

*ver.di-Selbstständige*

## Arbeitspapier Wettbewerbs- und Kartellrecht



Stand: 15.11.18

**Das Wettbewerbsrecht sollte, um einen fairen Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen, beim Verbot eines abgestimmten Verhaltens sinnvolle Ausnahmen für Selbstständige mit beschränkter Marktmacht vorsehen. Dabei sind ihre Zusammenschlüsse im Lichte der tatsächlichen individuellen Verhandlungsmacht und der Koalitionsfreiheit neu zu bewerten.**

Seit der Umsetzung der 7. Kartellrechtsnovelle in 2005 gilt im europäischen Wettbewerbsrecht wie im [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen](#) (nach [§1 GWB](#)) mit wenigen Ausnahmen der Grundsatz: „*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.*“

Auch einzeln arbeitende Selbstständige sind nach dieser Logik Unternehmen und ihre Zusammenschlüsse illegal, sobald sie eine Marktwirkung entfalten. – Beides ist im Bereich von Selbstständigen, die eine sehr eingeschränkte Marktmacht besitzen, kaum zu rechtfertigen. Differenzierende "Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche" sind bislang nur für wenige Branchen kodifiziert, nicht jedoch für Lebenslagen oder Erwerbsbedingungen. Derart begründete Ausnahmen, die Solo-Selbstständigen eine legale Zusammenarbeit ermöglichen, sind jedoch geboten. Nicht zuletzt, weil das Thema Machtasymmetrie zwischen sehr unterschiedlichen, formal gleichwertig behandelten Geschäftspartnern bei einer Ausweitung der "Plattformwirtschaft" an Bedeutung gewinnen wird und im Lichte der verschiedensten Formen von Scheinselbstständigkeit regelmäßig Personen dem Kartellrecht unterliegen, die eigentlich in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) gehören.

Ziel einer Wettbewerbspolitik muss es auch sein, wo geboten, die übermäßige Marktmacht von Auftraggebern gegenüber Auftragnehmern zu begrenzen – etwa indem der weit schwächeren Seite Zusammenschlüsse erlaubt werden. Nicht zuletzt als Ausfluss des Sozialstaatsgebots und im Interesse der Arbeits- und Sozialordnung ist auch das Wettbewerbsrecht gehalten, einen fairen Wettbewerb zu fördern. Dazu gehört, unter klaren Bedingungen, den Abbau von Machtgefällen zu fördern und beispielsweise Gewerkschaften die begründete Empfehlung einer Mindestvergütung zu erlauben.<sup>1</sup>

Die Folge der heutigen (Verbots-)Regelung ist: Es wird undifferenziert auf Marktwirkungen von Zusammenschlüssen abgehoben, ohne (wie etwa wie im [§32 UrhG](#)) zu berücksichtigen, dass es im Interesse schwacher „Marktteilnehmer“ wie der Gesellschaft geboten sein kann, die freie Preisbildung im Bereich der Arbeit auch bei selbstständigen Erwerbsformen durch eine redliche Mindestvergütung zu begrenzen und die Verhandlungen über angemessene Honorare auf verbandlicher Ebene zu erlauben. Ein als reines Preiskonkurrenzprinzip ausgestaltetes Wettbewerbsprinzip, das schon im Warenverkehr teilweise fragwürdig ist, ist im Bereich der Dienstleistungsarbeit gesellschaftlich, wirtschaftspolitisch und wettbewerbsrechtlich dysfunktional. Es beschränkt den fairen Wettbewerb und überwälzt die sozialen Folgekosten auf die Allgemeinheit. Die muss in einem Sozialstaat den finanziellen Ausgleich schaffen, wenn es nicht gelingt oder gar verboten ist, eine existenzsichernde Vergütung (kollektiv) durchzusetzen.

<sup>1</sup> Eine - verglichen mit den Honorarordnungen freier Berufe - bescheidene Forderung.

Auch das Wettbewerbsrecht ist gehalten, diese Form der Marktverzerrung zu verhindern. Etwa dadurch, dass eine Freistellung für Kartelle erfolgt, die der sozialen Innovation dienen<sup>2</sup> oder auch Zusammenschlüsse explizit erlaubt werden, die den Tarifkartellen der Beschäftigten auch bei fehlender Abhängigkeit funktional gleichen.<sup>3</sup>

## Die Lage

Dadurch, dass der Gesetzgeber ohne Anerkennung von Betriebsgrößen und Marktmacht pauschal auf Konkurrenz setzt, werden starke Auftraggeber von Selbstständigen (ohne Sachgrund) bevorzugt. – Im Segment der Selbstständigen mit geringer Marktmacht wird derart auch die grundgesetzliche Koalitionsfreiheit beschränkt. Und das insbesondere in jenen Bereichen, in denen sozial- und arbeitsrechtlich ohnehin fraglich ist, ob es sich überhaupt um eine unternehmerische Tätigkeit handelt. Kommt in dieser Grauzone oft nur vermeintlicher Selbstständiger zusätzlich das Wettbewerbsrecht zur Anwendung, wirkt ein Verbot von Koalitionen oder Absprachen als Verstärker der Machtlosigkeit: Die Durchsetzungsschwäche in verschiedenen Rechtsbereichen wirkt mehrfach nachteilig für jene, die sich faktisch abhängig auf einem Arbeitsmarkt ohne Einkommensuntergrenze bewegen, der jedoch als unternehmerisch gestalteter Dienstleistungsmarkt deklariert wird. Mit dem Wachsen jener Plattformen, die solche Arbeiten unter festen Honorarvorgaben vermitteln, steigt die Machtasymetrie und unser Bedarf, die Wettbewerbsregeln etwa nach Unternehmensgrößen und Marktmacht zu differenzieren sowie kollektive Handlungsmöglichkeiten zu verstärken.

Bereits mit der 7. Kartellnovelle jedoch wurde der gegenteilige Weg selbst im Bereich niederschwelliger kollektiver Eingriffe eingeschlagen: So wurde auch die weiche Option gestrichen, eine mit marktüblicher Vergütung begründete (und im Zweifel den Kartellbehörden zu beweisende) Mittelstandsempfehlung aussprechen zu dürfen. Seither fehlt Solo-Selbstständigen bzw. Kleinstunternehmen neben einer legalen Absprachemöglichkeit auch ein legaler Orientierungsrahmen, den Vereinigungen wie etwa die "Mittelstandsgemeinschaft Journalismus" der ver.di bieten durften. – Zwar wurden Mittelstandsempfehlungen nicht ausdrücklich verboten, sie werden jedoch illegal, sobald ihre Empfehlungen zu Marktwirkungen führen.<sup>4</sup> Selbst die Legalität der Veröffentlichung von Honorarumfragen ist fraglich, sobald sie einen empfehlenden Charakter annehmen.

## Die wesentlichen Regelungen

Der europäische [Artikel 101 AEUV](#) (ehemals Art. 81 EGV) und der inhaltsgleiche [§ 1 GWB](#) verbieten jede Art des bewussten und gewollten Zusammenwirkens von Unternehmen mit "wettbewerbsstörendem" Charakter. Dabei wird nicht nach Betriebsgrößen und auch nicht nach Abhängigkeiten der Auftragnehmer vom Auftraggeber differenziert. Das Verbot unterscheidet auch nicht nach der Art der und Intensität der Wettbewerbsstörung. Demnach sind grundsätzlich alle Kooperationen verboten, die Marktwirkung haben:

- Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

---

<sup>2</sup> Die Figur der "sozialen Innovation" soll darauf hinweisen, dass das GWB die "technische Innovation" bereits kodifiziert und dafür Ausnahmeregelung vom Wettbewerb schafft. (Hilfreich wäre bereits, im Wettbewerbsrecht zwischen unternehmensbezogenen Dienstleistungen und der Warenproduktion zu unterscheiden.)

<sup>3</sup> Die Regelung für arbeitnehmerähnlich Selbstständige in [§12a TVG](#) kann den Mangel nur punktuell und nur bei wirtschaftlich abhängiger Arbeit für einzelne Auftraggeber eingrenzen; die Sittenwidrigkeit ([§138 BGB](#)) bleibt keine Alternative zur kollektiven Durchsetzung von Mindestvergütungen, da die Schwelle der Beweisführung hoch ist und eine individuelle Durchsetzung faktisch unmöglich ist.

<sup>4</sup> Um Ordnungswidrigkeiten und entsprechende Geldbußen zu vermeiden, haben inzwischen europaweit die Gruppierungen und Verbände ihre früheren Empfehlungen zurückgezogen.

Auch Empfehlungen – etwa von Verbänden – fallen unter das Kartellverbot, wenn sie zu einer spürbaren Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens führen. Nur für einige Branchen – etwa die Landwirtschaft oder die Presse – gibt es in Deutschland eine bedingte Freistellung von diesem umfassenden Verbot.

Horizontale Preisabsprachen (zwischen gleichartigen Unternehmen) gegenüber Dritten sind grundsätzlich verboten. Das umfasst auch unverbindliche Preisabsprachen und gemeinsame Preisinitiativen. Kurz: Alle Maßnahmen, die auch nur mittelbar einer Preisbeeinflussung oder Preisfestsetzung dienen. Eine Freistellung von „Preisbindungssystemen“ müsste von der EU-Kommission mit einer Legalausnahme nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV sanktioniert werden. Zurzeit ist die möglich, wenn Absprachen *„unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“*.

Zur Rechtssystematik: Die frühere Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen wurde mit der 7. GWB-Novelle durch ein System der Legalausnahmen ersetzt: Wer die Voraussetzungen des Art. Artikel 101 Abs. 3 AEUV bzw. [§2 GWB](#) erfüllt, darf Kartelle bilden. Hier fehlt für Solo-Selbstständige (oder auch nur die machtlosen unter ihnen) eine sinnvolle Ausnahme, die das Machtgefälle zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern in Betracht zieht. Kartellvereinbarungen sind zurzeit jedoch nur zulässig, wenn sie:

- Verbraucher am entstehenden Gewinn beteiligen,
- zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,
- beteiligten Unternehmen nur solche Beschränkungen auferlegen, die dafür unerlässlich sind,
- die Möglichkeit verschließen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Mittelstandskartelle, die [§3 GWB](#) von der Kartellbehörde erlaubt werden können, müssen ihr erhebliches Interesse an dem Bescheid erläutern und *alle* folgenden Bedingungen erfüllen:

- wirtschaftliche Vorgänge rationalisieren
- dabei den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen
- die Wettbewerbsfähigkeit kleiner Unternehmen verbessern

In ähnlicher Weise und mit ähnlichen Einschränkungen könnte und sollte klargestellt werden, dass Kartelle, die der Gesellschaft (als soziale Innovation) dienen, nicht unter das Wettbewerbsrecht fallen.

## Was tun?

Notwendig ist ein Wettbewerbsrecht, das auch die Lebens- und Erwerbsbedingungen sowie die tatsächliche Marktmacht von Unternehmer\*innen betrachtet, die diese koordiniert verbessern wollen. Die eigentliche Hürde für die Durchsetzung von Mindestvergütungen über Preisabsprachen und -empfehlungen liegt in der undifferenzierten Marktausrichtung des Wettbewerbsrechts, das genauer kodifizieren sollte, wo und ab wann die Koalitionsfreiheit Selbstständiger zu Marktstörungen oder gar Kartellen führt und genauer betrachtet wo Anbietermonopole und -oligopole die Marktstörung verursachen.

Solo-Selbstständige und Kleinstunternehmen werden unabhängig von ihrer tatsächlichen Marktmacht heute immer noch als strukturell allen anderen Unternehmen gleich betrachtet. Wir brauchen die Anerkennung besonderer Marktlagen in Teilbereichen dieses Erwerbstyps. Kurz: Es werden Kriterien zu definieren sein, wann Zusammenschlüsse Selbstständiger ohne Mitarbeiter wettbewerbsrechtlich zu tolerieren sind und die Koalitionsfreiheit auf sie auszudehnen ist. Hierbei reicht es nicht, allein den formellen Status zu betrachten, denn hinter dem Label solo-selbstständig verbergen sich extrem unterschiedliche Erwerbs- und Wettbewerbsbedingungen.

Die Betrachtung der (ökonomischen Wirkung der) Zusammenschlüsse Selbstständiger sollte im Lichte und unter Dominanz einer volkswirtschaftlichen und sozialstaatlichen Betrachtung erfolgen und entsprechend auch kodifiziert werden, um die jahrzehntelangen Debatten zum Verhältnis von Koalitionsfreiheit und Wettbewerbsrecht endlich in Entscheidungen des Gesetzgebers münden zu lassen.

Vorhanden Ausnahmen zeigen, dass entsprechende Lobbyarbeit zu politischen Eingriffen und Wirtschaftsbetrachtungen jenseits einer reinen Markt- und Konkurrenzlogik führen kann. Auch der Mechanismus der nationalen Ministererlaubnis nach [§42 GWB](#) (der zurzeit auf vom Kartellamt untersagte Fusionen beschränkt ist), argumentiert mit "gesamtwirtschaftlichen Vorteilen" oder "überragendem Interesse der Allgemeinheit". Nicht viel mehr braucht es, um machtlose Selbstständige im GWB fair zu bewerten, sie vom Kartellrecht auszunehmen und/oder ihre Zusammenschlüsse neu zu bewerten.

Es zeichnet sich ab, dass das Thema Wettbewerbsrecht im Zusammenhang und in Kombination mit anderen Mechanismen wie etwa Tarifverträgen (für arbeitnehmerähnlich Selbstständige) oder der urheberrechtlich angemessenen Vergütung zu diskutieren ist. Zu diesem Schluss kommt auch ein umfassendes Rechtsgutachten, das Professor Dr. Frank Bayreuther für das Arbeits- und Sozialministerium (BMAS) verfasst hat. Er argumentiert: *"Dreh- und Angelpunkt der Diskussion ist dabei erneut die ... 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 abgegebene Vergütungsempfehlungen auch ohne besondere gesetzliche Anordnung gegen das Kartellrecht immunisiert. Selbst wenn die jeweils in Rede stehende Vereinbarung dem Tatbestand des § 1 GWB (oder 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."*<sup>5</sup> Konkret schlägt er vor, sich über folgende Punkte Gedanken zu machen:

- Den Anwendungsbereich des Kartellverbots so einzuschränken, dass diesen die Option auf Abschluss von Kollektivverträgen erhalten bleibt;
- den Anwendungsbereich des §12a TVG so zu erweitern, dass ihm ungeachtet der Arbeitnehmereigenschaft im klassischen Sinn alle schutzbedürftigen Selbstständigen unterliegen;
- unverbindliche Normenverträge von Selbstständigen und Auftraggebern, einseitige Vergütungssatzungen aber auch Netzwerke, die der gegenseitigen Information von Selbstständigen dienen, explizit gegen das Kartellverbot des §1 GWB zu immunisieren;
- in Anlehnung an die frühere kartellrechtliche Privilegierung von Mittelstandsempfehlungen in das GWB aufzunehmen;
- den kartellrechtlichen Privilegierungsbereich auf Personen auszudehnen, die ihrem Auftraggeber gegenüber wirtschaftlich und informativ unterlegen sind.<sup>6</sup>

**selbst  
ständig  
denken**

ver.di - Selbstständige  
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin  
mediafon-Beratung: <http://selbststaendigen.info>  
ver.di-Selbstständige im Internet: <http://selbststaendige.verdi.de>  
ver.di-Selbstständige bei Facebook: [facebook.com/Selbststaendige](https://www.facebook.com/Selbststaendige)

<sup>5</sup> Professor Dr. Frank Bayreuther: "Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten BMAS-Forschungsbericht 508"; Mai 2018.

<sup>6</sup> Entsprechende Änderungen des GWB, so Bayreuther, seien "verhältnismäßig unproblematisch", insbesondere die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 12a TVG, für selbständige Leistungserbringer die dem Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG, also der Koalitionsfreiheit unterliegen. - Seine umfassende Argumentation, insbesondere auf den Seite 68-78, bietet sich aus Ausgangspunkt für eine entsprechende Gesetzgebung an.