

9. Januar 2009

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie
des Deutschen Bundestages am 19. Jan. 2009**

**Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP
zu einem Gesetz zur Stärkung wettbewerblicher Strukturen
im Markt für Postdienstleistungen (PostWettG)
- Drucksache 17/8906 -**

- I. Die Liberalisierung auf den Märkten für Postdienstleistungen zielt darauf, Wettbewerb möglich zu machen. Die Beseitigung des rechtlichen Monopols, der Exklusivlizenz zur Beförderung bestimmter Briefsendungen, ist dafür eine notwendige Bedingung, aber keine hinreichende. Ein rechtliches Monopol lässt sich durch ein faktisches substituieren, wenn entsprechende Marktzutrittschranken errichtet werden. Die wichtigste Zutrittsschranke ist der für allgemeinverbindlich erklärte Mindestlohn bei Briefdienstleistungen. Er orientiert sich am Haustarif des „incumbent“, der Deutschen Post AG. Diese verfügt aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen und mit Rücksicht auf historische Vorsprünge ohnehin über eine schwer angreifbare Marktstellung. Den Konkurrenten, auch den potentiellen, ist damit das wichtigste Wettbewerbsinstrument genommen und das auf Dauer. Zugleich verringert sich dadurch die Zahl der Arbeitsplätze für einfache Arbeit, die in einer hochentwickelten Volkswirtschaft ebenso benötigt werden, solange man sich vom Ziel einer Vollbeschäftigung nicht verabschiedet hat.

Eine zweite Marktzutrittsschranke sind rechtliche Ungewissheiten. Gerade kleine und mittlere Unternehmen scheuen sich, unter Bedingungen rechtlicher Unsicherheit in neue Märkte zu investieren. Gerichtsverfahren, die Klärung bringen sollen, sind kein realistischer Ausweg. Im Gegenteil, sie lassen sich systematisch zur Abschreckung von Konkurrenz einsetzen.

Solche künstlich geschaffene Marktzutrittsschranken sind ein entscheidendes Hindernis für Investitionen. Investitionen heute sind Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit von morgen. In Zeiten eines tiefgreifenden Wirtschaftsabschwunges wie gegenwärtig wären sie besonders willkommen.

Aus dieser Sicht stellt sich der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung wettbewerblicher Strukturen im Markt für Postdienstleistungen als ein Versuch dar, mit Mitteln der Ordnungspolitik Probleme zu lösen, ohne dass der Gesetzgeber gezwungen wäre, Milliardenbeträge in die Hand zu nehmen.

- II. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die zum 1. Jan. 2008 erfolgte Allgemeinverbindlicherklärung des zwischen ver.di und dem von der Post AG zusammengebrachten Verband Postdienste e.V. geschlossenen Tarifvertrages. Sie ist rechtswidrig und wird Schadenersatzfolgen wegen Amtspflichtverletzung zulasten der Bundesrepublik in Millionenhöhe auslösen. Die vorgesehene Streichung der Ausdehnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 21.12.2007 auf Briefdienstleistungen ist geeignet, den täglich wachsenden Schadensumfang zu stoppen. Nicht geht es an dieser Stelle um das allgemeine Für und Wider der Einführung von Mindestlöhnen. Die Argumente zu dieser Debatte sind bekannt. Man hat sich dafür entschieden, diese Debatte mit den Novellierungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen politisch erst einmal ruhigzustellen.
 1. Der genannte Vertragsschluss zwischen ver.di und dem Verband Postdienste e.V. ist ein Kartellvertrag, der auf die einvernehmlich erfolgende Erhöhung von Marktzutrittsschranken zulasten tatsächlicher und potentieller Konkurrenten zielt. Ihm ist das Etikett Tarifvertrag nur umgehängt worden. Das deutlichste Argument dafür ist, dass der geschlossene Vertrag für die Vertragsbeteiligten und ihre Mitglieder

gar keine Wirkung entfalten sollte. Diese waren an Haustarifverträge und damit an andere Verträge gebunden. Aufgrund eines Gutachtens der Monopolkommission vom Dez. 2007, in dem sämtliche Details entfaltet sind, kann daran bei „verständiger Würdigung“ kein Zweifel bestehen. Da das Gutachten der Bundesregierung im Dez. 2007 noch vor Erlass der Rechtsverordnung zugestellt worden war, war diese genauestens informiert. Dies hat zur Folge:

- Die getroffene Vereinbarung war verboten und ist nichtig.
- Sie ist mit Bußgeld sanktioniert.
- Privater Rechtsschutz dagegen ist möglich.

Davon zu trennen ist die hoheitliche Seite, die vom Bundesarbeitsminister erlassene Rechtsverordnung.

- Sie ist umstandslos verfassungswidrig. Eine Allgemeinverbindlicherklärung eines verbotenen und nichtigen Kartellvertrages ist immer unverhältnismäßig im Sinne des Grundgesetzes.
- Überdies liegt ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz vor. Einige Konkurrenten sind sofort nach Erlass der Rechtsverordnung in Insolvenz gegangen.
- Nach Gemeinschaftsrecht kann auch gegen die Rechtsverordnung direkt vorgegangen werden. Es ist unzulässig, die Wirkungen einer verbotenen Kartellabrede durch einen Hoheitsakt zu vervielfältigen (sog. effet utile-Rechtsprechung).
- Nach den Maßstäben des VW-Urteils des EuGH ist überdies von einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit auszugehen.

Das Verwaltungsgericht Berlin und das Oberverwaltungsgericht Berlin, die bislang als einzige Gerichte mit dem Sachverhalt befasst waren, haben sich auf eine arbeitsrechtliche Perspektive beschränkt: Bei verfassungskonformer Auslegung, sprich bei Berücksichtigung des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz, bietet das Entsendegesetz keine Handhabe, mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines wie auch

immer bevorzugten Tarifvertrages ggf. einen anderen Tarifvertrag verdrängen zu können.

Das Bundeskartellamt hat die Chance, das Verhältnis von Kartellrecht und Tarifvertragsautonomie gerichtlich klären zu lassen, nicht nutzen wollen. Über seine Gründe ist in der Öffentlichkeit nichts bekannt.

Die Kommission in Brüssel hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet. Dabei geht es um das Mehrwertsteuerprivileg der Post AG. Die Mindestlohnregelung könnte einbezogen werden. Entsprechende Vorbehalte sind vom Binnenmarktkommissar wie von der Wettbewerbskommissarin mittels Briefe an die Bundesregierung geäußert worden.

Die privaten Wettbewerber der Post AG stehen Gewehr bei Fuß: Für den Fall, dass die Grundfrage verbindlich zu ihren Gunsten entschieden ist, werden sie sich im Wege einer Amtshaftungsklage an den Bund halten.

Die juristische Verteidigungslinie, der Bundesarbeitsminister könne beim Erlass einer Rechtsverordnung, eines Gesetzes im materiellen Sinne, nie die Interessen einzelner, hier der Konkurrenten, im Auge behalten, sondern per definitionem nur die einer Allgemeinheit, so dass individuelle Ersatzansprüche auszuschneiden hätten, wird nicht halten. Dies bliebe eher primitive Begriffsargumentation. In der Sache kommt die Allgemeinverbindlicherklärung einem gezielten Maßnahmegesetz gleich. Im Zusammenhang europäischen Rechts, etwa bei der Umsetzung von Richtlinien, ist eine solche Argumentationsweise seit langem anerkannt.

Es liegt ähnlich wie einst beim rechtswidrigen Bummelstreik der Fluglotsen, als diese noch zum öffentlichen Dienst gehörten. Der Bund als Dienstherr war dagegen nicht eingeschritten. Er haftete betroffenen Fluggesellschaften in dreistelliger Millionenhöhe.

Offenbleiben mag, ob dem Bund Regressansprüche gegen den Bundesarbeitsminister zuständen. Dies hat keinen Bezug mehr zum vorliegenden Gesetzentwurf. An der subjektiven Seite würden solche Ansprüche jedenfalls nicht scheitern. Aufgrund des erwähnten Gutachtens der Monopolkommission wäre beim Minister wenn nicht von Vorsatz, so doch jedenfalls von grober Fahrlässigkeit auszugehen.