

DIREKTANSTELLUNGS- GEBOT UND TARIFERSTRECKUNG IN DER KEP-BRANCHE

Eine verfassungs-, unions-
und tarifrechtliche Untersuchung

Autor: Professor Dr. jur. Stefan Greiner,
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht
der Sozialen Sicherheit, Universität Bonn

EXECUTIVE SUMMARY

Zusammenfassung des Rechtsgutachtens im Auftrag des
Bundesverbandes Paket und Expresslogistik e. V. (BIEK)
Januar 2024

1 EINLEITUNG

Rechtspolitisch wird die Idee eines sektoralen Verbots von Subunternehmerverträgen durch sog. Direktanstellungsgebote immer wieder diskutiert. Durch derartige Regelungen würde die klassische arbeitsteilige Organisation der Leistungserbringung unter Rückgriff auf selbstständige Subunternehmer¹ rechtlich ausgeschlossen. Die gesamte Leistungserbringung müsste in **vollumfänglicher unternehmerischer Organisationsverantwortung** des sie steuernden und veranlassenden Unternehmens erfolgen. Die Einbindung von Hilfspersonen in den Leistungserbringungsprozess wäre nur noch in Gestalt persönlich abhängig Beschäftigter, also eigener Arbeitnehmer, zulässig.

Je nach Ausgestaltung kann dabei auch der Rückgriff auf im Wege der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzte Arbeitnehmer ausgeschlossen sein.

Realisiert wurde ein umfassendes Direktanstellungsgebot bislang durch § 6 a GSA Fleisch 2020 für die Fleischindustrie. Trotz der dortigen spezifischen Branchenbedingungen überwogen in der juristischen Beurteilung die kritischen Stimmen zu diesem Regelungsansatz. Seit Mai 2023 zielt eine Bundesratsinitiative nun darauf ab, im Zuge der anstehenden Novelle des Postgesetzes **Werkverträge und Zeitarbeit in der Kurier-, Express- und Paketbranche (KEP) zu verbieten**. Auch wird seit längerem diskutiert, in der Pflegebranche Direktanstellungsgebote zu normieren.

Ziel des Gutachtens war zum einen, die **verfassungs- und europarechtliche Tragfähigkeit** eines Direktanstellungsgebots in der KEP-Branche zu untersuchen. Zum anderen sollte auch die Tragfähigkeit einer Verbreiterung der Tarifwirkungen in der Branche als alternativer Regelungsansatz in den Blick genommen werden, die in der Bundesratsinitiative mit dem Vorschlag aufgegriffen wird, ein Direktanstellungsgebot mit einer **Ausnahmeregelung für tarifgebundene oder tarifanwendende Unternehmen** zu verknüpfen.

¹ Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jeweils alle Geschlechter.

2 WESENTLICHE ERGEBNISSE DES GUTACHTENS

1.

Jedes Direktanstellungsgebot betrifft unmittelbar die Entscheidung über den Zuschnitt der eigenen unternehmerischen Tätigkeit. Damit trifft es eine Regelung in einem **wesentlichen Bereich der unternehmerischen Berufsfreiheit**, die durch Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) geschützt ist. Die Entscheidung, wie weit die eigene volle unternehmerische Kontrolle, Organisation, Chancennutzung und Risikotragung reichen sollen, ist eine Entscheidung über das „Ob“ der eigenen Unternehmertätigkeit in bestimmten Bereichen und Segmenten. Somit ist die Entscheidung „make or buy“ eine originär unternehmerische Entscheidung im Kern der Berufs(wahl-)freiheit. Direktanstellungsgebote greifen tief in diese Freiheit ein. Der **Gesetzgeber trifft eine unternehmerische Kernentscheidung anstelle der Unternehmen**, indem er die Reichweite der Unternehmertätigkeit gesetzlich vorgibt. Derartige Regelungen bewirken damit eine deutliche Koordinatenverschiebung im Verhältnis von staatlicher Regulierung zu dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsraum. Sie sind ein erheblicher Eingriff in die Berufsfreiheit.

2.

Hinsichtlich der Gewichtung des Eingriffs sind **Spezifika der KEP-Branche** zu berücksichtigen: Das nach wie vor dominierende frühere Monopolunternehmen kann in wettbewerbsbeeinflussender Weise vielfältige Strukturvorteile für sich nutzbar machen. Ein Direktanstellungsgebot entfaltet praktische Auswirkungen vor allem bei den erst später in den Markt eingetretenen Wettbewerbsunternehmen, deren bisheriger Leistungserbringungsstruktur partiell die Grundlage entzogen würde. Dies hätte das Potential, eine Rückkehr zu einer monopolistischen bzw. oligopolistischen Marktsituation in der Branche zu bewirken. Die **intensive wettbewerbsverzerrende Wirkung eines Direktanstellungsgebots** erhöht die Rechtfertigungslast folglich beträchtlich.

3.

Strukturierte Leistungsketten mit unternehmerisch gestalteter Arbeitsteilung haben zudem seit jeher im Transportgewerbe **besondere Relevanz**. So entspricht es der klassischen Leistungserbringungsstruktur in der Branche, dass ein Spediteur, der den Versandauftrag vom Absender angenommen hat, einen Fuhrunternehmer (Frachtführer) mit der Durchführung des Transportes betraut. Der Selbsteintritt scheint daher eher Ausnahmeregelung als Regelfall zu sein. Ihn zum gesetzlichen Leitbild zu machen, steht auch aus dieser Perspektive in deutlichem Kontrast zu jenen Leistungserbringungsstrukturen, die sich in der Branche marktwirtschaftlich über lange Zeiträume herausgebildet haben.

4.

Ein Direktanstellungsgebot wirkt zudem intensiv auf die unternehmerische **Berufsfreiheit der betroffenen Nachunternehmer**: Über sie wird nicht nur faktisch-mittelbar, sondern vielmehr rechtlich unmittelbar ein objektives **Berufsverbot** verhängt, indem der Beruf des selbstständigen nachgeordneten Unternehmers in der KEP-Branche mit gesetzlichem Zwang abgeschafft und seine Ausübung untersagt wird.

5.

Im Gesamtbild entfaltet ein Direktanstellungsgebot angesichts seiner intensiven, mehrdimensionalen Einwirkung auf den Zuschnitt der unternehmerischen Tätigkeit und die Wettbewerbsverhältnisse in der Branche eine **Eingriffswirkung, die derjenigen einer klassischen objektiven Berufswahlregelung entspricht**. Eine Rechtfertigung kommt daher nur durch nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter in Betracht. Zudem greift eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsbindung, die den Gesetzgeber dazu anhält, einen gleich geeigneten Eingriff mit geringerer Intensität zu wählen.

6.

Eine **Eingriffsrechtfertigung gelingt nicht**: Insbesondere der Rekurs auf Compliance- und **Kontrolldefizite** kann ein Direktanstellungsgebot nicht legitimieren. Die Vermeidung von Verwaltungskosten ist bereits nach etablierter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein kein ausreichender Grund für Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten. Es ist Aufgabe des Staates, die Handlungsfähigkeit der eigenen Behörden in einer Weise sicherzustellen, dass sie die Einhaltung des zwingenden Rechtsrahmens wirksam überwachen und durchsetzen können. Bestehende Defizite in der Behördenausstattung müssen verwaltungsintern gelöst werden und rechtfertigen keineswegs eine gesetzliche Erzwingung einfacher Branchenstrukturen im Interesse besserer Kontrolle.

7.

Zweifelloos **legitime Regelungszwecke** bestehen in der Verbesserung des Arbeitsschutzes und der Arbeitsbedingungen in der Branche sowie der Stärkung von Tarifautonomie und Mitbestimmung. Zu ihrer Realisierung stehen jedoch **weitaus zielgenauere Regelungsinstrumente** zur Verfügung. So sollte die Politik erwägen, einem schädlichen Preiswettbewerb in der Branche durch die Beseitigung wettbewerbsverzerrender Rahmenbedingungen entgegenzuwirken. Auch könnte das Schutzniveau im Bereich des Arbeitsschutzes weiter angehoben werden. Es fehlt einem Direktanstellungsgebot auch angesichts dieser zielgenauen Regelungsmöglichkeiten an Erforderlichkeit.

8.

Erreichen der **Preis- und Wettbewerbsdruck** ein problematisches Ausmaß, könnte dies insbesondere darauf hindeuten, dass das Marktgeschehen in der Branche durch Wettbewerbsverzerrungen zugunsten einzelner Akteure beeinflusst ist, etwa die systemfremde Möglichkeit der **Quersubventionierung von Paketdienstleistungen** durch ein stark reguliertes Briefgeschäft. Insofern wäre der zielgenaue Ansatz, dieses Regelungsziel durch einen Abbau wettbewerbsverzerrender Effekte zu verfolgen.

9.

Von den zur Rechtfertigung eines Direktanstellungsgebots in der KEP-Branche angeführten Aspekten hält angesichts der somit bestehenden mildereren und weitaus zielgenaueren Regelungsalternativen im Ergebnis **kein einziger der Verhältnismäßigkeitsprüfung stand**; es fehlt spätestens an der Erforderlichkeit des Eingriffs.

10.

Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Die „herausgreifende“ Anordnung eines Direktanstellungsgebots für eine Branche bewirkt eine **rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen**. Diese Ungleichbehandlung hat infolge des Grundrechtscharakters der zugleich betroffenen Berufsfreiheit vielfach einen stark personalen Charakter und unterliegt daher einem **strengen Rechtfertigungsmaßstab**. Die Rechtfertigung kann gelingen, wo schwere Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter drohen und somit auch der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden kann. Dies ist jedoch für die KEP-Branche, wie gezeigt, nicht der Fall. Insofern stehen die freiheits- und gleichheitsrechtliche Betrachtung miteinander im Einklang.

11.

Die aus dem **Unionsrecht**, insbesondere den Richtlinien 2008/104/EG und 2006/123/EG, resultierende Verhältnismäßigkeitsbindung ist tendenziell **noch strenger als die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsbindung**. Gegen die Zulässigkeit eines Direktanstellungsgebots sprechen aus unionsrechtlicher Perspektive – neben den zu Art. 12 Abs. 1 GG erörterten Aspekten – insbesondere auch das Prinzip gegenseitiger Anerkennung und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Für EU-ausländische KEP-Unternehmen entstünde durch ein Direktanstellungsgebot eine beträchtliche Sonderbelastung; ihre **Markteintrittshürde** würde **bedeutend erhöht**. Der mit Direktanstellungen zwangsläufig verbundene Logistik- und Kostenaufwand für EU-ausländische KEP-Unternehmen fördert damit eine **Renationalisierung**

der KEP-Branche und erschwert die Realisierung des gemeinsamen Binnenmarkts erheblich. Dies liefe der Intention der Grundfreiheiten zuwider.

12.

Damit eine Regelung, die unionsrechtlich garantierte Rechte verkürzt, der Verhältnismäßigkeitskontrolle des EuGH standhalten kann, bedarf es einer **präzisen und fundierten Darlegung**, welche konkreten und nicht länger tragbaren **Nachteile durch die Regelung** abgewendet werden sollen. Das gelingt im Hinblick auf die vorgebrachten Gründe für ein Direktanstellungsgebot nicht. Sowohl die Eignung als auch die Erforderlichkeit der Maßnahme sind zu verneinen. Damit erweisen sich sowohl das Nachunternehmer- als auch das Arbeitnehmerüberlassungsverbot als **unionsrechtswidrig**.

13.

Die Verknüpfung eines Direktanstellungsgebots mit einer **Ausnahmeregelung für tarifgebundene oder tarifanwendende Unternehmen** mildert die Eingriffswirkungen nicht, sondern verschärft sie: Die Verknüpfung des Regelungsziels „Stärkung der Tarifbindung“ mit einem als Druckmittel eingesetzten Direktanstellungsgebot verursacht inadäquaten, **rechtswidrigen Druck zur Herstellung mitgliederschaftlicher Tarifbindungen**. Insbesondere die Verknüpfung beider Fragen bewirkt folglich zusätzlich eine verfassungswidrige Verletzung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit.

14.

Die **Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung** oder Tarifgeltungserstreckung nach Maßgabe des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) sind angesichts der Tarifstrukturen in der Branche **derzeit nicht gegeben**. Es fehlt bislang an hinreichend repräsentativen Tarifverträgen.

Impressum

Verleger:



Bundesverband Paket und Expresslogistik e.V.
Dorotheenstraße 33
10117 Berlin

www.biek.de