

---

# Tarifliche Ausbildungskostenumlage zu Lasten Soloselbständiger

*Volker Rieble*

	Seite
I. Soloselbständige als Bedrohung der Arbeitsmarktkollektive .....	66
II. Tarifliche Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige als Abwehrmaßnahme.....	68
1. Drei Branchen mit Ausbildungskostenumlage.....	68
a) Schornsteinfeger .....	68
b) Bauwirtschaft.....	69
c) Dachdecker .....	69
2. »Funktionslogik« der Ausbildungskostenumlage.....	70
a) »Gerechte« Verteilung der Ausbildungslasten.....	70
b) Bekämpfung der Scheinselbständigkeit .....	71
c) »Reduktion von Wettbewerbsverzerrungen« und Marktverdrängung der Soloselbständigen .....	72
3. Erste Diskussion.....	73
III. Zentralfrage: Tarifmacht gegenüber Unternehmern ohne Ar- beitnehmer?.....	75
1. Keine Tarifmacht der Arbeitgeberseite für arbeitnehmer- lose Unternehmen .....	75
2. Soloselbständige in der Gewerkschaft .....	77
3. Keine Sondertarifbindung kraft Allgemeinverbindlich- erklärung .....	77
IV. Gleichbehandlungsprobleme der Ausbildungskostenumlagen .....	78
V. Kartellrechtswidrigkeit von Ausbildungskostenumlagen .....	78
VI. Rechtswegefragen .....	81
1. Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte.....	81
2. Zuständigkeit der Kartellgericht gem. § 87 Satz 2 GWB .....	82
VII. Fazit .....	83
Diskussion .....	85

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts* (München 2017), S. 65-84

## I. Soloselbständige als Bedrohung der Arbeitsmarktkollektive

Soloselbständige sind Unternehmer, die keine Arbeitnehmer beschäftigen und selbst weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person sind. Sie verwerten ihre Arbeitskraft – in der Regel mit Dienstleistungen – unmittelbar am Markt, haben dort Kunden und werden für erbrachte Leistung vergütet. Für sie spielt das Arbeitsrecht keine Rolle: Sie beschäftigen nur sich selbst, brauchen Arbeitsgesetze nicht zu beachten, allgemeinverbindliche Tarifverträge sind für sie so irrelevant wie der gesetzliche Mindestlohn. Als Selbständige sind sie nicht »beschäftigt« i.S.v. § 7 SGB IV und müssen für sich selbst grundsätzlich keine Sozialabgaben abführen. Eine erhebliche Ausnahme macht § 2 SGB VI: Bestimmte Selbständige sind von der Rentenversicherungspflicht erfaßt, insbesondere selbständige Handwerker, die in die Handwerksrolle eingetragen sind (§ 2 Satz 1 Nr. 8 SGB VI).

Diese Vorteile machen Soloselbständigkeit wettbewerblich attraktiv. Manchen eröffnet die Flucht in die Selbständigkeit eine Beschäftigungsperspektive. Die zunehmende Regulierung des Arbeitsmarktes durch allgemeinverbindliche Tarifvorgaben erschwert die Flucht in die Tariflosigkeit – das legt manchen die Flucht aus dem Arbeitsrecht in die »Ein-Mann-Selbständigkeit« nahe. Auch Juristen ist das nicht fremd: Nicht wenige freischaffende Rechtsanwälte sind als angestellte Juristen gescheitert und „zur Selbständigkeit verdammt« (»Push-Gründungen«). Die Selbständigkeit ist ein Ausweg aus Beschäftigungsproblemen, mündet aber vielfach in eine wirtschaftlich nur wenig ertragreiche Tätigkeit in unteren Einkommensklassen<sup>1</sup>. Eben dies wurde von der Bundesagentur als »Ich-AG« eigens gefördert. Von 2000 bis 2010 hat die Anzahl der Soloselbständigen in Deutschland um 32% zugenommen, die Zahl der Selbständigen mit eigenen Beschäftigten nur um 3%.<sup>2</sup> Eher Gespenst als feststellbare Realität ist die gefühlte Bedrohung durch »Click- und Crowd-

1 Statistische Erkenntnisse bei *Mai/Marder-Puch*, Selbstständigkeit in Deutschland, *Wirtschaft und Statistik* 2013, 482 ff., sowie *Seifert/Amlinger*, Selbständige mit Werkvertrag. Zur sozialen Lage einer heterogenen Erwerbsform, *SozF* 2016, 179, 182 ff.

2 BMAS-Forschungsbericht 423, Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe (2011), S. 4 Tabelle 1; S. 15 Abbildung 8 zu den Motiven solcher Existenzgründer; S. 21 Tabelle 9 zu den Erwerbsverläufen [[www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/fb-423-solo-selbststaendige-deutschland-pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/fb-423-solo-selbststaendige-deutschland-pdf.pdf?__blob=publicationFile) | 17.8.2016]; *Koch/Rosemann/Späth*, Soloselbständige in Deutschland (2011), S. 13 ff [[library.fes.de/pdf-files/wiso/07831-20110309.pdf](http://library.fes.de/pdf-files/wiso/07831-20110309.pdf) | 12.9.2016].

worker«<sup>3</sup>, die über das Internet zu kleinen Arbeitsaufträgen herangezogen werden. Seit 2012 nimmt die Selbständigkeit wieder ab – und mit ihr die Soloselbständigkeit. Bedeutende Ausnahme ist das Baugewerbe: Von 2011 bis 2014 gab es dort einen Zuwachs um 12.000 Selbständige (davon 89% Soloselbständige). Damit wuchs die Selbständigenzahl mit 2,4% schwächer als die Arbeitnehmerzahl mit 3%.<sup>4</sup> Von 2003 bis 2013 hat die Anzahl der Selbständigen im Baugewerbe mit eigenen Arbeitnehmern um 6% zugenommen, dagegen wuchs die Zahl der Soloselbständigen um 60%, also 94.000 Personen<sup>5</sup>. Dieses Phänomen geht einher mit den »werkstattlosen Handwerkern«, die als »mobile Generalisten« mehrere Gewerke aus einer Hand anbieten. Von den 2014 notierten 120.000 werkstattlosen Handwerksbetrieben seien 63% Ein-Mann-Betriebe.<sup>6</sup>

Rechtlich scharf zu trennen von diesen »echten« Soloselbständigen sind die Scheinselbständigen, die bei rechtlich richtiger Betrachtung abhängig beschäftigt sind: Wer einen »Soloselbständigen« als Subunternehmer einschaltet, diesen mit Arbeitsweisungen steuert, beschäftigt einen Arbeitnehmer, schuldet selbstredend den Mindestlohn des Baugewerbes und SoKa-Beiträge und macht sich bei Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge und entsprechendem Vorsatz nach § 266a StGB strafbar. Scheinselbständige sind normale Arbeitnehmer. Rechtlich selbständig sind die arbeitnehmerähnlichen Personen, aber wirtschaftlich von einem Auftraggeber so abhängig, daß sie in mancherlei Hinsicht wie Arbeitnehmer geschützt werden. Für sie können arbeitnehmergleich Tarifverträge nach § 12a TVG geschlossen werden; für sie gibt es eine besondere Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

Aus Sicht der Arbeitsmarktkollektive ist die Soloselbständigkeit schädlicher Unterbietungswettbewerb: Soloselbständige nehmen den Unternehmen, die Arbeitnehmer beschäftigen, Aufträge weg und mindern damit generell die Beschäftigung von Arbeitnehmern: Jeder Soloselbständige könnte aus dieser Sicht auch Arbeitnehmer sein. Damit hätte die Bauwirtschaft mit ihren kraft Staatshilfe mächtigen Kollektivakteuren von 2003 bis 2013 94.000 »Tarifuntertanen« verloren, weil dieser Zuwachs an Soloselbständigen zu ihren Lasten ging.

---

3 Dazu etwa *Däubler/Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? NZA 2015, 1032.

4 Dazu *Brenke*, Selbständige Beschäftigung geht zurück, DIW Wochenbericht Nr. 36.2015, S. 790 [[www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.513229.de/15-36-3.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.513229.de/15-36-3.pdf) | 20.9.2016].

5 *Dummert*, Der Arbeitsmarkt im Bausektor 2014 (2015), S. 9 ff. = IAB-Auftragsstudie [[doku.iab.de/externe/2015/k151210301.pdf](http://doku.iab.de/externe/2015/k151210301.pdf) | 17.8.2016]

6 Das ermittelte der »hagebau report 2015«; dazu [www.marktdaten.de/download/upload/Pressespiegel/PM-01-16.pdf](http://www.marktdaten.de/download/upload/Pressespiegel/PM-01-16.pdf) [17.8.2016]

## II. Tarifliche Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige als Abwehrmaßnahme

Von der Soloselbständigkeit bedrohte Tarifparteien haben wenig Möglichkeiten, die Tätigkeit jener Ein-Mann-Unternehmen anzugreifen. Soweit sie wirklich selbständig sind, gelten Tarifverträge für sie nicht. Jeder Versuch, einem Kleinunternehmer die »Arbeitsbedingungen« gegenüber sich selbst vorzugeben, mißriete ins Absurde. Diese Absurdität versuchen Tarifparteien seit kurzem mit Ausbildungskostenumlagen zu überwinden, die gerade auch arbeitnehmerlose Selbständige zur Finanzierung der dualen Berufsausbildung heranziehen: Die Ausbildungskosten werden den ausbildenden Betrieben von einer Ausgleichskasse teilweise erstattet – und sollen von den Arbeitgebern und Soloselbständigen als mittelbaren Nutznießern durch Beiträge an die Ausgleichskasse als gemeinsame Einrichtung finanziert werden. Weil kein Soloselbständiger Mitglied eines Arbeitgeberverbands ist, funktioniert das nur durch den Zwangsanschluß durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Dort ist seit dem »Tarifautonomiestärkungs«-Gesetz in Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 eine solche Ausbildungskostenumlage (in unbeholfenen Worten) eigens ermöglicht.

### 1. Drei Branchen mit Ausbildungskostenumlage

#### a) Schornsteinfeger

Die »Erfinderehre« gebührt den Tarifparteien der Schornsteinfeger: Sie haben 2012 die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG vereinbart: die Ausbildungskostenausgleichskasse im Schornsteinfegerhandwerk (AKS) GmbH<sup>7</sup>. Seit 2013 erhebt diese Beiträge – und zwar auch von Soloselbständigen. Der zugrundeliegende und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag über die Förderung der beruflichen Ausbildung im Schornsteinfegerhandwerk vom 24.9.2012 regelt<sup>8</sup>:

»§ 1 Geltungsbereich

Der Tarifvertrag gilt ...

Fachlich: für alle Betriebe des Schornsteinfegerhandwerks. Das sind alle Betriebe, die zulassungspflichtige Tätigkeiten nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage A Nr. 12 HwO ausüben.

...

§ 7 Beiträge

---

<sup>7</sup> [www.ausbildungskasse.de/index.php](http://www.ausbildungskasse.de/index.php) [17.8.2016]. Dort finden sich auch die maßgeblichen Tariftexte. Hervorhebung von mir.

<sup>8</sup> Allgemeinverbindlicherklärung vom 26.3.2013, bekanntgemacht BAnz AT 4.4.2013 B1. Hervorhebung von mir.

(1) Die Mittel für die Ausgleichszahlungen und die Kosten für die Verwaltung der Ausbildungskostenausgleichskasse werden von den Betrieben durch Beiträge aufgebracht. Beitragspflichtig sind die in § 1 des Tarifvertrages genannten Betriebe.

(2) Ab dem 01.01.2013 hat jeder Betrieb kalenderjährlich einen Beitrag von 4,4 % der Summe der Bruttolöhne aller in seinem Betrieb beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer, die nach Schornsteinfegerhandwerksgesetz mit der Ausübung von Schornsteinfegertätigkeiten betraut sind, als Beitrag an die Ausbildungskostenausgleichskasse abzuführen. **Unabhängig hiervon beträgt der Mindestbeitrag je Betrieb 800,00 € brutto pro Kalenderjahr.**

...«

Mit Wirkung zum 1.1.2015 wurde dieser Tarifvertrag durch eine (geringfügig modifizierte) Neufassung ersetzt, die ihrerseits für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

## b) Bauwirtschaft

Die Bauwirtschaft als bedeutsamste Branche ist auf dieselbe Idee verfallen: Der dortige Gesamtbeitrag von 17,2% der Bruttolohnsumme der gewerblichen Mitarbeiter enthält einen Anteil von 2,1% für die Ausbildungsumlage. Soloselbständige haben keine Arbeitnehmer und keine Bruttolohnsumme. § 17 VTV regelt deshalb in der Fassung vom 10.12.2014<sup>9</sup> einen »Mindestbeitrag für die Berufsbildung«:

»Zur Aufbringung der Mittel für die tarifvertraglich festgelegten Leistungen im Berufsbildungsverfahren **haben die Betriebe, auch wenn sie keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigen**, unter Anrechnung auf den Beitragsanteil nach § 15 Abs. 1 bis 3 **einen jährlichen Betrag für den Zeitraum Oktober bis September des Folgejahres in Höhe von mindestens 900,00 €** spätestens bis zum 20. November nach diesem Zeitraum **zu zahlen**. Entsteht oder endet die Beitragspflicht im Laufe dieses Zeitraumes, so ist für jeden angefangenen Kalendermonat ein Zwölftel des jährlichen Mindestbeitrages abzuführen.

Erstmals ist für den Zeitraum April bis September 2015 abweichend von Satz 1 ein Mindestbeitrag in Höhe von 450,00 € unter Anrechnung auf den Beitragsanteil nach § 15 Abs. 1 bis 3 zu zahlen; Satz 2 gilt entsprechend.«<sup>10</sup>

## c) Dachdecker

Schließlich zogen die Dachdecker nach: Ihre Lohnausgleichskasse hat auch eine Ausbildungskostenumlagefunktion (§§ 11 ff. des BerufsbildungstV im Dachdeckerhandwerk vom 8.10.2014). Ab dem 1.7.2015 ist ein So-

---

9 Allgemeinverbindlicherklärung vom 6.7.2015, bekanntgemacht BAnz AT 14.7.2015 B3.

10 Hervorhebung von mir.

zialkassengrundbeitrag von 55 € im Monat auch dann geschuldet, wenn der Betrieb keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt und damit nach der Lesart der SoKa-Dach auch dann, wenn der Betrieb gar keine Arbeitnehmer beschäftigt.

Der für allgemeinverbindlich erklärte VTV Dachdeckerhandwerk idF 8.10.2014<sup>11</sup> bestimmt:

»§ 7 Aufbringung der Mittel/Beitragseinzug/Meldung

1. Der Betrieb hat für die tarifvertraglichen Leistungen der Lohnausgleichskasse für das Dachdeckerhandwerk sowie der Zusatzversorgungskasse des Dachdeckerhandwerks einen Gesamtbeitrag der Bruttolohnsumme aller vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer an die Kasse (Einzugsstelle) (§ 3 Ziff. 2) abzuführen. ...

Ab dem 01. April 2015 ist jedoch **mindestens ein Grundbeitrag in Höhe von monatlich 55,00 Euro** abzuführen. Dieser ist zur Aufbringung der Mittel für die tarifvertraglich festgelegten Leistungen im Berufsbildungsverfahren **auch dann von dem Betrieb abzuführen, wenn keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt werden.** ...«<sup>12</sup>

## 2. »Funktionslogik« der Ausbildungskostenumlage

Gerechtfertigt wird die Erstreckung der Ausbildungskostenumlage auf Soloselbständige mit drei Argumenten<sup>13</sup>:

### a) »Gerechte« Verteilung der Ausbildungslasten

Ausbildungskostenumlagen reagieren typischerweise auf den Bedarf an ausgebildeten Kräften im Betrieb: Sie sollen Lastengleichheit zwischen ausbildenden und nur einstellenden Betrieben herstellen. Betriebe, die sich die Mühen und Kosten eigener Ausbildung sparen und stattdessen ihre Belegschaft mit Fremdausgebildeten ergänzen, sollen an den Ausbildungskosten im Umlagewege beteiligt werden. Allerdings lohnt sich Ausbildung auch deshalb nicht mehr (und besteht ein Anreiz, Nutzen aus fremden Ausbildungslasten zu ziehen), weil die Ausbildungsvergütungen hoch sind und ausbildende Betriebe keine Möglichkeit haben, die Amortisation ihrer Ausbildungslasten im späteren Arbeitsverhältnis zu sichern. Die Umlage tritt an die Stelle einer Ausbildung für den eigenen Bedarf und muß sich deshalb am Beschäftigungsbedarf ausrichten. Diesen pauscha-

11 Allgemeinverbindlicherklärung vom 27.10.2015, bekanntgemacht BAnz AT 3.11.2015 B4.

12 Hervorhebung von mir.

13 Prägnant die Angaben von *Jens Dirk Wohlfeil* gegenüber dem Handwerksblatt: [www.handwerksblatt.de/themen-specials/63-heftige-proteste-gegen-soka-bau-abgabe/24163-ist-die-neue-abgabe-fuer-solo-selbststaendige-gerecht.html](http://www.handwerksblatt.de/themen-specials/63-heftige-proteste-gegen-soka-bau-abgabe/24163-ist-die-neue-abgabe-fuer-solo-selbststaendige-gerecht.html) [17.8.2016]

lisieren die Tarifregelungen durch einen Prozentsatz der Bruttolohn- und Gehaltssumme.

Allein: Der Soloselbständige hat keine Arbeitnehmer und damit keinen künftigen Beschäftigungsbedarf. Der Soloselbständige hat sich legitimerweise gegen die Arbeitgeberstellung entschieden und damit ebenso legitim gegen die Lasten, die ein Arbeitgeber zu tragen hat. Die theoretische Möglichkeit, daß ein Soloselbständiger einstellen könnte, wenn er wollte, genügt hierfür nicht. Die Ausbildungskostenumlage ist keine Rundfunkgebühr alten Modells, die man schon für eine rein theoretische Nutzungsmöglichkeit zahlen müßte.

Das ist den Tarifparteien der Bauwirtschaft auch aufgefallen. Deswegen rekurrieren sie hilfswiese auf die Erstausbildung, die der Soloselbständige selbst vielfach im Baubetrieb genossen haben möge; insofern habe er seinerseits von einer solidarischen Ausbildungsfinanzierung profitiert.<sup>14</sup> Wenn man die argumentativen Ungenauigkeiten beiseiteschiebt, knüpft der Gedanke an ein Denkmuster aus der Studiengebührendiskussion an: Nachlaufende Studiengebühren sollen den Studenten erst mit eigenem Einkommen treffen und dadurch sozialverträglich sein. Das zeigt das Hauptproblem: Wer an die eigene Ausbildung des Soloselbständigen anknüpfen will, der erhebt ein **nachträgliches Lehrgeld**. Das wiederum ist grundsätzlich unzulässig (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 BBiG) und läßt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, daß der frühere Lehrling heute soloselbständig ist. Für die eigene Ausbildung muß man nie zahlen.

## b) Bekämpfung der Scheinselbständigkeit

Einigermaßen erstaunlich ist das Argument, die Ausbildungskostenumlage solle die Scheinselbständigkeit angehen. Wenn der Soloselbständige in Wahrheit Arbeitnehmer ist, dann müssen etwaige Beitragspflichten den »Auftraggeber« treffen, also den Arbeitgeber. Die Beitragspflicht für Scheinselbständige ist von einem Arbeitnehmer zu bezahlen. Dazu ermächtigt § 5 TVG weder in alter noch in neuer Fassung. Arbeitnehmern dürfen keine Beitragspflichten auferlegt werden, mit denen sie den Arbeitnehmerschutz selbst bezahlen. Wer die Scheinselbständigkeit bekämpfen will, muß die Auftraggeber fassen. Das Argument ist folglich unglaubwürdig. Auch der von § 12a TVG erfaßte arbeitnehmerähnliche Soloselbständige wird tariflich wie ein Arbeitnehmer behandelt, darf also vom Tarifvertrag nur geschützt und nicht mit Beitragslasten in seiner die Schutzbedürftigkeit auslösenden wirtschaftlichen Abhängigkeit noch zusätzlich belastet werden. Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen dürfen nur den Auftraggeber belasten.

---

14 Wie Fn 13.

**c) »Reduktion von Wettbewerbsverzerrungen« und Marktverdrängung der Soloselbständigen**

Skurril ist das dritte Argument, die Umlage bekämpfe Wettbewerbsverzerrungen. Daß (echte) Soloselbständige sich selbst keinen Tariflohn zahlen müssen und für sich selbst keine SoKa-Beträge im übrigen (Altersversorgung, Urlaubskasse) zahlen müssen, ist allein Folge des Umstandes, daß Arbeitnehmerregeln für Selbständige nicht gelten. Insofern handelt es sich um einen »natürlichen« Wettbewerbsvorteil und keinesfalls um eine Wettbewerbsverzerrung. Er könnte nur durch staatlich verfügte Mindesthonorare aufgehoben werden – in gar keinem Fall aber durch die Tarifparteien, die kein Mandat zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zu eigenen Gunsten durch willkürliche Belastung Dritter haben. Das wäre in etwa so, als würde ein deutscher Unternehmerverband eine Abgabe für ausländische Unternehmen beschließen, weil jene durch die Produktion im Ausland genuine Wettbewerbsvorteile genießen, die es auszugleichen gelte.

Interessanterweise nimmt die Rechtsordnung solche Unterschiede zwischen Arbeitnehmern und Soloelbständigen nur in einem Fall als Wettbewerbsproblem auf und zwar in umgekehrter Richtung: § 148 Abs. 2 Satz 2 SeeArbG läßt tarifliche Lockerungen der tarifdispositiven Arbeitszeitvorgaben auf selbständige Seeleute durchschlagen – damit jene keinen *strengeren* Einsatzregeln unterliegen als Arbeitnehmer. Bei den Lenkzeiten für selbständige Kraftfahrer wurde das vergessen.<sup>15</sup>

Zudem ist das Argument vorgeschoben: Für arbeitnehmerähnliche Selbständige könnten die Tarifparteien das Wettbewerbsgefälle mit Tarifverträgen nach § 12a TVG einebnen (zu den kartellrechtlichen Schranken noch V). Das tun sie aber nicht: Keines der genannten Tarifwerke bezieht arbeitnehmerähnliche Personen und ihre Auftraggeber in den Geltungsbereich des Tarifvertrages ein. Offenbar scheint es den Tarifparteien interessanter, den arbeitnehmerähnlichen Soloselbständigen mit einer Ausbildungskostenumlage zu schröpfen – als ihn mit Tarifschutz zu versehen.

So bleibt letztlich nur ein nachvollziehbares Ziel: Der Mindestbeitrag soll leistungsschwache Kleinunternehmer am untersten Rand der Soloselbständigkeit vom Markt verdrängen. Das trifft gerade jene, die in ihrer Leistungskraft eingeschränkt sind: Behinderte, Soloselbständige mit Familienpflichten, Teilzeitselbständige im Nebenerwerb – kurz all jene, die gerade eben über die Runden kommen und oft keinen Arbeitsplatz finden. Diese Marktverdrängungsfunktion erweist sich daran, daß der fixe Mindestbeitrag, den jeder Soloselbständige zahlen soll, ganz unabhängig vom Arbeitseinsatz, Umsatz oder Ertrag anfällt. Weder gibt es einen Schwel-

---

15 Dazu Wiebauer, NZA 2012, 1333 f.

lenwert noch einen abgestuften Beitrag, wie ihn etwa Industrie- und Handelskammern verlangen.

Das Gewerberecht läßt Kleinunternehmen ohne weiteres zu, die Unternehmerfreiheit schützt auch die geringfügige unternehmerische Betätigung. Der Schutz von Kleinunternehmen vor unverhältnismäßigen Belastungen ist in Art. 153 Abs. 2 lit. b Satz 2 AEUV eigens angesprochen.

### 3. Erste Diskussion

Zur Ausbildungskostenumlage gibt es bislang keine gereifte Diskussion. Zu Gericht gelangte bislang nur die Schornsteinfegervariante. Im ersten Rechtsstreit hat das LAG Köln den Beitragsanspruch der Ausgleichskasse gegen den Soloselbständigen bejaht: Der Tarifvertrag bewege sich innerhalb der von § 4 Abs. 2 TVG konstituierten Tarifmacht, solange die Tarifnorm nur »eine Regelung für die Leistung abhängiger Arbeit – hier für Auszubildende in einem Ausbildungsverhältnis – anstrebt«<sup>16</sup>. Die zugelassene Revision ist beim 10. Senat des BAG anhängig (10 AZR 60/16). Das ArbG Siegburg verneint dagegen die Tarifmacht, weil diese nur »Arbeitgeber« erfaßt und keine arbeitnehmerlosen Unternehmer.<sup>17</sup> In den Normenkontrollverfahren um die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung vom 6.7.2015 (Fn. 9) des VTV Baugewerbe hat das LAG Berlin-Brandenburg die Allgemeinverbindlicherklärung für wirksam gehalten und dabei auch den Einbezug der Soloselbständigen in den Tarifvertrag als Vorfrage für die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung gebilligt.<sup>18</sup>

Aus der Literatur ist bislang nur ein eher erstaunliches Gutachten bekannt: *Bayreuther* und *Deinert* äußern sich zum »Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien« und befürworten die Beitragspflicht<sup>19</sup>. Auf dieses Gutachten stützt sich insbesondere das LAG Köln. Der zentralen Frage, ob Tarifparteien gegenüber Soloselbständigen zur Normsetzung legitimiert sind, weichen sie aus und behandeln die Frage nach dem Regelungsgegenstand, also mit Blick auf die sachliche Reichweite der Tarifmacht. Sie entsubjektivieren den »Betrieb« vom Arbeitgeber, um von der Arbeitgeberbereienseigenschaft als Voraussetzung der Tarifmacht abzulenken. In keinem der zitierten Fälle hat das BAG einer Tarifmacht gegenüber Unternehmern das Wort geredet. Und in keinem der zitierten Fälle hat das BAG eine personale Reichweite

---

16 LAG Köln 23.10.2015 – 9 Sa 395/15 – juris.

17 ArbG Siegburg 5.7.2016 – 1 Ca 1504/16 – juris sowie 28.0.2016 – 1 Ca 525/16 – juris.

18 LAG Berlin-Brandenburg 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 u.a. – Pressemitteilung Nr. 31/16; Rechtsbeschwerde zugelassen.

19 RdA 2015, 129.

der Tarifmacht unabhängig vom Status als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber befürwortet – stets ging es nur um die sachliche Reichweite von Tarifnormen oder deren tatbestandlicher Anknüpfung.<sup>20</sup> Als selektive Blindheit darf man die Aussage begreifen, die Literatur problematisiere die Frage nicht<sup>21</sup>. Insoweit hätte der Gutachter *Bayreuther* auf den Wissenschaftler *Bayreuther* zugreifen können, dessen Habilitationsschrift die Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie sieht und deshalb die personale, weil legitimatorische Komponente behandelt<sup>22</sup> – von all den anderen Arbeiten zur Tarifautonomie aus jüngerer Zeit abgesehen. Dann wäre auch der Bezug zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG sichtbar geworden, die nur Arbeitnehmern und Arbeitgebern, aber gerade nicht Unternehmern, Verbrauchern, Mietern und anderen offen steht.

Flankiert wird diese kühne Sicht dadurch, daß jeder arbeitnehmerlose Unternehmer als »potentieller Arbeitgeber« der Tarifmacht unterfallen soll.<sup>23</sup> Das gilt nach bislang vorherrschender Sicht nur für solche Unternehmer, insbesondere Gründungsgesellschaften, die die Einstellung von Arbeitnehmern planen oder vorhaben und für diesen späteren Fall tarifliche Vorsorge treffen wollen.<sup>24</sup> Die tariflichen Pflichten treffen solche Unternehmen indes erst dann, wenn sie tatsächlich Arbeitgeber geworden sind. Eine Tarifmacht gegenüber arbeitnehmerlosen Unternehmen hat das BAG nie zugelassen – sondern lediglich einer Vorverlagerung des Tarifabschlusses das Wort geredet.

Dies alles mündet in den sprachlich bemerkenswerten Ergebnissatz: »Eine Tarifnorm kann sich auch außerhalb eines aktuell bestehenden Arbeitsverhältnisses am Unternehmen festmachen, immer vorausgesetzt, dass sie eine Ordnung für die Leistung abhängiger Arbeit anstrebt.«<sup>25</sup> Die »sich festmachende« Tarifnorm ist ein sprach(taschen)spielerischer Trick, der das normsetzende Subjekt – also die Tarifparteien – ausblendet und damit verdeutlicht, daß die Autoren das Problem wenn nicht gesehen, so doch gespürt haben. Famos ist auch die Idee, daß die Tarifnorm gar keine individuellen oder betrieblichen Arbeitsbedingungen regeln müßte (was bei Soloselbständigen notwendig scheitern müßte). Es genügt also ein blo-

---

20 RdA 2015, 129 f. unter I 1.

21 RdA 2015, 131 f. mit Hinweis in Fn. 17 allein auf HWK/*Henssler* und HMB/*Höpfner* unter Außerachtlassung sämtlicher Monographien.

22 *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005), passim – weil das Buch sich durchweg mit der Tarifgeltungslegitimation befaßt; besonders S. 10 f (Adressatenkreis der Koalitionsfreiheit), S. 101 ff zur virtuellen Repräsentation gegenüber Außenseitern.

23 RdA 2015, 132 ff.

24 BAG 24.6.1998 – 4 AZR 208/97 – NZA 1998, 1346 unter 1 a.

25 RdA 2015, 140 unter 3.

bes (und womöglich vorgeschobenes) Regelungsmotiv: Die Tarifparteien kassieren ab und schützen einen irgendwie gearteten Zweck vor.

Um es auf die Spitze zu treiben: Mit Hilfe des BMAS könnten so »Beiträge« von jedermann erhoben werden. Jeder ist irgendwie potentieller Arbeitgeber, weil jeder einen Arbeitnehmer einstellen kann. Dazu braucht man nicht einmal Unternehmer zu sein. Auch der Hartz-IV-Empfänger könnte ja stundenweise einen Helfer beschäftigen. Das alles hat geordnete rabulistische Qualität, aber im Kern keinen juristischen Gehalt – weil die zentrale Frage nach der Legitimation übertüncht wird.

### **III. Zentralfrage: Tariftmacht gegenüber Unternehmern ohne Arbeitnehmer?**

#### **1. Keine Tariftmacht der Arbeitgeberseite für arbeitnehmerlose Unternehmen**

Jenseits gutachterlicher Rabulistik leuchtet jedem die Primärfrage ein: Mit welchem Recht, welcher Legitimation können tariffähige Arbeitgeberverbände (§ 2 Abs. 1 TVG) für arbeitnehmerlose Unternehmen Beitragspflichten vereinbaren? Daß Arbeitgeberverbände Unternehmen organisieren und deren Unternehmerverhalten regulieren dürften, das hat zuletzt *Günter Dürig* 1955 vertreten.<sup>26</sup> § 2 Abs. 1 TVG sieht die Tariffähigkeit hingegen nur für Vereinigungen von Arbeitgebern vor; von Unternehmerverbänden ist dort nicht die Rede. Wer als arbeitnehmerloses Unternehmen einem Arbeitgeberverband beiträgt, bewegt sich notwendig außerhalb von dessen Tariftmacht. Das hat das ArbG Siegburg klar gesehen.<sup>27</sup> Das Gutachten *Bayreuther/Deinert* betont zwar richtig, daß das keine Frage der Tarifzuständigkeit sei<sup>28</sup> und sieht auch, daß es personelle Grenzen der tariflichen Regelungsmacht gibt<sup>29</sup> – glaubt dies indes mit dem Kunstgriff des »potentiellen« Arbeitgebers überwinden zu können. Ernst genommen hieße das: Soloselbständige und andere arbeitnehmerlose Unternehmer müßten dann auch legitimiert sein, nach einem Eintritt in die tarifschließenden Arbeitgeberverbände (womöglich erzwungen durch einen Aufnahmeanspruch), Arbeitsbedingungen für die »anderen«, echten Arbeitgeber auszuhandeln. Und das obschon sie von solchen Regelungen überhaupt nicht betroffen wären. So wie die Ausbildungskostenumlage für Soloselbständige ein Kollektivvertrag zu Lasten solcher Dritter ist, denen die Mitwirkung an der Regelung jedenfalls praktisch verwehrt ist, so wäre

---

26 NJW 1955, 729.

27 ArbG Siegburg 5.7.2016 – 1 Ca 1504/16 – juris sowie 28.4.2016 – 1 Ca 525/16 – juris.

28 RdA 2015, 133.

29 RdA 2015, 136.

umgekehrt eine Lohnsetzung durch arbeitnehmerlose Unternehmer legitimationslos gegenüber den Arbeitgebern.

Der Tarifvertrag als kollektive Privatautonomie setzt eine entsprechende Polarität nicht bloß auf der Vertragsparteienebene, sondern auch auf der Adressatenebene voraus: Als Schutzinstrument ist der Tarifvertrag an »Arbeitgeber« adressiert. Arbeitgeber ist aber nur der, der auch einen schutzbedürftigen Arbeitnehmer beschäftigt, weil die Tarifautonomie (wie das Arbeitsrecht im übrigen) dessen Schutzbedürftigkeit zum Ausgangspunkt hat. In den Worten des BAG: »Die Direktionsbefugnis ist für den Arbeitgeberbegriff von entscheidender Bedeutung, weil das Arbeitsverhältnis vom Arbeitnehmer aus gedacht wird. Arbeitgeber ist, wer zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigt.«<sup>30</sup> Der »Arbeitgeber« ist zwar nicht »Fixpunkt des Arbeitsrechts«<sup>31</sup>, wohl aber notwendiger Adressat aller arbeitsrechtlichen Pflichten. Jede Pflichtenbindung von Nichtarbeitgebern (also: arbeitnehmerlosen Unternehmen, Verbrauchern usw.) bewegt sich notwendig außerhalb des Arbeitsrechts und deswegen (!) auch außerhalb der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit (noch VI).

Kleinselbständige unterfallen der Tarifmacht nur, wenn sie arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 12a TVG sind, also im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Und dann stehen sie auf der Arbeitnehmerseite, können also Mitglied der Gewerkschaft werden. Daneben könnten sie auch als Heimarbeiter der TM des § 19 HAG unterfallen. Echte Kleinselbständige agieren nicht in einem festen Rechtsverhältnis, sondern mit einer Mehrzahl von Auftraggebern am Markt für selbständige Dienstleistungen. Die mit den »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« des Art. 9 Abs. 3 GG schon verfassungsrechtlich bipolar angelegte Tarifmacht setzt ein ebenso bipolares Rechtsverhältnis voraus, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Auftraggeber und arbeitnehmerähnliche Person verbunden sind und deswegen beidseitig kollektiv repräsentiert werden können. Arbeitgeberähnliche Unternehmen kennt das TVG nicht. Die Auftraggeber der arbeitnehmerähnlichen Personen i.S.v. § 12a TVG sind wegen der arbeitnehmerähnlichkeit ihrer Auftragnehmer in das Tarifsysteem einbezogen.

**Unternehmen ohne Arbeitnehmer** bewegen sich außerhalb des Schutzbereiches der Koalitionsfreiheit; ein Arbeitgeberverband kann sie nur als Wirtschaftsverband vertreten; er organisiert insoweit Unternehmen und gestaltet bloße Wirtschaftsbedingungen, nicht Arbeitsbedingungen. Deswegen organisieren sich die Soloselbständigen in eigenen Wirtschaftsverbänden. Der Interessenverband der Einzelunternehmer im Bau-

---

30 BAG 21.1.1999 - 2 AZR 648/97 - NZA 1999, 539 unter II 2 b.

31 Dazu *Däubler*, KJ 2013, 133.

gewerbe (IVEB) will die Soloselbständigen gegen diese Tarifübergriffe verteidigen.<sup>32</sup>

Auch für die **Handwerksinnungen** gilt nichts anderes. Sie können soloselbständige Handwerker aufnehmen – insbesondere für ihre handwerksrechtlichen Aufgaben, denn diese sind vom Arbeitgeberstatus weithin unabhängig. Handwerksrechtlich ist etwa die Aufgabe der Innungen, »die Lehrlingsausbildung zu regeln und zu überwachen sowie für die berufliche Ausbildung der Lehrlinge zu sorgen und ihre charakterliche Entwicklung zu fördern« (§ 54 Abs. 1 Nr. 3 HandwO). Die Innung nimmt nach § 54 Abs. 1 Nr. 4 HandwO auch die Gesellenprüfung ab. Ihre besondere gesetzlich verliehene Tariffähigkeit nach § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO fügt sich dagegen in das TVG ein.<sup>33</sup> Die Innung ist tariffähig wie ein Arbeitgeberverband (nur ohne dessen Voraussetzungen) und mithin regelungsbefugt nur für die Mitglieder, die ihrerseits Arbeitnehmer beschäftigen – also Arbeitgeber sind.

## 2. Soloselbständige in der Gewerkschaft

Davon abgesehen wenden sich Soloselbständige in prekärer Lage allenfalls an die **Gewerkschaft**. Insbesondere ver.di eröffnet nach § 6 Nr. 1 lit. b ihrer Satzung 2015 die Mitgliedschaft demjenigen, »wer im Organisationsbereich der ver.di selbstständig tätig ist«. Weil die Satzung selbst auf Gegnerfreiheit achtet (§ 6 Nr. 3), kann das praktisch nur der arbeitnehmerlose Selbständige sein. Auch die IG BAU öffnet nach § 4 Nr. 2 lit. c ihrer Satzung 2013 die Mitgliedschaft für »Personen, die im Organisationsbereich der IG BAU arbeitnehmerähnlich oder selbstständig tätig sind«. Wären dieselben Personen zugleich taugliche Mitglieder der Arbeitgeberverbände, dann hätten beide erhebliche Probleme mit der Gegnerfreiheit.

## 3. Keine Sondertarifbindung kraft Allgemeinverbindlicherklärung

Auch § 5 Abs. 1a TVG weicht hiervon nicht ab: Er stellt Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber in einen regulatorischen Zusammenhang. Davon, daß auch bloß »potentielle« Arbeitgeber gegenüber der allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung beitragspflichtig sein kann, ist nicht ansatzweise die Rede. § 5 TVG setzt grundsätzlich voraus, daß der »Arbeitgeber« die staatlich verfügbaren Arbeitsbedingungen auch durch autonome Tarifbindung nach § 3 TVG legitimieren kann. § 5 Abs. 4 TVG sieht als Rechtsfolge der Allgemeinverbindlicherklärung allein die Normerstreckung gegenüber an sich Tariffreien – keine Normveränderung.

---

32 ived.org/ [17.8.2016]

33 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage (2016) § 2 Rn. 559 ff.

#### IV. Gleichbehandlungsprobleme der Ausbildungskostenumlagen

Nur am Rande ist darauf hinzuweisen, daß der von den Ausbildungskostenumlagen verlangte Mindestbeitrag zwei elementare Gleichheitsprobleme aufwirft:

- Erstens fragt der fixe Mindestbeitrag nicht nach dem Geschäftsumfang; auch der Nebenerwerbs- oder Teilzeitsoloselbständige wird auch bei geringem Ertrag voll belastet. Das ist greifbar ungerecht, insbesondere, wenn man dies mit den Beitragslasten zur IHK vergleicht. Warum ein körperbehinderter Soloselbständiger oder ein solcher mit Familien- oder Pflegelasten, der nur in geringem Umfang gewerblich tätig ist, den vollen Mindestbeitrag zahlen soll, erschließt sich nicht.
- Zweitens gilt auch gegenüber Arbeitgebern mit anderen als gewerblichen Arbeitnehmern: Warum sollen sie eine Ausbildung finanzieren, obzwar sie keine entsprechenden Mitarbeiter haben und auch nicht einstellen wollen. Warum soll ein Ingenieurbüro die duale Bauausbildung mitfinanzieren? Die bloße Beteiligung an der Wertschöpfungskette trägt diese finanzielle Last nicht. Da es mit Blick auf das »Lehrgeldverbot« allein darum gehen kann, daß baugewerbliche Arbeitgeber die finanziellen Lasten der Ausbildung ihres Nachwuchses mitschultern sollen, verfehlt solche Anknüpfung Art. 3 Abs. 1 GG. Das wird deutlich, wenn man sich ein einheitliches Bauunternehmen vorstellt, das seine Ingenieursabteilung ausgliedert. Es müßte für die Planungs-GmbH gesondert die Ausbildungsmindestumlage zahlen. Warum solche Reorganisation die Gesamtbeitragslast steigern soll, ist nicht erfindlich.

#### V. Kartellrechtswidrigkeit von Ausbildungskostenumlagen

Weil die Arbeitsrechtsfindung mitunter sozialpolitische Pfade beschreitet, ist es für die Klarheit der Rechtsfindung hilfreich, wenn andere Rechtsgebiete betroffen sind. Hier führt die Idee einer Ausbildungskostenumlage für Unternehmen, die keine Arbeitgeber sind, zu einem Konflikt mit dem europäischen Kartellrecht – insbesondere in seiner jüngsten Konkretisierung durch die EuGH-Entscheidung FNV Kunsten<sup>34</sup>. *Bayreuther/Deinert* halten jene für nicht einschlägig:

»Insoweit selbstständige Unternehmen in den Tarifvertrag einbezogen werden, schafft der Tarifvertrag ein Kartell auch auf Arbeitgeberseite. [...] Tarifverträge sind immun gegen das Kartellrecht. [...] An diesem Befund ändert auch die

---

34 4.12.2014 – C-413/13 »FNV Kunsten Informatie en Media« – NZA 2015, 55; dazu Rieble, ZWeR 2016, 165; Goldmann, EuZA 2015, 509.

jüngste Entscheidung des EuGH in Sachen FNV Kunsten nichts. [...] Im Fall des EuGH ging es nämlich um die Regulierung der Bedingungen selbstständiger Unternehmer auf Anbieterseite, hier indes um solche der (potenziellen) Nachfrageseite. Die Kartellwirkung auf der Nachfrageseite ist durch die Albany-Rechtsprechung aber eindeutig geklärt: Der Tarifvertrag ist auf Nachfrager- also Arbeitgeber-/Unternehmerseite gegen das Kartellrecht immun.«<sup>35</sup>

Oh Wunder. Als ob die Beschränkung des Nachfragewettbewerbes ein anderes Kartellprivileg kenne als die des Anbieterwettbewerbes.<sup>36</sup> Im übrigen zielt die Ausbildungskostenumlage auf eine Anbieterpreisverteuerung und wirkt wie eine Preisabsprache der soloselbständigen Bauunternehmer. Der EuGH hat in der Kunsten-Entscheidung im Gegenteil klar gesagt, daß ein Tarifprivileg nicht in Betracht kommt, wenn der »Tarifvertrag« europarechtlich Selbständige reguliert. Dann agiert die Arbeitgeberseite nicht als Arbeitgeber-, sondern als Unternehmerverband. Seine Kollektivverträge sind keine kartellrechtsprivilegierte Sozialpartnervereinbarung. Und so ist es hier. Zugleich agiert auch die Gewerkschaft nicht in Vertretung von Arbeitnehmerinteressen – weil die Soloselbständigen keine Arbeitnehmer haben. Auch kartellrechtlich ist die Mitwirkung der Gewerkschaft dysfunktional.

Insofern ist der EuGH recht klar: Weil das europäische Kartellrecht nicht von unterschiedlichen nationalen Tarifvertragsordnungen in unterschiedlicher Intensität beiseitegeschoben werden kann, kann die »Albany-Ausnahme« nur europarechtlich bestimmt werden. Nationales Recht kann europäisches nicht derogieren. Eben dies ist in Art. 28 GRCh angelegt: Die Tarifautonomie ist nicht bloß nach den »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« gewährleistet, sondern auch »nach dem Unionsrecht«. In der Prigge-Entscheidung betont der EuGH, daß die Tarifautonomie nur im Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt werden kann<sup>37</sup>.

Schon in der Albany-Entscheidung hat der EuGH eine Kontrolle nach »Art und Gegenstand« der Kollektivvereinbarung angelegt<sup>38</sup> und dies in FNV Kunsten nur präzisiert<sup>39</sup>. Der EuGH stellt den »Tarifvertrag« zwischen (nationalen) Sozialpartnern von der Kartellkontrolle frei, weil er im Dienst der sozialpolitischen Ziele der Union (jetzt Art. 151 ff. AEUV) und unter dem Schutz der europäisch garantierten Tarifautonomie (Art. 28 GRCh und Art. 11 EMRK) steht und mit ihm »zwangsläufig gewisse den Wettbe-

---

35 RdA 2015, 139.

36 Statt vieler: Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rn 120.

37 EuGH 13.9.2011 – C-447/09 »Prigge« – NZA 2011, 1039 Rn 47.

38 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 »Albany« – AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag Rn 60.

39 Instruktiv Latzel/Serr, EuZW 2014, 410, 412 f; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 522 ff

werb beschränkende Wirkungen verbunden« sind. Das entspricht der tradierten kartellrechtlichen Immanenztheorie. Diese Ausnahme ist auf »**im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossenen Verträge**« beschränkt<sup>40</sup>. Der EuGH meidet den Begriff »Tarifvertrag« – weil der Union die Kompetenz für das Tarifrecht fehlt und weil die unterschiedlichen Tarifsysteme der Mitgliedstaaten Kollektivverträge mit normativer, schuldrechtlicher oder ohne jede Verbindlichkeit kennen. Schon in der Albany-Entscheidung tauchte der »Tarifvertrag« nur in der deutschen Übersetzung auf; in der Verfahrenssprache Niederländisch ging es um »*collectieve overeenkomst*«, also Kollektivverträge<sup>41</sup>. Dogmatisch ist ein genauer Blick erforderlich: Die Union hat richtigerweise keine Kompetenz für ein europäisches Tarifvertragsrecht. Das folgt aus Art. 153 Abs. 5 AEUV: Dort ist der Union die Kompetenz für das Koalitions- und Arbeitskämpfrecht abgesprochen. Tarifrecht ohne Kampfrecht wäre auch auf Unionsebene nur »kollektives Betteln«. <sup>42</sup> Mit der Reichweite des Kartellprivilegs für »Tarifverträge« definiert der EuGH ganz bewußt keine Anforderungen an (europäische oder nationale) Tarifverträge, sondern allein die Reichweite seines Kartellrechts. Die »Bereichsausnahme Tarifvertrag« ist Geltungsschranke für das europäische Kartellrecht – und nichts weiter.<sup>43</sup>

Daß im europäischen Kartellrecht allein die europäische Begriffsbildung maßgebend ist, hat der Fall FNV Kunsten gezeigt: Ob die Tarifmacht mit ihrer Lohnfestsetzung die Aushilfsmusiker erfaßt, hängt allein davon ab, ob sie europarechtlich Arbeitnehmer sind – auch wenn das nationale niederländische Recht sie als Selbständige erfaßt. Allein das hat der EuGH mit den »Scheinselbständigen« (*schijnzelfstandigen, false self-employed*) gemeint. Ihm geht es um das **Auseinanderfallen von nationalem und europäischem Arbeitnehmerbegriff**.<sup>44</sup> Für das Kartellrecht ist notwendig der gemeinschaftsautonome Arbeitnehmerbegriff einschlägig, weil die immanente Kartellrechtfertigung gegenüber Art. 101 AEUV europaweit einheitlich verstanden werden muß (vgl. Art. 3 VO 1/2003/EG). Sonst gälte in jedem Mitgliedstaat ein anderes Unionskartellrecht und nur

40 EuGH 3.3.2011 – C-437/09 »AG2R Prévoyance« Slg 2011, I-973 Rn 23.

41 Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 578.

42 So die deutlich überwiegende Meinung; statt vieler Calliess/Ruffert/Krebber Art. 153 AEUV Rn 12; MünchArbR/Oetker § 10 Rn 12, 45; Rieble/Kolbe, EuZA 2008, 464; aA etwa Deinert, Der europäische Kollektivvertrag (1999) 454 ff.

43 Instrukтив Latzel/Serr, EuZW 2014, 410 ff.

44 Dazu auch Junker, Europäische Grund- und Menschenrechte und das deutsche Arbeitsrecht, ZfA 2013, 91, 108 f.

die nationalen Gerichte entschieden, wie weit die Bereichsausnahme geht.<sup>45</sup>

Für die Soloselbständigen behaupten *Bayreuther* und *Deinert* zwar fälschlich einen (Quasi-)Arbeitgeberstatus nach deutschem Tarifrecht. Selbst wenn man ihnen darin folgen wollte: Für den EuGH ist dann zu prüfen, ob es sich nicht um »Schein-Arbeitgeber« handelt, die aus europarechtlicher Perspektive Unternehmer sind – und sonst nichts. Daß der EuGH für tarifliche Hütchenspiele der Deutschen Verständnis zeigt, steht nicht zu erwarten.

Für die Ausbildungskostenumlage der Soloselbständigen folgt daraus zweierlei: Erstens muß das BAG, wenn es im Verfahren 10 AZR 60/16 die Beitragspflicht der Soloselbständigen halten will, die Rechtsfrage dem EuGH vorlegen: Jede Kartellimmunität für eine Sozialpartnervereinbarung für »potentielle Arbeitgeber« ist mit der bisherigen Rechtsprechung nicht vereinbar. Hier müßte das BAG den EuGH um eine Rechtsprechungsänderung bitten. Zweitens wäre sodann den kartellrechtlichen Folgefragen, insbesondere der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzugehen. Anders als im Fall *Pavlov*<sup>46</sup>, bei dem es um einen Rentenfonds eines Berufsverbands selbständiger Fachärzte ging, läßt sich hier die Spürbarkeit nicht ohne weiteres verneinen: Die Ausbildungskostenumlage zielt auf eine Erhöhung der Preise Soloselbständiger und auf die Marktverdrängung. Preiskartellierungen werden mit Blick auf die Spürbarkeit als »Kernbeschränkung« weitaus kritischer gesehen als andere Wettbewerbsbeschränkungen. Darauf, ob der innergemeinschaftliche Dienstleistungsverkehr eingeschränkt ist, kommt es mit Blick auf § 1 GWB nicht an. Das LAG Köln zeigt als Vorinstanz gleichwohl jene arbeitsrechtstypische Chuzpe, mit der Rechtsfragen weggebügelt werden, wenn sie den sozialpolitischen Fortschritt (also die Macht der Kollektivakteure) hindern.

## VI. Rechtswegefragen

### 1. Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte

Nicht nur die Tarifmacht scheitert an der fehlenden Arbeitgebereigenschaft der Soloselbständigen, sondern auch der Rechtsweg wird dadurch streitig. Eine Ausbildungskostenumlage kann als Beitragsstreitigkeit nur über die Sonderzuweisung des § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG zu den Arbeitsgerichten gelangen: Dazu muß der in Anspruch genommene Beitragsschuldner »Arbeitgeber« i.S. des ArbGG sein und der Beitragsgläubiger eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien. Weil etwa die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder keine gemeinsame Einrichtung ist, ent-

---

45 Zu dieser Frage *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015) S. 582 f.

46 EuGH 12.9.2000 – C-180/98 – Slg 2000, I-6451.

scheiden dort die ordentlichen Gerichte die Beitragsstreitigkeiten. Soloselbständige sind keine Arbeitgeber, sondern allenfalls arbeitnehmerähnliche Person i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Deshalb sind die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten mit Soloselbständigen nicht zuständig.

Einigermaßen obskur ist die Idee des ArbG Siegburg, insoweit die *sic-non*-Rechtsprechung des BAG für die Zuständigkeitsbejahung (spiegelbildlich) heranzuziehen. Jene Rechtsprechung setzt doch stets die Möglichkeit voraus, daß die betreffende Person Arbeitnehmer ist und deshalb Arbeitnehmerrechte geltend machen kann – und reagiert darauf, daß der Arbeitnehmerstatus für Zulässigkeit und Begründetheit erforderlich ist, also doppelrelevant ist.<sup>47</sup> Hier dagegen behauptet niemand, der Soloselbständige sei »Arbeitgeber«; vielmehr soll er »wie ein Arbeitgeber« oder als potentieller Arbeitgeber in die tarifliche Beitragshaftung genommen werden. Das reicht für die *sic-non*-Lehre nicht aus: Die kühne Erwägung von *Bayreuther/Deinert* kann bestenfalls tarifrechtlich wirken – nie aber aus dem arbeitnehmerlosen Unternehmer einen Arbeitgeber im verfahrensrechtlichen Sinn machen. Die *sic-non*-Lehre setzt voraus, daß die doppelrelevante Tatsache oder Wertung in gleicher Weise die Zulässigkeit und die Begründetheit beeinflußt. Das ist hier nicht der Fall: Der Soloselbständige ist prozessual kein Arbeitgeber; § 2 ArbGG knüpft keinesfalls an irgendeine nur abstrakt-potentielle Arbeitgeberereignis an. Solcher Unfug wird nur im Tarifrecht gedacht. Mithin sind Beitragsstreitigkeiten zwischen den Ausbildungskassen und den Soloselbständigen von vornherein nicht den Arbeitsgerichten zugewiesen.

Anderes gilt für die Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung. Sie ist mit dem besonderen Beschlußverfahren der §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG den Arbeitsgerichten zugewiesen. Nur: Die Wirksamkeit des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags ist dort nicht Verfahrensgegenstand (sondern nur Vorfrage, weil das BMAS einen unwirksamen Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklären darf). Mithin besagt eine die Allgemeinverbindlicherklärung bestätigende Entscheidung für die Wirksamkeit des Tarifvertrags *nichts*.

## **2. Zuständigkeit der Kartellgericht gem. § 87 Satz 2 GWB**

Tarifliche Wettbewerbsbeschränkungen bleiben bislang unbeanstandet, weil die kartellgerichtliche Zuständigkeit vor Arbeitsgerichten nicht gesehen oder nicht problematisiert ist.<sup>48</sup> Indes: Jede kartellrechtliche Vorfrage begründet die *ausschließliche* Zuständigkeit der Kartellgerichte, § 87 Satz 2 GWB. Während bei Streitigkeiten aus Tarifverträgen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1

---

47 Grundlegend BAG 24.4.1996 - 5 AZB 25/95 – NZA 1996, 1005; weiter Germelmann/Matthes/Prütting/Schlewing, ArbGG, 8. Auflage 2013, § 2 Rn 157 ff.

48 Dazu Rieble, ZWeR 2016, 176 f.

und 3 ArbGG) dann zwei ausschließliche Zuständigkeiten konkurrieren und mithin nach der Spezialität zu fragen ist, ist das bei Beitragsstreitigkeiten anders: § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG tritt zurück, wenn die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Das wiederum bedeutet: Allein der Umstand, daß Tarifverträge mit Beitragspflichten für Soloselbständige nach § 1 GWB nichtig sein können, begründet die Zuständigkeit der Kartell-Landgerichte, von denen man eine sachkundigere Behandlung der kartellrechtlichen Fragen erwarten darf.<sup>49</sup> Traut der mit einem Beitragsbescheid konfrontierte Soloselbständige dem Arbeitsgericht (zu) wenig zu, so kann er die Initiative ergreifen und beim Kartell-Landgericht negative Feststellungsklage erheben. Das ist zwar teurer, aber verspricht mehr Erfolg.

## VII. Fazit

Ausbildungskostenumlagen zu Lasten von Soloselbständigen sind tariflich nicht regelbar. Arbeitgeberverbände sind für Unternehmen ohne Arbeitnehmer nicht tariflich regelungszuständig; auch den Gewerkschaften fehlt die Legitimation. Wer auch immer Soloselbständige organisiert, bewegt sich damit ebenso außerhalb der Koalitionsfreiheit und außerhalb der Tarifmacht des TVG wie Verbraucherzentralen und Mieterschutzverbände. Für Sozialabgaben ist allein der Staat legitimiert. Nur er darf Soloselbständige der Sozialversicherung anschließen. Bezeichnenderweise ist das politische Vorhaben eines Berufsausbildungssicherungsgesetzes mit einer solchen Abgabe 2004 gescheitert<sup>50</sup>; jene hätte Arbeitgeber (!) mit mehr als zehn Beschäftigten erfaßt. Tarifparteien sind kein Ersatzgesetzgeber. Wer das anders sieht, der hätte die Rundfunkgebühr durch allgemeinverbindlichen Tarifvertrag erheben können: Wenn die Tarifparteien eine Kompetenz haben für alles, was irgendwie Arbeitsverhältnissen dient – dann können sie auch Verbrauchern, Lieferanten, Auftraggebern, Arbeitslosen und Rentnern »in die Tasche greifen«. Sie alle sind potentielle Arbeitgeber und potentielle Arbeitnehmer; ein guter arbeitsrechtlicher Zweck zur Beitragserhebung läßt sich mit den Einrichtungen in § 5 Abs. 1a TVG immer verbinden.

Davon abgesehen: Gegenüber Soloselbständigen ließe sich ein Ausbildungsbeitrag immer nur durch Anknüpfung an die eigene Ausbildung des Soloselbständigen rechtfertigen. Damit aber wäre der Beitrag unzulässiges Lehrgeld, § 12 Abs. 2 Nr. 1 BBiG. Außerdem zielt die Ausbildungskostenumlage darauf, Soloselbständige durch diese Kostenlast zu einer Preiserhöhung zu bewegen. Sie ist kartellwidrig und damit nach § 1 GWB unwirk-

---

49 Vgl. spiegelbildlich *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht (2016), Gutachten für das HSI.

50 BT-Drucks. 15/2820; BR-Drucks. 389/04.

sam. Selbst wenn man den Tarifvertrag zu Lasten der Soloselbständigen deutschrechtlich halten wollte, mündete das keinesfalls in die Albany-Bereichsausnahme des EuGH. Denn dafür ist es erforderlich, daß die »Sozialpartnervereinbarung« die Interessen von »Arbeitgebern« und »Arbeitnehmern« nach unionsrechtlichem Begriffsverständnis ausgleicht: Für »Schein-Arbeitgeber«, die in Wahrheit nur Unternehmen sind, gilt keine Kartellkontrollausnahme.

Der Neigung mancher Arbeitsrichter, harte rechtliche Grenzen durch ein Gefühl für das sozialpolitisch Gebotene zu überwinden, ist prozessual zu begegnen: Die Arbeitsgerichte sind für Beitragsstreitigkeiten mit Nicht-Arbeitgebern nicht zuständig. Mit Blick auf die aufgeworfenen kartellrechtlichen Fragen sind die Kartellgerichte ausschließlich zuständig.