



# 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

# Inhalt

I	Einleitung .....	5
II	Verfassungskonformität eines sektoralen gesetzlichen Verbots von werkvertraglichen Subunternehmerstrukturen? .....	8
1	Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG und Rechtfertigung ....	8
1.1	Leitlinien in der Rechtsprechung des BVerfG .....	8
1.1.a	Doppelte Eingriffswirkung und Eingriffsrechtfertigung bei sektoralen Direktanstellungsgebot: Eingriff in die Berufsfreiheit der fremdvergebenden Unternehmen.....	11
1.1.b	Rechtfertigungsmaßstab .....	14
1.1.c	Beschränkung der Berufsfreiheit der Subunternehmer .....	15
1.2	Rechtfertigung durch „nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ .....	16
1.2.a	Prognosemaßstab.....	16
1.2.b	Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Realisierung hinreichend gewichtiger Eingriffszwecke?.....	17
	(1) Anstieg des Paketaufkommens .....	18
	(2) Preis- und Wettbewerbsdruck .....	18
	(3) Arbeitsverdichtung und Leistungsdruck .....	18
	(4) Lücken bei Tarifbindung und Mitbestimmung .....	19
	(5) Kontrolldefizite .....	19
	(6) Migrationshintergrund .....	20
	(7) Keine umfassende Lösung durch das Paketboten-Schutz-Gesetz.....	20
	(8) Vergleich zur Regelungssituation in der Fleischbranche .....	21
1.2.c	Zwischenergebnis: Direktanstellungsgebot ist unverhältnismäßig .....	22
2	Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG .....	22
2.1	Gewährleistungsbereich.....	22
2.2	Zwischenergebnis.....	24

III	Unionsrechtskonformität eines sektoralen gesetzlichen Verbots von werkvertraglichen Subunternehmerstrukturen .....	25
1	Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie (RL 2008/104/EG).....	25
1.1	Berührungspunkte des Direktanstellungsgebots mit der Richtlinie .....	25
1.2	Vereinbarkeit der Regelung mit dem Regelungskonzept der RL 2008/104/EG .....	25
1.3	Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG .....	26
1.3.a	Aussagegehalt des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG .....	26
1.3.b	Schutz eines Allgemeininteresses .....	27
1.3.c	Verhältnismäßigkeit .....	27
	(1) Vergleich der Prüfungsmaßstäbe von EuGH und BVerfG .....	27
	(2) Entscheidungen von EuGH und BVerfG zu § 1b AÜG a. F. ....	27
	(3) Einschätzungen des deutschen Schrifttums zur Vereinbarkeit von Direktanstellungsgeboten mit dem Unionsrecht .....	29
2	Dienstleistungsrichtlinie.....	31
3	Vereinbarkeit mit Primärrecht .....	32
IV	Regelungsansätze zur Stärkung der Tariforientierung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der KEP-Branche .....	33
1	Zulassung von Werkvertragskonstellationen nur bei Anlehnung an das tarifvertragliche Regelungsniveau?.....	33
1.1	Keine Eingriffsrechtfertigung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG.....	33
1.2	Verschärfung der nach Art. 3 Abs. 1 GG unzulässigen Ungleichbehandlung .....	34
1.3	Art. 9 Abs. 3 GG: verfassungswidriger Beitrittsdruck?.....	35
2	Die „anreizneutrale“ Verbreiterung von Tarifwirkungen (Allgemeinverbindlicherklärung/Geltungserstreckung nach dem AEntG und verwandte Instrumente).....	36

# Inhalt

2.1	Einzig in Betracht kommt Geltungserstreckung nach § 7a AEntG.....	36
2.2	Verfassungskonformität der Tarifgeltungserstreckung im Grundsatz .....	37
2.3	Ausformung der Verhältnismäßigkeitsanforderungen in den §§ 3, 4 II, 7a Abs. 1 S. 1 AEntG und Anwendung auf die KEP-Branche .....	38
2.3.a	Erstreckungsfähiger Tarifvertrag?.....	38
2.3.b	Fehlen eines „öffentlichen Interesses“ angesichts spezifischer Branchenbedingungen.....	39
3	Fazit .....	40
V	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	41

# EINLEITUNG

Im rechtspolitischen Diskurs wird die Idee eines sektoralen Verbots von Subunternehmerverträgen durch sog. Direktanstellungsgebote immer wieder virulent. Durch derartige Regelungen würde die klassische arbeitsteilige Organisation der Leistungserbringung unter Rückgriff auf selbstständige Subunternehmer<sup>1</sup> rechtlich ausgeschlossen; die gesamte Leistungserbringung müsste in vollumfänglicher unternehmerischer Organisationsverantwortung des sie steuernden und veranlassenden Unternehmens erfolgen. Rechtlich ausgeschlossen wären damit insbesondere klassische freie dienst- (vgl. § 611 BGB) und werkvertragliche (vgl. § 631 BGB) Leistungserbringungsstrukturen. Die Einbindung von Hilfspersonen in den Leistungserbringungsprozess wäre nur noch in Gestalt persönlich abhängig Beschäftigter, mithin weisungsgesteuerter Arbeitnehmer i. S. d. § 611a Abs. 1 BGB zulässig. Je nach Ausgestaltung kann dabei auch der Rückgriff auf im Wege der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzte Arbeitnehmer ausgeschlossen sein.

Realisiert wurde ein Direktanstellungsgebot bislang mit Wirkung zum 01.04.2021 im Kontext der Covid-19-Pandemie für den Wirtschaftsbereich des fleischproduzierenden und fleischverarbeitenden Gewerbes<sup>2</sup> durch Einführung des § 6a Abs. 2 des „Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft“ (GSA Fleisch).<sup>3</sup> Dieser lautet:

*„Der Inhaber darf im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern sowie im Bereich der Fleischverarbeitung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen tätig werden lassen. Er darf in diesen Bereichen keine Selbstständigen tätig werden lassen. Ein Dritter darf in diesen Bereichen keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen und keine Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in diese Bereiche überlassen.“*

Dieses Verbot von Subunternehmerstrukturen wurde maßgeblich mit den spezifischen Hygienebedingungen in der Fleischwirtschaft<sup>4</sup> – vor allem, aber nicht nur im Pandemiekontext – sowie der spezifischen Wohnsituation<sup>5</sup> begründet: Der Gesetzgeber stützte sich insbesondere auf erhebliche individuelle und gesellschaftliche Gesundheitsgefahren durch Hygienemängel und eine daraus folgende Gefahr der unkontrollierten Verbreitung von Krankheitserregern; zudem wies er auf die umfassende Verantwortung der den Leistungserbringungsprozess steuernden Unternehmen und die mangelnde Identifizierbarkeit von Ordnungspflichtigen bei Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften hin.

Schon seinerzeit wies allerdings das überwiegende Schrifttum darauf hin, dass der mit dem Direktanstellungsgebot verbundene tiefe Eingriff in die unternehmerische Berufsfreiheit – gemessen an Art. 12 GG und den Vorgaben des Unionsrechts – klar unverhältnismäßig sei.<sup>6</sup> Prognostiziert und befürchtet wurde eine Ausweitung von

<sup>1</sup> Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwendet das Gutachten das generische Maskulinum. Gemeint sind jeweils alle Geschlechter.

<sup>2</sup> Unter Ausklammerung des Handwerks, vgl. § 2 GSA Fleisch.

<sup>3</sup> Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz v. 22.12.2020 (BGBl. 2020 I, S. 3334); hierzu BT-Drucks. 19/21978, 19/22772, 19/23054 Nr. 3.

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/21978, S. 2, 20, 25, 34, 39.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 19/21978, S. 26.

<sup>6</sup> Exemplarisch *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Mengel/Motz/Schüren/Thüsing/Wank*, NZA 2020, 1160; *Düwell*, BB 2021, 180; *Dilenge*, DB 2020, 2241 ff.; *Andorfer/Tsankova-Herrtwich*, EWS 2021, 139; *Wolf*, in: *Düwell/Gallner/Haase/Wolmerath*, Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat – Covid-19 als Herausforderung, 2021, 999; a. A. *Deinert*, Kurzgutachten v. 15.07.2020, [www.mags.nrw/gutachten-werkvertraege-fleischindustrie](http://www.mags.nrw/gutachten-werkvertraege-fleischindustrie); *Linsenmaier*, NZA 2021, 1315 („erheblicher Eingriff“ in die Berufsausübungsfreiheit, aber gerechtfertigt); differenzierend *Polzin*, RdA 2021, 84, der unterschiedliche Regelungsansätze diskutiert.

Direktanstellungsgeboten auf andere Wirtschaftsbereiche.<sup>7</sup> Tatsächlich sind die jüngsten Bestrebungen zu einer Rezentralisierung der unternehmerischen Verantwortung in einem deutlich größeren Kontext zu betrachten: Der Tendenz der 1990er- bis 2000er-Jahre entsprach es – auch vor dem Hintergrund der damals feststellbaren Massenarbeitslosigkeit –, in selbstständigen Existenzgründungen und verstärkt arbeitsteiliger Organisation große Chancen für Selbstbestimmung und wirtschaftlichen Erfolg zu sehen.<sup>8</sup> So führte der Gesetzgeber zur Begründung des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt aus: „Zeitarbeit ist ein erfolgversprechender Weg, vorhandene Beschäftigungspotenziale, die z. B. durch Überstunden abgedeckt werden, für die zusätzliche Beschäftigung von arbeitslosen Frauen und Männern zu erschließen.“<sup>10</sup>

In jüngerer Zeit dominiert bei Gewerkschaften und bei der politischen Linken jedoch eine Gegenbewegung: Auslagerungsprozesse und die Dezentralisierung von Unternehmensstrukturen werden dort mittlerweile als ein Grund für die Erosion von Tarifbindung und Mitbestimmung (und damit nicht zuletzt der eigenen Machtbasis) wahrgenommen:<sup>11</sup> Durch arbeitsteilige Wirtschaftsorganisationsmodelle werden Rechtsträgerstrukturen unter Umständen mehr oder weniger stark zergliedert, sodass Schwellenwerte – insbesondere im Mitbestimmungsrecht – unterschritten werden. Mitarbeiter kleiner Unternehmen für gewerkschaftliche Arbeit zu gewinnen ist rein faktisch weitaus mühsamer als in Großunternehmen, in denen Gewerkschaften häufig schon traditionell über einen hohen Organisationsgrad verfügen. Selbstständige Subunternehmer sind schließlich selbst dem Unternehmerlager zuzuordnen; sie unterliegen dem Kartellrecht. Die Tarifaufnahme<sup>12</sup> vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV greift bei ihnen im Grundsatz nicht,<sup>13</sup> sodass Auslagerungsprozesse insofern dazu führen können, dass bereits rechtlich der kollektivvertragliche Regelungszugriff ausscheidet. Eine – im Lichte der EuGH-Entscheidung zur Rs. FNV Kunsten<sup>14</sup> problematisch gewordene – Ausnahme enthält § 12a TVG lediglich für arbeitnehmerähnliche Personen, mithin wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige ohne eigene Mitarbeiter, deren soziale Schutzbedürftigkeit mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar ist; auch insofern ist aber jedenfalls die faktische Erreichbarkeit für gewerkschaftliche Ansprechbarkeit ausgesprochen begrenzt. Diese missliebigen Reflexwirkungen führen dazu, dass arbeitsteilige Organisationsprozesse heute in Teilen des politischen Diskurses generell als suspekt betrachtet werden.

Zugleich ist speziell in der Kurier-, Express- und Paketbranche (KEP) eine deutliche Wettbewerbswirkung zu konstatieren: Ein Verbot von Subunternehmerstrukturen würde zu einer deutlichen Rekonzentration von Marktmacht führen, da das bei weitem größte Branchenunternehmen auf ein weitverzweigtes eigenes Filial-, Vertriebs- und Organisationsnetz zurückgreifen kann, das noch von Zeiten seines früheren Staatsmonopols herührt.<sup>15</sup> Jüngere und kleinere Wettbewerbsunternehmen mussten dagegen bei ihrem Markteintritt – nach der politisch gewollten und europarechtlich unausweichlichen Liberalisierung des KEP-Marktes<sup>16</sup> – vornehmlich auf kleinteilige Subunternehmerstrukturen setzen, um in der geografischen Breite des Landes wettbewerbsfähige KEP-Dienstleistungen erbringen zu können.

<sup>7</sup> Vgl. Greiner, Stellungnahme Ausschussanhörung am 05.10.2020, Drucks. AuS 19(11)773, S. 3 ff.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 10/2102, S. 19 f.; BT-Drucks. 11/4952, S. 8; BT-Drucks. 12/5502, S. 42 f.; BT-Drucks. 13/4941, S. 140, 247; BT-Drucks. 15/25, S. 23; Hamann, NZS 1995, 493 f.; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 63;

auch die Verfasser der Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG) begreifen Leiharbeit vor allem als Chance zur Flexibilisierung des Arbeitsmarkts, die sowohl im Arbeitgeber- als auch im Arbeitnehmerinteresse liegt. Dies zeigt sich vor allem an Erwägungsgrund 11 der Richtlinie.

<sup>9</sup> Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl. 2002 I, S. 4607).

<sup>10</sup> BT-Drucks. 15/25, S. 23.

<sup>11</sup> Deutlich etwa Kärcher/Walser, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 30 ff.

<sup>12</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-67/96 – Albany, Slg. 1999 I-5751.

<sup>13</sup> EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-413/13 – FNV Kunsten, NZA 2015, 55:

Tarifverträge sind demnach kartellrechtlich nur im Fall der Scheinselbstständigkeit zulässig, nicht bei echter (Solo-)Selbstständigkeit.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-413/13 – FNV Kunsten, NZA 2015, 55.

<sup>15</sup> Gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 PostG besaß die Deutsche Post AG bis zum 31.12.2007 das ausschließliche Recht, Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 Gramm und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, gewerbsmäßig zu befördern.

<sup>16</sup> Die Abschaffung des Postmonopols wurde maßgeblich durch das Unionsrecht motiviert, das die Mitgliedstaaten zur schrittweisen Liberalisierung des Postmarktes zwang; siehe BR-Drucks. 341/02, S. 1.

Weiterer Wettbewerbsdruck entsteht daraus, dass jüngst mit „Amazon“ ein neuer Branchenakteur auf den Plan getreten ist, der mit partiellen Direktzustellungen erhebliche Preis- und damit Wettbewerbsvorteile für sich generieren kann, indem das Unternehmen große Sendungsmengen im urbanen Raum selbst zustellt, während für Wettbewerber der ländliche Raum mit erheblich höherem Aufwand und daraus resultierenden Kosten verbleibt („Cherrypicking“-Effekt).

Vor diesem Hintergrund bestehen gegenwärtig politische Bestrebungen, das stark von Subunternehmerverträgen und arbeitsteiliger Organisation in der geografischen Fläche geprägte Arbeitsorganisationsmodell der kleineren Branchenunternehmen zu unterbinden. Argumentativ bleiben dabei die machtpolitischen und wirtschaftlichen Beweggründe (Wiederherstellung alter Monopolstrukturen und Wiedererlangung gewerkschaftlicher Organisationsstärke) weitgehend im Verborgenen. Vielmehr versuchen die Befürworter eines Direktanstellungsgebots in der KEP-Branche, ähnliche Argumentationsmuster zu nutzen, die bereits in der Fleischwirtschaft als Begründung eines Direktanstellungsgebots herangezogen wurden: Es wird der Versuch unternommen, auch hier arbeitsschutz- und compliancerechtliche Begründungsstränge zu konstruieren, um eine Rezentralisierung von Unternehmensstrukturen und unternehmerischer Verantwortung zu erzwingen.

Mit einem derartigen Begründungsversuch ist jüngst insbesondere ein von der Gewerkschaft ver.di bzw. dem Hugo Sinzheimer Institut in Auftrag gegebenes Gutachten<sup>17</sup> hervorgetreten, das – erwartbar – die vermeintliche rechtliche Tragfähigkeit eines Direktanstellungsgebots in der KEP-Branche zum Ergebnis hatte. Eine Bundesratsentschließung vom 12.05.2023<sup>18</sup> fordert fast zeitgleich die Bundesregierung zu entsprechender Regelungstätigkeit („Verbot von Werkverträgen“) auf, allerdings verbunden mit dem Anliegen einer Öffnung in Gestalt einer Zulassung werkvertraglicher Subunternehmerstrukturen, wenn für die bei Subunternehmern beschäftigten Arbeitnehmer eine Anlehnung an branchenübliche tarifvertragliche Arbeitsbedingungen gewährleistet ist. Konkret: Es soll geprüft werden,

*„den Abschluss von Werkverträgen bei der Zustellung von Paketen unter der Voraussetzung weiterhin zuzulassen, dass der oder die ausführende Nachunternehmer oder Nachunternehmerin für die Ausführung des Auftrages ausschließlich sozialversicherungspflichtig Beschäftigte zu tariflichen Entgeltbedingungen einsetzt“.*<sup>19</sup>

Ein – mittlerweile abgelehnter – Antrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE zielte in dieselbe Richtung.<sup>20</sup>

Das Gutachten geht in drei Schritten vor und analysiert zunächst (unter II.) die verfassungsrechtliche Problematik und Rechtfertigungsfähigkeit eines sektoralen gesetzlichen Verbots von (insbesondere werkvertraglichen) Subunternehmerstrukturen durch Implementierung eines „Direktanstellungsgebots“, richtet dann (unter III.) den Blick auf die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben und nimmt schließlich (unter IV.) denkbare Regelungsalternativen zur Sicherung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der KEP-Branche in den Blick.

---

<sup>17</sup> Kärcher/Walser, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023.

<sup>18</sup> BR-Drucks. 117/23 (Beschluss).

<sup>19</sup> BR-Drucks. 117/23 (Beschluss), S. 1; zur Deutung dieses – deutungsbedürftigen – Petitums noch u. IV. 1.3.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 20/7644.

# VERFASSUNGSKONFORMITÄT EINES SEKTORALEN GESETZLICHEN VERBOTS VON WERKVERTRAGLICHEN SUBUNTERNEHMERSTRUKTUREN?

## 1 Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG und Rechtfertigung

### 1.1 Leitlinien in der Rechtsprechung des BVerfG

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, gewährt als eines der zentralen wirtschaftsbezogenen Grundrechte allen Deutschen<sup>21</sup> das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann nach Satz 2 der Vorschrift durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Damit scheint im Wortlaut der Norm eine Ausdifferenzierung des Schutzbereichs angelegt: Die Berufswahl als solche scheint nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gesetzesvorbehaltlos gewährleistet, die Ausübung des in diesem Sinne frei wählbaren Berufs scheint hingegen bei Beachtung der allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG resultierenden Verhältnismäßigkeit einfachgesetzlich regelbar.

Über diesen Wortlautbefund ist die Rechtsprechung des BVerfG allerdings schon frühzeitig – mit dem Apotheken-Urteil vom 11.06.1958<sup>22</sup> – hinausgegangen: Die fehlende Trennbarkeit beider vermeintlicher Schutzbereichsebenen und damit der Umstand, dass sich in jedem Moment der Berufsausübung erneut die ursprüngliche Berufswahlentscheidung manifestiert und realisiert, veranlassten das BVerfG zur richtungsweisenden Annahme einer einheitlichen Gewährleistung der Berufsfreiheit.<sup>23</sup> Die grundgesetzliche Regelungssystematik veranlasste das BVerfG dennoch zunächst dazu, im Ausgangspunkt eine dreigeteilte Eingriffs- und Rechtfertigungssystematik (Drei-Stufen-Theorie) zu entwickeln, die zwischen Berufswahl und -ausübung differenziert:

**1. Stufe: Objektive Berufswahlregelungen** normieren Berufszulassungsbedingungen, deren Erfüllung „dem Einfluss des Einzelnen schlechthin entzogen“ sei.<sup>24</sup> Objektive Berufswahlregelungen seien nur bei nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zu rechtfertigen.<sup>25</sup>

**2. Stufe: Subjektive Berufswahlregelungen** machten die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter – häufig freilich beeinflussbarer – Voraussetzungen abhängig, exemplarisch etwa Sachkunde, Zuverlässigkeit, Mindest- oder Höchstalter oder Kreditwürdigkeit.<sup>26</sup> Sie seien nur zu rechtfertigen, wenn sie dem Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts dienten, das der Freiheit des Einzelnen vorgehe.<sup>27</sup>

**3. Stufe: Berufsausübungsregelungen** bestimmten dagegen – als schwächste Form des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG – nur die Art und Weise der Berufstätigkeit, ohne die Berufstätigkeit als solche von der Erfüllung

<sup>21</sup> Gleiche Maßstäbe gelten im Ergebnis auch für die Bürger anderer EU-Staaten und EU-ausländische juristische Personen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (94 ff.); Sachs/Mann, 9. Aufl. 2021, GG Art. 12 Rn. 34; Lücke, EuR 2001, 112 (113), mit Abweichungen lediglich in der rechtsdogmatischen Begründung.

<sup>22</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377.

<sup>23</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (402).

<sup>24</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (407).

<sup>25</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (408).

<sup>26</sup> MKS/Manssen, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 140; Ossenhühl, AöR 115 (1990), 1 (14).

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (406 f.).



objektiver oder subjektiver Voraussetzungen abhängig zu machen.<sup>28</sup> Sie seien im Grundsatz bereits dann zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen ließen.<sup>29</sup>

Schon das Apotheken-Urteil ergänzte diese Stufenbetrachtung um eine übergreifende Verhältnismäßigkeitsbindung: So dürfe ein Eingriff auf einer eingriffsintensiveren Stufe nur erfolgen, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass den abzuwehrenden Gefahren mit den Mitteln einer mildereren „Stufe“ nicht wirksam begegnet werden kann; nur dann könne der Eingriff auf einer intensiver wirkenden Stufe erforderlich sein.<sup>30</sup>

In seiner nachfolgenden Rechtsprechung hat das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie immer wieder als Maßstab herangezogen, sie zugleich allerdings in Anbetracht der Grunderkenntnis eines einheitlichen Schutzguts der Berufsfreiheit stark relativiert:<sup>31</sup> Erschöpft sich die Berufswahl nicht im einmaligen Ergreifen des Berufs, sondern manifestiert sie sich in jedem Moment der Berufsausübung von neuem, scheidet eine strikte Trennung zwischen Berufswahl und Berufsausübung bereits logisch-strukturell aus.<sup>32</sup> Auch bliebe ein intensivierter Schutz der Berufswahl wirkungslos und ein „nudum ius“, wenn nur der Moment der erstmaligen Entscheidung für eine bestimmte Form der Berufstätigkeit geschützt wäre, die spätere Betätigung dieser Entscheidung aber durch restriktivste Berufsausübungsregelungen entwertet und unattraktiv gemacht werden könnte.

In Umsetzung dieser Erkenntnis geht das BVerfG davon aus, dass auch eine Regelung der Umstände der Berufsausübung eine derart restriktive Regelungsintensität erreichen kann, dass sie dem Rechtfertigungsmaßstab einer (objektiven) Berufswahlregelung unterworfen werden muss.<sup>33</sup> So bewertete das BVerfG etwa das Arbeitnehmerüberlassungsverbot in der Bauwirtschaft (früher § 12a AFG, heute § 1b AÜG) als Berufsausübungsregelung,<sup>34</sup> da es lediglich die Ausübungsmodalität der Arbeitnehmerüberlassung in der Baubranche betreffe und ein eigenständiges Berufsbild des ausschließlich in die Baubranche überlassenden Zeitarbeitsunternehmers nicht existiere.<sup>35</sup> Die Regelung greife jedoch mit einer solchen Intensität in die Berufsfreiheit ein, dass sie sich nicht bereits durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigen lasse, sondern nur durch eine hinreichend gewichtige und greifbare Gefahr für Allgemeininteressen, die den konkreten gesetzlichen Eingriff in seiner Schwere und seinen Auswirkungen als verhältnismäßig erscheinen lässt. Wörtlich führt die Regelung aus:

*„Scheidet sonach ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl aus, läßt sich doch nicht verkennen, daß die Berufstätigkeit jedenfalls solcher Verleiher spürbar eingeschränkt wird, die vorrangig in das Baugewerbe verliehen hatten. Das Verbot ist zwar auch für diese als bloße Regelung der Berufsausübung zu beurteilen, kommt aber wegen seiner Auswirkungen einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahe; es kann demgemäß nicht mit jeder vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls, sondern nur mit solchen Allgemeininteressen gerechtfertigt werden, die so schwer wiegen, daß sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung der Verleiher verdienen.“<sup>36</sup>*

Diese Formulierung lässt erkennen, dass das BVerfG nicht starr auf den ursprünglichen Rechtfertigungsmaßstab für objektive Berufswahlregelungen abstellte – also den Maßstab der „nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“. Vielmehr ging es in der Entwicklung seiner

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (405 f.).

<sup>29</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (406).

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apotheken-Urteil), BVerfGE 7, 377 (408).

<sup>31</sup> Die Abkehr von der Drei-Stufen-Theorie vollzog sich dabei eher beiläufig. So spricht BVerfG, Beschl. v. 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93, BVerfGE 92, 140 (151) von Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Berufswahl und Berufsausübung, BVerfG, Beschl. v. 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, 172 (183) spricht von fließenden Übergängen.

<sup>32</sup> Auf diese Abgrenzungsschwierigkeiten weisen hin BVerfG, Beschl. v. 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93, BVerfGE 92, 140 (151) und BVerfG, Beschl. v. 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, 172 (183).

<sup>33</sup> BVerfG, Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30 (43); BVerfG, Urt. v. 03.11.1982 – 1 BvL 4/78, BVerfGE 61, 291 (311).

<sup>34</sup> BVerfGE 103, 172 (183) spricht von fließenden Übergängen.

<sup>35</sup> Kritischer mit Blick auf die Belange von allein in diesem Segment tätigen Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen bereits vor Entscheidung des BVerfG Becker, DB 1982, 2348 (2352 f.).

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (106).

Judikatur mehr und mehr zu einer variablen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung über, die den Rechtfertigungsmaßstab stets anhand der Schwere des jeweiligen gesetzlichen Eingriffs und seiner Auswirkungen bemisst.<sup>37</sup> Die Funktion der ursprünglichen Drei-Stufen-Theorie veränderte sich im Zuge dessen zu einer Orientierungshilfe.<sup>38</sup>

Demnach gilt: Bei Eingriffen, die nur die Qualität einer Berufsausübungsregelung erreichen, kann die Eingriffsintensität insbesondere dadurch gesteigert und folglich der Rechtfertigungsmaßstab dem bei Berufswahlregelungen angenähert sein, dass die Regelung wettbewerbsbeeinflussende Wirkung entfaltet. Dies hat das BVerfG etwa für den Fall der Nichtbestellung zum öffentlich bestellten Sachverständigen – bei im Übrigen unberührt bleibender Zulassung der Tätigkeit als Sachverständiger – bejaht:

*„Allerdings ist mit den Verwaltungsgerichten davon auszugehen, daß es nicht um eine Beschränkung der Berufswahl, sondern nur um eine Regelung der Berufsausübung geht. Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige unterscheiden sich von den übrigen Sachverständigen nicht durch die Zugehörigkeit zu einem eigenständigen Beruf, sondern nur durch die staatliche Feststellung ihrer Qualifikation als Sachverständige. Wird ein Sachverständiger öffentlich bestellt und vereidigt, so ändert sich das Bild seiner beruflichen Tätigkeit nicht. Auch in der sozialen Wirklichkeit treten öffentlich bestellte Sachverständige nicht als eigene Berufsgruppe in Erscheinung. Insoweit stimmen die Stellungnahmen der angehörten Berufsverbände und das Schrifttum überein.*

*Die Eingriffsintensität ist aber mit dieser Feststellung noch nicht hinreichend bestimmt. Beschränkungen der freien Berufsausübung sind in vielfältig abgestufter Weise denkbar. Sie können sogar Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl nahekommen (BVerfGE 33, 125 [161]; st. Rspr.). Aber auch wenn sie weniger weit gehen, ist zu berücksichtigen, wie sich die Belastungen und Beschränkungen auswirken, insbesondere wie stark die Verdienstmöglichkeiten und Wettbewerbschancen der Berufsangehörigen gemindert werden.*

*Bewertet man mit diesem Maßstab § 36 GewO in der Auslegung der angegriffenen Entscheidungen, so kann die freiheitsbeschränkende Wirkung der umstrittenen Berufsausübungsregelung nicht gering veranschlagt werden. Sie nähert sich zwar noch nicht einer Beschränkung der Berufswahl, weil sie der Ausübung des Sachverständigenberufs weder rechtlich noch wirtschaftlich die Grundlage entzieht; sie geht aber erheblich über eine wettbewerbsneutrale Ausübungsregelung hinaus.“<sup>39</sup>*

Nach dem Duktus dieser Entscheidung zeichnen sich Berufsausübungsregelungen – mit dem für sie geltenden großzügigen Rechtfertigungsmaßstab der vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls – idealtypisch insbesondere durch ihre Wettbewerbsneutralität aus, weil sie für alle betroffenen Unternehmen in vergleichbarer Weise gelten. Dabei kommt es nicht auf die potenziell theoretische Betroffenheit, also die abstrakt-generelle Wirkung an, die jeder Rechtsnorm innewohnt. Vielmehr muss die wettbewerbsbeeinflussende Wirkung der Regelung im konkreten Anwendungsfall in den Blick genommen werden. Auf diesen Aspekt wird im Rahmen der Untersuchung der Eingriffswirkung des Direktanstellungsgebots zurückzukommen sein (s. u. II. 1.2.a).

Doch zuvor ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit weiter zu konkretisieren. Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit schützt insbesondere die Organisationsfreiheit des Unternehmers.<sup>40</sup> Dies bezeichnet die freie Ent-

<sup>37</sup> In diesem Sinne auch die Deutung bei Sachs/Mann, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 137; Mann/Worthmann, JuS 2013, 385 [390]; von Münch/Kunig/Kämmerer, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 123. Unmittelbar auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rekurrieren etwa BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997 – 1 BvR 1864/94, 1102/95 [DDR-Hochschullehrer], BVerfGE 95, 193 [214], BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u. a., BVerfGE 121, 317 [346] und BVerfG, Beschl. v. 12.01.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121 Rn. 40; BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13, BVerfGE 148, 40 Rn. 48 ff.; BVerfG, Beschl. v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, BeckRS 2022, 10780 Rn. 202 ff.

<sup>38</sup> Auch in seiner jüngeren Rechtsprechung stellt das BVerfG gelegentlich Bezüge zur Drei-Stufen-Theorie her. So nimmt BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 u. a., BVerfGE 123, 186 [238] die Drei-Stufen-Theorie ausdrücklich in Bezug, während BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 [182] auf den Maßstab des vernünftigen Gemeinwohls zurückgreift.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 [38 f.).

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.01.2014 – 1 BvR 2998/11 u. a., BVerfGE 135, 90 Rn. 54 f.; BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, BVerfGE 161, 63 Rn. 51; BAG, Urt. v. 24.04.1997 – 2 AZR 352/96, BAGE 85, 358 [363]; Breuer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VIII, 2010, § 170 Rn. 88; Dreier/Wollenschläger, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 41; Ossensühl, AöR 115 [1990], 1 [16 ff.).

scheidung des Unternehmers über den Zuschnitt seines Unternehmens. Der Unternehmer darf also insbesondere eigenverantwortlich darüber bestimmen, welche Tätigkeiten in eigener unternehmerischer Verantwortung ausgeführt werden und welche Tätigkeiten in einem arbeitsteiligen Organisationsmodell anderen (Sub-)Unternehmen anvertraut werden sollen.<sup>41</sup> Die Organisationsfreiheit besitzt hohe Bedeutung und genießt großen Schutz, weil die Ausgestaltung der Organisation großen Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hat. Dementsprechend ist der Gesetzgeber bei der Regulierung der Berufstätigkeit insbesondere dazu verpflichtet, dem selbstbestimmten unternehmerischen Handeln ausreichend Raum zu lassen.<sup>42</sup>

Schließlich umfasst der einheitliche Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG auch die „negative“ Berufswahlentscheidung,<sup>44</sup> bestimmten Tätigkeiten nicht nachgehen zu wollen bzw. die beruflichen Tätigkeiten durch einen bestimmten Umfang sowie selbst definierte Grenzen zu beschränken.

### 1.1.a Doppelte Eingriffswirkung und Eingriffsrechtfertigung bei sektoralem Direktanstellungsgebot: Eingriff in die Berufsfreiheit der fremdvergebenden Unternehmen

Ein sektorales Verbot von Subunternehmerstrukturen durch ein „Direktanstellungsgebot“ greift in zweierlei Hinsicht in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein. Zunächst beschränkt es – auch unter Ausblendung der Besonderheiten der KEP-Branche – besonders intensiv die zentrale unternehmerische Entscheidung über Zuschnitt und Organisation der eigenen Berufsausübung der fremdvergebenden Unternehmen. In der unternehmerischen „Make or buy“-Entscheidung manifestiert sich die zentrale Entscheidung für die Reichweite der Nutzung eigener unternehmerischer Chancen und Tragung eigener unternehmerischer Risiken.

Zu Recht wird beim Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff im höchstpersönlichen Charakter der Leistungserbringung ein zentrales Argument für die Bejahung der persönlichen Abhängigkeit und somit der charakteristischen Schutzbedürftigkeit als Arbeitnehmer gesehen.<sup>45</sup> Die freie Organisationsentscheidung für eine arbeitsteilige Nutzung des Arbeitskräftepotenzials von Hilfspersonen ist dagegen eine wesentliche Manifestation fehlender persönlicher Abhängigkeit im Verhältnis zum eigenen Auftraggeber und somit geradezu ein Charakteristikum der Unternehmertätigkeit. Ob diese unternehmerische Organisation eines arbeitsteiligen Leistungserbringungsmodells durch Einbindung persönlich abhängiger Arbeit-

nehmer („make“) oder die Beauftragung selbstständiger Subunternehmer („buy“) geschieht, ist dabei in den allgemeinen Grenzen des staatlichen Arbeitsrechts Gegenstand freier unternehmerischer Organisationsentscheidung.

Als etablierte allgemeine Berufsausübungsregel formuliert § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB, dass die Entscheidung für die persönlich abhängige oder selbstständige Aufgabenerfüllung durch Hilfspersonen in dem Sinne limitiert ist, dass es zugunsten der Einordnung als Arbeitsverhältnis – mit entsprechendem arbeitsrechtlichem Schutz – entscheidend auf die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses ankommt: Sind die Merkmale „persönlicher Abhängigkeit“ gegeben, ist eine Durchführung als Arbeitsverhältnis zwingend geboten,<sup>46</sup> sind dagegen die Merkmale „persönlicher Abhängigkeit“ nicht gegeben, besteht Raum für die Vereinbarung eines selbstständigen Subunternehmerverhältnisses – i. d. R. in Gestalt eines freien Dienst- (§ 611 BGB) oder Werkvertrags (§ 631 BGB).

Raum für eine gesetzliche oder judikative Korrektur dieser privatautonomen Entscheidung ist nach der allgemeinen Berufsausübungsregelung des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB nur im Falle einer rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung, mithin in der Konstellation der

<sup>41</sup> Ossenbühl, AöR 115 (1990), 1 (17).

<sup>42</sup> Ossenbühl, AöR 115 (1990), 1 (16).

<sup>43</sup> Ossenbühl, AöR 115 (1990), 1 (17).

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, 358 (364); BVerfG, Beschl. v. 14.11.1984 – 1 BvR 14/82, 1 BvR 1642/82, BVerfGE 68, 256 (267); von Münch/Kunig/Kämmerer, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 50.

<sup>45</sup> BAG, Urt. v. 16.07.1997 – 5 AZR 312/96, AP BGB § 611 Zeitungsausträger Nr. 4; BAG, Urt. v. 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 111; BAG, Urt. v. 20.01.2010 – 5 AZR 99/09, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 119; MK-BGB/Spinner, 9. Aufl. 2023, § 611a Rn. 98.

<sup>46</sup> ErfK/Preis, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 25; Staudinger/Fischinger, 2022, § 611a Rn. 62.

Scheinselbstständigkeit, in der das Rechtsverhältnis als selbstständiges (Sub-)Unternehmerverhältnis deklariert wird, obwohl die Merkmale eines in persönlicher Abhängigkeit vollzogenen Arbeitsverhältnisses erfüllt sind.<sup>47</sup> Die unternehmerische Organisationsentscheidung muss insofern die zwingende gesetzliche Statusvorgabe aus § 611a BGB beachten. Gleiches gilt über § 7 SGB IV für die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsfolgen persönlicher Abhängigkeit.<sup>48</sup>

Durchbricht nun eine sektorale gesetzliche Regelung diese Zuordnungssystematik, indem sie die Einbindung von Hilfspersonen in den Leistungserbringungsprozess unabhängig vom allgemein geforderten Vorliegen „persönlicher Abhängigkeit“ ausschließlich in Form persönlich abhängiger Arbeitsverhältnisse gestattet, liegt darin nicht nur eine nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung dieses Wirtschaftsbereichs gegenüber allen anderen (hierzu sogleich II. 2), sondern auch eine massive sektorale Beschränkung im Kern der ansonsten allgemein eröffneten unternehmerischen Organisationsfreiheit.

Ein sektorales Direktanstellungsgebot zerstört die grundrechtsgetragene und grundrechtlich gebotene Systematik der freien Entscheidung über Reichweite und Umfang (und damit das „Ob“) eigener unternehmerischer Tätigkeit, indem eine die gesamte Leistungserbringung umfassende Reichweite der unternehmerischen Risiko- und Chancenzugung gesetzlich definiert und vorgegeben wird. Die zentrale unternehmerische Entscheidung über den Zuschnitt der eigenen unternehmerischen Tätigkeit wird damit durch den Gesetzgeber vorgegeben; Raum für eine Grundrechtsbetätigung durch den Grundrechtsträger bleibt insofern nicht mehr. Ein – zugespitzt formuliert – fast planwirtschaftlich anmutendes Strukturierungs- und Organisationsprinzip tritt an die Stelle marktwirtschaftlich freier Selbstorganisation.

Die Implementierung eines Direktanstellungsgebots bzw. Subunternehmerverbots bewirkt eine deutliche

Koordinatenverschiebung im Verhältnis von staatlicher Regulierung und dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsraum. Die charakteristische Trennung zwischen der autonomen, grundrechtsgetragenen Entscheidung über Gegenstand und Zuschnitt der eigenen Unternehmer-tätigkeit einerseits und der (sozial)staatlichen Setzung eines Regelungsrahmens für unternehmerische Betätigung andererseits wird durchbrochen. Der Zuschnitt der Unternehmenstätigkeit wird selbst zum Gegenstand staatlicher Steuerung. Orientiert man sich – wie etwa durch die Bundesratsinitiative intendiert<sup>49</sup> – am Regelungsmodell des § 6a Abs. 2 GSA Fleisch, wird gesetzlich ein „Kerngeschäft“ definiert und die ausschließliche Beschäftigung eigener Arbeitskräfte im „Kerngeschäft“ vorgeschrieben. Bislang war es stets eine unternehmerische Gestaltungsaufgabe, das eigene „Kerngeschäft“ und damit den Gegenstand der eigenen Tätigkeit zu definieren. Mit derartigen Regelungen trifft im Grunde der Gesetzgeberselbst eine klassische, von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Entscheidung.<sup>50</sup>

Strukturierte Leistungsketten mit unternehmerisch gestalteter Arbeitsteilung haben seit jeher im Transportgewerbe besondere Relevanz: Dieses war immer so strukturiert, dass verschiedene Rechtssubjekte in der Kette tätig sind. 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 Ausnahme- 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.

Der Befund einer besonders hohen Eingriffsintensität und Rechtfertigungslast gilt umso mehr angesichts der erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen in der KEP-Branche: In Anbetracht der –

<sup>47</sup> Zu diesen Fällen *Becker*, DB 2015, 2267 ff.; *Bettinghausen/Wiemers*, BB 2020, 2356 ff.; *Göpfert/Stöckert*, NZA 2022, 1037 ff.; *Reiserer*, BB 2018, 1588 ff.; *Sittard/Mehrtens*, NZA-RR 2019, 457 ff.

<sup>48</sup> BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, BAGE 78, 343 (347); BAG, Urt. v. 22.04.1998 – 5 AZR 342/97, NZA 1998, 1336 (1339); BSG, Urt. v. 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 Rn. 19; BSG, Urt. v. 28.06.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 Rn. 12; BeckOGK/Zieglmeier, 2023, SGB IV § 7 Rn. 98.

<sup>49</sup> „Analog zum Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft“, so Einleitung BR-Drucks. 117/23.

<sup>50</sup> So bereits Stellungnahme Ausschussanhörung am 05.10.2020, Drucks. AuS 19(11)773, S. 3.

in die Betrachtung einzubeziehenden<sup>51</sup> – historischen Branchenentwicklung von monopolistischer Staatswirtschaft zu einem liberalisierten, wettbewerbsorientierten Branchenmodell sind entscheidend die strukturellen Vorteile zu berücksichtigen, die das nach wie vor dominierende frühere Monopolunternehmen auf seiner Seite hat: Die vorhandene Organisation in der Fläche ist ein klarer Strukturvorteil gegenüber den kleineren, erst spät in den Markt eingetretenen Wettbewerbsunternehmen. Ihnen den Aufbau einer wettbewerbsfähigen unternehmerischen Struktur unter Rückgriff auf Subunternehmer zu verbieten, führt zurück in eine monopolistische bzw. oligopolistische Marktsituation. Diese intensive wettbewerbsverzerrende Wirkung erhöht die Rechtfertigungslast beträchtlich.<sup>52</sup>

Entfällt infolge eines Subunternehmerverbots bzw. Direktanstellungsgebots die Möglichkeit einer arbeitsteiligen Leistungsorganisation unter Rückgriff auf selbstständige Erfüllungsgehilfen, ist es insbesondere auch vor dem Hintergrund der gegenwärtigen, von erheblichem Arbeitskräftemangel geprägten Arbeitsmarktsituation keineswegs ausgeschlossen, dass einzelne Unternehmen ihre Leistungen in der geografischen Breite des Landes nicht mehr mit der ihnen gesetzlich abverlangten Zuverlässigkeit (vgl. § 6 Abs. 3 Nr. 1 PostG) erbringen können und aus dem Markt ausscheiden müssen. Das Subunternehmerverbot hätte dann vollends eine faktisch prohibitive Wirkung und käme einem faktischen Berufsverbot sowie einer faktischen Wettbewerbsverhinderung nahe. Die Erfahrungen mit dem 2008 eingeführten Briefmindestlohn scheinen dies zu untermauern: Obwohl die Festlegung sektoraler Mindestlöhne mildere Eingriffswirkungen entfaltet als ein Direktanstellungsgebot, fand der aufkeimende Wettbewerb im Bereich der Briefdienstleistungen mit Einführung des Mindestlohns ein jähes Ende; funktionierenden Wettbewerb im Bereich der Briefdienstleistungen gibt es seither nicht.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich die Eingriffswirkungen im Falle eines Direktanstellungsgebots bzw. Subunternehmerverbots weitaus intensiver darstellen als bei einem bloßen sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung, wie es Gegenstand der Ent-

scheidung des BVerfG vom 06.10.1987<sup>53</sup> war. Hierbei ist der Zuschnitt der eigenen unternehmerischen Tätigkeit der Einsatzunternehmen, die Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigen, nicht unmittelbar betroffen: Mit dem Einsatz von Zeitarbeitskräften wird ein Mittelweg zwischen „make“ und „buy“ beschritten, indem die weisungsrechtliche Gestaltbarkeit des Leistungserbringungsprozesses beim Einsatzunternehmen verbleibt, zugleich aber das Einsatzunternehmen die Verantwortung als Vertragsarbeitgeber nicht vollumfänglich übernimmt, sondern sich den Einsatz von Fremdpersonal und die damit verbundene arbeitsrechtliche Risikoentlastung vom Verleihunternehmen erkaufte. Der Gestaltung liegt aber die unternehmerische Entscheidung zugrunde, den Leistungserbringungsprozess in eigener unternehmerischer Gestaltungsmacht durch weisungsabhängige Arbeitskräfte erledigen zu wollen. Dies unterscheidet den Vorgang massiv von einer echten, insbesondere werkvertraglichen Fremdvergabe einer Aufgabe an Nachunternehmer: Jene werden in eigener unternehmerischer Verantwortung mit echter unternehmerischer Gestaltungsmacht und unternehmerischer Chancen-Risiko-Struktur tätig.

In der Konstellation des Rückgriffs auf Zeitarbeitskräfte fehlt es mithin an einer klaren Begrenzungsentscheidung des Einsatzunternehmens hinsichtlich der Reichweite der eigenen unternehmerischen Tätigkeit und Verantwortung, da es durchaus den eigenen weisungsrechtlichen Organisationszugriff auch auf jene Bereiche haben will, die durch Zeitarbeitskräfte abgedeckt werden. Genau jene – im Kern der Unternehmerfreiheit liegende – Begrenzungs- und Zuschnittsentscheidung wird aber bei einer echten Fremdvergabe an Nachunternehmer getroffen; sie wird durch ein Direktanstellungsgebot gezielt rechtlich für unzulässig erklärt.

Eingriffswirkung und Rechtfertigungsmaßstab sind daher schon im Hinblick auf die den Leistungserbringungsprozess steuernden fremdvergebenden Unternehmen weitaus intensiver als im Falle eines sektoralen Verbots der Arbeitnehmerüberlassung, wie es Gegenstand der BVerfG-Entscheidung vom 06.10.1987<sup>54</sup> war.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 (38 f.), s. o. II. 1.1.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 (42, 44), s. o. II. 1.1.

<sup>53</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84.

Gleiches gilt für die betroffenen Nachunternehmen, denen bei einem branchenbezogenen Direktanstellungsgebot die Existenzgrundlage entzogen wird (s. u. II. 1.1.c). Bei einem sektoralen Arbeitnehmerüberlassungsverbot wird hingegen nach vertretbarer Einschätzung des BVerfG „lediglich“ eine Überlassungsmodalität ausgeschlossen, während die Überlassung in alle weiteren Branchen zulässig bleibt. Dies war damals für das BVerfG ein durchgreifender Aspekt für die Einordnung als Berufs-

### 1.1.b Rechtfertigungsmaßstab

Hinsichtlich der Eingriffsrechtfertigung könnte man bei oberflächlicher Betrachtung meinen, es handle sich um eine Berufsausübungsregelung, da nur eine Durchführungsmodalität der unternehmerischen Tätigkeit als KEP-Dienstleister betroffen scheint:<sup>55</sup> Es bleibt dem die Leistungserbringung veranlassenden und steuernden Unternehmen unbenommen, als KEP-Dienstleister tätig zu sein. Ihm wird gesetzlich zwingend „lediglich“ vorgegeben, dass die unternehmerische Tätigkeit ausschließlich unter Rückgriff auf eigene Arbeitnehmer, beschäftigt in persönlicher Abhängigkeit, vollzogen werden darf. Mitunter wird insinuiert, darin läge keine strukturell andere Beschränkung als in klassischen sozialstaatlichen Rahmenseetzungen des Unternehmerhandelns, etwa durch arbeitsvertragliche Schutznormen.

Dies greift bei weitem zu kurz: Wie bereits skizziert, betrifft und beschränkt ein Direktanstellungsgebot die unternehmerische Grundentscheidung über den Zuschnitt der eigenen unternehmerischen Tätigkeit, indem die Nutzung arbeitsteiligen Zusammenwirkens mit anderen Unternehmen ausgeschlossen wird. Betroffen ist – anders als bei einer klassischen Berufsausübungsregelung – nicht allein das „Wie“ der Ausübung eines frei gewählten und inhaltlich sowie räumlich selbst begrenzten Berufs. Vielmehr wird der inhaltliche und räumliche Umfang gesetzlich definiert und zwingend vorgegeben. Dies nähert sich der Entscheidung über das „Ob“ der unternehmerischen Tätigkeit zumindest stark an. Das Unternehmen wird mit gesetzlichem Zwang dazu veranlasst, sein eigenes unternehmerisches Handeln auf inhaltliche oder räumliche Aufgabenbereiche zu erstrecken, in denen das Unternehmen nicht aus freien

ausübungsregelung – freilich bereits verbunden mit gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen (s. o. II. 1.1). Schon aufgrund der genannten strukturellen Unterschiede lassen sich die Begründungsansätze und Argumentationen der seinerzeitigen Entscheidung jedoch nicht einfach auf den viel umfassenderen und intensiver wirkenden Eingriff durch ein branchenbezogenes Direktanstellungsgebot übertragen.

Stücken in dieser Weise tätig sein will. Damit wirkt das Direktanstellungsgebot unmittelbar auf die eigentlich autonome Festlegung der Reichweite und des Umfangs des eigenen Unternehmerhandelns ein.

Folglich unterscheidet es sich massiv von jeder klassischen arbeitsrechtlichen Berufsausübungsregelung – etwa Mindestlohn-, Arbeitszeit- oder Arbeitsschutzvorgaben –, die den inhaltlichen, zeitlichen und räumlichen Zuschnitt der unternehmerischen Tätigkeit der freien Entscheidung des Unternehmens überlässt und lediglich die Bedingungen ihrer Umsetzung definiert – und auch dies nur, sofern das Unternehmen für die Umsetzung aufgrund eigener unternehmerischer Entscheidung schutzbedürftige Arbeitnehmer einsetzt.

Angesichts der äußerst intensiven Einwirkung auf den Zuschnitt der unternehmerischen Tätigkeit und damit den Kern des Unternehmenskonzepts nähert sich die Eingriffswirkung nach hier vertretener Auffassung bereits einer (positiv und negativ wirkenden) objektiven Berufswahlregelung: Sie verunmöglicht den nach der Konzeption des Art. 12 Abs. 1 GG als autonom entworfenen Zuschnitt der Reichweite des eigenen unternehmerischen Handelns und erzwingt eine Ausdehnung auf inhaltliche bzw. räumliche Bereiche, in denen das Unternehmen selbst gar nicht unternehmerisch tätig sein will. Folgt man dieser Einordnung, wäre eine Eingriffsrechtfertigung im Grundsatz nur unter den strengen Voraussetzungen der „ersten Stufe“ denkbar, also bei „nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“.

<sup>55</sup> In diesem Sinne insbesondere *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 37.

Selbst wenn man dies anders sähe und den Charakter einer Berufsausübungsregelung bejahte, sind die Regelungswirkungen aus den dargestellten Gründen so intensiv, dass eine Eingriffsrechtfertigung nach dem neueren gleitenden Beurteilungssystem des BVerfG lediglich mit Annäherung an die erhöhten Verhältnismäßigkeitsanforderungen der „ersten Stufe“ in Betracht käme. Man müsste in Orientierung an der Rechtsprechung des BVerfG zum Arbeitnehmerüberlassungsverbot in der Bauwirtschaft<sup>56</sup> zumindest eine „hinreichend gewichtige und greifbare Gefahr für Allgemeininter-

essen“ voraussetzen, die den konkreten gesetzlichen Eingriff in seiner Schwere und seinen Auswirkungen als verhältnismäßig erscheinen lässt. Dabei sind auch mildere Regelungsalternativen, die zur Verwirklichung der betroffenen Allgemeininteressen in Betracht kommen, zu würdigen.

Ob diese Rechtfertigung in der vorliegenden Problemkonstellation gelingt, soll nachfolgend unter 1.2 ausführlich beleuchtet werden.

### 1.1.c Beschränkung der Berufsfreiheit der Subunternehmer

Der Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit hat aber noch eine zweite, vielleicht sogar klarere Facette: Es handelt sich im Gesamtbild um eine „doppelte“ Eingriffswirkung, indem ein Direktanstellungsgebot nicht nur massiv auf den Zuschnitt der Unternehmertätigkeit der fremdvergebenden Unternehmen (dazu o. II. 1.1.a und 1.1.b), sondern mindestens ebenso intensiv auf die unternehmerische Berufsfreiheit der betroffenen Nachunternehmer einwirkt: 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 rechtlich untersagt wird.

Viel spricht dafür, im Ausschluss dieses historisch gewachsenen Berufsbildes ein umfassendes Berufsverbot und damit die denkbar intensivste Variante einer objektiven Berufswahlregelung zu erkennen. Dafür spricht, dass die Leistungserbringung in realer eigener unternehmerischer Verantwortung und Organisationsfreiheit ggf. auch unter Einbindung eigener Beschäftigter oder eigener Subsubunternehmer qualitativ vollständig verschieden ist von der Tätigkeit als abhängig Beschäftigter ohne unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten und Chancen. Wer eigene Mitarbeiter einsetzen kann, selbst die Beschaffung und den Einsatz der sächlichen Betriebsmittel – Zustellfahrzeuge etc. – verantwortet und auf diese Weise durch effiziente Organisation und wirtschaftliches Geschick Einfluss auf den Unternehmensgewinn nehmen kann, geht einem Beruf nach,

der durch die skizzierten Umstände entscheidend geprägt ist. Er unterscheidet sich markant von der abhängigen Beschäftigung als Zusteller bei einem großen Branchenunternehmen.

Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Berufswahl-freiheit ist insbesondere auch ein Grundrecht der selbstverantwortlichen Existenzgestaltung, individuellen Persönlichkeitsbildung sowie sozialen Statusbestimmung des Einzelnen.<sup>57</sup> Gerade die freie Entscheidung für eine Tätigkeit in eigener unternehmerischer Freiheit und Verantwortung prägt den sozialen Status und die Bedingungen der beruflichen Existenz des Einzelnen.

Es ist unter den gegenwärtigen Arbeitsmarktbedingungen nicht plausibel, dass die Entscheidung, den Beruf eines selbstständigen Nachunternehmers in der KEP-Branche zu ergreifen, strukturell dadurch entwertet würde, dass die Betroffenen aus sozialen Gründen zur Aufnahme einer Tätigkeit als selbstständiger Kleinunternehmer in der KEP-Branche gezwungen sind. Dies könnte man nur erwägen, wenn es an Alternativen auf dem Arbeitsmarkt fehlte und an die Stelle der freien Berufswahlentscheidung eine durch soziale Not faktisch erzwungene – und folglich nur scheinbar freie – Entscheidung träte.

Angesichts des allgegenwärtigen Arbeitskräftemangels ist dies jedoch nicht erkennbar: Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch bei einem geringen individuellen Qualifikationsniveau regelmäßig Alternativen abhängiger

<sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (106), s. o. II. 1.1.

<sup>57</sup> So Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 101. EL Mai 2023, Art. 12 Rn. 20.

Beschäftigung zur Verfügung stehen, sodass die Entscheidung für eine Tätigkeit als selbstständiger Nachunternehmer in der KEP-Branche typischerweise als freiverantwortete Berufswahlentscheidung unter den Bedingungen realer Entscheidungsfreiheit einzuordnen ist.

Selbst wenn man indes die Einordnung als objektiv wirkendes Berufsverbot (und damit als objektive Berufswahlregelung) verneinte und den Standpunkt bezöge, auch für betroffene Subunternehmer werde lediglich eine Berufsausübungsmodalität vorgegeben (nämlich, dass die frei gewählte berufliche Tätigkeit als KEP-Dienstleister nur im Wege der Direktanstellung bei einem der dienstleistungsorganisierenden großen Branchenunternehmen ausgeübt werden darf), läge in dieser Vorgabe zumindest eine subjektive Berufswahlregelung: Bereits die Grundentscheidung für eine Berufsausübung

in einem Dienstleistungsberuf der KEP-Branche wird dann nämlich von dem subjektiven Umstand abhängig gemacht, zur Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit und zur Unterwerfung unter das arbeitsvertragstypische Weisungsrecht bereit zu sein. Diese Bereitschaft ist nicht als selbstverständlich vorauszusetzen, sondern kann im Einzelfall geradezu weltanschaulich-kulturelle Vorbehalte auslösen, die Betroffene von der Übernahme der Tätigkeit gänzlich abhalten. Letztlich sind die Rückwirkungen dieses mit einem branchenweiten Ausschluss selbstständiger Nachunternehmertätigkeiten einhergehenden „Weisungsunterwerfungszwangs“ auf den Persönlichkeits- und menschenwürdigen Kerngehalt des Art. 12 Abs. 1 GG<sup>58</sup> so intensiv, dass die Eingriffsqualität einer objektiven Berufswahlregelung zumindest derart nahekommt, dass auch insofern nur der strengste Rechtfertigungsmaßstab der „ersten Stufe“<sup>59</sup> angemessen scheint.

## 1.2 Rechtfertigung durch „nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“

Angesichts seiner dargelegten erheblichen und mehrdimensionalen Eingriffswirkung kann der mit einem Direktanstellungsgebot verbundene Eingriff nur durch „nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ gerechtfertigt werden. Wären solche Gefahren mit hinreichender Gewissheit<sup>60</sup> nachweisbar, müsste zudem noch die allgemeine Verhältnismäßigkeitsbindung Beachtung finden; es wäre demnach zu fragen, ob eine Zielerreichung auch durch mildere und zumindest gleich geeignete Mittel möglich ist.

Selbst bei Verneinung dieser Eingriffscharakteristik und einer Einordnung als Berufsausübungsregelung würde aus den unstreitig<sup>61</sup> intensiven Eingriffs- und Wettbewerbswirkungen ein strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab folgen; zu verlangen wären zumindest greifbare Gefahren für gewichtige Allgemeininteressen, die den Eingriff und seine Folgen, gemessen am legitimen Eingriffszweck, als geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen lassen.

### 1.2.a Prognosemaßstab

Hinsichtlich des Nachweises bzw. der Prognosesicherheit ist ein strenger Maßstab zugrunde zu legen: Bei Maßnahmen der hier in Rede stehenden Eingriffsqualität prüft das BVerfG intensiv und nicht allein auf gesetzgeberische Vertretbarkeit;<sup>62</sup> allerdings wird dem Gesetzgeber hinsichtlich Gefahrenlage und Wahrscheinlichkeit

des Schadenseintritts ein Einschätzungsspielraum eingeräumt.<sup>63</sup> Erleichterte Beurteilungsmaßstäbe („Verfolgung wichtiger Gemeinwohlbelange“) gelten aber letztlich nur im Sonderfall gesellschaftlich an sich unerwünschter Tätigkeiten wie beim Betrieb von Spielbanken;<sup>64</sup> davon kann hier jedoch keine Rede sein.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (397); Häberle, JZ 1984, 345 (348); MKS/Manssen, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 4: Grundrecht der Berufsfreiheit versteht sich als Garantie selbstverantwortlicher Existenzgestaltung, individueller Persönlichkeitsbildung sowie sozialer Statusbestimmung des Einzelnen.

<sup>59</sup> S. o. II. 1.1.

<sup>60</sup> Zum Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers sogleich unter II. 1.2.a.

<sup>61</sup> Dies konzedieren selbst Kärcher/Walser, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 62.

<sup>62</sup> Zutr. MKS/Manssen, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 148 m. w. N.

<sup>63</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.06.2010 – 1 BvR 2011/07 u. a., BVerfGE 126, 112 (145).

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.07.2000 – 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 197 (215).



## 1.2.b Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Realisierung hinreichend gewichtiger Eingriffszwecke?

Sind hinreichend konkrete Gefahren für hinreichend gewichtige Gemeinschaftsgüter oder Allgemeininteressen ersichtlich, die als legitime Eingriffszwecke für ein Nachunternehmerverbot bzw. Direktanstellungsgebot in Betracht kommen? In der Diskussion wird insofern auf folgende Aspekte verwiesen:

- Es sei ein „Anstieg des Paketaufkommens“ feststellbar, insbesondere durch die Zunahme des Onlinehandels und auch infolge der Covid-19-Pandemie.<sup>65</sup>
- Es bestehe „unter der Vielzahl von Paketdienstleistern (...) hoher Wettbewerbsdruck“, der im Bemühen um Kundengewinnung zu flexiblen und individualisierten Zustellkonzepten führe, ferner zu „digitaler Steuerung und Überwachung“. Dies führe zu „Arbeitsverdichtung und Leistungsdruck bei den Zustellerinnen und Zustellern“.<sup>66</sup> Allgemein wird auf zwar legale, aber „schlechte“ Arbeitsbedingungen verwiesen, insbesondere eine „hohe Arbeitsverdichtung, mit Leistungsvorgaben von zum Teil 250 bis 270 Paketen an einem Arbeitstag“.<sup>67</sup>
- Es wird auf fehlende Tarifbindung und Mitbestimmung bei Subunternehmerstrukturen verwiesen: Die Beschäftigung im Rahmen dieser Werkvertragskonstellationen wirke sich nachteilig auf die Arbeits- und Entgeltbedingungen der Paketzusteller aus, da in den Subunternehmen in aller Regel keine Tarifverträge Anwendung fänden und Betriebsräte selten seien.<sup>68</sup> In der Folge bleibe die Lohnentwicklung hinter der Gesamtwirtschaft zurück: Die Bruttogehälter von Paketlieferanten seien in den Jahren 2010 bis 2020 nur um 1,5 Prozent gestiegen.<sup>69</sup>
- Immer wieder werde über rechtswidrige Arbeitsbedingungen bei Subunternehmen der großen Paketdienstleister berichtet. Erhebungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit und von Beratungsstellen für Arbeitnehmerrechte würden die Existenz von Verstößen gegen die Verpflichtung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns sowie Aufzeichnungspflichten nach dem MiLoG beziehungsweise dem AEntG belegen. Ferner gebe es Fälle von Scheinselbstständigkeit. Mitunter würden notwendige Maßnahmen des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes missachtet, insbesondere werde über Arbeitszeitverstöße (überlange Arbeitszeiten und fehlende Pausen) berichtet.<sup>70</sup>
- Begünstigt würden Rechtsverstöße in Subunternehmer-Konstellationen dadurch, dass in vielen Fällen Drittstaatenangehörige mit unsicherem Aufenthaltsstatus, ohne anerkannte Ausbildung und mit geringen Deutschkenntnissen die Arbeit als Zustellerinnen und Zusteller ausübten.<sup>71</sup>
- Das 2019 geschaffene Gesetz zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz) habe bislang nicht zu mehr direkter Beschäftigung bei den großen Paketdienstleistern oder zu einem Rückgang der Werkverträge bei Subunternehmen geführt.<sup>72</sup>
- Ein Verbot von Werkverträgen in der Paketbranche würde die Verantwortung für die Einhaltung der arbeits- und arbeitsschutzrechtlichen Standards eindeutig den großen Dienstleistern zuweisen. Damit würde eine Analogie zur Fleischwirtschaft gezogen, wo der Gesetzgeber sich aufgrund ähnlicher Missstände veranlasst sah, Werkverträge beziehungsweise den Einsatz von Fremdpersonal im Kernbereich der Fleischwirtschaft zu untersagen.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 1.

<sup>66</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2.

<sup>67</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2.

<sup>68</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2.

<sup>69</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2, unter Verweis auf BT-Drucks. 20/299; diese Schätzung erscheint allerdings zu negativ; das Statistische Bundesamt geht davon aus, dass die Verdienste bei Post- und Paketdienstleistern zwischen 2011 und 2021 um sechs Prozent gestiegen sind ([https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/12/PD22\\_N070\\_13\\_62.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/12/PD22_N070_13_62.html)).

<sup>70</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2.

<sup>71</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 2.

<sup>72</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 3.

<sup>73</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 3.

Die aufgeführten Aspekte adressieren teilweise Probleme der Leistungserbringung in der KEP-Branche. Dies ist zu konzedieren. Der Gesetzgeber könnte hierauf zweifellos Gesetzgebungsinitiativen zur Verbesserung des arbeitschutzrechtlichen Rahmens in der KEP-Branche und zur Intensivierung der behördlichen Kontrolltätigkeit stützen.<sup>74</sup> Die aufgeführten Aspekte stellen aber keine hinreichenden Gründe dar, die einen Eingriff in die Berufsfreiheit mit der oben beschriebenen Intensität rechtfertigen könnten. Teilweise sind sie in sich inkonsistent, erreichen aber jedenfalls nicht die erforderliche Qualität einer „nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahr für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ – und nicht einmal einer Gefahr für hinlänglich gewichtige Allgemeininteressen. Im Einzelnen:

### **(1) Anstieg des Paketaufkommens**

Es ist nicht erkennbar, weshalb ein „Anstieg des Paketaufkommens“ für sich genommen lösungsbedürftige Probleme schafft, die durch ein Direktanstellungsgebot lösbar wären. Wenn der dahinterstehende Gedanke wäre, durch erzwungene Remonopolisierung der Branche deren Leistungen zu verteuern und dadurch mittelbar die Wettbewerbsfähigkeit des stationären Einzelhandels – der allerdings genauso wie der Onlinehandel auf KEP-Dienstleistungen angewiesen ist – zu steigern, ist schon die Legitimität und Legalität des Regelungsziels in Frage zu stellen. Jedenfalls wäre mit diesem politischen Steuerungsinteresse aber kein hinreichend gewichtiges Rechtsgut in den Blick genommen, das den scharfen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen könnte. Auch die Geeignetheit scheint fraglich, denn der stationäre Einzelhandel ist ebenso wie der Onlinehandel auf KEP-Dienstleistungen angewiesen. Es ist daher unsicher, ob durch eine Vertauung und Verknappung derartiger Dienste eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des stationären Einzelhandels überhaupt erreichbar wäre.

### **(2) Preis- und Wettbewerbsdruck**

Hoher Preis- und Wettbewerbsdruck bei den Branchenunternehmen sind strukturell kein Argument, das für eine

Remonopolisierung durch ein Direktanstellungsgebot und ein Verbot von Subunternehmerstrukturen spräche.

Erreichen der Preis- und Wettbewerbsdruck ein problematisches Ausmaß, deutet dies vielmehr darauf hin, 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.<sup>75</sup> Insofern wäre der zielgenaue Ansatz, dieses Regelungsziel durch einen Abbau wettbewerbsverzerrender Effekte zu verfolgen.

### **(3) Arbeitsverdichtung und Leistungsdruck**

Resultieren aus den Wettbewerbsbedingungen eine problematische Arbeitsverdichtung und ein problematischer Leistungsdruck bei den Zustellern, mag man dem durch arbeitschutzrechtliche Rechtssetzung und Kontrolle Rechnung tragen. In der Vermeidung von Arbeitsverdichtung und Leistungsdruck liegt jedoch – jedenfalls solange keine konkreten Gesundheitsgefahren dargetan sind – kein greifbares Gemeinschaftsgut oder Allgemeininteresse von eingriffslegitimierender Qualität.

Die Geeignetheit zur Zielerreichung ist nicht erkennbar: Denn dass in einem mono- oder oligopolistisch strukturierten Marktumfeld der Leistungsdruck der Zusteller automatisch abnehme, ist nicht wahrscheinlich. Es droht vielmehr der gegenteilige Effekt, dass die enormen Sendungsmengen in einer derart verengten Branchenlandschaft von den wenigen verbleibenden Großunternehmen nur dann bewältigt werden können, wenn den vorhandenen Mitarbeitern intensivste Leistungsanforderungen auferlegt werden.

Schließlich fehlt es an der Erforderlichkeit: Mit den skizzierten Instrumenten eines Abbaus marktverzerrender Effekte sowie ggf. Nachschärfungen im Bereich des Arbeits(schutz)rechts stehen zielgenaue, besser geeignete und in ihrer Eingriffswirkung weitaus mildere Möglichkeiten wettbewerbs- und arbeitsrechtlicher Rahmensetzung zur Verfügung.

<sup>74</sup> Zur fehlenden Erforderlichkeit des Direktanstellungsgebots siehe sogleich unter II. 1.2.b.

<sup>75</sup> Vgl. VG Köln, Urt. v. 17.08.2022 – 21 K 273/20, N&R 2022, 313.

#### (4) Lücken bei Tarifbindung und Mitbestimmung

Zu konstatieren sind in der Tat Lücken bei Tarifbindung und Mitbestimmung:

- In kleinteiligen Subunternehmerstrukturen werden mitunter Schwellenwerte nicht erreicht.
- Häufig führt auch das persönliche Miteinander in flachen Hierarchien dazu, dass das Bedürfnis, einen Betriebsrat zu wählen, bei den Beschäftigten gar nicht erst entsteht.
- Die Ansprache durch Gewerkschaften ist in dezentralen Strukturen faktisch schwieriger als in Großunternehmen.

Mit der Stärkung von Tarifbindung und Mitbestimmung sind in der Tat wichtige Gemeinschaftsgüter angesprochen. Allerdings scheint es insofern seinerseits systemfremd und verfassungswidrig, faktische Verbesserungen durch das brachiale Instrument einer gesetzlich erzwungenen Etablierung großer Unternehmensstrukturen anzustreben: Die Tarifautonomie ist durch Art. 9 Abs. 3 GG als ein im Grundsatz staatsfernes Selbstbestimmungssystem<sup>76</sup> konzipiert, bei dem der Staat keinen Beitritts- oder Tarifbindungszwang ausüben darf.<sup>77</sup> Er darf insofern lediglich verhältnismäßige Anreize setzen.<sup>78</sup>

Ein Extremfall von Tarifbindungszwang läge jedoch vor, wenn im Interesse einer Steigerung der Tarifbindung alle strukturell tarifbindungs- und mitbestimmungsfernen Kleinunternehmensstrukturen in der KEP-Branche schematisch verboten würden, um die faktischen Rahmenbedingungen für Tarifautonomie und Rahmensezung durch erzwungene Großstrukturen zu verbessern. Auf diese Wirkung läuft ein Direktanstellungsgebot in letzter Konsequenz hinaus.

Die Regelung wäre noch weitaus einschneidender als ein – evident verfassungswidriger<sup>79</sup> – Tarifzwang durch Verbot aller nicht tarifgebundenen Branchenunternehmen: Ein infolge seiner geringen Größe „tarifbindungsfernes“ Kleinunternehmen würde allein aufgrund dieses Umstandes mit einem Berufsverbot belegt und könnte dem nicht einmal durch Herstellung einer Tarifbindung entgehen. Insofern fehlt es im Hinblick auf das von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte „Fernbleiberecht“ bereits an der Verfassungskonformität des Regelungs(zwischen)ziels einer „Unterbindung kleiner Unternehmensstrukturen“ zur Verbesserung der Rahmenbedingungen von Tarifautonomie und Mitbestimmung.

#### (5) Kontrolldefizite

Dass Kontrolldefizite eine wettbewerbsverzerrende Berufsbeschränkung nicht legitimieren können, hat das BVerfG bereits entschieden.<sup>80</sup>

Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Baubranche der gesetzgeberischen Argumentation, das Verbot diene der Schaffung klarer Verantwortungsstrukturen, um Kontrolle und Überwachung rechtskonformen Verhaltens zu erleichtern, rechtfertigende Wirkung zugemessen:

*„Dagegen steht indes die nicht schlechthin als verfehlt einzustufende Erwartung des Gesetzgebers, das Verbot werde – zumindest im Baugewerbe – die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten der Behörden durch die klarere Struktur rechtlich zulässiger Gründe der Tätigkeit betriebsfremder Personen auf Baustellen verbessern und damit auch einem Ausweichen in die Illegalität Grenzen setzen. Es ist jedenfalls nicht unvertretbar anzunehmen, die illegale Arbeitnehmerüberlassung werde erschwert, wenn die Widerrechtlichkeit jeglicher Arbeitnehmerüberlassung feststehe.“<sup>81</sup>*

<sup>76</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.09.2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338 (1340); BVerfG, Beschl. v. 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09, NJW 2014, 1874 Rn. 23; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134 Rn. 19; Dreier/*Barczak*, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 85.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.07.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297 (302); Dreier/*Barczak*, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 93; Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 101. EL Mai 2023, Art. 9 Rn. 228.

<sup>78</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 66; BAG, Beschl. v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, BAGE 131, 277 Rn. 18.

<sup>79</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG; zum Schutz vor Beitrittszwang durch Anerkennung der „negativen Koalitionsfreiheit“ grundlegend BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 (367); hierzu auch BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/16 u. a., BVerfGE 146, 71 Rn. 130; Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 32; Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 101. EL Mai 2023, Art. 9 Rn. 226; ErfK/*Linsenmaier*, 23. Aufl. 2023, GG Art. 9 Rn. 32; Höpfer, *Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis*, 2015, S. 353 ff.

<sup>80</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 (42, 44).

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (108).

In einer späteren Entscheidung ist das BVerfG von diesem Gedankengang aber offenkundig abgerückt und hat in eindrucksvoller Klarheit zutreffend entschieden, dass das Interesse an einer leichteren staatlichen Überwachung Eingriffe in die Berufsfreiheit generell – unabhängig von ihrer konkreten Intensität, die hier aus den genannten Gründen sehr hoch zu veranschlagen ist (s. o. II. 1.1.a und 1.1.b) – nicht rechtfertigen kann, sofern eine wettbewerbsverzerrende Wirkung eintritt.<sup>82</sup> Das gilt bereits auf der Eingriffsstufe einer reinen Berufsausübungsregelung und muss erst recht für einen Eingriff der hier deutlich stärkeren Intensität gelten:

*„Beschränkungen der Berufsausübung müssen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert sein (BVerfGE 7, 377 [405 f.]; st. Rspr.). Da die Verweigerung der öffentlichen Bestellung als Sachverständiger wegen ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkung einen erheblichen Eingriff darstellt ..., genügen unbedeutende oder rein verwaltungstechnische Zwecke nicht. Das Regelungsziel muß vielmehr ebenfalls erhebliches Gewicht haben.*

*Die Vermeidung von Verwaltungskosten ist allein kein ausreichender Grund für Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach entschieden, daß es nach dem Grundgesetz unzulässig ist, Bürger lediglich im Interesse einer leichteren staatlichen Überwachung in der Freiheit der Berufswahl zu beschränken (vgl. BVerfGE 41, 378 [397]; 65, 116 [129]). Das gilt entsprechend für eine Beschränkung der Berufsausübung, die nur an objektive Merkmale geknüpft ist und wettbewerbsverzerrende Wirkung hat.“<sup>83</sup>*

Es ist demnach Aufgabe des Staates, die Handlungsfähigkeit der eigenen Behörden in einer Weise sicherzustellen, dass sie die Einhaltung des zwingenden öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmens wirksam überwachen und durchsetzen können. Bestehende Defizite in der Behördenausstattung müssen verwaltungsintern gelöst werden

und rechtfertigen keineswegs eine gesetzliche Erzwungung einfacher Branchenstrukturen im Interesse besserer Kontrolle: Die bloße Erleichterung staatlicher Kontrolle ist bereits kein rechtfertigungstaugliches Gemeinschaftsgut.

Im Übrigen sind auch die empirischen Unsicherheiten hinsichtlich der monierten Rechtsverstöße groß: Die jüngste Auswertung der Schwerpunktprüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) am 09.10.2023 deutet darauf hin, dass es zwar punktuell in der KEP-Branche zu Rechtsverstößen (insbesondere im Hinblick auf Scheinselbstständigkeit sowie Verstöße gegen Mindestlohn- und Arbeitszeitrecht) kommt, die große Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse in der Branche – und insbesondere auch bei kleinteilig segmentierten Nachunternehmerstrukturen – jedoch in rechtskonformer Weise durchgeführt wird. Darin scheint ein markanter Unterschied zur Fleischindustrie zu liegen.<sup>85</sup>

## **(6) Migrationshintergrund**

Dass es eine hohe Zahl von Unternehmern und Beschäftigten mit Migrationshintergrund in der Branche gibt, ist positives Zeichen einer großen Integrationsleistung der Branche und kann keineswegs als strukturelles Problem bewertet werden, das auch nur im Ansatz ein Direktanstellungsgebot legitimieren könnte.

## **(7) Keine umfassende Lösung durch das Paketboten-Schutz-Gesetz**

Wenn darauf verwiesen wird, dass zum 23.11.2019 geschaffene Gesetz zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz)<sup>86</sup> habe bislang nicht zu mehr direkter Beschäftigung bei den großen Paketdienstleistern oder zu einem Rückgang der Werkverträge bei Subunternehmen geführt,<sup>87</sup> ist darauf hinzuweisen, dass dies auch kein Regelungsziel dieser Gesetzgebung war.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 (42 ff.).

<sup>83</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 (42 ff.).

<sup>84</sup> Näher zu den Ergebnissen der jüngsten Schwerpunktprüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit: [https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekämpfung/2023/x67\\_sp\\_paket\\_kurierdienste\\_gzd.html](https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekämpfung/2023/x67_sp_paket_kurierdienste_gzd.html) (Abruf: 26.10.2023) sowie Stellungnahme des BIEK: <https://biek.de/presse/meldung/statement-schwerpunktpruefungen-des-zolls-in-der-paketbranche.html> (Abruf: 26.10.2023).

<sup>85</sup> Zur Situation in der Fleischbranche BT-Drucks. 19/25141, S. 2.

<sup>86</sup> BGBl. I 2019, S. 1602.

<sup>87</sup> BR-Drucks. 117/23, S. 3.

Erreicht wurde dagegen die angestrebte Verbesserung der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung der bei kleinen Nachunternehmern beschäftigten Arbeitnehmer. Das Paketboten-Schutz-Gesetz verhindert wirksam, dass die die Leistungserbringung steuernden und organisierenden Branchenunternehmen („Generalunternehmer“) sich ihrer sozialversicherungsrechtlichen Verantwortung durch Nutzung von Subunternehmerstrukturen bzw. Leistungsketten entledigen können: Sie bleiben für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen durch Subunternehmer (und ggf. deren Subsubunternehmer) verantwortlich, haften gegenüber den Sozialversicherungsträgern bei Rechtsverstößen und unterliegen daher höchst wirksamen Anreizen, auf die Erfüllung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten in der Leistungskette hinzuwirken.

Insbesondere liegt darin auch ein wichtiger Baustein zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. Insofern verfolgte das Paketboten-Schutz-Gesetz den überzeugenden Regelungsansatz, die marktorientiert gewachsenen Unternehmensstrukturen der Branche unangetastet zu lassen und zugleich innerhalb dieser freiheitlich gewachsenen Strukturen übergreifende unternehmerische Verantwortung für die Einhaltung des geltenden Rechts sicherzustellen. Darin liegt eine – verfassungskonforme<sup>88</sup> – Berufsausübungsregelung, die durch das Ziel einer Verbesserung der unternehmensübergreifenden Verantwortungsstruktur in Leistungsketten gerechtfertigt ist, ohne die Unternehmerfreiheit in ihrer Substanz zu treffen.

Dass dieses Schutzkonzept gescheitert wäre, ist weder empirisch belegt, noch gibt es dafür irgendwelche Anhaltspunkte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass infolge des Paketboten-Schutz-Gesetzes seit 2019 eine wirksame Anreizstruktur existiert, die die Wahrnehmung von Verantwortung für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Fläche wirksam sicherstellt. Das durch § 28f Abs. 1a Satz 2 SGB IV

angereizte Präqualifikationsverfahren führt zu strengen Kontrollmaßstäben bei der Auswahl von Nachunternehmern. Die Branche hat mit dem Präqualifikationsverfahren PQ KEP eine besonders strenge und aufwändige Prüfung etabliert, die bei einer erheblichen Zahl von Nachunternehmern bereits ein Ausscheiden aus dem Leistungserbringungsprozess bzw. die Herstellung rechtskonformer Zustände zur Folge hatte. Alle Unternehmen der Branche legen den damit vorgegebenen Standard bei der Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer zugrunde. Die im Kontext des Paketboten-Schutz-Gesetzes implementierten Verfahren erweisen sich somit als durchaus wirksam.

#### **(8) Vergleich zur Regelungssituation in der Fleischbranche**

Schon auf tatsächlicher Grundlage nicht überzeugen kann die gezogene Parallele zum fleischproduzierenden und -verarbeitenden Gewerbe: Dort waren Rechtsverstöße, soziale Probleme sowie gravierende Gesundheitsgefahren infolge problematischer Produktionsbedingungen weit klarer und greifbarer dokumentiert, als dies in der KEP-Branche je der Fall war.<sup>89</sup>

Selbst unter diesen höchst spezifischen Bedingungen in der Fleischwirtschaft konnte der massive Eingriff in die Berufsfreiheit durch ein Direktanstellungsgebot allein angesichts der extremen Gefahrenlage in den ersten beiden Covid-19-Wellen (vielleicht) gelingen, da die Produktionsverhältnisse plausibel als Quelle häufiger Infektionen identifiziert worden waren und ein in der Tat überragend wichtiges gesamtgesellschaftliches Interesse an der Pandemieeindämmung bestand. Auch in der Fleischbranche muss ein Direktanstellungsgebot aber auf eine derartige Extremkonstellation beschränkt bleiben. Mit dem Abflauen der pandemieinduzierten Gefahrenlage dürfte es auch in diesem Wirtschaftsbe- reich an einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für ein Direktanstellungsgebot fehlen.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Generell zur Generalunternehmerhaftung *Bayreuther*, NZA 2015, 961; *Pütz*, Die Auftraggeberhaftung auf den Mindestlohn, 2018, vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 20.03.2007 – 1 BvR 1047/05, BVerfGK 10, 450, zur Bürgenhaftung des Hauptunternehmers für Mindestlohnansprüche nach § 1a AEntG.

<sup>89</sup> Vgl. einerseits die Entwurfsbegründung zu § 6a GSA Fleisch (BT-Drucks. 19/25141, S. 2), andererseits die von *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 19 f., beschriebenen Missstände.

<sup>90</sup> S. bereits *Greiner*, Stellungnahme Ausschussanhörung am 05.10.2020, Drucks. AuS 19(11)773, S. 3 f.

### 1.2.c Zwischenergebnis: Direktanstellungsgebot ist unverhältnismäßig

Unabhängig von der exakten Einordnung in die – heute ohnehin stark relativierte – Stufensystematik von Art. 12 Abs. 1 GG sind nach dem Gesagten im Gesamtbild die Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Subunternehmerverbots bzw. Direktanstellungsgebots zur Realisierung hinreichend gewichtiger verfassungskonformer Regelungsziele zu verneinen. Im Hinblick auf die an sich als legitim anzuerkennenden Regelungsziele, nämlich:

- Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der KEP-Branche durch Sicherstellung eines angemessenen Lohnniveaus und Vermeidung von übermäßigen Belastungen,
- Behebung von Kontrolldefiziten durch verbesserte Kontrollmöglichkeiten in einheitlichen Branchenstrukturen sowie
- Verbesserung der Rahmenbedingungen für Tarifautonomie und Mitbestimmung,

fehlt es aus den oben ausführlich dargelegten Gründen teilweise bereits an hinreichendem verfassungsrechtlichem Gewicht des Regelungsziels für einen derart gravierenden Eingriff in die Berufsfreiheit, teilweise an Geeignetheit, jedenfalls aber an der Erforderlichkeit, da alle Ziele auch durch deutlich weniger eingriffsintensive und weitaus zielgenauere Mittel realisiert werden könnten.

Von den zur Rechtfertigung eines Direktanstellungsgebots in der KEP-Branche angeführten Aspekten hält angesichts der bestehenden Regelungsalternativen im Ergebnis kein einziger der Verhältnismäßigkeitsprüfung stand. Im Hinblick auf nahezu jeden Regelungszweck fehlt es spätestens an Erforderlichkeit. Das konzidiert im Ergebnis selbst das Gutachten *Kärcher/Walser*,<sup>91</sup> dort schrumpft die Verhältnismäßigkeitsprüfung letztlich auf den Aspekt der Verbesserung der staatlichen Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten zusammen, der nach obigen Ausführungen aus zutreffender Sicht des BVerfG gerade nicht ausreicht, um einen derart intensiven, stark wettbewerbsbeeinflussenden Eingriff in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen.

## 2 Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG

### 2.1 Gewährleistungsbereich

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Das BVerfG wendet in ständiger Rechtsprechung dabei umso strengere Maßstäbe an, je stärker die personale Betroffenheit durch eine Ungleichbehandlung ist;<sup>92</sup> insofern besteht eine Verbindungslinie zu den zugleich betroffenen Freiheitsrechten.

Durch ein sektorales Nachunternehmerverbot bzw. Direktanstellungsgebot erfolgt erkennbar eine Ungleichbehandlung der betroffenen Branche gegenüber den Branchen, für die kein vergleichbares Verbot bzw. Gebot besteht: Die arbeitsteilige Organisation von Leistungsketten ist hier nicht zulässig, in den nicht erfassten Branchen dagegen schon. Die Freiräume für die Betätigung der unternehmerischen Berufs- und Organisationsfreiheit werden deutlich enger gefasst als in anderen Branchen – und zwar sowohl im Hinblick auf die General- als auch die Nachunternehmer. Bei Letzteren ist der branchenbezogene Ausschluss der Freiheitsbetätigung sogar besonders markant (s. o. II. 1.2.c).

Zugleich erfolgt, wie bereits im Kontext des Art. 12 Abs. 1 GG dargestellt, eine deutliche Durchbrechung der allgemeinen Regel, dass die an sich privatautonome Entscheidung für den Einsatz selbstständiger Subunternehmer

<sup>91</sup> Vgl. *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 62 f.

<sup>92</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 u. a., BVerfGE 75, 108 (157); BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 Rn. 121 f.; BVerfG, Beschl. v. 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u. a., BVerfGE 162, 378 Rn. 156.

oder eigener Arbeitnehmer allein durch eine zwingende Rechtsmissbrauchskontrolle in Fällen der Scheinselbstständigkeit begrenzt ist und nur in den davon erfassten Fällen ein korrigierender staatlicher Eingriff erfolgt. Durch die Anordnung eines Direktanstellungsgebots wird ganz allgemein in der Branche eine Beschäftigung von Hilfspersonen im Status persönlich abhängiger Arbeitnehmer auch in jenen Fällen gesetzlich erzwungen, in denen an sich ein Tatbestand echter Selbstständigkeit gegeben ist. In dieser einzelfallunabhängigen Erzwingung der exklusiven Beschäftigung von Hilfspersonen als Arbeitnehmer liegt eine deutliche Abweichung von der skizzierten Grundregel des § 611a BGB, insbesondere von § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB: Der individuelle Rechtsmissbrauchstatbestand (Scheinselbstständigkeit), der in allen anderen Wirtschaftsbereichen zur Voraussetzung eines derartigen – dort einzelfallbezogenen – Korrekturereingriffs gemacht würde, wird hier gewissermaßen durch einen umfassenden branchenweiten Missbrauchsvorwurf ersetzt.

Der stark personale Charakter dieser Freiheitsverengung wurde bereits im Kontext des Art. 12 Abs. 1 GG dargelegt (s. o. II. 1.1.a); er tritt im Hinblick auf die Berufsfreiheit der als Personenunternehmer tätigen Nachunternehmer besonders markant hervor (s. o. II. 1.1.c), gilt aber auch für deren Arbeitnehmer, denen durch ein Direktanstellungsgebot die gewünschte Möglichkeit der Tätigkeit in kleinen, mitunter familiär geprägten Strukturen<sup>93</sup> genommen wird, und für die fremdvergebenden Unternehmen. Insofern ist von einer an strengen Rechtfertigungsmaßstäben zu messenden personal wirkenden Ungleichbehandlung auszugehen.

Ob die als Regelungsmotive vorgebrachten Gründe (s. o. II. 1.2.b) ausreichen, um diese intensive personale Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, scheint zweifelhaft. Hierfür müssten tatsächliche Unterschiede der KEP-Branche zu konstatieren sein, die sie in einer derart deutlichen Weise von allen anderen Tätigkeitsbereichen unterscheiden, dass sie die „herausgreifende“ Anordnung eines Direktanstellungsgebots – bei gebotener Anerkennung eines gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums – gerechtfertigt erscheinen lassen.

Dies ist nicht der Fall: Belastende, anstrengende Arbeitsbedingungen, Preis- und Wettbewerbsdruck, schwache Tarifbindung und schwache Mitbestimmung in kleinunternehmerischen Strukturen sowie Kontrolldefizite hinsichtlich der Einhaltung des geltenden Rechts gibt es auch in anderen Branchen, etwa in der Gastronomie, in der Landwirtschaft und im Einzelhandel. Hier hat die Politik bislang deutlich zielgenauere Regelungsansätze verfolgt, etwa die Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder verwandte Instrumente. Insofern ergibt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG eine Parallelbetrachtung zur Rechtfertigungsebene bei Art. 12 Abs. 1 GG (s. o. II. 1.2.b): Dass allein zusätzliche Kontrollschwierigkeiten, die durch den „mobilen“ Charakter der Leistungserbringung in der KEP-Branche eintreten, die herausgreifende Anordnung eines sektoralen Direktanstellungsgebots mit all seinen intensiven freiheitsbeschränkenden Wirkungen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen können, scheint ausgesprochen zweifelhaft und wäre im Hinblick auf die Positionierung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG wertungswidersprüchlich.

Auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unterscheidet sich die Situation markant von der Situation in der Fleischindustrie im Kontext der ersten Covid-19-Welle, als Hygiene- und Arbeitsschutzdefizite erkennbar das Infektionsgeschehen in den Betrieben der Fleischindustrie befeuerten. In jener Sondersituation waren wohl objektiv hinreichende Gründe gegeben, sektorale Verschärfungen von Arbeitsschutzregeln zu statuieren. Schon seinerzeit wurde allerdings darauf hingewiesen, dass zum einen mit der Anordnung eines Direktanstellungsgebots ein untaugliches, nicht zielgenau wirkendes und unverhältnismäßiges Mittel gewählt worden war und zum anderen ein über die zeitlich begrenzte, besondere sektorale Gefährdungslage fortbestehendes Direktanstellungsgebot nicht legitimierbar ist.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Darauf – wengleich mit erkennbaren Vorbehalten – verweisend auch *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 15.

<sup>94</sup> Stellungnahme *Greiner*, Stellungnahme Ausschussanhörung am 05.10.2020, Drucks. AuS 19[11]773, S. 3 ff.

Erst recht dürfte eine „herausgreifende“ Regelung eines Direktanstellungsgebots für die KEP-Branche mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen sein. Käme der Gesetzgeber zu der Einschätzung, dass die zur Begründung angeführten Regelungsmotive – also belastende, anstrengende Arbeitsbedingungen, Preis- und Wettbewerbsdruck, schwache Tarifbindung und schwache Mitbestimmung in kleinunternehmerischen Strukturen sowie Kontrolldefizite hinsichtlich der Einhaltung des geltenden Rechts – die Anordnung eines Direktanstellungsgebots erfordern, läge mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz zumindest die flächendeckende Ausdehnung auf alle stark von menschlicher Arbeit geprägten Wirtschaftsbereiche nahe. Damit würden sich freilich die freiheitsrechtlichen Eingriffswirkungen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG durch die Eingriffsbreite massiv verstärken: Was gleichheitsrechtlich gewonnen wäre, würde freiheitsrechtlich allzu teuer erkaufte.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Direktanstellungsgebot auch eine Form von Protektionismus darstellt (s. o. I.). Das BVerfG hat bereits entschieden, dass eine protektionistische (Steuer-)Gesetzgebung, die bestimmte Organisationsformen (dort: Zweigstellen, hier: Nachunternehmerstrukturen) benachteiligt, um bestimmte Branchenunternehmen zu schützen, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.<sup>95</sup>

## 2.2 Zwischenergebnis

Insgesamt ist festzuhalten, dass eine „herausgreifende“ Anordnung von Direktanstellungsgeboten für einzelne Branchen ignoriert, dass es im Kern um die übergreifende Thematik der Legitimität und des Missbrauchs von Subunternehmerverhältnissen geht, die sich branchenübergreifend in gleicher Weise stellt. Mit einem branchenbezogenen Regelungsansatz wird das wesentlich Gleiche ungleich behandelt. Gerade angesichts der freiheitsrechtlichen Eingriffsintensität, die im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG erörtert wurde, ist die Rechtfertigungslast für eine solche „herausgreifende“ Regelung ausgesprochen hoch. Sie mag da gelingen, wo tatsächlich nachweisliche oder höchst wahrscheinliche 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 aus den zu Art. 12 Abs. 1 GG ausführlich erörterten Gründen nicht der Fall. Insofern stehen freiheits- und gleichheitsrechtliche Betrachtung miteinander im Einklang.

---

<sup>95</sup> BVerfG, Urt. v. 13.07.1965 – 1 BvR 771/59, BVerfGE 19, 101 (114 ff.).





# UNIONSRECHTSKONFORMITÄT EINES SEKTORALEN GESETZLICHEN VERBOTS VON WERKVERTRAGLICHEN SUBUNTERNEHMERSTRUKTUREN

## 1 Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie (RL 2008/104/EG)

### 1.1 Berührungspunkte des Direktanstellungsgebots mit der Richtlinie

Zusätzlich zur verfassungsrechtlichen Perspektive stellt sich aufgrund der hohen unionsrechtlichen Regulierungsdichte des Arbeitsrechts die Frage, ob das geplante Direktanstellungsgebot mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Zweifel hieran weckt zunächst die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie (RL 2008/104/EG).<sup>96</sup> Schließlich führt das Direktanstellungsgebot unter anderem zu einem sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der Zeitarbeit. Zwar ist die Bedeutung der Zeitarbeit in der KEP-Branche weitaus geringer als die Einbindung echter Subunternehmer mit eigenen Mitarbeitern in den Vorgang der Leistungserbringung. Dennoch soll die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie hier den Ausgangspunkt bilden, da es zu diesem Themenkreis bereits klare Stellungnahmen in der EuGH-Rechtsprechung und im unionsrechtlichen Schrifttum gibt. Von diesen – bereits stärker ausgeleuchteten – Fragen kann vielfach ein Erst-recht-Schluss auf die Regelungssituation bei echten Subunternehmerverhältnissen und einer daraus resultierenden Betroffenheit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG (s. u. III. 2) gezogen werden.

Die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie RL 2008/104/EG konkretisiert die primärrechtliche Garantie der Dienstleistungsfreiheit, betrachtet die Zeitarbeit also als Ausprägung hiervon geschützter Dienstleistungen.<sup>97</sup>

Bislang existiert keine Rechtsprechung des EuGH, die sektorale Verbote der Zeitarbeit anhand der Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie überprüft. Der EuGH hat sich zwar bereits 2001 mit dem Verbot der Zeitarbeit in der Baubranche (§ 1b AÜG) auseinandergesetzt, allerdings geschah dies unmittelbar am Maßstab der Dienst- und der Niederlassungsfreiheit, da die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie noch nicht in Kraft getreten war.<sup>98</sup> Allerdings zwingen die Gewährleistungen der Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie ähnlich den Grundfreiheiten zu einer Verhältnismäßigkeitskontrolle. Daher bietet die genannte Entscheidung auch heute noch eine Orientierungshilfe bei der Beurteilung von Direktanstellungsgeboten.

### 1.2 Vereinbarkeit der Regelung mit dem Regelungskonzept der RL 2008/104/EG

Ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie ergibt sich nicht bereits daraus, dass ein sektorales Verbot weit über das Arbeitnehmerschutzniveau der Richtlinie hinausgeht. Die Richtlinie statuiert ausweislich ihres Erwägungsgrunds 23 lediglich einheitliche Mindeststandards für die Beschäftigung von Zeitarbeitnehmern. Dementsprechend ist die Richtlinie gemäß ihrem Art. 9 Abs. 1 nicht voll-, sondern mindestharmonisierend.<sup>99</sup> Deshalb dürfen die Mitgliedstaaten Regelungen einführen, die über das Arbeitnehmerschutzniveau der Richtlinie hinausgehen.

<sup>96</sup> ABl. L 327 vom 05.12.2008, S. 9.

<sup>97</sup> EuGH, Urt. v. 20.11.2014 – C-533/13, Rn. 94 ff., BeckRS 2014, 82404; Schlussantrag des GA Szpunar, 20.11.2014 – C-533/13, Rn. 139 – AKT, BeckRS 2014, 82404.

<sup>98</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163.

<sup>99</sup> Schlussantrag des GA Saugmandsgaard Øe, 06.07.2016 – C-216/15, Rn. 44, BeckRS 2016, 81443; Hamann/Klengel, EuZA 2017, 194 [200].

## 1.3 Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG

### 1.3.a Aussagegehalt des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Regelung mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG vereinbar ist. Diese Bestimmung stellt Beschränkungen des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern unter einen Rechtfertigungsvorbehalt. Diese sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG soll die Zeitarbeit als flexible Arbeitsform fördern und zur Schaffung von Arbeitsplätzen sowie zur Wiedereingliederung von Arbeitnehmern in den Arbeitsmarkt beitragen.<sup>100</sup> Hierin kommt zum Ausdruck, dass die Richtlinie den im deutschen Schrifttum teilweise ausgesprochen kritischen Blick auf Zeitarbeit als vermeintlich „prekäre“ Beschäftigungsform<sup>101</sup> nicht teilt; vielmehr begreift sie sie als sinnvolle alternative Beschäftigungsmöglichkeit, in der berechnete Unternehmerinteressen zum Ausdruck kommen.

Diese Zweckrichtung und der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG legen die Annahme nahe, dass die Vorschrift Schutz vor einer Überregulierung der Arbeitnehmerüberlassung vermittelt. Zweifel an der Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG weckte indes die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache AKT. Dort vertrat der EuGH die Auffassung, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG lediglich um eine Verfahrensregelung handelt, die den mitgliedstaatlichen Behörden auferlegt, ihre jeweiligen Regulierungen der Arbeitnehmerüberlassung anhand des aufgezeigten Maßstabs zu überprüfen. Sie verpflichte die Gerichte hingegen nicht dazu, Normen unangewendet zu lassen, die gegen den Maßstab des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG verstoßen.<sup>102</sup>

Diese Aussagen waren überraschend, da der EuGH seit der Entscheidung *Costa/ENEL* in st. Rspr. davon ausgeht, dass Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht besitzt. In der Konsequenz darf unionsrechtswidriges Recht durch die nationalen Gerichte grds. nicht angewandt werden.<sup>103</sup> Die Frage, wie sich die AKT-Entscheidung hierzu verhielt, beantwortete das nationale juristische Schrifttum überwiegend dahingehend, dass dem Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG kein eigenständiger materiellrechtlicher Gehalt zukommt, der Anwendungsvorrang beanspruchen könnte.<sup>104</sup>

Der Standpunkt des EuGH erfuhr erhebliche Kritik aus dem juristischen Schrifttum, da die Verneinung materiellrechtlicher Wirkungen den Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG weitgehend funktionslos gemacht hätte.<sup>105</sup> Diese Kritik dürfte dazu beigetragen haben, dass der EuGH in einer späteren Entscheidung seine Auffassung neu formulierte und den Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG ausdrücklich als Maßstab zur inhaltlichen Beurteilung von Beschränkungen der Freiheit zur Vereinbarung von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen anerkannte.<sup>106</sup> Hieraus folgt, dass Gesetze, die die Freiheit der Arbeitnehmerüberlassung einschränken, den Anforderungen des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG genügen müssen;<sup>107</sup> andernfalls droht der Bundesrepublik ein Vertragsverletzungsverfahren Art. 258 f. AEUV, ähnlich wie es wegen der Unionsrechtswidrigkeit des § 1b AÜG a. F. geführt wurde.<sup>108</sup>

<sup>100</sup> Schlussantrag des GA Szpunar, 20.11.2014 – C-533/13, Rn. 88 – AKT, BeckRS 2014, 82404.

<sup>101</sup> *Deinert*, RdA 2014, 65 ff.; *Kärcher/Walser*,

Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 67.

<sup>102</sup> EuGH, Urt. v. 17.03.2015 – C-533/13, Rn. 24–32 – AKT, NZA 2015, 423.

<sup>103</sup> Grdl. EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – C-6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251 [1269].

<sup>104</sup> *Albers*, ZESAR 2015, 347 [349]; *Franzen*, EuZA 2015, 445 [472]; *Franzen/Gallner/Oetker/Kolbe*, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 4 Rn. 3.

<sup>105</sup> *Franzen*, EuZA 2015, 445 [472 f.]; *Franzen/Gallner/Oetker/Kolbe*, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 4 Rn. 3; *Preis/Sagan/Sansone*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 12.40; *Riesenhuber/Rebhahn/Franzen*, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 29; *Sittard/v. Houf*, EuZW 2015, 385 [387]; *Stiebert* NJW 2015, 1234 [1235]; *Temming*, jurisPR-ArbR 25/2015, Anm. 1; auch GA Szpunar hatte in seinen Schlussanträgen [BeckRS 2014, 82404 Rn. 22 ff.] die gegenteilige Auffassung vertreten.

<sup>106</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2020 – C-681/18, Rn. 44 – *JH/KG*, NZA 2020, 1463.

<sup>107</sup> *NK-GesArbR/Ulrici*, 2. Aufl. 2022, AÜG § 1b Rn. 4; *Ulrici*, AÜG, 2017, § 1b Rn. 5; a. A. *Franzen/Gallner/Oetker/Kolbe*, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 4 Rn. 3.

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99 – *Kommission/Deutschland*, Slg. 2001 I-8163.

### 1.3.b Schutz eines Allgemeininteresses

Daher ist zu prüfen, ob ein Direktanstellungsgebot in der KEP-Branche durch Anforderungen des Allgemeininteresses zu rechtfertigen ist. Als solche nennt Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG insbesondere den Schutz der Zeitarbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarkts zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhindern.

Der Entwurf des neuen Direktanstellungsgebots gibt als wesentlichen Zweck den Schutz der Beschäftigten durch

Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen, durch Schaffung klarer Verantwortlichkeiten und durch Bekämpfung illegaler Beschäftigungen an.<sup>109</sup> Ähnliche Ziele formulierte der Gesetzgeber für die ähnlichen Regelungen in § 1b AÜG<sup>110</sup> und § 6a GSA Fleisch.<sup>111</sup> Als sich der EuGH mit § 1b AÜG auseinandergesetzt hatte, hatte er diese Zielsetzung als legitim anerkannt. Insbesondere sah er die Gewährleistung effektiver Kontrollen als Bestandteil des Arbeitnehmerschutzes an.<sup>112</sup> Daher verfolgt der Entwurf mit dem Arbeitnehmerschutz ein Ziel, das mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG in Einklang steht.

### 1.3.c Verhältnismäßigkeit

#### (1) Vergleich der Prüfungsmaßstäbe von EuGH und BVerfG

Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG fordert weiterhin, dass die Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht.<sup>113</sup> Hierzu muss sie insbesondere den Anforderungen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit genügen.<sup>114</sup> Die Geeignetheit setzt voraus, dass die Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, ihr Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.<sup>115</sup> Erforderlich ist eine Maßnahme, deren Ziel nicht mithilfe eines mildereren, gleichermaßen geeigneten Mittels erreicht werden kann.<sup>116</sup>

Beide Kriterien ähneln den korrespondierenden Merkmalen des deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzips (s. hierzu o. II. 1.1 und II. 1.2). Allerdings handhabt der

EuGH beide Kriterien tendenziell restriktiver als das BVerfG. Während das BVerfG insbesondere im Zusammenhang mit Art. 12 GG regelmäßig den großen gesetzgeberischen Spielraum betont (hierzu o. II. 1.2.a),<sup>117</sup> fordert der EuGH von den nationalen Gesetzgebern ein, ausführlich und plausibel darzulegen und nachzuweisen, warum es der jeweiligen Beeinträchtigung unionsrechtlich zugesicherter Rechte in der jeweiligen Form bedarf.<sup>118</sup>

#### (2) Entscheidungen von EuGH und BVerfG zu § 1b AÜG a. F.

Die unterschiedliche Handhabung beider Maßstäbe lässt sich anhand der Spruchpraxis zu § 1b AÜG a. F. veranschaulichen. Die damalige Regelung lautete wie folgt:

<sup>109</sup> Kärcher/Walser, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, 2023, S. 67.

<sup>110</sup> BT-Drucks. 9/846, S. 35.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 19/21978, S. 38.

<sup>112</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99, Rn. 20 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163.

<sup>113</sup> Schlussantrag des GA Szpunar, 20.11.2014 – C-533/13, Rn. 125 – AKT, BeckRS 2014, 82404; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, § 21 Rn. 11.

<sup>114</sup> Die Angemessenheitskontrolle implementiert der EuGH regelmäßig in die Erforderlichkeitskontrolle, weshalb sie sich bislang nicht als eigenständiger Prüfungsschritt etabliert hat; eingehend zu den strukturellen Unterschieden der Verhältnismäßigkeitskontrollen von EuGH und BVerfG Tischbrek, Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017, S. 97–100.

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 10.03.2009 – C-169/07, Rn. 55 – Hartlauer, EuZW 2009, 298; EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-168/14, Rn. 76 – Grupo Itevelesa, NVwZ 2016, 218; EuGH, Beschl. v. 30.06.2016 – C-634/15, Rn. 27 – Sokoll-Seebacher und Naderhirm, BeckRS 2016, 81460; EuGH, Urt. v. 11.07.2019 – C-716/17 (A), Rn. 24, EuZW 2019, 703.

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 10.12.2002 – C-491/01, Rn. 122 – British American Tobacco (Investments) Ltd, BB 2003, 220; EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C 358/14, Rn. 78 – Polen/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, EuZW 2016, 582; EuGH, Urt. v. 30.01.2019 – C-220/17, Rn. 51 – Planta Tabak-Manufaktur, EuZW 2019, 256.

<sup>117</sup> Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 16.03.1971 – 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292 [317]; BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 [106].

<sup>118</sup> Exemplarisch EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99, Rn. 23 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163; zu diesem Beispiel sogleich unter III. 1.3.c (2).

„§ 1b Einschränkungen im Baugewerbe

*Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. Sie ist zwischen Betrieben des Baugewerbes gestattet, wenn diese Betriebe von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden.“*

Der deutsche Gesetzgeber rechtfertigte diese Regelung, die auf einen Ausschluss ausländischer Bauunternehmen von in Deutschland gebildeten oder zu bildenden Arbeitsgemeinschaften hinauslief, vor beiden Gerichten damit, dass der Schutz der Arbeitnehmer vor Missbräuchen diesen Ausschluss notwendig mache.<sup>119</sup>

Das BVerfG hielt diese Regelung unter Verweis auf den großen gesetzgeberischen Prognosespielraum im Ergebnis für verfassungskonform; der Gesetzgeber habe die Berufsfreiheit der Unternehmer und den Arbeitnehmerschutz gegeneinander abgewogen und ein Ergebnis erzielt, das jedenfalls vertretbar sei.<sup>120</sup>

Anders urteilte hingegen der EuGH. Er stellte mit knapper Begründung fest:

*„Es ist nämlich nicht nachgewiesen, dass dieses Erfordernis, das unterschiedslos jedes Unternehmen erfüllen muss, das einer Arbeitsgemeinschaft oder anderen Bauunternehmen Arbeitnehmer überlassen möchte, an sich notwendig ist, um das Ziel des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des Baugewerbes zu erreichen.“<sup>121</sup>*

Bereits in der Wortwahl des EuGH kommt zum Ausdruck, dass der EuGH den skizzierten Kontrollmaßstab enger interpretiert und vor allem auf Tatsachenebene stren-

ger kontrolliert. Während das BVerfG die Gewichtung der durch den Eingriff berührten Interessen weitgehend dem Ermessen des Gesetzgebers anvertraute, forderte der EuGH einen Nachweis der Notwendigkeit der Grundfreiheitsverkürzung. Mit einer pauschalen Behauptung von Schutzdefiziten lässt sich die Verkürzung unionsrechtlich garantierter Rechte also nicht rechtfertigen. In diesem Sinne führte der EuGH kürzlich aus:

*„Unbeschadet dessen ist darauf hinzuweisen, dass ein genereller Betrugsverdacht eine Maßnahme, die die Ziele des AEU-Vertrags beeinträchtigt, nicht rechtfertigen kann.“<sup>122</sup>*

Damit eine Regelung, die unionsrechtlich garantierte Rechte verkürzt, der Verhältnismäßigkeitskontrolle des EuGH standhalten kann, bedarf es also einer präzisen und fundierten Darlegung, welche konkreten und nicht länger tragbaren Nachteile durch die Regelung abgewendet werden sollen.

Kein ausreichender Nachteil bestünde jedenfalls in der Feststellung von Kontrolldefiziten. Der EuGH hat im Zusammenhang mit § 1b AÜG a. F. ausgeführt, dass Erwägungen rein administrativer Art die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (bzw. ihrer sekundärrechtlichen Konkretisierungen) nicht rechtfertigen können.<sup>123</sup> Hierbei war sich der EuGH bewusst, dass die Baubranche durch besondere Rahmenbedingungen gekennzeichnet ist, die eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können.<sup>124</sup> Doch dies befreite den nationalen Gesetzgeber nicht von seiner Obliegenheit, detailliert darzulegen, welche konkrete Gefährdungslage ihn dazu veranlasst hat, ein unionsrechtlich garantiertes Recht zu beschneiden, und warum seine Maßnahme zur Abwehr dieser Gefährdungslage unerlässlich ist.

<sup>119</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99, Rn. 13 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163; BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (88).

<sup>120</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (111–113).

<sup>121</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99, Rn. 23 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163.

<sup>122</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2012 – C-577/10, Rn. 53 – Kommission/Belgien, EuZW 2013, 234; ebenso EuGH, Urt. v. 15.06.2006 – C-255/04, Rn. 52 – Kommission/Frankreich, Slg. 2006 I-5254; EuGH, Urt. v. 09.11.2006 – C-433/04, Rn. 35 – Kommission/Belgien, Slg. 2006 I-10667.

<sup>123</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99, Rn. 21 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163.

<sup>124</sup> EuGH, Urt. v. 28.03.1996 – C-272/94, Rn. 16 – Guiot, EuZW 1996, 399; EuGH, Urt. v. 23.11.1990 – C-369/96 u. a., Rn. 36 – Arblade, Slg. 1999 I-8453.

### (3) Einschätzungen des deutschen Schrifttums zur Vereinbarkeit von Direktanstellungsgeboten mit dem Unionsrecht

#### (a) Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe (§ 1b AÜG)

Nach der Entscheidung des EuGH fasste der Gesetzgeber § 1b AÜG wie folgt neu:

„§ 1b Einschränkungen im Baugewerbe

*Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. Sie ist gestattet*

*a. zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen,*

*b. zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird.*

*Abweichend von Satz 2 ist für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung auch gestattet, wenn die ausländischen Betriebe nicht von deutschen Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfasst werden, sie aber nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.“*

Der EuGH hatte bislang nicht über die Unionsrechtskonformität dieser Regelung zu entscheiden. Das juristische Schrifttum hat sich gleichwohl eingehend mit dieser Regelung auseinandergesetzt. Nach nahezu einhelliger Auffassung ist § 1b AÜG auch in seiner Neufassung mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, da er unverhältnismäßig sei.<sup>125</sup> Kritiker führen vor allem an, dass das Baugewerbe keine Besonderheiten aufweist, die einen sektoralen Ausschluss der Arbeitnehmerüberlassung rechtfertigen.<sup>126</sup> Insbesondere das AÜG und das AEntG böten adäquate Mechanismen zum Schutz der Zeitarbeiter.<sup>127</sup> Ferner trage ein solcher Ausschluss entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers nicht zur Eindämmung illegaler Beschäftigungen bei, da sich das Verbot durch Umgehungsgestaltungen leicht umgehen lasse.<sup>128</sup> Zudem lasse sich Kontrolldefiziten bereits durch Kontrollverschärfungen begegnen, sodass das Verbot nicht erforderlich sei. Überdies bewirke das sektorale Verbot keinen Schutz von Zeitarbeitnehmern, sondern vielmehr deren Benachteiligung, weil diese daran gehindert würden, Beschäftigung zu finden.<sup>130</sup> Schließlich stelle die Regelung unzulässigen nationalen Protektionismus dar, der Freiheitsverkürzungen nicht rechtfertigen könne.<sup>131</sup>

#### (b) Direktanstellungsgebot in der Fleischwirtschaft (§ 6a GSA Fleisch)

Vergleichbare Bedenken werden gegen § 6a GSA Fleisch erhoben, der dem geplanten Direktanstellungsgebot in der KEP-Branche als unmittelbares Vorbild dient. Das Meinungsspektrum bezüglich dieser Vorschrift gestaltet sich im Vergleich zu § 1b AÜG ausgewogener, wobei auch hier die Mehrheit das Gesetz als unionsrechtswidrig ablehnt.

<sup>125</sup> BeckOK ArbR/Kock, 69. Ed. 2023, AÜG § 1b Rn. 2; Boemke, RIW 2009, 177 [182]; Boemke/Lembke/Boemke, 3. Aufl. 2013, § 1b Rn. 5; Böhm, DB 2011, 473 [474 f.]; ErfK/Roloff, 23. Aufl. 2023, AÜG § 1b Rn. 1; Franzen/Gallner/Oetker/Kolbe, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 4 Rn. 11; Hamann, RdA 2011, 321 [339]; HWK/Höpfner, 10. Aufl. 2022, AÜG § 1b Rn. 8; Lembke, DB 2011, 414 [416]; Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474 [491 f.]; Salamon, NZA-RR 2012, 61 [64]; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl. 2022, § 1b Rn. 20–23; Schüren/Wank, RdA 2011, 1 [6]; Thüsing/Waas, 4. Aufl. 2018, § 1b Rn. 10a; Ulrici, AÜG, 2017, § 1b Rn. 5; Wank, BB 2018, 1909 [1913]; a. A. J. Ulber, AuR 2010, 10 [13].

<sup>126</sup> Boemke/Lembke/Boemke, 3. Aufl. 2013, § 1b Rn. 5; ErfK/Roloff, 23. Aufl. 2023, AÜG § 1b Rn. 1; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl. 2022, § 1b Rn. 22; Ulrici, AÜG, 2017, § 1b Rn. 5.

<sup>127</sup> BeckOK ArbR/Kock, 69. Ed. 2023, AÜG § 1b Rn. 2; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl. 2022, § 1b Rn. 21.

<sup>128</sup> Böhm, DB 2011, 473 [475].

<sup>129</sup> Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474 [492].

<sup>130</sup> Böhm, DB 2011, 473 [475].

<sup>131</sup> Hamann, RdA 2011, 321 [339].

Kritiker sehen in der Regelung eine Verletzung des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG. Diese Ablehnung stützt sich auf ähnliche Argumente wie die Ablehnung des § 1b AÜG: Es bestehe kein nachvollziehbarer Anlass für eine branchenbezogene Sonderregelung, das Gesetz biete Zeitarbeitnehmern de lege lata ausreichenden Schutz, das Totalverbot sei zur Missbrauchsbekämpfung nicht erforderlich und es bestehe kein Zusammenhang zwischen den gerügten Missständen und dem rechtlichen Beschäftigungsmodus.<sup>132</sup>

Einige Autoren halten das Direktanstellungsgebot demgegenüber für zulässig.<sup>133</sup> Begründet wird dies zum einen damit, dass in der Fleischwirtschaft eine besonders hohe Anzahl von Rechtsverstößen festgestellt wurde, insbesondere im Hinblick auf das Arbeitsschutzrecht. Dies belege, dass der Subunternehmereinsatz in dieser Branche besonders anfällig für Rechtsverstöße sei. Dies sei darauf zurückzuführen, dass Fleischproduzenten ihre arbeitsschutzrechtliche Verantwortlichkeit durch den Einsatz von Subunternehmern reduzieren können. Schließlich treffen die Schutzpflichten zunächst die Subunternehmer, die ihre Arbeitnehmer im fremden Fleischbetrieb arbeiten lassen; dessen Inhaber treffen zwar ergänzende Verpflichtungen, diese beschränken sich allerdings im Wesentlichen auf die Sicherheit innerhalb seines Betriebs. Im Hinblick etwa auf das Arbeitszeitrecht oder auf Produktionsmittel, die von den Subunternehmern bereitgestellt werden, treffe ihn hingegen keine Verantwortung. Damit gefährde die Trennung von Betriebsorganisation und Personalverantwortung Arbeitnehmerrechte. Hinzu komme, dass der Fremdpersonaleinsatz den Nachweis verdeckter Arbeitnehmerüberlassung erschwere.<sup>134</sup> Es gebe auch keine mildereren Mittel zum Direktanstellungsgebot. Eine Ausweitung der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers<sup>135</sup> sei bereits erfolgt, habe jedoch keine Wirkung gezeigt.<sup>136</sup> Eine Ausweitung staatlicher Kontrollen werde durch die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel begrenzt.<sup>137</sup>

Diese Argumente überzeugen jedoch aus mehreren Gründen nicht. Insofern kann auf die obigen verfassungsrechtlichen Ausführungen zu Art. 12 GG verwiesen werden, die sich aufgrund der Ähnlichkeit der Prüfungsmaßstäbe auf Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG übertragen lassen. Ergänzend ist auf folgende Punkte hinzuweisen, die in der Verhältnismäßigkeitskontrolle gegen die Zulässigkeit des Direktanstellungsgebots sprechen:

- Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung: Den Inhabern von Betriebsstätten, die im EU-Ausland nach den dortigen Vorschriften rechtmäßig tätig werden und die dortigen Rechtsvorschriften einhalten, kann nicht pauschal unterstellt werden, hierzulande unzuverlässiger als nationale Unternehmen zu sein. Wie bereits oben im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG angesprochen, ist die verstärkte Tätigkeit ausländischer Unternehmen und Arbeitnehmer kein lösungsbedürftiges Problem, sondern vielmehr unionsrechtlich gewünscht.
- Die berechtigten Interessen ausländischer Verleiher und ausländischer Zeitarbeiter: Die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie betrachtet die Arbeitnehmerüberlassung nicht als ein zu regulierendes Übel, sondern sieht in ihr vielmehr eine alternative Beschäftigungsform mit besonderen Risiken, aber auch mit besonderen Vorteilen. Deutlich zum Ausdruck kommt dies in Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG. Es genügt daher zur Beurteilung der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeit nicht, lediglich die Risiken der Zeitarbeit in den Blick zu nehmen. Zugleich ist das berechnete Interesse der Verleiher, der Entleiher, aber auch der Zeitarbeitnehmer an der Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung zutreffend zu identifizieren und angemessen zu würdigen.
- Fehlende Notwendigkeit der Regelung: Das deutsche Arbeitsrecht bietet Arbeitnehmern bereits jetzt ein hohes Schutzniveau; insbesondere billigt es Arbeitnehmern einen Jahresurlaub, Höchstarbeitszeiten,

<sup>132</sup> Bayreuther, NZA 2020, 773 (775); BeckOK ArbR/Thüsing, 69. Ed. 2023, GSA Fleisch § 1 Rn. 8; Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock/Mengel/Motz/Schüren/Thüsing/Wank, NZA 2020, 1160 (1164 f.); Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 108d.

<sup>133</sup> Däubler, NZA 2021, 86 (88–90); Deinert, AuR 2020, 344 (346 f.); Deinert, Kurzgutachten – Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?, 2020; Linsenmaier, NZA 2021, 1315 (1317).

<sup>134</sup> Deinert, Kurzgutachten – Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?, 2020, S. 6–9.

<sup>135</sup> Dafür Bayreuther, NZA 2020, 773 (775).

<sup>136</sup> Deinert, Kurzgutachten – Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?, 2020, S. 10 f.

<sup>137</sup> Deinert, Kurzgutachten – Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?, 2020, S. 11.

soziale Absicherung, einen strengen Kündigungsschutz und einen im europaweiten Vergleich weit überdurchschnittlichen<sup>138</sup> Mindestlohn zu. Diese Rechte gelten grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, deren gewöhnlicher Arbeitsort innerhalb Deutschlands liegt, was auch Arbeitnehmer innerhalb von Subunternehmerkonstellationen mit einschließt. Die Gefahr eines Rechtsverlusts droht Arbeitnehmern innerhalb von Subunternehmerkonstellationen daher nur in wenigen Fallkonstellationen. Anzuführen ist insoweit insbesondere die gezielte Unterschreitung von an die Betriebsgröße anknüpfenden Schutzregelungen. So hatte etwa das BAG über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Schulträger seinem Hausmeister ein Budget zur Verfügung gestellt hatte, um eigene Hilfskräfte anzuwerben.<sup>139</sup> Diese als mittelbares Arbeitsverhältnis bezeichnete Konstellation diene aus Sicht der Schule vor allem dazu, die Kleinbetriebsklausel auszunutzen, um sich der Anwendbarkeit des KSchG zu entziehen. Zur Abwehr solcher Umgehungsstrategien ist ein Pauschalverbot von Subunternehmergestaltungen jedoch nicht erforderlich. Abstrakte Verbote eignen sich zudem nur begrenzt, um Gesetzesumgehungen effektiv zu unterbinden, da Umgehungsgestaltungen

regelmäßig atypische Sachverhalte konstruieren, die ein typisierender Rechtssatz nicht erfasst. Zweckmäßiger lassen sich Umgehungsgestaltungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Generalklauseln und den Instrumenten der juristischen Methodenlehre bewältigen. Diese hat sich mehrfach eingehend mit dem Problem der Gesetzesumgehung auseinandergesetzt und zahlreiche Lösungsstrategien entwickelt, um Gesetzesumgehungen abzuwehren.<sup>140</sup> Dementsprechend konnte das BAG den Umgehungsversuch mithilfe des mittelbaren Arbeitsverhältnisses durch Anwendung richterrechtlich anerkannter Figuren (Rechtsmissbrauchsverbot, Verbot der Gesetzesumgehung) vereiteln.<sup>141</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass Generalanwalt Szpunar im Zusammenhang mit dem AKT-Verfahren erhebliche Zweifel an der Richtlinienkonformität eines Verbots der Zeitarbeit in einem gesamten Wirtschaftszweig geltend machte. Das Ziel, den Missbrauch eines Rechts zu verhindern, rechtfertigt nicht die Beseitigung des Rechts.<sup>142</sup> Dies bestärkt die hier vertretene Auffassung, wonach einem Direktanstellungsgebot auf unionsrechtlicher Ebene mit großer Skepsis begegnet würde.

## 2 Dienstleistungsrichtlinie

Neben der Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie betrifft das Direktanstellungsgebot auch die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG). Diese konkretisiert die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen der Erbringung von Dienstleistungen. Der Begriff der Dienstleistung ist weit gefasst und beschreibt selbstständige entgeltliche Tätigkeiten.<sup>143</sup> Hierzu zählt zunächst die Betätigung der Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen, die allerdings durch die vorrangige Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie geregelt wird. Die Dienstleistungsrichtlinie besitzt eigenständige Bedeutung für ausländische Subunternehmer, die für deutsche Kurier-, Express- und Paketdienste auf Dienst- oder Werkvertragsbasis Aufgaben verrichten möchten. Entgegen der abweichenden Terminologie des deutschen Vertragsrechts gelten auch Werkverträge auf europäischer Ebene gemäß Art. 4 Nr. 1 RL 2006/123/EG als Verträge über Dienstleistungen.

Als Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit schützt die Dienstleistungsrichtlinie das Recht zur ungehinderten Erbringung von Dienstleistungen vor unverhältnismäßigen Beschränkungen. Den normativen Anknüpfungspunkt hierfür bietet Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2006/123/EG. Hinsichtlich der Abwägung kann weitgehend auf

<sup>138</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37401/umfrage/gesetzliche-mindestloehne-in-der-eu/>.

<sup>139</sup> BAG, Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, BAGE 39, 200.

<sup>140</sup> Benecke, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, 2004; Kalle, Das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis, 2024 (im Erscheinen);

Sieker, Umgehungsgeschäfte, Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, 2001; Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962.

<sup>141</sup> BAG, Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, BAGE 39, 200 [204 f.].

<sup>142</sup> Schlussantrag des GA Szpunar, 20.11.2014 – C-533/13, Rn. 122 – AKT, BeckRS 2014, 82404.

<sup>143</sup> Calliess/Ruffert/Luth, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 56, 57 Rn. 8; Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 56 Rn. 16.

die Ausführungen zur Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie verwiesen werden, sodass auch von einem Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2006/123/EG auszugehen ist. Zu ergänzen ist, dass die schutzwürdigen Unternehmerinteressen an der Durchführung von Subunternehmergestaltungen faktisch noch schwerer ins Gewicht fallen als bei der Arbeitnehmerüberlassung, weil Subunternehmergestaltungen in der KEP-Branche deutlich weiter verbreitet sind.

Das große Interesse an Subunternehmergestaltungen ist nicht zuletzt eine Reflexwirkung der primärrechtlich fundierten Warenverkehrsfreiheit (Art. 32 AEUV). Indem diese den grenzüberschreitenden Handel fördert, führt sie zu einem Anstieg der Nachfrage nach grenzüberschreitenden Beförderungsdienstleistungen. Solche Dienstleistungen lassen sich durch Subunternehmergestaltungen deutlich leichter realisieren als durch eigene Betriebsstrukturen. Dem läuft das hier zu besprechende Regelungsvorhaben diametral entgegen. Indem es den Nachunternehmer-einsatz verbietet, verlangt es von ausländischen Paketdienstleistungsunternehmen, in Deutschland vollständige eigene Vertriebsnetze unter ausschließlichem Rückgriff auf eigene abhängig beschäftigte Mitarbeiter aufzubauen. Der hiermit verbundene Logistik- und Kostenaufwand erschweren den Marktzugang für sie erheblich und fördert damit eine Renationalisierung der KEP-Branche. Es entstünde eine nahezu unüberwindliche Marktzutrittsbarriere. Damit würde ein Direktanstellungsgebot die Realisierung des gemeinsamen Binnenmarkts erheblich erschweren. Dies liefe der Intention der Grundfreiheiten diametral zuwider.

### 3 Vereinbarkeit mit Primärrecht

Die durch Art. 56 Abs. 1 AEUV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit garantiert innerhalb der europäischen Union den freien Zugang zu Dienstleistungsmärkten.<sup>144</sup> Diese Freiheit wird vorliegend durch die Dienstleistungs- und die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie als vorrangiges Sekundärrecht überlagert und sekundärrechtlich konkretisiert, sodass ein unmittelbarer Rekurs auf die primärrechtlichen Grundfreiheiten methodisch nicht in Betracht kommt. Allerdings sind die sekundärrechtlichen Rechtsakte ihrerseits an den Grundfreiheiten zu messen, deren Entfaltung sie dienen. Sie sind im Zweifel grundfreiheitskonform auszulegen.

Deutlich erkennbar ist, dass ein Direktanstellungsgebot in der KEP-Branche eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit bzw. der nationalen Zuordnung eines Paketdienstleistungsunternehmens zu einem Mitgliedstaat beinhaltet. Eine mittelbare Diskriminierung zeichnet sich dadurch aus, dass sie Kriterien anwendet, die zwar nicht unmittelbar zwischen In- und EU-Ausländern differenzieren, die jedoch faktisch EU-Ausländer stärker belasten als Inländer.<sup>145</sup> Das Direktanstellungsgebot erschwert ausländischen Dienstleistern den Zugang zum deutschen Markt erheblich, indem es diesen abverlangt, eigene Betriebsstrukturen in Deutschland aufzubauen, um am hiesigen Markt tätig werden zu dürfen. Daher handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung. Bereits aus diesem Grund ist sie nicht zu rechtfertigen. Denn Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit lassen sich nach st. Rspr. des EuGH nur unter vier Voraussetzungen rechtfertigen:

*„Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“<sup>146</sup>*

Überdies sind sowohl die Eignung als auch die Erforderlichkeit der Maßnahme nach den obigen Ausführungen zu verneinen. Damit erweisen sich sowohl das Nachunternehmer- als auch das Arbeitnehmerüberlassungsverbot als unionsrechtswidrig.

<sup>144</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-493/99 – Kommission/Deutschland, Slg. 2001 I-8163.

<sup>145</sup> Görnitz, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, 2005, S. 102 ff.

<sup>146</sup> EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94, Rn. 37 – Gebhard, Slg. 1995 I-4165.



# IV REGELUNGSANSÄTZE ZUR STÄRKUNG DER TARIFORIENTIERUNG UND VERBESSERUNG DER ARBEITSBEDINGUNGEN IN DER KEP-BRANCHE

Weitere Überlegungen zielen darauf ab, die Arbeitsbedingungen in der KEP-Branche zu verbessern und die Reichweite der Tarifverträge zu erhöhen. Letzteres liegt insbesondere auch deshalb durchaus nahe, weil die EU-Richtlinie 2022/2041 (Mindestlohn-RL) nunmehr in ihrem Art. 4 Abs. 2 die Zielgröße einer „Tarifabdeckung“ von 80 Prozent vorgibt, bei deren Unterschreitung die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie ergreifen sollen.<sup>147</sup> Hervorzuheben ist, dass die Regelung nicht allgemein auf die Stärkung der Tarifbindung oder die Ausdehnung der Tarifwirkungen abzielt, sondern in ihrem Fokus eindeutig und ausschließlich „Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung“ stehen.<sup>148</sup> Dieser Aspekt wird in Art. 4 Abs. 1 RL 2022/2041 gleich mehrfach hervorgehoben.

Will man die Zielgröße als rechtliches oder politisches Argument nutzbar machen, ist daher zunächst zu analysieren, inwiefern die Arbeitsentgelte auch in nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen bereits Tarifniveau erreichen und somit bei der Berechnung der „Tarifabdeckung“ im Entgeltbereich berücksichtigungsfähig sind.

Der Gesetzgeber darf ohne Zweifel das sozialpolitisch wichtige Ziel einer Förderung der Tarifbindung bzw. Tarifanwendung (s. u. IV 1.3) verfolgen. Bei Ersterem handelt es sich um ein Art. 9 Abs. 3 GG immanentes Verfassungsziel – die Funktionserhaltung des Tarifvertragssystems durch Stärkung der Tarifbindung<sup>149</sup> –, bei Letzterem immerhin um das legitime sozialpolitische Regelungsanliegen einer Wirkungsverbreiterung von Tarifnormen und damit der Verbreiterung des durch tariflich geregelte Arbeitsbedingungen vermittelten sozialen Schutzes. Letzteres ist durch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich und nunmehr durch die Zielvorgabe in Art. 4 Abs. 2 RL 2022/2041 auch europarechtlich verankert.

Darauf gerichteten Überlegungen und Gestaltungsvarianten soll im Folgenden nachgegangen werden.

## 1 Zulassung von Werkvertragskonstellationen nur bei Anlehnung an das tarifvertragliche Regelungsniveau?

Die erwähnte Bundesratsentschließung vom 12.05.2023<sup>150</sup> verknüpft die Idee eines grundsätzlichen Verbots von Subunternehmerstrukturen in Gestalt eines Direktanstellungsgebots mit dem Prüfauftrag, Ausnahmen für den Fall zu prüfen, dass Nachunternehmer den Einsatz zu tariflichen Entgeltbedingungen gewährleisten.

### 1.1 Keine Eingriffsrechtfertigung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG

Dieser Regelungsansatz kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die „erste Stufe“ der Regelung auch dabei das Direktanstellungsgebot bliebe, das aus den dargelegten Gründen klar verfassungs- und europarechtswidrig ist (s. o. II und III). Auch zur Erreichung ihrerseits verfassungskonformer Ziele – hier der Stärkung der Tarifbindung

<sup>147</sup> Hierzu exemplarisch *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (288, 296); *Krebber*, RdA 2021, 215 (219).

<sup>148</sup> Instruktiv *Vogt*, EuZA 2023, 50 (64).

<sup>149</sup> Zu diesem Topos grundlegend BVerfGE 4, 96 = NJW 1950, 1881; BVerfGE 58, 233 [246 f.]; BVerfG, NZA 2017, 915 (918).

<sup>150</sup> BR-Drs. 117/23.

bzw. -anwendung – dürfen keine verfassungswidrigen Mittel eingesetzt werden. Es wurde bereits ausführlich dargelegt, dass das eingesetzte Mittel (hier: ein Verbot von Subunternehmerstrukturen bzw. die Anordnung eines Direktanstellungsgebots) die Grenzen des verfassungs- und unionsrechtskonform Regelbaren überschreitet (s. o. II und III).

Im Übrigen würden durch eine derartige Anreizsetzung Regelungsziele in zweckwidriger Weise miteinander verbunden, die nicht unmittelbar aufeinander bezogen sind: Es ist nicht erkennbar, dass die monierten – realen und vermeintlichen – Missstände in der KEP-Branche (s. o. II. 1.2.b) durch flächendeckende Tarifbindung bzw. eine Anlehnung an Tarifverträge umfassend einer Lösung zugeführt würden: Sofern vereinzelt missbräuchliche, rechtswidrige Praktiken zu konstatieren sind,<sup>151</sup> ändert auch die Bindung oder Anlehnung an bestehende Tarifverträge daran nichts. Insofern helfen nur konsequente Kontrolle und Rechtsdurchsetzung durch staatliche Stellen. Insbesondere auch dem vermeintlichen Lösungsansatz einer Unterwerfung unter tarifliche Arbeitsbedingungen fehlt es daher im Hinblick auf die Mehrzahl der oben diskutierten Regelungsziele (s. o. II. 1.2.b) offenkundig an Geeignetheit, den auf der „ersten Stufe“ vollzogenen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen zu können.

## 1.2 Verschärfung der nach Art. 3 Abs. 1 GG unzulässigen Ungleichbehandlung

Zusätzliche Probleme löst die mit dem Regelungsvorschlag verbundene Differenzierung zwischen tarifgebundenen (bzw. tarifanwendenden, s. u. IV. 1.3) Branchenunternehmen und solchen Branchenunternehmen aus, die diese Voraussetzung nicht erfüllen. Neben die problematische „herausgreifende“ Anordnung des scharfen Eingriffs eines Direktanstellungsgebots für eine Branche (s. o. II. 2) träte damit eine brancheninterne Differenzierung zwischen Unternehmen.

Zwar ist die tarifdispositive Gestaltung von Schutzstandards nichts Ungewöhnliches.<sup>152</sup> Derartige Regelungen sind beispielsweise vertraut aus den §§ 1 Abs. 1b, 8 Abs. 2 AÜG, § 7 ArbZG und § 14 Abs. 2 TzBfG. Sie zeichnen sich allerdings stets durch ihre Zielgenauigkeit aus: Für ein ganz konkretes, genau bestimmtes Regelungsproblem wird eine gesetzliche Regelung geschaffen, aber Raum für eine sachnähere, branchendifferenzierte Ausgestaltung des Regelungsproblems durch die Tarifvertragsparteien belassen.<sup>153</sup>

In dieser Verbindung von gesetzlicher Vorgabe und Eröffnung eines tarifautonomen Regelungsspielraums liegt eine durch Art. 9 Abs. 3 GG gestützte und gerechtfertigte Ausdifferenzierung; die hierdurch entstehenden Ungleichbehandlungen zwischen jenen Unternehmen, die einen die Sachfrage abweichend regelnden Tarifvertrag anwenden, und jenen, für die mangels anwendbarer tariflicher Regelung der gesetzliche Standard gilt, sind bereits infolge der betätigten Tarifautonomie und des in Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG grundgelegten kooperativen Regelungsmodells im Verhältnis von staatlichem Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien<sup>154</sup> gerechtfertigt: Der staatliche Gesetzgeber darf in gleichheitskonformer Weise der tarifautonom gefundenen Lösung für ein spezifisches Regelungsproblem den Vorrang vor einer zwangsläufig stärker verallgemeinernden gesetzlichen Lösung einräumen. Damit orientiert eine tarifdispositive Gestaltung sich in besonderer Weise an den Wertungen von Art. 9 Abs. 3 GG sowie den Geboten der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität.

Die Regelungsstruktur der vorgeschlagenen Kombination mit einem branchenweiten Subunternehmerverbot (bzw. Direktanstellungsgebot) ist allerdings eine gänzlich andere: Hier soll durch das Subunternehmerverbot ein ganzes Bündel an Regelungszielen (s. o. II. 1.2.b) realisiert werden. Ohne dass den Tarifvertragsparteien eine inhaltliche Befassung mit den gesetzgeberisch identifizierten Sachproblemen abverlangt würde, werden tarifgebun-

<sup>151</sup> Zu den Ergebnissen der jüngsten Schwerpunktprüfungen des Zolls: [https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2023/x67\\_sp\\_paket\\_kurierdienste\\_gzd.html](https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2023/x67_sp_paket_kurierdienste_gzd.html).

<sup>152</sup> Monografisch hierzu insbesondere *Vossen*, Tarifdispositives Richterrecht, 1974; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010.

<sup>153</sup> Vgl. *Wiedemann*, NZA 2018, 1587 [1589].

<sup>154</sup> Hierzu grundlegend BVerfGE 94, 268 [284]: Normsetzungsrecht, kein Normsetzungsmonopol; weiterhin etwa *Dürig/Herzog/Scholz/Scholz*, 101. EL Mai 2023, GG Art. 9 Rn. 301.

dene bzw. tarifyanwendende Unternehmen von dem scharfen Eingriff in die Berufsfreiheit freigestellt, der mit dem für alle anderen Unternehmen geltenden Subunternehmerverbot einhergeht.

Der vollständige Verzicht auf eine abverlangte inhaltliche Befassung des Tarifvertrags mit den identifizierten Sachproblemen unterscheidet die Konstellation deutlich von den klassischen Konstellationen einer tarifdispositiven Ausgestaltung gesetzlicher Schutzstandards. An die Stelle eines gerechtfertigten Vorrangs dezentraler tariflicher Problemlösungen tritt hier eine pauschale Belohnung der Tarifbindung bzw. -anwendung, ohne dass dadurch eine sachliche Lösung der dem Subunternehmerverbot zugrunde gelegten Probleme erzielt würde. Eine so geartete pauschale Differenzierung zwischen tarifyanwendenden und nicht tarifyanwendenden Unternehmen ist inkohärent. Sie entlarvt, dass es schon bei dem Subunternehmerverbot letztlich um andere als die vorgeblichen Regelungsziele geht (s. o. I), und stellt eine – gemessen an den vorgeblichen Regelungszielen – willkürhafte Differenzierung dar. Für die damit bewirkte Ungleichbehandlung ist aus dieser Perspektive eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar; sie erweist sich daher im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungswidrig.

### 1.3 Art. 9 Abs. 3 GG: verfassungswidriger Beitrittsdruck?

Schließlich übt die Verknüpfung eines scharfen Eingriffs in gewachsene Branchenstrukturen, den Wettbewerb und die unternehmerische Berufswahlentscheidung mit dem „Ausweg“ der Herstellung einer Tarifbindung (respektive der Tarifyanwendung) einen deutlichen Druck auf die betroffenen Unternehmen aus, tarifpolitisch entsprechende Dispositionen vorzunehmen, um den bisherigen Unternehmenszuschnitt und die bisherigen Branchenstrukturen zu sichern.

Nach dem Duktus der Bundesratsentschließung bleibt bislang freilich undeutlich, was mit einem „Einsatz zu tariflichen Entgeltbedingungen“ gemeint ist: Wäre damit die Herstellung einer echten Tarifbindung i. S. d. §§ 3 I, 4 Abs. 1 TVG gemeint, wäre der durch den „vorgeschalteten“ Eingriff entfaltete Beitrittsdruck ein klarer Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit, die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die freie Entscheidung für das „Fernbleiben“ aus Tarifbindung und Koalitionsmitgliedschaft schützt.<sup>155</sup> Für die Abgrenzung verfassungskonformer von verfassungswidrigen Einwirkungen auf das „Fernbleiberecht“ ist insofern aus Sicht des BVerfG die Unterscheidung zwischen zulässigem „Anreiz“ und unzulässigem „Druck“ entscheidend.<sup>156</sup>

Die auferlegte Differenzierung zwischen einer Ermöglichung der ungehinderten Aufrechterhaltung der bisherigen unternehmerischen Leistungserbringungsstruktur und deren gesetzlichem Verbot – mit der Folge massiver, existenzbedrohender Wettbewerbswirkungen – wirkt so deutlich auf die Willensentschließung ein, dass der Druck zur Umsetzung des gesetzgeberisch intendierten Verhaltens beträchtlich wäre. In der – ohnehin willkürhaften (s. o. II. 2 und IV. 1.1) – Verknüpfung von Regelungszweck und als Druckmittel eingesetztem Direktanstellungsgebot läge angesichts der einschneidenden Konsequenzen des bei unterlassener Herstellung einer Tarifbindung eingreifenden Direktanstellungsgebots ein inadäquater Beitrittsdruck. Insbesondere die Verknüpfung beider Fragen bewirkt folglich eine verfassungswidrige Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit.

Näher liegt die Lesart, dass lediglich ein Anreiz zur Anwendung tariflicher Entgeltbedingungen gesetzt werden soll.<sup>157</sup> Ob insofern gleichfalls eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit droht, hängt von der umstrittenen Interpretation der Reichweite ihres Schutzbereichs ab. Nach überwiegender Auffassung schützt Art. 9 Abs. 3 GG in der Facette der negativen Koalitionsfreiheit nicht vor der Unterwerfung unter fremde Tarifvertragsnormen: Das BVerfG

<sup>155</sup> Dazu im Überblick MünchArbR/Rieble, 5. Aufl. 2022, § 219 Rn. 25 m. w. N.

<sup>156</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 66 = NZA 2007, 42; BAG, NZA 2009, 1028; Franzen, ZfA 2016, 25 (40).

<sup>157</sup> Dafür spricht, dass die Bundesratsentschließung erwägt, „den Abschluss von Werkverträgen bei der Zustellung von Paketen unter der Voraussetzung weiterhin zuzulassen, dass der oder die ausführende Nachunternehmer oder Nachunternehmerin für die Ausführung des Auftrages ausschließlich sozialversicherungspflichtig Beschäftigte zu tariflichen Entgeltbedingungen einsetzt“.

hat z. B. eine Schutzbereichseröffnung bei der Allgemeinverbindlicherklärung<sup>158</sup> oder einem staatlichen Tariftreueverlangen<sup>159</sup> abgelehnt. Eine starke Literaturströmung sieht dies anders und bewertet bereits die Unterwerfung unter fremde Tarifvertragsnormen als Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit,<sup>160</sup> die – je nach Ausgestaltung im konkreten Fall – einem verfassungswidrigen Beitrittszwang nahekommen kann. Wäre hier gewissermaßen die gesetzliche Normierung einer partiellen, nur auf Entgelte bezogenen sektoralen Tariftreue beabsichtigt, würde diese Streitfrage relevant und könnte über die verfassungsrechtliche Bewertung im Hinblick auf den Aspekt der negativen Koalitionsfreiheit entscheiden.

Unabhängig davon gilt jedoch auch aus Perspektive des BVerfG, dass sich Anreize zur Tarifierstellung immer an den mit dem Anreiz verbundenen Eingriffswirkungen – insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG – messen lassen müssen.<sup>161</sup> Dass die hier intendierte Gestaltung insbesondere infolge einer inkohärenten Zweck-Mittel-Relation insofern nicht den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsmaßstäben standhält, wurde bereits dargelegt (s. o. IV. 1.1).

## 2 Die „anreizneutrale“ Verbreiterung von Tarifwirkungen (Allgemeinverbindlicherklärung/Geltungserstreckung nach dem AEntG und verwandte Instrumente)

Möchte der Gesetzgeber gezielt die Tarifierstellung in der KEP-Branche stärken, läge es nahe, auf die etablierten Instrumente der Tarifgeltungserstreckung zurückzugreifen, deren Verfassungskonformität im Grundsatz geklärt ist.<sup>162</sup> Blendet man Besonderheiten der betroffenen Branche zunächst aus, käme die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags zur Vermeidung eines Lohnkostenwettbewerbs<sup>163</sup> über § 5 TVG sowie das Alternativinstrument<sup>164</sup> der Geltungserstreckung nach den §§ 7, 7a AEntG grundsätzlich in Betracht.

### 2.1 Einzig in Betracht kommt Geltungserstreckung nach § 7a AEntG

Allerdings fehlt es für § 5 TVG bereits an einem erstreckungsfähigen Branchentarifvertrag. Die Allgemeinverbindlicherklärung hat nicht die Rechtsmacht, den persönlichen, räumlichen oder sachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags zu erweitern; sie schließt innerhalb des tarifautonom festgelegten Geltungsbereichs lediglich Lücken in der mitgliedschaftlichen Tarifbindung (§§ 3 I, 4 Abs. 1 TVG).<sup>165</sup> Da z. B. der persönliche Anwendungsbereich der von der Deutschen Post AG abgeschlossenen Firmentarifverträge auf „Arbeitnehmer der Deutschen Post AG“<sup>166</sup> beschränkt ist, scheidet eine Allgemeinverbindlicherklärung mit Wirkung für Arbeitnehmer anderer Branchenunternehmen aus.

Im Übrigen würde es im Hinblick auf die in der Branche punktuell vorhandenen Tarifverträge an einem hinreichenden „öffentlichen Interesse“ i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG fehlen. Dieses wird durch die in Satz 2 genannten Regelbeispiele konkretisiert.<sup>167</sup> Die in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG insofern genannte Voraussetzung eines hinrei-

<sup>158</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 ff.

<sup>159</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51.

<sup>160</sup> Insbes. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014.

<sup>161</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51.

<sup>162</sup> Zur Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 ff.; zur Verfassungskonformität der Geltungserstreckung nach dem AEntG: BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, BVerfGE 4, 356 ff. = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG.

<sup>163</sup> Zu den Zielen der Allgemeinverbindlicherklärung Wiedemann/Bayreuther, TVG, 9. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1; ErfK/Franzen, TVG § 5 Rn. 1 ff.

<sup>164</sup> Zur Genese im Überblick ErfK/Franzen, AEntG § 1 Rn. 1 f.

<sup>165</sup> Allg. Ansicht, vgl. exemplarisch ErfK/Franzen, TVG § 5 Rn. 5.

<sup>166</sup> So etwa § 1 Abs. 1 MTV-DP AG.

<sup>167</sup> Zum Verhältnis von Grundtatbestand und Regelbeispielen BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, BAGE 162, 166 ff. = AP TVG § 5 Nr. 40, insbesondere Rn. 105; ErfK/Franzen, TVG § 5 Rn. 11.

chend repräsentativen (Branchen-)Tarifvertrags mit „überwiegender Bedeutung“ für die Branche ist angesichts der Branchenstruktur nicht gegeben.<sup>168</sup> Auch dürfte es an einer hinreichend belegbaren wirtschaftlichen Fehlentwicklung i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG fehlen.<sup>169</sup> Im Ergebnis sind sowohl die rechtlichen Voraussetzungen einer klassischen Allgemeinverbindlicherklärung als auch die (tarif-)politische Frage der Erzielung eines gemeinsamen Antrags der Tarifvertragsparteien sowie eines Positivvotums des Tarifausschusses nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nicht gegeben bzw. zweifelhaft.

Für eine nach § 7 AEntG erforderliche Aufnahme der KEP-Branche in den Branchenkatalog des § 4 Abs. 1 AEntG fehlt es an hinreichender Tarifbindung: Die an Tarifverträge für diese Branche gebundenen Arbeitgeber müssten dafür mindestens 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen,<sup>170</sup> sodass im Ergebnis allein der Weg über § 7a AEntG verbleibt, der den Erlass einer geltungserstreckenden Rechtsverordnung für nicht in § 4 Abs. 1 AEntG aufgeführte Branchen regelt.

## 2.2 Verfassungskonformität der Tarifgeltungserstreckung im Grundsatz

Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen judiziert, dass der Gesetzgeber bzw. Ordnungsgeber aussagekräftige einschlägige Tarifbedingungen zur Sicherstellung angemessener Mindestarbeitsbedingungen in ihrer Geltung auf nicht originär tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien erstrecken kann. Das klassische Regelungsinstrument der Allgemeinverbindlicherklärung wurde schon früher als verfassungskonform anerkannt;<sup>171</sup> dasselbe gilt für die wirkungsähnliche Tariftreueverpflichtung<sup>172</sup> und die Geltungserstreckung nach Maßgabe des AEntG.<sup>173</sup> All diese Regelungen betrachtet das BVerfG zu Recht als Berufsausübungsregelungen i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG. Im Schrifttum vertretene Modelle eines erweiternden Schutzbereichsverständnisses von Art. 9 Abs. 3 GG in seiner negativen Ausprägung (negative Tarifvertragsfreiheit),<sup>174</sup> die bereits die Unterwerfung unter nicht mitgliedschaftlich legitimierte Tarifvertragsnormen als rechtfertigungsbedürftig identifiziert, haben beim BVerfG kein Gehör gefunden. An dieser Ausgangsposition soll hier nicht gerüttelt werden.

Allerdings betont das BVerfG in seinen diesbezüglichen Entscheidungen, dass die durch eine Nivellierung von (Mindest-)Arbeitsbedingungen erreichte Ausschaltung des Lohnkostenwettbewerbs im Regelungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung bzw. Geltungserstreckung nach dem AEntG ihrerseits verhältnismäßig sein muss und insofern einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsbindung unterliegt.<sup>175</sup> Dabei sind die besonderen Verhältnisse der betroffenen Branche und die Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung der betroffenen Unternehmen zu würdigen.<sup>176</sup>

---

<sup>168</sup> „Überwiegende Bedeutung“ setzt voraus, dass die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, die sich an den Regelungen des Tarifvertrags orientieren, größer ist als die Anzahl der Arbeitsverhältnisse, die dies nicht tun (zutr. *ErfK/Franzen*, TVG § 5 Rn. 14). Der für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag muss in seinem gesamten (oder zumindest wesentlichen) Regelungsbereich als Orientierung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen dienen.

<sup>169</sup> Dies setzt voraus, dass wirtschaftliche Fehlentwicklungen existieren, aufgrund derer die – ohne sie bestehende – tarifliche Ordnung ausgehöhlt wird und dadurch der Arbeitsfrieden gefährdet ist. Auch dies setzt voraus, dass der Tarifvertrag „eine gewisse Breitenwirkung“ erreicht, so *ErfK/Franzen*, TVG § 5 Rn. 14a, die allerdings nicht das Ausmaß einer „überwiegenden Bedeutung“ nach Nr. 1 erreichen muss.

<sup>170</sup> So das Auswahlkriterium nach BT-Drs. 16/10486, S. 11.

<sup>171</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 ff. = NJW 1981, 215.

<sup>172</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51.

<sup>173</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, BVerfGK 4, 356 ff. = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG.

<sup>174</sup> Insbes. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014.

<sup>175</sup> Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, Rn. 68.

<sup>176</sup> So z. B. der Tariftreuebeschluss des BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, Rn. 80, 97, zur gegebenen Möglichkeit, der Unternehmertätigkeit außerhalb des spezifischen Bereichs der öffentlichen Vergaben nachgehen zu können.

## 2.3 Ausformung der Verhältnismäßigkeitsanforderungen in den §§ 3, 4 II, 7a Abs. 1 S. 1 AEntG und Anwendung auf die KEP-Branche

In Umsetzung dieser Vorgaben machen die §§ 3, 4 II, 7a Abs. 1 S. 1 AEntG den Erlass einer Rechtsverordnung in den von der Norm erfassten Fällen von folgenden Voraussetzungen abhängig:

- Gegenstand der Geltungserstreckung<sup>177</sup> müssen grundsätzlich<sup>178</sup> „Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages“ (§ 3 Abs. 1 AEntG) sein; der räumliche Geltungsbereich kann auch hier – wie für die Allgemeinverbindlicherklärung bereits dargestellt – durch den staatlichen Erstreckungsakt nicht erweitert,<sup>179</sup> sondern es dürfen allein Lücken der Tarifbindung geschlossen werden.
- Die Parteien eines Tarifvertrages im Sinne von § 4 Abs. 2 AEntG müssen einen gemeinsamen Antrag stellen.
- Die Tarifierstreckung muss „im öffentlichen Interesse geboten“ erscheinen, um die in § 1 AEntG genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken (diese zentrale Voraussetzung war dem Gesetzgeber so wichtig, dass er sie wiederholend sowohl in § 4 Abs. 2 AEntG als auch in § 7a Abs. 1 S. 1 AEntG aufgeführt hat).

Die Wahrung dieser Voraussetzungen scheint unter den gegebenen Bedingungen der KEP-Branche zweifelhaft:

### 2.3.a Erstreckungsfähiger Tarifvertrag?

Wie für § 5 TVG bereits ausgeführt (s. o. IV. 2.1), dürfte es an einem erstreckungsfähigen Branchentarifvertrag fehlen. Ebenso wie die Allgemeinverbindlicherklärung hat auch die Geltungserstreckung nach § 7a AEntG nicht die Rechtsmacht, den persönlichen, räumlichen oder sachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags zu erweitern; sie schließt innerhalb des tarifautonom festgelegten Geltungsbereichs lediglich Lücken in der mitgliederschaftlichen Tarifbindung (§§ 3 I, 4 Abs. 1 TVG).<sup>180</sup> Da z. B. der persönliche Anwendungsbereich der von der Deutschen Post AG abgeschlossenen Firmentarifverträge auf „Arbeitnehmer der Deutschen Post AG“<sup>181</sup> beschränkt ist, scheidet eine Geltungserstreckung mit Wirkung für Arbeitnehmer anderer Branchenunternehmen aus.<sup>182</sup>

Doch auch unabhängig von der Festlegung des Geltungsbereichs scheint fraglich, ob Firmen- bzw. firmenbezogene

Verbandstarifverträge, die zwar bundesweite Geltung haben, aber nur für eine Unternehmensgruppe gelten und sich inhaltlich an deren spezifischen Rahmenbedingungen ausrichten, für eine Geltungserstreckung nach § 7a AEntG in Betracht kommen. Die Formulierung „bundesweiter Tarifvertrag“ klammert derartige Regelungen zumindest nicht ausdrücklich aus.<sup>183</sup> Deutlich für eine Ausklammerung spricht, dass die programmatische Eingangsvorschrift des Gesetzes, § 1 AEntG, ausdrücklich und ausschließlich von einer „Erstreckung der Rechtsnormen von Branchentarifverträgen“ spricht. Dies deutet darauf hin, dass firmenbezogene Tarifwerke für eine Geltungserstreckung strukturell nicht in Betracht kommen sollen.

Dagegen kann man im Ergebnis auch nicht einwenden, dass die in § 3 AEntG verwendete Formulierung „bundes-

<sup>177</sup> Die genaue rechtssystematische Konstruktion ist umstr. (Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen des Ordnungsgebers, und damit Verselbständigung ggü. dem Willen der Tarifvertragsparteien, so BAG, Urt. v. 20.04.2011, NZA 2011, 1105, bzw. bloße Geltungserstreckung, so Sittard, RdA 2013, 301 [303]).

<sup>178</sup> Eines solchen bedarf es nach § 3 S. 2 AEntG nicht, soweit Arbeitsbedingungen im Sinne des § 5 Nr. 2, 3 oder 4 Gegenstand tarifvertraglicher Regelungen sind, die zusammengefasst räumlich den gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken.

<sup>179</sup> S. nur ErfK/Franzen, AEntG § 7 Rn. 3.

<sup>180</sup> Allg. Ansicht, statt aller ErfK/Franzen, AEntG § 7 Rn. 3.

<sup>181</sup> So etwa § 1 Abs. 1 MTV-DP AG.

<sup>182</sup> Vgl. Wiedemann/Wank, TVG, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 112: Ein Firmentarifvertrag könne allenfalls für das betroffene Unternehmen allgemeinverbindlich erklärt werden, da allgemein eine Ausdehnung eines Tarifgebiets durch das BMAS unzulässig sei.

<sup>183</sup> Im Kontext des § 5 TVG, der als Vorbild für die Geltungserstreckung nach AEntG diente, wird überwiegend angenommen, auch Firmen-tarifverträge seien erstreckungsfähig, so etwa Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Forst, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 5 TVG Rn. 70.

weite Geltung“ dem Wortlaut nach ausschließlich auf den räumlichen Geltungsbereich zu beziehen ist und durch den strukturell begrenzten persönlichen Geltungsbereich eines firmenbezogenen Tarifvertrags nicht ausgeschlossen ist. Bei einem derart strukturierten Tarifvertrag dürften zumindest die Anforderungen an das „öffentliche Interesse“ deutlich anzuheben sein, da es einem firmenbezogenen Tarifvertrag an inhaltlicher Repräsentativität für die Regulationsbedürfnisse der Branche fehlt. Man könnte daher sogar vertreten, dass es strukturell an öffentlichem Interesse fehlt, wenn Gegenstand der Geltungserstreckung ein firmenbezogener Tarifvertrag sein soll: Dieser hat schon in seinem originären Anwendungsbereich weit weniger „öffentliche“ Wirkung und Regulationsintention als ein Branchentarifvertrag – er dient allein der privaten Binnenregelung der Arbeits-

bedingungen eines Unternehmens oder Konzerns. Das öffentliche Interesse an der Geltungserstreckung eines solchen Tarifvertrags fehlt oder ist zumindest strukturell schwächer ausgeprägt als bei einem Branchentarifvertrag, der inhaltlich die Regulationsbedürfnisse und -anliegen der gesamten Branche im Blick hat.<sup>184</sup>

Auch bestehende ver.di-Tarifverträge mit regionaler Branchengeltung für Postdienstleistungen regeln lediglich punktuell Paketdienste und haben bislang keine hinreichende Breitenwirkung erreicht.<sup>185</sup> Ihnen fehlt es gleichfalls an bundesweiter Repräsentativität für die KEP-Branche. Sie scheiden zudem wegen ihrer beschränkten räumlich-sachlichen Geltungsbereiche als Anknüpfungspunkt für bundesweit geltende, nach dem AEntG implementierte Branchenmindestlöhne gleichfalls aus.

### 2.3.b Fehlen eines „öffentlichen Interesses“ angesichts spezifischer Branchenbedingungen

Ungeachtet dieser allgemeinen Rechtsfrage fehlt in der KEP-Branche auch angesichts der gegebenen tatsächlichen Branchenbedingungen – bezogen auf die Gesetzesziele des § 1 AEntG, auf die § 7a Abs. 1 Satz 1 AEntG verweist – ein öffentliches Interesse.

Demnach setzt die Geltungserstreckung voraus, dass sie „im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die in § 1 genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken“. § 1 AEntG benennt als – gleichrangige – Regulationsziele einerseits die „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“ sowie andererseits die „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen durch die Erstreckung der Rechtsnormen von Branchentarifverträgen“. Ergänzend („zugleich“) wird bei Wahrung dieser Regulationsziele auf die sekundären Regulationsziele der Erhaltung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung und der Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie verwiesen.

Bezogen auf die KEP-Branche bedeutet dies: Zwar könnte das erste Hauptregelungsziel, die „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“, durch eine Tarifierstreckung gewahrt und gefördert werden. Das gleichrangige zweite Hauptregelungsziel, die „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen“, steht dem aber deutlich entgegen: Das historisch gewachsene Leitbild des Gesetzes zielt auf die Konstellation ab, dass Unternehmen mit Sitz im Ausland heimische Vorteile bei Lebenshaltungskosten und Lohnniveau in wettbewerbsverzerrender Weise nutzen, um mit ihren Arbeitskräften auf dem deutschen Markt tätig zu werden.<sup>186</sup> Die Begrenzung eines Lohnkostenwettbewerbs durch Festlegung von Branchenmindestlöhnen durch Tarifierstreckung zielt darauf ab, diesem wettbewerbsverzerrenden Effekt entgegenzutreten.

Die Wettbewerbsbedingungen in der KEP-Branche stellen sich ganz anders dar: Hier sind die Strukturen nach wie vor von einem dominierenden, etwa 45 Prozent des Marktgeschehens abdeckenden Marktakteur geprägt. Dieser war früher ein staatliches Monopolunternehmen und kann noch immer auf zahlreiche Vorteile aus dieser Zeit

<sup>184</sup> So auch zu § 5 TVG: Wiedemann/Wank, TVG, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 112; ErfK/Franzen, TVG § 5 Rn. 6.

<sup>185</sup> Vgl. in diesem Sinne Wiedemann/Bayreuther, TVG, 9. Aufl. 2023, § 5 Rn. 85: „Darüber hinaus muss der fragliche Tarifvertrag eine vernehmbare Breitenwirkung erreicht haben. Ein Tarifvertrag, der nur für eine Minderheit der Arbeitnehmer Anwendung findet, kann keinesfalls erstreckt werden.“

<sup>186</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – C-341/05 – Laval, NZA 2008, 159; ErfK/Franzen, AEntG § 1 Rn. 1.

zurückgreifen: Infolge der im Bereich des Briefdienstleistungsgeschäfts nach wie vor bestehenden faktischen Monopolstellung können erhebliche Effizienzgewinne aus der Zusammenführung von Brief- und Paketdienstleistungen generiert werden. Ausschließlich das deutlich marktdominierende Branchenunternehmen hat die Möglichkeit, Quersubventionierungseffekte zwischen Brief- und Paketdienstleistungen zu erzielen<sup>187</sup> und auf diese Weise die Angebotspreise im Paketmarkt gewissermaßen künstlich zu verbilligen. Im Hinblick auf diesen Quersubventionierungseffekt werden beträchtliche Größenordnungen kolportiert. Weitere faktische Subventionierungseffekte ergeben sich aus der Mehrwertsteuerbefreiung des Universaldienstes. Das dominierende Branchenunternehmen kann in erheblichem Umfang zudem auf Immobilienvermögen aus der Zeit seiner staatlich getragenen Monopolstellung zurückgreifen.

Festzustellen ist, dass die Wettbewerbsverhältnisse in der Branche von erheblichen Verzerrungen und Spannungen gekennzeichnet sind, die klar zugunsten des wirtschaftlich stärksten Branchenunternehmens wirken. Eine Ausschaltung weiterer Wettbewerbsfaktoren – insbesondere eines Wettbewerbs über den flexiblen Einsatz von Nachunternehmern sowie über unterschiedliche Entgelthöhen – würde die ohnehin einseitig vorteilhaften Wettbewerbsverhältnisse in einer Weise weiter

verschieben, dass einer funktionierenden Pluralität von Branchenunternehmen letztlich die wirtschaftliche Grundlage entzogen würde. Würde eine wirtschaftlich tragfähige Betätigung von kleineren Wettbewerbsunternehmen in der Branche auf diese Weise faktisch verunmöglicht, würde sich die Berufsausübungsregelung, die eine Geltungserstreckung von Tarifverträgen im Grundsatz darstellt, in ihren ökonomischen Konsequenzen einer Berufsuntersagung und damit einer einschneidenden objektiven Berufswahlregelung stark annähern.

Im Hinblick auf die sekundären Regelungsziele – Erhaltung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung und Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie – ist die Eignung zur Zielverwirklichung zweifelhaft: Eher steht zu befürchten, dass zunächst zahlreiche Arbeitsplätze bei kleineren Branchenunternehmen entfallen, die bislang überwiegend in der Nachunternehmerfunktion agieren. Ob in vergleichbarem Maße Beschäftigung in einem dann deutlich zentristischer strukturierten Markt wieder aufgebaut wird, scheint zweifelhaft. Vielmehr steht zu befürchten, dass es dann zu weiterer Arbeitsverdichtung in den Belegschaften der wenigen verbleibenden Marktakteure kommt – ein im Hinblick auf das legitime Regelungsziel einer Verbesserung der Arbeitssituation kontraproduktiver Effekt.

### 3 Fazit

Im Ergebnis ist daher der Weg über eine klassische Geltungserstreckung von (Mindestlohn-)Tarifverträgen nach § 5 TVG oder § 7 AEntG mangels hinreichender Repräsentativität der als Anknüpfungspunkte in Betracht kommenden Tarifverträge in der KEP-Branche versperrt. Die problematischen Wettbewerbsbedingungen in der Branche schlagen insofern auf die tarifvertragliche Betrachtung durch. So zutreffend es im Ausgangspunkt ist, dass das BVerfG die Geltungserstreckung von Tarifverträgen zulässt, so deutlich scheidet eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Geltungserstreckung derzeit an den spezifischen Rahmenbedingungen der KEP-Branche.

---

<sup>187</sup> Vgl. VG Köln, Urt. v. 17.08.2022 – 21 K 273/20, N&R 2022, 313.





## ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

### 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 Potenzial, 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 Ausnahme 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.

Zweifellos **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 mitgliedschaftlicher 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](http://www.biek.de)