

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Schriftliche Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	4
Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB	4
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, BDA	5
Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, ver.di	8
Kommunikationsgewerkschaft DPV, DPVKOM	12
Arbeitgeberverband Postdienste e.V., AGV Postdienste	14
Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste e.V., AGV neue BuZ	39
Thomas Cosmar, Berlin	45
Michael Schwemmler, Stuttgart	47
Prof. Dr. Ulrich Preis, Köln	50
Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn	52
D. Stellungnahmen nichteingeladener Verbände	59
Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation, CGPT	59
Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, HDE	60

Deutscher Bundestag
16. Wahlperiode
Ausschuss für Arbeit und Soziales
(11. Ausschuss)

2. November 2007
Sekretariat des Ausschusses: ☎ 32487
Fax: 36030
Sitzungssaal: ☎ 33246
Fax: 56084

Mitteilung

Tagesordnung

**65. Sitzung des
Ausschusses für Arbeit und Soziales
am Montag, dem 5. November 2007, 14.30 bis 16.00 Uhr
11011 Berlin, Reichstagsgebäude (PRTG), Sitzungssaal 3 N 001
(CDU/CSU-Fraktionssaal)**

Vorsitz: Abg. Gerald Weiß (Groß-Gerau)

Einzigster Punkt der Tagesordnungspunkt

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des
Arbeitnehmer-Entsendegesetzes**

(BT-Drucksache 16/6735)

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*

Gerald Weiß (Groß-Gerau)
Vorsitzender

Sachverständigenliste

- Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, BDA
- Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, ver.di
- Kommunikationsgewerkschaft DPV, DPVKOM
- Arbeitgeberverband Postdienste e.V., AGV Postdienste
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
- Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste e.V., AGV neue BuZ
- Thomas Cosmar, Berlin
- Michael Schwemmle, Stuttgart
- Prof. Dr. Ulrich Preis, Köln
- Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)787

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB

Mit Blick auf das zum 1. Januar 2008 auslaufende Postmonopol besteht aus Sicht des DGB dringender Handlungsbedarf, die Branche der Postdienstleister in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufzunehmen, um dadurch ein Mindestniveau an Arbeits- und Entgeltbedingungen abzusichern.

In den letzten Jahren konnte man verstärkt feststellen, dass mit vielen privaten Postdienstleistern die Preisangebote nur durch Entgelte bei Beschäftigten erzielt wurden, denen kein existenzsichernder Lohn gezahlt worden war. Dieses hat mit fairem Wettbewerb nichts zu tun.

Die politische Vereinbarung über das auslaufende Postmonopol war eindeutig mit der Zusage zur Aufnahme dieser Branche in das Entsendegesetz verbunden. Die Tarifvertragsparteien haben sich daraufhin auf einen Mindestlohn verständigt, der aus unserer Sicht die Grundlage für eine in der Branche angemessene Entlohnung darstellt. Die Gewerkschaften des DGB begleiten seit über 10 Jahren die tarifvertragliche Gestaltung auf Basis des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Dieses Gesetz wurde im Jahre 1996 unter der Regierung Kohl auf den Weg gebracht und hat für das Bauhauptgewerbe eine Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse bewirkt.

Neben dem Bauhauptgewerbe gibt es mittlerweile tarifliche Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz für das

- Gebäudereinigerhandwerk
- Maler- und Lackiererhandwerk
- Abbruch- und Abwrackgewerbe
- Dachdeckerhandwerk
- Elektrohandwerk

Den Branchen, für die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits jetzt tarifliche Mindestlöhne

gelten, unterliegen rund 1,5 Millionen Beschäftigte. Vereinbart sind mittlerweile Tarifverträge auf Basis Entsendegesetz - aber noch nicht in Kraft für die

- Postdienste
- Zeitarbeit
- industrielle textile Dienste

Die Entgelthöhen spiegeln die jeweiligen Branchensituationen wieder. Die Gewerkschaften streben solche tariflichen Regelungen überall dort an, wo tarifliche Mindestentgelte auf Basis Entsendegesetz möglich sind. Die Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes der Postdienstleistungen ist aus unserer Sicht zwingend geboten, damit in der Branche die ordnungspolitische Funktion des abgeschlossenen Tarifvertrages wirken kann. Auf die aktuelle politische Auseinandersetzung bzgl. der Tarifbindung möchten wir an dieser Stelle nicht eingehen, denn das Vorgehen der Akteure ist zu offensichtlich, die einen Mindestlohn gänzlich verhindern wollen. Ganz nebenbei bemerkt sei daran erinnert, dass bei der Ausweitung des Entsendegesetzes für Postdienstleistungen nicht das 50 % Quorum erfüllt sein muss, wie für die Ausweitung des Entsendegesetzes im Jahre 2008 vereinbart wurde. Dennoch sei darauf verwiesen, dass die Tarifbindung mit 72 % deutlich über dem bisher diskutierten Zahlen liegt.

Zusammengefasst lässt sich sagen: Die Ausweitung des Entsendegesetzes auf Postdienstleistungen ist dringend geboten, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und die Menschen der Postbranche vor einer unwürdigen Beantragung ergänzender, staatlicher Sozialleistungen zu bewahren. Dieses sollte auch gleichzeitig im Interesse der öffentlichen Hand liegen.

Reinhard Dombre
Bereichsleiter Tarifpolitik

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)785

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, BDA

I. Voraussetzungen für die Ausweitung des Entsendegesetzes fehlen

Das Entsendegesetz dient der zwingenden Erstreckung der von deutschen Arbeitgebern einzuhaltenden Arbeitsbedingungen auf ausländische Arbeitgeber und ihre in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer (sog. Entsendearbeitnehmer). Entsprechend dieses Regelungszieles hatten sich CDU/CSU und SPD im Koalitionsvertrag darauf verständigt, eine Ausdehnung des Entsendegesetzes auf weitere Branchen zu prüfen, wenn unerwünschte soziale Verwerfungen durch Entsendearbeitnehmer nachgewiesen werden und in diesen Branchen Tarifverträge gelten, die zuvor nach den Regeln des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

Für die Aufnahme der Briefdienstleistungen liegt keine dieser Voraussetzungen vor:

- Im Bereich der Briefdienstleistungen besteht keine Entsendeproblematik. Eine solche ist auch bisher von niemandem vorgetragen worden. In der Gesetzesbegründung wird lediglich auf die besonderen Strukturmerkmale im Bereich der Postdienstleistungen und die Liberalisierung der Postmärkte auf europäischer Ebene verwiesen. Dies hat allerdings mit einer konkreten Entsendeproblematik nichts zu tun.
- Die von der Erweiterung des Entsendegesetzes betroffenen Branchen lehnen die Einbeziehung in das Entsendegesetz in der weit überwiegenden Zahl ab. Lediglich der Arbeitgeberverband Postdienste, der nur einen kleinen Teil aller betroffenen Betriebe mit nur einem kleinen Teil der betroffenen Arbeitnehmer vertritt, befürwortet die Aufnahme in das Entsendegesetz.

Durch eine Aufnahme der Briefdienstleistungen sind nicht nur die nach dem Postgesetz lizenzierten Postunternehmen, wie die Deutsche Post AG, die PIN AG oder TNT-Brief, betroffen. „Briefdienstleistung“ um-

fasst nach der gesetzlichen Definition und der Gesetzesbegründung das Einsammeln, Weiterleiten und Ausliefern (d. h. das Befördern) von Briefsendungen. Damit werden auch in einer Vielzahl anderer Branchen Briefdienstleistungen erbracht. So werden beispielsweise in den Postshops des Einzelhandels Briefe eingesammelt und weitergeleitet. Teile des Speditions- und Taxigewerbes sind mit der Weiterleitung von Briefsendungen befasst und nicht zuletzt verteilen eine große Zahl von Zeitungszustellern gelegentlich auch Briefe. Handel, Speditions- und Taxigewerbe, Kurier-, Express und Paketdienste sowie die Zeitungsdienste sind daher von der vorgeschlagenen Änderung ebenso betroffen; alle diese Branchen lehnen eine Aufnahme in das Entsendegesetz ab.

- Ein allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag liegt nicht vor. Es wurde zwar ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di ausgehandelten „Mindestlohn“-Tarifvertrages gestellt. Dieser Tarifvertrag kann aber aus rechtlichen Gründen nicht allgemeinverbindlich erklärt werden: Die nach § 5 Abs 1 TVG geforderten Voraussetzungen liegen nicht vor. Weder beschäftigen die im Arbeitgeberverband Postdienste organisierten Arbeitgeber mindestens die Hälfte der unter den weiten Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer, noch ist die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten (vgl. Punkt VI. der Stellungnahme).

Der Tarifausschuss beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales wurde mit dem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung bisher nicht befasst, weil eine solche aus Rechtsgründen nicht ergehen kann.

II. 50-Prozent-Quorum nicht erfüllt

Es widerspricht den Grundsätzen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sowohl nach dem Tarifvertragsgesetz als auch nach dem Entsendegesetz, wenn

tarifvertragliche Regelungen einer Minderheit auf eine Mehrheit zwangsweise übertragen werden. Aus diesem Grund bedarf es in beiden Fällen der sog. 50%igen Tarifbindung. Die Erweiterung des Entsendegesetzes auf Bereiche, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, ist mangels Anwendbarkeit des Gesetzes nicht sinnvoll.

Für die Briefdienstleistungen besteht die notwendige 50%ige Tarifbindung nicht. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll das Entsendegesetz nicht lediglich auf die Postbranche im engeren Sinn, also auf Unternehmen wie die Deutsche Post AG, die PIN AG oder TNT-Brief, erstreckt werden. Durch die tätigkeitsbezogene, weite Formulierung des Gesetzentwurfs wird vielmehr die Möglichkeit geschaffen, durch einen Tarifvertrag (bspw. den vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrag) Arbeitsverhältnisse in verschiedenen Branchen zu regeln. Dabei reicht es nach dem vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrag bereits aus, wenn ein Betrieb bzw. ein Mitarbeiter nicht überwiegend, sondern nur gelegentlich mit einer Briefdienstleistung befasst ist.

Betroffen sind damit neben den Arbeitnehmern der eigentlichen Postunternehmen auch viele Beschäftigte beispielsweise im Einzelhandel, bei den Zeitungszustellern, bei Speditionen und Taxiunternehmen sowie bei Kurier-, Express- und Paketdiensten. Alle diese Arbeitnehmer müssen bei der Feststellung der 50% Tarifbindung berücksichtigt werden.

In den Geltungsbereich des vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrages fallen mindestens 389.000 Arbeitnehmer. Davon gehören nach eigenen Angaben des Arbeitgeberverbandes Postdienste nur 119.000 Beschäftigte zu den Unternehmen dieses Verbandes, von denen allerdings nur 4.000 bis 4.500 Arbeitnehmer wegen höherer Haustarifverträge in den Anwendungsbereich des vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrages fallen. Die weitaus größere Zahl an Beschäftigten ist bei nicht oder anders organisierten Arbeitgebern tätig. Betroffene Verbände haben ermittelt, dass den 119.000 Beschäftigten im Bereich des Arbeitgeberverbandes Postdienste mindestens 270.000 Arbeitnehmer bei anderen Arbeitgebern gegenüberstehen. Allein von den 180.000 Zeitungszustellern tragen mindestens 90.000 zumindest gelegentlich auch Briefe aus. In vielen Verlagen ist der Anteil sogar noch höher.

III. Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 GG verletzt

Der vorliegende Gesetzentwurf wird dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gerecht. Der Bundestag kann sein Gesetzgebungsmonopol nur soweit auf die Exekutive übertragen und so aus der Hand geben, dass er klar vorhersehen kann, welchen Inhalt eine spätere Rechtsverordnung haben wird. Wird das Entsendegesetz wie geplant tätigkeitsbezogen ausgeweitet, ist für den Gesetzgeber nicht ersichtlich, in welchem Ausmaß tarifliche Regelungen vom Bundesminister für Arbeit und Soziales erstreckt werden können.

Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2000 (BVerfG 1 BvR 948/00) ergibt sich, dass eine Verordnungsermächtigung nur dann den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt, wenn die Branche, die Arbeitsbedingungen und die Arbeitgeber bereits im Gesetz bestimmt sind. So heißt es in den Entscheidungsgründen: „Die Verordnungsermächtigung bezieht sich nur auf bereits tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen in einer bestimmten Branche (Bauhauptgewerbe oder Baunebengewerbe), erfasst mit den Entgeltbedingungen, Urlaubs- und Urlaubskassenregelungen nur bestimmte Arbeitsbedingungen und nur Arbeitgeber, die überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211

Abs. 1 SGB III erbringen. Sowohl der angesprochene Personenkreis als auch die regelbare Materie wird in den §§ 1, 7 AEntG abschließend aufgezählt. Es ist klar festgelegt, welche Arten von Tarifverträgen mit welchen Inhalten, welchen Regelungsgegenständen und welchem regelungsunterworfenen Personenkreis durch Rechtsverordnung auf Außenseiter erstreckt werden können, so dass für den Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes hinreichend klar vorhersehbar war, welchen Inhalt eine spätere Rechtsverordnung haben wird.“

Diese Gründe belegen, dass eine generelle, nicht auf bestimmte Branchen beschränkte Verordnungsermächtigung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Der Gesetzentwurf ermöglicht durch die Erweiterung für tätigkeitsbezogene Tarifverträge die Einbeziehung zahlreicher Branchen. Da nicht abschließend festgestellt werden kann, welche Branchen mit Briefdienstleistung zu tun haben, wird der Gesetzentwurf dem Bestimmtheitsgebot nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes nicht gerecht.

IV. Bestehende tarifvertragliche Regelungen werden verdrängt

Mit der Öffnung des Entsendegesetzes für „Tarifverträge für Briefdienstleistungen“ wird die Möglichkeit geschaffen, bestehende Tarifverträge außer Kraft zu setzen. Würde eine Rechtsverordnung beispielsweise auf Grundlage des vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrages erstreckt, würden zahlreiche Tarifverträge verdrängt.

Betroffen wären der Einzelhandel, Spedition und Logistik sowie Unternehmen der Express- und Postdienste. So liegt der vorliegende „Mindestlohn“-Tarifvertrag im Regelfall oberhalb der ebenfalls mit ver.di vereinbarten Einzelhandelsmindestlöhne. Zahlreiche Tarifverträge würden damit verdrängt. Gleiches gilt für Spedition und Logistik. Auch hier würden Tarifverträge, die mit ver.di abgeschlossen wurden, als unterhalb eines „Mindestlohns“ liegend gebrandmarkt und außer Kraft gesetzt. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer nur gelegentlich mit Briefdienstleistung befasst ist und diese Tätigkeit nur einen Bruchteil im Vergleich zu seinen sonstigen Tätigkeiten ausmacht. Einem so weitgehenden und nicht auf bestimmte Branchen beschränkten Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit stehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.

V. Erhebliche Ausweitung von Kontrollbürokratie

Wenn Mindestarbeitsbedingungen ernst genommen werden sollen, muss die Einhaltung der Tarifverträge kontrolliert werden. Das Entsendegesetz sieht dafür eine umfassende Zuständigkeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit vor. Allerdings ist aus der Bauwirtschaft bekannt, dass die Kontrolle von Mindestlöhnen sehr personalaufwendig ist und die zuständigen Behörden bereits heute überfordert.

Durch die geplante Änderung des Entsendegesetzes sind neben den eigentlichen Postdienstleistern zahlreiche andere Branchen betroffen. Jeder Arbeitnehmer, der mit Briefdienstleistung auch nur gelegentlich befasst ist, hätte einen Anspruch auf die entsprechenden Mindestbedingungen. Um deren Einhaltung zu kontrollieren, müsste der Kontrollaufwand beträchtlich erhöht und die Kontrollbürokratie enorm ausgedehnt werden.

VI. Vorliegender „Mindestlohn“-Tarifvertrag erfüllt Voraussetzung für Erstreckung nicht

Weder für eine Allgemeinverbindlicherklärung noch für eine Rechtsverordnung auf Grundlage eines geänderten Entsendegesetzes sind beim vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrag die Voraussetzungen erfüllt.

1. Überdurchschnittliche Löhne sind keine Mindestlöhne

Beim vorliegenden zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di abgeschlossenen Tarifvertrag handelt es sich nicht um einen echten Mindestlohntarifvertrag. Die Tarifentgelte der Deutschen Post AG eignen sich nicht als Maßstab für einen Mindestlohn im Bereich der Postdienste. Sie sind auch nach einer Studie der Bundesnetzagentur branchenunüblich hoch. Ein Lohn, der wie im vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrag mit bis zu 9,80 € weit über dem Durchschnittslohn der Wettbewerber der Deutschen Post AG liegt, ist kein Mindestlohn sondern ein überdurchschnittlicher Lohn. Seine zwangsweise Erstreckung auf die Wettbewerber der Deutschen Post AG gefährdet bei diesen in erheblichem Umfang Arbeitsplätze. Eine weitgehende Verdrängung dieser Unternehmen vom Markt wäre die Folge.

2. Weiter Geltungsbereich nicht im öffentlichen Interesse

Für die Festsetzung überdurchschnittlicher Löhne in den durch den weiten Geltungsbereich des Tarifvertrages betroffenen Branchen besteht kein öffentliches Interesse. Der vorliegende Tarifvertrag mag dem Interesse der

Deutschen Post AG entsprechen, das kann aber nicht mit dem öffentlichen Interesse gleichgesetzt werden.

3. Eingriff in den Wettbewerb durch AVE und RVO unzulässig

Die Allgemeinverbindlicherklärung eines primär auf Wettbewerber ausgerichteten Tarifvertrages widerspricht dem öffentlichen Interesse. Der Mindestlohntarifvertrag wurde vom Arbeitgeberverband Postdienste abgeschlossen, dessen Mitglieder überwiegend zur Deutschen Post AG gehören. Diese Unternehmen sind an höhere, in Haustarifverträgen geregelte Tarifentgelte gebunden. Nach eigenen Angaben des Arbeitgeberverbandes Postdienste findet der Tarifvertrag nur auf 4.000 bis 4.500 und damit höchstens auf 4% der bei Unternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste Beschäftigten Anwendung. Für den weit überwiegenden Teil ist der vorliegende Mindestlohntarifvertrag nicht anwendbar. Der Mindestlohntarifvertrag zielt damit in erster Linie auf die Wettbewerber und hat offensichtlich den Zweck, diese an einen höheren Lohn zu binden. Diese Zielsetzung wäre ein Missbrauch der Instrumente Allgemeinverbindlicherklärung, Rechtsverordnung und Entsendegesetz.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)790

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, ver.di

1. Die Ausdehnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetz
auf den Bereich der Briefdienstleistungen ist zwin-
gend erforderlich.

Vor dem Hintergrund der vollständigen Liberalisierung des Briefmarktes in Deutschland ab dem 01.01.2008 muss durch Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes die Möglichkeit geschaffen werden, eine Unterbietungskonkurrenz durch Lohndumping im wettbewerblichen Briefdienstmarkt durch Mindestarbeitsbedingungen zu verhindern. Mit der Ausdehnung des AEntG wird die Voraussetzung geschaffen, dass durch Mindestlöhne, die von den Tarifvertragsparteien vereinbart werden, die Gefahr verringert wird, dass nicht-tarifgebundene Anbieter von Briefdienstleistungen Löhne vereinbaren, die weit unter einem existenzsichernden Niveau liegen.

Die bisherigen Erfahrungen im teilliberalisierten Briefmarkt haben gezeigt, dass bei den personalintensiven Briefdiensten, bei denen die Personalaufwendungen ca. 70 Prozent der Gesamtkosten ausmachen, durch Niedriglöhne relevante Kosten- und Wettbewerbsvorteile realisiert werden. Dies führt dazu, dass nicht-tarifgebundene Anbieter von Postdienstleistungen tarifgebundene Postunternehmen preislich erheblich unterbieten können und somit tarifvertraglich abgesicherte Arbeitsplätze zunehmend durch Niedriglohnbeschäftigung verdrängt werden. So beschäftigten Unternehmen, die durch den Wettbewerb entstanden sind, im dem vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfassten Bereich der Briefbeförderung überwiegend geringfügig Beschäftigte (rund 60%) (siehe Zehnte Marktuntersuchung für den lizenzpflichtigen Bereich der Postdienstleistungen, Bundesnetzagentur August 2007)). Selbst bei einer Vollzeitbeschäftigung sind die Löhne häufig nicht existenzsichernd und viele Beschäftigte müssen dadurch ergänzend Arbeitslosengeld II in Anspruch nehmen.

Dieser unfaire Wettbewerb schädigt Unternehmen, die ihre Beschäftigten existenzsichernd bezahlen und er

bedroht damit die Sicherheit der bei diesen Unternehmen bestehenden Arbeitsplätze. Zugleich geht dieser Wettbewerb zu Lasten der Sozialversicherungssysteme und der diese tragenden Beitragszahler.

Es ist daher zwingend geboten, dem Lohndumping im Bereich der Briefdienstleistungen über Mindestarbeitsbedingungen entgegenzutreten.

Neben der Verhinderung eines ruinösen Wettbewerbs durch nicht-tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer hätte die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Mindestlohntarifvertrag die Wirkung, dass aufgrund der Aufnahme der Briefdienste in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ein ruinöser Unterbietungswettbewerb aufgrund von Lohnkostenunterschieden zwischen deutschen und ausländischen Anbietern unterbunden und entsprechende Arbeitsplätze in den inländischen Betrieben gesichert werden könnten. Dem entspricht auch die Begründung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, welches das Ziel verfolgt, eine Annäherung derzeit unterschiedlicher Wettbewerbsvoraussetzungen dadurch herbeizuführen, dass entsandte Arbeitnehmer in bezug auf besonders wettbewerbsrelevante Bedingungen denselben rechtlichen Verpflichtungen wie inländische Arbeitnehmer unterworfen werden müssen. Dies ist insbesondere aufgrund der vorzeitigen Marktliberalisierung in Deutschland zum 01.01.2008 von besonderer Bedeutung, da eine Anzahl benachbarter EU-Mitgliedstaaten nach den bisherigen Planungen ihre Postmärkte erst zum 01.01.2011, oder im Fall der osteuropäischen Mitgliedstaaten sogar erst zum 01.01.2013, vollständig für den Wettbewerb öffnen werden. So können ausländische Postunternehmen bereits ab dem 01.01.2008 im deutschen Briefmarkt aktiv werden können, während sie auf den heimischen Märkten vor Konkurrenz weitgehend verschont blieben.

Eine Erstreckung von tarifvertraglichen Mindestlöhnen auf Außenseiter durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG hat daher eine besondere Ordnungsfunktion.

Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu in einem Urteil vom November 2006 in Bezug auf die Tarifregelung Berlins aus:

„Die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken, die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen und damit zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor beitragen. Sie dient dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit auch der Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und der Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit und bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss.“

2. Der Mindestlohtarifvertrag

Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft hat im September mit dem Arbeitgeberverband Postdienste einem Tarifvertrag zur Regelung von Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in der Briefbeförderung tätig sind geschlossen.

Der strukturelle Aufbau des Tarifvertrages orientiert sich im Wesentlichen an der Struktur des Tarifvertrages zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) vom 29. Juli 2005.

Im Tarifvertrag wurde ein Mindestlohn für Arbeitnehmer, die in der Briefbeförderung tätig sind, von mindestens 8,00 € in den Bundesländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und 8,40 € in den übrigen Bundesländern festgelegt. Hiervon abweichend wurde für die Tätigkeit als Briefzusteller ein Stundenlohn von 9,00 € in den Bundesländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen sowie 9,80 € in den übrigen Bundesländern vereinbart. Diese vereinbarten Mindestlöhne liegen deutlich unterhalb der tarifvertraglichen Löhne bei der Deutschen Post AG. Es bestehen neben dem Tarifvertrag mit der Deutschen Post AG mit keinem anderen Briefdienstleister tarifvertragliche Vereinbarungen, so dass die Arbeitsbedingungen über die Arbeitsplätze bei der Deutschen Post AG hinaus bislang nicht tarifvertraglich reguliert sind.

Der Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst Arbeitnehmer, die Tätigkeiten bei der Briefbeförderung ausüben. Diese Struktur entspricht den Bestimmungen des Postgesetzes. Nach den Bestimmungen des Postgesetzes ist die Briefbeförderung eine lizenzpflichtige Tätigkeit.

Eine Lizenz benötigt grundsätzlich, wer Briefsendungen - das sind adressierte schriftliche Mitteilungen - bis 1.000 Gramm gewerbsmäßig für andere befördert, d.h. einsammelt, weiterleitet oder ausliefert (Lizenzpflicht). Wer Briefsendungen bis 1000 Gramm befördert, ohne die dafür erforderliche Lizenz zu besitzen, handelt ordnungswidrig. Dies kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 € geahndet werden. Diese Lizenzpflicht besteht unabhängig vom Anteil der Tätigkeit der Briefbeförderung an der Gesamttätigkeit des Betriebes. Der Lizenznehmer ist berechtigt, Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfe mit der Briefbeförderung zu beauftragen.

Somit erstreckt sich der Geltungsbereich des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft vereinbarten Tarifvertrages in Übereinstimmung mit dem Postgesetz auf die Arbeitnehmer bei Lizenznehmern und die Arbeitnehmer bei deren Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen (Subunternehmern), die tatsächlich Briefe befördern (Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern). Wird diese Tätigkeit nicht dauerhaft sondern nur vorübergehend ausgeübt, dann besteht auch nur ein vorübergehender Anspruch des Arbeitnehmers auf den entsprechenden Mindestlohn.

Unter Berücksichtigung dieses Geltungsbereiches kann festgestellt werden, dass eine Tarifüberschneidung bis auf Randbereiche ausgeschlossen ist, da kein Briefdienstleister – mit Ausnahme Deutsche Post AG – einer Tarifbindung unterliegt.

In wenigen Einzelfällen kann es bei Erfüllungsgehilfen von Lizenznehmern (i.d.R. Erfüllungsgehilfen der Deutschen Post AG) im Bereich des Einzelhandels (Annahme von Briefsendungen) sowie im Speditionsgewerbe (Weiterleitung von Briefsendungen) zur Anwendung des Mindestlohns kommen.

Im Einzelhandel stellt sich ggf. für die Tätigkeit von „Verkäufern“ und im Speditionsgewerbe für die Tätigkeit von „Kraftfahrern“ die Frage, ob ein Anspruch auf einen Mindestlohn von 8,00 € oder 8,40 € besteht. Im Speditionsgewerbe liegt die Spanne der in Frage kommenden Löhne zwischen 12,13 Euro in Baden-Württemberg und 7,97 Euro in Thüringen. Im Einzelhandel liegen die entsprechenden Stundelöhne bundesweit zwischen 9,85 und mit 8,38 Euro.

Darüber hinaus hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 18.10.2006 (Aktenzeichen 10 AZR 576/05) zum Spezialitätsgrundsatz im Geltungsbereich des AEntG als 4. Leitsatz ausgeführt: Im Geltungsbereich des AEntG kann der Grundsatz der Tarifeinheit durchbrochen sein.

Das BAG hat sich in der in Rede stehenden Entscheidung der Rechtsprechung des 9. Senats des angeschlossenen und in der Begründung bestätigt, dass die gesetzliche Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Anwendung einer durch das AEntG verordneten Mindestarbeitsbedingung nur dann nicht besteht, wenn seine Arbeitnehmer nach den Regeln eines sachnäheren Tarifvertrages besser gestellt ist als hinsichtlich der allgemeinverbindlichen Mindestbedingungen. Das BAG hat hervorgehoben: *„Im Geltungsbereich des AEntG können sowohl Vorschriften der allgemeinverbindlichen Buntarifverträge als auch bauferme tarifliche Regelungen nicht nur im selben Betrieb, sondern auch auf das einzelne Arbeitsverhältnis Anwendung finden.“*

3. Tarifgebunde und nicht-tarifgebunden Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Mindestlohtarifvertrages

Gemäß der Beschäftigtenstatistik der Bundesagentur für Arbeit sind zum Stichtag des 31.12.2006 im Wirtschaftszweig private Post- und Kurierdienste (ohne die Deutsche Post AG) 186 527 Beschäftigte erfasst. Die Statistik der Bundesagentur für Arbeit ist deshalb relevant, da hier im Gegensatz zu anderen Statistiken nur die sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten und die geringfügig entlohnten Beschäftigten gezählt werden, mithin jene natürlichen Personen, die gemeinhin unter einen Tarifvertrag fallen. Insofern ist zunächst festzuhalten, dass die von den Verbänden BDA, BDZV, BDKEP und AGV NBZ behauptete Zahl von 270 000 oder gar 445 000 Arbeitnehmern außerhalb der Mitgliedsunter-

nehmen des AGV Postdienste, die unter den Geltungsbe-
reich des Mindestlohntarifvertrages fallen würden, völlig

unzutreffend und durch die hier maßgebende amtliche
Statistik nicht belegbar ist.

Gesamtzahl der im Wirtschaftszweig private Post- und Kurierdienste Beschäftigten ohne Deutsche Post AG		
	Angaben BDA/BDZV/ BdKEP/AGV BuZ	Beschäftigtenstatistik Bundesagentur für Arbeit (Stichtag: 31.12.2006)
Briefdienste	60.000	17.309
<i>davon Minijobs</i>		7.432
Zeitungsdienste	ca. 180.000	101.390
<i>davon Minijobs</i>		85.085
Kurierdienste	ca. 45.000	42.225
<i>davon Minijobs</i>		25.030
Express- und Paketdienste	ca. 160.000	23.867
<i>davon Minijobs</i>		7.365
Sonstige Postdienstleistungen	-	1.736
<i>davon Minijobs</i>		891
Summe	445.000	186.527
<i>davon Minijobs</i>		125.803
	Quelle: Gemeinsame Erklärung von BDA, BDZV, BdKEP und Ar- beitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste vom 19.09.2007	Quelle: Sozialversicherungspflichtig und geringfügig entlohnte Beschäftig- te in ausgewählten Wirtschaftsunter- klassen WZ 2003 – Sonderauswer- tung der Bundesagentur für Arbeit, Statistik Datenzentrum, Nürnberg, Oktober 2007 (siehe Fußnote 8)

Zur Beförderung von adressierten Briefen bis 1000 Gramm bedarf es gemäß Postgesetz einer Lizenz. Entweder sind die Lizenznehmer selbst mit Arbeitnehmern tätig oder die Lizenznehmer können Dritte mit der Beförderung von Briefen beauftragen. Der Tarifvertrag wirkt ausschließlich auf die Arbeitnehmer bei Lizenznehmern und die Arbeitnehmer bei deren Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen.

Von den 186.527 Arbeitnehmern sind nach letzten Angaben der Bundesnetzagentur bei den Lizenznehmern außerhalb der Deutschen Post 46.175 Arbeitnehmer mit der Briefbeförderung beschäftigt. Unter Berücksichtigung der Arbeitnehmer bei sogenannten Erfüllungsgehilfen der Lizenznehmer, stehen den 173.000 Beschäftigten (davon 54.000 Beamte) des Arbeitgeberverbandes Postdienste ca. 66.500 Arbeitnehmer gegenüber, die außerhalb des AGV Postdienste mit Briefdienstleistungen beschäftigt sind.

4. Der Mindestlohn stärkt den mit der Liberalisierung des Postmarktes intendierten Wettbewerb

Die Wettbewerbsfähigkeit der neuen Briefdienstleister wird durch die von ver.di ausgehandelten Mindestlöhne nicht gefährdet, sondern sie wird im Gegenteil gestärkt. Intention des Gesetzgebers bei der Liberalisierung des

Postmarktes war seinerzeit nicht, dass es zu einer Ausbreitung von Armutslöhnen und miesen Arbeitsbedingungen kommt. Sondern Intention der Liberalisierung war vielmehr, im Interesse der Verbraucher in einen Wettbewerb um hochwertige Dienstleistungen, innovative Produkte und besseren Service einzutreten.

Im Vergleich zur mittleren Entgeltgruppe für Briefzusteller bei der Deutschen Post AG im 7. Beschäftigungsjahr mit einem Stundenlohn von 13 Euro, liegt der vereinbarte Mindestlohn von 9,80 Euro für Zusteller in Westdeutschland 25% unter dem Tarifniveau der Deutsche Post AG. Für Ostdeutschland beläuft sich dieser Unterschied sogar auf 30%. Berücksichtigt man zusätzlich die für 80% der Post-Beschäftigten geltenden tariflichen Besitzstandsregelungen, so ist der Abstand zwischen den vereinbarten Mindestlöhnen und den tatsächlich gezahlten Entgelten der Deutschen Post noch weitaus größer. Im Vergleich zu Post-Briefträgern mit besitzstandssichernden Stundenlöhnen in Höhe von durchschnittlich 16,78 Euro liegt der Mindestlohn für Zustellkräfte damit ca. 42% unter den überwiegend gezahlten Löhnen für diese Beschäftigten-Gruppe bei der Deutschen Post AG. Somit verbleibt bei den neuen Briefdienstleistern trotz Mindestlohn ausreichend Raum für eine Lohn- und Preisgestaltung deutlich unterhalb dem Niveau des marktbeherrschenden Unter-

nehmens. Mehr als 25% Lohnkostenvorteil gegenüber der Deutschen Post AG sind gewiss ausreichend, um mit attraktiven Dienstleistungen und einem guten Kunden-

service im Wettbewerb auch preislich bestehen zu können.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)772

30. Oktober 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Kommunikationsgewerkschaft DPV, DPVKOM

Die Kommunikationsgewerkschaft DPV (DPVKOM) begrüßt, dass das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in seinem die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen betreffenden Teil auf den Bereich der Briefdienstleistungen ausgedehnt werden soll.

Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne in der Briefbranche

Die DPVKOM bildet mit der Christlichen Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT) eine Tarifgemeinschaft. Die Tarifgemeinschaft DPVKOM/CGPT hat mit dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. einen Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für die Briefbranche abgeschlossen. Dieser Tarifvertrag muss, wenn die Briefbranche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen wurde, für allgemeinverbindlich erklärt werden.

Exklusivlizenz

Die Exklusivlizenz, das Postmonopol, ist in § 51 Postgesetz geregelt. Der Postmarkt in Deutschland ist in weiten Teilen bereits freigegeben. Die Deutsche Post hat nur noch ein Monopol für Briefsendungen bis 50g und das befristet bis zum 31.12.2007. Durch die Öffnung des Postmarktes sind zahlreiche Unternehmen in Konkurrenz zur Deutschen Post AG getreten.

Öffnung der Postmärkte und Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen

Der Briefmarkt in Deutschland wurde seit 1995 kontinuierlich geöffnet. Seit dieser Zeit ist festzustellen, dass sich mit der Öffnung des Briefmarktes die Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten in der Branche negativ verändert haben.

Die Arbeitsbedingungen bei den Lizenznehmern sind deutlich schlechter als die bei der Deutschen Post AG. Teilweise werden so niedrige Löhne gezahlt, dass die Beschäftigten bei diesen Firmen Anspruch auf Arbeitslosengeld II haben. Dem Verlust von Arbeitsplätzen bei der

Deutschen Post AG aufgrund der Öffnung des Marktes steht kein qualitativ und quantitativ gleichwertiger Zuwachs von Arbeitsplätzen bei den Konkurrenzfirmen gegenüber.

Die Bundesnetzagentur hat beispielsweise in ihrer zehnten Marktuntersuchung zur bisherigen Liberalisierung des Postmarktes festgestellt, dass die neuen Lizenznehmer seit 1998 ca. 46.000 Arbeitsplätze geschaffen haben, davon aber nur rund 8.400 Vollzeit- und knapp 7.300 Teilzeitarbeitsplätze. Die restlichen 30.300 Arbeitsplätze sind ausschließlich im Bereich von Midi- und Minijobs entstanden.

Darüber hinaus zahlen die Lizenznehmer wesentlich geringere Löhne als die Deutsche Post AG und bieten, wenn überhaupt, geringere Sozialleistungen.

Bei der Deutschen Post AG sind im gleichen Zeitraum Arbeitsplätze im erheblichem Umfang abgebaut worden. Des Weiteren mussten Beschäftigte, gerade in den Briefzentren, aufgrund von Sendungsmengenverlusten an Lizenznehmer Änderungskündigungen ihrer Wochenarbeitszeit hinnehmen.

Darüber hinaus hat die Entlohnung der Beschäftigten in der Postbranche zum Teil eine ausbeuterische Qualität angenommen. Stundenlöhne um 4,00 Euro und 1.000,00 Euro Monatslöhne für eine 45-Stundenwoche sind keine Seltenheit. Des Weiteren führt dieser Wettbewerb, der einzig und allein über die Löhne geführt wird, dazu, dass eine Quersubventionierung durch Steuergelder über die ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt, das Arbeitslosengeld II („Hartz IV“), erfolgt. Es ist nicht hinnehmbar, dass Beschäftigte, die 40 Stunden und mehr in der Woche arbeiten, auf Transferzahlungen des Staates im Rahmen von Arbeitslosengeld II angewiesen sind.

Die Zahlen zeigen deutlich, dass durch eine Marktöffnung bei den Lizenznehmern nicht im gleichen Maße neue Arbeitsplätze entstehen, wie sie unter anderem aufgrund der Marktöffnung bei der Deutschen Post AG

abgebaut werden. Wenn Arbeitsplätze bei den Lizenznehmer entstehen, sind dies ausschließlich Arbeitsplätze mit wesentlich schlechteren Arbeits- und Einkommensbedingungen als bei der Deutschen Post AG. Durch die komplette Freigabe des Postmarktes ist deshalb anzunehmen, dass sich die Arbeits- und Einkommensbedingungen weiter negativ für die Arbeitnehmer der Briefbranche verändern. Nur durch die Einführung eines Mindestlohnes kann diese negative Entwicklung gestoppt werden.

Postgesetz und Mindestarbeitsbedingungen

Die Sozialklausel in § 6 Abs. 3 des Postgesetzes ist die Grundlage für Mindestarbeitsbedingungen in der Briefbranche. Mit der Privatisierung der Deutschen Bundespost wollte der Gesetzgeber durch die Sozialklausel im Postgesetz Lohn- und Sozialdumping in der Briefbranche ausschließen.

„Im Postgesetz wurde eindeutig verankert, dass soziale Belange berücksichtigt werden. Eine Entwicklung in Richtung Scheinselbständigkeit, Leiharbeit, geringfügige Beschäftigung und Sozialdumping sollte dadurch vermieden werden. Diejenigen Wettbewerber, die ihre Geschäftsmodelle ausschließlich auf Lohn- und Sozialdumping aufbauen, stehen eindeutig im Widerspruch zum Postgesetz“ so Wolfgang Bötsch, ehemaliger Bundesminister für Post und Telekommunikation, in einem Kommentar für den Rheinischen Merkur vom 19.04.07.

Aus diesem Grund ist es nur folgerichtig, dass die Briefbranche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen wird.

Europa

In Europa wird der Postmarkt nicht wie ursprünglich vorgesehen 2009 vollständig liberalisiert, sondern frühestens 2011. Bestimmte Mitgliedsländer erhalten sogar die Möglichkeit, ihren Markt erst 2013 zu öffnen. Deutschland wird also mit seiner Marktöffnung in 2008 eine Vorreiterrolle in Europa übernehmen. Diese Vorreiterrolle darf nicht zu Lasten der Beschäftigten in der Briefbranche gehen.

Wettbewerb

Niedriglöhne in der Briefbranche, die durch staatliche Transferleistungen aufgestockt werden, führen zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen. Dies ist ein staatlich subventionierter Wettbewerb zu Lasten der Beschäftigten bei der Deutschen Post AG und des Steuerzahlers. Ein solcher Wettbewerb wird weder qualitativ noch quantitativ mehr Arbeitsplätze schaffen.

Mit dem Ende des Postmonopols in Deutschland muss ein Wettbewerb entstehen, der über die innovativsten Produkte und die beste Qualität geführt wird und nicht über Niedriglöhne. Deshalb muss die Briefbranche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen werden.

Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Wenn die Briefbranche nicht in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen wird und der Mindest-

lohntarifvertrag, der zwischen den Gewerkschaften und dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. abgeschlossen wurde, nicht für allgemeinverbindlich erklärt wird, hat dies negative volkswirtschaftliche Auswirkungen.

Sozialsysteme

Niedrigere Einkommen und der Wegfall von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen haben erhebliche negative Auswirkungen auf die Sozialkassen. So ist festzustellen, dass bei vielen Lizenznehmern bisher überwiegend Midi- bzw. Minijobs begründet wurden. Im Gegensatz dazu sind bei der Deutschen Post AG aufgrund des Abwanderns von Kunden an die Konkurrenz sozialversicherungspflichtige Arbeitsplätze abgebaut worden.

Kaufkraft und Lebensstandard

Niedrigere Einkommen bedeuten Kaufkraftverlust und Absenkung des Lebensstandards. Dadurch wird eine Abwärtsentwicklung des Inlandbrutto-sozialproduktes mit all seinen negativen Folgen eingeleitet.

Umwelt

Dem Gebot einer nachhaltigen Umweltpolitik entziehen sich die kleinen Postfirmen oftmals, weil die Erfahrung zeigt, dass kleine Unternehmen aus Kostengründen dem Umweltschutz nicht den gleichwertigen und notwendigen Stellenwert einräumen wie beispielsweise Großunternehmen.

Zusammenfassung

Durch die Aufnahme der Briefbranche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und die Allgemeinverbindlichkeitsklärung des Mindestlohtarifvertrages, den die Gewerkschaften mit dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. abgeschlossen haben, wird weitestgehend sichergestellt, dass

- a) der Wettbewerb in der Briefbranche nicht durch staatliche Transferleistungen subventioniert wird,
- b) die Beschäftigten in der Briefbranche, die in Vollzeit arbeiten, von dem Lohn, den sie verdienen, auch leben können,
- c) die Sozialklausel im Postgesetz umgesetzt wird, denn sie hatte das Ziel, dass Mindestarbeitsbedingungen für die Briefbranche festgelegt werden,
- d) die Vorreiterrolle Deutschlands bei der Liberalisierung der Postmärkte in Europa nicht zu Lasten der Beschäftigten in der Briefbranche geht,
- e) negative Auswirkungen auf die Sozialsysteme, die Kaufkraft, den Lebensstandard und die Umwelt unterbleiben.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)788

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Arbeitgeberverband Postdienste e.V.

1. Der AGV Postdienste hält die Aufnahme der Branche Briefdienstleistungen in das AEntG für zwingend geboten

- Zum 01.01.2008 wird in Deutschland das Briefmonopol vollständig auslaufen, während in den meisten EU-Mitgliedsstaaten eine Öffnung des Briefmarktes auf 2011 bzw. 2013 verschoben wurde. Mit der vollständigen Öffnung des deutschen Briefmarktes zum 01.01.2008 wird sich die bestehende Wettbewerbssituation und die Lage bei den Arbeitsbedingungen durch den weiteren Eintritt von ausländischen Unternehmen und deren entsandten Arbeitnehmern noch verschärfen.
- Der deutsche Briefmarkt schrumpft aufgrund fortschreitender elektronischer Substitution. Der Wettbewerb wird in diesem schrumpfenden Markt – wie zahlreiche Beispiele belegen - vorrangig über 2 das Modell des Lohndumpings geführt, obgleich mit der Verankerung der sozialen Lizenzbedingungen im Postgesetz sichergestellt werden sollte, dass Wettbewerb über die Qualität der Produkte und Dienstleistungen und nicht über die schlechtesten Arbeitsbedingungen geführt wird. Die bei den Wettbewerbern der Mitglieder des AGV Postdienste bestehenden Arbeitsplätze werden zu ca. 60% durch geringfügige Beschäftigte ausgefüllt. Selbst bei Vollbeschäftigten wird zu einem großen Teil dauerhaft auf ergänzende staatliche Transferleistungen zurückgegriffen, da deren Stundenlöhne so niedrig liegen. Dieses Modell der staatlichen Lohnsubventionierung führt dazu, dass bei einem vollzeitbeschäftigten, verheirateten Arbeitnehmer mit einem Kind bei einem Stundenlohn von 6 € 46% und bei einem Stundenlohn von 7,50 € immer noch 33% seines Einkommens vom Staat durch ergänzendes Alg II finanziert werden.

Demgegenüber bestehen bei den Mitgliedsunternehmen des AGV Postdienste zu rund 95% sozial-

versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse. Die Verdrängung der tarifgebundenen Arbeitnehmer durch nichttarifgebundene sowie der Schutz der Sozialkassen gebietet ebenfalls die Aufnahme ins AEntG.

- Auch der AGV Postdienste befürwortet Wettbewerb, aber einen fairen und nicht vorrangig über Lohndumping geführten. Zum Schutze der bestehenden existenzsichernden Arbeitsplätze im deutschen Briefmarkt bedarf es daher zwingend einer Öffnung des AEntG mit Wirkung zum 01.01.2008. Ohne diese Öffnung und ohne einen Mindestlohn werden geringfügig Beschäftigte und Dumpinglöhne sozialversicherungspflichtige Beschäftigungen in der Briefbranche verdrängen.
- 2. Der Inhalt des Mindestlohn-Tarifvertrages für die Branche Briefdienstleister entspricht allen rechtlichen Anforderungen, die an einen Tarifvertrag gestellt werden, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll**
- Der AGV Postdienste ist ein Branchenarbeitgeberverband, der von seinen Mitgliedern getragen wird. Der Verband hat zur Zeit 26 Mitglieder. Mitglieder des Verbandes sind mittelständische Unternehmen genauso wie der Marktführer der Branche Postdienste, Deutsche Post AG. Die Mitgliedsunternehmen des Verbandes haben rund 200.000 Beschäftigte. 173.000 Beschäftigte, davon rund 54.000 Beamte, werden vom Geltungsbereich des Mindestlohtarifvertrages erfasst.
 - Der AGV Postdienste hat mit allen zuständigen anerkannten Gewerkschaften (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di, Tarifgemeinschaft Kommunikationsgewerkschaft DPV/ Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation) einen Mindestlohtarifvertrag abgeschlossen und beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam mit diesen beantragt, dass die Branche

in das AEntG aufgenommen und der Mindestlohn-tarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt wird. Dies umfasst ausdrücklich auch den Erlass einer Mindestlohnverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG.

- Im Tarifvertrag ist ein Mindestlohn für Arbeitnehmer, die in der Briefbeförderung tätig sind, von mindestens 8,00€ im Osten/8,40€ im Westen, für die Tätigkeit als Briefzusteller ist ein Stundenlohn von 9,00€ im Osten/9,80€ im Westen vorgesehen. Die vereinbarten Mindestlohnhöhen liegen im Vergleich der Branchenmindestlöhne, die bereits in das AEntG aufgenommen wurden, im unteren Bereich. Absolut üblich ist es auch, bei den Lohnhöhen zwischen Ost und West zu differenzieren.
- Der abgeschlossene Tarifvertrag entspricht allen rechtlichen Anforderungen, die an einen Tarifvertrag gestellt werden, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll. Insoweit wird - zur Vermeidung von Wiederholungen - auf das umfassende und alle rechtlichen Aspekte abdeckende Gutachten von Prof. Dr. Preis/Dr. Greiner, Ersterer auch als Sachverständiger des Ausschusses geladen, verwiesen. (Anhang 1)

3. 50%-Quorum – wenn auch nicht rechtlich erforderlich - erfüllt

- Bei den Mitgliedsunternehmen des AGV Postdienste sind insgesamt 173.000 Beschäftigte, davon ca. 54.000 Beamte, beschäftigt, die vom Geltungsbe-reich des Mindestlohn-tarifvertrages erfasst werden.
- Bei den lizenzierten Wettbewerbern sind nach der 10. Marktuntersuchung der Bundesnetzagentur maximal 46.000 Beschäftigte beschäftigt; unter Berücksichtigung von Beschäftigten bei sog. Erfüllungsgehilfen allenfalls 66.500 Beschäftigte.
- Damit fallen mehr als 72 % unter den Geltungsbe-reich des Tarifvertrages. Das 50%-Quorum ist durch die über den AGV Postdienste repräsentier-ten Mitgliedsunternehmen deutlich übererfüllt.

Rechtsgutachten

zur Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder Geltungserstreckung (§ 1 Abs. 3a AEntG) eines Mindestlohn-Tarifvertrags in der Postdienstleis- tungsbranche

im Auftrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V.,
Bonn

vorgelegt von

Professor Dr. Ulrich Preis

Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches
Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln

Dr. Stefan Greiner

Akademischer Rat am Institut für Deutsches und Europä-
isches
Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln

Köln, 8. Oktober 2007

A. Sachverhalt

Angesichts des verschärften Wettbewerbs in der Post-
dienstleistungsbranche besteht ein politischer Wille,

sozial unverträglichen Arbeitsbedingungen durch legisla-
tives Handeln vorzubeugen.

Zu diesem Zweck soll ein zwischen dem Arbeitgeberver-
band Postdienste e.V. – dem Auftraggeber dieses Gut-
achtens – und der Gewerkschaft Verdi am 11.9.2007
geschlossener „Tarifvertrag zur Regelung der Mindest-
löhne in der Branche Postdienste“ (im Folgenden: TV
Mindestlohn) gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich
erklärt oder im Verordnungsverfahren nach § 1 IIIa
AEntG auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeit-
nehmer erstreckt werden.

Das vorliegende Gutachten soll Rechtsfragen dieses
Vorhabens untersuchen.

I. Situation in der Postdienstleistungsbranche

Seit Beginn des Liberalisierungsprozesses der Postdienst-
leistungsbranche im Jahre 1991 wurden weite Bereiche
des Postmarktes für Wettbewerber der Deutschen Post
AG geöffnet. Vor Wettbewerb geschützt ist bislang noch
der Bereich der Briefsendungen unter 50 Gramm. Hier
besteht eine Exklusivlizenz der Deutschen Post AG.

Auf europäischer Ebene wurde zunächst angestrebt, auch
diesen Bereich bis 1.1.2008 zwingend für Wettbewerber
zu öffnen. Im Sommer 2007 kam es dann jedoch zu einer
Einigung, die vollständige Liberalisierung des europä-
ischen Briefmarktes bis 2011 – bzw. in den neuen Mit-
gliedstaaten bis 2013 – zu verschieben. Hintergrund
dieser Verschiebung sind insbesondere Bedenken zahl-
reicher Mitgliedstaaten bezüglich der Gewährleistung
einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienst-
leistungen, des sog. „Universaldienstes“.

In Deutschland verständigten sich CDU/CSU und SPD
darauf, gleichwohl an der Aufgabe des Briefmonopols
zum 1.1.2008 festzuhalten. Teil des politischen Kom-
promisses ist es, Vorkehrungen zur Sicherung sozialer
Mindeststandards in der Postdienstleistungsbranche zu
treffen.

Seit Beginn der Liberalisierung des Postmarktes haben
sich in Deutschland einige Wettbewerber der Deutschen
Post AG und ihrer Konzernunternehmen etabliert, insbe-
sondere die PIN AG und TNT Deutschland, eine Toch-
tergesellschaft der niederländischen TNT. Bei den neuen
Dienstleistern zeichnet sich die Tendenz ab, zu einem
hohen Anteil geringfügige Beschäftigungsverhältnisse zu
schaffen. Der Anteil der geringfügigen Beschäftigungs-
verhältnisse an allen Arbeitsverhältnissen liegt dort bei
über 60%. Die gezahlten Entgelte liegen vielfach um 30-
40%, mitunter sogar um 50% unter den Entgeltstandards
der Deutschen Post AG, obwohl auch bei der Deutschen
Post AG bereits deutliche Einschnitte in den aus dem
Öffentlichen Dienst übernommenen Besitzstand stattge-
funden haben. Vielfach sind Arbeitnehmer der neuen
Briefdienstleister zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts
auf ergänzende Sozialtransfers angewiesen.

Die Briefdienstleistungsbranche ist ein personalintensiver
Geschäftsbereich. Gegenwärtig sind in der Bundesrepub-
lik Deutschland insgesamt etwa 195.000 Beschäftigte
im Briefsektor tätig. Außerhalb der Deutschen Post AG,
vor allem also bei ihren neuen Wettbewerbern, sind
zurzeit ca. 46.000 Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich
(§ 5 PostG) tätig. Es handelt sich um eine sehr personal-
kostenintensive Branche.

Der Briefmarkt ist durch die zunehmende Verbreitung von elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten (e-Mail, Fax) ein schrumpfender Markt. Die Sendungsmengen reduzieren sich um 3-5% p.a. Gleichwohl ist der Briefmarkt in der Bundesrepublik Deutschland der größte in Europa und daher bei Wettbewerbern in anderen Mitgliedstaaten der EU sehr begehrt. Insbesondere Konkurrenten aus mittel-osteuropäischen Mitgliedstaaten können sich künftig das deutlich niedrigere Entgeltniveau ihrer Heimatländer zunutze machen und dürften – wie in anderen Branchen zu beobachten – mit Arbeitnehmerentsendung im deutschen Markt agieren.

II. Situation des Arbeitgeberverbandes Postdienste und seiner Mitgliedsunternehmen

Dem Arbeitgeberverband Postdienste gehören 25 Mitgliedsunternehmen an. Eines davon ist die Deutschen Post AG. Der Arbeitgeberverband Postdienste ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA). Er repräsentiert Mitgliedsunternehmen mit insgesamt ca. 200.000 Beschäftigten. Davon fallen ca. 173.000 Beschäftigte in den fachlich-betrieblichen und räumlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn. Hierunter befinden sich ca. 119.000 Arbeitnehmer, die auch vom persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfasst werden, sowie ca. 54.000 Beamte.

Die Beamten sind überwiegend beim Mitgliedsunternehmen Deutsche Post AG beschäftigt. Hier findet ein kontinuierlicher Umstellungsprozess statt: Beamtenstellen werden durch funktionsähnliche Arbeitnehmer ersetzt. Während der Anteil der über 50-jährigen Arbeitnehmer etwa bei der Deutschen Post AG nur um 1% p.a. steigt, steigt der Anteil der über 50-jährigen Beamten um 3% p.a. 2002 lag der Anteil der über 50-Jährigen an der Gesamtzahl der Beamten noch bei ca. 19%, 2007 bereits bei 34%. Zugleich ist der Anteil der Beamten an allen Beschäftigten der Deutschen Post AG im Zeitraum zwischen 2005 und 2007 von 33% auf 29% zurückgegangen. Das Durchschnittsalter der Beamten liegt bei ca. 46 Jahren und damit rund 5 Jahre über dem Durchschnittsalter vergleichbarer Arbeitnehmer. Das Durchschnittsalter wird künftig weiter steigen, da bereits seit 12 Jahren keine Neueinstellungen von Beamten erfolgen.

III. Entstehung und Inhalte des TV Mindestlohn

Am 5.2.2007 lud die Deutsche Post AG in einem Pressegespräch Wettbewerber und Verdi dazu ein, Gespräche über Wege zu einem Flächentarifvertrag zu führen.

Auch die BDA lud Wettbewerber der Deutschen Post AG, insbesondere PIN AG und TNT, zu einem Sondierungsgespräch ein, das Mitte März 2007 stattfinden sollte. Gegenstand des Gespräches sollte die Möglichkeit der Gründung eines gemeinsamen Arbeitgeberverbandes sein. PIN und TNT weigerten sich zunächst, an einem gemeinsamen Gespräch mit der Deutsche Post AG teilzunehmen. Obwohl schließlich doch am 19.07.2007 ein erstes direktes Gespräch zwischen der Deutschen Post AG und PIN stattfand, kam es zu keiner Verständigung über eine Zusammenarbeit.

Zwischenzeitlich begonnene Tarifverhandlungen zwischen PIN AG und Verdi führten zu keinem Ergebnis. Am 31.8.2007 bekundete die PIN AG Interesse an einem Beitritt zum Arbeitgeberverband Postdienste; schon am 3.9.2007 gaben PIN AG und weitere Wettbewerber der Deutschen Post AG allerdings die Gründung einer kon-

kurrierenden Interessengemeinschaft „Neue Briefdienstleister“ bekannt.

Nach Tarifverhandlungen verständigten sich der Arbeitgeberverband Postdienste einerseits mit Verdi, andererseits mit der Tarifgemeinschaft DPVKom/CGPT auf den Abschluss des TV Mindestlohn. Kern der Vereinbarung ist, dass der Brutto-Mindestlohn aller Beschäftigtengruppen ab 1.12.2007 8 € in den ostdeutschen Bundesländern, 8,40 € in den westdeutschen Bundesländern betragen soll. Für die Gruppe der Briefzusteller gilt ein abweichender Mindestlohn von 9 € in den ost- und 9,80 € in den westdeutschen Bundesländern.

Diese Entgeltregelungen liegen deutlich unter den bei der Deutschen Post AG geltenden Tarifen. Die Einstiegsentgelte bei der Deutschen Post AG überschreiten das Niveau des TV Mindestlohn – trotz Absenkung durch den neuverhandelten Entgelttarifvertrag Arbeitnehmer – um 16 bzw. 36%. Berücksichtigt man den tariflichen Leistungslohn bei der Deutschen Post AG, beträgt der Unterschied sogar 22 bzw. 43%. Zieht man das früher bei der Deutschen Post AG anwendbare Tarifsystem des öffentlichen Dienstes, das teilweise noch Bestandsschutz genießt, als Vergleichsmaßstab heran, lag das Entgelt bei der Deutschen Post AG zwischen 65 und 139% über dem Niveau des TV Mindestlohn. Seit 1.1.2001 zahlt die Deutsche Post AG zudem bundesweit einheitliche Entgelte.

Der TV Mindestlohn führt somit keinesfalls zu einer Erstreckung der bei der Deutschen Post AG geltenden Arbeitsbedingungen auf die gesamte Branche. Vielmehr ließen sich die Tarifparteien des TV Mindestlohn bei der Entgeltfindung von den üblichen Entgelten benachbarter Branchen – insbesondere Speditionen/Lagerei –, dem existenzsichernden Zweck von Mindestlöhnen, der Höhe auf Grundlage des AEntG bereits normierter Mindestlöhne sowie spezifischen Anforderungen des Postbereichs – insbesondere dem Erfordernis besonderer Zuverlässigkeit seitens der Arbeitnehmer – leiten.

B. Gutachtliche Fragen

1. Auf Grundlage dieses Sachverhalts ist zunächst zu untersuchen, ob die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) bzw. Geltungserstreckung des TV Mindestlohn (§ 1 IIIa AEntG) mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.
2. Ferner sind folgende tarifrechtliche Fragen zu beantworten:
 - a) Dürfen bei der Ermittlung des 50%-Quorums des § 5 I 1 Nr. 1 TVG auch die Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mitgezählt werden, der zwar Mitglied des Arbeitgeberverband ist, bei dem aber auch ein Firmentarifvertrag zum Entgelt besteht?
 - b) Für den Fall, dass die Frage a) zu bejahen ist: Können bei der Ermittlung des 50%-Quorums auch die bei der Deutschen Post oder den Konzernunternehmen beschäftigten Beamten mitgezählt werden?
 - c) Ist es zulässig, dass der Geltungsbereich des TV Mindestlohn an die gewerbs- oder geschäftsmäßige Beförderung von Briefsendungen anknüpft und deshalb auch Unternehmen erfasst, die nicht der Branche Postdienste zuzuordnen sind?

- d) Für den Fall, dass die Frage c) zu bejahen ist: Sind bei der Ermittlung des 50%-Quorums nur die Arbeitnehmer der branchenfremden Unternehmen mitzuzählen, die mit der gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen befasst sind, oder sämtliche Arbeitnehmer dieser Unternehmen?

C. Rechtliche Würdigung

1. Teil: Verfassungsrechtliche Fragen

Von besonderem Interesse ist zunächst, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung bzw. eine Geltungserstreckung des TV Mindestlohn nach § 1 IIIa AEntG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. *Kämmerer/Thüsing* meinen, die verfassungsrechtliche Kritik an einer Allgemeinverbindlicherklärung des TV Mindestlohn oder seiner Erstreckung nach § 1 IIIa AEntG sei „mit den Händen zu greifen“.¹ Sie sehen primär die negative Koalitionsfreiheit etwaiger konkurrierender Gewerkschaften und Arbeitgeber(verbände) durch Verdrängung der von diesen abgeschlossenen Tarifverträge verletzt.

I. Keine Verletzung der Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG

Diese Position scheint auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BVerfG überaus zweifelhaft. Im Ansatz sind dabei zwei Wirkungen auseinander zu halten: Zum einen die bloße Erstreckung der Regelungswirkung eines Tarifvertrags auf nicht organisierte Arbeitnehmer/Arbeitgeber, die primär unter dem Aspekt der *negativen* Koalitionsfreiheit problematisch sein könnte; zum anderen die Verdrängung kollidierender Tarifverträge durch den für allgemeinverbindlich erklärten oder durch Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG erstreckten Tarifvertrag, die deutlicher den Aspekt der *positiven* Koalitionsfreiheit problematisch betrifft.²

1. Tarifierstellung auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer/Arbeitgeber

Die bloße Anwendung tariflicher Regelungen auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse berührt die negative Koalitionsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht.³ Der negativen Koalitionsfreiheit ist vielmehr lediglich der begrenzte Inhalt eines „Fernbleiberechts“ beizumessen: Niemand soll gezwungen werden, sich einer Koalition anzuschließen. Diese Eingrenzung des Schutzbereichs hat das BVerfG in einer langen Kette von Entscheidungen für sämtliche Instrumente anerkannt, die der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags auf Nichtorganisierte dienen.

a) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung

aa) BVerfG v. 24.5.1977

Grundlegend ist insofern ein Beschluss des 2. Senats vom 24.5.1977,⁴ in dem die Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anerkannt wurde. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sei im Verhältnis zu den ohne sie nicht tarifge-

bundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung, der seine eigenständige Grundlage in Art. 9 III GG finde; an den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) könne er nicht gemessen werden.

Die allgemeinverbindlichen Tarifnormen seien durch das Zusammenspiel von tarifautonomer Regelung und staatlicher Mitwirkung gegenüber den Außenseitern „noch ausreichend demokratisch legitimiert“. Der Staat habe sich seines in den Grenzen des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit fortbestehenden Normsetzungsrechts nicht völlig entäußert. Da sich die Normsetzungsbefugnis der Koalitionen grundsätzlich nur auf die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Parteien erstreckte, müsse bei der Allgemeinverbindlicherklärung eine zusätzliche Legitimation der Tarifgeltung hinzutreten; dies sei mit der Allgemeinverbindlicherklärung aus öffentlichem Interesse der Fall.

Die individuell-positive Koalitionsfreiheit werde nicht verletzt: Sofern der Anreiz, sich als bisher nicht organisierter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer mit anderen zu einer Koalition zusammenzuschließen oder einer konkurrierenden Koalition beizutreten, infolge der Allgemeinverbindlicherklärung und ihrer Auswirkungen vermindert werden sollte, handele es sich um faktische Auswirkungen, die das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nicht unmittelbar rechtlich trafen.

Auch das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, „sofern es sich aus Art. 9 III GG ergeben sollte“, stehe der gesetzlichen Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung von tariflichen Inhaltsnormen nicht entgegen. Die Freiheit, sich einer anderen als der vertragsschließenden oder keiner Koalition anzuschließen, werde durch sie nicht beeinträchtigt, Zwang oder Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft nicht ausgeübt.

bb) BVerfG v. 15.7.1980

Eine Entscheidung des BVerfG v. 15.7.1980⁵ führt diese Rechtsprechung mit Blick auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassen-Tarifverträgen des Baugewerbes bruchlos fort. Stärker betont wird hier der Aspekt des faktischen Beitrittsdrucks: Das Fehlen eines Mitgliedschaftsverhältnisses habe für den von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffenen Außenseiter-Arbeitgeber den Nachteil, dass er die ordnungsgemäße Wahrnehmung seiner Interessen durch die gemeinsamen Einrichtungen, anders als organisierte Arbeitgeber, nicht mittelbar durch Teilhabe an der verbandsinternen Willensbildung der Koalition kontrollieren könne.

Soweit sich daraus ein gewisser Druck ergebe, Mitglied einer Koalition zu werden, sei dieser aber „nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde“. Gemildert werde der faktische Beitrittsdruck überdies dadurch, dass die gegenseitige Kontrolle der Sozialpartner auch den Außenseitern zugute komme.

b) BVerfG zur Verfassungskonformität des § 1 IIIa AEntG

Durch Kammerbeschluss v. 18.7.2000⁶ hat das BVerfG – bereits nach Aufgabe der verfehlten „Kernbereichsrecht-

¹ *Kämmerer/Thüsing*, Präsentation „Mindestlöhne für die Postdienstleistungsbranche“ – Vorstellung eines Gutachtens, 20.9.2007, S. 9.

² Insofern zutreffend *Kämmerer/Thüsing*, Gutachten „Tarifierstellung in der Postdienstleistungsbranche“, 2007, S. 45.

³ Instrukтив *Bieback/Kocher*, in: *Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer*, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 43 (75 ff.).

⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

⁵ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7.

⁶ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

sprechung⁷ – diese Sichtweise auf das Verfahren der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags nach § 1 IIIa AEntG übertragen und eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die Geltungserstreckung durch Erlass einer auf § 1 IIIa AEntG gestützten Rechtsverordnung verstoße weder gegen die positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit. Weder werde dadurch eine Zwangsmitgliedschaft in den tarifvertragsschließenden Verbänden begründet noch werde es unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition zusammenzuschließen. Entstehe durch die Geltungserstreckung ein mittelbarer Druck, zur Wahrnehmung von Einflussmöglichkeit Mitglied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, sei dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Insofern seien dieselben Maßstäbe wie bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anzulegen.

Allein die Wahl einer anderen Rechtsform für die Erstreckung eines Tarifvertrages auf Außenseiter ändere an den verfassungsrechtlichen Anforderungen nichts. Wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung Sorge auch hier die staatliche Mitwirkung an der Geltungserstreckung für hinreichende demokratische Legitimation.

Ausdrücklich dahinstehen lässt das Gericht lediglich, ob „etwas anderes gelten könnte, wenn der Geltungsbereich eines Tarifvertrages auf Außenseiter erstreckt würde, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde“, kurz gesagt also ein nicht „repräsentativer“ Minderheits-Tarifvertrag, wobei die Wortwahl des Gerichts darauf hindeutet, dass hier nur Tarifabschlüsse von völlig marginaler Bedeutung gemeint sind. Die Anforderungen des Art. 80 I 2 GG an Verordnungsermächtigungen seien durch § 1 IIIa AEntG erfüllt, da die Voraussetzungen des Erlasses einer Rechtsverordnung hinreichend bestimmt seien.

c) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Tariftreueregelung

Schließlich hat BVerfG 11.7.2006⁸ jüngst diese Rechtsprechung mit apodiktisch knapper Begründung auf eine Tariftreueregelung des Berliner Vergabegesetzes angewandt, durch die öffentliche Auftraggeber verpflichtet wurden, die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem im Baubereich von „Tariftreueerklärungen“ der Auftragnehmer abhängig zu machen. Die Problematik ist insoweit vergleichbar, als durch die Verpflichtung zur Tariftreue die tariflich festgesetzten Entgelte faktisch zu Mindestentgelten auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer/Arbeitgeber werden. Da in dieser Entscheidung lediglich die konsequente Fortentwicklung der dargestellten Rechtsprechungstradition liegt, muss die teilweise empörte Reaktion der Literatur⁹ verwundern.

Das BVerfG meint, die gesetzliche Tariftreueverpflichtung berühre bereits nicht den Schutzbereich des Art. 9 III GG. Insbesondere sei die negative Koalitionsfreiheit nicht betroffen. Die Koalitionsfreiheit umfasse „das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben“. Sie schütze die Nichtorganisierten vor Zwang oder Druck, nicht aber einem „bloßen Anreiz“, einer Organisation beizutreten. Durch die Tariftreueverpflichtung werde

weder rechtlicher noch faktischer Beitrittszwang oder erheblicher Beitrittsdruck ausgeübt.

Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schütze nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen als „Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen“ nehme. Besonders weitgehend geschehe das bei der verfassungsrechtlich zulässigen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen werde, sei ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen. Die Tariftreueregelung wird letztlich als milderes Mittel gegenüber einer – auch den Bereich privater Auftraggeber erfassenden – Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags identifiziert.

d) Meinungsstand der Literatur

In Reaktion auf die Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung durch BVerfG 14.11.1995¹⁰ war in der Literatur insbesondere umstritten, ob korrespondierend mit dem Schutzbereich der positiven auch der Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit weiter gefasst werden müsse. Teile der Literatur behaupten dies und meinen, auch die Unterwerfung unter fremde Tarifnormen durch staatlichen Geltungsbefehl berühre nunmehr Art. 9 III GG.¹¹

Für diese Sicht wird angeführt, dass wesentliches Element der Zugehörigkeit zu einer Koalition sei, dass das Mitglied der normativen Wirkung des Tarifvertrags unterworfen sei.¹² Dann aber müsse die negative Koalitionsfreiheit spiegelbildlich zur positiven Seite des Grundrechts auch das Recht gewährleisten, nicht vom Tarifvertrag erfasst zu werden.¹³ Dass die staatliche Gestaltungsentscheidung gleichsam als „Bezugsgröße“ auf seinen Tarifvertrag abstellt, wird von Teilen der Literatur mit Blick auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip für bedenklich gehalten,¹⁴ die Tarifnormerstreckung auf Außenseiter leide unter einem Defizit an demokratischer Legitimation. *Buchner*¹⁵ gelangt sogar zu der Einschätzung, die Unterwerfung des Außenseiters unter fremde, nicht durch ihn legitimierte Tarifnormen, sei mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) schwerlich vereinbar.

Dem dargestellten „Spiegelbildargument“ ist zunächst entgegen gehalten worden, die Tarifbindung sei lediglich Motiv für den verfassungsrechtlich geschützten Beitritt zur Koalition. Bloße Motive seien aber grundrechtlich nicht geschützt.¹⁶ Auch erfasse die positive Koalitionsfreiheit nicht das Recht, Tarifnormen zu setzen. Dieses

⁷ Vgl. BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352; anders noch BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212 (224) m.w.N.

⁸ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202.

⁹ Insbes. *Rieble*, NZA 2007, 1.

¹⁰ Vgl. BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352.

¹¹ Dafür: *Reuter* in: Wank/Hirte/Frey/Fleischer/Thüsing, Festschrift Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 449 (478); *Schleusener*, ZTR 1998, 100 (101); ebenso bereits *Schüren*, RdA 1988, 138 (139 f.); *Zöllner*, RdA 1962, 453 (458); dagegen: *Dieterich* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2007, Art. 9 GG Rn. 35; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969 S. 36 ff.; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (16); *Schubert*, RdA 2001, 199 ff.; *Oetker* in: *Säcker*, Kollektives Arbeitsrecht – case by case, 2006, S. 66; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band 1, 1997, S. 376; *Löwisch/Rieble* in: *Richard/Wlotzke*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 244 Rn. 5; *Lorenz* in: *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 63.

¹² *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, 1991, S. 195; *Schleusener*, ZTR 1998, 100 (101); *Zöllner*, RdA 1962, 453 (458).

¹³ *Reuter* in: FS Wiedemann (Fn. 11), 449 (478); *Schleusener*, ZTR 1998, 100 (101); Ausführlich zu den dogmatischen Grundlagen des „Spiegelbildgedankens“: *Schubert*, RdA 2001, 199 (201 f.); massive Kritik an der spiegelbildlichen Herleitung bei *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 381 ff.

¹⁴ *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (831); *Rieble*, NZA 2000, 225 (233); *Wolter*, ArbR 2006, 137 (138).

¹⁵ *Buchner*, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, 1964, S. 60.

¹⁶ *Schubert*, RdA 2001, 199 (202); *Däubler/Lorenz* (Fn. 11), § 3 Rn. 63.

sei vielmehr nur Gegenstand der den Koalitionen gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit.¹⁷ Hält man die kollektive Koalitionsfreiheit mit der herrschenden Meinung¹⁸ für unmittelbar durch Art. 9 III GG gewährleistet, verbietet sich in der Tat ein Rückschluss auf die negative Koalitionsfreiheit,¹⁹ damit entfällt die Grundlage für das Spiegelbildargument.²⁰

Darüber hinaus werden gegen die „negative Tarifvertragsfreiheit“ grundsätzliche Bedenken aus dem Wortlaut des Art. 9 III GG geltend gemacht, weil ein „Nichtkoalieren“ schwerlich der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen könne.²¹ *Gamillscheg* hält die Vorstellung eines Schutzes der Außenseiter vor Tarifnormen gar für lebensfremd und verfehlt. Denn dann, so *Gamillscheg*, müsste man den Außenseiter auch vor Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag schützen. Im Übrigen zweifelt er bereits an der Gleichrangigkeit von positiver und negativer Freiheit, weil dies der Sache nach zu einem Leerlaufen der positiven Koalitionsfreiheit führt, was der „Spiegelbildtheorie“ die dogmatische Grundlage entziehe.²² Der Außenseiter-Arbeitnehmer sei insoweit nicht schutzbedürftig, weil er durch die Erstreckung des Tarifnormenschutzes sogar privilegiert werde, indem er an Tarifwirkungen partizipiere, zu denen er nichts beigetragen habe,²³ der Außenseiter-Arbeitgeber hingegen nicht schutzwürdig, denn die hierdurch beschränkte Freiheit des Arbeitgebers sei „in praxi die Freiheit des Arbeitgebers, die Arbeit unter ihrem Wert zu entlohnen“.²⁴

Dieterich meint treffend, es gehe gar nicht um eine Unterwerfung unter fremde Tarifnormen, sondern vielmehr um einer Unterwerfung unter ein staatliches Gesetz.²⁵ Summa summarum teilt ein erheblicher Teil der Lehre die Einschätzung des BVerfG, dass der Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit nicht vor der Unterwerfung unter fremde Tarifnormen schütze.²⁶

e) Eigene Auffassung

Die gesicherte Rechtsprechung des BVerfG überzeugt. Dass „das BVerfG die Situation nicht hinreichend durchdacht“ habe,²⁷ ist nicht ersichtlich. Dem staatlichen Gesetzgeber muss die Möglichkeit offenstehen, Handlungsinstrumente zur Sicherstellung sozialer Mindestarbeitsbedingungen in Bereichen zu schaffen, in denen die Tarifautonomie keine hinreichende Wirkkraft entfaltet. Die Erstreckung einer tarifautonom ausgehandelten Regelung auf Nichtorganisierte ist dabei das im Hinblick auf die Tarifautonomie mildere Mittel gegenüber der Festsetzung originär staatlicher Mindestarbeitsbedingungen. Angesichts dieses sozialen Schutzanliegens scheint

es vertretbar, den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit auf den Aspekt des Fernbleiberechts zu beschränken. Da die Tarifnormsetzung systematisch bei der kollektiven Koalitionsfreiheit der Koalition zu verorten ist, ist das „Spiegelbild“-Argument keineswegs zwingend, da es eine zweifelhafte Schlussfolgerung von der kollektiv-positiven Koalitionsfreiheit auf die individuell-negative Koalitionsfreiheit voraussetzt.

Selbst wenn man der dogmatischen Position des BVerfG nicht folgt, ändert sich nichts am Ergebnis: Zwar läge dann ein Eingriff vor; dieser wäre aber durch kollidierendes Verfassungsrecht, insbesondere das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) und Grundrechte der Außenseiter-Arbeitnehmer gerechtfertigt. Im Bereich der *positiven* Koalitionsfreiheit wählt das BVerfG nach Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung tatsächlich diesen Weg der korrespondierenden extensiven Auslegung verfassungsimmanenter Grundrechtsschranken.²⁸ Gelangt man zu einer entsprechenden Extension des „negativen“ Schutzbereichs, müsste man auch hier die verfassungsimmanenten Schranken entsprechend weit interpretieren. Dogmatisch vorzugswürdig scheint gegenüber dieser Ergänzung eines ausufernden Schutzbereichsverständnisses durch korrespondierende Ausweitungen der Grundrechtsschranken freilich, bereits den Schutzbereich teleologisch sinnvoll einzugrenzen.²⁹

Die von Teilen der Rechtsprechung und Literatur³⁰ geäußerten Bedenken mit Blick auf die demokratische Legitimation der Tarifnormsetzung mit Wirkung für Außenseiter können nicht überzeugen.³¹ Demokratischer Legitimation der Tarifvertragsparteien bedarf es dort nicht, wo der staatliche Gesetz- oder Verordnungsgeber eine eigene politisch verantwortete und damit demokratische legitimierte Gestaltungsentscheidung trifft. Dieses Zusammenwirken von tarifautonomer Normsetzung und demokratisch legitimiertem staatlichem Geltungsbefehl für Tarifaußenseiter hebt das BVerfG zutreffend hervor.³²

2. Verdrängung kollidierender Tarifverträge

Deutlich abzugrenzen von den vorstehenden Überlegungen ist die mögliche Verdrängung kollidierender Tarifverträge durch einen für allgemeinverbindlich erklärten oder im Wege der Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG auf Außenseiter erstreckten Tarifvertrag.

Soweit bestehende Tarifverträge durch den für allgemeinverbindlich erklärten bzw. nach § 1 IIIa AEntG erstreckten Tarifvertrag verdrängt werden, steht die *positive* kollektive und individuelle Koalitionsfreiheit im Zentrum des Interesses: Die Verdrängung eines mitgliederschäftlich legitimierten Tarifvertrags greift in die individuell-positive Koalitionsfreiheit ein, weil dazu auch das Recht gehört, an den von der eigenen Koalition abge-

¹⁷ *Oetker* (Fn. 11), S. 66; *Schubert*, RdA 2001, 199 (202); *Däubler/Lorenz* (Fn. 11), § 3 Rn. 63.

¹⁸ Vgl. BVerfG 10.1.1995, NJW 1995, 2339; BVerfG 26.6.1991, NJW 1991, 2549 f.; BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (367); a.A. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 1971, S. 145; *ders.* in: *Maunz/Dürig Grundgesetz*, Lfg. 1-47, 1999, Art. 9 Rn. 240.

¹⁹ *Schubert*, RdA 2001, 199 (203 f.).

²⁰ *Schubert*, RdA 2001, 199 (202); näher *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (466).

²¹ *Zachert*, AR-Blattei SD 1650.1 Rn. 63.

²² *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 376, 384 ff.; a.A. *Maunz/Dürig/Scholz* (Fn. 18), Art. 9 Rn. 226.

²³ *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 376.

²⁴ *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 888.

²⁵ *Erk/Dieterich* (Fn. 11), Art. 9 GG Rn. 35.

²⁶ *Erk/Dieterich* (Fn. 11), Art. 9 GG Rn. 35; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 36 ff.; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (16); *Schubert* RdA 2001, 199 ff.; *Oetker* (Fn. 11), S. 66; *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 376; *Löwisch/Rieble* (Fn. 11), § 244 Rn. 5; *Däubler/Lorenz* (Fn. 11), § 3 Rn. 63.

²⁷ So aber *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 38.

²⁸ Exemplarisch BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 zur Anrechnung von Kuren auf den tariflichen Erholungsurlaub: Das Regelungsziel, Arbeitslosigkeit abzubauen, habe „auf Grund des Sozialstaatsprinzips Verfassungsrang. Ferner werde es von Art. 1 I und Art. 2 I GG getragen, weil es der Persönlichkeitsentfaltung der Arbeitslosen diene. Auch die „finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung“ sei ein den Eingriff in die Tarifautonomie tragender „Gemeinwohlbezug von hoher Bedeutung“.

²⁹ Gegen eine „Überdehnung“ des Schutzbereichs auch *Erk/Dieterich* (Fn. 11), Art. 9 GG Rn. 34.

³⁰ BGH 18.1.2000, ZIP 2000, 426 (434); *Löwisch*, DB 2001, 1090 (1091); *Rieble*, NZA 2000, 225 (233);.

³¹ Ausführlich bereits *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (467 f.).

³² Vgl. nur BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322; dazu oben a.a.

schlossenen Tarifverträgen zu partizipieren.³³ Die anderweitig tarifgebundenen Arbeitnehmer/Arbeitgeber würden einem mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag „entzogen“ – ein gravierender Eingriff in die individuell-positive Koalitionsfreiheit. Im Übrigen würde auch in die kollektiv-positive Koalitionsfreiheit derjenigen Koalitionen eingegriffen, die den verdrängten Tarifvertrag abgeschlossen haben, denn es würde einem geltenden Tarifvertrag und damit dem wesentlichen Gestaltungselement der Koalitionen die tatsächliche Geltung verweigert.

Hinzuweisen ist in tatsächlicher Hinsicht darauf, dass die Verdrängung konkurrierender Tarifverträge in der Postdienstleistungsbranche ein rein hypothetisches Szenario ist. Konkurrierende Tarifverträge bei Wettbewerbern der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste existieren bislang nicht. Da alle in Betracht kommenden Gewerkschaften – Verdi, CGPT und DPVKom – den TV Mindestlohn mittragen, ist ein Zustandekommen konkurrierender Tarifverträge auch künftig unrealistisch. Die diesbezüglichen Überlegungen bei *Kämmerer/Thüsing* sind daher eher theoretischer Natur; gleichwohl soll auch die Kollisionsproblematik im Folgenden untersucht werden.

a) Sichtweise des BVerfG

Bereits BVerfG 24.5.1977³⁴ weist darauf hin, dass bei Tarifkollisionen unter Beteiligung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags „kein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags“ eintrete. Vielmehr sei eine solche Tarifkonkurrenz im Einzelfall nach den hierfür in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zu lösen. Auch BVerfG 15.7.1980³⁵ verweist darauf, dass kein Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge gegenüber solchen bestehe, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Soweit eine Koalition einen Tarifvertrag für ihre Mitglieder abgeschlossen habe, deren Arbeitsverhältnisse gleichzeitig unter den Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fielen, sei die Frage, welcher Tarifvertrag maßgebend sei, „ohne Rücksicht auf die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Lösungsgrundsätzen für die Tarifkonkurrenz zu entscheiden“.

b) Auflösungen von Tarifkollisionen bei Aufeinanderreffen eines mitgliedschaftlich legitimierten und eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags

In Umsetzung dieser verfassungsgerichtlichen Vorgaben ist aus Perspektive des BAG bei der Auflösung von Tarifkonkurrenzen und Tarifpluralitäten nach dem Spezialitätsprinzip die Frage, ob einer der kollidierenden Tarifverträge nur kraft Allgemeinverbindlicherklärung gilt, irrelevant. Die Auflösung soll sich unabhängig von der Frage des Geltungsgrundes stets nach der pragmatischen Einschätzung richten, welcher Tarifvertrag „dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“.³⁶ Darauf, ob ein Tarifvertrag nur

aufgrund Allgemeinverbindlicherklärung gilt, stellt das BAG bei dieser Betrachtung nicht tragend ab; „spezieller“ kann demnach auch ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag sein.³⁷

Die Literatur ist uneinig; *Säcker/Oetker* meinen etwa, der allgemeinverbindliche Tarifvertrag werde durch einen von denselben Tarifparteien abgeschlossenen Verbands- oder Firmentarifvertrags regelmäßig verdrängt.³⁸ Das eintretende Schutzdefizit bei tariflichen Außenseitern sei kein Gegenargument, da primärer Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht die Herbeiführung von Mindestarbeitsbedingungen sei, sondern die Effektivität der tariflichen Normsetzung.³⁹ Genau entgegengesetzt meint *Müller*, im Interesse des sozialen Schutzes habe grundsätzlich der allgemeinverbindliche Tarifvertrag Vorrang.⁴⁰

Legt man die dargestellte Rechtsprechung von BVerfG und BAG zugrunde, kann – entgegen *Kämmerer/Thüsing* – aus der möglichen Verdrängung kollidierender Tarifverträge bei Eintritt von Tarifkonkurrenzen oder Tarifpluralitäten kein Argument gegen die Allgemeinverbindlicherklärung abgeleitet werden, da die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung als solche nichts an der Auflösung von Tarifkollisionen ändert. Lediglich wird eine Kollision durch die Allgemeinverbindlicherklärung wahrscheinlicher, weil der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag eine größere Anzahl von Arbeitsverhältnissen erfasst. Dieser Effekt nimmt konkurrierenden Tarifparteien aber in keiner Weise die rechtliche Möglichkeit, speziellere Tarifverträge, insbesondere Firmentarifverträge, abzuschließen. Angesichts des regelmäßig weit gefassten Geltungsbereichs allgemeinverbindlicher Tarifverträge ist ein „speziellerer“ Tarifabschluss in aller Regel ohne weiteres möglich. Hält man die Verdrängung eines Tarifvertrags durch einen anderen in Fällen der Tarifpluralität für entbehrlich, muss sich die verfassungsrechtliche Kritik gegen das Kollisionsprinzip des „Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb“ richten;⁴¹ verfassungsrechtliche Kritik an der Allgemeinverbindlicherklärung ist aus dieser Perspektive hingegen nicht begründbar.

c) Auflösungen von Tarifkollisionen bei Aufeinanderreffen eines mitgliedschaftlich legitimierten und eines allgemeinverbindlichen oder durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrags im Anwendungsbereich des AEntG

aa) Neue Sichtweise des BAG

Ein anderes, verfassungsrechtlich problematischeres Lösungsmodell legt die jüngste Rechtsprechung des BAG allerdings aus europarechtlichen Erwägungen bei der zwingenden gesetzlichen Anwendung von Tarifnormen im Anwendungsbereich des AEntG zugrunde: Hier hat es den „Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb“ aufgegeben. Begründet wird dies damit, dass die Möglichkeit einer Verdrängung zwingender Mindestarbeitsbedin-

³³ Vgl. mit Blick auf den „Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb“ *Hanau/Kania* Anm. AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; *Wank*, Anm. EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 9, S. 17; *Kraft RdA* 1992, 161 (168).

³⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

³⁵ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7.

³⁶ BAG 24.9.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 29.11.1978, AP Nr. 12 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 27.8.1986, AP Nr. 70 zu § 1 TVG Tarifver-

träge; Bau; BAG 14.6.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 24.1.1990 AP Nr. 126 zu § 1 TVG Tarifverträge; Bau.

³⁷ BAG 14.6.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

³⁸ *Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1 (17).

³⁹ *Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1 (18).

⁴⁰ *Müller*, DB 1989, 1970 (1972).

⁴¹ Diesen Schluss zieht zu Recht die ganz h.L., exemplarisch *Rieble*, BB 2003, 1227; *ders.*, Anm. EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10; *Wank*, Anm. EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 9, S. 17; *Kempfen NZA* 2003, 415, 417; *Hanau/Kania*, Anm. AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

gungen durch speziellere Tarifverträge zu einer Benachteiligung von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten führen könne: Ihnen ist die Verdrängung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags durch Abschluss spezieller Tarifverträge – anders als inländischen Arbeitgebern – rechtlich oder faktisch verschlossen.

Nachdem der 9. Senat in mehreren Entscheidungen zum Urlaubskassenverfahren des Baugewerbes ausgeführt hatte, der Arbeitgeber könne durch Abschluss spezieller Tarifverträge die Wirkung der Erstreckung nach dem AEntG nicht abwenden,⁴² stellte er bei dem 10. Senat die Divergenzanfrage, ob dieser an seiner zuletzt in einem Urteil v. 4.12.2002⁴³ geäußerten Rechtsauffassung, „jedenfalls für die Geltungsbereichsstreitigkeiten der Sozialkassen des Baugewerbes“ gelte der Grundsatz der Tarifeinheit, festhalte. Das AEntG mache es erforderlich, dass im Anwendungsbereich allgemeinverbindlicher Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes keine Verdrängung durch speziellere Tarifverträge Platz greifen könne. Wortlaut, Schutzzweck und Entstehungsgeschichte des § 1 AEntG sprächen klar gegen die Verdrängung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags.

Eine Auslegung des § 1 AEntG, die es vom jeweiligen Sitz des Bauarbeitgebers abhängig mache, ob die Anwendung der allgemeinverbindlichen Tarifverträge vermieden werden kann, verstoße sowohl gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG als auch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. Es sei eine unzulässige Ungleichbehandlung, wenn Bauarbeitgeber mit Sitz im Ausland von der Möglichkeit, gegenüber den erstreckten Tarifverträgen einen spezielleren Tarifvertrag anzuwenden, ausgeschlossen würden. Dieser Auslegung stünde die Rechtsprechung des EuGH entgegen.⁴⁴ Der Grundsatz der Tarifeinheit dürfe also im Anwendungsbereich des AEntG auch bei inländischen Arbeitgebern nicht Platz greifen.

Mit Urteil vom 18.10.2006⁴⁵ ist der 10. Senat den europarechtlichen Bedenken des 9. Senats gefolgt. Nur wenn ein speziellerer Tarifvertrag im Einzelfall günstiger sei als der allgemeinverbindliche Bautarifvertrag, werde dieser nach dem Günstigkeitsprinzip verdrängt, weil dann die zwingende Geltung des ungünstigeren allgemeinverbindlichen Urlaubskassen-Tarifvertrags nicht zum Tragen komme. Der Grundsatz der Tarifeinheit habe im TVG keinen hinreichenden Niederschlag gefunden; reine Praktikabilitätsabwägungen könnten die vom Gesetzgeber in § 1 III AEntG zwingend angeordnete Geltung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags nicht verdrängen.

Damit ergibt sich ausschließlich aus europarechtlichen Erwägungen folgende Situation: Im Anwendungsbereich des AEntG setzten die durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifnormen Mindestarbeitsbedingungen für alle vom Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen bzw. durch Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG erstreckten Tarifvertrags erfassten Arbeitsverhältnisse. Sie beanspruchen damit vorrangige Geltung unabhängig vom Vorliegen anderer tariflicher Regelungen. Entsteht dadurch eine Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität, setzt sich somit die allgemeinverbindliche oder nach § 1 IIIa AEntG er-

streckte Tarifnorm gegenüber einer abweichenden, mitgliederschafflich legitimierten Tarifnorm durch. Dies gilt aber – entsprechend dem Regelungsanliegen des § 1 AEntG, lediglich Mindeststandards setzen zu wollen – nur, solange die kraft Tarifbindung (§ 3 I TVG) geltende tarifliche Regelung *ungünstiger* ist als die nach § 1 AEntG anzuwendende Tarifnorm. Mithin werden anderweitige Tarifverträge nicht umfassend „verdrängt“, sondern lediglich soweit sie den Mindeststandard unterschreiten. Soweit sie den Mindeststandard überschreiten, setzen sie sich im Wege einer Günstigkeitsbetrachtung durch.

bb) Verfassungsrechtliche Würdigung

Nach zutreffender Auffassung besteht die Tarifautonomie nur in den Grenzen des zwingenden staatlichen Gesetzesrechts. Es gibt kein Normsetzungsmonopol der Tarifvertragsparteien; auch dem staatlichen Gesetzgeber stehen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigene Regelungsbefugnisse zu. Nach gängiger Formel ist Gegenstand der Tarifautonomie „ein Normsetzungsrecht, kein Normsetzungsmonopol“.⁴⁶ Der staatliche Gesetzgeber kann daher den Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts ändern, ohne dass darin notwendig ein Eingriff in die Tarifautonomie liegt. Konsequenterweise meint jüngst der 4. Senat des BAG, eine Änderung des zwingenden staatlichen Regelungsrahmens, die einem geltenden Tarifvertrag jeden Anwendungsbereich entzieht, berühre nicht einmal den Schutzbereich des Art. 9 III GG.⁴⁷

Die Gegenauffassung vertritt einen umfassenden Vorrang der tarifautonomen gegenüber der staatlich-gesetzlichen Regelung, so dass jede zwingende staatliche Normsetzung auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Eingriff in die Tarifautonomie ist.⁴⁸ Diese Perspektive ist aber weder mit der Normenhierarchie in Einklang zu bringen noch wird sie der Natur gesetzlicher und tariflicher Regelung gerecht. Sie lässt die legitime (mit)gestaltende Rolle des politisch verantwortlichen staatlichen Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen außer Acht.⁴⁹ Zwischen beiden Perspektiven laviert die Schutzbereichsdefinition des BVerfG, die einerseits die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Tarifautonomie durch Gesetzesrecht betont, andererseits aber nicht klar zwischen Ausgestaltung und Eingriff trennt.⁵⁰

Geht man von dem aufgezeigten dogmatischen Ansatz aus, kann man bereits einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit oder Tarifautonomie durch Geltungserstreckung des TV Mindestlohn im Wege des § 1 IIIa AEntG verneinen. Mit der Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns auf nicht und anderweitig tarifgebundene Arbeitsverhältnisse verändert der staatliche Gesetzgeber – ohne Antastung eines institutionellen „Kernbereichs“ oder „Wesensgehalts“ (Art. 19 II GG) der Tarifautonomie – lediglich den zwingenden gesetzlichen Regelungsrahmen, in dem konkurrierende Tarifparteien agieren können.

⁴² Vgl. BAG 25.6.2002, BAGE 101, 357; BAG 25.6.2002, AP Nr. 15 zu § 1 AEntG.

⁴³ BAG 4.12.2002, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

⁴⁴ EuGH 24.1.2002 Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), NZA 2002, 207.

⁴⁵ BAG 18.10.2006, AP Nr. 287 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁴⁶ Vgl. nur BVerfG 24.4.1996, BVerfGE 94, 268; *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 2058 f. m.w.N.

⁴⁷ BAG 8.11.2006, NZA-RR 2007, 303.

⁴⁸ Exemplarisch *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 104.

⁴⁹ In diese Richtung auch *Dietlein* (Fn. 46), S. 2058 f.

⁵⁰ Zu dieser Problematik umfassend *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 152 ff. m.w.N.

Fraglich bleibt, ob die Erstreckung des TV Mindestlohn tatsächlich nur eine legitime Rahmenregelung bewirkt, oder ob bereits der institutionelle „Wesensgehalt“ (Art. 19 II GG) bzw. – in der traditionellen Terminologie des BVerfG⁵¹ – der „Kernbereich“ der Tarifautonomie berührt ist. Dafür könnte sprechen, dass der Verordnungsgeber eine staatliche Regulierung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung vornimmt und damit im ureigensten Regelungsbereich der Tarifparteien tätig wird.⁵² Dabei beschränkt er sich jedoch auf die Statuierung eines reinen Mindeststandards. Von einer Wesensgehaltsverletzung kann demgegenüber erst die Rede sein, wenn den Tarifparteien als Grundrechtsträgern der Tarifautonomie substantielle Regelungsbefugnisse genommen würden und die tarifautonome Regelungskompetenz marginalisiert würde. Dies wäre jedenfalls bei einer *umfassenden* staatlichen Normierung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung der Fall. Von einer Marginalisierung tarifautonomer Regelungskompetenzen kann dagegen keine Rede sein, wenn der staatliche Gesetz- oder Verordnungsgeber sich auf die punktuelle Statuierung von zwingenden Mindeststandards beschränkt, die hinreichenden Raum zur tarifautonomen Ausgestaltung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ oberhalb dieses Niveaus lassen.

Hinzu kommt, dass durch Geltungserstreckung des TV Mindestlohn keine der Institution der Tarifautonomie fremde, originär staatliche Entgeltfestsetzung stattfindet, sondern dass der Verordnungsgeber lediglich eine kraft Ausübung tarifautonomer Regelungsbefugnisse entstandene und damit in einem tarifautonomen Regelungssystem systemkonforme Tarifnorm auf weitere Arbeitsverhältnisse erstreckt.

Im Übrigen ließe sich auch bei Bejahung eines Eingriffs dieser ohne weiteres rechtfertigen.⁵³ Insofern ist primär auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) zu verweisen, das seitens des BVerfG im Bereich der positiven Koalitionsfreiheit vielfach als Legitimationsgrund staatlicher Gesetzgebung herangezogen wird,⁵⁴ sowie auf Grundrechte derjenigen Arbeitnehmer, die angemessene Arbeitsbedingungen ohne staatliche Hilfe nicht durchsetzen können.⁵⁵ Im Übrigen sieht das BVerfG hier einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers,⁵⁶ so dass eine die Tarifautonomie begrenzende staatliche Erstreckung des TV Mindestlohn jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre.⁵⁷ Insofern kann auf die obigen Ausführungen zur negativen Koalitionsfreiheit verwiesen werden.⁵⁸

II. Keine Verletzung der Berufsfreiheit

Zu untersuchen bleibt, ob die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn zu einer Verletzung der Berufsfreiheit nicht und anders organisierter Arbeitgeber – insbesondere in der Ausprägung der unternehmerischen Vertragsfreiheit – führt.

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG ist zu bejahen: Durch staatliche Rechtssetzung werden der Vertragsgestaltung nicht und – jedenfalls bei Geltungserstreckung nach § 1 IIIa AEntG – anders organisierter Arbeitgeber zwingende Grenzen gesetzt. Dementsprechend erkennt der Tariftreuebeschluss BVerfG v. 11.7.2006⁵⁹ zutreffend, dass in der Tariftreueverordnung des Berliner Vergabegesetzes ein Eingriff in die von Art. 12 I GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit liege: Die gesetzliche Regelung greife in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein, da sie aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen darauf abziele, die Arbeitgeber bei der Gestaltung ihrer arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Der Inhalt der vom Auftragnehmer abzuschließenden Arbeitsverträge sei damit mittelbar selbst schon Gegenstand der gesetzlichen Regelung, auch wenn er den Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar normativ vorgeschrieben werde. Diese Grundsätze lassen sich auf die hier zu untersuchende Konstellation übertragen. Der Eingriff ist allerdings noch deutlicher, da die Gestaltungsvorgabe unmittelbar durch das Mittel einer zwingenden gesetzlichen Regelung erfolgt.⁶⁰

Wie im Falle des Tariftreuebeschlusses ist der Eingriff in die Berufsfreiheit jedoch auch hier verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Tariftreuebeschluss identifiziert als verfassungsrechtlich legitimes Ziel des Gesetzgebers, einem „Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten“ entgegenzuwirken. Die Maßnahme diene dem Schutz der Beschäftigten tarifgebundener Unternehmen vor Verdrängung durch nicht tarifgebundene Konkurrenz und damit mittelbar der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.⁶¹ Legitimes Regelungsziel sei ferner die „Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards“ sowie die „Entlastung der [...] Systeme der sozialen Sicherheit.“⁶² Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte werde zudem das Tarifvertragssystem als Instrument zur Sicherung sozialer Standards unterstützt.⁶² Diese – teils verfassungsrechtlichen, teils einfachrechtlichen – Regelungsziele betrachtet das BVerfG als legitime Grundlage staatlicher Intervention.

Übertragen auf die hier zu untersuchende Problematik lassen sich zahlreiche legitime Regelungsziele nachweisen: Die Erstreckung des TV Mindestlohn dient dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer nicht tarifgebundener Arbeitgeber vor „Lohndumping“. Sie dient dazu, einer Prekarisierung der Postdienstleistungsbranche vorzubeugen. Sie schützt die Systeme der sozialen Sicherheit, indem sie der verbreiteten Etablierung von geringfügiger Beschäftigung unter Inanspruchnahme ergänzender sozialer Transferleistungen vorbeugt. Sie dient schließlich –

⁵¹ Vgl. noch BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352, wo anscheinend graduell zwischen dem Wesensgehalt iSv. Art. 19 II GG und einem noch enger zu interpretierenden „Kernbereich“ unterschieden wird.

⁵² Vgl. *Dieterich*, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 103 (117) m.w.N.

⁵³ Vgl. bereits oben 1 e mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit.

⁵⁴ Exemplarisch BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293, dazu oben Fn. 28.

⁵⁵ *Dieterich* (Fn. 52), S. 117 f.

⁵⁶ Vgl. BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 Rn. 92; BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 (307) m.w.N.

⁵⁷ Noch weitergehend weist *Dieterich* (Fn. 52), S. 105 darauf hin, dass der Gesetzgeber es gar nicht zulassen dürfe, dass die Arbeitsbedingungen einer Branche (namentlich der Zeitarbeitsbranche) durch Dumping geprägt und „unzumutbar“ würden. Art. 12 GG gebiete den angemessenen Ausgleich der kollidierenden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Insofern diene eine Mindestlohnregelung dem Grundrechtsschutz Dritter, der sogar eine grundrechtliche Schutzpflicht zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen auslösen könne (aaO., S. 125).

⁵⁸ Oben 1 e.

⁵⁹ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202.

⁶⁰ Vgl. BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 Rn. 82 ff.; *Schubert*, RdA 2001, 199 (207).

⁶¹ Diesen Aspekt betonen bereits *Däubler*, ZIP 2000, 681 (686); *Link*, AuA 2000, 468; *Wolter*, AuR 2006, 137 (140); dezidiert a.A. *Rieble*, NZA 2007, 1 (3).

⁶² Überkritisch *Rieble*, NZA 2007, 1 (3): „einseitig parteinehmende Staatshilfe für Gewerkschaften“.

und auch dies identifiziert BVerfG 11.7.2006 als verfassungsrechtlich legitimes Schutzanliegen – dem Schutz der Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber vor Verdrängung durch nicht tarifgebundene Arbeitskräfte. Sie dient daher auch der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der Funktionserhaltung der sozialen Sicherungssysteme.

Auf den verfassungs- oder einfachrechtlichen Rang der Regelungsziele kommt es dabei nicht entscheidend an: Es handelt sich – in der klassischen 3-Stufen-Systematik des Art. 12 I GG⁶³ – bei Mindestlohnregelungen um reine Berufsausübungsregelungen (erste Stufe), die bereits durch „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ fundiert werden können.⁶⁴

Hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit der gewählten Maßnahmen betont BVerfG 11.7.2006⁶⁵ einen weiten Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers. Die Angemessenheit sei ebenfalls nicht zu beanstanden, insbesondere mit Blick auf die beabsichtigte „Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung“. Dabei handele es sich um ein „besonders wichtiges Ziel“, um einen Gemeinwohlbelang von „überragender Bedeutung“. Diese Einschätzungen lassen sich bruchlos auf die hier zu untersuchende Konstellation übertragen, so dass die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die unternehmerische Berufsfreiheit keinen durchgreifenden Bedenken ausgesetzt ist.

Daran, dass die Erstreckung des TV Mindestlohn auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse bei Anerkennung des vom BVerfG deutlich betonten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers⁶⁶ verhältnismäßig ist, bestehen keine vernünftigen Zweifel. Um den von *Kämmerer/Thüsing*⁶⁷ bemühten Fall einer Antragstellung nur einer Tarifpartei handelt es sich vorliegend gerade nicht. Insoweit ist die Gefahr einer inhaltlich „nicht ausgeglichenen“ Tariferstreckung hier nicht gegeben; der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung ist vielmehr vom klaren Willen beider Tarifparteien getragen.

Insbesondere kann schließlich entgegen *Kämmerer/Thüsing*⁶⁸ nicht darauf verwiesen werden, dass die Lizenzierungsanforderungen des § 6 III Nr. 3 PostG einen hinreichenden sozialen Schutz sicherstellten. Eine strenge Auslegung dieser Norm⁶⁹ mit der Folge einer Lizenzversagung bei Unterschreitung des Tarifniveaus der Deutschen Post AG wäre ein weit gravierenderer Eingriff in die Berufsfreiheit als die bloße Erstreckung eines Mindestlohnes ohne entsprechende Sanktionsdrohung.

⁶³ Ausführlich – auch zur zunehmenden Relativierung der Stufenlehre – *Tettinger/Mann*, in: *Sachs, Grundgesetz*, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 100 ff.

⁶⁴ Vgl. nur BVerfG 11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfG 9.4.2004, BVerfGE 111, 10 (32); dies verkennen offenbar *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 49, wenn sie auch hier auf die Notwendigkeit „kollidierender anderer Grundrechtsinteressen oder Verfassungsgüter“ verweisen.

⁶⁵ Kritisch zur Überbetonung der Einschätzungsprärogative *Dieterich*, AR-Blattei ES 1650 Nr. 21; *Bayreuther*, NZA 2005, 341 (342); kritisch mit Blick auf eine gewisse „Beliebigkeit“ der Argumentation des BVerfG auch *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (470).

⁶⁶ Vgl. BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 (307) m.w.N.; BVerfG 11.7.2006 BVerfGE 116, 202 Rn. 92.

⁶⁷ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 39.

⁶⁸ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 23, 43 f.

⁶⁹ Vgl. *Blanke*, Wettbewerbs-, Prekariat und Sozialschutz, Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, WISO-Diskurs 7/2007; vgl. ferner *Badura*, in: *Badura/v.Danwitz/Herdegen u.a. (Hrsg.)*, Beck'scher PostG Kommentar, 2004, § 6 Rn. 28.

Eine großzügige Auslegung dieser Norm, wie gegenwärtig von der Bundesnetzagentur praktiziert,⁷⁰ lässt hingegen Schutzlücken, die der staatliche Gesetz- und Verordnungsgeber im Wege des § 1 IIIa AEntG schließen kann. Weshalb der in § 6 III Nr. 3 PostG statuierte soziale Schutz ein erneutes Tätigwerden des staatlichen Gesetz- oder Verordnungsgebers sperren soll, will nicht einleuchten. Selbstverständlich kann der Gesetz- oder Verordnungsgeber erneut tätig werden, wenn nach seiner politischen Einschätzung soziale Schutzdefizite dies erfordern. § 6 III Nr. 3 PostG steht dem nicht entgegen.

Einer ins Einzelne gehenden Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Tariferstreckung würde sich das BVerfG in Anerkennung dieses politischen Einschätzungsspielraums enthalten.⁷¹ Im Übrigen handelt es sich bei der bloßen Erstreckung eines geltenden Tarifvertrags auf nicht erfasste Arbeitsverhältnisse um ein denkbar mildes Mittel, da der Staat sich darauf beschränkt, einer ihrerseits tarifautonom entstandenen Regelung zu breiterer Geltung zu verhelfen. Mildere Mittel zur Realisierung des legitimen sozialen Schutzanliegens sind nicht ersichtlich.

III. Keine Verletzung des Gleichheitssatzes

Gleichfalls nicht folgen kann man *Kämmerer/Thüsing* in ihrer Einschätzung, es handele sich um einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG). Sie begründen dies damit, dass es sich um eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber Branchen mit vergleichbarer Lage handle.⁷²

Zum einen kann man schon daran zweifeln, ob es tatsächlich Branchen mit einem derart akuten Schutzbedarf gibt. Die aktuelle Debatte in der Postdienstleistungsbranche ist deutlich durch die bevorstehende Aufgabe des Briefmonopols zum 1.1.2008 geprägt – eine Sonderkonstellation, die in anderen Branchen nicht feststellbar ist. Für das Vorliegen einer in anderen Branchen nicht gegebenen Sonderkonstellation spricht ferner, dass beide Tarifparteien des TV Mindestlohn einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt haben und damit deutlich den übereinstimmenden Willen bekundet haben, eine branchenweite Mindestlohnregelung etablieren zu wollen.

Selbst wenn man aber von einer Vergleichbarkeit verschiedener Branchen ausginge, scheint überaus zweifelhaft, ob der Gesetz- oder Verordnungsgeber sich den sozialen Missständen in allen Branchen „auf einmal“ annehmen müsste. Es entspricht seiner politischen Einschätzung und der vom BVerfG betonten Gestaltungsfreiheit auf dem Gebiet der Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsordnung,⁷³ zunächst dort Regelungen zu schaffen, wo er ein Eingreifen für besonders dringlich hält. Eine

⁷⁰ Vgl. *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, 2007; vgl. auch BT-Drucks. 14/646, S. 5 f.

⁷¹ Besonders deutlich BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 (307); Das BVerfG konstatiert hier einen „besonders weitgehenden Einschätzungs- und Prognosevorrang“ des Gesetzgebers „auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung“. Es sei „vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“ Insbesondere die legislatorische Wertung, dass eine Kostenentlastung der Arbeitgeberseite zu einem höheren Beschäftigungsstand führen könne, sei „vertretbar“.

⁷² *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 49 ff.

⁷³ Vgl. *Sachs/Osterloh* (Fn. 63), Art. 3 GG Rn. 96 m.w.N.

Verletzung des Gleichheitssatzes durch die Festlegung politischer Handlungsprioritäten ist nicht ersichtlich.

IV. Zwischenergebnis

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive lassen sich durchgreifende Bedenken gegen die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn nicht ausmachen. Die bloße Tarifnormanwendung auf nicht organisierte Arbeitnehmer und Arbeitgeber berührt nach gesicherter und zutreffender Rechtsprechung des BVerfG nicht einmal den Schutzbereich von Art. 9 III GG. Die Festlegung eines Mindestlohnniveaus für konkurrierende tarifliche Rechtssetzung ist nach hier vertretener Ansicht eine bloße Ausgestaltung des zwingenden gesetzlichen Rahmens der Tarifautonomie. Auch wenn man insoweit einen Eingriff in die Tarifautonomie konkurrierender Tarifparteien bejaht, kann dieser Eingriff zweifellos durch verfassungsimmanente Schranken der Koalitionsfreiheit legitimiert werden.

Eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG), weil der Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht in allen Branchen Mindestlöhne statuiert, ist fernliegend.

Zu bejahen ist ein Eingriff in die durch Art. 12 I GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit nicht oder anders tarifgebundener Arbeitgeber, denen durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn zwingende Vorgaben für die Vertragsgestaltung gemacht werden. Dieser Eingriff ist aber durch legitime Regelungsziele gerechtfertigt und verhältnismäßig. Auch insoweit kann der Tariftreuebeschluss des BVerfG auf die zu begutachtende Situation übertragen werden.

2. Teil: Europarechtliche Fragen

Europarechtlich könnten der Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche zunächst die Grundfreiheiten entgegenstehen, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG).⁷⁴ Daneben könnte, worauf *Kämmerer/Thüsing* hinweisen,⁷⁵ auch die Wertung des Art. 82 iVm. Art. 10 EG zu berücksichtigen sein. Ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG ist demgegenüber, wie auch *Kämmerer/Thüsing* schließlich erkennen,⁷⁶ so fernliegend, dass darauf nicht vertieft eingegangen werden muss.

I. Grundfreiheiten

1. Grenzüberschreitendes Element

Den europarechtlichen Grundfreiheiten kommt nicht nur die Bedeutung von Diskriminierungs- sondern auch von Beschränkungsverboten zu.⁷⁷ Maßnahmen, die die grenzüberschreitende Freiheitsbetätigung innerhalb der Gemeinschaften erschweren, müssen sich an ihnen messen lassen. Beeinträchtigungen rein innerstaatlicher Freiheitsbetätigung ohne grenzüberschreitende Komponente sind hingegen durch die Grundfreiheiten nicht reguliert; „Inländer-Diskriminierungen“ werden europarechtlich

nicht ausgeschlossen.⁷⁸ Vorliegend ist das grenzüberschreitende Element nur teilweise gegeben. Soweit die Tariferstreckung zur Behebung rein innerstaatlicher Missstände dient, ist sie schon deshalb europarechtlich unbedenklich, weil die europarechtlichen Grundfreiheiten keinen Prüfungsmaßstab darstellen.

2. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

Sofern die Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns auf Nichtorganisierte grenzüberschreitende Sachverhalte betrifft, beeinträchtigt sie die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), da durch staatliche Normsetzung die Modalitäten der innergemeinschaftlichen Dienstleistung reguliert werden. Ein Diskriminierungsvorwurf kann zwar nicht erhoben werden, da Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten lediglich denselben Bedingungen unterworfen werden, wie sie auch für inländische Anbieter Geltung beanspruchen.⁷⁹ Gleichwohl liegt eine freiheitsbeschränkende Wirkung vor, da nicht tarifgebundenen Anbietern der Vorteil eines unter dem Tarifniveau liegenden Entgelts genommen wird.⁸⁰

a) Rechtsprechung des EuGH

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausüben. Ebenso wenig verbietet das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung dieser Bestimmungen mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen.⁸¹

Aus Perspektive des EuGH beschränkt die Festsetzung von Mindestlöhnen zwar die Dienstleistungsfreiheit; diese Beschränkung ist aber durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Schutz der Arbeitnehmer gerechtfertigt.⁸² Damit begegnet die Einbeziehung von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten in einen staatlichen Mindestlohn grundsätzlich keinen europarechtlichen Bedenken. Nur in Ausnahmefällen, etwa bei Unternehmen mit Sitz in einer grenznahen Region, deren Arbeitnehmer einen Teil ihrer Arbeit für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten erbringen, kann es an der Verhältnismäßigkeit einer derartigen Einbeziehung zur Verwirklichung sozialer Schutzanliegen fehlen.⁸³ Gleichfalls fehlt es an der Erforderlichkeit, wenn der soziale Schutz bereits durch Vorschriften des nationalen Rechts desjenigen Mitgliedstaats sichergestellt ist, in dem der jeweilige Arbeitgeber ansässig ist.

In der Rechtssache *Wolff*⁸⁴ hat der EuGH zudem darauf hingewiesen, dass als legitimes Ziel des nationalen Gesetzgebers bei der Statuierung von Mindestarbeitsbedin-

⁷⁴ Zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EG) vgl. nur *Hanau* in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 127 (143 f.).

⁷⁵ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 54 ff.

⁷⁶ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 54.

⁷⁷ EuGH 3.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, Rn. 10, 12 – std. Rspr.; *Kluth*, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 50 EG Rn. 54.

⁷⁸ EuGH 28.3.1979, Rs. 175/78 (Saunders), Slg. 1979, 1129 – std. Rspr.; MünchArbR/Birk (Fn. 11) § 19 Rn. 29 m.w.N.

⁷⁹ *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

⁸⁰ *Burgi*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union (Stand 30. EL 2006), B.13 Rn. 54; *Knipper*, WuW 1999, 677 (683).

⁸¹ EuGH 14.4.2005 Rs. C-341/02, Slg. 2005, 2733 = NZA 2005, 573, Rn. 24; EuGH 21.10.2004 Rs. C-445/03, Slg. 2004, 10191 = NZA 2005, 99 Rn. 29; EuGH 28.3.1996 Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, 1920, Rdnr. 23; EuGH 9.8.1994 Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803, 3826, Rdnr. 23; EuGH 27.3.1990 Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, 1417, 1445, Rdnr. 18; ausführlich dazu *Bieback/Kocher* (Fn. 3), S. 81 f.

⁸² EuGH 28.3.1996 Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, 1920, Rdnr. 16; *Burgi* (Fn. 80) B.13 Rn. 54.

⁸³ EuGH 29.9.1999 Rs. C-165/98 (André Mazzoleni), Slg. 2001, 2189.

⁸⁴ EuGH 12.10.2004 Rs. C-60/03 (Wolff), Slg. 2004, 9553.

gungen auch Anerkennung finde, „einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt“. Hierin könne ein zwingendes Erfordernis liegen, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne, soweit die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibe. Ein Widerspruch zwischen dem Schutz eines fairen Wettbewerbs auf der einen Seite und der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der anderen Seite bestehe nicht. Bereits die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 zeige, dass diese beiden Ziele nebeneinander verfolgt werden könnten.

Zweifelhaft blieb lediglich die Frage, ob auch Tarifregelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge europarechtskonform sind. Bedenken wurden insbesondere angemeldet, weil die danach maßgeblichen Tarifverträge in der Regel ein höheres Entgeltniveau vorsehen als Mindestlohn-Tarifverträge; die Vergabepaxis von einer Wahrung dieses Tarifniveaus abhängig zu machen, sei daher zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer nicht erforderlich. Derartige Regelungen verfolgten keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck, nämlich inländische Unternehmen vor Konkurrenz zu schützen. Dieser Zweck könne eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen und sei mit der Richtlinie 96/71 unvereinbar.⁸⁵

In einem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren auf Ersuchen des OLG Celle hat jedoch Generalanwalt *Yves Bot* jüngst in seinen Schlussanträgen v. 20.9.2007⁸⁶ vertreten, auch eine derartige Regelung sei durch das soziale Schutzzanliegen gerechtfertigt. Entscheidend ist aus Sicht des Generalanwalts dabei lediglich, dass ein „echter zusätzlicher Schutz“ der Arbeitnehmer durch ein zwingendes höheres Entgeltniveau erreicht wird. Die soziale Intention des Gemeinschaftsrechts ergebe sich dabei bereits aus Art. 136 I EG.

b) Literatur und eigene Meinung

Die wohl überwiegende Literatur stimmt der Perspektive des EuGH zu.⁸⁷ Andere bezweifeln die Vereinbarkeit der Entsende-Richtlinie und des AEntG mit der Dienstleistungsfreiheit. Vor allem wird dabei auf das vermeintliche Fehlen einer Rechtsgrundlage für die Erstreckung tariflicher Mindestentgelte auf entsandte Arbeitnehmer hingewiesen.⁸⁸ Die Statuierung von Mindestarbeitsbedingungen widerspreche der Intention des Gemeinschaftsrechts, freien Wettbewerb zu ermöglichen.⁸⁹

Löwisch/Rieble etwa meinen, der EG-Vertrag normiere die Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung; daraus folge, dass das final in die Marktfreiheiten eingreifende

AEntG die Dienstleistungsfreiheit, ferner auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, verletze. Ausländischen Unternehmen werde ihr Wettbewerbsvorteil niedrigerer Löhne genommen. Mindestlohnregelungen seien mit Mindestpreisregelungen auf dem Gütermarkt vergleichbar. Das AEntG ziele keinesfalls auf eine arbeitsrechtliche Regelung zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ab, sondern allein auf eine „marktzugangsbehindernde Mindestlohnregelung“. Diese finale Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sei von der sozialpolitischen Kompetenz der Mitgliedstaaten nicht gedeckt.⁹⁰

Hanau weist dagegen zutreffend darauf hin, dass es nicht zur Philosophie des Europäischen Binnenmarktes gehöre, einen „Wettbewerb [...] der schlechteren Arbeitsbedingungen zu installieren“.⁹¹ Sachlich geht insbesondere der Vergleich von *Löwisch/Rieble* mit Mindestpreisregelungen auf dem Gütermarkt fehl: Denn Arbeitnehmer und Güter sind nun einmal nicht vergleichbar. Während auf dem Gütermarkt für einen über Mindestpreise bewirkten sozialen Schutz kein (unmittelbares) Bedürfnis besteht, sind auf dem Dienstleistungsmarkt die sozialen Schutzinteressen der Arbeitnehmer von zentraler Bedeutung.

Soweit Zweifel an der Europarechtskonformität des AEntG mit Blick darauf geäußert werden, dass dieses nicht vorrangig den sozialen Schutz der Arbeitnehmer bezwecke, sondern vielmehr den Schutz deutscher Unternehmen vor ausländischen Mitbewerbern mit weitaus niedrigeren Lohnkosten,⁹² ist dieser Einwand durch den EuGH in der Rechtssache *Wolff*⁹³ mit Recht entkräftet worden. Beide Effekte bedingen einander: Sozialer Schutz lässt sich nicht ohne Beschränkungen eines über die Arbeitsentgelte praktizierten Wettbewerbs der Unternehmen realisieren. Insoweit hängen beide Aspekte untrennbar miteinander zusammen.⁹⁴

II. Art. 82 EG iVm. Art. 10 EG

Fehl geht auch der Hinweis von *Kämmerer/Thüsing*, die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn sei mit einer auf Art. 82 iVm. 10 EG gegründeten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Monopolstrukturen nicht durch staatliche Hilfe zu verfestigen, unvereinbar.⁹⁵

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich Art. 82 EG ausweislich der Überschrift des ersten Abschnitts an Unternehmen, nicht aber an die Mitgliedstaaten wendet. Diesen verbietet er die *missbräuchliche Ausnutzung* einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben, sofern diese potentiell den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Durch welches Verhalten die Deutsche Post AG eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen soll, ist nicht ersichtlich. Insbesondere dass in der Beteiligung an der Gründung des Arbeitgeberverbandes Postdienste, dem Abschluss des TV Mindestlohn durch den Arbeitgeberverband oder dessen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung liegen soll, will nicht einleuchten. Eine Pflicht der Mitgliedstaaten, aktiv auf die Verhinderung oder Beseitigung marktbeherrschender Stel-

⁸⁵ So insbes. der Vorlagebeschluss in der Rs. C-346/06, OLG Celle 3.8.2006 ZfBR 2006, 808; vgl. auch *Lehne/Haak*, ZfBR 2002, 656; *Konzen*, NZA 2002, 781; *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596.

⁸⁶ Schlussanträge zur Rs. C-346/06, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0346:DE:HTML>.

⁸⁷ Vgl. *Bieback/Kocher* (Fn. 3), S. 86; *ErfK/Schlachter* (Fn. 11), § 1 AEntG Rn. 4; *Deinert*, RdA 1996, 339; *Franzen*, DZWIR 1996, 89; *Däubler*, EuZW 1997, 613; *Birk*, RdA 1999, 13; *Stoll*, Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, 2002 S. 84 ff.; *Hanau*, NJW 1996, 1369; *ders.* (Fn. 74), S. 142; *Bayreuther*, EuZW 2001, 764, 766; *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (206); *v.Danwitz*, RdA 1999, 322 (324).

⁸⁸ So etwa *Görres*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union, 2003, S. 223 ff.; *Franzen*, ZEuP 1997, 1055; *Koenigs*, DB 1995, 1710.

⁸⁹ Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 161; *Kort*, NZA 2002, 1248; *Rieble/Lessner* ZfA 2002, 29 ff.; *Koenigs*, DB 1997, 225; *Selmayer*, ZfA 1996, 615; *Krebbler*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 129 ff., 149 ff.

⁹⁰ *Löwisch/Rieble* (Fn. 89) § 5 Rn. 161.

⁹¹ *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1372).

⁹² So auch *Burgi*, (Fn. 80), B.13 Rn. 54; *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (206).

⁹³ EuGH 12.10.2004 Rs. C-60/03 (*Wolff*), Slg. 2004, 9553; dazu schon oben a.

⁹⁴ Vgl. auch unten 3. Teil III 1 c.

⁹⁵ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 10.

lungen hinzuwirken, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

Diese Annahme wäre auch schwerlich vereinbar mit der zutreffenden Perspektive des EuGH, dass nach Art. 82 EG nicht schon das Innehaben, der Erwerb oder die Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung verboten ist, sondern erst ihr Missbrauch.⁹⁶ Anhaltspunkte, dass in der Postdienstleistungsbranche ein Missbrauchstatbestand, insbesondere eines der Regelbeispiele in Art. 82 II EG, gegeben sein könnte, sind nicht ersichtlich. Nur am Rande erwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass der Vorwurf missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung eher begründbar ist, wenn durch Monopolstrukturen in einem Mitgliedstaat ein Unterbietungswettbewerb in einem anderen Mitgliedstaat „quer-subventioniert“ wird. Diese Gefahr ist aufgrund der künftig divergenten Regulationssituationen in den Mitgliedstaaten durchaus naheliegend.

Im Übrigen kann Art. 82 EGV nicht isoliert betrachtet werden. Selbst wenn der Vorschrift eine staatergerichtete Pflicht zur Unterlassung der Förderung marktbeherrschender Stellungen entnommen werden könnte, müsste diese mit dem „zwingenden Allgemeininteresse“ an sozialem Arbeitnehmerschutz harmonisiert werden. Zutreffend weist Generalanwalt *Yves Bot* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Rüffert*⁹⁷ darauf hin, dass die Wahrung sozialer Schutzstandards nicht nur ein legitimes Ziel der mitgliedstaatlichen Regelungspraxis, sondern, sofern ein Kernbereich sozialen Schutzes betroffen ist, mit RL 96/71 sogar zu einer bindenden Pflicht der Mitgliedstaaten geworden ist.⁹⁸ Art. 3 I RL 96/71 führt nationale Vorschriften über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen an, die den entsandten Arbeitnehmern im Mitgliedstaat der Dienstleistungserbringung nicht vorenthalten werden dürfen. Diese soziale Schutzzintention des Gemeinschaftsrechts ist primärrechtlich fundiert, da sie in Art. 136 I EG als Ziel der Gemeinschaften aufgeführt ist. Hiernach verfolgen die Gemeinschaften und die Mitgliedstaaten „die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen“.

Der vermeintliche primärrechtliche Zielkonflikt zwischen dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen und dem Gemeinschaftsziel sozialer Verbesserung und Wahrung von Lebens- und Arbeitsbedingungen lässt sich ohne weiteres auflösen: Beide Ziele können realisiert werden, indem man Wettbewerb zulässt, jedoch keinen Wettbewerb über schlechtere Arbeitsbedingungen. Auch bei Wahrung eines diskriminierungsfreien sozialen Mindestschutzes kann Wettbewerb über Innovation, Effizienz und Kundenorientierung stattfinden. Wird dieser Wettbewerb ermöglicht, ist nicht ersichtlich, weshalb die Festschreibung allgemein gültiger sozialer Mindeststandards zu einer Verfestigung oder gar einem

Missbrauch marktbeherrschender Stellungen führen sollte.

III. Zwischenergebnis

Gezeigt wurde, dass europarechtliche Einwände gegen eine Geltungserstreckung des TV Mindestlohn nach § 1 IIIa AEntG nicht durchgreifen. Es entspricht der gesicherten ständigen Rechtsprechung des EuGH sowie der herrschenden Lehre, dass die mit Mindestlohnregelungen einhergehende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt ist.

Der Hinweis auf Art. 82 EG scheint bereits angesichts des engen Anwendungsbereichs dieser Vorschrift zweifelhaft. Jedenfalls kann man die Norm nicht dem gleichfalls primärrechtlich fundierten Anliegen des sozialen Arbeitnehmerschutzes entgegenhalten. Schließlich muss, wer europarechtlich argumentiert, auch die Situation in anderen Mitgliedstaaten berücksichtigen: Hier ist der Markt für Postdienstleistungen vielfach weit stärker geschützt und durch Mindestlöhne reguliert als dies in Deutschland auch nach Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn der Fall wäre.

3. Teil: Tarifrechtliche Fragen

I. Vorüberlegungen – Unterschiede und Parallelen der Verfahren nach § 5 TVG und § 1 IIIa AEntG

Zur Erstreckung der Tarifwirkung des TV Mindestlohn kommen prinzipiell zwei rechtliche Wege in Betracht: Zum einen die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, die i.V.m. § 1 I AEntG auch zur zwingenden Anwendung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und einem im räumlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmer führt; zum anderen die Tarifierstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG, die keine Allgemeinverbindlicherklärung, aber den Antrag einer Tarifpartei auf Allgemeinverbindlicherklärung voraussetzt.

1. Keine Beteiligung der Spitzenorganisationen

Der auffälligste Unterschied beider Verfahren ist, dass die Tarifierstreckung nach § 1 IIIa AEntG das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung vermeidet, insbesondere also ohne Beteiligung der Spitzenverbände auskommt. Darin liegt die primäre Regulationsintention der Vorschrift, da sie die von den Spitzenverbänden in der Baubranche praktizierte „Blockadehaltung“ im Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung überwinden wollte.⁹⁹

2. Materielle Voraussetzungen des § 5 I TVG?

Fraglich ist überdies, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 5 TVG, insbesondere das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“ an der Tarifierstreckung und des 50%-Quorums des § 5 I 1 Nr. 1 TVG, auch im Rahmen von § 1 IIIa AEntG erfüllt sein müssen oder auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1 IIIa AEntG großzügiger sind. Der Wortlaut des § 1 IIIa AEntG ist insoweit nicht eindeutig: Hiernach kann der zuständige Bundesminister, sobald ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags iSv. § 1 I

⁹⁶ EuGH 13.2.1979 Rs. 85/76 (Hoffmann-LaRoche), Slg. 1979, 461, Rn. 123, 125; Calliess/Ruffert/Weiß (Fn. 77), Art. 82 Rn. 1.

⁹⁷ Schlussanträge zur Rs. C-346/06, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0346:DE:HTML>.

⁹⁸ Ebd., Rn. 70.

⁹⁹ Bührenbender, RdA 2000, 193 (194).

1, III 1 AEntG gestellt ist, „unter den dort genannten Voraussetzungen“ durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats bestimmen, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden, nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Anwendung finden.

Damit ist zweifelhaft, ob der zuständige Bundesminister bei dem Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG eine materiell voraussetzungslose Ermessensentscheidung treffen kann oder auf die materiellen Voraussetzungen des § 5 TVG verwiesen ist. Auch die Gesetzesmaterialien¹⁰⁰ sind insoweit nicht aussagekräftig.

Die Literatur ist uneinig: Teile der Literatur vertreten, dass das Verfahren nach § 1 IIIa AEntG nur von den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung absieht, die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 5 TVG – Erfüllung des Quorums und Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“ – aber auch hier vorliegen müssen.¹⁰¹ Der wohl überwiegende Teil der Literatur ist dagegen der Ansicht, dass § 1 IIIa AEntG auf die Statuierung materiellrechtlicher Voraussetzungen verzichtet.¹⁰²

Dafür, dass die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 5 TVG gegeben sein müssen, wird vor allem auf verfassungsrechtliche Erwägungen sowie darauf verwiesen, dass § 1 IIIa AEntG nicht einen Antrag auf Erlass der Rechtsverordnung genügen lässt, sondern ausdrücklich einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung fordert. Diese Gesetzesfassung ergebe nur dann Sinn, wenn entweder das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung sogar erfolgreich durchgeführt werden müsse oder jedenfalls die materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung vorliegen müssten.¹⁰³ Auch von den Befürwortern dieser Ansicht wird freilich eingeräumt, dass die Gesetzgebungsgeschichte, insbesondere der Verlauf der Beratungen im Bundestagsausschuss für Arbeit und Sozialordnung eher dafür spreche, das Wort „Antrag“ in § 1 IIIa AEntG lediglich als „Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung“ zu deuten, um ein Tätigwerden des zuständigen Bundesministers von Amts wegen auszuschließen.¹⁰⁴

3. Eigene Auffassung

Jedenfalls ein „öffentliches Interesse“ an der Geltungserstreckung nach § 1 IIIa AEntG ist bereits aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive zwingend erforderlich.¹⁰⁵ Die Geltungserstreckung greift – wie gezeigt – verfassungsrechtlich in die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) der Außenseiter ein und beeinträchtigt europarechtlich die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) grenzüberschreitender Anbieter. Beide Wirkungen bedürfen der Rechtfertigung.

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung genügen regelmäßig „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“,¹⁰⁶ hinsichtlich der

Dienstleistungsfreiheit müssen – nach der Diktion des EuGH¹⁰⁷ – „zwingende Gründe“ vorhanden sein. Beide Anforderungen lassen sich unter den offenen Begriff des „öffentlichen Interesses“ subsumieren. Daher ist zweifellos auch beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG ein „öffentliches Interesse“ im Sinne „vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls“ und „zwingender Allgemeininteressen“ erforderlich.

Die Wahrung des öffentlichen Interesses ist nicht an das 50%-Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG gebunden. Durch Wahrung des 50%-Quorums wird sichergestellt, dass nur ein hinreichend „repräsentativer“ und damit in einem System des tarifautonomen Wettbewerbs mehrheitsfähiger Tarifvertrag Gegenstand der staatlichen Geltungserstreckung wird. Dabei handelt es sich um eine vernünftige und der Sache angemessene einfachrechtliche Festlegung. Dass die Statuierung des 50%-Quorums in § 5 I 1 Nr. 1 TVG aber aus einem zwingenden verfassungsrechtlichen Erfordernis resultiert, ist nicht zu erkennen. Vielmehr hätte der Gesetzgeber des TVG auch eine andere Ausgestaltung wählen können, etwa ein Quorum in anderer Höhe. Er hätte auch ganz auf das Quorum verzichten können. Insofern ist das Quorum – anders als das „öffentliche Interesse“ – aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive entbehrlich. Es besteht daher kein Anlass, das Quorum trotz Fehlens einer entsprechenden legislativen Willensbekundung auch im Verfahren nach § 1 IIIa AEntG zu fordern.

Freilich ist dabei der Zusammenhang zwischen Quorum und „öffentlichem Interesse“ zu beachten: Fehlt es einem Tarifvertrag an tarifautonomer Repräsentativität und damit an Aussagekraft für die Arbeitsbedingungen in der Branche, dürften die Anforderungen an die Darlegung eines „öffentlichen Interesses“ deutlich steigen. Einen ohnehin repräsentativen Tarifvertrag zu erstrecken, respektiert hingegen die überwiegende tarifautonome Entscheidung der Arbeitgeber in der Branche und kann daher leichter durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.

Daher kann man aus Perspektive des höherrangigen Rechts bei dem Verfahren nach § 1 IIIa AEntG zwar auf das 50%-Quorum verzichten; die Darlegung eines öffentlichen Interesses wird aber leichter fallen, wenn der zu erstreckende Tarifvertrag über entsprechende Repräsentativität verfügt. Insofern ist auch für das Verfahren nach § 1 IIIa AEntG die Frage, welchen Grad an Repräsentativität der Tarifvertrag aufweist, von nicht unerheblicher rechtlicher Bedeutung. *Politisch* ist sie zudem bedeutsam, weil der Vorwurf, es handle sich bei dem TV Mindestlohn um einen rechtsmissbräuchlichen „Phantomtarifvertrag“, der faktisch gar keine Anwendung finde,¹⁰⁸ in der politischen Debatte von erheblichem Gewicht ist. Der Frage, ob der TV Mindestlohn in diesem Sinne „repräsentativ“ ist, wird daher im Folgenden nachzugehen sein.

II. Die „Repräsentativität“ des TV Mindestlohn

1. Einbeziehung von Arbeitgebern mit speziellen Firmen-Tarifverträgen in das 50%-Quorum

Fraglich ist zunächst, ob es der Repräsentativität des TV Mindestlohn entgegensteht, dass bei zahlreichen Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/151

¹⁰¹ *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (196); *Blanke*, AuR 1999, 417 (426).

¹⁰² *ErfK/Schlachter* (Fn. 11), § 1 AEG Rn. 13; *Wank*, in: *Wiedemann*, TVG, 7. Aufl. 2007 § 5 Anhang 1 Rn. 12; *Strick*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 1 AEntG Rn. 14; *Däubler/Lakies* (Fn. 11) § 5 Anhang Rn. 102; *Bieback*, RdA 2000, 207 (211).

¹⁰³ Ausführlich *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (196 ff.).

¹⁰⁴ *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (194, 198).

¹⁰⁵ In diese Richtung auch OVG Berlin 10.3.2004, AuR 2004, 351.

¹⁰⁶ Exemplarisch BVerfG 11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfG 9.4.2004, BVerfGE 111, 10 (32); dazu oben 1. Teil II.

¹⁰⁷ Exemplarisch EuGH 28.3.1996 Rs. C-272/94 (Guio), Slg. 1996, I-1905, 1920, Rdnr. 16.

¹⁰⁸ So mit Blick auf den TV Mindestlohn *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 12.

spezielle Firmentarifverträge zur Anwendung kommen, die mit derselben Gewerkschaft – Verdi – abgeschlossen wurden wie der TV Mindestlohn.

Unmittelbar wird dies für die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach § 5 TVG relevant, weil dort § 5 I 1 Nr. 1 TVG verlangt, dass „die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen“. Zumindest mittelbar relevant wird die Frage – wie dargestellt¹⁰⁹ – auch beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG, da die Repräsentativität die Anforderungen an das jedenfalls zu fordernde „öffentliche Interesse“ an der Tarifierstreckung beeinflusst. Teile der Literatur gehen darüber hinaus und meinen, die Einhaltung des Quorums sei auch hier zwingende Voraussetzung der Tarifierstreckung.¹¹⁰

a) Wortlaut § 5 I 1 Nr. 1 TVG

Geht man vom Wortlaut des § 5 I 1 Nr. 1 TVG aus, so ist Voraussetzung der Allgemeinverbindlicherklärung, dass die „tarifgebundenen Arbeitgeber“ – deutlicher: die an den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber – „nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen“.

Die Erfüllung des Quorums setzt somit zwei Kriterien voraus: Einerseits die Tarifbindung (§ 3 I TVG) der zu betrachtenden Arbeitgeber, andererseits die Einbeziehung einer bestimmten Quote von Arbeitnehmern dieser tarifgebundenen Arbeitgeber in den – fachlichen, örtlichen und persönlichen – Geltungsbereich des Tarifvertrags. Auf die tatsächliche Anwendung des Tarifvertrags in Arbeitsverhältnissen, die neben der Tarifbindung des Arbeitgebers auch die Tarifbindung seiner Arbeitnehmer voraussetzen würde, kommt es demgegenüber nicht an.¹¹¹

Da der tarifautonom definierte Geltungsbereich des Tarifvertrags als reine Regelungsfrage von der Verdrängung durch andere Tarifverträge nicht berührt wird, kann man hier allein erwägen, ob dem Merkmal der Tarifbindung entgegensteht, dass der für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag bei einem Arbeitgeber durch einen Firmentarifvertrag verdrängt wird. Tarifgebunden sind gem. § 3 I TVG „die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei eines Tarifvertrags ist“. Die Tarifbindung wird somit allein durch die Koalitionsmitgliedschaft bzw. die Parteistellung beim Firmentarifvertrag vermittelt.¹¹² Ob der Tarifvertrag tatsächlich Anwendung findet, ist für das Merkmal der Tarifbindung iSv. § 3 I TVG unbeachtlich. Auch wenn in einem Unternehmen kein Arbeitnehmer tarifgebunden ist, der Tarifvertrag daher normativ keinerlei Anwendung findet, bleibt der tarifgebundene Arbeitgeber gleichwohl tarifgebunden.

Ebenso wenig wird die Tarifbindung des Arbeitgebers beseitigt, wenn der Tarifvertrag durch einen spezielleren Tarifvertrag verdrängt wird.¹¹³ Es handelt sich dabei um eine nachrangige Kollisionsregelung, deren Voraussetzung gerade die normative Anwendbarkeit der kollidierenden Tarifverträge ist. Die Verdrängung eines Tarifvertrags durch einen spezielleren setzt mithin die Tarifbin-

dung – zumindest des Arbeitgebers – an beide Tarifverträge sogar voraus, weil es ansonsten zu einer lösungsbedürftigen Normenkollision gar nicht kommt. Alle Voraussetzungen für die Einbeziehung in das Quorum scheinen somit trotz Verdrängung durch spezielle Tarifverträge erfüllt zu sein.

b) Schutzzweck des Quorums

Damit stellt sich die Frage, ob die Betrachtung des Schutzzwecks des 50%-Quorums zu einem anderen Ergebnis führt. Der Schutzzweck des Quorums ist in der Literatur umstritten.

aa) Schutz der Vertragsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers

Teile der Literatur sehen den Schutzzweck des Quorums im Schutz der Vertragsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber, für die durch die Allgemeinverbindlicherklärung Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt werden.¹¹⁴ Anliegen des Quorums sei der Schutz des Außenseiters vor Bevormundung durch eine tarifgebundene Minderheit. Dem Quorum liege die Idee einer „demokratischen Mehrheitsregelung“ auf Arbeitgeberseite zugrunde.¹¹⁵ Sie vermeide einen unverhältnismäßigen Eingriff durch die Allgemeinverbindlicherklärung in die Vertrags- und Unternehmerfreiheit (Art. 12 I GG) des Außenseiter-Arbeitgebers.¹¹⁶ Entfalle die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber, komme darin eine Entscheidung „gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des für die Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommenden Tarifvertrags“¹¹⁷ zum Ausdruck.

Dagegen wird eingewandt, § 5 I 1 Nr. 1 TVG sei eine derartige Schutzwirkung nicht zu entnehmen, da die Allgemeinverbindlicherklärung gleichermaßen in die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer eingreife, eine mehrheitliche mitgliedschaftliche Legitimation auf Arbeitnehmerseite aber nicht vorausgesetzt werde.¹¹⁸ Dieses Argument trägt aber nicht: Denn durch den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag werden lediglich zugunsten der Arbeitnehmerseite wirkende Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt. Arbeitnehmergünstigere individualvertragliche Abreden können ohne weiteres getroffen werden. Daher beinhaltet die Allgemeinverbindlicherklärung nur hinsichtlich der Arbeitgeberseite eine Verengung des vertraglichen Gestaltungsspielraums, nicht aber hinsichtlich der Arbeitnehmerseite. Auf Arbeitnehmerseite wird die vertragliche Gestaltungsfreiheit vielmehr erst durch paritätische Tarifnormsetzung und deren Erstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung voll entfaltet.

bb) Schutz der Tarifautonomie

Teile der Literatur sehen den Schutzzweck des Quorums dagegen allein im „Schutz der Tarifautonomie der Tarifgebundenen und der Außenseiter“.¹¹⁹ Was damit gemeint ist, bleibt undeutlich: Die bloße Tarifierstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung (oder auch im Wege des § 1 IIIa AEntG) berührt, wie dargestellt, weder die nega-

¹⁰⁹ Oben I 3.

¹¹⁰ Nachw. oben Fn. 101.

¹¹¹ *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 892 f.

¹¹² Vgl. statt aller *Wiedemann/Oetker* (Fn. 102), § 3 Rn. 6 ff.

¹¹³ Dies verkennen offenbar *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 12.

¹¹⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 41; *Däubler/Lakies* (Fn. 11), § 5 Rn. 88.

¹¹⁵ *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, 1991, S. 68.

¹¹⁶ *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 41.

¹¹⁷ *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 41.

¹¹⁸ *Kempen*, in: *Kempen/Zachert*, TVG, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 29.

¹¹⁹ *Kempen* (Fn. 118), § 5 Rn. 29.

tive Koalitionsfreiheit der Außenseiter noch die positive Koalitionsfreiheit anderweitig tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien.¹²⁰ Aus der Tarifautonomie folgt gleichfalls kein durch die Allgemeinverbindlicherklärung beeinträchtigt Recht der Tarifparteien, dass die Tarifwirkung lediglich den Tarifgebundenen zugute kommt.

cc) Eigene Auffassung

Zwar erfordert der Schutz der Berufsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber nach hier vertretener Auffassung nicht das Quorum. In die unternehmerische Vertragsfreiheit als Teil der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) kann der Gesetzgeber durch Statuierung zwingenden Arbeitsrechts zur Realisierung legitimer Regelungszwecke und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit stets eingreifen, ohne dass er dazu eines bestimmten Zustimmungsquorums der von der Rechtssetzung Betroffenen bedürfte.¹²¹ Insofern ist das Quorum, wie zu § 1 IIIa AEntG bereits ausgeführt,¹²² kein zwingendes verfassungsrechtliches Erfordernis.

Gleichwohl stellt das Quorum eine inhaltliche Richtigkeit der staatlichen Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen auf Tarifaußenseiter sicher. Letztlich bildet es eine typisierende Methode zur Auswahl eines für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags durch den zuständigen Bundesminister, die zugleich die Tarifautonomie durch das Merkmal der mehrheitlichen Billigung des Tarifvertrags respektiert. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit und damit die Darlegung des „öffentlichen Interesses“ iSv. § 5 I 1 Nr. 2 TVG wird durch die Repräsentativität des Tarifvertrags erleichtert: Denn ein öffentliches Interesse kann eher an der Erstreckung eines mehrheitlich gebilligten Tarifvertrags bestehen als an der Erstreckung eines Minderheitstarifvertrags mit marginaler mitgliedschaftlicher Legitimation. Das Quorum soll sicherstellen, dass nur mehrheitlich gebilligte und damit für die Branche „repräsentative“¹²³ Regelungen zur Grundlage der staatlichen Regulierung gemacht werden.

Legt man diese Sichtweise zugrunde, spricht auch der Schutzzweck des Quorums für die Repräsentativität des TV Mindestlohn. Hier erstrebt nicht eine „tarifgebundene Minderheit“ von Arbeitgebern die Allgemeinverbindlicherklärung, sondern vielmehr Arbeitgeber, die bei weitem den größten Anteil der in der Branche tätigen Arbeitnehmer beschäftigen. Es besteht Tarifbindung einer (qualitativen)¹²⁴ Mehrheit von Arbeitgebern an den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag. Von einer Bevormundung einer Mehrheit an Außenseitern durch eine tarifgebundene Minderheit kann daher keine Rede sein.

Erwägen kann man allenfalls, ob es dem für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag an „Repräsentativität“ fehlt, weil er faktisch bei den Mitgliedern des Arbeitgeberverbandes Postdienste nicht zur Anwendung kommt, sondern im Wege der Spezialität durch Firmen-Tarifverträge verdrängt wird. Wie gezeigt, ist für das Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG die tatsächliche Anwen-

dung des Tarifvertrags irrelevant; es kommt allein auf die mitgliedschaftliche Legitimation des Tarifvertrags durch Tarifbindung auf Arbeitgeberseite an. Indem der Tarifvertrag von einem Arbeitgeberverband abgeschlossen wird, der die (qualitative) Mehrheit der Arbeitgeber in seinem Geltungsbereich organisiert, kommt ihm die gesetzlich als Voraussetzung der Tarifierstreckung statuierte mehrheitliche Legitimation zu.

Der TV Mindestlohn ist dabei nicht isoliert zu betrachten, sondern als Element eines Systems von Tarifverträgen. Schließen dieselben Tarifparteien – bzw. deren Mitglieder –, die den TV Mindestlohn abgeschlossen haben, daneben speziellere Tarifverträge ab, stehen diese nicht in einem echten Konkurrenzverhältnis zum TV Mindestlohn, sondern ergänzen diesen. Alle Tarifverträge gehen dann auf einen gemeinsamen Normsetzungswillen zurück. Wegen der einheitlichen Willensbildung, die der so geschaffenen Tarifsystematik zugrunde liegt, verliert der allgemeinere Tarifvertrag nicht seine durch Tarifbindung begründete mitgliedschaftliche Legitimation.

Der TV Mindestlohn setzt den mitgliedschaftlich legitimierten Regelungswillen der Tarifparteien – Arbeitgeberverband Postdienste und Verdi – um, allgemeine Mindestarbeitsbedingungen zu statuieren. Die Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste erfüllen das 50%-Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG mit ca. 173.000 gegenüber ca. 46.000 Arbeitnehmern, die nach Angaben der Bundesnetzagentur bei den Wettbewerbern beschäftigt sind. Einzelne Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste haben sich mit Verdi zudem auf unternehmensspezifische Regelungen verständigt. Soweit dabei das Tarifniveau des TV Mindestlohn bislang unterschritten wurde, führt der TV Mindestlohn zu unmittelbaren Rechtswirkungen, indem er das Entgeltniveau der von ihm erfassten Arbeitsverhältnisse anhebt.

Doch auch mit Blick auf Mitgliedsunternehmen, bei denen das Tarifniveau des TV Mindestlohn durch spezielle Tarifverträge zugunsten der Arbeitnehmer überschritten wird, kann von einem „Phantomtarifvertrag“ keine Rede sein: Insofern ergänzen die spezielleren Firmen-Tarifverträge den TV Mindestlohn um arbeitnehmergünstigere unternehmensspezifische Regelungen. Dadurch wird dem TV Mindestlohn keineswegs seine durch Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband Postdienste begründete Legitimation genommen. Er wird inhaltlich sogar bestätigt, indem in den speziellen Regelungen ein höheres Tarifniveau zugestanden wird. In den unternehmensspezifischen Regelungen ist somit ein Wille der Mitgliedsunternehmen erkennbar, erst recht das niedrigere Tarifniveau des TV Mindestlohns mittragen zu wollen.

Neben diese eher systematischen treten praktische Überlegungen, die das Schlagwort vom „Phantomtarifvertrag“ widerlegen: Im Falle einer Kündigung der speziellen Entgelttarifverträge entfaltet der TV Mindestlohn Wirkung auch bei den bislang speziell tarifierten Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste. Bei nicht tarifierten Mitgliedsunternehmen führt der TV Mindestlohn sogar unmittelbar zu deutlichen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen. Bei Konzerngesellschaften der Deutschen Post AG profitieren mehrere tausend Arbeitnehmer unmittelbar von dem TV Mindestlohn. Insgesamt bilden der TV Mindestlohn und die speziellen Firmentarifverträge ein widerspruchsfreies tarifliches

¹²⁰ Oben 1. Teil I.

¹²¹ Ebenso *Kempfen* (Fn. 118), § 5 Rn. 29.

¹²² Oben I 3.

¹²³ *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 892; *ErfK/Franzen* (Fn. 11), § 5 TVG Rn. 11.

¹²⁴ Ob das 50%-Quorum bereits von einem einzelnen Arbeitgeber überschritten wird, ist dabei nach der klaren Gesetzesfassung des § 5 I 1 Nr. 1 TVG irrelevant. Das Quorum stellt bewusst auf das beschäftigungspolitische Gewicht der Arbeitgeber, nicht auf ihre Anzahl ab. Verfehlt daher *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 18.

Regelungsgefüge, das die „Repräsentativität“ des TV Mindestlohn keineswegs entfallen lässt und seine praktische Wirksamkeit auch nicht marginalisiert.

2. Einbeziehung von Beamten in die Repräsentativitätsbetrachtung

Weiterhin zu untersuchen ist, ob in die Repräsentativitätsbetrachtung auch Beamte einzubeziehen sind, die von Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste beschäftigt werden. Da sich der Geltungsbereich des TV Mindestlohn lediglich auf Arbeitnehmer erstreckt und für Beamte keine Geltung beansprucht, scheint bei vordergründiger Betrachtung viel dafür zu sprechen, auch die Repräsentativitätsbetrachtung auf die in den tariflichen Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer zu beschränken und Beamte auszuklammern. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 5 I 1 Nr. 1 TVG.

Andererseits ist die Repräsentativitätsbetrachtung in erster Linie ein typisiertes Teilelement der Ermessensentscheidung für oder gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung/Geltungserstreckung des TV Mindestlohn. Das 50%-Quorum soll, wie gezeigt, sicherstellen, dass nur ein auf Arbeitgeberseite repräsentativer, also mitgliedschaftlich hinreichend legitimer Tarifvertrag zum Ausgangspunkt allgemeiner Mindestarbeitsbedingungen gemacht wird. Das 50%-Quorum hat dabei lediglich Schätzungscharakter.¹²⁵ Je repräsentativer ein Tarifvertrag im Arbeitgeberlager und für die Arbeitsbedingungen in der Branche ist, desto leichter fällt die Begründung der Ermessensentscheidung und die Darlegung des „öffentlichen Interesses“. Insoweit ist die Zahl der Arbeitnehmer nur ein wichtiges Element einer umfassenderen Gesamtbetrachtung. Sie ist Ausdruck des tarif- und beschäftigungspolitischen Gewichts der Arbeitgeber, die den Tarifvertrag mitgliedschaftlich legitimieren.

Dieses tarif- und beschäftigungspolitische Gewicht kann auch durch die Beschäftigung von Beamten untermauert werden, da auch sie die Bedeutung des jeweiligen Arbeitgebers für die Branche verdeutlicht. Dies gilt insbesondere beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG, der – anders als § 5 TVG – kein ausdrücklich normiertes Quorum kennt.

Hinzu kommt, dass sämtliche Beamte bei Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste in der Zeit vor der Privatisierung der Deutschen Bundespost eingestellt wurden und lediglich im Rahmen eines „Beleihungsmodells“ bei Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste beschäftigt werden. Dass der Gesetzgeber sich im Zuge der Privatisierung für dieses Modell und gegen das eigentlich systemkonforme Modell einer Umwandlung der Beamtenverhältnisse in Arbeitsverhältnisse entschieden hat, ändert am tarif- und beschäftigungspolitischen Gewicht der Mitgliedsunternehmen nichts.

Schließlich ist von entscheidender Bedeutung, dass bei den Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste ein kontinuierlicher Umstellungsprozess stattfindet: Beamte werden durch funktionsähnliche Arbeitnehmer ersetzt. Während der Anteil der über 50-jährigen Arbeitnehmer etwa bei der Deutschen Post AG nur um 1% p.a. steigt, steigt der Anteil der über 50-jährigen Beamten um 3% p.a. 2002 lag der Anteil der über 50-Jährigen an der Gesamtzahl der Beamten noch

bei ca. 19%, 2007 bereits bei 34%. Zugleich ist der Anteil der Beamten an allen Beschäftigten der Deutschen Post AG im Zeitraum zwischen 2005 und 2007 von 33% auf 29% zurückgegangen.

Da demnach absehbar ist, dass die gegenwärtig bei Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste vorhandenen Beamtenstellen sukzessive durch Arbeitsverhältnisse ersetzt werden, können auch diese das tarifpolitische Gewicht der dort organisierten Arbeitgeber verdeutlichen. Da die Rechtswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung bzw. Geltungserstreckung nach § 1 IIIa AEntG auf die Zukunft abzielen, kommt der Ermessensentscheidung des Bundesarbeitsministers Prognosecharakter zu; er kann auch diese konkret absehbaren künftigen Entwicklungen bei seiner Entscheidung berücksichtigen.

3. Einbeziehung von anders beschäftigten Arbeitnehmern der branchenfremden Unternehmen in die Repräsentativitätsbetrachtung?

Zu beantworten bleibt die Frage, ob Arbeitnehmer von nicht im Arbeitgeberverband Postdienste organisierten Unternehmen in die Berechnung des Quorums nach § 5 I 1 Nr. 1 TVG oder eine entsprechende Repräsentativitätsbetrachtung im Rahmen des Verfahrens nach § 1 IIIa AEntG¹²⁶ einzubeziehen sind, die ausschließlich mit anderen Tätigkeiten als der gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen betraut sind.

Bereits nach dem Wortlaut des § 5 I 1 Nr. 1 TVG sind lediglich Arbeitnehmer in die Betrachtung einzubeziehen, die in den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags fallen. Gemeint ist der fachlich-betriebliche, räumliche und persönliche Geltungsbereich. Der fachlich-betriebliche Geltungsbereich wäre dabei eröffnet, sobald der Betrieb unter anderem auch die gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen betreibt. Der persönliche Geltungsbereich ist nach der ebenfalls bewusst weiten Definition grundsätzlich¹²⁷ bereits eröffnet, wenn der betreffende Arbeitnehmer auch derartige Tätigkeiten, zu einem überwiegenden Teil aber anderen Aufgaben verrichtet.

Nicht hingegen fallen diejenigen Arbeitnehmer in den persönlichen Geltungsbereich des TV Mindestlohn, die ausschließlich anderen Tätigkeiten nachgehen, mag der fachlich-betriebliche Geltungsbereich des Tarifvertrags auch eröffnet sein. Damit wären diese Arbeitnehmer auch nicht in das Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG einzubeziehen.

Fraglich ist wiederum, ob der Regelungszweck des Quorums, die tarif- und beschäftigungspolitische Bedeutung der jeweiligen Unternehmen widerzuspiegeln, eine andere Betrachtungsweise erfordert. Man könnte dies erwägen, weil der TV Mindestlohn damit Regelungswirkung in den betreffenden Betrieben entfaltet. Seine Regelungswirkung beschränkt sich jedoch auf die Arbeitsverhältnisse, die in seinen persönlichen Geltungsbereich fallen. Betriebs- oder Betriebsverfassungsnormen iSv. § 3 III TVG, die betriebseinheitliche Geltung beanspruchen, enthält er nicht. Betrachtet man diesen sehr begrenzten gegenständlichen Regelungsinhalt des TV Mindestlohn, besteht kein Anlass, Arbeitsverhältnisse einzubeziehen, für die der TV Mindestlohn keinerlei Rege-

¹²⁵ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 44.

¹²⁶ Vgl. oben I 3.

¹²⁷ Vgl. aber zur Ausnahmeregelung in § 1 III 2 TV Mindestlohn unten IV 2.

lungswirkung entfaltet. Anders als bei der Frage einer Einbeziehung von Beamten handelt es sich dabei auch um kein Übergangsphänomen, so dass man wie dort mit dem Prognosecharakter der Betrachtung argumentieren könnte. Da ausschließlich anderweitig beschäftigte Arbeitnehmer nie in den Anwendungsbereich des TV Mindestlohn fallen werden, spricht demnach alles dafür, sie bei der Berechnung des Quorums nach § 5 I 1 Nr. 1 TVG bzw. einer entsprechenden Repräsentativitätsbetrachtung im Rahmen von § 1 IIIa AEntG außer Acht zu lassen.

III. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs – Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“

Ein weiterer Einwand geht dahin, es fehle an einem legitimen „öffentlichen Interesse“, das, wie bereits dargestellt,¹²⁸ sowohl für eine Allgemeinverbindlicherklärung als auch für eine Geltungserstreckung des TV Mindestlohn nach § 1 IIIa AEntG bindende verfassungsrechtliche Voraussetzung ist.

Letztlich zielt der Einwand darauf ab, das Instrument der Geltungserstreckung (§ 1 IIIa AEntG) oder Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) solle rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden, um den Wettbewerb in der Postdienstleistungsbranche zu verhindern und „Monopolresiduen“ zu festigen.¹²⁹ Um diesen Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu untermauern, müsste dargelegt werden können, dass mit der Geltungserstreckung oder Allgemeinverbindlicherklärung des TV Mindestlohns andere Zwecke verfolgt werden als durch § 1 IIIa AEntG, § 5 TVG intendiert.

1. Regelungszweck der Allgemeinverbindlicherklärung

a) Soziale Schutzfunktion

Konsens ist, dass die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) dem sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer dienen soll: Ihnen sollen angemessene Arbeitsbedingungen gewährleistet werden.¹³⁰ Aus Gründen des sozialstaatlichen Schutzes werden außerhalb des tarifierten Bereichs Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt; Instrument ist ein staatlicher Geltungsbefehl, der eine tarifautonom entstandene Regelung inhaltlich unverändert und daher unter Wahrung der Tarifautonomie auf Tarifaußenseiter erstreckt.

Wer den Schwerpunkt auf die Verhinderung der untertariflichen „Schmutzkonzurrenz“ legt,¹³¹ begreift diesen sozialen Effekt der Allgemeinverbindlicherklärung lediglich als „Reflex“ jenes Schutzzanliegens;¹³² wer die Legitimität einer über den Bereich der tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse hinausgehenden „Kartellwirkung“ des Tarifvertrags leugnet, sieht hierin den eigentlichen Sinn der Allgemeinverbindlicherklärung.¹³³

Teile der Literatur erkennen der Allgemeinverbindlicherklärung ferner eine „Ordnungsfunktion“ zu,¹³⁴ indem sie die dezentrale, tarifautonome Regelung der Arbeitsbedingungen mit einem Mindestmaß staatlicher Rechtsset-

zung auf weitere Gebiete ausdehnt. Bei Tarifverträgen, die – etwa bei den Sozialkassen des Baugewerbes – eine übergreifende tarifliche Sozialpolitik verfolgten, diene die Allgemeinverbindlicherklärung der Realisierbarkeit dieser sozialpolitischen Ziele,¹³⁵ indem sie die Belastung mit Beiträgen zu den gemeinsamen Einrichtungen gleichmäßig auf die verbandsangehörigen und nicht verbandsangehörigen Arbeitgeber verteilt.¹³⁶ Dadurch werde die sozialpolitisch wünschenswerte Durchführung „dezentraler“ Sozialkassenverfahren erst ermöglicht.¹³⁷

b) Wettbewerbsschutz

Nach verbreiteter Ansicht – insbesondere auch des BVerfG¹³⁸ und BVerwG – soll die Allgemeinverbindlicherklärung die tarifgebundenen Arbeitnehmer darüber hinaus vor „Schmutzkonzurrenz“ durch untertariflich arbeitende Außenseiter-Arbeitnehmer schützen. Zumal in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit und damit verbundenem hohem Arbeitskräfteangebot soll die Allgemeinverbindlicherklärung Arbeitgeber daran hindern, zur Senkung der Arbeitskosten bevorzugt Nichtorganisierte einzustellen.

Exemplarisch führt das BVerwG¹³⁹ aus, die tarifautonome Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifparteien sei insbesondere in Zeiten nachlassender Konjunktur und eines Überangebots an Arbeitskräften bedroht, indem nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer untertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbarten. Dies könne dazu führen, dass nicht organisierte Arbeitnehmer die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft beim Wettbewerb um die knapp gewordenen Arbeitsplätze verdrängten; zum anderen könnten sich auf diese Weise nicht organisierte Arbeitgeber gegenüber den Mitgliedern des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes Konkurrenzvorteile verschaffen und diese so in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährden. Auf längere Sicht führe diese Entwicklung ferner zur Minderung der Anziehungskraft der Tarifvertragsparteien und zum Mitgliederschwund. Die Allgemeinverbindlicherklärung wirke diesen Effekten im Interesse einer funktionierenden Tarifautonomie entgegen.

Diese Position hat in der Literatur breite Unterstützung erfahren.¹⁴⁰ Teile der Literatur weisen darauf hin, dass sich auf Arbeitgeberseite eine ähnliche konkurrenzschützende Wirkung ergebe, indem nicht verbandsangehörige Arbeitgeber denselben Mindestarbeitsbedingungen unterworfen werden wie sie kraft Tarifbindung für verbandsangehörige Arbeitgeber gelten. Insofern wird von Teilen der Literatur auch auf Arbeitgeberseite ein gewisser Konkurrenzschutzeffekt der Allgemeinverbindlicherklärung anerkannt.¹⁴¹

Dadurch ergebe sich auch ein Schutz der Tarifautonomie als Institution und der durch sie geprägten Wettbewerbsbedingungen,¹⁴² zumal vor dem Hintergrund des europäi-

¹²⁸ Oben I 3.

¹²⁹ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 18 ff.

¹³⁰ BAG 24.1.1979, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BAG 28.3.1990, AP Nr. 25 zu § 5 TVG; BVerwG 3.11.1988, AP Nr. 23 zu § 5 TVG.

¹³¹ Dazu sogleich unter b.

¹³² *Kempfen* (Fn. 118), § 5 Rn. 2; auch in BVerwG 3.11.1988 AP Nr. 23 zu § 5 TVG wird der soziale Außenseiterschutz eher als – wichtiger – Nebenaspekt angeführt.

¹³³ *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 5.

¹³⁴ *ErkI/Franzen* (Fn. 11), § 5 Rn. 1; a.A. *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 6.

¹³⁵ *Kempfen* (Fn. 118), § 5 Rn. 7, 9 ff.; vgl. auch *Wiedemann*, RdA 1987, 265 f.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 89), § 5 Rn. 5; *Zachert*, NZA 2003, 133.

¹³⁶ Vgl. BAG 28.3.1990, AP Nr. 25 zu § 5 TVG; *ErkI/Franzen* (Fn. 11), § 5 Rn. 1.

¹³⁷ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 (23 f.); BVerwG 3.11.1988, AP Nr. 23 zu § 5 TVG.

¹³⁸ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (323 f.).

¹³⁹ BVerwG 3.11.1988, AP Nr. 23 zu § 5 TVG.

¹⁴⁰ *Wiedemann/Wank* (Fn. 102), § 5 Rn. 5; *Wiedemann*, RdA 1987, 265; *Aigner*, DB 1994, 2546; *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 885 f. m.w.N.; *Bechtold*, RdA 1983, 99 (100 f.); *Zachert*, NZA 2003, 132: „wettbewerbslenkende Funktion“; *Däubler/Lakies* (Fn. 11), § 5 Rn. 6 ff.

¹⁴¹ *Kempfen* (Fn. 118), § 5 Rn. 2.

¹⁴² *Kempfen* (Fn. 118), § 5 Rn. 14; *Däubler/Lakies* (Fn. 11), § 5 Rn. 7.

schen Wettbewerbs und damit einhergehender divergenter Arbeitsbedingungen. Zutreffend führt das BVerfG aus, die Allgemeinverbindlicherklärung sei „ein Instrument, das die von Art. 9 III GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft“.¹⁴³

Gegen diese Schutzfunktionen wird angeführt, die Allgemeinverbindlicherklärung verfolge als rein arbeitsrechtliches Instrument ausschließlich arbeitnehmerschützende Zwecke.¹⁴⁴ Im öffentlichen Interesse liege lediglich der „Schutz der Arbeitnehmer als Individuen vor unzuträglichen Arbeitsbedingungen“.¹⁴⁵ Vor allem der BGH deutet an, dass die Allgemeinverbindlicherklärung jedenfalls nicht dem Wettbewerbsschutz unter konkurrierenden Arbeitgebern diene; die Nichtbeachtung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag sei somit kein unlauterer Wettbewerb.¹⁴⁶ Löwisch/Rieble meinen, die „Kartellwirkung“ des Tarifvertrags erstrecke sich nach der Konzeption des TVG nur auf die tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer; sie lasse dem Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt Raum, soweit es um die Nichtorganisierten gehe.¹⁴⁷ Eine Ausdehnung der tariflichen „Kartellwirkung“ sei durch § 5 TVG nicht beabsichtigt.

Auch die Befürworter dieser einschränkenden Sicht gestehen jedoch zu, dass eine legitimen sozialen Schutz bezweckende Allgemeinverbindlicherklärung stets auch zur (reflexhaften) Erweiterung der „Kartellwirkung“ des Tarifvertrags auf Tarifaußenseiter führe.¹⁴⁸ Faktisch unterbinde sie den Außenseiterwettbewerb.¹⁴⁹ Die für den Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde dürfe diese Wirkung jedoch nicht final anstreben. Sie habe sich vielmehr „ausschließlich an den arbeitnehmerschützenden Zwecksetzungen zu orientieren“.

c) Eigene Auffassung

Zutreffend ist, dass sich die verschiedenen Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung wechselseitig bedingen und ineinander übergehen. Eine Aufspaltung in zulässige und unzulässige Zwecke der Allgemeinverbindlicherklärung ist kaum möglich. Wird ein Tarifvertrag aus legitimen Gründen des Arbeitnehmerschutzes – nämlich der Sicherstellung akzeptabler Arbeitsbedingungen – für allgemeinverbindlich erklärt, ergeben sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Arbeitnehmern ebenso wie zwischen konkurrierenden tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Unternehmen reflexhaft von selbst. Umgekehrt ist eine Beschränkung des Außenseiterwettbewerbs geradezu Voraussetzung und Instrument, um das soziale Schutzanliegen zu verwirklichen.

Eng damit verbunden ist auch ein reflexhafter Schutz der sozialen Sicherungssysteme und des Arbeitsmarktes, wenn der Außenseiterwettbewerb soziale Transferleistungen gezielt zur Unterschreitung des tariflichen Entgeltniveaus nutzt. Dies ist bei Wettbewerbern der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste

durch die verbreitete Etablierung von geringfügiger Beschäftigung mit flankierenden Sozialtransfers der Fall.

Darüber hinaus scheint eine Schutzintention, die auf die Funktionserhaltung der Tarifautonomie durch Allgemeinverbindlicherklärung abzielt, legitim, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten. Art. 9 III GG ist jedenfalls der verfassungsrechtliche Auftrag zu entnehmen, diejenigen einfachrechtlichen Instrumentarien bereit zu stellen, die für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem unerlässlich sind.¹⁵⁰ Den Gesetzgeber bzw. – durch § 5 TVG delegiert – den Bundesarbeitsminister trifft eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu erhalten. Sehen sich die tarifgebundenen Arbeitgeber einer deutlich verschärften inadäquaten Konkurrenzsituation ausgesetzt, die auf sie einen massiven Druck zur Beendigung der eigenen Tarifbindung ausübt, kann daraus eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht zur Einschränkung des Außenseiterwettbewerbs abgeleitet werden. Dies gilt insbesondere in personalintensiven Branchen, wenn das Unterschreiten des tariflichen Entgeltniveaus einen wesentlichen strukturellen Marktvorteil der Außenseiter-Arbeitgeber darstellt.

Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die durch die legitimen Schutzintentionen ausgelöst werden, sind ohne weiteres zu akzeptieren. Dazu steht nicht in Widerspruch, dass aus Perspektive des BGH¹⁵¹ ein Wettbewerber sich nicht auf unlauteren Wettbewerb berufen kann, wenn ein Konkurrent das Tarifniveau eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags unterschreitet. Ihn soll die Allgemeinverbindlicherklärung nicht schützen. Wird eine Allgemeinverbindlicherklärung jedoch zum Schutz legitimer sozialer Zwecke und zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ausgesprochen, sind die wettbewerbsbeschränkenden Folgen hinzunehmen und sogar notwendig.

Einwände mögen ordnungspolitisch legitim und vertretbar sein; justitiabel sind sie angesichts des weiten politischen Handlungsspielraums jedoch nicht. Dies erkennen auch Kämmerer/Thüsing, die die Ermessensentscheidung in ihrem Obersatz lediglich darauf überprüfen wollen, ob sie „angesichts evidentenmaßen entgegenstehender Belange schlechthin unvertretbar erscheint“.¹⁵² Leider geben sie diese strengen Maßstäbe in ihrer Subsumtion auf.

2. Schutzzweck der Tariferstreckung nach AEntG

Eine parallele Betrachtung ergibt sich für die Tariferstreckung nach AEntG. Hier steht der soziale Schutzaspekt weit im Vordergrund. Bereits ausgeführt wurde, dass auch der EuGH mittlerweile anerkennt, dass sozialer Schutz und Beschränkung (missbräuchlichen) Wettbewerbs letztlich zwei komplementäre Wirkungen sind und Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs als Folge sozialer Mindeststandards gerechtfertigt sind.¹⁵³

Der Einwand von Kämmerer/Thüsing,¹⁵⁴ das AEntG sei ausschließlich auf den grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmern zugeschnitten; in der Postdienstleistungsbranche würden mangels eines derartigen grenz-

¹⁴³ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (342).

¹⁴⁴ BAG 24.1.1979 AP Nr. 15 zu § 5 TVG; ErfK/Franzen (Fn. 11), § 5 TVG Rn. 2; Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 7 f.; Buchner, ZfA 2004, 229 (235).

¹⁴⁵ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 10.

¹⁴⁶ BGH 3.12.1992 AP Nr. 10 zu § 1 UWG; ebenso Reuter, RdA 1994, 152 (155); Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 9.

¹⁴⁷ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 7.

¹⁴⁸ ErfK/Franzen (Fn. 11) § 5 TVG Rn. 2; Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 7.

¹⁴⁹ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 5 Rn. 7.

¹⁵⁰ Vgl. nur BVerfG 14.11.1954 BVerfGE 4, 96.

¹⁵¹ BGH 3.12.1992 AP Nr. 10 zu § 1 UWG.

¹⁵² Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 15.

¹⁵³ Vgl. insbes. EuGH 12.10.2004 Rs. C-60/03 (Wolff), Slg. 2004, 9553; dazu oben 2. Teil I 2 a.

¹⁵⁴ Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 25, 47.

überschreitenden Charakters die Instrumente des AEntG aber missbräuchlich eingesetzt, verfährt nicht: Mit dem Fall des Briefmonopols zum 1.1.2008 ist der grenzüberschreitende Einsatz von Arbeitnehmern auch in der Postdienstleistungsbranche realistisch; es scheint legitim, auf dieses Szenario mit den dafür geschaffenen Instrumenten des AEntG zu reagieren. Im Übrigen stünde es dem Gesetzgeber in den dargestellten verfassungs- und europarechtlichen Grenzen auch frei, einer gesetzlichen Regelung neue, ursprünglich nicht intendierte Anwendungsfelder zu erschließen, etwa das AEntG zur Behebung rein innerstaatlicher Missstände nutzbar zu machen.

3. Zwecksetzung einer Allgemeinverbindlicherklärung des TV Mindestlohn, „öffentliches Interesse“

An dem TV Mindestlohn in der Postdienstleistungsbranche zeigt sich die Verknüpfung der einzelnen Schutzfunktionen einer Allgemeinverbindlicherklärung besonders deutlich: Die Wettbewerber der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste beschäftigen zu ca. 60% geringfügig Beschäftigte, die in großer Zahl auf ergänzende staatliche Transferleistungen angewiesen sind. Bei der Postdienstleistungsbranche handelt es sich um einen wesentlich durch Personalkosten geprägten Markt. Die Unterschreitung des tariflichen Entgelt-niveaus ist der zentrale Wettbewerbsvorteil der nicht tarifgebundenen Unternehmen. Auf die tarifgebundenen Marktteilnehmer wird daher ein inadäquater Druck ausgeübt, ihrerseits den tarifierten Bereich zu verlassen oder das Tarifniveau auf die Arbeitsbedingungen der Mitbewerber abzusinken. Im Ergebnis entstünde ohne Intervention des staatlichen Gesetz- bzw. Ordnungsgebers eine „prekarierte“ Postdienstleistungsbranche, in der geringfügige Beschäftigung die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung weitgehend verdrängen würde.

Damit ist zugleich belegt, dass aus mehreren Blickwinkeln ein „öffentliches Interesse“ an der Tarifierstreckung/Allgemeinverbindlicherklärung des TV Mindestlohn nicht ernsthaft bestritten werden kann: Der soziale Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer legitimiert das staatliche Eingreifen ebenso wie der Schutz tarifgebundener Arbeitnehmer vor Verdrängung durch untertariflich arbeitende Arbeitnehmer und der Schutz der staatlichen Sozialsysteme. Hinzu tritt der Schutz des Tarifvertragssystems vor faktischem Funktionsverlust in einer „prekarierten“ Postdienstleistungsbranche – eine Wirkung, die sogar verfassungsrechtliche Schutzpflichten auslösen könnte.

Neben diesen allgemeinen sozialpolitischen sind auch branchenspezifische Erwägungen einzubeziehen: So besteht gerade angesichts der Bedeutung verlässlicher und vertraulicher Briefdienstleistungen (vgl. Art. 10 I GG, § 206 StGB, Postgeheimnis) ein erhebliches öffentliches Interesse, Wettbewerb in diesem Bereich nur über Kundenorientierung, Innovation, Service und Qualität anzustreben, nicht aber einen Unterbietungswettbewerb bei den Arbeitsbedingungen. Mit den vielfach gezahlten Niedriglöhnen ist es nicht möglich, dauerhaft Mitarbeiter zu binden, die die erforderlichen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen.

Aus diesen Erwägungen zielt auch das PostG darauf ab, Wettbewerb nicht über Sozialdumping erzielen zu wollen (vgl. §§ 2 II Nr. 5, 6 III 1 Nr. 3 PostG). Die verbindliche Statuierung von Mindestarbeitsbedingungen steht daher

in keinerlei Widerspruch zur Intention der Liberalisierung des Postmarktes.

Von einer staatlichen Intervention zugunsten überkommener Monopole, einer „Schutzmaßnahme für die Deutsche Post AG“ kann daher keine Rede sein.¹⁵⁵ Die Tarifierstreckung steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 87f II GG,¹⁵⁶ da sie den Wettbewerb in der Branche nicht verhindert, sondern lediglich sozial flankiert. Dieses Modell – Gewährleistung sozialen Schutz bei grundsätzlicher Zulassung des Wettbewerbs – entspricht geradezu idealtypisch dem Konzept der „sozialen Marktwirtschaft“.¹⁵⁷

Für die von Kämmerer/Thüsing angestellte Betrachtung,¹⁵⁸ ob der Mindestlohn „überhöht“ oder „branchentypisch“ ist, lässt das geltende Tarifrecht keinen Raum. Es handelt sich dabei schlicht um eine (verbotene) inhaltliche Bewertung eines Tarifvertrags, um Tarifzensur.¹⁵⁹ Schließlich müssen die Dinge insofern auch sachlich zurechtgerückt werden: Die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn führt keineswegs, wie von Kämmerer/Thüsing suggeriert,¹⁶⁰ zur branchenweiten Festschreibung der von der Deutschen Post AG gezahlten Vergütungen. Die im TV Mindestlohn vorgesehenen Entgelte liegen vielmehr deutlich unter diesem Niveau. Damit, dass „kein anderes der Konkurrenzunternehmen die vergleichsweise hohen Entgelte der Deutschen Post AG zahlt“, lässt sich also nicht argumentieren.¹⁶¹ Es geht schließlich gar nicht um diese Entgelte, sondern um einen deutlich darunter liegenden Mindestlohn. Aus demselben Grund ist die Befürchtung von Kämmerer/Thüsing, die Allgemeinverbindlicherklärung oder Tarifierstreckung habe „eine völlige Angleichung zur Folge“ und „nivelliere“ die Wettbewerbsbedingungen,¹⁶² nicht nachvollziehbar: Es geht nicht um Nivellierung, sondern lediglich um die Einziehung eines sozial gebotenen Mindeststandards.

IV. Geltungsbereich des TV Mindestlohn

Zu untersuchen bleibt, ob rechtliche Bedenken dagegen bestehen, dass der fachliche Geltungsbereich des TV Mindestlohn auf die gewerbs- oder geschäftsmäßige Beförderung von Briefsendungen für Dritte erstreckt wurde (§ 1 II 1 TV Mindestlohn) und deshalb auch Unternehmen erfasst, die an sich nicht der Postdienstleistungsbranche zuzuordnen sind.

1. Subjektive Festlegung

Der Geltungsbereich eines Tarifvertrags wird als auf den einzelnen Tarifvertrag „heruntergebrochenes“ Äquivalent der Tarifzuständigkeit wie diese autonom durch die Tarifparteien festgelegt. Die Festlegung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags ist Teil der grundrechtlich geschützten Gestaltungsautonomie der Tarifvertragsparteien, Art. 9 III GG.

¹⁵⁵ So aber Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 17 f., 23.

¹⁵⁶ So aber Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 23.

¹⁵⁷ Prägend Müller-Armack, Soziale Marktwirtschaft, in: v. Beckerath (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, Stuttgart 1956, S. 243: Leitgedanke der sozialen Marktwirtschaft ist „das Prinzip der Freiheit auf dem Markt mit dem des sozialen Ausgleichs zu verbinden“.

¹⁵⁸ Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 18.

¹⁵⁹ Vgl. nur Dieterich, RdA 2002, 10 f. m.w.N. in Fn. 54.

¹⁶⁰ Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 17.

¹⁶¹ So aber Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 19.

¹⁶² Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 23.

Soweit in Rechtsprechung und Literatur vertreten wird, dass sich der fachliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags nach der „überwiegenden Betriebstätigkeit“ richtet, handelt es sich nach allgemeiner Ansicht um eine bloße Auslegungsregel bei Unklarheit des tariflichen Geltungsbereichs.¹⁶³ Auch diese Auslegungsregel ist vor dem Hintergrund des „Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb“ gedacht und wird mit diesem¹⁶⁴ zunehmend zweifelhaft.

Hier haben die Parteien des TV Mindestlohn jedoch eine eindeutige Regelung getroffen, nämlich alle Betriebe und alle Arbeitsverhältnisse erfassen zu wollen, die mit der gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen für Dritte betraut sind. Für eine Anwendung der Auslegungsregel ist angesichts der eindeutigen Formulierung des § 1 II TV Mindestlohn kein Raum. Die korrigierende Umdeutung dieser Festlegung wäre ein gravierender, sachlich nicht begründbarer Eingriff in die Tarifautonomie der Parteien des TV Mindestlohn.

2. Grenze: Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifparteien

Grenzen der Tarifmacht und damit möglicher Geltungsbereiche setzen nur Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der beteiligten Tarifvertragsparteien. Da die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Verdi außer Frage steht, widmen sich die folgenden Überlegungen ausschließlich der von Kämmerer/Thüsing¹⁶⁵ bezweifelte Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes Postdienste.

a) Tariffähigkeit

aa) Allgemeines

Nach der gesetzlichen Konzeption (§ 2 I TVG) sind einzelne Arbeitgeber per se tariffähig. Erst recht sind daher die Anforderungen an die Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes gering. In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass auf Arbeitgeberseite generell großzügigere Maßstäbe anzulegen sind als auf Arbeitnehmerseite.¹⁶⁶ Eine von Teilen der Literatur geforderte Übertragung der Voraussetzungen auf Arbeitnehmerseite¹⁶⁷ überzeugt nicht, da sie die spezifische Schutzfunktion der Anforderungen auf Arbeitnehmerseite verkennt: Hier sollen verschärfte Anforderungen sicherstellen, dass die Arbeitnehmerkoalition in der Lage ist, die Interessen ihrer Mitglieder wirksam gegen die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgeberseite durchzusetzen.¹⁶⁸ Hinzu tritt, dass nur so die zahlreichen Privilegierungen des Tarifvertrags gegenüber dem Einzelarbeitsvertrag – etwa die besondere „Richtigkeitsgewähr“ bei der Inhaltskontrolle oder die Unterschreitung gesetzlicher Standards bei tarifdispositivem Recht – begründbar sind. Ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht auf Arbeitgeberseite nicht; hier kann es insbesondere dem „sozialen mächtigen“ Arbeitgeber zugetraut werden, aus einem Verband, dessen Tarifpolitik er nicht mittragen will, auszutreten und die Tarifbindung zu beenden.

Eine hinreichende Durchsetzungsfähigkeit in Tarifverhandlungen ist im Übrigen bereits der Position des einzelnen Arbeitgebers immanent, erst recht daher jedem

Zusammenschluss von Arbeitgebern. Zu verlangen ist für die Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes lediglich die Freiwilligkeit des Zusammenschlusses als Element des verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriffs sowie die satzungsautonom festgelegte tarifpolitische Aufgabenbestimmung.¹⁶⁹

bb) Insbesondere: demokratische Binnenstruktur

Ob eine demokratische Binnenstruktur zwingende Voraussetzung der Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes ist, wie Kämmerer/Thüsing meinen,¹⁷⁰ ist zweifelhaft. Ratio des § 2 I TVG – insbesondere der Anerkennung des einzelnen Arbeitgebers als selbständiges Tarifvertragssubjekt – ist, dass der Arbeitnehmerseite stets ein Tarifpartner zur Verfügung stehen soll.¹⁷¹ Die Ordnung der Arbeitsverhältnisse durch Tarifverträge soll auch dort durchgesetzt werden können, wo kein Arbeitgeberverband als Tarifpartner zur Verfügung steht. Zugleich erfordert das Vertrauen in die Rechtswirksamkeit bestehender Tarifverträge, dass einem Tarifvertrag nur dann die Wirksamkeit abgesprochen wird, wenn dies aus zwingenden Gründen, insbesondere der „Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems“ erforderlich ist.

In erheblichem Spannungsverhältnis hierzu steht die Annahme, dass Mängel der Binnenstruktur des Arbeitgeberverbandes zur Tariffähigkeit und damit zur Nichtigkeit der abgeschlossenen Tarifverträge führen sollen. Insbesondere bedarf es – anders als bei Arbeitnehmerkoalitionen – dieses Merkmals nicht zum Schutz der tarifgebundenen Koalitionsmitglieder, da der einzelne Arbeitgeber nach § 2 I TVG tariffähig ist und ihm daher erst recht die eigenverantwortliche Entscheidung darüber abverlangt werden kann, ob er sich einem Verband anschließt oder nicht. Des gravierenden staatlichen Eingriffs in geschlossene Tarifverträge unter Hinnahme erheblicher Rechtsunsicherheit des Tarifsystems bedarf es angesichts der „sozialen Mächtigkeit“ des einzelnen Arbeitgebers nicht.

Selbst wenn man aber das Erfordernis einer demokratischen Binnenstruktur auch bei Arbeitgeberverbänden bejaht, ist eine gerichtliche Überprüfung auf eine Evidenz- und Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bei der Prüfung der demokratischen Binnenstruktur einer Arbeitnehmerkoalition jüngst deutlich hervorgehoben.¹⁷² Es führt hierzu aus, eine demokratische Binnenstruktur habe die Rechtsprechung als Wesensmerkmal einer tariffähigen Gewerkschaft „bislang nicht ausdrücklich verlangt“. Weder Art. 9 III GG noch Art. A III 2 des Staatsvertrags vom 18. Mai 1990 enthielten dieses Merkmal. Zwar könne die mitgliederschaftliche Legitimation der durch Abschluss von Tarifverträgen ausgeübten Rechtssetzungsbefugnis „gewisse Mindestanforderungen an die demokratische Verfassung einer Gewerkschaft stellen“. Sofern die Satzung der Koalition aber „grundsätzlich die Gleichheit der Mitglieder und deren Teilnahme am innerverbandlichen Willensbildungsprozess“ vorsähe, bestehe „kein Grund, die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung wegen etwaiger Defizite in der demokratischen Binnenstruktur in Frage zu stellen.“ Erst recht muss dieser großzügige Kontrollmaßstab angesichts des unterschiedlichen

¹⁶³ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 4 Rn. 82

¹⁶⁴ Vgl. Greiner, NZA 2007, 1023 (1025 f.) m.w.N.

¹⁶⁵ Kämmerer/Thüsing, Gutachten, S. 8 ff.

¹⁶⁶ Däubler/Peter (Fn. 11), § 2 Rn. 77.

¹⁶⁷ Insbesondere G.Müller, Die Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 262 ff.

¹⁶⁸ Däubler/Peter (Fn. 11), § 2 Rn. 112.

¹⁶⁹ BAG 10.9.1985, AP Nr. 24 zu § 2 TVG; BAG 25.11.1986, AP Nr. 36 zu § 2 TVG; Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 2 Rn. 32 f.; Däubler/Peter (Fn. 11), § 2 Rn. 106 ff.

¹⁷⁰ Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 9 ff.

¹⁷¹ Wiedemann/Oetker (Fn. 102), § 2 Rn. 124 m.w.N.

¹⁷² BAG 28.3.2006, EzA § 2 TVG Nr. 28 unter Rn. 55

Schutzbedürfnisses der Koalitionsmitglieder für Arbeitgeberverbände gelten.

Legt man diesen Maßstab zugrunde, begegnet die Satzung des Arbeitgeberverbandes Postdienste keinen Bedenken. Sie sieht eine Stimmgewichtung nach dem beschäftigungs- und tarifpolitischen Gewicht der Mitgliedsunternehmen vor (§ 8 IX). Die Anknüpfung des Stimmengewichts an die Zahl der Beschäftigten ist sachgerecht. Mit Blick auf die tarifpolitische Zwecksetzung eines Arbeitgeberverbands wäre hingegen eine „ungegewichtete“ Abstimmungspraxis – eine Stimme pro Mitgliedsunternehmen – bedenklich, da sie das beschäftigungs- und tarifpolitische Gewicht der Mitgliedsunternehmen nicht widerspiegeln würde. Dies unterscheidet den Arbeitgeberverband deutlich von einer Arbeitnehmerkoalition: Bei letzterer ist das tarifpolitische Gewicht jedes Mitglieds im Wesentlichen gleich. Bei Arbeitgeberkoalitionen wird der tarifpolitischen Zwecksetzung hingegen nur eine Stimmverteilung gerecht, die das tarif- und beschäftigungspolitische Gewicht der einzelnen Mitgliedsunternehmen widerspiegelt.

Die „gewichtete“ Abstimmungspraxis ist daher das übliche Organisationsstatut von Arbeitgeberverbänden.¹⁷³ Würde man dem Einwand von Kämmerer/Thüsing folgen, so müsste man einem Großteil der Arbeitgeberverbände in Deutschland die Tariffähigkeit aberkennen. Ein Großteil der heute geltenden Tarifverträge wäre nichtig. Bereits diese Folgen zeigen, dass der Einwand von Kämmerer/Thüsing neben der Sache liegt.

Auch wenn man die wissenschaftliche Literatur zu Rate zieht, wird deutlich, dass es sich um eine isolierte Einzelmeinung handelt: Praktisch allgemeiner Ansicht entspricht es mit Blick auf die Bedeutung der Eigentümerinteressen, dass die Willensbildung in Arbeitgeberverbänden sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip richten muss, sondern eine Stimmgewichtung nach der Zahl der Arbeitsplätze, der Entgeltsumme oder dem jeweiligen Beitragsvolumen der Mitgliedsunternehmen zulässig und sachgerecht ist.¹⁷⁴

Zwar resultiert daraus beim Arbeitgeberverband Postdienste momentan die Dominanz eines starken Mitgliedsunternehmens. Dies ist aber keine undemokratische Dominanz, sondern sie spiegelt lediglich das Gewicht der Deutschen Post AG in der Branche und demnach auch in Tarifverhandlungen. Die Möglichkeit einer Neubildung von Mehrheitsverhältnissen ist jederzeit gegeben, wenn sich die Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes Postdienste durch Neueintritte und Änderungen der Branchenstruktur verschiebt. Gerade vor dem Hintergrund der fortschreitenden Liberalisierung des Postmarktes ist eine solche Entwicklung keineswegs unrealistisch.

b) Tarifzuständigkeit

aa) Grundsatz: Satzungsautonome Festlegung

Die Tarifvertragsparteien können nach ganz herrschender Auffassung ihre Tarifzuständigkeit satzungsautonom festlegen.¹⁷⁵ Damit legen sie selbst den (möglichen) Bereich ihres tariflichen Wirkens fest. Dies ist ein zentrales Element der durch Art. 9 III GG geschützten Satzungsautonomie.

Vor diesem Hintergrund ist es unbedenklich, dass der TV Mindestlohn seine Geltung auf die gewerbs- und geschäftsmäßige Beförderung von Briefsendungen für Dritte unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeiten an der Gesamttätigkeit des jeweiligen Betriebes erstreckt. § 2 I der Verbandssatzung begründet Tarifzuständigkeit für alle Unternehmen, „die Postdienstleistungen im Gebiet der Bundesrepublik erbringen“, ohne dass dies von einem bestimmten Anteil an der Unternehmenstätigkeit abhängig gemacht würde.

Da die Tarifzuständigkeit des Arbeitgeberverbandes Postdienste somit zweifellos gegeben ist, ist die Ausdehnung des fachlichen und persönlichen Geltungsbereichs des TV Mindestlohn auf alle Betriebe und Arbeitsverhältnisse, die mit derartigen Tätigkeiten befasst sind, unproblematisch möglich. Es steht den Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer Tarifautonomie frei, den Geltungsbereich auch auf Betriebe zu erstrecken, die überwiegend anderen Tätigkeiten nachgehen.

bb) Objektives Korrelat: Repräsentativität

Eine neue Einzelmeinung in der Literatur¹⁷⁶ will die rein subjektive Festlegung der Tarifzuständigkeit aufgeben und als objektives Element der Tarifzuständigkeit die Repräsentativität, also die mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifparteien innerhalb des angestrebten Geltungsbereichs verlangen. Diese Auffassung würde – im Ergebnis ähnlich der These von der „relativen Tariffähigkeit“¹⁷⁷ – zu einer deutlichen gegenständlichen und örtlichen Relativierung der Tarifmacht führen: Eine Koalition könnte nur dort wirksam Tarifverträge abschließen, wo sie über einen hinreichenden Organisationsgrad verfügt.

Dieser Auffassung sind alle Argumente, insbesondere der Verlässlichkeit und Rechtssicherheit der Tarifnormsetzung, entgegenzuhalten, die das BAG zutreffend gegen die These von der „relativen Tariffähigkeit“ anführt.¹⁷⁸ Denn auch wenn man die Frage der Repräsentativität systematisch bei der Tarifzuständigkeit anknüpft, müsste für jedes einzelne Tarifgebiet untersucht werden, ob hinreichende Repräsentativität als Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrags vorliegt oder nicht. Mag die Auffassung auch dogmatische Vorzüge im Hinblick auf die mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifnormsetzung haben,¹⁷⁹ steht ihr die durchgreifende pragmatische Erwägung¹⁸⁰ entgegen, dass auf diese unsichere Feststellung im Interesse verlässlicher Tarifnormsetzung verzichtet werden muss. Zudem ist auch an dieser Stelle das verfassungsrechtliche Argument einschlägig, dass die „Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems“ und damit bereits ein Verfassungspostulat die handhabbare, rechts-sichere Ausgestaltung des Tarifvertragsrechts verlangt.

Nach zutreffender herrschender Auffassung hat demgegenüber eine „zu weit gefasste“ Tarifzuständigkeit lediglich zur Folge, dass in Extremfällen „legitimationsloser“ Tarifsetzung die Tariffähigkeit des Verbandes entfallen kann.¹⁸¹ Ein derartiger Evidenzfall ist hier freilich keineswegs zu bejahen, da die Mitgliedsunternehmen des

¹⁷³ So auch Däubler/Peter (Fn. 11), § 2 Rn. 117.

¹⁷⁴ Löwisch/Rieble (Fn. 89), § 2 Rn. 22; Kempen (Fn. 118), § 2 Rn. 89; Däubler/Peter (Fn. 11), § 2 Rn. 117.

¹⁷⁵ Vgl. nur BAG 18.7.2006 AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; dies erkennen auch Kämmerer/Thüsing (Fn. 2), S. 9 an.

¹⁷⁶ Ricken, *Autonomie und tarifliche Rechtsetzung*, 2006, S. 151 ff.

¹⁷⁷ Dafür insbes. Rieble, *Festschrift Wiedemann*, S. 519 (529 ff.); Dütz, BB 1996, 2385 (2389 f.); vgl. ferner Bayreuther, BB 2006, 2633 (2637 f.).

¹⁷⁸ BAG 28.3.2006, EzA § 2 TVG Nr. 28 unter B III 2.

¹⁷⁹ Vgl. Henssler/Heiden, Anm. AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

¹⁸⁰ Greiner, Anm. EzA § 2 TVG Nr. 28 unter V 1.

¹⁸¹ BAG 28.3.2006, EzA § 2 TVG Nr. 28 unter B III 2 d.

Arbeitgeberverbandes Postdienste einen beträchtlichen Teil der mit Postdienstleistungen befassten Unternehmen mitgliedschaftlich organisieren und daher zur Tarifnormsetzung für diese Branche zweifellos legitimiert sind.

Erwägen kann man allenfalls, ob ein sehr weit gefasster Geltungsbereich die Anforderungen erhöht, die verfassungsrechtlich an die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder Geltungserstreckung nach § 1 IIIa AEntG zu stellen sind, er also auf das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“ rückwirkt.¹⁸² Letztlich handelt es sich auch dabei aber um eine Frage des weiten politischen Entscheidungsspielraums.

D. Ergebnisse

- Durch die bloße Erstreckung eines Tarifvertrags auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse wird die **negative Koalitionsfreiheit** (Art. 9 III GG) der hiervon betroffenen Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer grundsätzlich **nicht berührt**. Diese überzeugende Sichtweise entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BVerfG. Die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder Geltungserstreckung (§ 1 IIIa AEntG) des TV Mindestlohn ist daher mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit unbedenklich.
- Zweifelhaft scheint, ob durch die zwingende Festbeschreibung von sozialen Mindeststandards im Anwendungsbereich des AEntG die **positive Koalitionsfreiheit/Tarifautonomie** konkurrierender Tarifparteien beeinträchtigt wird. Auch insoweit kann man – mit Blick auf das notwendige Konkurrenzverhältnis von tarifautonomen und staatlichen Regelungsbefugnissen – bereits einen **Eingriff in den Schutzbereich** von Art. 9 III GG **verneinen**. Bejaht man gleichwohl einen Eingriff, lässt sich dieser durch kollidierendes Verfassungsrecht (insbesondere das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 I GG) **rechtfertigen**, sofern mit der Festsetzung von Mindeststandards eine vertretbare soziale Intention verfolgt wird.
- Soweit die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn zu Grundrechtseingriffen führt, insbesondere in die unternehmerische Vertragsfreiheit nicht tarifgebundener Arbeitgeber (Art. 12 I GG), kommt dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber eine **weit gezogene Gestaltungs- und Einschätzungsprärogative** hinsichtlich Legitimität des Eingriffszwecks sowie Geeignetheit und Erforderlichkeit des Eingriffs zu. Die ordnungspolitische Einschätzung des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers ist nur einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf offensichtliche Fehleinschätzungen unterworfen.
- Die **politische Einschätzung**, dass in der Postdienstleistungsbranche ein **besonderes soziales Schutzbedürfnis** zu konstatieren ist, welches die Festlegung verbindlicher Mindeststandards erfordert, ist somit **verfassungsrechtlich unbedenklich und nicht justizierbar**.
- Die mit einer Festlegung zwingender sozialer Mindeststandards verbundene Beeinträchtigung der europarechtlichen **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 49 EG) kann nach ständiger Rechtsprechung des EuGH **durch das zwingende Allgemeininteresse an sozia-**

lem Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt werden. Aus Perspektive des EuGH stehen die Realisierung des ungehinderten Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaften und die Gewährleistung sozialen Schutzes nicht in Widerspruch. Daher begegnet die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn keinen europarechtlichen Bedenken.

- Auch bei Anwendung des Verfahrens nach § 1 IIIa AEntG ist nach hier vertretener Auffassung ein **„öffentliches Interesse“** an der Tarifierstreckung aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen erforderlich. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ fasst dabei die an eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen bzw. Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten zu stellenden Anforderungen zusammen.
- Eine **Einhaltung des 50%-Quorums** (§ 5 I 1 Nr. 1 TVG) ist **beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG** dagegen **nicht erforderlich**; wird es jedoch eingehalten, erleichtert es die Darlegung eines „öffentlichen Interesses“ an der Tarifierstreckung.
- Bei der Feststellung, ob ein Tarifvertrag das **50%-Quorum** des § 5 I 1 Nr. 1 TVG erfüllt, sind alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Auf die tatsächliche Anwendung des Tarifvertrags in den Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Insbesondere dass in Arbeitsverhältnissen der Tarifvertrag **durch speziellere Firmentarifverträge verdrängt** wird, die dieselbe Gewerkschaft abgeschlossen hat, ändert nichts an der Einbeziehung dieser Arbeitsverhältnisse in das Quorum. Unterschreiten die Firmentarifverträge das Entgeltniveau des TV Mindestlohn, entfaltet er **unmittelbare Rechtswirkungen**. Überschreiten die Firmentarifverträge hingegen das Entgeltniveau des TV Mindestlohn, so liegt hierin erst recht die Billigung des tariflichen Mindestlohns. Der TV Mindestlohn und die speziellen Firmentarifverträge bilden in diesem Fall ein **widerspruchsfreies Regelungsgefüge**. In dem Abschluss spezieller Firmentarifverträge liegt dann **keine Entscheidung des Arbeitgebers gegen den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag**. Diese Entscheidung für oder gegen den Tarifvertrag – und damit seine „Repräsentativität“ für eine (qualitative) Mehrheit der Arbeitgeber in der Branche – ist für die Erfüllung des Quorums wesentlich.
- Da die bei der Deutschen Post AG noch bestehenden **Beamtenverhältnisse** kontinuierlich durch Arbeitsverhältnisse ersetzt werden, können auch Beamtenverhältnisse **in die Berechnung des Quorums einbezogen** werden. Diesem kommt ein **zukunftsgerichteter, prognostischer Charakter** zu.
- Es besteht kein Anlass, Arbeitnehmer in die Berechnung des Quorums einzubeziehen, die anderen als den vom Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfassten Tätigkeiten nachgehen und die deshalb nicht in den Geltungsbereich des TV Mindestlohn fallen.
- Allgemeinverbindlicherklärung und Geltungserstreckung des Tarifvertrags dienen dem **sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer**. Soweit hierdurch **wettbewerbsbeschränkende Wirkungen** eintreten, sind diese **hinzunehmen**. Sozialer Schutz lässt sich ohne Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs

¹⁸² Vgl. oben 1. Teil I 1 e; 3. Teil III 1 c.

nicht realisieren. Beide Aspekte bedingen einander. Eine Differenzierung zwischen einer legitimen sozialen Schutzfunktion und einer illegitimen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ist daher nicht tragfähig.

- Gemessen daran und unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers ist ein „**öffentliches Interesse**“ an der Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn **nicht zu bestreiten**. Legitime Schutzziele sind insbesondere der soziale **Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer vor nicht existenzsichernden Niedriglöhnen, der Schutz der sozialen Sicherungssysteme sowie die Sicherstellung der verlässlichen Aufgabenerfüllung durch qualifizierte Mitarbeiter in der besonders sensiblen Postbranche**. Soweit die Umsetzung dieser Schutzziele zu Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs führt bzw. derartige Beschränkungen zur Umsetzung erforderlich sind, sind diese zu akzeptieren.
- Gegen die **Festlegung des Geltungsbereichs** des TV Mindestlohn bestehen **keine Bedenken**. Der Regelungskompetenz der Tarifparteien werden Grenzen lediglich durch die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit sowie die Beachtung zwingenden Rechts gesetzt. Die **Tariffähigkeit** des Arbeitgeberverbandes Postdienste ist zu **bejahen**. Es scheint bereits zweifelhaft, ob eine demokratische Binnenstruktur notwendige Voraussetzung der Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes ist. Jedenfalls genügt die Binnenstruktur des Arbeitgeberverbandes Postdienste demokratischen Maßstäben, da sie das Gewicht der Mitgliedsunternehmen in Abstimmungen nach ihrem tarif- und beschäftigungspolitischen Gewicht bemisst. Dabei handelt es sich um ein bei Arbeitgeberverbänden **übliches und sachgerechtes Abstimmungsprinzip**.

Köln, 8. Oktober 2007

gez. Professor Dr. Ulrich Preis

gez. Dr. Stefan Greiner

Wesentliche Ergebnisse des Rechtsgutachtens zur Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder Geltungserstreckung (§ 1 Abs. 3a AEntG) eines Mindestlohn-Tarifvertrags in der Postdienstleistungsbranche

- Durch die bloße Erstreckung eines Tarifvertrags auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse wird die **negative Koalitionsfreiheit** (Art. 9 III GG) der hiervon betroffenen Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer grundsätzlich **nicht berührt**. Diese überzeugende Sichtweise entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BVerfG. Die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder Geltungserstreckung (§ 1 IIIa AEntG) des TV Mindestlohn ist daher mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit unbedenklich.
- Zweifelhaft scheint, ob durch die zwingende Festschreibung von sozialen Mindeststandards im Anwendungsbereich des AEntG die **positive Koalitionsfreiheit/Tarifautonomie** konkurrierender Tarifparteien beeinträchtigt wird. Auch insoweit kann man – mit Blick auf das notwendige Konkurrenzverhältnis

von tarifautonomen und staatlichen Regelungsbefugnissen – bereits einen **Eingriff in den Schutzbereich** von Art. 9 III GG **verneinen**. Bejaht man gleichwohl einen Eingriff, lässt sich dieser durch kollidierendes Verfassungsrecht (insbesondere das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 I GG) **rechtfertigen**, sofern mit der Festsetzung von Mindeststandards eine vertretbare soziale Intention verfolgt wird.

- Soweit die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn zu Grundrechtseingriffen führt, insbesondere in die unternehmerische Vertragsfreiheit nicht tarifgebundener Arbeitgeber (Art. 12 I GG), kommt dem Gesetz- bzw. Ordnungsgeber eine **weit gezogene Gestaltungs- und Einschätzungsprärogative** hinsichtlich Legitimität des Eingriffszwecks sowie Geeignetheit und Erforderlichkeit des Eingriffs zu. Die ordnungspolitische Einschätzung des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers ist nur einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf offensichtliche Fehleinschätzungen unterworfen.
- Die **politische Einschätzung**, dass in der Postdienstleistungsbranche ein **besonderes soziales Schutzbefürfnis** zu konstatieren ist, welches die Festlegung verbindlicher Mindeststandards erfordert, ist somit **verfassungsrechtlich unbedenklich und nicht justiziabel**.
- Die mit einer Festlegung zwingender sozialer Mindeststandards verbundene Beeinträchtigung der europäischen **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 49 EG) kann nach ständiger Rechtsprechung des EuGH **durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt** werden. Aus Perspektive des EuGH stehen die Realisierung des ungehinderten Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaften und die Gewährleistung sozialen Schutzes nicht in Widerspruch. Daher begegnet die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn keinen europarechtlichen Bedenken.
- Auch bei Anwendung des Verfahrens nach § 1 IIIa AEntG ist nach hier vertretener Auffassung ein „**öffentliches Interesse**“ an der Tarifierstreckung aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen erforderlich. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ fasst dabei die an eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen bzw. Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten zu stellenden Anforderungen zusammen.
- Eine **Einhaltung des 50%-Quorums** (§ 5 I 1 Nr. 1 TVG) ist **beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG** dagegen **nicht erforderlich**; wird es jedoch eingehalten, erleichtert es die Darlegung eines „öffentlichen Interesses“ an der Tarifierstreckung.
- Bei der Feststellung, ob ein Tarifvertrag das **50%-Quorum** des § 5 I 1 Nr. 1 TVG erfüllt, sind alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Auf die tatsächliche Anwendung des Tarifvertrags in den Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Insbesondere dass in Arbeitsverhältnissen der Tarifvertrag **durch speziellere Firmentarifverträge verdrängt** wird, die dieselbe Gewerkschaft abgeschlossen hat, ändert nichts an der Einbeziehung dieser Arbeitsverhältnisse in das Quorum. Unterschreiten die Firmentarifverträge das Ent-

geltniveau des TV Mindestlohn, entfaltet er **unmittelbare Rechtswirkungen**. Überschreiten die Firmentarifverträge hingegen das Entgeltniveau des TV Mindestlohn, so liegt hierin erst recht die Billigung des tariflichen Mindestlohns. Der TV Mindestlohn und die speziellen Firmentarifverträge bilden in diesem Fall ein **widerspruchsfreies Regelungsgefüge**. In dem Abschluss spezieller Firmentarifverträge liegt dann **keine Entscheidung des Arbeitgebers gegen den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag**. Diese Entscheidung für oder gegen den Tarifvertrag – und damit seine „Repräsentativität“ für eine (qualitative) Mehrheit der Arbeitgeber in der Branche – ist für die Erfüllung des Quorums wesentlich.

- Da die bei der Deutschen Post AG noch bestehenden **Beamtenverhältnisse** kontinuierlich durch Arbeitsverhältnisse ersetzt werden, können auch Beamtenverhältnisse **in die Berechnung des Quorums einbezogen** werden. Diesem kommt ein **zukunftsgerichteter, prognostischer Charakter** zu.
- Es besteht kein Anlass, Arbeitnehmer in die Berechnung des Quorums einzubeziehen, die anderen als den vom Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfassten Tätigkeiten nachgehen und die deshalb nicht in den Geltungsbereich des TV Mindestlohn fallen.
- Allgemeinverbindlicherklärung und Geltungserstreckung des Tarifvertrags dienen dem **sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer**. Soweit hierdurch **wettbewerbsbeschränkende Wirkungen** eintreten, sind diese **hinzunehmen**. Sozialer Schutz lässt sich ohne Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs nicht realisieren. Beide Aspekte bedingen einander. Eine Differenzierung zwischen einer legitimen sozialen Schutzfunktion und einer illegitimen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ist daher nicht tragfähig.

- Gemessen daran und unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers ist ein **„öffentliches Interesse“** an der Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn **nicht zu bestreiten**. Legitime Schutzziele sind insbesondere der soziale **Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer vor nicht existenzsichernden Niedriglöhnen, der Schutz der sozialen Sicherungssysteme sowie die Sicherstellung der verlässlichen Aufgabenerfüllung durch qualifizierte Mitarbeiter in der besonders sensiblen Postbranche**. Soweit die Umsetzung dieser Schutzziele zu Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs führt bzw. derartige Beschränkungen zur Umsetzung erforderlich sind, sind diese zu akzeptieren.

- Gegen die **Festlegung des Geltungsbereichs** des TV Mindestlohn bestehen **keine Bedenken**. Der Regelungskompetenz der Tarifparteien werden Grenzen lediglich durch die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit sowie die Beachtung zwingenden Rechts gesetzt. Die **Tariffähigkeit** des Arbeitgeberverbandes Postdienste ist zu **bejahen**. Es scheint bereits zweifelhaft, ob eine demokratische Binnenstruktur notwendige Voraussetzung der Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes ist. Jedenfalls genügt die Binnenstruktur des Arbeitgeberverbandes Postdienste demokratischen Maßstäben, da sie das Gewicht der Mitgliedsunternehmen in Abstimmungen nach ihrem tarif- und beschäftigungspolitischen Gewicht bemisst. Dabei handelt es sich um ein bei Arbeitgeberverbänden **übliches und sachgerechtes Abstimmungsprinzip**.

Köln, 8. Oktober 2007

gez. Professor Dr. Ulrich Preis

gez. Dr. Stefan Greiner

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)786

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste e.V.

Vorbemerkung

Für die in Art. 1 des Gesetzentwurfs vorgesehene Erweiterung von § 1 Abs. 1 S. 4 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) um "Tarifverträge für Briefdienstleistungen" fehlt es an den von der Koalition vom Juni 2007 und August 2007 vereinbarten Voraussetzungen. Der zwischen ver.di und dem von der Deutsche Post AG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e. V. geschlossene Tarifvertrag ist von den Beteiligten, seinem Zustandekommen, seinem Geltungsbereich, seinem Inhalt und seinen Wirkungen sowie nicht zuletzt seiner Zielsetzung her, kein zulässiger Anlass und keine hinreichende Legitimationsgrundlage für die vorgesehene Erweiterung des AEntG.

Eine Erweiterung des AEntG unterliegt gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen. Der Koalitionsbeschluss vom 18. Juni 2007 hatte dementsprechend Anforderungen für die Aufnahme von Branchen in das AEntG vorgesehen, die dem für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG nachgebildet sind. Eine Aufnahme von Branchen in das AEntG sollte danach nur bei einer Tarifbindung von mindestens 50% erfolgen und unter Beteiligung von Arbeitgebern, Gewerkschaften sowie Tarifausschüssen. Der zwischen ver.di und Arbeitgeberverband Postdienste e. V. vereinbarte Tarifvertrag erfüllt diese Anforderungen nicht. Innerhalb des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V. hat die Deutsche Post AG so einen maßgeblichen Einfluss, dass bereits die Tariffähigkeit des Verbandes zweifelhaft ist. Da für die Mehrzahl der Beschäftigten der Deutsche Post AG ein Firmentarifvertrag gilt, handelt es sich faktisch um einen "Phantom-Tarifvertrag", der für die Beteiligten keine Geltung entfaltet, nicht branchenrepräsentativ ist und von dessen Verhandlung die weiteren Akteure auf dem Briefdienstleistungssektor ausgeschlossen waren.

Für die Erweiterung des AEntG fehlt es an den erforderlichen Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen lassen sich auch nicht dadurch schaffen, dass die Tarifbindung im Gesetzgebungsverfahren durch eine spätere Verordnung modifiziert wird. Abgesehen davon, dass dies mit der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) nicht vereinbar wäre, stellt die Tarifbindung von mindestens 50% nach den Koalitionsbeschlüssen bereits eine notwendige Eingangsvoraussetzung für das Gesetzgebungsverfahren dar. Nur dann, wenn nach dem Antrag der Tarifvertragsparteien die erforderliche Tarifbindung gegeben ist, kann nach dem Koalitionsbeschluss eine Aufnahme in das AEntG erfolgen.

Mit der Ausdehnung des AEntG auf Basis des Antrags von ver.di und des Arbeitgeberverbandes Postdienste e. V. würde überdies das bisherige Konzept des AEntG verlassen. Dem AEntG geht es darum, eine Benachteiligung der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu vermeiden und zugleich zu verhindern, dass durch unfairen Wettbewerb insbesondere die hier ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen sowie die bei ihnen bestehenden Arbeitsplätze gefährdet werden. Mit dieser Begründung ist die Ausdehnung des AEntG auf die Branche des Gebäudereinigerhandwerks durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes beschlossen worden (BT-Drs. 620/06). Die Allgemeinverbindlichkeit des von ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. vereinbarten Tarifvertrages wäre stattdessen darauf gerichtet, über Mindestlöhne den Wettbewerb in der Branche zu beschränken und die bisherige Wettbewerbsposition der Deutsche Post AG zu Lasten mittelständischer und kleiner Konkurrenten abzusichern. Dies ist mit der in Art. 87f Abs. 2 GG enthaltenen Grundentscheidung für ein marktwirtschaftliches System im Postdienstleistungssektor unvereinbar.

Die Ausdehnung des AEntG in der vorgesehenen Form würde dazu führen, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Mindestlohnverordnung in alleiniger Verantwortung erlassen würde. Auch dies setzt den Koalitionsbeschluss vom Juni 2007 nicht um. Um die auch verfassungsrechtlich erforderliche Legitimation der Mindestlohnregelung sicherzustellen, hatte der Koalitionsbeschluss eine Beteiligung der Tarifausschüsse, bestimmte Abstimmungsverhältnisse in Form eines "Entscheidungsbaums" sowie den Erlass der Verordnung durch das Bundeskabinett (d. h. die Bundesregierung) vorgesehen. Dies ist im Gesetzentwurf alles nicht enthalten.

Die Ausdehnung des AEntG wäre sowohl mit gemeinschaftsrechtlichen wie verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar. Sie würde zudem bei den Wettbewerbern der Deutsche Post AG Arbeitsplätze in erheblichem Ausmaß vernichten, da diese Wettbewerber nicht die Monopolvorteile der Deutsche Post AG haben und sich im Wettbewerb behaupten müssen.

I. Rechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf

Gegen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des AEntG in der vorgesehenen Form bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken auf verschiedenen Ebenen.

1. Nichterreichen der "50%-Quote"

Die Voraussetzung der "50%-Quote", wie sie im Kabinettsbeschluss vom Juni 2007 gefordert wurde, ist nicht gegeben. Damit liegen die Voraussetzungen für die Aufnahme der Briefdienstleistungsbranche nicht vor. Das Kabinett hatte beschlossen, dass –bezogen auf den konkreten Fall der "Briefdienstleistungen" – ein gemeinsamer Antrag von Tarifvertragsparteien nur dann zu einer Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes führt, wenn "eine Tarifbindung von mindestens 50%" der Branche vorliegt.

Zur Ermittlung des 50%-Quorums nach den Anforderungen des Kabinettsbeschlusses ist die Beschäftigtenzahl bei dem bereits an den Tarifvertrag Mindestlohn gebundenen Unternehmen mit der Gesamtzahl der Beschäftigten zu vergleichen, die bei einer Allgemeinverbindlicherklärung erfasst würden. Der in § 1 festgelegte Geltungsbereich des TV Mindestlohn umfasst neben der räumlichen Anwendbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland:

- Alle Betriebe, die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebs. Nicht unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallen Betriebe, die ausschließlich als Kurierdienst tätig sind.
- Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer, die Tätigkeiten in der gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen für Dritte ausüben. Nicht erfasst werden Arbeitnehmer, die ausschließlich Zeitungen oder Zeitschriften (Zeitungszusteller) befördern.

Danach ist das 50%-Quorum eindeutig nicht erreicht:

Die im Arbeitgeberverband Postdienste e.V. organisierten Unternehmen beschäftigen nach eigenen Angaben und nach Angaben des Statistischen Bundesamtes 119.000 Arbeitnehmer, die in irgendeiner Weise Briefdienstleistungen erbringen. Hinzu kommen 54.000 Beamte. Die Mehrheit der Beschäftigten der Deutsche Post AG unterliegt einem eigenen Hausta-

rifvertrag, so dass auf diese der „Mindestlohn-Tarifvertrag“ überhaupt nicht anwendbar ist. Unabhängig davon wird auch mit den insgesamt 173.000 Beschäftigten das 50%-Quorum weit verfehlt.

Das Statistische Bundesamt weist im gesamten Wirtschaftszweig „Postverwaltung und private Kurierdienste“ über 360.000 Mitarbeiter aus; hinzukommen 54.000 Beamte. Bei 119.000 Arbeitnehmern erfasst der von der Deutsche Post AG dominierte Arbeitgeberverband Postdienste einen Anteil an den Arbeitnehmern in Höhe von 42% mit Beamten bzw. 33% ohne Beamte.

Den Zahlen des Statistischen Bundesamtes wird allerdings entgegengehalten, dass sie auch Beschäftigte umfassen, die zwar in Unternehmen des entsprechenden Wirtschaftszweigs beschäftigt sind, aber nicht unmittelbar mit der Briefzustellung befasst sind.

Nach einer Befragung der betroffenen Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände ergab sich, dass ca. 341.000 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen außerhalb des Post-Konzerns, die entweder überwiegend oder gelegentlich in der Briefzustellung tätig sind, vor einer evtl. Allgemeinverbindlicherklärung vom vorliegenden „Mindestlohn“-Tarifvertrag erfasst sind. Dies sind 74,7% (ohne Beamte) bzw. 76,1% (mit Beamten) der Beschäftigten in der Briefzustellung.

Im Einzelnen wären von einem staatlichen Mindestlohn im Briefbereich durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz betroffen:

Beschäftigte bei Speditionen und Logistikunternehmen	100.000
Zeitungszusteller	90.000
Beschäftigte bei mittelgroßen und großen Kurier-, Express- und Paketdiensten	65.000
Arbeitnehmer bei Briefdienstleistern im lizenzierten Bereich (der Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2006 weist für 2005 ca. 46.000 Beschäftigte aus; seither sind weitere Arbeitsplätze in Erwartung der Aufhebung des Briefmonopols zum 1. Juni 2008 geschaffen worden)	rund 60.000
Beschäftigte bei kleineren Kurier-, Express- und Paketdiensten	16.700
Arbeitnehmer bei Agenturpartnern der Deutschen Post	rund 10.000
Total (ohne Post-Konzern):	341.700

Hiervon bestehen für mehr als 120.000 Beschäftigte bereits anderweitige tarifvertragliche Regelungen, so z.B. im Transportgewerbe. Die hier ermittelten Daten untermauern das Zahlenwerk der Bundesnetzagentur und ergänzen diese um die Beschäftigten außerhalb der Briefbranche. Eine staatliche Mindestlohnregelung würde also in massiver Weise in bestehende Tarifregelungen eingreifen.

Da ausweislich des Tarifvertrages Mindestlohn lediglich reine Zeitungszusteller ausgeschlossen sind, sind alle Arbeitnehmer, die zumindest auch Beförderungen von Briefsendungen vornehmen, also nicht nur die reinen Briefzusteller, sondern auch sämtliche sogenannte Mischzusteller vom Geltungsbereich erfasst. Im Bereich der Briefdienstleistungen beschäftigen die im Arbeitgeberverband Postdienste e.V. organisierten Arbeitgeber somit, wie oben aufgezeigt,

bei weitem nicht 50 % aller Briefzusteller und Mischzusteller in Deutschland.

Mangels Erreichen des 50% Quorums sind die Voraussetzungen des Kabinettsbeschlusses somit bereits nicht eingehalten.

Hiervon unabhängig spielt das 50%-Quorum aber auch innerhalb des vorgesehenen Entscheidungsbaumes, der dem Kabinettsbeschluss zugrunde liegt, eine weitere Rolle: Dort ist nämlich vorgesehen, dass das Tarifvertragsgesetz Anwendung findet und der Tarifausschuss sein Votum abgibt. Auch hier ist das 50%-Quorum für eine Allgemeinverbindlicherklärung einschlägig.

Entsprechend dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG müssen die in dem entsprechenden Arbeitgeberverband organisierten Arbeitgeber mindestens die Hälfte der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Es kommt also ausschließlich auf die Zahl der Arbeitnehmer an, die in den tarifgebundenen Betrieben mit Arbeiten, die in den betrieblich-branchenmäßigen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, beschäftigt werden. (Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., § 5 Rz. 64; Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., § 5 Rz. 87; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., § 5 Rz. 39).

Sinn und Zweck der 50 % Klausel ist es, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber, sofern sie nur eine Minderheit der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigen, die „Außenleiter-Arbeitgeber“ nicht majorisieren können und außerdem eine Repräsentativität des Tarifvertrages sicherstellt wird.

Wie oben beschrieben, ist der Geltungsbereich des TV Mindestlohn sehr weit gefasst. Da lediglich reine Zeitungszusteller ausgeschlossen sind, sind alle Arbeitnehmer, die zumindest auch Beförderungen von Briefsendungen vornehmen, also nicht nur die reinen Briefzusteller, sondern auch sämtliche sogenannte Mischzusteller vom Geltungsbereich erfasst. Dies hat zur Folge, dass die im Arbeitgeberverband Postdienste e.V. organisierten Arbeitgeber mindestens 50 % aller Briefzusteller und Mischzusteller in Deutschland beschäftigen müssten. Ausweislich der bereits genannten Zahlen ist dies jedoch gerade nicht der Fall.

Zusammenfassend liegen daher die Voraussetzungen des 50% Quorum sowohl nach dem Kabinettsbeschluss wie nach den Kriterien des § 5 TVG nicht vor.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Ausweitung des AEntG verstößt in der vorgesehenen Form gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Zum einen enthält Art. 87f Abs. 2 GG die Grundentscheidung für ein marktwirtschaftliches System im Postdienstleistungssektor, mit dem eine "Remonopolisierung" im Postdienstleistungssektor (die mit dem Tarifvertrag objektiv bezweckt ist) von vornherein nicht vereinbar ist. Sie genügt aber auch nicht den verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen an eine Allgemeinverbindlicherklärung.

a) Legitimationsanforderungen an eine Allgemeinverbindlicherklärung

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 1 Abs. 3a AEntG besonderen verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen genü-

gen muss. Soweit das Bundesverfassungsgericht bislang mit dem AEntG befasst wurde, betraf dies allerdings Konstellationen und Rechtsfragen, die mit der vorliegenden nur zum Teil vergleichbar sind. In dem Nichtannahmebeschluss vom 18. Juli 2000 (1 BvR 948/00, AP § 1 AEntG Nr. 4) ging es um die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe. In diesem Zusammenhang führte das Gericht aus:

"Der Gesetzgeber war auch frei, sich für eine andere Rechtsform als die in § 5 TVG geregelte Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden. Dies gilt um so mehr, als eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG nur erlassen werden kann, wenn zumindest eine der tarifvertragsschließenden Parteien durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekundet hat und auch den Außenseitern aufgrund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen ist. Ferner kommt die gegenseitige Kontrolle der tarifvertragsschließenden Parteien im Ergebnis auch den Außenseitern zu Gute. Die Erstreckung des Mindestlohn-Tarifvertrages auch auf sie ist zudem durch die staatliche Mitwirkung im Rahmen der Verordnungsgebung in hinreichendem Maße demokratisch legitimiert ((vgl. BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), Beschl. vom 18. Juli 2000 – 1 BvR 948/00, AP § 1 AEntG Nr. 4 m. krit. Anm. v. Danwitz RdA 1999, 322, 324 ff).

Verfassungsgerichtlich entschieden ist damit, dass der Gesetzgeber neben § 5 TVG zwar *grundsätzlich* eine Erstreckung eines Mindestlohn-Tarifvertrages über das Instrument des AEntG einführen kann. Voraussetzung ist aber, dass die Verordnungsermächtigung hinreichend bestimmt ist und die Allgemeinverbindlichkeit ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation aufweisen muss. Geklärt ist weiterhin, dass die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) zwar zum Schutz vor Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden kann. Ihnen muss aber gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebühren (vgl. BVerfGE 84, 212, 228 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117; BVerfGE 103, 293, 306 = AP BUrlG § 10 Kur Nr. 2). Sofern derartige Belange vorliegen, steht Art. 9 Abs. 3 GG einer Regelung durch den Gesetzgeber auch dann nicht entgegen, wenn die jeweiligen Fragen Gegenstand von Tarifverträgen sein könnten (vgl. BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), Beschl. vom 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283/03 ua.). Die damit verbundenen Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind aber (nur) verfassungsgemäß, "wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren" (BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), ebd.).

b) Der zwischen ver.di und dem AGV Postdienste e.V. geschlossene Tarifvertrag erfüllt die Legitimationsanforderungen nicht

Dieser Tarifvertrag weist kein hinreichendes Legitimationsniveau auf.

- Innerhalb des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V. hat die Deutsche Post AG so einen maßgeblichen Einfluss, dass die Tariffähigkeit des Verbandes zweifelhaft ist
- Da für die Deutsche Post AG ein Firmentarifvertrag gilt, handelt es sich faktisch um einen "Phan-

tom-Tarifvertrag", der nicht bzw. nur scheinbar branchenrepräsentativ ist.

- In seinen rechtlichen Wirkungen wirkt sich der Tarifvertrag faktisch nur zu Lasten der Wettbewerber der Deutsche Post AG aus. Es ist also ein protektionistischer Tarifvertrag. Letztlich wird das Instrument des Tarifvertrages dazu missbraucht, um Wettbewerb auf dem Postsektor zu verhindern.
- Dies wird auch durch die Umstände der Gründung des AGV Postdienste e.V. und das Zustandekommen des Tarifvertrages belegt.
- Da es nach dem Gesetzesentwurf auch im Verordnungsverfahren nicht mehr zu einer Beteiligung der Tarifausschüsse kommen wird, fehlen verfahrensmäßige Vorkehrungen dagegen, dass es – wie hier – zu einem Missbrauch der Allgemeinverbindlichkeitserklärung zu Lasten von Wettbewerbern kommt.

Eine entsprechende Erweiterung des AEntG wäre daher verfassungswidrig und würde die von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung betroffenen Unternehmen in ihren Grundrechten verletzen.

3. Verfahrensrechtliche Bedenken

Die Vorgaben des Koalitionsbeschlusses werden nicht umgesetzt. Die Ausdehnung des AEntG setzt die verschiedenen Koalitionsbeschlüsse nicht um:

a) Koalitionsbeschluss vom 18. Juni 2007

Die Koalition fasste am 18. Juni 2007 den grundlegenden Beschluss zur Aufnahme von Branchen in das Abreitnehmer-Entsendegesetz. Dieser Beschluss regelte im Kern folgendes:

Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 % sollten das Angebot erhalten, in das AEntG aufgenommen zu werden und tarifliche Mindestlöhne zu vereinbaren. Voraussetzung sollte ein gemeinsamer Antrag von Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche bis zum Stichtag 31. März 2008 sein. Das Gesetzgebungsverfahren sollte "nach Ablauf des Stichtages" unverzüglich eingeleitet werden.

Ferner ist festgelegt worden, wie der Verfahrensablauf vor sich gehen soll, wenn im Geltungsbereich des geänderten AEntG erstmals ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages gestellt wird, insbesondere wer sich im Einzelnen damit befassen wird und - was das Wichtigste darstellt - wer letztlich die Verordnung erlässt. Dies ist ganz klar festgelegt worden: Das Bundeskabinett.

Demgegenüber sieht die aktuelle Fassung in § 1 Abs. 3a AEntG vor, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales über den Erlass und den Inhalt der Verordnung entscheidet.

Das bedeutet Folgendes: Wenn nicht mit der Aufnahme der Briefdienstleistungen in das AEntG gleichzeitig auch der Verfahrensweg des Zustandekommens einer Verordnung geändert wird, dann ist der Koalitionsbeschluss vom 18. Juni 2007 nur teilweise umgesetzt - und dies hat Folgen. Würde es dabei bleiben - so wie es der Gesetzesentwurf jetzt vorsieht -, dass nur die Briefdienstleistungen aufgenommen werden, ohne aber gleichzeitig den Verfahrensweg des Verordnungserlasses nach § 1 Abs. 3a AEntG mitzuregeln, dann entscheidet nur und allein das Bundesministerium für Arbeit - und nicht die Bundesregierung - über die Verordnung. Es gilt dann

das Verordnungserlassverfahren nach der derzeitigen Fassung von § 1 Abs. 3 a AEntG. Dieses Verordnungsverfahren sieht weder eine Beteiligung der Tarifausschüsse, noch die Mehrheitsverhältnisse in Form des "Entscheidungsbaums" und auch nicht den Erlass der Verordnung durch die Bundesregierung vor. Alleinzuständig und alleinverantwortlich ist vielmehr das Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

Diese zwingende rechtliche Folge ist aber im Koalitionsbeschluss so nicht gewollt und nicht festgelegt. Vielmehr hat die Koalition sich darauf verständigt, dass das Verordnungserlassverfahren entsprechend den verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen gestaltet wird und die Verordnungskompetenz bei der Bundesregierung liegt. Würde das Gesetz in der Entwurfsfassung verabschiedet, würde die Verordnungserlasskompetenz statt der Bundesregierung dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zugewiesen sein. Das Gesetzesvorhaben setzt die Beschlüsse der Koalition daher nur teilweise und unvollkommen um. Dies ist auch deshalb zu beanstanden, weil der Gesetzesentwurf in der jetzigen Fassung durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft.

Daher ist der jetzige Gesetzesentwurf dringend zu ergänzen und das Verfahren zum Verordnungserlass ist in einem Gesetzesänderungsvorgang sofort - und nicht erst irgendwann später - neu zu regeln (Änderung des § 1 Abs. 3 a AEntG).

Das Verfahren sieht gemäß dem Koalitionsbeschluss vom 18. Juni 2007 wie folgt aus:

- Das Verfahren ist § 5 TVG nachgebildet. Mit dem Antrag der Tarifvertragsparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung ist zunächst der Tarifausschusses zu befassen.
- Innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung des Antrages im Bundesanzeiger soll der Tarifausschuss zu dem Antrag sein Votum abgeben.
- Das Mindestlohn-Verordnungsverfahren sollte erst nach Entscheidung des Tarifausschusses eingeleitet werden (und nur bei bestimmten Stimmverhältnissen) oder nachdem der Tarifausschuss innerhalb seiner Entscheidungsfrist von 3 Monaten nicht entschieden hatte.
- Es ist ein "Entscheidungsbaum" vorgesehen, nach dem Bedingungen des § 5 TVG eingehalten werden müssen und es auf bestimmte Voten (Mehrheiten) ankommt.

Diese Punkte sieht der Gesetzesentwurf ohne einen erkennbaren sachlichen Grund nicht vor. Dies ist dringend und sachlogisch zwingend zu korrigieren, um von vornherein in einem einzigen Gesetzgebungsverfahren eine in sich stimmige und von der Koalition gewollte Gesetzesänderung umzusetzen. Dass nur ein solches Verfahren sinnvoll ist, beweist der zwischen ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. vereinbarte Tarifvertrag. Dieser Tarifvertrag genügt nicht den Anforderungen einer Tarifbindung von 50 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Es handelt es sich faktisch um einen "Phantom-Tarifvertrag", der nicht branchenrepräsentativ ist und nicht vom Konsens der weiteren Akteure auf dem Briefdienstsektor getragen ist. Es bestehen nach den Beteiligten, dem Inhalt des Tarifvertrages und seinem Zustandekommen deutliche Anhaltspunkte dafür,

dass dieser Tarifvertrag nur bezweckt, den Wettbewerb auf dem Postdienstleistungssektor zu begrenzen. Der Gesetzgeber muss Vorkehrungen schaffen, um dies zu verhindern. Dem genügt der Gesetzentwurf nicht.

b) Die "Meseberger" Beschlüsse vom August 2007

Der Gesetzentwurf läßt sich auch nicht mit den in Kabinettsklausur von Meseberg von der Bundesregierung am 24. August 2007 gefassten Beschluss rechtfertigen. Dieser Beschluss lautete wie folgt:

"Im Zusammenhang mit der Liberalisierung der Postmärkte zum 1.1.2008 wird die Branche der Postdienstleistungen noch in 2007 in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen, wenn die Tarifpartner einen entsprechenden gemeinsamen Antrag stellen. Dabei geht die Bundesregierung davon aus, dass über 50 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Postbranche tarifgebunden sind. Die Mehrwertsteuer-Befreiung für flächendeckende Universaldienste in diesem Bereich bleibt erhalten."

Der Koalitionsbeschluss von Juni 2007 wurde dadurch nicht aufgehoben oder ergänzt, sondern wurde nur dahingehend erläutert, dass die Bundesregierung davon ausgeht, dass das 50 % - Quorum im Fall der Postdienstleistungen erfüllt sei (was tatsächlich nicht der Fall ist). Er bezieht sich zudem auf die Branche der "Briefdienstleistungen", nicht dagegen auf die "Postdienstleistungen" (auf die der Antrag der Post AG und von ver.di abzielen).

4. Kartellrechtliche Bedenken

Weiterhin ergeben sich auch mögliche Verstöße gegen Regelungen des Europäischen Kartell- und Subventionsrechts, sowie des deutschen Kartellrechts. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der mit ver.di abgeschlossene Tarifvertrag für die Deutsche Post AG aufgrund des geltenden Haustarifvertrages keinerlei Auswirkung auf die Deutsche Post AG hat und die Bundesrepublik Deutschland indirekt Hauptanteilseigner der Deutschen Post AG ist:

a) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG)

Im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsrechts liegt ein Verstoß gegen Art. 82 EG vor. Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Als wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes im Sinne der Norm kann nach ständiger Verwaltungspraxis der Kommission und Rechtsprechung des EuGH auch das Territorium eines Mitgliedsstaates angesehen werden (Kommission 10.12.1982 "British Telecommunications" ABl. 1982 L 360/36, 41; Langen/Bunte, "Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht" Art. 82 Rdnr. 198 m. w. N.).

Auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ist die Deutsche Post AG ohne Zweifel als marktbeherrschend anzusehen. Als missbräuchliche Ausnutzung dieser marktbeherrschenden Stellung kommt hier bereits der Abschluss des Tarifvertrages mit ver.di, zumindest jedoch der Antrag auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung in Betracht. Dabei wird aufgrund der vorliegenden Satzung davon ausgegangen, dass der von der Deutschen Post AG gegründete Arbeit-

geberverband von dieser dominiert wird und der abgeschlossene Tarifvertrag für die Deutsche Post AG keinerlei arbeitsrechtliche Relevanz hat, sondern lediglich der Etablierung einer Marktzutrittsschranke im Briefzustellgewerbe dient. Verfahrensrechtlich führt dieser Verstoß durch Anzeige bei der Europäischen Kommission ggf. zu einem Mißbrauchsverfahren gegen die Beteiligten.

Aufgrund der nur im Europäischen, nicht jedoch im Deutschen Recht bestehenden Vorschrift des Art. 10 EG, kann sich das Mißbrauchsverfahren auch gegen die Bundesrepublik Deutschland selbst richten, da es dem Staat nach dieser Norm verwehrt ist, Handlungen vorzuschreiben, zu fördern oder zu legitimieren, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen (EuGH Rs. 66/86, Saeed, Slg. 1989, 803 Rn. 49).

b) Mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung / Diskriminierungsverbot / Behinderungsverbot (§§ 19 ff. GWB)

Des Weiteren stellt die gewählte Vorgehensweise einen Verstoß gegen die § 19, 20 GWB dar. Auch nach § 19 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen z.B. als Anbieter gewerblicher Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Zwar stellen tarifvertragliche Vereinbarungen grundsätzlich einen anerkannten Ausnahmebereich zu den Regelungen des GWB dar, jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass der mit ver.di geschlossene Tarifvertrag keinerlei Relevanz für die Deutsche Post AG hat, da sich ihr Lohnniveau über dem vereinbarten Mindestlohn befindet. Ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht somit nicht. Ein solcher Verstoß würde durch das Bundeskartellamt im Rahmen eines Mißbrauchsverfahrens verfolgt, in das auch die Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer Stellung als Hauptaktionär der Deutsche Post AG involviert wäre.

c) Beihilferechtliche Grenzen (Art. 87 ff. EG)

Es bestehen auch erhebliche Zweifel daran, ob die seitens der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Deutsche Post AG gewährten Subventionen insbesondere vor dem Hintergrund der nun beabsichtigten Schritte aufrecht erhalten werden können. Gem. Art. 87 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Soweit die Deutsche Post AG durch die staatlichen Subventionen in die Lage versetzt wird auch in Ballungsgebieten, die vom Subventionszweck der Daseinsvorsorge nicht erfasst sind, Löhne zu zahlen, die bestehende Wettbewerber aus dem Markt verdrängen und potentielle Wettbewerber aus dem Markt fernhalten, sollten die Tatbestandsvoraussetzungen hier erfüllt sein. Auch hier könnte der Gesetzentwurf zu einem Mißbrauchsverfahren führen.

5. Verabschiedung eines "Lex Post"

Die Erstreckung des Mindestlohntarifvertrags auf Unternehmen, die nicht zum Konzern der Deutschen

Post AG gehören - hier Außenseiter genannt - begegnet tiefgreifenden Bedenken. Der Mindestlohtarifvertrag wurde vom Arbeitgeberverband Postdienste zusammen mit ver.di verabschiedet. Mitglieder im Arbeitgeberverband Postdienste sind im Wesentlichen die Deutsche Post AG und Unternehmen, die zum Konzern der Deutschen Post AG zugerechnet werden. Der Mindestlohtarifvertrag findet auf die Deutsche Post AG und deren Tochterunternehmen in der Praxis gar keine Anwendung, da diese Unternehmen Löhne bezahlen, die über dem festgelegten Mindestlöhnen liegen. Der Mindestlohtarifvertrag ist im derzeitigen Stadium ein "Phantom"-Tarifvertrag ohne konkreten Anwendungsfall. Der Anwendungsfall soll auch nicht von den tarifschließenden Parteien geschaffen werden, sondern per Verordnungserlass nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz.

Danach sollen die Außenseiter der erste konkrete Anwendungsfall werden. Die Außenseiter hatten jedoch nie eine Chance auf das Zustandekommen und die Bedingungen dieses Mindestlohtarifvertrages Einfluss zu nehmen oder auch nur eine Stellungnahme abzugeben.

Im Ergebnis liegt eine Situation eines "Vertrags zu Lasten Dritter" vor. Mit dem Ziel, dass alle Konkurrenten annähernd das gleiche Lohnniveau eines Monopolisten mit Sonderrechten erhalten, wurde ein Mindestlohtarifvertrag abgeschlossen, der alleinige Anwendung auf Außenseiter finden soll, die nie Einfluss auf dieses Mindestlohtarifvertrag nehmen konnten. Mit anderen Worten: Die Parteien des Mindestlohtarifvertrages schließen diesen in dem sicheren Wissen ab, dass er bei den Verbandsmitgliedern des Arbeitgeberverbandes Postdienste gar nicht zur Anwendung gelangen kann, gleichwohl aber bei den Konkurrenzunternehmen des Konzerns der Deutschen Post AG, wenn dieser Mindestlohtarifvertrag per Verordnung allgemeinverbindlich erklärt wird.

Ein solcher Vorgang, bei dem gezielt nur Außenseiter von einem Tarifvertrag erfasst werden sollen, ist beispiellos in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Dass mit diesem Mindestlohtarifvertrag allein die Wettbewerbssituation des Monopolisten Deutsche Post AG aufrecht erhalten werden soll und es im Kern nicht um den Arbeitnehmerschutz geht, stellt einen Missbrauch dar.

II. Gesamtergebnis

1. Die Aufnahme von Briefdienstleistungen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz dehnt die Rechtsverordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales in verfassungsrechtlich nicht zulässiger und von der Koalition nicht gewollter Weise aus. Nicht die Bundesregierung, sondern das Bundesministerium für Arbeit und Soziales würde nach dem Gesetzesentwurf die weitreichende Verordnung über den Mindestlohn im Bereich der Briefdienstleistungen erlassen.
2. Der Gesetzesentwurf würde den Bundesminister für Arbeit und Soziales ermächtigen – und im Ergebnis

sogar verpflichten – nicht die Koalitionsbeschlüsse umzusetzen, die besondere Anforderungen an die Einführung des Mindestlohns (auch im Bereich der Postdienstleistungen) vorgeben, wie die Beteiligung der Tarifausschüsse und bestimmte Mehrheitsverhältnisse in Form eines "Entscheidungsbaums". Sollte der Deutsche Bundestag die vorgesehene Verordnungsermächtigung beschließen, wären die Vorgaben der Koalitionsbeschlüsse für das weitere Verordnungsverfahren hinfällig und unbeachtlich.

3. Der zwischen ver.di und dem von der Deutsche Post AG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e. V. geschlossene Tarifvertrag ist kein zulässiger Anlass für eine derartiger Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Der darin festgelegte Geltungsbereich führt dazu, dass das 50 %-Quorum nicht erreicht wird. Dies läßt sich nicht im Gesetzgebungsverfahren oder im Rahmen des Verordnungserlasses korrigieren.
4. Die Ausdehnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf Briefdienstleistungen und eine anschließend erlassene Verordnung, mit der der Mindestlohtarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt wird, ist arbeitsmarktllich kontraproduktiv. Aufgrund der Besonderheiten des Tarifvertrages, der auf das Monopolunternehmen Deutsche Post AG abstellt, führt der dort vereinbarte hohe Mindestlohn zur Vernichtung von Arbeitsplätzen.
5. Die Begründung unterstellt, aufgrund des zum 01.01.2008 auslaufenden Postmonopols würde kurzfristig Handlungsbedarf bestehen. Dies wird nicht näher begründet, obwohl das Gesetz zu erheblichen Eingriffen in Rechte Dritter und Wettbewerbsverzerrungen führen wird. Eine derartige Maßnahme ist nicht verhältnismäßig. Ein solches Gesetz kann erst dann auf den Weg gebracht werden, wenn Erfahrungswerte der Liberalisierung der Postmärkte vorliegen.
6. Der Mindestlohtarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V. erfüllt weder die gesetzlichen Vorgaben einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG noch die Vorgaben nach dem Koalitionsbeschluss. Der Gesetzesentwurf würde dazu führen, dass die von der Koalition angekündigten Anforderungen an Mindestlöhne gerade nicht umgesetzt werden. Dies würde – neben anderem – auch zur erheblichen Rechtsunsicherheiten in der deutschen Wirtschaft führen.
7. Eine derartige Vorgehensweise würde daher auch gegen Grundprinzipien rechtsstaatlicher Rechtssetzung verstoßen. Ein sachlicher Grund dafür, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zum Verordnungserlass zu ermächtigen, besteht nicht. Auch wegen der Reichweite der Verordnung sollte vielmehr der Koalitionsbeschluss umgesetzt werden, der einen Verordnungserlass durch die Bundesregierung vorsieht.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)784

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Thomas Cosmar, Berlin

Die Beschäftigten der Deutschen Post AG erwarten, dass die Politik zeitgleich mit der kompletten Liberalisierung des deutschen Briefmarktes zum Jahreswechsel den vorliegenden Mindestlohtarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt und damit dem weiteren Lohn- und Sozialdumping ein wirksamer Riegel vorgeschoben wird.

Hierzu ist die Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes der nun erforderliche Schritt und wird von den Beschäftigten begrüßt und aufmerksam verfolgt.

Bestandteil der Debatten um die Postreformen ab 1989 war stets die Sorge, dass die Privatisierung dieses personalintensiven öffentlichen Sektors zu Lohn- und Sozialdumping führen könnte. Deshalb wurde folgerichtig in das 1997 verabschiedete Postgesetz eine Sozialklausel aufgenommen, die eben genau dazu dienen sollte, einen Wettbewerb, der ausschließlich über die Lohnkosten geführt wird, zu verhindern.

Die Beschäftigten konnten zu diesem Zeitpunkt darauf hoffen, dass sie einen Vertrauensschutz genießen, der mindestens so viel wert sein sollte, wie er heute den neuen konkurrierenden Unternehmen in diesem Sektor, seitens der Politik zugebilligt wird.

Leider stellt sich für die Beschäftigten der Deutschen Post AG die Situation heute völlig anders dar.

Parallel zu der schrittweisen Marktliberalisierung sind die Lohn- und Arbeitsbedingungen auch bei der Deutschen Post AG schon bis heute unter starkem Druck geraten.

Bereits mit Wirkung zum 1. Januar 2001 gab es die Abkehr vom Bezahlungssystem des öffentlichen Dienstes und wurde ein neuer Entgelttarifvertrag, angepasst an die üblichen Arbeits- und Bezahlungsbedingungen des Speditions- und Logistikbereiches, in Kraft gesetzt.

Zwischen der Gewerkschaft ver.di und den Arbeitgebern einigte man sich darauf, den Flächentarifvertrag des Speditions- und Logistikbereiches Nordrhein-Westfalen

als Orientierungsrahmen eines neuen Entgelttarifvertrages festzulegen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass seit 1. Januar 2001 eingestellte Beschäftigte in der Briefzustellung **heute** mit einem rechnerischen Stundenlohn von 11,43 Euro vergütet werden.

Die vor diesem Stichtag beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind über einen Besitzstand abgesichert.

Deshalb werden auch heute noch Stundenlöhne zwischen 11 und 17 Euro bei der Deutschen Post AG im von der Liberalisierung betroffenen Bereich gezahlt.

Die Arbeitgeber bei der Deutschen Post AG hatten mit der Privatisierung den politischen Auftrag, aus der ehemaligen Deutschen Bundespost ein modernes und gewinnbringendes Unternehmen zu gestalten. Dies hat auch dazu geführt, dass sich das Unternehmen Erfordernissen des Marktes angepasst hat und durch fortschreitende Technisierung Tausende von Arbeitsplätzen abgebaut wurden.

Dabei war es aber in jedem Fall so, dass die Sozialpartner einvernehmliche Regelungen für diese Veränderungsprozesse vereinbaren konnten, die zum Schutz der Beschäftigten dienten. Durch die angewandte betriebliche Mitbestimmung, die einen Teil des Erfolges des Konzerns ausmacht, konnten die Beschäftigten regelmäßig in Veränderungsprozesse einbezogen werden.

Den Beschäftigten ist klar, dass die Deutsche Post AG einem Wettbewerb der ausschließlich über Lohnkosten ausgetragen wird, nicht lange standhalten wird.

Wenn sich nun die Einkommen der neuen Briefdienstleister bis zu 50 % unter denen der bereits 2001 abgesenkten Einkommen der Beschäftigten der Deutschen Post AG bewegen, dann ist ihnen klar, dass das entweder dazu führt, dass die Löhne bei der Post noch weiter abgesenkt werden oder hohe Arbeitsplatzverluste zu drohen.

Deshalb wird auf der Arbeitnehmerseite die Ankündigung des Abbaus von 32.000 Arbeitsplätzen sehr ernst genommen.

Dass die Regulierung des Wettbewerbs durch den branchenspezifischen Mindestlohn in der Höhe von acht bis 9,80 Euro verhindert werden soll, trifft auf das absolute Unverständnis der Beschäftigten.

Sie subventionieren bereits heute mit ihren Sozialabgaben die Löhne der Kolleginnen und Kollegen bei den neuen Briefdienstleistern, deren Einkommen so niedrig sind, dass sie Anspruch auf ergänzende Sozialleistungen haben.

Dies akzeptieren sie umso weniger, als dass damit zugleich ihre eigenen Arbeitsplätze und damit der Anspruch auf Planungssicherheit des eigenen Lebens mit aufs Spiel gesetzt wird.

Viele der Kolleginnen und Kollegen bei der Deutschen Post AG, die im Bereich der Briefzustellung arbeiten, haben eine Ausbildung gemacht.

Die Deutsche Post AG hat in den letzten Jahren bereits über ihren errechneten Bedarf hinaus Tausenden von

jungen Menschen ein Ausbildungsplatzangebot unterbreitet.

Wenn dieses Berufsbild durch die fortschreitende Prekarisierung der Arbeitsverhältnisse vernichtet wird, wird zugleich jenen jungen Menschen in unserem Land, die einen Hauptschulabschluss haben, die Möglichkeit verwehrt, sich eine zwar bescheidene aber verlässliche und menschenwürdige Berufsperspektive zu schaffen.

Wenn die Branche sich durch die Verhinderung des branchenspezifischen Mindestlohnes so weiter entwickelt wie bisher, wird billigend in Kauf genommen, dass alle Beschäftigten in der Briefbranche zusätzlichen Anspruch auf unterstützende Sozialleistungen haben werden.

Dies kann auch nicht im Sinne der Bevölkerung liegen, der auf der einen Seite erklärt wird, dass sie von mehr Wettbewerb als Kunden profitieren werde, aber auf der anderen Seite den entstehenden Niedrigstlohnsektor durch Sozialabgaben zu finanzieren hat.

gez. Thomas Cosmar

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)789

01. November 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Michael Schwemmler, Stuttgart

1.

Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf einer von Claus Zanker, Daniela Matthäi und mir erarbeiteten und im Dezember 2006 veröffentlichten **Studie zu den Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland**, welche - ihrer medialen und politischen Resonanz nach zu urteilen - offensichtlich ein ausgeprägtes Informationsbedürfnis adressieren konnte.¹⁸³ Im Zentrum dieser Untersuchung standen Fragen nach der Qualität der bei den Lizenznehmern am Briefmarkt in den Jahren seit 1998 entstandenen Arbeitsplätze. Ziel der Studie war es, hier über vielfältig bekannt gewordene, meist jedoch eher anekdotisch gebliebene Einzeleindrücke hinaus zu gelangen und zu einer belastbareren empirischen Basis für die Beurteilung der Beschäftigungsqualität in einem wachsenden Segment des Briefmarkts beizutragen. Wir haben uns dabei auf die neuen Briefdienstleister konzentriert und hier auf die in der Zustellung Tätigen.¹⁸⁴ Im Vorfeld der für das Jahr 2008 anstehenden kompletten Öffnung des deutschen Briefmarktes thematisiert unsere Untersuchung vor allem das Problem, ob und in welchem Ausmaß bei den neuen Anbietern prekäre Beschäftigung - insbesondere in den

Dimensionen „Beschäftigungsstabilität“, „Teilhabe“ und „Einkommen“¹⁸⁵ - festzustellen ist.

Die unseren Ergebnissen zugrundeliegenden Daten wurden im zweiten Halbjahr 2006 erhoben und basieren u.a. auf der Auswertung von

- 218 Stellenanzeigen der Bundesagentur für Arbeit zu Tätigkeiten als „Postzusteller“ (KW 30/06),
- 55 Fragebogen, die von Lizenznehmern schriftlich beantwortet wurden,
- 16 Experteninterviews,
- Arbeitsverträgen aus dem Bereich der Lizenznehmer.

Unsere Resultate zu den durchschnittlichen Einkommen liegen Daten von insgesamt 53 Unternehmen zugrunde, von denen wir über Angaben zu Entgelten pro Zeiteinheit verfügen.¹⁸⁶

2.

Unsere wesentlichen **Befunde** stellen sich wie folgt dar:

2.1.

In der **Dimension „Beschäftigungsstabilität“** zeigt sich, dass voll sozialversicherungspflichtige, langfristig angelegte Arbeitsverhältnisse bei den Lizenznehmern im Briefmarkt zu einem weitgehend atypischen Muster geworden sind. Mit einem Minijob-Anteil von 62,3% (2004) und einer weiten Verbreitung befristeter Arbeits-

¹⁸³ Unter „www.input-consulting.com/download/200612_Liberalisierung-Prekarisierung-Briefmarkt_Input.pdf“ steht die komplette Studie mit dem Titel „Liberalisierung und Prekarisierung - Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland“ zum Download zur Verfügung.

¹⁸⁴ Die Verhältnisse bei der Deutschen Post AG standen nicht im Fokus unserer Erhebungen. Der verschiedentlich als Kritik an unserer Studie gemeinte Hinweis, diese gleiche sich in puncto Beschäftigungsbedingungen sukzessive dem Verhalten ihrer Wettbewerber an, begreifen wir allerdings nicht als Gegenargument, sondern als Bestätigung unserer These zu der Wahrscheinlichkeit von „Rückkopplungseffekten“: „Gelingt es ... nicht, die Verhältnisse bei den Lizenznehmern als bisherigen Profiteuren der Prekarisierung nachhaltig zu verbessern, so besteht angesichts der ausgeprägten Asymmetrien in puncto Beschäftigungsbedingungen am Briefmarkt die akute Gefahr, dass auch die Standards bei der Deutschen Post AG unter zunehmenden Absenkungsdruck geraten.“ (Studie, S. 91)

¹⁸⁵ Damit sind drei Dimensionen angesprochen, die gemeinhin als konstitutive Definitionsmerkmale prekärer Beschäftigung gelten: „Unter den Begriff ‚Prekäre Beschäftigung‘ fallen Arbeitsverhältnisse mit niedrigen Löhnen, die häufig nicht auf Dauer und Kontinuität angelegt sind, keine Absicherung durch die Sozialversicherung und nur geringe arbeitsrechtliche Schutzrechte aufweisen.“ (IAB-Spezial Prekäre Beschäftigung: http://iab.de/asp/X_info/dokSelect.asp?pkyDokSelect=27&show=Lit)

¹⁸⁶ Darüber hinaus hatten wir Daten von 36 Unternehmen zu Stücklöhnen zur Verfügung, die jedoch aus methodischen Gründen nicht in die Durchschnittsberechnung Eingang gefunden haben.

verträge dominieren hier Beschäftigungsformen, die durch ein hohes Maß an Unsicherheit, Instabilität und Abhängigkeit charakterisiert sind. Der Anteil voll sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung bei den Lizenznehmern ist von 45,9% im Jahr 1999 auf 37,7% im Jahr 2004 zurückgegangen. Der Anteil von Minijobs an der Gesamtbeschäftigtenzahl liegt bei den Lizenznehmern am Briefmarkt mittlerweile höher als in dem traditionell von geringfügiger Beschäftigung geprägten Reinigungsgewerbe oder in der Gastronomie.

2.2.

In der **Dimension „Teilhabe“** ist zu konstatieren, dass es den Arbeitnehmern bei den neuen Briefdienstleistern in ihrer großen Mehrheit an der Möglichkeit fehlt, ihre beruflichen Interessen durch Nutzung institutionell gesicherter Partizipationschancen - z.B. durch die Wahl von Betriebsräten oder eine Mitarbeit in diesen¹⁸⁷ - zu vertreten oder ihre Arbeitsbedingungen mittels kollektiver Einflussnahme - z.B. durch Tarifverträge - zu gestalten. Mangels ausreichender „Primärmacht“ und aufgrund der durch Hierarchie und Autorität geprägten Personalführungsmethoden, wie sie für viele der Lizenznehmer typisch zu sein scheinen, bleiben ihnen auch Optionen individueller und informeller Teilhabe an den sie betreffenden Entscheidungen weitestgehend verwehrt.

2.3.

In der im Blick auf die aktuelle Debatte um einen branchenspezifischen Mindestlohn besonders relevanten **Dimension „Einkommen“** sind wir zu folgenden Ergebnissen gekommen:

Der durchschnittliche Stundenlohn (Median), der von den neuen Briefdienstleistern an ihre Beschäftigten in der Zustellung bezahlt wird, beträgt nach unseren Erhebungen in Westdeutschland 7,00 Euro und in Ostdeutschland 5,90 Euro. Das auf Basis dieser Stundenlöhne durchschnittlich zu erzielende monatliche Brutto-Entgelt (Median) liegt im Falle einer 38,5-Stundenwoche bei 1.169 Euro in Westdeutschland und bei 985 Euro in den neuen Bundesländern inklusive Berlin.

Ordnet man diese Entgeltaten vergleichend ein, so wird deutlich, dass die bei den Lizenznehmern im Durchschnitt erzielbaren Einkommen

- in Westdeutschland um rund 40% und in Ostdeutschland um rund 50% unter dem Einstiegsgehalt für Zustellkräfte bei der Deutschen Post AG liegen;
- in Westdeutschland um rund 31% und in Ostdeutschland um rund 20% unter den jeweiligen Niedriglohnschwellen (zwei Drittel des Medianlohnes) dieser Regionen rangieren;
- insofern als nicht existenzsichernd einzustufen sind, als sie für Westdeutschland um rund 11% und für Ostdeutschland um rund 17% geringer ausfallen als ein Arbeitseinkommen, mit dem sich der Mindestbedarf nach den Bestimmungen des Sozialgesetzbuches II decken lässt. Relevante Teile der Erwerbstätigen bei den neuen Briefdienstleistern erfüllen folglich selbst im Falle einer Vollzeitbeschäftigung die Kriterien der Hilfebedürftigkeit nach SGB II und haben Anspruch auf ergänzendes Arbeitslosengeld II.

Einen Überblick zu den im Briefsektor üblichen Entgelten vermittelt die nachstehende Tabelle:

¹⁸⁷ Unseren Erhebungen zufolge gibt es nur bei 3,5% aller betriebsratsfähigen Unternehmen unter den Lizenznehmern auch tatsächlich eine betriebliche Interessenvertretung.

Einkommen im Briefsektor im Überblick				
	Westdeutschland		Ostdeutschland	
	Monatslöhne	Stundenlöhne	Monatslöhne	Stundenlöhne
Deutsche Post AG ¹⁾	1.978 €	11,84 €	1.978 €	11,84 €
Niedriglohnschwelle ²⁾	1.707 €	10,22 €	1.229 €	7,36 €
Tarifvertrag Speditionsgewerbe ³⁾	1.551 €	9,29 €	1.419 €	8,50 €
Neue Briefdienstleister ⁴⁾	1.169 €	7,00 €	985 €	5,90 €

¹⁾ Einstiegsentgelt für einen Briefzusteller (inkl. 13. Monatsgehalt- und Urlaubsgeld und dem Basisbetrag der variablen Vergütung) bei Vollzeit 38,5 Wochenstunden, auf 12 Monatsgehälter umgerechnet, Stand: November 2006

²⁾ 2/3 des Durchschnittseinkommens (Median) in 2004

³⁾ Westdeutschland: Tarifvertrag Speditionsgewerbe Hamburg, Einstiegsentgelt für Zusteller pro Monat; Ostdeutschland: Tarifvertrag Speditionsgewerbe Brandenburg, Monatsentgelt für Zusteller

⁴⁾ Eigene Erhebungen, Stundenlöhne umgerechnet auf Monateinkommen bei 38,5 Wochenstunden, Durchschnittsbeträge (Median)

3.

Zentrale Feststellungen unserer Studie werden durch die jüngst bekannt gewordenen Zwischenergebnisse einer von der **Bundesnetzagentur** seit Juni 2007 durchgeführten Vollerhebung im wesentlichen bestätigt.¹⁸⁸ Basierend auf Angaben, die nach Einschätzung der Bundesnetzagentur rund 85% der Arbeitnehmer bei den Lizenznehmern abdecken, gehen diese von einem durchschnittlichen Stundenlohn für Briefzusteller in Höhe von 7,33 Euro aus. Die Durchschnittswerte für die neuen Bundesländer liegen dabei noch deutlich unter dieser Marke und rangieren zwischen 5,68 Euro (Brandenburg) und 6,68 Euro (Sachsen).¹⁸⁹ Auch nach den Befunden der Bundesnetzagentur fällt das durchschnittliche Entgelt eines Zustellers bei den neuen Briefdienstleistern um rund 40% niedriger aus als der von ihr ermittelte Durchschnittsverdienst von Briefzustellern der Deutschen Post AG. Ebenso liegt dieses deutlich unter der Niedriglohnschwelle. Die Daten der Bundesnetzagentur unterstreichen zudem unsere Feststellung, dass die Briefzusteller bei den Lizenznehmern großteils keine individuell existenzsichernden Entgelte erreichen und insoweit Anspruch auf ergänzendes Arbeitslosengeld II haben.

4.

Die Ergebnisse unserer Studie zeigen zusammengefasst, dass

- die bei den neuen Anbietern am deutschen Briefmarkt entstandenen Arbeitsplätze ein **ausgeprägt präkäreres Potenzial** in puncto Beschäftigungsstabilität, Teilhabe und Einkommen aufweisen;
- das Arbeitsmarktsegment der Briefdienstleister in der Frage der Beschäftigungsbedingungen von einer starken Asymmetrie zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und dessen Wettbewerbern gekennzeichnet ist;
- die Mehrheit der Lizenznehmer ein Geschäftsmodell verfolgt, das vornehmlich auf den Kostenvorteilen prekärer Beschäftigung basiert;
- trotz rechtlicher Vorkehrungen - zu nennen sind hier vor allem die sozialen Lizenzauflagen nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG - entsprechende Regulierungsan-

¹⁸⁸ Bundesnetzagentur: Umsetzung des Beschlusses des Beirats vom 02.07.07 zu den Arbeitsbedingungen im Briefmarkt - Informationen für die 58. Sitzung des Beirats am 12.11.2007. Aktueller Stand und Zwischenergebnisse der Vollerhebung (29.10.2007)

¹⁸⁹ Bei der Interpretation dieser Ergebnisse ist zum einen zu bedenken, dass ein Teil der Lizenznehmer bis dato die Anfrage der Bundesnetzagentur noch nicht beantwortet hat, zum anderen, dass die Antworten durch die seit Monaten geführte kritische Diskussion über Niedriglöhne bei den neuen Briefdienstleistern nicht unbeeinflusst geblieben sein dürften. Beide Aspekte begründen die Vermutung, dass die tatsächlichen bzw. die abschließend von der Bundesnetzagentur ermittelten Durchschnittslöhne eher noch niedriger liegen könnten als die derzeitigen Zwischenergebnisse.

sätze in Deutschland bis dato ohne Wirkung geblieben sind.

Es kann nach unserer Einschätzung keinen begründeten Zweifel daran geben, dass sich die Prekarisierungsproblematik im Falle der endgültigen wettbewerblichen Öffnung des Briefmarktes zum 1. Januar 2008 und unter ansonsten gleichbleibenden Randbedingungen weiter verschärfen würde. Damit droht ein Sektor mit traditionell abgesicherten Beschäftigungs- und Einkommensbedingungen zunehmend in die Zone von Niedrig- und Niedrigstlöhnen abzugleiten.⁵

Die problematischen Implikationen prekärer Beschäftigung am Briefmarkt begründen die Notwendigkeit geeigneter **Gegenmaßnahmen**. Wir haben in unserer Studie - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - die folgenden fünf Handlungsoptionen angeführt, die hier potenziell zielführend sein könnten:

- Eine Aussetzung oder Verlangsamung der geplanten Marktöffnung;
- eine Flankierung der weiteren Liberalisierung durch effektive Anwendung des Regulierungsinstruments der sozialen Lizenzauflagen;

- die verstärkte Berücksichtigung sozialer Standards bei der Auftragsvergabe öffentlicher Instanzen durch Tariftreueklauseln;
- eine tarifvertragliche Regulierung der Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern;
- die Durchsetzung eines allgemeinen oder branchenspezifischen Mindestlohnes.

Der von der Bundesregierung vorgelegte „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes“ (BT-Drucksache 16/6735) konstatiert zu Recht, dass „im Bereich der Postdienstleistungen ... im Zuge des zum 1. Januar 2008 auslaufenden Postmonopols kurzfristig Handlungsbedarf (besteht)“. Angesichts dieses Zeitdrucks und der Tatsache, dass vier der oben genannten fünf Handlungsoptionen aus unterschiedlichen Gründen im verbleibenden Zeitraum bis zum Jahresende nicht mehr wirksam zur Anwendung gebracht werden können, befürworten wir die Zielsetzung wie auch den Lösungsansatz des Gesetzentwurfes der Bundesregierung uneingeschränkt.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)776

31. Oktober 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Prof. Dr. Ulrich Preis, Köln

I.

Die Einbeziehung der Briefdienstleistungsbranche in das AEntG begegnet keinen durchgreifenden verfassungs- und europarechtlichen Bedenken. Die Einbeziehung weiterer Branchen unterfällt ebenso dem politischen Gestaltungsspielraum wie die ursprüngliche Normierung für die Baubranche oder die bereits erfolgte Ausdehnung auf das Gebäudereinigerhandwerk. Den weiten Handlungsspielraum des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung betont besonders deutlich BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 (307): Das BVerfG konstatiert hier einen „besonders weitgehenden Einschätzungs- und Prognosevorranges“ des Gesetzgebers „auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung“. Es sei „vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“

Aus dieser zutreffenden Perspektive begegnet die Ausdehnung des AEntG auf die Briefdienstleistungsbranche weder im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) noch auf die Berufsfreiheit der erfassten Arbeitgeber (Art. 12 I GG) verfassungsrechtlichen Bedenken. Soweit überhaupt ein Eingriff in die Schutzbereiche dieser Grundrechte zu konstatieren ist, kann dieser ohne weiteres durch legitime sozialstaatliche Erwägungen – Schutz geringverdienender Arbeitnehmer sowie der sozialen Sicherungssysteme – gerechtfertigt werden. Der Tariftreuebeschluss des BVerfG (BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202) identifiziert es als verfassungsrechtlich legitimes Ziel des Gesetzgebers, einem „Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten“ entgegenzuwirken. Die Maßnahme diene dem Schutz der Beschäftigten tarifgebundener Unternehmen vor Verdrängung durch nicht tarifgebundene Konkurrenz und damit mittelbar der

Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Legitimes Regelungsziel sei ferner die „Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards“ sowie die „Entlastung der [...] Systeme der sozialen Sicherheit.“ Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte werde zudem das Tarifvertragssystem als Instrument zur Sicherung sozialer Standards unterstützt. Diese aus Perspektive des BVerfG legitimen Regelungsziele rechtfertigen auch die Einbeziehung weiterer Branchen in den Anwendungsbereich des AEntG.

Auch europarechtlich ist die Schaffung sozialer Mindeststandards zweifellos gerechtfertigt: Aus Perspektive des EuGH beschränkt die Festsetzung von Mindestlöhnen zwar die Dienstleistungsfreiheit; diese Beschränkung ist aber durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Schutz der Arbeitnehmer gerechtfertigt (EuGH 28.3.1996 Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, 1920, Rdnr. 16). In der Rechtssache Wolff (EuGH 12.10.2004 Rs. C-60/03 (Wolff), Slg. 2004, 9553) hat der EuGH zudem darauf hingewiesen, dass als legitimes Ziel des nationalen Gesetzgebers bei der Statuierung von Mindestarbeitsbedingungen auch Anerkennung finde, „einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt“. Hierin könne ein zwingendes Erfordernis liegen, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne, soweit die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibe. Ein Widerspruch zwischen dem Schutz eines fairen Wettbewerbs auf der einen Seite und der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der anderen Seite bestehe nicht.

Bei der Ausweitung des AEntG auf weitere Branchen handelt es sich demnach nicht primär um ein Problem der zweifellos gegebenen rechtlichen Zulässigkeit, sondern um eine rein politisch zu entscheidende und zu verantwortende Frage. Die politische Einschätzung, dass in der Briefdienstleistungsbranche ein besonderes soziales Schutzbedürfnis zu konstatieren ist, welches die Festle-

gung verbindlicher Mindeststandards erfordert, ist somit verfassungs- und europarechtlich unbedenklich und nicht justitiabel.

II.

Schließlich ist von der Ausweitung des AEntG auf weitere Branchen deutlich die Frage zu trennen, unter welchen Voraussetzungen ein konkreter Tarifvertrag gemäß § 1 IIIa AEntG auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien erstreckt werden kann. Dabei handelt es sich um die nachgelagerte Frage der Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Rechtsverordnung.

Insoweit ist auf Folgendes hinzuweisen:

Durch die bloße Erstreckung eines Tarifvertrags auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse wird die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) der hiervon betroffenen Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer grundsätzlich nicht berührt. Diese überzeugende Sichtweise entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BVerfG. Die Geltungserstreckung des zwischen AGV Postdienste und Verdi geschlossenen TV Mindestlohn gemäß § 1 IIIa AEntG wäre daher mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit unbedenklich.

Durch die zwingende Festschreibung von sozialen Mindeststandards im Anwendungsbereich des AEntG wird die positive Koalitionsfreiheit/Tarifautonomie konkurrierender Tarifparteien nicht beeinträchtigt. Auch insoweit kann man – mit Blick auf das notwendige Konkurrenzverhältnis von tarifautonomen und staatlichen Regelungsbefugnissen – bereits einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 9 III GG verneinen. Bejaht man gleichwohl einen Eingriff, lässt sich dieser durch kollidierendes Verfassungsrecht (insbesondere das Sozialstaatsprinzip, Art. 20 I GG) rechtfertigen, sofern mit der Festsetzung von Mindeststandards eine vertretbare soziale Intention verfolgt wird.

Auch bei Anwendung des Verfahrens nach § 1 IIIa AEntG ist nach hier vertretener Auffassung ein „öffentliches Interesse“ an der Tarifierstreckung aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen erforderlich. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ fasst dabei die an eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen bzw. Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten zu stellenden Anforderungen zusammen. Eine Einhaltung des 50%-Quorums (§ 5 I 1 Nr. 1 TVG) ist beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG dagegen nicht erforderlich; wird es jedoch eingehalten, erleichtert es die Darlegung eines „öffentlichen Interesses“ an der Tarifierstreckung.

Bei der Feststellung, ob ein Tarifvertrag das 50%-Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG erfüllt, sind alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Auf die tatsächliche Anwendung des Tarifvertrags in den Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Insbesondere dass in Arbeitsverhältnissen der Tarifvertrag durch speziellere Firmentarifverträge verdrängt wird, die dieselbe Gewerkschaft abgeschlossen hat, ändert nichts an der Einbeziehung dieser Arbeitsverhältnisse in das Quorum. Unterschreiten die Firmentarifverträge das Entgeltniveau des TV Mindestlohn, entfaltet er unmittelbare Rechtswirkungen. Überschreiten die Firmentarifverträge hingegen das Entgeltniveau des TV Mindest-

lohn, so liegt hierin erst recht die Billigung des tariflichen Mindestlohns. Der TV Mindestlohn und die speziellen Firmentarifverträge bilden in diesem Fall ein widerspruchsfreies Regelungsgefüge. In dem Abschluss spezieller Firmentarifverträge liegt dann keine Entscheidung des Arbeitgebers gegen den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag. Diese Entscheidung für oder gegen den Tarifvertrag – und damit seine „Repräsentativität“ für eine (qualitative) Mehrheit der Arbeitgeber in der Branche – ist für die Erfüllung des Quorums wesentlich.

Da die bei der Deutschen Post AG noch bestehenden Beamtenverhältnisse kontinuierlich durch Arbeitsverhältnisse ersetzt werden, können auch Beamtenverhältnisse in die Berechnung des Quorums einbezogen werden. Diesem kommt ein zukunftsgerichteter, prognostischer Charakter zu. Es besteht hingegen kein Anlass, Arbeitnehmer in die Berechnung des Quorums einzubeziehen, die anderen als den vom Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfassten Tätigkeiten nachgehen und die deshalb nicht in den Geltungsbereich des TV Mindestlohn fallen.

Das erforderlich öffentliche Interesse an einer Geltungserstreckung des Tarifvertrags dient dem sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer. Soweit hierdurch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eintreten, sind diese hinzunehmen. Sozialer Schutz lässt sich ohne Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs nicht realisieren. Beide Aspekte bedingen einander. Eine Differenzierung zwischen einer legitimen sozialen Schutzfunktion und einer illegitimen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ist daher nicht tragfähig. Gemessen daran und unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers ist ein „öffentliches Interesse“ an der Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn nicht zu bestreiten. Legitime Schutzziele sind insbesondere der soziale Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer vor nicht existenzsichernden Niedriglöhnen, der Schutz der sozialen Sicherungssysteme sowie die Sicherstellung der verlässlichen Aufgabenerfüllung durch qualifizierte Mitarbeiter in der besonders sensiblen Postbranche. Soweit die Umsetzung dieser Schutzziele zu Beschränkungen des Außenseiter-Wettbewerbs führt bzw. derartige Beschränkungen zur Umsetzung erforderlich sind, sind diese zu akzeptieren.

Gegen die Festlegung des Geltungsbereichs des TV Mindestlohn bestehen keine Bedenken. Der Regelungskompetenz der Tarifparteien werden Grenzen lediglich durch die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit sowie die Beachtung zwingenden Rechts gesetzt. Die Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes Postdienste ist zu bejahen. Es scheint bereits zweifelhaft, ob eine demokratische Binnenstruktur notwendige Voraussetzung der Tariffähigkeit eines Arbeitgeberverbandes ist. Jedenfalls genügt die Binnenstruktur des Arbeitgeberverbandes Postdienste demokratischen Maßstäben, da sie das Gewicht der Mitgliedsunternehmen in Abstimmungen nach ihrem tarif- und beschäftigungspolitischen Gewicht bemisst. Dabei handelt es sich um ein bei Arbeitgeberverbänden übliches und sachgerechtes Abstimmungsprinzip.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)775

31. Oktober 2007

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. November 2007 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

BT-Drucksache 16/6735

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

Man mag meinen: Ein solch kurzes Gesetz kann keinen Fehler haben. Doch in den fünf Worten zur Ergänzung des AEntG finden sich gewichtige ordnungspolitische und juristische Irrtümer. Nur auf letztere will ich mich im Folgenden beschränken, denn nur dafür bin ich als Sachverständiger geladen.

I. Gerade die Briefbranche einzubeziehen ist gleichheitswidrig - insb. im Hinblick auf § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG

Auch wenn ich mit diesem ersten Einwand angesichts der bestehenden Mehrheitsverhältnisse sicherlich nicht gehört werde: Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ zu behandeln.¹⁹⁰ Willkür ist gegeben, wenn die Maßnahme im Verhältnis zur Situation „tatsächlich und eindeutig unangemessen ist“.¹⁹¹ Dieser Maßstab ist in neueren Entscheidungen des BVerfG nicht abgelöst worden, aber ergänzt durch die „neue Formel“. Nach dieser ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“,¹⁹² bzw. wenn sich nicht auch nur irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund für die Differenzierung anführen lässt.¹⁹³ Wie man es auch nimmt: Der Gesetzgeber unterliegt also der Pflicht, Ungleichbehandlungen unter Berücksichtigung der Eigenart des jeweiligen Sachgebiets folgerichtig, mithin systemgerecht, zu regeln.¹⁹⁴ Jede festgestellte

Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung durch ein legitimes Regelungsziel. Differenzierungskriterium und -ziel müssen nicht in der Weise verfassungsrechtlich fundiert sein, dass etwa nur im Grundgesetz ausdrücklich benannte Rechtfertigungsgründe herangezogen werden dürften.¹⁹⁵ Es dürfen auch wirtschafts- und beschäftigungspolitische Differenzierungsziele mitberücksichtigt werden. Entscheidend ist die Sachgerechtigkeit der Differenzierungskriterien und -ziele, die sich bei einer objektiven Gesamtbetrachtung erschließen müssen.¹⁹⁶

Gegenüber anderen Branchen besteht nun für die Briefdienstleistungsbranche kein besonderes Bedürfnis nach einer Ausdehnung des AEntG. Darüber helfen auch Schlagworte wie „Lohndumping“ nicht hinweg, zumal die hierzu im Auftrag der Bundesnetzagentur durchgeführte Untersuchung dafür keine Anhaltspunkte liefert (vgl. Wik-Studie „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“). Ein besonderer Schutzbedarf von Arbeitnehmern der Briefdienstleistungsbranche besteht gerade aufgrund des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nicht (Versagung einer beantragten Lizenz für den Fall, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“). Hier voranzuschreiten gegenüber anderen Branchen ist nicht sachlich gerechtfertigt, sondern vor allem durch Lobbyismus zu erklären.¹⁹⁷ Aus den gleichen Gründen wäre auch eine Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit konkurrierender Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht zu rechtfertigen.

¹⁹⁰ BVerfG, 16.3.1955 - 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144, 147; BVerfG, 26.4.1988 - 1 BvL 84/86, BVerfGE 78, 104, 121 = NJW 1988, 2231.

¹⁹¹ BVerfG, 15.3.1989 - 1 BvR 1428/88, BVerfGE 80, 48, 51 = NJW 1989, 1917.

¹⁹² BVerfG, 7.10.1980 - 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88 = NJW 1981, 271; BVerfG, 29.5.1990 - 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60, 86 = NJW 1990, 2869.

¹⁹³ BVerfG, 12.4.1972 - 2 BvR 704/70, BVerfGE 33, 44, 51; BVerfG, 8.4.1987 - 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 157 = NJW 1987, 3115.

¹⁹⁴ Nachweise v.a. Dreier/Heun, GG, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 33 f.

¹⁹⁵ ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 3 GG Rn. 37.

¹⁹⁶ ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 3 GG Rn. 39.

¹⁹⁷ S. auch die Einschätzung der Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 26.8.2008, S. 24.

Der Grundsatz der Sachgerechtigkeit einer gesetzlichen Regelung, welcher für Art. 3 Abs. 1 GG beachtlich ist,¹⁹⁸ scheint auch noch ein einem anderen Punkt verletzt: Werden Postdienste in das AEntG aufgenommen, um für inländische Arbeitnehmer Löhne festzulegen, während das Gesetz an sich und bei den übrigen Branchen auf die Erstreckung inländischer Löhne auf ausländische Anbieter von Dienstleistungen gerichtet ist – die es im Postdienstleistungsbereich gar nicht gibt –, fehlt es an der Kohärenz der gesetzlichen Regelung. Art. 3 Abs. 1 GG lässt nicht zu, dass eine Regelung, die auf ein bestimmtes Ziel zugeschnitten ist, im Einzelfall nach politischer Opportunität auch ganz anderen Zwecken dienstbar gemacht wird. Mit anderen Worten: Die Pflicht zur Systemstimmigkeit, die Art. 3 GG formuliert, verbietet es, dass Gesetze zweckentfremdet werden. Genau dies geschieht aber, weil Entsendungen von Postbosten aus dem Ausland nun sicherlich nicht zu erwarten sind.

Fazit: In der Diskussion um den Mindestlohn haben wir angefangen bei den Friseurinnen in Eberswalde, die 3,50 € pro Stunden bekommen (s. ArbG Eberswalde vom 15.11.2005 - 5 Ca 1234/05). Das dies verhindert werden sollte, ist gut und richtig. Doch hier bleibt die Politik untätig. Stattdessen werden jetzt besondere Schutzinstrumente für eine Arbeitnehmergruppe geschaffen, die ohnehin schon unter einem besonderen gesetzlichen Schutz steht – und auf einem voraussichtlichen Niveau, der von der langläufigen Vorstellung von Mindestlöhnen weit entfernt ist. Das ist auch verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen. Das Gesetz wird zweckentfremdet: Die Entsendung von Postbosten aus dem Ausland ist nicht vorstellbar und wird von niemandem behauptet.

II. Drohender Bruch im System des AEntG: Aufnahme von Tätigkeiten, nicht einer Branche

Mehr Gehör erhoffe ich mir im Hinblick auf meinen Zweiten, rechtstechnischen Einwand: Die Reichweite der Tarifierstreckung nach dem AEntG ist bislang durch zwei Grenzen beschränkt: Zum einen die Grenzen der Branche, die in das AEntG aufgenommen wurde, zum anderen den betrieblichen und personellen Geltungsbereich des Tarifvertrags, der erstreckt werden soll. Nur wo sich beide Bereiche überschneiden, kann es zu einer Tarifbindung kommen. Denn sonst fehlt es an einem erstreckungsfähigen Tarifvertrag oder aber an einer Einbeziehung der (Teil-)Branche in das AEntG. Weder durch die Allgemeinverbindlicherklärung noch durch eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG kann der räumliche, personelle, betriebliche Bereich eines Tarifvertrags erweitert werden.¹⁹⁹

Das Problematische am MindestlohnTV ist nun, dass dieser auf einen betrieblichen/branchenmäßigen Geltungsbereich verzichtet. Eine Einschränkung erfolgt hier lediglich über den persönlichen Geltungsbereich in Anknüpfung an die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Denn ab § 1 Abs. 2 soll der Tarifvertrag „für alle Betriebe (gelten), die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für

Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebes“. Damit ist eben nicht die betriebliche Prägung entscheidend, sondern allein, dass sich im Betrieb Arbeitnehmer finden, die Briefsendungen befördern. Dies entspricht eins zu eins der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs nach § 1 Abs. 3 des Tarifvertrags: „Der Tarifvertrag gilt für alle Arbeitnehmer, die Tätigkeiten in der gewerbs- oder geschäftsmäßigen Beförderung von Briefsendungen für Dritte ausüben“. Damit werden alle Arbeitnehmer, die Briefsendungen für Dritte befördern, in den Anwendungsbereich des Tarifvertrags eingenommen, unabhängig vom Arbeitgeber bei dem sie beschäftigt sind und der betrieblichen Organisation, in der sie arbeiten. Allein die Kurierdienste (§ 1 Abs. 2 TV) und die Zeitungszusteller (§ 1 Abs. 3 TV) sind hier ausdrücklich ausgenommen. Dies ist ungewöhnlich und entspricht nicht den bisherigen Mindestlohnverträgen, in denen – ebenso wie im AEntG selbst – jeweils eine branchenmäßige Anknüpfung zu finden ist.

Würde man diesen Tarifvertrag nun zur Grundlage einer Erstreckung nach dem AEntG machen, dann würde dies zu erheblichen Friktionen im Tarifsysteem führen:

- *Keine überwiegende Prägung des Betriebs:* Weil eine überwiegende Prägung des Betriebs und Unternehmens durch die Briefdienstleistung nicht verlangt wird, käme es zu Überschneidungen mit zahlreichen anderen Tarifverträgen, deren Geltungsbereich eben branchenmäßig strukturiert ist. Der Tarifvertrag würde in andere Branchen übergreifen, solange da nur Briefzustellungen vorgenommen werden. Die Kollision wäre nach der Rechtsprechung des BAG zum AEntG stets zu Gunsten des Mindestlohnvertrags aufzulösen.²⁰⁰ De facto hieße dies, dass mitgliedschaftlich legitimierte Tarifverträge in anderen Bereichen durchbrochen und verdrängt würden durch den Mindestlohnvertrag des AEntG, der mit der Branche, in der er nun übergreift, nichts zu tun hat. Bedenkt man nun die – verfehlt, aber bisher durch das BAG noch nicht widerrufen – Rechtsprechung zur Tarifeinheit,²⁰¹ so würde sich überdies die Frage stellen, inwieweit die dann konkurrierenden Tarifverträge nebeneinander im Betrieb bestehen könnten oder letztlich zu Gunsten eines Tarifvertrags aufgelöst werden müssten. Jedenfalls wäre der Arbeitgeber einer anderen Branche für bestimmte Arbeitnehmer gezwungen, den Mindestlohnvertrag anzuwenden, obwohl er selbst an andere Tarifverträge gebunden ist. Diese Erstreckung über die Branche hinaus wirft damit erhebliche verfassungsrechtliche, auf der Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG beruhende Fragen auf.

- *Keine überwiegende Prägung der Tätigkeit des Arbeitnehmers:* Die dargelegten Bedenken verstärken sich dadurch, dass nach dem Wortlaut des Tarifvertrages noch nicht einmal eine überwiegende Prägung der Tätigkeit des Mitarbeiters durch die Briefdienstleistung erforderlich ist. Damit würde der Tarifvertrag bereits dann ungeachtet anderweitiger Tarifverträge gelten, wenn der Arbeitnehmer auch nur einen Brief in seinem Arbeitsleben austeilte. Ob eine derart weite Bestimmung des persönli-

¹⁹⁸ Grundlegend BVerfGE 4, 219, 243; 36, 336, 394 (keine „willkürliche Abweichung von einem selbstgesetzten System“); ferner von Münch/Kunig/Gubelt, GG-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 30 m.w.N.

¹⁹⁹ Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn. 20; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 167.

²⁰⁰ Anfrage des 9. Senats vom 9.9.2003 (-9 AZR 478/02(A)), beantwortet mit Beschluss vom 13.5.2004 (-10 AS 6/04) unter Aufgabe seiner gegenteilige Auffassung (BAG v. 4.12.2002 -10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = Eza TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 17). S. auch BAG v. 25.1.2005 - 9 AZR 146/04, DB 2005, 1635.

²⁰¹ Thüsing/von Medem, ZIP 2007, 510.

chen Geltungsbereichs des Tarifvertrages überhaupt möglich ist, ist durch die Rechtsprechung bisher noch nicht geklärt. Es gibt solche Tarifverträge in der Praxis nicht und sie erwiesen sich auch als gänzlich unpraktikabel. Der Tarifvertrag strebt die angemessene Regelung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers an. Was angemessen ist, bestimmt sich nach dem Schwerpunkt seiner Tätigkeit, so dass Tarifverträge durchgehend im persönlichen Geltungsbereich an eben diesem Schwerpunkt und dessen Prägung anknüpfen. Hier andere Regelungen zu treffen, ist funktionswidrig und es stellt sich wiederum die Frage, ob dies durch die Grenzen des Tarifvertragsgesetzes, vor allem aber durch kollidierende Grundrechte Dritter, die ihrerseits ihre Koalitionsfreiheit durch den Abschluss eigenständiger Koalitionsverträge ausüben, eingeschränkt wird.

Fazit: Die Rechtsprechung sollte deutlich machen, dass nur die Briefleistungsbranche in das AEntG aufgenommen wird.

III. Der MindestTV, wie er jetzt vorliegt, kann nicht Grundlage der Tarifierstreckung sein – schon weil er (zumindest teilweise) unwirksam ist

Wer schon weiter über die Gesetzesänderung hinaus an die künftig zu erlassende Rechtsverordnung denkt, der sollte sich darüber im Klaren sein, dass Grundlage einer solchen Rechtsverordnung nicht der MindestTV sein kann, wie er am 7.9.2007 zwischen ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. vereinbart wurde. Denn dieser ist teilweise nicht von der Tarifzuständigkeit der Vereinigungen umfasst (1.), es bestehen Zweifel an der Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes (2.), und der Tarifvertrag enthält er rechtswidrige Regelungen zur Berechnung des Tarifentgelts (3.).

1. Tarifzuständigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Tarifvertrags

Die Tarifzuständigkeit ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Fähigkeit eines an sich tariffähigen Verbands, Tarifverträge mit einem bestimmten Geltungsbereich abzuschließen.²⁰² Inhalt, Voraussetzungen und Folgen der Tarifzuständigkeit sind gesetzlich nicht geregelt. Sie wird in § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 ArbGG vorausgesetzt. Demgegenüber regelt das Tarifvertragsgesetz in § 3, § 4 Abs. 1 die Voraussetzungen und die Folgen der Tarifgebundenheit. Die Tarifzuständigkeit ist eine rechtliche Eigenschaft der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigung. Sie kommt dem Verband als solchem und nicht dessen einzelnen Mitgliedern zu. Dagegen betrifft die Tarifgebundenheit den einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer. Die Befugnis des Verbands zur Festlegung seiner Tarifzuständigkeit ist Ausdruck der grundrechtlich geschützten kollektiven Betätigungsfreiheit. Die Freiheit des einzelnen Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, durch den Beitritt zu einem Verband eine Tarifgebundenheit zu begründen, beruht demgegenüber auf seiner individuellen Koalitionsfreiheit. Die Tarifzuständigkeit richtet sich nach der Verbandssatzung. Sie erfährt durch das Gesetz grundsätzlich weder eine Erweiterung noch eine Beschränkung. Die

Tarifgebundenheit des einzelnen Arbeitgebers oder Arbeitnehmers hängt demgegenüber grundsätzlich von dessen individueller Entscheidung über seine Mitgliedschaft im betreffenden Verband ab. In bestimmten Fällen wird sie allerdings auch unabhängig von seinem Willen durch § 3 Abs. 3 TVG und durch § 5 Abs. 4 TVG erweitert. Die Tarifzuständigkeit beider Tarifvertragsparteien ist notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Tarifvertrags und dessen Geltung. Der Geltungsbereich eines Tarifvertrags kann nicht weiter reichen als die sich überschneidende Tarifzuständigkeit der Tarifpartner.²⁰³

Subsumiert man hierunter die Satzungen der beteiligten Tarifpartner, so wird schnell deutlich, dass der Tarifvertrag in seiner uferlosen personellen wie betrieblichen Weite nicht von den Satzungen getragen wird. Dies gilt sowohl für die Arbeitgeber- wie auch für die Gewerkschaftssatzung. § 4 Abs. 1 der ver.di-Satzung von Oktober 2003 (zuletzt geändert am 30.11.2006) bestimmt die Tarifzuständigkeit für „Unternehmen, Betriebe, Einrichtungen und Verwaltungen der im Anhang 1 abschließend aufgeführten Bereiche...“. Dies wird wiederum in Anhang 1 der Satzung konkretisiert. Dieser bestimmt dann eine Tarifzuständigkeit für „Betriebe, Unternehmen und Konzerne der Telekommunikation, der Postdienste und der Postbank sowie der Hilfs- und Nebenbetriebe einschließlich rechtlich ausgegliederter bzw. selbstständiger, jedoch wirtschaftlich-organisatorisch zugeordneter Dienstleistungsbetriebe“.

§ 4 Organisationsbereich

1. Der Organisationsbereich der ver.di umfasst Unternehmen, Betriebe, Einrichtungen und Verwaltungen der im Anhang 1 abschließend aufgeführten Bereiche sowie alle Mitglieder, die im Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung zur ver.di Mitglied der DAG waren. Der Organisationsbereich schließt Nebenbetriebe sowie rechtlich ausgegliederte und selbstständige - jedoch wirtschaftlich zugeordnete - Dienstleistungsbetriebe ein. Er erfasst auch ver.di und ihre Einrichtungen.
2. Das Nähere regelt der in Anhang 1 zu dieser Satzung aufgeführte Organisationskatalog, der Bestandteil dieser Satzung ist.
3. ver.di anerkennt die satzungsrechtliche Funktion des DGB zur Klärung von Organisationszuständigkeiten zwischen dessen Mitglieds-gewerkschaften.

Anhang 1: Abschnitt 1.1 Postdienste, Postbank und Telekommunikation Betriebe, Unternehmen und Konzerne der Telekommunikation, der Postdienste und der Postbank sowie deren Hilfs- und Nebenbetriebe einschließlich rechtlich angegliederter bzw. selbstständiger, jedoch wirtschaftlich-organisatorisch zugeordneter Dienstleistungsbetriebe; Institutionen, Behörden und Einrichtungen der Regulierung der Postdienste und der Telekommunikation; Bundesanstalt für Post und Telekommunikation; der gesetzlichen und betrieblichen Sozial- und Selbsthilfeeinrichtungen; Betriebseigene Kantinen der in den vorstehenden

²⁰²

Vgl. etwa BAG v. 25.9.1996 – 1 ABR 4/96 – BAGE 84, 166, zu B III 1 der Gründe; 23.10.1996 – 4 AZR 409/95 (A), BAGE 84, 238, zu II 2.1.2 der Gründe; 12.11.1996 – 1 ABR 33/96, BAGE 84, 314, zu D 1 a der Gründe; 29.6.2004 – 1 ABR 14/03, BAGE 111, 164, zu B II 2 b aa der Gründe m.w.N.; 27.9.2005 – 1 ABR 41/04, AP TVG § 2 Tarifzuständigkeit Nr. 18 = EzA TVG § 2 Tarifzuständigkeit Nr. 9.

²⁰³ BAG v. 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

Absätzen genannten Einheiten und der Postbau- genossenschaften; Betriebe, Unternehmen, Konzerne und deren Einrichtungen, deren hauptsächliche Betätigung sich auf Bereiche erstreckt, die herkömmlich zu den Aufgaben der ehemaligen Deutschen Bundespost oder deren Teilunternehmen gehören oder gehörten; Versorgungsempfänger/innen, die während ihrer aktiven Beschäftigung Mitglied der Deutschen Postgewerkschaft geworden sind, sowie Hinterbliebene von verstorbenen DPG-Mitgliedern“

Damit ist auch die Tarifzuständigkeit ver.dis betrieblich beschränkt. Ein Arbeitnehmer, der (gelegentlich oder überwiegend) Briefzustellungen vornimmt, aber aus einen Betrieb kommt, der eben nicht durch die Postdienste geprägt ist, wird nicht von der Tarifzuständigkeit ver.dis erfasst.

Dies gilt dann auch auf Arbeitgeberseite, dann die Tarifzuständigkeit wird durch § 2 Abs. 1 der Satzung sowie § 3 Abs. 1 konkretisiert. Danach ist der Verband die Arbeitgeberorganisation „der Unternehmen, die Postdienstleistungen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erbringen“. Nach § 3 Abs. 1 können Mitglied des Verbandes „Unternehmen aus dem Bereich der Postdienstleistung sowie verwandter Bereiche, die in der Bundesrepublik Deutschland tätig sind“, werden. Unternehmen, die also nicht durch Postdienstleistung geprägt werden, sind keine „Unternehmen aus dem Bereich der Postdienstleistung“. Sie können nicht Mitglied werden und daher besitzt der Arbeitgeberverband auch keine Tarifzuständigkeit für sie. Es kommt also auch bei ihm nach der Satzung auf die schwerpunktmäßige Prägung an.

2. Zweifel an der Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes

Um die Tarifzuständigkeit für den gesamten Postdienstleistungsbereich beanspruchen zu können, muss zudem der Arbeitgeberverband Postdienste demokratisch organisiert sein – Mitglieder erster und zweiter Klasse kann es nicht geben.²⁰⁴

An der Erfüllung des letztgenannten Erfordernisses bestehen gewichtige Zweifel. Das Besondere an der Satzung des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V. ist, dass die Deutsche Post AG zumindest alle Entscheidungen, für die nach dem Gesetz nicht die qualifizierte Mehrheit einer Zweidrittelmehrheit erforderlich ist (und wahrscheinlich auch die), alleine entscheiden könnte – sei es unmittelbar als Mitglied oder mittelbar durch die Bestimmung des Vorstandes. Denn die Mitgliedschaftsstimmrechte sind nach § 8 Abs. 9 der Satzung dahingehend abgestuft, dass die Stimmenzahl an die Beschäftigtenzahl des Unternehmens anknüpft. Selbst wenn die ganze Briefbranche dem Arbeitgeberverband beitreten würde (was illusorisch ist), hätte die Deutsche Post AG u.U. aufgrund ihrer hohen Beschäftigtenzahl immer noch die Mehrheit der Stimmen im Verband. Damit ist die Satzung des Verbandes darauf angelegt, dass die Deutsche Post AG alles entscheiden kann und auch bei jeglicher Änderung der Mitgliederstruktur in der Lage wäre, alles zu entscheiden und ihre Interessen notfalls gegen die der anderen Mitglieder (und das hieße im Falle des Beitritts der gesamten Branche: die Gesamtheit der Kon-

kurrenten) unilateral durchzusetzen. Dies könnte nur durch eine Änderung der Satzung selber verhindert werden. Auch diese aber könnte ohne Zustimmung der Deutschen Post AG nicht beschlossen werden. Damit ist die Satzung des Arbeitgeberverbandes letztlich so ausgestaltet, dass ein Mitglied auf der Mitgliederversammlung alleine entscheiden kann und dass ein Mitglied alleine den Vorstand bestimmen kann. Dem entspricht es, dass zurzeit ein ehemaliger Vorstand der Deutschen Post AG den Verband führt. Den Anforderungen an die demokratische Struktur eines Arbeitgeberverbandes kann dies schwerlich genügen. Zwar geht die herrschende Meinung davon aus, dass eine Stimmgewichtung, die sich an der Zahl der Arbeitsplätze, der Lohn- und Gehaltsstruktur oder den Beitrag der Mitglieder orientiert, zulässig ist.²⁰⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass einer linearen Staffellung wie hier, die zudem auf einen von monopolistischen Residualstrukturen geprägten Markt bezogen ist, ein Freibrief erteilt wäre. So wird darauf hingewiesen, dass das in den Arbeitgeberkoalitionen vertretene unternehmerische Eigentum eine eigene grundrechtsentfaltende Funktion hat. Der Gefahr, dass ein Abstimmungsmodus nach Unternehmensgröße kleinere Mitglieder übermäßig majorisiert, muss vorgebeugt werden. Nur wenn für solche Grundrechtsträger die individuelle Koalitionsfreiheit im Verband durch satzungsrechtlichen Minderheitenschutz, durch besondere Abstimmungsverfahren in existenziellen Fragen (Veto-Position oder Entscheidungen nach Köpfen) sowie durch Kommunikationsgrundrechte der Informations-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit speziell befestigt ist, ist die Verbandsstruktur mit Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar – und damit tariffähig.²⁰⁶ „Gehören einer Koalition verschiedene Mitgliedergruppen mit spezifischen Gruppeninteressen an, so müssen die Gruppen die Möglichkeit haben, bei der Formulierung von Tarifzielen mitzuwirken.“²⁰⁷ Minderheitenschutz ist notwendige Voraussetzung der Tariffähigkeit.²⁰⁸ Vom Erfordernis demokratischer Struktur bliebe wenig übrig, wenn man eine Satzung zuließe, die einem Mitglied alleine alle Entscheidungskompetenzen zubilligt, weil sie ihm die Mehrheit der Stimmen per Satzungsgestaltung zuspricht.

Festzuhalten ist, dass die Gründung eines Arbeitgeberverbandes unter maßgeblicher Beteiligung der Deutschen Post AG noch keine hinreichende Voraussetzung für die Erstreckung der die Deutsche Post AG bindenden Tarifverträge auf Konkurrenzunternehmen ist. Erforderlich ist vielmehr eine wirkliche Öffnung des Arbeitgeberverbandes auch für andere, nicht konzernangehörige Arbeitgeber, denen ausreichende Mitgestaltungsmöglichkeiten (Minderheitenschutz innerhalb des Verbandes) eingeräumt werden müssen. Stimmrechtsdifferenzierungen nach Maßgabe der Betriebsgröße bedürfen der Rechtfertigung und sind nur innerhalb des erwähnten Rahmens zulässig. Andernfalls ist ein Arbeitgeberverband nicht demokratisch organisiert und damit nicht tariffähig, weil

²⁰⁴ Zum Erfordernis der demokratischen Organisation einer Vertragspartei siehe Wiedemann/Oetker TVG § 2 Rn. 341 ff.

²⁰⁵ S. Däubler/Peter, TVG § 2 Rn. 117; Kempen/Zachert/Stein, TVG § 2 Rn. 114; Löwisch/Rieble, TVG § 2 Rn. 22; unklar soweit Wiedemann/Oetker, TVG § 2 Rn. 342.

²⁰⁶ Kempen/Zachert/Stein, TVG § 2 Rn. 114.

²⁰⁷ Löwisch/Rieble, TVG § 2 Rn. 33.

²⁰⁸ S. dazu Garillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I S. 402 auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

sich die entsprechenden Satzungsbestimmungen auf die Willensbildung der Koalition auswirken.²⁰⁹

3. Fehler bei der Berechnung des Mindestlohns

Neben diesen allgemeinen Vorbehalten im Hinblick auf den weiten Geltungsbereich des Mindestlohntarifvertrags und der Tariffähigkeit seiner Vertragspartner richten sich Fragen insbesondere an die in ihm vorgenommene Berechnung des Mindestlohns. Auch hier ist einiges evident rechtswidrig.

- Nach § 3 Abs. 5 S. 3 des Tarifvertrags kann der „Mindestlohn ... nicht mit Zuschlägen verrechnet werden“. Dies ist unzulässig, wenn sich die Zuschläge eben auf die Tätigkeit beziehen, die der Tarifvertrag selber allein mit dem Mindestlohn belegt. Denn der Tarifvertrag kann keine Regelung zur Anrechnung von übertariflichen Lohnbestandteilen treffen. Ob Zuschläge anrechenbar sind auf den Tariflohn oder nicht, bestimmt sich allein nach den Zuschlägen, nicht aber nach der tarifvertraglichen Regelung. Dies folgt aus der bestätigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Unzulässigkeit von Effektivklauseln. Der Tarifvertrag muss den Mindestlohn festlegen und darf als kollektivrechtliche Regelung nicht an den Individuallohn anknüpfen. Solche Effektivgarantieklauseln sind wegen Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht nichtig.²¹⁰ Eine entsprechende Regelung ist also unwirksam.

- Rechtlichen Bedenken begegnet auch die Regelung in § 3 Abs. 5 S. 1 TV, wonach zum „Mindestlohn ... auch tarifvertraglich vereinbartes und an den Arbeitnehmer tatsächlich gezahltes Weihnachts- und Urlaubsgeld“ zählen. Damit führt der Tarifvertrag zu Ungleichbehandlungen, die funktionswidrig sind. Derjenige Arbeitgeber, der tarifvertraglich ein Weihnachtsgeld zahlt, soll dies auf den Mindestlohn anrechnen können. Derjenige Arbeitgeber, der arbeitsvertraglich ein Weihnachtsgeld zahlt, soll dies nicht können. Abgesehen davon, dass dies Fragen aufwirft, wann von einem tarifvertraglich vereinbarten Weihnachtsgeld auszugehen ist (nur bei normativer Geltung? auch bei Bezugnahme?), sind Gründe für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich. Sie bevorzugt auf kollektivrechtlicher Grundlage gewährte Zahlungen gegenüber individualvertraglich vereinbarten. Letztere gehen dem Tarifvertrag nach § 4 Abs. 3 TVG vor oder treten hinter ihm zurück: Entscheidend ist, welche Regelung günstiger ist. Grundlage des Günstigkeitsvergleichs ist der Sachgruppenvergleich.²¹¹ Wenn hier Stundenlohn und Weihnachtsgeld in eine Sachgruppe einzubeziehen sind, weil das Weihnachtsgeld an keine weitere Voraussetzung gebunden ist als die bloße Erbringung der Arbeitsleistung und es auch anteilig gewährt wird, wenn der Arbeitnehmer vorher ausscheidet, dann kann der Tarifvertrag hier nicht eine abweichende Kollisionsregelung schaffen. Auch dies wäre eine Überschreitung der Tarifmacht.

IV. Auch wenn der MindestTV korrigiert würde, wäre er ungeeignet zur Tariferstreckung

²⁰⁹ S. für alle Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rnr. 78; Wiedemann/Oetker, § 2 Rnr. 344.

²¹⁰ Ausführlich Wiedemann/Wank, TVG, § 4 Rnr. 528 ff.; aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits vor fast 50 Jahren BAG v. 13.6.1958 – 1 AZR 591/57, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Effektivklauseln; siehe jüngst BAG v. 17.9.2003 – 4 AZR 533/02.

²¹¹ Für alle Wiedemann/Wank, TVG, § 4 Rnr. 467 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, § 4 Rnr. 302 f., jeweils m.w.N.

Wiederum gilt: Auch wenn man all diese Bedenken beiseite schieben würde (und das sollte man nicht tun, wenn man gute Gesetze schaffen will), könnte der MindestTV in seiner jetzigen Version nicht Grundlage einer Tariferstreckung sein. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, die eine Bindung der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG an die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung annimmt, überzeugt.²¹² Daran aber fehlt es. Der Tarifvertrag ist nicht repräsentativ für die Branche und es besteht kein öffentliches Interesse an seiner Erstreckung.

1. 50%-Quorum

Für allgemeinverbindlich erklärt werden kann gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG ein Tarifvertrag nur dann, wenn „die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen“. Die 50 %-Grenze wird teils aus dem Gleichheitssatz, teils aus dem Demokratieprinzip (bzw. dem Grundsatz der Repräsentativität) abgeleitet.²¹³ In jedem Fall kommt es nicht auf die Größe der Unternehmen, sondern auf die Zahl der Arbeitnehmer an, die (1) im tarifgebundenen Betrieb arbeiten und (2) in den betrieblich-branchenmäßigen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Sie muss sich mindestens auf die Hälfte der Gesamtzahl der in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer summieren.

Rein formal scheint dieses Erfordernis auf den ersten Blick erfüllt: Die Deutsche Post AG beschäftigt weit mehr als 50% der Arbeitnehmer im Briefdienstleistungsbereich, womit allein durch ihre Beteiligung im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband die Voraussetzung für eine Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt erscheint. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass gerade die Deutsche Post AG an den Verbandstarifvertrag so lange nicht gebunden ist, wie der für sie geltende Firmentarifvertrag Wirkung zeitigt. Hält sie an einem eigenständigen Firmentarifvertrag fest, ist sie an den Verbandstarifvertrag insoweit nicht gebunden. Denn nach dem allgemeiner Auffassung entsprechenden Spezialitätsprinzip verdrängt ein Firmentarifvertrag den Verbandstarifvertrag als sachnäherer Tarifvertrag. Das strittige Prinzip der Tarifeinheit, wonach auch die Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften innerhalb eines Betriebes zugunsten des speziellen aufgelöst werden müssen, braucht hier nicht bemüht zu werden, denn der Tarifpartner der Deutschen Post AG ist auch der ihres Arbeitgeberverbandes. Damit entspricht es allgemeiner Meinung und vielfach bestätigter Rechtsprechung, dass die Deutsche Post AG und ihre Arbeitnehmer allein an den Firmentarifvertrag, nicht jedoch an den Verbandstarifvertrag gebunden werden. Damit aber würde der Verbandstarifvertrag die 50 % Grenze ohne Erstreckung nach dem AEntG nicht überschreiten, würden doch die Arbeitnehmer seiner Mitglieder ohne die Arbeitnehmer der Deutschen Post AG sicherlich nicht mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer innerhalb der Briefdienstleistungsbranche ausmachen.

²¹² Gegen eine Erforderlichkeit: Wiedemann/Wank, TVG, Anhang zu § 5 Rnr. 12; Däubler/Lakies, TVG, Anhang zu § 5 Rnr. 102; HWK-Strick, AEntG, § 1 Rnr. 14; für eine Erforderlichkeit Blanke, AuR 1999, 417, 426; Büdenbender, RdA 2000, 193, 196; Löwisch/Rieble, TVG § 5 Rnr. 148 und wohl auch Bieback, RdA 2000, 207, 211. Unklar ErfK/Schlachter § 1 AEntG, Rnr. 13 sowie Krelling, NZA 2001, 1118, 1119, der nur darauf hinweist, dass der Wortlaut des § 1 Abs. 3a AEntG das Erfordernis nicht trägt.

²¹³ Nachweise bei Zachert, NZA 2003, S. 132, 134; s. auch Wiedemann/Wank, TVG § 5 Rnr. 64 b.

Was erstreckt würde, wäre ein „Phantom-Tarifvertrag“, der nur scheinbar branchenrepräsentativ ist, von dessen Regeln bis zur Erstreckung nach dem AEntG aber in Wahrheit nur sehr wenige Arbeitnehmer erfasst würden. Dies konterkariert den Grundgedanken der Allgemeinverbindlicherklärung und der Tarifierstreckung nach dem AEntG, dass einen Tarifvertrag nur dann auf nicht tarifgebundene Unternehmen erstreckt werden darf, wenn er sich am Arbeitsmarkt durchgesetzt hat und ein mehrheitlich angewandtes Modell darstellt. Fehlt es daran, ist er in Wahrheit nicht akzeptiert, und die darin festgeschriebenen Arbeitsbedingungen sind nicht zumutbar.²¹⁴ Das 50 %-Quorum ist damit nicht erreicht, auch wenn – was bestritten wird, ohne dass ich hier hinreichende faktische Kenntnisse habe – die Deutsche Post AG über mehr als 50 % der Briefzusteller der Branche insgesamt verfügt.

Fazit: Das 50 %-Quorum muss erfüllt sein, weil der Tarifvertrag einer Minderheit nicht einer Mehrheit oktroyiert werden kann. Es ist bereits deshalb nicht erfüllt, weil die Deutsche Post AG an den Tarifvertrag ihres Verbandes nicht gebunden ist. Selbst wenn sie es wäre, ist streitig, ob die Mehrheit der Briefzusteller bei denn ihr und den übrigen Unternehmen ihres Arbeitgeberbandes beschäftigt sind. Und selbst wenn das so wäre: Wenn tatsächlich der jetzt vorliegende Tarifvertrag mit der jetzt vorliegenden Gesetzesfassung erstreckt werden würde, dann müsste man ermitteln, ob den mehr als 50% der Personen, die auch nur ab und zu mal eine Brief transportieren von den genannten Unternehmen beschäftigt sind, denn auf eine überwiegende Prägung der Betriebs oder der Tätigkeit des Arbeitnehmers durch Briefdienstleistungen kommt es wie dargestellt nicht. Wer aber wollte dann das 50 %-Quorum positiv feststellen können?

2. Öffentliches Interesse

Zudem erscheint es fraglich, ob die Erstreckung der vergleichsweise hohen Löhne des Tarifvertrags des von der Deutschen Post AG dominierten Arbeitgeberverbandes auf die gesamte Branche durch ein öffentliches Interesse geboten ist. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund, dass der Postdienstleistungsmarkt durch eine überragende Marktstellung der Deutschen Post AG gekennzeichnet ist, die durch die Allgemeinverbindlicherklärung zementiert werden könnte, sondern folgt auch daraus, dass diese Marktstellung nicht allein aus eigener Leistung rekrutiert, sondern in wesentlichem Umfang Residuum eines vormaligen rechtlichen Monopols ist und überdies durch wettbewerbsbeschränkende Privilegien (Exklusivlizenz in Teilen des Briefzustellungsmarktes nach § 51 PostG, möglicherweise auch qua Umsatzsteuerbefreiung im wegen Universaldienstleistungsverpflichtungen) auch künstlich aufrecht erhalten wird. Ein öffentliches Interesse, einen ehemaligen Monopolisten, der gerade aufgrund seiner (ehemaligen) Monopolstellung marktunabhängige Löhne zahlen konnte, vor Wettbewerbsdruck zu schützen, kann sicherlich nicht bestehen. Generell dürfte auch kein öffentliches Interesse daran bestehen, branchentypisch hohe Löhne, die weit über dem Existenzminimum liegen, auf die gesamte Branche zu übertragen. Schon *Nikisch*²¹⁵ stellte vor nun fast 50

Jahren fest, dass „überhöhte Lohnforderungen“ die Verneinung des öffentlichen Interesses erzwingen; daran hat sich bis heute nichts geändert.

Ähnlich bereits Hueck/*Nipperdey*, Arbeitsrecht II, 6. Aufl. 1957: „So kann es nicht Aufgabe der AVE sein, einen mit wirtschaftlich gerechtfertigten Maßnahmen geführten Wettbewerb zu unterbinden. Werden z.B. von Außenseitern, gemessen an vergleichbaren Arbeitsverhältnissen anderer Industriezweige, ausreichende Löhne gezahlt, so kann, auch wenn sie gemessen am Tarifvertrag des betreffenden Wirtschaftszweiges untertariflich sind, das in aller Regel nicht zur Begründung der AVE ausreichen“.

Dies wird noch deutlicher, wenn die Struktur der Branche betrachtet wird: Wenn es nur ein Arbeitgeber ist, der erhöhte Löhne zahlt, viele andere Arbeitgeber aber niedrigere, dann besteht eine Vermutung dafür, dass die angemessenen Löhne nicht vom marktbeherrschenden Arbeitgeber gezahlt werden. Dies wird durch die *ratio legis* bestätigt: Grundlage der Tarifierstreckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindungen für die Arbeitnehmermehrheit auch einer Minderheit der Arbeitgeber zugemutet werden können. Es ist gerade nicht gewollt, dass „eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellungen aufdrängt“.²¹⁶ In der Postdienstleistungsbranche besteht aber die Besonderheit (die in den anderen Branchen, die in das AEntG überführt werden sollen, nicht vorliegt), dass das 50 %-Quorum der Tarifierfassung eben nicht durch die Mehrzahl der Arbeitgeber der Branche überschritten wird, sondern allein durch einen Arbeitgeber. Wo ein Lohn nur von einem Arbeitgeber oder einigen wenigen unter ihnen gezahlt wird (und gezahlt werden kann), ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, ihn der Mehrheit zu oktroyieren. Es gibt keinen Grund zur Annahme, gerade die Minderheit der Arbeitgeber habe den richtigen, marktadäquaten Lohn gefunden, nur weil sie die Mehrheit der Arbeitnehmer repräsentiert. Andernfalls könnte ein aus anderen Gründen finanziell potenter Arbeitgeber durch überdurchschnittlich hohe Löhne zunächst die Mehrzahl der Arbeitnehmer an sich ziehen und über die Allgemeinverbindlicherklärung des für ihn geltenden Tarifvertrags die Konkurrenten letztlich ausbooten.

Das Gesagte gilt umso mehr, als in der Briefdienstleisterbranche der Unterschied zwischen dem Entgelt des einen marktbeherrschenden Unternehmens und dem Durchschnitt der übrigen Unternehmen erheblich ist. Wenn kein anderes der Konkurrenzunternehmen die vergleichsweise hohen Entgelte der Deutschen Post AG zahlt, dann liegt die Vermutung nahe, dass diese Entgeltstrukturen sich nicht aus dem Markt heraus rechtfertigen lassen, sondern durch das Herkommen als ehemaliges öffentlich-rechtliches Sondervermögen des Bundes und die Einbindung in den öffentlichen Dienst erklärbar wird. Genauso wie die Deutsche Telekom AG Entgelte zahlt, die erheblich über dem Branchendurchschnitt liegen, und deshalb nun die Notwendigkeit gesehen hat, große Teile der Belegschaft in neue, für die Arbeitnehmer deutlich ungünstigere Tarifstrukturen zu überführen, liegen die Dinge bei der Deutschen Post AG: Die günstige Vergütung ist Resultat langjähriger Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst, die erstens zum Teil unter Monopol-

²¹⁴ S. Löwisch/Rieble, TVG § 5 Rn. 41.

²¹⁵ *Nikisch*, Arbeitsrecht II, 2. Aufl. 1959, S. 505.

²¹⁶ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 982.

bedingungen und zweitens nicht branchenspezifisch in Ansehung der Postdienstleistungsbranche geführt wurden, die drittens auch aus der günstigen Beamtenbesoldung, die für viele Mitarbeiter der Deutschen Bundespost maßgeblich war, erwachsen sind. Sind die Tarifverträge der Deutschen Post AG zwar in der Folgezeit vielfach abgeändert worden, so bleibt das Verhandlungsniveau, von dem man aus verhandelte, doch unverkennbar ein Erbe des öffentlichen Dienstes, zu dem die Mitarbeiter des Unternehmens seit Einführung der Art. 87f und 143b GG und Änderung des Art. 87 Abs. 1 GG nicht mehr zählen.²¹⁷ Der für die Deutsche Post AG geltende Tarifvertrag ist aufgrund seines Ursprungs im öffentlichen Dienst der gesamten Branche in vielen Elementen wesenfremd; die ganze Branche an ihn zu binden, ist funktional verfehlt und auch deshalb nicht öffentlich geboten. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die Beteiligung weniger weiterer mittelständischer Unternehmen im Arbeitgeberverband Postdienste hieran Grundsätzliches zu ändern vermag.

Die Gründe, ein öffentliches Interesse zu verneinen, sind also zahlreich: Mag auch allgemein die Kartellwirkung der Allgemeinverbindlichkeit hinzunehmen sein, so wird sie problematisch, wo in einem noch jungen Markt überkommene Monopolstellungen gefestigt würden. Ist in einer Branche Wettbewerb erstmalig wirksam etabliert, dann kann eine Allgemeinverbindlicherklärung eher akzeptiert werden, als wenn sich der Wettbewerb erst langsam bildet. Wettbewerb liegt im öffentlichen Interesse – nicht seine Verhinderung. Dies gilt besonders für den Postdienstleistungssektor, der gerade um der Herstellung von Wettbewerb willen demonopolisiert worden ist. Dabei müssen kartellrechtliche Wertungen berücksichtigt werden: Als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne der § 19 GWB, Art. 82 EG ist die Deutsche Post AG stark genug, ihrer Konditionen anderen Unternehmen faktisch zu diktieren. Gerade deswegen unterliegt sie einer besonderen Verantwortung, der nicht marktbeherrschende Unternehmen nicht unterworfen sind, den Wettbewerb nicht durch Maßnahmen, die nicht ausschließlich auf eigener Leistung beruhen und auf den Ausbau der Marktstellung zu Lasten der Konkurrenten gerichtet sind, zu beeinträchtigen. Genau dies geschieht, noch dazu mit Hilfe des Staates, durch Erstreckung des Tarifvertrags, den das marktbeherrschende Unternehmen mit beschlossen hat. Was ihm allein sogar Schwierigkeiten bereitet hätte, nämlich die Konkurrenten faktisch zur Annahme der Bedingungen zu zwingen, übernimmt der Staat durch die Erstreckung des Tarifvertrags nach dem AEntG. Die Folge ist genau diejenige, die das Kartellrecht zu verhindern trachtet: der Ausbau einer monopolähnlichen Marktstellung mit Mitteln, die nicht auf eigener Leistung beruhen. Diese kartellrechtliche Wertung schlägt auch auf den Begriff des öffentlichen Interesses in § 5 TVG zurück.

²¹⁷

Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 305 („Deadadministration“); aus der Kommentarliteratur statt vieler *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87e Rn. 45 ff. m.w.N.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)769

29. Oktober 2007

Information für den Ausschuss

Stellungnahme zum

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes
- Drucksache 16/6735 -

Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation CGPT

Für die Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT) möchte ich im Rahmen des Anhörungsverfahrens zur Frage des Mindestlohns im Postbereich Stellung nehmen.

Zunächst möchte ich anmerken, dass die CGPT mit der Kommunikationsgewerkschaft DPV seit über 40 Jahren die anerkannte „Tarifgemeinschaft CGPT/DPVKOM“ bildet.

Zum Thema aus unserer Sicht:

Die CGPT war stets bemüht, die Lohn- und Gehaltsfragen im Postbereich in Form von Tarifabschlüssen zu regeln. Hunderte von Tarifverträgen geben davon ein beredtes Zeugnis. Nach der Privatisierung der DBP und den damit aufkommenden neuen Postdienstleistern mussten wir feststellen, dass die Absicherung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bei neuen Zustelldiensten schwierig und problematisch ist.

Die neuen Arbeitgeber in der Branche entzogen sich bis jetzt ernsthaften Tarifverhandlungen.

Noch vor Monaten haben wir im Rahmen unserer Tarifgemeinschaft CGPT/DPVKOM Versuche unternommen, Verhandlungen aufzunehmen. Außer dem Wunsch des Kennenlernens und des Meinungs austausches bestand auf Seiten der Arbeitgeber Pin und TNT kein Bedarf für Verhandlungen. Umso erstaunter sind wir über die jetzigen Reaktionen dieser Unternehmen!

Nachdem sich der Arbeitgeberverband Postdienste gegründet hat, hat unsere Tarifgemeinschaft ihn umgehend aufgefordert, mit uns in Tarifverhandlungen zu treten. Dies ist mit bekanntem Ergebnis auch gelungen. Wir sind mehr oder weniger zufrieden damit. Unsere Lohnforderung war 12,00 Euro. Um einen gerechten und fairen Lohn in der Branche zu erreichen, haben wir mit dem Arbeitgeberverband die Allgemeinverbindlichkeit beantragt.

Es handelt sich bei den Zustellern um einen extrem schweren Beruf, der gerecht bezahlt werden muss. Stundenlöhne von 5,00 bis 6,00 Euro oder Stücklohnmodelle werden dem nicht gerecht. Die Unfallkasse UKPT hat in einem Gutachten die Arbeit der Zusteller mit der Arbeit der Bauarbeiter gleich eingestuft.

Die Reaktion des „Arbeitgeberverbandes Neue Briefdienstleister“ ist völlig unverständlich. Die dort dominierenden Unternehmen hatten die Chance, Tarifverträge abzuschließen. Sie haben diese nicht genutzt und dürfen heute auch nicht klagen.

Uns als Christliche Gewerkschaft geht es um einen fairen Lohn und um den Erhalt von möglichst vielen sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätzen. Die Niedriglöhne vieler neuer Briefdienstleister vernichten bei Anbietern mit fairen Löhnen sozialversicherungspflichtige Arbeitsplätze. Es darf nicht nur um die Schaffung von Minijobs gehen, sondern um den Erhalt und die Schaffung neuer sozialversicherungspflichtiger Arbeitsplätze.

Die neuen Dienstleister verzichten in vielen Fällen auf die Mitbestimmung im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes und die Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern. Lediglich eine eigene Gewerkschaft zu gründen, reicht nicht. Es reicht auch nicht, immer nur in Richtung DP AG zu klagen. Sie hat nicht nur allein die Universaldienstleistung zu tragen, sondern auch die Folgekosten aus der Privatisierung der DBP, inklusive der Beamtenpensionen.

Der Wettbewerb in der Postbranche darf nicht über die niedrigsten Löhne, sondern muss über den besten und schnellsten Service laufen.

Die CGPT organisiert eine zunehmende Zahl von Beschäftigten bei den neuen Briefdienstleistern und hat dort auch Betriebsratsmitglieder. Diese unterstützen den Mindestlohnvertrag Postdienste.

Die rein theoretisch geführte ordnungspolitische Diskussion über Mindestlohn ist sicher hoch interessant, hilft aber keiner Zustellerin und keinem Zusteller. Der Mindestlohn in der Postbranche ist ordnungspolitisch gerechtfertigt, da ihm ein Tarifvertrag zugrunde liegt.

Die CGPT bittet Sie alle, den Tarifvertrag Mindestlohn Postdienste für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Nur so sind faire Löhne und der Erhalt von vielen sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätzen in der Branche möglich.

Mit freundlichem Gruß
Ulrich Bösl
Bundesvorsitzender

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)773

29. Oktober 2007

Information für den Ausschuss

Stellungnahme zum

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes
- Drucksache 16/6735 -**

Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, HDE

Betroffenheit des Einzelhandels

Durch das 2. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes soll der Weg geebnet werden für eine Erstreckung der tariflichen Vorschriften des Post-Mindestlohtarifvertrages auf nicht tarifgebundene Unternehmen. Dabei geht es - anders als in der Öffentlichkeit immer wieder diskutiert wird - nicht nur um einen Mindestlohn für Postzusteller - also den klassischen Briefträger, sondern ausweislich der Gesetzesbegründung um „alle in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Briefdienstleistungen erbringen“ (siehe Gesetzesbegründung, A. Allgemeiner Teil, I. Gesetzesziel). Durch den Gesetzesentwurf ist der Einzelhandel unmittelbar betroffen, da derartige Briefdienstleistungen, wie sie der Gesetzesentwurf definiert („Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Briefsendungen“, siehe Gesetzesbegründung, B. Besonderer Teil, zu Artikel 1, 3. Absatz), auch in den Tausenden vom Einzelhandel betriebenen sog. Postagenturen und Postshops erbracht werden.

Nach Angaben des Postagenturnehmerverbandes Deutschland e. V. werden von den insgesamt 12.500 Poststellen in Deutschland etwa 7.100 als Postagenturen geführt, weitere 3.600 werden im Vertriebsformat des Postservice-Shops geführt. Betreiber der Poststellen sind daher mehrheitlich nicht die Deutsche Post AG, sondern im Wesentlichen Einzelhandelsunternehmen: von Lebensmittelketten, Schreibwarengeschäften bis hin zu Kiosken. Die Deutsche Post AG betreibt weniger als 15 % des Poststellenservices in Deutschland in eigenen Räumlichkeiten und mit eigenem Personal. Soweit daher das 2. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes Briefdienstleistungen in Form des Einsammelns und Weiterleitens von Briefsendungen in Poststellen erfasst, werden diese Tätigkeiten daher in erheblichem Umfang von Mitarbeitern des Einzelhandels erbracht.

Briefdienstleistungen im Einzelhandel

Die Deutsche Post AG betraut im Rahmen sog. Partnerverträge in der Regel Einzelhandelsunternehmen mit dem Betrieb sog. Postagenturen bzw. Postservice-Shops in den eigenen Geschäftsräumen des Einzelhändlers. Dieser ist nach § 1 Abs. 7 Satz 3 seines Partnervertrages (s.

Anlage 1) gehalten, eigene Mitarbeiter - also Einzelhandelsbeschäftigte - einzusetzen, „sofern der Betrieb der Filiale nicht anders sichergestellt werden kann“. In der Praxis geschieht dies in der Form, dass entweder Einzelhandelsbeschäftigte des jeweiligen Unternehmens ausschließlich damit betraut werden, Tätigkeiten wahrzunehmen, die den Betrieb der Postagentur bzw. der Postservice-Shops sicherstellen, oder Beschäftigte werden je nach Kundenfrequenz sowohl im Verkauf als auch am „Postschalter“ eingesetzt. Weitere Mischformen sind insbesondere zur Bewältigung von Urlaubs- und Krankheitsabwesenheiten sowie zur Bewältigung von Pausenzeiten eine notwendige und gängige Praxis. Dadurch sind je nach Größe der Postagentur zwischen 2 und 4 Mitarbeiter des jeweiligen Einzelhandelsstandortes mit Briefdienstleistungen befasst. Hierzu gehören die Annahme von Briefen, die Weiterleitung an die Deutsche Post und die Zustellung an den Kunden über die Postfächer im Ladengeschäft.

Diese Mitarbeiter müssten daher bei der Ermittlung der 50-Prozent-Quote analog § 5 TVG mit berücksichtigt werden.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die durch die Briefdienstleistungen erzielten Umsätze gemessen am Gesamtumsatz des jeweiligen Einzelhandelsbetriebes eine absolut untergeordnete Rolle spielen. Dies ist sicherlich auch erklärlich durch den geringen Warenwert von Postwertzeichen (Briefmarken). Gleichmaßen spielt im Verhältnis zum Gesamtarbeitszeitvolumen des jeweiligen Betriebes die zur Erbringung von Briefdienstleistungen abgeleistete Arbeitszeit nur eine absolut untergeordnete Rolle. Vor diesem Hintergrund ist es absolut inakzeptabel, dass dennoch nun durch das 2. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes die Möglichkeit geschaffen werden soll, einen Post-Mindestlohtarifvertrag auf Mitarbeiter des Einzelhandels zu erstrecken.

Eingriff in die Tarifzuständigkeit des Einzelhandels

Das 2. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes würde es in der derzeitigen Fassung ermöglichen, dass die Tarifvertragsparteien des Postgewerbes tarifliche Regelungen für Mitarbeiter des Einzelhandels festlegen und über die Instrumentarien des Entsendegesetzes für Einzelhandelsunternehmen verbindlich ma-

chen. Kern des Problems ist dabei der durch die Gesetzesformulierung gewählte weite Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes: „Tarifverträge für Briefdienstleistungen“. Die bisherigen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz geregelten Fälle greifen eben nicht einzelne Tätigkeiten auf, sondern orientieren sich an Branchenbegriffen („Bauhauptgewerbe, Baunebengewerbe“). Damit ist klar, dass sie auch nur solche Tätigkeiten erfassen, die in Unternehmen ausgeübt werden, die überwiegend in dieser Branche tätig sind. Indem nun eine einzelne Tätigkeit („Briefdienstleistung“) und eben nicht eine einzelne Branche (bspw. „Postgewerbe“) als Anknüpfungspunkt für das Arbeitnehmer-Entsendegesetz formuliert wird, wird in den Zuständigkeitsbereich der Tarifvertragsparteien des Einzelhandels eingegriffen. Denn bislang unterfallen die Mitarbeiter des Einzelhandels in Postagenturen und Postservice-Shops, die von Einzelhandelsunternehmen betrieben werden, dem Geltungsbereich der Einzelhandelsstarifverträge. Durch eine derartige Durchbrechung des Geltungsbereichs der Einzelhandelsstarifverträge würde daher in das Prinzip der Tarifeinheit eingegriffen. Dies würde in der Konsequenz zu einer unterschiedlichen tariflichen Bezahlung von Mitarbeitern in Einzelhandelsunternehmen führen: Während für Mitarbeiter, die mit Briefdienstleistungen befasst sind, der Post-Mindestlohnvertrag gelten würde, selbst wenn die Tätigkeit nur in einem sehr geringen Umfang anfällt (siehe hierzu Geltungsbereich des Post-Mindestlohnvertrages, wonach dieser Anwendung findet, „unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebes“), würde für die anderen Mitarbeiter weiterhin der Einzelhandelsstarifvertrag gelten.

Die als Anlage 2 beigefügte Tabelle verdeutlicht anschaulich das unterschiedliche Bezahlungsniveau nach den einschlägigen Einzelhandelsstarifverträgen einerseits und dem Post-Mindestlohnvertrag andererseits.

Wirtschaftliche Konsequenzen

An dieser Stelle möchten wir ausdrücklich darauf hinweisen, dass wir die vom Arbeitgeberverband Postdienste angestrebte Aufnahme der Briefdienstleistungen unter Einschluss der Postagenturen und Postservice-Shops vor dem Hintergrund der von der Deutschen Post AG abgeschlossenen Agenturverträge für inakzeptabel halten. Der Post-Mindestlohnvertrag sieht Brutto-Mindestlöhne von 8,40 Euro (West) bzw. 8,00 Euro (Ost), für Postzusteller in Höhe von 9,80 Euro (West) bzw. 9,00 Euro (Ost) vor. Die von der Deutschen Post AG abgeschlossenen sog. Partnerverträge sehen für die Betreiber der Postagenturen bzw. Postservice-Shops, die der Post AG neben der entsprechenden Arbeitsleistung auch Räumlichkeiten inklusive Nebenkosten zur Verfügung stellen müssen, monatliche Vergütungen vor, die im Regelfall nicht einmal den Einsatz auch nur einer einzigen Vollzeitkraft auf der Grundlage des abgeschlossenen Post-Mindestlohnvertrages ermöglichen würden. So erhalten die Postagenturneher für die sog. Basisdienstleistungen mit Postfach (Annahme von Briefsendungen und Betreiben der Postfach-Anlage, etc.) eine monatliche Vergütung von insgesamt knapp 900 Euro und für die sog. Premiumdienstleistung Brief (beispielsweise Ausgabe niedergelegter Schriftstücke, Ausgabe von Briefsendungen, etc.) eine weitere monatliche Vergütung von 160 Euro (s. Anlage 1, § 4). Es kann daher festgestellt werden, dass der Postagenturbetreiber von der Deutschen Post AG für die von ihm zu erbringenden Briefdienstleis-

tungen ein monatliches Salär von knapp über 1.000 Euro bekommt. Dies zeigt anschaulich, dass die Aufnahme der „Briefdienstleistung“ in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz nicht losgelöst gesehen werden kann von der beabsichtigten Einführung des Post-Mindestlohnvertrages durch ein im Arbeitnehmer-Entsendegesetz vorgesehene Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung bzw. das dort vorgesehene Ordnungsverfahren.

Wir halten es für dringend erforderlich, dass durch eine entsprechende Änderung des Gesetzesentwurfes klargestellt wird, dass der Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sich auf Unternehmen des „Postgewerbe“ beschränkt und keine Anwendung auf Beschäftigungsverhältnisse findet, für die andere tarifliche Vorschriften wie beispielsweise im Einzelhandel gelten.

29.10.2007

Anlage 1

PARTNERVERTRAG

(Version 4.0) zwischen

der Deutschen Post AG, Heinrich-von-Stephan-Str. 1,
53175 Bonn,

't ..

- im Folgenden "DP" genannt - und Herrn oder Frau

- im Folgenden "Partner" genannt -.

Präambel

Die DP und der Partner begründen eine Vertriebskooperation zur ununterbrochenen flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit postalischen Leistungen. Gegenstand der Vertriebskooperation ist der Betrieb eines stationären Vertriebspunkts - im Folgenden "Filiale" genannt - für die DP. Die DP will mit Hilfe der Vertriebskooperation zu einer ihrer Stellung im Wettbewerb sichern sowie durch die Gewinnung zusätzlicher Marktanteile verstärken und zum anderen ihre infrastrukturellen Verpflichtungen, insbesondere aus der Postdienstleistungsverordnung und der Post-Universaldienstleistungsverordnung in den jeweils geltenden Fassungen, erfüllen. Der Partner verfolgt mit der Vertriebskooperation das Ziel, die Auslastung seines bestehenden gewerblichen Geschäftsbetriebs abzusichern und seinen Kundenkreis zu vergrößern.

Um die mit der Vertriebskooperation verfolgten Ziele unter Berücksichtigung der geschäftlichen Lage und des geschäftlichen Umfelds des Partners jeweils am besten verwirklichen zu können, wird der DP und dem Partner die Möglichkeit eröffnet, die Vertriebskooperation auf andere Geschäftsfelder auszudehnen. Zu diesem Zweck können Zusatzverträge abgeschlossen werden, durch die der Gegenstand dieses Partnervertrags und die damit verbundenen Leistungs- und Gegenleistungspflichten erweitert werden.

Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Parteien Folgendes:

§ 1 Gegenstand des Partnervertrags

- (1) Die DP betraut den Partner mit Wirkung ab dem 01.01.2003 mit dem Betrieb der Filiale in seinen Geschäftsräumen an folgendem Standort: Hauptstr. 30,

84061 Ergoldsbach.

- (2) Der Partner stellt die für den Betrieb der Filiale erforderlichen Räumlichkeiten bereit.
- (3) Der Partner erbringt für die DP folgende Dienstleistungen und vertreibt folgende Verkaufsprodukte:
- O a) die in der Anlage Basisdienstleistungen aufgeführten Basisdienstleistungen und -Verkaufsprodukte aus den Geschäftsfeldern Brief und Express ohne Postfach,⁽¹⁾
 - X b) die in der Anlage Basisdienstleistungen/Postfach aufgeführten Basisdienstleistungen und -Verkaufsprodukte aus den Geschäftsfeldern Brief und Express mit Postfach,⁽¹⁾
 - X c) die in der Anlage Premium-Brief aufgeführten Premium-Dienstleistungen und -Verkaufsprodukte aus dem Geschäftsfeld Brief,⁽²⁾
 - [X]d) die in der Anlage Premium-Express aufgeführten Premiumdienstleistungen und -Verkaufsprodukte aus dem Geschäftsfeld Express.^{(2>}
- (Zutreffendes bitte unter Beachtung der nachfolgenden Anmerkungen ankreuzen:
- (1) Es kann nur lit. a oder lit. b angekreuzt werden.
 - (2) Lit. c und lit. d können nur angekreuzt werden, wenn entweder lit. a oder lit. b angekreuzt worden ist.)

Der Partner wird als Handelsvertreter im Nebenberuf im Namen und für Rechnung der DP tätig. Er ist zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der DP und zum Inasso berechtigt.

- (4) Der Partner ist auf Verlangen der DP verpflichtet, Telekommunikationsverzeichnisse der Deutschen Telekom Medien GmbH an Kunden auszugeben. Ein Anspruch des Partners auf Übertragung dieser Aufgabe besteht auch nach wiederholter Wahrnehmung der Aufgabe nicht. Bei der Ausgabe der Telekommunikationsverzeichnisse handelt der Partner im Namen der Deutschen Telekom Medien GmbH. Der Partner wird bei der Ausgabe der Telekommunikationsverzeichnisse die in der Anlage Ausgabe Telekommunikationsverzeichnisse aufgeführten Hinweise der Deutschen Telekom Medien GmbH beachten.
- (5) Ein bestimmter Vertriebsbezirk, ein bestimmter Kundenkreis oder ein Alleinvertriebsrecht ist dem Partner nicht zugewiesen.
- (6) Die DP kann verlangen, dass dieser Partnervertrag auch auf andere Dienstleistungen und Verkaufsprodukte ausgedehnt wird, die von ihr oder von verbundenen Unternehmen der DP im Sinne der §§ 15 ff. AktG vertrieben werden. Die DP kann ferner den Umfang der zu erbringenden Dienstleistungen und der zu vertreibenden Verkaufsprodukte einschränken. Zu diesen Zwecken kann sie die **Anlagen Basisdienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief** oder **Premium-Express** ersetzen, wenn die Änderungen für das betreffende Filialformat generell vorgenommen werden, wenn die Änderungen aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung oder aufgrund vertraglicher Bindungen der DP gegenüber Dritten erfolgen oder wenn die Änderungen aus

Gründen der Wirtschaftlichkeit, insbesondere einer veränderten Nachfrage, getroffen werden und die Änderungen dem Partner zumutbar sind. Im Falle der Ausdehnung auf Dienstleistungen und Verkaufsprodukte verbundener Unternehmen wird der Partner das verbundene Unternehmen rechtsgeschäftlich vertreten.

- (7) Der Partner wird sich nach besten Kräften für die Interessen der DP einsetzen und insbesondere eine wirksame Organisation für den Vertrieb der Dienstleistungen und Verkaufsprodukte unterhalten. Er ist berechtigt, sich zur Erfüllung der in diesem Partnervertrag übernommenen Aufgaben der Hilfe Dritter zu bedienen. Sofern der Betrieb der Filiale nicht anders sichergestellt werden kann, ist der Partner gehalten, eine ausreichende Anzahl von fachkundigen Mitarbeitern zu beschäftigen. Er wird dafür Sorge tragen, dass seine Erfüllungsgehilfen die in diesem Partnervertrag übernommenen Verpflichtungen beachten. Er haftet für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach den gesetzlichen Bestimmungen.
- (8) Der Partner wird bei der Erledigung der in diesem Partnervertrag übernommenen Verpflichtungen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beachten.

§ 2 Einrichtung der Filiale

- (1) Der Partner wird im Interesse eines einheitlichen Marktauftritts bei der Gestaltung der Räumlichkeiten die Einrichtungsstandards der DP beachten. Er wird die Gestaltung und die Lage der Räumlichkeiten innerhalb seiner Geschäftsräume nicht ohne Zustimmung der DP verändern.
- (2) Der Partner stellt die für den Betrieb der Filiale erforderlichen Einrichtungsgegenstände bereit. Die Mindestausstattung einer Filiale ist in der **Anlage Einrichtung** festgelegt. Der Partner mietet zum Zwecke eines einheitlichen Marktauftritts die in der **Anlage Einrichtung** genannten Einrichtungsgegenstände von der DP zu dem dort genannten Mietzins. Mietbeginn ist der jeweilige Tag der Übergabe. Der monatliche Mietzins ist zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer bis zum dritten Werktag eines Monats im Voraus fällig. Ändert die DP Gestalt oder Funktion der Einrichtungsgegenstände ganz oder teilweise, so ist der Partner verpflichtet, Einrichtungsgegenstände mit entsprechend geänderter Gestalt oder Funktion von der DP im Austausch abzunehmen und zu verwenden.
- (3) Die DP stellt dem Partner die in der Anlage Betriebsmittel aufgeführten Betriebsmittel kostenlos zur Verfügung. Die DP darf auf ihre Kosten in den vom Partner bereitgestellten Räumlichkeiten einen ISDN-Anschluss einrichten, unterhalten und gegebenenfalls instand setzen, um dem Partner den Zugang zu einem von der DP betriebenen Schalterterminal- oder EDV-System zu ermöglichen. Die DP ist berechtigt, die Betriebsmittel auf ihre Kosten durch andere zu ersetzen.
- (4) Der Partner ist verpflichtet, die in den Anlagen Einrichtung und Betriebsmittel aufgelisteten Einrichtungsgegenstände und Betriebsmittel ausschließlich zum Betrieb der Filiale sowie den ISDN-Anschluss ausschließlich zum Betrieb des Schalterterminal- oder EDV-Systems zu verwenden. Die Verwendung

anderer Gegenstände bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der DP.

- (5) Die DP ist berechtigt, den Namen und die Anschrift des Partners im Rahmen des zur Erreichung des mit diesem Partnervertrag verfolgten Zwecks weiterzugeben. Der Partner stimmt der Eintragung seiner Filiale unter dem Stichwort "Deutsche Post" mit Angabe der Adresse und der Telefonnummer in Telefonbüchern und entsprechenden Veröffentlichungen zu.

§ 3 Betrieb der Filiale

- (1) Der Partner wird die Filiale an jedem Werktag eines Kalenderjahres, der kein gesetzlicher Feiertag ist, betreiben. Die täglichen Öffnungszeiten der Filiale entsprechen denen seines Geschäftsbetriebs. Unbeschadet der für den Geschäftsbetrieb geltenden täglichen Öffnungszeiten ist der Partner nicht verpflichtet - wohl aber berechtigt -, die Filiale montags bis freitags vor 08.00 Uhr und nach 18.00 Uhr und samstags vor 08.00 Uhr und nach 13.00 Uhr zu öffnen. Hat der Partner seinen Geschäftsbetrieb durchgehend während der Mittagszeit zwischen 12.00 Uhr und 15.00 Uhr geöffnet, so kann er die Filiale für die Dauer einer Stunde schließen. Änderungen der Öffnungszeiten hat der Partner der DP im Vorhinein mitzuteilen. Weichen die Öffnungszeiten der Filiale von den Öffnungszeiten des Geschäftsbetriebs ab, so hat der Partner die Öffnungszeiten der Filiale gut sichtbar für die Kunden auszuhängen.
- (2) Der Partner liefert die entgegengenommenen Postsendungen sowie die Abrechnungs- und Buchungunterlagen einschließlich der notwendigen Belege am selben Tag bei der DP ab. Die Einzelheiten, insbesondere der Zeitpunkt und der Übergabeort, werden zwischen den Parteien festgelegt. Es kann auch eine Abholung durch die DP vereinbart werden. Die nach dem vereinbarten Zeitpunkt beim Partner anfallenden Postsendungen, Unterlagen und Belege sind spätestens am nächsten Werktag abzuliefern oder zur Abholung bereitzustellen.
- (3) Der Partner erbringt die Dienstleistungen und vertreibt die Verkaufsprodukte zu den von der DP in den **Anlagen Basisdienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief oder Premium-Express** festgelegten und von der DP jederzeit änderbaren Verkaufspreisen. Skonti und ähnliche Preisnachlässe sind nur nach vorheriger Zustimmung der DP zulässig. Dies gilt auch für etwaige Vereinbarungen mit Abnehmern, durch die diese unmittelbar oder mittelbar an Provisionszahlungen, die der Partner aufgrund des Partnervertrags erhält, beteiligt werden. Der Partner ist verpflichtet, ein vollständiges Sortiment der Verkaufsprodukte in ausreichender Menge einzurichten und vorzuhalten.
- (4) Der Partner haftet bei Verlust und Beschädigung der ihm übergebenen Verkaufsprodukte, es sei denn, dass der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die der Partner bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht zu vertreten hat. Grundlage für die Berechnung des Schadenersatzes ist der jeweilige Nettoverkaufspreis abzüglich der für das Verkaufsprodukt vorgesehenen Nettoprovision.

- (5) Der Partner ist verpflichtet, betriebliche Aufzeichnungen nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung anzufertigen, aufzubewahren und der DP auf Verlangen vorzulegen.
- (6) Der Partner ist verpflichtet, die Vollständigkeit der von ihm bestellten Verkaufsprodukte unverzüglich nach der Ablieferung durch die DP oder den von der DP beauftragten Dritten zu überprüfen und, wenn Art und Umfang der gelieferten Verkaufsprodukte von den Angaben in dem der Lieferung beigelegten Lieferschein abweichen, der DP innerhalb von fünf Werktagen Anzeige zu machen. Der Partner ist ferner verpflichtet, die an ihn gelieferten Verkaufsprodukte unverzüglich nach der Ablieferung in das von der DP betriebene Schalterterminal- oder EDV-System einzugeben. Erfolgt eine Eingabe durch den Partner nicht innerhalb von fünf Werktagen nach der Ablieferung, so ist die DP berechtigt, die Eingabe gemäß den Angaben im Lieferschein unter Berücksichtigung einer etwaigen Anzeige gemäß Satz 1 vorzunehmen. Die DP teilt dem Partner einmal monatlich den Sollbestand der zum letzten Kalendertag des Vormonats vorhandenen Verkaufsprodukte mit. Widerspricht der Partner der Bestandsmitteilung nicht innerhalb von einem Monat nach Zugang der Bestandsmitteilung, so gilt der Bestand als genehmigt. Darauf hat die DP den Partner jeweils gesondert hinzuweisen. Die DP ist ungeachtet der Regelung in den Sätzen 4 und 5 berechtigt, jederzeit unangemeldete Kontrollzählungen der Verkaufsprodukte in der Filiale des Partners durchzuführen. Die Kontrollzählungen erfolgen innerhalb der Öffnungszeiten der Filiale. Zur Durchführung der Jahresinventur bei der DP wird der Partner stichtagsbezogen den bei ihm vorhandenen Bestand der Verkaufsprodukte erfassen und die Bestandsaufstellung der DP vorlegen. Der Stichtag und der Zeitpunkt für die Vorlage der Bestandsaufstellung werden von der DP festgelegt. Sie sind dem Partner einen Monat zuvor mitzuteilen. Legt der Partner die Bestandsaufstellung nicht rechtzeitig vor, so fordert die DP den Partner schriftlich zur Vorlage innerhalb einer Nachfrist von zwei Wochen auf. Nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist kann die DP die Jahresinventur selbst oder durch einen von ihr beauftragten Dritten auf Kosten des Partners durchführen. Die Kosten der Jahresinventur belaufen sich auf € 500, sofern der Partner oder die DP nicht geringere oder höhere Kosten nachweist. Bestands- und Inventurdifferenzen sind vom Partner auszugleichen. Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs gilt § 3 Abs. 4 Satz 2 des Partnervertrags entsprechend.
- (7) Der Partner erbringt die Dienstleistungen und vertreibt die Verkaufsprodukte auf der Grundlage der jederzeit änderbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DP. Er wird bei der Erbringung der Dienstleistungen und dem Vertrieb der Verkaufsprodukte die in dem Handbuch dargelegten betrieblichen, vertrieblischen und qualitativen Standards beachten. Die DP ist berechtigt, den Inhalt des Handbuchs zu verändern oder zu ergänzen. § 1 Abs. 6 Satz 3 des Partnervertrags gilt entsprechend.
- (8) Der Partner stellt die für die DP aus der Erbringung der Dienstleistungen und dem Vertrieb der Verkaufsprodukte vereinnahmten bzw. verausgabten Geldbeträge in ein taggenau geführtes Kontokorrent ein. Die

DP hat gegen den Partner eine Forderung bzw. Verbindlichkeit in der Höhe des Saldos, der sich aus dem ordnungsgemäß abgerechneten Kontokorrent ergibt. Zur Sicherung dieser Forderung hält der Partner einen entsprechenden Geldbetrag getrennt und aussondert von seinem sonstigen Vermögen treuhänderisch zugunsten der DP vor. Er muss den der Forderung entsprechenden Geldbetrag pünktlich zu den vereinbarten Zeiten zur Abholung durch die DP oder durch einen von der DP beauftragten Dritten bereit stellen. Über die Einzelheiten der Bargeldabholung werden die Parteien eine gesonderte Vereinbarung treffen, sofern dies noch nicht geschehen ist. Anstelle der Abholung können die DP und der Partner auch als Regelfall vereinbaren, dass die DP ihre Forderung gemäß Satz 2 von dem in § 3 Abs. 10 Satz 1 des Partnervertrags näher bezeichneten Konto einzieht.

- (9) Der Partner haftet für den Verlust der Einnahmen aufgrund Zufalls, höherer Gewalt oder sonstigen weder von ihm noch der DP zu vertretenden Abhandenkommens. Gleiches gilt für Geldbeträge, die die DP dem Partner zur Verfügung gestellt hat. Die Haftung des Partners nach den gesetzlichen Vorschriften bleibt unberührt. Mit Rücksicht auf die Haftung des Partners empfiehlt die DP dem Partner den Abschluss einer Versicherung, die den Verlust der Einnahmen und der zur Verfügung gestellten Geldbeträge aufgrund der vorgenannten Risiken abdeckt.

- (10) Der Partner ermächtigt die DP, den Mietzins gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3, etwaige Kosten der Jahresinventur gemäß § 3 Abs. 6 Sätze 13 und 14, den Ausgleich für Bestands- und Inventurdifferenzen gemäß § 3 Abs. 6 Sätze 15 und 16 sowie die Forderung gemäß § 3 Abs. 8 Satz 2 des Partnervertrags bei Fälligkeit per Lastschrift von

seinem Konto Nr. _____ bei der _____, BLZ _____ einzuziehen. Der Partner

hat dafür Sorge zu tragen, dass das Konto jederzeit über eine ausreichende Deckung verfügt.

§ 4 Vergütung

- (1) Der Partner erhält für die Erbringung der in den **Anlagen Basisdienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief und Premium-Express** bezeichneten Dienstleistungen eine monatliche Vergütung in Höhe von insgesamt € 1311,86, die sich wie folgt zusammensetzt:

- für die Basisdienstleistungen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. a des Partnervertrags) monatlich € _____
- für die Basisdienstleistungen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. b des Partnervertrags) monatlich € 600,00, sowie für das Postfach monatlich € 301,86,
- für die Premiumdienstleistungen Brief (§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. c des Partnervertrags) monatlich € 160,00,
- für die Premiumdienstleistungen Express (§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. d des Partnervertrags) monatlich € 250,00

Die Vergütung wird zum Ende des Folgemonats fällig.

- (2) Erweitert oder verringert sich der Katalog oder der Umfang der vom Partner gemäß den **Anlagen Basis-**

dienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief und Premium-Express pauschal vergüteten Dienstleistungen nicht nur unwesentlich, so wird die Angemessenheit der Vergütung gemäß Absatz 1 überprüft und gegebenenfalls angepasst.

- (3) Der Partner erhält nach Maßgabe der **Anlagen Basisdienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief und Premium-Express** für den Vertrieb der Verkaufsprodukte eine Provision. Der Anspruch auf die Provision entsteht, wenn und soweit der Kunde Zahlung geleistet hat. Die Provision wird einen Monat nach der monatlichen Abrechnung durch die DP fällig. Grundlage der monatlichen Abrechnung sind die Buchungsangaben des Partners. Der Partner hat die Abrechnung unverzüglich zu prüfen und etwaige Einwände spätestens innerhalb von einem Monat nach Erhalt schriftlich gegenüber der DP geltend zu machen. Anderenfalls gilt die Abrechnung als genehmigt. Die DP hat hierauf jeweils gesondert hinzuweisen. Im Falle des Widerspruchs gegen die Abrechnung wird die in der monatlichen Abrechnung ausgewiesene Provision bis zur Klärung des Sachverhalts als Akontozahlung geleistet.

- (4) Für die Ausgabe der Telekommunikationsverzeichnisse gemäß § 1 Abs. 4 des Partnervertrags zahlt die DP dem Partner eine Vergütung in Höhe von € 0,10 für jedes ausgegebene Telefonbuch, in Höhe von € 0,15 für jedes ausgegebene Set mit zwei Telefonbüchern sowie für die Ausgabe von Telefonbüchern, die neben der Zustellung ausgegeben werden, und in Höhe von € 0,20 für jedes ausgegebene Set mit mindestens drei Telefonbüchern. Die Vergütung ist am Ende des Monats fällig, der der Beendigung der Ausgabeaktion nachfolgt.

- (5) Die Vergütungen werden zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer gezahlt, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist. Die Zahlung der Vergütungen erfolgt durch Überweisung der DP auf das in § 3 Abs. 10 Satz 1 des Partnervertrags bezeichnete Konto des Partners.

- (6) Eine weitergehende Vergütung wird nicht gewährt. Der Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB und der Anspruch auf einen angemessenen Vorschuss nach § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB sind ausgeschlossen. Auslagen werden dem Partner nicht erstattet.

§ 5 Werbung

- (1) Der Partner ist berechtigt, in dem Einzugsbereich der Filiale auf eigene Kosten Werbung zu betreiben. Er wird seine Werbung im Interesse der Einheitlichkeit des Marktauftritts mit der DP abstimmen. Die DP unterstützt den Partner durch die kostenlose Überlassung von Werbematerialien. Die DP übernimmt auf ihre Kosten die überregionale Werbung.

- (2) Die Filiale des Partners muss als Vertriebsstützpunkt der DP gekennzeichnet sein, indem unter anderem ein Firmenschild der DP an der Fassade oder im Eingangsbereich oder sonstige in der Anlage Betriebsmittel aufgeführten Hinweisschilder und Aushangtafeln angebracht werden. Art und Umfang der Kennzeichnung werden einvernehmlich festgelegt. Die Kosten trägt die DP.

§ 6 Qualitätssicherung und Schulung

- (1) Die DP oder ein von ihr beauftragter Dritter sind jederzeit berechtigt, die Filiale unangemeldet zu betreten, um die Einhaltung der in diesem Partnervertrag übernommenen Verpflichtungen, insbesondere die Beachtung der in dem Handbuch dargestellten Standards, zu überwachen.
- (2) Der Partner ist verpflichtet, sich im Zusammenhang mit der Eröffnung der Filiale von der DP schulen zu lassen. Der Partner und dessen Mitarbeiter sollen ferner in angemessenem Umfang an Schulungsmaßnahmen der DP teilnehmen. Die DP nimmt auf die berechtigten betrieblichen Interessen des Partners Rücksicht. Die Einzelheiten werden einvernehmlich festgelegt. Die DP trägt die Kosten der Schulungsmaßnahmen einschließlich des Schulungsmaterials sowie die erforderlichen Reisekosten. Der Zeitaufwand des Partners und seiner Mitarbeiter wird nicht erstattet.

§ 7 Verschwiegenheit

- (1) Der Partner wird über alle ihm im Zusammenhang mit diesem Partnervertrag zur Kenntnis gelangenden Angelegenheiten Verschwiegenheit bewahren. Er wird die als **Anlage Verschwiegenheit, Wahrung des Post-, Bank- und Fernmeldegeheimnisses sowie Datenschutz** beigefügte Verschwiegenheitserklärung unterzeichnen. Die Verschwiegenheitspflicht besteht über die Beendigung des Partnervertrags hinaus fort.
- (2) Der Partner wird dafür Sorge tragen, dass seine Erfüllungsgehilfen die Verschwiegenheitspflicht nach Absatz 1 beachten und die als **Anlage Verschwiegenheit, Wahrung des Post-, Bank- und Fernmeldegeheimnisses sowie Datenschutz** beigefügte Verschwiegenheitserklärung unterzeichnen.

§ 8 Wettbewerbsverbot

- (1) Die DP ist berechtigt, im Einzugsbereich der Filiale eigene Filialen zu betreiben oder Filialen durch Dritte, insbesondere durch verbundene Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG oder andere Partner, betreiben zu lassen.
- (2) Der Partner wird jeden Wettbewerb zu Lasten der DP und der mit der DP verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG unterlassen. Es ist ihm untersagt, sich an einem Konkurrenzunternehmen direkt oder indirekt zu beteiligen oder für oder im Interesse von Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Der Partner wird insbesondere keine Dienstleistungen erbringen und keine Verkaufsprodukte vertreiben, die mit den in den **Anlagen Basisdienstleistungen, Basisdienstleistungen/Postfach, Premium-Brief und Premium-Express** bezeichneten Dienstleistungen und Verkaufsprodukten in Wettbewerb stehen. Ausnahmen bedürfen der schriftlichen Zustimmung der DP.

§ 9 Vertragsdauer und Folgen der Beendigung

- (1) Der Partnervertrag tritt am 01.01.2003 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.
- (2) Er kann von beiden Seiten mit einer Frist von einem halben Jahr zum Monatsende gekündigt werden.
- (3) Der Partnervertrag kann mit einer Frist von einem Monat zum 15. oder zum Ende eines Monats gekün-

digt werden, wenn der Partner oder die DP ihre Pflichten aus diesem Partnervertrag verletzt haben. Die vorstehende Frist gilt auch für Kündigungen durch die DP, wenn die Versorgung der Bevölkerung mit postalischen Leistungen aufgrund von Unterbrechungen des von dem Partner unterhaltenen Geschäftsbetriebs für mehr als zwei Werktage pro Kalenderjahr nicht sichergestellt gewesen ist, wenn sich die Geschäftsführer oder die Gesellschafter des Partners ändern und die DP hierzu nicht ihre vorherige Zustimmung erteilt hat oder wenn die DP für das betreffende Filialformat generell den Status des Partners als Handelsvertreter ganz oder teilweise aufheben möchte und insoweit dem Partner mit der Kündigung einen geänderten Status, z.B. als Kommissionär oder Eigenhändler, im Rahmen eines sich anschließenden Partnervertrags anbietet.

- (4) Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.
- (5) Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.
- (6) Der Partner wird nach Vertragsbeendigung jeden Gebrauch der Symbole und Kennzeichen der DP unterlassen.
- (7) Mit Vertragsbeendigung werden sämtliche Verbindlichkeiten des Partners gegenüber der DP sofort fällig. Ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht des Partners sind ausgeschlossen.

§ 10 Teilkündigung einzelner Dienstleistungs- und Vertriebsverpflichtungen

- (1) Die Premium-Dienstleistungs- und Vertriebsverpflichtung Brief nebst den zugehörigen Vergütungsregelungen (§§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. c, 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c und Abs. 3 Satz 1 des Partnervertrags, Anlage Premium-Brief) können gesondert gekündigt werden. Gleiches gilt für die Premium-Dienstleistungs- und Vertriebsverpflichtung Express nebst den zugehörigen Vergütungsregelungen (§§ 1 Abs. 3 Satz 1 lit. d, 4 Abs. 1 Satz 1 lit. d und Abs. 3 Satz 1 des Partnervertrags, Anlage Premium-Express).
- (2) Die Teilkündigung gemäß Absatz 1 Satz 1 kann von beiden Seiten mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende erklärt werden. Die Frist für die Teilkündigung gemäß Absatz 1 Satz 2 beträgt drei Monate zum Monatsende. Die Teilkündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.
- (3) Das Recht zur Kündigung nach § 9 Abs. 2, 3 und 4 des Partnervertrags bleibt unberührt.

§ 11 Kündigung der Zusatz- und Ergänzungsverträge

- (1) Die zu diesem Partnervertrag geschlossenen Zusatz- und Ergänzungsverträge können nach deren jeweiliger Maßgabe gesondert gekündigt werden.
- (2) Wird der Partnervertrag gemäß dessen § 9 Abs. 2, 3 oder 4 gekündigt, so erstreckt sich diese Kündigung mit Wirkung zum selben Termin auch auf die zu diesem Partnervertrag geschlossenen Zusatz- und Ergänzungsverträge.

§ 12 Unterlagen und Gegenstände

- (1) Sämtliche dem Partner zur Verfügung gestellten Unterlagen und Gegenstände verbleiben im Eigentum der DP. Dies gilt insbesondere für Einrichtungsgegenstände, Betriebsmittel, Arbeitsunterlagen, Hand-

bücher, Werbematerialien oder Firmenschilder der DP. Die dem Partner überlassenen Verkaufsprodukte verbleiben bis zum Verkauf durch den Partner im Eigentum der DP.

- (2) Die Unterlagen und Gegenstände der DP sind bei Vertragsbeendigung unverzüglich und unter Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts an die DP herauszugeben.

§ 13 Schlussbestimmungen

- (1) Der Partner kann seine Ansprüche aus dem Partnervertrag nicht abtreten.
- (2) Die DP und der Partner stimmen überein, dass die Regelungen zum Warenverkehr in § 3 Abs. 6 Sätze 1 bis 3 des Partnervertrags künftig durch die nachfolgenden Sätze ersetzt werden sollen: „Der Partner ist verpflichtet, die Vollständigkeit der von ihm bestellten Verkaufsprodukte unverzüglich nach der Ablieferung durch die DP oder den von der DP beauftragten Dritten zu überprüfen und, wenn Art oder Umfang der gelieferten Verkaufsprodukte von den Angaben in dem der Lieferung beigefügten Lieferschein abweichen, der DP unverzüglich Anzeige zu machen. Widerspricht der Partner den Angaben auf dem Lieferschein nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Ablieferung, so gelten die Angaben auf dem Lieferschein als genehmigt. Darauf hat die DP den Partner in dem Lieferschein jeweils gesondert hinzuweisen.“ Der Zeitpunkt, zu dem die Neuregelung des § 3 Abs. 6 Sätze 1 bis 3 des Partnervertrags in Kraft treten soll, sowie weitere Einzelheiten werden einvernehmlich zwischen der DP und dem Partner festgelegt.
- (3) Nebenabreden außerhalb des Partnervertrags bestehen nicht. Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses.
- (4) Mit dem Inkrafttreten dieses Partnervertrags werden sämtliche früheren Vereinbarungen, die die DP und der Partner in Bezug auf die vertragsgegenständliche Filiale getroffen haben, aufgehoben. Dies gilt nicht für etwaige Vereinbarungen zum Bargeld- und Valoretransport sowie für etwaige Schuldanerkenntnisse und Schuldversprechen des Partners.
- (5) Sollten einzelne Bestimmungen des Partnervertrags ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Lückenhafte oder unwirksame Regelungen sind so zu ergänzen, dass eine andere angemessene Regelung gefunden wird, die wirtschaftlich dem am nächsten kommt, was die Parteien unter Berücksichtigung des mit dem Partnervertrag verfolgten Zwecks gewollt hätten, wenn sie die Lückenhaftigkeit oder Unwirksamkeit bedacht hätten.
- (6) Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Partnervertrag ist Bonn.

München, den 00.00.2002 den 00.00.2002
 (Deutsche Post AG) (Herrn oder Frau)

Anlage zum Partnervertrag 4.0 zwischen der DP und Herrn oder Frau

Basisdienstleistungen mit Postfach

1. Pauschal vergütete Dienstleistungen:

Dienstleistungen:

- Annahme von Briefsendungen mit und ohne Zusatzleistungen
- Annahme von Briefsendungen Listeneinlieferungen
- Annahme von Freeway und Retourenpaketen
- Annahme von Frachtsendungen mit und ohne Services
- Annahme von Postexpress
- Antragsannahme und -bearbeitung Postfacheinrichtung
- Rentenservice Annahme von Anträgen

Postfach:

- Betreiben einer Postfachanlage
- Gewährleistung des Zugangs zu den Postfächern innerhalb der Öffnungszeiten des Hauptgeschäfts
- Herausgabe nachweispflichtiger und überformatiger Sendungen innerhalb der Öffnungszeiten der Filiale
- Annahme der Sendungen von der DP bis Uhr werktäglich
- Einsortieren der Sendungen der DP in die Postfächer bis Uhr werktäglich
- Annahme der Sendungen alternativer Zustelldienste als Listeneinlieferung und Einsortieren der Sendungen jeweils während der Öffnungszeiten der Filiale

2. Provisionspflichtige Verkaufsprodukte:

Verkaufsprodukt	ust	Vergütung in % vom Nennwert	
		netto	brutto
• Postwertzeichen	16%	4	4,64
• Rollenservicemarken			

Anlage zum Partnervertrag 4.0 zwischen der DP und Herrn oder Frau

Premium Brief

1. Pauschal vergütete Dienstleistungen:

- Ausgabe von Briefsendungen mit und ohne Zusatzleistungen einschließlich Einziehung von Nachentgelten / Nachnahmen
- Ausgabe niedergelegter Schriftstücke
- Annahme von Telegrammen
- Annahme von Nachsendeanträgen
- Einstellung von Wertvorgaben und Verkauf von Wertkarten
- Post Ident Service
- Pralines Post

- Rentendienst Notauszahlungen (Doppelzahlverfahren)

2. Provisionspflichtige Verkaufsprodukte

Verkaufsprodukt	ust	Vergütung in % vom Nennwert	
		netto	brutto
Plusbrief und -karte	16%	4	4,64

Anlage zum Partnervertrag 4.0 zwischen der DP und Herrn oder Frau

Premium Express

1. Pauschal vergütete Dienstleistungen:

- Ausgabe Frachtsendungen mit und ohne Services
- Annahme von Fracht Listeneinlieferungen von Selbstbuchern

2. Provisionspflichtige Verkaufsprodukte:

Verkaufsprodukte	USt	Vergütung in % vom Nennwert bzw. Nettoverkaufspreis	
		netto	brutto
Plus Päckchen	16%	8	9,28
Freeway Paket- und Zusatzmarken	16%	4	4,64
Packsets	16%	20	23,20

Anlage 2

Vergleich der tariflichen Mindestlöhne

Einzelhandel/Post

Der Mindestlohntarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste sieht einen Mindestlohn von 8,40 € (West) bzw. 8,00 € (Ost) vor, für das Ausliefern von Briefsendungen 9,80 € (West) bzw. 9,00 € (Ost).

Die Tarifverträge des Einzelhandels werden regional abgeschlossen. Im Regelfall findet die unterste Gehaltsgruppe bzw. Lohngruppe auf Briefdienstleistungen, wie sie der Post-Mindestlohntarifvertrag mit „Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Briefsendungen“ beschreibt, Anwendung. In den Tarifverträgen des Einzelhandels finden sich hier folgende Tätigkeitsbeispiele: Postabfertigen, Boten, Verkaufshilfen mit einfachsten Kassentätigkeiten. Als Vergleichsmaßstab einschlägig sein werden für die Tätigkeiten im Regelfall die Gehaltstarifverträge (für Angestellte), nicht aber die Lohntarifverträge (für gewerbliche Arbeitnehmer).

Die Tarifverträge des Einzelhandels sehen im Regelfall sogenannte Mittelstandsklauseln vor, die insbesondere bei Postagenturen, die in kleineren Einzelhandelsunternehmen angesiedelt sind, einschlägig sind und einen prozentualen Abschlag vom normalen Tarifniveau zulassen. Gleiches gilt für sogenannte Ortsklassen für Unternehmen in strukturschwachen Regionen. Nachfolgend eine Aufstellung der regionalen tariflichen Mindestgehälter und Mindestlöhne (Stichtag: 1.1.2008) auf Stundenbasis unter Einbeziehung der Mittelstandsklauseln und

Ortsklassen. Weitere Abschlagsmöglichkeiten (unter 18jährige) wurden nicht berücksichtigt.

Tarifgebiet	Mindestgehalt/h in €	Mindestgehalt/h in € nach Abschlägen
Baden-Württemberg	8,26	keine Abweichung
Bayern	7,64	7,48
Berlin (Westen)	8,48	Keine Abweichung
Berlin (Osten)	8,22	7,56
Brandenburg	8,22	7,56
Bremen	6,67	Keine Abweichung
Hamburg	7,35	Keine Abweichung
Hessen	7,62	Keine Abweichung
Mecklenburg-Vorpommern	7,08	6,66
Niedersachsen	6,55	Keine Abweichung
Nordrhein-Westfalen	7,36	Keine Abweichung
Rheinland-Pfalz	7,96	7,56
Saarland	8,17	Keine Abweichung
Sachsen	8,22	7,56
Sachsen-Anhalt	8,22	7,56
Schleswig-Holstein	6,83	Keine Abweichung
Thüringen	8,22	7,56

Fazit:

Im Regelfall liegt der Postmindestlohn oberhalb der Einzelhandelsmindestlöhne. Der Postmindestlohn für Zusteller liegt stets über den Einzelhandelsmindestlöhnen.