

# WISO

Experten und Dokumentationen  
zur Wirtschafts- und Sozialpolitik

# Diskurs

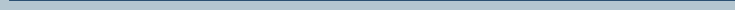
Juli 2007

## Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz

Die sozialen Lizenzanforderungen  
nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

Arbeitskreis Dienstleistungen  
Arbeitskreis Arbeit-Betrieb-Politik





Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung\*

---

## **Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz**

Die sozialen Lizenzanforderungen  
nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

\* Rechtsgutachten von Prof. Dr. Thomas Blanke  
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

# Inhalt

---

<b>Vorwort</b> .....	6
<b>Das Wesentliche auf einen Blick</b> .....	9
<b>Gutachten</b> .....	13
<b>I. Problemlage und Gutachtenfragestellung</b> .....	13
1. Der Ausgangspunkt: Die Regelungen in §§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 und 2 Abs.2 Nr.5 PostG .....	13
2. Geschichte der Postreform .....	14
3. EU-Vorgaben und die Konzeption der Postreform III nach dem PostG von 1997.....	15
4. Marktentwicklung im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen .....	18
4.1. Marktanteile .....	18
4.2. Preis- und Marktentwicklung.....	19
4.3. Beschäftigungslage, Einkommenssituation und Interessenvertretung .....	20
5. Ergebnis: Arbeitskostenwettbewerb, Marktsplaltung und Prekarität auf dem Postdienstleistungsmarkt .....	21
6. Untersuchungsfragestellungen .....	24
<b>II. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG</b> .....	25
1. Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	25
1.1. Entstehungsgeschichte der Regelung.....	25
1.1.1. Ergebnis .....	28
1.2. Wortlaut und Wortsinn von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 und § 2 Abs.2 Nr.5 PostG.....	28
1.2.1. Der Anwendungsbereich: Lizenziierter Bereich, Üblichkeit .....	28
a. Marktführerschaft und Üblichkeit .....	29
b. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	30
c. Entwicklungsoffenheit des Üblichkeitserfordernisses .....	30

Dieses Gutachten wird von der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung veröffentlicht. Die Ausführungen und Schlussfolgerungen sind vom Autor in eigener wissenschaftlicher Verantwortung vorgenommen worden.

d.	Die abweichende Auffassung von Säcker.....	31
e.	Kritik der Auffassung von Säcker .....	31
e.a.	Keine automatische Selbstkorrektur des Arbeitsmarktes .....	31
e.b.	Falscher Zeitpunkt.....	31
e.c.	Verkennung der sozialen Schutzfunktion von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG.....	32
e.d.	Einseitig wettbewerbsorientierte Auslegung der Sozialvorschriften des PostG .....	32
e.e.	Relevanz der Marktführerschaft .....	32
f.	Sachliche Erweiterung des Üblichkeitsbegriffs durch Säcker: Hinzurechnung von tariflich geregelten, geringfügigen Arbeitsbedingungen im Bereich von Subunternehmern und von Personalleasingfirmen, die von Lizenznehmern als Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen hinzugezogen werden.....	33
g.	Kritik der Hinzurechnung von „Subunternehmen und Personalleasingfirmen“, die als Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen von Lizenznehmern tätig werden, durch Säcker .....	33
g.a.	EU-Dienstleistungsfreiheit als falscher Bezugspunkt .....	33
g.b.	Ungeklärte Relevanz, Verkennung der Funktion des Arbeitsrechts.....	34
g.c.	Ergebnis .....	35
1.2.2.	Die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ als sachlicher Bezugspunkt von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	35
a.	Wortlaut .....	35
b.	Entstehungsgeschichte.....	35
c.	Systematische Auslegung: Art. 9 Abs.3 GG, § 2 Abs.1 S.2 NachwG, §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 S.1 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG .....	36
d.	Ergebnis .....	37
1.2.3.	Der Beurteilungsmaßstab der Lizenzversagung: Nicht unerhebliches Unterschreiten dieser Arbeitsbedingungen.....	37
a.	Begründungen für das 20-%-Quorum.....	38
a.a.	Die Rechtsprechung des BAG zur Vermeidung von Tarifkonkurrenz im Baugewerbe .....	38
b.	Die Judikatur von BAG und BVerfG zur Vertragsinhaltskontrolle bei arbeitgeberseitig vorformulierten arbeitsvertraglichen Regelungen.....	40
c.	Ergebnis .....	41
1.2.4.	Prozedurale Anforderung .....	41

<b>III.</b>	<b>Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.....</b>	<b>42</b>
1.	Die Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	42
1.1.	Die Auffassung von Säcker: Kein Verfassungsverstoß.....	42
1.1.1.	BVerfG: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und von Tariftreueerklärungen im Vergaberecht.....	42
1.1.2.	Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip.....	42
1.1.3.	Kein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs.1 GG.....	43
1.1.4.	Kein Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit und die Garantie der Tarifautonomie i. S. von Art. 9 Abs.3 GG .....	43
1.1.5.	Keine Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs.1 GG und der Garantie der Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs.1 GG .....	43
1.1.6.	Aber: Mangels ausreichender demokratischer Legitimation keine Durchsetzung von Tariflöhnen über § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	44
2.	Eigene Auffassung: Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	44
3.	Die Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit dem Gemeinschaftsrecht .....	45
4.	Ergebnis .....	46

<b>IV. Die Auslegung und Handhabung der Bestimmung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Bundesnetzagentur</b> .....	47
1. Das Leerlaufen der gesetzlichen Sozialstandards .....	47
1.1. Das Merkblatt der BNetzA zur Lizenzerteilung .....	47
1.2. Das Schreiben des Präsidenten der BNetzA an die Gewerkschaft ver.di v. 10.1.2007 .....	47
1.3. Zwischenergebnis und weiterer Untersuchungsgang .....	48
1.4. Die Rechtsauffassung und Praxis der Regulierungsbehörde im Spiegel der Antworten der Bundesregierung auf Kleine Anfragen aus den Jahren 1999, 2000, 2001, und 2002 .....	48
1.4.1. Die Antwort der Bundesregierung vom 22.3.1999 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS .....	49
1.4.2. Die Antwort der Bundesregierung vom 15.3.2000 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS .....	50
1.4.3. Die Antwort der Bundesregierung v. 19.3.2001 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS .....	51
1.4.4. Die Antwort der Bundesregierung vom 3.6.2002 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS .....	51
1.5. Die Rechtsauffassung und Praxis der Regulierungsbehörde im Spiegel der Tätigkeitsberichte der BNetzA, der Sondergutachten der Monopolkommission und der hierzu ergangenen Stellungnahmen der Bundesregierung .....	51
1.5.1. Vorbemerkung: Kritik an der Monopolkommission, Unterstützung der BNetzA .....	51
1.5.2. Der 1. Tätigkeitsbericht der RegTP von 1998/1999, das Sondergutachten der Monopolkommission und die Stellungnahme der Bundesregierung .....	52
1.5.3. Die Jahresberichte der RegTP von 2002–2004, die Sondergutachten der Monopolkommission aus diesen Jahren und die Stellungnahme der Bundesregierung .....	53
2. Zusammenfassung: Die Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde und ihre Handhabung dieser Vorschrift in der Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle .....	54
3. Bewertung der Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde und ihrer Handhabung dieser Vorschrift in der Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle .....	54
4. Ergebnis: Gesetzwidrigkeit der Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und der darauf gestützten Praxis durch die Regulierungsbehörde und die Bundesregierung .....	57
5. Kein Vertrauensschutz in den Fortbestand dieser Handhabung .....	57
6. Anforderungen an die Prüfung und Kontrolle der sozialen Lizenzvoraussetzungen durch die BNetzA .....	58
<b>V. Die Sicherung von sozialen Schutzstandards unter Bedingungen von Europäisierung, Marktöffnung und Wettbewerb</b> .....	59
1. Europäische Rahmenbedingung: Marktschaffende, keine marktkorrigierende Politik auf EU-Ebene und vermehrte Exit-Optionen für Unternehmen .....	59
2. Ansatzpunkte einer Politik der Entprekarisierung auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene .....	61
2.1. Aussetzung oder Verlangsamung der geplanten Marktöffnung .....	61
2.2. Die Berücksichtigung sozialer Standards bei der Auftragsvergabe öffentlicher Instanzen durch Tariftreueklauseln .....	63

2.3.	Die tarifvertragliche Regulierung der Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern .....	64
2.4.	Die Durchsetzung allgemeiner oder branchenspezifischer Mindestlöhne.....	66
2.4.1.	Keine gesetzlichen Mindestlöhne in Deutschland und auf EU-Ebene.....	66
2.4.2.	Branchenspezifische Mindestlöhne durch Erstreckung von § 1 AEntG auf Postdienstleistungen?.....	66
a.	Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG?.....	66
b.	Das Verhältnis der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG zur Tarifierstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG .....	67
b.a.	Argumente gegen eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages im Zuge seiner Allgemeinverbindlicherklärung .....	68
b.b.	Die Nachrangigkeit der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des BAG zur Tarifpluralität nach dem AEntG.....	69
2.4.3.	Ergebnis: Keine Erstreckung des räumlichen Geltungsbereichs von Haustarifverträgen gem. § 1 Abs.3a AEntG.....	69
2.5.	Die Einhaltung und Durchsetzung der sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die BNetzA.....	70
a.	Weisung durch den BMWT .....	70
b.	Präzisierung des Gesetzeswortlauts von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG .....	70
<b>VI.</b>	<b>Gesamtergebnisse des Gutachtens .....</b>	<b>72</b>
	<b>Anhänge .....</b>	<b>75</b>
I.	Die Gewährleistung branchenüblicher Arbeitsbedingungen im Postdienstleistungsbereich bei der Konzessionserteilung nach Schweizer Recht .....	75
II.	Vorschläge zur Umsetzung der Gutachtenergebnisse mit Begründung .....	78
1.	Erteilung einer Weisung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie gegenüber der BNetzA .....	78
1.1.	Begründung.....	79
1.1.1.	Weisungsabhängigkeit der BNetzA im Rahmen der Rechtsaufsicht des BMWT .....	79
1.1.2.	Konkretisierung der branchenüblichen wesentlichen Arbeitsbedingungen an den aktuell bei der DP AG geltenden TV .....	80
1.2.	Bewertung des Ergebnisses .....	81
2.	Präzisierung des Gesetzeswortlauts .....	82
2.1.	Begründung.....	82
2.1.1.	Alternative 1: Präzisierung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3.....	82
2.1.2.	Alternative 2: Ergänzung des Wortlauts.....	82
2.1.3.	Alternative 3: Ergänzung durch Legaldefinition.....	83
2.2.	Bewertung.....	83
	<b>Literatur .....</b>	<b>84</b>
	<b>Der Autor .....</b>	<b>88</b>

## Vorwort

### Nicht einseitig auf Wettbewerb setzen! Ökonomische Rationalität durch soziale Vernunft bändigen

Das klassische „Normalarbeitsverhältnis“ – das Fundament unseres Systems der sozialen Sicherung – verliert zunehmend an Normalität. Die Zahl der „Normalarbeitsplätze“ in der deutschen Wirtschaft sinkt. Das sind unbefristete, ein existenzsicherndes Einkommen gewährleistende, sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse.

Ein stetig wachsender Bevölkerungsanteil lebt und arbeitet unter prekären Bedingungen.

Kennzeichen prekärer Erwerbsarbeit sind:

- geringe Arbeitsplatzsicherheit,
- niedriger Lohn (der deutlich unter dem Durchschnittseinkommen liegt und nicht mehr den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers sichert),
- eingeschränkte Arbeitnehmerschutzrechte,
- reduzierte oder nicht vorhandene Sozialversicherungspflicht,
- eine zuverlässige Zukunftsplanung für den einzelnen ist nicht möglich.

Zudem ist zu befürchten, dass sich die Ausbreitung unsicherer Beschäftigungsverhältnisse in einer Gesellschaft mit hoher struktureller Arbeitslosigkeit auch auf die noch tarifvertraglich geschützten Arbeitsbereiche auswirkt, indem sie dort zur Verbreitung von Arbeitsplatzängsten beiträgt und den Druck auf die Stammebelegschaften und deren Beschäftigungsbedingungen erhöht.

Die Friedrich-Ebert-Stiftung befasst sich schon seit Mitte der 90er Jahre mit den Ursachen, dem Ausmaß und den sozialen Folgen unsicherer Beschäftigungsverhältnisse.<sup>1</sup>

Zuletzt hat sie mit ihrem Gutachten zum Thema „Prekäre Arbeit – Ursachen, Ausmaß, soziale Folgen und subjektive Verarbeitungsformen unsicherer Beschäftigungsverhältnisse“<sup>2</sup> einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftspolitischen Dimension dieser Entwicklung geleistet. Die (wirtschafts-)politische Bewertung prekärer Beschäftigung und gesetzliche, tarifliche und betriebliche Strategien ihrer Regulierung sind Herausforderungen, denen sich Politik und Tarifpartner werden stellen müssen. Die entstandene Spannung zwischen reguliertem Sozialrecht und dereguliertem Wettbewerb wird wachsenden Handlungsdruck auf die politischen Akteure ausüben.

Das vorliegende Rechtsgutachten des Oldenburger Arbeitsrechtlers Professor Dr. Thomas Blanke zum Thema „Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz“ kann als ein Meilenstein gesehen werden, wie in einem von Liberalisierung betroffenen Teilarbeitsmarkt durch regulatorische Instrumente und konkrete Lösungsvorschläge für die politische und gewerkschaftliche Praxis zur Sicherung branchenüblicher Beschäftigungsbedingungen beigegeben werden kann. Die Friedrich-Ebert-Stiftung unterstützt damit das Bemühen, gemeinsam nach Wegen zu suchen, wie prekären Arbeitsbedingungen in einer für die Daseinsvorsorge bedeutsamen Branche Einhalt geboten werden kann.

1 Prekäre Beschäftigungsverhältnisse: die Bundesrepublik Deutschland auf dem Wege in die Tagelöhnergemeinschaft? – [Electronic ed.]. – Bonn, 1996. – 46 S.: graph. Darst. = 149 Kb, Text & image files. – (Reihe „Wirtschaftspolitische Diskurse“; 92). – ISBN 3-86077-591-X <http://www.fes.de/fulltext/fo-wirtschaft/00324toc.htm>

Weitere FES-Publikationen zum Thema Lohnpolitik und prekäre Beschäftigungsverhältnisse unter [http://www.fes.de/wiso/sets/s\\_dienst\\_vera.htm](http://www.fes.de/wiso/sets/s_dienst_vera.htm)

2 Prekäre Arbeit: Ursachen, Ausmaß, soziale Folgen und subjektive Verarbeitungsformen unsicherer Beschäftigungsverhältnisse/Ulrich Brinkmann; Klaus Dörre; Silke Röbenack gemeinsam mit Klaus Kraemer und Frederic Speidel. – Bonn: Wirtschafts- und Sozialpolitisches Forschungs- und Beratungszentrum der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2006. – 103 S. = 1,3 MB PDF-File. – (Gesprächskreis Migration und Integration) Electronic ed.: Bonn: FES, 2006 ISBN 3-89892-309-6, <http://library.fes.de/pdf-files/asfo/03514.pdf>



1997 wurde mit der Verabschiedung des Postgesetzes die schrittweise Liberalisierung des Briefmarktes in Deutschland eingeleitet. Vorgegangen war eine intensive politische Kontroverse über das Ausmaß und die Rahmenbedingungen der Marktöffnung sowie die künftige Regulierung des Postsektors.

Der Gesetzgeber hat die Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel im Postgesetz verankert und dem Wettbewerb insofern Schranken gesetzt, als er gemäß § 6 Abs.3 Nr.3 Postgesetz die Regulierungsbehörde verpflichtet, neuen Anbietern die Lizenz zu versagen, wenn diese die im lizenzpflichtigen Bereich üblichen Arbeitsbedingungen erheblich unterschreiten. In einem Antrag der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag zu den Grundsätzen zur Neuordnung des Postsektors vom Mai 1996 wird dazu ausgeführt: „Bei der schrittweisen Liberalisierung des Postsektors müssen die Auswirkungen auf das quantitative und qualitative Arbeitsangebot berücksichtigt und eine sozialverträgliche Bewältigung des Strukturwandels ermöglicht werden. Vor allem muss verhindert werden, dass die Marktöffnung im Postwesen zu einer Ausweitung ungeschützter Arbeitsverhältnisse z.B. durch Scheinselbständigkeit, Leiharbeitnehmer und geringfügige Beschäftigung führt. Eine solche Entwicklung würde zu Lasten der sozialen Sicherheit der Arbeitnehmer, der sozialen Sicherungssysteme und eines fairen Wettbewerbs gehen. Durch geeignete Rahmenbedingungen muss verhindert werden, dass Wettbewerber sich durch Sozialdumping ungerechtfertigte Vorteile verschaffen.“<sup>3</sup>

10 Jahre nach Verabschiedung des Postgesetzes und kurz vor der geplanten vollständigen Liberalisierung des Briefmarktes in Deutschland zeigt ein Zwischenfazit der bisherigen Entwicklung des Wettbewerbs und der sozialen Standards im Briefsektor: Ein Teilarbeitsmarkt, der bislang durch existenzsichernde Einkommensbedingungen gekennzeichnet war, droht zu einem Niedriglohnsektor zu

werden, bei dem prekäre Beschäftigungsverhältnisse dominieren, die nur noch als Hinzuverdienstmöglichkeiten zu einem weiteren Erwerbseinkommen oder zum Bezug von staatlichen Transferleistungen taugen. Für viele Beschäftigte in diesem Bereich gilt das Motto „arm trotz Arbeit“, wobei sie zunehmend staatliche Transferleistungen in Anspruch nehmen müssen.<sup>4</sup>

Es ist sehr zu befürchten, dass mit diesem beschäftigungspolitischen Wandel nicht nur die soziale Sicherung der einzelnen Beschäftigten untergraben wird, sondern damit auch eine Aushöhlung der vorrangig beitragsfinanzierten sozialen Sicherungssysteme einhergeht.

Nach einer in Deutschland weit verbreiteten Geiz-ist-Geil-Manier sparen Kommunen und Behörden am Porto, legen aber bei der staatlichen Unterstützung (z.B. Arbeitslosengeld II) drauf. Bereits jetzt ist klar, dass diese Beschäftigten unter der „Armut im Alter“ leiden werden.

Die Liberalisierung des Briefsektors hat bezüglich der Arbeits- und Einkommensbedingungen zu negativen Entwicklungen geführt, die durch die Regelungen des Postgesetz eigentlich hätten vermieden werden sollen.

Hier zeigt das vorliegende Gutachten Wege auf, wie im derzeitigen Unterbietungswettbewerb auf dem Postmarkt verbindliche Untergrenzen in den Arbeits- und Einkommensbedingungen gesetzt werden können. Das Gutachten sorgt für Klarheit, wie die interpretationsfähigen Formulierungen des Postgesetzes in harten Fakten auszulegen sind.

Es leuchtet sowohl den verfassungsrechtlichen wie europarechtlichen Hintergrund der Liberalisierung des Postmarktes aus. Die deutsche Regelung, wonach die Lizenzerteilung an die Einhaltung sozialer Mindeststandards gebunden ist, steht in Übereinstimmung mit den Vorgaben des deutschen und des europäischen Rechts.

Rechtlich untermauert wird belegt, dass der Bezugspunkt für die sozialen Mindeststandards die

3 Antrag der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag vom 08. Mai 1996, Bundestagsdrucksache 13/4582 <http://dip.bundestag.de/btd/13/045/1304582.pdf>

4 Siehe hierzu „Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland“ Studie der Input Consulting GmbH, Stuttgart, Dezember 2006 [http://www.input-consulting.com/download/200612\\_Liberalisierung-Prekarisierung-Briefmarkt\\_Input.pdf](http://www.input-consulting.com/download/200612_Liberalisierung-Prekarisierung-Briefmarkt_Input.pdf)

Tarifverträge der Deutschen Post AG sind, von denen bis zu höchstens 10 % nach unten abgewichen werden darf. Erstmals kann dadurch in Euro und Cent berechnet werden, welche Mindesteinkommen in der gesamten Branche durch die Sozialnorm des Postgesetzes abgesichert werden sollen. Mindesturlaubsanspruch und die Arbeitszeit können über diesen Weg ebenfalls definiert werden.

Für die politische Praxis macht das Gutachten konkrete Gestaltungsvorschläge:

Das verantwortliche Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist verpflichtet, auf einer gesetzeskonformen Praxis der Regulierungsbehörde zu bestehen. Es muss seine Weisungsbefugnis gegenüber der Bundesnetzagentur wahrnehmen.

Hilfsweise sollte der Gesetzgeber den Wortlaut von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG präzisieren.

Als denkbare weitere Alternativen kommen in Betracht:

- der Abschluss eines für die gesamte Branche geltenden Flächentarifvertrags über Mindestarbeitsbedingungen im Postdienstleistungsbereich,
- eine Allgemeinverbindlicherklärung der bei der Deutschen Post AG geltenden Tarifverträge,
- eine Tariferstreckung durch Rechtsverordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales entsprechend der im Arbeitnehmerentendegesetz für das Baugewerbe getroffenen Regelung in Bezug auf Mindestlohnsätze (§ 1 Abs.3a AEntG).

Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass es auch anders geht: In der Schweiz wird eine Regelung ganz ähnlich wie im vorliegenden Gutachten vorgeschlagen, angewandt.

Im dortigen Postgesetz wird von konzessionierten Firmen die Garantie branchenüblicher Arbeitsbedingungen verlangt. Als zentrale Beurteilungskriterien der Arbeitsbedingungen gelten Mindestjahreslohn, wöchentliche Regelarbeitszeit und Mindestferienanspruch. Sie gelten im Übrigen

auch für die Bereiche Telekommunikation und Bahn. Um die Arbeitsbedingungen in diesen drei Bereichen zu überwachen, setzt das Schweizer Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine beratende, paritätisch aus Vertretern der Arbeitnehmerorganisationen, der Arbeitgeberverbände und der Bundesverwaltung besetzte Kommission ein. Sie berät das UVEK bei der Ausarbeitung und beim Vollzug der gesetzlichen Aufträge zur Überwachung der Arbeitsbedingungen in den genannten Bereichen, insbesondere der Vorschriften gegen das Sozialdumping. Bei Bedarf gibt sie auch Empfehlungen zur Entwicklung der Arbeitsbedingungen ab.

Bei den Schweizer Lizenznehmern gilt bezüglich der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen das Deklarationsprinzip. Das heißt, dass in erster Linie die Lizenznehmer selbst in der Pflicht stehen. Auf Hinweis Dritter oder gestützt auf eigene Recherchen untersucht die Regulierungsbehörde Verstöße gegen die branchenüblichen Arbeitsbedingungen und führt gegebenenfalls ein Verfahren durch.<sup>5</sup>

Angesichts der auch aus gesellschaftspolitischer Sicht besorgniserregenden Entwicklung der Beschäftigungsbedingungen im liberalisierten Postdienstleistungsbereich und ihrer langfristigen Folgen in Deutschland, ist eine Korrektur bisher praktizierter Liberalisierungs- und Regulierungspraxis angesagt. Hier, wie auch in anderen deregulierten Teilarbeitsmärkten, besteht eine der wichtigen Zukunftsfragen darin, wie ökonomische Rationalität durch rechtliche und soziale Vernunft als Bestandteile einer Strategie der Entprekariisierung gebündelt werden kann. Insofern verweist das Gutachten auch auf die Herausforderung einer sozialverträglichen Gestaltung von Liberalisierung in anderen vergleichbaren Monopolmärkten und gibt dazu Antworten und Anregungen.

*Helmut Weber*

Friedrich-Ebert-Stiftung

Wirtschafts- und Sozialpolitik

5 Siehe auch das Kapitel „Die Gewährleistung branchenüblicher Arbeitsbedingungen im Postdienstleistungsbereich bei der Konzessionserteilung nach Schweizer Recht“, S. 75 im vorliegenden Gutachten.

## Das Wesentliche auf einen Blick

### I. Das Ergebnis vorweg

1. Anlass für das Rechtsgutachten ist die zum 1.1.2008 bevorstehende vollständige Öffnung des deutschen Postmarktes für den Wettbewerb. Europa soll ein Jahr später folgen. Zu befürchten ist, dass die geplante Liberalisierung zu einer erheblichen weiteren Zunahme an instabilen und geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen führt. Vor diesem Hintergrund untersucht das Gutachten, welche Möglichkeiten bestehen, um der in zahlreichen empirischen Untersuchungen belegten Ausbreitung niedrig entlohnter, geringfügiger und zumeist befristeter Beschäftigungsverhältnisse im Bereich der Postdienstleistungen entgegen zu wirken.
2. Das Gutachten kommt zum Ergebnis, dass diese Möglichkeit schon nach derzeit gegebener Gesetzeslage besteht. Es kommt allerdings darauf an, die Vorschrift über die sozialen Lizenzanforderungen in § 6 Abs. 3 S.1 Nr.3 Postgesetz korrekt anzuwenden. Danach ist eine beantragte Lizenz zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet.“
3. Diese seit Dezember 1997 bestehende Vorschrift ist in der Praxis der Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) bislang nicht beachtet worden. Sie ist trotz dramatischer Zunahme prekärer Arbeitsbedingungen im Lizenzbereich des Postgesetzes bislang in keinem einzigen Fall angewendet worden. Dies ist rechtswidrig.
4. Die von der Regulierungsbehörde vertretene Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG führt zu einem kompletten Leerlauf dieser Bestimmung. Dies stellt einen klaren Gesetzesverstoß dar. Nach Ansicht des Gutachters ist das verantwortliche Bundesministerium für

Wirtschaft und Technologie in der Pflicht, dem abzuhelpfen. Es ist gehalten, von der ihm zustehenden Weisungsbefugnis gegenüber der Bundesnetzagentur (BNetzA) Gebrauch zu machen. Inhalt der Weisung muss die Verpflichtung der BNetzA sein, ihre künftige Lizenzierungspraxis an einem korrekten rechtlichen Verständnis dieser Vorschrift auszurichten.

### II. Die wesentlichen Begründungsschritte

#### *Leerlaufen der Vorschrift über die sozialen Lizenzanforderungen*

5. Die Regulierungsbehörde (bis 2004: Die „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“, RegTP, seitdem BNetzA) hat in den ersten 10 Jahren seit dem zum 1.1.1997 erfolgten Inkrafttreten der Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Vorschrift so ausgelegt, dass sie in keinem einzigen Fall von ihr angewendet werden musste.
6. Die BNetzA hat zwar auf der Basis des von ihr in Auftrag gegebenen und im März 2007 veröffentlichten Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Franz Jürgen Säcker zur Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG („Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht“, abrufbar auf der Homepage der BNetzA) ihr Verständnis dieser Vorschrift geändert und legt seitdem in Teilen eine realistischere Auslegung zugrunde. Gleichwohl führt auch diese Interpretation zu dem Ergebnis, dass von der Bestimmung auch weiterhin kein Gebrauch gemacht werden kann.
7. Bis zum Januar 2007 hat die Regulierungsbehörde mit Rückendeckung durch die Monopolkommission und die damalige Bundesregierung die Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG entgegen ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem offenkundigen Sinn und Zweck so

verstanden, dass eine „nicht unerhebliche“ Unterbietung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i. S. dieser Bestimmung in keinem einzigen Fall festgestellt werden konnte.

7.1. Dies scheiterte zunächst schon daran, dass die Regulierungsbehörde ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG den Anwendungsbereich dieser Bestimmung eigenmächtig derart eingeschränkt hat, dass für „Newcomer“ im Wettbewerb großzügige Ausnahmen bewilligt wurden. Die BNetzA hat unterstellt, dass die Regelung auf Kleinbetriebe i. S. von § 23 Abs.1 KSchG von 1999 und während ein- bis zweijähriger „Anlaufzeiten“ nach Lizenzerteilung keine Anwendung finde.

7.2. Die Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde ließ die Vorschrift aber auch für größere Unternehmen und nach Ablauf der „Anlaufzeit“ in ihrer praktischen Wirkung leerlaufen: Denn infolge ihrer Auslegung der Vorschrift erwies sich die Bestimmung generell als nicht operabel.

7.2.1. Zwar ging die Regulierungsbehörde in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung in der juristischen Literatur davon aus, dass als Maßstab der „Üblichkeit“ der vom Lizenznehmer einzuhaltenden Arbeitsbedingungen diejenigen der DP AG (des nach Umsatz und Beschäftigtenzahl im Lizenzbereich weitaus größten Arbeitgebers) anzusehen seien.

7.2.2. Jedoch vermochte sie darin, dass nach dem Gesetz die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ einzuhalten sind, keine Bezugnahme auf einzelne, konkrete Regelungsinhalte (wie z. B. die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) zu erblicken. Denn sie vertrat die Rechtsauffassung, dass die Berücksichtigung einzelner Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub und Kündigungsfristen weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar sei.

7.2.3. Fehlte es somit schon mangels näherer Bestimmbarkeit der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ an jedem konkreten Bezugspunkt für die mögliche Handhabung der

Vorschrift, so wurde ihre Nichtbeachtung außerdem noch dadurch gesichert, dass die Erheblichkeitsschwelle für das Unterbieten dieser Arbeitsbedingungen, die ggf. eine Nichterteilung der beantragten Lizenz zur Folge haben könnte, sehr hoch angesetzt wurde. Die von künftigen Lizenznehmern zu unterlassende „nicht unerhebliche“ Unterschreitung dieser Arbeitsbedingungen wurde erst bei einer Unterbietung um mindestens 20 % bejaht.

#### *Wandlung der Rechtsauffassung der BNetzA zu § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG?*

8. Soweit die Rechtsauffassung der Regulierungsbehörde bis zum Januar 2007. Welche Rechtsauffassung die BNetzA derzeit pflegt, ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Klar ist lediglich, dass nach ihrer derzeitigen Auffassung die Vorschrift auch weiterhin keine praktischen Konsequenzen für die Unterbindung von Sozialdumping und prekären Beschäftigungsverhältnissen besitzt.

#### *Das Gutachten von Prof. Säcker:*

##### *Die Neudefinition der „Üblichkeit“*

9. Prof. Säcker tritt der von der BNetzA bisher vertretenen Auslegung entgegen. Zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ rechnet er nunmehr zutreffend das Arbeitsentgelt und die Arbeitszeit sowie die Dauer des jährlichen Urlaubs. Ein „nicht unerhebliches“ Unterbieten dieser Bezugsgrößen sei – entgegen der Interpretation durch die BNetzA – bereits dann anzunehmen, wenn diese Arbeitsbedingungen um mindestens 10 % unterboten würden.
10. Kernpunkt des Gutachtens und – soweit erkennbar – auch der aktuellen Rechtsauffassung der BNetzA ist aber die Abkehr vom bisherigen Verständnis von Üblichkeit i. S. dieser Vorschrift. Entgegen der bislang ganz einhelligen Ansicht seien nicht etwa die für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen der DP AG der Bezugspunkt der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen. Vielmehr seien als üblich anzusehen „die Arbeits-

bedingungen, die sich bei wettbewerblicher Öffnung des lizenzierten Bereichs in der Unternehmenswirklichkeit in den lokalen Arbeitsmärkten ergeben. Das sind die Arbeitsbedingungen, die ein Arbeitgeber anbieten muss, um Arbeitskräfte für die Ausübung der Tätigkeit des Einsammelns, Sortierens, Verpackens, Weiterleitens und Ausliefern von Briefen ... zu gewinnen.“

11. Diese Auslegung des Begriffs der „Üblichkeit“ von Arbeitsbedingungen im Lizenzbereich ist juristisch unzutreffend und führt zur Verlängerung der rechtswidrigen Praxis der Nichtbeachtung dieser Vorschrift durch die BNetzA.

11.1. Diese Interpretation des Üblichkeitsbegriffs verkehrt die soziale Schutzfunktion des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG in ein Gebot zur Herstellung von Marktöffnung und Wettbewerb. Sie setzt auf die automatisch wirkenden „Selbstheilungskräfte“ von Markt und Konkurrenz auch noch dort, wo diese evident versagen.

11.2. Sie überdehnt die im Begriff der „Üblichkeit“ enthaltene Entwicklungsoffenheit für künftige Marktveränderungen. Damit wird verkannt, dass das Kriterium der Üblichkeit neben der in ihm enthaltenen Zeitkomponente (was ist *derzeit* üblich? Das konnten bei Erlass der Vorschrift nur die Arbeitsbedingungen bei der DP AG sein) weiterhin durch eine Mengenkomponekte (Marktanteil, Quote der beschäftigten Arbeitnehmer) bestimmt ist, die auf mehrheitlich praktiziertes, tatsächliches Verhalten abstellt.

11.3. Schließlich soll der Begriff der Üblichkeit nach Säcker auch Subunternehmen umfassen, obwohl diese nach der ausdrücklichen Regelung in § 5 Abs.2 Nr.1 PostG nicht zum lizenzpflichtigen Bereich zählen und damit nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.

12. Im Ergebnis wird nach der von Säcker vertretenen Umdeutung des Üblichkeitsbegriffs i. S. des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG dieser Begriff bestimmt durch die faktisch unüblichen und normativ ungewollten (künftigen und lokalen, prekären) Arbeitsbedingungen. Das Unübliche und Ungewollte mausert sich zur Üblichkeit.

*Nachtrag Anfang Juni 2007: Das WIK-Gutachten: Fehlende Operationalisierbarkeit des neu definierten Üblichkeitsbegriffs*

13. Die von der BNetzA in Auftrag gegebene und am 21. Mai 2007 der Presse vorgestellte Untersuchung des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK-Studie) über „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“ (abrufbar auf der Homepage der BNetzA) kommt zum Ergebnis, dass dieser Begriff der „Üblichkeit“ sich als Maßstab der Lizenzerteilung – zumindest derzeit – jeglicher praktischen Anwendung und Umsetzung entzieht. Denn es fehle an einer hinreichend genauen Datengrundlage für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen auf regionalen, gar lokalen Arbeitsmärkten: „Zur Bestimmung eines Maßstabs zur Lizenzüberprüfung wäre eine genauere (und gerichtlich überprüfbare) Bestimmung von regionalen Arbeitsbedingungen erforderlich.“ (S. 3). Erläuternd heißt es hierzu in Fn.7: „Nach Auskunft der Bundesagentur für Arbeit werden kombinierte Lohndaten für Berufe und Branchen möglicherweise ab Ende 2007 von der BA erhältlich sein“.

*Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit höherrangigem Recht*

14. Die Bestimmung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist verfassungsgemäß und europarechtskonform. Dieser mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts übereinstimmende Befund des Gutachtens von Säcker ist juristisch zutreffend.

*Die Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und die Umsetzungsverpflichtung der BNetzA*

15. Nach rechtlich korrekter Auslegung der Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist eine Lizenz ist zu versagen, wenn Lohnhöhe, Arbeitszeit und Dauer des Jahresurlaubs (= die wesentlichen Arbeitsbedingungen) eines Antragstellers um mehr als 10 % unterhalb der tariflichen



Regelungen für vergleichbare Arbeitnehmer der Deutschen Post AG liegen (= wesentliches Unterschreiten der im Lizenzbereich üblichen Arbeitsbedingungen).

Die zutreffende Lesart von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG lautet demnach: „Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich beschäftigten Arbeitnehmer geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.“ Bezugspunkt sind dabei, solange die Mehrzahl der Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich von der DP AG beschäftigt wird, die tariflichen Regelungen der Beschäftigten der DP AG.

16. In dieser Auslegung ist die Bestimmung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG einfach zu handhaben. Bezugsgrundlage sind der Entgelt- und der Manteltarifvertrag bei der DP AG in ihrer jeweils geltenden Fassung (Stand derzeit jeweils 1.1.2007).

16.1. Briefzusteller sind tariflich eingruppiert in die Entgeltgruppe 3 des Entgelttarifvertrages DP AG.

16.2. Das tarifliche Referenzentgelt beläuft sich auf insgesamt 1977,91 €. Es setzt sich zusammen aus dem Monatsgrundentgelt in Höhe von 1.697,91 €, monatisierten Jahreszahlungen in Höhe von 280,00 €, dem Urlaubsgeld in Höhe von 332,34 €, einem 13. Monatsentgelt (1.697,91 €) und der Richtgröße Leistungslohn für Normalleister (1.329,72 €).

16.3. Umgerechnet auf den Monat ergibt dies den tariflichen Referenzlohn von insgesamt 1977,91 €. Dieser darf von den Antragstellern auf Lizenzerteilung gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG um maximal 10 % unterschritten werden. Daraus resultiert ein monatliches Mindestentgelt in Höhe von 1780,01 €.

16.4. Dieses liegt über dem gesamtdeutschen Niedriglohn von 1.633,00 €. Damit verhindert die korrekte Auslegung und Handhabung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, dass im Bereich der Postdienstleistungen Dumpinglöhne gezahlt werden.

17. In dieser Interpretation genügt die Vorschrift rechtsstaatlichen Anforderungen an ihre Bestimmbarkeit. Das Vertrauen in die Fortsetzung der bislang gesetzeswidrigen Praxis der Regulierungsbehörde ist rechtlich nicht geschützt.

18. Die BNetzA ist gesetzlich verpflichtet, die Vorschrift in diesem Sinne auszulegen und anzuwenden. Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG besitzt die Regulierungsbehörde weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum. Die Behörde ist gehalten, ihre Hinweise zur Lizenzerteilung sowie zur Erfassung und Kontrolle der Einhaltung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ entsprechend umzugestalten.

19. Eine parallele Bestimmung zur deutschen Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG kennt das Recht der Schweiz (§ 5 Abs.2 lit.b PostG). Dort wird die Regelung ganz ähnlich wie hier ausgelegt und angewendet. Im Ergebnis werden so Dumpinglöhne im Postbereich verhindert.

20. Auf der Basis des Gutachtens ergeben sich folgende Gestaltungsvorschläge:

20.1. Das verantwortliche Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist verpflichtet, auf einer gesetzeskonformen Praxis der Regulierungsbehörde zu bestehen. Es muss seine Weisungsbefugnis gegenüber der Bundesnetzagentur wahrnehmen.

20.2. Hilfsweise sollte der Gesetzgeber den Wortlaut von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG im Sinne der genannten Kriterien präzisieren.

20.3. Als denkbare weitere Alternativen kommen in Betracht:

20.3.1. Der Abschluss eines für die gesamte Branche geltenden Flächentarifvertrags über Mindestarbeitsbedingungen im Postdienstleistungsbereich.

20.3.2. Eine Allgemeinverbindlicherklärung der bei der Deutschen Post AG geltenden Tarifverträge.

20.3.3. Eine Tariferstreckung durch Rechtsverordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales entsprechend der im Arbeitnehmerentsendegesetz für das Baugewerbe getroffenen Regelung in Bezug auf Mindestlohnsätze (§1 Abs.3a AEntG).

## Gutachten

### I. Problemlage und Gutachtenfragestellung

#### 1. Der Ausgangspunkt:

Die Regelungen in §§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 und 2 Abs.2 Nr.5 PostG

Im Zuge der Privatisierung der Deutschen Post wurde ein für den Bereich der Netzwirtschaft einzigartiges Instrumentarium geschaffen: Die Bindung einer gewerberechtlichen Erlaubnis an Sozialkriterien. Die Erteilung von Lizenzen zur gewerbmäßigen Beförderung von Briefsendungen mit einem Einzelgewicht von nicht mehr als 1000 Gramm ist in §§ 5 ff. PostG vom 22.12.1997<sup>1</sup> daran geknüpft, dass der Antragsteller neben den üblichen gewerberechtlichen Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde „die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht wesentlich unterschreitet“. Wenn jedoch Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass eben dies der Fall ist, dann ist nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Lizenz zu versagen. Im übrigen wird in § 6 Abs.2 S.1 PostG darauf verwiesen, dass bei der Lizenzerteilung die Regulierungsziele nach § 2 Abs.2 PostG „zu beachten“ sind. Zu diesen Re-

gulierungszielen zählt nach § 2 Abs.2 Nr.5 PostG u. a. „die Berücksichtigung sozialer Belange“.

Diese Regelungen im PostG haben im Kontext der Privatisierung der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn keine Parallele: Weder bei der Privatisierung des Telekommunikationsmarktes oder des Postbankwesens noch bei derjenigen der Deutschen Bundesbahn finden sich vergleichbare Vorschriften, die die Marköffnung an die „Berücksichtigung sozialer Belange“ und die Erteilung von Lizenzen zur Gewerbeausübung an die Einhaltung der üblichen Arbeitsbedingungen knüpfen. Es verwundert deshalb nicht, dass der Stellenwert und die Reichweite dieser „Sozialklauseln“ bei der Schaffung von Wettbewerbsstrukturen im Postdienstleistungsmarkt<sup>2</sup> von Anfang an heftig umstritten waren<sup>3</sup>.

Die Bandbreite der zur Relevanz der Sozialklauseln vertretenen Positionen reicht von weithin „obsolet geworden“<sup>4</sup> und „verfassungswidrig“<sup>5</sup> bis hin zur These, dass sie rechtlich zulässige und verbindliche Maßstäbe für etwaige Wettbewerber der Deutschen Post AG darstellen<sup>6</sup>.

1 BGBl. I S.3294.

2 Zum Begriff der Postdienstleistungen gibt das PostG in § 4 folgende Legaldefinition: „Postdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind folgende gewerbmäßig erbrachte Dienstleistungen: a) Die Beförderung von Briefsendungen, b) die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 Kilogramm nicht übersteigt, oder c) die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften, soweit sie durch Unternehmen erfolgt, die Postdienstleistungen nach Buchstabe a oder b erbringen.“

3 Vgl. nur Gramlich, Ende gut, alles gut? – Anmerkungen zum neuen Postgesetz, NJW 1998, 866 und die kontroversen Positionen in den hierzu erstellten Dissertationen bei Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzversagungsgrundes § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, 2001 und Luke, Soziale Standards bei der Post, 2002.

4 Luke, 2002, 182; eine lediglich untergeordnete Bedeutung besitzen die sozialen Belange auch nach Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzversagungsgrundes § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, 2001, S. 68 ff. 80.

5 Gramlich, NJW 1998, 866 ff., 868 f.; von Seiten der FDP-Fraktion wurden bereits während der Gesetzesberatungen verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Sozialklausel des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit Blick auf Art. 12 GG angeführt, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post und Telekommunikation, BT-Drs. 13/8702, S.35; Beitrag des Abgeordneten Stadler, Plenarprot. 197. Sitzung des 13. Dt. Bundestages v. 9.10.1007, S.17789; eine Fülle von Verfassungsverstößen reklamierte für die Verlängerung der der DP gem. Art. 143 b Abs.2 S.1 GG, § 51 PostG verliehenen Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus Scholz, Rechtsgutachten zur weiteren Privatisierung und Deregulierung des deutschen Postwesens, insbesondere zur verfassungsrechtlichen Begrenzung der Exklusivlizenz im Sinne des § 51 PostG, 2001, S. 85 ff.

6 Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA, Berlin, Jan. 2007, S. 18 ff., 39; das BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01 – hat die Verlängerung der Exklusivlizenz der DP AG auch über den 31.12.2002 hinaus entgegen Scholz (Fn.5) ausdrücklich als verfassungskonform beurteilt.

Dieser Streit ist nicht nur von historischem Interesse: Jedes Mal, wenn bislang rechtlich gesicherte Exklusivrechte der Deutschen Post AG auslaufen drohen, entbrennt er erneut<sup>7</sup>. Aktuell ist dies deshalb der Fall, weil nach der derzeit gültigen Fassung von § 51 S.1 PostG entsprechend dem 1. und 3. Gesetz zur Änderung des PostG<sup>8</sup> die derzeit noch bestehende gesetzliche Exklusivlizenz für „Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis zu 50 Gramm und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, gewerbsmäßig zu befördern“ (§ 51 S.1 PostG) bis zum 31.12.2007 befristet ist.

Dieser Regelung zufolge wird mit dem 1.1.2008 der gesamte Sektor der Postdienstleistungen dem Wettbewerb geöffnet, allein gesteuert durch die *Gesetzmäßigkeiten des Marktes und die Maßnahmen der Regulierungsbehörde*, die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (im Folgenden: Bundesnetzagentur, BNetzA, bis zum 13.7.2005 Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, RegTP).

Ein derartiger Umbruch der gesetzlichen Rahmenregulierung im Bereich des Postwesens wirft ein *zweifaches Problem* auf: Zum einen, wie der Bund seiner *Infrastrukturgewährleistungsverpflichtung* gem. Art. 87 f. Abs.1 GG nachkommen kann, wonach er (nach Maßgabe eines zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzes) „im Bereich des Postwesens ...flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“ zu gewährleisten

hat. Und zum anderen, welche Auswirkungen der unbeschränkte Wettbewerb auf den gem. §§ 6 Abs.2 S.1, 2 Abs.2 Nr.5 PostG regulatorisch gebotenen *Schutz der sozialen Belange*, namentlich der „*wesentlichen Arbeitsbedingungen*“ der Arbeitnehmer, die im Lizenzbereich üblich sind (§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG), haben wird.

Im *Zentrum der Gutachtenthematik* steht die Untersuchung der zweiten Fragestellung nach den Auswirkungen der vollständigen Marktöffnung auf den Schutz der sozialen Belange der Arbeitnehmer. Um diese Problematik näher zu beleuchten, ist zunächst ein Blick auf die *Geschichte der Postreform* sowie die *Konzeption des PostG und seine Entwicklung und Handhabung in der Praxis* erforderlich. Im Anschluss daran soll die *Marktentwicklung im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen* kurz dargestellt werden. Dies erfolgt unter Bezugnahme auf die Berichte der Bundesnetzagentur und der Monopolkommission sowie auf aktuelle empirische Untersuchungen. Dabei verdienen aufgrund ihrer vorbildlichen wissenschaftlichen Methodik der Datenerhebung und -analyse bereits an dieser Stelle die beiden im Jahr 2006 publizierten Analysen der Input Consulting GmbH besondere Erwähnung<sup>9</sup>.

## 2. Geschichte der Postreform

Es ist hier nicht erforderlich, die Geschichte der Postreform im Detail nachzuzeichnen<sup>10</sup>. Für unsere Zwecke genügt es, holzschnittartig die wesentlichen Etappen zu skizzieren:

7 Vgl. Säcker, Gutachten 2007, S.14; Presseberichten zufolge wurden im Frühjahr 2007 im politischen Raum sowohl die Verlängerung der verbliebenen gesetzlichen Exklusivlizenzen der DP AG über den 31.12.2007 hinaus (der Vorstoß ging lt. NWZ v. 23.3.2007, S.23 vom Bundesminister für Arbeit und Soziales, Franz Müntefering, aus; Unterstützung fand er bei Finanzminister Peer Steinbrück lt. FAZ v. 23.3.2006, S.11; dagegen erklärte der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Michael Glos, dass er an dem für Ende 2007 vorgesehenen Auslaufen des Briefmonopols der DP AG festhalten wolle, Handelsblatt v. 22.3.2007, S.4; generell auf Skepsis stieß der Vorstoß zur Verlängerung der Exklusivlizenz bei Repräsentanten der Unionsfraktionen, vgl. den Bericht in NWZ v. 23.3.2007, S.23) als auch die Bekämpfung von „Lohndumping“ im Briefdienst durch die Festschreibung brachenweiter Standards (so die Ankündigung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, Franz Müntefering, lt. Der Tagesspiegel v. 29.1.2007) diskutiert.

8 Durch das 1. G zur Änderung des PostG v. 2.9.2001, BGBl I S.2271, wurde die Exklusivlizenz bis zum 31.12.2007 verlängert und durch das 3. G zur Änderung des PostG v. 6.8.2002, BGBl I S.3218, die stufenweise Absenkung der Gewichts- und Preisgrenze der gesetzlichen Exklusivlizenz entsprechend den Vorgaben der zum 5.7.2002 in Kraft getretenen Änderungsrichtlinie 2002/39/EG der EU (ABl. L 176/21) zum 1.1.2003 auf 100 Gramm bzw. das Dreifache des Standardtarifs und zum 1.1.2006 auf 50 Gramm bzw. das Zweieinhalbfache des Standardtarifs angeordnet.

9 Im Gleichklang?, 2006; ferner Liberalisierung, 2006.

10 Dazu ausführlich Jochum, 2001, S.39 ff.; Luke, 2002, S.26 ff., 40 ff., 61 ff.; Pfeffermann/Kühn, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., 2004, § 1. Einführung; zum Weg von der Postreform I zur Postreform II vgl. Kühn, Die Reformen der deutschen Bundespost – ein langwieriger, aber erfolgreicher Prozess, in: Büchner (Hrsg.), Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform, 1999, S.3 ff.; zur Postreform II von 1994 eingehend Büchner, Vom Monopol zum Wettbewerb, in: dgl.(Hrsg.), Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform, 1999, S.37 ff. sowie Fangmann/Lörcher/Scheurle/Schwemmler/Wehner, 1996; ein knapper Aufriss ferner bei v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, 1999, S.1 ff.



Mit der *Postreform I* vom 8.6.1989<sup>11</sup> erfolgte zunächst die rechtliche Verselbständigung und Ausgliederung des Sondervermögens der Deutschen Bundespost aus dem Bundesvermögen in drei teilrechtsfähige öffentliche Unternehmen bei gleichzeitiger Trennung des hoheitlichen, dem Bund vorbehaltenen Bereichs, vom betrieblich-unternehmerischen Bereich.

Kern der sog. *Postreform II* mit dem Postneurechtsgesetz vom 14.9.1994<sup>12</sup> war die Umwandlung der öffentlich rechtlichen Postunternehmen in selbständige Aktiengesellschaften und damit in private Rechtsform unter endgültiger Abstreifung ihrer Behördenstruktur zugunsten einer unternehmerischen Betriebsführung. Gleichzeitig wurden durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30.8.1994<sup>13</sup> Art. 78 f. GG (Privatisierung und Infrastruktursicherungsauftrag) und Art. 143b GG (Umwandlung des Sondervermögens Deutsche Bundespost in ein privates Unternehmen bei gleichzeitiger Möglichkeit der Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten für eine Übergangszeit, materielle Privatisierungssperre für 5 Jahre, Beamtenüberleitung) geschaffen, weil nach allgemeiner Auffassung der bis dahin geltende Art. 87 Abs.1 GG ein Verbot der Privatisierung der Organisation der Bundespost enthielt<sup>14</sup>.

Als *Postreform III* wird die Verabschiedung des neuen PostG v. 22.12.1997<sup>15</sup> bezeichnet. Dadurch wurde – anders als im Telekommunikationsbereich<sup>16</sup> – die zeitlich gestreckte und sachlich begrenzte Öffnung des Postwesens für private Wettbewerber vorgesehen. Nach der zwischenzeitlich verlängerten Laufzeit der in ihrem Umfang verringerten Ausschließlichkeitsrechte über den 31.12.2002 hinaus bis zum 31.12.2007 steht die vollständige Wettbewerbsöffnung des Postdienstleistungssektors demnächst bevor.

### 3. EU-Vorgaben und die Konzeption der Postreform III nach dem PostG von 1997

Die unterschiedliche Geschwindigkeit der vollständigen Marktöffnung im Bereich von Telekommunikation und Postwesen geht auf *Vorgaben des Gemeinschaftsrechts* zurück. Die gemeinschaftsrechtlichen Initiativen zur Deregulierung im Bereich des Postwesens erfolgten erst mit einer Verzögerung von ca. 5 Jahren gegenüber denen im Telekommunikationssektor. Dort war die Beseitigung verbliebener Monopolrechte bereits zum 1.1.1998 zwingend vorgesehen.<sup>17</sup>

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Initiative der EU zur Marktöffnung und zur Einfüh-

11 Poststrukturgesetz v. 8.6.1989, BGBl I S.1026; dazu eingehend Fangmann/Scheurle/Schwemmler/Wehner, Handbuch für Post und Telekommunikation. Poststrukturgesetz, 1990.

12 BGBl I S.2325.

13 BGBl I S.2245.

14 Blanke/Sterzel, Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost, KJ 1993, 278; Roßnagel/Wedde, Die Reform der Deutschen Bundespost im Lichte des Demokratieprinzips, DVBl 1998, 562.

15 BGBl. I S.3294.

16 Hier wurde die Beseitigung verbliebener Monopolrechte bereits durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) v. 25.7.1996, BGBl I S.1120, und das hierzu erlassene Begleitgesetz v. 17.12.1997, BGBl I S.3108, bewirkt, vgl. Gramlich, NJW 1998, 866, 867 sowie Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, S.147 ff.

17 Den Ausgangspunkt auf dem Telekommunikationssektor bildete das „Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“ (KOM (87), 290 endg.). Die Deregulierung auf dem Gebiet der Postdienstleistungen wurde angestoßen durch das 5 Jahre später aufgelegte „Grünbuch über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste“ v. 11.6.1992 (KOM (91), 476 endg.); die Details der Marktöffnung und Deregulierung wurden im Telekommunikationsbereich durch eine Fülle von RL, Entscheidungen, Empfehlungen und Beschlüsse der Europäischen Kommission bzw. des Europäischen Rates geregelt, deren Verabschiedung zügig erfolgte, vgl. die Darstellung – bis 1996 – bei Fangmann/Lörcher/Scheurle/Schwemmler/Wehner, 1996, S. 291 ff., 314 ff. sowie – mit Schwerpunkt auf dem regulatory review seit 1999 – bei Geppert/Ruhle/Schuster, 2002, S.25 ff.; Badura, Unternehmenswirtschaftlichkeit und Infrastrukturgewährleistung im Bereich des Postwesens – Ausgleichfonds, Exklusivlizenz und offener Netzzugang bei Universaldienstleistungen, ArchPT 1997, 277 ff. und Büchner, Vom Monopol zum Wettbewerb, in: dgl. (Hrsg.), Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform, 1999, S.37 f. und 46 f. Demgegenüber wurde für den Bereich der Postdienstleistungen eine gemeinschaftsrechtlich verbindliche Rechtsgrundlage zur Marktöffnung erst mit der RL 97/67/EG v. 15.12.1997 über „gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und der Verbesserung der Dienstqualität“ – ABl. L. 15 v. 21.1.1998, S.14 – geschaffen.

rung von Wettbewerbsstrukturen im Bereich des Postwesens im Vergleich mit der Mehrzahl der anderen Mitgliedstaaten der EU *zügig und vergleichsweise strikt umgesetzt*.<sup>18</sup> Dabei folgte der deutsche Gesetzgeber auch in konzeptioneller Hinsicht weitgehend den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts.

Nach § 1 PostG vom 22.12.1997<sup>19</sup> besteht der Zweck des Gesetzes darin, „durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern und flächendeckende und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“ Das Gesetz verfolgt die Strategie von Marktöffnung und Wettbewerb bei gleichzeitiger Sicherung der Versorgung mit „flächendeckend angemessenen und ausreichenden“ Postdienstleistungen mit dem Mittel der Regulierung. Dieser *Sicherungszweck* besteht gleichrangig neben dem *Wettbewerbszweck*. Die Regulierung ist nach § 2 PostG eine hoheitliche Aufgabe des Bundes, wobei dieser gem. § 2 Abs.2 PostG mittels der Regulierung die dort in Nr.1 bis 5 aufgezählten Ziele verfolgt. In diesem Kontext werden wiederum neben der „Wahrung der Interessen der Kunden“ und des Postgeheimnisses (Nr.1) die „Sicherstellung eines chancenreichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten des Postwesens“ (Nr.2) und die „Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Univer-

saldienst)“ (Nr.3) sowie zusätzlich in Nr. 5 die „Berücksichtigung sozialer Belange“ angeführt.

Dieser gesetzgeberischen Intention entsprach eine *sachlich beschränkte und zeitlich gestreckte Strategie der Marktöffnung*, durch die dem ehemaligen Monopolisten, der DP AG, für eine zunächst bis Ende 2002 begrenzte, sodann durch das 1. Gesetz zur Änderung des PostG v. 2.9.2001<sup>20</sup> bis zum 31.12.2007 verlängerte Übergangsperiode bestimmte, sich im Zeitablauf sachlich vermindernde *Exklusivrechte* (= *gesetzliche Exklusivlizenz*, § 51 S.1 PostG) zugewiesen wurden.<sup>21</sup>

Das *Gegenstück zu den Ausschließlichkeitsrechten* bildet die in § 52 PostG der DP AG auferlegte Verpflichtung zur Leistung von Universaldiensten, einer Grundversorgung in der Fläche gem. Art.87 f. GG, §§ 11 ff. PostG bei gleichzeitig strikter *Entgeltkontrolle* nach § 19 ff. PostG für sämtliche „lizenzpflichtigen“ Postdienstleistungen, „sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist“ (§ 19 S.1 PostG). Inhalt und Umfang der postalischen Grundversorgung wurde näher in der gem. § 11 Abs.2 PostG erlassenen Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) v. 15.12.1999<sup>22</sup> bestimmt, die Konkretisierung der im PostG benannten Verfahren und Maßstäbe der Entgeltregulierung von Postdienstleistungen erfolgte durch die Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntGV) v. 22.11.1999<sup>23</sup>.

18 Die Umsetzung der EG-RI 97/67/EG v. 15.12.1997 erfolgte nahezu zeitgleich durch das PostG v. 22.12.1997, womit buchstäblich in letzter Minute das nachträglich durch § 31 Postneuordnungsgesetz von 1989 auf den 31.12.1997 befristete PostG v. 28.7.1969, BGBl I S.1006, außer Kraft trat; detaillierte Angaben zur raschen Marktöffnung in Deutschland – bei gleichzeitig geringen Autorisierungsschwellen für den Marktzutritt privater Wettbewerber und hohen Regulierungsaufgaben gegenüber dem früheren Monopolisten, der DP AG, – enthält die Analyse von Geschwindigkeit und Stand der Liberalisierung in zentralen EU-Mitgliedstaaten in der Studie: Input Consulting, *Im Gleichklang? 2006*, S.16 ff.; vgl. ferner Büchner, *Vom Monopol zum Wettbewerb*, in: dgl. (Hrsg.), *Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform, 1999*, S.37 ff., 53 sowie Monopolkommission, *Sondergutachten 2003*, S. 143; Scholz, *Rechtsgutachten, 2001*, S. 8.

19 BGBl. I S.3294.

20 BGBl I S.2271.

21 Im PostG von 1997 betrug die Gewichtsgrenze bei der Exklusivlizenz zunächst „weniger als 200 Gramm“ und reichte „bis zum Fünffachen des Preises“ für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse. Damit lag sie noch deutlich unterhalb der vom EG-Recht vorgesehenen Obergrenze von 350 Gramm (RI 97/67/EG v. 15.12.1997, ABl L 15/14, Art.7 Abs.1 und Erwägungsgrund 17). Gleichwohl wurde die Einräumung dieses Ausschließlichkeitsrechts in der Literatur teilweise als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen, so Gramlich, *NJW 1998* S.866 ff., 867, 869, eine Position, die durch die Entscheidung des BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01 – zurückgewiesen wurde. Die Grenzen der Ausschließlichkeitsrechte in § 51 S.1 PostG wurden entsprechend europarechtlichen Vorgaben (Art.1 (1) RL 2002/39/EG v. 10.6.2002 zur Änderung der Liberalisierungs-RL Postdienste 97/67/EG) durch das 3. Gesetz zur Änderung des PostG v. 16.8.2002, BGBl I S.3218 sodann sukzessiv herabgesetzt (vgl. oben Fn.8).

22 BGBl I S.2418.

23 BGBl I S.2386; zur Darstellung dieser regulatorischen Rahmenbedingungen vgl. eingehend Monopolkommission, *Sondergutachten 2001* gem. § 81 Abs.3 TKG und § 44 PostG, „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, S. 162 ff., *Sondergutachten 2003* „Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols“, S.121 ff., 126 ff. und *Sondergutachten Post 2005*: „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“, S.15 ff.

*Ausgenommen aus dem Bereich der Exklusivrechte* sind qualitativ neuartige Dienstleistungen und solche, die im Hinblick auf ihre Art nicht zum Universaldienst rechnen<sup>24</sup>.

*Lizenzpflichtig* ist nach § 5 Abs.1 PostG die *gewerbsmäßige* Beförderung von Briefsendungen bis inklusive 1.000 Gramm, wobei in Abs.2 von § 5 PostG *Ausnahmen von der Lizenzpflicht* eröffnet werden, z. B. für Erfüllungs- und Verrichtungsgewährleistungen, die ein Lizenznehmer bei der Briefbeförderung einsetzt (Nr.1) sowie für Kurierdienste, die zur Beförderung von Briefsendungen eingesetzt werden (Nr.3).

Nach der Gesetzeslage ist es demnach keineswegs so, dass der *Wettbewerbsbereich in vollem Umfang außerhalb der der Post AG vorbehaltenen Exklusivrechte eröffnet* ist und sich in einen lizenzpflichtigen und in einen nicht lizenzpflichtigen Bereich zweiteilt. Die Lage ist komplizierter: In Übereinstimmung mit Art. 143 b Abs.2 GG und den Vorgaben der RL 97/67EG<sup>25</sup> werden der DP AG zunächst Exklusivrechte eingeräumt: Diese dienen vor allem der finanziellen Kompensation für die auch weiterhin von ihr gem. § 52 PostG zu erbringenden Universaldienstverpflichtungen und der Sicherung der von ihr zu tragenden besonderen finanziellen und sozialen Verpflichtungen, namentlich der Pensionslasten für die auf die DP AG übergeleiteten Beamten.<sup>26</sup> Sowohl der Lizenzbereich wie auch derjenige der der DP AG zugewiesenen gesetzlichen Exklusivrechte sind durch unsystematische<sup>27</sup> Ausnahmen „durchlöchert“. Dadurch sind jeweils – z. T. auf rechtlich wenig gesicherter Grundlage – Teilmärkte entstanden, auf denen sich wettbewerbliche Strukturen entfalten konnten.

In diesem Sinne hat der Gesetzgeber

- a. eine generelle Marktöffnung für bestimmte Leistungen im Bereich der Postdienstleistungen

gem. i. S. von § 4 PostG, soweit sie nicht zum lizenzpflichtigen Bereich gem. § 5 Abs.1 PostG gehören, verfügt,

- b. auch die Beförderung von „an sich“ lizenzpflichtigen Briefsendungen nach § 5 Abs.2 Nr.1 – 3 PostG *generell von der Lizenzpflicht ausgenommen* und damit einem ungehinderten Wettbewerb geöffnet,
- c. auch den Bereich der der DP AG vorbehaltenen *Exklusivrechte z. T. weitreichend eingeschränkt* und so – nach Maßgabe erteilter Lizenzen – dem Wettbewerb zugänglich gemacht (§ 51 S.2 Nr.2 – 8 PostG). Dies gilt z. B. für „qualitativ höherwertige Dienstleistungen“ gem. § 51 S.2 Nr.4 PostG, für Einlieferungsdienste bei Annahmestellen der DP AG (§ 51 S.2 Nr.5 PostG) und Abholdienste aus Postfachanlagen (§ 51 S.2 Nr.6 PostG), für die Beförderung von ins Ausland abgehenden Briefsendungen (§ 51 S.2 Nr.7 PostG) sowie für die Beförderung von Briefsendungen aus dem Ausland zu den für internationale Briefsendungen zuständigen Annahmestellen der DP AG (§ 51 S.2 Nr.8 PostG)

und im übrigen

- d. die *lizenzpflichtigen Dienstleistungen* generell unter einen nach Maßgabe verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorgaben i. S. von § 9 ff. VwVfG zu erteilenden *Lizenzvorbehalt* gestellt.

Daraus sind für die hier zu behandelnde Gutachtenfragestellung zwei wichtige Schlussfolgerungen zu ziehen:

1. Das *Erfordernis der Lizenzerteilung besteht unabhängig von der gesetzlichen Exklusivlizenz* gem. § 51 S.1 PostG. Auch wenn die Exklusivlizenz nach dieser Bestimmung zum Ende des Jahres 2007 ausläuft, besteht das Erfordernis der Lizenzierung weiterhin. Etwaige Schlussfolgerungen aus diesem Gutachten betr. die so-

24 §§ 5 Abs.2, 51 S.2 PostG, ausdrücklich zugelassen in Erwägungsgründe 18 und 21 der RL 97/67EG v. 15.12.1997, ABl L 15/14.

25 v. 15.12.1997, ABl L 15/14, Erwägungsgrund 16.

26 Vgl. BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01: Die Befugnis zur gesetzlichen Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten an die DP AG durch Art. 143 b Abs.2 S.1 GG und deren Verlängerung über die in § 51 Abs.1 S.1 PostG zunächst vorgesehene Frist vom 31.12.2002 hinaus bis zum 31.12.2007 ist vom BVerfG mit dieser Entscheidung als grundgesetzkonform beurteilt worden; eingehend hierzu bereits zuvor v. Danwitz, 1999, S.128 ff.

27 In zeitlicher Hinsicht kommt eine Überschneidung der Ausnahmeregelungen (von der Lizenzpflicht gem. § 5 Abs.2 PostG und von den Ausschließlichkeitsrechten gem. § 51 S.2 PostG) nur während der Dauer der Übergangszeit, in der die DP AG gem. § 51 PostG Exklusivrechte besitzt, in Betracht. In sachlicher Hinsicht gehen einige der in § 5 Abs.2 PostG statuierten Ausnahmen bereits auf frühere Vorbilder zurück und Ausnahmen, die schließlich in § 51 S.2 PostG geregelt wurden, sollten nach den ursprünglichen Plänen der Bundesregierung zunächst in § 5 Abs.2 PostG aufgenommen werden (so z.B. der Dokumentenaustauschdienst in § 5 Abs.2 Nr.4 des Regierungsentwurfs, jetzt § 51 S.2 Nr.2 PostG), vgl. v. Danwitz, 1999, S.122 ff., 126 f.

zialen Lizenzvoraussetzungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG sind demnach nicht auf den Zeitraum bis zum Ablauf des Jahres 2007 beschränkt.

2. Der *Lizenzvorbehalt*<sup>28</sup> gilt grundsätzlich *auch für die Tätigkeiten der DP AG* und zwar auch dort, wo sie – jenseits der ihr erteilten gesetzlichen Exklusivlizenz – Universaldienstleistungen erbringt. Die Lizenz ist eine Marktzugangsvoraussetzung im lizenzierten Bereich; es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (nach Maßgabe einer ex-ante Kontrolle)<sup>29</sup>. Die Lizenzerteilung liegt weder im Ermessen der Regulierungsbehörde noch steht ihr hierbei – wie etwa bei wertenden Entscheidungen – ein Beurteilungsspielraum zu<sup>30</sup>. Es handelt sich vielmehr um eine gebundene Erlaubnis der Regulierungsbehörde (BNetzA). Sie ist ein begünstigender Verwaltungsakt. Auf ihre Erteilung besteht grundsätzlich ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch, sofern der beabsichtigten Gewerbeausübung keine Versagungsgründe entgegen stehen<sup>31</sup>.

#### 4. Marktentwicklung im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen

Zum Verständnis der Entwicklung auf dem Markt an Postdienstleistungen ist es erforderlich, sich kurz die *wesentlichen Parameter dieses Marktes* vor Augen zu führen: Die *Marktanteile* der mit der DP AG als Inhaberin von Exklusivrechten konkurrierenden Unternehmen, die *Preisentwicklung und Arbeitsbedingungen*.

##### 4.1. Marktanteile

Die im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen tätigen Konkurrenzunternehmen der DP AG haben ihre Umsätze und Marktanteile seit 1998 kontinuierlich vergrößern können. Ihr Anteil am *Gesamtmarkt*, bestehend aus dem Briefmarkt sowie dem Kurier-, Express- und Paketmarkt (KEP-Markt), ist allerdings noch immer relativ gering. Er stieg von 0,8 % im Jahr 1998 auf 6,9 % im Jahr 2005. Trotz fortschreitender Liberalisierung – über 75 % des Postmarktes, der gesamte KEP-Markt und Teile des Briefmarktes sind bereits dem Wettbewerb geöffnet –, wird die DP AG nach Schätzungen der BNetzA<sup>32</sup> auch im Jahr 2006 einen *Marktanteil von knapp 91 %* behaupten, obwohl der Umfang des der DP AG durch die gesetzliche Exklusivlizenz gem. § 51 Abs.1 S.1 PostG vorbehaltenen *Monopolbereichs* im Jahr 2006 *nur noch ca. 60 % des Umsatzvolumens im Briefbereich* beträgt. Damit bestätigt sich die auch in anderen Mitgliedstaaten der EU gemachte Erfahrung, dass die Marktöffnung durch veränderte rechtliche Rahmenbedingungen keineswegs mit einem entsprechenden Gleichlauf der faktischen Wettbewerbssituation einher geht<sup>33</sup>.

Immerhin besaßen in Deutschland die Wettbewerber der DP AG auf dem *Teilmarkt*, der dem Wettbewerb geöffnet ist, im Jahr 2005 bereits einen Marktanteil von 16,8 %. Dabei zeichnet sich eine deutliche Verschiebung der Geschäftsbereiche dieser Lizenzunternehmen ab: „Während noch vor wenigen Jahren die Beförderung von Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenzen des reservierten Bereichs (Massensendungen und Sendungen über 100 Gramm, seit 1.1.2006 über 50 Gramm) den Großteil der von den Post-Wett-

28 Detaillierte Darstellung von Art und Inhalt der von der BNetzA vergebenen A- bis H-Lizenzen in: Monopolkommission. Sondergutachten 2005: „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“, S.5 f.

29 Zur Rechtsnatur der Lizenzerteilung ausführlich v. Danwitz, 1999, 105 ff.

30 OVG Münster v. 7.12.2005 – Az: 13 A 711/02, BeckRS 2006 20060V.

31 Badura in: Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 51 Rn.52 und 142; OVG Münster v. 7.12.2005 – 13 A 711/02 –, BeckRS 2006/20060.

32 Jahresbericht 2006 S.115.

33 Vgl. Input Consulting, Im Gleichklang? 2006, S.4: „Einerseits gibt es Länder, in denen trotz kompletter rechtlicher Beseitigung eines reservierten Bereichs kein wahrnehmbarer Wettbewerb im Briefmarkt existiert, auf der anderen Seite stehen in einzelnen Ländern, die sich für die Beibehaltung eines reservierten Bereichs entschieden haben, mit Monopolrechten ausgestattete Incumbents im Briefmarkt gleichwohl unter ernsthaftem Konkurrenzdruck. De jure möglich ist Konkurrenz innerhalb des – nach den Vorgaben der EU-Postdienstrichtlinie – reservierbaren Bereichs aufgrund der kompletten Abschaffung von Monopolrechten in Finnland, Großbritannien und Schweden, wobei diese De-jure-Liberalisierung bis dato weder in Finnland noch in Großbritannien mit einer entsprechenden De-facto-Marktöffnung einhergeht“; der Befund wird bestätigt in: Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2006, S. 114.



bewerbern erzielten Umsätze ausmachte, fokussieren sich die neuen Briefdienstleister mittlerweile zunehmend auf Briefsendungen höherer Qualität, wie die förmliche Zustellung behördlicher Postzustellungsaufträge sowie die so genannten D-Lizenzen („qualitativ höherwertige Dienstleistungen“). Beide Marktsegmente zusammen machten in 2005 mit rund 478 Millionen Euro mehr als zwei Drittel der gesamten Umsätze der Lizenznehmer aus<sup>34</sup>.

Der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger<sup>35</sup> geht davon aus, dass in einigen städtischen Ballungsgebieten bei Geschäftskunden wie insbesondere Versicherungen, Telekommunikationsunternehmen und Versandhäusern sowie Energieversorgern und kommunalen sowie Landesbehörden die Konkurrenten der DP AG bereits auf Marktanteile von über 50 % kommen<sup>36</sup>.

Die *dominierenden Akteure* auf dem deutschen Briefmarkt sind neben der DP AG Töchter von Zeitungsverlagen, Ableger ausländischer Postunternehmen und unabhängig operierende Dienstleister<sup>37</sup>.

#### 4.2. Preis- und Marktentwicklung

Der zunehmende Wettbewerbsdruck im Verbund mit den restriktiven Vorgaben der Preisregulierung durch die Bundesnetzagentur gegenüber der DP AG,<sup>38</sup> die auch die von der DP AG als Mindest-

leistungen flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis zu erbringenden, allgemein als unabdingbar angesehenen Postdienste (sog. „*Universaldienste*“ i. S. von §§ 11 ff. PostG) einer *ex-ante Preisregulierung* unterwirft, hat dazu geführt, dass Deutschland in Konsequenz dieser restriktiven Preisregulierung im europäischen Vergleich eine weitere Exklusivrolle einnimmt<sup>39</sup>: Es „ist das einzige Land, das seit 2002 einen kontinuierlichen Rückgang beim Preisniveau für Briefsendungen verzeichnen kann“<sup>40</sup>, Preissenkungen haben namentlich die rund 750 aktiven Wettbewerber der DP AG (erteilte Lizenzen insgesamt: 2.245) vorgenommen mit der Folge, dass deren Preisniveau bei den Briefdiensten rund 20 % unterhalb desjenigen der DP AG liegt<sup>41</sup>.

Prognosen gehen davon aus, dass sich die derzeit ohnedies schon niedrigen Wachstumsraten im Briefmarkt (Jahresdurchschnitt in Deutschland zwischen 1998 und 2005 0,54 %) weiter verringern werden. Erwartet wird eine insgesamt stagnierende Entwicklung des Marktvolumens. Während im Bereich adressierter Werbesendungen, die bereits heute ca. 45 % des Briefmarktes in Deutschland ausmachen, weiterhin mit Zuwächsen gerechnet wird, werden bei privaten Briefsendungen aufgrund der Verdrängung durch elektronische Kommunikation europaweit durchweg rückläufige Umsätze erwartet<sup>42</sup>.

34 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.21; BNetzA, Neunte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, Bonn 2006, S.28; besonders bemerkenswert ist dabei, dass mangels höchstrichterlicher Entscheidung noch immer nicht eindeutig geklärt ist, welche Briefdienstleistungen als qualitativ höherwertig anzusehen sind, so dass für sie die Exklusivlizenz gem. § 51 S.2 Nr.4 PostG nicht gilt; vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S.264, vgl. jetzt aber die Entscheidung des BVerwG v. 28.6.2007 – AZ: 6C 8.06., vgl. Pressemitteilung des BVerwG Nr. 41/2007.

35 Details bei Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.28 ff.

36 Vgl. Bangert, Verbraucher profitieren schon jetzt vom Ende des Briefmonopols, in: Die Welt v. 9.10.2006.

37 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.28ff.

38 Diese reduziert die ggf. zulässigen Preiserhöhungsmöglichkeiten für sämtliche Postdienstleistungen, die die DP AG als Marktführer nicht nur im Exklusivbereich, sondern im lizenzpflichtigen Bereich insgesamt erbringt, durch eine jeweils in Abzug zu bringende Produktivitätsfortschrittsrate in Höhe von 1,8%; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 2003, S.130; Input Consulting, Im Gleichklang?, 2006, S.14f., 15.

39 In Deutschland wird als einzigem Land der EU als wesentlicher Maßstab für die Preisregulierung von Postdienstleistungen darauf abgestellt, dass sie „zu einem erschwinglichen Preis“ (§ 11 Abs.1 S.1 PostG) erbracht werden. Bezugsbasis der Erschwinglichkeit ist das Preisniveau vom 31.12.1997, so Input Consulting, Im Gleichklang?, 2006, S.13; dies ist insoweit erstaunlich, als Art. 3 Abs.1 der RL 97/67/EG verlangt, dass ein Universaldienst zu tragbaren Preisen für alle Nutzer zur Verfügung stehen muss: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Nutzern ein Universaldienst zur Verfügung steht, der ständig flächendeckende postalische Dienstleistungen einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer bietet.“ Vgl. v. Danwitz, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 11 Rn.42 ff.

40 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S.106 und dgl., Neunte Marktuntersuchung, 2006, S.33 ff.

41 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.22.

42 WIK Consult, Main Developments in the Postal Sector (2004–2006), Bad Honnef 2006, S.201; Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.38; Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2006, S. 115.

#### 4.3. Beschäftigungslage, Einkommenssituation und Interessenvertretung

Die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im Bereich des Briefmarkts ist durch eine deutliche Zweiteilung gekennzeichnet: „Während nach den jüngsten verfügbaren Daten 62,3 % der bei den Lizenznehmern tätigen Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt sind, spielen Mini-Jobber bei der DP AG mit einem Anteil von nur 1 % bis dato kaum eine Rolle. Der Anteil sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung bei den Lizenznehmern hat sich dabei von 45,9 % im Jahr 1999 auf 37,7 % im Jahr 2004 reduziert. Vor allem in den neuen Bundesländern sind geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bei den neuen Anbietern mittlerweile (mit – inklusive Berlin – 75,4 %, T.B.) die Regel“<sup>43</sup>.

Die geringfügig Beschäftigten werden bei den Lizenznehmern überwiegend in der Zustellung eingesetzt. *In keiner anderen Branche* wie im Bereich des von den *Post-Wettbewerbern* versorgten *Briefmarkts* findet sich mit 62,3 % ein *derart hoher Prozentsatz* an geringfügig Beschäftigten – auch nicht im traditionell stark mit geringfügiger Tätigkeit operierenden Reinigungsgewerbe (56,3 %) oder in der Gastronomie (52,8 %). Die Tätigkeit bei den Lizenznehmern – entweder als geringfügig entlohnte Beschäftigte (sog. 400,00-€-Jobs) oder als kurzzeitig Beschäftigte (2 Monate bzw. 50 Tage) i. S. von § 8 Abs.1 Nr. 1 und 2 SGB IV – ist für

85,5 % der auf diese Weise beschäftigten Arbeitnehmer das *einzigste Arbeitsverhältnis*. Die Untersuchung von Input Consulting kommt ferner zu dem Ergebnis, dass die große Mehrzahl der Arbeitnehmer der Lizenzunternehmen nur einen *befristeten Arbeitsvertrag* hat: „Nur in einem Viertel der von uns analysierten Unternehmen waren unbefristete Arbeitsverhältnisse die Regel“<sup>44</sup>. Außerdem sind die bei den Wettbewerbern der DP AG, den neuen Briefdienstleistern gezahlten Löhne deutlich niedriger als bei der DP AG<sup>45</sup>. „Der durchschnittliche Stundenlohn (Median) rangiert in Westdeutschland bei 7,00 €, in Ostdeutschland bei 5,90 €“<sup>46</sup>. Die sich daraus bei einer angenommenen Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden ergebenden Monatslöhne machen *gegenüber den bei der DP AG vereinbarten tariflichen Einstiegsentgelten für Briefzusteller lediglich 59,1 % in West- und 49,8 % in Ostdeutschland* aus<sup>47</sup>.

Diese Befunde belegen, dass der *Arbeitskostenwettbewerb* in diesem Marktsegment einfacher Dienstleistungen zu einer *deutlichen Marktsplaltung* geführt hat. Auf der einen Seite stehen die vergleichsweise hohen, tariflich gesicherten Arbeitsbedingungen bei der DP AG, auf der anderen Seite dominieren bei den neuen Briefdienstleistern Löhne, die nicht nur die Tarifentgelte bei diesem „Incumbent“ weit unterschreiten, sondern auch noch deutlich *unter dem Niveau für vergleichbare Tätigkeiten im privaten Speditionsgewerbe*

43 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 42; die Daten beruhen auf Erhebungen der Bundesnetzagentur, vgl. Neunte Marktuntersuchung, 2006, S. 56 ff., 61. In ihrem jüngsten Jahresbericht von 2006 kommt die BNetzA zwar in ihrer Darstellung der Arbeitsplatzentwicklung zu abweichenden Werten, die insbesondere einen deutlich höheren Anteil von geringfügig Beschäftigten bei der DP AG ausweisen, vgl. Jahresbericht 2006, S. 120 ff. Sie resümiert aber auch dort, dass mit über 27.000 von über 46.000 Arbeitnehmern ein „relativ hoher Anteil von geringfügig Beschäftigten bei den Wettbewerbern“ besteht (ebd., S.123).

44 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 46.

45 Die Entgelttarifverträge bei der DP AG sehen bei Arbeitnehmern für entsprechende Tätigkeiten (*Entgeltgruppe 3, Brief- und Paketzusteller in der untersten Gruppenstufe im Regelfall ein Monatsgrundentgelt von 1697,61 € (hinzukommen: 13. Monatsentgelt, Urlaubsgeld, Vermögenswirksame Leistungen sowie Zulagen, Zuschläge und Aufwandsentschädigungen, z. B. für Zusteller, sowie ein leistungsbezogenes variables Entgelt) vor, das allerdings bei ungenügenden Leistungen („erfüllt nicht die Anforderungen“) zu keiner zusätzlichen Entgeltzahlung führt* (vgl. ETV-DP AG v. 18.6.2003 zuletzt geändert durch TV Nr.131, Stand: Januar 2007). Ausnahmsweise erhalten nach diesem Tarifvertrag Arbeitnehmer, „deren jeweilige Beschäftigung für voraussichtlich nicht länger als 3 Monate vorgesehen ist“ (§ 2 Abs.5 und 6 ETV-DP AG) ein *Stundenentgelt von 9,63 €* für entsprechende Tätigkeiten, siehe Anl. 3. Dieses Tarifschema wurde mit der Tarifreform im Jahr 2000 (vgl. ETV-DP AG Arb v. 20.10.2000, in Kraft getreten am 1.1.2001) zunächst für Arbeiter, im Jahr 2003 auch für Angestellte eingeführt. Zugleich wurde die Entgelthöhe dem Niveau der privaten Postdienstleister angeglichen. Dies erfolgte durch Absenkung der bisherigen Grundvergütungen und Einführung variabler Entgeltbestandteile. Für den Ausgleich von Entgelteinbußen wurden (abschmelzend) Besitzstandzulagen vereinbart, vgl. § 24 i. Vb. m. Anl. 6 (Lohn) und § 25 i. Vb. m. Anl. 9 (Zulagen) ETV Arb. Zum Stichtag befristet beschäftigte Arbeiter waren gem. § 23 ETV-Arb i. S. f. von 2000 von der Besitzstandzulage ausgenommen. Das BAG hat dies mit Urteil v. 11.12.2003–6 AZR 64/03 – gem. § 4 Abs.2 S.2 TzBfG für unzulässig erklärt.

46 Ebd., S.48.

47 Ebd., S. 47 f., 51.

liegen<sup>48</sup>. Die von den Lizenzunternehmen gezahlten Löhne zählen eindeutig zum *Niedriglohnbereich*, tangieren die *Armutsgefährdungsgrenze* und rechnen zur Gruppe der „*working poor*“. Sie bewegen sich, so die Untersuchung von input consulting<sup>49</sup>, „erheblich unterhalb der Schwelle, ab der die Entgelte üblicherweise als Niedrigeinkommen klassifiziert werden: In Westdeutschland um 31,5 %, in Ostdeutschland um 19,9 %.“ Die Folge ist, dass ein großer Teil der Arbeitnehmer der neuen Briefdienstleister selbst im Falle einer Vollzeitbeschäftigung die *Kriterien der Hilfebedürftigkeit* nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) II erfüllt, so dass Anspruch auf zusätzliches Arbeitslosengeld II besteht. Das Äquivalenzeinkommen dieser Arbeitnehmer liegt im Westen nur um 10,00 € über und im Osten um 99,00 € unter der Armutsgefährdungsgrenze von 60 % des mittleren Äquivalenzeinkommens. Sie rechnen deshalb auch im Sinne der amtlichen Sozialberichterstattung der Europäischen Union zur Gruppe der „*working poor*“<sup>50</sup>.

## 5. Ergebnis: Arbeitskostenwettbewerb, Marktpaltung und Prekarität auf dem Postdienstleistungsmarkt

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die bei den Konkurrenzunternehmen der DP AG im Briefmarkt in Deutschland tätigen Arbeitnehmer *zumeist als geringfügig Beschäftigte* auf der Basis niedriger Stun-

denlöhne beschäftigt werden, aus dieser Tätigkeit selbst bei einer Vollzeit-Erwerbstätigkeit überwiegend kein existenzsicherndes Einkommen beziehen und dass ihre Arbeitsverhältnisse zudem zu ca. 75 % zeitlich befristet sind. Von wenigen Ausnahmefällen abgesehen besteht in diesen Unternehmen ferner kein Betriebsrat, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen des BetrVG für deren Errichtung gegeben sind. Ebenso wenig sind die Arbeitsverhältnisse tariflich geregelt, so dass es regelmäßig an jeder kollektiver Interessenvertretung für diese Beschäftigten mangelt<sup>51</sup>.

Mit dem fehlenden reproduktionssichernden (Familien-)einkommen, der entgrenzten, nicht standardisierten Arbeit und der unzureichenden oder gar gänzlich fehlenden kollektivvertraglichen Sicherung sind bei diesen Beschäftigungsverhältnissen die zentralen Merkmale gegeben, die *prekäre Arbeitsverhältnisse* kennzeichnen<sup>52</sup>. Deshalb wird auch davon gesprochen dass bei diesen im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen tätigen Unternehmen das „*Geschäftsmodell Lohndumping*“ dominiert<sup>53</sup>.

Diese empirischen Befunde sind aus mehreren Gründen *alarmierend*:

1. *Befremdlich* ist zunächst die Tatsache, dass die segensreiche Wirkung, die von der Einführung von Wettbewerbsstrukturen im Bereich der Postdienstleistungen nicht nur für die Kunden, sondern auch für die dortigen Beschäftigten erwartet wurde<sup>54</sup>, ersichtlich

48 Bsp.: Der aktuelle Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer und Auszubildenden des Verkehrsgewerbes in Schleswig-Holstein, der zwischen dem Landesverband für das Verkehrsgewerbe Schleswig-Holstein e.V. in Kiel und der Gewerkschaft ver.di, Landesbezirk Nord (Fachbereich Postdienste, Speditionen und Logistik) abgeschlossen worden ist, sieht für „Zusteller und Kundenbetreuer bei Paket-, Express-, Kurier- und privaten Postzustelldiensten“ ab dem 1.1.2007 Stundenlöhne in Höhe von 9,64 €, ab einer 5-jährigen Betriebszugehörigkeit von 10,29 € und eine Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden vor (§§ 2,3).

49 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 53.

50 Ebd., S. 56.

51 Ebd., S. 58 ff., 77.

52 Blanke, Die rechtliche Situation von prekär Beschäftigten, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit?, 2007, S.15 ff.

53 Vgl. W. Scheurle, in: Report Mainz, Moderation F. Frey, v. 10.3.2007, Das Elend der Briefzusteller, <http://www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=1910880/s3ghh1/index.html>, S.4

54 Nachweise bei Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 78 f.; reiches Anschauungsmaterial für diese Annahme enthalten insbesondere die Sonderberichte der Monopolkommission, deren wettbewerbstheoretische Grundannahmen der 1. Senat des BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.10.2003 mit sichtlicher Skepsis aufgenommen und als für den Gesetzgeber in keiner Weise bindend qualifiziert hat (unter I 2 cc (3) der Gründe); Anzeichen einer problematischen Markteuphorie finden sich auch auf der Ebene der EU, die als Begründung für die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in Erwägungsgrund Nr. 13 der RL 2002/39/EG v. 10.6.2002 ABl L 176/21 darauf verweist, dass ein etwaiger Rückgang des Beschäftigungsniveaus bei den Anbietern von Universaldienstleistungen „durch einen Anstieg in der Zahl der Beschäftigten bei privaten Betreibern und Neueinsteigern ausgeglichen werden (dürfte)“. Die BNetzA geht in ihren Berichten ohne jegliche weitere Begründung weitergehend sogar von einem „positiven Nullsummenspiel“ aus. Sie behauptet, dass die im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen entstandenen Arbeitsplätze zusätzlich neu geschaffen worden seien und nicht etwa auf Kosten von Arbeitsplätzen bei der DP AG entstanden sind. Substitutionseffekte werden von ihr stereotyp verneint – und dies, obwohl die Größenordnungen der neu geschaffenen und der verlorenen Arbeitsplätze sich stets in etwa die Waage halten, so dass sich die Annahme eines Verdrängungseffekts geradezu aufdrängt.

nicht nur nicht eingetreten ist, sondern sich geradezu ins Gegenteil verkehrt hat: Die Bilanz der Wettbewerbsöffnung ist eindeutig negativ: In diesem Segment sind weniger Arbeitnehmer zu erheblich schlechteren Arbeitsbedingungen beschäftigt als zuvor.

Nun hatten Beobachter, die im Unterschied zur Monopolkommission und der BNetzA wettbewerbstheoretisch nicht vorgegangen sind, genau diesen Effekt vorausgesagt und als Begründung hierfür darauf verwiesen, dass in diesem Bereich *einfacher Dienstleistungstätigkeiten* nur vergleichsweise *geringe Produktivitätssteigerungen* möglich seien. Deshalb sei damit zu rechnen, dass der Preiswettbewerb infolge der konkurrenzbedingten Auseinandersetzung um Marktanteile primär als *Wettbewerb um die Senkung von Arbeitskosten* ausgetragen werde. Auf Dauer werde sich dem auch der ehemalige Monopolist, die DP AG, nicht entziehen können und dies umso weniger, je geringer der Bereich der ihr eingeräumten Exklusivrechte sei<sup>55</sup>.

Mit der vollständigen Herstellung von Wettbewerbsbedingungen im Bereich der Postdienstleistungen zum Ende 2007 ist deshalb zu befürchten, dass auch die bei der DP AG bestehenden Beschäftigungsverhältnisse, die derzeit noch zu annähernd 99 % zu den geschützten Beschäftigungen im Normalarbeitsverhältniss<sup>56</sup> rechnen, in Gefahr geraten, von diesem Abwärtszog der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erfasst zu werden. Damit droht die Verallgemeinerung einer Entwicklung, die bereits jetzt in Randbereichen – speziell bei Tochterunternehmen

und in „outsourceten“ Unternehmensbereichen – auch bei diesem marktbeherrschenden Unternehmen zu beobachten ist.

2. Das „Geschäftsmodell Lohndumping“ verursacht *erhebliche Aufwendungen an öffentlichen sozialen Sicherungsleistungen*, denen keine entsprechenden Einnahmen gegenüberstehen: Da geringfügig entlohnte Beschäftigung (oftmals auch bei Vollzeitstätigkeit) kein existenzsicherndes Einkommen vermittelt, haben nicht wenige der geringfügig Beschäftigten im Postdienstleistungsbereich<sup>57</sup> gleichzeitig Anspruch auf Arbeitslosengeld II nach §§ 19 ff. SGB II und auf Zuschüsse zu den Beiträgen zur Sozialversicherung (§ 26 SGB II)<sup>58</sup>.

Gleichzeitig ist geringfügige Beschäftigung – ungeachtet ihrer *partiellen Einbeziehung* in die Sozialversicherungspflicht seit dem Gesetz zur Neuregelung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse v. 24.3.1999<sup>59</sup> – sowohl in steuerlicher wie in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht privilegiert: Im Regelfall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsentgelt bei geringfügig entlohnter Beschäftigung pauschal mit lediglich 2 % zu versteuern. Ab 1.7.2006 hat er 28 % (gegenüber zuvor 25 %) des Bruttoarbeitsentgelts an Pauschalbeiträgen für die Kranken- und Rentenversicherung zu entrichten. Demgegenüber betragen die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile, die allein für die Sozialversicherungsträger aufzuwenden sind, bei „normalen“ Beschäftigungsverhältnissen oberhalb von „Mini-“ und „Midijobs“ im Durchschnitt knapp 41 % des Bruttoarbeitsentgelts<sup>60</sup>.

55 Vgl. die Nachweise aus der politischen Beratung des Gesetzentwurfs zum PostG von 1997, unten unter II.1.1.

56 Zu diesem Begriff und Konzept vgl. Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform, 1985, S. 415 ff., 457 ff; dgl., Folgerungen aus der Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit?, 2007, S.80 ff.

57 Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 55.

58 Zu den gesetzlichen Voraussetzungen nach diesen Vorschriften vgl. Brünner in: Münder (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, Kommentar, Baden-Baden 2005, Vor § 19 und § 26 Rn.5 ff.

59 BT-Drs. 14/280, S.10 sowie durch das zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz I und II) v. 23.12.2002 BGBl I S.462; dazu Blanke, Die Hartz-Reformen. Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht, in: KJ H.1/2003, S. 2 ff., 7 ff.

60 Der vom Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu tragende Gesamtbetrag an Sozialversicherungsleistungen beläuft sich im Jahr 2006 auf ca. 41, % des Bruttolohns (Rentenversicherung 19,5 Prozent, Krankenversicherung durchschnittlich 13,3 Prozent, Pflegeversicherung 1,7 Prozent, Arbeitslosenversicherung 6,5 Prozent). Arbeitnehmer tragen im Durchschnitt (die genaue Beitragshöhe variiert mit dem Beitragssatz der vom Arbeitnehmer gewählten Krankenversicherung) 21,4 % des Bruttolohns zur Sozialversicherung bei, der restliche Betrag entfällt auf den Arbeitgeber, vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Glossar zur Gesundheitsreform (im Internet unter: <http://www.die-gesundheitsreform.de/glossar/lohnnebenkosten.html>, aufgerufen am 19.3.2007).



Nimmt man die Steuerlast hinzu, so wird deutlich, dass die öffentlichen Kassen aus „regulären“ Beschäftigungsverhältnissen merklich höher alimentiert werden als durch geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (mit insgesamt 30 % Lohnnebenkosten inklusive Steuern).

3. *Rechtlich gesehen* sind die signifikant schlechteren Arbeitsbedingungen bei den Konkurrenzunternehmen der DP AG gegenüber den Arbeitsbedingungen beim Marktführer schon bei cursorischer Betrachtung zumindest *erstaunlich*: Denn nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist die BNetzA als Regulierungs- und Aufsichtsbehörde<sup>61</sup> im Bereich des Postwesens verpflichtet, als Voraussetzung der Lizenzerteilung an Unternehmen im Wettbewerbsbereich der Post auf die Einhaltung sozialer Standards zu achten. Wörtlich bestimmt § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG:

„Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...

(3.) *Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet*“.

Nun kann man zwar davon ausgehen, dass zum Zeitpunkt der Lizenzerteilung die Antragsteller ihren Geschäftsbetrieb auf diesem Sektor regelmäßig noch nicht aufgenommen haben und dass deshalb zu diesem Zeitpunkt die Überprüfung der sozialen Lizenzanforderungen an Hand „harter Fakten“ kaum möglich ist. Gleichwohl legt der Wortlaut der Vorschrift in Verbindung mit der in § 9 PostG vorgesehenen Möglichkeit des Widerrufs der Lizenz für den Fall, dass „der Lizenznehmer seinen Verpflichtungen nach diesem Gesetz... nicht nachkommt“<sup>62</sup>, die Annahme nahe, dass sie von der Bundesnetz-

agentur eine fortlaufende Überprüfung und Kontrolle der Einhaltung der Sozialstandards und ggf. die Erteilung von Auflagen oder gar den Widerruf der Lizenz gem. § 9 PostG verlangt.

Die BNetzA beachtet indes in ihrer Praxis eine derartige Verpflichtung keineswegs<sup>63</sup>. Vielmehr lässt sie es für die Erteilung beantragter Lizenzen genügen, dass der Antragsteller schriftlich versichert, die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, einhalten zu wollen. Eine *unternehmensbezogene Kontrolle* der Einhaltung dieser Sozialstandards zugunsten der Beschäftigten findet nach Lizenzerteilung nur in sehr eingeschränktem Umfang statt. Diese sehr zurückhaltende Praxis der Bundesnetzagentur korrespondiert mit der von ihr vertretenen *Rechtsauffassung*<sup>64</sup>. Danach hält sie die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bereits dann für erfüllt, wenn die Unternehmen ihre Arbeitnehmer im Rahmen von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen, zu denen sie auch den Großteil der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse rechnet, beschäftigen. Zudem fallen nach ihrer Auffassung die Entgeltbedingungen der Arbeitnehmer nicht unter die von den Lizenznehmern einzuhaltenden „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG.

Infolge dieser von der Bundesnetzagentur vertretenen Rechtsauffassung hat sie den zunehmend deutlich zu Tage getretenen sozialen Verwerfungen im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen, die auch von ihr selbst bemerkt werden, nichts entgegen zu setzen. So hat sie erst nach Bekanntwerden der von der „Input Consulting GmbH“ vor-

61 Zur Stellung der BNetzA vgl. die §§ 44 ff. PostG und die Kommentierung von Badura hierzu in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., 2004.

62 Hierbei handelt es sich um einen über die Vorschriften des VwVfG hinausgehenden zusätzlichen postrechtlichen Widerrufsgrund. Die Ausübung des Widerrufs liegt im pflichtgemäßen Ermessen der BNetzA, die bei ihrer Entscheidung an die Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit gebunden ist. Ggf. kann sich insbesondere bei einem rechtswidrigen Verhalten des Lizenznehmers der Ermessenspielraum der Behörde dahingehend verdichten, dass eine *Pflicht zum Widerruf* besteht. Unter diesen Umständen kommt auch ein *Anspruch eines Konkurrenten des Lizenznehmers auf Ausspruch des Widerrufs* der gesetzwidrig ausgeübten Lizenz in Betracht, vgl. Badura, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., 2004, § 9 Rn.3 ff., 5 mit zahlr. Hinweisen.

63 Zur Praxis der BNetzA vgl. die detaillierte Darstellung unten unter IV.

64 Details unten unter IV.

gelegten empirischen Untersuchung zu den Beschäftigungsbedingungen auf diesem Markt sich veranlasst gesehen, auch ihrerseits *erstens* ein Rechtsgutachten bei Prof. Säcker über „Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht“, das Ende März von der BNetzA auf ihrer Internetseite veröffentlicht wurde, in Auftrag zu geben, sowie *zweitens* das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) zu beauftragen, „eine repräsentative ökonomische Untersuchung zu den für den Briefmarkt relevanten gegenwärtigen Arbeitsbedingungen (insbesondere Lohnniveau und Arbeitszeiten) durchzuführen“<sup>65</sup>.

Diese empirische Studie wurde am 21. Mai 2007 der Presse vorgestellt und auf der Homepage der BNetzA veröffentlicht.

## 6. Untersuchungsfragestellungen

Im Zentrum dieser rechtsgutachtlichen Untersuchung steht daher

1. die Frage nach dem Regelungsgehalt des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG. Wie ist, so ist zu fragen, der Anwendungsbereich („lizenzierter Bereich“) dieser Vorschrift zu bestimmen, welches sind ihre Bezugspunkte („wesentliche Arbeitsbedingungen“, „Üblichkeit“) und Maßstäbe („nicht unerheblich unterschreitet“)<sup>66</sup>?
2. Weiter ist die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit den Vorgaben des höherrangigen Gemeinschaftsrechts und der Verfassung, namentlich im Hinblick auf die Garantie der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs.3 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG zu untersuchen sowie
3. die Richtigkeit der von der Bundesnetzagentur vertretenen Rechtsauffassung und der sich an ihr ausrichtenden Lizenzierungs- und Kontrollpraxis zu prüfen.
4. Sodann soll vor dem Hintergrund der europäischen Vorgaben zur Deregulierung des Postdienstleistungsbereichs das rechtliche Spektrum an Regelungsalternativen zur Wahrung von Sozialstandards angesichts von Marktöffnung und Wettbewerb behandelt werden.
5. In zwei gesonderten Exkursen (unten S. 78 ff.) wird abschließend
  - a) die Rechtslage im Postrecht der Schweiz dargestellt, die – ganz ähnlich wie im deutschen Recht – die Erteilung von „Konzessionen“ zur gewerblichen Tätigkeit im Bereich der Briefzustellung an die Einhaltung sozialer Standards durch die Wettbewerber des ehemaligen Monopolisten bindet und
  - b) der Frage nachgegangen, auf welche Weise die Ergebnisse des Gutachtens politisch umgesetzt werden können.

<sup>65</sup> BNetzA, Pressemitteilung zur Vorstellung des Gutachtens „Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht“ von Prof. Säcker v. 26.3.2007, S.2.

<sup>66</sup> Strukturierung in Anlehnung an Lörcher, Die sozialen Lizenzanforderungen im Postgesetz (§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG), Ffm, März 1998.

## II. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

### 1. Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

Nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist „die Lizenz ... zu versagen, wenn ...

(3.) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“.

#### 1.1. Entstehungsgeschichte der Regelung

Das Gebot, bei der Erteilung der Lizenz nach § 5 PostG soziale Lizenzanforderungen zu beachten und bei deren Nichtvorliegen die beantragte Lizenz zu versagen, ist, wie eingangs festgestellt, ein *Unikat*: Eine vergleichbare Sozialklausel ist weder für den Bereich der Telekommunikation noch im Bereich der Bahn oder im sonstigen Regulierungsrecht der Netzwirtschaften (EnWG, AEG) vorgesehen<sup>67</sup>. Die Vorschrift steht allerdings *im PostG selbst nicht gänzlich isoliert da*: Verstärkt wird dieses Gebot durch die Regelung in § 6 Abs.2 S.1 PostG, wonach bei der Lizenzerteilung die Regulierungsziele des § 2 Abs.2 PostG zu beachten sind.

Als Ziele der Regulierung des Postwesens werden in § 2 Abs.2 PostG, wie ebenfalls bereits angesprochen, neben der Wahrung der Kundeninteressen und des Postgeheimnisses (Nr.1), der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfä-

higen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens auch in der Fläche (Nr.2) sowie des Infrastrukturauftrags (Nr.3) und der Interessen der öffentlichen Sicherheit (Nr.4) in Nr.5 „die Berücksichtigung sozialer Belange“ angeführt.

Diese Bestimmung ist ebenso wie die Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG erst im Zuge der Beratung auf Grund der Intervention des Deutschen Bundesrates *im Vermittlungsausschuss* in die Neufassung des Gesetzes aufgenommen worden<sup>68</sup>.

Sie besitzt in der *gleichlautenden früheren Regelung in § 2 Abs.2 Nr.5 Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens (PTRegG)* vom 14.9.1994<sup>69</sup> einen historischen Vorläufer. Diese Klausel ordnete ganz ähnlich wie die spätere Vorschrift des § 2 Abs.2 PostG von 1997 die Berücksichtigung sozialer Belange als gleichberechtigtes Regulierungsziel neben fünf weiteren Zielen an. Ihre Notwendigkeit wurde von keiner der Fraktionen des Deutschen Bundestages infrage gestellt: „Sie war niemals umstritten und blieb unberührt von allen Änderungsvorschlägen während des weiteren Gesetzgebungsverfahrens“<sup>70</sup>.

Die Bestimmung hat aber weder Aufnahme in die Vorschriften des TKG v. 25.7.1996<sup>71</sup> zur Regulierung des Telekommunikationsmarktes noch in die Bestimmungen zur Privatisierung der Postbank gefunden. Dass im Bereich des Postwesens im Unterschied zum Telekommunikations- und Bankensektor soziale Belange eine stärkere Be-

67 Allerdings lässt das Vergaberecht neuerdings die Bindung privater Unternehmen an die Einhaltung sozialer Mindeststandards gem. § 97 Abs.4 GWB zu. Danach können durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder bei einer öffentlichen Ausschreibung von allen Bewerbern sog. Tariftreueerklärungen gefordert werden können. Das BVerfG hat mit Beschluss v.11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 ff. – entschieden, dass die Tariftreueregelung des Berliner Vergabegesetzes in § 1 Abs.1 S.2 VgG Bln mit dem Grundgesetz und dem übrigen Bundesrecht vereinbar ist.

68 BT-Drs.13/9420 v.10.12.1997.

69 BGBl I S.2371.

70 Luke, 2002, S.58 ff

71 BGBl I S.1120.

rücksichtigung finden sollten, erklärt sich daraus, dass auf diesen Märkten „ein hoher Qualifikationsanspruch gegenüber den Arbeitskräften besteht. Bezüglich der potentiellen Wettbewerber war zu erwarten, dass es sich um bereits am Markt etablierte Unternehmen handeln würde, welche umfangreichen arbeits- und sozialrechtlichen wie auch tarifvertraglichen Bindungen unterliegen. Ein massenhaftes Ausweichen auf geringfügige Beschäftigungsverhältnisse war daher – anders als im Postsektor – nicht zu erwarten“<sup>72</sup>. Folglich wurde in diesen Marktsegmenten, die aus der Privatisierung der beiden anderen Teilvermögen der Deutschen Bundespost hervorgegangen sind, nicht mit einem vergleichbar scharfen Unterbietungswettbewerb in Bezug auf die Arbeitskosten der Beschäftigten wie im Bereich der Postdienstleistungen gerechnet.

Politisch forciert wurde die Verankerung der Sozialklauseln im PostG auf Betreiben der Fraktionen der SPD und der PDS (und teilweise auch von Bündnis 90/Die Grünen) sowie des Deutschen Bundesrates. Dadurch sollte verhindert werden, dass Lizenznehmer verbreitet in ungeschützte Arbeitsverhältnisse ausweichen, um im Wettbewerb besser mithalten zu können. Zugleich sollte auf diese Weise ein Beitrag zum sozialen Schutz der im Postmarkt beschäftigten Arbeitnehmer und zur Sicherung der Finanzlage der sozialen Sicherungssysteme geleistet werden. Wörtlich heißt es hierzu in der Begründung des SPD-Antrags, der zeitgleich mit dem Referentenentwurf des BMPT v.8.5.1996<sup>73</sup> vorgelegt wurde: „Vor allem muss verhindert werden, dass die Marktöffnung im Postwesen zu einer Ausweitung ungeschützter Arbeitsverhältnisse z. B. durch Schein-

selbständigkeit, Leiharbeitnehmer und *geringfügig Beschäftigte* führt. Eine solche Entwicklung würde zu Lasten der sozialen Sicherheit der Arbeitnehmer, der sozialen Sicherungssysteme und eines fairen Wettbewerbs gehen. Durch geeignete Rahmenbedingungen muss verhindert werden, dass Wettbewerber sich durch Sozialdumping un gerechtfertigte Vorteile verschaffen“<sup>74</sup>.

Demgegenüber verfolgten die Bundesregierung sowie die damaligen Regierungsparteien CDU und FDP das Ziel einer beschleunigten Marktöffnung und der Schaffung eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“. Exklusivlizenzen sollten dem bisherigen Monopolinhaber, der DP AG, nach diesen Vorstellungen nur für eine bis zum 31.12.2002 beschränkte Übergangsfrist und zudem nur für einen relativ engen Bereich eingeräumt werden<sup>75</sup>, damit ein *abrupter Systemwechsel* vermieden werde und stattdessen ein „*stufenweiser Übergang vom Monopol zum Wettbewerb im Postsektor*“ stattfinden könne. Da internationale Erfahrungen gezeigt hätten, „dass sich wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen in diesen Märkten nicht allein durch die Aufhebung von Monopolrechten entwickeln“, sollten die regulatorischen Vorkehrungen zur Erhöhung der Chancen „potentieller Anbieter... gegenüber dem dominanten Anbieter“ dienen<sup>76</sup>.

Die Verknüpfung von Sozialauflagen mit der Vergabe von Lizenzen lehnten die Koalitionsfraktionen ab. Die Berücksichtigung sozialer Belange müsse in die *allgemeine Sozialpolitik* eingebunden sein. Besonderheiten des betreffenden Wirtschaftsbereichs, die sektorspezifische Regelungen erforderlich machten, seien nicht ersichtlich, insbe-

72 Säcker, Gutachten 2007, S.26; eine eingehende Darstellung der Unterschiede der jeweiligen Markt- und Wettbewerbssituation sowie der Regulierung der Arbeitsbedingungen gibt Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzversagungsgrundes § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, 2001, S.84 ff.

73 vgl. dazu eingehend Luke, 2002, S.74 ff.; der Referentenentwurf sah die Berücksichtigung sozialer Belange ebenso wenig vor wie der fast ein Jahr später, am 14.3.1997, vorgelegte Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774; ebenso fehlte in den Entwürfen auch eine dem späteren § 2 Abs.2 Nr.5 PostG entsprechende Regelung.

74 BT-Drs. 13/4582 v.8.5.1996, S.6 (Hervorhebg. von mir, T.B.); ganz ähnlich die Ausführungen des SPD-Abgeordneten Bury in der abschließenden Gesetzesberatung auf der 210. Sitzung des Dt. Bundestages v. 11.12.1997, BT-Prot. 13. Wahlperiode 19156 ff., 19157. Im Antrag der PDS, BT-Drs.13/7094 v. 26.2.1997 wird die Bundesregierung aufgefordert, soziale Standards im PostG festzulegen, „mit denen sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse und Ausschluss von Scheinselbständigkeit, Tarifbindung und umfassender Kündigungsschutz ...gewährleistet werden“; vgl. auch die Stellungnahme des PDS-Angeordneten Jüttemann in der 210. Sitzung des Dt. Bundestages v. 11.12.1997 BT-Prot., 13. Wahlperiode, S.19159; diese inhaltlich weiter gehende Position konnte sich allerdings nicht durchsetzen, vgl. DB-Prot. 13/197, S.17796; zum Ganzen auch die ausführliche Darstellung bei Säcker, Gutachten 2007, S. 5 ff., 18.

75 Vgl. Scholz, Rechtsgutachten zur weiteren Privatisierung und Deregulierung des deutschen Postwesens, insbesondere zur verfassungsrechtlichen Begrenzung der Exklusivlizenz im Sinne des § 51 PostG, 2001, S.38 ff.

76 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post und Telekommunikation v. 7.10.1997, BT-Drs 13/8702 S.2; BT-Drs. 13/7774.

sondere gebe es auch keine Hinweise darauf, dass in den derzeitigen Wettbewerbsbereichen die Arbeitsverhältnisse schlechter seien als im Monopolbereich<sup>77</sup>.

Die Einfügung der „Sozialklauseln“ der § 2 Abs.3 Nr.5 und § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG erfolgte erst *auf Grund der Stellungnahme des Bundesrates v. 14.3.1997*<sup>78</sup> sowie eines *erneuten Änderungsantrages der SPD-Fraktion v. 8.10.1997*<sup>79</sup> im Vermittlungsausschuss, nachdem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 30.5.1997 die Berücksichtigung sozialer Belange mit den genannten Argumenten erneut abgelehnt hatte<sup>80</sup>.

In der ersten und zweiten Lesung des Entwurfs der Bundesregierung vom 5.6.1997 und vom 9.10.1997 ergaben sich keine substantiell neuen Gesichtspunkte. Hervorhebung verdient lediglich, dass von den Befürwortern der Sozialklausel zur Erläuterung ihrer Position insbesondere auf die Erfahrung hingewiesen wurde, dass im Zuge der Postreform seit Anfang der 90er Jahre bereits mehr als 100.000 Arbeitsplätze in diesem Bereich entfallen seien und dass neu entstehende Arbeitsplätze zu einem nicht geringen Teil mit Scheinselbständigen, geringfügig Beschäftigten und untertariflich bezahlten sonstigen Beschäftigten besetzt würden<sup>81</sup>. Das PostG wurde im Bundestag mit der Stimmenmehrheit der Regierungsfractionen in der Fassung des Regierungsentwurfs beschlossen<sup>82</sup>, dann aber vom Bundesrat an den Vermittlungsausschuss verwiesen<sup>83</sup>.

Im Verfahren vor dem Vermittlungsausschuss wurde abermals betont, dass es darum gehe, eine drohende Abwärtsspirale bei der Entwicklung der

Arbeitsbedingungen zu vermeiden: „Wir wollen Leistungswettbewerb und keinen Wettbewerb im Sozialdumping“<sup>84</sup>.

Die Änderungen der Gesetzesvorlage im Vermittlungsausschuss bezogen sich schwerpunktmäßig auf folgende Punkte: Neben der Einführung der Sozialklauseln wurde

- die *Exklusivlizenz* der Deutschen Post AG gem. § 51 PostG *erweitert*,
- die Regelung in § 11 PostG begrifflich korrigiert („Universaldienst“ statt „Grundversorgung“) und in Abs.2 hinsichtlich der in einer Rechtsverordnung der Bundesregierung zu bestimmenden Anforderungen präzisiert,
- die Bundesregierung zum Erlass einer *Postdienstleistungsverordnung* ermächtigt (§ 18 PostG), die Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme von Postdienstleistungen enthält,
- die Regulierungsbehörde gem. § 46a PostG (jetzt § 47 PostG) mit der Erstellung eines im Rhythmus von zwei Jahren den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes vorzulegenden *Tätigkeitsberichts* über Lage und Entwicklung auf dem Gebiet des Postwesens beauftragt, wobei darin auch Stellung zu der Frage genommen werden sollte, *ob, in welchem Umfang und ggf. bis zu welchem Zeitpunkt die Exklusivlizenz nach § 51 PostG über das Jahr 2000 hinaus erforderlich ist* und
- die *Maßstäbe der Entgeltgenehmigung* nach § 19 Abs.2 Nr.2 S.2 PostG (jetzt § 20 Abs.2 S.2 PostG) neu geregelt. Danach sind bei der Entgeltberechnung „insbesondere die Kosten für die *Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind*,

77 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post und Telekommunikation v.7.10.1997, BT-Drs 13/8702 S.3, 35; ebenso der Redebeitrag des Abgeordneten Müller (CDU/CSU) BT-Prot. v.5.6.1997, 13. Wahlperiode S.8702. Die Fraktion der FDP hielt eine solche Verknüpfung zudem im Hinblick auf die Garantie der Berufsfreiheit in Art. 12 GG für unzulässig.

78 BR-Drs. 147/97, S.60 ff.

79 BT-Drs.13/8715, S.1 ff.

80 BT-Drs.13/7774, Anlage 3, S.46.

81 DB-Prot.13/178, S.16080 (Hans Martin Bury, SPD), S.16082 (Arne Börnsen, SPD) und S.16087 (Gerhard Jüttermann, PDS); DB-Prot. 13/197, S.17786 (Dr. Manuel Kiper, Bündnis 90/Die Grünen) und S. 17789 f. (Gerhard Jüttermann, PDS); vgl. Säcker, Gutachten 2007, S.8 ff.

82 DB-Prot. 13/197, S.17800

83 BR-Drs.776/197.

84 So Dr. P. Fischer (Nds.) in: BR-Prot. 13/717. Sitzung, S.461; ganz ähnlich der Berichterstatter für den Vermittlungsausschuss, Dr. H. Scherf (Bremen), BR-Drs.13/720. Sitzung, Anl.1 S.609... „dass es Wettbewerbsvorteile nur durch bessere Leistung und größere Kundenfreundlichkeit gibt, nicht aber durch Sozialdumping... Bei der Post sind in den vergangenen Jahren Zehntausende von Arbeitsplätzen abgebaut worden. Vor diesem Hintergrund ...ist eine sozialverträgliche Gestaltung des Wandels... zwingend“, ähnlich Ministerin Alm-Merk (Nds.), BR-Drs. 13/720 Abs.2 S.610.



sowie die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen und die Kosten aus der Übernahme von Versorgungsleistungen für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, angemessen zu berücksichtigen“<sup>85</sup>.

### 1.1.1. Ergebnis

Der nach langwierigen und zähen Verhandlungen schließlich erzielte Kompromiss bei der Verabschiedung des PostG von 1997 zielte gegenüber dem ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung auf eine *Verlangsamung der Marktöffnung, den Schutz der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten, die Stärkung der wirtschaftlichen Position des bisherigen Monopolinhabers, der DP AG*, als Kompensation für die von ihr zu erbringenden Universaldienstleistungen und zum Ausgleich für die von ihr zu tragenden Pensionslasten und auf eine *präzisere Überwachung und Kontrolle* der durch den verstärkten Wettbewerb herbeigeführten Effekte. Mit der Berücksichtigung der „sozialen Belange“ als einem der Ziele der Regulierung und dem Schutz der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen der Beschäftigten verfolgte der Gesetzgeber ausweislich der Intentionen der Betreiber dieses Vorhabens namentlich die *Vermeidung geringfügiger und „ungeschützter“ Beschäftigungsverhältnisse*, das Ausweichen in „ungesicherte Jobs, Scheinselbständige und Turnschuhbrigaden“<sup>86</sup> und dadurch den Schutz der sozialen Sicherheit der Arbeitnehmer und der sozialen Sicherungssysteme sowie die Entfaltung fairer Wettbewerbsbedingungen zwischen der DP AG und ihren zukünftigen Konkurrenten.

### 1.2. Wortlaut und Wortsinn von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 und § 2 Abs.2 Nr.5 PostG

Die Bestimmungen in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 und § 2 Abs.2 Nr.5 PostG sind seit der Verabschiedung des PostG im Jahr 1997 bis heute nicht geändert

worden. Obwohl zwischenzeitlich drei Gesetze zur Änderung des PostG erlassen wurden<sup>87</sup>, wodurch die Befristung der der DP AG gem. § 51 Abs.1 PostG verliehenen Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus bis zum 31.12.2007 verlängert wurde und die Anpassung an die zwischenzeitlich verabschiedeten europarechtlichen Vorgaben zur Liberalisierung des Postmarktes durch stufenweise weitere Marktöffnung erfolgte, ist an der Verpflichtung zur Respektierung sozialer Belange als wesentlichem Regulierungsziel und der Beachtung der sozialen Lizenzanforderungen bis dato unverändert festgehalten worden.

Die *Bestimmung von Wortlaut und Wortsinn* sieht sich mit einer Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe konfrontiert: Nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist die Lizenz zu versagen, wenn „*Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet*“.

Zu bestimmen sind danach die

1. Arbeitsbedingungen, die im „*lizenzierten Bereich*“ „*üblich sind*“. Dadurch wird der *Anwendungsbereich* von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG definiert, ferner die
2. „*wesentlichen Arbeitsbedingungen*“, die den *sachlichen Bezugspunkt* der Regelung markieren, und schließlich als *Maßstab der Lizenzversagung*, dass diese Arbeitsbedingungen
3. „*nicht unerheblich*“ unterschritten werden.
4. In *prozeduraler Hinsicht* ist schließlich erforderlich, dass „*Tatsachen die Annahme rechtfertigen*“, dass diese Bedingungen der Lizenzversagung gegeben sind.

### 1.2.1. Der Anwendungsbereich: Lizenzierter Bereich, Üblichkeit

Der Lizenzbereich wird in § 5 PostG definiert: Nach § 5 Abs.1 PostG benötigt eine Lizenz, wer Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 Gramm beträgt, gewerbsmäßig für andere befördert. Während der damit umschriebene lizenzpflichtige Bereich klar umrissen ist (strittig

<sup>85</sup> Vgl. Pfeffermann/Kühn, Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 1 Einführung Rn.106 ff.

<sup>86</sup> So der Abgeordnete Bury (SPD) in der ersten Beratung des Entwurfs der Bundesregierung am 5.6.1997, BT-Prot. 13/178, S.16080.

<sup>87</sup> v.2.9.2001, BGBl I S.2271; v. 7.2.2002, BGBl I S.572 und v. 16.8.2002, BGBl I S.3218.

ist allein, ob der Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz nach § 51 PostG zum lizenzierten Bereich nach § 5 PostG rechnet sowie der Umfang der hier nicht relevanten Ausnahmeregelungen nach § 5 Abs.2 PostG), ist *neuerdings* umstritten, auf welche Arbeitsbedingungen mit der Aussage verwiesen wird, dass diese im lizenzierten Bereich *üblich* sind. Wird dadurch auf diejenigen der DP AG oder (zusätzlich bzw. gar ausschließlich?) auf *diejenigen der Wettbewerber der DP AG abgestellt?*

a. *Marktführerschaft und Üblichkeit*

Nach *bislang*<sup>88</sup> *ganz einhelliger Meinung*, der in Übereinstimmung mit der Regulierungsbehörde auch die Bundesregierung<sup>89</sup> folgt, ist ersteres der Fall<sup>90</sup>. Diese Auffassung stützt sich hauptsächlich auf die Tatsache, dass die DP AG im lizenzierten Bereich (einschließlich der gesetzlichen Exklusivlizenz) einen über 90 % hinausgehenden *Umsatzmarktanteil* besitzt und den *Großteil der im Lizenzbereich tätigen Arbeitnehmer* beschäftigt und damit die Maßstäbe der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen bestimmt<sup>91</sup>. Der Marktanteil der DP AG belief sich im

Jahr 2005 im lizenzpflichtigen Bereich auf 93,3 % und wird auch im Jahr 2006 auf knapp 91 % veranschlagt<sup>92</sup>.

Die Zahl der von ihr beschäftigten Arbeitnehmer überstieg im Jahr 2005 diejenige der Wettbewerber um mehr als das Dreifache (148.840 gegenüber 46.175)<sup>93</sup>, so dass bis auf Weiteres<sup>94</sup> an der Üblichkeit der bei ihr bestehenden Arbeitsbedingungen als Maßstab der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ im lizenzierten Bereich keine Zweifel bestehen.

Dies gilt jedenfalls derzeit (und erst Recht für den Zeitraum ab dem vollständigen Wegfall der Exklusivlizenz nach § 51 PostG zum 31.12.2007) unabhängig davon, ob der Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz nach § 51 S.1 PostG zum lizenzpflichtigen Bereich nach § 5 PostG hinzu gerechnet wird<sup>95</sup> oder ob dies, wie es der unrichtigen, aber für die hier relevante Reichweite von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG keineswegs unerheblichen<sup>96</sup> Auffassung der BNetzA entspricht, nicht geschieht. Denn an den Größenordnungen der referierten Daten bewirkt dies keine relevanten Verschiebungen.

88 Anders jetzt aber: Säcker, Gutachten 2007, S.54 ff., 61.

89 „Als „üblich“ werden die Arbeitsverhältnisse unterstellt, in der die überwiegende Anzahl der im lizenzierten Bereich Beschäftigten steht. Die weit überwiegende Zahl dieser Beschäftigten sind bei oder für die DP AG tätig. Ihre Arbeitsverhältnisse bilden den Maßstab“, so die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr.11; wortidentisch in Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr.4 und in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/9069, BT-Drs. 14-9203 v.3.6.2002 zu Nr.2.

90 Badura in: Beckscher PostG Kommentar, 2. Aufl. München, § 6 Rn.28; Jochum, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, Berlin 2001, S.142; Lörcher, 1998; Luke, 2002, S. 86.

91 Vgl. Fn. 89.

92 BNetzA, Jahresbericht 2006, S.115; detaillierter: BNetzA, Neunte Marktuntersuchung, 2006, S.267 ff.

93 BNetzA, Jahresbericht 2006, S.115; detaillierter: BNetzA, Neunte Marktuntersuchung, 2006, S.267 ff.

94 Vgl. den für die EU-Kommission (DG Markt/2005/03/E) verfassten Bericht von PricewaterhouseCoopers „The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market in 2009“, Mai 2006, Annex, Länderberichte, Deutschland, S. 60. Danach erwarten die Autoren auch bei vollständiger Marktöffnung weiterhin die Aufrechterhaltung der marktbeherrschenden Stellung durch die DP AG „for the foreseeable future“, ebd., KOM(2006) 596.

95 Diese trifft folgende Unterscheidungen: Monopol-, Lizenz- und Wettbewerbsbereich; a. A. Badura in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 5 Rn.1; ihm zufolge zählt auch die gesetzliche Exklusivlizenz zum lizenzpflichtigen Bereich.

96 Wird der Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz der DP AG nach § 51 PostG nicht zum lizenzierten Bereich nach § 5ff. PostG gerechnet, dann müssen von der Tätigkeit der DP AG im Gesamtbereich der Postdienstleistungen diejenigen Funktionen aussortiert werden, die sie in diesem Feld der Exklusivlizenzen erbringt. Diesen Sparten ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten müssten dann die in ihnen jeweils beschäftigten Arbeitnehmer zugeordnet werden, wobei es für die Anwendung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG allein auf die Relation der Beschäftigten der DP AG in diesem (kleineren) Feld zu denjenigen der neuen Lizenznehmer ankommt. Damit ist aus der Sicht der BNetzA der Vorteil einer derartigen Interpretation von § 5 PostG klar: Er führt zu einer weiteren Minimierung der Reichweite von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG – aber nur solange, wie es die Vorbehaltsrechte nach § 51 PostG noch gibt.

b. *Maßgeblicher Zeitpunkt*

Dass für den Begriff der „Üblichkeit“ von Arbeitsbedingungen auf die *tatsächlichen Marktdaten zum Zeitpunkt der Beurteilung* abgestellt wird, ist sachlich geboten. Denn nur unter dieser Voraussetzung der *faktischen Geltung* von Arbeitsbedingungen ist es legitim, künftigen Marktteilnehmern die Einhaltung der damit in Bezug genommenen Bedingungen ebenfalls abzuverlangen: Es kann von ihnen nämlich nicht mehr und Anderes erwartet werden als das, was auf dem Markt, auf dem sie tätig werden wollen, üblich ist.

Die Auferlegung der Pflicht, spezifische Standards gegenüber Dritten einzuhalten, zwingt ihnen einen *Rechtsgehorsam* auf, dessen Befolgung von ihnen legitimer Weise *nur unter der Bedingung erwartet werden kann*, dass auch die übrigen Rechtsgenossen, zumal solche, mit denen sie als Marktteilnehmer konkurrieren, sich diesen Standards ebenfalls verpflichtet fühlen und sie in ihrem tatsächlichen Verhalten auch mehrheitlich respektieren und befolgen<sup>97</sup>.

c. *Entwicklungsoffenheit des Üblichkeitserfordernisses*

Diese Auslegung des Begriffs der „Üblichkeit“ bewirkt damit, dass es *entwicklungsoffen für künftige Marktveränderungen* wird. In dieser Lesart korrespondiert es auch mit dem Verständnis, das ihm ansonsten in arbeitsrechtlichen Regelungszusammenhängen beigemessen wird. So wird z. B. der Verweisung auf die „übliche Vergütung“ in § 612 BGB für den

Fall des Fehlens einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung die gleiche Bedeutung beigemessen: „Üblich ist die Vergütung, die am gleichen Ort in ähnlichen Gewerben oder Berufen für entsprechende Arbeit im Durchschnitt gezahlt zu werden pflegt. Bestehen für eine bestimmten Branche und Region tarifliche Vergütungsregelungen, sind diese regelmäßig als übliche Vergütung idS anzusehen“<sup>98</sup>.

Auch wenn in der Zwischenzeit die Regulierungsbehörde über 2.000 Lizenzen an Wettbewerber der DP AG vergeben hat, von denen allerdings nur ca. 950 Unternehmen am Markt aktiv sind, so stellt das Kriterium der Üblichkeit angesichts der dargestellten Größenverhältnisse der Marktanteile und der Arbeitnehmerzahlen gleichwohl *nicht auf deren* Arbeitsbedingungen ab. Zudem waren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes – sieht man von der Erteilung der gesetzlichen Exklusivlizenz nach § 51 S.1 PostG ab – noch keine Lizenzen nach § 5 ff. PostG erteilt, so dass als Bezugspunkt der Üblichkeit allein die bei der DP AG bestehenden Arbeitsbedingungen in Betracht kamen. Im übrigen ist die DP AG auch ihrerseits Lizenznehmerin, soweit sie im lizenzpflichtigen Bereich tätig wird. Dies gilt auch für ihre Tätigkeit im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Exklusivlizenz nach § 51 PostG. Sie besitzt auch heute noch im Lizenzbereich ganz überwiegende Marktanteile und beschäftigt die große Mehrzahl der dort tätigen Arbeitnehmer<sup>99</sup>.

97 Zur Begründung dieses im Recht häufig verwendeten Arguments vgl. Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt/M., 1992, S.45 ff., 56: Die durch den Rechtszwang auferlegte Nötigung zu normkonformem Verhalten setzt die faktische Geltung der fraglichen Norm und damit ihre tatsächliche Akzeptanz und Befolgung durch die Mehrheit der Adressaten des Normbefehls voraus.

98 Eckert, in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 2005, § 612 Rn.3; ebenso Lörcher, 1998, S. 24 f.; in diesem Sinne hat das BAG auch den Begriff der „Tarifüblichkeit“ in § 77 Abs.3 BetrVG, der sich ausdrücklich auf „Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden“, dahingehend ausgelegt, dass er gegeben ist, wenn mehr als 50 % der Arbeitnehmer der Tarifbindung unterliegen, vgl. BAG v. 6.12.1963, AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG 1952 unter 3 c. der Gründe; BAG v.15.1.1992, AuR 1992, 379 unter II 1.b) bb) der Gründe; zustimmend Richardi in: Richardi (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 2006, § 77 Rn.267 ff., 271; in diesem Sinne ist auch der Grundsatz, dass Betriebsratsmitglieder Anspruch auf ein Arbeitsentgelt haben, welches nicht geringer sein darf als dasjenige vergleichbarer Arbeitnehmer mit „betriebsüblicher“ beruflicher Entwicklung (§§ 37 Abs.4, 38 Abs.4 BetrVG) dahingehend zu verstehen, dass damit nur der Normalfall, nicht aber Ausnahmefälle erfasst werden. Es kommt also auf die berufliche Entwicklung der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer an, so BAG 19.1.2005, AuA 2005, 436; LAG Köln v.13.3.2002, AR-Blattei ES 530.8 Nr.44; Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 2006, § 37 Rn.66; weitergehend: BAG v.15.1.1992, DB 1993, 1379 = AuR 1992, 379 (Leitsatz) unter II 1.b) bb) der Gründe; DKK-Wedde, § 37 Rn.77; ebenso ist bei dem häufig in Tarifverträgen gebrauchten Begriff der „betriebsüblichen“ Arbeitszeit ein quantitative und keine qualitative Betrachtung angezeigt.

99 BNetzA, Jahresbericht 2006, S.115, 121.



d. *Die abweichende Auffassung von Säcker*  
Säcker hat neuerdings eine hiervon abweichende Auslegung vorgetragen, allerdings ohne sich mit der bisher ganz herrschenden gegenteiligen Auffassung auseinander zu setzen: Danach sind „üblich ...die Arbeitsbedingungen, die sich bei wettbewerblicher Öffnung des lizenzierten Bereichs in der Unternehmenswirklichkeit in den lokalen Arbeitsmärkten ergeben. Das sind die Arbeitsbedingungen, die ein Arbeitgeber anbieten muss, um Arbeitskräfte für die Ausübung der Tätigkeit des Einsammelns, Sortierens, Verpackens, Weiterleitens und Auslieferns von Briefen ...zu gewinnen. Jedes Unternehmen, das im lizenzierten Bereich tätig werden will, muss diese Löhne zahlen, um seine Tätigkeit überhaupt durchführen zu können. In der Regel kann davon ausgegangen werden, dass Briefbeförderungsunternehmen aus ökonomischem Eigeninteresse die am lokalen Markt für vergleichbare Tätigkeiten gezahlten Entgelte auch ihren Arbeitnehmern gewähren müssen“<sup>100</sup>.

e. *Kritik der Auffassung von Säcker*  
Dieser Ansicht kann indes nicht gefolgt werden. Sie geht aus mehreren Gründen in die Irre: Zunächst deshalb, weil sie der klassischen marktliberalen, dogmatischen Vorstellung verhaftet ist, wonach sich die Preise auch auf dem Arbeitsmarkt „von selbst“ auf einen sozial verantwortlichen Lohn einpendeln würden.

e.a. *Keine automatische Selbstkorrektur des Arbeitsmarktes*

Die Erwartung von Säcker, dass die Knappheitsverhältnisse am Arbeitsmarkt für einen ausreichend hohen Lohn sorgen werden, mag – wenn überhaupt – allenfalls in Regionen mit sehr niedriger Arbeitslosigkeit begründet sein. In Gebieten mit hoher Arbeitslosigkeit wie insbesondere in den neuen Bundesländern, in denen der Großteil der Lizenznehmer aktiv ist, hat sie keine Grundlage. Hinzu kommt, dass seit der Reform des SGB II im Zuge der Hartz-IV-Novelle gem. § 2 Abs.2 i. Vb. m. § 10 SGB II erwerbsfähige Hilfebedürftige nach § 7 Abs.1 SGB II jede von der Arbeitsagentur angebotene Tätigkeit annehmen müssen, sei sie noch so prekär und schlecht bezahlt<sup>101</sup>. Infolgedessen hält sich der Druck des Marktes auf die Arbeitgeber, bessere Arbeitsbedingungen anbieten, um Arbeitskräfte zu gewinnen, in Grenzen<sup>102</sup>.

e.b. *Falscher Zeitpunkt*

Entscheidend sind nach der von Säcker vertretenen Ansicht nämlich nicht die im Beurteilungszeitpunkt bestehenden, aktuellen Marktbedingungen, sondern die sich erst zukünftig – bei einer wettbewerblichen Öffnung der relevanten Märkte – herstellenden Arbeitsbedingungen: Die These, dass der Begriff der Üblichkeit „dynamisch dahingehend zu verstehen ist, dass auch der Geschäftsverkehr einzubeziehen ist, der sich erst bei funktionsfähigem Wettbewerb bildet“<sup>103</sup>, verkennt, dass die für diese Aussage in Bezug genommene Entscheidung des BGH v. 6.10.1992<sup>104</sup> zu § 20 Abs.1 GWB keineswegs auf

100 Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA, Berlin, Jan.2007, S.54 ff., 55.

101 Vgl. hierzu Berlitz, in: Münder Sozialgesetzbuch II. Kommentar, 2005, § 2 Rn.27 ff. und Brühl, ebd., § 10 Rn.7.

102 Eingehend Input-Consulting, Liberalisierung, 81 f.: „In diesem Kontext bedarf es zudem der Erwähnung, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige gemäß § 2 SGB II alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit ausschöpfen (müssen)‘ – verbunden mit der potenziell sanktionsbewehrten Verpflichtung von Arbeitslosen, eine Beschäftigung selbst dann anzunehmen, wenn ihnen diese kein höheres Netto-Einkommen als das Arbeitslosengeld II ermöglicht oder sogar niedriger ausfällt. Auch dieser Mechanismus erweitert nach unseren Erkenntnissen das Potenzial an Beschäftigten, die bereit – bzw. in diesem Fall präziser: ‚gehalten‘ – sind, eine Arbeit zu den bei den Lizenznehmern gängigen Bedingungen aufzunehmen. Umgekehrt vermindert er auf Seiten der Arbeitgeber die Anreize, die Beschäftigungsbedingungen in ihren Unternehmen attraktiver zu gestalten.“

103 Ebd., S. 61; ebenso zuvor S.55.

104 – Az: KZR 10/91 – BGHZ 119, 335, 338.

eine prognostizierte künftige Entwicklung Bezug nimmt, sondern darauf abstellt, „was sich innerhalb der betroffenen Kreise als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgestellt hat“<sup>105</sup>. Die Lesart, die Säcker dem Begriff der Üblichkeit beizumessen sich bemüht, beruft sich demnach zu Unrecht auf die Judikatur des BGH zu § 20 Abs.1 GWB. Sie schießt über die in dem Begriff strukturell angelegte dynamische Entwicklungsoffenheit hinaus und bezieht die antizipierte künftige Entwicklung auf den aktuellen Beurteilungszeitpunkt in unzulässiger Weise zurück.

*e.c. Verknennung der sozialen Schutzfunktion*

*von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG*

De facto werden auf diese Weise *allein die Arbeitsbedingungen* in Bezug genommen, die *bei den Wettbewerbern im lizenzpflichtigen Bereich* üblich sind und die, wie dargestellt, weit unterhalb der Standards der Arbeitsbedingungen liegen, wie sie für die Arbeitnehmer der DP AG gelten. Indem sich diese Wettbewerber die durch ein Überangebot an Arbeitskräften verursachte Bereitschaft zahlreicher Arbeitssuchender zunutze machen, Arbeit auch zu vergleichsweise sehr ungünstigen Arbeitsbedingungen nachzufragen und aufzunehmen, werden als Bezugspunkt der Üblichkeit allein diejenigen Arbeitsbedingungen definiert, die auf einem von allen sozialen Rücksichtnahmen befreiten Markt durchsetzbar sind. Damit verkehrt sich der Schutzzweck von § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG in sein Gegenteil, zumal dieses ohnehin prekäre Vergleichsniveau dann noch gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG um bis zu 10 % unterboten werden können soll.

*e.d. Einseitig wettbewerbsorientierte Auslegung der Sozialvorschriften des PostG*

Legitimiert zu dieser eigenwilligen Interpretation sieht sich Säcker dadurch, dass er Bezug nimmt auf die „zur Erreichung und Sicherung der auf die wettbewerbliche Öffnung des Marktes gerichteten Zielsetzung des Regulierungsrechts (vgl. § 2 Abs.2 Nr.2 PostG)“<sup>106</sup>.

Bei diesem *interpretatorischen Rekurs auf die wettbewerbsfördernde Zielsetzung* des Regulierungsrechts verkennt er, dass das PostG in § 6 Abs.2 S.1 i. Vb. mit § 2 Abs.2 Nr.5 die „*Berücksichtigung sozialer Belange*“ als *gleichwertiges Regulierungsziel* neben der „*Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs*“ bestimmt und dass die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen gem. § 6 Abs. 3 S.1 Nr.3 PostG *primär aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes, aber auch im Interesse fairer Wettbewerbsbedingungen und damit des Konkurrenzschutzes* sogar in der Interpretation dieser Bestimmung durch Säcker selbst<sup>107</sup> geboten ist. Auch dieser – im Gegensatz zu den sonstigen Ausführungen im Gutachten von Säcker – *einseitig wettbewerbsorientierten Auslegung* der Sozialvorschriften des PostG, namentlich im Hinblick auf die Bestimmung des Begriffs der Üblichkeit, ist daher nicht zuzustimmen.

*e.e. Relevanz der Marktführerschaft*

Und schließlich verkennt diese Auffassung, dass das Kriterium der Üblichkeit neben der in ihm enthaltenen *Zeitkomponente* ferner durch eine *Mengenkomponente* bestimmt ist, die auf *mehrheitlich praktiziertes, tatsächliches Verhalten* abstellt. Auch die Beachtung dieser in der *Marktführerschaft* zum Ausdruck kommenden *Mengenkomponente* (Marktanteil, Quote der beschäftigten Arbeitnehmer) darf nicht durch Rekurs auf – zudem einseitig interpretierte – Regulierungsziele ausgehebelt werden.

105 Ebd., Rz.14 mit zahlr. Nachweisen.

106 Säcker, Gutachten 2007, S.54; ähnlich S.61.

107 Ebd., S. 16.

- f. *Sachliche Erweiterung des Üblichkeitsbegriffs durch Säcker: Hinzurechnung von tariflich geregelten, geringfügigen Arbeitsbedingungen im Bereich von Subunternehmern und von Personalleasingfirmen, die von Lizenznehmern als Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen hinzugezogen werden.*  
Säcker geht in seinem Gutachten bei der Interpretation des Tatbestandsmerkmals der „Üblichkeit“ der im lizenzpflichtigen Bereich bestehenden wesentlichen Arbeitsbedingungen allerdings *noch einen bedeutenden Schritt weiter* und rechnet hierzu auch die Arbeitsverhältnisse, die bei Subunternehmen und Personalleasingfirmen bestehen, die als Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen von Lizenznehmern tätig werden. *Das ist insofern verwunderlich*, als nach dem eindeutigen Wortlaut von § 5 Abs.2 Nr.1 PostG derartige, als Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen im Bereich der Briefbeförderung tätige Unternehmen, *ausdrücklich aus dem lizenzpflichtigen Bereich ausgenommen sind*. Wörtlich bestimmt § 5 Abs.2 Nr.1 PostG: „Einer Lizenz nach Absatz 1 bedarf nicht, wer 1. Briefsendungen als Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfe desjenigen befördert, dem eine Erlaubnis nach Absatz 1 erteilt worden ist“. Sicher ist, dass Säcker hierbei auch geringfügige Arbeitsverhältnisse einbezieht, die bei Subunternehmen und Personalleasingfirmen bestehen, die als Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen von Lizenznehmern tätig werden; jedoch lässt sich dem Gutachten wohl<sup>108</sup> die Einschränkung entnehmen, dass dies nur für solche geringfügige Beschäftigungsverhältnisse gelten sollte, die *tariflich geregelt* sind.
- g. *Kritik der Hinzurechnung von „Subunternehmen und Personalleasingfirmen“, die als Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen von Lizenznehmern tätig werden, durch Säcker*
- g.a. *EU-Dienstleistungsfreiheit als falscher Bezugspunkt*  
Die Hinzurechnung von „Subunternehmen und Personalleasingfirmen“<sup>109</sup> zum Umkreis der nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zu berücksichtigenden, im lizenzpflichtigen Bereich „üblichen“ Arbeitsbedingungen erörtert Säcker unter der Überschrift „Sozialklausel und Dienstleistungsfreiheit“<sup>110</sup>. Die in diesem Kontext gemachten Ausführungen sind unklar und schwer nachvollziehbar.<sup>111</sup> Zunächst stellt der Verfasser fest, dass seine „wettbewerbsbezogene Interpretation der Sozialklausel“<sup>112</sup> nicht Art. 16 der EG-Dienstleistungsrichtlinie oder § 7 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen<sup>113</sup> widerspreche, weil „vereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit auch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen (sind), die unabhängig vom Herkunftsland der Arbeitnehmer gelten“. Wenig später konstatiert er sodann: „Die Dienstleistungsrichtlinie findet keine Anwendung auf Personalleasingfirmen (vgl. Art. 2 Abs.1 lit. e)“. Berücksichtigt man weiterhin, dass Art. 16 gem. Art. 17 Nr.1 a) der Dienstleistungsrichtlinie generell *auf Postdienstleistungen* i. S. der RL 97/67/EG v. 15.12.1997 *keine Anwendung findet*, dann bleibt für eine Prüfung der Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit der Dienstleistungsrichtlinie kein Raum.

108 Die verklausulierte Fassung der entsprechenden Passagen teilt die Argumente für diese – rein sprachlich vorgenommene – Einschränkung nicht mit.

109 Säcker, Gutachten 2007, S.56.

110 Ebd., S.56 f. und gleichlautend S.62 f.

111 Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sie teilweise auch offen widersprüchlich sind; so etwa, wenn Art. 16 Abs.3 der Dienstleistungsrichtlinie v. 12.12.2006, ABl L 376/36 (richtiger Weise) entnommen wird, dass sie nach Maßgabe mitgliedstaatlicher Rechtsnormen eine Bezahlung aller Arbeitnehmer im Betrieb nach dem Grundsatz des „equal pay“ erlaubt (Säcker, Gutachten 2007, S.56), wenig später jedoch resümiert wird: „So sieht die Dienstleistungsrichtlinie vor, dass am Arbeitseinsatzort alle Arbeitnehmer nach dem Grundsatz des ‚equal pay‘ zu bezahlen sind“ (ebd., S.62); unklar und widersprüchlich ist auch der Zusammenhang zwischen tariflich geregelten Arbeitsbedingungen im Subunternehmer- und Personalleasingbereich und den als „marktüblich“ qualifizierten geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen, dazu unten Fn. 117.

112 Schon diese Etikettierung zieht ein einseitiges Fazit, hat Säcker doch der Sozialklausel des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG auf Grund seiner Auslegung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung der Norm eine zumindest gleichgewichtige, wo nicht primär *sozialpolitische Ausrichtung* entnommen, vgl. S. 15, 16, 39 f.

113 Gemeint ist das AÜG v. 7.8.1972, BGBl I S.1393.

g.b. *Ungeklärte Relevanz,*

*Verkenning der Funktion des Arbeitsrechts*

Soweit Säcker im übrigen meint, „auch die Tarifverträge im Subunternehmerbereich und im Bereich von Personalleasingfirmen, die zur Briefbeförderung in der Lage sind und als Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen des Lizenznehmers eingesetzt werden (vgl. § 5 Abs.2 Nr.1 PostG)“ seien „als Bezugspunkt der Üblichkeit heranzuziehen“, was „auch für die Arbeitsentgelte geringfügig Beschäftigter, für die der Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat“ gelte, da auch „diese Arbeitsverhältnisse ...rechtmäßige, wettbewerbskontrollierte Verträge“<sup>114</sup> seien, so handelt es sich dabei um empirisch nicht abgesicherte und rechtlich nicht näher begründete Postulate. Sie verkennen zudem die soziale Funktion des kollektiven Arbeitsrechts und stehen gänzlich außerhalb des Kontextes einer Prüfung des Verhältnisses von „Sozialklausel und Dienstleistungsfreiheit“.

So lässt der Autor ungeklärt, ob und in welchem *tatsächlichen Umfang Tarifverträge im Subunternehmerbereich und im Bereich von Personalleasingfirmen*, die von Lizenznehmern als Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen eingesetzt werden, *bestehen*. Soweit ersichtlich, gelten weder für die Subunternehmer der DP AG noch für diejenigen der Wettbewerber Tarifverträge. Dass es sich nach Meinung von Säcker bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen um „wettbewerbskontrollierte Ver-

träge“ handelt, weshalb *auch diese als übliche Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen seien*,<sup>115</sup> verkennt die für das Arbeitsrecht insgesamt konstitutive Tatsache, dass es „vor allem die Arbeitnehmer (sind), die nicht aus eigener Verhandlungsstärke angemessene Arbeitsbedingungen durchsetzen können“<sup>116</sup>. Selbst wenn Säcker davon ausgehen sollte, dass diese geringfügigen Arbeitsverhältnisse im Subunternehmerbereich und im Bereich von Personalleasingfirmen *tariflich geregelt* sind<sup>117</sup>, bliebe gleichwohl zu klären, ob diesen Tarifverträgen die Wirkung der Kompensation der im Arbeitsverhältnis bestehenden Defizite der Privatautonomie durch die Vermutung eines angemessenen und gerechten Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien zukommt („Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrages für die Herstellung individueller Vertragsgerechtigkeit). Sollte dies auf Grund der besonderen Markt- und Konkurrenzsituation im Bereich der Postdienstleistungstätigkeiten, deren Struktur und Wirkungsmechanismen unter dieser Fragestellung ohne wettbewerbstheoretische Voreingenommenheiten empirisch überprüft werden müssten, typischer Weise zu verneinen sein, und zeigen sich dadurch gravierende Funktionsstörungen der Tarifautonomie in diesem Bereich, dann „trifft den Sozialstaat die Verantwortung für ein Lösungskonzept, u. U. sogar eine grundrechtliche Schutzpflicht“<sup>118</sup>, hier korrigierend ein-

114 Gutachten 2007, S.57 (Hervorheb. Von mir, T.B.).

115 Gutachten 2007, S. 57, 63.

116 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85 ff., Rn.52: „Der einzelne Arbeitnehmer ist typischerweise ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer“; ebenso Dieterich, Gutachten 2006, S.20 jeweils mit weiteren Nachw.

117 Dafür spricht, dass er auf S.63 einen Bezug zwischen den – hier nicht ausdrücklich als geringfügig bezeichneten – Beschäftigungsverhältnissen und den im Subunternehmerbereich und im Bereich von Personalleasingfirmen geltenden Tarifverträgen herstellt, indem er ausführt: „Denn auch die auf Basis dieser Tarifverträge abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse sind rechtmäßige, marktübliche, wettbewerbskontrollierte Verträge“. Sodann resümiert er wie folgt: „Solange der Staat nicht durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen oder durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ein höheres Einkommensniveau vorgibt, kann die Regulierungsbehörde die am Markt für vergleichbare Tätigkeiten gezahlten üblichen Arbeitsentgelte nicht als sozialwidrig i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG be-  
anstanden“.

118 Aus Art. 12 GG oder Art. 9 Abs.3 GG, vgl. Dieterich, Gutachten 2006, S.29; dgl., Tarifautonomie und Gesetzgebung, Frankfurt/M. 2003, S.13 ff. jeweils mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

zugreifen und in diesem Sektor sozialstaatlich akzeptable Mindeststandards per Gesetz zu sichern<sup>119</sup>.

#### *g.c. Ergebnis*

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass als „üblich“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG solche Arbeitsbedingungen im lizenzpflichtigen Bereich anzusehen sind, die zum Zeitpunkt der Beurteilung dieser Frage *für die Mehrheit der dort tätigen Arbeitnehmer* gelten. Damit steht fest, dass *Bezugspunkt der Üblichkeit* die bei der DP AG auf Grund tariflicher Regelung bestehenden Arbeitsbedingungen sind.

*Geringfügige Arbeitsverhältnisse im Subunternehmerbereich und im Bereich von Personalleasingfirmen* rechnen gemäß der ausdrücklichen Regelung in § 5 Abs.2 lit.1 PostG nicht zu den gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zu berücksichtigenden Arbeitsbedingungen, „die im lizenzpflichtigen Bereich üblich sind“. Dies gilt – vorbehaltlich einer näheren Untersuchung, die die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in diesem Sektor bestätigt, selbst dann, wenn sie ggf. tariflich geregelt sind.

### **1.2.2. Die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ als sachlicher Bezugspunkt von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG**

#### *a. Wortlaut*

Das PostG selbst legt nicht näher fest, was unter den einzuhaltenden „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zu verstehen ist. Aus dem *Wortlaut und Wortsinn* folgt, dass als solche die *zentralen Inhalte* bezeichnet werden, die *für die nähere*

*Bestimmung des Arbeitsverhältnisses charakteristisch* sind. Entscheidend sind unter diesem Aspekt die Kernelemente des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses, insbesondere die Lohnhöhe, die Dauer der Arbeitszeit und die Länge des Urlaubs. Die historische Interpretation, namentlich die dargestellte Entstehungsgeschichte von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG macht zudem deutlich, dass der Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ als Kriterium zu verstehen ist, nach dem sich die Qualität des Arbeitsverhältnisses unter dem sozialen Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes beurteilt. Diese Auslegung wird auch durch die systematische und teleologische Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bestätigt.

#### *b. Entstehungsgeschichte*

Die oben eingehend dargestellte *Entstehungsgeschichte* der Regelung ergibt eindeutig, dass mit ihr *primär sozialpolitische Ziele* wie der soziale Schutz der in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmer durch Verhinderung prekärer Beschäftigungsverhältnisse sowie die Sicherstellung der Finanzgrundlagen der sozialen Sicherungssysteme verfolgt wurden. Teilweise wird dem in der Literatur unter Hinweis auf die mit diesen Schutzmaßnahmen zugleich verfolgte *wettbewerbspolitische Zielsetzung* der Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen widersprochen und sei es der Vorrang dieser wettbewerbspolitischen Zielsetzung vor der sozialpolitischen Intention des Gesetzgebers<sup>120</sup>, sei es ein interpretationsbedürftiges Spannungsverhältnis zwischen diesen Zielsetzungen<sup>121</sup> behauptet. Diese Entgegensetzung von sozialpolitischen und wettbewerbs-

119 Das BVerfG hat diesen in ständiger Rechtsprechung (BVerfGE 98, 36 5 ff., 395; E 103, 89 ff., 101) entfalteten Rechtsgrundsatz erst kürzlich mit Kammerbeschluss v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85 ff., Rn.50 erneut für die Privatautonomie wie folgt bekräftigt: „Soweit jedoch die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern“. Der gleiche Grundsatz muss auch für die Tarifautonomie dort gelten, wo sie ihre Funktion der Marktkorrektur zugunsten der unterlegenen Marktpartei nicht zu erfüllen vermag.

120 So insbesondere Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzversagungsgrundes § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, Berlin 2001, S.68, 75, 80.

121 Unklar Säcker, Gutachten 2007; einerseits konstatiert er eine „doppelte Zielsetzung“, S.10, 17, andererseits legt er eine „wettbewerbsbezogene Interpretation der Sozialklausel“ zugrunde, S.54, 56.



politischen Intentionen des Gesetzgebers verkennt indes den inneren Zusammenhang, der zwischen diesen beiden Zielen besteht: Die Absicht, einen sich aufschaukelnden Prozess der Unterbietungskonkurrenz in Bezug auf die Arbeitsbedingungen der im lizenzpflichtigen Bereich der Postdienstleistungen tätigen Arbeitnehmer zu unterbinden und auf diese Weise faire Konkurrenzbedingungen zu gewährleisten, geht zwangsläufig Hand in Hand mit dem dadurch herbeigeführten Schutz der Beschäftigten. Darin eine widersprüchliche oder auch nur spannungsreiche Ambivalenz zu sehen, konstruiert einen künstlichen Gegensatz, der in der Realität gerade nicht gegeben ist<sup>122</sup>.

- c. *Systematische Auslegung: Art. 9 Abs.3 GG, § 2 Abs.1 S.2 NachwG, §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 S.1 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG*

Der Begriff der „Arbeitsbedingungen“ wird an zentraler Stelle zunächst in Art.9 Abs.3 S.1 GG gebraucht. Er bildet hier zusammen mit den „Wirtschaftsbedingungen“ das Begriffspaar, das den Gegenstandsbereich der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie umreißt. Die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ sind nach dieser Verfassungsnorm der Regelungsgegenstand der auf der Koalitionsfreiheit fußenden Tarifautonomie<sup>123</sup>. Zweifellos<sup>124</sup> von Art. 9 Abs.3 GG gedeckte Kernelemente der Regelungsbefugnisse der Tarifparteien sind *nach allgemeiner Auffassung* neben

der Festlegung der *Höhe der tariflichen Entgelte, die Dauer der Arbeitszeit sowie die Dauer des Jahresurlaubs*.<sup>125</sup> Mit diesen Variablen liegen die wesentlichen Elemente des arbeitsvertraglichen Synallagmas fest. Sie rechnen zu den zentralen Inhaltsnormen, zu deren Bestimmung die Tarifparteien gem. § 1 TVG befugt sind<sup>126</sup>.

Dieses Verständnis des Begriffs der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ wird bestätigt durch die Regelungen in § 2 Abs.1 S.2 des NachwG v. 20.7.1995<sup>127</sup>, das bereits vor Erlass des PostG in Kraft getreten war. Die dort genannten „wesentlichen Vertragsbedingungen“, über deren Inhalt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich Mitteilung geben muss,<sup>128</sup> gehen entsprechend den Vorgaben der europäischen Nachweisrichtlinie 91/533/EWG v. 18.10.1991<sup>129</sup> weit über die „essentialia negotii“, nämlich Vergütung und Arbeitszeit, hinaus<sup>130</sup>. Sie erstrecken sich gem. § 2 S.2 Nr. 6-8 NachwG aber stets und *ausdrücklich auch auf die Lohnhöhe, die vereinbarte Arbeitszeit und die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs*<sup>131</sup>. Der Begriff der „wesentlichen Vertragsbedingungen“ ist gleichbedeutend mit „wesentliche Arbeitsbedingungen“<sup>132</sup>. „Wesentlich ist alles, was üblicherweise in Arbeitsverträgen bestimmter Arbeitnehmer vereinbart wird“<sup>133</sup>.

122 In diesem Sinne auch Luke, 2002, S.87 ff., 106.

123 ErfK-Dieterich, 2006, Art. 9 Abs.3 GG, Rn.70 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, 1997, Bd.1 § 6 II; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S.48ff.; Wiedemann/Wiedemann, TVG-Kommentar, 1999, Einl. Rn.95 ff.

124 Selbst in der engsten Auslegungsvariante des Begriffspaares von „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ i. S. von Art. 9 Abs.3 GG – etwa bei Forsthoff, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, S.381, 385 – werden darunter mindestens die „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ verstanden, vgl. Wiedemann/Wiedemann, TVG-Kommentar, 1999, Einl. Rn.99.

125 Reim in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 1Rn.354 ff.; das BVerfG (E 94, 268 ff.) lehnt seine Interpretation des Begriffs der Arbeitsbedingungen in Art. 9 Abs.3 GG an die in § 77 Abs.3 BetrVG genannten Regelungsbereiche „Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen“ an, vgl. Wiedemann/Wiedemann, TVG-Kommentar, 1999, Einl. Rn.98.

126 Zachert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG. Kommentar, 2006, § 1 Rn. 60 ff.

127 BGBl I S.388.

128 Gleiches gilt nach § 3 S.1 NachwG für nachträgliche Änderungen der wesentlichen Arbeitsbedingungen.

129 ABl EG Nr. L 288, S.32.

130 ErfK-Preis, 2006, § 2 NachwG Rn. 7.

131 Ebenso Säcker, Gutachten 2007, S. 15; Luke, 2002, S.87 ff., 106; Lörcher, 1998, S.18 ff.; a. A. Badura in: Beckscher PostG Kommentar, 2004, § 6 Rn.28: Keine Berücksichtigung einzelner Arbeitsbedingungen.

132 ErfK-Preis, 2006, § 2 NachwG Rn.5.

133 Ebd., Rn.8; diese Formulierung macht sehr schön den auch in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG hergestellten Zusammenhang deutlich, der zwischen den beiden Merkmalen der „Üblichkeit“ und demjenigen der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ besteht.

Im gleichen Sinne wird das Begriffspaar „wesentliche Arbeitsbedingungen“ auch in den – allerdings erst mit dem „Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ v. 23.12.2002<sup>134</sup> geschaffenen – Regelungen in §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 S.1 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG verwendet, das sich nach allgemeiner Ansicht<sup>135</sup> ebenfalls zumindest auf die genannten Variablen als „wesentliche Arbeitsbedingungen“ erstreckt<sup>136</sup>.

Die Tatsache, dass das Verständnis der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i. S. des NachwG und des AÜG *weit mehr umfasst als die Kernarbeitsbedingungen der Entgelthöhe, der Arbeitszeit und des Jahrsurlaubs*, hindert nicht, dieses Begriffspaar bei § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG auf die *genannten drei Kriterien zu beschränken*. Denn diese Kernelemente der Arbeitsbedingungen sind relativ einfach zu quantifizieren, so dass sie der Höhe nach bestimmbar sind. Dies macht sie in der Praxis als Bezugspunkt und Orientierungsmaßstab für potentielle Wettbewerber der DP AG im lizenzpflichtigen Bereich überhaupt erst handhabbar. Denn sie dienen als Maßlatte, deren „nicht unerhebliche“ Unterschreitung die Lizenzverweigerung oder den nachträglichen Lizenzentzug rechtfertigt. Unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung der BNetzA über einen Lizenzantrag ist es daher geboten, das Begriffspaar „wesentliche Arbeitsbedingungen“ in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG auf die genannten Kernarbeitsbedin-

gungen zu beschränken. Bezugspunkt hierfür sind *die bei der DP AG geltenden tariflichen Regelungen*.

Auch die *teleologische Auslegung* bestätigt den bereits aus dem *Wortlaut* und der systematischen Interpretation erschlossenen Bedeutungsgehalt dessen, was unter „wesentliche Arbeitsbedingungen“ in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zu verstehen ist.

#### d. Ergebnis

Als „wesentliche Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG sind die zentralen Inhalte zu verstehen, die für die Bestimmung der Qualität des Arbeitsverhältnisses unter dem sozialen Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes ausschlaggebend sind. Als wesentliche Arbeitsbedingungen i. S. dieser Vorschrift sind die Lohnhöhe, die vereinbarte Arbeitszeit und die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs anzusehen. Sie bemessen sich nach den bei der DP AG – als dem Arbeitgeber, der die große Mehrzahl der Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich beschäftigt – geltenden tariflichen Regelungen.

### 1.2.3. Der Beurteilungsmaßstab der Lizenzversagung: Nicht unerhebliches Unterschreiten dieser Arbeitsbedingungen

Wann eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung der genannten wesentlichen Arbeitsbedingungen vorliegt, ist streitig. Ein Teil der Literatur setzt die Schwelle unzulässiger Unterschreitung der üb-

134 BGBl. I S.4607.

135 Vgl. hierzu Schüren, AÜG Kommentar, 2003, § 9 Rn.178ff.; Ulber, AÜG Kommentar, 2006 § 9 Rn.98; Wank, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK 7. Aufl., 2006, § 3 AÜG Rn.20. Der Vorschlag der EU-Richtlinie zur Leiharbeit (KOM 2002, 149 endg.) definiert in Art. 3 I den Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ verbindlich für die Mitgliedstaaten. Danach umfassen diese die Höhe des Entgelts, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs, gehen im Detail jedoch noch erheblich darüber hinaus.

136 Auch in anderen Bereichen der Rechtsordnung wie namentlich in der Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) v.1.1.2001 - BAnz. Nr.1 v.3.1.2003 - i. d. F. v. 18.11.2005 – BAnz.Nr.55 v.19.3.2005 – finden sich Bestimmungen, die auf die *Vergleichbarkeit der Regelungen von Arbeitsbedingungen* abstellen. So wird z. B. in § 19 der VBL-Satzung definiert, wer Beteiligter der VBL sein kann. Neben den Gebietskörperschaften der Bundesrepublik Deutschland kommen als Beteiligte nach Abs.2 lit. d) – f) sonstige Arbeitgeber in Betracht, wenn sie das für eine Gebietskörperschaft gem. § 19 Abs.2 Lit. a) – c) geltende Tarifrecht „oder ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts anwenden“. Nach § 19 Abs. 3 der Satzung liegt ein „Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts“ vor, „wenn die Arbeitsbedingungen im Wesentlichen entsprechend geregelt sind“ wie bei Gebietskörperschaften gem. § 19 Abs.2 lit. a)-c); ähnlich sind die Regelungen zur Mitgliedschaft in den Zusatzversorgungskassen der Länder und Gemeinden, vgl. z.B. 11 Abs.2 der Satzung der ZVK der bayerischen Gemeinden v. 25.6.2005 i. d. F. v. 15.12.2006.

lichen Arbeitsbedingungen mit 5 % bis höchstens 10 % an<sup>137</sup>. Ein anderer Teil der Literatur und die Praxis der BNetzA gehen von einer Marge von 20 % aus<sup>138</sup>.

Für beide Auffassungen lassen sich auf den ersten Blick gute Gründe finden: Erstere kann sich neben den von Säcker angeführten kartellrechtlichen Entscheidungen des BGH<sup>139</sup> auch auf die Rechtsprechung des BAG<sup>140</sup> zum Erfordernis gem. § 111 BetrVG berufen, wonach von einer Betriebsänderung, die für „erhebliche“ Teile der Belegschaft wesentliche Nachteile mit sich bringt, die Erheblichkeitsschwelle des § 17 KSchG entsprechend heranzuziehen ist. Für letztere berufen sich Bundesregierung<sup>141</sup> und Regulierungsbehörde<sup>142</sup> auf die Rechtsprechung des BAG<sup>143</sup> zur Abgrenzung des betrieblichen Geltungsbereichs konkurrierender Tarifverträge im Baugewerbe (gem. § 1 Abs.2 Abschn. VII des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) v. 12.11.1986 i. d. F. v. 22.12.1989). Gestützt werden könnte diese Ansicht ferner durch Bezugnahme auf die vom BVerfG<sup>144</sup> gebilligte Rechtsprechung des BAG<sup>145</sup> zur Inhaltskontrolle arbeitgeberseitig vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen i. S. des AGB-Rechts gem. § 307 Abs.1 S.1 BGB, der zufolge dem Arbeitgeber im Interesse einer flexiblen Gestaltung der Arbeitsbedingungen ein einseitiges Bestimmungsrecht über den Umfang *nicht nur seiner Leistungspflichten, sondern auch der Hauptleistungspflichten des Vertragspartners* von bis zu 25 % eingeräumt wird.

Beide Rechtsprechungslinien zur Begründung der 20%-Schwelle sind jedoch auf die vor-

liegende Fragestellung, wann i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG eine beantragte Lizenz zu versagen ist, weil „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“, bei näherer Betrachtung nicht übertragbar.

*a. Begründungen für das 20%-Quorum*

*a.a. Die Rechtsprechung des BAG zur Vermeidung von Tarifkonkurrenz im Baugewerbe*

Das BAG hat zwar in seiner Entscheidung zum Geltungsbereich der Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes vom 11.12.1996 einen „nicht unerheblichen“ Umfang von Tätigkeiten dann angenommen, wenn diese Arbeiten einen Anteil an der betrieblichen Gesamtarbeitszeit von „mindestens 20 %“ ausmachen.

Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass dadurch der Begriff einer „nicht unerheblichen“ Abweichung von bestimmten Standards auch in allen sonstigen Anwendungskontexten gleichermaßen mit mindestens 20 % zu bestimmen sei. Eine solche Vorstellung ist denkbar naiv. Dies zeigt schon die Überlegung, dass etwa bei Regelungen zur Anlagensicherheit wie generell in allen sicherheitsempfindlichen und zeitlich eng aufeinander abgestimmten, getakteten Bereichen eine Abweichung von „mindestens 20 %“ schlicht untolerierbar wäre: „Nicht unerheblich“ sind in solchen Bereichen alle Abweichungen von einem als

137 So Lörcher, 1998, S.27 unter Verweis auf die Erheblichkeitsgrenze i. S. der Regelung zum Nachteilsausgleich in § 111 BetrVG; Säcker, Gutachten 2007, S.58 geht von einer Unterschreitung von mindestens 10 % unter Verweis auf kartellrechtliche Erfahrungssätze aus, vgl. ebd. Fn.199 unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des BGH v.16.12.1976, WuW/E BGH 1445,1454 – Valium I.; BGH v. 22.7.1999, WuW/E DE-R 375, 399 – Flugpreisspaltung; BGH NVwZ 2006, 853, 856 – Stadtwerke Mainz.

138 Nachweis bei Badura in: Beckscher PostG Kommentar, 2. Aufl. München, § 6 Rn.28 unter Hinweis auf die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 14/646 S.5f.

139 Vgl. Fn.125; es erscheint aber zweifelhaft, ob diese kartellrechtlichen Entscheidungen für die hier zu prüfende Frage nach dem Quorum einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung von Standards wirklich einschlägig sind.

140 v.7.8.1990, AP Nr.34 zu § 111 BetrVG; zustimmend DKK-Däubler, BetrVG, 2006, § 111 Rn. 45; FESTL, BetrVG, 2006, § 111 Rn.48.

141 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr.11.

142 Auf deren Begründung für ihre Praxis verweist die Antwort der Bundesregierung, vgl. Fn.129 und unten IV. 1.4.1.

143 BAG v. 11.12.1996 – 10 AZR 376/96, AP Nr.199 zu § 1 TVG: Bau; auf diese Rechtsprechung beruft sich die BNetzA für ihr Verständnis einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung.

144 Kammerbeschluss v. 23.11.2006 – Az:1 BvR 1909/06.

145 V. 7.12.2005 – Az: 5 AZR 535/04; vgl. auch BAG v.12.1.2005 – AP BGB § 308 Nr.1.



„normal“ zu unterstellenden Zustand, die bereits zu einer deutlichen Zunahme erheblicher Risiken und Gefahren führen, ohne jedoch in eine Katastrophe zu münden: 20 % mehr an Körpertemperatur gegenüber 36 Grad Celsius sind bereits – zumeist tödliche – über 42 Grad, 20%ige Abweichungen vom Normalzustand der Betriebstemperatur in Atomkraftwerken oder von Taktzeiten im Flug- und Eisenbahnverkehr sind eine gleichermaßen zu hohe Schwelle, die rechtlich nicht verantwortet werden kann: Unter welchen Umständen welche Abweichung als „nicht unerheblich“ anzusehen ist, muss von Fall zu Fall je nach den konkreten Umständen entschieden werden. Dabei kommt es, wie die dargelegten Beispiele zeigen, auf den Grad der Gefährlichkeit<sup>146</sup> von Abweichungen an. Was im konkreten Fall als „nicht unerheblich“ anzusehen ist, ist kontextsensibel zu bestimmen. Dabei ist entscheidend auf den mit einer Regelung verfolgten Zweck abzustellen.

In der angeführten Rechtsprechung des BAG<sup>147</sup> zum Geltungsbereich der Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes spielen derartige „Risikofaktoren“ keinerlei Rolle. Hier ging es vielmehr allein um die Bestimmung der anzuwendenden tariflichen Normsysteme, wobei das Gericht dies anhand der quantitativen Relation von Tätigkeiten an der betrieblichen Gesamtarbeitszeit beurteilt: Bei einer zunächst gegebenen Unbestimmbar-

keit der Zuordnung von Betrieben zu einem bestimmten Tarifvertrag angesichts weitreichender Überschneidungen von Tätigkeiten zu unterschiedlichen Gewerken (sog. „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“) kommt es dem BAG<sup>148</sup> zufolge für die Zuordnung des betrieblichen Geltungsbereichs entscheidend darauf an, ob neben diesem Überschneidungsbereich in „nicht unerheblichem Umfang“ Arbeiten ausgeführt werden, die für ein spezifisches Gewerk typisch sind. Nach Auffassung des BAG ist dies dann gegeben, wenn die eindeutig zurechenbare Tätigkeit „mindestens 20 % der betrieblichen Arbeitszeit“ beträgt.

Eine solche rein quantitativ-formale Relation verfehlt den Zweck des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG. Bei dieser Bestimmung geht es weder um das gleiche noch um ein vergleichbares Problem wie bei der Vermeidung von Tarifkonkurrenz<sup>149</sup>, welches das BAG überzeugend dadurch löst, dass es auf die Relationen von Arbeitsquanten jeweils tariflich erfasster Tätigkeiten abstellt. Vielmehr hat § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG primär den *Sozialschutz der Arbeitnehmer* im lizenzpflichtigen Bereich zum Ziel. Damit dient sie der *Gefahrenabwehr oder -vorsorge*<sup>150</sup> und rechnet zum Umkreis der Bestimmungen, die nach dem Normzweck wegen der andernfalls eintretenden Risiken vergleichsweise strikte Beachtung verlangen.

146 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 9 Abs.2 und 3 ArbSchG. Danach werden dem Arbeitgeber besondere Verpflichtungen auferlegt und den Arbeitnehmern besondere Rechte für den Fall eingeräumt, dass „Beschäftigte einer unmittelbaren erheblichen Gefahr ausgesetzt sind“. Der Begriff der „unmittelbaren *erheblichen Gefahr*“ bedarf in jedem Einzelfall der Konkretisierung und wird allgemein dahingehend verstanden, dass damit eine Sachlage bezeichnet wird, „bei der der Eintritt eines Schadens sehr wahrscheinlich ist oder sein Eintritt nicht mehr abgewendet werden kann und der Schaden nach Art oder Umfang besonders schwer ist (Kittner/Pieper, ArbSchR, 2002, § 9 ArbSchG Rn.1; Heilmann/Aufhauser, Arbeitsschutzgesetz, 2005, § 9 Rn.4, 6, 8; Kollmer, Arbeitsschutzrecht, 2005, § 9 ArbSchG Rn.13, 41).

147 V. 11.12.1996 – 10 AZR 376/96, AP Nr.199 zu § 1 TVG.

148 Ebd., Rn.37 f.; hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass das Begriffspaar „nicht unerheblich“ sich weder in der entscheidenden tariflichen Regelung noch einer etwaigen gesetzlichen Vorschrift findet, sondern vom BAG als Kriterium der Abgrenzung entwickelt worden ist.

149 Siehe hierzu auch BAG v. 18.5.1994 – 10 AZR 646/93, Rn.47; BAG v. 22.1.1997 – 10 AZR 223/96, AP Nr.9 zu § 1 TVG Maler.

150 So die eingehende Analyse der Lizenzerteilung nach § 6 PostG bei v. Danwitz, 1999, S.110 ff., 114.

b. *Die Judikatur von BAG und BVerfG zur Vertragsinhaltskontrolle bei arbeitgeberseitig vorformulierten arbeitsvertraglichen Regelungen*  
Ebenso wenig kann die Rechtsprechung des BAG<sup>151</sup> und des BVerfG<sup>152</sup> zur *Inhaltskontrolle arbeitgeberseitig vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen* gem. § 307 Abs.1 S.1 BGB auf die Bestimmung einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung üblicher Arbeitsbedingungen im Sinne von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 Post Anwendung finden. Die in diesem Zusammenhang errichtete Grenze, wonach einseitige Leistungsbestimmungsrechte nur maximal 25 % des vertraglich vereinbarten Leistungsumfangs umfassen dürfen, ist auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht übertragbar. Denn bei der einschlägigen Judikatur des BAG und des BVerfG muss nach den *gesetzlichen Anforderungen* des § 307 Abs.1 S.1 BGB eine Schwelle erreicht sein, bei deren Überschreitung sich die einseitige Leistungsbestimmung als „eine gegen Treu und Glauben verstoßende *unangemessene Benachteiligung*“ des Vertragspartners auswirkt.

Damit wird ein Prüfungsmaßstab in Bezug genommen, der erheblich strenger ausfällt als bei einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung wesentlicher Arbeitsbedingungen. Zwischen der Erheblichkeit einer Unterschreitung einer bestimmten Art und Güte von Arbeitsbedingungen und einem anzunehmenden Verstoß gegen den Grundsatz

von „Treu und Glauben“ wegen einer „unangemessenen Benachteiligung“ klafft eine beträchtliche Lücke. Im letzteren Fall ist das mit der Regelung verbundene *Unwerturteil* deutlich schärfer: Deshalb ordnet § 307 Abs.1 S.1 BGB die *Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel* an, während die Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Frage der Gültigkeit der arbeitsvertraglichen Regelung, durch die die branchenüblichen Standards „nicht unerheblich“ unterschritten werden, offen lässt.

Der Tatbestand einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung wesentlicher und üblicher Arbeitsbedingungen muss ferner gleichermaßen die Distanz wahren, die zum Verdikt der *Sittenwidrigkeit einer vertraglichen Abmachung nach § 138 BGB* (speziell hinsichtlich der Entgeltbemessung) besteht<sup>153</sup>. Nach der Rechtsprechung wird die Sittenwidrigkeit einer arbeitsvertraglichen Entgeltregelung bei einer Unterbietung der üblichen Standards um mindestens 33 % angenommen<sup>154</sup>.

Der Abstand zu den rechtlich missbilligten, mit der Sanktion der Unwirksamkeit gem. §§ 138, 307 Abs.1 BGB ausgestatteten Gestaltungsformen gebietet es, eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung üblicher Standards bereits dann anzunehmen, wenn diese um mindestens 10 % unterboten werden.

Aus diesen Gründen ist der Auffassung zu folgen, wonach die Schwelle einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung i. S. von § 6

151 V. 7.12.2005 – Az: 5 AZR 535/04; vgl. bereits zuvor BAG v.12.1.2005 – AP BGB § 308 Nr.1 zur Wirksamkeit von einseitigen Widerrufsvorbehalten in arbeitgeberseitig vorformulierten Vertragsklauseln: Danach darf der „widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst nicht mehr als 25–30 % des Gesamtverdienstes ausmachen“; die großzügig bemessene Spannweite von 25–30 % beruhte auf den besonderen Umständen des Falles (Widerruf einer übertariflichen Zulage zum Monatsentgelt sowie einer Fahrtkostenerstattung), so BAG v. 7.12.2005 unter B 7. d) der Gründe; deshalb wurde die Marge in der Entscheidung des BAG v. 7.12.2005 auf die Obergrenze von 25 % reduziert; zu bedenken ist dabei, dass bei der Vertragsinhaltskontrolle gem § 307 BGB mit Rücksicht auf die privatautonome Vereinbarungsbefugnis grundsätzlich Zurückhaltung bei der Preiskontrolle geboten ist (dazu: Schulte-Nölke in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 2005, § 317 Rn.7).

152 Kammerbeschluss v. 23.11.2006 – Az:1 BvR 1909/06.

153 Der Anwendungsbereich des § 138 BGB ist gegenüber demjenigen des § 242 BGB (Treu und Glauben) enger; treuwidriges Verhalten muss nicht immer sittenwidrig sein, ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben führt auch nicht immer zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB, vgl. Schulze in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 2005, § 242 Rn. 7.

154 Bei Zahlung von nur 2/3 des Tariflohns hat der BGH v.22.4.1997, BGHSt 43,53 = AP Nr. 52 zu § 138 BGB den Straftatbestand des Wuchers angenommen; auch wenn die Rechtsprechung hierzu insgesamt uneinheitlich ist (vgl. zuletzt BAG 26.4.2006 – 5AZR 549/05, AP Nr. 63 zu § 138 BGB m. Anm. Zachert und BAG v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, AP Nr.59 zu § 138 BGB m. zahlr. Nachweisen; vgl. hierzu MünchArbR-Hanau, 2. Aufl., 2000, § 63 Rn.4 ff.) setzt sich diese Marge doch immer mehr durch; vgl. die Nachweise bei Peter, Rechtsschutz für „Niedriglöhner“ durch Mindestlohn, AuR 1999, 289 und die aktuelle Debatte zur gesetzlichen Präzisierung des Tatbestandes des Lohnwuchers.

Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bereits dann erreicht ist, wenn die im Einzelnen quantifizierbaren, tariflichen „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ um mehr als 10 % unterschritten werden<sup>155</sup>.

c. *Ergebnis*

Eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung wesentlicher Arbeitsbedingungen im lizenzpflichtigen Bereich i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist dann erreicht, wenn die quantifizierbaren „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschritten werden. Bezugspunkt sind dabei, solange die Mehrzahl der Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich von der DP AG beschäftigt wird, die tariflichen Regelungen der Beschäftigten der DP AG.

#### 1.2.4. Prozedurale Anforderung

Gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist *„die Lizenz ... zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“.*

Demnach sind eine Lizenzverweigerung oder ein Lizenzentzug nur dann statthaft, wenn die Annahme, dass die so ermittelten, wesentlichen und üblichen Arbeitsbedingungen nicht unwesentlich unterschritten werden, *durch Tatsachen gerechtfertigt* ist: Das Gesetz stellt darauf ab, dass die Behörde aufgrund eines *konkreten Anfangsverdachts* die Nichteinhaltung dieser sozialen Lizenzanforderungen festgestellt hat.

Die Vertiefung dieses prozeduralen Aspekts soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Hierfür ist zuvor, nachdem die Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und die Vereinbarkeit dieser Norm mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft worden ist (unter III), die Rechtsauffassung, die die BNetzA zur Bedeutung von § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG vertritt, sowie die auf dieser Grundlage verfolgte *Praxis der Lizenzerteilung und Überprüfung der Einhaltung der sozialen Lizenzauflagen* näher darzustellen und auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben hin zu beurteilen (dazu unter IV).

155 Ebenso Säcker, Gutachten 2007, S.58.

### III. Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht

#### 1. Die Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

Die Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist in der Literatur gelegentlich bestritten worden<sup>156</sup>. Die ganz überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung geht demgegenüber davon aus, dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung nicht durchgreifen<sup>157</sup>.

##### 1.1. Die Auffassung von Säcker: *Kein Verfassungsverstoß*

Die Verfassungsmäßigkeit dieser sozialen Lizenzvoraussetzung ist zuletzt von Säcker<sup>158</sup> einer eingehenden juristischen Prüfung unterzogen worden. Im Ergebnis bejaht er die Vereinbarkeit des Lizenzverweigerungsgrundes nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit dem Grundgesetz, „sofern seine Anwendung auf die Gewährleistung der üblichen wesentlichen Arbeitsbedingungen beschränkt wird“<sup>159</sup>. Dagegen sei es verfassungsrechtlich unzulässig, gestützt auf diese Vorschrift Tariflöhne im Briefbeförderungsbereich durchzusetzen<sup>160</sup>.

Säcker<sup>161</sup> stützt seine Auffassung im wesentlichen auf folgende Gründe:

##### 1.1.1. BVerfG: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und von Tariftreueerklärungen im Vergaberecht

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG<sup>162</sup> gesetzliche Regelungen zur Sicherung sozialer Standards in vertraglichen Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien wie z. B. in Form von Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen oder Tariftreueerklärungen als grundgesetzkonform anzusehen sind. Damit widersprach das BVerfG der verbreiteten Auffassung in der Literatur<sup>163</sup>, die die fraglichen Regelungen als verfassungswidrig ansah.

##### 1.1.2. Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Bedenken gegen die *formelle Verfassungsmäßigkeit* von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG insbesondere im Hinblick auf das Demokratieprinzip, welches die Beteiligung der Normadressaten an der Geltungserstreckung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ gebieten könnte, bestünden nicht. Denn eine „Unterwerfung“ von Außenseitern unter die „private“ Normsetzung Dritter finde nicht statt: Tarifliche Vereinbarungen würden nicht unmittelbar als Inhalte auf die Arbeitsverträge der Li-

156 Gramlich, NJW 1998, 866 ff., 868, 869.

157 Badura, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2004, § 6 Rn.17; Jochum, 2001; ebenso Säcker, Gutachten 2007, S. 19; von der Verfassungsmäßigkeit der Regelung geht jedenfalls implizit auch aus v. Danwitz, 1999, 135 ff., 136.

158 Gutachten 2007, S.18–39.

159 Gutachten 2007, S.39.

160 Ebd.

161 Ebd.

162 BVerfGE 44,322 ff.; 55, 7 ff.; BVerfG 18.7.2000 – Az:1 BvR 948/00, = NJW 2000, 3704 f. (Allgemeinverbindlicherklärung von TV; Regelung des § 1 Abs.3 a AEntG); BVerfG v. 11.7.2006 – Az: 1 BvL 4/00 - 1 BvL 4/00 = NJW 2007, 51 ff. (Tariftreueerklärung).

163 Kämmerer/Thüsing, Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, 596ff.; Scholz, Vergabe öffentlicher Aufträge nur bei Tarifvertragstreue? RdA 2001, 193 ff.; Löwisch, Tariftreue-Vpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090 ff.

zennnehmer erstreckt, sondern bildeten lediglich einen Maßstab für die Bestimmung des Inhalts der wesentlichen Arbeitsbedingungen, zu deren vertraglicher Geltung eine individualvertragliche Umsetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich sei.

### 1.1.3. Kein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs.1 GG

Die Lizenzvoraussetzung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG stelle auch keine verfassungswidrige Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs.1 GG dar. Zwar greife sie als *subjektive Berufszulassungsregelung* insofern erheblich in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs.1 GG ein, als der *Lizenzversagungsgrund bereits die Berufsaufnahme* als solche und nicht lediglich die Berufsausübung betreffe. Derartige Berufszulassungsregelungen sind nach allgemeiner Ansicht nur zulässig, soweit es der *Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert*. Das BVerfG habe in ständiger Rechtsprechung – zuletzt hinsichtlich der Abgabe von Tariftreueerklärungen im Vergaberecht<sup>164</sup> – die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, die Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherheit als überragend wichtige Gemeinschaftsbelange angesehen. Im Rahmen des Regulierungsrechts könne insoweit nichts anderes gelten: „Die Berücksichtigung sozialer Belange durch den Gesetzgeber wird durch das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs.1 GG und den gesetzlichen Beurteilungsspielraum gedeckt“<sup>165</sup>. Da die Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG im übrigen auch den Anforderungen an den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* genüge, insbesondere ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit für die beabsichtigte Zweckerreichung gegeben sei, sei der durch sie gegebene Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs.1 GG gerechtfertigt<sup>166</sup>.

### 1.1.4. Kein Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit und die Garantie der Tarifautonomie i. S. von Art. 9 Abs.3 GG

Aber auch ein Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit und die Garantie der Tarifautonomie i. S. von Art. 9 Abs.3 GG liege nicht vor. Dies gelte sowohl im Hinblick auf die individuelle wie die kollektive positive Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie als auch mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit. Ein Verstoß gegen die Tarifautonomie scheitere schon daran, dass § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG kein rechtliches Hindernis zum Abschluss eines Tarifvertrages errichte oder diesen faktisch unmöglich mache. Da von der Vorschrift weder ein faktischer Zwang noch ein erheblicher Druck zum Beitritt zu einem Verband i. S. von Art. 9 Abs.3 GG ausgehe, sei die Garantie der negativen Koalitionsfreiheit nicht verletzt.

### 1.1.5. Keine Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs.1 GG und der Garantie der Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs.1 GG

Ebenso fehle es an einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs.1 GG. Die gesetzliche Privilegierung der DP AG, die im Rahmen der Ausschließlichkeitsrechte nicht den Erfordernissen der Lizenzversagungsgründe nach § 6 Abs.2 und 3 PostG unterliege, sei – wie bereits zu Art. 12 Abs.1 GG ausgeführt – sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig. Da die Garantie der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs.1 GG im Bereich beruflicher Betätigung den spezielleren Prüfungsmaßstab abgebe, komme auch eine Verletzung der Verfassungsgarantie der Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs.1 GG nicht in Betracht.

164 BVerfG v. 11.7.2006 – Az: 1 BvL 4/00 – 1 BvL 4/00 = NJW 2007, 51 ff.

165 Säcker, Gutachten 2007, S.25; das angeführte Zitat macht deutlich, dass Säcker die Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ganz wesentlich als soziale Schutzbestimmung zugunsten der Arbeitnehmer interpretiert.

166 Ebd., S.29.



### 1.1.6. Aber: Mangels ausreichender demokratischer Legitimation keine Durchsetzung von Tariflöhnen über § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

Die Verfassung setze jedoch einer *extensiven Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG Schranken* in dem Sinne, dass es *unzulässig sei, mit ihrer Hilfe die bei der DP AG geltenden Tariflöhne auch für deren Wettbewerber durchzusetzen*. Denn der „Durchsetzung von Tariflöhnen durch die Regulierungsbehörde steht ...die fehlende demokratische Legitimation für die Erstreckung privater Normsetzung entgegen“<sup>167</sup>, weil die Regelung – anders als die Allgemeinverbindlicherklärung – nicht in Art. 9 Abs.3 GG wurzele. Im *Gegensatz zu einem Tariftreuerverlangen* könne bei der Anwendung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG nicht von einer *Beteiligung der Betroffenen zwecks demokratischer Legitimation* der Norm abgesehen werden. Denn die Durchsetzung von Tariflöhnen über § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG würde einen Lizenznehmer gegenüber einer Tariftreuererklärung wesentlich stärker treffen. So beschränke sich die Wirkung der Vorschrift nicht auf ein einzelnes Vergabeverfahren, sondern besitze Dauerwirkung. Sollte ihr eine Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen entnommen werden, so werde dadurch die Lohnhöhe „für die gesamte Dauer des Beschäftigungsverhältnisses der Bestimmung von Lizenznehmer und Arbeitnehmer entzogen“<sup>168</sup>. Während einem Bewerber um öffentliche Aufträge vor Abgabe einer Tariftreuerklärung die daraufhin zu entrichtenden Löhne bekannt seien, müsse ein Lizenznehmer „auch nach Aufnahme seiner Tätigkeit jederzeit mit einer Tariflohnerhöhungen folgenden dynamischen „Lohn-

erhöhung“ durch die Regulierungsbehörde rechnen, unter Umständen mit der Konsequenz eines Lizenzwiderrufs gem. § 9 Abs.1 PostG“<sup>169</sup>.

### 2. Eigene Auffassung: Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG

Der verfassungsrechtlichen Prüfung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch Säcker ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Norm beinhaltet weder einen Verstoß gegen Grundrechte noch gegen sonstige Verfassungsprinzipien. Ergänzend zu den von Säcker angeführten Entscheidungen des BVerfG ist hier noch auf den für die verfassungsrechtliche Prüfung *einschlägigen Beschluss* des BVerfG<sup>170</sup> zu den Bestimmungen in § 3 Abs.1 Nr.3, § 9 Nr.2 und § 10 Abs.4 AÜG hinzuweisen, mit dem die in diesen Bestimmungen angeordnete Verpflichtung des Verleihunternehmers, dem Leiharbeiter die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vergleichbarer Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb zu gewähren, als verfassungskonform angesehen wurde<sup>171</sup>. *Gleiches gilt* für den Kammerbeschluss des BVerfG v.18.7.2000<sup>172</sup>, mit dem die formelle Verfassungsmäßigkeit der in § 1 Abs.3a AEntG *vorgesehene Erstreckung der tariflichen Rechtsnormen auf Außenseiter durch Rechtsverordnung des BMAS* bestätigt wurde.

Die Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG verfolgt in erster Linie sozialpolitische Zwecke: Sie bezweckt den sozialen Schutz der Arbeitnehmer, die im Lizenzbereich tätig sind, soll die Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme

167 Säcker, Gutachten 2007, S.35.

168 Ebd., S.36.

169 Ebd.

170 V. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, AP Nr.18 zu § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 AÜG.

171 Angesichts der in § 3 Abs.1 Nr.3 S.3, § 9 Nr.2 enthaltenen Tariföffnungsklausel ging diese Entgeltregelung jedoch weitgehend ins Leere. Stattdessen entbrannte ein tariflicher Dumpingwettbewerb, der in Überlegungen mündete, die erleichterte Anordnung der Allgemeinverbindlichkeit gem. § 1 Abs.3a AEntG auch auf Leiharbeitsverhältnisse zu erstrecken. Dadurch sollte den mit der repräsentativsten Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträgen branchenweite Geltung verschafft werden. Trotz des darin liegenden massiven Eingriffs in die Tarifautonomie der Tarifparteien, deren Tarifabschlüsse jeweils verdrängt werden, wird man im Hinblick auf die Gesetzeszwecke darin keinen verfassungswidrigen Verstoß gegen die Tarifautonomie oder die Berufsfreiheit der Außenseiter-Verleiharbeitgeber sehen können, vgl. Dieterich, Zur Verfassungsmäßigkeit einer Erstreckung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die Zeitarbeitsbranche, Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, November 2006.

172 – 1 BvR 948/00 – AP Nr.4 zu § 1 AEntG.

stärken und einen Wettbewerb unterbinden, der nicht auf Produktivitätsfortschritt und Leistungssteigerung beruht, sondern im wesentlichen durch die Senkung von Arbeitskosten forciert wird. Damit dient die Vorschrift gleich mehreren verfassungsrechtlich legitimierten Gemeinwohlbelangen: Der Verbesserung der Stellung der Beschäftigten im lizenzpflichtigen Bereich von Postdienstleistungen, der Stärkung der sozialen Sicherungssysteme und dem Erhalt von arbeits- und sozialversicherungsrechtlich geschützten, nicht prekären Arbeitsverhältnissen.

Die Sozialnorm des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG greift zwar auf zweifache Weise in die Berufsfreiheit der Lizenzunternehmen gem. Art. 12 Abs.1 GG ein. Einmal, indem sie mit dem Lizenzversagungsgrund der Unterlassungspflicht, die üblichen „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ „nicht unerheblich“ zu unterbieten, eine subjektive Zulassungsvoraussetzung aufstellt<sup>173</sup> und zum anderen, indem sie das Recht der Lizenznehmer, Verträge nach ihrem privatautonomen Willen zu gestalten, beeinträchtigt. Dieser doppelte Eingriff ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber mit der fraglichen Regelung den Schutz überragend wichtiger Gemeinwohlbelange bezweckt und hierbei die Anforderungen des Grundgesetzes der Verhältnismäßigkeit beachtet hat.

Die Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG wirkt sich auch nicht übermäßig belastend auf die Tarifautonomie der Lizenzunternehmen und ihrer Arbeitnehmer aus Art. 9 Abs.3 GG aus: Von der Vorschrift geht kein starker Anreiz zum Beitritt oder zum Fernbleiben einer Koalition aus, da sie gerade keine unmittelbare Geltung der von anderen Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifverträge anordnet, sondern diese nur als Orientierungsmaßstab in Bezug nimmt. Im Übrigen bleibt es den Arbeitsvertragsparteien unbenom-

men, ihre Arbeitsbedingungen individualvertraglich nach Maßgabe der gesetzlich vorgegebenen Rahmendaten zu gestalten oder sie tariflich selbst zu regeln. Damit besitzen sie hinreichend flexiblen Gestaltungsspielraum.

Ob der Auffassung von Säcker auch insoweit zuzustimmen ist, als er dann einen Verstoß *gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes* annimmt, falls die Regelung in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG als Grundlage *zur Durchsetzung* der bei der DP AG bestehenden *Tariflöhne* auch bei den mit ihr konkurrierenden Lizenzunternehmen herangezogen werden sollte, kann hier dahinstehen. Denn derzeit spricht, wie bereits angesprochen, nichts für ein derartiges Vorhaben der BNetzA.

Als Bezugspunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung kommt demnach allein der Wortlaut der Vorschrift in Betracht. Diesem zufolge ist von einer etwaigen Bindung der mit der DP AG konkurrierenden Lizenznehmer an die bei der DP AG bestehenden Tarifverträge keine Rede. Vielmehr bilden diese Tarifverträge lediglich den Maßstab für die Prüfung der Frage, welche Meßlatte bei der quantitativen Beurteilung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“, deren nicht unerhebliche Unterschreitung einen Grund zur Lizenzversagung, zur Verknüpfung der Lizenzerteilung mit entsprechenden Auflagen oder zum nachträglichen Lizenzentzug darstellt, heranzuziehen ist.

### 3. Die Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit dem Gemeinschaftsrecht

An der Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit den Vorschriften des sekundären und primären Gemeinschaftsrechts bestehen nach inzwischen übereinstimmender Auffassung keine Zweifel<sup>174</sup>.

173 Ebenso Jochum, 2001, S.65.

174 Säcker, Gutachten 2006, S. 39 ff.; v. Danwitz, EU Grdl Rn.11,28., in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2004; ebenso vertritt „die Bundesregierung ... nach wie vor die Auffassung, dass das Postgesetz im Einklang mit der Postdiensterrichtlinie und den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages steht“, siehe: Stellungnahme der Bundesregierung zu den Sondergutachten der Monopolkommission und zum Tätigkeitsbericht 2004/2005 der BNetzA, Rn.53. Bedenken äußerte – allerdings auf der Basis der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage aus dem Jahr 2000 – insbesondere im Hinblick auf eine Verlängerung der Exklusivlizenz der DP AG über den 31.12.2002 hinaus und bei einem etwaigen Missbrauch von Quersubventionierungen Scholz, Gutachten, 2001, S. 96ff; diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchgesetzt, vgl. den Beschluss des 1. Senats v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01, BVerfGE 108, 370, der die Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung der Exklusivlizenz bejaht hat.

Der mit § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG verfolgte primär sozialpolitische Sinn und Zweck, wie er insbesondere aus den Gesetzesmaterialien erschlossen wurde, hatte zunächst in der Postrichtlinie 96/67/EG<sup>175</sup> keinen Niederschlag gefunden. Insbesondere finden soziale Gesichtspunkte in Art. 9 Abs.1 – 4 der RL 96/67/EG, der die Genehmigungsverfahren und -voraussetzungen für Postdienste, die nicht unter den Ausschließlichkeitsvorbehalt fallen, regelt, keine Erwähnung. Allerdings ist dieser Aspekt mit der Änderung der ursprünglichen Postrichtlinie 97/67/EG durch die RL 2002/39/EG<sup>176</sup> ausdrücklich aufgenommen worden und hat damit auch *Anerkennung im sekundären Gemeinschaftsrecht* gefunden. Nach dem Erwägungsgrund Nr.5 der Änderungs-RL sollten „die Maßnahmen in diesem Bereich so gestaltet werden, dass auch die sozialen Aufgaben der Gemeinschaft nach Art.2 des Vertrages – nämlich ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz – als Ziele verwirklicht werden“<sup>177</sup>.

Wie die Bezugnahme in Erwägungsgrund 5 der Änderungs-RL 2002/39/EG auf Art.2 EG deutlich macht, wird dadurch auch der Zusammenhang mit den sozialen Aufgaben der Gemeinschaft gemäß den Normen des primären Gemeinschaftsrechts hergestellt. Die Verfolgung sozialer

Zwecke gehört, wie auch aus anderen Normen des EG-Vertrages, namentlich aus Art. 3 Abs.1 lit. i)-k) und Art. 136ff. EG hervorgeht, zu den Aufgaben der Gemeinschaft, die gleichberechtigt neben anderen, insbesondere wettbewerbspolitischen Zielen der EU stehen<sup>178</sup>.

Aus Erwägungsgrund 5 der Post-Änderungs-RL 2002/39/EG in Verbindung mit den sozialpolitischen Regelungszielen des EG-Vertrages ergibt sich zweifellos die Vereinbarkeit von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG mit dem Gemeinschaftsrecht. Denn EG-Richtlinien sind so auszulegen, „dass ihr Inhalt mit den Zielen und Regelungen des Gemeinschaftsrechts in Einklang steht“<sup>179</sup>, wobei der teleologische Interpretation im Hinblick auf die effektive Durchsetzung des Normzwecks<sup>180</sup> besondere Bedeutung zukommt. Dieser findet seinen Ausdruck insbesondere in den einer RL vorangestellten Erwägungsgründen.

#### 4. Ergebnis

Die Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG stellt weder einen Verstoß gegen die Verfassung noch gegen Normen des höherrangigen Gemeinschaftsrechts dar.

175 ABl. EG Nr.L 15 v. 21.1.1998, S.14.

176 ABl. L 176/21 v. 5.7.2002, S.21.

177 Ebd.

178 Zuleeg Art. 2 EG in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Rn.11 ff.

179 Säcker, Gutachten 2006, S.40.

180 *Effet utile*, vgl. Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, 2005, S.35 ff., 40.

## IV. Die Auslegung und Handhabung der Bestimmung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Bundesnetzagentur

### 1. Das Leerlaufen der gesetzlichen Sozialstandards

#### 1.1. Das Merkblatt der BNetzA zur Lizenzerteilung<sup>181</sup>

Die BNetzA legt ihrer Lizenzierungspraxis, wie bereits angesprochen, eine abweichende Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zugrunde: Danach „unterstellt (sie) zunächst“ „dass der Versagungsgrund nach § 6 Abs.3 Nr.3 PostG nicht besteht, solange und soweit der Lizenznehmer

- a) die lizenzierte Tätigkeit als Selbständiger oder als Unternehmer mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern erbringt (Kleinbetrieb)<sup>182</sup> oder
- b) die lizenzierte Tätigkeit zu mindestens 80 % der Gesamtarbeitszeit in Arbeitsverhältnissen erbringt, die bei der gewerbsmäßigen Beförderung (Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern) von Briefsendungen bis 1.000 Gramm üblich sind<sup>183</sup>.

Für b) gelten folgende Anlaufzeiten:

- ein Jahr nach Zugang der Lizenz für den Fall, dass der Lizenznehmer bereits Postdienstleistungen im Sinne des § 4 Nr.1 PostG erbringt und die lizenzierte Tätigkeit zusätzlich erbracht wird (Fortführung eines Unternehmens);
- zwei Jahre nach Zugang der Lizenz für den Fall, dass der Lizenznehmer bisher noch keine Postdienstleistungen erbracht hat (Neugründung eines Unternehmens).“

In Ziff.6.4.2. dieses Merkblatts „Beantragung von Lizenzen zur Beförderung von Briefsendungen“ wird unter der Überschrift „Nachweis zu den Arbeitsbedingungen“ ausgeführt:

„Der Antragsteller muss seine wesentlichen Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich darlegen (siehe auch Anlage 1 – Punkt A). Dazu gehören insbesondere Angaben darüber, in welchem Umfang sozialversicherungspflichtige bzw. nicht sozialversicherungspflichtige Kräfte von ihm mit der Ausübung der lizenzpflichtigen Tätigkeit betraut wurden bzw. betraut werden sollen.

Dem entsprechend soll im Antrag die Zahl der voraussichtlich im lizenzierten Bereich tätigen Beschäftigten – aufgeschlüsselt nach Vollzeitkräften, Teilzeitkräften (mit Angabe der wöchentlichen Arbeitszeit) sowie geringfügig Beschäftigten angegeben werden. Dies gilt auch für die Zahl der ggf. als Erfüllungsgehilfen tätigen Subunternehmer sowie deren wesentliche Arbeitsbedingungen“<sup>184</sup>.

#### 1.2. Das Schreiben des Präsidenten der BNetzA an die Gewerkschaft ver.di v. 10.1.2007

Die BNetzA interpretiert den Zweck des § 6 Abs.3 Nr.3 PostG dahingehend, dass dadurch „nach den Gesetzesmaterialien ...einem (massenhaften) Ausweichen neuer Lizenznehmer in ungeschützte Arbeitsverhältnisse“ vorgebeugt werden sollte<sup>185</sup>. Der Präsident der BNetzA führt hierzu in einem

181 Aktuelle Fassung: Amtsblatt der BNetzA Nr.1/2006, Mittlg Nr.17/2006 „Hinweise zur Beantragung von Lizenzen zur Beförderung von Briefsendungen“, Mitteilungstext und Anlage 1 „Grundsätze der Bundesnetzagentur zur Lizenzerteilung“, unter „A. Versagungsgrund nach § 6 Abs.3 Nr.3 PostG“; diese Hinweise ersetzen die – nahezu identischen – früheren gem. Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Nr.15/2004, Mitteilung Nr.244/2004; diese Mitteilung ersetzte wiederum die Vfg.206/1999 „Beantragung von Lizenzen zur Beförderung von Briefsendungen“, Amtsblatt Nr.8 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 12.5.1999.

182 Im Merkblatt von 2004 war eine Größenordnung von 5 *Arbeitnehmern* angegeben; in der seinerzeit angefügten Fn.1 hieß es zur Erläuterung: „Die Definition für Kleinbetriebe orientiert sich an § 23 Abs.1 des Kündigungsschutzgesetzes in der Fassung vom 19.12.1998. Zur Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer werden teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt (geringfügig Beschäftigte zählen damit grundsätzlich als 0,5 Arbeitnehmer).“

183 In der Fassung des Merkblatts von 2004 erläuterte hierzu die angefügte Fn.2: „Richtwert: ca. 95 % dieser Arbeitsverhältnisse sind derzeit sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse“.

184 Ebd., Mitteilungstext, Ziff. 6.4.2.

185 Dies wiederholt die Bundesregierung wörtlich in Ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann/Lötzer/Höll und der Fraktion die Linke – Drs. 16/4988 – vom 19.4.2007, BT-Drs. 16/5067 v. 23.4.2007 zu Nr.4.

Schreiben vom 10.1.2007 an die Gewerkschaft ver.di<sup>186</sup> näher aus: „Deshalb wurde für die Auslegung dieser Vorschrift von der Bundesnetzagentur auf die Art der Arbeitsverhältnisse, d.h. auf ihre (Sozial)Versicherungspflichtigkeit bzw. Nicht-Sozialversicherungspflichtigkeit, abgestellt. Wie Sie wissen, hat sich die Versicherungspflicht geringfügig Beschäftigter jedoch mit der Einführung des Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse vom 24. März 1999 (BGBl. I S.388) geändert. Mit diesem Gesetz sind die Regelungen über die geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse umfassend überarbeitet, modernisiert und entbürokratisiert worden. Das seinerzeit zuständige Ministerium für Gesundheit und soziale Sicherung selbst bezeichnete diese Neuregelung als ‚zukunftsfähig und attraktiv, sodass die *Wirtschaft wieder flexible Gestaltungsmöglichkeiten für Beschäftigten im Niedriglohnbereich erhält* und gleichzeitig aber auch die soziale Absicherung der Beschäftigten durch die Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung erhalten bleibt“<sup>187</sup>.

### 1.3. Zwischenergebnis und weiterer Untersuchungsgang

Im Regelfall rechnet die BNetzA damit ebenso wie bereits zuvor die RegTP auch geringfügige Beschäftigungsverhältnisse zu den sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen, so dass diese vom Tatbestand der Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ebenfalls nicht erfasst werden. Zusammen mit den dargestellten generellen Ausnahmen, die die BNetzA vom Anwendungsbereich der Lizenzvoraussetzung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG gewährt, ergibt sich dadurch insgesamt eine derart restriktive Interpretation dieser Sozialschutzbestimmung, dass nicht verwundert, dass die Regulierungsbehörde bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt in *keinem einzigen Fall* die Lizenzerteilung

wegen Nichtbeachtung der Anforderungen aus § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG verweigert, mit Auflagen versehen oder nachträglich widerrufen hat.

Zum Beleg dieser Aussage sowie zum Verständnis der restriktiven Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG soll zunächst die Rechtsauffassung und Praxis der Regulierungsbehörde im Spiegel der *Antworten der Bundesregierung auf Kleine Anfragen* aus den Jahren 1999, 2000, 2001, und 2002 näher dargestellt werden (1.4.). Die daraus hervorgehende Position wird sodann ergänzt um die Aussagen, die die BNetzA in ihren im zweijährigen Rhythmus gem. § 47 PostG vorgelegten Tätigkeitsberichten und die Monopolkommission in ihren ebenfalls im Zweijahresrhythmus erstatteten Sondergutachten (gem. § 81 Abs.3 TKG, 44 PostG) getroffen haben. Die hierzu jeweils erfolgten Stellungnahmen der Bundesregierung machen deutlich, inwieweit diese Auslegung der sozialen Lizenzvoraussetzungen und die darauf gestützte Praxis der Lizenzerteilung von Seiten der Regierung gebilligt wurden (1.5.). In Anschluss an die daraufhin gegebene Zusammenfassung (2.) erfolgt eine Bewertung der Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde und ihrer Handhabung dieser Vorschrift in der Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle (3.). Sodann werden die daraus sich ergebenden Anforderungen an die Prüfung und Kontrolle der sozialen Lizenzvoraussetzungen durch die BNetzA (4) vorgestellt.

### 1.4. Die Rechtsauffassung und Praxis der Regulierungsbehörde im Spiegel der Antworten der Bundesregierung auf Kleine Anfragen aus den Jahren 1999, 2000, 2001 und 2002

Im politisch-parlamentarischen Raum sind, wie die wiederholten Anfragen insbesondere der

186 Antwort auf das Schreiben des Stellvertretenden Vorsitzenden der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Rolf Büttner, v.4.12.2006.

187 Ebd., Hervorhebg. von mir, TB.

188 Vgl. die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT Drs 14/434 und hierzu die Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14/646 v. 22.3.1999; sodann die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741 und hierzu die Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000; ferner die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Kutzmutz, Dr. Grehn und der Fraktion der PDS, BT-Drs.14-5307 und hierzu die Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14/5615 v. 19.3.2001; weiter die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/9069 und hierzu die Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14-9203 v. 3.6.2002; aktuell: Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann, Lötzer, Höll, Dreibus, Müller et al. und der Fraktion DIE LINKE v. 5.4.2007, BT-Drs.16/4988 und hierzu die Antwort der Bundesregierung vom 19.4.2007, BT-Drs. 16/5067 v. 23.4.2007.



PDS/Die Linke<sup>188</sup> und von Seiten von Bündnis 90/Die GRÜNEN<sup>189</sup> deutlich gemacht haben, immer wieder Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Praxis der Regulierungsbehörde mit den gesetzlichen Vorgaben in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG geltend gemacht worden.

#### 1.4.1. Die Antwort der Bundesregierung vom 22.3.1999 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS

Bereits die *Antwort der Bundesregierung* auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS vom 22.3.1999<sup>190</sup> dokumentiert die von der BNetzA vertretene Rechtsauffassung insbesondere zu ihrem Verständnis von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und macht damit die zentralen Weichenstellungen deutlich, die die Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle seither bestimmt haben.

Aus der Antwort geht hervor, dass

- sich „die Freigabe des Wettbewerbs tendenziell eher positiv auf die Qualität und den Umfang postalischer Dienstleistungen auswirkt (hat)“<sup>191</sup>,
- jedenfalls bis zum März 1999 keine Hinweise auf Auswirkungen des PostG auf die Arbeitsbedingungen vorlagen<sup>192</sup>,
- von der Regulierungsbehörde bisher keine Lizenzen widerrufen wurden<sup>193</sup>,
- „nach den Gesetzesmaterialien der Zweck des § 6 Abs.3 Nr.3 PostG darin (besteht), einem (massenhaften) Ausweichen neuer Lizenznehmer in ungeschützte Arbeitsverhältnisse vorzubeugen, und zwar unter Wahrung von Tarifautonomie, Gewerbe- und Vertragsfreiheit“<sup>194</sup>,

- „die Regulierungsbehörde als Maßstab (der Lizenzerteilung gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG) die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsverhältnisse (versicherungspflichtig/nicht versicherungspflichtig) (verwendet)<sup>195</sup> ...Als „üblich“ werden die Arbeitsverhältnisse unterstellt, in der die überwiegende Anzahl der im lizenzierten Bereich Beschäftigten steht. Die weit überwiegende Zahl dieser Beschäftigten sind bei oder für die DP AG tätig. Ihre Arbeitsverhältnisse bilden den Maßstab“<sup>196</sup>,
- „die Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im einzelnen (Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub, Kündigungsfristen) weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar (ist)“<sup>197</sup>,
- die Grenze zwischen unerheblicher und erheblicher Unterschreitung der üblichen Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich nach der Rechtsprechung des BAG (v. 11.12.1996, – 10 AZR 376/96 –) im Zusammenhang mit sogenannten „sowohl-als-auch“-Tätigkeiten mit „mindestens zu 20 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit“ konkretisiert worden ist. Diese Rechtsprechung werde von der Regulierungsbehörde bei ihrer Auslegung des unbestimmten Begriffs „nicht unerheblich“ in § 6 Abs.3 PostG zugrunde gelegt. „Eine nicht unerhebliche Unterschreitung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen wird dementsprechend dann nicht unterstellt, wenn die lizenzierte Tätigkeit zu mindestens 80 % der Gesamtarbeitszeit in Arbeitsverhältnissen erbracht wird, die bei

189 Kleine Anfrage der Abgeordneten Andreae, Dückert, Scheel et al. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v.5.4.2007, BT-Drs. 16/4979 und hierzu die Antwort der Bundesregierung v. 19.4.2007, BT-Drs 16/5216 v.4.5.2007.

190 BT-Drs. 14-646 (vgl. Fn.159).

191 Ebd. zu Nr.9.

192 Ebd. zu Nr.10.

193 Ebd. zu Nr.4.

194 Ebd. zu Nr.11.

195 In der in Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS , BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14/2962 v. 15.3.2000 zu Nr.4 ist diese Aussage dahingehend eingeschränkt, dass „die RegTP ...als Maßstab *im Wesentlichen* die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsverhältnisse (verwendet)“ (Hervorhebung von mir, TB). Welche Einschränkung damit gemeint ist, wird nicht mitgeteilt. Verständlich wird die Einschränkung im Hinblick auf die generellen Ausnahmen, die die Regulierungsbehörde vom Anwendungsbereich des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG macht.

196 Ebd. zu Nr.11; wortidentisch in Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS , BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14/2962 v. 15.3.2000 zu Nr.4 und in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/9069, BT-Drs. 14/9203 v.3.6.2002 zu Nr.2.

197 Ebd.

- der gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen bis 1000 Gramm üblich sind“<sup>198</sup>,
- die Regulierungsbehörde im Hinblick auf die Regulierungsziele und den Zweck des § 6 Abs.3 Nr.3 PostG, „unter Berücksichtigung wichtiger arbeitsrechtlicher Vorschriften und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in folgenden Fällen eine *bedingte Anwendung* des § 6 Abs.3 Nr.3 PostG für zulässig (hält):
    - bei Kleinbetrieben i. S. des § 23 Abs.1 Kündigungsschutzgesetz, solange und soweit die sich aus der Berechnungsvorschrift des § 23 Abs.1 S.3 KSchG ergebende Anzahl der Arbeitnehmer fünf oder weniger beträgt;
    - bei anderen Unternehmen innerhalb einer vorgegebenen Anlaufzeit (ein Jahr nach Zugang der Lizenz für den Fall, dass der Lizenznehmer bereits Postdienstleistungen i. S. des § 4 Nr.1 PostG erbringt und die lizenzierte Tätigkeit zusätzlich erbracht wird, zwei Jahre nach Zugang der Lizenz für den Fall, dass der Lizenznehmer bisher noch keine Postdienstleistungen erbracht hat (Neugründung eines Unternehmens)“<sup>199</sup>,
  - die Ausnahmeregelung für Kleinbetriebe im Einklang mit wichtigen arbeitsrechtlichen Vorschriften stehe und der Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen diene, zumal „beim Marktzugang solcher Unternehmen ... im übrigen kein massenhaftes Ausweichen auf ungeschützte Arbeitsverhältnisse zu erwarten (ist)“ und sie „auf einem Markt, wo es auf flächendeckende Angebote ankommt, keine maßgebende Rolle spielen (werden)“<sup>200</sup>,
  - die Anlaufzeiten der Sicherstellung eines funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerbs dienen und in Übereinstimmung mit arbeitsrechtlichen Vorschriften „(z. B.

Betriebsverfassungsgesetz) bei neu gegründeten Unternehmen (stunden)“<sup>201</sup> und dass es generell das „Ziel der Bundesregierung (ist), in Europa zu erreichen, dass die Märkte weiter geöffnet werden, um vergleichbare Wettbewerbsbedingungen zu schaffen“<sup>202</sup>.

#### 1.4.2. Die Antwort der Bundesregierung vom 15.3.2000 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS

Diese Aussagen werden in der *Antwort der Bundesregierung* auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS vom 15.3.2000<sup>203</sup> noch um folgende Auskünfte, die für das Verständnis des Umgangs von Bundesregierung und Regulierungsbehörde mit der sozialen Lizenzvoraussetzung nach § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG von Bedeutung sind, ergänzt:

- Ein Zusammenhang zwischen dem Abbau von Stellen bei der DP AG mit der Tätigkeit der neuen Lizenznehmer sei nicht feststellbar<sup>204</sup>,
- eine Absenkung der sozialen Standards einer Vielzahl von Beschäftigten bei den neuen Lizenznehmern im Vergleich zur Lage der Beschäftigten bei der DP AG sei nicht zu befürchten („Bei den Wettbewerbern entstehen zusätzlich neue Arbeitsplätze, Informationen und Beschwerden von Betroffenen über sich verschlechternde soziale Standards liegen der Bundesregierung nicht vor“)“<sup>205</sup>;
- wegen Nichteinhaltung der Anforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG seien bisher keine Lizenzen versagt worden<sup>206</sup>;
- ein Widerruf einer erteilten Lizenz komme nur als „ultima ratio“ in Frage: „Zuvor muss dem Lizenznehmer die Gelegenheit gegeben werden, eventuell festgestellte Mängel bei der Erbringung der Dienstleistung zu beseitigen“<sup>207</sup>.

198 Ebd. zu Nr.12.

199 Ebd. zu Nr.15.

200 Ebd.

201 Ebd.

202 Ebd. zu Nr.19.

203 BT-Drs. 14/2962.

204 Ebd. Vorbemerkung

205 Ebd., zu Nr.1.

206 Ebd., zu Nr.4.

207 Ebd. zu Nr.11.

### 1.4.3. Die Antwort der Bundesregierung vom 19.3. 2001<sup>208</sup> auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS

Die Antwort der Bundesregierung v. 19.3. 2001<sup>209</sup> auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS<sup>210</sup> zum Thema der „Absenkung sozialer Standards als Folge der Privatisierung“ erbrachte keine wesentlich neuen Erkenntnisse. Die Bundesregierung betonte darin die Zuständigkeit und Verantwortung der Tarifvertragsparteien zur Festlegung der Löhne und Gehälter im Rahmen der Tarifautonomie und betonte, dass sowohl nach der RL 1999/70/EG als auch gem. § 4 Abs.2 TzBfG eine schlechtere Behandlung von befristet Beschäftigten dann zulässig sei, wenn diese durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Dies zu beurteilen, sei Sache der Tarifparteien, wobei im Streitfall nur die Gerichte für Arbeitsachen eine verbindliche Entscheidung hierüber treffen könnten<sup>211</sup>.

### 1.4.4. Die Antwort der Bundesregierung vom 3.6.2002 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS

Im Zentrum der Kleinen Anfrage der Fraktion der PDS<sup>212</sup> aus dem Jahr 2002 und der hierauf gegebenen Antwort der Bundesregierung vom 3.6.2002<sup>213</sup> stand die beschäftigungspolitische Bewertung des PostG. Danach waren im Jahresdurchschnitt 2000 bei der DP AG ca. 107.000 Vollzeitbeschäftigte tätig gegenüber 4.535 Vollzeitbeschäftigten bei den neuen Lizenznehmern nach dem PostG. Bei diesen Lizenznehmern bestanden insgesamt 20.555 Arbeitsplätze, davon waren 11.015 geringfügig Beschäftigte. Hierzu heißt es wörtlich: „Die geringfügig Beschäftigten der vorgenannten Lizenznehmer stehen zu rund 98 % in sozialversicherungs-

pflichtigen Arbeitsverhältnissen, d. h. in gesetzlich geschützten Arbeitsverhältnissen“<sup>214</sup>. Diese Lesart der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG wird in der Antwort der Bundesregierung zu Nr.2 der Kleinen Anfrage mit dem Gesetzeszweck gerechtfertigt: „Nach den Gesetzesmaterialien besteht der Zweck des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG darin, einem (massenhaften) Ausweichen neuer Lizenznehmer in ungeschützte Arbeitsverhältnisse vorzubeugen, und zwar unter Wahrung von Tarifautonomie, Gewerbe- und Vertragsfreiheit“<sup>215</sup>.

Zur Lizenzierungspraxis wird mitgeteilt, dass „bisher in keinem Fall die Lizenzerteilung versagt (wurde). Es ist daher davon auszugehen, dass die Regelung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Lizenznehmer veranlasst hat, ihre geschäftlichen Planungen am Willen des Gesetzgebers auszurichten“<sup>216</sup>.

*1.5. Die Rechtsauffassung und Praxis der Regulierungsbehörde im Spiegel der Tätigkeitsberichte der BNetzA, der Sondergutachten der Monopolkommission und der hierzu ergangenen Stellungnahmen der Bundesregierung*

#### 1.5.1. Vorbemerkung: Kritik an der Monopolkommission, Unterstützung der BNetzA

Die in den Antworten der Bundesregierung auf die Kleinen Anfragen mitgeteilten Rechtsauffassungen der Regulierungsbehörde werden in den Tätigkeitsberichten des RegTP und der späteren BNetzA sowie in den Sondergutachten der Monopolkommission und den hierzu abgegebenen Stellungnahmen der Bundesregierung<sup>217</sup> durchweg bestätigt. Zwar weist die Bundesregierung in ihren

208 BT-Drs. 14/5615.

209 BT-Drs. 14/5615.

210 BT-Drs. 14/5307.

211 Ebd., zu Nr. 1 und 2.

212 BT-Drs. 14/9069.

213 BT-Drs. 14/9203.

214 Ebd., zu Nr.1.

215 Wörtlich wiederholt von der Bundesregierung in Ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann/Lötzer/Höll und der Fraktion die Linke – Drs. 16/4988 – vom 19.4.2007, BT-Drs. 16/5067 v. 23.4.2007 zu Nr.4.

216 Ebd., zu Nr.4.

217 Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahme-zum-sondergutachten-der-monopolkommission,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (2002/2003); <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/stellungnahme-der-bundesregierung-bundesnetzagentur,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (2004/2005); zuvor (2000/2001) BT-Drs und Protokolle unter <http://dip.bundestag.de/extrakt/15/000/15000256.htm> und (1998/1999): <http://dip.bundestag.de/extrakt/14/000/14000864.htm>

Stellungnahmen die von der Monopolkommission vertretenen Auffassungen insbesondere hinsichtlich des Gebots einer rascheren Marktöffnung,<sup>218</sup> zur Liberalisierung der Entgeltregulierung im Postdienstleistungsmarkt,<sup>219</sup> zur Problematik der Quersubventionierung und anderen Elementen der Entgeltregulierung,<sup>220</sup> zur Umsatzsteuerbefreiung der DP AG,<sup>221</sup> zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Lizenzverweigerung gegenüber sog. „Konsolidierern“<sup>222</sup> und zur Kritik an der Entscheidung,<sup>223</sup> mit der das BVerfG<sup>224</sup> die Verlängerung der Exklusivlizenz für die DP AG über das Jahr 2002 hinaus für verfassungskonform erklärt hat, gelegentlich mit vergleichsweise deutlichen Worten<sup>225</sup> zurück. Die von der Regulierungsbehörde vertretenen Ansichten werden von der Bundesregierung jedoch durchweg unterstützt, wobei sie zusätzlich um deren Erscheinungsbild als unabhängige Behörde besorgt ist<sup>226</sup>.

In Ergänzung der bereits dargestellten Interpretationen des § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG und der diesbezüglichen Praktiken der Lizenzerteilung sind den genannten Berichten folgende Bewertungen des § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG sowie Daten und Fakten zur Marktentwicklung auf dem Gebiet der Postdienstleistungen zu entnehmen:

### 1.5.2. Der 1. Tätigkeitsbericht der RegTP von 1998/1999, das Sondergutachten der Monopolkommission und die Stellungnahme der Bundesregierung

Bereits in ihrem *ersten Tätigkeitsbericht für die Jahre 1998/1999*<sup>227</sup> qualifiziert die RegTP die Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG als Ausnahmeregelung, da diese „keinen sektorspezifischen, sondern einen allgemeinen sozialpolitischen Versagungsgrund beinhaltet“<sup>228</sup>. Sodann teilt sie mit, dass die *praktische Umsetzung* des § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG zunächst „aufgrund der fehlenden Bestimmtheit der Vorschrift“ *auf Schwierigkeiten gestoßen* sei: „Erst nach Ablauf mehrerer Monate konnte sich eine allgemein akzeptierte Auslegungspraxis entwickeln...Durch das Gesetz zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse vom 24. März 1999 und durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 (Scheinselbständigkeit) ist die Brisanz der Vorschrift inzwischen entschärft worden“<sup>229</sup>.

218 Stellungnahme v. 18.12.2002 zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde Telekommunikation und Post 2000/2001“ und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, S.20.

219 Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 2004/2005 der Bundesnetzagentur ...und zu den Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekom 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“ sowie „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“, S.19, Rn.59.

220 Ebd., S.19f., Rn.62; ebd., Rn. 58.

221 Ebd., S.21f., Rn. 64.

222 Ebd., S.16ff., Rn.48ff.

223 Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2002/2003 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsintensivierung in der Telekom – Zementierung des Postmonopols“, Dezember 2004, S. 8.

224 Beschluss des 1. Senats v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01, BVerfGE 108, 370.

225 Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2002/2003 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsintensivierung in der Telekom – Zementierung des Postmonopols“, Dezember 2004, S. 8: „Erneut fällt auf, dass die Monopolkommission in ihrem Bereich juristische Bewertungen vornimmt...“; in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 2004/2005 der Bundesnetzagentur ...und zu den Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekom 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“ sowie „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“ führt die Bundesregierung aus: „Die Bundesregierung bestreitet eine wettbewerbsfeindliche Haltung entschieden und sie hält die diesbezügliche Argumentation der Monopolkommission für zu kurz gegriffen“, S. 18 Rz.56.

226 So betont die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme v. 18.12.2002 zum 2. Tätigkeitsbericht der RegTP und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, dass sie „nicht Stellung (nimmt) zu den Äußerungen der Monopolkommission bezüglich konkreter Regulierungsentscheidungen, um den Anschein einer unzulässigen Einmischung in die unabhängige Stellung der RegTP zu vermeiden“, (Fn. 201), S.3.

227 Die „Jahresberichte“, Tätigkeitsberichte“ und „Monitoringberichte“ der RegTP und der BNetzA sind abrufbar auf der homepage der BNetzA unter: [http://www.bundesnetzagentur.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Presse/Berichte\\_3f.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Presse/Berichte_3f.html), die Marktbeobachtungsdaten ebd., unter [http://www.bundesnetzagentur.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Marktbeobachtung/Postmarkt\\_x2.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Marktbeobachtung/Postmarkt_x2.html); der Jahresbericht 1998/1999 ist veröffentlicht als BT-Drs. 14/2321.

228 BT-Drs. 14/2321 S.101.

229 Ebd., S. 101.

Schon in diesem Bericht betont die BNetzA, dass von den Anforderungen des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG *generelle Ausnahmen für Kleinbetriebe und während der „Anlaufzeit“* von Unternehmen zu machen seien<sup>230</sup>.

In Zusammenhang mit der Darstellung des bei der DP AG seit Beginn der 90er Jahre erfolgten Stellenabbaus (der Bericht spricht von über 30 % der Stellen) und der Zahl der Beschäftigten bei den neuen Lizenznehmern findet sich die Behauptung, die – geringfügig modifiziert – auch in den späteren Berichten regelmäßig wiederholt wird: „Bei den Lizenznehmern sind zusätzliche Arbeitsplätze entstanden, die ohne deren Tätigwerden nicht geschaffen worden wären“<sup>231</sup>. Zwar lägen die Arbeitsplätze noch überwiegend „im Bereich geringfügig Beschäftigte“, aber auch dort sei „ein Trend zu mehr Arbeitszeit in versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen erkennbar. Dieser Trend dürfte sich nach der neuen Gesetzeslage verstärken, so dass in absehbarer Zeit die Vorgabe von 74–80 % erreicht werden dürfte“<sup>232</sup>.

Der Stellungnahme der Bundesregierung zu diesem Bericht<sup>233</sup> ist zu entnehmen, dass die RegTP erst im April 2000 damit begonnen hat, die Lizenznehmer regelmäßig auf die Einhaltung der Lizenzvoraussetzungen zu kontrollieren. „Die Behörde hat zunächst abgewartet, bis die Unternehmen die Anlaufphase überwunden haben. Aussagen über die Wirksamkeit des Kontrollkonzepts erscheinen zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfrüht“<sup>234</sup>. In diesem Zusammenhang betont die Bundesregierung, dass ihr keine Erkenntnisse vorliegen, „dass die

bisherige Praxis der RegTP mit dem PostG nicht zu vereinbaren ist. Außerdem hat die RegTP festgestellt, dass der Anteil nicht sozialversicherungspflichtiger Arbeitsverhältnisse im letzten Jahr abgenommen hat“<sup>235</sup>.

### 1.5.3. Die Jahresberichte der RegTP von 2002–2004, die Sondergutachten der Monopolkommission aus diesen Jahren und die Stellungnahme der Bundesregierung

In ihrem Jahresbericht 2002, in dem die RegTP „Marktbeobachtungsdaten“ vorstellt, teilt die Behörde mit<sup>236</sup>, dass sie im Jahr 2002 bei 500 Lizenznehmern (es handelt sich dabei sämtlich um kleine oder mittlere Unternehmen)<sup>237</sup> eine Regelüberprüfung vor Ort vorgenommen habe, wobei keine gravierenden Verstöße festgestellt worden seien. „Dies gilt auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen. Über 95 % der Beschäftigten standen zum Zeitpunkt der Überprüfung in einem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis“<sup>238</sup>. Die im Jahresbericht der RegTP 2003<sup>239</sup> referierten „Marktdaten“ enthalten erstmals eine genaue Aufschlüsselung der geringfügig Beschäftigten nach Beschäftigungsverhältnissen und Bundesländern. Danach arbeiteten bei den neuen Lizenznehmern von ca. 23.000 Beschäftigten 14.107 geringfügig Beschäftigte, von denen über zwei Drittel (9.470 Beschäftigte) dauerhaft lediglich diese Tätigkeit (bis 325,- € im Monat und weniger als 15 Stunden je Woche) ausübten, wobei die geringfügig Beschäftigten nach Ansicht der

230 Ebd., S.104 unter 3.5.2. Allerdings ist die Formulierung missraten, bringt sie doch das Gegenteil dessen zum Ausdruck, was gemeint ist, wenn es heißt: „Die Regulierungsbehörde sieht die Voraussetzungen des § 6 Abs.3 Nr.3 PostG als gegeben an, sofern der Lizenznehmer...“

231 Ebd., S.118; im Jahresbericht 2003 lautet die entsprechende Formel: „Bei den Lizenznehmern gab es Ende 2002 mehr als 23.000 neu geschaffene – nicht von der DPAG transferierte – Arbeitsplätze. Diese Arbeitsplätze wären ohne den Marktzutritt neuer Unternehmen nicht geschaffen worden“, vgl. BNetzA, Pressestelle. Jahresbericht 2003, (Fn.217), S.14; im Jahresbericht 2004 heißt es hierzu: „Die Wettbewerber haben seit 1998 über 30.000 neue – nicht von der Deutsche Post AG transferierte – Arbeitsplätze geschaffen. Diese Arbeitsplätze würde es ohne die Wettbewerber nicht geben. Die Wettbewerber leisten damit einen nicht unerheblichen Beitrag zur Entlastung des Arbeitsmarktes.“, BNetzA, Pressestelle. Jahresbericht 2004, (Fn.217), S.277; die Studie von Info Consulting, Liberalisierung, 2006, S.78 Fn.67 weist zu dieser „rein quantitativen Betrachtungsweise“ einschränkend darauf hin, dass im deutschen Briefmarkt zwischen 1999 und 2004 „per saldo 12.148 Arbeitsplätze (Kopfzahlen) verloren gegangen sind“.

232 Ebd., S.118.

233 BT-Drs. 14/4064 v. 8.6.2000.

234 Ebd., S. 8.

235 Ebd., S. 8.; auch diese Aussage verweist auf eine rein statistische Betrachtungsweise, vgl. oben Fn.230.

236 Pressestelle der BNetzA, (Fn.217), 2002.

237 Ebd. S.66.

238 Ebd. S.64: hierbei handelt es wiederum um eine rein statistische Größe, die nichts über den Einzelfall aussagt, auf den nach dem Gesetz abzustellen ist.

239 Pressestelle der BNetzA, (Fn.217), 2003.



BNetzA zu knapp 90 % in sozialversicherungs-pflichtigen Beschäftigungsverhältnissen standen. Weit überproportional verteilt sich die geringfügige Beschäftigung auf die neuen Bundesländer<sup>240</sup>.

Der Jahresbericht 2004 der RegTP<sup>241</sup> weist für 2004 einen Marktanteil der DP AG in Höhe von 94,7 % aus. Die DP AG beschäftigte danach im Jahr 2004 von insgesamt 147.608 Beschäftigten lediglich 787 geringfügig Beschäftigte, während bei den Lizenznehmern von 33.478 insgesamt 20.475 geringfügig Beschäftigte tätig waren<sup>242</sup>.

## 2. Zusammenfassung: Die Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde und ihre Handhabung dieser Vorschrift in der Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle

Die Regulierungsbehörde geht in ihrem Verständnis des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG von einer korrekten Bestimmung des lizenzpflichtigen Bereichs aus. Ansonsten interpretiert sie diese soziale Lizenzvoraussetzung nur in Bezug auf das Kriterium der „Üblichkeit“, bei der sie auf die Arbeitsbedingungen der Mehrzahl der im lizenzpflichtigen Bereich beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, in Übereinstimmung mit der hier (unter II) vertretenen Auslegung: Danach sind, solange die überwiegende Mehrzahl der Arbeitnehmer dieses lizenzpflichtigen Bereichs bei der DP AG beschäftigt werden, die für diese geltenden Arbeitsbedingungen maßgeblich.

*Gravierende Abweichungen* ergeben sich einmal im Hinblick auf das Begriffspaar der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“, welches nach Auffassung der Regulierungsbehörde keine Bezugnahme auf einzelne, konkrete Regelungsinhalte (wie z. B. die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) gestattet und zum ande-

ren im Hinblick auf das Verständnis der nach dem Gesetz zu unterlassenden „nicht unwesentlichen“ Unterschreitung dieser Bedingungen. Nach Auffassung der BNetzA ist dies erst bei einer Differenz von mindestens 20 % (gegenüber der hier vertretenen Marge von mindestens 10 %) der Fall.

Eine *weitere wesentliche Abweichung* gegenüber der hier vertretenen Auslegung ergibt sich schließlich daraus, dass die Regulierungsbehörde ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG für *Kleinbetriebe* i. S. von § 23 Abs.1 KSchG von 1999 und für ein- bis zweijährige „Anlaufzeiten“ von Unternehmen nach Lizenzerteilung davon ausgeht, dass diese vom *Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht erfasst* werden.

## 3. Bewertung der Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die Regulierungsbehörde und ihrer Handhabung dieser Vorschrift in der Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle

Die BNetzA hält sich ebenso wie ihre Vorgängerin, die RegTP, in erster Linie für berufen, den Wettbewerb auf dem Postdienstleistungsmarkt herzustellen und zu befördern. In diesem Sinne ist es konsequent, dass sich die RegTP als „Anwalt des Verbrauchers“ versteht<sup>243</sup>. Ausgehend von diesem Selbstverständnis misst sie der sozialen Lizenzvoraussetzung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG eine derart geringe Rolle zu, dass diese in der Praxis bis heute keinerlei Bedeutung erlangt hat.

Zentrale „Stellschrauben“ hierfür sind

1. die – ohne jeden Anhalt im Wortlaut oder Kontext der Regelung – in die Vorschrift hinein interpretierten, *weit reichenden Ausnahmen von deren Geltungsbereich* („Kleinbetriebe“, „Anlaufzeiten“),<sup>244</sup>

240 Ebd., S.13.

241 Pressestelle der BNetzA, (Fn.217), 2005.

242 Ebd., S.273, 276.

243 Jahresbericht 2002, Pressestelle RegTP, (Fn.217), S.89.

244 Die Regulierungsbehörde deklariert in ihrem Merkblatt (s. oben IV 1.1.) diese Interpretation zwar nicht offen als Zulassung von Ausnahmeregelungen vom sachlichen Geltungsbereich des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG; in der Sache läuft jedoch die pauschale „Unterstellung“, dass die sozialen Lizenzvoraussetzungen des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG von Kleinbetrieben und während der Anlaufzeiten eingehalten würden, eben darauf hinaus: Denn diese Unterstellung geht, wie die Begründung der Regulierungsbehörde hierzu deutlich macht, erkennbar davon aus, dass – zumindest weithin – das Gegenteil der Fall ist und eine Lizenzerteilung unter diesen Umständen unterbleiben müsste.

2. die *Reduktion ihrer Schutzfunktion* auf ein Instrument zur Sicherung der Finanzgrundlage der Sozialkassen und sozialversicherungsrechtlich „geschützter“ Arbeitsverhältnisse (ausschließlich bezogen auf die Vermeidung nicht sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse),
3. die *Entwirklichung* des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ und
4. die *Absenkung der für die Lizenzerteilung erforderlichen Messgröße* einer unzulässigen Unterbietung dieser Arbeitsbedingungen, die „nicht unerheblich“ ist, auf großzügige mindestens 20 %.

Aus den Jahresberichten der Regulierungsbehörde geht zudem hervor, dass die Regulierungsbehörde das Vorliegen der gesetzlichen sozialen Lizenzvoraussetzung *keineswegs in jedem Einzelfall* prüft und – zumindest nach der von ihr eingeräumten Anlaufzeit – daraufhin kontrolliert, ob diese Bedingungen ab diesem Zeitpunkt seit Lizenzerteilung eingehalten werden. Hierzu sah sie sich zunächst auf Grund der von ihr berichteten Anlaufschwierigkeiten bis zur internen Klärung ihrer Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zunächst auch gar nicht in der Lage, führte sodann aufgrund der gewährten Anlaufzeiten (nachträgliche) Kontrollen überhaupt erst seit April 2000 durch und begnügt sich ihren Berichten zufolge mit einer pauschalen statistischen Aufbereitung des lizenzierten Bereichs, die im Ergebnis unter Zugrundelegung ihrer Rechtsauffassung zufriedenstellende Ergebnisse zeitigte und bislang keinen Anlass zur Intervention bot, weil sie die geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse nahezu<sup>245</sup> vollständig zu den sozialversicherungspflichtigen – und damit i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG unproblematischen – Arbeitsverhältnissen

rechnet. Wie die Regulierungsbehörde (und die BNetzA<sup>246</sup> bis heute) dazu mitteilt, ist die hohe sozialversicherungsrechtliche „Deckungsquote“ in erster Linie Resultat der gesetzlichen Reformen des Geringfügigkeitsrechts, die mit Gesetz vom 24.3.1999<sup>247</sup> erfolgte, sowie des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriffs durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998<sup>248</sup>, durch die die „Brisanz der Vorschrift ... entschärft“<sup>249</sup> worden sei. Diese Reformen sind aber längst durch die Novellierung des Geringfügigkeitsrechts im Zuge der Hartz-Reformen durch das „Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ v. 23.12.2002<sup>250</sup> sowie durch das „Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit“ v. 20.12.1999<sup>251</sup> ihrerseits wieder gesetzlich korrigiert worden.

Durch diese „Reform der Reform“, die an den Rechtszustand, wie er bis zu den Gesetzen über Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v.1.1.1999<sup>252</sup> sowie zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung vom 24.3.1999<sup>253</sup> bestand, wieder anknüpfte, wurde ein grundlegender Richtungswandel im Recht der sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisse bewirkt: Ging es mit den Reformen von 1998/1999 um die Eindämmung der Zunahme geringfügig entlohnter Beschäftigungsverhältnisse, die Verhinderung der Erosion der Finanzgrundlagen der beitragsfinanzierten Sozialversicherung durch Erhebung von Beiträgen zur Sozialversicherung „von der ersten Mark an“, die Verbesserung der Möglichkeiten zur Alterssicherung für die in diesem Arbeitsmarktsegment überwiegend beschäftigten Frauen und um verbesserte Kontrollmöglichkeiten, um das Ausweichen in Schwarzarbeit und Scheinselbständigkeit zu verhindern, so wurde dieser Gesetzeszweck nunmehr

245 Die Differenzierung, vgl. BNetzA, Pressestelle, Jahresbericht 2003, (Fn.151), S. 12 f. ist nicht wirklich transparent: Einige der Formen geringfügiger Beschäftigung rechnet sie generell nicht zu den sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen, die große Mehrzahl jedoch offenbar uneingeschränkt. Die Rechtslage ist aber erheblich komplizierter, vgl. Erk-Rolfs, 2006, § 8a SGB IV, Rn.28.

246 Siehe das Schreiben des Präsidenten an die Gewerkschaft ver.di vom 10.1.2007 (oben unter IV 1.2.).

247 BGBl I S.388; dazu eingehend Blanke, Die Auflösung des Arbeitnehmerbegriffs, KJ H.1/2003, S.7 ff., 11 ff.

248 BGBl I S.3843, in Kraft getreten am 1.1.1999.

249 1. Tätigkeitsbericht der RegTP für die Jahre 1998/1999, BT-Drs.14/2321, S.101.

250 BGBl I S.4621.

251 BGBl. I S.2.

252 BGBl. I S.3843.

253 BGBl I S.388.

aus beschäftigungspolitischen Motiven umgekehrt: Seitdem steht (wieder) die Förderung von geringfügiger Beschäftigung und prekärer Selbstständigkeit im Zentrum der gesetzgeberischen Intentionen<sup>254</sup>.

Dass sich die BNetzA noch immer in ihrer rechtlichen Bewertung des Verhältnisses von geringfügiger Beschäftigung und Sozialversicherungspflicht im Rahmen von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG an der veralteten Gesetzeslage orientiert, wie sie bis zur Neufassung des Geringfügigkeitsrechts im Zuge von „Hartz II“ bestand, spricht nicht nur für eine erstaunliche Ignoranz gegenüber der aktuellen Gesetzeslage, die (jenseits der historischen Interpretation) für die Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG maßgeblich ist. Dies ist auch sachlich umso problematischer, als die Neuregelung des Beschäftigtenbegriffs und der Geringfügigkeit durch die Gesetze vom 20.12.1999<sup>255</sup> und vom 23.12.2002<sup>256</sup> durchaus erhebliche Auswirkungen auf die Sozialversicherungspflicht der Arbeitnehmer und damit auf die Finanzgrundlage der Sozialversicherungsträger<sup>257</sup> hatte und infolge der Änderungen im Geringfügigkeitsrecht zum 1.7.2006 auch aktuell weiterhin besitzt<sup>258</sup>.

Die Gleichsetzung von „geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen“, auch soweit sie – noch immer – partiell der Sozialversicherungspflicht unterliegen, mit „geschützten“ Arbeitsverhältnissen beruht zudem auf einer Verkennung der mit Geringfügigkeit verbundenen sozialen Lage der Arbeitnehmer: Geringfügige Beschäftigungsverhältnisse gelten in ihrer großen Mehrzahl zu recht als

prekäre Beschäftigungsverhältnisse<sup>259</sup>. Sie bieten keinen Versicherungsschutz bei Arbeitslosigkeit und Pflegebedürftigkeit, die Ansprüche aus der Rentenkasse sind gering und diejenigen bei Krankheit begrenzt<sup>260</sup>.

Ähnliche Bedenken gelten grundsätzlich auch im Blick auf die pauschale Nichtanwendung des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG auf Kleinbetriebe, zu deren Bestimmung die BNetzA zunächst auf die Regelung des § 23 Abs.1 KSchG in der Fassung v. 19.12.1998 zurückgriff, die inzwischen<sup>261</sup> ebenfalls weitgehend überholt ist. Zutreffend geht zwar die Neufassung des Merkblatts der BNetzA<sup>262</sup> davon aus, dass der Geltungsbereich des KSchG künftig erst bei mehr als 10 Arbeitnehmern einsetzt. Damit ist aber die Schwelle, bis zu der nach Auffassung der BNetzA ein Kleinbetrieb vorliegt, gegenüber der ursprünglichen Rechtslage, von der die RegTP in ihrer „freihändigen“ Interpretation des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ausging, verdoppelt: Auch ein Betrieb, in dem bis zu 20 *zeitlich geringfügig Beschäftigte* tätig sind, gilt danach aufgrund der Anrechnungsvorschrift des § 23 Abs.1 S.4 KSchG i. d. F. vom 31.10.2006<sup>263</sup>, wonach diese mit einem Faktor von 0,5 zu berechnen sind, noch als *Kleinbetrieb*.

Die pauschale Ausnahme von Betrieben dieser Größenordnung aus dem Geltungsbereich von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist nicht nur im Hinblick auf Art. 12 Abs.1 GG verfassungsrechtlich bedenklich<sup>264</sup>, sondern auch sachlich nicht gerechtfertigt. Nach den Angaben der Regulierungsbehörde im Jahresbericht 2002 sind „alle neuen

254 „Die Neuregelung wird zu einem Anstieg der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse führen, weil die Geringfügigkeitsgrenze ausgeweitet wurde und der Mini-Job nicht mehr mit einer versicherungspflichtigen Hauptbeschäftigung zusammengerechnet werden muss“, IAB Kurzbericht Nr.6/2003 v. 23.5.2003, S.5; vgl. ferner Blanke, Die Auflösung des Arbeitnehmerbegriffs, KJ H.1/2003, S.7 ff., 11 f.

255 BGBl I S.2.

256 BGBl I S.4621.

257 Laut IAB Kurzbericht Nr.6/2003 v. 23.5.2003, S.5 „belaufen sich ...die Beitragsausfälle“ infolge der Reform der geringfügigen Beschäftigung zum Jahresbeginn 2003 „pro Jahr auf ca. 612 Mio €, die sich entsprechend dem Verhältnis der Beitragssätze auf die Zweige der Sozialversicherung verteilen“.

258 Vgl. Bartone/Berger/Brößke u. a., Personalrecht für die Praxis 2006, Memento Rechtshandbuch 2006, S.799 ff.; dort auch Hinweise auf die neue Rechtslage seit dem 1.7.2006, S.801 ff.; ferner ErfK-Rolfs, 2006, § 8a SGB IV, Rn.28.

259 Blanke, Die rechtliche Situation von prekär Beschäftigten, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit?, 2007, S.55 ff.; Input Consulting, Liberalisierung, 1006, S.77 ff.

260 Vgl. Brandt, Mini- und Midijobs im Kontext aktivierender Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik, WSI-Diskussionspapier 2005; der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung äußert in seinem Jahresgutachten 2005/2006 die Befürchtung, dass die Förderung von Minijobs zur Verdrängung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung führen werde, vgl. den Bericht in: Böckler Impuls Nr.5/2006, S.2.

261 Vgl. § 23 Abs.1 S. 4 KSchG i. d. F. v. 31.10.2006, BGBl I S.2407.

262 Vgl. oben unter IV 1.1.; Fn.183.

263 BGBl I S.2407.

264 Vgl. BVerfG v.27.1.1998, E 97, 169 und dazu eingehend Blanke, Kleinbetriebsklausel und Befristung. Die Zulässigkeit der Nichtanrechnung befristeter Beschäftigter bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs.1 S.2 KSchG, in: AuR 2003, S.401 ff.

Lizenznehmer kleine oder mittlere Unternehmen<sup>265</sup>. Zur Legitimation der eigenmächtigen Verkürzung des Geltungsbereichs von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die RegTP beruft sich die Bundesregierung in ihrer Beantwortung der oben dargestellten Kleinen Anfragen einerseits auf den – auch in anderen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften – zum Ausdruck gekommenen Schutz der Interessen von Klein- und Mittelbetrieben<sup>266</sup>, andererseits darauf, dass von Betrieben dieser geringen Größenordnung kein „massenhaftes“ Unterlaufen der grundsätzlichen Sozialversicherungspflicht von Arbeitsverhältnissen zu erwarten sei<sup>267</sup>. Nun dürfte im Sinne dieser Begründungen § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG eigentlich *auf Klein- und Mittelbetriebe grundsätzlich keine Anwendung finden*, weil diese unter dem besonderen Schutz des Gesetzgebers stehen und je einzeln niemals die Voraussetzung einer „massenhaften“ Flucht vor der Sozialversicherungspflicht erfüllen können. Genau zu diesem Resultat gelangt denn auch die Regulierungsbehörde in ihrer Praxis, wie die Tatsache belegt, dass sie bislang noch in keinem einzigen Fall unter Berufung auf § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Lizenzerteilung verweigert, mit Auflagen versehen oder nachträglich entzogen hat.

#### 4. Ergebnis: Gesetzwidrigkeit der Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG und der darauf gestützten Praxis durch die Regulierungsbehörde und die Bundesregierung

Weder für die Einschränkung des Geltungsbereichs von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG noch für die restriktive Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift bietet das Gesetz eine Handhabe. Die Lesart der Bestimmung durch die Regulierungsbehörde und die Bundesregierung

widerspricht der oben (unter II.) näher dargestellten Interpretation des Wortlauts sowie der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

Die Auslegung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ durch die Regulierungsbehörde und die Bundesregierung setzt sich über die gebotene historische wie systematische Exegese dieser sozialen Lizenzvoraussetzung und den mit ihr verfolgten sozialen Schutzzweck hinweg und vermengt in undurchsichtiger Weise die Interpretation dieser Vorschrift mit der (angeblich gebotenen, aber nicht näher konkretisierten und belegten) Rücksichtnahme auf verfassungsrechtliche Normen („unter Wahrung von Tarifautonomie, Gewerbe- und Vertragsfreiheit“)<sup>268</sup>. Und die Schwelle einer „nicht unerheblichen“ Unterschreitung wird an einer BAG-Judikatur ausgerichtet<sup>269</sup>, die auf eine ganz andere Abgrenzungsproblematik gerichtet ist und den Normzweck von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG verfehlt (dazu oben unter II. 4.1.1. und unter IV. 1.4.1.).

#### 5. Kein Vertrauensschutz in den Fortbestand dieser Handhabung

Die Tatsache, dass diese Praxis von der BNetzA sowie ihrer Vorläuferin, der RegTP, in dieser Form seit dem Erlass des Gesetzes, also für einen Zeitraum von ca. 8 Jahren (seit der internen Abstimmung über ihre Auslegung und Anwendung im Verlauf des Jahres 1998 bis heute) geübt wurde und ihr von Seiten des zuständigen Ministeriums und der Bundesregierung nicht widersprochen wurde, *begründet keinen Vertrauenstatbestand* dahingehend, dass diese rechtswidrige Interpretation und Handhabung der sozialen Lizenzvoraussetzung auch künftig weiterhin verfolgt werde oder gar werden müsse. Denn das *Vertrauen auf*

265 Pressestelle der BNetzA, (Fn.217), S.66, wobei als kleine Unternehmen solche mit einem Jahresumsatz bis zu 0,5 Mio € klassifiziert wurden. Die mittleren Unternehmen waren zu diesem Zeitpunkt mit 76 gegenüber 392 deutlich in der Minderheit gegenüber Kleinunternehmen, ebd.

266 Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14-646 v.22.3.1999, zu Nr.15 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT-Drs 14/434.

267 Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000, zu Nr. 4 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741.

268 Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 14-9203 v.3.6.2002 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Kutzmutz und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/9069, zu Nr. 2; ebenso jüngst in Ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann/Lötzer/Höll und der Fraktion die Linke – Drs. 16/4988 – vom 19.4.2007, BT-Drs. 16/5067 v. 23.4.2007 zu Nr.4.

269 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr.11.

die Kontinuität einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis ist lediglich dann schützenswert, wenn es durch besondere Umstände des Einzelfalles besonders gerechtfertigt ist.<sup>270</sup> Im übrigen ist die Verwaltung jederzeit befugt, aus sachgerechten Erwägungen wie z. B. auf der Grundlage einer veränderten Rechtsauffassung ihre bisherige Praxis für die Zukunft zu korrigieren.<sup>271</sup> Komplizierter ist die Rechtslage lediglich dann, wenn die problematische Verwaltungspraxis durch eine ständige obergerichtliche Rechtsprechung bestätigt worden ist<sup>272</sup>. Dies ist jedoch vorliegend, soweit ersichtlich, nicht der Fall. Deshalb kann diese u. U. denkbare Erweiterung des Vertrauensschutzes vorliegend außer Betracht bleiben.

Damit stellt sich nur mehr die Frage, welche Anforderungen an die korrekte Prüfung und Kontrolle der sozialen Lizenzvoraussetzungen durch die BNetzA gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG zu stellen sind.

## 6. Anforderungen an die Prüfung und Kontrolle der sozialen Lizenzvoraussetzungen durch die BNetzA

Auf der Basis des Gesetzeswortlauts des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG darf die BNetzA eine beantragte Lizenz nicht erteilen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, der Lizenznehmer werde die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreiten. Nach der hier vertretenen Auslegung der Vorschrift ist dies wie folgt zu verstehen: *Die Lizenz ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.*

Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG besitzt die Regulierungsbehörde, wie bereits angesprochen, weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum<sup>273</sup>. Ausnahmen vom Geltungsbereich der Vorschrift etwa für Kleinbetriebe oder für Unternehmen während einer „Anlaufphase“ sind grundsätzlich nicht statthaft. Die Behörde ist gehalten, ihre Hinweise zur Lizenzerteilung sowie zur Erfassung und Kontrolle der Einhaltung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ entsprechend umzugestalten. Dabei ist vorzusehen, dass die potentiellen Lizenznehmer mit ihrem Antrag auf Erteilung einer Lizenz eine verbindliche Erklärung dahingehend abgeben, dass sie die bei ihnen zur Erledigung der lizenzpflichtigen Dienstleistungen einzusetzenden Arbeitnehmer zu den o. g. gesetzlichen Bedingungen gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG beschäftigen werden. Gleichzeitig ist ihnen mitzuteilen, dass sie bei Verstößen gegen diese Verpflichtung mit dem Entzug der Lizenz zu rechnen haben.

Ob ein Verstoß gegen die soziale Lizenzvoraussetzung nach Lizenzerteilung vorliegt, ist durch geeignete Umfragen und Kontrollen im Rahmen des der BNetzA gem. § 45 PostG zustehenden Auskunfts- und Prüfungsrechts zu ermitteln. In jedem Falle kommt ein nachträglicher Entzug der Lizenz wg. eines Verstoßes gegen § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG nur als „ultima ratio“ auf der Basis einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht (§ 9 Abs.1 PostG). Der teilweise Widerruf der Lizenz genießt, sofern dies von der Sache her möglich ist, Vorrang vor dem vollständigen Widerruf. Im Übrigen ist er gem. § 9 Abs.2 PostG erst zulässig, wenn der Lizenznehmer zuvor einer Anforderung der BNetzA, seinen Verpflichtungen nachzukommen, nicht innerhalb der ihm hierfür gesetzten Frist Folge geleistet hat.

270 Vgl. § 48 Abs.2 und 3 VwVfG; vgl. v. Wulffen, SGB X, 2005, § 45 Rn.15

271 BVerwGE 104,220,223f.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 40 Rn.124a; Rengier, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG. 3. Aufl. 2006, § 11, Rn.73 ff.; eingehend: Maurer, § 79 Kontinuität und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2006, S. 395 ff.

272 Mit diesem Argument hat das BAG seiner Rechtsprechungsänderung (BAG v.,23.3.2006 – 2 AZR 343/05) im Nachgang zur EUGH-Entscheidung in der Rechtssache Junk v. 27.1.2005 – C-188/03 –, wonach als Entlassung i. S. der Vorschriften über die Massenentlassung nach § 17 Abs.1 S.1 KSchG die Kündigungserklärung des Arbeitgebers anzusehen ist, die Wirksamkeit versagt, vgl. Urteile v. 13.7.2006, 6 AZR 25/06 und 6 AZR 198/06; bestätigt in: BAG 1.2.2007 – 2 AZR 15/06; darin liegt nach Frank/Schiek, Gutachten für den DGB zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts 2 AZR 15/06, Oldenburg, Mai 2007, sowohl eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts (Vorlagepflicht gem. Art. 234 Abs.3 EG) als auch des Grundgesetzes (Art. 101 Abs.1 S.2 GG, Art. 19 Abs.4 GG sowie von Art. 12 Abs.1 GG).

273 OVG Münster v. 7.12.2005 – Az: 13 A 711/02, BeckRS 2006 20060V; v. Danwitz, 1999, 105ff.; vgl. oben unter I. 4., S.16.



## V. Die Sicherung von sozialen Schutzstandards unter Bedingungen von Europäisierung, Marktöffnung und Wettbewerb

Die Marktöffnung für den Bereich von Postdienstleistungen geht, wie oben (I.3.) dargestellt, wesentlich auf gemeinschaftsrechtliche Initiativen zurück. Auf EU-Ebene wurde auch das rechtliche Fundament geschaffen, auf dem die Regulierung des Postmarktes mit seiner schrittweisen Überleitung in einen einheitlichen Binnenmarkt bis heute beruht. Derzeit gehen die Bestrebungen der EU-Kommission dahin, die bereits mit der RL von 2002 erfolgten Weichenstellungen für eine vollständige Öffnung des Briefmarktes ab dem 1.1. 2009 für den Wettbewerb festzuschreiben und die rechtlichen Regularien für ein an diese Bedingungen angepasstes europäisches Postrecht zu fixieren. Dabei besteht die Gefahr, dass bei vollständiger Marktöffnung bereichsspezifische soziale Regularien, wie sie derzeit in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG vorgesehen sind, künftig unter verschärften Rechtfertigungsdruck geraten.

Die Einführung von Wettbewerb ist die Ursache der inzwischen eindrücklich belegten dramatischen Ausbreitung von prekären Arbeitsbedingungen auf dem Markt der Postdienstleistungen. Zu befürchten ist deshalb, dass sich diese Problematik mit vollständiger Wettbewerbsöffnung nicht nur verstetigt, sondern zusätzlich erheblich verschärft. Dem ist im Hinblick auf die in Art. 2 und 3 sowie 137 ff. des EG-Vertrages, die die Perspektive eines „sozialen Europa“ als verbindliche Orientierung der Gemeinschaft vorgeben, entgegen zu wirken. Bevor die im Einzelnen hierbei in Betracht kommenden Maßnahmen sowohl auf nationaler wie auf Gemeinschaftsebene erörtert werden (dazu unter V.2.), ist zum Verständnis der allgemeinen Rahmenbedingungen zunächst ein Blick auf die Entwicklung der Europäischen Union und ihre primär wirtschaftlich-wettbewerblich ausgerichtete „Schlagseite“ zu werfen (V.1.).

### 1. Europäische Rahmenbedingung: Marktschaffende, keine marktkorrigierende Politik auf EU-Ebene und vermehrte Exit-Optionen für Unternehmen

Die europäische Integration ist seit der Montan-Union und den Römischen Verträgen von Anfang und Mitte der 50er Jahre substanziell vor allem eine *ökonomische* Integration<sup>274</sup>; die bekannten vier Freiheiten, die durch den Integrationsprozess durchgesetzt werden sollen, sind Freiheiten ökonomischer Faktoren (Waren, Arbeitskräfte, Dienstleistungen, Kapital): Sie sollen einen gemeinsamen Markt schaffen.

Die Freisetzung von Märkten hatte historisch im nationalen Rahmen aber immer Reaktionen der politischen Akteure zur Folge, durch die die negativen Folgen dieser Freisetzung der Märkte – oder in den Worten von Karl Polanyi: ihrer „Entbettung“ – eingegrenzt oder gar aufgehoben werden sollten. Diese „marktkorrigierende“ Politik mündete auf der nationalstaatlichen Ebene in (unterschiedliche) Formen eines Sozialstaates oder auch – weiter gefasst – eines Wohlfahrtsstaates, dessen soziale (oder auch ökologische) Normen den Märkten Grenzen auferlegten, sie also wieder „einbetteten“ in sozialverträgliche Formen ökonomischen Handelns. Im weiteren Sinne gehören zu diesen Sozialstaatsformen die unterschiedlichen Systeme der sozialen Sicherungen (Alter, Krankheit, Arbeitslosigkeit), des Arbeitsschutzes und der Arbeitsbeziehungen sowie die staatliche Beschäftigungspolitik.

Charakteristisch für den europäischen Integrationsprozess ist nun aber, dass es zwar im Rahmen der Vertragswerke seit den Römischen Verträgen 1957 und besonders seit der Einheitlichen

<sup>274</sup> Vgl. zum Folgenden Blanke/Hoffmann, Auf dem Wege zu einem Europäischen Sozialmodell? Voraussetzungen, Schwierigkeiten und Perspektiven einer europäischen Sozialpolitik, Kritische Justiz H. 2/2006, S.134 ff.; engl. Übersetzung in CIS PAPERS Nr.11, July 2006, und ETUI discussion paper 1/2007; Italienische Übersetzung in : Quaderni rassegna sindacale Nr.1/2007, S.7 ff.

Europäischen Akte und der Herstellung des gemeinsamen Binnenmarktes in den 90er Jahren erfolgreich gelungen ist, politisch die Freiheit der Märkte oberhalb der Ebene der Mitgliedstaaten durchzusetzen (im Sinne einer marktschaffenden Politik), dass aber zugleich eine *marktkorrigierende Politik auf der europäischen Ebene bisher weitgehend versagt hat oder aber ausgeblieben ist*.<sup>275</sup> Dies mag für einen neoklassisch orientierten Ökonomen kein Problem sein, erhofft er sich doch – wie dies in geradezu klassischer Weise der so genannte Cecchini-Report<sup>276</sup> zur Herstellung des europäischen Binnenmarkts im Jahr 1988 getan hat – erhebliche Wohlfahrtseffekte durch die ökonomische Integration. Dabei wird aber nicht berücksichtigt, dass sich durch die Integration *erstens die exit-Optionen* für die zuvor weitgehend nationalstaatlich eingebundenen Unternehmen erheblich erhöht haben und dadurch die nationalen wohlfahrtsstaatlichen Systeme, die das Marktversagen u. a. in der sozialen und ökologischen Politikarena korrigieren sollen, unter Druck geraten<sup>277</sup>. *Zweitens* ist zu beobachten, dass sich unter den Bedingungen erweiterter Märkte grundlegend veränderte Strukturen der Beziehung zwischen *Finanzdienstleistern und Unternehmen* entwickeln. Diese bewirken eine beschleunigte Auflösung nationaler Kulturen der Unternehmensführung und ihrer Einbettung in das von Land zu Land unterschiedlich geprägte Geflecht aus Unternehmen und Betrieben, Banken und Versicherungen, politischen Akteuren (in Staat, Region und Kommunen) sowie den Organisationen und

Repräsentanten der Arbeitnehmerschaft auf Betriebs- und Unternehmensebene<sup>278</sup>. Dabei handelt es sich um globale Entwicklungen, die nicht nur die sog. „Deutschland-AG“<sup>279</sup>, sondern auch die Ökonomien in den anderen EU-Mitgliedstaaten allmählich umgebildet haben, ohne dass daraus indes ein einheitlicher Typus von Marktwirtschaft entstanden wäre<sup>280</sup>.

Hintergrund des Versagens europäischer Integrationspolitik sind die Unterschiede, die sich historisch bei der Herausbildung marktkorrigierender Politiken in der Form der nationalen Sozialpolitiken bzw. des *Ausbaus von wohlfahrtsstaatlichen Strukturen* zwischen den Nationalstaaten ergeben haben und die als *unterschiedliche Sozialstaatstypen* heute in der Europäischen Union neben und gegeneinander stehen. Aber damit nicht genug: Nicht nur die Sozialstaatstypen, auch die sozialökonomischen Grundlagen der nationalen Ökonomien unterscheiden sich, so dass auf der europäischen Ebene nicht nur unterschiedliche Sozialstaatstypen konkurrieren, sondern vor allem auch unterschiedliche Kapitalismustypen und unterschiedliche Typen der Arbeitsbeziehungen aufeinander treffen<sup>281</sup>.

Die sich aus dieser Konstellation ergebenden Schwierigkeiten und Ambivalenzen für eine Europäische Integrationspolitik habe ich andernorts näher untersucht<sup>282</sup>. Gleiches gilt für die – wie auch immer zaghafte – Ansätze zur Herausbildung eines spezifischen Europäischen Sozialmodells<sup>283</sup>. Dessen Kernelemente liegen in einer *Neu- ausrichtung des Gleichheitsprinzips* als Diskriminie-

275 Vgl. dazu auch Scharpf, Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu einer Theorie, in: Leviathan, H.1/2002, S. 65 ff.

276 SEC (88) final, 13 April 1988.

277 Die durch Europäisierung und Internationalisierung erweiterte *exit-option* hat dabei deshalb die Kräfteverhältnisse im Dreieck Kapital – Gewerkschaften – Staat stark zugunsten der Kapitaleite verschoben, weil das Drohpotential der Unternehmen enorm gewachsen ist: Nicht alle Unternehmen können sie nämlich wahrnehmen und nicht alle, die das können, wollen sie wahrnehmen. Aber alle können damit drohen und es ist sehr schwer, den Realitätsgehalt dieser Drohung seitens Regierungen und Gewerkschaften richtig einschätzen zu können.

278 Vgl. hierzu insbesondere Windolf, Die neuen Eigentümer, Sonderheft 45 „Finanzmarkt-Kapitalismus“ der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2005, S.8 ff.; dgl., Was ist Finanzmarkt-Kapitalismus? Ebd., S. 20 ff.; Deutschmann, Finanzmarkt-Kapitalismus und Wachstumskrise, ebd. S.58 ff.

279 Streeck/Höpner (Hrsg.), Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG, 2003.

280 Gleiches gilt für die Systeme der industriellen Beziehungen und des Tarifrechts, vgl. hierzu Blanke/Rose (Hrsg.), Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective, Bulletin of Comparative Labour Relations (Hrsg. Blanpain), 2005.

281 Ebbinghaus, Does a European Social Model exist and can it survive? In: Huemer/Mesch/Traxler (Hrsg.), The Role of Employers Associations and Labour Unions in the European Union, Aldershot, 1999, S.1 ff

282 Blanke/Hoffmann, Auf dem Weg zu einem europäischen Sozialmodell. Voraussetzungen, Schwierigkeiten und Perspektiven einer europäischen Sozialpolitik, in: KJ H.2/ 2006, S.134 ff; engl. Übersetzung in CIS PAPERS Nr.11, July 2006, und ETUI discussion paper 1/2007; Italienische Übersetzung in : Quaderni rassegna sindacale Nr.1/2007, S.7 ff..

283 Blanke, Dynamik und Konturen des Europäischen Sozialmodells: Warum der Zug nach Europa nicht zu stoppen ist, NZA 2006, S.134 ff.

rungsverbot, der Schaffung von Elementen einer *auf Verhandlungen beruhenden, kollektiven Interessenartikulation und -vertretung auf Betriebs- und auf Unternehmensebene* sowie der Ausbildung einer neuen Form nicht länger nur rechtlicher und monetärer, sondern auch *wissensbasierter sozialer Steuerung* (sog. „open method of coordination“). Diese verknüpft eine Vielzahl von Vergleichsparametern und zielt auf eine *Steuerung durch Selbstanpassung sozialer Systeme* (etwa in Form von Zielvorgaben für die Mitgliedstaaten, benchmarking, best practices, Monitoring, Controlling, Zielvereinbarungen etc.)<sup>284</sup>. Dabei handelt es sich um einen Abkömmling moderner Methoden des Unternehmens- und Organisationsmanagements.

## 2. Ansatzpunkte einer Politik der Entprekariisierung auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene

Im hier gegebenen Kontext ist von Interesse, ob und ggf. welche Ansätze sich auf nationalem Boden wie auf EU-Ebene für eine „Politik der Entprekariisierung“ finden lassen. Damit ist ein politischer Ansatz gemeint, der den sozialen Folgen einer primär an wirtschaftlichen Zielen ausgerichteten europäischen Integration (aktuelles Stichwort: Dienstleistungsrichtlinie) entgegenwirken soll. Es geht dabei darum, den sozialen Verwerfungen in Gestalt einer wachsenden Zone monetärer Armut und sozialer Unsicherheit im Bereich der Erwerbsbevölkerung und einer sich zunehmend öffnenden Schere zwischen Arm und Reich Einhalt zu gebieten.

Bezogen auf die Lage auf dem Markt an Postdienstleistungen werden in der Studie von „Input Consulting“<sup>285</sup> fünf Handlungsoptionen genannt, die im Rahmen einer solchen „Strategie der Entprekariisierung“ zielführend sein können:

- Die Aussetzung oder Verlangsamung der geplanten Marktöffnung (2.1.),

- die verstärkte Berücksichtigung sozialer Standards bei der Auftragsvergabe öffentlicher Instanzen durch Tariftreueklauseln (2.2.),
- die tarifvertragliche Regulierung der Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern (2.3.),
- die Durchsetzung eines allgemeinen oder branchenspezifischen Mindestlohns (2.4.) und
- die Flankierung der weiteren Liberalisierung durch effektive Anwendung des Regulierungsinstruments der sozialen Lizenzauflagen (2.5.).

Diese Alternativen sollen nachstehend unter den Aspekten ihrer rechtlichen Konturierung und ihrer politischen Realisierungschancen im nationalen wie im europäischen Kontext kurz skizziert werden.

### 2.1. Aussetzung oder Verlangsamung der geplanten Marktöffnung

Nach § 51 Abs.1 S.1 PostG ist die der DP AG eingeräumte Exklusivlizenz *zeitlich* befristet bis zum 31.12.2007. Die EU-Postrichtlinie 97/67/EG<sup>286</sup> i. d. F. der Änderungs-RL 2002/39/EG<sup>287</sup> hat als Endtermin für die Gewährung von Exklusivlizenzen den 31.12.2008 bestimmt (Art. 27 i. Vb. mit Art.7 RL 2002/39/EG), „sofern gem. Art. 7 Abs.3 nichts anderes beschlossen wird“ (Art. 27 S.1 RL2002/39/EG). In Art. 7 Abs.3 der RL heißt es: „Die Kommission erstellt eine Prospektivstudie, in der für jeden Mitgliedstaat bewertet wird, welche Auswirkungen die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste im Jahr 2009 auf den Universaldienst haben wird. Auf der Grundlage der Schlussfolgerungen dieser Studie unterbreitet die Kommission bis zum 31.12.2006 dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht, dem ein Vorschlag zur etwaigen Bestätigung des auf 2009 festgelegten Termins für die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste oder zur Festle-

284 Heidenreich/Bischoff, The Open Method of Coordination. A way to the Europeanization of social and employment policies? (Im Erscheinen), 2007.

285 Liberalisierung, Dez. 2006, S.95.

286 ABl L 15/14 v. 21.1.1998.

287 ABl L 176/21 v. 5.7.2002.

gung anderweitiger Schritte im Lichte der Schlussfolgerungen der Studie beigelegt ist.“

Die angekündigte Prospektivstudie ist im Mai 2006 veröffentlicht worden<sup>288</sup>. Die Kommission hat daraufhin unter dem 18.10.2006 dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht „über die Anwendung der Postrichtlinie“<sup>289</sup> vorgelegt, der seinerseits auf der Prospektivstudie und einer Folgenabschätzung<sup>290</sup> beruht. Ferner hat sie einen Vorschlag zur Änderung der Post-RL 97/67/EG<sup>291</sup> unterbreitet.

*Kernpunkt dieser Berichte und Vorschläge ist die Bestätigung des Termins vom 31.12.2008 zur Abschaffung aller Exklusivrechte* für die früheren Monopolisten und damit die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes auf dem Sektor der Postdienstleistungen zum 1.1.2009. Damit einher geht entsprechend dem Entwurf zur Änderung der Post-RL 97/67/EG<sup>292</sup> eine „wettbewerbsfreundlichere“ Konzeption der Regulierung dieses Marktes, insbesondere was die Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen, die Lizenzerteilung, die Gestattung von Quersubventionierungen und die Entgelt- und Preisregulierung angeht. In diesem Zusammenhang schlägt die Kommission die Festschreibung eines *Katalogs zulässiger Kriterien der Lizenzerteilung* vor<sup>293</sup>. Deutlich strikter als bisher<sup>294</sup> ordnet sie nach dem RL-Entwurf nunmehr die rechtliche und betriebliche Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden von den Postbetreibern an und verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Aufgaben dieser Regulierungsbehörden transparent zu regeln und auf nationaler wie auf Gemeinschaftsebene spezifische Kooperationsverpflichtungen einzuhalten. Außerdem ist ein wirksames Beschwerdeverfah-

ren vor einer unabhängigen Stelle gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden einzuführen<sup>295</sup>. Die in der Poständerungs-RL 2002/39/EG hervorgehobene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, darauf zu achten, dass die „sozialen Aufgaben der Gemeinschaft nach Art. 2 des Vertrages“ bei ihrer Gestaltung von Maßnahmen in diesem Bereich „als Ziele verwirklicht werden“<sup>296</sup>, soll nach diesem Entwurf deutlich stärker durch die explizite Aufzählung (nahezu)<sup>297</sup> aller übrigen in Art. 2 EGV genannten, konkurrierenden Ziele eingerahmt werden: „Die Maßnahmen in diesem Bereich sollten so angelegt sein, dass die Aufgaben der Gemeinschaft gemäß Art. 2 EG-Vertrag, d. h. in der ganzen Gemeinschaft eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, ein beständiges nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, die Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, erfüllt werden können“.

Die naheliegende Vermutung, dass mit dieser Änderung gegenüber Erwägungsgrund 5 der Post-RL 2002/39/EG<sup>298</sup> die Absicht einer Relativierung der Berücksichtigung „sozialer Belange“ bei Maßnahmen zur Regulierung von Postdienstleistungen durch die Mitgliedstaaten verbunden sein soll, kann zweifelhaft sein: Denn in Erwägungsgrund 12 des Richtlinienentwurfs wird ausdrücklich die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regulierung der Beschäftigungsbedingungen auf dem

288 PricewaterhouseCoopers „The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market in 2009“, Mai 2006, KOM(2006)596.

289 KOM(2006) 595 endg.

290 SEK(2006) 1291.

291 KOM(2006) 594 endg.

292 KOM(2006) 594 endg.

293 Erwägungsgrund 21, Art. 9 RL-Entwurf

294 In den Erwägungsgründen 29, 33 und 39 sowie Art. 1 Nr. 18, Art. 22 Post-RL 97/67/EG; leicht geändert durch die Ergänzung gem. Art. 22 i. d. F. der Änderungs-RL v. 10.6.2002, RL 2002/39/EG..

295 Erwägungsgründe 29–33, Art.22 des Entwurfs einer Änderungs-RL „über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste“.

296 Erwägungsgrund 5 der Poständerungs-RL 2002/39/EG, ABI L 176/21 v. 5.7.2002.

297 Unterbleiben soll danach der Hinweis auf „die Gleichbehandlung von Männern und Frauen“ und „ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“, die ebenfalls in Art. 2 EG-Vertrag aufgezählt werden.

298 ABI L 176/21 v. 5.7.2002.

Postdienstleistungsmarkt hervorgehoben: „Diese Richtlinie berührt nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Regulierung der Beschäftigungsbedingungen im Sektor der Postdienste“.

In jedem Fall aber konnte man diesen Dokumenten der EU-Kommission sowie der von ihr zur Unterstützung ihrer Position vorgelegten Perspektivstudie das deutliche Signal entnehmen, an dem in Art. 27 S.1 RL 2002/39/EG<sup>299</sup> festgelegten Zeitpunkt für die vollständige Marktöffnung auf dem Gebiet der Postdienstleistungen zum Ende des Jahres 2008 festhalten zu wollen.<sup>300</sup> Demgegenüber scheint es inzwischen in Deutschland beschlossene Sache zu sein, dass die Bundesregierung an dem in § 51 Abs.1 S.1 PostG fixierten Datum für das Auslaufen der Exklusivlizenz der DP AG und damit für die Schaffung freier Wettbewerbsbedingungen auf dem Postmarkt zum 31.12.2007 festhalten wird<sup>301</sup>.

Die Option zur Aussetzung oder Verlangsamung der geplanten Marktöffnung besteht demnach nicht länger.

## 2.2. Die Berücksichtigung sozialer Standards bei der Auftragsvergabe öffentlicher Instanzen durch Tariftreueklauseln

Grundsätzlich sind Tariftreueklauseln bei öffentlicher Auftragsvergabe ein geeignetes Mittel, um dem lohnpolitischen Unterbietungswettbewerb Einhalt zu gebieten. Bislang sind solche Klauseln, nachdem eine bundesgesetzliche Initiative am Widerstand des Bundesrates gescheitert war<sup>302</sup>, auf landesgesetzlicher Grundlage in Niedersachsen<sup>303</sup>, Berlin<sup>304</sup> sowie in Bayern<sup>305</sup>, Bremen<sup>306</sup>, Hamburg<sup>307</sup>, im Saarland<sup>308</sup> und in Schleswig-Holstein<sup>309</sup> vorgesehen<sup>310</sup>.

Durch Tariftreueerklärungen werden öffentliche Auftraggeber verpflichtet, bestimmte Aufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern den am Ort der Leistungserbringung einschlägigen Tariflohn zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu zahlen<sup>311</sup>. Obwohl der sachliche Geltungsbereich der einschlägigen Vergabegesetze gelegentlich über die Bauindustrie hinausgeht

299 Ebd.

300 Jetzt ist aber geplant, die Öffnung der Postmärkte um zwei Jahre bis zum 1.1.2011 hinaus zu schieben, so der Bericht „Europaparlament verschiebt Ende des Briefmonopols“, FAZ v. 20.6.2007, S. 13.

301 Ihre Absicht hierzu hat sie bereits in ihrer Stellungnahme v. 17.5.2006 zum Tätigkeitsbericht 2004/2005 der BNetzA und zu den Sondergutachten der Monopolkommission betont („Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“ sowie „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“), S.12; vgl. auch die Pressemitteilung des BMWi v.17.5.2006. In Ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann/Lötzer/Höll und der Fraktion die Linke – Drs. 16/4988 – vom 19.4.2007, BT-Drs. 16/5067 v. 23.4.2007 (zu Nr.8–11) wird die Frage der Verlängerung der Exklusivlizenz der DP AG nur lakonisch beantwortet. Die politische Option der Regierung wird aber in Antwort zu Nr.11 (S.5) zur Position auf EU-Ebene deutlich: „Die Bundesregierung setzt sich im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft und darüber hinaus intensiv für eine Vollendung des Binnenmarktes ein“.

302 Vgl. zum Entwurf v. 12.7.2002 und seiner Ablehnung durch den Bundesrat BT-Drs.14/7769 v. 11.12.2001; hierzu Kling, Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit – Zur primärrechtlichen Beurteilung des § 3 Tariftreuegesetz des Bundes i. d. F. des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 12. 12. 2001 EuZW 2002, 229 ff.; Mühlbach, Tariftreue und europäisches Vergaberecht, RdA 2003, 339 ff.

303 Landesvergabegesetz v. 16.12.2005, GVBl Nr.27/2005, 395 und VO v. 11.12.2006, GVBl Nr.3/2006, 584 zur Änderung der VO zur Durchführung des Landesvergabegesetzes.

304 Berliner Vergabegesetz v. 9.7.1999, GVBl 369.

305 Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz v. 28.6.2000, GVBl 2000, 364.

306 Vergabegesetz v. 17.12.2002, GBl 2002, 594.

307 Vergabegesetz v. 18.2.2004, GVBl 2004, 97.

308 Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Saarland v. 23.8.2000, GVBl 2000, 2846.

309 Schleswig-holsteinisches Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen, v. 7.3.2003, GVBl 2003, 136; Aufzählung lt. Antwort des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Forsten Rheinland-Pfalz auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Grosse, Mohr und Steinruck (SPD), Landtags-Drs. 15/874 v. 9.3.2007 zu Frage 5; Fundstellen bei Burgi/Waldhorst, Primärrechtliche Anforderungen an Bestimmtheit und Transparenz von Tariftreueverpflichtungen, RdA 2006, 85 ff., Fn. 1.

310 Entsprechende Gesetzesentwürfe sind von der SPD-Fraktion eingebracht in Baden-Württemberg (Pressemitteilung der SPD-Fraktion v., 29.1.2007), Hessen (vgl. hronline.de v. 29.4.07), Rheinland-Pfalz (vgl. die Antwort des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Grosse, Mohr und Steinruck v. 9.3.2007, LT Drs. 15/874 v. 9.3.2007) und Thüringen (Pressemitteilung der SPD-Fraktion v. 26.12.2006).

311 § 3 Landesvergabegesetz Nds, § 2 Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen v. 17.12.2002, GVBl NRW 2003, 8; inzwischen *aufgehoben* durch Gesetz v. 31.10.2006, LTDrs.14/1859.



und etwa auch Verkehrsdienstleistungen und sonstige Dienstleistungen umfasst<sup>312</sup>, fand das Instrument der Tariftreueerklärung bislang nahezu ausschließlich Anwendung bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die öffentlich ausgeschrieben wurden, weil sie ein bestimmtes Auftragsvolumen überschritten. Der Schwellenwert, oberhalb dessen eine öffentliche, evtl. europaweite Ausschreibung und ggf. die Abgabe einer Tariftreueerklärung vorgesehen ist, variiert mit der jeweiligen Rechtsgrundlage<sup>313</sup>. Meist enthalten die Tariftreuegesetze auch die Verpflichtung, vom Auftragnehmer eingeschaltete Nachunternehmer ebenfalls auf die Einhaltung dieser Standards zu verpflichten und zu kontrollieren. Seit der Entscheidung des BVerfG v. 11.7.2006<sup>314</sup> zu der in § 1 Abs.1 S.2 Berliner Vergabegesetz vom 9.7.1999 vorgesehenen Tariftreueerklärung ist davon auszugehen, dass diese Praxis nach deutschem Recht grundsätzlich zulässig ist.

Mit dem Auslaufen der Exklusivlizenzen im Briefsektor werden auch bislang zum Exklusivbereich rechnende Postdienstleistungen ab einem bestimmten Auftragsvolumen, das bei Einrichtungen der öffentlichen Hand<sup>315</sup> leicht überschritten wird, öffentlich ausgeschrieben werden müssen<sup>316</sup>. Dabei ist, wie die Erfahrung mit den Briefsendungen der Senatsverwaltung des Landes Berlin gezeigt hat<sup>317</sup>, nicht ausgeschlossen, dass auch Träger der staatlichen Gewalt ihre Aufträge an Konkurrenten der DP AG ungeachtet der bei die-

sen bestehenden Arbeitsbedingungen vergeben, sofern diese ihre Leistungen zu günstigeren Preisen anbieten.

Allerdings erfordert die praktische Umsetzung dieser Option von Tariftreueerklärungen, dass erstens hierfür eine – möglichst bundeseinheitliche – gesetzliche Grundlage geschaffen wird und zweitens, dass auf dem relevanten Postdienstleistungsmarkt Tarifverträge bestehen, auf deren Einhaltung sich die Auftragnehmer bei öffentlichen Ausschreibungen verpflichten müssen. Weiterhin werden durch Tariftreueerklärungen nach den bestehenden landesgesetzlichen Regelungen *allein öffentliche Auftraggeber* verpflichtet<sup>318</sup>, die Einhaltung der Tarifstandards bei den Auftragnehmern durchzusetzen. Aufgrund dieser Voraussetzungen ist es zumindest derzeit ausgesprochen unwahrscheinlich, dass Tariftreueerklärungen als ein wirksames Instrument zur flächendeckenden Durchsetzung von Tariflöhnen in der Postdienstleistungsbranche zum Einsatz kommen.

### 2.3. Die tarifvertragliche Regulierung der Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern

Die Studie der „Input-GmbH“ betont zu Recht, dass das Fehlen tariflicher Regelungen auf dem Markt der Postdienstleistungen, wenn man von den bei der DP AG geltenden Haustarifverträgen absieht, das zentrale Desiderat einer sozialen Re-

312 So gilt z. B. die Tariftreueverpflichtung des nds. Landesvergabegesetzes nach § 3 Abs.1 S.2 auch für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr.

313 Das Landesvergabegesetz Nds. geht aus von einem Schwellenwert entweder von 10.000,- € so die Oberfinanzdirektion Hannover, Artikel Landesvergabegesetz v. 10.1.2007 (im Internet unter: <http://www.ofd.niedersachs> – so die Entscheidung des OLG Celle v. 3.8.2006 (13 U 72/06) – oder von mindestens 30.000,- € – so die Oberfinanzdirektion Hannover, Artikel Landesvergabegesetz v. 10.1.2007 (im Internet unter: [http://www.ofd.niedersachsen.de/master/C8710683\\_N11225619\\_L20\\_D0\\_I636.html](http://www.ofd.niedersachsen.de/master/C8710683_N11225619_L20_D0_I636.html)). Das – inzwischen aufgehobene – Tariftreuegesetz NRW sah dagegen als Schwellenwert einen geschätzten Auftragswert von 50.000,- € vor (§ 1 Abs.2). Die Verordnung des Bundes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 6.1.2001 i. d. F. der Bekanntmachung vom 11.2.2003, BGBl I S.169, zuletzt geändert durch Art. 1 u.2 der VO vom 23. 10.2006, BGBl I S.2334, die allerdings ebenso wenig wie das zugrunde liegende Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26.8.1998, BGBl I S.2512, eine Tariftreueklausel enthält), greift dagegen erst bei abermals deutlich höheren Auftragswerten zwischen ca. 80.000 bis 5.278.000,- € ein.

314 Az: 1 BvL 4/00 – 1 BvL 4/00 = NJW 2007, 51 ff.

315 Dies gilt z. B. für den Briefversand aller Bundesbehörden; mit den Vorbereitung zu deren Ausschreibung ist das Bundesverwaltungsamt beauftragt, vgl. Input consulting, Liberalisierung, 2006, S.97, Fn.101.

316 Der Entwurf der EU-Kommission v. 18.10. 2006 zur Änderung der Post-RL 97/67/EG sieht in diesem Sinne als eine der künftigen Optionen, die die Mitgliedstaaten zur Bereitstellung des Universaldienstes wählen können, ausdrücklich die öffentliche Ausschreibung der betreffenden Dienstleistungen vor (Erwägungsgrund Nr.15, Art. 7 Abs.3).

317 Diese hat den Großteil ihres Postversands mit einem Auftragsvolumen von 14 Mio. € pro Jahr an die PIN AG vergeben, woraus sich die Senatsverwaltung Einsparungen in Millionenhöhe erwartet. Gleichzeitig erhalten Zustellkräfte der PIN AG, deren Gehalt unterhalb des Existenzminimums liegt, zusätzliches Arbeitslosengeld II, so dass der günstigste Preis der PIN AG indirekt durch Sozialleistungen subventioniert wird, vgl. Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 97 f., Fn.102.

318 Dies folgt aus § 97 Abs.1 i. Vb. mit Abs.4 GWB.

gulierung der Arbeitsbedingungen in dieser Branche darstellt<sup>319</sup>. Worauf immer man dieses Manko zurückführt – ob auf mangelnde gewerkschaftliche Präsenz, ihre fehlende Durchsetzungsmacht oder die Organisationsunwilligkeit der Arbeitgeber – hier müssen verstärkte Bemühungen ansetzen, um ein (flächen-)tarifliches Regelwerk überhaupt erst zu etablieren<sup>320</sup>. Die Beispiele Schweden<sup>321</sup>, aber auch der Schweiz<sup>322</sup> belegen, dass dies grundsätzlich möglich ist und zu annähernd gleich hohen Arbeitskosten des ehemaligen Monopolisten und der neuen Wettbewerber und damit zum Ausschluss von Wettbewerb durch „Lohndumping“ führen kann. Angesichts der Vielzahl der auf diesem Markt in Deutschland tätigen Klein- und Mittelunternehmen und der fehlenden Bereitschaft der Arbeitgeber, sich zu einem tariffähigen Arbeitgeberverband zusammen zu schließen, ist allerdings auf absehbare Zeit *nicht damit zu rechnen*, dass es auch in Deutschland gelingen könnte, zu einer annähernd vollständigen *Tarifdeckung durch Abschluss von Flächentarifverträgen* in diesem Bereich zu kommen.

Dies gilt erst recht auf der Ebene der Gemeinschaft. Hier fehlt es bereits an einer europarechtlichen Grundlage für transnationale Tarifverträge. Eine von der EU-Kommission beauftragte Exper-

tengruppe<sup>323</sup> hatte im Jahr 2005 hierzu eine Studie vorgelegt und einen Richtlinienvorschlag<sup>324</sup> erarbeitet, der von der Kommission entgegen ursprünglichen Zusagen<sup>325</sup> nicht weiter verfolgt wurde. Seitdem liegt der Vorschlag „auf Eis“ und es ist derzeit nicht absehbar, ob und ggf. zu welcher Zeit das Vorhaben wieder aufgegriffen wird<sup>326</sup>.

Aktuell liegt die Entwicklung von Regeln für transnationale Aktivitäten der Gewerkschaften brach. Anstöße hierzu sind allenfalls von Seiten des EuGH zu erwarten, der in zwei bei dem Gerichtshof derzeit anhängigen Fällen dazu aufgefordert ist, zur Zulässigkeit von transnationalen gewerkschaftlichen Aktionen (Streikmaßnahmen, Boykott) nach dem Gemeinschaftsrecht Stellung zu nehmen. In beiden Verfahren, „Viking“<sup>327</sup> und „Vaxholm“<sup>328</sup>, steht aber nicht die Entwicklung von rechtlichen Grundlagen oder gar faktischen Strukturen<sup>329</sup> für eine transnationale Tarifpolitik zur Debatte: Selbst wenn der EuGH in den genannten Fällen die transnationalen gewerkschaftlichen Aktionen als rechtmäßig beurteilen sollte, so läge darin lediglich ein Beitrag zur Befugnis der Gewerkschaften, nationalen Tarifregelungen durch Aktionen, die transnationale Effekte besitzen, zur Geltung zu verhelfen.

319 Liberalisierung, S.95f.

320 Nach dem Bericht in FAZ v. 8.5.2006, S.16 („Der Wettbewerb um die Briefe wird schärfer“) finden derzeit Tarifverhandlungen zwischen der Pin Group AG und der Gewerkschaft ver.di statt. Vertreter der Unternehmensleitung rechnen mit einem Abschluss bis Ende Juni.

321 Das schwedische Tarifsysteem beruht auf Besonderheiten, die schwerlich auf Deutschland übertragen werden können, vgl. Ahlberg/Bruun, Sweden: Transition through collective bargaining, in: Blanke/Rose, Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective, 2005, S.117 ff.

322 Dazu unten Anhang 1.

323 Mitglieder waren: Ales, Engblom, Jaspers, Laulom, Sciarra, Sobzak, Valdés dal-Ré

324 Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future. Final Report, EG EMPL/D/2 Commitment No: S12.399733.

325 „Die Kommission plant die Annahme eines Vorschlags, der darauf abzielt, den Sozialpartnern ein Instrument an die Hand zu geben, das es ihnen ermöglicht, grenzübergreifend Kollektivverhandlungen zu führen und die dabei erzielten Ergebnisse zu formalisieren. Es ist wichtig, dass ein solches Instrument existiert, wenngleich es den Sozialpartnern überlassen bleiben wird, ob sie es nutzen wollen.“, Mitteilung der Kommission, Sozialpolitische Agenda, KOM(2005) 33 endg. v. 9.2.2005.

326 Vgl. Bercusson (Hrsg.), Manifest für eine Soziale Verfassung: 8 Optionen für die Europäische Union. Ein Beitrag der Forschungsgruppe transnationale Gewerkschaftsrechte des Europäischen Gewerkschaftsinstituts, 31.3.2007, Rn. 41.

327 Rs C-438/05, Viking Line Abp OU Viking Line Eesti gg. The International Transport Workers' Federation, The Finnish Seamen's Union. Dazu Blanke, The Viking case, in: Transfer: European Review of Labour and Research, H.2/2006, S. 251 ff.

328 Rs C-341/05, Laval un Partneri Ltd gg. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1, Svenska Elektrikerförbundet. Dazu Ahlberg/Bruun/Malmberg, The Vaxholm case from a Swedish and European perspective, in: Transfer: European Review of Labour and Research, H.2/2006, S. 155 ff.

329 Dazu Schroeder/Weinert, Europäische Tarifpolitik: Ein neues Politikfeld?, in: Schroeder/Weßels (Hrsg.), Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S.565 ff. ; Gollbach/Schulten, Cross-Border Collective Bargaining Networks in Europe, in: European Journal of Industrial relations, 2000, S.161 ff.

## 2.4. Die Durchsetzung allgemeiner oder branchenspezifischer Mindestlöhne

### 2.4.1. Keine gesetzlichen Mindestlöhne in Deutschland und auf EU-Ebene

Obwohl feststeht, dass „Niedriglöhne, wie sie bei der Mehrheit der neuen Briefdienstleister bezahlt werden, die wichtigste Determinante der Prekarität wie auch der wettbewerblichen Asymmetrie in diesem Sektor (sind)“<sup>330</sup>, steht jedenfalls in Deutschland die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns derzeit nicht länger auf der politischen Tagesordnung. Soweit erkennbar, hat sich die regierende Große Koalition darauf verständigt, diesen Lösungsweg einer „Politik der Entprekariisierung“ einstweilen nicht weiter zu verfolgen<sup>331</sup>.

Auch auf EU-Ebene sind entsprechende Initiativen nicht zu erwarten: Zwar bestehen aktuell in 20 der gegenwärtig 27 Mitgliedstaaten der EU Mindestlöhne auf gesetzlicher Grundlage. Jedoch ist deren Höhe je nach dem Stand der wirtschaftlichen Lage und Entwicklung der einzelnen Mitgliedstaaten derart unterschiedlich, die Schwankungsbreite insgesamt derart groß, dass (ungeachtet der Frage, ob die EG hierfür überhaupt eine Regelungskompetenz besäße) mit der Einführung eines EU-einheitlichen gesetzlichen Mindestlohns nicht zu rechnen ist. Allenfalls wäre auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts eine Initiative denkbar, die sich auf die *Schaffung von Verfahrensregelungen* beschränkt, die bei der Einführung von gesetzlichen Mindestlöhnen auf nationaler Ebene zu beachten wären. Dabei handelt es sich jedoch um eine derart hypothetische Erwägung, dass ihr an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden soll.

### 2.4.2. Branchenspezifische Mindestlöhne durch Erstreckung von § 1 AEntG auf Postdienstleistungen?

Die gegenwärtige Bundesregierung scheint sich darauf verständigt zu haben, branchenspezifische Mindestlöhne über den Weg der Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG zu etablieren, indem § 1 Abs.1 AEntG über die Bauwirtschaft hinaus auf andere Branchen, in denen prekäre Beschäftigungsverhältnisse verbreitet sind, erstreckt wird. Mit erfasst werden soll von dieser Ausweitung des Geltungsbereichs des Arbeitnehmerentendengesetzes auch der Bereich der Postdienstleistungen<sup>332</sup>. Dieses Vorhaben, welches sowohl nach nationalem wie nach europäischem Recht als zulässig anzusehen ist<sup>333</sup>, könnte aber insoweit auf Schwierigkeiten stoßen, als Tarifverträge im lizenzierten Bereich derzeit allein bei der DP AG bestehen. Damit stellt sich die Frage, ob auch Haustarifverträge nach § 1 Abs.3a AEntG durch Rechtsverordnung für allgemein verbindlich erklärt werden können oder ob diese Bestimmung voraussetzt, dass hierzu nur Verbandstarife herangezogen werden können. Wäre letzteres der Fall, dann könnte es selbst bei einer gesetzlichen Erweiterung von § 1 Abs.1 AEntG gegenwärtig nicht zu einer Erstreckung der Tarifbindung durch Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales gem. § 1 Abs.3 a AEntG kommen.

#### a. Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG?

Der Allgemeinverbindlicherklärung von Firmen- oder Haustarifverträgen nach § 5 TVG steht nach ganz überwiegender Ansicht nichts im Wege<sup>334</sup>. Der Wortlaut der Vorschrift be-

330 Input Consult, Liberalisierung, 2006, S. 99.

331 Vgl. den Bericht in FAZ v. 8.5.2007, S.12 („Union fordert von SPD Entgegenkommen beim Mindestlohn“).

332 Ebd.

333 Die Rechtmäßigkeit nach nationalem Recht folgt aus der Entscheidung des BVerfG zur Zulässigkeit von Tarifreueerklärungen v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NJW 2007, 51 ff.; die Vereinbarkeit mit höherrangigem Europarecht folgt aus den Entscheidungen des EuGH v. 25.10.2001, – Rs. C 49-/98, D-50/98 u. a. – (Finalarte), NZA 2001, 1377 und v. 24.1.2002 – Rs. C164/99 – (Portugaia), NZA 2002, 207; dazu eingehend: Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Anhang zu § 5 Rn.34ff.; ebenso Kempen, in: in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG. Kommentar, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn.54.

334 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd.1, 1997, § 19, S.889 mit zahlr. Hinweisen; allerdings wird verbreitet die Auffassung vertreten, dass in der Praxis zumeist das „öffentliche Interesse“ an der Allgemeinverbindlicherklärung eines solchen Tarifvertrages fehlen dürfte, vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rn.1250; Wiedemann/Wank, TVG. Kommentar, 6. Aufl. 1999, § 5 Rn.67; a. A. Kempen, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG. Kommentar, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn.22.

zieht sich auf Tarifverträge generell und nicht etwa nur auf Verbandstarifverträge. Auch kann es im Einzelfall durchaus Sinn machen, Haustarifverträge für allgemein verbindlich zu erklären: Dies ist etwa dann der Fall, wenn es sich um ein regional bedeutendes Unternehmen handelt, auf Arbeitnehmerseite nicht alle Beschäftigten tarifgebunden sind und der Arbeitgeber – entgegen der üblichen Praxis<sup>335</sup> – keine Gleichstellung zwischen den nicht tarifgebundenen und den tarifgebundenen Arbeitnehmern durch eine arbeitsvertragliche Verweisungsregelung praktiziert. Unter diesen – nach deutscher Tarifpraxis eher ungewöhnlichen – Umständen kommt eine Erstreckung der Tarifgebundenheit durch Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG auch auf die Außenseiter-Arbeitnehmer in Betracht. Damit wird allerdings nur, und darin liegt vorliegend das Rechtsproblem, eine Erstreckung des Haustarifvertrages auf sämtliche *Beschäftigten des Arbeitgebers* bewirkt. Eine Ausweitung der Tarifbindung über den Arbeitgeber (= das Unternehmen) hinaus, welches selbst Tarifvertragspartei ist, wird auf diese Weise nicht bewirkt: Dies scheitert nach verbreiteter Ansicht<sup>336</sup> daran, dass eine *Ausweitung des Tarifgebiets durch dessen Allgemeinverbindlicherklärung nicht herbei geführt* werden kann. Sollte dieser Auffassung auch für den Fall der Geltungserstreckung eines Tarifvertrages per Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG zu folgen sein, dann wäre eine Erstreckung der Rechtsnormen der bei der DP AG geltenden Tarifverträge zur Lösung des Prekaritätsproblems der Beschäftigten in der Branche der „neuen Briefdienstleister“ ungeeignet. Sie würde allein für die nicht tarifgebundenen Beschäftigten der DP AG gelten.

b. *Das Verhältnis der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG zur Tarifierstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3a AEntG*

Die nähere Auseinandersetzung mit dieser Problematik macht es erforderlich, das Verhältnis der Rechtsnormerstreckung nach § 1 Abs.3a AEntG zu derjenigen nach § 5 TVG näher zu bestimmen und vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob die für § 5 TVG geltenden Grundsätze auf die Regelung nach dem AEntG übertragen werden können. Die Geltungserstreckung per Rechtsverordnung durch den BMAS nach § 1 Abs.3a AEntG unterscheidet sich von der „normalen“ Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG, § 1 Abs.1 AEntG sowohl in *prozeduraler als auch in materieller Hinsicht*:

Zum einen ist das Verfahren insofern erleichtert, als die Erstreckung der Tarifnormen durch Rechtsverordnung des BMAS aufgrund eines Antrags einer Tarifvertragspartei gem. § 1 Abs.3a AEntG auch ohne das nach § 5 S.1 TVG erforderliche Einvernehmen mit dem Tarifausschuss, der mit jeweils drei Repräsentanten der Spitzenorganisationen der Tarifvertragsparteien besetzt ist, zulässig ist.

Zum anderen ist es nach überwiegender Ansicht nicht erforderlich, dass die materiellen Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG auch bei der *Rechtsnormerstreckung gem. § 1 Abs.3a AEntG* vorliegen müssen: Weder bedarf es eines überwiegenden öffentlichen Interesses für diese Erstreckung der Tarifbindung auch auf Außenseiter noch ist es ggf. hilfsweise nötig, dass mit der Maßnahme ein „sozialer Notstand“ behoben werden soll<sup>337</sup>. Dieser Auffassung wird hier – entgegen der früher von mir vertretenen Position<sup>338</sup> – ausdrücklich zugestimmt.

335 Deshalb spielt die Frage zumeist keine Rolle, vgl. nur Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rn.1250.

336 Wiedemann/Wank, TVG. Kommentar, 6. Aufl. 1999, § 5 Rn.67; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd.1, 1997, § 19, S.890: „Die Behörde kann auch den Geltungsbereich nicht ausdehnen, weder räumlich noch auf weitere Arbeitnehmerbereiche, mögen dafür auch triftige Gründe der Gleichbehandlung oder des sozialen Bedürfnisses (Notstand ist etwas hoch gegriffen) sprechen“. Die Zulässigkeit der Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrages ist allerdings in anderen Mitgliedstaaten der EU durchaus anerkannt, so z. B. in Frankreich, Österreich und Spanien, vgl. Gamillscheg, ebd. S. 890 f.

337 Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Anhang zu § 5 Rn.99 ff.

338 Blanke, Die Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, AuR 1999, 417 ff.

Für sie spricht, dass sich die erleichterte Rechtsnormerstreckerung auf Außenseiter nach § 1 Abs.3a AEntG nicht nur auf vereinfachte prozedurale Anforderungen beschränkt, durch die es ggf. möglich ist, ein Leerlaufen der Bestimmung des § 5 TVG durch das Verhalten der Vertreter von Spitzenverbänden, die sich in Widerspruch zu den Interessen der sachnäheren Tarifvertragsparteien setzen, zu verhindern<sup>339</sup>. Vielmehr soll der BMAS durch diese Regelung zugleich ermächtigt werden, aufgrund eigener politischer Bewertung darüber zu entscheiden, ob der Einsatz des ihm durch § 1 Abs.3a AEntG zur Verfügung gestellten Instrumentariums im öffentlichen Interesse auch unter anderen Voraussetzungen als den in § 5 TVG angeführten – etwa zur Verhinderung der Ausbildung und Verfestigung von Niedriglohnsektoren – angezeigt ist: Damit tritt „erneut die ursprüngliche Funktion dieses Instituts, nämlich die Unterbindung von „Schmutzkonzurrenz“ durch Dumpinglöhne in den Vordergrund. Das geschieht nun allerdings nicht länger nur im Allgemeinverbindlichkeitsverfahren nach § 5 TVG, der diese Funktion für die Baubranche eingebüßt hat“<sup>340</sup>.

*b.a. Argumente gegen eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages im Zuge seiner Allgemeinverbindlicherklärung*  
Gegen eine Ausweitung des Tarifgebiets und damit des räumlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrages dadurch, dass er für allgemein verbindlich erklärt wird, sprechen *gravierende Argumente*: Der Ausschluss einer Erweiterung des Tarifgebiets hat zunächst den praktischen Vorzug, dass bestimmbar bleibt, welche Außenseiter vom Geltungsbereich der Normerstreckerung erfasst werden: Nur diejenigen, die „drin“ sind. Insofern dient diese Restriktion der Rechtsklarheit. Sie hat zudem den Vorzug, dass die Tarifvertragsparteien jedenfalls partiell „Herr über das Verfahren“ bleiben,

indem sie *selbst festlegen*, für welche Bereiche der Tarifvertrag gelten soll. Damit hängt ein weiterer, rechtlich wichtiger Gesichtspunkt zusammen: Es ist eine *Frage ihrer Autonomie*, welchen Geltungsbereich ein TV abdecken soll.

Andererseits ist evident, dass mit der Allgemeinverbindlicherklärung *in jedem Fall* eine Ausweitung des normativen *Geltungsbereichs eines Tarifvertrages* verbunden ist: Denn die Normen des Tarifvertrages gelten dann nicht nur für die beiderseits Tarifgebundenen, sondern auch für die vom Geltungsbereich erfassten Nicht-Mitglieder der Tarifparteien. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung ist deshalb stets eine *Geltungserstreckerung verbunden*.

Würde man nun die Befugnis des BMA, über §1 Abs.3 a AEntG die Rechtsnormen eines Tarifvertrages auch auf Außenseiter erstrecken zu können, dahingehend verstehen, dass er auch die Normen eines *Haustarifvertrages* über ihren räumlichen Geltungsbereich, das im Tarifvertrag bezeichnete Unternehmen als das relevante Tarifgebiet auf die gesamte Branche hinaus erstrecken kann, dann wäre er in der Lage, ein „pars pro toto“ anzuordnen: Was deshalb als problematisch erscheint, weil dadurch die *Möglichkeit zur Mitwirkung* der übrigen Arbeitgeber an der Vereinbarung der Tarifnormen, denen sie dadurch unterworfen werden, *ausgeschlossen* ist.

Nun ist der Effekt der *Erfassung auch von Außenseitern aber zwangsläufig mit jeder Allgemeinverbindlicherklärung* verbunden. Dies ist zwar zutreffend, jedoch ist die Situation bei der Rechtsnormerstreckerung eines Haustarifvertrages nach § 1 Abs.3a AEntG insofern anders, als in diesem Fall die Außenseiter-Arbeitgeber auch prinzipiell – etwa durch Verbandsbeitritt – keine Chance haben, auf das Ergebnis der Tarifverhandlungen und damit auf den Inhalt des auf sie erstreckten Tarifvertrages Einfluss zu nehmen.

339 Dies war erklärtes Interesse der Verabschiedung des AEntG v. 16.12.1997 (BGBl I 2870), vgl. Blanke, Die Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, AuR 1999, 417.

340 Kempen, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG. Kommentar, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn.14.



Die Bedeutung dieser Differenz wird in vorliegendem Fall besonders augenscheinlich: Hier würden die Wettbewerber der DP AG von den Tarifregelungen erfasst, die allein von dem früheren Monopolinhaber für seine Beschäftigten abgeschlossen wurden. Damit könnte er, solange er eine marktbeherrschende Stellung besitzt und die Mehrzahl der in der Branche tätigen Arbeitnehmer beschäftigt, die Margen bestimmen, nach denen sich die Arbeitsbedingungen auch bei seinen Mitkonkurrenten auf dem Markt richten. Er wäre sogar dazu in der Lage, ihnen durch eine entsprechende Tarifgestaltung (zu der sich die zuständige Gewerkschaft angesichts der großzügigen Arbeitsbedingungen mutmaßlich ebenfalls bereit fände) die Möglichkeit, auf dem Markt Fuß zu fassen, zumindest erheblich erschweren. Das aber darf nach dem Sinn und Zweck des PostG (vgl. § 2 Abs.2 Nr.2 PostG) nicht sein. Deshalb läuft die Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages durch eine Rechtsnormerweiterung nach § 1 Abs.3 a AEntG dem *Demokratieprinzip* zuwider.

*b.b. Die Nachrangigkeit der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des BAG zur Tarifpluralität nach dem AEntG*

Wie hoch freilich das Prinzip der Tarifautonomie und das Demokratieprinzip bei der Regelung des § 1 Abs.3a AEntG zu veranschlagen sind, ist streitig. Der 9. Senat des BAG<sup>341</sup> und ihm folgend der – zunächst abweichende – 10. Senat des BAG<sup>342</sup> setzen den Stellenwert der Tarifautonomie recht gering an, indem sie der Rechtsnormerweiterung nach § 1 Abs.3a AEntG den Vorrang vor der *Tarifbindung kraft Mitgliedschaft* aus § 3 Abs.1 TVG einräumen. Für diese Ausnahme vom ansonsten geltenden Grundsatz, wonach der spezielle (Haus)tarifvertrag Vorrang vor dem allgemeinverbindlichen Verbandstarifvertrag be-

sitzt, berufen sich die inzwischen insoweit übereinstimmenden Senate des BAG auf den Wortlaut von § 1 Abs.1 S.1 AEntG, der die „zwingende“ Anwendung der für allgemein verbindlich erklärten tariflichen Bestimmungen vorschreibt<sup>343</sup>, ferner auf den mit dem Gesetz verfolgten *Schutzzweck der Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen*, der verfehlt werde, wenn die allgemeinverbindlichen Tarifverträge allein deshalb nicht gelten, weil der Arbeitgeber an einen anderen Tarifvertrag i. S. v. § 3 Abs.1 TVG gebunden sei<sup>344</sup> und schließlich auf das Gemeinschaftsrecht, demzufolge es eine *diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit* darstelle, wenn ein inländischer Arbeitgeber im Gegensatz zu einem ausländischen Arbeitgeber die Möglichkeit hätte, den Mindestlohn, wie er in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzt sei, durch den Abschluss eines Firmentarifvertrages zu unterschreiten<sup>345</sup>.

**2.4.3. Ergebnis: Keine Erstreckung des räumlichen Geltungsbereichs von Haustarifverträgen gem. § 1 Abs.3a AEntG**

Auch diese Einschränkungen der Tarifautonomie und des Demokratieprinzips, die das BAG im Hinblick auf § 1 AEntG für zulässig und geboten erachtet, vermögen die hier zur Debatte stehende Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrages *nicht zu rechtfertigen*.

Denn dadurch würde im Ergebnis nicht nur in die *tarifliche Betätigungsfreiheit* der DP AG in der Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs ihres Haustarifvertrages, sondern auch in diejenige der neuen Briefdienstleister, denen die Bestimmungen eines Haustarifvertrages der DP AG vorgeordnet würden, eingegriffen. Weitergehend ließe sich der Verstoß gegen den Grundsatz, dass nur diejenigen Rechtssubjekte einer Norm unterworfen werden können, die wenigstens im Prinzip die Chance hatten, an ihrer Entstehung mit-

341 V. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00; v. 9.9.2003 – 9 AZR 478/02; v. 20.7.2004 – 9 AZR 343/03.

342 V. 13.5.2004 – 10 AS 6/04; zuvor abweichend noch v. 4.12.2002 – 10 AZR 113/02 = RdA 2003, 376 ff.

343 Vgl. BAG, 10.Senat v. 13.5.2004, Rn.19.

344 Vgl. BAG, 9. Senat v. 9.9.2003, Rn.21 ff.

345 Vgl. BAG (Fn. 340), Rn.26 und BAG (Fn.341), Rn.21.

zuwirken<sup>346</sup> auch durch die Bezugnahme auf die genannte BAG-Rechtsprechung nicht ausräumen. Zudem würde dadurch dem BMAS ein Entscheidungsspielraum darüber eingeräumt, welchen Tarifvertrag er für allgemein verbindlich erklären will. Dieser Spielraum müsste sodann durch das Postulat zusätzlicher – und im Einzelfall immer umstrittener – Einschränkungen aus dem Gesichtspunkt der „Branchenüblichkeit“ und/oder der Repräsentativität der Tarifvertragsparteien eingeschränkt werden<sup>347</sup>. Aus diesen Gründen ist mit der ganz übereinstimmenden Auffassung in der Literatur eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs eines Haustarifvertrages im Wege der Rechtsnormerweiterung durch Rechtsverordnung gem. § 1 Abs.3 a AEntG ebenso abzulehnen wie bei einer „normalen“ Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

Dieser Befund schließt freilich nicht aus, dass auf das Instrument der Rechtsnormerweiterung des § 1 Abs.3a AEntG zurück gegriffen werden kann, *sobald auf dem Markt der Postdienstleistungen flächentarifliche Regelungen bestehen*. Ein derartiger Verband auf Arbeitgeberseite könnte auch von der DP AG zusammen mit ihren Konzernunternehmen gegründet werden. Die Frage, ob dieser Arbeitgeberverband eine branchenweite Zuständigkeit besitzen kann, richtet sich allein nach den entsprechenden Regelungen in der Satzung.

#### 2.5. Die Einhaltung und Durchsetzung der sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG durch die BNetzA

Als letzte Option für die Gestaltung einer Politik der Entprekarisierung bleibt somit nur das Insistieren darauf, dass die BNetzA ihrer Verpflichtung aus § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zu genügen habe.

Dies kann grundsätzlich in zweierlei Weise geschehen: Entweder durch eine Weisung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie, durch die die BNetzA auf die Beachtung der Rechtsauffassung des Ministers im Sinne des hier darge-

legten Verständnisses von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG verpflichtet wird (a) oder durch eine Präzisierung des Gesetzeswortlauts in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG (b).

##### a. Weisung durch den BMWT

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kann im Rahmen seiner rechtsaufsichtlichen Befugnisse der BNetzA folgende Weisung erteilen, durch die die Behörde zu einer gesetzeskonformen Praxis bei der Lizenzerteilung und der Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der sozialen Lizenzvoraussetzungen veranlasst würde:

*„Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bitte ich künftig folgende Rechtsauffassung zugrunde zu legen:*

1. Es handelt sich um eine soziale Lizenzvoraussetzung, deren Vorliegen während der Dauer der erteilten Lizenz gewährleistet sein muss. Dies bedarf genau so eingehender Prüfung wie das Vorliegen der übrigen Lizenzvoraussetzungen (vgl. auch § 45 PostG).

2. Ausnahmen von der Geltung der sozialen Lizenzanforderung nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG (etwa für Kleinbetriebe oder während der ersten beiden Jahre der Geschäftsaufnahme nach Lizenzerteilung) sind nicht statthaft.

3. Als „wesentliche Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG gelten die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs.

4. Die Formulierung „die im lizenzierten Bereich üblich sind“ ist dahingehend zu verstehen, dass damit die Arbeitsbedingungen als Bezugspunkt anzusehen sind, die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich tätigen Arbeitnehmer gelten. Dies sind derzeit die bei der DP AG geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen.

5. Eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung der wesentlichen Arbeitsbedingungen i.

<sup>346</sup> Diese Einheit von Urheber und Adressat des Rechtsbefehls ist der Kerngedanke des Demokratieprinzips.

<sup>347</sup> Hierfür gibt es zwar gute rechtliche Kriterien, vgl. Dieterich, Zur Verfassungsmäßigkeit einer Erstreckung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die Zeitarbeitsbranche, Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, November 2006, S.22 ff.; aber sie sind auch immer Einfallstore für Dissens, an denen das Projekt einer gesetzlichen Regelung des Problems scheitern kann, vgl. speziell zur Erstreckung von § 1 Abs.3a AEntG auf die Leiharbeit den Bericht in FAZ v. 8.5.2007, S.12.

S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG liegt dann vor, wenn die nach S.3 geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen um mehr als 10 % unterschritten werden.“

b. *Präzisierung des Gesetzeswortlauts von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG*

*Alternativ hierzu wird folgende Präzisierung des Wortlauts von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG vorgeschlagen:*

*Bisheriger Wortlaut:*

In § 6 Abs.3 S.1 Eingangssatz und Nr.3 PostG heißt es:

„Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...

3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“.

*Künftiger Wortlaut:*

Änderung von § 6 Abs.3 S.1 Eingangssatz und Nr.3 PostG wie folgt:

„Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...

3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.“

## VI. Gesamtergebnisse des Gutachtens

- (1) In dem bereits derzeit dem Wettbewerb geöffneten Bereich des Briefverkehrs findet ein dramatischer Unterbietungswettbewerb in Bezug auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten („Lohndumping“) statt. Insbesondere bei den ca. 750 aktiv am Markt tätigen Wettbewerbern der DP AG im Bereich der Briefdienstleistungen, den „neuen Lizenznehmern“, dominieren prekäre, zumeist extrem niedrig entlohnte, geringfügige und befristete Beschäftigungsverhältnisse. Angesichts der Verbreitung dieser Praxis wird zu Recht davon gesprochen, dass sich auf diesem Markt das „Geschäftsmodell Prekarität“ etabliert habe.
- (2) Nach der Gesetzeslage darf das nicht sein. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bestimmt, dass die BNetzA eine beantragte Lizenz nicht erteilen darf, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, der Lizenznehmer werde die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreiten. Diese Vorschrift hat in der Praxis der Regulierungsbehörde seit Inkrafttreten des Postgesetzes zum 1.1.1998 bis heute keine Beachtung gefunden: In keinem einzigen Fall wurde eine Lizenz wegen Verstoßes gegen diese Bestimmung versagt, mit Auflagen versehen oder nachträglich entzogen.
- (3) Die Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ergibt, dass diese Regelung wie folgt zu verstehen ist: *Die Lizenz ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.* Bezugspunkt sind dabei, solange die Mehrzahl der Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich von der DP AG beschäftigt wird, die tariflichen Regelungen der Beschäftigten der DP AG.
- (4) Die BNetzA ist gesetzlich verpflichtet, die Vorschrift in diesem Sinne auszulegen und anzuwenden. Dies gilt gerade auch im Blick auf das Auslaufen der Vorbehaltsrechte der DP AG im Briefverkehr. In Deutschland wird zum 1.1.2008 ein ungehinderter Wettbewerb auf dem Briefmarkt Platz greifen – ein Jahr früher, als dies für die EU vorgesehen ist. Umso dringlicher ist die Notwendigkeit, dem Niedriglohnwettbewerb in dieser Branche einen Riegel vorzuschieben. Solange die Zahlung von Mindestlöhnen nicht auf andere Weise (etwa durch ihre gesetzliche oder tariflich-branchenbezogene Anordnung) gesichert wird, ist die BNetzA an ihre Verpflichtung zur Beachtung der sozialen Lizenzvoraussetzungen zu binden. Diese Verpflichtung kann und muss auch nach dem Auslaufen der Vorbehaltsrechte der DP AG bestehen bleiben. Um eine gesetzeskonforme Praxis der BNetzA herbeizuführen sind folgende Wege denkbar:
- (5) Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG besitzt die Regulierungsbehörde weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum. Ausnahmen vom Geltungsbereich der Vorschrift etwa für Kleinbetriebe oder für Unternehmen während einer „Anlaufphase“ sind grundsätzlich nicht statthaft. Die Behörde ist gehalten, ihre Hinweise zur Lizenzerteilung sowie zur Erfassung und Kontrolle der Einhaltung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ entsprechend umzugestalten.
- (6) Der zuständige Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kann eine *rechtsaufsichtliche Weisung* gegenüber der BNetzA erteilen, in Zukunft eine bestimmte Interpretation von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 Post zugrunde zu legen und auf dieser Basis zu verfahren.

- (7) In Betracht kommt ferner eine *gesetzliche Präzisierung* der in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe in der Erwartung, dass dadurch die Auslegungsspielräume beseitigt werden, die es der BNetzA bisher ermöglicht haben, hierzu eine gesetzwidrige Rechtsauffassung zu vertreten und diese ihrer Praxis der Lizenzerteilung und -kontrolle zugrunde zu legen.
- (8) Der intendierte Schutz der Lizenznehmer, die mit der DP AG im Wettbewerb stehen, kann ferner entweder dadurch erreicht werden, dass dieser Bereich tariflich geregelt wird. Hier sind zwar entsprechende Bemühungen insbesondere von ver.di als der größten Gewerkschaft in diesem Bereich zu verzeichnen, die inzwischen auch erste Erfolge gezeitigt haben. Gleichwohl erscheint es angesichts der zerklüfteten Unternehmenslandschaft in diesem Sektor als unwahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit eine nahezu vollständige Tarifdeckung erzielt werden kann. Ähnliche Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Erwägung, im Wege von *Tariftreuerklärungen* als Voraussetzung der Vergabe von Aufträgen im lizenzpflichtigen Bereich von Postdienstleistungen den verbreiteten Niedriglöhnen in diesem Sektor entgegen zu wirken. Denn auch auf diese Weise ließe sich eine nahezu vollständige Tarifdeckung wegen der Beschränkung auf Fälle der *öffentlichen Auftragsvergabe* nicht erreichen. Abgesehen davon wäre zu klären, ob im Rahmen von Tariftreuerklärungen zulässiger Weise verlangt werden kann, dass sich *Konkurrenten der DP AG* zur Anwendung des Haustarifvertrags zwischen der DP AG und der Gewerkschaft ver.di verpflichten; denn für diese Branche besteht – jedenfalls derzeit – kein Verbandstarifvertrag.
- (9) Als alternative Lösung ist deshalb daran zu denken, im Wege einer *Allgemeinverbindlicherklärung der bei der DP AG geltenden Tarifverträge* hier zu einer annähernd vollständigen Tarifdeckung zu gelangen. Dies setzt allerdings nach § 5 TVG voraus, dass sich auch die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gem. § 5 Abs.1 S.1 TVG dahingehend verständigen, dass sie einer beantragten Allgemeinverbindlicherklärung dieser Tarifverträge zustimmen.
- (10) Ob dies von Erfolg gekrönt ist, ist indes zweifelhaft. Denn mit einer entsprechenden Allgemeinverbindlicherklärung würden *nicht nur Mindestlöhne* im Postdienstleistungsbereich verallgemeinert, sondern das bei der DP AG bestehende Tarifniveau insgesamt – für alle von diesen Tarifverträgen erfassten Beschäftigtengruppen und in Bezug auf alle tariflich geregelten Arbeitsbedingungen.
- (11) Es ist zu bezweifeln, dass dies im Rahmen einer Strategie der Entprekarisierung zielführend und gewollt ist. Da derzeit in Deutschland *nicht* mit der Einführung eines *gesetzlichen Mindestlohns* zu rechnen ist, ist daran zu denken, *entsprechend der im AEntG für das Baugewerbe getroffenen Regelung* auch für den Bereich der Postdienstleistungen eine Tarifierstreckung durch Rechtsverordnung des BMAS nach § 1 Abs.3a AEntG in Bezug auf Mindestlohnsätze vorzusehen.
- (12) Die Bereitschaft des Gesetzgebers, ggf. eine entsprechende Erweiterung des AEntG zu schaffen, wird aber davon abhängen, dass die *Tarifvertragsparteien zuvor einen „Tarifvertrag über Mindestarbeitsbedingungen im Postdienstleistungsgewerbe“* vereinbart haben. Dafür spricht jedenfalls die aktuelle Debatte um die Erstreckung des § 1 Abs.3a AEntG auf den Bereich der Zeitarbeit („Leiharbeit“). Hier haben zunächst die Tarifvertragsparteien (die großen Arbeitgeberverbände der Zeitarbeitsbranche BZA und iGZ einerseits und die DGB-Tarifgemeinschaft andererseits) mit ihrem Tarifvertrag vom 30.5.2006 die Basis dafür gelegt, dass die von ihnen gewünschte gesetzliche Regelung auch in der Praxis zu einer Allgemeinverbindlichkeit dieses TV führen könnte. Dieser Tarifvertrag steht unter der Bedingung, dass das AEntG auf die Zeitarbeitsbranche erstreckt und eine Rechtsverordnung gem. § 1 Abs.3a AEntG erlassen wird.
- (13) Es erscheint deshalb zumindest zweifelhaft, ob der Gesetzgeber ohne eine parallele „Vor-



- lage“ durch die Tarifvertragsparteien im Postdienstleistungsgewerbe sich zu einer Erstreckung des AEntG auf die Postdienstleistungsbranche veranlasst sehen würde. Denn die Aufforderung zur Schaffung einer in der Praxis leerlaufenden gesetzlichen Regelung dürfte bei den politischen Akteuren kaum Gehör finden.
- (14) Sollten sich die zunächst beschriebenen Wege einer verbindlichen Weisung gegenüber der BNetzA oder einer Gesetzesänderung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG als politisch derzeit nicht durchsetzbar erweisen, ist die Alternative einer *Erstreckung des AEntG* auf den Bereich der Postdienstleistungen eine *überzeugende Option*: Denn sie vereint Elemente der tarifautonomen Regelung durch die Betroffenen mit einer administrativen Entscheidung, durch die der Staat seiner sozialstaatlichen Verantwortung und grundrechtlichen Schutzpflicht für die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten nachkommt.
- (15) Voraussetzung hierfür ist allerdings der *Abschluss eines Tarifvertrages über Mindestarbeitsbedingungen im Postdienstleistungsgewerbe*. Ein solcher Tarifvertrag setzt auf AG-Seite voraus, dass sich die Lizenzunternehmen auf Arbeitgeberseite zu einem tariffähigen AG-Verband zusammenschließen und am Abschluss eines derartigen TV mitwirken, um dem lohnpolitischen Unterbietungswettbewerb auf diesem Markt eine verbindliche Untergrenze zu setzen.
- (16) Ein *Haustarifvertrag* zwischen der DP AG und – etwa – der Gewerkschaft ver.di kann zwar *grundsätzlich ebenfalls für allgemein verbindlich* gem. § 5 TVG und § 1 Abs.1 AEntG erklärt werden. Nach verbreiteter Ansicht steht jedoch einer *Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung des BMAS* nach § 1 Abs.3a AEntG entgegen, dass dadurch der räumliche Geltungsbereich des nur für die Beschäftigten der DP AG geltenden Haustarifvertrages auf die gesamte Branche erweitert würde.
- (17) Angesichts dieser Zweifel ist der Abschluss eines für die gesamte Branche geltenden Flächentarifvertrages über *Mindestarbeitsbedingungen im Postdienstleistungsgewerbe ratsam*. Der DP AG ist es unbenommen, mit ihren Tochter- und Enkelgesellschaften einen tariffähigen Arbeitgeberverband zu bilden, der nach seiner Satzung die Tarifzuständigkeit für die gesamte Branche besitzt.

## Anhänge

### I. Die Gewährleistung branchenüblicher Arbeitsbedingungen im Postdienstleistungsbereich bei der Konzessionserteilung nach Schweizer Recht

Die rechtliche Untersuchung der sozialen Lizenzvoraussetzung nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG wäre unvollständig, würde nicht ein Blick „über den Zaun“ geworfen. Am nächsten kommt dem deutschen „Regulationsregime“ der Anforderungen an die Lizenzerteilung gem. § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG die Rechtslage in der Schweiz. Obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, betreibt sie doch – wenn auch mit einiger Verspätung gegenüber der EU und Deutschland<sup>348</sup> – eine durchaus ähnliche Politik der Marktöffnung auf dem Gebiet der Postdienstleistungen<sup>349</sup>. Auch diese ist charakterisiert durch eine schrittweise Schaffung von Wettbewerbsbedingungen, gekoppelt mit dem Gebot, welches die neuen Wettbewerber auf diesem Markt zur Einhaltung von Sozialstandards hinsichtlich der Arbeitsbedingungen ihrer Beschäftigten verpflichtet.

Art 6 Abs.1 lit.c des Fernmeldegesetzes der Schweiz (FMG)<sup>350</sup> lautet:

*„Wer eine Konzession erwerben will, muss ...*

*c) die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten.“*

Das Postgesetz der Schweiz<sup>351</sup> wiederholt diese Anforderung in § 5 Abs.2 lit.b<sup>352</sup>. Im Vergleich zu Deutschland ist die Kontrolle der Einhaltung dieser sozialen Anforderungen an die Konzessionserteilung jedoch deutlich effektiver<sup>353</sup>, und dies, obwohl die hierfür errich-

348 Die Schweizerische Post wurde erst (durch das Postorganisationsgesetz v. 30.4.1997, SR 783,1) im Jahr 1998 in eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts umgewandelt – ein Entwicklungsschritt, der in Deutschland ähnlich bereits mit der Postreform I aus dem Jahr 1989 erfolgte, vgl. Poststrukturgesetz v. 8.6.1989, BGBl I S.1026; dazu eingehend Fangmann/Scheurle/Schwemmler/Wehner, Handbuch für Post und Telekommunikation. Poststrukturgesetz, 1990 (oben unter I.2.); zum 1.1.2004 wurde in der Schweiz der Paketmarkt vollständig „liberalisiert“, im Jahr 2006 erfolgte die partielle Marktöffnung im Briefverkehr durch Absenkung der Gewichtsgrenze für den der Schweizerischen Post „reservierten Bereich“ auf 100 Gramm (zu den Schritten der Marktöffnung in Deutschland und den Vorgaben des EG-Rechts vgl. oben unter I.3., S.20 f.). Voraussetzung für die teilweise Öffnung des Briefmarktes war eine Evaluation, die von der WIK Consult, Evaluation des Schweizer Postmarktes, Bericht für die Postregulationsbehörde, Juli 2005, vorgenommen wurde, vgl. ebd., S.1 ff.

349 Eingehende Darstellung der bisherigen Marktöffnungspolitik und der zu erwartenden Auswirkungen einer weiteren Öffnung in der Schweiz bei WIK Consult, Evaluation, 2005 S. 13 ff., 27 ff.

350 V. 30.4.1997, SR 784, 10

351 Eingehende Darstellung der bisherigen Marktöffnungspolitik und der zu erwartenden Auswirkungen einer weiteren Öffnung in der Schweiz bei WIK Consult, Evaluation, 2005 S. 13 ff., 27 ff.

352 Eingehende Darstellung der bisherigen Marktöffnungspolitik und der zu erwartenden Auswirkungen einer weiteren Öffnung in der Schweiz bei WIK Consult, Evaluation, 2005 S. 13 ff., 27 ff.

353 Bislang sind allerdings erst 23 Unternehmen konzessioniert worden. Sie wurden im Sommer/Herbst sämtlich vertieft auf die Einhaltung der Arbeitsbedingungen geprüft, vgl. die Presseerklärung von PostReg v. 29.9.2006, Medienmitteilung „Postmarkt: Regulierung verhindert Sozialdumping“: [http://www.postreg.admin.ch/postreg/dokumentation/m Medienmitteilungen/artikel/20060929/02443/index.html?la\\_ng=de](http://www.postreg.admin.ch/postreg/dokumentation/m Medienmitteilungen/artikel/20060929/02443/index.html?la_ng=de), aufgerufen am 3.4.2007; im Übrigen wird die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen von einer eigens hierzu errichteten tripartistischen, paritätisch zusammen gesetzten, Kommission aus Vertretern der Arbeitnehmerorganisationen, der Arbeitgeberverbände und der Bundesverwaltung überwacht; inzwischen mussten auf Grund von Interventionen der Regulierungsbehörde mehrfach Unternehmen ihre Arbeitsbedingungen verbessern, zu näheren Angaben vgl. die Internetseite von PostReg.

tete Postregulationsbehörde (PostReg) personell mit nur 10 Mitarbeitern um ein Vielfaches geringer ausgestattet ist als die deutsche Regulierungsbehörde<sup>354</sup>.

Wie nach deutschem Recht auch geht die PostReg davon aus<sup>355</sup>, dass die Antragsteller bei Vorliegen der Konzessionsvoraussetzungen einen *Anspruch auf Konzessionserteilung* haben. Eine Versagung der Konzession kommt ebenfalls nur in Betracht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Nichtgewährleistung der sozialen Konzessionsanforderungen gegeben sind. Die Interessenten bestätigen „mittels Deklaration die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen oder reichen den maßgeblichen GAV (= Gesamtarbeitsvertrag, nach deutschem Recht: Tarifvertrag) ein“<sup>356</sup>. Die Deklaration „umfasst auch die im Gesuch zu nennenden Subunternehmer“, die sich ebenfalls an die branchenüblichen Arbeitsbedingungen halten müssen<sup>357</sup>. Verweigert ein Antragsteller die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen, ist die Konzession zu verweigern. Zuständig für die Konzessionserteilung, die ggf. auch mit Auflagen versehen werden kann, ist das Department (UVEK). Die PostReg ist „als Instruktionsbehörde mit der Vorbereitung der Dossiers und der Umsetzung der Entscheide betraut“<sup>358</sup>.

Die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach Konzessionserteilung erfolgt einmal durch Untersuchungen vor Ort, die stichprobenweise erfolgen, sowie auf der Basis der jährlichen Berichtspflicht während der – regelmäßig auf 5 Jahre *befristeten* – Dauer der Konzessionserteilung. „Bestehen Anhaltspunkte für Abweichungen, kann die Behörde eine Untersuchung eröffnen, eine formelle Verwarnung aussprechen und im Wiederholungsfall bei der Konzessionsbehörde Maßnahmen beantragen“<sup>359</sup>. Dabei ist wie in Deutschland auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten, so dass der teilweise oder vollständige Entzug der Konzession nur als „ultima ratio“ in Betracht kommt.

Als Achillesferse der Handhabung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG hat sich die Frage erwiesen, *welche Maßstäbe* nach dieser Vorschrift anzulegen sind. Hier stellt das Recht der Schweiz zur Bewertung der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen insbesondere auf folgende Grundlagen ab:

Erster wichtiger Referenzpunkt ist, dass die spezialgesetzlichen Bestimmungen, namentlich diejenigen des Arbeitsrechts, eingehalten werden.

---

354 Die Zahl der Mitarbeiter wird berichtet in: NZZ v. 31.1.2007, S.15 („Ein Wächter im Wandel. Regulator Martin Kaiser und sein Blick auf das Postwesen“); für Juli 2005 wird eine Zahl von insgesamt 7 Mitarbeitern genannt, vgl. WIK Consult, Evaluation, 2005, S. 11.

355 Vgl. das Merkblatt („Dokumentation“) des Eidgenössischen Departments (= Ministeriums) für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) v. 26.11.2003, zuletzt aktualisiert am 25.1.2006.

356 Ebd., S.2 (Einfügung von mir, T.B.).

357 Ebd., S.3.

358 Ebd., S.1.

359 Ebd., S.2.

Sodann sind relevant die „Einzelarbeitsverträge konzessionierter Unternehmungen“, die „Gesamtarbeitsverträge aus dem Postsektor oder aus verwandten Sektoren“ (z. B. Logistik, Transport, je nach dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt, wobei als Referenzpunkte insbesondere der Mantel-GAV der Post<sup>360</sup> und Gesamtarbeitsverträge von Postkonkurrenten herangezogen werden), ferner

„Interne Richtlinien usw. von Gesuch stellenden Unternehmen“ sowie schließlich „Gutachten“<sup>361</sup>.

Bei ihrer Beurteilung der Branchenüblichkeit stellt die PostReg schwerpunktmäßig ab auf die Entgelthöhe und -struktur, die Arbeitszeiten inkl. Ruhezeiten und Überstundenregelungen sowie auf die Urlaubsregelungen. Dabei spielen als Bezugspunkt der Branchenüblichkeit die GAV der Schweizerischen Post die maßgebliche Rolle<sup>362</sup>. Im Rahmen einer Gesamtbewertung können aber auch andere Kriterien wie die soziale Absicherung, etwaig vorgesehene Maßnahmen beim Personalabbau oder Mitsprachemöglichkeiten einbezogen werden. Arbeitet ein Konzessionär regelmäßig mit Subunternehmen zusammen, so ist er verpflichtet, auch bei diesen die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen durchzusetzen.

Die Begriffe „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ in § Art.6 Abs.1 lit c FMG werden im Schweizer Recht wie folgt verstanden:

Die *Branchenabgrenzung* beschränkt sich auf Anbieter von Erzeugnissen oder Dienstleistungen gleicher Art, sofern sie in direkter Konkurrenz zu den herkömmlichen Diensteanbietern auf deren Markt auftreten<sup>363</sup>.

Zu den *Arbeitsbedingungen* werden in erster Linie die „Elemente des regelmäßigen Leistungsaustausches“ gerechnet, also der Lohn, die Arbeits- und Ruhezeiten sowie der „Ferienanspruch“<sup>364</sup>. Diese Arbeitsbedingungen sind zu „gewährleisten“. Dies ist so zu verstehen, dass „vor wesentlichen Unterschreitungen der Arbeitsbedingungen der Branche zu

360 Zur Tarifsituation in diesem Sektor teilt der Evaluationsbericht von WIK Consult aus dem Jahr 2005 (S.10, Fn. 50) mit, dass „keine einheitlichen Arbeitsbedingungen mehr (gelten), da im Konzern für das Stammhaus andere Vereinbarungen gelten als für ausgelagerte Tochtergesellschaften („GAV für ausgegliederte Tochtergesellschaften/GAV KG“) und nochmals andere Bedingungen für zugekaufte Tochtergesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung der Schweizerischen Post („Mantel-GAV“). Der GAV KG sieht dabei sogar die Möglichkeit von Anschlussvereinbarungen vor (firmenspezifische Regelungen), welche die absehbaren wirtschaftlichen Entwicklungen der jeweiligen Konzerngesellschaft berücksichtigen... Bisher konnte noch kein branchenweiter GAV eingeführt werden, der für alle Wettbewerber gleichermaßen gilt. In den Hearings wurde deutlich, dass die Einführung eines branchenweiten GAVs von den Gewerkschaften, aber teilweise auch von den Konzessionären im Postsektor gewünscht wird. Als erstes hatte der Paketdienstleister DPD mit den Gewerkschaften Kommunikation und transfair einen GAV abgeschlossen, der seit dem 1.1.2005 gilt und als Novum für die Branche auch auf die Subunternehmen der DPD angewandt wird.“, S.10; inzwischen sind weitere GAV mit Wettbewerbern der Schweizerischen Post hinzu gekommen, vgl. die Internetseite von PostReg, oben Fn.352.

361 Ebd., S.2.

362 Sie beschäftigt 95 % der Beschäftigten der Branche und ist in Unterschied zu ihren privaten Konkurrenten *gesetzlich zum Abschluss von GAV verpflichtet* Vgl. WIK Consult, Evaluation, 2005, S.10 Fn.50.

363 Stöckli, Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ gemäß Art. 6 Abs.1 lit.d des Fernmeldegesetzes, Bericht an das Bundesamt für Kommunikation, Oktober 2003, S.9; zustimmend Sheldon/de Wild, Branchenübliche Arbeitsbedingungen in der Fernmeldebranche: Eine empirische Untersuchung auf der Basis der Schweizer Lohnstrukturerhebung, Bericht an das Bundesamt für Kommunikation, Oktober 2003, S. 1.

364 Stöckli, Arbeitsbedingungen, 2003, S.18; ebenso Sheldon/de Wild, Untersuchung, 2003, S.1.

schützen (ist)<sup>365</sup>. Damit sind Abweichungen innerhalb einer gewissen Bandbreite zulässig: „Sicher nicht gemeint ist hingegen die Ausdehnung des Geltungsbereichs allfällig bestehender Firmen-Gesamtarbeitsverträge auf alle Unternehmen in der Branche („Allgemeinverbindlicherklärung auf kaltem Weg“)<sup>366</sup>.

Hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang eine Abweichung vom Üblichen zulässig ist, wird eine generelle Festlegung auf einen bestimmten Prozentsatz vermieden. Vorgeschlagen wird, dies in Abhängigkeit von den Lohnstrukturen der jeweiligen Branche zu bestimmen: „Bei homogenen Lohnstrukturen wären für Konzessionsgesuchsteller geringere Abweichungen zulässig, bei heterogenen und stark variierenden Strukturen müssten größere Abweichungen zugelassen werden“<sup>367</sup>. So weit erkennbar, wird dieser Maßstab auch in der Regulierungspraxis von PostReg angelegt<sup>368</sup>.

## II. Vorschläge zur Umsetzung der Gutachtenergebnisse mit Begründung

### 1. Erteilung einer Weisung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie gegenüber der BNetzA:

„Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG bitte ich künftig folgende Rechtsauffassung zugrunde zu legen:

1. Es handelt sich um eine soziale Lizenzvoraussetzung, deren Vorliegen während der Dauer der erteilten Lizenz gewährleistet sein muss. Dies bedarf genau so eingehender Prüfung wie das Vorliegen der übrigen Lizenzvoraussetzungen (vgl. auch § 45 PostG).
2. Ausnahmen von der Geltung der sozialen Lizenzanforderung nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG (etwa für Kleinbetriebe oder während der ersten beiden Jahre der Geschäftsaufnahme nach Lizenzerteilung) sind nicht statthaft.
3. Als „wesentliche Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG gelten die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs.
4. Die Formulierung „die im lizenzierten Bereich üblich sind“ ist dahingehend zu verstehen, dass damit die Arbeitsbedingungen als Bezugspunkt anzusehen sind, die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich tätigen Arbeitnehmer gelten. Dies sind derzeit die bei der DPAG geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen.
5. Eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung der wesentlichen Arbeitsbedingungen i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG liegt dann vor, wenn die nach S.3 geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen um mehr als 10 % unterschritten werden.“

365 Stöckli, Arbeitsbedingungen, 2003, S.15 (Hervorhbg. ebd.).

366 Ebd., S.15.

367 Ebd., S.19.

368 Vgl. oben unter Fn.348 und 350.



## 1.1. Begründung

### 1.1.1. Weisungsabhängigkeit der BNetzA im Rahmen der Rechtsaufsicht des BMWF

Die BNetzA ist die im Bereich der Postdienstleistungen nach § 116 Telekommunikationsgesetz (TKG), § 44 PostG i.Vb. mit §§ 66–71, 74, 81, 83 und 84 TKG<sup>369</sup> zuständige Regulierungsbehörde. Sie ist die Rechtsnachfolgerin der bis zum 13.7.2005 bestehenden Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP).

Es handelt sich gem. § 1 S.2 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Bahn v. 12.7.2005 (= Art.2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 7.7.2005, BGBl I S.1970, 2009) um eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Sie ist ressortgebunden und ungeachtet ihrer organisatorischen Verselbständigung gegenüber der übergeordneten obersten Bundesbehörde, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, hierarchisch nachgeordnet und weisungsunterworfen. Die im Telekommunikationsgesetz (TKG v. 25.7.1996) noch bis 2003 enthaltene Beschränkung der Weisungsbefugnis auf „allgemeine Weisungen“ (§ 66 Abs.5 TKG vom 25.7.1996 i. d. F. v. 9.8.2003) ist inzwischen entfallen (§ 117 S.1 TKG i. d. F. v. 18.2.2007)<sup>370</sup>. Die Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie sind allerdings wie zuvor auch im Bundesanzeiger zu veröffentlichen (§ 117 S.1 TKG)<sup>371</sup>. Die Veröffentlichung der Weisung ist aber nicht Voraussetzung ihrer Wirksamkeit.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat demnach zumindest die Rechtsaufsicht<sup>372</sup> gegenüber der BNetzA. Im Rahmen seiner rechtsaufsichtlichen Befugnisse kann er der BNetzA die vorgeschlagene Weisung erteilen. Sie bindet die Behörde an die Rechtsauffassung des Ministeriums, solange dadurch nicht ein gesetzwidriges Verhalten verlangt wird. Dies ist bei dem vorgeschlagenen Entwurf einer Weisung, die eine zutreffende Auslegung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG enthält, nicht der Fall. Die BNetzA ist an diese Weisung gebunden. Ein Rechtsmittel dagegen ist nicht statthaft.

369 Das PostG verweist auch in der Fassung, die es zuletzt durch die 9. Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 31.10.2006 (BGBl I S.2407) erhalten hat, noch immer auf § 66 Abs.5 TKG, obwohl dieser inzwischen aufgehoben ist und durch die Regelung in § 117 TKG ersetzt wurde. Dass das PostG und das TKG in ihrer jeweils aktuell geltenden Fassung redaktionell nicht präzise aufeinander abgestimmt sind, ist ein gesetzestechnisch bedauerlicher Beleg dafür, dass sich der Gesetzgeber nicht länger darum bemüht, insoweit für Rechtsklarheit zu sorgen. Dabei ist ihm die Problematik durchaus bekannt: Im Jahresbericht der RegTP 2004 vom Dezember 2005, S.347f. wird das Thema ausdrücklich angesprochen. Ein gesetzlicher Anpassungsbedarf wird jedoch mit dem Argument verneint, es handele sich um eine dynamische Verweisung, die sich „automatisch auf die den zitierten Normen entsprechenden neuen TKG-Regelungen bezieht“ (ebd.) – und dies, obwohl die neuen Regelungen in § 137 TKG eine Verkürzung des verwaltungsgerichtlichen Instanzenzuges durch die Beschränkung auf eine Tatsacheninstanz vorsehen. Die RegTP sieht sich in dieser Auffassung durch zwei erstinstanzliche Urteile des VG Köln v. 10.5.2005 (AZ: 22 K 9610/00 und 22 K 9613/00) bestätigt.

370 Es wurden aber auch schon nach der früheren Gesetzeslage Einzelweisungen des Bundeswirtschaftsministers für zulässig gehalten, vgl. Badura, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 45 Rn.64.

371 S. Fn.3.

372 Ob er auch die Fachaufsicht über die BNetzA hat, wird in der Literatur z. T. bezweifelt, so Badura, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 45, Rn.64; die Frage kann hier mit Rücksicht auf den Inhalt der vorgeschlagenen Weisung dahingestellt bleiben.

### 1.1.2. Konkretisierung der branchenüblichen wesentlichen Arbeitsbedingungen an den aktuell bei der DP AG geltenden TV

Die vorgeschlagene Weisung ist operational. Indem sie auf die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und den Jahresurlaub als Kernkriterien der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i. S. von § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG abstellt und als Bezugspunkt hierfür die bei der DP AG bestehenden tariflichen Regelungen angibt, sind die im Entgelttarifvertrag zwischen der DP AG und der Gewerkschaft ver.di vom 18.6.2003, zuletzt geändert durch TV Nr.131 (ETV-DP AG), Stand Januar 2007, sowie die im Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der DP AG vom 18.6. 2003, zuletzt geändert durch TV Nr.133 (MTV-DP AG), Stand Januar 2007, enthaltenen Regelungen maßgebend.

Danach ergibt sich für die hier vor allem relevanten Berufsgruppen der Brief- und Paketzusteller (Entgeltgruppe 3) gemäß der Monatsgrundentgelttabelle für Arbeitnehmer nach Anlage 2a zum ETV-DP AG ab 1. November 2006 ein *Monatsgrundentgelt in Höhe von 1.697,91 €*. (Umgerechnet in Stundenentgelte unter Zugrundelegung der zurzeit gültigen regelmäßigen durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden gem. § 22 Abs. 1 MTV-DP AG *bei durchschnittlich 4,348 Wochen pro Monat* ergibt sich ein Stundenlohn *in Höhe von 10,14 €*, vgl. Anlage 3 zum ETV-DP AG ).

*Zusätzlich zum Monatsgrundentgelt* ist ein jährliches *Urlaubsgeld* in Höhe von 332,34 € (§ 7 ETV-DP AG), ein *13. Monatsentgelt* in Höhe von 1.697,91 € (§ 8 ETV-DP AG) sowie bei unterstellter normaler Arbeitsleistung eines vollzeitbeschäftigten Brief- und Paketzustellers ein *jährlicher Leistungslohn* in Höhe von 1.329,72 € (Basisbetrag zur Ermittlung des Budgets je Entgeltgruppe gem. § 20 Abs.1 und 2, Anlage 4a ETV-DP AG) in Ansatz zu bringen. Pro Jahr ergibt sich daraus eine Summe von 3.359,97 (pro Monat = 280,00 €).

Zusammen mit dem Monatsgrundentgelt ergibt sich ein Monatsentgelt in Höhe von 1.977,91 €. Eine weitergehende Berücksichtigung von Zuschlägen, Prämien und Aufwandsentschädigungen erscheint ohne Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalles kaum möglich, so dass sie keinen generalisierbaren Maßstab bilden. Außer Ansatz bleiben auch die Besitzstandsregelungen<sup>373</sup>.

Bei der Berechnung der branchenüblichen, wesentlichen Arbeitsbedingungen, deren „nicht unerhebliche“ Unterschreitung zur Lizenzversagung führt, ist von einer Vollzeitbeschäftigung auszugehen. Entscheidend für die Bemessung der tariflichen Bezugsgröße der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ ist die Relation Entgelt/Arbeitszeit. Diese ist unschwer zu ermitteln und vermeidet die Problematik einer summarischen Betrachtung aus einer Fülle von Einzelkomponenten.

*Auch eine zusätzliche Einbeziehung des jährlichen Urlaubsanspruchs in die Entgeltberechnung ist nicht erforderlich.* Diese Größe ist vielmehr einer separaten Beurteilung zuzuführen. Die Arbeitnehmer der DP AG haben einen altersabhängigen tariflichen Anspruch auf jähr-

<sup>373</sup> Nach § 30 ETV – DP AG gelten diese gem. Anlage 1 des ETV für Arbeiter, die zur Jahreswende 2001 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur DP AG standen, während Angestellte dann erfasst sind, wenn sie am 31.8.2003 bereits und am 1.9.2003 noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur DP AG standen.

lichen Erholungsurlaub (§ 25 MTV-DP AG). Er steigt gem. § 25 Abs.2a MTV-DP AG von 26 Arbeitstagen (bis zum vollendeten 30. Lebensjahr) an auf 30 Arbeitstage (nach vollendetem 40. Lebensjahr). Es ist demnach von einem durchschnittlichen Jahresurlaub von 28 Arbeitstagen auszugehen. An dieser Größenordnung haben sich die Lizenznehmer zu orientieren. Urlaubsansprüche von 21 Tagen liegen weit unterhalb der nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG zulässigen 10%-Schwelle. Sie sind, sofern sie der BNetzA bekannt werden, auf ihre Aufforderung gem. § 9 Abs.2 PostG hin nach oben zu korrigieren.

Der monatliche *tarifliche Referenzbetrag* von 1.977,91 €, der ggf. gem. § 14 Abs.5 lit b) um durchschnittlich anfallende Ansprüche aus Überstundenzuschlägen in Höhe von 25 % ETV-DP AG zu erhöhen ist, darf nicht um mehr als 10 % unterschritten werden. Dieser *Schwellenwert liegt bei 1.780,01 €*. Weigert sich ein Antragsteller diesen Standard einzuhalten, so ist die beantragte Lizenz zu versagen. Bestehen nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit im lizenzpflichtigen Bereich tatsächliche Anhaltspunkte für ein erhebliches Unterschreiten dieser Marge, dann kann die BNetzA gem. § 45 Abs.1 Nr. 1 und 2 PostG nach entsprechender schriftlicher Anordnung *Auskunft verlangen* und ggf. vor Ort *Einsicht in die Geschäftsunterlagen des Unternehmens* nehmen und diese prüfen. Bestätigen sich die Anhaltspunkte, so ist der Lizenznehmer unter Fristsetzung zur Abstellung der Missstände aufzufordern. Kommt er dem nicht nach, so kommt ein teilweiser oder vollständiger Widerruf der Lizenz gem. § 9 PostG in Betracht.

## 1.2. Bewertung des Ergebnisses

Der hier gemachte Vorschlag zur Operationalisierung der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG setzt bei der untersten denkbaren tariflichen Marge des ETV-DP AG an. Die einheitlich in Ost- und Westdeutschland geltenden tariflichen Monatsentgelte der übrigen Arbeitnehmer der DP AG liegen deutlich höher als die hier gewählte Bezugsgröße des Stundenentgeltsatzes von 10,14 €. Das Stundenentgelt von 10,14 € liegt zudem knapp unterhalb der für das Jahr 2004 ermittelten Niedriglohngrenze von 10,22 € pro Stunde. Dagegen übersteigt der zwingend einzuhaltende Schwellenlohn von 1.779,64 € aufgrund der zum Monatsgrundentgelt hinzukommenden Zulagen die gesamtdeutsche Niedriglohnschwelle von 1.633 € pro Monat deutlich<sup>374</sup>. Der Schwellenlohn liegt damit noch über dem Tarifniveau, welches für Zusteller im privaten Speditionsgewerbe gilt<sup>375</sup>. Im Hinblick auf das mit der Vorschrift des § 6 Abs.3 S.1 Nr. 3 PostG verfolgte Ziel, den Beschäftigten im lizenzpflichtigen Bereich ein Minimum an gesetzlichem Sozialschutz durch die Verhinderung eines ruinösen Lohnkostenwettbewerbs zu gewähren und ihr Abgleiten in den Niedriglohnbereich oder gar Armutslöhne zu unterbinden, erscheint die Orientierung an diesen tariflichen Entgeltstundensätzen als angemessen.

374 Daten nach Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S.53. Gleichwohl ist durch diesen tariflichen Maßstab sichergestellt, dass die im lizenzpflichtigen Bereich zu zahlenden Mindestlöhne jedenfalls bei Vollzeittätigkeit ein existenzsicherndes Niveau erreichen und oberhalb der Armutsgefährdungsgrenzen liegen. Das Prekaritätsproblem wäre damit jedenfalls gelöst.

375 Vgl. den Tarifvertrag für das Speditionsgewerbe Hamburg, der einen Stundenlohn von 9,29 € und einen Monatslohn von 1.551,00 € vorsieht, Input Consulting, Liberalisierung, 2006, S. 56.

## 2. Präzisierung des Gesetzeswortlauts

„Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...

3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.“

### 2.1. Begründung

Erwägenswert sind insgesamt drei Alternativen, die nachfolgend dargestellt werden:

#### 2.1.1. Alternative 1: Präzisierung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3

Änderung von § 6 Abs.3 S.1 Eingangssatz und Nr.3 PostG wie folgt: „Die Lizenz ist zu versagen, wenn ...

3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10 % unterschreitet.“

#### 2.1.2. Alternative 2: Ergänzung des Wortlauts

Zur Klarstellung wird eine Ergänzung des Wortlauts empfohlen:

Nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 S.1 PostG, dessen aktueller Wortlaut beibehalten wird, werden folgende S. 2–4 eingefügt:

S.2: „Als wesentliche Arbeitsbedingungen gelten die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs.“

S.3: „Im lizenzierten Bereich üblich sind die Arbeitsbedingungen, die für die Mehrzahl der dort tätigen Arbeitnehmer gelten“.

S.4 „Eine „nicht unerhebliche“ Unterschreitung der wesentlichen Arbeitsbedingungen liegt dann vor, wenn die nach S.3 geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen um mehr als 10 % unterschritten werden“.

### 2.1.3. Alternative 3: Ergänzung durch Legaldefinition

Bereits im bisherigen Gesetzestext finden sich zu dem Lizenzversagungsgrund nach S.1 Nr. 1 von § 6 Abs.3 PostG Legaldefinitionen der Merkmale „Leistungsfähigkeit“, „Zuverlässigkeit“ und „Fachkunde“.

Wörtlich heißt es dort:

„Die nach 1. Nr.1 erforderliche

1. Leistungsfähigkeit besitzt, wer die Gewähr dafür bietet, dass ihm die für den Aufbau und den Betrieb der zur Ausübung der Lizenzrechte erforderlichen Produktionsmittel zur Verfügung stehen werden,
2. Zuverlässigkeit besitzt, wer die Gewähr dafür bietet, dass er als Lizenznehmer die Rechtsvorschriften einhalten wird,
3. Fachkunde besitzt, wer die Gewähr dafür bietet, dass die bei der Ausübung der lizenzierten Tätigkeiten tätigen Personen über die erforderlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügen werden.“

Diese Gesetzestechnik könnte auch zur Präzisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe in S.1 Nr.3 von § 6 Abs.3 PostG übernommen werden. Dann würde als neuer S.3 eingefügt werden:

„Eine nicht unerhebliche Unterschreitung der im lizenzierten Bereich üblichen, wesentlichen Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn

1. die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs, die
2. für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich beschäftigten Arbeitnehmer auf Grund tariflicher Regelung gelten,
3. um mehr als 10 % unterschritten werden.“

### 2.2. Bewertung

Der Regelungsvorschlag unter Alternative 1) ist vorzugswürdig.

Die hier vorgeschlagene Neufassung von § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG ist weniger umständlich, einfacher und kompakter als die anderen Regelungsvorschläge.



## Literatur

---

- Ales, Engblom, Jaspers, Laulom, Sciarra, Sobzak, Valdés dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future. Final Report, EG EMPL/D/2 Commitment No: S12.399733*
- Ahlberg/Bruun, Sweden: Transition through collective bargaining, in: Blanke/Rose, *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, 2005, S.117
- Badura, Unternehmenswirtschaftlichkeit und Infrastrukturgewährleistung im Bereich des Postwesens – Ausgleichfonds, Exklusivlizenz und offener Netzzugang bei Universaldienstleistungen, *ArchPT* 1997, 277
- Badura, §§ 5, 6, 9, 44ff. in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum PostG*, 2. Aufl., München 2004
- Bangert, Verbraucher profitieren schon jetzt vom Ende des Briefmonopols, in: *Die Welt* v. 9.10.2006
- Bartone/Berger/Brößke u. a., *Personalrecht für die Praxis 2006*, Memento Rechtshandbuch, Freiburg 2006
- Berlit, § 2 SGB II, in: Münder (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch II. Kommentar*, Baden-Baden 2005
- Blanke, Die Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, *AuR* 1999, 417
- Blanke, Die Hartz-Reformen. Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht, in: *KJ H.1/2003*, S. 2
- Blanke, Die Auflösung des Arbeitnehmerbegriffs, *KJ H.1/2003*, S.7
- Blanke, Kleinbetriebsklausel und Befristung. Die Zulässigkeit der Nichtanrechnung befristeter Beschäftigter bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs.1 S.2 KSchG, in: *AuR* 2003, S.401
- Blanke, Dynamik und Konturen des Europäischen Sozialmodells: Warum der Zug nach Europa nicht zu stoppen ist, *NZA* 2006, S.134
- Blanke, Die rechtliche Situation von prekär Beschäftigten, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), *Hamburg 2007, Ende der Normalarbeit?*, S.15
- Blanke/Hoffmann, Auf dem Weg zu einem europäischen Sozialmodell. Voraussetzungen, Schwierigkeiten und Perspektiven einer europäischen Sozialpolitik, in: *KJ H.2/ 2006*, S.134ff.; engl. Übersetzung in *CIS PAPERS* Nr.11, Juli 2006; in italienischer Fassung in: *Quaderni rassegna sindacale* Nr.1/2007
- Blanke/Rose (Hrsg.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Hrsg. Blanpain), 2005
- Blanke/Sterzel, Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost, *KJ* 1993, 278
- Brandt, Mini- und Midijobs im Kontext aktivierender Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik, *WSI-Diskussionspapier* 2005
- Brühl, § 10 SGB II, in: Münder (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch II. Kommentar*, Baden-Baden 2005
- Brünner in: Münder (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch II, Kommentar*, Baden-Baden 2005
- Büchner, Vom Monopol zum Wettbewerb, in: dgl. (Hrsg.), *Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform*, Heidelberg 1999, S.37 ff.
- Bundesministerium für Gesundheit, Glossar zur Gesundheitsreform, im Internet unter:<http://www.die-gesundheitsreform.de/glossar/lohnnebenkosten.html> (aufgerufen am 19.3.2007)
- Bundesnetzagentur, *Tätigkeitsbericht 2004/2005*
- Bundesnetzagentur, *Neunte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen*, Bonn 2006

- Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2006
- Burgi/Waldhorst, Primärrechtliche Anforderungen an Bestimmtheit und Transparenz von Tariftreueverpflichtungen, RdA 2006, 85
- Danwitz, von, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Köln 1999
- Danwitz, von, § 11 und EU Grdl., in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004
- Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, 1993
- Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2006
- Däubler, § 111 BetrVG in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 10. Aufl., Frankfurt 2006 (zit: DKK-Bearbeiter)
- Deutschmann, Finanzmarkt-Kapitalismus und Wachstumskrise, in: Sonderheft 45 „Finanzmarkt-Kapitalismus“ der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2005, 58
- Dieterich, Tarifautonomie und Gesetzgebung, Frankfurt/M. 2003
- Dieterich, Zur Verfassungsmäßigkeit einer Erstreckung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die Zeitungsbranche, Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, November 2006
- Dieterich, Art. 9 Abs.3 GG, in: Dieterich/Müller-Glöße/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., München 2006 (zit.: ErfK-Dieterich)
- Ebbinghaus, Does a European Social Model exist and can it survive? In: Huemer/Mesch/Traxler (Hrsg.), The Role of Employers Associations and Labour Unions in the European Union, Aldershot, 1999, 1
- Eckert, § 612 BGB, in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005
- Fangmann/Scheurle/Schwemmler/Wehner, Handbuch für Post und Telekommunikation. Poststrukturgesetz, Köln 1990
- Fangmann/Lörcher/Scheurle/Schwemmler/Wehner, Telekommunikations- und Postrecht, 2. Aufl., Neuwied, Krefeld, Berlin 1996
- Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 23. Aufl. München 2006
- Forsthoff, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, 381
- Frank/Schick, Gutachten für den DGB zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts 2 AZR 15/06, Oldenburg, Mai 2007
- Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, München 1997, Bd.1
- Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, Baden-Baden 2002
- Gramlich, Ende gut, alles gut? – Anmerkungen zum neuen Postgesetz, NJW 1998, 866
- Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt/M. 1992
- Hanau, § 63 in: Richardi/Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2000
- Heidenreich/Bischoff, The Open Method of Coordination. A way to the Europeanization of social and employment policies? (Im Erscheinen), 2007
- Heilmann/Aufhauser, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005
- Herdegen, § 51, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004
- Input Consulting, Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart, Dezember 2006 (zit.: Input Consulting, Liberalisierung, 2006)
- Input Consulting, Im Gleichklang? Befunde zur Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, Stuttgart, Juni 2006 (zit.: Input Consulting, Im Gleichklang? 2006)
- Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzversagungsgrundes (§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG), Berlin 2001

- Kämmerer/Thüsing, Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, 596
- Kittner/Pieper, ArbSchR, Frankfurt/M. 2002
- Kling, Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit – Zur primärrechtlichen Beurteilung des § 3 Tariftreuegesetz des Bundes i. d. F. des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 12.12.2001, EuZW 2002, 229
- Kollmer (Hrsg.), Arbeitsschutzrecht, München 2005
- Kühn, Die Reformen der deutschen Bundespost – ein langwieriger, aber erfolgreicher Prozess, in: Büchner (Hrsg.), Post und Telekommunikation. Eine Bilanz nach 10 Jahren Reform, Heidelberg 1999, S.3 ff.
- Lakies, Anhang zu § 5, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006
- Lörcher, Die sozialen Lizenzanforderungen im Postgesetz (§ 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG), Frankfurt/M. 1998
- Löwisch, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090 ff.
- Luke, Soziale Standards bei der Post, Würzburg 2002
- Maurer, § 79 Kontinuität und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 2006
- Monopolkommission, Sondergutachten 2001 gem. § 81 Abs.3 TKG und § 44 PostG, „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“
- Monopolkommission, Sondergutachten Telekommunikation und Post 2003: „Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols“
- Monopolkommission, Sondergutachten 2005: „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien“
- Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform, 1985, S. 415, 457
- Mückenberger, Folgerungen aus der Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit?, 2007, S.80
- Mühlbach, Tariftreue und europäisches Vergaberecht, RdA 2003, 339
- Peter, Rechtsschutz für „Niedriglöhner“ durch Mindestlohn, AuR 1999, 289
- Pfeffermann/Kühn, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., München 2004, § 1 Einführung
- Preis, § 2 NachwG, in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2006
- PricewaterhouseCoopers „The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market in 2009“, Bericht für die EU-Kommission KOM(2006)596, Mai 2006, sowie Annex, Länderberichte
- Rengier, § 11, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG. 3. Aufl., München 2006
- Richardi, § 77, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 4. Aufl., München 2004
- Rolfs, SGB IV, in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., München 2006
- Roßnagel/Wedde, Die Reform der Deutschen Bundespost im Lichte des Demokratieprinzips, DVBl 1998, 562
- Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA, Berlin, Januar 2007
- Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2005/2006, Wiesbaden, November 2006
- Sachs, § 40, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, München
- Sheldon/de Wild, Branchenübliche Arbeitsbedingungen in der Fernmeldebranche: Eine empirische Untersuchung auf der Basis der Schweizer Lohnstrukturerhebung, Bericht an das Bundesamt für Kommunikation, Basel, Oktober 2003 (zit.: Sheldon/de Wild, Untersuchung, 2003)
- Scheurle, W. in: Report Mainz v. 26.2.2007, Moderation F. Frey, Das Elend der Briefzusteller, <http://www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=1910880/s3ghh1/index.html> (WWW-Seite, S.4, aufgerufen am 10.3.2007)

- Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2005
- Scholz, Vergabe öffentlicher Aufträge nur bei Tarifvertragstreue? RdA 2001, 193 ff.
- Scholz, Rechtsgutachten zur weiteren Privatisierung und Deregulierung des deutschen Postwesens, insbesondere zur verfassungsrechtlichen Begrenzung der Exklusivlizenz im Sinne des § 51 PostG, 2001
- Streeck/Höpner (Hrsg.), Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG, Frankfurt am Main, 2003
- Stöckli, Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ gemäß Art. 6 Abs.1 lit.d des Fernmeldegesetzes, Bericht an das Bundesamt für Kommunikation, Basel, Oktober 2003 (zit.: Stöckli, Arbeitsbedingungen, 2003)
- Schulte-Nölke, § 317 BGB in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005
- Schulze, § 242 BGB in: Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren u. a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005
- Schüren, AÜG-Kommentar, 2. Aufl., München 2003
- Ulber, AÜG-Kommentar, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2006
- Wank, § 3 AÜG in: Dieterich/Müller-Glöße/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., München 2006
- Wiedemann/Oetker/Wank, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 6. Aufl. München 1999 (zit: Wiemann/Bearbeiter)
- WIK Consult, Evaluation des Schweizer Postmarktes, Bericht für die Postregulationsbehörde, Juli 2005 (zit.: WIK Consult, Evaluation, 2005)
- WIK Consult, Main Developments in the Postal Sector (2004-2006), Bad Honnef 2006
- Windolf, Die neuen Eigentümer, in: Sonderheft 45 „Finanzmarkt-Kapitalismus“ der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2005, S. 8
- Windolf, Was ist Finanzmarkt-Kapitalismus? In: Sonderheft 45 „Finanzmarkt-Kapitalismus“ der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2005, S. 20
- Zachert, § 1, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG. Kommentar, Frankfurt a. M. 2006
- Zuleeg, Art. 2 EG in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003

## Der Autor

---

### **Prof. Dr. Thomas Blanke**

ist Mitherausgeber und Redaktionsmitglied der Zeitschrift „Kritische Justiz“ und gibt zusammen mit Prof. Thomas Breisig die Sammlung „Wirtschaftswissen für den Betriebsrat“ heraus. Er ist ferner Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Hans-Böckler-Stiftung und des arbeitsrechtlichen Expertenkreises des Europäischen Gewerkschaftsbundes.





## Neuere Veröffentlichungen der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik

Wirtschaftspolitik

**Vom Stabilitäts- und Wachstumsgesetz zum Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt**

WISO Diskurs

Arbeitskreis Mittelstand

**Eine neue Kultur der Selbständigkeit:**

**Voraussetzung für ökonomischen und sozialen Fortschritt**

Gesprächskreis Verbraucherpolitik

**Was bringt die Reform des Versicherungsrechts für die Verbraucher?**

Gesprächskreis Sozialpolitik

**Sozialstaatsstrategien und Beschäftigung im europäischen Vergleich**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Perspektiven der Erwerbsarbeit: einfache Arbeit in Deutschland**

Arbeitskreis Arbeit-Betrieb-Politik

**Beschäftigungsfördernde Lohnpolitik und deutscher Mindestlohn**

Arbeitskreis Dienstleistungen

**Dienstleistungen in Deutschland:**

**besser als ihr Ruf, dennoch stark verbesserungsbedürftig!**

Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik

**Deutschland: Exportweltmeister von Arbeitsplätzen – Mythos oder Wirklichkeit?**

Gesprächskreis Migration und Integration

**Rechte Orientierungen bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern**

WISO Diskurs

Frauen- und Geschlechterpolitik

**Vorsorgender Sozialstaat aus der Geschlechterperspektive**

WISO direkt

Volltexte dieser Veröffentlichungen finden Sie bei uns im Internet unter

[www.fes.de/wiso](http://www.fes.de/wiso)

