

Marco Schock

Solo-Selbständige im Gesamtarbeitsvertrag –  
eine kollektivarbeitsrechtliche Notwendigkeit?

**Herausgegeben von / Edited by**

**Prof. Dr. iur. ROLAND MÜLLER**, Universität St. Gallen

**Prof. Dr. iur. THOMAS GEISER**, Universität St. Gallen

**Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI**, Universität St. Gallen

**Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen**  
**Law for Private and Public Enterprises**

**Band / Volume 35**

**Marco Schock**

**Solo-Selbständige  
im Gesamtarbeitsvertrag –  
eine kollektivarbeits-  
rechtliche Notwendigkeit?**

**DIKE** 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-216-3

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

---

## Vorwort

Prof. Dr. Kurt Pärli danke ich herzlichst für die Betreuung meiner Masterarbeit und seine wertvollen und inspirierenden Denkanstösse, die mich während meiner Arbeit konstruktiv begleiteten.

Für die Möglichkeit die Masterarbeit in dieser Reihe zu publizieren, gebührt der Herausgeberschaft ein grosser Dank. Dem Lehrstuhl für Soziales Privatrecht der Juristischen Fakultät der Universität Basel sei an dieser Stelle für den grosszügigen finanziellen Beitrag an dieser Publikation gedankt.

Meiner Familie, meiner Partnerin wie auch meinem weiteren persönlichen Umfeld bin ich tiefst verbunden für die stets entgegengebrachte Empathie und Unterstützung, die mir Rückenwind verliehen und so zum Gelingen dieser Masterarbeit massgeblich beigetragen haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Basel, Mai 2020

Marco Schock



---

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Literaturverzeichnis .....	XV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Materialienverzeichnis .....	XXV
Judikaturverzeichnis .....	XXVII
A. Einleitung und Grundlagen .....	1
I. Einführung .....	1
II. Die kleinste wirtschaftliche Einheit: Solo-Selbständige .....	2
III. Konnex von Plattformökonomie und Solo-Selbständigkeit .....	4
B. Solo-Selbständige und Arbeitnehmende – und sonst? .....	7
I. Ausgangslage .....	7
II. Der zivilrechtliche Arbeitnehmerbegriff .....	8
III. Abgrenzungen von anderen, arbeitsleistungsbezogenen Vertragstypen .....	10
IV. Exkurs: Der Arbeitnehmerbegriff in anderen Rechtsgebieten .....	17
C. Internationales kollektives Arbeitsrecht .....	23
I. Einführung .....	23
II. Die internationale Arbeitsorganisation (ILO) .....	24
III. UNO-Pakt I und UNO-Pakt II .....	30
IV. Kollektivarbeitsrechtliche Bestimmungen in der EMRK .....	31
V. Die Europäische Sozialcharta (ESC) .....	33
VI. Die Grundrechtecharta (GRC) .....	35
D. Rechtslage in der Schweiz .....	37
I. Einführung .....	37
II. Kollektivarbeitsrechtlicher Teil .....	37
III. Kartellrechtlicher Teil .....	49
IV. Zwischenfazit .....	59
E. Rechtslage in der Europäischen Union .....	61
I. Europäisches Arbeits- und Sozialrecht .....	61
II. Europäisches Kartellrecht .....	66
III. Ausgewählte einschlägige EuGH-Rechtsprechung .....	69
IV. Die Beschwerde des <i>Irish Congress of Trade Unions</i> v. Irland .....	80

V. Exemplarisch: Die ILO-Beschwerde einer polnischen Gewerkschaft .....	87
VI. Fazit.....	90
F. Schlussanalyse .....	91
I. Überlegungen zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht.....	91
II. Kollektives Arbeitsrecht oder Kartellrecht – eine Frage der Deutungshoheit? .....	92
G. Lösungsansätze <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	97
I. Einführende Bemerkungen.....	97
II. Ausgewählte Lösungsansätze auf Soft Law-Ebene.....	97
III. Lösungsansätze <i>de lege lata</i> .....	99
IV. Lösungsansätze <i>de lege ferenda</i> .....	101
H. Schlussfolgerungen.....	105



---

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Literaturverzeichnis .....	XV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Materialienverzeichnis .....	XXV
Judikaturverzeichnis .....	XXVII
 A. Einleitung und Grundlagen .....	 1
I. Einführung .....	1
II. Die kleinste wirtschaftliche Einheit: Solo-Selbständige .....	2
III. Konnex von Plattformökonomie und Solo-Selbständigkeit .....	4
 B. Solo-Selbständige und Arbeitnehmende – und sonst? .....	 7
I. Ausgangslage .....	7
II. Der zivilrechtliche Arbeitnehmerbegriff .....	8
1. Der Arbeitnehmerbegriff nach Einzelarbeitsvertrag .....	8
2. Typisierende Elemente des Einzelarbeitsvertrages .....	8
a) Arbeitsleistung .....	8
b) Entgeltlichkeit .....	9
c) Dauerschuldverhältnis .....	9
d) Eingliederung, Subordination und Abhängigkeit .....	9
e) Würdigung der Gesamtumstände im Einzelfall .....	10
III. Abgrenzungen von anderen, arbeitsleistungsbezogenen Vertragstypen .....	10
1. Grundsätzliches .....	10
2. Abgrenzung zum Werkvertragsrecht nach Art. 363 ff. OR .....	11
3. Abgrenzung vom Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR .....	12
4. Scheinselbständige .....	13
5. Arbeitnehmerähnliche Person .....	14
6. Notwendigkeit der Differenzierung .....	15
7. Zwischenfazit: Wichtigkeit der Abgrenzung hinsichtlich Anwendbarkeit von GAV .....	16
IV. Exkurs: Der Arbeitnehmerbegriff in anderen Rechtsgebieten .....	17
1. Ein kurzer Überblick über andere Arbeitnehmerbegriffe .....	17
2. Im Fokus: Sozialversicherungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff .....	17
a) Definition, Merkmale und Abgrenzungen .....	17
b) Rechtsprechung .....	19

C. Internationales kollektives Arbeitsrecht .....	23
I. Einführung.....	23
II. Die internationale Arbeitsorganisation (ILO).....	24
1. Historisches und Überblick.....	24
2. Erklärung von Philadelphia .....	24
3. ILO-Recht in der Schweiz .....	25
4. Einschlägige kollektivarbeitsrechtliche ILO-Übereinkommen.....	26
a) Das ILO-Übereinkommen Nr. 87 .....	27
b) Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 .....	27
5. Im Fokus: Die ILO-Empfehlung 198 betreffend das Arbeitsverhältnis.....	28
a) Allgemeines.....	28
b) Interessante Erwägungen .....	28
c) Programmatische Konkretisierungshilfen nach Art. 11 ILO- Empfehlung 198.....	28
d) Indikatorenkatalog nach Art. 13 ILO-Empfehlung 198.....	29
aa) Art. 13 lit. a ILO-Empfehlung 198 .....	29
bb) Art. 13 lit. b ILO-Empfehlung 198 .....	30
6. Zwischenfazit .....	30
III. UNO-Pakt I und UNO-Pakt II.....	30
1. UNO-Pakt I .....	30
2. UNO-Pakt II .....	31
IV. Kollektivarbeitsrechtliche Bestimmungen in der EMRK.....	31
1. Grundsätzliches.....	31
2. Inhalt und Schutzbereich von Art. 11 EMRK .....	31
3. Anwendbarkeit und praktische Bedeutung .....	32
4. Einschlägige Rechtsprechung.....	32
5. Integrative Auslegung der EMRK .....	32
V. Die Europäische Sozialcharta (ESC) .....	33
VI. Die Grundrechtecharta (GRC).....	35
D. Rechtslage in der Schweiz.....	37
I. Einführung.....	37
II. Kollektivarbeitsrechtlicher Teil .....	37
1. Die Arbeitsverfassung im weiteren Sinn .....	37
a) Die Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV .....	37
aa) Inhalt und Geltungsbereich .....	37
bb) Völkerrechtliche Bezüge zu Art. 28 BV .....	38
b) Die Arbeitsverfassung im engeren Sinn nach Art. 110 BV.....	38
aa) Arbeitnehmendenschutz.....	39

bb) Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite .....	39
cc) Die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von GAV .....	40
c) Die Sozialzielbestimmung nach Art. 41 Abs. 1 lit. d BV .....	40
2. Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) .....	42
a) Allgemeines und Funktion .....	42
b) Inhalt .....	42
aa) Normativer Teil .....	42
bb) Direkt schuldrechtlicher Teil .....	43
cc) Indirekt schuldrechtlicher Teil .....	43
c) Persönlicher Geltungsbereich des GAV .....	43
d) Anschlussoptionen .....	44
e) Die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) .....	44
3. Solo-Selbständige und GAV .....	44
a) Grenzen des kollektiven Arbeitsrechtes .....	44
b) Arbeitnehmerähnliche Personen im GAV .....	45
c) Analyse Charta Freischaffende der <i>syndicom</i> .....	47
aa) Freiwilligkeit der Selbständigkeit .....	47
bb) GAV-Anbindung .....	48
cc) Adäquate Löhne und Honorare .....	48
dd) Unterstützung durch die Gewerkschaft .....	48
ee) Fazit .....	49
III. Kartellrechtlicher Teil .....	49
1. Die Wirtschaftsverfassung in der Schweiz .....	49
a) Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV .....	49
b) Die Grundsätze der Wirtschaftsordnung nach Art. 94 BV .....	50
c) Die Wettbewerbspolitik nach Art. 96 BV .....	50
aa) Der Kartellartikel nach Art. 96 Abs. 1 BV .....	51
bb) Der Artikel zum unlauteren Wettbewerb nach Art. 96 Abs. 2 lit. b BV .....	52
d) Zusammenhänge von Art. 27, Art. 94 und Art. 96 BV .....	53
2. Zweck und Geltungsbereich des Kartellrechts .....	54
3. Ausnahmereiche im Kartellrecht .....	54
a) Ausnahmereich Arbeitnehmer .....	54
aa) Historisches und Hintergründe .....	54
bb) Begründung der kartellrechtlichen Ausnahme für Arbeitnehmer .....	55
b) Im Fokus: Der GAV im kartellrechtlichen Ausnahmereich .....	56
4. Solo-Selbständige im Kartellrecht .....	57
a) Ausgangslage .....	57
b) Fallbeispiel .....	58
IV. Zwischenfazit .....	59

E. Rechtslage in der Europäischen Union.....	61
I. Europäisches Arbeits- und Sozialrecht .....	61
1. Allgemeine Bemerkungen zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.....	61
2. Arbeitnehmerbegriffe und deren einschlägige Anwendungsbereiche im AEUV .....	62
a) Grundsätzliches .....	62
b) Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff nach Art. 45 AEUV .....	62
c) Der Anwendungsbereich von Art. 153 AEUV .....	63
3. Kollektivarbeitsrechtliche Bestimmungen in der Grundrechtecharta (GRC).....	65
4. Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV .....	66
II. Europäisches Kartellrecht .....	66
1. Das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV .....	66
a) Grundsätze.....	66
b) Der Unternehmensbegriff .....	67
2. Der Tarifvertrag als Ausnahmetatbestand vom Kartellverbot.....	67
3. Solo-Selbständige im europäischen Kartellrecht .....	68
III. Ausgewählte einschlägige EuGH-Rechtsprechung .....	69
1. Einführende Bemerkung.....	69
2. Der <i>Albany</i> -Entscheid .....	69
3. Der <i>Becu</i> -Entscheid.....	70
4. Der <i>Pavlov</i> -Entscheid .....	71
5. Der <i>Danosa</i> -Entscheid.....	72
6. Der <i>FNV Kunsten</i> -Entscheid .....	73
a) Ausgangslage.....	73
b) Zentrale Aussagen .....	74
c) Im Fokus: die Schlussanträge von Generalanwalt WAHL .....	75
d) Würdigung .....	78
7. Der <i>Čepelnik</i> -Entscheid.....	78
IV. Die Beschwerde des <i>Irish Congress of Trade Unions</i> v. Irland.....	80
1. Sachverhalt und Ausgangslage .....	80
2. Überprüfung durch den Ausschuss.....	81
a) Vorüberlegungen .....	81
b) Beurteilung durch den Ausschuss .....	82
aa) Beurteilung der Situation vor Erlass des CAA 2017 .....	83
bb) Beurteilung der Situation nach Erlass des CAA 2017 .....	83
3. Abweichende Meinungen .....	84
4. Fallbesprechung durch die ILO.....	86

V. Exemplarisch: Die ILO-Beschwerde einer polnischen Gewerkschaft.....	87
1. Ausgangslage .....	87
2. Resultat .....	89
VI. Fazit .....	90
F. Schlussanalyse.....	91
I. Überlegungen zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht .....	91
II. Kollektives Arbeitsrecht oder Kartellrecht – eine Frage der Deutungshoheit? .....	92
1. Allgemeine Bemerkungen .....	92
2. Konkurrenz, Koexistenz oder Kongruenz? .....	92
3. (K)eine Frage der Deutungshoheit? .....	94
4. Rechtfertigung eines Überwiegen kollektivarbeitsrechtlicher Interessen .....	94
G. Lösungsansätze <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	97
I. Einführende Bemerkungen .....	97
II. Ausgewählte Lösungsansätze auf Soft Law-Ebene .....	97
1. Allgemeine Bemerkungen .....	97
2. ILO-Empfehlung 198.....	97
3. Charta Freischaffende <i>syndicom</i> .....	97
4. Ombudstelle .....	98
III. Lösungsansätze <i>de lege lata</i> .....	99
1. Qualifikation von Solo-Selbständigen als Scheinselbständige .....	99
2. Qualifikation von Solo-Selbständigen als arbeitnehmerähnliche Personen .....	100
3. Arbeitnehmendenschutz erfordert Regelungen für Solo-Selbständige im GAV .....	100
IV. Lösungsansätze <i>de lege ferenda</i> .....	101
1. Schaffung eines neuen Status .....	101
2. Erweiterung des kartellrechtlichen Ausnahmebereiches auf Solo-Selbständige .....	102
3. Mindestlohngesetz für Solo-Selbständige .....	103
H. Schlussfolgerungen .....	105