.1.1) – in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert wären, wären die Tarifvereinbarungen nicht so gefasst, dass sie daraus irgendwelche Rechte gegen ihre Auftraggeber erlangen würden (s. zum Vergleich die Fallgestaltungen bei 5.1.3). Zu etwaigen kartellrechtlichen Komplikationen s. 5.2.

---

198 *Giesen*, ZfA 2012, 143, 154 ff.; *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung, S. 81 f.; *ders.*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz, S. 103, insb. 120 ff.

199 *Krause*, Tarifverträge in der Leiharbeit, 42 ff., 66 ff.

200 BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, BAGE 144, 222 = NZA 2013, 726.

201 BAG 15.3.2011 − 10 AZB 49/10, BAGE 137, 215 = NZA 2011, 653; *Bayreuther*, NZA-Beil. 2012, 115.

5.1.6 Arbeitskampf?

Abschließend soll das Augenmerk darauf gerichtet werden, inwieweit der Abschluss kollektiver Abreden – gleich in welcher Form diese gefasst werden – durch Organisationen Selbständiger kampfweise erzwungen werden kann. Bereits unter 5.1.1 wurde herausgearbeitet, dass Selbständige allenfalls nur partiell in das Koalitionsrecht einbezogen sind und sich daher nicht auf das Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG berufen können. Dieses kann ihnen daher kein Streikrecht gewähren. Darüber hinaus können diese aber auch deshalb keinen klassischen Arbeitskampf führen, weil dieser, jedenfalls nach herkömmlichem Verständnis nur der Förderung von Tarifabschlüssen dient, die vorliegend aber gerade nicht möglich sind. Zudem müsste ein Arbeitskampf durch eine tariffähige Gewerkschaft geführt werden. Das trifft ohne Frage auf klassische Gewerkschaften zu, soweit diese, wie etwa die IG Metall oder ver.di auch Plattformbeschäftigte vertreten (5.1.1). Das BAG bestimmt die Tariffähigkeit nicht relativ, sondern sieht diese auf den gesamten satzungsmäßigen Zuständigkeitsbereich einer Gewerkschaft bezogen.[202] Anders können dagegen die Dinge liegen, was reine Zusammenschlüsse von Plattformbeschäftigten betrifft, bei denen Koalitionsfähigkeit und nachfolgend auch deren Durchsetzungsfähigkeit nachgewiesen werden müsste (5.1.1).

Allerdings ist die Ausgangslage für Selbständige, insbesondere im Bereich digitaler Medien, eine ganz andere als die eines Arbeitnehmers im klassischen Arbeitsleben. Soweit zwischen der Plattform und dem Crowdworker kein Dauerschuldverhältnis besteht, ist es dem Crowdworker völlig unbenommen, für eine bestimmte Plattform einfach nicht mehr tätig zu werden, bis diese seine Gehaltsforderungen erfüllt. Lediglich in einem bestehenden Vertragsverhältnis würde er, wenn er die eingegangenen Verpflichtungen nicht (rechtzeitig) erfüllt, vertragsbrüchig und ggf. schadensersatzpflichtig werden (§§ 280, 275, 283 bzw. 286, 249 ff. BGB). Insoweit wirkt es sich zu seinen Lasten aus, dass es ihm in der Tat an der Unterstützung durch das Streikprivileg des Art. 9 Abs. 3 GG fehlt. Umgekehrt muss er aber nicht die „Kündigung" seines „Arbeitsverhältnisses" wegen eines Vertragsbruchs fürchten. Entscheidend ist also alleine eine tatsächliche Komponente. Es geht darum, ob es den Selbständigen durch hinreichende Solidarisierung gelingt, sicherzustellen, dass die angegriffenen Unternehmen zum einen auf die erhobenen Forderungen[203] eingehen und zum anderen, dass

---

202 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 = NZA 2006, 1112.

203 Ggf. einschließlich der Verabredung eines Maßregelungsverbots mit Blick auf in bereits bestehenden Austauschverträgen verursachte Schäden.

sie die streikenden Crowdworker bei zukünftigen Auftragsvergaben nicht übergehen.

Rechtlich stellen sich – erneut – ganz andere Probleme. Denn auch an dieser Stelle tut sich die Frage auf, ob die Solidarisierung der Streikenden, die wettbewerbsrechtlich als Boykott angesehen werden könnte und ob die Forderung bestimmter Beschäftigungsbedingungen, sowie der spätere Abschluss einer etwaigen Kollektivvereinbarung (s. dazu 5.1.3) mit den Kartellverboten des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB vereinbar ist.[204] S. hierzu: 5.2.

Darüber hinaus ist im Bereich neuer Arbeitsformen denkbar, dass Crowdworker ihren Forderungen durch Aktionen Ausdruck verleihen, die im weitesten Sinn mit einem Flashmob vergleichbar sind. Insbesondere *Giesen*/*Kersten*[205] zeichnen das Szenario, dass Crowdworker massenhaft auf Portale eines Unternehmens zugreifen, um dort ihrem Protest oder ihren Forderungen Ausdruck zu verleihen oder aber – wesentlich weitergehend – um durch Überlastung von dessen technischen Ressourcen dessen Geschäftsaktivitäten zumindest temporär oder partiell blockieren.

Diese so genannten DoS[206]-Attacken können nach § 823 Abs. 1 BGB deliktsrechtlich sanktioniert und nach § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar sein. Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmungen bzw. eine Rechtfertigung des Verhaltens der Angreifer über das Streikgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG kommt aus den bereits dargestellten Gründen (5.1.1) nicht in Betracht. Daher scheidet trotz aller Ähnlichkeiten im Tatbestand auch ein Zugriff auf die Flashmob-Rechtsprechung des BAG[207] aus, weil der Flashmob, ungeachtet des Umstands, dass sich an ihm ggf. auch außenstehende Dritte beteiligen können, der Durchsetzung von Tarifforderungen im klassischen Sinn dient.

Somit bleibt also nur eine Abwägung über das Tatbestandsmerkmal der Nachteilszufügung bzw. über eine verfassungskonforme Auslegung einschlägiger Haftungsnormen (danach wäre etwa bei § 823 BGB an der Rechtswidrigkeit anzusetzen).

---

204 Hierauf weist zutreffend und mit insoweit nüchternem Fazit *Schlachter*, GS Zachert, S. 644, hin.

205 *Giesen*/*Kersten*, NZA 2018, 1, 6.

206 Denial of Service.

207 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140 = NJW 2010, 631, Rn. 34 f. Eine hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen durch: BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493; *Kersten*, Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit, S. 61.

Dabei bietet sich an, im Rückgriff auf *Giesen/Kersten*[208] zunächst darauf abzustellen, ob das Portal der öffentlichen Kommunikation gewidmet ist. Das ist etwa bei einer Website der Fall, die der Präsentation des Unternehmens in der Öffentlichkeit dient und auf der Dritte Beschwerden oder Anregungen mitteilen können, nicht dagegen bei einer Buchungs- und Bestellmaske. Hat das Unternehmen die öffentliche Kommunikation eröffnet, ist in Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur öffentlichen Kommunikation im privaten Raum,[209] eine Abwägung vorzunehmen zwischen der Meinungsfreiheit der „demonstrierenden" Selbständigen und dem Eigentumsrecht des angegriffenen Unternehmens.

Stets ausgeschlossen ist aber eine schädigende Einwirkung auf informationstechnische Systeme des Unternehmens. Zulässig ist nur eine Meinungskundgabe in fremden Foren, nicht aber die Blockade von Betriebsabläufen und erst recht nicht der sabotierende Zugriff auf Computersysteme des sozialen Gegenspielers. Insoweit lässt sich dann doch noch auf die Flashmob-Entscheidung Bezug nehmen, in der auch das BAG klarstellt, dass es durch entsprechende Aktionen nicht zu einem schädigenden Zugriff auf die Betriebssubstanz der Kampfgegner kommen darf.[210] Zur kartellrechtlichen Boykott-Problematik, s. 5.2.

5.2 Europa- und kartellrechtliche Fragen

5.2.1 Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Bereits bei der Vorstellung kollektiver Aktionsformen von Selbständigen (vorige Abschnitte 5.1.1. bis 5.1.6.) wurde angedeutet, dass sich diese am Kartellverbot des nationalen Recht, vor allem aber an dem des Unionsrechts reiben können. Einzelheiten dazu sogleich unter 5.2.3. Weniger naheliegend ist dagegen, dass diese mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV kollidieren könnten. Zwar hat der EuGH in einer ganzen Reihe von Urteilen herausgearbeitet, dass auch Private die Dienstleistungsfreiheit des Vertrages beeinträchtigen kön-

---

208 *Giesen/Kersten*, NZA 2018, 1, 6.

209 BVerfG 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 [Fraport], BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201; BVerfG 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 [Passauer-Bierdosenflashmob], NJW 2015, 2485.

210 S. BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140 = NJW 2010, 631, Rn. 56 ff.

nen.[211] Wenngleich bis heute nicht abschließend geklärt ist, welches Gewicht die von Privaten errichteten Marktzutrittsschranken hierfür erreichen müssen, lässt sich faustformelhaft doch festhalten, dass private Akteure wohl eher nur dann den Grundfreiheiten unterworfen sind, wenn diese Hindernisse aufstellen können, die ausländische Marktteilnehmer nicht mehr in zumutbarer Weise umgehen können. Diese müssen also mehr oder weniger wie staatliche Zutrittsschranken wirken. Dazu müssen die betreffenden Privatpersonen hinreichend mächtig sein. Der Klassiker ist insoweit sicherlich das Satzungsrecht nationaler und internationaler Fußballverbände; diese können auf Grund ihrer überragenden Verbandsmacht den Zutritt zum jeweiligen Arbeitsmarkt ähnlich intensiv sperren, wie dies ansonsten nur der staatliche Gesetzgeber vermag.

Die hier zur Diskussion stehenden Kollektivverträge, Vergütungsempfehlungen oder sonstigen Aktionsformen werden kaum je eine solche Wirkung erlangen. Zum einen fehlt es den fraglichen Verbänden regelmäßig an einer hinreichenden Marktmacht. Zum anderen sperren die einschlägigen Organisationsformen den Marktzutritt in keiner Weise abschließend, sondern geben, wenn überhaupt, nicht mehr als einen Appell ab, wonach bei der Leistungserbringung in der einen oder anderen Weise verfahren werden soll. Für eine verbandsrechtliche Höchstvergütungsregelung für Rechtsanwälte hat der EuGH entschieden, dass eine solche noch nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt, soweit dem Tarifsystem noch hinreichende Flexibilität innewohnt und es nur den Charakter einer unverbindlichen Empfehlung hat.[212] Verbandsempfehlungen werden noch nicht einmal diese Dichte erreichen, jedenfalls aber nicht darüber

---

211 Vgl. EuGH 11.12.2007 – C-438/05 [Viking], ECLI:EU:C:2007:772, Slg 2007, I-10779 = NZA 2008, 124; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 [Laval], ECLI:EU:C:2007:809, Slg 2007, I-11767 = NZA 2008, 159; EuGH 6.6.2000 – C-281/98 [Angonese], ECLI:EU:C:2000:296, Slg 2000, I-4139 = NZA-RR 2001, 20; EuGH 12.6.2003 – C-112/00 [Schmidberger], ECLI:EU:C:2003:333, Slg 2003, I-5659 = EuZW 2003, 592; EuGH 26.2.1991 – C-154/89[Kommission/Frankreich], ECLI:EU:C:1991:76, Slg 1991, I-745 = EuZW 1991, 352; EuGH 18.7.2006 – C-519/04 P [Meca-Medina], ECLI:EU:C:2006:492, Slg 2006, I-6991= EuZW 2006, 593; EuGH 12.4.2005 – C-265/03 [Simutenkov], ECLI:EU:C:2005:213, Slg 2005, I-2579 = EuZW 2005, 337; EuGH 8.5.2003 – C-438/00 [Deutscher Handballbund], ECLI:EU:C:2003:255, Slg 2003, I-4135 = NZA 2003, 845; EuGH 13.4.2000 – C-176/96 [Lehtonen], ECLI:EU:C:2000:201, Slg 2000, I-2681 = NZA 2000, 645; EuGH 11.4.2000 – C-51/96 und C-191/97 [Deliège], ECLI:EU:C:2000:199, Slg 2000, I-2549 NZA 2000, 648; EuGH 15.12.1995 – C-415/93 [Bosman], ECLI:EU:C:1995:463, Slg 1995, I-4921 = NZA 1996, 191; EuGH 12.12.1974 – 36/74 [Walrave und Koch], ECLI:EU:C:1974:140 = NJW 1975, 1093.

212 EuGH 29.3.2011 – C-565/08 [Europäische Kommission/Italienische Republik], ECLI:EU:C:2011:188, Slg 2011, I-2101 = NJW 2011, 1575.

hinausgehen. Insgesamt dürfte bei der europarechtlichen Beurteilung solcher Beschlüsse daher ausschließlich deren Vereinbarkeit mit dem europäischen Kartellrecht im Vordergrund stehen.

Anders würde sich die Sachlage dagegen darstellen, würde staatliches Recht an Verbandsempfehlungen anknüpfen und diese für verbindlich erklären. Das wäre denkbar, wenn diese nach § 5 TVG allgemeinverbindlich gemacht werden würden oder – in Anlehnung an die §§ 32 und 36 UrhG – dem Selbständigen ein gesetzlicher Anspruch auf eine angemessene Vergütung zuerkannt wird und die im Tatbestand enthaltene Generalklausel „angemessenes Entgelt" dadurch ausgefüllt wird, dass man sich an den Vergütungssätzen von Verbandsempfehlungen orientiert (vgl. oben 4.2.3 u. § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG).

In diesem Fall käme es zu einer doppelten Rechtskontrolle. Der Erstreckungsakt wäre auf seine Vereinbarkeit mit Art. 56 AEUV hin zu überprüfen, die vorgelagerte Vergütungsempfehlung müsste dagegen mit Art. 101 AEUV vereinbar sein. Zwar erkennt der EuGH an, dass es dem Staat freisteht, Tarifverträge für Personen, die nicht formell an sie gebunden sind, verbindlich zu machen.[213] Dies betrifft indes nur echte Tarifverträge, also Kollektivabreden mit Wirkung für Arbeitsverhältnisse, nicht aber für Satzungen im Tätigkeitsbereich Selbständiger. Wird privates Satzungsrecht für Selbständige verbindlich gemacht, gelten die allgemeinen Grundsätze des Rechts der Dienstleistungsfreiheit. Diesbezüglich lässt sich fast vollständig auf die Ausführungen verweisen, die oben unter 4.1.2 zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestlohns mit Art. 56 AEUV getroffen wurden. Auf diese sei zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

5.2.2 Nationales Kartellrecht

Kernproblem der kollektiven Selbsthilfe von Selbständigen ist die Vereinbarkeit eines kollektiven Zusammenschlusses, gemeinsamer Aktionen oder von Kollektivverträgen Selbständiger mit dem Kartellrecht. Die Überschneidungspunkte mit dem Wettbewerbsrecht sind dabei vielfältig:

---

213 EuGH 3.3.2011 – C-437/09 [AG2R Prévoyance], ECLI:EU:C:2011:112, Slg 2011, I-1003 = EWS 2011, 187, Rn. 38; EuGH 21.9.1999 – C-67/96, [Albany], ECLI:EU:C:1999:430, Slg 1999, I-5863 = DB 2000, 826, Rn. 66; EuGH 21.9.1999 – C 115/97 [Brentjens'], ECLI:EU:C:1999:434 = NZA 2000, 201 Rn. 66; EuGH 21.9.1999 – C-219/97 [Drijvende Bokken], ECLI:EU:C:1999:437, Slg 1999, I-6121 = EuR 2000, 403, Rn. 56.

Beiderseitige Normenverträge könnten, auch wenn sie rechtlich nicht bzw. nur partiell bindend sind (s. 5.1.3), nach § 1 GWB unzulässige Kartellvereinbarungen darstellen.

Tauschen sich Selbständige auf der Plattform über ihre Vertrags- und Leistungskonditionen aus (5.1.4), könnte das Kartellrecht dies als Marktinformations- oder Preismeldeverfahren identifizieren. Sowohl der EuGH als auch der BGH haben mit Blick auf das europäische bzw. deutsche Recht immer wieder angenommen, dass sich die Partner eines Preisinformationsverfahrens zwar nicht unmittelbar zu einem bestimmten Preisverhalten verpflichten. Indes könnten sie dadurch den unternehmerischen Aktionsparameter „Geheimwettbewerb" ausschließen, was zur Folge haben könnte, dass sich das Preisniveau stabilisiert und vereinheitlicht. Das würde in eine Minderung der durch § 1 GWB geschützten Wettbewerbsintensität münden.[214]

Verständigen sich Selbständige auf kollektive Aktionen, um ihre Beschäftigungsbedingungen zu verbessern und beschließen sie in diesem Zusammenhang, nicht mehr für bestimmte Auftraggeber tätig zu werden (5.1.6), könnte dies seitens des Wettbewerbsrechts als Boykottaufruf iSd. § 21 GWB verstanden werden. Der Boykotttatbestand erfasst alle Handlungsweisen, die den Versuch darstellen, auf die freie Willensentscheidung von Unternehmen Einfluss zu nehmen, mit Dritten Liefer- und Bezugsbeziehungen aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten.[215] Ein Boykott kann kollektiv oder einseitig erfolgen. Er setzt drei Personen voraus, hier: die Vereinigung der Selbständigen als Verrufer, ihre Mitglieder, aber auch Unorganisierte als Adressaten, die die Sperre ausführen sollen und den Gesperrten, gegen den sich die Maßnahme richtet, hier also der fragliche Auftraggeber.

Insgesamt weniger Schwierigkeiten bereitet hier noch das nationale Recht. Dreh- und Angelpunkt der Diskussion ist dabei erneut die bereits unter 5.1.1 abgehandelte Frage, inwieweit selbständige Leistungserbringer, zumindest dann, wenn sie eine gewisse Nähe zur Arbeitnehmereigenschaft aufweisen, in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen sind. Wäre das nämlich der Fall, wären Vereinigungen von Selbständigen, die von ihnen abgeschlossenen Normverträge oder abgegebenen Vergütungsempfehlungen auch ohne besondere gesetzliche Anordnung gegen das Kartellrecht immunisiert. Selbst wenn die jeweils in Rede stehende Vereinbarung dem Tatbestand des § 1 GWB (oder

214 S. zum Ganzen statt vieler: Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 Rn. 274 ff.
215 *Bechtold*, § 21 Rn. 5.

dem des § 22 GWB) unterfallen würde, ergäbe sich das aus der Privilegierung tarifautonomen Handelns gegenüber dem Wettbewerbsrecht, jedenfalls aber aus einer verfassungskonformen Reduktion des § 1 GWB.

Nicht mehr ganz so einfach gestaltet sich die Situation allerdings, soweit Selbständige außerhalb des Koalitionsrechts agieren. Auf ihren Plattformen wären die Leistungserbringer und ihre Organisationen – vgl. 5.1.4 – auf einen Rückgriff auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG verwiesen. Insoweit liegt auf der Hand, dass eine Argumentation nur bedingt überzeugen würde, wonach die Koordinierung unternehmerischen Verhaltens ein Ausdruck einer durch Art. 5 GG geschützten freien Meinungsäußerung sei und der Tatbestand des § 1 GWB entsprechend eng auszulegen wäre. Ganz abwegig ist dies umgekehrt aber auch nicht, da das Kartellrecht Marktteilnehmer schlechterdings nicht dazu zwingen kann, ihre Meinung zu ihren Auftraggebern aus Gründen der Marktraison hinter dem Berg zu halten. So dürften jedenfalls bewertungsähnliche Plattformen kartellrechtlich zulässig sein.

Erst recht aber würde es zu weit gehen, wenn schon jeder Austausch von Selbständigen auf Plattformen gleich als unzulässiger Boykottvorwurf gewertet werden würde. Dabei kommt hinzu, dass der Tatbestand des § 21 GWB schon einfachrechtlich eine umfassende Interessenabwägung voraussetzt. Ob eine Behinderung unbillig ist, muss unter der Abwägung der Interessen der Beteiligten und der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB entschieden werden.[216] Im Rahmen dieser Abwägung spielt Art. 5 GG dann aber in der Tat eine gewichtige Rolle. So oder so kann die bloße Mitteilung von Tatsachen, aus denen die Adressaten am Ende ohnehin ganz unterschiedliche Schlüsse ziehen können, noch nicht zur Annahme eines Boykotts ausreichen.

In jedem Fall würde es aber dem Gesetzgeber freistehen, den Anwendungsbereich des Kartellverbots so einzuschränken, dass diesen die Option auf Abschluss von Kollektivverträgen erhalten bleibt. Es unterliegt alleine seiner wirtschaftspolitischen Entscheidung, wer dem Verbot horizontaler Wettbewerbsabsprachen unterliegen und wer hiervon ausgenommen sein soll. Genau hierzu dient § 12a TVG. Die Regelung stellt sicher, dass Tarifverträge arbeitnehmerähnlicher Personen ohne weiteres gegenüber dem Kartellverbot privilegiert sind und zwar ganz unabhängig davon, ob diese nun (vollständig) am Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen oder nicht. Das zeigt nochmals, dass es durchaus erwägenswert wäre, den Anwendungsbereich des § 12a TVG

---

216 *Bechtold*, § 21 Rn. 7.

so zu erweitern, dass ihm auch solche Selbständige unterfallen, die zwar keine Arbeitnehmerähnliche im klassischen Sinn sind, dessen ungeachtet aber schutzbedürftig erscheinen, vgl. dazu 4.4.2 u. 5.1.2.

Ganz ähnlich könnte der Gesetzgeber unverbindliche Normenverträge von Selbständigen und Auftraggebern, einseitige Vergütungssatzungen, aber auch Netzwerke, die der gegenseitigen Information von Selbständigen dienen, explizit gegen das Kartellverbot des § 1 GWB immunisieren. Das könnte dadurch bewerkstelligt werden, indem etwa einschlägige Empfehlungen im Kontext einer gesetzlichen Norm erwähnt werden, die selbständigen Leistungserbringern einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung zuerkennt (Vorbild: §§ 32 ff., insb. 36 UrhG, s. 5.1.3 u. 4.2.3). Denkbar wäre auch, eine entsprechende Regelung in Anlehnung an die frühere kartellrechtliche Privilegierung von Mittelstandsempfehlungen (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Fassung bis 2005)[217] in das GWB aufzunehmen.

5.2.3 Europäisches Kartellrecht

Größere Reibungsflächen ergeben sich allerdings zwischen einer Marktkoordinierung Selbständiger bzw. Kollektivverträgen Selbständiger und dem europäischen Kartellrecht. Auf dieses hat der nationale Gesetzgeber naturgemäß nur einen eingeschränkten Zugriff.

5.2.3.1 Anwendung des Kartellverbots, Schutzbereich des Art. 28 GrCh

Das Unionsrecht nähert sich der rechtlichen Erfassung von Kollektivabreden im Vergleich zum deutschen Recht von „der anderen Seite“ her. Ausgangspunkt der Betrachtung ist das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und nicht die in Art. 28

---

[217] Aufgehoben durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Juli 2005, BGBl. I-2005, S. 1954. Die Regelung lautete:
(1) Empfehlungen, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote (…) durch gleichförmiges Verhalten bezwecken oder bewirken, sind verboten. (…)
(2) Das Verbot des Absatzes 1 gilt nicht für Empfehlungen, die von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten ausgesprochen werden, wenn die Empfehlungen
1. dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen zu verbessern und
2. gegenüber dem Empfehlungsempfänger ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird.

GrCh garantierte Koalitionsfreiheit. Zu ihr gelangt der EuGH vielmehr „nur" im Kontext der rechtlichen Bewertung von Tarifverträgen.

Das hat letztlich aber nur historische Gründe. Während sich das Kartellverbot bereits seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in den jeweiligen Vertragstexten fand, wurde die Grundrechtscharta erst 2000 geschaffen und im Dezember 2009 verbindlich. Auch ändert der unterschiedliche Blickwinkel weder etwas an der materiellen Fragestellung, noch am Ergebnis. Freilich drängt die Herangehensweise des EuGH Kollektivabreden letztlich ein wenig in die Defensive, gewinnt das Koalitionsgrundrecht so doch den Charakter eines kartellrechtlichen Rechtfertigungsgrundes.

Jedenfalls sind Tarifverträge nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots des Art. 101 AEUV ausgenommen.[218] Damit stellt sich auch im unionsrechtlichen Kontext die Frage, inwieweit Selbständige an der in Art. 28 GrCh verankerten Gewährleistung der Koalitionsfreiheit teilnehmen und weiter, ob von ihnen abgeschlossene Kollektivverträge als Tarifvertrag im Sinne des Unionsrechts qualifiziert werden können. Was den Austausch in sozialen Netzwerken betrifft, kämen die Grundrechte Art. 11 Abs. 1, 15 Abs. 1 GrCh noch hinzu, s. 5.2.2.

Dabei fällt eine eingehende Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 28 GrCh allerdings nicht ganz leicht. Sie ist unionsrechtlich autonom vorzunehmen; nationale Definitionsmerkmale und Begrifflichkeiten haben darauf keinen Einfluss. Schwierigkeiten stellen sich insoweit, als das europäische Koalitionsrecht dogmatisch durch Rechtsprechung und Wissenschaft bislang bei weitem nicht so intensiv ausgelotet wurde wie das im nationalen Recht der Fall ist. Allgemein wird davon ausgegangen, dass Art. 28 GrCh auf den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des AEUV (Art. 45, 153) abstellt.[219] Das spricht zunächst für eine Orientierung an der Leistung weisungsabhängiger Arbeit.[220] Auf den ersten Blick scheint Art. 28 GrCh dabei sogar enger ausgerichtet als Art. 9 Abs. 3 GG,

---

218 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 [Albany], ECLI:EU:C:1999:430, Slg 1999, I-5863 = DB 2000, 826, Rn. 60; EuGH 21.9.1999 – C 115/97 [Brentjens'], ECLI:EU:C:1999:434 = NZA 2000, 201, Rn. 57; EuGH 21.9.1999 – C-219/97 [Drijvende Bokken], ECLI:EU:C:1999:437, Slg 1999, I-6121 = EuR 2000, 403, Rn. 47; EuGH 12.9.2000 – C-180/98 [Pavlov], ECLI:EU:C:2000:428, Slg 2000, I-6451 = AuR 2001, 77 (Ls.), Rn.67; EuGH 21.9.2000 – C-222/98 [van der Woude], ECLI:EU:C:2000:475, Slg 2000, I-7111 = BeckEuRS 2000, 242230, Rn. 22; EuGH 3.3.2011 – C-437/09 [AG2R Prévoyance], ECLI:EU:C:2011:112, Slg 2011, I-1003 = EWS 2011, 187, Rn. 29.

219 *Stern/Sachs/Rixen/Scharl*, Art. 28 Rn. 5.

220 *Stern/Sachs/Rixen/Scharl*, Art. 28 Rn. 5; *Jarass/Kocher*, Art. 28 Rn. 15.

da in der Charta ausdrücklich nur von „*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern*“ die Rede ist.

In der Tat legt der EuGH eine gewisse Zurückhaltung an den Tag, was die Reichweite der kartellrechtlichen Bereichsausnahme für Kollektivverträge angeht.[221] Danach greift die Ausnahme vom Kartellverbot nur für Tarifwerke, die die Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmern ansprechen. Als heikel erweisen sich dagegen Kollektivabreden, die Arbeits- und Leistungsmodalitäten selbständiger Dienstleister zum Inhalt haben. Wenngleich diese verhältnismäßig enge Sichtweise des EuGH einige Kritik auf sich zieht,[222] sollte sie schon aus Gründen der Rechtssicherheit etwaigen Reformvorhaben zu Grunde gelegt werden.

Schon in der Rechtsache Pavlov[223] führt der EuGH aus, dass das Unionsrecht keine den Art. 28 GrCh bzw. Art. 151 AEUV[224] entsprechende Bestimmung kennt, nach der die Angehörigen freier Berufe aufgerufen wären, Kollektivvereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu schließen; der Staat könne solche auch nicht ohne weiteres für zwingend erklären. Daher ist ein Beschluss eines Verbands von Angehörigen eines freien Berufs, mit dem allen Marktteilnehmern verbindlich Beitragspflichten zu einem Zusatzrentensystem (Rentenfond) vorgeschrieben werden sollen, nicht vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen.

Diese Rechtsprechung verfestigt der EuGH mit seinem Urteil in Sachen FNV Kunsten.[225] In den Jahren 2006 und 2007 schlossen der Gewerkschaftsbund FNV Kunsten und die Arbeitnehmervereinigung niederländischer Tonkünstler mit der Arbeitgebervereinigung Verband der Stiftungen für Aushilfsmusiker in niederländischen Orchestern einen Tarifvertrag für Musiker, die Mitglieder eines Orchesters vertreten (Aushilfsmusiker). Dieser Tarifvertrag legte unter anderem Mindesttarife nicht nur für angestellte Aushilfsmusiker, sondern auch

---

221 S. zusammenfassend auch: *Ackermann*, S. 7, 30; *Löwisch/Rieble*, § 12a, Rn. 22; GHN/*Schuhmacher*, Art. 101 AEUV Rn. 29; offener dagegen: *Mühlbach*, S. 132 f.

222 S. etwa zum Kunsten-Urteil des EuGH: *Fuchs*, ZESAR 2016, 297, 302 ff.

223 EuGH 12.9.2000 – C-180/98 [Pavlov], ECLI:EU:C:2000:428, Slg 2000, I-6451 = AuR 2001, 77, Rn. 69.

224 Zitierung nach der aktuellen Fassung des AEUV. Die Grundrechtscharta existierte zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht, weshalb sich der EuGH insoweit noch auf die „Vorläuferregelungen“ der Art. 1 und 4 des Abkommens über die Sozialpolitik (ABl. 1992, C 191, S. 91) bezog.

225 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55.

für Aushilfsmusiker, die im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags tätig werden und nicht als „Arbeitnehmer" im Sinne des Tarifvertrages anzusehen sind, fest.

In seinem Urteil weist der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass eine generelle kartellrechtliche Privilegierung von Kollektivabreden selbständiger Dienstleistungserbringer nicht in Betracht kommt. Vielmehr greift die kartellrechtliche Bereichsausnahme ausschließlich für Tarifverträge, die sich an Arbeitnehmer wenden. Arbeitnehmer ist eine Person, die für einen anderen Leistungen nach dessen Weisung erbringt, in dessen Betrieb eingegliedert ist und als Gegenleistung für ihre Arbeit eine Vergütung erhält. Ist das nicht der Fall, handelt es sich bei der fraglichen Person um einen Selbständigen. Positiv gewendet sieht der EuGH als Selbständigen jemanden an, der seine Dienstleistungen gegen Entgelt auf einem bestimmten Markt anbietet und gegenüber seinen Auftraggebern als selbständiger Wirtschaftsteilnehmer auftritt.

Doch erkennt der EuGH in diesem Urteil auch an, dass darüber hinaus auch solche tarifvertraglichen Bestimmungen nicht dem Kartellverbot des AEUV unterfallen, die sich an Dienstleistungserbringer richten, die „*in Wirklichkeit Scheinselbständige sind*." Welche Personen der EuGH damit genau im Auge gehabt hat, lässt sich nicht absolut sicher einschätzen und ist in der Literatur erheblich umstritten.

In einer strengen Lesart sollen von dieser Ausnahme lediglich „Scheinselbständige" ieS angesprochen sein, also solche Personen, die nur vermeintlich Selbständige, in Wahrheit aber Arbeitnehmer sind.[226] Damit könnten – das freilich abhängig von den Umständen des Einzelfalls – möglicherweise sogar klassische Tarifverträge nach § 12a TVG kartellrechtswidrig sein. Für diese Sichtweise ließe sich anführen, dass sich im Urteil Stellen finden, die sich tatsächlich so verstehen lassen, dass der Selbständige nur dann an der kartellrechtlichen Privilegierung teilnimmt, wenn er dem Weisungsrecht des Auftraggebers unterworfen ist, womit er zu dessen Arbeitnehmer würde, zumindest aber in dessen

---

226 *Löwisch/Rieble*, § 12a, Rn. 25; *Thomas*, S. 47, 55 ff.; *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410; *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 517 f. In der Tendenz möglicherweise auch: KK/*Füller*, Art. 101 AEUV Rn. 58; Zu einem zurückhaltenden Gebrauch von § 12a TVG mahnen auch: Däubler-TVG/*Reinecke/Rachor*, § 12a Rn. 14. Ebenso *Fuchs*, ZESAR 2016, 297, der indes sowohl der Entscheidung des EuGH als auch den sich seiner Meinung nach daraus ergebenden Konsequenzen kritisch gegenüber steht.

Betrieb eingliedert ist oder aber aus Sicht eines externen Betrachters mit diesem wirtschaftlich eine Einheit bildet.[227]

Das ist nicht überzeugend. Man kann kaum unterstellen, dass der EuGH mit langen Ausführungen nicht mehr als eine simple Binsenwahrheit aussprechen wollte. Wer „in Wirklichkeit" Arbeitnehmer ist, ist eben Arbeitnehmer und für den muss der Anwendungsbereich des Privilegierungstatbestands auch nicht neu ausgelotet oder erweitert werden. Genau das strebt der EuGH aber ganz offensichtlich an („*Dies schließt nicht aus, dass auch …*"[228]). Hinzu kommt, dass der EuGH nationalen Gerichten die Unsicherheiten nehmen will, die sich im schwierigen Grenzbereich wirtschaftlich abhängiger Beschäftigung stellen,[229] was nur gelingen kann, wenn der personelle Geltungsbereich des Privilegierungstatbestands über den Begriff des Arbeitnehmers ieS ausgedehnt wird. Und nicht wenige Passagen des Urteils deuten darauf hin, dass der EuGH dabei gerade solche Leistungserbringer im Auge hat, die zwar selbständig am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, indes einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind. So heißt es etwa:

> „*Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden*"[230];
>
> „*…wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist …*"[231];
>
> „*[Auftragnehmer, die nicht], … über mehr Autonomie und Flexibilität verfügen als die die gleiche Tätigkeit ausübenden Arbeitnehmer*"[232].

Selbständige können daher zumindest dann in Tarifverträge mit einbezogen werden, wenn sie zwar bei der Auftragsausführung nicht zum Arbeitnehmer des Auftraggebers werden, während der fraglichen Zeit von diesem aber letzt-

---

227 Vgl. EuGH 14.12.2016 – C–217/05 [Petróleos SA], ECLI:EU:C:2006:784, ABl EU 2006, Nr C 331, 9 = EuZW 2007, 150.

228 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 31.

229 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 32.

230 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 31.

231 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 33.

232 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 37.

lich kaum anders behandelt werden als dessen Arbeitnehmer. Das könnte beispielsweise auf Crowdworker zutreffen, die häufig eng in die Betriebsabläufe der Plattform eingebunden sind.[233]

Darüber hinaus ist aber nochmals daran zu erinnern, dass Art. 28 GrCh – das ist der entscheidende Ausgangspunkt und nicht etwa das Kartellrecht – sich am europäischen Arbeitnehmerbegriff festmacht, der großzügiger ausgelegt ist als der des deutschen Arbeitsrechts. Zwar stellt auch das Unionsrecht primär auf den Weisungsbegriff ab,[234] bezieht diesen aber stärker auch auf die ausgeübte Tätigkeit, weshalb etwa – wie die Entscheidungen des EuGH in Sachen Balkaya,[235] Danosa[236] oder Albron Catering[237] zeigen – zumindest auch Organe einer juristischen Person, Leiharbeitnehmer oder Praktikanten Arbeitnehmer ihres Auftraggebers bzw. Einsatzbetriebs sein können.[238]

In jedem Fall sind auch Arbeitnehmerähnliche in den Schutzbereich des Art. 28 GrCh einbezogen.[239] Mithin sind Tarifverträge, Kollektivverträge iwS, Preisempfehlungen oder sonstige Verhaltensabsprachen von arbeitnehmerähnlichen

---

233 Vgl. dazu: *Risak*, ZAS 2015, 11; *ders.*, in Lutz/Risak, S. 18 ff.; *ders.*, in Fair Working Conditions; *Prassl/Risak*, 37 Comp. Lab. L. & Pol´y J 2016, 619, 634 ff.; *diess.*, in: Singer/Bazzani, S. 67 ff.; *Warter*, S. 169 ff.

234 S. etwa EuGH 11.11.2010 – C-232/09 [Danosa], ECLI:EU:C:2010:674, Slg 2010, I-11405 = NZA 2011, 74; EuGH 19.6.2014 – C-507/12 [Saint Prix], ECLI:EU:C:2014:2007 = NZA 2014, 765; EuGH 9.7.2015 – C-229/14 [Balkaya], ECLI:EZ:C:2015:455, ABl EU 2015, Nr C 294, 11 = NZA 2015, 861, Rn. 50.

235 EuGH 9.7.2015 – C-229/14 [Balkaya], ECLI:EZ:C:2015:455, ABl EU 2015, Nr C 294, 11 = NZA 2015, 861.

236 EuGH 11.11.2010 – C-232/09 [Danosa], ECLI:EU:C:2010:674, Slg 2010, I-11405 = NZA 2011, 74.

237 EuGH 21.10.2010 – C-242/09 [Albron Catering], ECLI:EU:C:2010:625, Slg 2010, I-10309 = NZA 2010, 1225.

238 So auch der Richtlinienvorschlag der Europäischen Union, COM (2017) 797 final/2 zu „verlässlichen Arbeitsbedingungen". Nach Art. 2 soll eine natürliche Person (schon) dann als Arbeitnehmer gelten, wenn diese „*während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt.*"

239 EUArbR/*Steinmeyer*, Art. 45 AEUV Rn. 11; *Jarass/Kocher*, Art. 2 Rn. 16; ähnlich auch *Löwisch/Rieble*, § 12a TVG. In Sachen EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55 sah das vorlegende nationale Gericht Aushilfs-Orchestermusiker dann auch als Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinn an. Mithin wurde der streitgegenständliche Tarifvertrag als wirksam qualifiziert (s. hierzu *Löwisch/Rieble*, § 12a, Rn. 26). Zurückhaltend zur Erfassung Arbeitnehmerähnlicher durch das europäische Arbeitsrecht aber: *C. Schubert*, S. 156 ff., EUArbR/*C. Schubert*, Art. 28 Rn. 18.

Personen aus dem europäischen Kartellverbot ausgenommen.[240] Dabei lässt sich der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person durchaus weit auslegen. Es genügt, dass zwischen ihr und ihrem Auftraggeber ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinn einer gesteigerten Verantwortungsbeziehung besteht, wie es hier unter 4.4.2. beschrieben wurde. Folgerichtig sah das Vorlagegericht in Sachen Kunsten den vertragsschließenden Verband von selbständigen Orchestermusikern dann auch als Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinn an und hielt deren Tarifvertrag für wirksam.[241]

Darüber hinaus finden sich in der europäischen Rechtsprechung immerhin Ansätze, die sich offen gegenüber der kollektiven Gestaltung von Wirtschaftsbedingungen auch von Selbständigen jenseits der Arbeitnehmerähnlichkeit zeigen. Explizit sah der EuGH in Sachen Becu die Erstreckung tariflicher Mindestlöhne auch auf Hafenbeschäftigte als gerechtfertigt an, die ihre Dienstleistungen nicht als Arbeitnehmer anboten.[242] Daran anknüpfend wäre es vielleicht denkbar, darunter zumindest solche Personen zu erfassen, die sich im Grenzbereich von Arbeitnehmern und Selbständigen bewegen, auch wenn sie vom nationalen Recht möglicherweise nicht als Arbeitnehmer angesehen werden. Das ließe sich insbesondere für den Bereich der modernen Plattformökonomie fruchtbar machen.[243]

Alles in allem wird man an dieser Stelle aber realistisch bleiben müssen. Das Risiko, dass das Unionsrecht Verbandsaktivitäten außerhalb der Beschäftigung von Arbeitnehmerähnlichen als kartellrechtswidrig verwirft, muss bei einschlägigen Aktivitäten in Anschlag gebracht werden. Daher wäre es am Ende wohl eine politische Frage, inwieweit durch eine Modifikation entweder des Arbeitnehmerbegriffs oder aber (auch) des Kartellrechts sich eine Öffnung des Unionrechts zu Gunsten einer kollektiven Selbsthilfe auch von Selbständigen erzielen ließe. Dazu bedürfte es gar keiner – wohl nur sehr mühsam zu erreichenden – Novellierung der Grundrechtscharta. Denn obgleich Art. 28 GrCh von „*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern*“ spricht, darf man dabei nicht außer Acht lassen, dass sich der Schutzbereich der Norm erst durch den Bestand des „*Unionsrecht*

---

240 So *Heuschmid/Hlava*, AuR 2015, 194; *Eufinger*, DB 2015, 192, 193; *Haußmann/Steinle*, EuZW 2015, 313, 317; *Lettl*, WRP 2015, 294, 298; *Klebe*, AuR 2016, 277, 280; *Heuschmid/Klebe*, S. 37, 80.

241 Dies berichten zumindest *Löwisch/Rieble*, § 12a, Rn. 26.

242 EuGH 16.9.1999 – C-22/98 [Becu], ECLI:EU:C:1999:419, Slg 1999, I-5665 = BeckEuRS 1999, 235032.

243 Dies halten schon nach geltendem Recht für möglich: *Klebe*, AuR 2016, 277, 280; *Heuschmid/Klebe*, S. 37, 80.

und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" konkretisiert. Wenn also in der Literatur immer wieder vorgeschlagen wird, das europäische Arbeitsrecht für Crowdworker zu öffnen oder zumindest eine „intermediate category" zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern einzuführen,[244] dann wäre es eine vorrangige Forderung, Personen im kritischen Zwischenbereich erst einmal das Recht zur kollektiven Selbstorganisation zu eröffnen. Dies ließe sich durch Sekundärrecht erreichen, das sie mittelbar in den Anwendungsbereich des Art. 28 GrCh einbezieht oder aber durch eine entsprechende kartellrechtliche Privilegierung, beispielsweise eine solche in Form einer (Gruppen-)Freistellungsverordnung (Art. 101 Abs. 3 AEUV).

Tatsächlich scheinen sich die Kommission[245] und zuletzt auch das Parlament im Hinblick auf Beschäftigte in der Plattformökonomie für eine großzügigere bzw. flexiblere Fassung des Beschäftigtenbegriffs aussprechen zu wollen.[246] In dieser Hinsicht weist das Parlament darauf hin, dass die Wahrung der Grundrechte und die Herstellung einer angemessenen sozialen Absicherung selbständiger Erwerbstätiger, insbesondere derjenigen in der kollaborativen Wirtschaft, von großer Bedeutung ist und zwar „*einschließlich ihres Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen*" und das „*auch im Hinblick auf ihre Bezahlung*." Entsprechend bleibt die weitere Entwicklung mit Spannung abzuwarten.

5.2.3.2 Vereinbarungsqualität, Zwischenstaatlichkeitsklausel, rule of reason

Soweit Vereinigungen von Selbständigen nicht an der kartellrechtlichen Privilegierung von Kollektivverträgen teilnehmen, heißt das nicht zwingend, dass sie sogleich mit jeglicher Lebensentäußerung dem unionsrechtlichen Kartellverbot unterfallen würden. Dazu würde es vielmehr erst dann kommen, wenn das fragliche Verhalten des Verbands den Tatbestand des Art. 101 AEUV auch im Übrigen erfüllen würde.

Ob das der Fall ist, hängt entscheidend von der Festigkeit der jeweiligen Abrede ab bzw. davon, ob die Koordinierung eines bestimmten Verhaltens tatsächlich auf die Marktverhältnisse einwirkt. Die intensivste kartellrechtliche Kontrolle

---

244 So vor allem: *Risak*, ZAS 2015, 11, 14 ff.; *ders.*, in Lutz/Risak, S. 18 ff.; *ders.*, in Fair Working Conditions, S. 8 ff.; *Prassl/Risak*, 37 Comp. Lab. L. & Pol'y J 2016, 619, 634 ff.; *dies.*, in: Singer/Bazzani, S. 67 ff.; *Warter*, S. 189 ff.

245 COM (2016), 11.

246 Europäisches Parlament: Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2017/2003(INI), Ziff. 40.

würden ohne Frage Tarifverträge ieS und zwar auch solche iSd. (ggf. novellierten, s. 5.1.2) § 12a TVG erfahren, da diese für die Tarifunterworfenen rechtlich bindend sind. Das zeigt schon ein erster Blick auf das hier bereits mehrfach angesprochene Kunsten-Urteil des EuGH, dessen Gegenstand ein mehr oder weniger bindender Kollektivvertrag von Selbständigen war.

Nochmals darauf hingewiesen sei, dass es auch dann zu einer Kartellkontrolle von Vergütungsempfehlungen kommen könnte, wenn erst der Gesetzgeber diese mittelbar für verbindlich erklärt, indem er Auftragnehmern einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung zuerkennt und die Generalklausel der „Angemessenheit" durch einschlägige Verbandsempfehlungen ausgefüllt wird. Belässt eine staatliche Regelung Kollektivverbänden nämlich einen hinreichenden Entscheidungsspielraum oder besteht die hoheitliche Einwirkung auf den Wettbewerb lediglich darin, dass der Beschluss der Kartellanten genehmigt oder für allgemeinverbindlich erklärt wird, bleibt es bei der Anwendbarkeit des Kartellrechts.[247] Das Kartellrecht kommt lediglich dann nicht zum Zuge, wenn das staatliche Recht bereits die entscheidenden Grundsätze der späteren Vergütungsfestsetzung mehr oder weniger abschließend vorgibt; das Verbandsrecht bewirkt dann nämlich nicht mehr die eigentliche Wettbewerbsbeschränkung.[248] Das ist hier aber nicht der Fall. Entsprechend wurde im Urheberrecht eine engagierte Diskussion darüber geführt, ob der Beschluss von Urheber-[249] und Verwerterverbänden zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln nach §§ 32 und 36 UrhG gegen das Kartellverbot des Vertrages verstößt. [250]

---

247 EuGH 29.11.2001 – C-221/99 [Rossi], ECLI:EU:C:2001:647, Slg. 2001, I-9359 = EuZW 2002, 284; EuG 30.3.2000 – T-513/93 [Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali], ECLI:EU:T:2000:91, Slg 2000, II-1807 = BeckEuRS 2000, 241891; EUGH 19.2.2002 – C-35/99 [Arduino], ECLI:EU:C:2002:97, Slg 2002, I-1529 = NJW 2002, 882, Rn. 35; EuGH 3.3.2011 – C-437/09 [AG2R Prévoyance], ECLI:EU:C:2011:112, Slg 2011, I-1003 = EWS 2011, 187, Rn. 37; EuGH 18.6.1998 – C-35/96 [Kommission/Italien], ECLI:EU:C:1998:303, Slg 1998, I-3851 = EuZW 1999, 93, Rn. 53 f.; EuGH 18.6.1998 – C-266/96 [Corsica Ferries France], ECLI:EU:C:1998:306, Slg 1998, I-3949 = BeckEuRS 1998, 230276, Rn. 35 f. und 49; EuGH 21.9.1999 – C-67/96, [Albany], ECLI:EU:C:1999:430, Slg 1999, I-5863 = DB 2000, 826, Rn. 65; explizit a.A. Spindler, ZUM 2012, 921, 926.

248 So zusammenfassend: KK-KartR/*Maritzen*, § 1 GWB Rn. 231; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*von der Groeben*, Art. 101 Rn. 107; Thomas, S. 47, 67 ff.

249 Zur Unternehmereigenschaft des Urhebers s. nur KK/*Füller*, Art. 101 Rn. 89.

250 S. etwa: *Thomas*, S. 47; *Tolkmitt*, GRUR 2016, 564; *Ory*, AfP 2015, 389, 393; *Spindler*, ZUM 2012, 921, 925 f. Im Umfeld der erstmaligen Schaffung der §§ 32 ff. UrhG diskutierten diese Frage bereits: *Schlink*/*Poscher*, S. 67; *Schack*, GRUR 2002, 853; *Schmitt*, GRUR 2003, 294. S. auch: Deutscher Bundestag, PE 6 – 3000 – 121/16, S. 9 ff.

Schon etwas entspannter präsentiert sich dagegen die Sachlage für zweiseitige Normenverträge (iwS), die erst dann in die Auftragsbeziehung eindringen, wenn die Individualvertragsparteien auf sie auch tatsächlich zurückgreifen (s. 5.1.3). Das gilt erst recht für reine Vergütungsempfehlungen, denen es an einer signifikanten Bindungswirkung fehlt. Diese wiederum fällt bei rein einseitigen Verbandsempfehlungen nochmals schwächer aus, die den Auftragnehmern letztlich nicht mehr als eine Orientierung für Vertragsverhandlungen zur Hand gibt, bei weitem aber nicht in der Lage ist, den Preis für die jeweiligen Dienstleistungen wirklich fix vorzugeben. Als schwächste Form erweist sich der reine Austausch von Informationen und die gegenseitige Unterstützung auf gemeinsamen Plattformen und in sozialen Medien (s. 5.1.4).

Allerdings fasst das Kartellrecht den Begriff der Vereinbarung (des Beschlusses) verhältnismäßig weit. Es greift nicht erst, wenn sich die Kartellteilnehmer in irgendeiner Weise binden, vielmehr genügt, dass durch soziale Kontrolle oder den Druck der anderen Mitglieder sichergestellt wird, dass eine Abrede regelmäßig befolgt wird. Darüber hinaus genügt sogar, dass die Empfehlung in der Erwartung ausgesprochen wird, dass sich die Mitglieder überwiegend daran halten.[251] Insoweit reicht, dass eine Unternehmensvereinigung ihren ernsthaften Willen zum Ausdruck bringt, das Verhalten ihrer Mitglieder auf einem bestimmten Markt koordinieren zu wollen und der Beschluss wenigstens abstrakt dazu geeignet ist, den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt zu beeinflussen.[252]

Dennoch sind völlig unverbindliche Empfehlungen nicht als Beschluss iSd. Art. 101 AEUV zu qualifizieren.[253] Damit bemisst sich die Wahrscheinlichkeit, dass diese mit dem europäischen Kartellverbot vereinbar sind, ganz signifikant höher als das etwa bei echten Tarifverträgen der Fall ist. So wurde für die gemeinsamen Vergütungsregelungen des Urheberrechts etwa vertreten, dass es sich bei diesen um nicht mehr als um eine einfache „Selbstauskunft" der Branche über eine ihrer Ansicht nach redliche Vertragspraxis handelt, die bei weitem nicht dem Anwendungsbereich des Kartellrechts unterfällt.[254]

---

251 S. statt vieler Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 I Rn. 60 ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*von der Groeben*, Art. 101 Rn. 46 u. 49; *Bechtold*, Art. 101 Rn. 52; *Thomas*, S. 47, 63 ff., insb. 64; alle mit umfassenden Nachw. zur Rechtsprechung des EuGH sowie zu Entscheidungen der Kommission.

252 KK/*Füller*, Art. 101 AEUV Rn. 134.

253 *Bechtold*, Art. 101 Rn. 52.

254 *Spindler*, ZUM 2012, 921, 926.

Erfüllt die zur Beurteilung stehende Verhaltenskoordination den Vereinbarungsbegriff, wäre in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese auch die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen Kartellrechts tangiert.[255] Im Ansatz könnte das vor allem in der Plattformökonomie der Fall sein, da einschlägige Arbeiten typischerweise grenzüberschreitend erbracht werden, s. 4.3.3. Das alleine reicht indes nicht aus. Art. 101 AEUV enthält als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal nämlich das Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung. [256] Es bedarf daher einer Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse; die Abrede muss mindestens Marktanteile zwischen 5 und 10 % erreichen. Auch daran dürfte es häufig fehlen. Daraus folgt: Weniger bedeutende kollektive Vergütungsregelungen, deren Auswirkungen sich überwiegend auf einen regionalen Markt oder das Inland beschränken, sind aus europarechtlicher Sicht kartellrechtsneutral.

In vielen anderen Konstellationen wird ein unionsweiter Bezug der Vergütungsordnung hingegen schon grundsätzlich zu verneinen sein. So war der EuGH selbst in dem von ihm an sich streng judizierten Fall Kunsten[257] der Ansicht, dass eine Vereinbarung selbständiger Orchestermusiker über Aushilfstarife noch keine hinreichenden Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel hat, sondern alleine den innerstaatlichen Sachverhalt beeinflusst.[258]

Schließlich wäre auf einer letzten Ebene zu diskutieren, ob für bestimmte Verhaltensweisen nicht wenigstens eine tatbestandsimmanente Restriktion bzw. eine Rechtfertigung gemäß der kartellrechtlichen Figur der „rule of reason" in Betracht kommt. Diese aktualisiert sich dann, wenn eine Vereinbarung zwar wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hat, eine Abwägung zwischen den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung und dem wirtschaftlichen Nutzen unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände des Einzelfalls aber zeigt, dass diese letztlich hinnehmbar oder gar vernünftig ist. Folglich ließen sich einzelfallbezogen zumindest solche Tarifwerke gegen das Kartellverbot vertei-

---

255 S. dazu etwa EuGH 12.9.2000 – C-180/98 [Pavlov], ECLI:EU:C:2000:428, Slg 2000, I-6451 = AuR 2001, 77 (Ls.), Rn. 97; enger aber: EuGH 18.6.1998 – C-35/96 [Kommission/Italien], ECLI:EU:C:1998:303, Slg 1998, I-3851 = EuZW 1999, 93, Rn. 45 ff.

256 Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 Rn. 142; *Bechtold*, Art. 101 Rn. 103 ff.

257 EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 17.

258 Dessen ungeachtet hatte der EuGH im konkreten Rechtsstreit aus anderen, hier nicht interessierenden Erwägungen die Zulässigkeit der Vorlagefrage bejaht. S. EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55, Rn. 18 bis 20.

digen, die Leistungsbeziehungen erfassen, auf deren Fortbestand der Selbständige zwingend angewiesen ist.

Doch ist nicht gesichert, dass es im europäischen Kartellrecht überhaupt eine rule of reason gibt.[259] Die Rechtsprechung des EuGH (bzw. des EuG) ist insoweit zumindest schwankend. In vielen älteren Urteilen hatte der EuGH dahingehende Überlegungen eher verworfen. Im Kunsten-Urteil spricht der Gerichtshof eine etwaige Rechtfertigung des streitgegenständlichen Tarifvertrages noch nicht einmal an, obgleich sich dort eine solche gleich auf doppelte Grundlage hätte gründen lassen. Zum einen hätten kulturelle Aspekte berücksichtigt werden können (Art. 167 Abs. 4 AEUV), zum anderen stand eine Abrede schlechter verdienender und wirtschaftlich abhängiger selbständiger Orchestermusiker zur Überprüfung.

Immerhin finden sich aber auch Urteile, in denen der EuGH einen deutlich großzügigeren Ansatz vertritt und Wettbewerbsabreden unter übergeordneten Gesichtspunkten als zulässig eingestuft hat.[260] Prägend könnten aber ohnehin zwei aktuelle Entscheidungen des EuGH[261] sein, in denen es dem Gericht mehr oder weniger selbstverständlich erscheint, dass Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung erst in ihrem Gesamtzusammenhang vollständig erfasst werden können. Insoweit ist nach Ansicht des EuGH auch zu berücksichtigen, mit welcher Zielsetzung die fragliche Abrede getroffen wurde und welche Wirkungen sie entfaltet. Das ist indes mit einer gewissen Vorsicht zu behandeln. Den Urteilen liegt nämlich die Idee zu Grunde, dass es Abreden gibt, von denen zwar auf den ersten Blick eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausgeht, bei denen sich aber bei näherem Hinsehen zeigt, dass sie sich ausgesprochen positiv auf den Wettbewerb auswirken, weil erst sie die Öffnung eines nationalen Marktes für EU-Ausländer bewirken. Das trifft hier ersichtlich nicht zu.

---

259 Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 I, Rn. 134 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Ellger*, Art 101 III, Rn. 50 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 8 Rn. 70.

260 EuGH 19.2.2002 – C-309/99 [Wouters], ECLI:EU:C:2002:98, Slg 2002, I-1577 = NJW 2002, 877, Rn. 97; EuGH 25.10.1977 – 26/76 [Metro II], ECLI:EU:C:1977:167, Slg 1977, 1875 = GRUR Int 1978, 254, Rn. 21; EUGH 27.3.1974 – C 127/73 [BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs], ECLI:EU:C:1974:25, Slg 1974, 313 = BeckEuRS 1974, 40171, Rn. 6, 8 u. 15.

261 EuGH 18.7.2013 – C-136/12 [Consiglio nazionale dei geologi], ECLI:EU:C:2013:489 = EuZW 2013, 782, Rn. 53 ff.; EuGH 28.2.2013 – C-1/12 [Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas/Autoridade da Concorrência], ECLI:EU:C:2013:127 = EuZW 2013, 386; ähnlich auch EuG 18.9.2001 – T-112/99 [Métropole Télévision], ECLI:EU:T:2001:215, Slg 2001, II-2459 = BeckEuRS 2001, 353799, Rn. 76.

Darüber hinaus hält der EuGH es aber auch für möglich, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann. Diesbezüglich hat er bislang zwar primär die Sicherung der Qualität bestimmter Dienstleistungen als Rechtfertigungsgrund anerkannt (namentlich: Rechtsanwälte, Steuerberater, Geologen). Indes führt er auch aus, dass sich ein System unverfälschten Wettbewerbs, so wie es der AEUV vorsieht, nur gewährleisten lässt, wenn die Chancengleichheit der unterschiedlichen Marktteilnehmer sichergestellt wird.[262] Und genau an dieser Stelle ließe sich an die Überlegungen anknüpfen, die bereits oben (4.1.2) getroffen wurden, als es zu prüfen galt, ob und inwieweit ein Mindestlohn für Selbständige mit der Dienstleistungsfreiheit des Vertrags vereinbar wäre. Auf die hiesige Fragestellung gewendet, folgt aus diesen, dass Kollektivabreden am ehesten dem Kartellverbot entzogen bleiben könnten, wenn sie sich an solche Selbständige richten, die faktisch keine Entscheidungsmöglichkeit über ihr Auftreten auf dem Markt haben und mehr oder weniger von einem Auftraggeber finanziell und wirtschaftlich abhängig sind und/oder die während eines Einsatzes ganz ähnlich agieren, wie ein Arbeitnehmer.

262 EuGH 28.2.2013 – C-1/12 [Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas/Autoridade da Concorrência], ECLI:EU:C:2013:127 = EuZW 2013, 386, Rn. 88; EuGH 1.7.2008 – C-49/07 [Motoe], ECLI:EU:C:2008:376, Slg 2008, I-4863 = EUZW 2008, 605, Rn. 51.

6. Zusammenfassung/Thesen

1. Die Diskussion, ob selbständige Leistungserbringer eines besonderen gesetzlichen Sozialschutzes bedürfen und wie dieser geschaffen werden kann, darf nicht auf die digitale Wirtschaft verengt werden. Vielmehr finden sich prekäre Beschäftigungsformen vor allem auch außerhalb moderner Technologien und der Plattformökonomie. Wenn der Gesetzgeber ein Schutzrecht für Selbständige schaffen will, dann sollte dies für alle Leistungserbringer gelten, die sozial schutzbedürftig sind.

2. Das HAG ist weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgenseite geeignet, um Ungleichgewichtslagen im Bereich selbständiger Arbeit adäquat zu begegnen. Dazu würde auch eine umfassende Modernisierung des Gesetzes nicht ausreichen. Dieses müsste mehr oder weniger vollständig neu gefasst und zu einem „Selbständigenrecht" werden, mit dem die Heimarbeitskomponente verloren gehen würde.

3. Immerhin ist nicht völlig ausgeschlossen, dass Crowdworker in den Geltungsbereich des aktuell geltenden HAG einbezogen sein könnten. Indes kann das HAG einschlägige Vertragsbeziehungen nur dann erfassen, wenn diese eine gewisse Beständigkeit erreicht haben. Punktuelle Austauschbeziehungen sind daher nicht durch das HAG abgedeckt, weshalb die große Mehrheit einschlägiger Vertragsverhältnisse außen vor bleiben wird.

4. Eine Erweiterung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person kann mit Rücksicht auf die kollektive Seite Sinn ergeben (s. Ziff. 17). Im vertragsrechtlichen Bereich würde man alleine damit jedoch nicht zum Ziel (s. Ziff. 17) gelangen. Die wenigen Vorschriften, die das geltende Recht überhaupt für arbeitnehmerähnliche Personen bereithält, bieten Selbständigen (abgesehen von § 2 BUrlG) keinen nennenswerten Schutz. Hier bedarf es vor einer Neubewertung des Tatbestands vor allem einer sorgfältigen Beschreibung der intendierten Rechtsfolgen (s. Ziff. 11).

5. In der politischen Diskussion ist zuletzt immer wieder die Forderung nach der Schaffung einer gesetzlich festgelegten Mindestvergütung für Selbständige erhoben worden.

   Derartige Regelungen würden in die Vertrags- und Berufsfreiheit sowohl des Auftraggebers, als auch des Auftragnehmers eingreifen. Dieser Eingriff

wäre indes gerechtfertigt. Der Gesetzgeber ist nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG berechtigt und verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz gegen vertragliche Beschränkungen zu schaffen, die sich in einer Vertragsbeziehung daraus ergeben, dass es zwischen den Parteien an einem Kräftegleichgewicht fehlt. Das BVerfG hat mehrfach entschieden, dass diese Grundsätze auch mit Blick auf eine angemessene Entlohnung von selbständigen Leistungserbringern greifen (vgl. Urteile des BVerfG zu § 19 HAG, § 92a HGB, §§ 32 ff. UrhG).

6. Weniger offen gegenüber Mindestvergütungssätzen zu Gunsten Selbständiger zeigt sich dagegen das Europarecht. Derartige Regelungen tangieren die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie. So erkennt der EuGH in ständiger Rechtsprechung in der entsenderechtlichen Erstreckung mitgliedstaatlicher Mindestlöhne auf ausländische Dienstleistungserbringer und in staatlichen Mindesthonorarsätzen für Selbständige (z.B. Rechtsanwaltsgebühren, Architektenhonorare usw.) eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Vertrages. Die Relevanz dieser Problematik wird durch das derzeit seitens der Kommission gegen Deutschland geführte Vertragsverletzungsverfahren in Sachen HOAI unterstrichen.

   Nach der Rechtsprechung kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aber durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. In der Konsequenz hat der EuGH immer wieder nationale Vergütungsfestsetzungen akzeptiert. Allerdings geht der Regelungszweck der zugelassenen Honorarordnungen über eine reine Vergütungssicherung hinaus. Diese dienen nämlich auch sonstigen Gemeinwohlbelangen (etwa: Unabhängigkeit des betreffenden Berufsträgers, Qualität der Dienstleistung, ausgewogene Struktur des Güterfernverkehrs usw.) Hingegen lässt sich nicht verlässlich abschätzen, ob der EuGH auch einen reinen Sozialschutz zu Gunsten von Selbständigen akzeptieren würde. Das tut er in ständiger Rechtsprechung zwar im Bereich abhängiger Arbeit (Entsenderecht). Ob sich das so aber auf das Recht der Selbständigen übertragen lässt, ist nicht geklärt. Das ist zwar keineswegs ausgeschlossen, doch sollte man sich umgekehrt auch bewusst sein, dass eine Rechtfertigung eines generellen „Mindestlohns“ für Selbständige mit einigem Argumentationsaufwand verbunden wäre.

7. Der Erlass staatlicher Mindestlohnvorgaben (iwS) zu Gunsten von Selbständigen ist rechtstechnisch zwar möglich, würde den Gesetzgeber in praktischer Hinsicht aber nichtsdestotrotz vor einige Herausforderungen stellen.

a) Die Vorgabe einer fixen Stundenvergütung in Anlehnung an das MiLoG verspricht nur bedingt Erfolg. Derart ließen sich branchen- und tätigkeitsspezifische Aufwendungen des Selbständigen nicht oder nur unzureichend berücksichtigen, was aber essentiell wäre, will man sicherstellen, dass dieser wirklich eine angemessene Vergütung erhält. Zudem fällt es außerordentlich schwer, festzulegen, an welcher Leistungszeit sich die Zahlungspflicht des Auftraggebers genau festmachen soll und zwar schon, weil der Selbständige zeitlich nicht weisungsgebunden ist.

b) Dessen ungeachtet wurde in der Ausarbeitung eine Formel herausgearbeitet, mit der sich trotz aller verbleibenden Bedenken vielleicht arbeiten ließe. Danach würde sich ein Stundenmindestlohn an dem Zeitaufwand festmachen, den ein durchschnittlicher Auftragnehmer unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Auftrags üblicherbzw. redlicherweise für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung benötigt. Die Vergütung, die er hierfür erhält, muss nach Abzug der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, dem gesetzlichen Mindestlohn entsprechen, den ein abhängig Beschäftigter für den gleichen Zeitaufwand beanspruchen könnte.

c) Gewissermaßen eine äußerste Option wäre es, wenn für ausgewählte Branchen und Tätigkeiten im Verordnungsweg passgenaue Vergütungssätze festgesetzt werden würden. Als Vorbild ließen sich die §§ 4 ff., 19 HAG, §§ 10 ff. AEntG, §§ 4 ff. MiLoG, § 92a HGB und vor allem die staatlichen Gebührenordnungen (GNotKG, RVG, BRAO, HOAI, StBVV, Taxitarife usw.) heranziehen. Denkbar wäre auch, dass darüber hinaus für bestimmte Branchen paritätische Kommissionen eingesetzt werden, die einschlägige Vorschläge für eine Vergütungsfestsetzung seitens der Bundesverwaltung unterbreiten. Solche Verordnungen könnten sich aber allenfalls an Branchen und/oder Tätigkeiten wenden, die im Wirtschaftsleben weit verbreitet sind, sich gut standardisieren lassen, in denen Dienstleistungen auffällig häufig zu prekären Bedingungen erbracht werden und die daher besonders regulierungsbedürftig erscheinen.

8. Eher plausibel wäre es, wenn Selbständigen ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung zuerkannt werden würde. Vorbild hierfür könnten die §§ 32 ff. UrhG, §§ 89b und 90a HGB sein. Angemessen ist eine Vergütung, die im Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung aller Umstände und insbesondere des Leistungsaufwands des Auftragnehmers üblicher- und redlicherweise zu erwarten ist. Allerdings musste festgestellt werden, dass die

Regelungen, die insoweit zum Vorbild genommen werden könnten, ein recht ambivalentes Bild hinterlassen, was ihre Durchschlagskraft in der Rechtswirklichkeit betrifft. Auch zeigte eine Betrachtung der gemeinsamen Vergütungsregelung des Urheberrechts, dass es nicht leicht werden wird, die Angemessenheit einer Vergütung im Bereich selbständiger Beschäftigung zu konkretisieren. In Betracht kommt ggf. ein Rückgriff auf gemeinsame Vergütungsregelungen von Verbänden Selbständiger (s. Ziff. 18).

9. Würde per Gesetz eine Mindestvergütung für Selbständige angeordnet, muss diese unabdingbar ausgestaltet sein. Entgegenstehende AGB, die es in das Belieben des Auftraggebers stellen, ob dieser die erbrachte Leistung abnehmen, verwerten oder vergüten will, sind nach §§ 134 und 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB nichtig.

10. Das Zivilrecht kann selbständige Leistungserbringer nicht mit einem materiellen Kündigungsschutz versorgen. Noch weniger kann ein Kontrahierungszwang angeordnet werden, der den Auftraggeber nach der Abwicklung eines Auftrags zu einem neuerlichen Vertragsschluss zwingt. Zu überlegen ist aber, ob Auftragnehmer nicht vor einem abrupten Vertragsabbruch geschützt werden sollen. Das gilt indes nur für solche Vertragsbeziehungen, die sich nicht in einem punktuellen Leistungsaustausch erschöpfen, sondern eine gewisse Konsistenz erreicht haben. Das ließe sich durch eine Erstreckung des § 621 BGB auf das Werkvertragsrecht erreichen. Alternativ dazu wäre möglich, hierzu die Kündigungsbestimmungen des § 29 Abs. 2 bis 4 HAG fruchtbar zu machen.

11. Für alle gesetzlichen Regelungen, die dem Schutz Selbständiger dienen, stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung ihres personellen Geltungsbereichs.

    a) Insoweit geht es zunächst darum, ob alle Selbständigen in den Anwendungsbereich einschlägiger Regelungen fallen sollen oder nur solche, die wirtschaftlich-existenziell von einem bestimmten Auftraggeber abhängig sind. Gegen eine derartige Verkürzung der jeweiligen Tatbestände spricht, dass eigentlich entscheidend sein sollte, dass kein Auftragnehmer Leistungen zu unangemessenen Bedingungen erbringen muss und zwar auch nicht, wenn er nur ganz punktuell für einen Auftraggeber tätig wird. Ansonsten würden sich nicht unerhebliche Schutzlücken gerade zu Lasten der modernen „Digitalworker“ ergeben, die meist für eine Vielzahl wechselnder Auftraggeber tätig sind. Für eine Fokussierung auf arbeitnehmerähnliche Selbständige (iwS) lässt sich indes anführen, dass sich so die verfassungs- und europa-

rechtliche Rechtfertigung einschlägiger Regelungen erheblich einfacher bewerkstelligen ließe.

Anbieten könnte sich eine Differenzierung nach dem Regelungsgegenstand der Schutznorm: Anknüpfungspunkt von Vergütungsregelungen ist alleine die konkret erbrachte Leistung und zwar unabhängig davon, in welchen Kontext sie eingebettet ist, also ohne Rücksicht darauf, ob der Leistungserbringer von seinem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig ist oder nicht. Regelungen, die dagegen den Bestand des Vertragsverhältnisses ansprechen (etwa: Schutz vor einem überstürzten Vertragsabbruch), greifen nur, wenn die gegenseitige Vertragsbeziehung eine hinreichende Beständigkeit erreicht hat und zwischen den Parteien eine gewisse Verantwortungsbeziehung besteht. Das setzt voraus, dass der Selbständige den wesentlichen Teil seiner Arbeitszeit für einen einzigen Auftraggeber aufwendet, dadurch seine Möglichkeiten für eine freie Marktteilnahme deutlich reduziert sind und er zur Existenzsicherung auf die fragliche Tätigkeit angewiesen ist. Was das betrifft, würde im Ergebnis der aktuell vorhandene Normenbestand des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Personen um einen weiteren Baustein ergänzt.

b) Schutzinstrumentarien sollten nicht daran gebunden werden, dass die Vergütung, die der Leistungserbringer aus einer Vertragsbeziehung erhält, oder sein Gesamteinkommen unterhalb einer bestimmten Grenze liegt.

c) Schutzvorschriften müssten auf solche Dienstleister beschränkt bleiben, die ihre Leistungen (im Wesentlichen) ohne eigene Mitarbeiter erbringen, mithin also auf Solo-Selbständige.

d) Private Auftraggeber sind aus dem Kreis der anspruchsverpflichteten Personen auszunehmen.

12. Für die moderne „Plattformarbeit" müsste geklärt werden, wer genau durch die einschlägigen Schutzvorschriften in die Pflicht genommen werden soll. Das wäre zunächst eine Aufgabe, der sich das allgemeine Zivilrecht stellen müsste, dem es bislang nicht gelungen ist, die sich in dieser Dreipersonenbeziehung ergebenden Vertragsverhältnisse zu kategorisieren. Es wurde gezeigt, dass in vielen Fällen von einer Verantwortlichkeit der Plattform auszugehen ist. Eine solche kann sich auch ergeben, wenn der eigentliche Vertragspartner des Leistungserbringers der hinter ihr stehende Crowdsourcer ist, so dass Schuldnermehrheit eintritt. Ist dagegen primär die Plattform verantwortlich, stellt sich die Frage nach einer Auf-

traggeberhaftung (iwS) desjenigen, dem der Leistungserfolg am Ende gebührt.

13. Eine naheliegende Alternative zum Erlass staatlicher Schutzvorschriften sind die in den nachstehenden Ziffern diskutierten selbstregulierenden Verfahren zur Regelung von Leistungs- und Entgeltbedingungen.

14. Selbständige nehmen allerdings nur dann zweifelsfrei an der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG teil, wenn sie arbeitnehmerähnliche Personen „klassischen Zuschnitts" sind. Darüber hinaus ist der Einbezug in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zumindest umstritten. Im Ergebnis Ähnliches gilt auf unionsrechtlicher Ebene (Art. 28 GrCh).

15. Dessen ungeachtet können Gewerkschaften Selbständige in ihre Reihen aufnehmen und tun das auch seit jeher. Viele Gewerkschaften öffnen sich derzeit vor allem für Crowdworker und andere Leistungserbringer im Bereich der modernen Plattformökonomie. Sie sammeln Informationen über deren Beschäftigungsbedingungen und ermöglichen einen entsprechenden Austausch unter diesen Mitgliedern. Darüber hinaus können sie diese in Fragen der Vertragsgestaltung und der Sozialversicherung beraten und sie in Interessenkonflikten mit ihren Auftraggebern unterstützen.

    Dies alles hat weder Einfluss auf die Gegnerfreiheit der Gewerkschaft noch auf andere Aspekte ihres Koalitionsstatus. Selbständige müssen auch nicht wie OT-Mitglieder behandelt und daher nicht zwingend von jeder Einflussnahme auf die (tarifpolitische) Willensbildung des Verbandes ausgeschlossen werden.

16. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 12a TVG sind nach derzeit geltender Rechtslage Tarifabschlüsse für Selbständige nicht möglich.

17. Der personelle Geltungsbereich des § 12a TVG sollte zu Gunsten von Selbständigen geöffnet werden, die ihre Leistungen (überwiegend) in eigener Person erbringen, typischerweise in die Netzwerkorganisation ihrer Auftraggeber eingebunden sind und keinen nennenswerten Einfluss auf die Gestaltung ihrer Leistungsbedingungen sowie den organisatorischen Rahmen der Vertragsdurchführung nehmen können.

18. Im Bereich selbständiger Arbeit sind zahlreiche alternative Formen von Kollektivvereinbarungen denkbar. Zunächst kommt der Abschluss „sonstiger" Normenverträge in Betracht. Diese unterliegen allerdings nicht dem Regime des TVG. Sie werden daher nur dann Bestandteil des einzelnen Auftragsverhältnisses, wenn die Auftragnehmer und -geber ihre Verbände zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen bevollmächtigt hatten

(§§ 164 ff. BGB). Ist wenigstens der Auftraggeberverband mit einer entsprechenden Vollmacht versehen, lässt sich der Kollektivvertrag immerhin noch als Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) qualifizieren (für Abschlüsse auf Unternehmensebene gestalten sich die Dinge etwas einfacher). Ansonsten müssen Kollektivabreden individuell in die einzelnen Verträge einbezogen werden. Keinesfalls wirken sie aber zwingend im Sinne des Tarifrechts. Zur Fruchtbarmachung kollektiver Preisabreden im Rahmen gesetzlicher Vergütungsregelungen, s. Ziff. 8.

19. Verbände auf beiden Seiten können einseitige kollektive Preisempfehlungen beschließen, die zwar rechtlich nicht verbindlich sind, denen aber immerhin Leitbildfunktion zukommt. Sie können so ein Bewusstsein dafür schaffen, was eine Leistung wert ist. Sind die Verbände ausreichend mächtig und genießen die Vergütungstabellen hinreichend Autorität, werden sich Marktteilnehmer ungeachtet jeder Bindungswirkung an diesen orientieren.

20. Eine weitere, für die Praxis „moderner Digitalarbeit" interessante Variante kollektiver Selbsthilfe bildet der Zusammenschluss von Selbstständigen auf Plattformen, in Internetforen und sozialen Medien. Auftragnehmer können sich dort über Leistungs-, Vertrags- und Beschäftigungsbedingungen oder Honorare austauschen oder Informationen über einzelne Auftraggeber weitergeben. Dies dient vor allem der Überwindung der gegenüber dem sozialen Gegenspieler bestehenden Informationsasymmetrie.

    Die Betreiber solcher Plattformen sind in aller Regel Diensteanbieter iSd. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG. Sie unterliegen einer Störerhaftung für rechtswidrig eingestellte Inhalte und können, ungeachtet der §§ 7 Abs. 2, 10 TMG auch darüber hinaus für Inhalte verantwortlich sein, die sie im weitesten Sinn redaktionell bearbeitet haben oder die sie sich sonst wie zu eigen machen.

    Einschlägige Inhalte können Rechte der Auftraggeberseite in vielfältiger Weise tangieren. Das gilt namentlich dann, wenn auf der Plattform Leistungsbedingungen, Vertragsinhalte oder die Modalitäten der Auftragsabwicklung mitgeteilt werden und/oder dort Informationen zu Auftraggebern eingestellt bzw. diese bewertet werden (Persönlichkeitsrechte, Unternehmerpersönlichkeitsrecht, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 12 und 14 GG, § 29 BDSG, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb u.a.).

    Es bedarf mithin einer Abwägung zwischen diesen Rechtspositionen und dem kollidierenden Interesse der Plattform und ihrer Nutzer an der Veröffentlichung der jeweiligen Information. Sollten sich diese nicht auf das Ko-

alitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG berufen können (s. Ziff. 14), steht ihnen hier zumindest die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantierte Meinungsfreiheit zur Seite. Das gilt auch für die Plattform selbst, oder genauer: die Person, die sie betreibt. Nicht grundrechtsfähig sind dagegen spontane und nicht verfestigte virtuelle Gruppen. Da es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, sind pauschalisierende Aussagen, was erlaubt ist und was nicht, kaum möglich. Jedenfalls besteht keine Verpflichtung der Nutzer, ihren Namen zu offenbaren.

Auch wenn gezeigt wurde, dass der Meinungsfreiheit insoweit ein außerordentlich hoher Stellenwert zukommt, war darauf hinzuweisen, dass ehrverletzende, verunglimpfende Beiträge oder eine reine Schmähkritik nicht zulässig sind. Bedeutung kann das vor allem mit Blick auf reine „name-and-shame" Plattformen erlangen.

21. Regelungen in „klassischen" Tarifverträgen, die Unternehmen aufgeben, Leistungen von Selbständigen nur in einem bestimmten Umfang oder zu bestimmten Bedingungen entgegenzunehmen, werfen rechtliche Bedenken auf und zwar auch dann, wenn Aufträge abhängige Arbeit substituieren sollen.

22. Selbständige haben aus vielerlei Gründen kein Streikrecht. Dies ist, soweit sie mit einem Auftraggeber kein Dauerschuldverhältnis begründet haben, aber eher unproblematisch, weil sie bereits durch die Weigerung, neue Aufträge zu übernehmen, Druck auf ihren Vertragspartner ausüben können – eine hinreichende Solidarisierung in der Branche freilich vorausgesetzt. Verweigern sie allerdings in einem bestehenden Vertragsverhältnis die Erfüllung, machen sie sich schadensersatzpflichtig (§§ 280, 283, 275 bzw. 286, 249 ff. BGB).

Darüber hinaus ist im Bereich neuer Arbeitsformen denkbar, dass Crowdworker ihren Forderungen durch Aktionen Ausdruck verleihen, die im weitesten Sinn mit einem Flashmob vergleichbar sind. Insoweit können sie auch auf Foren und Portale der Auftraggeber zugreifen, dies aber nur, wenn diese zur öffentlichen Kommunikation bestimmt sind (etwa: offenes Kundenportal), nicht aber, wenn diese nur zu rein geschäftlichen Zwecken eröffnet wurden (etwa: Bestellmaske im Internet). Unter dieser Prämisse kann eine Meinungskundgabe im fremden Raum zulässig sein, indes nicht eine schädigende bzw. sabotierende Einwirkung auf informationstechnische Systeme des sozialen Gegenspielers. Auch eine datentechnisch herbeigeführte Blockade von Betriebsabläufen der Auftraggeberseite kommt nicht in Betracht.

23. Sämtliche der in den Ziff. 13 ff. beschriebenen Verfahren der kollektiven Selbsthilfe werfen allerdings kartellrechtliche Fragen auf. Tarifverträge, sonstige Normverträge oder einseitige Preisempfehlungen geraten verhältnismäßig rasch in eine Kollision mit dem Verbot horizontaler Wettbewerbsabsprachen (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV). Eindeutige Konflikte können sich auch bei reinen Marktinformationssystemen ergeben, weshalb sich schon die Einrichtung einer Plattform, auf der sich die Selbständigen austauschen, als kartellrechtssensibel erweist. Gleiches gilt für konzertierte Aktionen, wie etwa Boykottaufrufe, bei denen noch das Boykottverbot des § 21 GWB hinzukommt.

24. Insoweit verhältnismäßig unproblematisch zeigt sich noch § 1 GWB. Zum einen obliegt es der Dispositionsbefugnis des nationalen Gesetzgebers, diese Bestimmung entsprechend zu modifizieren, zumindest indem er – wie in Ziff. 17 vorgeschlagen – den Anwendungsbereich des § 12a TVG ausweitet, der lex specialis zu § 1 GWB ist. Zum anderen bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung der Norm, die zu einer Öffnung des Kartellverbots führt, freilich vorausgesetzt, dass selbständige Leistungserbringer insoweit am Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen.

25. Erneut Probleme bereitet aber das Unionsrecht, s. bereits Ziff. 6. Vor allem kollektive Vergütungsabreden könnten sich am Kartellverbot des Art. 101 AEUV reiben. Das gilt in besonderem Maße, wenn diese (etwa nach einer Novellierung des § 12a TVG, s. Ziff. 17) rechtsverbindlich würden, aber auch dann, wenn sie lediglich in der begründeten Erwartung ausgesprochen werden, dass die Marktteilnehmer sie befolgen. Als eher weniger schwerwiegend (wenngleich umgekehrt auch nicht als kartellrechtsneutral) erweisen sich dagegen Plattformen, auf denen sich die Marktteilnehmer lediglich austauschen und gegenseitig informieren.

    Allerdings muss sich das Kartellverbot des AEUV einer Abwägung mit der in Art. 28 GrCh garantierten Koalitionsfreiheit stellen. Was den Austausch in sozialen Netzwerken betrifft, sind überdies Art. 11 Abs. 1, 15 Abs. 1 GrCh zu beachten. Zeitgerechter wäre allerdings eine Formel unter vertauschten Vorzeichen: Es ist zu klären, inwieweit der Koalitionsfreiheit Grenzen im Hinblick auf eine wirtschaftspolitisch nicht mehr hinnehmbare Kartellierung von Selbstständigen zu ziehen sind.

    Der Ausgang des Abwägungsprozesses hängt naturgemäß entscheidend davon ab, in welchem Umfang Selbständige überhaupt an der Koalitionsfreiheit des Art. 28 GrCh teilnehmen. In der Rechtssache Kunsten hat der EuGH zuletzt eine eher strenge Linie vertreten, was den personellen Um-

fang der kartellrechtlichen Immunisierung von Tarifverträgen betrifft. Doch sind die Konsequenzen, die aus der Entscheidung zu ziehen sind, nicht klar. Die sonstige kartellrechtliche Judikatur des Gerichtshofs, aber auch dessen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff lässt durchaus den Schluss zu, dass es keineswegs zwingend ist, dass jede Form einer Koordinierung jeglicher Selbständiger sogleich dem europäischen Kartellverbot unterworfen wäre. Jedenfalls arbeitnehmerähnliche Personen sind davon ausgenommen.

Möglicherweise kann der kartellrechtliche Privilegierungsbereich aber auch auf solche Personen ausgedehnt werden, die sich im Grenzbereich von Arbeitnehmern und Selbständigen bewegen, weil sie ihrem Auftraggeber gegenüber wirtschaftlich und informativ unterlegen sind und daher keine Chance haben, einen nennenswerten Einfluss auf ihre Wirtschafts- und Vertragsbedingungen zu nehmen. Das ließe sich insbesondere für den Bereich der modernen Plattformökonomie fruchtbar machen, zumal für die dort tätigen Crowdworker noch hinzukommt, dass sie typischerweise in die Organisationsstruktur ihres Auftraggebers eingebunden sind. Dessen ungeachtet sollte man sich aber des Risikos bewusst sein, dass das Unionsrecht Reformvorhaben des Gesetzebers, aber auch schlichte Verbandsaktivitäten als kartellrechtswidrig verwerfen könnte.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: GWB Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, ZAAR Schriftenreihe, Band 16, München 2010.

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter: Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht, 17. Edition, München 2017 (zit. BeckOK-UrhR/Bearbeiter).

Aloisi, Antonio: Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from a set of „on-demand/gig economy" platforms, in: 37 Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, S. 653.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus: Handelsgesetzbuch, 37. Auflage, München 2016 (zit. Baumbach/Hopt/Bearbeiter).

Bayreuther, Frank: Die Stellung von Leiharbeitnehmern im Einsatzbetrieb nach den jüngsten Tarifabschlüssen in der Zeitarbeitsbranche und der M- und E-Industrie, in: Beilage zu Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA-Beil.), Jg. 2012, S. 115.

Becker, Friedrich/Hillebrecht, Wilfried: KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Auflage, Köln 2016 (zit. KR/Bearbeiter).

Benner, Christiane (Hrsg.): Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt (Main) 2015.

Berg, Janine: Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, in: 37 Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, S. 543.

Berger, Christian/Wündisch, Sebastian: Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit. Berger/Wündisch).

Boemke, Burkhard/Lembke, Mark: Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 3. Auflage, Frankfurt (Main) 2013.

Brecht, Hans-Theo: Heimarbeitsgesetz – Kommentar, München 1977.

Brors, Christiane/Böning, Marta: Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 2015, S. 846.

Bücker, Andreas: Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen – Zur notwendigen Neujustierung der Begriffe in der vernetzten Arbeitswelt, in: Faber, Ulrich/Feldhoff, Kerstin/Nebe, Katja/Schmidt, Kristina/Waßer, Ursula: Gesellschaftliche Begegnungen – Recht in Bewegung, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, S. 21.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Weißbuch Arbeiten 4.0, April 2015 (zit. BMAS, Weißbuch).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Foresight-Studie „Digitale Arbeitswelt", Forschungsbericht 463, Februar 2016.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Plattformökonomie – Eine Literaturauswertung, Forschungsbericht 499, November 2017.
Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Plattformökonomie und Crowdworking: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure, Forschungsbericht 500, November 2017 (zit. BMAS, Forschungsbericht 500).
Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.9.2015 und 17.3222 Derder vom 17.3.2017, November 2017.
Busche, Jan/Röhling, Andreas: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 1, Köln 2017 (zit. KK-KartR/Bearbeiter).
Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011 (zit. Calliess/Ruffert/Bearbeiter).
Cherry, Miriam: Beyond misclassification: The digital transformation of work, in: 37 Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, S. 577.
Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas: Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 2015, S. 1032.
Däubler, Wolfgang: Entgrenzung der Arbeit – Ein Problem des Arbeitsrechts? Soziales Recht (SR) Sonderausgabe, Jg. 2016, S. 34.
Däubler, Wolfgang: Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit. Däubler-TVG/Bearbeiter).
Dauses, Manfred: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 43. Ergänzung, München 2017 (zit. Dauses/Bearbeiter).
Deinert, Olaf: Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2015.
De Stefano, Valerio: The rise of the „just-in-time-workforce“: On-demand work, crowdwork and labour protection in the „gig-economy“, in: International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series No. 71.
Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred: AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2016 (zit. AR/Bearbeiter).
Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004 (zit. Dreier/Bearbeiter).
Eufringer, Alexander: Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts bei Tarifverträgen, in: Der Betrieb (DB), Jg. 2015, S. 192.
Europäische Kommission: A European agenda for the collaborative economy, COM(2016)356 final, Brüssel 2016.
Europäisches Parlament: Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2017/2003(INI), Brüssel 2017.
Europäisches Parlament: The Social Protection of Workers in the Platform Economy, Study for the EMPL Committee, Brüssel 2017.
Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages: Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfs zum Urhebervertragsrecht mit dem Unionsrecht, PE6-3000-121/16, Berlin 2016.

Finkin, Matthew: Beclouded work, beclouded workers in historical perspective, in: 37 Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, S. 603.
Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts/II, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992.
Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München 2016 (zit. EU ArbR/Bearbeiter).
Friauf, Karl/Höfling, Wolfram: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 46. Ergänzungslieferung, Berlin 2015 (zit. Berliner Kommentar/Bearbeiter).
Fuchs, Maximilian: Tarifverträge Selbstständiger und europäisches Wettbewerbsrecht, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), Jg. 2016, S. 297.
Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997.
Giesen, Richard: Tarifvertragliche Erweiterung von Betriebsratsrechten beim Leiharbeitseinsatz, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Jg. 2012, 143.
Giesen, Richard Kersten, Jens: Der Arbeitskampf in der digitalisierten Arbeitswelt, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 2008, S. 1.
Giesen, Richard/Kersten, Jens: Arbeit 4.0, Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, München 2017.
Goldmann, Julius: Tarifverträge für selbstständige Dienstleistungsanbieter als Verstoß gegen EU-Kartellrecht?, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Jg. 2015, S. 509.
Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 61. Ergänzungslieferung, 2017 (zit. GHN/Bearbeiter).
Hanau, Hans: Schöne digitale Arbeitswelt?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Jg. 2016, S. 2613.
Hatzopoulos, Vassilis/Roma, Sofia: Caring for sharing? The Collaborative Economy under EU Law, in: Common Market Law Review, Bd. 54 = Jg. 2017, S. 81.
Henssler, Martin/Preis, Ulrich: 1. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 08/2006, online abrufbar: http://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/GP_Diskussionsentwurf_eines_Arbeitsvertragsgesetzes.pdf.
Henssler, Martin/Preis, Ulrich: 2. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 11/2007, in: Beilage zu Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA-Beil.), Jg. 2007, Heft 21, S. 6.
Heuschmid, Johannes/Hlava, Daniel: Keine Anwendung des europäischen Kartellrechts auf TV, die Regelungen für Selbstständige enthalten, in: Arbeit und Recht (AuR) Jg. 2015, S. 194.
Heuschmid, Johannes/Hlava, Daniel: Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige), in: HSI-Working Paper Nr. 12, Frankfurt (Main) 2018.
Heuschmid, Johannes/Klebe, Thomas: Erwerbsarbeit in der Plattformökonomie und Schutz des Arbeits- und Sozialrechts?, in: Faber, Ulrich/Feldhoff, Kerstin/Nebe, Katja/Schmidt, Kristina/Waßer, Ursula: Gesellschaftliche Begegnungen – Recht in Bewegung, Festschrift für Wolfhard Kohte, 1. Auflage, Baden-Baden 2016, S. 73.

Hötte, Daniel: Crowdsourcing – Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, in: MultiMedia und Recht (MMR), Jg. 2014, S. 795.

Hromadka, Wolfgang: Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) Jg. 2007, S. 838.

IG Metall: Frankfurter Erklärung zur plattformbasierter Arbeit, Dezember 2016, online abrufbar: www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_DE_1c33819e1e90d2d09e531a61a572a0a423a93455.pdf.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht – Kommentar zum europäischen Kartellrecht, Band 1, 5. Auflage, München 2012 (zit. Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*).

Internationale Arbeitsorganisation (ILO): Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation, in: Employment Relationship Recommendation No. 198, Genf 2006.

Ingolf, Albert: Grundrechtsschutz sozialer Emergenz, Eine Neukonfiguration juristischer Personalität in Art 19 Abs 3 GG angesichts webbasierter Kollektivitätsformen, in: Der Staat, Heft 53 = Jg. 2014, S. 193.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Auflage, München 2014 (zit. Jarass/Pieroth/Bearbeiter).

Kappus, Matthias: Telearbeit de lege ferenda, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 1987, S. 408.

Karthaus, Boris: „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.", Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern in der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie, in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 2010, S. 494.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich: Kommentar zum Tarifvertragsgesetz (TVG), 5. Auflage, Frankfurt (Main) 2014 (zit. Kempen/Zachert/Bearbeiter).

Kersten, Jens: Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme", in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard: Neues Arbeitskampfrecht), 7. ZAAR-Kongress am 7. Mai 2010, München 2010.

Kilian, Wolfgang/Borsum, Wolfgang/Hoffmeister, Uwe: Telearbeit und Arbeitszeit – Ergebnisse eines Forschungsprojekts, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 1987, S. 401.

Kingreen, Thorsten /Poscher, Ralf: Grundrechte, Staatsrecht II, 33. Auflage, München 2017.

Klebe, Thomas: Crowdwork – Faire Arbeit im Netz?, in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 2016, S. 277.

Klebe, Thomas: Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, in: Beilage zur Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA-Beil), Jg. 2017, S. 77.

Klebe, Thomas/Neugebauer, Julia: Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 2014, S. 4.

Kocher, Eva: Private Macht im Arbeitsrecht, in: Möslein, Florian, Private Macht, Tübingen 2016 (zit. Kocher, Private Macht).

Kocher, Eva: Die Grenzen des Arbeitsrechts, Der rechtliche Schutz in der Erwerbsarbeit außerhalb von Arbeitsverhältnissen, in: Kritische Justiz (KJ), Jg. 2013, S. 145.

Kocher, Eva/Hensel, Isabell: Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 2016, S. 984.

Kohte, Wolfhard: Grundlegende Pflichten und Rechte im betrieblichen Arbeitsschutz, in: Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2009.

Krause, Rüdiger: Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal-Pay, 2. Aufl., in: HSI-Schriftenreihe, Bd. 2, Frankfurt (Main) 2012 (zit. Krause, Tarifverträge in der Leiharbeit).

Krause, Rüdiger: Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 2012, S. 55.

Krause, Rüdiger: Gutachten Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016 (zit. Krause, DJT-Gutachten).

Krause, Rüdiger: Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, in: Beilage zu Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA-Beil.), Jg. 2017, S. 53.

Kristiansen, Jens: New Forms of Employment in Denkmark, in: Blanpain, Roger/Hendrickx, Frank: New Froms of Employment in Europe, Bulletin of Comparative Labour Relations, London 2016.

Latzel, Clemens/Serr, Stephan: Kartellkontrollprivileg für Tarifverträge als formeller Rahmen eines Unionrechts, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), Jg. 2014, S. 410.

Lettl, Tobias: Kartellverbot (Art. 101 I AEUV, § 1 GWB) und Tarifvertrag, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Jg. 2015, S. 294.

Limper, Josef/Musiol, Christian: Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, Köln 2011 (zit. FA-UMR/Bearbeiter).

Lobel, Orly: The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, in: Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 16, San Diego 2016.

Lobinger, Thomas: Arbeitsverfassung und gesetzlicher Mindestlohn, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Jg. 2016, S. 99.

Lobinger, Thomas: Arbeitsverfassung und gesetzlicher Mindestlohn, in: Juristen Zeitung (JZ), Jg. 2014, S. 810.

Lutz, Doris/Risak, Martin: Arbeit in der Gig-Economy: Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in Crowd und Cloud, Wien 2017.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2017 (zit. Löwisch/Rieble).

Mak, Vanessa: Private Law Perspectives on Platform Services – Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY, in: Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), Jg. 2016, S. 19.

Mangold, Herrmann von/Klein, Friedrich/Stark, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2018 (zit. v. Mangold/Klein/Stark/Bearbeiter).
Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar Band II, 80. Ergänzungslieferung, Juni 2017 (zit. Maunz/Dürig/Bearbeiter).
Mecke, Christian: Arbeit 4.0 – Schöne neue sozialversicherungsfreie Arbeitswelt?, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb), Jg. 2016, S. 481.
Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014 (zit. Mestmäcker/Schweitzer/Bearbeiter).
Mühlbach, Tatjana: Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, Baden-Baden 2007.
Müller-Terpitz, Ralf: Persönlichkeitsrechtliche Aspekte der Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf: Rechtshandbuch Social Media, Heidelberg 2015, S. 163.
Münch, Ingo/Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar Band 1, 5. Auflage, München 2000 (zit. Münch/Kunig/Bearbeiter).
Ory, Stephan/Cole, Mark D.: Reform des Urhebervertragsrechts, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Band 45, Baden-Baden 2016.
Ory, Stephan: Verschärfung des Vertragsrechts, in: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfP), Jg. 2015, S. 389.
Otten, August Wilhelm: Heim- und Telearbeit, Kommentar zum HAG und heimarbeitsrelevante Normen sowie Erläuterungen zur Telearbeit, München 1996 (zit. Otten).
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 76. Auflage, München 2017 (zit. Palandt/Bearbeiter).
Pongratz, Hans J./Bormann, Sarah: Online-Arbeit auf Internet-Plattformen. Empirische Befunde zum ‚Crowdworking' in Deutschland, in: Arbeits- und Industriesoziologische Studien, Jg. 10, Heft 2, November 2017, S. 158.
Prassl, Jeremias/Risak, Martin: Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, 37 Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, S. 619.
Prassl, Jeremias/Risak, Martin: Working in the gig economy – flexibility without security?, in: Singer, Reinhard/Bazzani, Tania: European Employment Policies: Current Challenges, Berliner Juristische Universitätsschriften zum Zivilrecht, Bd. 76, Berlin 2017.
Preis, Ulrich: Heimarbeit, Home-Office, Global-Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt?, Soziales Recht (SR), Jg. 2017, S. 173.
Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Freiburg 1996.
Rieble, Volker: Die relative Verselbstständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Jg. 1998, S. 327.
Rieble, Volker: Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Jg. 2000, S. 5.

Rieble, Volker: Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard: Zukunft der Zeitarbeit, 6. ZAAR-Kongress am 8. Mai 2009 in München, München 2009 (zit: Rieble, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung).

Rieble, Volker: Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch am 27.November 2009, München 2010 (zit: Rieble, Unternehmerischer Marktmachteinsatz).

Risak, Martin: Crowdwork, in: Zeitschrift für Arbeit und Soziales (ZAS), Jg. 2015, S. 11.

Risak, Martin: Fair Working Conditions for Platform Workers, Possible Regulatory Approaches at the EU Level, in: Friedrich-Ebert-Stiftung: Politik für Europa 2017 Plus, Berlin 2018.

Sachs, Michael: Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011 (zit. Sachs/Bearbeiter).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2015 (zit. MüKo-BGB/Bearbeiter).

Schack, Haimo: Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Jg. 2002, S. 853.

Schaub, Günter: Arbeitsrecht – Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 17. Auflage, München 2017 (zit. Schaub/Bearbeiter).

Schlachter, Monika: Streikrecht außerhalb des Arbeitsverhältnisses, in: Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide: Individuelle und kollekive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010 (zit. Schlachter, GS Zachert).

Schlachter, Monika/Ohler, Christoph: Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Baden-Baden 2008 (zit. Schlachter/Ohler/Bearbeiter).

Schliemann, Harald: Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst- und Werkvertragsunternehmer – Ein Zwischenruf, in: Henssler, Martin et al., Moderne Arbeitswelt, Festschrift für Rolf Wank, München 2014. (zit. Schliemann, FS Wank).

Schlink, Bernhard/Poscher, Ralf: Verfassungsfragen der Reform des Urhebervertragsrechts, Die Vereinbarkeit der Neuregelung des Vergütungsanspruchs in dem Gesetzentwurf zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern mit dem Grundgesetz und dem Recht der Europäischen Union, Berlin 2002.

Schmidt, Klaus/Koberski, Wolfgang/Tiemann, Barbara/Wascher, Angelika: Heimarbeitsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 1998 (zit. Schmidt/Koberski).

Schmitt, Jochem: Entgeltfortzahlungsgesetz, Aufwendungsausgleichsgesetz, 8. Auflage, München 2018 (zit. Schmitt/Bearbeiter).

Schmitt, Michael: Gemeinsame Vergütungsregeln europäisch gesehen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Jg. 2003, S. 294.

Schoch, Friedrich: Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Juristische Ausbildung (JURA), Jg. 2001, S. 201.
Schröder, Meinhard: Persönlichkeitsrechtsschutz bei Bewertungsportalen im Internet, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch), Jg. 2010, S. 205.
Schwarze, Jürgen: EU-Kommentar, 3. Auflage, Freiburg 2012 (zit. Schwarze/Bearbeiter).
Schwitzer, Helga/Schumann, Dirk: Tarifverträge über Branchenzuschläge – eine erste Zwischenbilanz, in: WSI-Mitteilungen 4/2013.
Spindler, Gerald: Reformen der Vergütungsregeln im Urhebervertragsrecht, in: Zeitschrift für Urheber-und Medienrecht (ZUM), Jg. 2012, S. 921.
Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung Berlin 2014 (zit. Staudinger/Bearbeiter).
Steinle, Christian/Haußmann, Katrin: Besprechung zu: EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 4.12.2014 – C-413/13[Kunsten], in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), Jg. 2015, S. 313.
Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1. Auflage, Bonn 1994.
Streinz, Rudolf: EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012 (zit. Streinz/Bearbeiter).
Testbirds GmbH: Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdworking, online abrufbar: http://www.crowdsourcing-code.de/documents/9/Code_of_Conduct_DE.pdf.
Thüsing, Gregor: Tarifliche Chimären – Verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Überlegungen zu den gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG n.F., in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Jg. 2002, S. 203.
Thüsing, Gregor: Kommentar zum MiLoG und AEntG, 2. Auflage, München 2016 (zit. Thüsing/Bearbeiter).
Tolkmitt, Jan: Gemeinsame Vergütungsregeln – ein kartellrechtlich weithin ungedeckter Scheck, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Jg. 2016, S. 564.
Ulber, Daniel: Erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifverträge zur Leiharbeit, in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 2013, S. 114.
Ulber, Jürgen: Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 5. Auflage, Frankfurt (Main) 2017 (zit. Ulber/Bearbeiter).
von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin: Europäisches Unionsrecht, Band 2, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Bearbeiter).
Waas, Bernd: New Forms of Employment in Germany, in: Blanpain, Roger/Hendrickx, Frank: New Forms of Employment in Europe, Bulletin of Comparative Labour Relations, London 2016.
Waas, Bernd: Crowdwork in Germany, in: Waas, Bernd/Liebman, Wilma B./Lyubarsky, Andrew/Kezuka, Katsutoshi: Crowdwork – A Comparative Law Perspective, HSI-Schriftenreihe, Band 22, Frankfurt (Main) 2017.
Waas, Bernd: The position of workers in the collaborative economy – A view on EU law, in: Singer, Reinhard/Bazzani, Tania: European Employment Poli-

cies: Current Challenges, Berliner Juristische Universitätsschriften zum Zivilrecht, Bd. 76, Berlin 2017.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, München 2014 (zit. Wandtke/Bullinger).

Wank, Rolf: Telearbeit, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 1999, S. 225.

Warter, Johannes: Crowdwork, Wien 2016.

Wendehorst, Christiane: Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, in: Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), Jg. 2016, S. 30.

Wedde, Peter: Telearbeit - Arbeitsrecht, Sozialrecht, Datenschutz, 3. Auflage, München 2002.

Willemsen, Heinz Josef/Müntefering, Michael: Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jg. 2008, S. 193.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: Verfassungsrechtlicher Rahmen für branchenspezifische Mindesthonorare, WD 3 – 3000 – 218/16, Berlin 2016.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

Band 25 Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4

Band 24 Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7

Band 23 Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6

Band 22 Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka
Crowdwork – A Comparative Law Perspective
ISBN 978-3-7663-6697-9

Band 21 Holger Brecht-Heitzmann / Judith Reuter
Perspektiven zur rechtlichen Stärkung des Ehrenamts in der sozialen Selbstverwaltung
ISBN 978-3-7663-6658-0

Band 20 Ulrich Preis / Alberto Povedano Peramato
Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz
ISBN 978-3-7663-6657-3

Band 19 Eva Kocher / Jürgen Kädtler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger
Noch verfassungsgemäß?
Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III
ISBN 978-3-7663-6466-1

Band 18 Marita Körner
Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)
ISBN 978-3-7663-6637-5

Band 17 Matthias Jacobs / Matthias Münder / Barbara Richter
Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH
ISBN 978-3-7663-6585-9

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de