

Bundesministerium für Digitalisierung
und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien
per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 9004294 | F 05 90 900114294
E rp@wko.at
W wko.at/rp

European Commission
Directorate-General for Competition - Unit A4
Ref. Nr. HT.5694
per E-Mail: COMP-COLLECTIVE-BARGAINING-1@ec.europa.eu

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
2021-0.872.091, 13.12.2021
HT.5694

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
Rp 1289/22/TT/CG
Dr. Theodor Taurer

Durchwahl
4418

Datum
2.2.2022

EK-Entwurf Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingung von Solo-Selbständigen; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Übermittlung des EK-Entwurfs betreffend Leitlinien zu Tarifverträgen für Solo-Selbständige. Wir nehmen zu diesem wie folgt Stellung:

I. Grundsätzliches

Einleitend möchten wir die **Wichtigkeit eines breiten Dialogs** betreffend die Arbeitsbedingungen von Personen - seien es Arbeitnehmer, seien es Selbständige - unterstreichen. Allerdings ist dieser im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik zu führen und entsprechend der in den Verträgen festgelegten Arbeitsaufteilung auf europäischer oder nationaler Ebene zu führen.

Der vorliegende Entwurf betrifft dabei lediglich einen **peripheren Aspekt von Arbeitsbedingungen**, da das Wettbewerbsrecht grundsätzlich und unbestritten im Bereich der kollektiven Formen von gegenseitigen Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen keine Anwendung findet. Die Initiative der Kommission (EK) in diesem Bereich war durchaus überraschend, da das in den Leitlinien angesprochene Problem mangels Evidenz kaum im Fokus wettbewerbspolitischer Diskussionen gestanden hat. In den vergangenen 25 Jahren hat es in Österreich **keinen einzigen Fall** gegeben, der einen kartellrechtlichen Regulierungsbedarf aufgrund der fraglichen Rechtskonformität betreffend Kollektivvertragsverhandlungen von EPU's (Ein-Personen-Unternehmen; wird hier synonym mit dem von der EK verwendeten Begriff „Solo-Selbständiger“ verwendet) aufgezeigt hätte.

Die EK hat aber in ihrem Entwurf an mehreren Stellen arbeits- und sozialrechtliche Maßnahmen in verschiedenen Mitgliedstaaten aufgezeigt, die dort bei aufgetretenen Problemen Abhilfe verschafft haben. Der praktische Wert des vorliegenden Entwurfes darf daher in Zweifel gezogen werden. Sämtliche von der EK aufgezeigten Fallbeispiele wären auch nach bisherigem Rechtsverständnis, wie in den Leitlinien festgehalten, zu lösen gewesen. Diese bringen daher keinen Mehrwert für die Normunterworfenen und bieten auch kaum Klarstellungen.

Unklar ist, wer auf Arbeitgeber- und wer auf Arbeitnehmerseite **vertretungsbefugt** ist und wer an den Kollektivvertragsverhandlungen teilnehmen soll. Gerade in Staaten, wo berufliche Interessenvertretungen mit gesetzlicher Pflichtmitgliedschaft bestehen, kommt es zu unlösbaren Interessenskonflikten.

Zudem gibt es bereits ein Instrument auf Unionsebene, das Selbständige unterstützt und fördert. Mit der [Verordnung \(EU\) Nr. 2019/1150](#) zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (die sogenannte „Plattform-to-Business-Verordnung“ oder „P2B“-Verordnung) soll sichergestellt werden, dass selbstständige „gewerbliche Nutzer“ der Vermittlungsdienste einer Online-Plattform auf transparente und faire Weise behandelt werden und dass sie im Streitfall Zugang zu wirksamen Rechtsbehelfen haben. Diese VO ist mit 12.7.2020 in Kraft getreten.

Die Frage der sozialen oder wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit stellt sich für Arbeitnehmer bzw. selbständige Erwerbstätige in Österreich nicht, **da alle Berufsgruppen Zugang zu Sozialschutz haben** und damit zumindest der Kranken- und Pensionsversicherung unterliegen. Auch für Selbständige besteht u.a. die Möglichkeit, sich freiwillig gegen Arbeitslosigkeit zu versichern.

Mit der RL 2019/1152/EU über transparente und vorhersagbare Arbeitsbedingungen, die bis 1.8.2022 in nationales Recht umzusetzen ist, wurden bereits Mindestvorschriften für Arbeitnehmer erlassen, die für jede Art der unselbständigen Beschäftigung gelten und damit auch für Plattformarbeitnehmer. Die Gewährleistung fairer Arbeitsbedingungen ist damit sichergestellt.

Darüber hinaus bestehen bereits viele freiwillige Interessensvertretungen für Selbständige, die sich für die Verbesserung von wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen einsetzen.

II. Im Detail

Die **Abgrenzung zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit** ist diffizil und kann in unterschiedlichen Rechtsbereichen unterschiedlich beantwortet werden. Daher definieren die arbeitsrechtlichen Bestimmungen ihren Arbeitnehmerbegriff und ihren Anwendungsbereich autonom, ebenso wie es das Wettbewerbsrecht mit seinem genuinen und tatbestandsrelevanten Unternehmensbegriff macht. Dass die reale Arbeitswelt im Zeitalter der Digitalisierung immer komplexer, diverser und fragmentierter wird, ist eine Tatsache. Immer mehr Mischformen treten auf, welche die Grenzen der klassischen Unterscheidung in Arbeitnehmer hier und Unternehmer dort verwischen. Trotzdem ist es wichtig, die Terminologie sauber getrennt zu halten, um nicht weitreichendere rechtliche Graubereiche zu schaffen.

Immerhin verändert der vorliegende Leitlinien Entwurf den kartellrechtlichen Begriff des Unternehmens nicht, führt aber hier die neue Kategorie von „Scheinselbständigen“ ein - einen Terminus mit eindeutiger Konnotation aus der sozialpolitischen Debatte früherer Jahrzehnte.

Gemeint sind damit Unternehmer nach Art. 101 AEUV, die aufgrund bestimmter Eigenschaften ihres Arbeitsumfeldes, schutzwürdig sind - vielleicht so schutzwürdig wie vergleichbare Arbeitnehmer. Abgesehen vom Element der Schutzwürdigkeit kennt das Wettbewerbsrecht jedenfalls einen Themenbereich, der ebenso zur Frage der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechtes schon vor langer Zeit Anlass gegeben hat: die Handelsvertreter. Wenig überraschend treten hier ähnliche Unterscheidungskriterien auf, wie sie auch hier im vorliegenden Entwurf angesprochen werden: z.B. die Integration in das Unternehmen des Geschäftsherrn, der Umfang der Risikotragung, die Bindung an die Vorgaben des Geschäftsherrn.

Der Entwurf schränkt seinen Anwendungsbereich umfassend ein: einerseits findet er nur auf solche „Scheinselbständige“ Anwendung, die bei der Erbringung ihrer Dienstleistung „in erster Linie“ auf die eigene Arbeitskraft angewiesen sind. Andererseits betreffen die Leitlinien nur Aspekte unmittelbaren Arbeitsbedingungen, die kollektiv von Scheinselbständigen einerseits und der „Gegenpartei“ andererseits verhandelt werden. Vergeblich versucht man in den Leitlinien den Ausdruck des Geschäftspartners zu finden und man gewinnt den Eindruck, EPU stehen einem feindlichen Umfeld gegenüber.

Die Idee eine kartellrechtlich treffsichere Unterscheidung von relevanten Sachverhalten anhand des Unterscheidungskriteriums „Solo-Selbständigkeit“ (der Selbständige beschäftigt keine weiteren Arbeitnehmer unabhängig vom Umfang dieser Beschäftigung) ist zwar einfach aber geradezu widersinnig. Die im Teil 4 angeführten Sachverhalte, welche keine Durchsetzungsprioritäten seitens der EK darstellen und daher - trotz Tatbestandsmäßigkeit - nicht aufgegriffen werden, der „eindeutig ungleichen Verhandlungsstellung“ bzw. wenn die Gegenpartei „über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügt“ sind gleichermaßen problematisch, ob es sich hier nun um ein EPU, ein Kleinst- oder ein Kleinunternehmen handelt (ISd Empfehlung der EK aus 2003 zur KMU-Definition). Auch ein Unternehmer mit einem teilzeitverpflichteten Arbeitnehmer ist den gleichen wirtschaftlichen Druckverhältnissen eines beherrschenden Unternehmens ausgesetzt, wie ein EPU. Hier eine unterschiedliche Behandlung vorzusehen, verstößt nicht nur gegen das Gleichbehandlungsgebot, ist wirtschaftlich unsinnig und verzerrt den Wettbewerb innerhalb bestimmter Berufsgruppen. Das österreichische Kartellrecht trägt diesem massiven Problem innerhalb von Geschäftsbeziehungen durch die Rechtsfigur der „relativen Marktmacht“ Rechnung. Anstelle der vorliegenden Leitlinien halten wir es daher für zweckdienlich, wenn sich die EK diesem drängenden Problem zuwendet. Darüber hinaus weisen wir darauf hin, dass die von der EK verwendeten Begriffe, die ein Ungleichgewicht zwischen Verhandlungspartnern bezeichnen, nicht näher differenziert werden, und daher völlig ungeeignet sind, auch nur ansatzweise dem Legalitätsprinzip zu entsprechen. Dies könnte in der Praxis ein Einfallstor für willkürliche Anwendungen der Leitlinien sein, was vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus entschieden abzulehnen ist.

Insoweit die EK vermeint, dass für die Nichtanwendbarkeit des Wettbewerbsrechtes qualifizierende kollektive Vereinbarungen von EPU geeignet sind, möglich soziale Missstände auf Seiten der EPU zu beseitigen, muss festgehalten werden, dass viele betroffene EPU in intensivem Wettbewerb mit **Anbietern von außerhalb der EU** stehen; dadurch wird der Abschluss solcher Tarifverträge - gerade in Bereichen der digitalen Arbeitsplattformen - bereits auf faktischer Ebene verhindert, da sich die tarifvertragswilligen EPU einer stärkeren Verdrängung vom Markt ausgesetzt sehen könnten.

Unverständlich sind die Ausführungen der EK in RZ 21 wonach Tarifverträge von Solo-Selbständigen, die sich in vergleichbaren Situationen befinden wie Arbeitnehmer, als von Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ausgenommen zu betrachten sind, **unabhängig davon, ob sie die Qualifikation der Kriterien als Scheinselbständige erfüllen** - wie in der Judikatur des EuGH festgehalten. In den darauffolgenden RZn entwickelt die EK drei Kategorien von Solo-Selbständigen (wirtschaftliche Abhängigkeit; Arbeit „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmern; digitale Arbeitsplattformen), die aber dann wieder minutiös auf das Vorliegen der drei Kriterien des EuGH geprüft werden.

Weiters führt die EK in RZ 25 Folgendes aus:

„Nach Ansicht der Kommission befindet sich ein Solo-Selbständiger in einer Situation wirtschaftlicher Abhängigkeit, wenn er mindestens 50 % seines gesamten jährlichen Arbeitseinkommens von einer einzigen Gegenpartei bezieht. Folglich fallen Tarifverträge, die die Verbesserung der Arbeitsbedingungen betreffen und zwischen Solo-Selbständigen, die sich in einer Situation wirtschaftlicher Abhängigkeit befinden, und ihrer Gegenpartei, von der sie wirtschaftlich abhängig sind, geschlossen werden, nicht unter Artikel 101 AEUV, selbst dann nicht, wenn die betreffenden Selbständigen von den nationalen Behörden/Gerichten als Arbeitnehmer eingestuft worden sind.“

Das Ende des letzten Satzes verwundert in seiner Aussage, da solche Tarifverträge -abgeschossen durch Arbeitnehmer und deren Vertreter - ohnedies niemals in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts fallen würden.

In Hinblick auf RZ 35 erscheint in keiner Weise nachvollziehbar, warum ein Unternehmen mit einem **Umsatz von 2 Mio. € und 10 Mitarbeitern** in einer stärkeren Verhandlungsposition sein soll, als der durchschnittliche Scheinselbständige. Wie ungerechtfertigt dieser Ansatz ist, zeigt etwa das Beispiel, in dem ein EPU ein legales Monopol hat (bspw. ein Patent oder sonstiges Immaterialgüterrecht wie das Urheberrecht). Hier sitzt das EPU verhandlungstechnisch bei weitem „am längeren Ast“ und ist auch ein Großunternehmen durch das dingliche Recht, das die Immaterialgüterrechte sind, in der weitaus schwächeren Verhandlungsposition. Die Grenzziehung durch quantitative Kriterien wie Umsatz und Mitarbeiterzahl ist daher sehr willkürlich und deshalb schon mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip schwer vereinbar.

Der Ansatz in RZ 36 ff, wonach die Leitlinien auch dann zur Anwendung gelangen sollen, wenn Selbstständige **nach innerstaatlichem oder EU-Recht** ein Anrecht auf gemeinsam geführte Tarifverhandlungen haben (wie z.B. angemessene Vergütung gemäß EU-Urheberrechtsrichtlinie), ist völlig unbrauchbar, weil diese (innerstaatlichen Regelungen wie bspw. die letzte Novelle zum UrhG) stets nur so weit eine kollektive Verhandlung zulassen, als sie wettbewerbsrechtlich keine Beeinträchtigung darstellen. Dies ist normativ etwa in § 37b Abs.4 UrhG idF der Urh-Nov 2021 (BGBl I 244/2021) auch festgehalten. Damit wird auf die individuellen Gegebenheiten Rücksicht genommen, um ungerechtfertigte Marktbeschränkungen/-eingriffe zu vermeiden. Durch den Ansatz der EK wird dieses Eingehen auf die jeweilige konkrete Situation nicht mehr gewährleistet und ist daher unter rechtlichen und ökonomischen Gesichtspunkten kontraproduktiv.

Bei personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für alle Geschlechter.
Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin