

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

## **Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales in Berlin am 05.11.2007  
zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes  
- BT-Drucksache 16/6735 -

Arbeitgeberverband Neue 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 Briefdienstsektor 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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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.

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

## 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:

- a) 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.
- b) 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 Haustarifvertrag, 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.

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 „Außenseiter-Arbeitgeber“ nicht majorisieren können und außerdem eine Repräsentativität des Tarifvertrages sichergestellt 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 genügen 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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 "Phantom-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 Ordnungsverfahren 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:

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

## 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 Gesetzentwurf jetzt vorsieht -, dass nur die Briefdienstleistungen aufgenommen werden, ohne aber gleichzeitig den Verfahrensweg des Verordnungserlasses nach § 1 Abs. 3a AEntG mitzuregulieren, 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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 Gesetzentwurf 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 Tarifausschuss 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 Gesetzentwurf 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 Gesetzesentwurf nicht.

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

## 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 Mehrwertsteuerbefreiung 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.).

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 Arbeitgeberverband 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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 Mitgliedstaaten 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 Mindestlohtarifvertrags 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.

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

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 Mindestlohntarifvertrag 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 Ordnungsverfahren 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 Mindestlohntarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt wird, ist arbeitsmarktlich 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

# AGV Neue Brief- und Zustelldienste

verhältnismäßig. Ein solches Gesetz kann erst dann auf den Weg gebracht werden, wenn Erfahrungswerte der Liberalisierung der Postmärkte vorliegen.

6. Der Mindestlohtarifvertrag des Arbeitgeberverbands 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.