

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	29
A. Thematische Einführung	29
B. Grundlagen der begrenzten Bereichsausnahme	37
C. Gang der Untersuchung	45
Teil 1: Anliegen und Besonderheiten von Wettbewerb und Arbeitsmarkt	46
A. Individualautonomie – Das Konkurrenzprinzip der Wettbewerbsordnung	46
B. Kollektivautonomie – Das Gegenmachtprinzip der Arbeitsmarktordnung	80
Teil 2: Zielkonkurrenzen in der sozialen Marktwirtschaft	146
A. Die wettbewerbsrechtliche Perspektive auf die Bildung von Gegenmacht	146
B. Funktionen des Tarifvertrags in der sozialen Marktwirtschaft	169
C. Der Tarifvertrag als Gegenstand des Kartellverbots	201
Teil 3: Die begrenzte Bereichsausnahme als Auflösung des Zielkonflikts	240
A. Formelle Voraussetzungen	240
B. Persönliche Voraussetzungen	256
C. Sachliche Voraussetzungen	357
Schlussbetrachtung	399
A. Arbeitsergebnisse	399
B. Ausblick	409
Literaturverzeichnis	413
Stichwortverzeichnis	457

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	29
A. Thematische Einführung	29
B. Grundlagen der begrenzten Bereichsausnahme	37
I. Begründung der begrenzten Bereichsausnahme: Das Albany-Urteil	38
1. Sachverhalt und Vorlagefrage	38
2. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs	39
3. Entscheidung des EuGH	40
II. Ausgestaltung der begrenzten Bereichsausnahme: Das FNV Kunsten-Urteil	41
1. Sachverhalt und Vorlagefrage	41
2. Schlussanträge des Generalanwalts Wahl	42
3. Entscheidung des EuGH	43
III. Folgen der begrenzten Bereichsausnahme	44
C. Gang der Untersuchung	45
Teil 1: Anliegen und Besonderheiten von Wettbewerb und Arbeitsmarkt	46
A. Individualautonomie – Das Konkurrenzprinzip der Wettbewerbsordnung	46
I. Wettbewerbstheorie – Begriff, Konzeptionen und Funktionen des Wettbewerbs	46
1. Offener Wettbewerbsbegriff	46
2. Wettbewerbskonzeptionelle Traditionen und ihre wettbewerbspolitischen Anliegen	48
a) Klassische Nationalökonomie	48
b) Vom vollständigen zum funktionsfähigen Wettbewerb der Harvard School	50
c) Neoklassische Wettbewerbstheorien und Ordoliberalismus	53

d) Effizienzorientierte Wettbewerbskonzeptionen in den USA	55
3. Wettbewerbsfunktionen	57
a) Ökonomische Wettbewerbsfunktionen	57
aa) Anpassungs- und Steuerungsfunktion	57
bb) Fortschritts- und Auslesefunktion	58
cc) Leistungsfunktion und ökonomische Einkommensverteilung	59
b) Gesellschaftspolitische Wettbewerbsfunktionen	60
4. Leitbilder der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung	61
a) Das GWB und seine Novellen	62
b) Europäische Wirtschafts- und Integrationspolitik	64
c) Der more economic approach in der EU-Wettbewerbspolitik	65
II. Ökonomische Kartelle und normatives Schutzbedürfnis	67
1. Die Grundlagen des Kartellbegriffs	67
a) Problematische Marktstrukturen	67
aa) Monopole und monopolartige Marktstrukturen	68
bb) Oligopole und erlaubtes Parallelverhalten	69
b) Anreize, Funktionsweise und rechtlicher Kartellbegriff	70
c) Wettbewerbsdysfunktionalität des Kartells	72
2. Zusammenfassung	73
III. Normative Ausgestaltung der Wettbewerbsordnung	74
1. Unionsrechtliche Ebene	74
a) Primärrechtsquellen	74
b) Sekundärrechtsquellen	75
c) Entscheidungspraxis der Unionsgerichte und der Kommission	76
2. Nationalrechtliche Ebene	77
a) Verfassungsrang	77
b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung	78
3. Das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht	79
a) Grundsatz der Parallelanwendung	79
b) Überlagernde Vollharmonisierung	80
B. Kollektivautonomie – Das Gegenmachtprinzip der Arbeitsmarktordnung	80
I. Besonderheiten des Arbeitsmarkts	80
1. Begriffsbestimmung – Was ist Arbeitsmarkt?	81
a) Marktparameter und Marktbegriff	81

b) Das Gut der Arbeitsleistung	82
c) Geltung ökonomischer Regeln am Arbeitsmarkt	83
aa) Die Balance von Angebot und Nachfrage	83
bb) Weitere wirtschaftliche Interessen am Arbeitsmarkt	84
(1) Leistender	84
(2) Leistungsempfänger	85
2. Die Unterlegenheit der Anbieterseite	86
a) Ökonomische Besonderheiten am Arbeitsmarkt	86
aa) Angebotsseite	86
(1) Der Mensch als Subjekt und Objekt der Wirtschaft	86
(2) Begrenztheit und Entgrenzung von Arbeit	87
(3) Arbeitsleistung und Opportunitätskosten	91
(4) Folge: Inverse Angebotsreaktion und Konkurrenzparadoxon	92
bb) Nachfrageseite	93
(1) Arbeitsmarkt und Marktabhängigkeiten	93
(2) Ökonomischer Kostenfaktor und markträumende Löhne	94
cc) Bewertung	96
b) Soziale und rechtliche Besonderheiten	96
aa) Historische Betrachtung: Die nur formalrechtliche Freiheit	97
bb) Normative Abbildung des Machtgefälles	100
(1) Parität als Funktionsbedingung für Selbstbestimmung	100
(2) Wesenszüge des klassischen Individualarbeitsverhältnisses	104
(a) Begründung des Arbeitsverhältnisses	104
(b) Durchführung des Arbeitsverhältnisses	107
(c) Beendigung des Arbeitsverhältnisses	108
cc) Bewertung	110
II. Die Schutzfunktion der Tarifautonomie	111
1. Der Ausgangspunkt des Machtgefälles	111
a) Legitimation und Entwicklungslinien des Tarifvertragswesens	111
aa) Mögliche Korrekturen des Machtgefälles	111
bb) Das liberale Verständnis der Tarifautonomie	113
(1) Historische Ausgangslage	113

(2) Nachzeichnung der legislativen Entwicklung: von der TVVO zum TVG	115
(3) Rechtliche Rahmung des Tarifvertragswesens	117
(a) Privatrechtliche Konzeptionen	117
(b) Kollektivistische Konzeptionen	119
b) Das Machtgefälle am modernen Arbeitsmarkt	121
aa) Der strukturelle Verkaufszwang	122
bb) Heterogenität und Schnelllebigkeit der heutigen Arbeitswelt	126
c) Zusammenfassung	130
2. Die praktische Bedeutung des Tarifvertrags	130
a) Institutionelle Ebene	131
b) Sachliche Ebene	133
III. Normative Ausgestaltung des Arbeitsmarkts	134
1. Unionsrechtliche Ebene	134
a) Grundsatz der fehlenden Kompetenzzuweisung	134
b) Europäische Grundrechtecharta (EU-GRC)	135
2. Nationalrechtliche Ebene	136
a) Verfassungsrechtliche Gewährleistung	136
b) Ausgestaltung und Beschränkungen von Art. 9 Abs. 3 GG	138
aa) Allgemeine Vorgaben	138
bb) Verfassungsrechtlicher Koalitionsbegriff	140
cc) Tariffähigkeit und andere tarifrechtliche Spezialvoraussetzungen	141
3. Das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht	144
a) Mitgliedsstaatliche Gestaltungshoheit	144
b) Bereichsüberlagerung	145
Teil 2: Zielkonkurrenzen in der sozialen Marktwirtschaft	146
A. Die wettbewerbsrechtliche Perspektive auf die Bildung von Gegenmacht	146
I. Grundlagen des Gegenmachtprinzips	146
1. The Concept of Countervailing Power	146
2. Anwendung auf den Arbeitsmarkt	148
a) Die notwendige Abkehr vom Konkurrenzgedanken	148
b) Gegenmachtbildung als Entmachtungs- und Freiheitskonzept	149
c) Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags	150
aa) Funktionsmechanismus des Tarifvertrags	150

bb) Angemessenheitsvermutung statt Richtigkeitsgewähr	151
II. Die Kartellwirkung von Tarifverträgen	154
1. Der Kartellcharakter des Tarifvertrags	154
2. Der Ausbruch aus dem Prinzip der Knappheit von Gütern	155
3. Potenzielle Folgen der Kartellwirkung	157
a) Vertikalverhältnis: Übermachtbildung und Machtspirale	157
b) Horizontalverhältnis: Außenseiter als Wettbewerbsproblem	158
c) Gesamtwirtschaftliche Negativeffekte	162
aa) Neoklassische Gleichgewichtsidee und Insider- Outsider-Modelle	162
bb) Plausibilität der Annahmen und Schlüsse	164
(1) Kontrakttheorien	166
(2) Effizienzlöhne	167
d) Zusammenfassung	168
B. Funktionen des Tarifvertrags in der sozialen Marktwirtschaft	169
I. Das mitgliedschaftliche Prinzip der Tarifautonomie	169
1. Das normative Leitbild: Art. 9 Abs. 3 GG, §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG	169
2. Das hybride Wesen des Tarifvertrags	170
a) Die Legitimation zur Normsetzung	171
aa) Staatlich delegierte Normsetzung	171
bb) Privatrechtlich legitimierte Normsetzung	172
cc) Bewertung	173
b) Normwirkung durch staatliche Anerkennung	175
3. Zusammenfassung	176
II. Die einzelnen Funktionen des Tarifvertrags	176
1. Integrations- und Verteilungsfunktion	176
a) Soziale Marktwirtschaft nach Müller-Armack	177
b) Der Tarifvertrag als verbindendes Element	178
2. Kartellfunktion	179
a) Effektive Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen	180
b) Bestehender Wettbewerb am Arbeitsmarkt	182
c) Ökonomische Aspekte der Kartellfunktion	185
aa) Standardisierung und Transaktionskostenminimierung	185

bb) Qualitätswettbewerb und Unternehmensreputation	186
d) Tariffucht	187
3. Friedensfunktion	189
4. Ordnungsfunktion	191
a) Ordnungswirkung und Ordnungsaufgabe	191
b) Indikatorfunktion	195
5. Gemeinwohlbindung der Tarifparteien	196
6. Zusammenfassung	199
III. Bedürfnis einer funktionalen Abgrenzung	200
C. Der Tarifvertrag als Gegenstand des Kartellverbots	201
I. Kein prinzipieller Geltungsvorrang	201
1. Normhierarchischer Stufenbau	202
a) Unionsrechtliche Ebene	202
b) Nationalrechtliche Ebene	203
aa) Verfassungsrecht	203
bb) Einfaches Gesetzesrecht	203
2. Historische Entwicklung des Kollisionsverhältnisses	204
a) Die Erfassung des Arbeitsmarkts im 1. GWB	204
aa) Vom Missbrauchs- zum Verbotsprinzip	204
bb) Die Behandlung von Kollektivverträgen am Arbeitsmarkt	205
b) Unionsrechtliche Einflüsse auf das GWB	206
aa) Abänderung der Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB	206
bb) Unionsrechtlich induzierte Tatbestandsmodifikation	207
cc) Einordnung im rechtswissenschaftlichen Diskurs	208
3. Zusammenfassung	209
II. Der Tarifvertrag in der Systematik des Kartellverbots	209
1. Anwendungsbereichseröffnung des Kartellverbots	210
a) Sachlicher Anwendungsbereich	210
b) Persönlicher Anwendungsbereich	210
aa) Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff	210
(1) Mehrschichtigkeit	211
(a) Funktionaler Unternehmensbegriff	211
(b) Relativer Unternehmensbegriff	212
(c) Potenzieller Unternehmensbegriff	213
(d) Unternehmensvereinigungen	213
(2) Wirtschaftliche Einheit	214

bb) Die Unternehmenseigenschaft der Arbeitsmarktakeure	216
(1) Arbeitnehmer	216
(a) Zusätzliche selbstständige Erwerbstätigkeit	216
(b) Die Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis	217
(2) Gewerkschaften	219
(a) Güter- oder Dienstleistungsmarkt	219
(b) Abschluss von Tarifverträgen	219
(3) Arbeitgeberunternehmen	221
(4) Arbeitgeberverbände	222
(5) Selbstständige	223
cc) Auswirkungen auf die Kartellkontrolle von Tarifverträgen	224
(1) Firmentarifverträge	224
(2) Verbandstarifverträge	225
(a) Beschluss zwischen Unternehmen	225
(b) Erfassung des Verbandstarifvertrags	226
(3) Tarifverträge für Selbstständige	228
2. Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB	228
a) Tathandlungen	228
b) Taterfolg	230
aa) Wettbewerbsbeschränkung	230
bb) Spürbarkeit	231
cc) Bezwecken oder Bewirken	232
dd) Anwendung auf den Tarifvertrag	233
c) Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV	233
d) Marktabgrenzung	235
3. Keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB	236
4. Rechtsfolgen eines Verstoßes	237
III. Zusammenfassung	238
Teil 3: Die begrenzte Bereichsausnahme als Auflösung des Zielkonflikts	240
A. Formelle Voraussetzungen	240
I. Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung	240



II. Unterschiede der mitgliedsstaatlichen Tarifordnungen	241
1. Konzeptionelle Unterschiede	241
a) Verschiedene Modelle der Arbeitsbeziehungen	241
b) Grad und Intensität der Verrechtlichung	243
2. Rechtliche Unterschiede	245
a) Tariffähigkeit	245
b) Bindung und Wirkung	247
III. Indikationen für die begrenzte Bereichsausnahme	249
1. Rückverweisung auf mitgliedsstaatliches Recht (Art. 28 EU-GRC)	249
2. Nationalrechtliche Ausfüllung der formellen Voraussetzungen	250
a) Zweiseitigkeit der Tarifverhandlungen	251
b) Koalitionsbegriff	251
c) Vereinbarungen in Form eines Tarifvertrags	253
d) Auswirkungen auf die Tarifvertragstypen	254
aa) Verbandstarifverträge	254
bb) Firmentarifverträge	255
IV. Zusammenfassung	256
B. Persönliche Voraussetzungen	256
I. Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung	256
II. Der Arbeitnehmerbegriff nach nationalem und europäischem Recht	257
1. Der nationalrechtliche Arbeitnehmerbegriff	257
a) Status- und Rechtsfolgenbegriff	258
b) Das Verständnis nach § 611a Abs. 1 BGB	260
aa) Definition und gesetzliche Anknüpfung	260
bb) Privatrechtliche Leistungspflicht aufgrund eines Vertrags	261
cc) Persönliche Abhängigkeit	262
(1) Grundlagen des Arbeitnehmertypus	262
(2) Weisungsgebundenheit	264
(a) Inhalt und Durchführung	266
(b) Zeit und Ort	266
(3) Fremdbestimmte Arbeit und Eingliederung	267
(4) Sonstige Kriterien	270
c) Abgrenzungen zu anderen Erwerbsgruppen	271
aa) „Echte“ Selbstständige	272
(1) Gesetzliche Anknüpfung	272
(2) Leitbilder der Rechtsprechung	273

bb) Arbeitnehmerähnliche Personen	274
(1) Gesetzliche Anknüpfung	274
(2) Leitbilder der Rechtsprechung	275
(3) Die Bedeutung nach § 12a TVG	275
(a) § 12a TVG als verfassungsrechtlich legitimierter Ausgangspunkt	276
(b) Entstehungsgeschichte des § 12a TVG	277
(c) Die Voraussetzungen von § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG	278
(aa) Systematik und Sinngehalt des Oberbegriffs	278
(bb) Persönliche Leistungserbringung und Vertragstypen	281
(cc) Zeit- und Verdienstrelation	282
cc) Scheinselbstständigkeit	283
2. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff	286
a) Grundlagen der Begriffsbildung im europäischen Arbeitsrecht	286
aa) Duale Struktur des Unionsrechts	286
bb) Funktionsgebundene Relativität des Begriffs	287
b) Inhaltliche Reichweite	290
aa) Die Lawrie-Blum-Formel (Art. 45 AEUV) als Ausgangspunkt	290
bb) Weite Auslegung des europäischen Begriffs	292
cc) Arbeitnehmerähnliche Personen	294
(1) Das Problem	294
(2) Unergiebigkeit der nationalrechtlichen Systematisierung	297
(3) Übernahme des Unternehmerrisikos	297
3. Wandel am Arbeitsmarkt	301
a) Historische Prägung der Statusdeterminierung	301
b) Wandlungsnotwendigkeit des Arbeitsrechts	302
aa) Die „Erosion des Normalarbeitsverhältnisses“	302
(1) Normalarbeitsverhältnis und atypische Beschäftigung	302
(2) Normalarbeitsverhältnis und Soloselbstständigkeit	303
bb) Bewertung	305

III. Tarifrechtlicher Schutz für „Soloselbstständige“	306
1. Soloselbstständigkeit in der digitalisierten Arbeitswelt	306
a) Grundlagen	306
aa) Beschäftigungsstrukturelles Vorkommen	306
bb) Plattformökonomie, Sharing Economy und Economy on Demand	307
b) Machtasymmetrien in der Plattformökonomie	308
aa) Crowdsourcing und Crowdworking	310
(1) Formen von Crowdwork	310
(a) Internes Crowdwork	310
(b) Externes Crowdwork	311
(2) Aufgabenmodi	313
(a) Arbeitsteiliges Zusammenwirken beim Microtasking	313
(b) Wettbewerbssituation zwischen den Crowdworkern	314
(3) Zahlen und Fakten	316
bb) Gig-Economy am Beispiel von Uber	318
2. Rechtsbeziehungen in der Plattformökonomie	321
a) Allgemeines Zivil- und Wirtschaftsrecht	321
b) Sozialversicherungsrecht	322
c) Arbeitsrecht	324
aa) Onsite-Selbstständigkeit	324
bb) Plattformbeschäftigung	326
(1) Gigwork	326
(a) BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20	327
(b) Uber-Fahrer	330
(2) Crowdwork	331
(a) Arbeitnehmer	332
(b) Arbeitnehmerähnliche Personen	335
(3) Bewertung	337
3. Kartellrechtliche Freistellung entsprechender Tarifverträge	339
a) Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung	339
aa) Kein Kartellprivileg für „echte“ Selbstständige	339
bb) EuGH, Beschl. v. 22.4.2020 – C-692/19 (Yodel)	340
b) Veränderte sozialpolitische Maximen	342
aa) Die europäische Säule sozialer Rechte	342
bb) Richtlinie 2019/1152/EU	344
cc) RL-Entwurf zur Verbesserung der Plattformarbeit	345

dd) Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Wettbewerbsrechts	352
c) Auswirkungen auf die vorliegende Fragestellung	355
IV. Zusammenfassung	356
C. Sachliche Voraussetzungen	357
I. Aufgabenstellung und rechtliche Grundlagen	357
1. Kollektivvertragliche Drittwirkung	357
a) Mitgliedschaft als tarifrechtlicher Ausgangspunkt	357
b) Denkbare Konstellationen	358
aa) Keine Überprüfbarkeit gesamtwirtschaftlicher Negativeffekte	358
bb) Regelungswirkung für das unternehmerische Marktverhalten	359
cc) Regelungswirkung für Außenseiter	360
2. Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung	360
a) Immanenzgedanke	361
b) Unmittelbarkeitskriterium	362
3. Rückverweisung auf mitgliedsstaatliches Recht (Art. 28 EU-GRC)	363
II. Lösungsansätze	366
1. Regelungswirkung für das Marktverhalten	366
aa) Einordnung nach dem materiellen Schwerpunkt	367
bb) Praktische Umsetzung: Arbeitszeit und Ladenschlusszeiten	369
cc) Bewertung	371
2. Regelungswirkung für Außenseiter (Außenseiter- bzw. Gleichstellungsklauseln)	373
a) Kartellrechtliche Anknüpfungspunkte	373
b) Wettbewerbsschutz als legitimer Regelungszweck	375
aa) Stärkung der Kartell- und Schutzfunktion	375
bb) Anbindung des Regelungszwecks	376
(1) Allgemeinverbindlichkeit	376
(2) Arbeitnehmerüberlassung	382
(3) Mindestlöhne	385
(4) Sozialpolitische Grundsätze	387
c) Bewertung	390
aa) Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG	390
bb) Beschränkte Relevanz	391
d) Exkurs: Differenzierungsklauseln	393
III. Zusammenfassung	397

Schlussbetrachtung	399
A. Arbeitsergebnisse	399
I. Ergebnisse zu Teil 1	399
II. Ergebnisse zu Teil 2	400
III. Ergebnisse zu Teil 3	402
B. Ausblick	409
Literaturverzeichnis	413
Stichwortverzeichnis	457