

Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche - Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken -

Gutachtliche Stellungnahme

auf Anfrage des

BIEK e.V.

erstattet durch

**Prof. Dr. *Jörn Axel Kämmerer*, Maître en droit
Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
Direktor am Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg**

und

**Prof. Dr. *Gregor Thüsing* LL.M. (Harvard)
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit
Universität Bonn**

2007

Gliederung

A. Sachverhalt und Rechtsfragen	4
B. Rechtsausführungen	7
I. Tariferstreckung <i>de lege lata</i> : Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG	7
1. Voraussetzungen der Tariferstreckung	7
a) Erstreckungsfähiger Tarifvertrag im Bereich der Postdienstleistung	8
aa) Anforderungen an den Arbeitgeberverband	8
bb) Anforderungen an den Tarifvertrag selbst	11
b) Antrag einer Tarifvertragspartei und Einvernehmen mit dem Ausschuss	12
c) Öffentliches Interesse	13
aa) Der – nur unscharf konturierte – Begriff des öffentlichen Interesses	13
bb) Folgerungen	16
cc) Verfassungsrechtliche Bestätigung	20
2. Folgen der Tariferstreckung	24
II. Tariferstreckung <i>de lege ferenda</i> : Erweiterung des AEntG	24
1. Das System des AEntG <i>de lege lata</i>	25
2. Voraussetzungen der Einbeziehung einer neuen Branche	28
3. Folgen der Einbeziehung neuer Branchen: Unterschiede gegenüber § 5 TVG	29
a) Antragstellung	29
b) 50%-Quorum und öffentlichen Interesses	32
c) Folgen der Tariferstreckung	36
III. Verfassungsrechtliche Hürden und europarechtliche Schranken	37
1. Tendenzen der bisherigen Rechtsprechung des <i>BVerfG</i>	37
2. Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	39
a) Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG	39
b) Eingriff in die Tarifautonomie konkurrierender Tarifvertragsparteien	40
c) Rechtfertigung	41
3. Verstoß gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	47
a) Eingriff in den Schutzbereich	47
b) Rechtfertigung der Eingriffe	49
4. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG	49
a) Prüfungsmaßstab	49
b) Vorliegen einer Ungleichbehandlung	50

c) Zweifelhafte Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung	51
5. Konflikte mit Art. 81 und 82 EG (i.V.m. Art. 10 EG)	52
a) Konflikte mit Art. 81 EG („Kartellverbot“)	52
b) Konflikte mit Art. 82 EG (Missbrauchsverbot)	54
IV. Möglichkeiten der Ablösung oder Verdrängung von fremdbestimmten Tarifverträgen	59
V. Summa	61

A) SACHVERHALT UND RECHTSFRAGEN

Die deutsche Politik ringt um einen neuen gesetzgeberischen Weg zur Vermeidung von inadäquaten Niedriglöhnen. Verschiedene Wege werden verfolgt: Zum einen prüft man die Einführung eines flächenweiten Mindestlohns auf Grundlage des bereits bestehenden, bislang jedoch noch nie genutzten Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952, zum anderen wird die partielle, branchenspezifische Ausweitung des Arbeitnehmerentsendegesetzes angestrebt. Während nach sehr kontroverser politischer Debatte die Neuerungen des MindArbG wohl vor allem prozessualer Natur sein werden und keine sachliche Ausweitung bedeuten, stellt die Einbeziehung der Postdienste in den Geltungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) den eigentlichen Schritt hin zur verstärkt fremdbestimmten Festsetzung von Mindestentgelten dar. Der Koalitionsausschuss hat hierzu am 18.6.2007 beschlossen (abrufbar unter der Internetseite des Ministeriums www.bmas.bund.de/BMAS/Navigation/Presse/nachrichten,did=208528.html):

1. Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 % erhalten das Angebot, in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen zu werden und tarifliche Mindestlöhne zu vereinbaren. Voraussetzung ist ein gemeinsamer Antrag von Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche bis zum Stichtag 31. März 2008. Das Gesetzgebungsverfahren zur Aufnahme dieser Branchen wird nach Ablauf des Stichtages unverzüglich eingeleitet. Eine spätere Aufnahme von Branchen wird hierdurch nicht ausgeschlossen.

2. Wird im Geltungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes von einer Branche erstmals ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages gestellt, so ist mit diesem Antrag zunächst der Tarifausschuss zu befassen. Innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung des Antrages im Bundesanzeiger gibt der Tarifausschuss zu dem Antrag sein Votum ab.

Stimmt der Tarifausschuss der Allgemeinverbindlicherklärung zu, gilt der Mindestlohn für alle In- oder Ausländer.

Gibt der Tarifausschuss innerhalb der Frist kein Votum über den Antrag ab, kann das Mindestlohn-Verordnungsverfahren durchgeführt werden.

Ein Mindestlohn-Verordnungsverfahren kann auch durchgeführt werden, wenn der Tarifausschuss mit drei zu drei abstimmt oder die Allgemeinverbindlicherklärung mit zwei zu vier abgelehnt hat.

Die entsprechenden Verordnungen werden auf Vorschlag des BMAS vom Bundeskabinett erlassen.

3. Für den Fall konkurrierender Tarifverträge in einer Branche werden dem Verordnungsgeber durch Gesetz Kriterien vorgegeben, die eine an den Sachgründen des Gesetzeszwecks ausgerichtete Entscheidung sicherstellen. Ferner wird entsprechend den Vorgaben des europäischen Rechts im Gesetzestext klargestellt, dass die Mindestlohtarifverträge ausnahmslos für alle in- und ausländischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich sind.

4. Die Kontrolle erfolgt wie bisher durch die Behörden der Zollverwaltung.

Die Formulierungen sind unscharf, und dies erschwert ihre Deutung. Wie die gesetzlichen Regelungen genau aussehen werden, die nun geschaffen werden sollen, ist noch offen. Unklar ist insbesondere, welche Folgen sich für die Postdienstleistungsbranche ergeben. Sie ist ersichtlich eine der Branchen, auf die die gesetzliche Neuerung abzielt. Hier will man bereits abweichend vom ursprünglichen Plan jetzt tätig werden. In einer Pressemitteilung der SPD vom 23.8.2007 heißt es (abrufbar unter www.spd-fraktion.de):

Zur Arbeitgeberverbandsgründung Postdienste sowie der Einigung der Koalitionsspitze zur zügigen Einführung eines Mindestlohnes für die Postbranche erklärt der arbeits- und sozialpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Klaus Brandner:

Erfreulich ist die Gründung des Arbeitgeberverbandes Postdienste. Bisher gab es in der Postbranche nur Firmentarifverträge. Durch den Arbeitgeberverband, der 20 Mitglieder und 200.000 Beschäftigte hat, können künftig auch Flächentarifverträge abgeschlossen werden. Durch diese Einigung wurde der Weg für einen fairen Wettbewerb und faire Arbeitsbedingungen in der Postbranche geebnet. Nun müssen die Verhandlungen über einen Mindestlohntarifvertrag mit der Gewerkschaft ver.di zügig geführt werden, damit die Aufnahme in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfolgen kann und auch ausländische Anbieter an die Mindeststandards gebunden sind.

Dies ist ein weiterer konkreter Schritt gegen Lohndumping und Ausbeutung. Die SPD greift mit dem Mindestlohn für die Postbranche ein drängendes Problem auf. Die Einigung der Koalitionsspitze, wonach noch in diesem Jahr der Mindestlohn für die Postbranche auf der Basis des Tarifergebnisses auf den Weg gebracht werden soll, ist sehr zu begrüßen. Dies ist besonders wichtig im Hinblick auf die im Postgesetz normierte völlige Liberalisierung des Briefmarktes in Deutschland ab dem 1. Januar 2008.

Es sollen aber nicht nur inländische Arbeitgeber durch einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag zur Zahlung des Mindestlohns verpflichtet werden. Durch das Einbeziehen der Branche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind in Zukunft auch ausländische Unternehmer an die Einhaltung von Mindeststandards gebunden.

Durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz werden Mindeststandards gesichert und redliche Unternehmer haben es leichter, im Wettbewerb zu bestehen. Es geht somit nicht darum, Monopolisten zu schützen, sondern vielmehr darum, dass die Beschäftigten von den erarbeiteten Löhnen auch leben und den Lebensunterhalt bestreiten können....

Die Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek ist mit der Bitte um eine gutachtliche Stellungnahme an uns herangetreten, die Voraussetzungen und Folgen einer Allgemeinverbindlicherklärung und einer Erstreckung des AEntG auf die Postdienstleistungsbranche zu erläutern. Insbesondere sind die verfassungsrechtlichen Grenzen und europarechtlichen Schranken auszuloten. Nach ihrem Auftrag stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- Kann die Branche der Postdienstleister in das AEntG aufgenommen werden?
- Kann ein künftiger Mindestentgelt-Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes der Postdienstleister nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden?

- Kann ein künftiger Mindestentgelt-Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste nach Einbeziehung dieser Branche in das AEntG durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG auf nicht verbandsangehörige Arbeitgeber der Branche erstreckt werden?
- Verstößt die Tariferstreckung von Mindestarbeitsbedingungen via AEntG, die sich an die Arbeitsbedingungen der Deutschen Post AG anlehnen, gegen das Grundgesetz, insb. angesichts fehlender Entsendung aus dem Ausland, und ggf. gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht?
- Welche europarechtlichen Grenzen sind bei der Tariferstreckung zu beachten?

B) RECHTSAUSFÜHRUNGEN

Die aufgeworfenen Fragen sollen in mehreren Schritten beantwortet werden. Zunächst werden die Möglichkeiten einer Allgemeinverbindlicherklärung nach gegebenem Recht ausgelotet (I.). Hierbei wird insbesondere zu prüfen sein, ob denn die Voraussetzungen des § 5 TVG im Hinblick auf den Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes der Postdienstleisterbranche vorliegen: ob es (1) ein für die Anwendung der Bestimmung geeigneter Tarifvertrag wäre und ob (2) ein öffentliches Interesse an der Tariferstreckung besteht. Danach werden die angestrebten gesetzlichen Neuerungen des AEntG in den Blick genommen: Ausgehend von der Systematik des Arbeitnehmerentendegesetzes in seiner bisherigen Fassung (II.1) werden die Voraussetzungen der Einbeziehung einer neuen Branche nach dem Beschluss des Koalitionsausschusses hinterfragt werden (II.2). Es folgt ein Blick auf die Folgen der Einbeziehung einer neuen Branche, insbesondere im Vergleich zu den bereits nach bisherigem Recht gegebenen Möglichkeiten der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG (II.3). Nach einem Blick auf verfassungsrechtliche und europarechtliche Grenzen einer Novellierung des AEntG (III.) sollen in einer kurzen Skizze Möglichkeiten der Ablösung oder Verdrängung von Tarifverträgen nach dem TVG und dem AEntG umrissen werden (IV). Am Ende steht eine Zusammenfassung (V.).

I. Tariferstreckung *de lege lata*: Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG

Noch vor den Möglichkeiten einer branchenweiten Tariferstreckung über ein geändertes und in seinem Anwendungsbereich erweitertes AEntG richtet sich der Blick auf das gegebene Recht und damit auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG.

1. Voraussetzungen der Tariferstreckung

Nur für den Fall, dass ein allgemeiner Verbandstarifvertrag für den Bereich der Postdienstleistungen abgeschlossen würde, könnte dieser unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden. Formelle Voraussetzungen, welche ebenfalls erfüllt sein müssen, sind nach § 5 S. 1 TVG der Antrag einer Tarifvertragspartei, also des Postarbeitgeberverbandes oder der Gewerkschaft ver.di, sowie das Einvernehmen mit dem beim Bundesministerium für Arbeit

und Soziales eingerichteten Tarifausschuss. Die materiellen Erfordernisse des § 5 Abs. 1 S. 1 TVG sind zwei an der Zahl: Zum einen müssen die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Zum zweiten muss auch hier die Allgemeinverbindlicherklärung im „öffentlichen Interesse geboten“ erscheinen. Beides erscheint hier fraglich.

a) Erstreckungsfähiger Tarifvertrag im Bereich der Postdienstleistung

Der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung wird durch den sachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags vorgezeichnet und zugleich begrenzt. Insofern kann der Geltungsbereich eines Tarifvertrags auch durch Allgemeinverbindlicherklärung nicht erweitert werden.¹ Dies gilt auch dann, wenn die Erweiterung im Interesse der Tarifvertragsparteien, die entsprechende Regelungen für ein Nachbargebiet oder verwandte Berufsgruppen anstreben, oder der Allgemeinheit liegt. Die Rechtsprechung hält seit ältester Zeit daran fest, dass selbst ein vorhandener sozialer Notstand, bei dem für eine Erweiterung des Geltungsbereiches dringende öffentliche Interessen sprechen könnten, an dieser Rechtslage nichts zu ändern vermag. Vielmehr müssten die Tarifvertragsparteien, soweit möglich, einen Tarifvertrag auf den von ihnen gewünschten Geltungsbereich ausdehnen und dann dessen Allgemeinverbindlicherklärung beantragen.² Möglich ist grundsätzlich nur der gegenläufige Weg, den Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung gegenüber dem des Tarifvertrags räumlich, fachlich, betrieblich oder persönlich einzuschränken.³

aa) Anforderungen an den Arbeitgeberverband

Ein Firmentarifvertrag, wie er für die Deutsche Post AG verbindlich ist, wirkt nur für das Unternehmen, das ihn abgeschlossen hat, und kann daher nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden.⁴ Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass ein Firmentarifvertrag eines

¹ Wiedemann/Wank, TVG. 7. Aufl. 2007, § 5 Rn.20; Däubler/Lakies, TVG § 5 Rn. 167. Anders das französische Recht, das neben der *extension* auch das *élargissement* kennt, s. Art. L. 133-1 ff. Code du travail.

² Siehe bereits Reichsarbeitsgericht v. 8.11.1930, ARS 11, S. 18, 20; Reichsarbeitsgericht v. 23.12.1931 Bd. 14, S. 108, 109; Hueck/Nipperdey Arbeitsrecht 2/1, 7. Aufl. 1967, § 35 II/3, S. 673; Wiedemann/Wank, TVG § 5 Rn. 61.

³ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S.891ff.; Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Rn. 168, Wiedemann/Wank TVG § 5 Rn. 62.

⁴ Wiedemann/Wank TVG § 5 Rn. 67; Löwisch/Rieble TVG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 39; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 22.

branchenangehörigen Unternehmens, der für allgemeinverbindlich erklärt würde, ein Konkurrenzunternehmen nicht erfassen könnte.

Erforderlich ist also ein Verbandstarifvertrag, um über § 5 TVG eine Tarifgeltung für alle branchenangehörigen Unternehmen zu erreichen. In Erkenntnis dessen hat die Deutsche Post AG, die bislang Firmentarifverträge abgeschlossen hat, einen Arbeitgeberverband vorwiegend mit ihren konzernangehörigen Unternehmen als Mitgliedern gegründet, den „Arbeitgeberverband Postdienste“. Dieser kann mit Wirkung für die verbandszugehörigen Unternehmen, unter ihnen an sich auch die Deutsche Post AG, einen Mindestentgelt-Tarifvertrag abschließen.

Ein solcher Verbandstarifvertrag wäre grundsätzlich geeignet, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden. Auch hier sind jedoch Grenzen des Geltungsbereichs in räumlicher, fachlicher, betrieblicher und persönlicher Hinsicht zu beachten. Voraussetzung für eine Erweiterung der Tarifbindung auf die gesamte Branche nämlich wäre, dass der nun gegründete Arbeitgeberverband die erforderliche Tarifizuständigkeit hat. Die Tarifizuständigkeit bezeichnet den Geschäftsbereich, innerhalb dessen eine tariffähige Partei Tarifverträge abschließen kann.⁵ Sie unterliegt grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit der Berufsverbände und muss in der jeweiligen Satzung festgeschrieben werden.⁶

Um die Tarifizuständigkeit für den gesamten Postdienstleistungsbereich beanspruchen zu können, muss der Arbeitgeberverband Postdienste sämtlichen Unternehmen der Postdienstleistungsbranche für die Mitgliedschaft offen stehen. Zugleich muss er demokratisch organisiert sein – Mitglieder erster und zweiter Klasse kann es nicht geben.⁷

An der Erfüllung des letztgenannten Erfordernisses bestehen gewichtige Zweifel. Das Besondere an der Satzung des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V. ist, dass die Deutsche Post AG zumindest alle Entscheidungen, für die nach dem Gesetz nicht die qualifizierte Mehrheit einer Zweidrittelmehrheit erforderlich ist, alleine entscheiden könnte – sei es

⁵ Ständige Rspr., s. BAG v. 24.7.1990 - 1 ABR 46/89, AP zu Nr. 7 § 2 TVG Tarifizuständigkeit; BAG v. 12.12.1995 - 1 ABR 27/95, AP Nr. 8 zu § 2 TVG Tarifizuständigkeit; BAG v. 25.9.1996 - 1 ABR 4/96, AP Nr. 10 § 2 Tarifizuständigkeit; BAG v. 18.7.2006 - 1 ABR 36/05, Nr. 19 § 2 TVG Tarifizuständigkeit.

⁶ BAG v. 18.7.2006 - 1 ABR 36/05, Nr. 19 § 2 TVG Tarifizuständigkeit; siehe auch Wiedemann/Oetker TVG § 2 Rn. 64.

⁷ Zum Erfordernis der demokratischen Organisation einer Vertragspartei siehe Wiedemann/Oetker TVG § 2 Rn. 341 ff.

unmittelbar als Mitglied oder mittelbar durch die Bestimmung des Vorstandes. Denn die Mitgliedschaftsstimmrechte sind nach § 8 Abs. 9 der Satzung dahingehend abgestuft, dass die Stimmenzahl an die Beschäftigtenzahl des Unternehmens anknüpft. Selbst wenn die ganze Briefbranche dem Arbeitgeberverband beitreten würde (was illusorisch ist), hätte die Deutsche Post AG u.U. aufgrund ihrer hohen Beschäftigtenzahl immer noch die Mehrheit die Stimmen im Verband. Damit ist die Satzung des Verbandes darauf angelegt, dass die Deutsche Post AG alles entscheiden kann und auch bei jeglicher Änderung der Mitgliederstruktur in der Lage wäre, alles zu entscheiden und ihre Interessen notfalls gegen die der anderen Mitglieder (und das hieße im Falle des Beitritts der gesamten Branche: die Gesamtheit der Konkurrenten) unilateral durchzusetzen. Dies könnte nur durch eine Änderung der Satzung selber verhindert werden. Auch diese aber könnte ohne Zustimmung der Deutschen Post AG nicht beschlossen werden. Damit ist die Satzung des Arbeitgeberverbandes letztlich so ausgestaltet, dass ein Mitglied auf der Mitgliederversammlung alleine entscheiden kann und dass ein Mitglied alleine den Vorstand bestimmen kann. Dem entspricht es, dass zurzeit ein ehemaliger Vorstand der Deutschen Post AG den Verband führt. Den Anforderungen an die demokratische Struktur eines Arbeitgeberverbandes kann dies schwerlich genügen. Zwar geht die herrschende Meinung davon aus, dass eine Stimmgewichtung, die sich an der Zahl der Arbeitsplätze, der Lohn- und Gehaltsstruktur oder den Beitrag der Mitglieder orientiert, zulässig ist.⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass einer linearen Staffelung wie hier, die zudem auf einen von monopolistischen Residualstrukturen geprägten Markt bezogen ist, ein Freibrief erteilt wäre. So wird darauf hingewiesen, dass das in den Arbeitgeberkoalitionen vertretene unternehmerische Eigentum eine eigene grundrechtsentfaltende Funktion hat. Der Gefahr, dass ein Abstimmungsmodus nach Unternehmensgröße kleinere Mitglieder übermäßig majorisiert, muss vorgebeugt werden. Nur wenn für solche Grundrechtsträger die individuelle Koalitionsfreiheit im Verband durch satzungsrechtlichen Minderheitenschutz, durch besondere Abstimmungsverfahren in existenziellen Fragen (Veto-Position oder Entscheidungen nach Köpfen) sowie durch Kommunikationsgrundrechte der Informations-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit speziell befestigt ist, ist die Verbandsstruktur mit Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar – und damit tariffähig.⁹ „Gehören einer Koalition verschiedene Mitgliedergruppen mit spezifischen Gruppeninteressen an, so müssen die Gruppen die Möglichkeit haben, bei

⁸ S. *Däubler/Peter*, TVG § 2 Rn. 117; *Kempen/Zachert/Stein*, TVG § 2 Rn. 114; *Löwisch/Rieble*, TVG § 2 Rn. 22; unklar soweit *Wiedemann/Oetker*, TVG § 2 Rn. 342.

⁹ *Kempen/Zachert/Stein*, TVG § 2 Rn 114.

der Formulierung von Tarifzielen mitzuwirken.“¹⁰ Minderheitenschutz ist notwendige Voraussetzung der Tariffähigkeit.¹¹ Vom Erfordernis demokratischer Struktur bliebe wenig übrig, wenn man eine Satzung zuließe, die einem Mitglied alleine alle Entscheidungskompetenzen zubilligt, weil sie ihm die Mehrheit der Stimmen per Satzungsgestaltung zuspricht.

Festzuhalten ist, dass die Gründung eines Arbeitgeberverbands unter maßgeblicher Beteiligung der Deutschen Post AG noch keine hinreichende Voraussetzung für die Erstreckung der die Deutsche Post AG bindenden Tarifverträge auf Konkurrenzunternehmen ist. Erforderlich ist vielmehr eine wirkliche Öffnung des Arbeitgeberverbands auch für andere, nicht konzernangehörige Arbeitgeber, denen ausreichende Mitgestaltungsmöglichkeiten (Minderheitenschutz innerhalb des Verbandes) eingeräumt werden müssen. Stimmrechtsdifferenzierungen nach Maßgabe der Betriebsgröße bedürfen der Rechtfertigung und sind nur innerhalb des erwähnten Rahmens zulässig. Andernfalls ist ein Arbeitgeberverband nicht demokratisch organisiert und damit nicht tariffähig.¹²

bb) Anforderungen an den Tarifvertrag selbst

Für allgemeinverbindlich erklärt werden kann gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG ein Tarifvertrag nur dann, wenn „die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen“. Die 50 %-Grenze wird teils aus dem Gleichheitssatz, teils aus dem Demokratieprinzip (bzw. dem dem Grundsatz der Repräsentativität) abgeleitet.¹³ In jedem Fall kommt es nicht auf die Größe der Unternehmen, sondern auf die Zahl der Arbeitnehmer an, die (1) im tarifgebundenen Betrieb arbeiten und (2) in den betrieblich-branchenmäßigen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Sie muss sich mindestens auf die Hälfte der Gesamtzahl der in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer summieren.

Rein formal scheint dieses Erfordernis auf den ersten Blick erfüllt: Die Deutsche Post AG beschäftigt weit mehr als 50% der Arbeitnehmer im Postdienstleistungsbereich, womit allein durch ihre Beteiligung im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband die Voraussetzung für

¹⁰ Löwisch/Rieble, TVG § 2 Rn. 33.

¹¹ S. dazu Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I S. 402 auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

¹² S. für alle Wiedemann/Oetker, § 2 Rnr. 341 ff. m.w.N..

¹³ Nachweise bei Zachert, NZA 2003, S. 132,134; s. auch Wiedemann/Wank, TVG § 5 Rn. 64 b.

eine Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt erscheint. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass gerade die Deutsche Post AG an den Verbandstarifvertrag so lange nicht gebunden ist, wie der für sie geltende Firmentarifvertrag Wirkung zeitigt. Hält sie an einem eigenständigen Firmentarifvertrag fest, ist sie an den Verbandstarifvertrag insoweit nicht gebunden. Denn nach dem allgemeiner Auffassung entsprechenden Spezialitätsprinzip verdrängt ein Firmentarifvertrag den Verbandstarifvertrag als sachnäherer Tarifvertrag. (Das strittige Prinzip der Tarifeinheit, wonach auch die Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften innerhalb eines Betriebes zugunsten des speziellen aufgelöst werden müssen, braucht hier nicht bemüht zu werden, denn der Tarifpartner der Deutschen Post AG ist auch der ihres Arbeitgeberverbandes.) Damit entspricht es allgemeiner Meinung und vielfach bestätigter Rechtsprechung, dass die Deutsche Post AG und ihre Arbeitnehmer allein an den Firmentarifvertrag, nicht jedoch an den Verbandstarifvertrag gebunden werden. Damit aber wird der Verbandstarifvertrag nur in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht die 50 % Grenze überschreiten, würden doch die Arbeitnehmer seiner Mitglieder ohne die Arbeitnehmer der Deutschen Post AG sicherlich nicht mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer innerhalb der Postdienstleistungsbranche ausmachen. Was für allgemeinverbindlich erklärt würde, wäre ein „Phantom-Tarifvertrag“, der nur scheinbar branchenrepräsentativ ist, von dessen Regeln bis zur Allgemeinverbindlichkeit aber in Wahrheit nur sehr wenige Arbeitnehmer erfasst würden. Dies konterkariert den Grundgedanken der Allgemeinverbindlicherklärung, dass einen Tarifvertrag nur dann auf nicht tarifgebundene Unternehmen erstreckt werden darf, wenn er sich am Arbeitsmarkt durchgesetzt hat und ein mehrheitlich angewandtes Modell darstellt. Fehlt es daran, ist er in Wahrheit nicht akzeptiert, und die darin festgeschriebenen Arbeitsbedingungen sind im Rechtssinne des § 5 TVG nicht zumutbar.¹⁴ Das 50 %-Quorum des § 5 TVG ist damit nicht erreicht. Diese rechtliche Hürde wird allerdings nur so lange Bestand haben, wie der Firmentarifvertrag der Deutschen Post AG in Geltung ist. (Wollte man – anders als hier für richtig gehalten wird – eine rein formale Betrachtung anstellen, würde der Umstand, dass der Branchentarifvertrag für die Deutsche Post AG keine Wirkung zeitigt, zumindest als ein solcher angesehen werden müssen, der das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung ausschließt.)

b) Antrag einer Tarifvertragspartei und Einvernehmen mit dem Ausschuss

¹⁴ S. Löwisch/Rieble, TVG § 5 Rn. 41.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist weiterhin erforderlich, dass wenigstens eine Tarifvertragspartei – also die Gewerkschaft oder der Arbeitgeberverband – die Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags beantragt und über seine Allgemeinverbindlicherklärung Einvernehmen mit einem von den Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer paritätisch besetzten Ausschuss (dem Tarifausschuss) besteht. Der Tarifausschuss wird beim Bundesminister für Arbeit und Soziales gemäß § 1 DVO gebildet. Dazu werden als Mitglieder je drei Vertreter der Spitzenorganisationen der Verbände und der Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestellt (§ 2 Abs. 2 TVG und § 2 DVO); in der Regel sind dies Funktionäre oder sonstige Vertreter dieser Organisation. Die DGB-Vertreter werden sich sicherlich nicht einem Antrag von ver.di verschließen. Ob die Arbeitgeberseite hier ihre Zustimmung verweigert, bleibt abzuwarten.

c) Öffentliches Interesse

Eine weitere beachtliche Hürde für die Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags nach § 5 TVG könnte im Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Tariferstreckung liegen. Es muss sich auf eine Erstreckung des bei den Unternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste bestehenden Entgelt-niveaus beziehen. Für die Bestimmung des öffentlichen Interesses kommt es entscheidend auf verfassungsrechtliche Wertungen an.

aa) Der – nur unscharf konturierte – Begriff des öffentlichen Interesses

Beim „öffentlichen Interesse“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, mit dem nach ständiger Rechtsprechung des BAG und des BVerwG und der herrschenden Literatur der zuständigen Behörde ein Beurteilungsspielraum und in der Folge ein weites normatives Ermessen eingeräumt werden. Die rechtlichen Grenzen sind erst dann überschritten, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung und der hiernach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen schlechthin unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.¹⁵ Wörtlich führt die, soweit ersichtlich, ausführlichste einschlägige Entscheidung des BAG¹⁶ aus:

¹⁵ Vgl. nur BVerwG v. 3.11.1988 – 7 C 115/86, AP Nr. 23 zu § 5 TVG; Däubler/Lakies, TVG, § 5 Rnr. 94 ff.

¹⁶ BAG v. 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, AP Nr. 25 zu § 5 TVG. Zustimmung LAG Berlin v. 15.9.1997 - 17 Sa 95/96, NZA-RR 1998, 309. S. auch BAG v. 22.10.2003 - 10 AZR 13/03, AP Nr 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung: „Die gesetzliche Vorschrift eröffnet damit der zuständigen Behörde einen außerordentlich weiten Beurteilungsspielraum. Eine gerichtliche Überprüfung kommt deshalb nur insoweit in Betracht, als der Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen sind. Dies folgt zum einen daraus, dass nach dem Gesetzeswortlaut ein

„[Es] ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 3. November 1988 - 7 C 115.86 - DB 1989, 529 = SAE 1989, 237 mit zust. Anm. Wolf) der zuständigen Behörde ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen. Eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung kommt nur insoweit in Betracht, als der Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen sind (BAGE 31, 241, 251 = AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BAGE 27, 175, 185 = AP Nr. 29 zu § 2 TVG; BAGE 17, 59, 70 = AP Nr. 12 zu § 5 TVG). ... Bereits im Urteil vom 12. Oktober 1988 (- 4 AZR 244/88 -, nicht veröffentlicht; vgl. auch Urteil vom 15. Februar 1989 - 4 AZR 499/88 -, nicht veröffentlicht) hat der Senat hervorgehoben, daß "ein außerordentlich weiter Beurteilungsspielraum der staatlichen Behörden" bei der Prüfung des öffentlichen Interesses besteht Wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung in § 5 TVG und der hiernach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen schlechterdings unvertretbar und unverhältnismäßig ist, wäre das ein Fall der Überschreitung des Ermessensspielraums ... Dementsprechend räumt auch das Bundesverfassungsgericht der zuständigen Behörde bei der Entscheidung der Allgemeinverbindlicherklärung ausdrücklich ein "eigenes pflichtgemäßes Ermessen" ein (BVerfGE 44, 322, 344 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG). Da das öffentliche Interesse nur geboten erscheinen muß, ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, daß die Anwendung dieses Begriffes nur in beschränktem Umfang gerichtlich überprüfbar ist. Hinzu kommt, daß jeder Allgemeinverbindlicherklärung ein Verfahren vorausgeht, in dem die Betroffenen gehört werden und in dem ein eigener Tarifausschuß der Allgemeinverbindlicherklärung im voraus zustimmen muß. Diese verfahrensmäßige Absicherung der Interessenabwägung ist ein ausreichender Schutz, um dem für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Minister einen entsprechenden Beurteilungsspielraum einzuräumen, der eine noch weitergehende gerichtliche Kontrolle nicht mehr notwendig macht (Senatsurteile vom 12. Oktober 1988 - 4 AZR 244/88 -, nicht veröffentlicht und vom 15. Februar 1989 - 4 AZR 499/88 -, nicht veröffentlicht; ebenso Wiedemann, RdA 1987, 262, 267; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, 2. Aufl., § 5 Rz 29).“

§ 5 TVG ist eine sog. Koppelungsvorschrift: An dem auf Tatbestandsseite angesiedelten Begriff des „öffentlichen Interesses“, das hier einem weit gezogenen Beurteilungsspielraum unterliegt, hängt die Zulässigkeit einer Ermessensentscheidung (Allgemeinverbindlicherklärung) als Rechtsfolge. Da das wesentliche Kriterium des öffentlichen Interesses bereits im Tatbestand enthalten ist, steht es im Mittelpunkt der – aufgrund des durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Erkenntnisvorrangs der Tarifvertragsparteien und des beteiligten Ministers nur eingeschränkt möglichen – rechtlichen Kontrolle. Sie muss sich hier, wie dargelegt, auf die Frage beschränken, ob die Entscheidung

öffentliches Interesse nur "geboten erscheinen" muss. Zum anderen bietet die verfahrensmäßige Absicherung der Interessenabwägung eine ausreichende Gewähr dafür, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde ihren kraft Gesetzes weiten Beurteilungsspielraum sachgemäß nutzt.“

für eine Allgemeinverbindlicherklärung angesichts evidentenmaßen entgegenstehender Belange schlechthin unvertretbar erscheint.

Das öffentliche Interesse zu bestimmen oder zu beschreiben, ist bislang für § 5 TVG nur eingeschränkt geglückt.¹⁷ Resigniert stellt *Gamillscheg* fest: „Was das öffentliche Interesse gebietet, ist freilich wenig klar; eine Begriffsbestimmung, die auch nur einen Kern herausgeschält hätte, ist bisher nicht vorgelegt worden“.¹⁸ Die Verwaltungspraxis hat ein öffentliches Interesse in der Vergangenheit bejaht, wenn ohne eine Allgemeinverbindlicherklärung eine Aushöhlung des Tarifvertrages droht, wenn allen Arbeitnehmern Mindestarbeitsbedingungen gewährleistet werden sollen oder ein gesetzgeberisches Interesse nachvollzogen wird.¹⁹ Darüber hinausgehende Festlegungen fehlen.

Dennoch haben sich in der Rechtslehre typische, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung meist rezipierte Konstellationen herausgebildet, bei denen das öffentliche Interesse bejaht wird, so dass sich eine gewisse Kontinuität bei der Auslegung der Vorschrift herausgebildet hat. Danach wird das öffentliche Interesse im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG in folgenden Fällen bejaht.

- Das *BVerfG* nennt in seiner Grundsatzentscheidung von 1977 an erster Stelle die bereits angesprochene *Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung des Tarifvertrags*. Um die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abzustützen, soll den Normen des Tarifvertrags zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werden.²⁰ Gleichrangig geht es um das Interesse, den Außenseitern *angemessene Arbeitsbedingungen* zu sichern²¹ und – wie verbreitet zu lesen ist – auf diese Weise Lohndrückerei und so genannte Schmutzkonkurrenz zu beseitigen.²² Das *OVG Berlin* fasst in einer sehr frühen Entscheidung diese beiden ersten Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung wie

¹⁷ Außerhalb des Arbeitsrechts ist man freilich nicht klüger, s. *Haerberle*, Öffentliches Interesse als juristische Person, 2006; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999.

¹⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 893.

¹⁹ Vgl. *Wiedemann/Wank*, TVG, § 5 Rn 69. Siehe ausführlich auch *Zachert*, NZA 2003, 132, 135ff.

²⁰ BVerfG v. 24.5.1977 - 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (325, 342) = NJW 1977, 2255.

²¹ BVerfG v. 24.5.1977 - 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (325) = NJW 1977, 2255.

²² BAG v. 12. 10. 1989 - 4 AZR 244/88, ZTR 1988, 108 (109); OVG Berlin v. 15. 3. 1957 - OVG II B 52.56, AP Nr. 3 zu § 5 TVG. Vehement und zu Recht hiergegen *Löwisch/Rieble*, TVG, § 5 Rnr. 8.

folgt zusammen: Sie liege im öffentlichen Interesse, wenn ein allgemeines Bedürfnis bestehe, gleichartige, dauerhafte und angemessene soziale Arbeitsbedingungen durchzusetzen, den Arbeitsfrieden zu sichern sowie Lohndrückerei und einen nicht tragbaren, von einer widerstrebenden Minderheit bewirkten unlauteren Wettbewerb (Schmutzkonzurrenz) zu beseitigen, durch den unbillige, d.h. weder sittlich noch wirtschaftlich gerechtfertigte Vorteile erlangt werden. Außerdem solle verhindert werden, dass das Tarifgefüge erschüttert wird.²³ Weder Einigkeit noch Eindeutigkeit bestehen hinsichtlich der Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung (auch) mit *Konkurrenzerwägungen im Verhältnis der Arbeitgeber* untereinander begründet werden kann. Das BAG lehnt dies jedoch überwiegend und zu Recht ab.²⁴

- Ein öffentliches Interesse wird in besonderem Maße für gegeben gehalten, wenn mit der Allgemeinverbindlicherklärung konkreten *Zielvorstellungen des Gesetzgebers* entsprochen wird, etwa bei betrieblichen Alters-(Vorruhestand) und Invalidenrentensystemen.²⁵
- Ferner liegt es im öffentlichen Interesse, die Funktionsfähigkeit von tariflichen Einrichtungen zu gewährleisten, die sich praktisch bewährt haben, vor allem *Gemeinsame Einrichtungen* nach § 4 Abs. 2 TVG.²⁶
- Umstritten ist, ob das öffentliche Interesse immer schon dann (*automatisch*) zu *bejahen* ist, wenn die anerkannten Kriterien vorliegen (weiter Ansatz),²⁷ oder ob *zusätzliche Gesichtspunkte*, vor allem arbeitsmarktpolitische Aspekte, zu berücksichtigen sind, um diesem Kriterium Rechnung zu tragen.²⁸

bb) Folgerungen

Was folgt daraus für das hier zu betrachtende Szenario? Es geht um die Frage, ob (1) an der Festschreibung von Mindestarbeitsbedingungen für die gesamte Branche ein öffentliches

²³ OVG Berlin v. 15.3.1957 - OVG II B 52.56, AP Nr. 3 zu § 5 TVG.

²⁴ BAG v. 4.5.1977 - 4 AZR 10/76, AP Nr. 30 zu § 1 Tarifverträge Bau; BAG v. 24.1.1979 - 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; wohl auch BAG v. 12. 10. 1988 - 4 AZR 244/88, ZTR 1989, 108 (109).

²⁵ BAG v. 28.3.1990 - 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 = AP Nr. 25 zu § 5 TVG; BVerfG v. 10.9.1991 - 1 BvR 561/89, NZA 1992, 125 = AP Nr. 27 zu § 5 TVG.

²⁶ Vgl. BAG v. 24.1.1979 - 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG und BAG v. 28.3.1990 - 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781.

²⁷ So die gewerkschaftsnahe Literatur: *Aigner*, DB 1994, 2544; *Däubler*, Festschrift Kehrman (1997), S. 281, 289.

²⁸ MünchHandbArbR-Löwisch/Rieble, § 268 Rdnr. 82; vgl. auch BVerwG v. 3.11.1998 - 7 C 115.86, AP Nr. 23 zu § 5 TVG = BVerwGE 80, 355: „Sonstige öffentliche Interessen, etwa arbeitsmarkt- und sozialpolitische Erwägungen“.

Interesse besteht und (2) die Einschätzung seines Bestehens oder Nichtbestehens durch Tarifpartei(en) und Minister extern, d.h. insbesondere: gerichtlich, überprüfbar ist. Vordergründig entspricht die Erstreckung dem sozialpolitischen Hauptzweck des § 5 TVG, wonach Arbeitnehmer, die nicht kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit geschützt werden, davor bewahrt werden sollen, zu sozial nicht vertretbaren Bedingungen arbeiten zu müssen.²⁹ Durch die Allgemeinverbindlicherklärung eines Entgelttarifvertrages kann allen eine angemessene Vergütung im Sinne einer Sicherung des Existenzminimums verschafft werden. Ein sozialer Notstand ist nicht einmal erforderlich, wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 5 Abs. 1 S. 2 TVG ergibt. Neben den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern sind aber auch die nach § 3 TVG tarifgebundenen Arbeitgeber geschützt. Sie sollen gegen „Schmutzkonzurrenz“ durch Konkurrenten, die unangemessen niedrige Löhne zahlen, gefeit sein. Allerdings ist einzuschränken, dass der Schutz vor „Dumpingwettbewerb“ allein das öffentliche Interesse noch nicht begründen kann.³⁰ Die wettbewerbliche Dimension ist nur als Kehrseite des Arbeitnehmerschutzes von Bedeutung,³¹ Mit anderen Worten: „Anständige“ Arbeitnehmer sollen nicht durch „Lohndrücker“ um ihren Arbeitsplatz gebracht werden. Grenzenlos ist das hieraus folgende öffentliche Interesse aber nicht: Je gewichtiger die Einschränkung des Wettbewerbs durch Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen ist, desto strengere Maßstäbe sind an ihre Rechtfertigung zu stellen.

Insoweit erscheint es fraglich, ob die Erstreckung der bei der Deutschen Post AG gezahlten vergleichsweise hohen Löhne, an denen sich auch die Lohnhöhe in dem Tarifvertrag des von der Deutschen Post AG dominierten Arbeitgeberverbandes orientiert, auf die gesamte Branche durch ein öffentliches Interesse geboten ist. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund, dass der Postdienstleistungsmarkt durch eine überragende Marktstellung der Deutschen Post AG gekennzeichnet ist, die durch die Allgemeinverbindlicherklärung zementiert werden könnte, sondern folgt auch daraus, dass diese Marktstellung nicht allein aus eigener Leistung rekrutiert, sondern in wesentlichem Umfang Residuum eines vormaligen rechtlichen Monopols ist und überdies durch wettbewerbsbeschränkende Privilegien (Exklusivlizenz in Teilen des Briefzustellungsmarktes nach § 51 PostG, möglicherweise auch qua Umsatzsteuerbefreiung im wegen Universaldienstleistungsverpflichtungen) auch künstlich

²⁹ Den Schutz von Außenseitern vor unangemessenen Arbeitsbedingungen sieht auch das BVerfG als ein Ziel des § 5 TVG an: BVerfG v. 24.5.1977 - 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

³⁰ Wiedemann/Wank, TVG, § 5 Rn 5. Allgemein zurückhaltend gegenüber wettbewerblichen Argumenten BAG v. 24.1.1979 - 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG.

³¹ Schlachter, BB 1987, 758, 759.

aufrecht erhalten wird. Ein öffentliches Interesse, einen ehemaligen Monopolisten, der gerade aufgrund seiner (ehemaligen) Monopolstellung marktunabhängige Löhne zahlen konnte, vor Wettbewerbsdruck zu schützen, kann sicherlich nicht bestehen. Generell dürfte auch kein öffentliches Interesse daran bestehen, branchentypisch hohe Löhne, die weit über dem Existenzminimum liegen, auf die gesamte Branche zu übertragen. Schon *Nikisch*³² stellte vor nun fast 50 Jahren fest, dass „überhöhte Lohnforderungen“ die Verneinung des öffentlichen Interesses erzwingen; daran hat sich bis heute nichts geändert.

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

Dies wird noch deutlicher, wenn die Struktur der Branche betrachtet wird: Wenn es nur ein Arbeitgeber ist, der erhöhte Löhne zahlt, viele andere Arbeitgeber aber niedrigere, dann besteht eine Vermutung dafür, dass die angemessenen Löhne nicht vom marktbeherrschenden Arbeitgeber gezahlt werden. Dies wird durch die Ratio legis bestätigt: Grundlage der Tarifierstreckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindungen für die Arbeitnehmermehrheit auch einer Minderheit der Arbeitgeber zugemutet werden können. Es ist gerade nicht gewollt, dass „eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellungen aufdrängt“.³³ In der Postdienstleistungsbranche besteht aber die Besonderheit (die in den anderen Branchen, die in das AEntG überführt werden sollen, nicht vorliegt), dass das 50 %-Quorum der Tarifierfassung eben nicht durch die Mehrzahl der Arbeitgeber der Branche überschritten wird, sondern allein durch einen Arbeitgeber. Wo ein Lohn nur von einem Arbeitgeber oder einigen wenigen unter ihnen gezahlt wird (und gezahlt werden kann), ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, ihn der Mehrheit zu oktroyieren. Es gibt keinen Grund zur Annahme, gerade die Minderheit der Arbeitgeber habe den richtigen, marktadäquaten Lohn gefunden, nur weil sie die Mehrheit der Arbeitnehmer repräsentiert. Andernfalls könnte ein aus anderen Gründen finanziell potenter Arbeitgeber durch überdurchschnittlich hohe Löhne zunächst die Mehrzahl der Arbeitnehmer an sich ziehen und über die Allgemeinverbindlicherklärung des für ihn geltenden Tarifvertrags die Konkurrenten letztlich ausbooten.

³² *Nikisch*, Arbeitsrecht II, 2. Aufl. 1959, S. 505.

³³ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 982.

Das Gesagte gilt umso mehr, als in der Postdienstleisterbranche der Unterschied zwischen dem Entgelt des einen marktbeherrschenden Unternehmens und dem Durchschnitt der übrigen Unternehmen erheblich ist. Wenn kein anderes der Konkurrenzunternehmen die vergleichsweise hohen Entgelte der Deutschen Post AG zahlt, dann liegt die Vermutung nahe, dass diese Entgeltstrukturen sich nicht aus dem Markt heraus rechtfertigen lassen, sondern durch das Herkommen als ehemaliges öffentlich-rechtliches Sondervermögen des Bundes und die Einbindung in den öffentlichen Dienst erklärbar wird. Genauso wie die Deutsche Telekom AG Entgelte zahlt, die erheblich über dem Branchendurchschnitt liegen, und deshalb nun die Notwendigkeit gesehen hat, große Teile der Belegschaft in neue, für die Arbeitnehmer deutlich ungünstigere Tarifstrukturen zu überführen, liegen die Dinge bei der Deutschen Post AG: Die günstige Vergütung ist Resultat langjähriger Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst, die erstens zum Teil unter Monopolbedingungen und zweitens nicht branchenspezifisch in Ansehung der Postdienstleistungsbranche geführt wurden, die drittens auch aus der günstigen Beamtenbesoldung, die für viele Mitarbeiter der Deutschen Bundespost maßgeblich war, erwachsen sind. Sind die Tarifverträge der Deutschen Post AG zwar in der Folgezeit vielfach abgeändert worden, so bleibt das Verhandlungsniveau, von dem man aus verhandelte, doch unverkennbar ein Erbe des öffentlichen Dienstes, zu dem die Mitarbeiter des Unternehmens seit Einführung der Art. 87f und 143b GG und Änderung des Art. 87 Abs. 1 GG nicht mehr zählen.³⁴ Der für die Deutsche Post AG geltende Tarifvertrag ist aufgrund seines Ursprungs im öffentlichen Dienst der gesamten Branche in vielen Elementen wesensfremd; die ganze Branche an ihn zu binden, ist funktional verfehlt und auch deshalb nicht öffentlich geboten. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die Beteiligung weniger weiterer mittelständischer Unternehmen im Arbeitgeberverband Postdienste hieran Grundsätzliches zu ändern vermag.

Die Gründe, ein öffentliches Interesse zu verneinen, sind also unabhängig von verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen, auf die noch einzugehen sein wird, zahlreich: Mag auch allgemein die Kartellwirkung der Allgemeinverbindlichkeit hinzunehmen sein, so wird sie problematisch, wo in einem noch jungen Markt überkommene Monopolstellungen gefestigt würden. Ist in einer Branche Wettbewerb erstmal wirksam etabliert, dann kann eine Allgemeinverbindlicherklärung eher akzeptiert werden, als wenn sich der Wettbewerb erst langsam bildet. Wettbewerb liegt im öffentlichen Interesse – nicht seine Verhinderung. Dies

³⁴ Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 305 („Deadadministration“); aus der Kommentarliteratur statt vieler *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87e Rn. 45 ff. m.w.N.

gilt besonders für den Postdienstleistungssektor, der gerade um der Herstellung von Wettbewerb willen demonopolisiert worden ist. Dabei müssen kartellrechtliche Wertungen berücksichtigt werden: Als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne der § 19 GWB, Art. 82 EG ist die Deutsche Post AG stark genug, ihrer Konditionen anderen Unternehmen faktisch zu diktieren. Gerade deswegen unterliegt sie einer besonderen Verantwortung, der nicht marktbeherrschende Unternehmen nicht unterworfen sind, den Wettbewerb nicht durch Maßnahmen, die nicht ausschließlich auf eigener Leistung beruhen und auf den Ausbau der Marktstellung zu Lasten der Konkurrenten gerichtet sind, zu beeinträchtigen. Genau dies geschieht, noch dazu mit Hilfe des Staates, durch Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags, den das marktbeherrschende Unternehmen mit beschlossen hat. Was ihm allein sogar Schwierigkeiten bereitet hätte, nämlich die Konkurrenten faktisch zur Annahme der Bedingungen zu zwingen, übernimmt der Staat durch die Allgemeinverbindlicherklärung. Die Folge ist genau diejenige, die das Kartellrecht zu verhindern trachtet: der Ausbau einer monopolähnlichen Marktstellung mit Mitteln, die nicht auf eigener Leistung beruhen. Diese kartellrechtliche Wertung schlägt – wie noch an anderer Stelle zu belegen sein wird – auch auf den Begriff des öffentlichen Interesses in § 5 TVG zurück.

Bereits diese Erwägungen lassen erkennen, dass ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlichkeit fehlt. Es bleibt die Frage, ob dieses Fehlen vor Gericht beanstandet werden könnte oder insoweit der Beurteilungsspielraum der Tarifparteien und des Ministers Beachtung finden muss. Grundsätzlich ist die Wertungsentscheidung, wie erwähnt, nur in Grenzen überprüfbar; dies ändert sich jedoch, wenn sie allgemein anerkannte Maßstäbe und Erkenntnisse außer Acht lässt.³⁵ Dazu gehört insbesondere, dass sich eine Allgemeinverbindlicherklärung offenkundig kontraproduktiv auf die Wettbewerbsstrukturen auswirkt. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, findet ein Beurteilungsspielraum doch in jedem Fall seine Grenze, wo die Allgemeinverbindlicherklärung verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen widerstreitet. Durch Beurteilungsspielräume darf ein wirkungsvoller Grundrechtsschutz nicht unterbunden werden.³⁶ Daher ist es erforderlich, diese in die hier angestellte Betrachtung einzubeziehen.

cc) Verfassungsrechtliche Bestätigung

³⁵ Vgl. BVerfGE 84, 34, 53 f.; aus dem Schrifttum statt vieler *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 40 Rn. 223.

³⁶ BVerfG, a.a.O.

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des öffentlichen Interesses muss im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vorgenommen werden. Insoweit stellen diese Rechtsbegriffe die „Einfallstore“ (*Dürig*) für verfassungsrechtliche und zunehmend auch europarechtliche Grundentscheidungen dar. Eine solche Grundentscheidung des europäischen und des deutschen Gesetzgebers ist für die Liberalisierung der Postmärkte und die Privatisierung der Deutschen Post AG getroffen worden.³⁷ Das Gemeinschaftsrecht hat die Öffnung der vormals weitgehend monopolisierten Postdienstleistungsmärkte auch deshalb erzwungen, weil mehr Wettbewerb auf diesen Märkten eine Verbesserung der Versorgung mit Postdienstleistungen bei sinkenden Preisen nach sich zieht. Diese Erwartung hat sich für die Bereiche, in denen die Dienstleistungsmonopole aufgehoben worden sind, auch erfüllt.³⁸ Nicht nur deswegen kann eine Allgemeinverbindlicherklärung, die einen faktischen Trend zurück zum Monopol bestärkt, vor dem öffentlichen Interesse keinen Bestand haben. Das Verbot der Umkehrung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zugunsten des Wettbewerbs auf den Postdienstleistungsmärkten ist auch in verschiedener Weise verfassungsrechtlich verankert:

- Nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG werden Postdienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangene Deutsche Post AG und durch andere private Anbieter erbracht. Damit ist die marktwirtschaftliche Struktur im Postdienstleistungswesen verfassungskräftig festgeschrieben.³⁹ Die Abkehr vom einstigen Monopol kann nur in der Weise vollzogen werden, dass ein rechtliches und wirtschaftliches Umfeld geschaffen wird, in dem private Konkurrenzunternehmen der Deutschen Post AG (wenn auch nicht des einzelnen Unternehmens) prosperieren können. Dabei nimmt er bewusst in Kauf, dass der Deutsche Post AG Marktanteile verloren gehen können; denn Residuum einstiger rechtlich begründeter Monopole ist zunächst ein faktisches Monopol oder zumindest ein wettbewerblicher Vorsprung vor Konkurrenten, die sich ihren Platz auf dem Markt noch erobern müssen. Teile des Schrifttums⁴⁰ gehen so weit, die Beibehaltung faktischer Vorzüge, die aus früheren

³⁷ Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 87f Rn. 3.

³⁸ Zum bereits 1997 voll entmonopolisierten Telekommunikationsmarkt als „Wachstumslokomotive“ der Inlandswirtschaft vgl. Tätigkeitsbericht 2004/5 der Bundesnetzagentur (Näheres unter http://www.bundesnetzagentur.de/enid/60f3d3a21ae59e7046b5aef60c05050,0/Archiv_Pressemitteilungen/PM_2_5_-_Okt_-Dez_2fr.html#6314).

³⁹ *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 87f Rn. 25, 27 („offener und freier Wettbewerb“).

⁴⁰ Exemplarisch *Andresen*, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen, 2003.

Monopolen herrühren, als Wettbewerbsverstoß zu betrachten. Selbst wenn man diese Auffassung nicht zu teilen bereit ist, darf der Gesetzgeber doch die Deutsche Post AG auch nicht faktisch begünstigen, indem er trotz formaler Gleichbehandlung Marktbedingungen schafft, zulässt oder fördert, welche die Existenz „anderer privater Anbieter“ gefährden können. Wenn überhaupt, ist eine „asymmetrische Regulierung“ zu Lasten der Deutsche Post AG zulässig, da die dadurch bewirkte Erhöhung der Zahl der Marktteilnehmer dem Ziel des Art. 87e Abs. 2 S. 1 GG entspricht. Nach hier vertretener Auffassung⁴¹ war bereits die Verlängerung der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutsche Post AG für bestimmte Brieftransporte bis zum Ende des Jahres 2007 verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrig, da die „Übergangszeit“ des Art. 143b Abs. 2 S. 1 GG nicht im Ermessen des Gesetzgebers steht, sondern von sachlichen Notwendigkeiten bestimmt ist. Das *BVerfG* hat sich dieser Ansicht zwar im Ergebnis nicht angeschlossen, in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung der Exklusivlizenz⁴² aber klargestellt, dass die Übergangsregelung nur verfassungskonform sei, wenn sie die verfolgten Ziele (insbesondere die aus Art. 87f Abs. 1 GG) auch erreichen könne; insbesondere dürfe „nicht eine Lage entstehen, bei der die in Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG vorgesehene Ordnung der übrigen privatwirtschaftlichen Dienstleistungen gestört wird oder die in Art. 87f Abs. 1 GG gewährleisteten Dienstleistungen nicht erbracht werden können.“

Die Deutsche Post AG hat sich, geschützt durch die Einkünfte des Briefmonopols, erfolgreich an der Börse etablieren und mit dem ihr zugeflossenen Kapital ihre Marktposition international festigen können (Deutsche Post World Net).⁴³ Von einer Erosion zugunsten privater Anbieter kann kaum die Rede sein, eher von einer Zementierung der vorgefundenen Marktstrukturen. Wenn der Gesetzgeber das Monopol Ende 2007 auslaufen lässt, tut er – spätestens jetzt – das verfassungsrechtlich Gebotene; ein Fortbestand des Monopols würde die vom *BVerfG* für beachtlich gehaltene „Ordnung der übrigen privatwirtschaftlichen Dienstleistungen“ beeinträchtigen. Insbesondere darf der im Vergleich mit dem Telekommunikationswesen noch bescheidene Grad der Marktöffnung nicht dafür herangezogen werden zu argumentieren, nur bei einer starken Stellung der Deutsche Post AG könne der in Art. 87f Abs. 1 GG formulierte Infrastrukturauftrag erfüllt werden; dies würde die Grundentscheidung für die Marktöffnung pervertieren. Auch wenn das Briefmonopol

⁴¹ *Kämmerer*, DVBl 2001, 1705 ff..

⁴² *BVerfG* v. 7.10.2003 - 1 BvR 1712/01, *BVerfGE* 108, 370. Hierzu auch *Spätgens*, *EWiR* 2004, 451.

⁴³ S. die Selbstdarstellung in den Geschäftsberichten insb. der Jahre 2004 ff., abrufbar <http://investors.dpwn.de/de/investoren/publikationen/index.html>.

nicht mehr zur Diskussion steht, muss sich doch der Eindruck aufdrängen, dass die jetzt in der Diskussion befindliche Tarifregelung eine Schutzmaßnahme für die Deutsche Post AG ist, die gleichsam als Platzhalter an die Stelle des Briefmonopols tritt. Mit einer Tariferstreckung auf die oft wesentlich kleineren privaten Konkurrenten entfällt der Kostenvorteil, den diese der Deutsche Post AG bislang entgegensetzen konnten und mit dem sie den DP-immanenten Kostenvorteil des Residualmonopols im Briefbereich einigermaßen zu kompensieren vermochten. Der Wegfall beider Vorteile bedeutet aber gerade nicht Waffengleichheit im Wettbewerb. Denn die anderen privaten Anbieter haben bei gleichen Tarifbedingungen der Deutsche Post AG mit ihrem engmaschigen Netz wenig entgegenzusetzen. Dieses Netz aber entstammt nicht erfolgreichem Agieren am Markt, sondern ist ein Erbe früherer Monopolstrukturen. Art. 87f Abs. 1 GG gewährleistet nicht die Dienstleistungen eines flächendeckend aktiven Anbieters, sondern das flächendeckende Angebot von Dienstleistungen, und kann daher zur Rechtfertigung der Situation nicht herangezogen werden.

Insgesamt wohnt der geplanten Tariferstreckung eine klare Tendenz zur Remonopolisierung im Postdienstleistungssektor inne, die der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für ein marktwirtschaftliches System in Art. 87f Abs. 2 GG zuwiderläuft. Im Einklang mit dem öffentlichen Interesse, das als unbestimmter Gesetzesbegriff verfassungskonform auszulegen ist, steht sie nur, wenn andere verfassungsrechtliche Grundsätze in der Konkurrenz mit Art. 87f Abs. 2 GG Vorrang genießen. Insoweit kommt der aus dem Sozialstaatsgebot abzuleitende Schutz vor unangemessenen Arbeitsbedingungen (Lohndumping) in Betracht:⁴⁴ Insoweit allerdings fehlt es an der Erforderlichkeit der Regelung. Die Tariferstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung oder auch – alternativ – über die Regeln des Arbeitnehmerentsendegesetzes geht über das Ziel hinaus, unzureichende Löhne zu verhindern, indem sie eine völlige Angleichung zur Folge hat und damit Wettbewerbsbedingungen zu Lasten der meisten Unternehmen nivelliert. Im Übrigen besteht bereits eine gesetzliche Regelung, die solches Lohndumping untersagt: § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG schreibt die Versagung einer beantragten Lizenz für den Fall vor, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“. Geschieht dies zu einem späteren Zeitpunkt, kann die Lizenz widerrufen werden (§ 9 PostG i.V.m. § 49 VwVfG).

⁴⁴ S. hierzu *Kämmerer/Thüsing*, Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005, S. 52 f. So wird etwa auch die Verfassungskonformität des Mindestlohngesetzes in seiner jetzigen Form nicht mehr bestritten, BVerfG v. 27.4.1999 - 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271.

Im Ergebnis würde eine Allgemeinverbindlicherklärung ebenso wie die Anwendung des AEntG die Tarifbedingungen, die sich an denen der Deutschen Post AG orientieren, auf ihre Konkurrenten erstrecken. Diese Erstreckung kann nur erfolgen, weil die Deutsche Post AG das führende Unternehmen am Markt ist, und führend wiederum ist es nur, weil es seine Marktstellung in erheblichem Umfang früheren gesetzlichen Monopolen verdankt. Mit der Tarifierstreckung würde sich die Marktlage der privaten Konkurrenten im Widerspruch zu dem verschlechtern, worauf Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG abzielt: die Zerschlagung von Monopolstrukturen.

2. Folgen der Tarifierstreckung

Nur *disputando causa* ist auf die Rechtsfolgen einer Allgemeinverbindlicherklärung hinzuweisen. Sie erweitert die Tarifgebundenheit auf die nicht organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Branche. Die Rechtswirkungen des Tarifvertrags werden selber durch die Allgemeinverbindlichkeit nicht verändert: Seine Bestimmungen gelten weiterhin unmittelbar und zwingend, nur eben für einen größeren Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkreis. Wichtiger Unterschied gegenüber der Rechtswirkung einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG ist, dass im Hinblick auf die Kollision eines bestehenden Tarifvertrags mit dem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag die allgemeinen Kollisionsregelungen Anwendung finden. Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag geht damit nicht per se anderen Tarifverträgen vor.⁴⁵ Vielmehr gilt wiederum das Spezialitätsprinzip, so dass ein konkurrierender Firmentarifvertrag, unter Umständen auch ein konkurrierender Verbandstarifvertrag, dem allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag vorgeht. Letzteres gilt zumindest für diejenigen Stimmen in der Literatur, die generell einen Vorrang der mitgliedschaftlich legitimierten Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG gegenüber der nach § 5 TVG vertretenen.⁴⁶

II. Tarifierstreckung *de lege ferenda*: Erweiterung des AEntG

Das Hauptaugenmerk der Reform richtet sich auf das AEntG, das in den Möglichkeiten der Tarifierstreckung an die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anknüpft, in wichtigen

⁴⁵ Für alle: Wiedemann/Wank, TVG § 5 Rn. 146; aa. lediglich ehemals G. Müller, Betrieb 1989, S. 1970, 1972.

⁴⁶ So Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 146; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht S. 421; a.A. Wiedemann/Wank, TVG § 5 Rn. 146. S. hierzu auch Abschn. IV 1.

Punkt jedoch darüber hinausgeht. Auch das AEntG ermöglicht in § 1 Abs. 3a der Sache nach eine Allgemeinverbindlicherklärung in Gestalt der Tariferstreckung, die weniger strengen Vorgaben zu unterliegen scheint als die nach § 5 TVG, jedoch andererseits nur für bestimmte Branchen gilt. Insbesondere gilt es zu klären, ob durch Aufnahme von Postdienstleistungen in den Anwendungsbereich des AEntG der schwierige Rekurs auf das öffentliche Interesse in Zukunft entbehrlich wird.

1. Das System des AEntG *de lege lata*

Die Pläne, die Postdienste in das AEntG einzuschließen, müssen zunächst verwundern. Denn das AEntG zielt nach Geschichte, Telos und nach Maßgabe seiner bisherigen Gestaltung auf die Vermeidung von Billigkonkurrenz aus dem Ausland. Mit dem Gesetz verfolgte der deutsche Gesetzgeber ursprünglich das Ziel, die deutsche Bauwirtschaft vor ausländischer „Billigkonkurrenz“ zu schützen. Der Hintergrund ist eigentlich kollisionsrechtlich: Innerhalb des europäischen Binnenmarktes ermöglicht die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG Bauunternehmen aus dem europäischen Ausland, in Deutschland Aufträge anzunehmen und zu deren Durchführung auch eigenes, ausländisches Personal mitzubringen. Nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Arbeitsrechts (Art. 27 ff. EGBGB) fallen die Arbeitsverhältnisse der entsandten Arbeitnehmer unter das Recht des Herkunftsstaates. Dies hatte insbesondere zur Folge, dass nicht die allgemeinverbindlichen Tarifverträge der deutschen Bauwirtschaft mit ihren vergleichsweise hohen Mindestlöhnen angewandt werden mussten, sondern die entsandten Arbeitnehmer wesentlich geringere Löhne, die in ihren Herkunftsstaaten vereinbart worden waren, erhielten. Angesichts des hohen Lohnkostenanteils an den Gesamtkosten eines Bauwerks ist der Wettbewerbsvorteil ausländischer Unternehmen offensichtlich. Durch das AEntG wurden die Rechtsnormen deutscher allgemeinverbindlicher Tarifverträge zwingend auf die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer erstreckt – und so der Lohnkostenvorteil ausländischer Anbieter beschränkt. Ebenfalls im Jahr 1996 erkannte auch die Europäische Gemeinschaft die Handlungsnotwendigkeit und erließ die Entsende-Richtlinie 96/71/EG. Diese erfasst hinsichtlich einiger Gesichtspunkte alle Branchen, sieht aber besondere und strengere Regelungen für die Baubranche vor. Das AEntG dient seitdem also auch der Umsetzung zwingender europäischer Vorgaben und ist dementsprechend mehrfach angepasst worden.

Das Regelungsprinzip des AEntG und der RL 96/71/EG kann mit kurzen Worten so beschrieben werden, dass bestimmte Mindestarbeitsbedingungen auf die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer erstreckt werden – was eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nicht zu leisten vermag. Die Erstreckung betrifft insbesondere staatliche Normen, etwa zur Arbeitssicherheit und zum Mindesturlaub, die branchenunabhängig auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden, § 7 Abs. 1 AEntG. Würde für Deutschland also aufgrund Gesetzes ein Mindestlohn eingeführt, so würde – und müsste – dieser gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 AEntG auch für entsandte Arbeitnehmer gelten.

Wirtschaftlich bedeutsamer ist die Möglichkeit der Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen, die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind, vor allem tariflicher Löhne. Insofern werden – allerdings mit branchenspezifischen Beschränkungen – zunächst durch § 1 Abs. 1 S. 1 AEntG tarifliche Mindestlöhne (Nr. 1) und Mindesturlaub (Nr. 2) auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt. Diese Regelung galt ursprünglich nur für die Baubranche, wurde zum 1.7.2007 aber auf das Gebäudereiniger-Gewerbe erweitert. Voraussetzung der Erstreckung der tariflichen Mindestarbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 AEntG ist insbesondere, dass der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist (§ 5 TVG), was belegt, dass auf diesem Wege faktisch der personelle Anwendungsbereich eines solchen Tarifvertrags ausgedehnt werden soll. Die Erstreckung von Mindestlöhnen auf entsandte Arbeitnehmer erfolgt regelmäßig also in mehreren Stufen: Erstens muss überhaupt ein Tarifvertrag vorliegen. Dieser gilt zunächst einmal nur für die beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Zweitens muss der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden. Hierdurch werden gemäß § 5 Abs. 4 TVG auch nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien gebunden, allerdings nicht solche, auf die deutsches Recht grundsätzlich keine Anwendung findet. In einem dritten Schritt wird dann die Nichtanwendbarkeit des deutschen Rechts durch § 1 Abs. 1 S. 1 AEntG überwunden und die tariflichen Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt. Für den Postdienstleistungssektor, auf dem ausländische Anbieter bisher keine Rolle spielen, wäre eine Ergänzung des § 1 Abs. 1 AEntG um Postdienstleistungen ohne Belang, da die Allgemeinverbindlichkeit entsprechender Tarifverträge, um die es hier geht, von der Norm tatbestandlich bereits vorausgesetzt wird und nicht etwa Rechtsfolge ist.

Anders verhält es sich bei der Erstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG, der 1998 eingefügt wurde. Der Grund dafür war, dass – weil ursprünglich im AEntG nur die Erstreckung

allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf Entsendearbeitsverhältnisse vorgesehen war – die Festsetzung von Mindestlöhnen und Mindesturlaub im Baugewerbe vom Erfolg des Verfahrens nach § 5 TVG abhing. Da die betroffenen Arbeitgeberverbände eine starke Stellung in diesem Verfahren innehaben (vgl. § 5 Abs. 1 TVG: „Einvernehmen“ mit dem Tarifausschuss), können sie die Allgemeinverbindlichkeit faktisch torpedieren.⁴⁷ Der Gesetzgeber hielt es daher für notwendig, bestimmten Tarifnormen allgemeine Wirkung zu verleihen, ohne auf die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz zurückgreifen zu müssen. § 1 Abs. 3a AEntG ermächtigt den Bundesarbeitsminister seither, per Rechtsverordnung (Art. 80 GG) die Normen eines Tarifvertrages für allgemein bindend zu erklären. Die Rechtsverordnung ersetzt die Allgemeinverbindlicherklärung nach TVG. Formelle Voraussetzung ist lediglich, dass ein Antrag – der auch hier nur von einer Tarifvertragspartei gestellt werden muss – auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt worden ist und den in § 1 Abs. 3a S. 2 AEntG genannten Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Die vorherige (erfolglose) Durchführung eines Verfahrens auf Allgemeinverbindlicherklärung ist nicht erforderlich; insoweit steht § 1 Abs. 3a AEntG gleichrangig neben § 5 TVG.⁴⁸ Immerhin: Auch § 1 Abs. 3a AEntG setzt die *Existenz* eines Tarifvertrages voraus. Der Bundesarbeitsminister ist nicht befugt, ganz ohne tarifliche Grundlage Mindestarbeitsbedingungen festzulegen. Die zu erlassende Rechtsverordnung beschränkt sich überdies auf Regelungen im Sinne des § 1 Abs. 1 und 3 AEntG, also Mindestentgelte, Urlaubsansprüche und das Urlaubskassenverfahren. Nicht erfasst sind die übrigen in § 7 AEntG genannten Arbeitsbedingungen.

Relevanz für die aktuelle Mindestlohndebatte in Deutschland erlangt das ursprünglich nur für die Lösung von Sonderproblemen im Zusammenhang mit der Entsendung geschaffene AEntG aus folgendem Grund: Gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 AEntG sind nicht nur ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmer entsenden, verpflichtet, die Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren, sondern genauso auch inländische Arbeitgeber im Verhältnis zu ihren inländischen Arbeitnehmern. Diese Regelung ist nicht überflüssig, sondern aus europarechtlichen Gründen erforderlich. Zwar sind inländische Arbeitsvertragsparteien an einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag ohnehin gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 4 TVG gebunden. Nur verlangt § 1 Abs. 3a AEntG eine solche Allgemeinverbindlichkeit eben nicht, sondern lediglich einen darauf gerichteten Antrag. Solange ihm nicht stattgegeben ist, würden nicht tarifgebundene

⁴⁷ Vgl. Däubler/Lakies, TVG, Anh. 2 zu § 5 Rn 62.

⁴⁸ Däubler/Lakies, TVG, Anh. 2 zu § 5 Rn 99.

inländische gegenüber ausländischen Arbeitgebern bevorzugt. Dies liefe auf eine mit Art. 49 EG unvereinbare Diskriminierung ausländischer Arbeitgeber hinaus.⁴⁹ Die Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG gilt dementsprechend nicht nur für Entsendesituationen, sondern bindet auch inländische Arbeitgeber. Dies hat zur Folge, dass das AEntG entgegen dem ursprünglichen Gesetzestelos – und vorbehaltlich einer verfassungsrechtlichen Würdigung (dazu unter Abschnitt II) – auch als Hebel für die Festlegung allgemeiner Mindestarbeitsbedingungen für reine Inlandssachverhalte genutzt werden kann, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung scheitert. Qua Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG können also Mindestlöhne und Mindesturlaub allgemein verbindlich festgelegt werden.

2. Voraussetzungen der Einbeziehung einer neuen Branche

Die Einbeziehung einer neuen Branche in das AEntG (über den bisherigen Bereich der Bauwirtschaft und der Gebäudereinigung hinaus) ist prinzipiell möglich. Nach dem (rechtlich nicht verbindlichen, politisch aber beachtlichen) Beschluss des Koalitionsausschusses ist hierfür „ein gemeinsamer Antrag von Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche bis zum Stichtag 31. März 2008“ erforderlich. Die Branche, auf die die hier abzustellen wäre, ist die der Postdienstleistungen. Tarifvertragspartei auf Arbeitnehmerseite ist hier ver.di, die Christliche Gewerkschaft Post oder die Kommunikationsgewerkschaft DPV als Mitgliedsgewerkschaft des Deutschen Beamtenbundes. Diesen Gewerkschaften steht auf Arbeitgeberseite derzeit nur der neu gegründete „Arbeitgeberverband Postdienste“ gegenüber. So bleibt nicht nur fraglich, welche Gewerkschaft auf Arbeitnehmerseite einen solchen Antrag stellen müsste, sondern vor allem auch, wer auf Arbeitgeberseite hierfür zuständig wäre. Es ist davon auszugehen, dass ver.di und eben dieser Verband den entsprechenden Antrag stellen werden. Verfassungsrechtlich ist eine Missachtung des von der Koalition festgelegten Prozedere allerdings ohne Bedeutung, da der Gesetzgeber eine Erweiterung des § 1 Abs. 3a AEntG auch ohne den in der Koalitionsvereinbarung dafür vorgesehenen Antrag jederzeit beschließen könnte. Nicht nur die Gesetzesänderung müsste verfassungsmäßig sein, sondern auch die aufgrund des geänderten § 1 Abs. 3a AEntG zu erlassende Rechtsverordnung.

⁴⁹ Vgl. Wiedemann/Wank, TVG, Anh. 1 zu § 5 Rn 1.

Was das erstgenannte Erfordernis betrifft, werden verfassungsrechtliche Bedenken schwerlich Tragfähigkeit erlangen können. Das *BVerfG* hat bereits in seinem Nichtannahmebeschluss vom 18.7.2000⁵⁰ grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1 Abs. 3a AEntG in seiner bis Juli 2007 geltenden Fassung in aller Eindeutigkeit zurückgewiesen. Die Aufnahme der Postdienstleistungen in das Gesetz kann allenfalls unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes Bedenken wecken. Art. 87f GG mit seiner verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine Privatisierung bzw, Marktöffnung im Postdienstleistungssektor steht insoweit wohl nicht entgegen, da das Gesetz als abstrakt-generelle Regelung auf die Zukunft und damit auf Situationen gerichtet sind, die sich nicht mehr zwingend durch ein Quasi-Monopol eines Unternehmens auszeichnen; auch besteht kein Zwang für den zuständigen Minister, von der erteilten Ermächtigung auch Gebrauch zu machen. Ähnlich verhält es sich mit dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 80 Abs. GG. Zwar wies das Gericht Bestimmtheitsbedenken gegen § 1 Abs. 3a AEntG u.a. mit dem Argument zurück, das Gesetz erteile die Verordnungsermächtigung nur in Bezug auf eine bestimmte Branche, was bei Erweiterung um andere Branchen nicht mehr der Fall wäre. Doch handelt es sich dabei nur um einen zugunsten der Bestimmtheit herangezogenen Parameter und keineswegs um das alleinige Kriterium. Bedenken könnte allerdings unter den gegenwärtigen Marktbedingungen die aufgrund des geänderten § 1 Abs. 3a AEntG erlassene Verordnung wecken, mit der ein insbesondere die Deutsche Post AG hinsichtlich des Mindestlohns geltender Tarifvertrag für alle Unternehmen der Postbranche für verbindlich erklärt wird. Um dies zu ermitteln, soll zunächst auf die Besonderheiten einer Verbindlicherklärung via Rechtsverordnung näher eingegangen werden.

3. Folgen der Einbeziehung neuer Branchen: Unterschiede gegenüber § 5 TVG

Wenn es zur Einbeziehung der Postdienste in das AEntG kommt, dann liegt der wesentliche Unterschied für inländische Unternehmen der Postdienstleistungsbranche darin, dass es für deren Erfassung durch Tarifverträge nicht mehr der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG bedarf, die ein Zusammenwirken von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite verlangt.

a) Antragstellung

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 948/00, BVerfGE #..

Ausreichend wäre der bloße Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung einer Seite, also der Gewerkschaft oder des Arbeitgeberverbands. Da davon auszugehen ist, dass eine Novelle an der Grundstruktur des § 1 Abs. 3a AEntG nichts ändern wird, gilt auch weiterhin: Ohne einen solchen Antrag kommt es nicht zur Tarifierstreckung; das Ministerium darf nicht von sich aus tätig werden. Grundlage der Tarifgeltung ist also die nach § 1 Abs. 3a AEntG erlassene Rechtsverordnung. Durch sie wird ein Tarifvertrag i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG auf alle nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im In- und Ausland erstreckt. Auf diese Weise wird vermieden, dass das AEntG ggf. deshalb leer läuft, weil der Tarifausschuss einer Allgemeinverbindlicherklärung nicht zustimmt.⁵¹ Voraussetzung für den Erlass der Rechtsverordnung ist ferner, dass der Bundesminister für Arbeit und Soziales den in den Geltungsbereich der entsprechenden Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben hat. Der Tarifvertrag kann im Ergebnis auch gegen den Willen einer der tarifschließenden Parteien als Rechtsverordnung i.S.v. Art. 80 GG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Macht das Bundesministerium für Arbeit und Soziales von der Rechtsverordnungsermächtigung Gebrauch, ist dies nach § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG ohne Zustimmung des Bundesrates möglich, weil nur so ein rasches Handeln möglich und ein beschleunigtes Verfahren sichergestellt ist.⁵²

Damit kann grundsätzlich auch allein einer der Sozialpartner, also insbesondere die Gewerkschaft, die branchenweite Geltung von Mindestlöhnen erreichen.

Bevor die verfassungsrechtliche Lage sondiert wird, soll hier darauf eingegangen werden, welche Folgen sich ergeben, wenn mehrere konkurrierende Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände unabhängig voneinander Anträge einreichen, die sich auf verschiedene Tarifverträge beziehen. Denn die Tarifstrukturen im Postdienstleistungssektor sind keineswegs gefestigt. Die „Arbeitgebervereinigung Postdienste“ etwa ist erst vor kurzen und speziell mit dem Ziel gegründet worden, eine Mindestlohnregelung in diesem Bereich zu erzielen. Die beiden größten Konkurrenten der Deutschen Post AG gehören der Vereinigung nicht an, so dass die Perspektive, dass konkurrierende Arbeitgebervereinigungen oder sogar Tarifverträge bestehen, nicht unrealistisch ist.

⁵¹ *Koberski/Asshoff/Hold*, § 1 AEntG, Rnr. 99 f.

⁵² BT-Drucks. 14/45, 5. 26; *Bieback*, RdA 2000, 207, 213.

Das AEntG selbst sieht keine Regelung vor, nach der entschieden werden kann, welcher von mehreren Tarifverträgen Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG sein soll. Falls der Gesetzgeber beim Vorliegen konkurrierender Tarifverträge überhaupt zum Mittel der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG greifen kann und möchte, kommt allenfalls eine Orientierung am Rechtsgedanken des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG in Betracht, wonach auf die Anzahl der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer abzustellen ist.

Dies wäre nicht nur systemstimmig nach deutschem Recht, sondern hätte auch ausländische Parallelen. Für die „Allgemeinverbindlicherklärung“ nach französischem Recht (*extension*), können nach Art. L. 133-1 Code du travail nur die Tarifverträge einer repräsentativen Gewerkschaft genutzt werden. Diese Repräsentativität ist auch nach der Anzahl der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer zu bestimmen.⁵³

Der Koalitionsausschuss hat dieses Problem gesehen und strebt Folgendes an: „Für den Fall konkurrierender Tarifverträge in einer Branche werden dem Verordnungsgeber durch Gesetz Kriterien vorgegeben, die eine an den Sachgründen des Gesetzeszwecks ausgerichtete Entscheidung sicherstellen. Ferner wird entsprechend den Vorgaben des europäischen Rechts im Gesetzestext klargestellt, dass die Mindestlohntarifverträge ausnahmslos für alle in- und ausländischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich sind“. Die Ausführungen antworten auf einen Streit, der mit verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Argumenten gerade im Hinblick auf die Einbeziehung der Zeitarbeit in das AEntG geführt wurde.⁵⁴ Wie eine solche Auswahlvorgabe nun letztlich aussehen soll, bleibt offen. Wahrscheinlich wird die Orientierung nicht am Günstigkeitsprinzip (also der Frage, welcher Tarifvertrag die besseren Arbeitsbedingungen bietet) erfolgen, sondern in der Tat der Repräsentativität.

Hierfür sprechen auch jüngste Äußerungen des Schrifttums. Zur Erweiterung des AEntG schreibt *Kocher*, NZA 2007, 604: „Für den Fall einer Konkurrenz von Tarifverträgen unterschiedlicher Tarifvertragsparteien hätte die gesetzliche Regelung Auswahlkriterien wie das Kriterium der jeweils größeren Repräsentativität vorzugeben. Eine Kollisionsregelung, die den Vorrang des für verbindlich erklärten Mindestentgelts gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen anordnet, setzt voraus, dass der Verordnungsgeber im Einzelfall die tatsächliche Angemessenheit des fraglichen Entgelts als Existenzminimum überprüft.“

⁵³ S. *Pélissier/Supiot/Jeamoud*, Droit du travail, 22. Auflage, Rn. 866; dort auch Rn. 562 allgemein zur Repräsentativität.

⁵⁴ S. hierzu ausführlich *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 88.

Folgt man dem Kriterium der Repräsentativität, so wäre der ver.di-Tarifvertrag auszuwählen. Ein Tarifvertrag mit konkurrierenden christlichen Gewerkschaften würde hierdurch wohl verdrängt.

b) 50 %-Quorum und öffentliches Interesse

Möglicherweise sind jedoch weitere Voraussetzungen erforderlich, damit es zu einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 1a AEntG kommen kann. Unklar und nach gegebenem Recht höchst umstritten ist, ob der Erlass der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG an die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gebunden ist,⁵⁵ ob es also auch hier eines öffentlichen Interesses (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG) und einer mehrheitlich bereits bestehenden quantitativen Erfassung von Arbeitnehmern vor Erstreckung bedarf (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG).

Das AEntG schweigt hierzu bislang. Einschlägige Rechtsprechung ist selten. Es ist kein höchstgerichtliches Urteil ersichtlich, das diese Frage einmal zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hätte. Allein eine Entscheidung des OVG Berlin vom 10.3.2004⁵⁶ nimmt sich des Themas ausdrücklich an und argumentiert, dass für eine Tariferstreckung durch Rechtsverordnung zwar nicht notwendig sei, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG vorliegen, jedoch sei – aus allgemein rechtsstaatlichen Gründen – ein öffentliches Interesse an der Normerstreckung dennoch erforderlich:

Doch auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG im Verfahren auf Allgemeinverbindlicherklärung nach § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG keine Anwendung finden, darf der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bei Erlass der Rechtsverordnung nicht gegen oder ohne öffentliche Interessen handeln. Denn jede Normsetzung, auch die durch Erlass einer Rechtsverordnung, setzt stets ein öffentliches Interesse an der Regelung voraus. Bei der Beurteilung dieses allgemeinen öffentlichen Interesses kommt dem Verordnungsgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der eine Ausprägung des mit jedem Rechtssetzungsakt typischerweise verbundenen gesetzgeberischen Ermessens ist. Die Grenzen dieses Beurteilungsspielraums sind vorliegend beachtet worden. Denn der Bundesminister hat erkennbar in der Absicht gehandelt, den deutschen Bauarbeitsmarkt zu schützen,

⁵⁵ Gegen eine Erforderlichkeit: Wiedemann/Wank, TVG, Anhang zu § 5 Rnr. 12; Däubler/Lakies, TVG, Anhang zu § 5 Rnr. 102; HWK-Strick, AEntG, § 1 Rnr. 14; für eine Erforderlichkeit Blanke, AuR 1999, 417, 426; Büdenbender, RdA 2000, 193, 196; Löwisch/Rieble, TVG § 5 Rnr. 148 und wohl auch Bieback, RdA 2000, 207, 211. Unklar ErfK/Schlachter § 1 AEntG, Rnr. 13 sowie Kreiling, NZA 2001, 1118, 1119, der nur darauf hinweist, dass der Wortlaut des § 1 Abs. 3a AEntG das Erfordernis nicht trägt.

⁵⁶ 1 B 2.02, AuR 2004, 351.

insbesondere einen gespaltenen Arbeitsmarkt zu verhindern, die kleinen und mittelständischen Unternehmen zu schützen und die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen.“

Danach wäre zumindest das öffentliche Interesse an einer Normerstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG erforderlich. Doch andere lassen auch das nicht gelten. Die ausführlichste Begründung in der Literatur dafür, auf die Bindung der Rechtsverordnung an die Voraussetzung einer Allgemeinverbindlicherklärung zu verzichten, findet sich bei *Lakies*⁵⁷:

„Materiell-rechtliche Voraussetzungen sind im AEntG nicht normiert. Es besteht für das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung vielmehr – wie stets für den Normgeber – Ermessen, ob es von der Rechtsverordnungsermächtigung Gebrauch macht oder nicht. Es gelten nicht die Voraussetzungen wie für die Allgemeinverbindlicherklärung. Der einzige Verweis auf die Allgemeinverbindlicherklärung findet sich im Normtext insoweit, als in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG als formelle Voraussetzung für den Erlass der Rechtsverordnung u.a. bestimmt ist, dass ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt worden ist. Es wird aber nicht im Übrigen auf § 5 TVG verwiesen.

Daraus folgt, dass das Verfahren gemäß § 5 TVG nicht zu beachten ist, zudem aber auch, dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung ... nicht vorliegen müssen. Wollte man die gegenteilige Auffassung vertreten, würde dies bedeuten, dass die Rechtsverordnungsermächtigung dann nur die Bedeutung hätte, dass sie das in § 5 TVG regelte Verfahren vor dem Tarifausschuss und das Einspruchsrecht der Länder aufheben würde. Ein solcher Wille, dass hinsichtlich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen § 5 TVG Anwendung finden soll, hätte – wenn der Gesetzgeber ihn gehabt haben sollte – explizit im Gesetzestext des § 1 Abs. 3a AEntG zum Ausdruck gebracht werden müssen. Die Bindung der Ausübung einer Ordnungsermächtigung an bestimmte materiell-rechtliche Voraussetzungen stellt zudem – wie sich auch aus Art. 80 Abs. 1 GG ergibt – einen Ausnahmefall dar, der der ausdrücklichen Normierung bedurft hätte. Da dies nicht geschehen ist, bestehen keine materiell-rechtlichen Vorgaben unter welchen Voraussetzungen von der Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht werden darf. Soweit in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG normiert ist, dass ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3 Satz 1 AEntG gestellt worden sein muss und dann das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung „unter den dort genannten Voraussetzungen“ eine Rechtsverordnung erlassen könne, sind damit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1 AEntG gemeint, das meint aber nur, dass es sich um einen Tarifvertrag mit den in § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG geregelten Tarifgegenständen handeln muss.“ (Nachweise ausgelassen)

⁵⁷ Däubler/*Lakies*, TVG, Anhang 2 zu § 5 Rnr. 101-102.

Andere sind vorsichtiger und pendeln – ähnlich wie das OVG Berlin – unentschlossen zwischen beiden möglichen Antworten. So heißt es bei *Schlachter*⁵⁸:

„Die in Abs. 1, 3 vorausgesetzte AVE der fraglichen TV ist gerade nicht erforderlich, vielmehr genügt es, dass sie beantragt worden ist. Von den Voraussetzungen einer AVE (TVG § 5) ist diese Verordnung daher nicht abhängig (*Bieback RdA* 2000, 207, 211; aA *Blanke AuR* 1999, 417, 426; *Büdenbender RdA* 2000, 193, 196). Nicht eindeutig ist, ob damit eine materiell voraussetzungslose Ermessensentscheidung des BMA gewollt war. Aus der Gesetzgebungsgeschichte (BT-Drs. 14/151) ergibt sich das nicht (*Koberski* § 1 Rn. 99 f.). Der in Abs. 3a ausdrücklich geforderte „Antrag auf AVE“ könnte bedeuten, dass der bloße Antrag auf Erlass der RechtsV nicht genügt. Der Gesetzeswortlaut gibt für eine solche Beschränkung nichts her. Auch das BVerfG (18. 7. 2000 AP AEntG § 1 Nr. 4) hat auf die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen einer AVE allerdings gerade nicht abgestellt, sondern die in Abs. 3a S. 2 genannten Beteiligungsmöglichkeiten der Tarifparteien sowie der Außenseiter genügen lassen (zust. OVG BE 10. 3. 2004 AuR 2004, 351)“

All das kann nicht überzeugen: Der Einwand *Lakies'*, die Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3 AEntG habe nur die Bedeutung, dass das in § 5 TVG geregelte Verfahren und das Einspruchsrecht der Länder fehlgehen, überzeugt nicht, denn es bleibt der gewichtige Unterschied, dass es für die Rechtsverordnung keines Einvernehmens mit dem jeweils anderen Sozialpartner bedarf. Ein solcher Rechtsstandpunkt nimmt § 1 Abs. 3a AEntG keineswegs den damit vom Gesetzgeber verfolgten Sinn, da dieser mit der Überwindung des fehlenden Einvernehmens des Ausschusses nach § 5 Abs. 1 TVG durch den Erlass einer Rechtsverordnung gemäß § 1 Abs. 3a AEntG gewahrt bleibt. Gerade dies aber war das entscheidende Ziel des Gesetzgebers, wie die Vorgänge in der Tarifpolitik für die Bauwirtschaft aus dem Jahre 1996/97 zeigen. Dieses Ziel darf jedoch bei der Interpretation des § 1 Abs. 3a AEntG nicht aus den Augen verloren werden.

Auch ist es eine Selbstverständlichkeit, dass der Erlass einer Rechtsverordnung an materielle Bedingungen geknüpft werden kann. Etwas anderes wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum und auch der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht behauptet.⁵⁹ Ob diese Voraussetzungen dann ausdrücklich formuliert werden oder durch Verweis auf eine andere Norm, ist unerheblich. Art. 80 Abs. 1 GG taugt nicht dazu, die argumentative Darlegungslast umzudrehen. Die vorsichtiger Argumentation *Schlachters* offenbart vielmehr alle Schwächen derjenigen, die auf die Voraussetzungen des § 5 TVG verzichten wollen: Es fehlten dann die

⁵⁸ ErfK/*Schlachter*, AEntG, § 1 Rnr. 13.

⁵⁹ S. nur den Beitrag aus der Studienliteratur von *von Danwitz*, Jura 2002, 93.

Maßstäbe, nach denen das Ministerium entscheiden sollte: Warum sollte es in die Grundrechte Dritter eingreifen können, wenn dafür kein öffentliches Interesse besteht? Die verfassungsrechtlichen Zweifel an § 1 Abs. 3a AEntG würden umso größer (s. Abschn. I 7). Eine Beeinträchtigung der negativen Vertragsfreiheit und u.U. auch der negativen Koalitionsfreiheit ohne die Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse ist unzulässig.⁶⁰ Eine verfassungskonforme Auslegung ist daher erforderlich, und die weist eben auf eine Parallelität der Voraussetzungen des § 5 TVG und des § 1 Abs. 3a AEntG. Zu Recht stellt etwa *Büdenbender*⁶¹ also fest:

„Eine teleologische Auslegung gebietet es, § 1 Abs. 3a AEntG nicht als materiellrechtlich voraussetzungslose, lediglich einem Antragserfordernis unterliegende Ermächtigung an den Bundesarbeitsminister zu begreifen. Indem § 1 Abs. 3a AEntG nicht von einem Antrag, bezogen auf den Erlass der Rechtsverordnung, sondern vielmehr von einem „Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages“ spricht, nimmt er indirekt materiellrechtliche Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TVG in Bezug, nämlich die Beachtung der 50%-Klausel sowie das Vorliegen eines öffentlichen Interesses. Die gesetzgeberische Intention, ein Instrument zur Überwindung des fehlenden Einverständnisses des Ausschusses nach § 5 TVG zu schaffen, wird auch bei derartigem Verständnis erreicht. Allein eine derartige Interpretation etabliert ein sinnvolles Stufenverhältnis zwischen Tarifvertrag/Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG.“

Das überzeugt. Ganz im Gegenteil – *für* eine solche Bindung sprechen gewichtige Gründe: § 1 Abs. 3a AEntG setzt einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung voraus. Damit knüpft er an § 5 Abs.1 S. 1 TVG und damit auch an dessen Voraussetzungen an. Das Schweigen des Gesetzes ist hier ein beredtes Schweigen. Alles andere wäre eine sachwidrige Aufspaltung der Verweisung. Dies mag auch mit einem Seitenblick auf das Erfordernis der Mehrheitsrepräsentation belegt werden: Der Gesetzgeber hat die Konstellation, dass nicht einmal 50% der unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer bei an Tarifverträge gebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind, dem MindArbG zugeordnet, und der Koalitionsausschuss bestätigt dies noch einmal ausdrücklich im Antragserfordernis der Sozialpartner auf Einbeziehung in die Branche: Mindestens 50 % müssen von Tarifverträgen erfasst sein. Orientiert sich der Gesetzgeber also hier ausdrücklich an einer der beiden

⁶⁰ Ausdrücklich auch *Blanke*, AuR 1999, 417, 426; ähnl. *Bieback* RdA 2000, 207, 214. S. auch BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 348, wo das Gericht gerade im öffentlichen Interesse die Rechtfertigung dafür sieht, dass der Außenseiter trotz fehlender demokratischen Legitimation der Norm unterworfen wird.

⁶¹ *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 206.

Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung, so wäre es sachwidrig anzunehmen, er wollte die andere Voraussetzung nicht erfüllt sehen.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, die eine Bindung der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG an die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung annehmen, überzeugen also. Da vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses, wie für § 5 TVG dargelegt, nicht ausgegangen werden kann, liegen die Voraussetzungen der gesetzlichen Ermächtigung für den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG nicht vor. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dem Minister in gleicher Weise wie bei § 5 TVG eine nur in Grenzen überprüfbare Einschätzungsprärogative – von Beurteilungsspielraum i.e.S. kann bei der Normgebung nicht gesprochen werden – bei der Feststellung des erforderlichen öffentlichen Interesses zuzubilligen ist, da, wie dargelegt, ein solcher Spielraum hier vor einer rechtlichen Beanstandung nicht zu schützen vermag.

c) Folgen der Tariferstreckung

Nur hilfsweise ist damit auf die Folgen der Tariferstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG einzugehen. Sie mündet nicht in die vollumfängliche, umfassende Tarifbindung, jedoch immerhin eine Tarifbindung im Hinblick auf die wesentlichen Entgeltbedingungen. In § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG ist niedergelegt, welche tariflichen Regelungen entweder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder durch Rechtsverordnung auf Außenseiter (ausländische und deutsche) erstreckt werden können. Dabei handelt es sich zunächst um die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze, wozu mittlerweile nicht mehr nur die unterste Lohngruppe gehört – denn die Tarifvertragsparteien sind dadurch zugleich ermächtigt, Mindestentgelte für höhere Lohngruppen zu bestimmen.⁶² Daneben gehören tarifliche Urlaubsregelungen in Form der Dauer des Erholungsurlaubs, des Urlaubsentgelts oder eines zusätzlichen Urlaubsgeldes zu den zu gewährenden Arbeitsbedingungen. Soweit eine bestimmte Beschäftigungsdauer Voraussetzung für eine entsprechende Leistung aus dem Tarifvertrag ist, kommt es dafür auf

⁶² Im Übrigen sind nach Ansicht des BayOBLG v. 28.5.2002 - 3 ObOWi 29/02, AP Nr. 10 zu § 1 AEntG bei der Berechnung des Mindestlohns i. S. v. § 1 Abs. 1 AEntG ungeachtet ihrer Bezeichnung alle Zahlungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die nicht nur Aufwandsentschädigung, sondern Teil der Arbeitsvergütung sind; zur Berechnung des Mindestentgelts bei diskontinuierlichem Arbeitsanfall OLG Karlsruhe v. 5.2.2002 - 2 Ss 162/00, NJW 2002, S. 3267.

die Dauer des Arbeitsverhältnisses als solche und nicht auf die Dauer der Entsendung an.⁶³ Ein Anspruch auf die Mindestentgelte einschließlich der Überstundensätze besteht auch dann, wenn die Überstundensätze nicht in demselben Tarifvertrag wie die Mindestentgeltsätze, sondern in einem anderen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag geregelt sind.⁶⁴

III. Verfassungsrechtliche Schranken und europarechtliche Hürden

Betrachtet man die angestrebten Neuerungen insgesamt, so scheint zweifelhaft, ob sie vor dem Grundgesetz Bestand haben werden. Gegen das AEntG und insbesondere die Möglichkeit der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG sind im Schrifttum zahlreiche verfassungsrechtliche Zweifel erhoben und auch durch das Bundesverfassungsgericht nicht restlos ausgeräumt worden. Die mögliche Aufnahme der Postdienste in den Katalog der von § 1 AEntG erfassten Dienstleistungen bestärkt diese verfassungsrechtlichen Zweifel. Selbst wenn für die gesetzliche Regelung selbst nicht durchschlagen sollten, hätte doch eine aufgrund § 1 Abs. 3a AEntG erlassene Verordnung vor der Verfassung nicht unbedingt Bestand.

1. Tendenzen der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG

Die Frage, ob § 1 Abs. 3a AEntG verfassungskonform ist, wurde bereits an das BVerfG herangetragen. Ein Urteil wurde nicht gefällt, das BVerfG fasste lediglich einen Nichtannahmebeschluss, der jedoch eine eindeutige Tendenz in Richtung Verfassungskonformität der *bestehenden* Regelung erkennen lässt. Nach Ansicht des BVerfG verstößt die Verordnungsermächtigung weder gegen die negative oder positive Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG noch gegen das Bestimmtheiterfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.⁶⁵ Durch die Erstreckung der Tarifregelungen auf nicht oder anderweitig organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber würden diese nicht zwangsweise Mitglied der tarifvertragsschließenden Verbände; es werde ihnen auch nicht unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG zusammenzuschließen. Im Übrigen hat das

⁶³ Ulber, § 1 AEntG, Rnr. 27; zum Streitstand *Preis/Temming*, Anm. zu BAG v. 20.7.2004 EzA Nr. 3 zu § 1 AEntG.

⁶⁴ BAG v. 19.5.2004 - 5 AZR 449/03, AP Nr. 16 zu § 1 AEntG.

⁶⁵ Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des 1. Senats des BVerfG v. 18. 7. 2000 - 1 BvR 948/00, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; s. auch Hessisches LAG v. 10. 4. 2000 - 16 Sa 1860/99, AR-Blattei ES 370.3 Nr. 3; *Bieback*, RdA 2000, 5. 207, 214; *Kreiling*, NZA 2001, 1118, 1121; abl. *Richardi*, ZfA 2003, 655, 669 ff; *Scholz*, Anm. SAE 2000, 266 ff.

BVerfG den jedenfalls infolge der Erstreckung auf Außenseiter entstehenden mittelbaren Druck, Mitglied der entsprechenden Tarifvertragsparteien zu werden, um größeren Einfluss auf die tariflichen Regelungen nehmen zu können, für nicht so erheblich erachtet, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt sei, weil insoweit die gleichen Erwägungen wie für die Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG Platz griffen und allein der Unterschied in Form einer anderen Rechtsform unerheblich sei. Vor allem sei der Gesetzgeber auch darin frei gewesen, sich mit § 1 Abs. 3a AEntG für eine andere Rechtsform als die Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden, da zumindest eine Tarifvertragspartei durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekunden müsse und den Außenseitern auf Grund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen sei. Letztlich verstoße die Verordnungsermächtigung auch nicht gegen das für Rechtsverordnungen zu beachtende Bestimmtheiterfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, da sich die Verordnungsermächtigung nur auf bereits tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen einer Branche (Bauwesen) beziehe und damit sowohl der Personenkreis als auch der Umfang der Regelungen feststehe.

Für die Praxis ist mit der Entscheidung des *BVerfG* der Streit – so eine verbreitete und für die *lex lata* wohl schwer zu entkräftende Einschätzung – vorläufig entschieden.⁶⁶ In der Literatur ist die Entscheidung aber unverändert und zu Recht erheblicher Kritik ausgesetzt,⁶⁷ die aus verfassungsrechtlicher Sicht gegen die Verordnungsermächtigung vorgebracht wird.⁶⁸ Insoweit erscheint das *BVerfG* die Situation nicht hinreichend durchdacht zu haben. Das Gericht hat hier die Tarifautonomie (auch) deshalb als gewahrt angesehen, weil jedenfalls eine Tarifvertragspartei den Erlass der Verordnung beantragen müsse. Dabei hat es aber unberücksichtigt gelassen, dass auf diese Weise der Einfluss nur einer Tarifvertragspartei auf den Ordnungsgeber zum Erlass der Regel führt, dass aber das Tarifrecht im Bereich staatlicher Tarifnormsetzung bislang – mit Recht – nur die Beteiligung beider Tarifvertragsparteien (§ 5 Abs. 1 Satz 1 TVG) kennt. Dadurch kommt es zu einem

⁶⁶ S. auch OVG Berlin v. 10.3.2004 - 1 B 2.02, AuR 2004, 5. 351 (*Bordt*).

⁶⁷ *Böhm*, NZA 1999, 128; *von Danwitz*, RdA 1999, 322. 324 ff.; dagegen *Däubler*, NJW 1999, 601, 607; *Koberski/Asshoff/Hold*, § 1 AEntG, Rnr, 102ff.

⁶⁸ *Badura*, in: Festschrift für Söllner (2000). 111, 118; *von Danwitz*, RdA 1999, 322, 324; *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370; *Koenigs*, DB 1995, 5. 1710; *Scholz*, RdA 2001, 193, 197; *Strohmeier*, RdA 1998, 339.

Ungleichgewicht der Tarifvertragsparteien mit der Gefahr, dass die Verordnung inhaltlich nicht ausgeglichen ist und die Akzeptanz der anderen Tarifvertragspartei schwindet.⁶⁹

Die verfassungsrechtlichen Bedenken verstärken sich bei der Erweiterung des AEntG auf weitere Branchen. Insoweit lassen sie sich nicht einfach mit dem *res-iudicata*-Einwand zurückweisen, insbesondere wenn bestimmte andere Branchen selektiv herausgegriffen werden: Hier stellt sich die Frage nach der Willkürlichkeit einer derartigen Regelung. Auch erscheint nicht ausgeschlossen, dass das *BVerfG* bei erneuter Betrachtung strenger als ehemals denken wird. Verfassungsbeschwerden gegen eine Einbeziehung in das AEntG seitens verschiedener Branchen sind gleichsam vorprogrammiert. Insbesondere an ähnlichen Verhältnissen im Leiharbeitssektor zeigt sich, dass mit guten Gründen von einer Verfassungswidrigkeit ausgegangen werden kann.⁷⁰ Ähnliche Bedenken greifen auch für den Bereich der Postdienstleistungen. Eine nähere verfassungsrechtliche Prüfung lohnt daher; ihr Ergebnis dürfte nicht durch die vorangegangenen Judikate präjudiziert sein. In Analyse dieser Rechtsprechung muss man insbesondere zwei Punkte im Auge haben: Zum einen sind die bereits dargelegten Besonderheiten der Postdienstleistungsbranche zu berücksichtigen, zum anderen ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber auf das 50 %-Quorum und das „öffentliche Interesse“ an der Tariferstreckung verzichten könnte.

2. Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG

Erster Anknüpfungspunkt ist dabei die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete individuelle sowie die kollektive Koalitionsfreiheit.

a) Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 GG garantiert das Recht für jedermann und alle Berufe, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Art. 9 Abs. 3 GG schützt aber nicht nur den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten (positive individuelle Koalitionsfreiheit), ihr fernzubleiben oder sie zu verlassen (negative individuelle Koalitionsfreiheit). Geschützt ist auch die Koalition selbst (kollektive Koalitionsfreiheit) in

⁶⁹ von Danwitz, RdA 1999, 322, 326; a.A. Däubler/Lakies Anh. 2 zu § 5 TVG, § 1 AEntG, Rnr. 56.

⁷⁰ Umfassend hierzu Thüsing/Lembke, Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie, ZfA 2007, S. 88 - 125.

ihrem Bestand (Bestandsgarantie), in ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (Betätigungsfreiheit).⁷¹

Der Schutz der Koalitionsfreiheit erstreckt sich auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht.⁷² Das Aushandeln von Tarifverträgen und die Vereinbarung tariflicher Arbeitsentgelte sowie anderer materieller Arbeitsbedingungen ohne Einflussnahme des Staates ist der Kern der im Rahmen der kollektiven Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie.⁷³ Das *BVerfG* stellte hierzu fest:

"Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen (...). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme (...) und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen."⁷⁴

b) Eingriff in die Tarifautonomie konkurrierender Tarifvertragsparteien

Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die durch die kollektive Koalitionsfreiheit geschützte Tarifautonomie liegt vor, wenn der Staat in das von den (unterschiedlichen) Tarifvertragsparteien in oft langwierigen Verhandlungen gewonnene austarierte Gleichgewicht eingreift. Dies ist etwa der Fall, wenn es um Eingriffe durch Gesetz in ein bestehendes Regelwerk geht.⁷⁵ Einen noch stärkeren Eingriff, an dessen Rechtfertigung ungleich höhere Anforderungen zu stellen sind, stellt es dar, wenn ein bestehender Tarifvertrag vom Gesetzgeber „aus den Angeln“ gehoben wird, wenn also das von den

⁷¹ BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495, 496; s. auch BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 und 1, 2, 3, 4/87 und 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365, 393; 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 357; 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 282; zur Literatur nur *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 88; *Däubler/Hege*, Koalitionsfreiheit, 1976, Rn. 100; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 87 f.; *Pieroth*, AuR 1998, 190, 192; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 37 ff.; *ders.*, AuR 1994, 1, 6 f.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 415 ff.; *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000, S. 37 ff.; ausführlich zum Ganzen auch *Lembke*, Die Arbeitskampfteilnahme von Außenseitern, 2000, 24 ff. m.w.N.

⁷² BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495, 496.

⁷³ BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495, 496.

⁷⁴ BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293; BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271; s. auch BVerfG, 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283; BVerfG, 18.12.1974 - 1 BvR 430/65, BVerfGE 38, 281, 305 f.; BVerfG, 24.5.1977 - 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 f.

⁷⁵ BVerfG, 3.4.2001 - 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293.

Sozialpartnern gefundene und aufgrund der Richtigkeitsgewähr und zu unterstellender Ausgewogenheit gerechte Regelungswerk nicht nur in Teilen, sondern *schlichtweg in seiner Gesamtheit* nicht mehr anwendbar ist.

Dies ist der Fall, wenn im Anwendungsbereich des AEntG im Wege staatlicher Verordnung und damit mittels staatlichen Hoheitsaktes ein bestimmter Tarifvertrag für allgemein anwendbar und gültig erklärt wird.⁷⁶ Anders als im Falle „normaler“ Allgemeinverbindlicherklärung unterstellt der Gesetzgeber bei einer Ausdehnung des AEntG und Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG nicht nur bisher Nicht-Tarifgebundene einem fremden Regelungswerk (vgl. § 5 Abs. 4 TVG), sondern er unterwirft Tarifvertragsparteien, die etwas anderes für sich ausgehandelt hatten, zwingend dem fremden Tarifvertrag. Die Tarifvertragsparteien können die zwingende Wirkung des nach § 1 Abs. 3a AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags auch nicht dadurch ausschalten, dass sie einen nach dem Grundsatz der Tarifeinheit spezielleren Tarifvertrag abschließen.⁷⁷ Die Ausdehnung des AEntG (und ebenso der Erlass der Rechtsverordnung) stellt damit einen Eingriff in die Tarifautonomie der konkurrierenden Tarifvertragsparteien dar, etwa eines anderen, zweiten Tarifvertrags in der Branche. Denn die konkurrierenden Tarifvertragsparteien könnten keine eigenen tariflichen Arbeitsbedingungen mehr regeln, soweit die Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG gilt.

c) **Rechtfertigung**

Dieser Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Zu beachten ist, dass Art. 9 Abs. 3 GG – abgesehen von der wenig praxisrelevanten Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG – eine vorbehaltlose Garantie der Koalitionsfreiheit enthält, bedarf es zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich geschützter Güter. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* sind gesetzgeberische Beeinträchtigungen der Tarifautonomie nur verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter

⁷⁶ Vgl. nur Däubler/*Lakies*, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Rn. 29.

⁷⁷ S. auch Abschn. IV 1.

oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.⁷⁸

Bei Eingriffen in bestehende Tarifverträge ist dabei nach dem *BVerfG* stets zu berücksichtigen, dass das Aushandeln von Tarifverträgen gerade einen wesentlicher Zweck der Koalitionen darstellt.⁷⁹ In diesem Betätigungsfeld müsse sich der Staat daher grundsätzlich einer Einflussnahme enthalten⁸⁰ und die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen selbst überlassen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen.⁸¹ Auch in der Literatur werden Eingriffen in bestehende Tarifverträge in Anlehnung an das *BVerfG* zumeist besonders enge Grenzen gezogen, da die Tarifautonomie zu den wichtigsten Garantielementen des Art. 9 Abs. 3 GG zählt.⁸² Der Grundrechtsschutz sei nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv.⁸³ Je mehr eine Frage durch Tarifverträge geregelt oder für diese geeignet sei, desto gravierender und damit rechtfertigungsbedürftiger sei der gesetzgeberische Eingriff.⁸⁴ Besonders intensiv wirke ein Eingriff, wenn der Gesetzgeber bereits abgeschlossene Tarifverträge außer Kraft setze.⁸⁵ Gerade im Bereich der Mindestarbeitsbedingungen müsse der Staat aber jedenfalls der Tarifautonomie hinreichenden Regelungsspielraum belassen.⁸⁶

Für die Ausdehnung des AEntG auf die Postdienstleisterbranche und die Erstreckung des Tarifvertrags der Deutschen Post AG auf die gesamte Postdienstleisterbranche werden – wie insb. die Pressemitteilung der SPD deutlich macht – im Wesentlichen die Vermeidung von

⁷⁸ BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495, 496; s. auch BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, EzA Nr. 75 zu Art. 9 GG mit Anmerkung *Thüsing/Zacharias*; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228; BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 897/95, BVerfGE 100, 271, 283; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 83 m.w.N.

⁷⁹ BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, juris, Rn. 70 f.; BVerfG, 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283.

⁸⁰ BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, juris, Rn. 71; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 305.

⁸¹ BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, juris, Rn. 71; BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340.

⁸² Vgl. Wiedemann/Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 129 ff.; Sachs/Höfling, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 9 Rn. 83, 115 ff.

⁸³ *Schaub*, ArbRHb., 11. Aufl. 2005, § 188 Rn. 19, m.w.N.

⁸⁴ Sachs/Höfling, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 9 Rn. 140; ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 9 GG Rn. 85; Wiedemann/Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 138 ff.; Däubler/Däubler, TVG, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 135; *Preis*, ArbR, 2003, § 84, S. 46.

⁸⁵ Sachs/Höfling, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 9 Rn. 140; Däubler/Däubler, TVG, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 135; *Preis*, ArbR, 2003, § 84, S. 46; ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 9 GG Rn. 85.

⁸⁶ *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, Grundl. Rn. 33.

„Sozialdumping“ angeführt. Dass ein solches Interesse durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, wird vom Wortlaut des Grundrechts nicht gestützt,⁸⁷ vom BVerfG jedoch so vertreten.⁸⁸ Selbst wenn man also die Ausdehnung des AEntG und den Erlass einer Rechtsverordnung zur Erstreckung des vom „Arbeitgeberverband Postdienste“ abgeschlossenen Tarifvertrags auf die gesamte Postdienstleistungsbranche verfassungsrechtlich außer mit dem Sozialstaatsprinzip auch mit dem Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen begründete, wäre ein solcher gesetzgeberischer Eingriff in die Tarifautonomie dennoch nur dann gerechtfertigt, wenn die gesetzliche Regelung – unter Beachtung der Bedeutung der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie – den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* wahrt. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist zu prüfen, ob die gesetzgeberische Maßnahme zur Erreichung des Ziels geeignet, unter Berücksichtigung der widerstreitenden Verfassungsgüter erforderlich und angemessen (d.h. verhältnismäßig i.e.S.) ist.

Zweifel bestehen an ihrer Erforderlichkeit. Denn angemessene Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer in der Postdienstleistungsbranche wären – wie dargestellt – anders als in anderen Branchen schon durch das Erfordernis der Lizenzierung und die dafür zu erfüllenden Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG gewährleistet. Danach kann eine Lizenz versagt werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“. Unter welchen Voraussetzungen die Entlohnung im Vergleich zur Branche untermäßig ist, bedarf der Auslegung. Im Schrifttum ist vorgeschlagen worden, sich an den Bedingungen zu orientieren, unter denen in der Postdienstleistungsbranche in bestimmten Regionen Arbeitnehmer angeworben werden können.⁸⁹ Was dies für die Berücksichtigung des Lohnniveaus der Deutschen Post AG bedeutet, bleibt offen. Dieser stehen als marktbeherrschendem Unternehmen andere Möglichkeiten der Steuerung der Entlohnung zu Gebote als ihren Konkurrenten. Würde man auf die Gehälter der Deutschen Post AG abstellen, weil sie quantitativ den Markt dominiert, würde dem marktstärksten Unternehmen die Schrittmacherfunktion zuerkannt. Wäre dies Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG gewesen, so wäre die Norm anders formuliert worden. Dass es nicht das Telos der

⁸⁷ Ablehnend daher *Lembke*, BB 2005, 499.

⁸⁸ BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495, 497.

⁸⁹ S. das ausführliche Gutachten von *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten erstattet der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn, Januar 2007, insbes. S. 60 ff..

Bestimmung sein kann, zeigt der verfassungsrechtliche Impetus in Richtung Marktöffnung. Die Deutsche Post AG ist gegenwärtig wegen Stärke sowie dank der Gewinne aus Residualmonopolen in der Lage, bessere Gehälter zu bieten als private Konkurrenten. Außerdem liegt die Produktivität des Marktbeherrschers naturgemäß deutlich über der des in den Markt erst eintretenden Unternehmens. Würde man dies zum Maßstab für die Entlohnung im gesamten Postdienstleistungssektor nehmen, so würden die privaten Konkurrenten, die solche Vorzüge mangels ihrer Herkunft aus einem staatlichen Monopol nicht aufweisen können, über Gebühr benachteiligt. Marktöffnung im Postdienstleistungssektor kann nur gelingen, wenn die strukturell bereits schwächeren Konkurrenten ihre Nachteile durch geringere Löhne wieder kompensieren können. Zwar fällt der Marktvorteil der Deutschen Post AG mit dem Auslaufen des Residualmonopols am 1.1.2008 teilweise weg; der aus den Universaldienstverpflichtungen wegen der Koppelung mit der Exklusivlizenz folgende Vorteil schwächt sich damit ab, ohne aber zwingend zur finanziellen Bürde umzukippen. Dennoch bleibt es bei dem Befund, dass die marktbeherrschende Position der Deutschen Post AG nicht in erster Linie auf eigener Leistung beruht, sondern auf einem ehemaligen Monopol. Auch die Leistungsfähigkeit der Deutschen Post AG im Lohnsektor ist damit weitgehend künstlich erzeugt. Insofern wäre es unstatthaft, diese Löhne zum zentralen Orientierungspunkt zu erheben. Andererseits wäre es aber auch unzulässig, sie bei § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG gänzlich auszuklammern. Die Leitlinie wird bei den ortsüblichen Vergütungen für vergleichbare Arbeit und ähnliche Branchen liegen. Dies bedeutet aber nicht, dass die niedrigeren von den Konkurrenten bezahlten Gehälter im Sinne des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG untermäßig sind, sondern dies ist nur der Fall, wenn sie signifikant und in unerträglicher Weise negativ von der beschriebenen Leitlinie abweichen. Im Ergebnis kann dies hier dahinstehen, da, wie gezeigt, der Staat die Möglichkeit hat, in diesem Fall gegen das einzelne Unternehmen vorzugehen. Einer die gesamte Branche verpflichtenden Regelung bedarf es nicht. Im Übrigen deutet sich in der Höhe des vereinbarten Mindestlohns an, dass es weniger um die Vermeidung von „Sozialdumping“ geht als um den Schutz der Tarife der Deutsche Post AG.

Dies bestätigt auch ein Seitenblick auf das MindArbG: Dass der Staat den verschiedenen Tarifvertragsparteien einen hinreichenden Regelungsspielraum belassen muss und die vermeintliche Optimierung der Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer nicht seine Sache ist, sondern vorrangig die der Tarifparteien,⁹⁰ ergibt sich auch aus dem Gesetz über die

⁹⁰ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, Grundl. Rn. 33.

Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952 (MindArbG). Das MindArbG selbst betont in § 1 Abs. 1 den Vorrang des Tarifsystems:⁹¹

"Die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen erfolgt grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen Tarifvertragsparteien in Tarifverträgen."

§ 8 Abs. 2 MindArbG bestimmt zudem, dass tarifvertragliche Bestimmungen den gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen vorgehen. Daraus folgt die grundsätzliche Subsidiarität gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen gegenüber der tarifautonomen Gestaltung der Arbeitsbedingungen.⁹²

Gegen die Erforderlichkeit spricht zudem, dass zumindest eine Verdrängung der Tarifverträge konkurrierender Unternehmen für die Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen nicht begründet werden kann. Denn die Arbeitsbedingungen dieser Tarifverträge sind selber angemessen: Bei der Allgemeinverbindlicherklärung außerhalb des AEntG wird sich regelmäßig nur die Frage einer Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter stellen, die unter ein fremdes und damit nicht mitgliedschaftlich legitimes Tarifvertragswerk unterworfen werden. Dieser von der Intensität durchaus schon als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zu beurteilender staatlicher Akt lässt sich dann rechtfertigen, wenn er aufgrund eines öffentlichen Interesses (das durch das Ziel der Schaffung von Mindestarbeitsbedingungen verfassungsrechtlich am Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verankert ist) erfolgt. Darüber hinaus tragen die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 TVG wie die Beteiligungsformen während des Verfahrens zur Allgemeinverbindlicherklärung und die Quoren-Regelung zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei.

Bei der Tariferstreckung durch das AEntG ist es jedoch anders, denn ein fremder Tarifvertrag wird verdrängt. Die positive Koalitionsbetätigungsfreiheit ist betroffen. Hierfür kann der Arbeitnehmerschutz nicht geltend gemacht werden, denn die Arbeitnehmer sind ja bereits durch eigene Tarifverträge geschützt. Jedem Tarifvertrag wohnt aber eine Angemessenheitsvermutung inne. Dies hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform noch einmal bestätigt, als er den Tarifvertrag aus eben diesem Grund aus der allgemeinen AGB-

⁹¹ Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 12.

⁹² Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 12; MüHdbArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl. 2000, § 244 Rn. 69.

Kontrolle ausgenommen hat.⁹³ Nach dem BAG⁹⁴ wird den tarifvertraglich ausgehandelten Löhnen und Gehältern von Verfassungen wegen einer Richtigkeitsgewähr eingeräumt. Sowohl das Grundgesetz als auch der Gesetzgeber gehen davon aus, dass die in frei ausgehandelten Tarifverträgen vereinbarten Arbeitsentgelte den Besonderheiten der Branche Rechnung tragen.⁹⁵

Die somit angemessenen Arbeitsbedingungen des mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrags würden vorliegend also abgelöst durch andere angemessene Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags der Verordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG. Angemessene Arbeitsbedingungen treten dann sinnwidrig an die Stelle von bereits angemessenen Arbeitsbedingungen. Dies schützt nicht Arbeitnehmer, und wenn es sie schützen würde, wäre es offensichtlich nicht verhältnismäßig im Hinblick auf den bereits bestehenden Schutz. Ist dies noch ein Argument, das sich gegen das AEntG in seiner Gesamtheit richtet, so ist gerade im Bereich der Postdienstleistungsbranche eine Erstreckung nicht möglich: In der Baubranche mag man die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit noch damit rechtfertigen, dass es hier gilt, vorrangig die Nichtorganisierten zu schützen und die Beeinträchtigung der positiven Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten (die es in der Baubranche nur im Randbereich des Garten- und Landschaftsbaus gibt) die ungewollte, aber aufgrund europarechtlicher Rahmenbedingungen schwer zu verhindernde Folge ist. Man schützt also die Nichtorganisierten und erfasst davon auch die Organisierten, weil eine Differenzierung mit gewissem, und u.U. unverhältnismäßigem, Aufwand verbunden ist.

Die Frage stellt sich hier: Wie hältst Du es mit ausländischen Tarifverträgen? Hier können ganz andere, und eben auch unangemessene Löhne festgesetzt sein, s. BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 279/01, EzAÜG § 1a AEntG Nr. 7: “Bis zur Einführung des tariflichen Mindestlohns im Baugewerbe verdiente ein heimischer Bauarbeiter in der niedrigsten Lohngruppe 20,24 DM/Stunde. Der Stundenlohn entsandter portugiesischer Arbeitnehmer auf deutschen Baustellen lag demgegenüber zwischen 6,00 und 7,00 DM, der Lohn britischer oder irischer Arbeitnehmer zwischen 14,00 und 15,00 DM ... Auch im Jahre 2000 wurden noch Fälle mit Stundenlöhnen von 5,00 bis 8,00 DM entdeckt“. Dies droht für die Postdienstleistungsbranche nicht, und so ist es nicht zu rechtfertigen, dass wegen der Gefahr unangemessener ausländischer Tarifverträge unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung auch konkurrierende deutsche Tarifverträge verdrängt werden müssen.

⁹³ BT-Drucksache 14/6857, S. 54 zu § 310 Abs. 4 BGB.

⁹⁴ BAG v. 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971.

⁹⁵ BAG v. 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971.

Bei den Postdienstleistern gibt es zurzeit jedoch keinen ausländischen Wettbewerb, und ein solcher ist auch in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten. Arbeitnehmer, die aus dem Ausland zur Postzustellung nach Deutschland entsandt werden, gab es in der Vergangenheit nicht und wird es auch zukünftig schon aus strukturellen Gründen nicht geben. Das Instrument würde insoweit funktionswidrig verwendet. Auch deshalb ist es nicht erforderlich. Inländische Arbeitnehmer ausländischer Unternehmen würden demgegenüber von einer Allgemeinverbindlichkeit erfasst. Hierfür bedarf es nicht des AEntG.

Das *BVerfG* hat zu alledem bislang nicht Stellung genommen. Zur Zeit seines Beschlusses zur grundsätzlichen Billigung des AEntG gab es die Rechtsprechung zum Vorrang des nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckten Tarifvertrags vor konkurrierenden Tarifverträgen noch nicht.⁹⁶ Die damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Fragen waren also noch unbekannt.

Das *BVerfG* konnte in seiner Entscheidung noch zutreffend ausführen, die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifnormen lasse die positive Koalitionsfreiheit der Tarifunterworfenen unberührt. Die Frage, welcher von mehreren konkurrierenden Tarifverträgen maßgebend sei, sei ohne Rücksicht auf die Allgemeinverbindlicherklärung eines der Tarifverträge nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu lösen; dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag gebühre nicht allein wegen der Allgemeinverbindlicherklärung der Vorrang. Denn Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Tarifautonomie, weil der Verfassungsgeber es den Tarifparteien zutraut, angemessene Arbeitsbedingungen zu erzeugen. Deshalb wäre es – so das *BVerfG* wörtlich – „ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, wenn der für allgemeinverbindlich erklärte und insoweit staatlich legitimierte Tarifvertrag vor anderen Tarifverträgen *per se* den Vorrang hätte“. ⁹⁷ Eben dies ist für das AEntG nun anders.

3. Verstoß gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Hinzu kommt, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit beeinträchtigen.

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. Die Vorschrift konkretisiert das Grundrecht auf freie

⁹⁶ S. Abschn. IV 1.

⁹⁷ BVerfG v. 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, NJW 2000, 3704.

Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzhaltung und zielt auf möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab.⁹⁸

Die Ausdehnung des AEntG auf die Arbeitnehmerüberlassung würde dazu führen, dass die ohnehin bereits stark reglementierte Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses in der Postdienstleistungsbranche noch weiter verengt wird: Durch § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG sind die wesentlichen Arbeitsbedingungen bereits sichergestellt. Nun wird aber nicht nur das Schutzniveau, sondern auch der konkrete Arbeitslohn fremdbestimmt festgelegt. Die Wahl zwischen verschiedenen Tarifwerken, die beide jeder für sich angemessen wären, wäre ausgeschlossen.

Ob dadurch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen ist, hängt davon ab, ob durch das erweiternde Gesetz gerade die Regelung der Berufstätigkeit und ihre Beschränkung gezielt und unmittelbar zum Gegenstand hat, oder ob bei lediglich mittelbarer Grundrechtsbetroffenheit die Vorgabe eine – zumindest objektiv – „berufsregelnde Tendenz“ hat⁹⁹. Das *BVerfG* hat nicht abschließend zu der Frage Stellung genommen, ob die Beschränkung der Arbeitsvertragsautonomie in Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG eingreift; in neueren Entscheidungen deutet es allerdings mit der zutreffenden herrschenden Lehre im Staats- und Arbeitsrecht eine Präferenz für die Berufsfreiheit an.¹⁰⁰ Daraus wird deutlich, dass den Arbeitnehmern und Arbeitgebern der Postdienstleistungsbranche durch eine Ausdehnung des AEntG der Freiraum zur Gestaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen durch die Wahl eines in Bezug zu nehmenden Tarifvertrages genommen und dadurch in ihre Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen würde.

Auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten ist die Berufsfreiheit der Arbeitgeber betroffen. Die Rahmenbedingungen für die Arbeit werden noch weiter kanalisiert. Wettbewerbsvorteile durch Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen wenigstens durch Bezug auf einen unter Wettbewerbsgesichtspunkten günstigeren Tarifvertrag werden vereitelt, und Postzustellung wird künstlich vereinheitlicht und verteuert.

⁹⁸ *Badura*, DÖV 1989, 491, 495 f.; *Kämmerer/Thüsing*, Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005, S. 67.

⁹⁹ St. Rspr; vgl. BVerfG, 30.10.1961 - 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181, 186; BVerfG, 8.4.1997 - 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, 302; *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl 2006, Art. 12 Rn. 11 ff., m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. etwa BVerfG, 8.4.1997 - 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 255; *Kämmerer/Thüsing*, Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005, S. 68 m.w.N.

b) Rechtfertigung der Eingriffe

Wiederum gilt: Nicht jeder Eingriff ist verfassungswidrig. Im Falle kollidierender anderer Grundrechtsinteressen oder Verfassungsgüter (wie das Sozialstaatsprinzip) darf der Staat jedenfalls im Wege sog. praktischer Konkordanz in das geschützte Grundrecht eingreifen. Zwingend ist jedoch die Verhältnismäßigkeit zu beachten. Unverhältnismäßig belastend ist ein Eingriff stets dann, wenn er dem Grundrechtsträger mehr Lasten aufbürdet, als zur Erreichung des geschützten Gemeinwohls bzw. zum Ausgleich der kollidierenden Rechtspositionen erforderlich ist.

Der Arbeitnehmerschutz und der Schutz vor „Lohndumping“ können, wie dargestellt, als Rechtfertigungsgründe nicht fruchtbar gemacht werden. Es besteht kein Bedarf für über § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG hinausgehenden (vermeintlichen) Arbeitnehmerschutz, der zur Arbeitslosigkeit in der Branche führen kann. Andere Rechtfertigungsgründe sind – wie in Bezug auf Art. 9 Abs. 3 GG dargestellt – nicht ersichtlich.

4. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG

a) Prüfungsmaßstab

Die Rechtsprechung des *BVerfG* hat Art. 3 Abs. 1 GG ursprünglich ausschließlich als Willkürverbot behandelt. Dieses gebietet, „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ zu behandeln.¹⁰¹ Willkür ist gegeben, wenn die Maßnahme im Verhältnis zur Situation „tatsächlich und eindeutig unangemessen ist“.¹⁰² Dieser Maßstab ist in neueren Entscheidungen nicht abgelöst worden, aber ergänzt durch die „neue Formel“. Nach dieser ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“,¹⁰³ bzw. wenn sich nicht auch nur

¹⁰¹ BVerfG, 16.3.1955 - 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144, 147; BVerfG, 26.4.1988 - 1 BvL 84/86, BVerfGE 78, 104, 121 = NJW 1988, 2231.

¹⁰² BVerfG, 15.3.1989 - 1 BvR 1428/88, BVerfGE 80, 48, 51 = NJW 1989, 1917.

¹⁰³ BVerfG, 7.10.1980 - 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88 = NJW 1981, 271; BVerfG, 29.5.1990 - 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60, 86 = NJW 1990, 2869.

irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund für die Differenzierung anführen lässt.¹⁰⁴ Der Gesetzgeber unterliegt also der Pflicht, Ungleichbehandlungen unter Berücksichtigung der Eigenart des jeweiligen Sachgebiets folgerichtig, mithin systemgerecht, zu regeln.¹⁰⁵ In der Sache nimmt das *BVerfG* für einige Konstellationen, die durch besondere Intensität der Maßnahme (wegen Grundrechts- oder Gruppenbetroffenheit etwa) gekennzeichnet sind, hier nunmehr eine förmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Er untersucht, ob die Differenzierung zur Erreichung des damit verbundenen Zieles geeignet und erforderlich ist und nicht zum „Eingriff“ in die Gleichheit außer Verhältnis steht.¹⁰⁶ Rekuriert wird bei leicht wechselnden Formulierungen auf die Natur der Sache, den sachlichen einleuchtenden Grund, die Eigenart des zu regelnden Sachverhalts oder sachgerechte Erwägungen,¹⁰⁷ Art. 3 Abs. 1 GG „ist danach verletzt, wenn die (un-)gleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die gesetzliche Regelung fehlt“.¹⁰⁸ Würden die Postdienste explizit in das AEntG einbezogen, wäre dies ungeachtet der Formulierung eine Ungleichbehandlung von Personengruppen (wenn auch vorwiegend juristischer Personen), nämlich der Postdienstleister einerseits und der Erbringer anderer Arten von Dienstleistungen andererseits, die nicht von Tariferstreckungen betroffen werden. Zudem rührt, wie dargelegt, die Regelung an deren Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG. Dies spricht für die Anwendung der „neuen Formel“.

b) Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Die Ausdehnung des AEntG auf den Bereich der Postdienstleistungen bindet die Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer bestimmten Branche an die Tariferstreckungsvorschriften des AEntG. Insoweit liegt eine Ungleichbehandlung gegenüber den Beteiligten anderer Wirtschaftszweige

¹⁰⁴ BVerfG, 12.4.1972 - 2 BvR 704/70, BVerfGE 33, 44, 51; BVerfG, 8.4.1987 - 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108, 157 = NJW 1987, 3115.

¹⁰⁵ Nachweise v.a. Dreier/*Heun*, GG, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 33 f.

¹⁰⁶ BVerfG, 26.1.1993 - 1 BvL 38/92, BVerfGE 88, 87, 96 = NJW 1993, 1517; dazu *Kämmerer*, BauR, 1996, 162, 170.

¹⁰⁷ BVerfG, 23.10.1951 - 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 51; BVerfG, 27.9.1978 - 1 BvL 31/76, BVerfGE 49, 192, 209 = DB 1978, 2416; BVerfG, 10.10.1978 - 2 BvL 10/77, BVerfGE 49, 260, 290 ff.; BVerfG, 16.10.1979 - 1 BvR 124/71, BVerfGE 52, 256, 262 = NJW 1980, 337; BVerfG, 8.6.1988 - 2 BvL 9/85, BVerfGE 78, 249, 281 ff. = NJW 1988, 2529.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfG, 30.9.1987 - 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256, 329 = NJW 1988, 1015; BVerfG, 23.5.2001 - 1 BvR 1392/99, <http://www.bverfg.de>.

vor (mit Ausnahme des Baugewerbes, der Hafenschlepper und der Gebäudereiniger). Dadurch werden die betroffenen Grundrechtsträger auch objektiv benachteiligt, denn sie werden in ihrer Privatautonomie eingeschränkt und ggf. an ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsbetätigung gehindert. Potentielle Wettbewerbsvorteile werden genommen.¹⁰⁹

c) **Zweifelhafte Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung**

Jede festgestellte Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung durch ein legitimes Regelungsziel. Differenzierungskriterium und -ziel müssen nicht in der Weise verfassungsrechtlich fundiert sein, dass etwa nur im Grundgesetz ausdrücklich benannte Rechtfertigungsgründe herangezogen werden dürften.¹¹⁰ Es dürfen auch wirtschafts- und beschäftigungspolitische Differenzierungsziele mitberücksichtigt werden. Entscheidend ist die Sachgerechtigkeit der Differenzierungskriterien und -ziele, die sich bei einer objektiven Gesamtbetrachtung erschließen müssen.¹¹¹

Gegenüber anderen Branchen besteht für die Postdienstleistungsbranche kein besonderes Bedürfnis nach einer Ausdehnung des AEntG. Darüber helfen auch Schlagworte wie „Lohndumping“ nicht hinweg, zumal die hierzu im Auftrag der Bundesnetzagentur durchgeführte Untersuchung dafür keine Anhaltspunkte liefert (vgl. Wik-Studie „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“). Ein besonderer Schutzbedarf von Arbeitnehmern der Postdienstleistungsbranche besteht gerade aufgrund des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nicht. Hier voranzuschreiten gegenüber anderen Branchen ist nicht sachlich gerechtfertigt, sondern vor allem durch Lobbyismus zu erklären.¹¹² Die Übernahme der Branche in den Bereich des AEntG begegnet also auch massiven Zweifeln im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG. Die Gegenkontrolle am Maßstab des (weniger strengen) Willkürverbots bestätigt diesen Befund: Art. 3 Abs. 1 GG verlangt nach sachgerechten Regelungen. Es ist nicht zulässig, aus einer Gruppe von Branchen, die sich in ähnlicher Lage befinden, nur bestimmte herauszugreifen und andere keiner Regelung zuzuführen.

¹⁰⁹ S. bereits *Rieble* in seiner Stellungnahme Ausschussdrucks. 15(9)2011, S. 43: *"Solte das AEntG nur auf wenige Branchen erstreckt werden, läge darin ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Denn ein solcher Sonderschutz für einzelne Branchen setzt voraus, dass die Arbeitnehmer dieser Branche besonders schutzbedürftig sind."*

¹¹⁰ ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 3 GG Rn. 37.

¹¹¹ ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 3 GG Rn. 39.

¹¹² S. auch die Einschätzung der Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 26.8.2008, S. 24.

Der Grundsatz der Sachgerechtigkeit einer gesetzlichen Regelung, welcher für Art. 3 Abs. 1 GG beachtlich ist,¹¹³ scheint auch noch ein einem anderen Punkt verletzt: Werden Postdienste in das AEntG aufgenommen, um für inländische Arbeitnehmer Löhne festzulegen, während das Gesetz an sich und bei den übrigen Branchen auf die Erstreckung inländischer Löhne auf ausländische Anbieter von Dienstleistungen gerichtet ist – die es im Postdienstleistungsbereich gar nicht gibt –, fehlt es an der Kohärenz der gesetzlichen Regelung. Art. 3 Abs. 1 GG lässt nicht zu, dass eine Regelung, die auf ein bestimmtes Ziel zugeschnitten ist, im Einzelfall nach politischer Opportunität auch ganz anderen Zwecken dienstbar gemacht wird. Einzelheiten der verfassungsrechtlichen Prüfung müssen der Gesetzesvorlage vorbehalten bleiben, sobald sie der Öffentlichkeit unterbreitet worden ist.

5. Konflikte mit Art. 81 und 82 EG (i.V.m. Art. 10 EG)

Man mag schließlich einen Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht, namentlich Art. 81 und 82 EG in Betracht ziehen. Dieser könnte bereits durch den Abschluss des von der Deutschen Post AG initiierten Tarifvertrags der Arbeitgebervereinigung Post mit der Gewerkschaft ver.di verwirklicht worden sein; überdies kommt ein mittelbarer Verstoß der Bundesregierung gegen diese Vorschriften in Betracht, wenn sie vom Minister für allgemeinverbindlich erklärt werden oder eine Verordnung nach § 1 Abs. 3a TVG erlassen wird. Zwar richten sich Art. 82, 82 EG nur an Unternehmen, doch ist auch dem Staat kraft Art. 10 EG nach allgemeiner Auffassung verwehrt, Handlungen zu vorschreiben, zu fördern oder zu legitimieren, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen.¹¹⁴

a) Konflikte mit Art. 81 EG („Kartellverbot“)

Art. 81 EG untersagt u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, wenn sie geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung – kurz: eine Beeinträchtigung – des Wettbewerbs auf dem betrachteten Produktmarkt innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Es fragt sich lediglich, auf welchen Akt für die Prüfung des Art. 81 EG abzustellen ist. Die Gründung der Arbeitgebervereinigung Post ist

¹¹³ Grundlegend BVerfGE 4, 219, 243; 36, 336, 394 (keine „willkürliche Abweichung von einem selbstgesetzten System“); ferner von Münch/Kunig/Gubelt, GG-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 30 m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. 66/86, Saeed, Slg. 1989, 803, Rn. 49; vgl. auch Zuleeg, in: v.d.Groeben/Schwarze, Art. 10 EG Rn. 4 m.w.N.

ohne Frage eine Vereinbarung zwischen Unternehmen.¹¹⁵ Die Gründung einer Arbeitgebervereinigung ist notwendige Voraussetzung für eine mit der Allgemeinverbindlicherklärung oder dem Verordnungserlass einhergehende Wettbewerbsbeschränkung, wird aber für sich genommen noch nicht als ein wettbewerbsbeschränkender Akt angesehen werden können. Der Zusammenschluss von Unternehmen zu dem Zweck, für eine Branche gleichartige Tarifbedingungen auszuhandeln, ist den wettbewerblichen und sozialstaatlichen Strukturen innerhalb der Mitgliedstaaten immanent und kein verbotenes „Tarifkartell“. Hier allerdings besteht die Besonderheit, dass der Arbeitgeberverband von einem einzelnen Unternehmen strukturell dominiert wird, das kraft seiner Stimmenmehrheit, die *ceteris paribus* selbst beim Beitritt aller Unternehmen der Postbranche fortbestehen würde, die Politik einer Gruppe von Unternehmen nach seinem Gusto steuern könnte. Insofern liegt es nahe, bereits in der Verbandsgründung, die überwiegend mit nahe stehenden Unternehmen vorgenommen wird, eine nach Art. 81 EG verbotene Vereinbarung zu erblicken. (Es wird unterstellt, dass es sich bei den Verbandsmitgliedern nicht ausnahmslos um abhängige Betriebe im Konzern der Deutschen Post AG handelt, die mit dieser gemeinsam *ein Unternehmen* im europarechtlichen Sinne darstellen würden, mit der Folge, dass Art. 81 EG mangels einer Vereinbarung zwischen Unternehmen keine Anwendung finden könnte.¹¹⁶) Im Vordergrund steht insoweit jedoch der Marktmissbrauch nach Art. 82 EG, der in diesem Fall nur im Wege des Abschlusses einer Vereinbarung mit anderen Unternehmen begangen würde. Insofern sei auf die folgende Prüfung des Art. 82 EG verwiesen.

Auch durch „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ könnte gegen Art. 81 EG verstoßen worden sein. Als fraglicher Beschluss kommt derjenige der Arbeitgebervereinigung Postdienste, dem Mindestlohn-Tarifvertrag zuzustimmen, in Betracht. Allerdings spricht ein gewichtiges Moment dagegen, solche Beschlüsse an Art. 81 EG zu messen: Der EuGH erklärt in ständiger Rechtsprechung Art. 81 EG für unanwendbar auf Tarifverträge¹¹⁷:

„Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn

¹¹⁵ Zum Unternehmensbegriff vgl. EuGH, Rs. C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21.

¹¹⁶ EuGH, Rs. 107/82, AEG, Slg. 1983, S. 3151, Rn. 50.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751, Rn. 59 (Zitat); Rs. C-115 bis 117/96, Brentjens, Slg. 1999, I-6025, Rn. 34; s. auch *Fleischer*, DB 2000, 821. Der EuGH folgt damit US-amerikanischem Vorbild, dessen Kartellrecht Tarifverträge und Gewerkschaften ausdrücklich ausnimmt, s. *Cox/Bok/Gorman/Finkin*, Labor Law, 12. ed. 1996, S. 27, 51 ff. m.w.N.

für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Artikel 85 Absatz 1 [Anm: jetzt Art. 81 Abs. 1 EG] Geltung hätte.“

Kann ein Tarifvertrag – auch mangels Unternehmensqualität der Gewerkschaftsseite – nicht an Art. 81 EG gemessen werden, würde es eine Umgehung dieser Grundsatzwertung bedeuten, wenn zwar nicht der Vertrag, aber der Zustimmungsakt der Unternehmenseite zu diesem Vertrag der kartellrechtlichen Kontrolle unterworfen wäre. Obschon der Tarifvertrag auf einem Beschluss der Arbeitgeber- und damit Unternehmensvereinigung basiert, kann Art. 81 EG darauf nicht anwendbar sein.

Man kann freilich erwägen, ob dieser Grundsatz auch dann noch gelten kann, wenn eine Arbeitgebervereinigung nur Fassade ist, weil sie nämlich ihr wichtigstes Unternehmen, die Deutsche Post AG, nur scheinbar repräsentiert, umgekehrt die „wirklichen“ Mitglieder nicht das Sagen haben, sondern eben die Deutsche Post AG. Dies würde jedoch eher nahe legen, die Arbeitgebervereinigung Postdienste schon gar nicht als Unternehmensvereinigung im Sinne des Art. 81 EG anzusehen, sondern ihre Beschlüsse materialiter als solche der Deutschen Post AG, sie im wettbewerbsrechtlichen Sinne also wie einen Vertragskonzern zu behandeln. Wollte man tatsächlich so weit gehen, würde sich an der Unanwendbarkeit des Art. 81 EG allerdings nichts ändern: Der Tarifvertrag müsste dann als Vereinbarung zwischen einem einzigen Unternehmen im europarechtlichen Sinne (also eben nicht einer Unternehmensvereinigung) einerseits und der Gewerkschaft ver.di andererseits betrachtet werden. Allerdings ist Vorsicht gegenüber einer solchen Rechtsposition geboten, welche letztlich die Existenz der Verbandsmitglieder als juristischer Personen ausblenden würde. In der Gesamtschau erscheint Art. 81 EG nach alledem nicht als der geeignete Hebel, um das von der Deutschen Post AG gesteuerte Tarifvertragsgebaren wettbewerbsrechtlich zu beanstanden.

b) Konflikte mit Art. 82 EG (Missbrauchsverbot)

Im Tarifvertragsgebaren der von der Deutschen Post AG dominierten Arbeitnehmervereinigung Postdienste kann ein Verstoß gegen Art. 82 EG liegen; überdies (bzw. zumindest) könnte die Allgemeinverbindlicherklärung des abgeschlossenen Tarifvertrags gegen Art. 82 i.V.m. Art. 10 EG verstoßen.

Dass es sich bei der Deutschen Post AG um ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung handelt, bedarf keiner ausführlichen Begründung. Für eine solche Stellung sprechen Marktanteil und Marktstruktur gleichermaßen. Eine marktbeherrschende Stellung ist nach der Auffassung von Kommission und EuGH bei einem Marktanteil oberhalb von 75% ohne weiteres, bei 90% sogar zwingend anzunehmen.¹¹⁸ Im Briefmarkt verfügt das Unternehmen nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur (Jahresbericht 2006, S. 115) derzeit über einen Marktanteil von 90%. Berücksichtigt man zudem die Struktur der Postdienstleistungsmärkte – nur wenige kleinere Dienstleister neben einem dominanten Unternehmen, dessen Herkunft aus einem staatlichen Monopol, die Preisführerschaft etc. –, so kann an der Marktbeherrschung der Deutschen Post AG in allen Sparten kein Zweifel bestehen. Auf einschlägige Kommissionsentscheidungen¹¹⁹ kann verwiesen werden. Ob es sich bei der Deutschen Post AG noch um ein öffentliches Unternehmen nach Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit der Transparenzrichtlinie von 1980 handelt (die dafür einen beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand verlangt), kann hier dahinstehen, da erstens Art. 86 Abs. 1 EG die Geltung der Wettbewerbsregeln für solche Unternehmen gerade bekräftigt¹²⁰ und zweitens Daseinsvorsorgeaspekte zur Rechtfertigung von Einschränkungen des Wettbewerbs (Art. 86 Abs. 2 EG) hier nicht zur Debatte stehen.

Die Allgemeinverbindlicherklärung – für die Tariferstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG würde Nämliches gelten – des Tarifvertrags des Arbeitgeberverbandes Postdienste stellt sich vor allem dann als Verletzung der Art. 82 i.V.m. Art. 10 EG dar, wenn bereits der abgeschlossene Tarifvertrag im Sinne des Art. 82 EG marktmissbräuchlich war. Für den Vertrag selbst ist Art. 82 EG kein Maßstab, da die Gewerkschaften keine Unternehmen darstellen und, wie weiter oben dargelegt, die Sozialpartnerschaft für sich genommen nicht dem Wettbewerbsrecht unterliegt. Doch kann sich im Abschluss des Vertrages das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens durchaus abbilden. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu sehen, dass die erwartete Zustimmung der Gewerkschaften ein Teil des Kalküls sein kann, mit dem ein den Arbeitgeberverband dominierendes Unternehmen seine nicht verbandsgebundenen Konkurrenten vom Markt verdrängen möchte. Dies legt den Verdacht des Marktstrukturmissbrauchs (ein Sonderfall des Behinderungsmisbrauchs) nahe, welcher vorliegt, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen die Möglichkeit einer

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. 22/78, Hugin, Slg. 1979, 1869, Rn. 9 f.; Rs. C-333/94, Tetra Pak II, Slg. 1996, I-5951, Rn. 21; EuG, Rs. T-30/89, Hilti, Slg. 1991, II-1439, Rn. 92.

¹¹⁹ Z.B. Kommission, Entscheidung „Deutsche Post AG – Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen“, ABl. EG 2001, Nr. L 331, S. 40, Rn. 165.

¹²⁰ Vgl. etwa *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041, 1042.

Einflussnahme auf das Verhalten von Wettbewerbern verschafft.¹²¹ In der Regel wird sich das Unternehmen dazu gesellschaftsrechtlicher Mechanismen bedienen, doch ist grundsätzlich auch das Tarifvertragsrecht dazu geeignet. Ob die Gewerkschaft dieses „Spiel“ durchschaut oder nicht, spielt dabei keine Rolle.

Nach Ansicht des EuGH kommt es für die Anwendung des Art. 82 EG darauf an, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen auf einem Markt, auf dem wegen der bloßen Präsenz dieses Unternehmens der Wettbewerb bereits geschwächt ist, zu Methoden greift, die von denen normalen Wettbewerbs abweichen und zur Folge haben, dass der verbleibende Wettbewerb auf diesem Markt gehemmt oder sein Wachstum behindert wird.¹²² Ohne weiteres ist danach als Missbrauch ein Verhalten anzusehen, das nicht so sehr auf den Ausbau der eigenen Marktmacht als vielmehr auf die Schwächung der Konkurrenten gerichtet erscheint. Im vorliegenden Falle kommt in erster Linie ein Behinderungs-, aber auch ein Ausbeutungsmisbrauch in Betracht.¹²³

Wie bereits dargelegt, handelt es sich beim Arbeitgeberverband Postdienste um ein kraft Satzung strukturell von der Deutschen Post AG dominiertes Unternehmen. Dies folgt weniger aus der tatsächlichen Beteiligung als aus den Mechanismen der Willensbildung, die der Deutschen Post AG in allen Fällen – gegenwärtig also auch dann, wenn alle Unternehmen der Branche dem Verband beitreten würden – praktisch das Recht einräumen, die Politik des Verbandes im Alleingang zu bestimmen; ausreichende Minderheitenrechte existieren nicht. Dies bedeutet, dass die Deutsche Post AG auch über den Inhalt eines abzuschließenden Tarifvertrags über den Widerstand ihrer Konkurrenten hinweg entscheiden kann. Man mag an dieser Stelle einwenden, dass kein Unternehmen gezwungen ist, sich dem Verband anzuschließen und damit Tarifpartei zu werden; allerdings steht dagegen, dass viele Postdienstleistungsunternehmen in Abhängigkeitsbeziehungen zur Deutschen Post AG stehen und um der Bewahrung der Geschäftsbeziehungen geneigt sein werden, Mitglied der Tarifgemeinschaft zu werden. Insoweit könnte sich bereits die Satzung des Verbandes, gepaart mit dem Druck zur Mitgliedschaft, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, der sich perpetuiert, wenn die Vereinigung Tarifverträge abschließt, welche dann verhindern, dass die an ihm beteiligten Unternehmen für die Deutsche Post AG

¹²¹ Streinz/*Eilmansberger*, EUV/EGV, 2003, Art. 82 EGV Rn. 74 ff.

¹²² EuGH, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rn. 91.

¹²³ Zu diesen Topoi etwa Calliess/Ruffert/*Weiß*, 3. Aufl. 2007, Art. 82 EGV Rn. 33.

zur echten Konkurrenz werden können. Ob ein solcher (Ausbeutungs-)Missbrauch vorliegt, soll hier trotz „Anfangsverdachts“ nicht weiterverfolgt werden, da im Mittelpunkt der Betrachtungen die rechtliche Bewertung eines solchermaßen zustande gekommenen Tarifvertrags im Zeitpunkt seiner Allgemeinverbindlichkeit als Behinderungsmissbrauch, also eine Maßnahme zur Verdrängung von Konkurrenten, stehen soll.

Würde der jetzt geschlossene Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt oder eine Tarifierstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG k.F. angeordnet, würde dies bedeuten, dass für eine gesamte Branche Mindestlöhne gelten würden, die von der Deutschen Post AG sachlich bestimmt werden. Denn die Deutsche Post AG ist kraft der Beschlussfassungsmechanismen in der Satzung des Arbeitgeberverbandes in der Lage, ihre politischen Vorstellungen gegen alle anderen Mitglieder durchzusetzen, so dass eine tarifvertragliche Willenserklärung des Verbandes in der Sache ein Diktat der Deutschen Post AG wäre. Bei dem vereinbarten Mindestlohn, der auch im Verhältnis zu anderen Branchen hoch ist, deckt sich das Ziel von ver.di im Ergebnis mit dem der Deutschen Post AG, auch wenn das Grundinteresse beider Seiten nicht kongruent ist. Es ist aber unverkennbar, dass die Deutsche Post AG die Gewerkschaft beim Abschluss des Tarifvertrags, dessen erwartete Allgemeinverbindlicherklärung beiderseits Geschäftsgrundlage sein musste (da er andernfalls fast bar jeder Wirkung wäre) instrumentalisiert, bzw. dass sich die Gewerkschaft instrumentalisieren lässt. Wird der abgeschlossene Tarifvertrag dann erwartungsgemäß für allgemeinverbindlich erklärt, steht der Deutschen Post AG faktisch die Möglichkeit zu Gebote, mit Hilfe des zuständigen Ministers auch ihre größten Konkurrenten, die sich nicht dem Verband angeschlossen haben, über die festgesetzten Löhne gleichsam auszuhungern. Der Minister würde sich, indem er einen solchen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärte, praktisch an der undemokratischen Willensbildung in einem von einem einzigen Unternehmen dominierten Verband abhängig machen, in dem die anderen Verbandsmitglieder zu Vasallen degradiert werden.

Im Falle des jetzt konkret abgeschlossenen Tarifvertrags spricht für das Vorliegen eines Missbrauchs ein weiterer entscheidender Gesichtspunkt: Für die Deutsche Post AG ist, weil sie bereits über einen Firmentarifvertrag verfügt, der Inhalt des Tarifvertrags ohne Belang; dennoch setzt sie kraft ihrer Mehrheit im Verband einen Mindestlohn-Tarifvertrag durch, der wiederum nur dann quantitativ rechtsbedeutsam wird, wenn er für dritte Unternehmen

verbindlich gemacht wird. Dies bestärkt zum einen den bereits an anderer Stelle geäußerten Verdacht des Ausbeutungsmisbrauchs innerhalb des Verbandes. Mehr noch: Wird ein solcher Tarifvertrag dann für allgemeinverbindlich erklärt, entfaltet ein Rechtsdokument, das nur für eine kleine Zahl weniger bedeutender Unternehmen überhaupt gilt, für alle Unternehmen der Branche Wirkung – weil es ein an den Vertrag gar nicht gebundenes Unternehmen so beschlossen hat. Damit würde sich der Minister zum Gehilfen der Deutschen Post AG machen, die über diese ausgeklügelte Struktur den Konkurrenten innerhalb der Branche Lohnstrukturen oktroyieren würde, bei deren Geltung sie unter wettbewerblichen Gesichtspunkten keine große Bedrohung für die eigene Marktstellung mehr darstellen würden. Für die Missbräuchlichkeit dieser Strategie spricht, dass die Deutsche Post AG selbst von dem Tarifvertrag gar nicht tangiert wird, sie dennoch sehr kurzfristig um die Errichtung eines von ihr dominierten Arbeitgeberverbandes bemüht war. Auch der Zeitpunkt dieser Gründung nährt diese Vermutung: Zum 1.1.2008 läuft das die Deutsche Post AG schützende und nachweislich sehr einträgliche Brieftransportmonopol im Zusammenhang mit der Exklusivlizenz endgültig aus. Es besteht der Verdacht, dass ein – für allgemeinverbindlich erklärter – Mindestlohn-Tarifvertrag diese weggefallene Barriere gegen Wettbewerb surrogieren soll.¹²⁴

Ob die Allgemeinverbindlicherklärung des „Phantom“-Tarifvertrags geeignet wäre, den Handel mit Postdienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wie Art. 82 EG erfordert, hängt von ihrer Rechtsgrundlage ab. Eine Erklärung nach § 5 TVG würde ausländische Anbieter nicht binden und hätte insoweit keine grenzüberschreitende Wirkung. Anders verhält es sich, wenn § 1 Abs. 3a AEntG zur Anwendung kommt, der auch ausländische Unternehmen erfassen soll. Ausländische Postdienstleistungsanbieter sind auf dem deutschen Markt aktiv, z.B. TNT Post. Im Übrigen reicht die bloße Möglichkeit aus, dass dies, insbesondere nach der Liberalisierung, der Fall sein könnte. Eine solche Perspektive scheint durchaus gegeben, auch angesichts des Umstandes, dass ausländische Unternehmen berechtigt sind, ihren tatsächlichen Geschäftssitz in Deutschland zu nehmen, ohne dass sich an ihrem Status als ausländische juristische Personen etwas ändert.¹²⁵ Da es für § 1 Abs. 3a AEntG nicht darauf ankommt, ob die Beschäftigten des ausländischen

¹²⁴ Vgl. die Stellungnahme des Präsidenten der BDA Hundt v. 6.9.2007, abrufbar unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/id/FF8000333D38C5EBC125734F00284DAA?Open&ccm=400085&L=DE&markedcolor=> (abgefragt am 17.9.2007).

¹²⁵ Eingeleitet durch die Entscheidung Centros v.9.3.1999 Rs. C-212/97, Slg. 2003, I-10155; s. hierzu auch *Thüsing*, ZIP 2004, 381.

Postdienstleistungsunternehmens In- oder Ausländer sind, ist durchaus denkbar, dass eine grenzüberschreitende Wirkung dergestalt eintritt, dass durch die relativ großzügig bemessenen Mindestlöhne ausländische Anbieter beim Eintritt in den deutschen Markt oder als bereits dort ansässige Unternehmen zugunsten der Deutschen Post AG behindert werden. Art. 82 i.V.m. Art. 10 EG wären dann verletzt. Die Europäische Kommission hätte das Recht, gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226 EG) einzuleiten.

Gründet die Allgemeinverbindlichkeit auf § 5 TVG, kommt zwar kein Verstoß gegen Art. 82 EG, aber ein solcher gegen § 19 GWB in Betracht. Die Deutsche Post AG ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 GWB eindeutig marktbeherrschend. § 19 Abs. 1 GWB verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer solchen marktbeherrschenden Stellung, ohne dass es auf Auswirkungen auf den gemeinsamen Markt ankommt. Das „Tarifdiktat“ der Deutschen Post AG beeinträchtigt die Wettbewerbschancen der Konkurrenzunternehmen, wie dargelegt, ohne sachlichen Grund (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB). Zwar verfügt das GWB über keine Relaisvorschrift, die staatlichen Stellen ähnlich wie Art. 10 EG untersagt, durch Rechtsnorm marktmissbräuchliches Handeln zu fördern, doch fließt die Wertung aus § 19 Abs. 1 GWB in der Weise in § 5 TVG ein, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung, wenn sie Marktmissbrauch fördert oder erst herbeiführt, mangels öffentlichen Interesses gesetzlich untersagt ist. Auf die einschlägigen Ausführungen weiter oben kann verwiesen werden.

IV. Möglichkeiten der Ablösung oder Verdrängung von fremdbestimmten Tarifverträgen

Ist es damit zur Tarifbindung der gesamten Branche gekommen, stellt sich die Frage der Tarifkonkurrenz. Kommt es zur Tarifierstreckung nach § 1 Abs. 3a AEntG, dann kann ein branchenangehöriges Unternehmen dieser Bindung auch nicht durch Abschluss eines eigenen Tarifvertrags entgehen. Das BAG stellte in einer Entscheidung vom 13.5.2004 fest, dass inländische Bauarbeitgeber die Anwendung der nach § 1 AEntG zwingenden tariflichen Bestimmungen nicht durch Bindung an einen für den Betrieb an sich tarifrechtlich geltenden, spezielleren Tarifvertrag vermeiden können.¹²⁶ Die Begründung ist denkbar knapp:

„Der Senat hat im Urteil vom 4. Dezember 2002 dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 AEntG nicht hinreichend Rechnung getragen, indem er in Anlehnung an Koberski/Asshoff/Holt, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. § 1 Rn. 318 die Auffassung vertreten hat, § 1 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 AEntG hätten nur

¹²⁶ Anfrage des 9. Senats vom 9.9.2003 (- 9 AZR 478/02(A)), beantwortet mit Beschluss vom 13.5.2004 (- 10 AS 6/04) unter Aufgabe seiner gegenteilige Auffassung (BAG v. 4.12.2002 - 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 17). S. auch BAG v. 25.1.2005 - 9 AZR 146/04, DB 2005, 1635.

klarstellende Funktion und enthielten keine Regelungen für Tarifkonkurrenzen oder Tarifpluralitäten. Mit Recht verweist der Neunte Senat demgegenüber auf die gesetzlich ausdrücklich vorgeschriebene "zwingende" Anwendung der für allgemeinverbindlich erklärten tariflichen Bestimmungen. Unter Berücksichtigung der vom Neunten Senat herangezogenen Gesetzeszwecke und der Entstehung des Gesetzes vermag der Zehnte Senat seine Auslegung zu § 1 Abs. 3 AEntG nicht aufrecht zu erhalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass der vom Senat herangezogene Grundsatz der Tarifeinheit, worauf in der Literatur durchgehend verwiesen wird, im Tarifvertragsgesetz keinerlei Niederschlag gefunden hat. Unter diesen Umständen kann allein aus Praktikabilitätsgründen die vom Gesetzgeber zwingend angeordnete Geltung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nicht verneint werden.¹²⁷

Damit gelten die allgemeinen Regeln zur Auflösung von Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität nicht im Bereich des AEntG.

Ob das BAG die – in Begründung und Ergebnis sicherlich falsche¹²⁸ – Rechtsprechung für das AEntG anlässlich dessen Erweiterung aufgeben wird, ist fraglich. Anzeichen hierfür bestehen nicht, so dass die Praxis einstweilen vom Fortbestand wird ausgehen müssen.

Diese allgemeinen Konkurrenzregeln, die bei der Allgemeinverbindlicherklärung gelten, führen in die genau andere Richtung. Welcher von mehreren Tarifverträgen betriebseinheitlich gilt, entscheidet das BAG ansonsten nach dem Grundsatz der Tarifspezialität: Der spezielle Tarifvertrag geht dem allgemeinen vor.¹²⁹ Speziell ist derjenige Tarifvertrag, der „den besonderen Bedürfnissen des Betriebes und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer am meisten entspricht“.¹³⁰ Das ist im Zweifel der Tarifvertrag, der nach seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dem Betrieb am nächsten steht.¹³¹ Das ist der Firmentarifvertrag oder der Verbandstarifvertrag des eigenen Verbands, nicht der allgemeinverbindliche des fremden Verbands.¹³² Schließt also ein anderer Arbeitgeberverband oder ein anderer Arbeitgeber eigene Tarifverträge ab, so bleibt die Allgemeinverbindlicherklärung für sie ohne Wirkung. Dies hat das BAG in seiner

¹²⁷ BAG v. 13.5.2004 - 10 AS 6/04 unter II 4 a der Gründe.

¹²⁸ *Thüsing*, NZA 2005, 1280-1284

¹²⁹ BAG v. 24.9.1975 - 4 AZR 471/74, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG v. 26.10.1983 - 4 AZR 219/81, AP Nr. 13 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG v. 14.6.1989 - 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

¹³⁰ BAG v. 29.3.1957 - 1 AZR 208/55, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

¹³¹ BAG v. 20.3.1991 - 4 AZR 455/90, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

¹³² *Löwisch/Rieble*, TVG, § 4 Rn. 146; *Däubler/Zwanziger*, TVG § 4 Rn. 929, 930, § 5 Rn. 166.

Entscheidung vom 23.3.2005 selbst für die Arbeitnehmer bejaht, deren Arbeitsvertrag nur individualvertraglich auf einen anderen Tarifvertrag verweist:

„Ein kraft vertraglicher Vereinbarung in einem Arbeitsverhältnis geltender Firmentarifvertrag verdrängt nach den Regeln der Tarifkonkurrenz als speziellere Regelung einen für das Arbeitsverhältnis kraft Allgemeinverbindlichkeit geltenden - zudem vertraglich in Bezug genommenen - von derselben Gewerkschaft abgeschlossenen Verbandstarifvertrag, auch soweit Ersterer einzelne ungünstigere Regelungen enthält; das Günstigkeitsprinzip ist bei dieser Fallgestaltung nicht anwendbar.“¹³³

Das Ergebnis ist also bei Rechtsverordnung nach AEntG ein anderes als bei Allgemeinverbindlicherklärung: Im ersten Fall setzen sich konkurrierende Tarifverträge nicht durch, im zweiten Fall schon.

V. Summa.

I. Eine Tariferstreckung nach gegebenem Recht wäre nur möglich durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Hierfür ist ein Branchentarifvertrag eines für alle Arbeitgeber der Branche offenen Arbeitgeberverbandes erforderlich. Die an diesen Tarif gebundenen Arbeitgeber müssten mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (Erfordernis der Branchenrepräsentativität). Daran aber fehlt es, weil die Deutsche Post AG ihr eigenes Tarifwerk beibehalten hat und weiter beibehalten wird und somit den Tarifvertrag ihres Arbeitgeberverbandes weder bisher anwendet noch anwenden wird. Der Verbandstarifvertrag des Arbeitgeberverbandes wird nach dem Spezialitätsprinzip nach dem Firmentarifvertrag der Deutschen Post AG verdrängt. Der Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste ist damit ein „Phantom-Tarifvertrag“, der vor seiner Erstreckung nur wenige Arbeitnehmer erfassen würde. Es fehlt ihm die notwendige Branchenrepräsentativität, um auf Dritte erstreckt zu werden.

Zudem müssen Zweifel ausgeräumt werden, die sich aus der Satzungsstruktur des Arbeitgeberverbandes Postdienste gründen. Denn die Mitgliedschaftsstimmrechte sind nach § 8 Abs. 9 der Satzung dahingehend abgestuft, dass die Stimmenzahl an die Beschäftigtenzahl

¹³³ BAG v. 23.3.2005 - 4 AZR 203/04., NZA 2005, 1003, hierzu *Thüsing*, NZA 2005, 1280; *Däubler/Lakies*, TVG § 5 Rnr. 166.

des Unternehmens anknüpft. Die Deutsche Post AG kann damit den Vorstand alleine bestimmen und hält damit die Tarifpolitik alleine in ihrer Hand. Dass dies den Anforderungen an eine demokratische Struktur des Arbeitgeberverbandes genügt, muss bezweifelt werden. Ein nicht demokratisch organisierter Verband aber ist nicht tariffähig. Ein von ihm abgeschlossener Tarifvertrag kann nicht auf Dritte erstreckt werden.

Selbst wenn man den Tarifvertrag für wirksam und grundsätzlich erstreckungsfähig halten wollte, würde seine Allgemeinverbindlicherklärung ein „öffentliches Interesse“ erfordern. Dieses Erfordernis wurde in der Vergangenheit von den Behörden und Gerichten recht großzügig ausgelegt, doch ist fraglich, ob dies tatsächlich für die Erstreckung der Arbeitsbedingungen eines branchenführenden Unternehmens und ehemaligen Monopolisten auf die Arbeitsverhältnisse seiner Konkurrenten angenommen werden kann. Gewichtige Erwägungen sprechen dagegen: Mag auch allgemein die Kartellwirkung der Allgemeinverbindlichkeit hinzunehmen sein, so wird sie problematisch, wo in einem noch jungen Markt überkommene Monopolstellungen gefestigt würden. Wettbewerb liegt im öffentlichen Interesse – nicht seine Verhinderung. Für die Postdienstleistungsbranche wird dies durch die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine Privatisierung der einschlägigen Märkte (Art. 87f GG) zusätzlich untermauert. Aufgabe des Staates ist hier, einen funktionsfähigen Wettbewerb überhaupt erst zu schaffen; dem stehen Maßnahmen entgegen, die Residuen früherer Monopole faktisch bewahren. Und: Wo ein Lohn nur von einem oder einigen wenigen Arbeitgeber gezahlt wird, ist es nicht gerechtfertigt, ihn der Mehrheit zu oktroyieren, weil nicht angenommen werden kann, gerade die Minderheit der Arbeitgeber habe den richtigen, marktadäquaten Lohn gefunden. Schließlich: Die Deutsche Post AG hat aufgrund des Ursprungs des Tarifwerks im öffentlichen Dienst einen der Branche in seiner Struktur in vielen Elementen wesensfremden Tarifvertrag; die ganze Branche an ihn zu binden, ist funktional verfehlt und auch deshalb nicht öffentlich geboten. Dies gilt umso mehr, als die Deutsche Post AG den Tarifvertrag selber gar nicht anwenden will. Es besteht Grund zur Annahme, dass ihr einziges Interesse an seinem Zustandekommen darin liegt, die Marktposition der wenigen Konkurrenten über die erwartete Allgemeinverbindlicherklärung zu schwächen. Auch die staatliche Förderung von Marktmissbrauch (Art. 82 EG, § 19 GWB) liegt nicht im öffentlichen Interesse und steht der Allgemeinverbindlichkeit solcher Tarifverträge insoweit entgegen.

II. Die Einbeziehung neuer Branchen in das AEntG ist nach dem Beschluss des Koalitionsausschusses kein Automatismus, sondern bedarf „eines gemeinsamen Antrags von Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche bis zum Stichtag 31.3.2008“. Ein solcher Antrag könnte sicher von ver.di einerseits und dem Arbeitgeberverband der Postzustellungsbranche andererseits gestellt werden und ist bereits gestellt worden.

Wird die Postdienstleisterbranche in das AEntG einbezogen, dann besteht im Wege der Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG die Möglichkeit, dass in Folge des Antrags auf Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifpartners eine Rechtsverordnung zur branchenweiten Geltung von Tarifbedingungen in Gang gesetzt werden könnte, auch wenn die Arbeitgeberseite des Tarifausschusses dem nicht zustimmt. Hierin liegt ein erheblicher Unterschied gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, die des Konsenses von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bedarf.

Voraussetzung einer Tariferstreckung wäre aber wiederum ein erstreckungsfähiger Tarifvertrag im Bereich der Postdienstleistung. Erforderlich wäre auch hier – ebenso wie für die Allgemeinverbindlicherklärung – ein Verbandstarifvertrag, mit einem Arbeitgeberverband, der demokratisch organisiert ist. Dies schließt ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen der Mitglieder im Stimmrecht und Monopolisierungen der Entscheidungskompetenzen aus. Fehlt die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung, so ist der Verband nicht tariffähig.

Beantragen mehrere Tarifvertragsparteien unabhängig voneinander die Allgemeinverbindlicherklärung, so bleiben die Kriterien offen, nach denen das Ministerium für Arbeit und Soziales den einer Rechtsverordnung § 1 Abs. 3a AEntG zu Grunde liegenden Tarifvertrag auswählt. Wahrscheinlich ist nicht eine Orientierung am Günstigkeitsprinzip (Welcher Tarifvertrag formuliert die besseren Arbeitsbedingungen?), sondern am Gedanken der Repräsentativität: Welcher Tarifvertrag erfasst mehr Arbeitsverhältnisse, wenn es zu einer Rechtsverordnung kommt?

Zusätzlich wäre für eine Tariferstreckung durch Rechtsverordnung – nicht anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung – eine Bindung von mehr als 50 % der branchenzugehörigen Arbeitnehmer an den zu erstreckenden Tarifvertrag sowie ein öffentliches Interesse erforderlich. Beides aber ist, wie dargestellt, nicht gegeben.

III. Gegen eine gesetzliche Regelung, wie sie die Bundesregierung erwägt, bestehen zudem gewichtige verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie insbesondere im Hinblick auf die Einbeziehung der Zeitarbeitsbranche in das AEntG bereits ausformuliert wurden. Noch stärkere Bedenken bestehen für die Erstreckung auf die Branche der Briefdienstleistung. Problematisch ist die Beeinträchtigung konkurrierender Tarifverträge, die in die Koalitionsfreiheit Art. 9 Abs. 3 GG eingreift. Hier werden tarifliche und damit angemessene Arbeitsbedingungen durch fremdbestimmte Arbeitsbedingungen verdrängt. Insbesondere aber auch § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG (Versagung einer beantragten Lizenz für den Fall, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“) verhindert in der Briefdienstleistungsbereich bereits ein „Lohndumping“. Die Briefdienstleistungsbereich dennoch in das AEntG einzubeziehen, ist damit wohl nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen, umso mehr als ausländische Billigkonkurrenz, welche die eigentliche Ratio des AEntG bildet, nicht existiert und nicht in Sicht ist. Würde gerade die Briefdienstleistungsbereich vom AEntG umschlossen, nicht aber ähnliche Branchen mit vergleichbarer Lohnstruktur oder solche Branchen, bei denen der Anteil ausländischer Billiganbieter wesentlich höher liegt, würde die Regelung auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Bedenken wecken. Gleichheitswidrig ist insoweit auch eine normative Regelung, der es an Systemgerechtigkeit fehlt.

IV. Auch europarechtliche Hürden müsste ein solche Tariferstreckung nehmen: Allerdings ist ein Verstoß gegen Art. 81 EG (Kartellverbot) wohl ausgeschlossen, nimmt der EuGH den Tarifvertrag doch ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 EG aus; das gilt dann auch einerseits für dessen Erstreckung auf Dritte und andererseits für die kollektive Willenserklärung eines Arbeitgeberverbandes, die zum Tarifvertrag führt. Ein Konflikt mit Art. 82 EG i.V.m. Art. 10 EG (Missbrauchsverbot) jedoch droht, weil hier, wie dargelegt, Monopolstrukturen durch staatliche Hilfe verfestigt würden und verfestigt werden sollten. Für die Deutsche Post AG ist, weil sie bereits über einen Firmentarifvertrag verfügt, der Inhalt des Tarifvertrags ohne Belang; dennoch setzt sie kraft ihrer Mehrheit im Verband einen Mindestlohn-Tarifvertrag durch. Dies bestärkt zum einen den Befund des Ausbeutungsmissbrauchs innerhalb des Verbandes. Wird ein solcher Tarifvertrag dann für allgemeinverbindlich erklärt, entfaltet ein Rechtsdokument, das nur für eine kleine Zahl weniger bedeutender Unternehmen überhaupt gilt, für alle Unternehmen der Branche

Wirkung – weil es ein an den Vertrag gar nicht gebundenes Unternehmen so beschlossen hat. Damit würde sich der Minister zum Helfen der Deutschen Post AG machen, die über diese ausgeklügelte Struktur den Konkurrenten innerhalb der Branche Lohnstrukturen oktroyieren würde, bei deren Geltung sie unter wettbewerblichen Gesichtspunkten keine große Bedrohung für die eigene Marktstellung mehr darstellen würden. Für die Missbräuchlichkeit dieser Strategie spricht, dass die Deutsche Post AG selbst von dem Tarifvertrag gar nicht tangiert wird, sie dennoch sehr kurzfristig um die Errichtung eines von ihr dominierten Arbeitgeberverbandes bemüht war.

V. Käme es dennoch zur Tariferstreckung auf alle Arbeitnehmer der Branche, so würde der Abschluss eines Tarifvertrags mit einer konkurrierenden Gewerkschaft zwar zur Verdrängung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags, nicht aber zu einer Verdrängung des Tarifvertrags des AEntG führen. Der Spezialitätsgrundsatz, der sonst das Tarifrecht beherrscht, gilt im Anwendungsbereich des AEntG nicht.

Das Gesagte lässt sich noch einmal verkürzt zusammenfassen:

I. Sowohl eine Allgemeinverbindlicherklärung als auch eine Tarifierstreckung via Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG wären im Hinblick auf einen Mindestentgelt-Tarifvertrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste auch nach der geplanten Änderung des AEntG nicht möglich:

- Eine Tarifbindung kann nicht über die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG erreicht werden, denn es fehlt ein mindestens die Hälfte der Arbeitnehmer der Branche erfassender Tarifvertrag, solange die Deutsche Post AG diesen Tarifvertrag nicht selber anwendet. Ob der Tarifvertrag überhaupt wirksam ist, hängt davon ab, ob man den Arbeitgeberverband Postdienstleister als hinreichend demokratisch organisiert wertet. Die starke Stellung der Deutschen Post AG, die nach Satzung alles alleine entscheiden kann, spricht nachhaltig dagegen. Zudem fehlt es am öffentlichen Interesse der Tarifierstreckung: Die Verfestigung von Monopolstrukturen spricht nachhaltig dagegen. Weniger als ein öffentliches Interesse wäre es ein genuines Interesse der Deutschen Post AG, dass es zu einer solchen Allgemeinverbindlicherklärung kommt, da sie die Dienstleistungen der Konkurrenzunternehmen verteuert. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist keine Staatshilfe zum Schutz vor Konkurrenz, die gerade im jungen Postmarkt gewollt ist.
- Dies gilt auch für die Tarifierstreckung nach dem AEntG: Durch die Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG wird lediglich das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung vermieden. Dies bedeutet zwar regelmäßig, dass die Gewerkschaft auch ohne Mitwirkung der Arbeitgeberseite eine Tarifbindung der Branche erreichen kann. Dies gilt aber nicht für die Branche der Postdienstleistungen in ihrer derzeitigen Gestalt: Auch hier bedarf es nach herrschender und richtiger Meinung eines Tarifvertrags, der mindestens die Hälfte der Arbeitnehmer der Branche erfasst und eines öffentlichen Interesses an der Tarifierstreckung. Beides fehlt.

II. Zudem begegnet die geplante Einbeziehung der Postdienstleisterbranche verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken:

- Die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit etwaiger konkurrierender Gewerkschaften und Arbeitgeber(-verbände) durch Verdrängung der von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge müsste gerechtfertigt werden ebenso wie die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Insbesondere das Erfordernis der Lizenz verhindert in der Postdienstleistungsbranche bereits mögliches Lohndumping. Die Lizenz wird nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nicht gewährt, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“. Die Postdienstleistungsbranche dennoch in das AEntG einzubeziehen, ist damit wohl nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht (wie das Sozialstaatsprinzip) zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als ausländische Billigkonkurrenz nicht existiert und kaum zu erwarten ist; das AEntG wird damit zum zweckentfremdeten Regelungsinstrument. Gerade diese eine Branche herauszugreifen, begegnet daher Bedenken auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.
- Auch europarechtliche Hürden müsste eine solche Tarifierstreckung nehmen: Ein Konflikt zu Art. 82 EG i.V.m. Art. 10 EG droht, weil hier Monopolstrukturen durch staatliche Hilfe verfestigt würden, und verfestigt werden sollten: Der Staat macht sich dabei faktisch zum Gehilfen eines marktbeherrschenden Unternehmens und seiner gegen Konkurrenten gerichteten Ausgrenzungsstrategie.

Hamburg und Bonn, den 21.9.2007



(Jörn-Axel Kämmerer)



(Gregor Thüsing)