

# Aufsätze

## Thomas Blanke Sozialdumping im Postbereich\*

*Zum 1.1.2008 steht die vollständige Öffnung des deutschen Postmarktes für den Wettbewerb bevor. Europa hat diesen Termin soeben hinausgeschoben und folgt einige Jahre später zum 1.1.2011. Zu befürchten ist, dass die geplante Liberalisierung dazu führt, dass die bereits jetzt vor allem bei den Wettbewerbern der DP AG dominierende Praxis der Vereinbarung prekärer Beschäftigungsverhältnisse und extrem niedriger Löhne deutlich zunimmt. Dies darf de lege lata nicht sein: Denn die Regulierungsbehörde ist gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG gehalten, die Lizenz zu verweigern, wenn der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im Lizenzbereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Die von ihr hierzu vertretene Interpretation führt indes zu einem kompletten Leerlauf dieser Bestimmung.*

### I. Das Ende eines Monopolisten

In wenigen Monaten ist es so weit: Zum 31.12.2007 laufen die letzten Exklusivrechte der Deutschen Post AG auf dem Briefmarkt aus. Dann herrscht auch auf diesem Markt endlich, wovon die beamteten Hüter des freien Wettbewerbs in Deutschland über ein Jahrzehnt lang geträumt und wofür sie gekämpft haben: Wettbewerbsfreiheit. Die Preise, so versprechen sie dem Bürger und Konsumenten, werden purzeln, Warteschlangen und Warteschleifen der Vergangenheit angehören, Arbeitsplätze und Steuereinnahmen werden sprießen. Kurzum: Hat die Ausbeutung durch marktverzerrende Monopolrechte, wettbewerbsbeschränkende Staatseingriffe und die Fehlallokation von Ressourcen durch Subventionen erst mal ein Ende, werden sich die paradiesischen Marktverhältnisse von selbst einstellen.<sup>1</sup>

Skeptiker<sup>2</sup> argwöhnen dagegen, dass Deutschland statt dessen zu Beginn des nächsten Jahres nicht im plötzlichen Paradies, sondern im blauen Dunst einer

\* Der nachstehende Beitrag geht auf ein im Mai 2007 erstelltes Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung mit dem Titel „Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz“ zurück. Es kann auf der Homepage der Friedrich-Ebert-Stiftung unter [http://www.fes.de/wiso/sets/s\\_dienst\\_vera.htm](http://www.fes.de/wiso/sets/s_dienst_vera.htm) abgerufen werden.

1 Solch ideologische Verquasung (»... dass der Wettbewerb der Anbieter der beste Schutz der Marktgegenseite vor Ausbeutung ist«) wird tatsächlich allen Ernstes von hoher Warte verkündet. Nachzulesen ist die frohe Botschaft von der wunderheilsamen Wirkung ungehinderten Wettbewerbs auf der homepage des BMWT, verfasst vom Wissenschaftlichen Beirat und am 16.9. 2006 veröffentlicht unter dem Titel »Mehr Vertragsfreiheit, geringere Regulierungsdichte, weniger Bürokratie« (Zitat auf S. 7).

2 Vgl. z. B. Brandt/Drews/Schulzen, Liberalisierung des deutschen Postsektors – Auswirkungen auf Beschäftigung und Tarifpolitik, WSI-Mitt. 5/2007, S. 266 ff.; bestätigt wird diese Skepsis in den empirischen Untersuchungen und Analysen zur Wettbewerbssituation auf dem Briefmarkt in Deutschland und Europa durch die Input Consulting GmbH, Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart, Dezember 2006 (Zit. Input Consulting, Liberalisierung, 2006); dgl., Im Gleichklang? Befunde zur Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, Stuttgart, Juni 2006 (zit. Input Consulting, Im Gleichklang?, 2006).

Fatamorgana aufwachen werde. Die Zeche der im Vergleich zu den übrigen EU-Ländern vorschnell hergestellten Marktfreiheit<sup>3</sup> seien ein verstärkter Wettbewerb zu Dumpinglöhnen, erhebliche Landgewinne ausländischer Unternehmen, abreißende flächendeckende Versorgung und sinkende Qualität der angebotenen Dienste.

Beide Bilder der zukünftigen Realität sind, so bleibt zu hoffen, Überzeichnungen. Gleichwohl gilt: Der Spagat zwischen Vision und Dramatisierung wird in jedem Fall enger. Wenn die gesetzlichen Exklusivrechte der DPAG wie geplant zum Ende 2007 auslaufen, dann hat sich eine »Goldader« erschöpft, die dem früheren Monopolisten zu erklecklichem Reichtum verhalf und manche »Quersubvention« zur Finanzierung wenig profitabler Bereiche erlaubte. Gestützt auf diese Exklusivlizenzen hatte die Deutsche Post AG, die »Post World Net«, wie sie sich seit einiger Zeit nennt, die Durststrecke der allmählichen Privatisierung von der Postreform I im Jahr 1989<sup>4</sup> über die Postreform II aus dem Jahr 1994<sup>5</sup> bis zum Ende der mit dem Inkrafttreten des Postgesetzes zum 1.1.1997 beginnenden Postreform III<sup>6</sup> trotz erheblicher »Erblasten« in Gestalt staatsbürokratischer Unternehmensabläufe und zunächst hunderttausender von Beamten<sup>7</sup> relativ gut gemeistert.<sup>8</sup> Das Unternehmen steht erstaunlich gut da: Es ist weltweit mit zahlreichen Tochterunternehmen hervorragend »aufgestellt«,<sup>9</sup> macht erkleckliche Gewinne,<sup>10</sup> sein Börsenwert ist immens,<sup>11</sup> und sein Vorstandsvorsitzender, der ehemalige Unternehmensberater (McKinsey) Klaus Zumwinkel, wurde 2003 zum »Manager des Jahres« gekürt.<sup>12</sup>

3 Nach der derzeit geltenden PostRL der EG 2002/39/EG zur Änderung der RL 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft ist als Termin für den europaweiten Ablauf von Exklusivrechten im Briefsektor der 31.12.2008 bestimmt (Art. 1 Nr. 1 Abs. 3 und Erwägungsgründe 24 und 31). Ebenso der Entwurf der EU-Kommission für eine erneute Änderungs-RL, 2006/0196 (COD) in Art. 1 Nr. 8. Jetzt ist aber geplant, die Öffnung der Postmärkte um zwei Jahre bis zum 1.1.2011 hinaus zu schieben, so der Bericht »Europaparlament verschiebt Ende des Briefmonopols«, FAZ v. 20.6.2007, S. 13.

4 BGBl. I S. 2325.

5 BGBl. I S. 2245; dazu eingehend Blanke/Sterzel, Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost, KJ 1993, 278; Roßnagel/Wedde, Die Reform der Deutschen Bundespost im Lichte des Demokratieprinzips, DVBl. 1998, 562.

6 BGBl. I S. 3294.

7 Die Deutsche Bundespost, die in die drei Postnachfolgeunternehmen DPAG, Dt. Postbank AG und die Dt. Telekom AG aufgeteilt wurde, beschäftigte noch zu Beginn der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts ca. 334.000 Beamte, vgl. Blanke/Sterzel (Fn. 5), 278 ff., 294. Übrig geblieben sind von ihnen im Bereich der DPAG noch ca. 62.000 (Deutsche Post World Net, Geschäftsbericht 2006, zit nach: Brandt/Drews/Schulten (Fn. 2), S. 266 ff., 269). Die Rechtsstellung der Beamten in den privatisierten Betrieben bleibt allerdings ein höchst prekäres und bislang in keiner Weise zufrieden stellend gelöstes Dauerthema in Politik, Ökonomie und Recht, vgl. dazu grundlegend: Blanke/Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, Baden-Baden 1999; Sterzel, Der Schutz des Privatisierungsbeamten gemäß Art. 143b Abs. 3 GG; Lenders/Wehner/Weber (Hrsg.), Postpersonalrechtsgesetz, Kommentar, München 2005.

8 Zur Geschichte der Postreform ausführlich Jochum, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Lizenzverfügungsgesetzes § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, Berlin 2001, S. 39 ff.; Luke, Soziale Standards bei der Post, Würzburg 2002, S. 26 ff., 40 ff., 61 ff.; Pfeffermann/Kühn, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl. 2004, § 1. Einführung; einen guten Überblick über die Entwicklung bis 2005 bietet: Wehner (Hrsg.), Von der Bundespost zu den Global Players Post AG + Telekom AG, isw-report München 2005.

9 Zum 31. Dezember 2005 war die Deutsche Post World Net in über 220 Ländern aktiv und beschäftigte zu diesem Zeitpunkt 502.545 Menschen, die Mehrheit davon im Ausland. Sie ist, nach Mitarbeitern gerechnet, das größte Unternehmen in Europa. In Deutschland beschäftigt die Deutsche Post rund 150.000 Mitarbeiter.

10 Vgl. den DP Annual Report 2001 – Income Statement (auf der homepage der DPAG); danach belief sich der Umsatz im Jahr 2006 auf 63,366 Mrd € (gegenüber 49,278 Mrd. € 2005); der konsolidierte Gewinn nach Steuern betrug 2006 2.282 Mrd €.

11 Nähere Angaben in dem in Fn. 10 genannten Income Statement.

12 Die Auszeichnung erfolgte durch das Manager-Magazin, vgl. den Bericht ebd., v. 21.11.2003.

Aber auf dem schnelllebigem Privatisierungsmarkt der Postdienstleistungen wirkt auch der wendigste ehemalige Staatsmonopolist habituell antiquiert: Geradezu symptomatischer Ausdruck hierfür ist das gigantische »Headquarter« des incumbent, das sich zur falschen Zeit am falschen Ort in den Himmel reckt: Der gigantische »Post-Tower« stellt mit der Zentrale der Deutschen Telekom AG auch das Abgeordnetenhaus im Bonner Regierungsviertel, den »langen Eugen«, nicht nur der Größe nach weit in den Schatten: Hier ist auch alles besser. Die Ausstrahlung gediegen-moderner Wohlhabenheit dieses »Wolkenkratzers« ist das Erbe einer untergegangenen Periode der deutschen Nachkriegspolitik: der Bonner Republik.

Sozialpartnerschaft wird hier noch groß geschrieben. Der Aufsichtsrat ist mitbestimmt, sein Vorsitzender, der »Kollege Arbeitsdirektor«, war einst im Hauptvorstand der Deutschen Postgewerkschaft,<sup>13</sup> das Unternehmen bezahlt seine Arbeitnehmer nach Tarifen, die im oberen Drittel des übrigen privaten Zustellgewerbes liegen.<sup>14</sup> Freilich gilt das nicht für alle Arbeitnehmer, sondern nur für diejenigen, die nicht als geringfügig Beschäftigte klassifiziert oder in ausgegliederten Servicebereichen tätig sind. Diese sind zwar bei der DPAG nach wie vor eine geringfügige Minderheit;<sup>15</sup> seit der Postreform III ist allerdings auch bei der DPAG der Anteil der Geringfügigen unter den Beschäftigten kontinuierlich gewachsen.

## *II. Wettbewerbsfreiheit und Sozialdumping: Vom Regen in die Traufe?*

Ob und wie die Post AG sich in der Europäischen Moderne der Berliner Republik behaupten wird, davon handeln die eingangs skizzierten Szenarien. Bedroht sind in jedem Falle ihre kostenintensiven sozialpartnerschaftlichen Strukturen. Auch das bereits mehrfach abgesenkte Niveau der Tarifentgelte, so ist zu befürchten, kann, wenn der Postbereich insgesamt dem Wettbewerb geöffnet wird und damit die seit der Postreform III in zwei bedeutenden Schritten (zum 1.1.2003 und zum 1.1.2006) enger gefassten Exklusivrechte der DPAG ganz entfallen, schwerlich gehalten werden. Mit der vollständigen Herstellung von Wettbewerbsbedingungen im Bereich der Postdienstleistungen zum Ende 2007 geraten deshalb auch die bei der DPAG bestehenden Beschäftigungsverhältnisse, die derzeit noch zu annähernd 96% zu den geschützten Beschäftigungen im Normalarbeitsverhältnis<sup>16</sup> rechnen, in Gefahr, von dem Abwärtssog der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erfasst zu werden, der für die Beschäftigungsverhältnisse bei den Wettbewerbern der DPAG kennzeichnend ist. Damit droht die Verallgemeinerung einer Entwicklung, die bereits jetzt in Randbereichen –

13 Seit 1995 war er als Mitglied im Geschäftsführenden DPG-Hauptvorstand ausweislich der homepage der DPAG verantwortlich für Postdienst, Jugend und Bildung.

14 Vgl. den Entgelttarifvertrag zwischen der DPAG und der Gewerkschaft verdi vom 18.6.2003, zuletzt geändert durch TV Nr. 131 (ETV-DPAG), Stand Januar 2007, sowie die im Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der DPAG, Stand Januar 2007. Danach beläuft sich das Monatsentgelt auf 1977, 91 €. Abhängig vom jeweiligen Einzelfall kommen weitergehende Zuschläge, Prämien und Aufwandsentschädigungen in Betracht. Dem gegenüber sieht z.B. der Tarifvertrag für das Speditionsgewerbe Hamburg einen Monatslohn von lediglich 1.551,00 € vor, vgl. Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 56.

15 Deren Zahl und prozentualer Anteil an den inländischen Beschäftigten ist zwar mit 6.100 bzw. 4,1 % im Jahr 2005 noch immer im Vergleich mit den 27.412 geringfügig Beschäftigten von insgesamt 46.175 Arbeitnehmern (= 59,4%), die bei den Wettbewerbern der DPAG tätig sind, relativ gering, vgl. BNetzA (im Folgenden: BNetzA), Jahresbericht 2006, Bonn 2007, S. 121.

16 Hierzu zählen auch die ca. 33,3% Teilzeitbeschäftigten der DPAG. Zum Begriff und Konzept des Normalarbeitsverhältnisses vgl. Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform, 1985, S. 415 ff., 457ff; ders., Folgerungen aus der Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit?, 2007, S. 80 ff.

speziell bei Tochterunternehmen und in »outgesourceten« Unternehmensbereichen – auch bei diesem marktbeherrschenden Unternehmen stattfindet.

Der Grund hierfür liegt darin, dass im Bereich der Postdienstleistungen (speziell im Kernsegment der Zustellung) einfache Dienstleistungstätigkeiten dominieren, die nur vergleichsweise geringe Produktivitätssteigerungen zulassen. Deshalb hatten Beobachter, die im Unterschied etwa zur Monopolkommission<sup>17</sup> und der Regulierungsbehörde<sup>18</sup> keiner dogmatisierten Wettbewerbstheorie folgen, darauf hingewiesen, dass der Preiswettbewerb infolge der konkurrenzbedingten Auseinandersetzung um Marktanteile bei der Post im Gegensatz zur Telekom primär als Wettbewerb um die Senkung von Arbeitskosten ausgetragen werde.<sup>19</sup> Auf Dauer werde sich dem auch der ehemalige Monopolist, die DPAG, nicht entziehen können, und dies umso weniger, je geringer der Bereich der ihr eingeräumten Exklusivrechte sei.

### III. Das PostG: Liberalisierung mit Sozialschutz

Diese Befürchtung war, wie die nähere Analyse der Entstehungsgeschichte des PostG zeigt,<sup>20</sup> Anlass für die Aufnahme der Sozialklauseln des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 und des § 6 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG in das zum 1.1.1997 in Kraft getretene Postgesetz. Damit wurde die Intention der für alle Postnachfolgeunternehmen geltenden Vorläuferbestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 5 des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (PTRRegG, auch Postneuordnungsgesetz genannt) vom 14.9.1994<sup>21</sup> allein für den Bereich der DPAG weiter geführt.<sup>22</sup>

Konkretisiert wird dieser Regelungsauftrag in § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG. Danach ist

»die Lizenz ... zu versagen, wenn ...

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

<sup>17</sup> Der Markt an Postdienstleistungen wird zwar, wie noch näher zu zeigen sein wird, von der Regulierungsbehörde in sozialpolitischer Hinsicht kaum reguliert, aber umso ausführlicher beobachtet: Im Zweijahresrhythmus legen die Monopolkommission und die Regulierungsbehörde (bis 2004: Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, RegTP, seitdem: BNetzA) aufgrund entsprechender gesetzlicher Anordnung (für die RegTP bzw. BNetzA: § 47 PostG, Monopolkommission § 81 Abs. 3 TKG, § 44 PostG) ausführliche Berichte vor, in denen sie über die Entwicklungen auf diesem Sektor informieren und hierzu Stellung nehmen.

<sup>18</sup> Der Jahresbericht 1998/1999 ist veröffentlicht als BT-Drs. 14/2321; die sonstigen »Jahresberichte«, »Tätigkeitsberichte« und »Monitoringberichte« der RegTP und der BNetzA sind abrufbar auf der Homepage der BNetzA unter: [http://www.BNetzA.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Presse/Berichte\\_3f.html](http://www.BNetzA.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Presse/Berichte_3f.html), die Marktbeobachtungsdaten ebd., unter [http://www.BNetzA.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Marktbeobachtung/Postmarkt\\_x2.html](http://www.BNetzA.de/enid/314914f3aa69261accb0fdd33ba66b99,0/Marktbeobachtung/Postmarkt_x2.html).

<sup>19</sup> Vgl. dazu Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, Berlin, Januar 2007, S. 26. Doch es kam ganz anders: »Das ist für mich die Ironie des Schicksals«, bilanzierte Ex-Minister Schwarz-Schilling, »dass die Telekom sich aus Verlusten herausarbeitet, während die Post hohe Gewinne einfährt«, zit. nach Manager Magazin v. 21.11.2003. Die politischen Akteure unterschätzten die Rationalisierungspotentiale im Telekommunikationsbereich, die auch dort ein massives Problem prekärer Arbeitsbedingungen heraufbeschworen haben.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu Scholz, Rechtsgutachten zur weiteren Privatisierung und Deregulierung des deutschen Postwesens, insbesondere zur verfassungsrechtlichen Begrenzung der Exklusivlizenz im Sinne des § 51 PostG, 2001, S. 38 ff.; Säcker (Fn. 19), S. 5 ff.; Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (veröffentlicht auf der Homepage der FES), Mai 2007, S. 38 ff.

<sup>21</sup> BGBl. I S. 2325.

<sup>22</sup> Die Regelung in § 2 Abs. 2 PTRRegG ordnete in gleicher Weise wie die spätere Vorschrift des § 2 Abs. 2 PostG von 1997 die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Postprivatisierung als gleichberechtigtes Regulierungsziel neben vier weiteren Zielen an.

Abermals verstärkt wird dieses Gebot durch die Bestimmung des § 6 Abs. 2 S. 1 PostG, wonach bei der Lizenzerteilung die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 PostG zu beachten sind.

Diese Vorschriften sind erst im Zuge der Beratung des Postgesetzes auf Grund der Intervention des Deutschen Bundesrates im Vermittlungsausschuss in die Neufassung des Gesetzes aufgenommen worden.<sup>23</sup> Der Abgeordnete Dr. P. Fischer fasste das Anliegen der Befürworter dieser Sozialklausel im Verfahren vor dem Vermittlungsausschuss dahingehend zusammen, dass es darum gehe, eine drohende Abwärtsspirale bei der Entwicklung der Arbeitsbedingungen zu vermeiden: »Wir wollen Leistungswettbewerb und keinen Wettbewerb im Sozialdumping«.<sup>24</sup>

#### *IV. Die Lage auf dem Markt der Postdienstleistungen: Empirische Befunde*

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

##### *1. Marktanteile*

Die im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen tätigen Konkurrenzunternehmen der DPAG haben ihre Umsätze und Marktanteile seit 1998 kontinuierlich vergrößern können. Ihr Anteil am Gesamtmarkt, bestehend aus dem Briefmarkt sowie dem Kurier-, Express- und Paketmarkt (KEP-Markt), ist allerdings noch immer relativ gering. Er stieg von 0,8% im Jahr 1998 auf 6,9% im Jahr 2005. Trotz fortschreitender Liberalisierung – über 75% des Postmarktes, der gesamte KEP-Markt und Teile des Briefmarktes sind bereits dem Wettbewerb geöffnet –, wird die DPAG nach Schätzungen der BNetzA<sup>25</sup> auch im Jahr 2006 einen Marktanteil von knapp 91% behaupten, obwohl der Umfang des der DPAG durch die gesetzliche Exklusivlizenz gem. § 51 Abs. 1 S. 1 PostG vorbehaltenen Monopolbereichs im Jahr 2006 nur noch ca. 60% des Umsatzvolumens im Briefbereich beträgt. Damit bestätigt sich die auch in anderen Mitgliedstaaten der EU gemachte Erfahrung, dass die Marktöffnung durch veränderte rechtliche Rahmenbedingungen keineswegs mit einem entsprechenden Gleichlauf der faktischen Wettbewerbssituation einher geht.<sup>26</sup>

Immerhin besaßen in Deutschland die Wettbewerber der DPAG auf dem Teilmarkt, der dem Wettbewerb geöffnet ist, im Jahr 2005 bereits einen Marktanteil von 16,8%. Dabei zeichnet sich eine deutliche Verschiebung der Geschäftsbereiche dieser Lizenzunternehmen ab: »Während noch vor wenigen Jahren die Beförderung von Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenzen des reservierten Bereichs (Massensendungen und Sendungen über 100 Gramm, seit 1.1.2006 über 50 Gramm) den Großteil der von den Post-Wettbewerbern erzielten Umsätze ausmachte, fokussieren sich die neuen Briefdienstleister mittlerweile zunehmend auf Briefsendungen höherer Qualität, wie die förmliche Zustellung behördlicher Postzustellungsaufträge sowie die sogenannten D-Lizenzen (>qua-

<sup>23</sup> BT-Drs. 13/9420 v. 10.12.1997.

<sup>24</sup> BR-Prot. 13/717. Sitzung, S. 461; ganz ähnlich der Berichterstatter für den Vermittlungsausschuss, Dr. H. Scherf (Bremen), BR-Drs. 13/720. Sitzung, Anl. 1 S. 609.

<sup>25</sup> Jahresbericht 2006, S. 115.

<sup>26</sup> Vgl. Input Consulting, Im Gleichklang? (Fn. 2), S. 4 und BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 114.

litativ höherwertige Dienstleistungen<). Beide Marktsegmente zusammen machten in 2005 mit rund 478 Millionen Euro mehr als zwei Drittel der gesamten Umsätze der Lizenznehmer aus.«<sup>27</sup>

Der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger<sup>28</sup> geht davon aus, dass in einigen städtischen Ballungsgebieten bei Geschäftskunden wie insbesondere Versicherungen, Telekommunikationsunternehmen und Versandhäusern sowie Energieversorgern und kommunalen sowie Landesbehörden die Konkurrenten der DPAG bereits auf Marktanteile von über 50% kommen.<sup>29</sup>

Die dominierenden Akteure auf dem deutschen Briefmarkt sind neben der DPAG Töchter von Zeitungsverlagen, Ableger ausländischer Postunternehmen und unabhängig operierende Dienstleister.<sup>30</sup>

## 2. Preis- und Marktentwicklung

Durch den zunehmenden Wettbewerbsdruck im Verbund mit den restriktiven Vorgaben der Preisregulierung durch die BNetzA gegenüber der DPAG,<sup>31</sup> ist Deutschland »das einzige Land, das seit 2002 einen kontinuierlichen Rückgang beim Preisniveau für Briefsendungen verzeichnen kann.«<sup>32</sup> Das Preisniveau für Briefdienste der ca. 750 aktiven Wettbewerber der DPAG liegt rund 20% unterhalb desjenigen der DPAG.<sup>33</sup>

Prognosen gehen davon aus, dass sich die derzeit ohnedies schon niedrigen Wachstumsraten im Briefmarkt (Jahresdurchschnitt in Deutschland zwischen 1998 und 2005 0,54%) weiter verringern werden. Erwartet wird eine insgesamt stagnierende Entwicklung des Marktvolumens. Während im Bereich adressierter Werbesendungen, die bereits heute ca. 45% des Briefmarktes in Deutschland ausmachen, weiterhin mit Zuwächsen gerechnet wird, werden bei privaten Briefsendungen aufgrund der Verdrängung durch elektronische Kommunikation europaweit durchweg rückläufige Umsätze erwartet.<sup>34</sup>

## 3. Beschäftigungslage, Einkommenssituation und Interessenvertretung

Die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im Bereich des Briefmarkts ist durch eine deutliche Zweiteilung gekennzeichnet: »Während nach den jüngsten verfügbaren Daten 62,3% der bei den Lizenznehmern tätigen Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt sind, spielen Mini-Jobber bei der DPAG mit einem Anteil von nur 1% bis dato kaum eine Rolle. Der Anteil sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung bei den Lizenznehmern hat sich dabei von 45,9% im Jahr 1999 auf 37,7% im Jahr 2004 reduziert. Vor allem in den neuen Bundesländern sind

27 Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 21; BNetzA, Neunte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, Bonn 2006, S. 28; bis zur Entscheidung des BVerwG v. 28.6.2007, AZ: 6 C 8.06 (vgl. Pressemitteilung Nr. 41/2007 des BVerwG v. 27.6.2007) war ungeklärt, welche Briefdienstleistungen als qualitativ höherwertig anzusehen sind, so dass für sie die Exklusivlizenz gem. § 51 S. 2 Nr. 4 PostG nicht gilt; vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 264.

28 Details bei Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 28 ff.

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

30 Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 28 ff.

31 Diese reduziert die ggf. zulässigen Preiserhöhungsmöglichkeiten für sämtliche Postdienstleistungen, die die DPAG als Marktführer nicht nur im Exklusivbereich, sondern im lizenzpflichtigen Bereich insgesamt erbringt, durch eine jeweils in Abzug zu bringende Produktivitätsfortschrittsrate in Höhe von 1,8%; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 2003, S. 130; Input Consulting, Im Gleichklang? (Fn. 2), S. 14 f., 15.

32 BNetzA, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 106 und dgl., Neunte Marktuntersuchung, 2006, S. 33 ff.

33 Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 22.

34 WIK Consulting, Main Developments in the Postal Sector (2004-2006), Bad Honnef 2006, S. 201; Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 38; BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 115.

geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bei den neuen Anbietern mittlerweile (mit – inklusive Berlin – 75,4%, T.B.) die Regel«. <sup>35</sup>

Die geringfügig Beschäftigten werden bei den Lizenznehmern überwiegend in der Zustellung eingesetzt. In keiner anderen Branche wie im Bereich des von den Post-Wettbewerbern versorgten Briefmarkts findet sich mit knapp 62,3% (2005: 59,4%) ein derart hoher Prozentsatz an geringfügig Beschäftigten – auch nicht im traditionell stark mit geringfügiger Tätigkeit operierenden Reinigungsgewerbe (56,3%) oder in der Gastronomie (52,8%). Die Tätigkeit bei den Lizenznehmern – entweder als geringfügig entlohnte Beschäftigte (sog. 400,00 €-Jobs) oder als kurzzeitig Beschäftigte (2 Monate bzw. 50 Tage) i.S. von § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB IV – ist für 85,5% der auf diese Weise beschäftigten Arbeitnehmer das einzige Arbeitsverhältnis. Die Untersuchung von Input Consulting kommt ferner zu dem Ergebnis, dass die große Mehrzahl der Arbeitnehmer der Lizenzunternehmen nur einen befristeten Arbeitsvertrag hat: »Nur in einem Viertel der von uns analysierten Unternehmen waren unbefristete Arbeitsverhältnisse die Regel«. <sup>36</sup> Zudem sind die von den neuen Lizenznehmern gezahlten Löhne extrem niedrig. »Der durchschnittliche Stundenlohn (Median) rangiert in Westdeutschland bei 7,00 €, in Ostdeutschland bei 5,90 €«. <sup>37</sup> Die sich daraus bei einer angenommenen Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden ergebenden Monatslöhne machen gegenüber den bei der DPAG vereinbarten tariflichen Einstiegsentgelten für Briefzusteller lediglich 59,1% in West- und 49,8% in Ostdeutschland aus. <sup>38</sup>

Diese Befunde belegen, dass der Arbeitskostenwettbewerb in diesem Marktsegment einfacher Dienstleistungen zu einer deutlichen Marktsplaltung geführt hat. Auf der einen Seite stehen die vergleichsweise hohen, tariflich gesicherten Arbeitsbedingungen bei der DPAG, auf der anderen Seite dominieren bei den neuen Briefdienstleistern Löhne, die nicht nur die Tarifentgelte bei diesem »Incumbent« weit unterschreiten, sondern auch noch deutlich unter dem Niveau für vergleichbare Tätigkeiten im privaten Speditionsgewerbe liegen. <sup>39</sup> Die von den Lizenzunternehmen gezahlten Löhne zählen eindeutig zum Niedriglohnbereich, tangieren die Armutsgefährdungsgrenze und rechnen zur Gruppe der »working poor«. Sie bewegen sich, so die Untersuchung von input consulting, <sup>40</sup> »erheblich unterhalb der Schwelle, ab der die Entgelte üblicherweise als Niedriginkommen klassifiziert werden: In Westdeutschland um 31,5%, in Ostdeutschland um 19,9%.« Die Folge ist, dass ein großer Teil der Arbeitnehmer der neuen Briefdienstleister selbst im Falle einer Vollzeitbeschäftigung die Kriterien der Hilfebedürftigkeit nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) II erfüllt, so dass Anspruch auf zusätzliches Arbeitslosengeld II besteht. Das Äquivalenzeinkommen dieser Arbeitnehmer liegt im Westen nur um 10,00 € über und im Osten um

<sup>35</sup> Vgl. BNetzA, Neunte Marktuntersuchung, 2006, S. 56 ff., 61; in ihrem jüngsten Jahresbericht von 2006 kommt die BNetzA in ihrer Darstellung der Arbeitsplatzentwicklung zu abweichenden Werten, die mit 4,1% einen deutlich höheren Anteil von geringfügig Beschäftigten bei der DPAG ausweisen, vgl. Jahresbericht 2006, S. 120 ff. und oben Fn. 15. Gleichwohl besteht mit über 27.000 von über 46.000 Arbeitnehmern ein »relativ hoher Anteil von geringfügig Beschäftigten bei den Wettbewerbern« (ebd., S. 123).

<sup>36</sup> Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 46.

<sup>37</sup> Ebd., S. 48.

<sup>38</sup> Ebd., S. 47 f., 51.

<sup>39</sup> Bsp.: Der aktuelle Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer und Auszubildenden des Verkehrsgewerbes in Schleswig-Holstein, der zwischen dem Landesverband für das Verkehrsgewerbe Schleswig-Holstein e.V. in Kiel und der Gewerkschaft ver.di, Landesbezirk Nord (Fachbereich Postdienste, Speditionen und Logistik) abgeschlossen worden ist, sieht für »Zusteller und Kundenbetreuer bei Paket-, Express-, Kurier- und privaten Postzustelldiensten« ab dem 1.1.2007 Stundenlöhne in Höhe von 9,64 €, ab einer 5-jährigen Betriebszugehörigkeit von 10,29 € und eine Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden vor (§§ 2, 3).

<sup>40</sup> Input Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 53.

99,00 € unter der Armutsgefährdungsgrenze von 60% des mittleren Äquivalenzeinkommens. Sie rechnen deshalb auch im Sinne der amtlichen Sozialberichterstattung der Europäischen Union zur Gruppe der »working poor«.<sup>41</sup>

### *V. Ergebnis: Arbeitskostenwettbewerb, Marktsplaltung und Prekarität*

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die bei den Konkurrenzunternehmen der DPAG im Briefmarkt in Deutschland tätigen Arbeitnehmer zumeist als geringfügig Beschäftigte auf der Basis niedriger Stundenlöhne beschäftigt werden, aus dieser Tätigkeit selbst bei einer Vollzeit-Erwerbstätigkeit überwiegend kein existenzsicherndes Einkommen beziehen und dass ihre Arbeitsverhältnisse zudem zu ca. 75% zeitlich befristet sind. Von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, besteht in diesen Unternehmen ferner kein Betriebsrat, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen des Betriebsverfassungsgesetzes für deren Errichtung gegeben sind. Ebenso wenig sind die Arbeitsverhältnisse tariflich geregelt, so dass es regelmäßig an jeder kollektiven Interessenvertretung für diese Beschäftigten mangelt.<sup>42</sup>

Mit dem fehlenden reproduktionssichernden (Familien-)einkommen, der entgrenzten, nicht standardisierten Arbeit und der unzureichenden oder gar gänzlich fehlenden kollektivvertraglichen Sicherung sind bei diesen Beschäftigungsverhältnissen die zentralen Merkmale gegeben, die prekäre Arbeitsverhältnisse kennzeichnen.<sup>43</sup> Deshalb wird auch davon gesprochen, dass bei diesen im Wettbewerbsbereich der Postdienstleistungen tätigen Unternehmen das »Geschäftsmodell Lohndumping« dominiert.<sup>44</sup>

Diese empirischen Befunde sind aus mehreren Gründen alarmierend:

1. Befremdlich ist zunächst die Tatsache, dass die segensreichen Wirkungen, die von der Einführung von Wettbewerbsstrukturen im Bereich der Postdienstleistungen nicht nur für die Kunden, sondern auch für die dortigen Beschäftigten erwartet wurden, ersichtlich nicht nur nicht eingetreten sind, sondern sich geradezu ins Gegenteil verkehrt haben: Die Bilanz der Wettbewerbsöffnung ist eindeutig negativ:<sup>45</sup> In diesem Segment sind weniger Arbeitnehmer zu erheblich schlechteren Arbeitsbedingungen beschäftigt als zuvor.

2. Das »Geschäftsmodell Lohndumping« verursacht erhebliche Aufwendungen an öffentlichen sozialen Sicherungsleistungen, denen keine entsprechenden Einnahmen gegenüberstehen: Da geringfügig entlohnte Beschäftigung (oftmals auch bei Vollzeittätigkeit) kein existenzsicherndes Einkommen vermittelt, haben nicht wenige der geringfügig Beschäftigten im Postdienstleistungsbereich gleichzeitig Anspruch auf Arbeitslosengeld II nach §§ 19 ff. SGB II und auf Zuschüsse zu den Beiträgen zur Sozialversicherung (§ 26 SGB II).<sup>46</sup>

41 Ebd., S. 56.

42 Ebd., S. 58 ff., 77.

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

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

45 Nach der Studie von Info Consulting, Liberalisierung (Fn. 2), S. 78, Fn. 67 sind im deutschen Briefmarkt zwischen 1999 und 2004 »per saldo 12.148 Arbeitsplätze (Kopfzahlen) verloren gegangen«.

46 Der Anteil der Beschäftigten im Postbereich, der trotz sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung so wenig verdient, dass er zusätzliche öffentliche Unterstützung in Form von Arbeitslosengeld II erhält, beläuft sich nach Angaben der Bundesregierung auf rund 1,4% der insgesamt 600.000 Personen (das sind 8.400 Arbeitnehmer = ca. 20% der Beschäftigten der Wettbewerber der DPAG), bei denen dies nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit derzeit der Fall ist, vgl. die Antwort der Bundesregierung v. 23.4.2007, BT-Drs. 16/5067, auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann, Lötzer, Höll und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 16/4988, zu Nr. 3.

Gleichzeitig ist geringfügige Beschäftigung – ungeachtet ihrer partiellen Einbeziehung in die Sozialversicherungspflicht seit dem Gesetz zur Neuregelung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse v. 24.3.1999<sup>47</sup> – sowohl in steuerlicher wie in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht privilegiert: Im Regelfall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsentgelt bei geringfügig entlohnter Beschäftigung pauschal mit lediglich 2% zu versteuern. Ab 1.7.2006 hat er 28% (gegenüber zuvor 25%) des Bruttoarbeitsentgelts an Pauschalbeiträgen für die Kranken- und Rentenversicherung zu entrichten. Demgegenüber betragen die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile, die allein für die Sozialversicherungsträger aufzuwenden sind, bei »normalen« Beschäftigungsverhältnissen oberhalb von »Mini-« und »Midijobs« im Durchschnitt knapp 41% des Bruttoarbeitsentgelts.

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

3. Rechtlich gesehen sind die signifikant schlechteren Arbeitsbedingungen<sup>48</sup> bei den Konkurrenzunternehmen der DPAG gegenüber den Arbeitsbedingungen beim Marktführer schon bei cursorischer Betrachtung zumindest erstaunlich: Denn nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG ist die BNetzA als Regulierungs- und Aufsichtsbehörde im Bereich des Postwesens verpflichtet, als Voraussetzung der Lizenzerteilung an Unternehmen im Wettbewerbsbereich der Post auf die Einhaltung sozialer Standards zu achten. Die Lizenzerteilung ist danach nämlich zu versagen, wenn der Antragsteller »die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet.«

## VI. Strategien der Rechtsverweigerung

Die Regulierungsbehörde (bis 2004: Die »Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post«, RegTP, seitdem BNetzA) hat in den ersten 10 Jahren seit dem zum 1.1.1997 erfolgten Inkrafttreten der Regelung des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG die Vorschrift so ausgelegt, dass sie bis heute in keinem einzigen Fall von ihr angewendet werden musste. Bis zum Januar 2007 hat die Regulierungsbehörde mit Rückendeckung durch die Monopolkommission und die damalige Bundesregierung dies auf ihr Verständnis der »nicht unerhebliche(n)« Unterbietung der »wesentlichen Arbeitsbedingungen« i.S. dieser Bestimmung gestützt; seitdem macht sie dies an ihrer eigenwilligen Auslegung der »Üblichkeit« dieser Arbeitsbedingungen fest.

Die rechtliche Missdeutung von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG blickt demnach auf eine wechselvolle Geschichte zurück – mit dem stets immer gleichen Ergebnis:

47 BT-Drs. 14/280, S. 10; diese »sozialversicherungsfreundliche« Novelle wurde erneut korrigiert durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz I und II) v. 23.12.2002, BGBl. I S. 462; dazu Blanke, Die Hartz-Reformen. Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht, KJ 2003, S. 2 ff., 7 ff.

48 Diese werden selbst durch die Ende Mai 2007 veröffentlichten empirischen Ergebnisse der Studie des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK-Studie) bestätigt – und dies, obwohl sie wesentliche tarifliche Entgeltbestandteile der DPAG (wie z.B. Jahressonderzahlung – vulgo »Weihnachtsgeld« –, Urlaubsgeld und durchschnittliches variables Leistungsentgelt) nicht in die Berechnung einbezieht, der DPAG aber entgegen der ausdrücklichen Regelung in § 5 Abs. 2 Nr. 1 PostG auch die Entgelte der von ihr eingesetzten »Erfüllungsgehilfen« zurechnet. Diese Erhebung wurde nach Veröffentlichung des Rechtsgutachtens Sacker (Fn. 19) von der BNetzA in Auftrag gegeben und ist auf deren Homepage eingestellt.

Dass diese Vorschrift nicht zur Anwendung kommen konnte. Dies ergab sich zunächst schon daraus, dass die Regulierungsbehörde ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut der Bestimmung ihren Geltungsbereich eigenmächtig derart eingeschränkt hat, dass für »newcomer« im Wettbewerb großzügige Ausnahmen bewilligt wurden.<sup>49</sup> So hat die BNetzA unterstellt, dass die Regelung auf Kleinbetriebe bis zu 10 Arbeitnehmern und während ein- bis zweijähriger »Anlaufzeiten« nach Lizenzerteilung keine Anwendung finde. Die Interpretation von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG durch die Regulierungsbehörde ließ die Vorschrift aber auch für größere Unternehmen und nach Ablauf der »Anlaufzeit« in ihrer praktischen Wirkung leerlaufen: Denn infolge ihrer Auslegung der Vorschrift erwies sich die Bestimmung generell als nicht operabel.<sup>50</sup> Zwar ging die Regulierungsbehörde in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung in der juristischen Literatur davon aus, dass als Maßstab der »Üblichkeit« der vom Lizenznehmer einzuhaltenden Arbeitsbedingungen diejenigen der DPAG (des nach Umsatz und Beschäftigtenzahl im Lizenzbereich weitaus größten Arbeitgebers) anzusehen seien. Jedoch vermochte sie darin, dass nach dem Gesetz die »wesentlichen Arbeitsbedingungen« einzuhalten sind, keine Bezugnahme auf einzelne, konkrete Regelungsinhalte (wie z.B. die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) zu erblicken. Denn sie vertrat die Rechtsauffassung, dass die Berücksichtigung einzelner Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub und Kündigungsfristen weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar sei.<sup>51</sup>

Fehlte es somit schon mangels näherer Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der »wesentlichen Arbeitsbedingungen« an jedem konkreten Bezugspunkt für die mögliche Handhabung der Vorschrift, so wurde ihre Nichtbeachtung außerdem noch dadurch gesichert, dass die Erheblichkeitsschwelle für das Unterbieten dieser Arbeitsbedingungen, die ggf. eine Nichterteilung der beantragten Lizenz zur Folge haben könnte, sehr hoch angesetzt wurde. Die von künftigen Lizenzunternehmen zu unterlassende »nicht unerhebliche« Unterschreitung dieser Ar-

49 Vgl. hierzu das Merkblatt der BNetzA für die Lizenzerteilung, aktuelle Fassung: Amtsblatt der BNetzA Nr. 1/2006, Mittlg Nr. 17/2006.

50 Dies folgt systematisch gesehen daraus, dass die Regulierungsbehörde § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG auf ein Instrument zur Sicherung der Finanzgrundlage der Sozialkassen und sozialversicherungsrechtlich »geschützter« Arbeitsverhältnisse (ausschließlich bezogen auf die Vermeidung nicht sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse) reduziert. Vgl. Merkblatt »Beantragung von Lizenzen zur Beförderung von Briefsendungen« in Ziff. 6.4.2.

51 So macht bereits die Antwort der Bundesregierung v. 22.3.1999 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS vom 22.3.1999 (BT-Drs. 14-646, zu Nr. 11) den bis zum Frühjahr 2007 von ihr und der Regulierungsbehörde vertretenen Standpunkt deutlich, dass »die Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im einzelnen (Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub, Kündigungsfristen) weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar (ist)«. Diese – bis zur Publikation des Rechtsgutachtens Säcker (s.o. Fn. 19) – hartnäckig verteidigte Ansicht wurde noch im Schreiben des Präsidenten der BNetzA an die Gewerkschaft ver.di v. 10.1.2007 (Antwort auf das Schreiben des Stellvertretenden Vorsitzenden der Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Rolf Büttner, v. 4.12.2006) begründet mit dem Zweck der sozialen Lizenzvoraussetzung nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, wonach »nach den Gesetzesmaterialien ... einem (massenhaften) Ausweichen neuer Lizenznehmer in ungeschützte Arbeitsverhältnisse« vorgebeugt werden sollte. »Deshalb wurde für die Auslegung dieser Vorschrift von der BNetzA auf die Art der Arbeitsverhältnisse, d.h. auf ihre (Sozial)Versicherungspflichtigkeit bzw. Nicht-Sozialversicherungspflichtigkeit, abgestellt. Wie Sie wissen, hat sich die Versicherungspflicht geringfügig Beschäftigter jedoch mit der Einführung des Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse vom 24. März 1999 (BGBl. I S. 388) geändert. Mit diesem Gesetz sind die Regelungen über die geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse umfassend überarbeitet, modernisiert und entbürokratisiert worden ...«

beitsbedingungen wurde erst bei einer Unterbietung um mindestens 20% bejaht.<sup>52</sup>

Die BNetzA hat zwar unter dem Druck der insbesondere von der Input Consulting vorgelegten empirischen Untersuchungen<sup>53</sup> zu den Auswirkungen des Dumpingwettbewerbs im Briefbereich und zum Stand der Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten ihre Interpretation des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG revidiert und vertritt, soweit dies derzeit erkennbar ist, nunmehr partiell eine realistischere Auslegung. Grundlage hierfür war ein von ihr in Auftrag gegebenes und im März 2007 veröffentlichtes Rechtsgutachten von Franz Jürgen Säcker<sup>54</sup> zur Auslegung von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG.

Gleichwohl führt diese nunmehr rechtswissenschaftlich »geläuterte« Interpretation zu dem Ergebnis, dass von der Bestimmung auch weiterhin kein Gebrauch gemacht werden kann.

## VIII. Wandlung der Rechtsauffassung der BNetzA

### 1. Das Rechtsgutachten Säcker: Die Neudefinition der »Üblichkeit«

Säcker tritt der von der BNetzA bisher vertretenen Auslegung von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG entgegen. Zu den »wesentlichen Arbeitsbedingungen« sei jedenfalls das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit sowie die Dauer des jährlichen Urlaubs zu rechnen. Dies ist, wie der Gebrauch dieses Terminus in anderen Gesetzen<sup>55</sup> und Rechtsvorschriften<sup>56</sup> zeigt, zutreffend, wird der historischen Auslegung der Entstehungsgeschichte der Bestimmung gerecht und entspricht ihrem Sinn und Zweck.<sup>57</sup> Ein »nicht unerhebliches« Unterbieten dieser Bezugsgrößen sei – entgegen der Interpretation durch die BNetzA – bereits dann anzunehmen, wenn diese Arbeitsbedingungen um mindestens 10% unterschritten würden.<sup>58</sup>

Kernpunkt des Gutachtens und – soweit erkennbar – auch der aktuellen Rechtsauffassung der BNetzA ist aber die Abkehr vom bisherigen Verständnis von

<sup>52</sup> Ein Teil der Literatur und die Praxis der BNetzA gehen von dieser Marge von 20% aus, vgl. Badura, in: Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl. München, § 6 Rn. 28 unter Hinweis auf die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 14/646 S. 5 f.; diesen bis zur Vorlage des Gutachtens Säcker (Fn. 19), der insoweit eine Marge von 10% für angemessen erachtet, stets beibehaltenen Maßstab legt die Bundesregierung auch in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr. 11 zu Grunde.

<sup>53</sup> S.o. Fn. 2.

<sup>54</sup> S.o. Fn. 19.

<sup>55</sup> Vgl. insbesondere die Regelungen in §§ 2 Abs. 1 S. 2 NachwG sowie in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 S. 1 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG sowie zu »Arbeitsbedingungen« Art. 9 Abs. 3 GG.

<sup>56</sup> Dies gilt namentlich für die Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) v. 1.1.2001 – BAnz. Nr. 1 v. 3.1.2003 – i. d. F. v. 18.11.2005 – BAnz. Nr. 55 v. 19.3.2005 – vgl. z.B. § 19 Abs. 2 lit. d) – f) i. V. m. § 19 Abs. 3; ähnlich die Regelungen zur Mitgliedschaft in den Zusatzversorgungskassen der Länder und Gemeinden, vgl. z.B. 11 Abs. 2 der Satzung der ZVK der bayerischen Gemeinden v. 25.6.2005 i. d. F. v. 15.12.2006.

<sup>57</sup> Die Entstehungsgeschichte der Regelung ergibt, dass mit ihr primär sozialpolitische Ziele wie der soziale Schutz der in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmer durch Verhinderung prekärer Beschäftigungsverhältnisse sowie die Sicherstellung der Finanzgrundlagen der sozialen Sicherungssysteme verfolgt wurden, vgl. im Einzelnen Blanke (Fn. 20), S. 38 ff., 53 ff.

<sup>58</sup> Säcker (Fn. 19), S. 58.

Üblichkeit i.S. dieser Vorschrift. Entgegen der bislang einhelligen,<sup>59</sup> ganz selbstverständlich auch von der Regulierungsbehörde und der Bundesregierung geteilten Ansicht<sup>60</sup> seien nicht etwa die für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen der DPAG der Bezugspunkt der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen. Vielmehr seien als üblich anzusehen »die Arbeitsbedingungen, die sich bei wettbewerblicher Öffnung des lizenzierten Bereichs in der Unternehmenswirklichkeit in den lokalen Arbeitsmärkten ergeben. Das sind die Arbeitsbedingungen, die ein Arbeitgeber anbieten muss, um Arbeitskräfte für die Ausübung der Tätigkeit des Einsammelns, Sortierens, Verpackens, Weiterlebens und Ausliefern von Briefen ... zu gewinnen.«<sup>61</sup>

Diese Auslegung des Begriffs der »Üblichkeit« von Arbeitsbedingungen im Lizenzbereich ist nicht nur überraschend, weil sie dezidiert der ganz allgemeinen Auffassung widerspricht.<sup>62</sup> Sie ist auch juristisch unzutreffend<sup>63</sup> und führt zur Verlängerung der rechtswidrigen Praxis der Nichtbeachtung dieser Vorschrift durch die BNetzA. Zunächst verkehrt diese Interpretation die soziale Schutzfunktion des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG in ein Gebot zur Herstellung von Marktöffnung und Wettbewerb. Sie setzt auf die automatisch wirkenden »Selbstheilungskräfte« von Markt und Konkurrenz auch noch dort, wo diese angesichts der dominierenden Dumpinglöhne im Lizenzbereich evident versagen, wie dies insbesondere in den ostdeutschen Bundesländern der Fall ist. Sie überdehnt zudem die im Begriff der »Üblichkeit« enthaltene Entwicklungs Offenheit für künftige Marktveränderungen, indem sie allein auf die sich unter Wettbewerbsbedingungen herstellenden künftigen Arbeitsbedingungen verweist. Damit wird ferner das in der Bezugnahme auf marktübliche Geschäftsbedingungen angelegte Gerechtigkeitskriterium verkannt, wonach die Einhaltung derartiger Standards nur dann verlangt werden kann, wenn potentiell alle Marktteilnehmer sich nach ihnen richten müssen. Die Auferlegung der Pflicht, spezifische Standards gegenüber Dritten einzuhalten, zwingt ihnen einen Rechtsgehorsam auf, dessen Befolgung von ihnen nur unter der Bedingung erwartet werden kann,

59 »Üblich ist die Vergütung, die am gleichen Ort in ähnlichen Gewerben oder Berufen für entsprechende Arbeit im Durchschnitt gezahlt zu werden pflegt. Bestehen für eine bestimmten Branche und Region tarifliche Vergütungsregelungen, sind diese regelmäßig als übliche Vergütung idS anzusehen,« so Eckert, in: Dörmer/Ebert/Eckert/Hoeren u.a., Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 2005, § 612 Rn.3; ebenso Lörcher, Die sozialen Lizenzanforderungen im Postgesetz (§ 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG), Frankfurt/M. 1998, S. 24 f.; in diesem Sinne hat das BAG auch den Begriff der »Tarifüblichkeit« in § 77 Abs. 3 BetrVG dahingehend ausgelegt, dass er gegeben ist, wenn mehr als 50% der Arbeitnehmer der Tarifbindung unterliegen, vgl. BAG v. 6.12.1963, AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG 1952 unter 3 c. der Gründe; BAG v. 15.1.1992, AuR 1992, 379 unter II 1.b) bb) der Gründe; zustimmend Richardi, (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 2006, § 77 Rn. 267 ff., 271; ebenso ist auch der Begriff der »Betriebsüblichkeit« beruflicher Entwicklung in §§ 37 Abs. 4, 38 Abs. 4 BetrVG dahingehend zu verstehen, dass es auf die berufliche Entwicklung der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer ankommt, so BAG 19.1.2005, AuA 2005, 436; LAG Köln v. 13.3.2002, AR-Blattei ES 530.8 Nr. 44; Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG. Kommentar, 2006, § 37 Rn. 66; weitergehend: BAG v. 15.1.1992, DB 1993, 1379 = AuR 1992, 379 (Leitsatz) unter II 1.b) bb) der Gründe; DKK-Wedde, § 37 Rn. 77; auch bei dem häufig in Tarifverträgen gebrauchten Begriff der »betriebsüblichen« Arbeitszeit ist eine quantitative und keine qualitative Betrachtung angezeigt.

60 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 115, 121 sowie die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr. 11; wortidentisch wiederholt in BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr. 4 und in BT-Drs. 14/9069, BT-Drs. 14-9203 v. 3.6.2002 zu Nr. 2.

61 Säcker (Fn. 19), S. 54 ff., 55.

62 Treffend kommt der Zusammenhang zwischen »Üblichkeit« und »wesentlichen Arbeitsbedingungen« in folgender Definition zum Ausdruck: »Wesentlich ist alles, was üblicherweise in Arbeitsverträgen bestimmter Arbeitnehmer vereinbart wird«, so ErfK-Preis, 2006, § 2 NachwG Rn. 5. Ebd., Rn. 8; diese Formulierung macht sehr schön den auch in § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG hergestellten Zusammenhang deutlich.

63 Dazu im Detail Blanke (Fn. 20), S. 48-54.

dass auch die Konkurrenten auf dem Markt diese in ihrem tatsächlichen Verhalten mehrheitlich respektieren und befolgen. Individueller Rechtsgehorsam setzt nicht nur die demokratische Legitimation der in Rede stehenden Gebotsnorm voraus, sondern auch ihre allgemeine Geltung. Und schließlich missachtet die von Säcker vertretene Auffassung, dass das Kriterium der Üblichkeit neben der in ihm enthaltenen Zeitkomponente (was ist derzeit üblich?)<sup>64</sup> weiterhin durch eine Mengenkomponekte (Marktanteil, Quote der beschäftigten Arbeitnehmer) bestimmt ist, die auf mehrheitlich praktiziertes, tatsächliches Verhalten abstellt. Weiterhin soll der Begriff der Üblichkeit nach Säcker auch Subunternehmen umfassen, obwohl »Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen« nach der ausdrücklichen Regelung in § 5 Abs. 2 Nr. 1 PostG nicht zum lizenzpflichtigen Bereich zählen und damit nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen. Im Ergebnis wird nach der von Säcker vertretenen Umdeutung des Üblichkeitsbegriffs i. S. des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG dieser Begriff bestimmt durch die faktisch unüblichen und normativ ungewollten (künftigen und lokalen, prekären) Arbeitsbedingungen. Vollends offenbar wird die Unhaltbarkeit dieser Interpretation, wenn man sich vor Augen führt, dass diese prekären Arbeitsbedingungen gem. § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG den Maßstab bilden sollen, der auch dann noch die BNetzA zur Lizenzerteilung verpflichten sollte, wenn er seinerseits um weitere bis zu 10% unterschritten werde. Das unüblich Prekäre und Ungewollte wird in dieser Auslegung in den Rang einer Normalität gehoben, von der um des hehren Wettbewerbs willen weitere Abstriche zu Lasten der Beschäftigten zulässig sein sollen. Derartige Wortklaubereien mögen zwar die »hohe Kunst« der Juristerei sein; eine wissenschaftlich seriöse Auslegung der Arbeitnehmerschutzvorschrift des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG liegt darin gewiss nicht.

## 2. Die WIK-Studie: Fehlende Operationalisierbarkeit des neu definierten Üblichkeitsbegriffs

Da fügt es sich gut, dass die von der BNetzA in Auftrag gegebene und am 21. Mai 2007 der Presse vorgestellte WIK-Studie über »Arbeitsbedingungen im Briefmarkt«<sup>65</sup> zum Ergebnis kommt, dass dieser Begriff der »Üblichkeit« sich als Maßstab der Lizenzerteilung – zumindest derzeit – jeglicher praktischen Anwendung und Umsetzung entzieht. Denn es fehle an einer hinreichend genauen Datengrundlage für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen auf regionalen, gar lokalen Arbeitsmärkten: »Zur Bestimmung eines Maßstabs zur Lizenzüberprüfung wäre eine genauere (und gerichtlich überprüfbare) Bestimmung von regionalen Arbeitsbedingungen erforderlich.«<sup>66</sup> Erläuternd heißt es hierzu in Fn. 7: » Nach Auskunft der Bundesagentur für Arbeit werden kombinierte Lohndaten für Berufe und Branchen möglicherweise ab Ende 2007 von der BA erhältlich sein«.

## IX. Die Auslegung von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG nach hier vertretener Ansicht

Nach rechtlich korrekter Auslegung der Regelung in § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG ist eine Lizenz zu versagen, wenn Lohnhöhe, Arbeitszeit und Dauer des Jahres-

64 Das konnten bei Inkrafttreten der Vorschrift zum 1.1.1998 nur die Arbeitsbedingungen bei der DPAG sein.

65 Abrufbar ebenso wie die Pressemitteilung zu ihrer Präsentation durch die BNetzA auf deren Homepage, (Fn. 16).

66 Ebd., S. 3.

urlaubs (= die wesentlichen Arbeitsbedingungen) eines Antragstellers um mehr als 10% unterhalb der tariflichen Regelungen für vergleichbare Arbeitnehmer der Deutschen Post AG liegen (= nicht unerhebliches Unterschreiten der im Lizenzbereich üblichen Arbeitsbedingungen).

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

Damit besteht die Möglichkeit und die Verpflichtung, der in zahlreichen empirischen Untersuchungen belegten Ausbreitung niedrig entlohnter, geringfügiger und zumeist befristeter Beschäftigungsverhältnisse im Bereich der Postdienstleistungen entgegen zu wirken, bereits nach derzeit gegebener Gesetzeslage. Zur Verhinderung von Lohndumping im Bereich der Postdienstleistungen bedarf es weder der Einführung eines allgemeinen noch eines branchenbezogenen Mindestlohns noch der Aufnahme dieses Marktsegments in das Arbeitnehmerentendengesetz, um, gestützt auf eine Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, eine tarifliche Rechtsnormerweiterung (eine Art vereinfachter Allgemeinverbindlicherklärung eines branchenweiten Flächentarifvertrages) zu bewirken.<sup>67</sup> Es kommt »lediglich« darauf an, der konstanten Rechtsverweigerung durch die BNetzA Einhalt zu gebieten und die Vorschrift über die sozialen Lizenzanforderungen in § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 Postgesetz korrekt anzuwenden, wonach eine beantragte Lizenz zu versagen ist, wenn »Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet.«

### *X. Die Umsetzbarkeit von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG*

In der hier vorgeschlagenen Auslegung ist die Bestimmung des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG auch einfach zu operationalisieren. Bezugsgrundlage sind der Entgelt- und der Manteltarifvertrag bei der DPAG in ihrer jeweils geltenden Fassung (Stand derzeit jeweils 1.1.2007). Briefzusteller sind tariflich eingruppiert in die Entgeltgruppe 3 des Entgelttarifvertrages DPAG. Das tarifliche Referenzentgelt beläuft sich auf insgesamt 1977,91 €. Es setzt sich zusammen aus dem Monatsgrundentgelt in Höhe von 1.697,91 €, monatisierten Jahreszahlungen in Höhe von 280,00 €, bestehend aus einem Urlaubsgeld in Höhe von 332,34 €, einem 13. Monatsentgelt (1.697,91 €) und der Richtgröße Leistungslohn für Normalleister (1.329,72 €).

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

<sup>67</sup> Es hat allerdings den Anschein, dass der in diesen Tagen vom Koalitionsausschuss erarbeitete Vorschlag, den Bereich der Postdienstleistungen in das AEntG aufzunehmen, genau auf diese Lösung hinzielt, vgl. den Bericht »Die Anwärter auf einen Mindestlohn«, in: FAZ v. 20.6.2007, S. 12.

Dieses liegt über dem gesamtdeutschen Niedriglohn von 1.633,00 €. Damit verhindert die korrekte Auslegung und Handhabung von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, dass im Bereich der Postdienstleistungen Dumpinglöhne gezahlt werden. In dieser Interpretation genügt die Vorschrift, an deren Grundgesetz- und Europarechtskonformität keine ernst zu nehmenden Zweifel (mehr)<sup>68</sup> bestehen,<sup>69</sup> zugleich den rechtsstaatlichen Anforderungen an ihre Bestimmbarkeit. Das Vertrauen in die Fortsetzung der bislang gesetzeswidrigen Praxis der Regulierungsbehörde ist rechtlich auch dann nicht geschützt, wenn diese Praxis bereits nahezu ein Jahrzehnt andauert.<sup>70</sup> Im Übrigen ist die Verwaltung jederzeit befugt, aus sachgerechten Erwägungen, wie z.B. auf der Grundlage einer veränderten Rechtsauffassung, ihre bisherige Praxis für die Zukunft zu korrigieren.<sup>71</sup> Komplizierter ist die Rechtslage lediglich dann, wenn die problematische Verwaltungspraxis durch eine ständige obergerichtliche Rechtsprechung bestätigt worden ist.<sup>72</sup> Dies ist jedoch vorliegend, soweit ersichtlich, nicht der Fall.

### *XI. Umsetzungsverpflichtung der BNetzA und des BMWi*

Die BNetzA ist gesetzlich verpflichtet, die Vorschrift in diesem Sinne auszulegen und anzuwenden. Bei der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG besitzt sie weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum.<sup>73</sup> Die Behörde ist gehalten, ihre Hinweise zur Lizenzerteilung sowie zur Erfassung und Kontrolle der Einhaltung der »wesentlichen Arbeitsbedingungen« entsprechend umzugestalten. Sollte sie ihre Rechtsauffassung und die darauf gestützte Praxis nicht ändern, so hat ihr das zuständige Fachministerium für Wirtschaft und Technologie im Rahmen seiner rechtsaufsichtlichen Befugnisse<sup>74</sup> eine entsprechende Weisung zu erteilen. Denn das verantwortliche Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist verpflichtet, auf einer gesetzeskonformen Praxis der Regulierungsbehörde zu bestehen.

68 Bedenken äußerte – allerdings auf der Basis der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage aus dem Jahr 2000 – insbesondere im Hinblick auf eine Verlängerung der Exklusivlizenz der DPAG über den 31.12.2002 hinaus und bei einem etwaigen Missbrauch von Quersubventionierungen Scholz (Fn. 20), S. 96 ff; das BVerfG hat dieser Auffassung jedoch eine deutliche Abfuhr erteilt; vgl. den Beschluss des 1. Senats v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01, BVerfGE 108, 370.

69 Siehe dazu den Beschluss des 1. Senats des BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 1712/01, BVerfGE 108, 370; ebenso Säcker (Fn. 19), S. 18 ff., 39 ff.; Blanke (Fn. 20), S. 65–71; v. Danwitz, EU Grdl Rn. 11, 28, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., 2004; zur Auffassung der Bundesregierung vgl. Stellungnahme zu den Sondergutachten der Monopolkommission und zum Tätigkeitsbericht 2004/2005 der BNetzA, Rn. 53.

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

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

72 Mit diesem Argument hat das BAG seiner Rechtsprechungsänderung (BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05) im Nachgang zur EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Junk v. 27.1.2005 – C-188/03 –, wonach als Entlassung i. S. der Vorschriften über die Massenentlassung nach § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG die Kündigungserklärung des Arbeitgebers anzusehen ist, die Wirksamkeit versagt, vgl. Urteile v. 13.7.2006, 6 AZR 25/06 und 6 AZR 198/06; bestätigt in: BAG 1.2.2007 – 2 AZR 15/06; zur Kritik vgl. Frank/Schiek, Gutachten für den DGB zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts 2 AZR 15/06, Oldenburg, Mai 2007.

73 OVG Münster v. 7.12.2005 – Az: 13 A 711/02, BeckRS 2006 20060V; v. Danwitz, 1999, 105 ff.

74 Ob es auch die Fachaufsicht über die BNetzA hat, wird in der Literatur z.T. bezweifelt, so Badura, in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl., § 45, Rn. 64; die Frage kann hier dahingestellt bleiben.

*Summary:*

*Mit der Postreform III wurde der in Deutschland einmalige Versuch gemacht, die allmähliche Liberalisierung des Postmarktes mit der Einhaltung sozialer Lizenzauflagen zu verknüpfen. Dadurch sollte ein Dumpingwettbewerb durch Senkung der Arbeitskosten verhindert werden. Empirische Befunde zeigen, dass diese Absicht misslungen ist. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Regulierungsbehörde seit Inkrafttreten der Postreform III zum 1.1.1998 eine Interpretation der Sozialklauseln des PostG vertreten hat, die zum kompletten Leerlaufen der einschlägigen Vorschriften geführt hat. Seit wenigen Monaten ist zu beobachten, dass die Regulierungsbehörde ihre Auslegung der Bestimmungen zwar weitgehend dem üblichen Verständnis anpasst, aber in einem entscheidenden Aspekt eine Korrektur vornimmt, die ihr auch weiterhin die Nichtanwendung dieser Bestimmungen erlaubt. Diese Vermeidungspraxis bedarf dringend der Korrektur.*

# Deutschland im Systemvergleich



## Competition versus Cooperation | Wettbewerb versus Kooperation

German Federalism in Need of Reform –  
a Comparative Perspective | Der Reform-  
bedarf des deutschen Föderalismus –  
Eine vergleichende Perspektive  
Herausgegeben von Dr. Ralf Thomas  
Baus, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.,  
Berlin, Dr. Raoul Blindenbacher, Vize-  
präsident Forum of Federations,  
Ottawa, Ontario und Prof. Dr. Ulrich  
Karpén, Universität Hamburg

2007, 375 S., geb., 69,- €,  
ISBN 978-3-8329-2991-6

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung  
oder bei Nomos Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de) | [sabine.horn@nomos.de](mailto:sabine.horn@nomos.de)



**Nomos**