

Rechtsgutachten

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

im Auftrag des Arbeitgeberverbandes Postdienste e.V., Bonn

vorgelegt von

Professor Dr. Ulrich Preis

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

Dr. Stefan Greiner

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

Köln, 8. Oktober 2007

Inhaltsübersicht

A. Sachverhalt	5
I. Situation in der Postdienstleistungsbranche	5
II. Situation des Arbeitgeberverbandes Postdienste und seiner Mitgliedsunternehmen	6
III. Entstehung und Inhalte des TV Mindestlohn.....	7
B. Gutachtliche Fragen	9
C. Rechtliche Würdigung	10
1. Teil: Verfassungsrechtliche Fragen.....	10
I. Keine Verletzung der Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG.....	10
1. Tarifierung auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer/Arbeitgeber	10
a) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung.....	11
aa) BVerfG v. 24.5.1977	11
bb) BVerfG v. 15.7.1980.....	12
b) BVerfG zur Verfassungskonformität des § 1 IIIa AEntG	12
c) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Tariftreuerregelung	13
d) Meinungsstand der Literatur.....	14
e) Eigene Auffassung	16
2. Verdrängung kollidierender Tarifverträge.....	18
a) Sichtweise des BVerfG.....	19
b) Auflösungen von Tarifkollisionen bei Aufeinandertreffen eines mitgliedschaftlich legitimierten und eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags.....	19
c) Auflösungen von Tarifkollisionen bei Aufeinandertreffen eines mitgliedschaftlich legitimierten und eines allgemeinverbindlichen oder durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrags im Anwendungsbereich des AEntG	20

aa) Neue Sichtweise des BAG	20
bb) Verfassungsrechtliche Würdigung	22
II. Keine Verletzung der Berufsfreiheit	25
III. Keine Verletzung des Gleichheitssatzes	28
IV. Zwischenergebnis	29
2. Teil: Europarechtliche Fragen	30
I. Grundfreiheiten.....	30
1. Grenzüberschreitendes Element	30
2. Beeinträchtigung und Rechtfertigung	31
a) Rechtsprechung des EuGH	31
b) Literatur und eigene Meinung	33
II. Art. 82 EG iVm. Art. 10 EG	34
III. Zwischenergebnis	36
3. Teil: Tarifrechtliche Fragen.....	37
I. Vorüberlegungen – Unterschiede und Parallelen der Verfahren nach § 5 TVG und § 1 IIIa AEntG	37
1. Keine Beteiligung der Spitzenorganisationen.....	37
2. Materiellrechtliche Voraussetzungen des § 5 I TVG?	37
3. Eigene Auffassung.....	39
II. Die „Repräsentativität“ des TV Mindestlohn.....	40
1. Einbeziehung von Arbeitgebern mit speziellen Firmen-Tarifverträgen in das 50%-Quorum	40
a) Wortlaut § 5 I 1 Nr. 1 TVG.....	41
b) Schutzzweck des Quorums	42
aa) Schutz der Vertragsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers	42
bb) Schutz der Tarifautonomie.....	43
cc) Eigene Auffassung	43
2. Einbeziehung von Beamten in die Repräsentativitätsbetrachtung	46

3. Einbeziehung von anders beschäftigten Arbeitnehmern der branchenfremden Unternehmen in die Repräsentativitätsbetrachtung?.....	48
III. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs – Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“	49
1. Regelungszweck der Allgemeinverbindlicherklärung.....	49
a) Soziale Schutzfunktion	49
b) Wettbewerbsschutz	50
c) Eigene Auffassung	52
2. Schutzzweck der Tarifierstreckung nach AEntG	54
3. Zwecksetzung einer Allgemeinverbindlicherklärung des TV Mindestlohn, „öffentliches Interesse“	55
IV. Geltungsbereich des TV Mindestlohn	57
1. Subjektive Festlegung	57
2. Grenze: Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifparteien.....	58
a) Tariffähigkeit.....	58
aa) Allgemeines	58
bb) Insbesondere: demokratische Binnenstruktur.....	59
b) Tarifzuständigkeit.....	61
aa) Grundsatz: Satzungsautonome Festlegung	61
bb) Objektives Korrelat: Repräsentativität	62
D. Ergebnisse.....	64

A. Sachverhalt

Angesichts des verschärften Wettbewerbs in der Postdienstleistungsbranche besteht ein politischer Wille, sozial unverträglichen Arbeitsbedingungen durch legislatives Handeln vorzubeugen.

Zu diesem Zweck soll ein zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. – dem Auftraggeber dieses Gutachtens – und der Gewerkschaft Verdi am 11.9.2007 geschlossener „Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne in der Branche Postdienste“ (im Folgenden: TV Mindestlohn) gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt oder im Ordnungsverfahren nach § 1 IIIa AEntG auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden.

Das vorliegende Gutachten soll Rechtsfragen dieses Vorhabens untersuchen.

I. Situation in der Postdienstleistungsbranche

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

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

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

Seit Beginn der Liberalisierung des Postmarkts haben sich in Deutschland einige Wettbewerber der Deutschen Post AG und ihrer Konzernunternehmen etabliert, insbesondere die PIN AG und TNT Deutschland, eine Tochtergesellschaft der niederländischen TNT. Bei den neuen Dienstleistern zeichnet sich die Tendenz

ab, zu einem hohen Anteil geringfügige Beschäftigungsverhältnisse zu schaffen. Der Anteil der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse an allen Arbeitsverhältnissen liegt dort bei über 60%. Die gezahlten Entgelte liegen vielfach um 30-40%, mitunter sogar um 50% unter den Entgeltstandards der Deutschen Post AG, obwohl auch bei der Deutschen Post AG bereits deutliche Einschnitte in den aus dem Öffentlichen Dienst überkommenen Besitzstand stattgefunden haben. Vielfach sind Arbeitnehmer der neuen Briefdienstleister zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf ergänzende Sozialtransfers angewiesen.

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

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

II. Situation des Arbeitgeberverbandes Postdienste und seiner Mitgliedsunternehmen

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

Die Beamten sind überwiegend beim Mitgliedsunternehmen Deutsche Post AG beschäftigt. Hier findet ein kontinuierlicher Umstellungsprozess statt: Beam-

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

III. Entstehung und Inhalte des TV Mindestlohn

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

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

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

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

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

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

B. Gutachtliche Fragen

1. Auf Grundlage dieses Sachverhalts ist zunächst zu untersuchen, ob die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) bzw. Geltungserstreckung des TV Mindestlohn (§ 1 IIIa AEntG) mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

2. Ferner sind folgende tarifrechtliche Fragen zu beantworten:

a) Dürfen bei der Ermittlung des 50%-Quorums des § 5 I 1 Nr. 1 TVG auch die Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mitgezählt werden, der zwar Mitglied des Arbeitgeberverband ist, bei dem aber auch ein Firmentarifvertrag zum Entgelt besteht?

b) Für den Fall, dass die Frage a) zu bejahen ist: Können bei der Ermittlung des 50%-Quorums auch die bei der Deutschen Post oder den Konzernunternehmen beschäftigten Beamten mitgezählt werden?

c) Ist es zulässig, dass der Geltungsbereich des TV Mindestlohn an die gewerbs- oder geschäftsmäßige Beförderung von Briefsendungen anknüpft und deshalb auch Unternehmen erfasst, die nicht der Branche Postdienste zuzuordnen sind?

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

C. Rechtliche Würdigung

1. Teil: Verfassungsrechtliche Fragen

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

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

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

1. Tarifierstellung auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer/Arbeitgeber

Die bloße Anwendung tariflicher Regelungen auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse berührt die negative Koalitionsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht.³ Der negativen Koalitionsfreiheit ist vielmehr lediglich der begrenzte Inhalt eines „Fernbleiberechts“ beizumessen: Niemand soll gezwungen werden, sich einer Koalition anzuschließen. Diese Eingrenzung des

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

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

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

Schutzbereichs hat das BVerfG in einer langen Kette von Entscheidungen für sämtliche Instrumente anerkannt, die der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags auf Nichtorganisierte dienen.

a) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung

aa) BVerfG v. 24.5.1977

Grundlegend ist insofern ein Beschluss des 2. Senats vom 24.5.1977,⁴ in dem die Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anerkannt wurde. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sei im Verhältnis zu den ohne sie nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung, der seine eigenständige Grundlage in Art. 9 III GG finde; an den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) könne er nicht gemessen werden.

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

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

Auch das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, „sofern es sich aus Art. 9 III GG ergeben sollte“, stehe der gesetzlichen Regelung über die Allgemeinver-

⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

bindlicherklärung von tariflichen Inhaltsnormen nicht entgegen. Die Freiheit, sich einer anderen als der vertragsschließenden oder keiner Koalition anzuschließen, werde durch sie nicht beeinträchtigt, Zwang oder Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft nicht ausgeübt.

bb) BVerfG v. 15.7.1980

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

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

b) BVerfG zur Verfassungskonformität des § 1 IIIa AEntG

Durch Kammerbeschluss v. 18.7.2000⁶ hat das BVerfG – bereits nach Aufgabe der verfehlten „Kernbereichsrechtsprechung“⁷ – diese Sichtweise auf das Verfahren der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags nach § 1 IIIa AEntG übertragen und eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die Geltungserstreckung durch Erlass einer auf § 1 IIIa AEntG gestützten Rechtsverordnung verstoße weder gegen die positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit. Weder werde dadurch eine Zwangsmitgliedschaft in den tarifvertragsschließenden Verbänden begründet noch werde es unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition zusammenzuschließen. Ent-

⁵ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7.

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

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

stehe durch die Geltungserstreckung ein mittelbarer Druck, zur Wahrnehmung von Einflussmöglichkeit Mitglied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, sei dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Insofern seien dieselben Maßstäbe wie bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG anzulegen.

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

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

c) BVerfG zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Tariffreuregelung

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

⁸ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202.

⁹ Insbes. *Rieble*, NZA 2007, 1.

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

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

d) Meinungsstand der Literatur

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

Für diese Sicht wird angeführt, dass wesentliches Element der Zugehörigkeit zu einer Koalition sei, dass das Mitglied der normativen Wirkung des Tarifvertrags

¹⁰ Vgl. BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352.

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

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

Dem dargestellten „Spiegelbildargument“ ist zunächst entgegen gehalten worden, die Tarifbindung sei lediglich Motiv für den verfassungsrechtlich geschützten Beitritt zur Koalition. Bloße Motive seien aber grundrechtlich nicht geschützt.¹⁶ Auch erfasse die positive Koalitionsfreiheit nicht das Recht, Tarifnormen zu setzen. Dieses sei vielmehr nur Gegenstand der den Koalitionen gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit.¹⁷ Hält man die kollektive Koalitionsfreiheit mit der herrschenden Meinung¹⁸ für unmittelbar durch Art. 9 III GG gewährleistet, verbietet sich in der Tat ein Rückschluss auf die negative Koalitionsfreiheit;¹⁹ damit entfällt die Grundlage für das Spiegelbildargument.²⁰

Darüber hinaus werden gegen die „negative Tarifvertragsfreiheit“ grundsätzliche Bedenken aus dem Wortlaut des Art. 9 III GG geltend gemacht, weil ein „Nichtkoalieren“ schwerlich der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedin-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

gungen dienen könne.²¹ *Gamillscheg* hält die Vorstellung eines Schutzes der Außenseiter vor Tarifnormen gar für lebensfremd und verfehlt. Denn dann, so *Gamillscheg*, müsste man den Außenseiter auch vor Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag schützen. Im Übrigen zweifelt er bereits an der Gleichrangigkeit von positiver und negativer Freiheit, weil dies der Sache nach zu einem Leerlaufen der positiven Koalitionsfreiheit führt, was der „Spiegelbildtheorie“ die dogmatische Grundlage entziehe.²² Der Außenseiter-Arbeitnehmer sei insoweit nicht schutzbedürftig, weil er durch die Erstreckung des Tarifnormenschutzes sogar privilegiert werde, indem er an Tarifwirkungen partizipiere, zu denen er nichts beigetragen habe;²³ der Außenseiter-Arbeitgeber hingegen nicht schutzwürdig, denn die hierdurch beschränkte Freiheit des Arbeitgebers sei „in praxi die Freiheit des Arbeitgebers, die Arbeit unter ihrem Wert zu entlohnen“.²⁴

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

e) Eigene Auffassung

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

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

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

²³ *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 376.

²⁴ *Gamillscheg*, (Fn. 11), S. 888.

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

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

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

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

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

Die von Teilen der Rechtsprechung und Literatur³⁰ geäußerten Bedenken mit Blick auf die demokratische Legitimation der Tarifnormsetzung mit Wirkung für Außenseiter können nicht überzeugen.³¹ Demokratischer Legitimation der Tarifvertragsparteien bedarf es dort nicht, wo der staatliche Gesetz- oder Verordnungsgeber eine eigene politisch verantwortete und damit demokratische legitimierte Gestaltungsentscheidung trifft. Dieses Zusammenwirken von tarifauto-

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

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

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

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

nomer Normsetzung und demokratisch legitimiertem staatlichem Geltungsbe-
fehl für Tarifaußenseiter hebt das BVerfG zutreffend hervor.³²

2. Verdrängung kollidierender Tarifverträge

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

Soweit bestehende Tarifverträge durch den für allgemeinverbindlich erklärten bzw. nach § 1 IIIa AEntG erstreckten Tarifvertrag verdrängt werden, steht die *positive* kollektive und individuelle Koalitionsfreiheit im Zentrum des Interesses: Die Verdrängung eines mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrags greift in die individuell-positive Koalitionsfreiheit ein, weil dazu auch das Recht gehört, an den von der eigenen Koalition abgeschlossenen Tarifverträgen zu partizipieren.³³ Die anderweitig tarifgebundenen Arbeitnehmer/Arbeitgeber würden einem mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag „entzogen“ – ein gravierender Eingriff in die individuell-positive Koalitionsfreiheit. Im Übrigen würde auch in die kollektiv-positive Koalitionsfreiheit derjenigen Koalitionen eingegriffen, die den verdrängten Tarifvertrag abgeschlossen haben, denn es würde einem gelten- den Tarifvertrag und damit dem wesentlichen Gestaltungselement der Koalitionen die tatsächliche Geltung verweigert.

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

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

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

a) Sichtweise des BVerfG

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

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

In Umsetzung dieser verfassungsgerichtlichen Vorgaben ist aus Perspektive des BAG bei der Auflösung von Tarifkonkurrenzen und Tarifpluralitäten nach dem Spezialitätsprinzip die Frage, ob einer der kollidierenden Tarifverträge nur kraft Allgemeinverbindlicherklärung gilt, irrelevant. Die Auflösung soll sich unabhängig von der Frage des Geltungsgrundes stets nach der pragmatischen Einschätzung richten, welcher Tarifvertrag „dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“.³⁶ Darauf, ob ein Tarifvertrag nur aufgrund Allgemeinverbindlicherklärung gilt, stellt das BAG bei dieser Betrachtung nicht tragend ab; „spezieller“ kann demnach auch ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag sein.³⁷

Die Literatur ist uneinig: Säcker/Oetker meinen etwa, der allgemeinverbindliche Tarifvertrag werde durch einen von denselben Tarifparteien abgeschlossenen

³⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

³⁵ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7.

³⁶ BAG 24.9.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 29.11.1978, AP Nr. 12 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 27.8.1986, AP Nr. 70 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 14.6.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 24.1.1990 AP Nr. 126 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

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

Verbands- oder Firmentarifvertrags regelmäßig verdrängt.³⁸ Das eintretende Schutzdefizit bei tariflichen Außenseitern sei kein Gegenargument, da primärer Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht die Herbeiführung von Mindestarbeitsbedingungen sei, sondern die Effektivität der tariflichen Normsetzung.³⁹ Genau entgegengesetzt meint Müller, im Interesse des sozialen Schutzes habe grundsätzlich der allgemeinverbindliche Tarifvertrag Vorrang.⁴⁰

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

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

aa) Neue Sichtweise des BAG

Ein anderes, verfassungsrechtlich problematischeres Lösungsmodell legt die jüngste Rechtsprechung des BAG allerdings aus europarechtlichen Erwägun-

³⁸ Säcker/Oetker, ZfA 1993, 1 (17).

³⁹ Säcker/Oetker, ZfA 1993, 1 (18).

⁴⁰ Müller, DB 1989, 1970 (1972).

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

gen bei der zwingenden gesetzlichen Anwendung von Tarifnormen im Anwendungsbereich des AEntG zugrunde: Hier hat es den „Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb“ aufgegeben. Begründet wird dies damit, dass die Möglichkeit einer Verdrängung zwingender Mindestarbeitsbedingungen durch speziellere Tarifverträge zu einer Benachteiligung von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten führen könne: Ihnen ist die Verdrängung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags durch Abschluss spezieller Tarifverträge – anders als inländischen Arbeitgebern – rechtlich oder faktisch verschlossen.

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

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

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

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

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

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

Damit ergibt sich ausschließlich aus europarechtlichen Erwägungen folgende Situation: Im Anwendungsbereich des AEntG setzten die durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifnormen Mindestarbeitsbedingungen für alle vom Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen bzw. durch Rechtsverordnung nach § 1 IIIa AEntG erstreckten Tarifvertrags erfassten Arbeitsverhältnisse. Sie beanspruchen damit vorrangige Geltung unabhängig vom Vorliegen anderer tariflicher Regelungen. Entsteht dadurch eine Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität, setzt sich somit die allgemeinverbindliche oder nach § 1 IIIa AEntG erstreckte Tarifnorm gegenüber einer abweichenden, mitgliedschaftlich legitimierten Tarifnorm durch. Dies gilt aber – entsprechend dem Regelungsanliegen des § 1 AEntG, lediglich Mindeststandards setzen zu wollen – nur, solange die kraft Tarifbindung (§ 3 I TVG) geltende tarifliche Regelung *ungünstiger* ist als die nach § 1 AEntG anzuwendende Tarifnorm. Mithin werden anderweitige Tarifverträge nicht umfassend „verdrängt“, sondern lediglich soweit sie den Mindeststandard unterschreiten. Soweit sie den Mindeststandard überschreiten, setzen sie sich im Wege einer Günstigkeitsbetrachtung durch.

bb) Verfassungsrechtliche Würdigung

Nach zutreffender Auffassung besteht die Tarifautonomie nur in den Grenzen des zwingenden staatlichen Gesetzesrechts. Es gibt kein Normsetzungsmonopol der Tarifvertragsparteien; auch dem staatlichen Gesetzgeber stehen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigene Regelungsbefugnisse zu. Nach gängiger Formel ist Gegenstand der Tarifautonomie „ein Normsetzungsrecht, kein Normsetzungsmonopol“.⁴⁶ Der staatliche Gesetzgeber kann

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

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

daher den Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts ändern, ohne dass darin notwendig ein Eingriff in die Tarifautonomie liegt. Konsequenterweise meint jüngst der 4. Senat des BAG, eine Änderung des zwingenden staatlichen Regelungsrahmens, die einem geltenden Tarifvertrag jeden Anwendungsbereich entzieht, berühre nicht einmal den Schutzbereich des Art. 9 III GG.⁴⁷

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

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

Fraglich bleibt, ob die Erstreckung des TV Mindestlohn tatsächlich nur eine legitime Rahmenregelung bewirkt, oder ob bereits der institutionelle „Wesensgehalt“ (Art. 19 II GG) bzw. – in der traditionellen Terminologie des BVerfG⁵¹ – der „Kernbereich“ der Tarifautonomie berührt ist. Dafür könnte sprechen, dass der

⁴⁷ BAG 8.11.2006, NZA-RR 2007, 303.

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

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

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

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

Verordnungsgeber eine staatliche Regulierung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung vornimmt und damit im ureigensten Regelungsbereich der Tarifparteien tätig wird.⁵² Dabei beschränkt er sich jedoch auf die Statuierung eines reinen Mindeststandards. Von einer Wesensgehaltsverletzung kann demgegenüber erst die Rede sein, wenn den Tarifparteien als Grundrechtsträgern der Tarifautonomie substantielle Regelungsbefugnisse genommen würden und die tarifautonome Regelungskompetenz marginalisiert würde. Dies wäre jedenfalls bei einer *umfassenden* staatlichen Normierung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung der Fall. Von einer Marginalisierung tarifautonomer Regelungskompetenzen kann dagegen keine Rede sein, wenn der staatliche Gesetz- oder Verordnungsgeber sich auf die punktuelle Statuierung von zwingenden Mindeststandards beschränkt, die hinreichenden Raum zur tarifautonomen Ausgestaltung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ oberhalb dieses Niveaus lassen.

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Dieterich* (Fn. 52), S. 117 f.

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

ckung des TV Mindestlohn jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre.⁵⁷ Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur negativen Koalitionsfreiheit verwiesen werden.⁵⁸

II. Keine Verletzung der Berufsfreiheit

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

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

Wie im Falle des Tariftreuebeschlusses ist der Eingriff in die Berufsfreiheit jedoch auch hier verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Tariftreuebeschluss identifiziert

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

⁵⁸ Oben I e.

⁵⁹ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202.

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

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

Übertragen auf die hier zu untersuchende Problematik lassen sich zahlreiche legitime Regelungsziele nachweisen: Die Erstreckung des TV Mindestlohn dient dem soziale Schutz der Arbeitnehmer nicht tarifgebundener Arbeitgeber vor „Lohndumping“. Sie dient dazu, einer Prekarisierung der Postdienstleistungsbranche vorzubeugen. Sie schützt die Systeme der sozialen Sicherheit, indem sie der verbreiteten Etablierung von geringfügiger Beschäftigung unter Inanspruchnahme ergänzender sozialer Transferleistungen vorbeugt. Sie dient schließlich – und auch dies identifiziert BVerfG 11.7.2006 als verfassungsrechtlich legitimes Schutzanliegen – dem Schutz der Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber vor Verdrängung durch nicht tarifgebundene Arbeitskräfte. Sie dient daher auch der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der Funktionserhaltung der sozialen Sicherungssysteme.

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

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

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

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

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

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

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

Insbesondere kann schließlich entgegen *Kämmerer/Thüsing*⁶⁸ nicht darauf verwiesen werden, dass die Lizenzierungsanforderungen des § 6 III Nr. 3 PostG einen hinreichenden sozialen Schutz sicherstellten. Eine strenge Auslegung dieser Norm⁶⁹ mit der Folge einer Lizenzversagung bei Unterschreitung des Tarifniveaus der Deutschen Post AG wäre ein weit gravierenderer Eingriff in die Berufsfreiheit als die bloße Erstreckung eines Mindestlohnes ohne entsprechende Sanktionsandrohung. Eine großzügige Auslegung dieser Norm, wie gegenwärtig von der Bundesnetzagentur praktiziert,⁷⁰ lässt hingegen Schutzlücken, die der staatliche

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

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

⁶⁷ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 39.

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

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

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

Gesetz- und Ordnungsgeber im Wege des § 1 IIIa AEntG schließen kann. Weshalb der in § 6 III Nr. 3 PostG statuierte soziale Schutz ein erneutes Tätigwerden des staatlichen Gesetz- oder Ordnungsgebers sperren soll, will nicht einleuchten. Selbstverständlich kann der Gesetz- oder Ordnungsgeber erneut tätig werden, wenn nach seiner politischen Einschätzung soziale Schutzdefizite dies erfordern. § 6 III Nr. 3 PostG steht dem nicht entgegen.

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

III. Keine Verletzung des Gleichheitssatzes

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

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

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

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

lich den übereinstimmenden Willen bekundet haben, eine branchenweite Mindestlohnregelung etablieren zu wollen.

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

IV. Zwischenergebnis

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

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

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

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

2. Teil: Europarechtliche Fragen

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

I. Grundfreiheiten

1. Grenzüberschreitendes Element

Den europarechtlichen Grundfreiheiten kommt nicht nur die Bedeutung von Diskriminierungs- sondern auch von Beschränkungsverboten zu.⁷⁷ Maßnahmen, die die grenzüberschreitende Freiheitsbetätigung innerhalb der Gemeinschaften erschweren, müssen sich an ihnen messen lassen. Beeinträchtigungen rein innerstaatlicher Freiheitsbetätigung ohne grenzüberschreitende Komponente sind hingegen durch die Grundfreiheiten nicht reguliert; „Inländer-Diskriminierungen“ werden europarechtlich nicht ausgeschlossen.⁷⁸ Vorliegend ist das grenzüberschreitende Element nur teilweise gegeben. Soweit die Tariferstreckung zur Behebung rein innerstaatlicher Missstände dient, ist sie schon deshalb europarechtlich unbedenklich, weil die europarechtlichen Grundfreiheiten keinen Prüfungsmaßstab darstellen.

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

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

⁷⁶ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 54.

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

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

2. Beeinträchtigung und Rechtfertigung

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

a) Rechtsprechung des EuGH

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

Aus Perspektive des EuGH beschränkt die Festsetzung von Mindestlöhnen zwar die Dienstleistungsfreiheit; diese Beschränkung ist aber durch das zwingende Allgemeininteresse an sozialem Schutz der Arbeitnehmer gerechtfertigt.⁸² Damit begegnet die Einbeziehung von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten in einen staatlichen Mindestlohn grundsätzlich keinen europarechtlichen Bedenken. Nur in Ausnahmefällen, etwa bei Unternehmen mit Sitz in einer grenznahen Region, deren Arbeitnehmer einen Teil ihrer Arbeit für kurze Zeiträume im Ho-

⁷⁹ Ziekow, NZBau 2001, 72 (78).

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

⁸¹ EuGH 14.4.2005 Rs. C-341/02, Slg. 2005, 2733 = NZA 2005, 573, Rn. 24; EuGH 21.10.2004 Rs. C-445/03, Slg. 2004, 10191 = NZA 2005, 99 Rn. 29; EuGH 28.3.1996 Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, 1920, Rdnr. 12; EuGH 9.8.1994 Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803, 3826, Rdnr. 23; EuGH 27.3.1990 Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, 1417, 1445, Rdnr. 18; ausführlich dazu Bieback/Kocher (Fn. 3), S. 81 f.

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

heitsgebiet anderer Mitgliedstaaten erbringen, kann es an der Verhältnismäßigkeit einer derartigen Einbeziehung zur Verwirklichung sozialer Schutzanliegen fehlen.⁸³ Gleichfalls fehlt es an der Erforderlichkeit, wenn der soziale Schutz bereits durch Vorschriften des nationalen Rechts desjenigen Mitgliedstaats sichergestellt ist, in dem der jeweilige Arbeitgeber ansässig ist.

In der Rechtssache Wolff⁸⁴ hat der EuGH zudem darauf hingewiesen, dass als legitimes Ziel des nationalen Gesetzgebers bei der Statuierung von Mindestarbeitsbedingungen auch Anerkennung finde, „einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt“. Hierin könne ein zwingendes Erfordernis liegen, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne, soweit die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibe. Ein Widerspruch zwischen dem Schutz eines fairen Wettbewerbs auf der einen Seite und der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der anderen Seite bestehe nicht. Bereits die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 zeige, dass diese beiden Ziele nebeneinander verfolgt werden könnten.

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

In einem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren auf Ersuchen des OLG Celle hat jedoch Generalanwalt Yves Bot jüngst in seinen Schlussanträgen v. 20.9.2007⁸⁶ vertreten, auch eine derartige Regelung sei durch das soziale Schutzanliegen gerechtfertigt. Entscheidend ist aus Sicht des Generalanwalts

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

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

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

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

dabei lediglich, dass ein „echter zusätzlicher Schutz“ der Arbeitnehmer durch ein zwingendes höheres Entgeltniveau erreicht wird. Die soziale Intention des Gemeinschaftsrechts ergebe sich dabei bereits aus Art. 136 I EG.

b) Literatur und eigene Meinung

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

Löwisch/Rieble etwa meinen, der EG-Vertrag normiere die Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung; daraus folge, dass das final in die Marktfreiheiten eingreifende AEntG die Dienstleistungsfreiheit, ferner auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, verletze. Ausländischen Unternehmen werde ihr Wettbewerbsvorteil niedrigerer Löhne genommen. Mindestlohnregelungen seien mit Mindestpreisregelungen auf dem Gütermarkt vergleichbar. Das AEntG ziele keinesfalls auf eine arbeitsrechtliche Regelung zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ab, sondern allein auf eine „marktzugangsbehindernde Mindestlohnregelung“. Diese finale Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sei von der sozialpolitischen Kompetenz der Mitgliedstaaten nicht gedeckt.⁹⁰

Hanau weist dagegen zutreffend darauf hin, dass es nicht zur Philosophie des Europäischen Binnenmarktes gehöre, einen „Wettbewerb [...] der schlechteren Arbeitsbedingungen zu installieren“.⁹¹ Sachlich geht insbesondere der Vergleich von *Löwisch/Rieble* mit Mindestpreisregelungen auf dem Gütermarkt fehl: Denn

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

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

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

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

⁹¹ *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1372).

Arbeitnehmer und Güter sind nun einmal nicht vergleichbar. Während auf dem Gütermarkt für einen über Mindestpreise bewirkten sozialen Schutz kein (unmittelbares) Bedürfnis besteht, sind auf dem Dienstleistungsmarkt die sozialen Schutzinteressen der Arbeitnehmer von zentraler Bedeutung.

Soweit Zweifel an der Europarechtskonformität des AEntG mit Blick darauf geäußert werden, dass dieses nicht vorrangig den sozialen Schutz der Arbeitnehmer bezwecke, sondern vielmehr den Schutz deutscher Unternehmer vor ausländischen Mitbewerbern mit weitaus niedrigeren Lohnkosten,⁹² ist dieser Einwand durch den EuGH in der Rechtssache Wolff⁹³ mit Recht entkräftet worden. Beide Effekte bedingen einander: Sozialer Schutz lässt sich nicht ohne Beschränkungen eines über die Arbeitsentgelte praktizierten Wettbewerbs der Unternehmen realisieren. Insoweit hängen beide Aspekte untrennbar miteinander zusammen.⁹⁴

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

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

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

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

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

⁹⁴ Vgl. auch unten 3. Teil III 1 c.

⁹⁵ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 10.

Mitgliedstaaten, aktiv auf die Verhinderung oder Beseitigung marktbeherrschender Stellungen hinzuwirken, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

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

Im Übrigen kann Art. 82 EGV nicht isoliert betrachtet werden. Selbst wenn der Vorschrift eine staatengerichtete Pflicht zur Unterlassung der Förderung marktbeherrschender Stellungen entnommen werden könnte, müsste diese mit dem „zwingenden Allgemeininteresse“ an sozialem Arbeitnehmerschutz harmonisiert werden. Zutreffend weist Generalanwalt Yves Bot in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Rüffert⁹⁷ darauf hin, dass die Wahrung sozialer Schutzstandards nicht nur ein legitimes Ziel der mitgliedstaatlichen Regelungspraxis, sondern, sofern ein Kernbereich sozialen Schutzes betroffen ist, mit RL 96/71 sogar zu einer bindenden Pflicht der Mitgliedstaaten geworden ist.⁹⁸ Art. 3 I RL 96/71 führt nationale Vorschriften über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen an, die den entsandten Arbeitnehmern im Mitgliedstaat der Dienstleistungserbringung nicht vorenthalten werden dürfen. Diese soziale Schutzintention des Gemeinschaftsrechts ist primärrechtlich fundiert, da sie in Art. 136 I EG als Ziel der Gemeinschaften aufgeführt ist. Hiernach verfolgen die Gemeinschaften und die Mitgliedstaaten „die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen

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

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

⁹⁸ Ebd., Rn. 70.

Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen“.

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

III. Zwischenergebnis

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

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

3. Teil: Tarifrrechtliche Fragen

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

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

1. Keine Beteiligung der Spitzenorganisationen

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

2. Materiellrechtliche Voraussetzungen des § 5 I TVG?

Fraglich ist überdies, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 5 TVG, insbesondere das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“ an der Tariferstreckung und des 50%-Quorums des § 5 I 1 Nr. 1 TVG, auch im Rahmen von § 1 IIIa AEntG erfüllt sein müssen oder auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1 IIIa AEntG großzügiger sind. Der Wortlaut des § 1 IIIa AEntG ist insoweit nicht eindeutig: Hiernach kann der zuständige Bundesminister, sobald ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags iSv. § 1 I 1, III 1 AEntG gestellt ist, „unter den dort genannten Voraussetzungen“ durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats bestimmen, dass die Rechtsnormen des

⁹⁹ Bűdenbender, RdA 2000, 193 (194).

Tarifvertrags für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden, nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Anwendung finden.

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

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

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

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/151

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

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

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

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

3. Eigene Auffassung

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

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung genügen regelmäßig „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“,¹⁰⁶ hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit müssen – nach der Diktion des EuGH¹⁰⁷ – „zwingende Gründe“ vorhanden sein. Beide Anforderungen lassen sich unter den offenen Begriff des „öffentlichen Interesses“ subsumieren. Daher ist zweifellos auch beim Verfahren nach § 1 IIIa AEntG ein „öffentliches Interesse“ im Sinne „vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls“ und „zwingender Allgemeininteressen“ erforderlich.

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

Freilich ist dabei der Zusammenhang zwischen Quorum und „öffentlichem Interesse“ zu beachten: Fehlt es einem Tarifvertrag an tarifautonomer Repräsentati-

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

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

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

vität und damit an Aussagekraft für die Arbeitsbedingungen in der Branche, dürften die Anforderungen an die Darlegung eines „öffentlichen Interesses“ deutlich steigen. Einen ohnehin repräsentativen Tarifvertrag zu erstrecken, respektiert hingegen die überwiegende tarifautonome Entscheidung der Arbeitgeber in der Branche und kann daher leichter durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.

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

II. Die „Repräsentativität“ des TV Mindestlohn

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

Fraglich ist zunächst, ob es der Repräsentativität des TV Mindestlohn entgegensteht, dass bei zahlreichen Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste spezielle Firmentarifverträge zur Anwendung kommen, die mit derselben Gewerkschaft – Verdi – abgeschlossen wurden wie der TV Mindestlohn.

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

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

¹⁰⁹ Oben I 3.

der Literatur gehen darüber hinaus und meinen, die Einhaltung des Quorums sei auch hier zwingende Voraussetzung der Tariferstreckung.¹¹⁰

a) Wortlaut § 5 I 1 Nr. 1 TVG

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

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

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

¹¹⁰ Nachw. oben Fn. 101.

¹¹¹ *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 892 f.

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

Ebenso wenig wird die Tarifbindung des Arbeitgebers beseitigt, wenn der Tarifvertrag durch einen spezielleren Tarifvertrag verdrängt wird.¹¹³ Es handelt sich dabei um eine nachrangige Kollisionsregelung, deren Voraussetzung gerade die normative Anwendbarkeit der kollidierenden Tarifverträge ist. Die Verdrängung eines Tarifvertrags durch einen spezielleren setzt mithin die Tarifbindung – zumindest des Arbeitgebers – an beide Tarifverträge sogar voraus, weil es ansonsten zu einer lösungsbedürftigen Normenkollision gar nicht kommt. Alle Voraussetzungen für die Einbeziehung in das Quorum scheinen somit trotz Verdrängung durch spezielle Tarifverträge erfüllt zu sein.

b) Schutzzweck des Quorums

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

aa) Schutz der Vertragsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers

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

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

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

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

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

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

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

bb) Schutz der Tarifautonomie

Teile der Literatur sehen den Schutzzweck des Quorums dagegen allein im „Schutz der Tarifautonomie der Tarifgebundenen und der Außenseiter“.¹¹⁹ Was damit gemeint ist, bleibt undeutlich: Die bloße Tariferstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung (oder auch im Wege des § 1 IIIa AEntG) berührt, wie dargestellt, weder die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter noch die positive Koalitionsfreiheit anderweitig tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien.¹²⁰ Aus der Tarifautonomie folgt gleichfalls kein durch die Allgemeinverbindlicherklärung beeinträchtigtes Recht der Tarifparteien, dass die Tarifwirkung lediglich den Tarifgebundenen zugute kommt.

cc) Eigene Auffassung

Zwar *erfordert* der Schutz der Berufsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber nach hier vertretener Auffassung nicht das Quorum. In die unternehmerische Vertragsfreiheit als Teil der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) kann der Gesetzgeber durch Statuierung zwingenden Arbeitsrechts zur Realisierung legitimer Regelungszwecke und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit stets eingreifen, ohne dass er dazu eines bestimmten Zustimmungsquorums der von der

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

¹¹⁹ Kempen (Fn. 118), § 5 Rn. 29.

¹²⁰ Oben I. Teil I.

Rechtssetzung Betroffenen bedürfte.¹²¹ Insofern ist das Quorum, wie zu § 1 IIIa AEntG bereits ausgeführt,¹²² kein zwingendes verfassungsrechtliches Erfordernis.

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

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

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

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

¹²² *Oben* I 3.

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

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

Tarifvertrags durch Tarifbindung auf Arbeitgeberseite an. Indem der Tarifvertrag von einem Arbeitgeberverband abgeschlossen wird, der die (qualitative) Mehrheit der Arbeitgeber in seinem Geltungsbereich organisiert, kommt ihm die gesetzlich als Voraussetzung der Tariferstreckung statuierte mehrheitliche Legitimation zu.

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

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

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

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

2. Einbeziehung von Beamten in die Repräsentativitätsbetrachtung

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

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

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

des tarif- und beschäftigungspolitischen Gewichts der Arbeitgeber, die den Tarifvertrag mitgliedschaftlich legitimieren.

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

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

Schließlich ist von entscheidender Bedeutung, dass bei den Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste ein kontinuierlicher Umstellungsprozess stattfindet: Beamte werden durch funktionsähnliche Arbeitnehmer ersetzt. Während der Anteil der über 50-jährigen Arbeitnehmer etwa bei der Deutschen Post AG nur um 1% p.a. steigt, steigt der Anteil der über 50-jährigen Beamten um 3% p.a. 2002 lag der Anteil der über 50-Jährigen an der Gesamtzahl der Beamten noch bei ca. 19%, 2007 bereits bei 34%. Zugleich ist der Anteil der Beamten an allen Beschäftigten der Deutschen Post AG im Zeitraum zwischen 2005 und 2007 von 33% auf 29% zurückgegangen.

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

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

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

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

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

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

¹²⁶ Vgl. oben I 3.

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

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

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

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

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

1. Regelungszweck der Allgemeinverbindlicherklärung

a) Soziale Schutzfunktion

Konsens ist, dass die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) dem sozialen Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer dienen soll: Ihnen sollen angemessene Arbeitsbedingungen gewährleistet werden.¹³⁰ Aus Gründen des sozialstaatlichen Schutzes werden außerhalb des tarifierten Bereichs Mindestarbeitsbedin-

¹²⁸ Oben I 3.

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

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

gungen festgesetzt; Instrument ist ein staatlicher Geltungsbefehl, der eine tarifautonom entstandene Regelung inhaltlich unverändert und daher unter Wahrung der Tarifautonomie auf Tarifaußenseiter erstreckt.

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

Teile der Literatur erkennen der Allgemeinverbindlicherklärung ferner eine „Ordnungsfunktion“ zu,¹³⁴ indem sie die dezentrale, tarifautonome Regelung der Arbeitsbedingungen mit einem Mindestmaß staatlicher Rechtssetzung auf weitere Gebiete ausdehnt. Bei Tarifverträgen, die – etwa bei den Sozialkassen des Baugewerbes – eine übergreifende tarifliche Sozialpolitik verfolgten, diene die Allgemeinverbindlicherklärung der Realisierbarkeit dieser sozialpolitischen Ziele,¹³⁵ indem sie die Belastung mit Beiträgen zu den gemeinsamen Einrichtungen gleichmäßig auf die verbandsangehörigen und nicht verbandsangehörigen Arbeitgeber verteilt.¹³⁶ Dadurch werde die sozialpolitisch wünschenswerte Durchführung „dezentraler“ Sozialkassenverfahren erst ermöglicht.¹³⁷

b) Wettbewerbsschutz

Nach verbreiteter Ansicht – insbesondere auch des BVerfG¹³⁸ und BVerwG – soll die Allgemeinverbindlicherklärung die tarifgebundenen Arbeitnehmer darüber hinaus vor „Schmutzkonzurrenz“ durch untertariflich arbeitende Außenseiter-Arbeitnehmer schützen. Zumal in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit und damit verbundenem hohem Arbeitskräfteangebot soll die Allgemeinverbindlicherklärung

¹³¹ Dazu sogleich unter b.

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

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

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

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

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

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

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

Arbeitgeber daran hindern, zur Senkung der Arbeitskosten bevorzugt Nichtorganisierte einzustellen.

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

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

Dadurch ergebe sich auch ein Schutz der Tarifautonomie als Institution und der durch sie geprägten Wettbewerbsbedingungen,¹⁴² zumal vor dem Hintergrund des europäischen Wettbewerbs und damit einhergehender divergenter Arbeitsbedingungen. Zutreffend führt das BVerfG aus, die Allgemeinverbindlicherklärung sei „ein Instrument, das die von Art. 9 III GG intendierte autonome Ord-

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

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

¹⁴¹ Kempen (Fn. 118), § 5 Rn. 2.

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

nung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft¹⁴³.

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

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

c) Eigene Auffassung

Zutreffend ist, dass sich die verschiedenen Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung wechselseitig bedingen und ineinander übergehen. Eine Aufspaltung in zulässige und unzulässige Zwecke der Allgemeinverbindlicherklärung ist

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

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

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

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

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

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

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

kaum möglich. Wird ein Tarifvertrag aus legitimen Gründen des Arbeitnehmerschutzes – nämlich der Sicherstellung akzeptabler Arbeitsbedingungen – für allgemeinverbindlich erklärt, ergeben sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Arbeitnehmern ebenso wie zwischen konkurrierenden tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Unternehmen reflexhaft von selbst. Umgekehrt ist eine Beschränkung des Außenseiterwettbewerbs geradezu Voraussetzung und Instrument, um das soziale Schutzanliegen zu verwirklichen.

Eng damit verbunden ist auch ein reflexhafter Schutz der sozialen Sicherungssysteme und des Arbeitsmarktes, wenn der Außenseiterwettbewerb soziale Transferleistungen gezielt zur Unterschreitung des tariflichen Entgeltniveaus nutzt. Dies ist bei Wettbewerbern der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste durch die verbreitete Etablierung von geringfügiger Beschäftigung mit flankierenden Sozialtransfers der Fall.

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

Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die durch die legitimen Schutzintentionen ausgelöst werden, sind ohne weiteres zu akzeptieren. Dazu steht nicht in Widerspruch, dass aus Perspektive des BGH¹⁵¹ ein Wettbewerber sich nicht auf unlauteren Wettbewerb berufen kann, wenn ein Konkurrent das Tarifniveau eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags unterschreitet. Ihn soll die Allgemein-

¹⁵⁰ Vgl. nur BVerfG 14.11.1954 BVerfGE 4, 96.

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

verbindlicherklärung nicht schützen. Wird eine Allgemeinverbindlicherklärung jedoch zum Schutz legitimer sozialer Zwecke und zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ausgesprochen, sind die wettbewerbsbeschränkenden Folgen hinzunehmen und sogar notwendig.

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

2. Schutzzweck der Tariferstreckung nach AEntG

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

Der Einwand von *Kämmerer/Thüsing*,¹⁵⁴ das AEntG sei ausschließlich auf den grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmern zugeschnitten; in der Postdienstleistungsbranche würden mangels eines derartigen grenzüberschreitenden Charakters die Instrumente des AEntG aber missbräuchlich eingesetzt, verfährt nicht: Mit dem Fall des Briefmonopols zum 1.1.2008 ist der grenzüberschreitende Einsatz von Arbeitnehmern auch in der Postdienstleistungsbranche realistisch; es scheint legitim, auf dieses Szenario mit den dafür geschaffenen Instrumenten des AEntG zu reagieren. Im Übrigen stünde es dem Gesetzgeber in den dargestellten verfassungs- und europarechtlichen Grenzen auch frei, einer gesetzlichen Regelung neue, ursprünglich nicht intendierte Anwendungsfelder zu erschließen, etwa das AEntG zur Behebung rein innerstaatlicher Missstände nutzbar zu machen.

¹⁵² *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 18.

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

¹⁶⁰ *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 17.

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

¹⁶² *Kämmerer/Thüsing* (Fn. 2), S. 23.

nachvollziehbar: Es geht nicht um Nivellierung, sondern lediglich um die Einziehung eines sozial gebotenen Mindeststandards.

IV. Geltungsbereich des TV Mindestlohn

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

1. Subjektive Festlegung

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

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

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

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

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

2. Grenze: Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifparteien

Grenzen der Tarifmacht und damit möglicher Geltungsbereiche setzen nur Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der beteiligten Tarifvertragsparteien. Da die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Verdi außer Frage steht, widmen sich die folgenden Überlegungen ausschließlich der von *Kämmerer/Thüsing*¹⁶⁵ bezweifelten Tariffähigkeit des Arbeitgeberverbandes Postdienste.

a) Tariffähigkeit

aa) Allgemeines

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

Eine hinreichende Durchsetzungsfähigkeit in Tarifverhandlungen ist im Übrigen bereits der Position des einzelnen Arbeitgebers immanent, erst recht daher jedem Zusammenschluss von Arbeitgebern. Zu verlangen ist für die Tariffähigkeit

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

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

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

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

eines Arbeitgeberverbandes lediglich die Freiwilligkeit des Zusammenschlusses als Element des verfassungsrechtlichen Koalitionsbegriffs sowie die satzungsaunom festgelegte tarifpolitische Aufgabenbestimmung.¹⁶⁹

bb) Insbesondere: demokratische Binnenstruktur

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

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

Selbst wenn man aber das Erfordernis einer demokratischen Binnenstruktur auch bei Arbeitgeberverbänden bejaht, ist eine gerichtliche Überprüfung auf eine Evidenz- und Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bei der Prüfung der demokratischen Binnenstruktur einer Arbeit-

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

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

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

nehmerkoalition jüngst deutlich hervorgehoben.¹⁷² Es führt hierzu aus, eine demokratische Binnenstruktur habe die Rechtsprechung als Wesensmerkmal einer tariffähigen Gewerkschaft „bislang nicht ausdrücklich verlangt“. Weder Art. 9 III GG noch Art. A III 2 des Staatsvertrags vom 18. Mai 1990 enthielten dieses Merkmal. Zwar könne die mitgliedschaftliche Legitimation der durch Abschluss von Tarifverträgen ausgeübten Rechtssetzungsbefugnis „gewisse Mindestanforderungen an die demokratische Verfassung einer Gewerkschaft stellen“. Sofern die Satzung der Koalition aber „grundsätzlich die Gleichheit der Mitglieder und deren Teilnahme am innerverbandlichen Willensbildungsprozess“ vorsähe, bestehe „kein Grund, die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung wegen etwaiger Defizite in der demokratischen Binnenstruktur in Frage zu stellen.“ Erst recht muss dieser großzügige Kontrollmaßstab angesichts des unterschiedlichen Schutzbedürfnisses der Koalitionsmitglieder für Arbeitgeberverbände gelten.

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

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

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

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

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

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

b) Tarifzuständigkeit

aa) Grundsatz: Satzungsautonome Festlegung

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

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

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

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

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

bb) Objektives Korrelat: Repräsentativität

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

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

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

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

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

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

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

Nach zutreffender herrschender Auffassung hat demgegenüber eine „zu weit gefasste“ Tarifzuständigkeit lediglich zur Folge, dass *in Extremfällen* „legitimationsloser“ Tarifsetzung die Tariffähigkeit des Verbandes entfallen kann.¹⁸¹ Ein derartiger Evidenzfall ist hier freilich keineswegs zu bejahen, da die Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Postdienste einen beträchtlichen Teil der mit Postdienstleistungen befassten Unternehmen mitgliedschaftlich organisieren und daher zur Tarifnormsetzung für diese Branche zweifellos legitimiert sind.

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

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

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

D. Ergebnisse

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

bewerbs innerhalb der Gemeinschaften und die Gewährleistung sozialen Schutzes nicht in Widerspruch. Daher begegnet die Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung des TV Mindestlohn keinen europarechtlichen Bedenken.

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

fassten Tätigkeiten nachgehen und die deshalb nicht in den Geltungsbereich des TV Mindestlohn fallen.

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

Köln, 8. Oktober 2007

gez. Professor Dr. Ulrich Preis

gez. Dr. Stefan Greiner