

Kärcher, Anneliese; Walser, Manfred

Working Paper

Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht

HSI-Working Paper, No. 18

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Kärcher, Anneliese; Walser, Manfred (2023) : Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, HSI-Working Paper, No. 18, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI), Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303147>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WORKING PAPER

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Nr. 18 · September 2023 · HSI-Working Paper

VEREINBARKEIT EINES DIREKTANSTELLUNGSGEBOTS IN DER PAKETZUSTELLUNG MIT DEM VERFASSUNGS- UND UNIONSRECHT

Dipl. Jur. Anneliese Kärcher
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.



Vorwort

Die Skandale um die Arbeits- und Lebensbedingungen von Arbeiter:innen in der Fleischindustrie haben den Fokus auf ein Thema gelenkt, das von der Öffentlichkeit zu lange zu wenig beachtet wurde: Trotz sozialstaatlicher Maßnahmen wie dem Mindestlohn existiert in Deutschland ein großer Niedriglohnsektor, in dem Arbeitsrecht zum Teil nur auf dem Papier steht, seine Einhaltung und Durchsetzung aber in der Praxis in großen Teilen nicht gewährleistet wird.

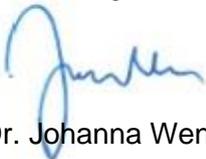
Solcherart prekäre Beschäftigungsverhältnisse sind nicht auf die Fleischindustrie beschränkt, in der seitens des Gesetzgebers jüngst mit dem Arbeitsschutzkontrollgesetz konkrete Gegenmaßnahmen ergriffen wurden. Welche solcher Maßnahmen zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Standards geboten, aber auch zulässig sind, hängt allerdings stark von den faktischen Gegebenheiten der jeweiligen Branche ab.

In der Paketbranche herrscht trotz des Booms, den die Branche im Zuge des wachsenden Versandhandels erlebt, ein erheblicher Druck auf die Arbeitsbedingungen, der an die Subunternehmen in der Auftragskette weitergereicht wird. Schlechte Arbeitsbedingungen, insbesondere ein nicht zu bewältigender Workload, ein hohes Maß an Überwachung durch Technik, eine hohe Fluktuation und erhebliche Gesundheitsgefahren sind ein belegtes Problem.

Die zuständige Dienstleistungsgewerkschaft ver.di fordert ein Verbot der Beauftragung von Subunternehmen in der Paketbranche, sowie eine Gewichtsbeschränkung im so genannten Ein-Mann-Handling. Die Forderung findet prominente Unterstützung durch Politiker:innen aus Regierung und Opposition.

Das Hugo Sinzheimer Institut hat Prof. Dr. Manfred Walser und Anneliese Kärcher, beide Hochschule Mainz, damit beauftragt, einen Überblick über Regulierungsmöglichkeiten für bessere Arbeitsbedingungen in verschiedenen Branchen und zur Beseitigung von Durchsetzungsdefiziten des Arbeitsrechts zu geben. Aufgrund der Aktualität der Debatte um die Paketbranche erscheinen die darauf bezogenen Forschungsergebnisse aus dieser umfassenderen Untersuchung hiermit vorab als Working Paper. Die Ergebnisse der vorliegenden Veröffentlichung geben einen Einblick in den Forschungsstand zur Situation der Branche, prüfen die rechtlichen Rahmenbedingungen eines Gebots der Direktanstellung, einschließlich des Unionsrechts. Sie werden in die abschließende Veröffentlichung des HSI einfließen.

Eine anregende Lektüre wünscht



Dr. Johanna Wenckebach
Wiss. Direktorin des HSI
Frankfurt am Main, Juni 2023

Inhalt

Vorwort	3
A. Einleitung und Gutachtenfrage	7
B. Definition und Entwicklung der Paketzustellung	8
I. Branchendefinition	8
1. Definition der KEP-Dienste	8
2. Der Weg des Paketes vom Versender zum Empfänger	8
3. Paketzustellung als Beförderung von Postdienstleistungen i.S.d. PostG	9
II. Branchenentwicklung	10
III. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands: „Paketzustellung“	12
C. Branchenstruktur, Arbeitsmarkt und Arbeitsbedingungen in der Paketbranche	14
I. Die Auswirkungen des „Booms“ in der Branche auf die Arbeitsbedingungen	14
II. Zweiteilung des Arbeitsmarktes: Subunternehmer, deren Beschäftigte und Soloselbständige in der Paketbranche	16
III. Beschäftigungsbedingungen in Subunternehmen/von Soloselbständigen in der Paketbranche	17
1. Beschäftigungsformen und Verdienste in der KEP-Branche	17
2. Sozial- und Lohndumping als Folge des Preis- und Wettbewerbsdrucks auf die Subunternehmer	19
3. Subsubunternehmerketten sowie deren Auswirkungen auf die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung	21
a) Erschwerte Rechtswahrnehmung und -durchsetzung	22
b) Sich wiederholende Verhaltensweisen: Ausnutzung der aus dem Ausland stammenden Beschäftigten und deren Angewiesenheit auf den Job im Subunternehmen	22
4. Der Arbeits- und Gesundheitsschutz in Subunternehmen	24
a) Allgemeines	24
b) Vorgabe der Betriebsorganisation/des Arbeitsablaufs durch die Paketdienstleistungsunternehmen	25
c) Auswirkungen der Dauerüberwachung durch die Paketdienstleistungsunternehmen auf die Gesundheit der Beschäftigten	26

d) Einhaltung des Arbeitszeitrechts	27
e) Körperliche Belastung – Gewichtskennzeichnungen und - beschränkungen	28
IV. Betriebliche Mitbestimmung und Tarifstrukturen in Subunternehmen	30
V. Resümee zur Situation in der Branche der Paketzustellung	32
D. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung	34
I. Verfassungsrecht	34
1. Vorbemerkung	35
2. Beschränkung des Einsatzes von Subunternehmen	36
a) Eingriff in die Berufsfreiheit	36
aa) Berufsfreiheit der Paketdienstleister	37
bb) Berufsfreiheit der Subunternehmer	37
cc) Berufsfreiheit der Arbeitnehmer der Subunternehmer	38
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	39
aa) Vorbemerkung	39
bb) Legitime Zwecke und Geeignetheit	40
(1) Schutz der Beschäftigten – Ordnung des Teilarbeitsmarktes der Paketzustellung	41
α. Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen, Schaffung klarer Verantwortlichkeiten und Bekämpfung illegaler Beschäftigung	41
β. Verbesserung der Gesundheitsbedingungen	42
Γ. Zwischenergebnis	43
(2) Effektive Kontrollen	43
(3) Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung	44
(4) Stärkung der Tarifautonomie – Ermöglichung des Aufbaus tarifvertraglicher Strukturen	47
(5) Sicherung der sozialen Sicherungssysteme und des Steueraufkommens – keine Verschärfung des Arbeitskräftemangels	49
(6) Förderung rechtskonformen Verhaltens der Beschäftigten und Postgeheimnis	49

(7) Zwischenergebnis	50
cc) Erforderlichkeit – Keine milderer Mittel als ein Direktanstellungsgebot	51
(1) Gesetzliche Festlegung von Beschäftigungsbedingungen	51
(2) Effektive Kontrollen	52
(3) Gesetzliche Haftungs- und Sanktionsnormen	54
(4) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz	57
(5) Erlaubnisvorbehalt oder Lizenzpflicht als Alternative?	59
dd) Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	62
c) Eingriff in den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und Rechtfertigung	63
3. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Paketzustellung	65
a) Ausmaß/Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung in der Paketbranche	65
b) Eingriff in das Verfassungsrecht	66
c) Rechtfertigung	66
II. Unionsrecht	71
1. Einschränkung der Fremdvergabe	71
a) Sekundärrechtliche Regulierung des Postdienste-Marktes	71
b) Rechtsprechung des EuGH zur Unterauftragsvergabe	73
c) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	74
2. Arbeitnehmerüberlassungsverbot	79
E. Abschließende Bemerkungen und Fazit	81
Literaturverzeichnis	83

A. Einleitung und Gutachtenfrage

In einem am 9. April 2023 erschienenen Interview kündigt Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil* an, in der Novelle des Postgesetzes auch Arbeitsschutzmaßnahmen einzubringen.¹ Der Entwurf soll noch in diesem Jahr vorgelegt werden. Er nennt dabei insbesondere arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen i.e.S., nämlich dass Pakete über 20 kg künftig durch Speditionen mit zwei Personen zugestellt werden müssen. Außerdem sollen Pakete ab 10 kg künftig gekennzeichnet werden müssen. Daneben soll die Lizenzpflicht, der nach § 5 Abs. 1 PostG nur die Beförderung von Briefsendungen unter 1 kg unterliegt, auf Paketdienstleister ausgeweitet werden, um Unternehmen, die gegen Arbeitsbedingungen verstoßen, die Lizenz entziehen zu können.² Neben diesen Maßnahmen hat der Bundesrat auf Initiative der Bundesländer Bremen³, Niedersachsen⁴, Thüringen⁵ und dem Saarland⁶ am 12. Mai 2023 die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzesentwurfs zur Änderung des Paketboten-Schutz-Gesetzes aufgefordert: „Analog zum Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft sollte nach Ansicht des Bundesrates auch für die Zustellung von Paketen ein Verbot von Werkverträgen umgesetzt werden.“⁷ Mit § 6a Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) besteht für einige Bereiche der Fleischwirtschaft das Gebot für Betriebsinhaber, die Produktion bzw. Leistungserbringung nur durch direkt bei ihm angestellte Arbeitnehmer zu erbringen. Der Einsatz von Werkvertragsunternehmen, Soloselbständigen und Leiharbeitnehmern ist damit in diesen Bereichen verboten.

Das nachfolgende Kurzgutachten im Auftrag des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht geht der Frage nach, ob ein solches Direktanstellungsgebot⁸ auch bei der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht vereinbar wäre. Unterstellt wird für das Gutachten, dass die Ausgestaltung eines solchen Verbots dem soeben beschriebenen § 6a GSA Fleisch entsprechend nachgebildet würde.

¹ Vgl. dazu die Eckpunkte des BMWK für eine Novelle des Postgesetzes v. 26.1.2023: <https://tinyurl.com/47bbdjma> (21.4.2023).

² *Hellemann/Rosenfelder*, Interview mit Bundesminister *Hubertus Heil*, Bild am Sonntag, 9.4.2023, S. 4 f.

³ Beschluss Nr. 20/925 der Bremischen Bürgerschaft: „Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen“ (LT-Drs. 20/1768 v. 8.2.2023).

⁴ Niedersächsischer Landtag, LT-Drs. 19/874 v. 14.3.2023, „Logistik geht auch mit Guter Arbeit: Werkverträge und Nachunternehmerketten in der Paketbranche verbieten“.

⁵ Vgl. Pressemitteilung ver.di v. 12.5.2023, <https://tinyurl.com/2vrd5u6m> (16.5.2023); Süddeutsche Zeitung v. 21.3.2023, <https://tinyurl.com/5emh3mnc> (16.5.2023).

⁶ Vgl. Pressemitteilung ver.di v. 12.5.2023, <https://tinyurl.com/2vrd5u6m> (16.5.2023).

⁷ BR-Drs. 117/23 v. 12.5.2023, S. 3.

⁸ S. zur Begrifflichkeit *Deinert*, AuR 2020, 344, 344.

B. Definition und Entwicklung der Paketzustellung

I. Branchendefinition

1. Definition der KEP-Dienste

Für die Beurteilung der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung ist zunächst eine möglichst präzise Definition der (Teil-)Branche und damit der zu erfassenden Betriebe erforderlich. Die Paketzustellung bildet einen Teil der Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP). Nach der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2008) gehört die KEP-Branche zum Wirtschaftsabschnitt Verkehr und Lagerei und umfasst die „Abholung, Sortierung, Beförderung und Zustellung (national oder international) von Briefpost, Päckchen und Paketen durch Unternehmen. Die Beförderung kann auf verschiedene Art und sowohl mit eigenen Fahrzeugen als auch mit öffentlichen Verkehrsmitteln erfolgen.“ Auch erfasst werden Zustelldienste u.a. lokale Liefer- und Botendienste.⁹ Kurierdienste bezeichnen den Direktversand von adressierten Sendungen vom Sender zum Empfänger. Expressdienstleistungen und Paketdienstleistungen sind nicht trennscharf voneinander abgrenzbar,¹⁰ da sie den Paketversand über das Partnernetzwerk eines Paketdienstleisters betreffen. Während Expressdienstleistungen die garantierte Beförderungszeit fokussieren, steht bei den übrigen Paketdienstleistungen die standardisierte Beförderung der Pakete im Vordergrund, wobei das Paketsegment „mit dem Expresssegment zunehmend enger verbunden [ist], da auch bei Paketsendungen die Lieferzeit an Bedeutung gewinnt“¹¹.

2. Der Weg des Paketes vom Versender zum Empfänger

Der Weg der Pakete von den Versendern führt über Logistikzentren der gewählten Paketdienstleistungsunternehmen zu Sortier- und Verteilzentren, darauffolgend in Depots und von diesen aus zu den Empfängern. Die Beförderung der Pakete durch Paketzusteller vom Depot zum Empfänger wird „letzte Meile“ genannt.¹² Die Depots werden nicht nur von den Paketdienstleistern selbst betrieben. In der Praxis kommt es oft vor, dass diese „teilweise durch Generalunternehmer betrieben [werden], die wiederum zur Paketauslieferung teilweise auf Subunternehmer zurückgreifen. Diese können weitere Subunternehmer dazwischenschalten.“¹³ So entstehen die Sub- und

⁹ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/post-kurier-expressdienste/hinweis-wz.html?nn=374076> (5.4.2023).

¹⁰ Vgl. Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 40.

¹¹ Monopolkommission, 12. Sektorgutachten, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 137.

¹² Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 3.

¹³ Rinckhoff, NZA 2019, 1667, 1667.

Subsubunternehmerketten, welche sehr unübersichtlich sein können. Beispielsweise bei Amazon erfolgt die Zustellung der Pakete zu den Kunden laut der Bundesnetzagentur ausschließlich durch kleine und mittelgroße Subunternehmen.¹⁴ Die Zusteller der Pakete kümmern sich nicht um die Sortierung und Verteilung der Pakete. Dies bewerkstelligt die Amazon Transport GmbH in vorgelagerten Schritten. Die Subunternehmen nehmen die Pakete ab den Verteilzentrum von der Amazon Transport GmbH entgegen, welche die Pakete dort schon nach Zustellbezirken verteilt und in einem vorgelagerten Prozess in Sortierzentren sortiert hat. Dabei werden die Pakete in den Sortierzentren der Amazon Transport GmbH von der Amazon Logistics GmbH zugeliefert, nachdem in den großen Logistik-Zentren die Ware angenommen, eingelagert, kommissioniert und verpackt worden ist.¹⁵

3. Paketzustellung als Beförderung von Postdienstleistungen i.S.d. PostG

Gesetzlich stellt der Transport der Pakete zum Empfänger durch den gewählten Paketdienstleister in der Regel eine Beförderung von adressierten Paketen dar und ist damit eine Postdienstleistung i.S.d. § 4 Nr. 1 lit. b und Nr. 3 PostG, wenn deren Einzelgewicht nicht 20 kg überschreitet. Laut der Gesetzesbegründung zum PostG beschränkt sich die „Beförderung“ nicht auf den reinen Transportvorgang zum Kunden,¹⁶ sondern umfasst die gesamte Wertschöpfungskette vom Absender bis zum Empfänger.¹⁷ Unter das Postwesen sind demnach „im wesentlichen solche Dienstleistungen zu fassen, die in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit der Beförderung von schriftlichen Mitteilungen und Kleingütern [Kleingüter = Pakete, vgl. S. 20 der Gesetzesbegründung, Anm. d. Verf.] stehen“.¹⁸

Aus einem Umkehrschluss von § 5 PostG ergibt sich ferner, dass es für die Beförderungen von Paketen bislang keinerlei Lizenz bedarf (zur Lizenzpflicht unten D.I.2.a)cc)(5)). Jedoch müssen die Paketdienstleistungserbringer die Aufnahme, Änderung und Beendigung des Betriebs anzeigen, vgl. § 36 PostG.

¹⁴ Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 42.

¹⁵ Händlerbund Management AG, amazon WATCHBLOG, <https://www.amazon-watchblog.de/unternehmen/2392-amazon-startet-2023-logistikzentrum-kaiserslautern.html> (2.4.2023).

¹⁶ So auch Erbs/Kohlhaas-*Häberle*, § 4 PostG Rn. 9.

¹⁷ BT-Drs. 13/7774, 1997, S. 20.

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 13/7774, 1997, S. 19.

II. Branchenentwicklung

Die Paketdienstleistungen als Teil der Speditions- und Logistikbranche ist einer der stärksten Wachstumsbereiche innerhalb der Gesamtbranche, die vom boomenden nationalen und internationalen Online-Handel profitiert.¹⁹ In den vergangenen zehn Jahren hat sich das Sendungsvolumen in der KEP-Branche mehr als verdoppelt,²⁰ wobei es seit Beginn der Sars-Cov-2-Pandemie sogar überproportional ansteigt:²¹ So wurde im Jahr 2021 ein neues Rekordhoch in Deutschland von 4,5 Mrd. Sendungen (+ 11,2 Prozent im Vergleich zum Vorjahr) erreicht – das entspricht 15 Mio. Sendungen am Tag.²² Auch wenn die Paketmengen laut Bundesverband Paket- & Expresslogistik (BIEK)²³ und Deutsche Post/DHL vor allem im Jahr 2022 durch negative Effekte wie den Ukraine-Krieg, gestiegene Lebenshaltungskosten und den sukzessiven Wegfall von pandemiebedingten Beschränkungen im Vergleich zum Vorjahr rückläufig gewesen ist,²⁴ ist für die kommenden Jahre weiterhin von einem starken Wachstum des Sendungsvolumens auszugehen. So prognostiziert der BIEK bei einem durchschnittlichen Wachstum von 3,3 Prozent im Jahr 2027 ein Sendungsvolumen von 4,9 Mrd.²⁵ Über 80 Prozent des Sendungsaufkommens des KEP-Bereichs entfallen dabei auf die Paketbranche.²⁶

Mit dem steigenden Sendungsvolumen geht auch ein Wachstum des Personalbestands einher. Insgesamt waren im Juni 2022 bundesweit knapp 360.000 sozialversicherungspflichtig Beschäftigte im KEP-Bereich tätig.²⁷ Der Beschäftigungszuwachs ist dabei erheblich und betrug bspw. zwischen 2020 und 2021 rund 4 Prozent.²⁸

Auch der Gesamtumsatz erreichte mit 26,9 Mrd. EUR im Jahr 2021 (+ 14,3 Prozent im Vergleich zum Vorjahr) einen Rekordstand.²⁹ Laut

¹⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. N 078 vom 25.11.2020, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/11/PD20_N078_474.html (21.3.2023); Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2021, KEP Studie 2021, Juni 2021, S. 1; Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2022, Juni 2022, S. 18; außerdem: BT-Drs. 19/13958, 2019, S. 1.

²⁰ Bremische Bürgerschaft, Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen, Drs. 20/6.2.2023, S. 1.

²¹ Vgl. Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2021, KEP Studie 2021, Juni 2021, S. 12; Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2022, 2022, S. 1.

²² Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2022, Juni 2022, S. 6.

²³ Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2023, Juni 2023, S. 6, 11.

²⁴ Deutsche Post DHL Group, Geschäftsbericht 2022, S. 38, abrufbar unter <https://tinyurl.com/brbh9end> (16.5.2023).

²⁵ Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2023, Juni 2023, S. 13 ff.

²⁶ Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 107.

²⁷ BR Drs. 117/23, 2023, S. 2.

²⁸ Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2022, Juni 2022, S. 28; wo die Branche allerdings enger gefasst ist und von einer Gesamtbeschäftigung von 266.000 Personen im Jahr 2021 ausgegangen wird.

²⁹ Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP Studie 2022, Juni 2022, S. 17.

Angaben des Statistischen Bundesamts hat sich der Umsatz schon zwischen 2000 und 2018 mehr als verdoppelt.³⁰ Die häufig als „Big Five“ bezeichneten Unternehmen in der Paketbranche – Deutsche Post/DHL, Hermes, UPS, DPD und GLS – machen dabei ca. 80 Prozent des Gesamtumsatzes aus.³¹ Der Markt in der Paketbranche wird also von wenigen großen, weltweit agierenden Unternehmen beherrscht,³² die zudem teilweise Tochterfirmen von ehemaligen staatlichen Postdiensten sind (DHL – Deutsche Post AG; DPD – La Poste, Frankreich; GLS –Royal Mail, Großbritannien)³³. Als „sechster“ im Bunde der größten Paketdienstleister in Deutschland kommt mittlerweile noch Amazon mit seinem im Jahr 2015 aufgebauten eigenen Zustellnetzwerk hinzu.³⁴ Im Jahr 2020 wurden zwischen 5 und 15 Prozent der Pakete in Deutschland durch Amazon zugestellt.³⁵

Daneben bestehen viele kleine und umsatzschwache Paketdienstleister,³⁶ die für sich gesehen weniger als 2 Prozent am Marktanteil haben.³⁷ Konkrete Zahlen zu den in der Zustellung tätigen Unternehmen lagen für das Gutachten nicht vor. Allerdings waren in der Strukturhebung des Statistischen Bundesamtes im Dienstleistungsbereich für das Jahr 2020 in der Wirtschaftsgruppe 53.2. „Sonstige Post, Kurier- und Expressdienste“ insgesamt 14.400 Unternehmen ausgewiesen. 88 Prozent der Unternehmen hatten dabei weniger als 20 Beschäftigte und 34 Prozent der Unternehmen hatten nur einen Beschäftigten.³⁸ Der Anteil der Unternehmen mit nur 1 bis 9 tätigen Personen lag bei 75 Prozent,³⁹ sodass bspw. die zentralen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen des KSchG in diesen Betrieben nicht greifen, da für diese eine Betriebsgröße von zehn Arbeitnehmern erforderlich ist (vgl. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG). Eine Aufteilung zwischen Paket- und sonstigen Postdienstleistungen findet sich in der Statistik nicht. Geht man von der Zahl

³⁰ BT-Drs. 19/14417, 2019, S. 2.

³¹ *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 9.

³² Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 30, mit weiteren Details zu diesen Unternehmen.

³³ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 24.

³⁴ Bundesnetzagentur, *Tätigkeitsbericht Post*, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 44; seinen Lieferdienst „Amazon-Flex“, über den Soloselbständige über eine App Aufträge annehmen konnte, stellte Amazon im Juni 2022 nach einer Vereinbarung mit der Deutschen Rentenversicherung ein, nachdem das Unternehmen immer wieder mit der Frage der Scheinselbständigkeit konfrontiert wurde – so ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, *Fair zugestellt statt ausgeliefert*, Präsentation, 2023, S. 15.

³⁵ Monopolkommission, 12. Sektorgutachten, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 3.

³⁶ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. N 078 vom 25.11.2020, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/11/PD20_N078_474.html (21.3.2023); <https://www.tagesschau.de/inland/paketzusteller-arbeitsbedingungen-101.html> (21.3.2023).

³⁷ Bundesnetzagentur, *Tätigkeitsbericht Post*, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 42.

³⁸ Vgl. Statistisches Bundesamt, *Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2020, Grundzahlen der rechtlichen Einheiten oder Einrichtungen nach Beschäftigtengrößenklassen für die Wirtschaftsgruppe 53.2 Sonstige Post, Kurier- und Expressdienste*.

³⁹ Ebd.

der Beschäftigten aus, wäre knapp die Hälfte der genannten Unternehmen als Paketdienstleister tätig. Auch wenn das Bild unscharf bleibt, zeigt sich doch, dass es sich um eine stark zerklüftete Branche mit vielen Kleinstunternehmen handelt.

III. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands: „Paketzustellung“

Die Arbeitsbedingungen in der Branche werden unter C. nachfolgend ausführlich untersucht. An dieser Stelle kann im Vorgriff aber schon festgehalten werden, dass das soeben beschriebene erhebliche Wachstum der Branche nicht zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Paketzusteller auf der letzten Meile geführt hat.⁴⁰ Um dies zu verstehen, muss man sich vergegenwärtigen, dass Paketzustellung auf der „letzten Meile“ drei Viertel der Kosten der Paketdienstleistung insgesamt ausmacht und das Automatisierungspotenzial zumindest nach derzeitigem Stand gering ist.⁴¹ Gleichzeitig handelt es sich um eine hochmobile Tätigkeit. Angesichts der hohen Bedeutung dieses Teilbereichs der Paketdienstleistungen sowohl für die Beschäftigten als auch für die Kosten der Dienstleistungserbringung, ist das der Tätigkeitsbereich, in dem offenbar die Problematik hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen am größten ist. Daher soll hier der Fokus des Gutachtens liegen und davon ausgegangen werden, dass das Direktbeschäftigungsgebot auf den Bereich der Paketzustellung beschränkt wird.

Unter „Paketzustellung“ wird dabei die Beförderung von adressierten Paketen durch Paketzusteller vom Depot zum Empfänger verstanden, also die Zustellung auf der so genannten „letzten Meile“. Dabei wird allerdings nicht auf den engen Begriff des § 4 Nr. 1 lit. b PostG zurückgegriffen, sondern auch die Zustellung von Paketen über 20 kg miteinfasst. Dies ist schon deshalb sinnvoll, weil in der Branchenpraxis ohnehin nicht zwischen Paketen unter und über 20 kg unterschieden wird.⁴² Express- und Paketdienstleistungen unterscheiden sich, wie oben bereits dargestellt, in der Tätigkeit nicht – in beiden Fällen werden adressierte Pakete durch ein Zustellnetzwerk vom Depot zum Empfänger befördert – und sind daher nicht trennscharf voneinander abgrenzbar. Expressdienstleistungen sind also grundsätzlich nach den oben genannten Kriterien von der Paketzustellung und jedenfalls insofern nach hiesigem Verständnis von der „Paketzustellung“ erfasst. Nicht erfasst werden dagegen Postdienstleistungen i.S.d. § 4 Nr. 1 lit. a PostG, also Briefsendungen, sowie die Beförderung von Druckwerken i.S.d. § 4 Nr. 1 lit. c PostG. Damit bezieht sich das vorliegende Gutachten auch nicht auf den lizenzpflichtigen Bereich i.S.d. § 5 PostG in seiner aktuellen Fassung.

Ausgenommen von der Untersuchung sind ferner Kurierdienste, obwohl auch sie adressierte Pakete i.S.d. PostG befördern. Der Grund dafür ist, dass die Beschäftigungsstruktur wie auch der Betriebsablauf nach Auskunft

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 19/13390, 2019, S. 1.

⁴¹ Vgl. *Bienzeisler/Zanker*, Zustellarbeit 4.0 – Eine 360-Grad-Analyse, S. 26.

⁴² Vgl. etwa MRU GmbH, Marktuntersuchung nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen, 2011, S. 26.

der für dieses Gutachten interviewten Branchenexperten⁴³ von ver.di und „Faire Mobilität“ wesentlich andere sind als in der Paket- und Expressbranche. Im Fall der Kurierdienste werden die adressierten Pakete nämlich direkt ohne einen Umschlag in Verteil- und Sortierzentren vom Sender zum Empfänger befördert. Zur Beurteilung eines Direktanstellungsgebots auch in der Kurierbranche müssten die Beschäftigungsbedingungen in dieser Branche somit gesondert analysiert werden.

⁴³ Interviews mit ver.di vom 24.3.2023 und 20.4.2023 und 6.4.2023; Interview mit „Faire Mobilität“ vom 14.4.2023.

C. Branchenstruktur, Arbeitsmarkt und Arbeitsbedingungen in der Paketbranche

I. Die Auswirkungen des „Booms“ in der Branche auf die Arbeitsbedingungen

In der Branche der Paketzustellung herrscht ein ausgeprägter Preiswettbewerb. Dieser wurde durch den Boom im Online-Handel noch deutlich verstärkt, wo Versandkosten einschließlich der Rücksendekosten bei Widerruf einen wesentlichen Wettbewerbsfaktor darstellen. Laut einer Studie der österreichischen Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA) – die diese im Auftrag der Europäischen Kommission hinsichtlich der Arbeitsbedingungen in der Paketdienstleistungsbranche für die Länder Tschechien, Ungarn, Deutschland und Österreich durchgeführt hat – ist die Paketzustellung aufgrund des hohen Kostenanteils auf der „letzten Meile“ für die Anbieter der Ort, an dem versucht wird, Kosten einzusparen. In der Praxis führt das zu einem Wettbewerb auf Kosten der Arbeitsbedingungen.⁴⁴ Betrachtet man die gesamten Postdienstleistungen – also über den Bereich der Paketzustellung hinaus – betrug der Personalaufwand im Jahr 2019 14,4 Mrd. EUR bei einem Gesamtumsatz von 47,7 Mrd. EUR, also deutlich mehr als ein Viertel.⁴⁵ Reduziert auf die Paketzustellung dürften sich die Kosten für den Personalaufwand noch deutlich höher darstellen. Vor allem der Arbeitsdruck hat sich mit dem Wachstum erhöht, wodurch die körperliche Belastung⁴⁶ der Paketzusteller stark zugenommen hat. Infolgedessen bewältigt nach der genannten Studie von FORBA ein Paketzusteller heutzutage die Paketmenge, die vor ca. 15 Jahren zwei Zusteller bewältigt hätten. Es ist daher naheliegend, dass damit der Leistungs- und Zeitdruck neben den physischen und psychischen Belastungen erheblich angestiegen ist.⁴⁷ Hierauf wird im Detail noch unter III. einzugehen sein.

Die Arbeitsbedingungen und die Arbeitsbelastung führen in der Branche zu einer erheblichen Fluktuation der Beschäftigten. Teilweise wird angenommen, dass diese von den Unternehmen sogar gewollt ist.⁴⁸ Dass sich dies nicht negativ auf die Arbeitsabläufe in der Paketzustellung auswirkt, liegt vor allem daran, dass die Strukturierung der Tätigkeit weitestgehend digitalisiert und standardisiert ist. Daher können ungelernete Arbeitskräfte schnell allein auf die Zustellung geschickt werden. Die Scanner und Routenplanungsprogramme sind in mehreren Sprachen bedienbar und erklären sich mittlerweile von selbst, sodass keine/kaum

⁴⁴ Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28.

⁴⁵ Statistisches Bundesamt, Dienstleistungen 2019, 2021, S. 7.

⁴⁶ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 7.

⁴⁷ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28 f.

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 29.

Anlernung durch andere Beschäftigte notwendig ist.⁴⁹ Die Paketbranche ist daher häufig für zugewanderte Personen, deren Ausbildungen in Deutschland nicht anerkannt werden, eine der wenigen Branchen, in denen sie schnell und einfach eine Arbeitsstelle erlangen können.⁵⁰ Der Anteil migrantischer Beschäftigter ist folgerichtig sehr hoch, wobei die konkrete Herkunft (EU-Mitgliedstaaten/Drittstaaten) von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ist.⁵¹ Mindestens ein Drittel der Beschäftigten bei Subunternehmen ist neu zugewandert.⁵² Die Zusteller stammen häufig aus Drittstaaten wie der Türkei, Syrien, Irak, Iran, Afghanistan, arabischen Staaten, Sri Lanka, Ghana, Aserbaidshan, Indien und Mali. Mittlerweile nimmt der recht hohe Anteil der Beschäftigten aus Osteuropa (Rumänien, Bulgarien, Polen, Tschechien, Griechenland) etwas ab.⁵³ Häufig sind die Subunternehmen familiär organisiert, sodass Väter, Mütter, Kinder, Cousins usw. die Paketzustellung gemeinsam bewältigen.⁵⁴ Die Anwerbung der Paketzusteller, die aus dem Ausland zum Arbeiten in der Paketbranche nach Deutschland kommen, erfolgt laut Auskunft vom staatlich finanzierten Beratungsnetzwerk „Faire Mobilität“ (§ 23a AEntG) im jeweiligen Heimatland auf verschiedenen Wegen.⁵⁵ Neben der Mund-zu-Mund-Propaganda spielen vor allem das Internet eine große Rolle für den Eintritt auf den deutschen Arbeitsmarkt. Über Jobplattformen, Kleinanzeigeportale (exemplarisch: ebay Kleinanzeigen) oder auch Facebookgruppen – die vor allem in Mittel- und Osteuropa nach wie vor beliebt sind – werden Arbeitskräfte für den deutschen Paketzustellungsmarkt angeworben. Diese Personen würden dabei häufig mit falschen Versprechungen, insbesondere bezogen auf Gehaltssummen und Festanstellungen, aber auch damit gelockt, dass der Arbeitgeber sich in Deutschland um „Wohnung, Krankenversicherung und sonstigen ‚Papierkram‘ [...]“⁵⁶ kümmere. Die enttäuschten Erwartungen in Verbindung mit der hohen Arbeitslast sowie einhergehenden körperlichen und psychischen Belastung führten häufig dazu, dass diese migrantischen Beschäftigten die Branche bereits nach kurzer Zeit komplett verlassen.

⁴⁹ Vgl. dazu Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 10 f., 57 f. mit weiteren Ausführungen zu den eingesetzten digitalen Techniken der Paketdienstleister vor allem zur digitalen Prozesssteuerung und -kontrolle und deren Auswirkungen.

⁵⁰ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 29.

⁵¹ So die Auskunft von „Faire Mobilität“ (vgl. Fn. 43).

⁵² Sell, Löhne und Arbeitsbedingungen, abrufbar unter <https://aktuelle-sozialpolitik.de/2023/01/13/die-vergessenen-paketzusteller/> (24.3.2023).

⁵³ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 9.

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ So die Auskunft von „Faire Mobilität“ (vgl. Fn. 43).

⁵⁶ Vgl. so Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 14.

II. Zweiteilung des Arbeitsmarktes: Subunternehmer, deren Beschäftigte und Soloselbständige in der Paketbranche

Der Arbeitsmarkt in der Paketbranche ist zweigeteilt: Um ihre Gewinnziele zu maximieren, lagert – wie bereits ausgeführt – die Mehrzahl der Paketdienstleister die Paketzustellung auf Subunternehmen einschließlich Soloselbständiger aus.⁵⁷ Die Unterschiede zwischen den großen Paketdienstleistern sind allerdings erheblich. Während Deutsche Post/DHL nahezu 100 Prozent eigene Zusteller beschäftigt, setzen UPS und FedEx ca. 40 Prozent Stammarbeitskräfte ein und lagern den überwiegenden Rest an Subunternehmer aus. DPD setzt für die Paketzustellung fast vollständig Subunternehmen ein, während Hermes, GLS und Amazon die Paketzustellung mangels eigener Paketzusteller sogar ganz vollständig an Subsubunternehmer mit überwiegend kleinbetrieblichem Charakter übertragen. Somit ist fast jeder zweite Paketzusteller bei Subunternehmen beschäftigt.⁵⁸ Von den knapp 360.000 sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in der KEP-Branche sind rund 270.000 Personen – und damit fast 80 Prozent – in Kleinbetrieben mit weniger als zehn Arbeitnehmern tätig.⁵⁹

In der Paketbranche gibt es außerdem etwa 2 Prozent soloselbständige Paketzusteller,⁶⁰ die als Sub- oder Subsubunternehmer in der Paketbranche agieren.⁶¹ Problematisch ist dabei der nur schmale Grat zur Scheinselbständigkeit. Denn durch die auftraggebenden Paketdienstleister werden Routen- und Touren größtenteils vorgeplant, die zu bewältigenden Paketmengen vorgegeben sowie Pakete teilweise schon vorsortiert an die Subunternehmer übergeben, sodass kaum mehr ein unternehmerischer Spielraum der Soloselbständigen verbleibt. Zudem sind diese vielfach schon optisch nicht von Stammbeschäftigten zu unterscheiden, da sie oftmals einheitliche Firmenkleidung tragen.⁶² Insgesamt scheint der Anteil soloselbständiger Beschäftigter in der Branche aber zurückzugehen, was auch daran liegen könnte, dass diese Beschäftigten durch die Rechtsprechung häufig als Arbeitnehmer eingestuft werden (dazu unten D.I.2.b)cc(3)).

⁵⁷ Vgl. Bundesnetzagentur, Wesentliche Arbeitsbedingungen der Subunternehmer im lizenzierten Briefbereich, S. 18; Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26; Schaubild zur Dreiteilung der Arbeitsverhältnisse bei deutschen Paketzustellern: Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 27.

⁵⁸ Eigene Berechnung anhand von Unternehmensangaben bei ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 6.

⁵⁹ BR-Drs. 117/23, 2023, S. 2 f.

⁶⁰ Eigene Berechnung anhand von Unternehmensangaben bei ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 6.

⁶¹ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28.

⁶² Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28.

III. Beschäftigungsbedingungen in Subunternehmen/von Soloselbständigen in der Paketbranche

1. Beschäftigungsformen und Verdienste in der KEP-Branche

Mit der Zweiteilung des Arbeitsmarktes ist eine Zweiteilung der Beschäftigungsbedingungen verbunden,⁶³ teilweise ist die Sprache von einer „Prekarisierung der Arbeitswelt in der Paketzustellung“⁶⁴. Auch wenn aus Gründen der statistischen Erfassung Zahlen zu den Paketzustellern nicht exakt vorliegen, so existieren zumindest Angaben zu den Beschäftigten in den „Sonstigen Post-, Kurier- und Expressdiensten“⁶⁵.⁶⁶ Aber selbst wenn man die gesamte KEP-Branche in Deutschland betrachtet zeigt sich ein Tätigkeitssektor, in dem atypische Beschäftigung weit verbreitet ist und sich immer stärker verfestigt.⁶⁷ So sind dort etwa ein Drittel der Beschäftigungsverhältnisse im Kerngeschäft atypisch beschäftigt i.S.d. der Definition des Statistischen Bundesamtes – also Teilzeitbeschäftigte mit 20 oder weniger Arbeitsstunden pro Woche, geringfügig oder befristet Beschäftigte oder Beschäftigte in Leiharbeitsverhältnissen⁶⁸ –, während der Anteil in der Gesamtwirtschaft nur ein Fünftel beträgt.⁶⁹ Der Anteil der in Normalarbeitsverhältnissen beschäftigten Arbeitnehmer lag 2019 mit rund 69,1 Prozent fast 10 Prozentpunkte unter der Gesamtwirtschaft. Mit rund 10,6 Prozent befristet beschäftigten Arbeitnehmer lag auch dieser Anteil deutlich über dem der Gesamtwirtschaft (6,7 Prozent), dasselbe gilt für den Anteil der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer (20,2 Prozent im Vergleich zu 13,6 Prozent) und der geringfügig Beschäftigten (10,6 Prozent im Vergleich zu 5,9 Prozent).⁷⁰

Die Beschäftigtenstruktur teilt sich (nach Köpfen) grob in drei ähnlich große Teile auf, wobei einschränkend zu bemerken ist, dass sich auch hier die nachfolgenden Zahlen auf den gesamten Bereich „Sonstige Post-, Kurier- und Expressdienste“ beziehen. Es ist daher davon auszugehen, dass sich

⁶³ Ähnlich so auch Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 155.

⁶⁴ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 25.

⁶⁵ Gemeint sind Abholung, Sortierung, Beförderung und Zustellung – national oder international – von Briefpost, Päckchen und Paketen durch Unternehmen, die nicht auf der Grundlage einer Universaldienstverpflichtung arbeiten und Zustelldienste u.a. lokale Liefer- und Botendienste; vgl. Statistische Ämter des Bundes und der Länder, <https://www.klassifikationsserver.de/klassService/jsp/common/url.jsf?item=53200&variant=wz2008&detail=true> (16.5.2023).

⁶⁶ Die nachfolgenden Angaben sind der BT-Drs. 20/299, 2021, S. 6 entnommen.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 20/299, 2021, S. 14; Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 25.

⁶⁸ Statistisches Bundesamt, Definition abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Glossar/atypische-beschaeftigung.html> (16.5.2023).

⁶⁹ Niedersächsischer Landtag, LT-Drs. 19/874 v. 14.3.2023, Logistik geht auch mit Guter Arbeit: Werkverträge und Nachunternehmerketten in der Paketbranche verbieten, S. 2.

⁷⁰ BT-Drs. 20/299, 2021, S. 14.

für den Teilbereich der Paketzustellung auf der „letzten Meile“ die Beschäftigungsbedingungen noch deutlich prekärer darstellen, allerdings war hierzu zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gutachtens keine feinteiligere Auswertung verfügbar. Aber selbst wenn man den gesamten KEP-Bereich betrachtet, machten im Jahr 2020 vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nur 36 Prozent der Beschäftigten aus, bei einem durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst von 3.144 EUR einschließlich Sonderzulagen (errechneter Stundenlohn ohne Zulagen rd. 17,13 EUR) aus. Zu beachten ist, dass in dieser Durchschnittsbetrachtung auch die Vergütung der Tarifbeschäftigten etwa bei Deutsche Post/DHL und UPS mitumfasst sind, was die Zahlen insoweit nach oben verzerrt. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer (Stundenmittel von 22,5 Stunden) machten 29 Prozent aus und verdienten im Mittel 1.559 EUR einschließlich Zulagen (errechneter Stundenlohn ohne Zulagen rd. 14,99 EUR). Hinzu kommt die Gruppe der geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer mit 34,9 Prozent und einem durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst von 218 EUR (mangels Angaben zur Arbeitszeit Stundenlohn nicht errechenbar).⁷¹ Dabei besteht ein Gefälle zwischen den west- (inkl. Berlin) und ostdeutschen Bundesländern.⁷² Aus anderen Branchen mit hoher Anfälligkeit für illegale Beschäftigung, wie der Baubranche, ist bekannt, dass ein hoher Teilzeitanteil bei beschäftigungsintensiven Tätigkeiten ein Indiz für Steuer- und Sozialbeitragsbetrug sein kann, wie auch ein Mittel zur Umgehung der Vorgaben zum Mindestlohn.⁷³ Unterstellt man aber, dass die vorstehenden Angaben der Realität entsprechen, liegt der Anteil des Arbeitsvolumens, das durch die soeben beschriebenen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer erbracht wird, hochgerechnet (wobei aufgrund der geringen Angaben geschätzt werden musste) bei nur weniger als einem Drittel. Bemerkenswert ist ferner, dass der errechnete Stundenlohn für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer schon 2009 bei rund 17,12 EUR lag,⁷⁴ sich also keine bzw. keine nennenswerte Lohnentwicklung vollzogen hat. Basierend auf dem Index der Kaufkraftäquivalente der Deutschen Bundesbank⁷⁵ hat sich damit für die Arbeitnehmer ein realer Kaufkraftverlust von rund 15 Prozent ergeben. Im Jahr 2018 lag die Hälfte der Beschäftigungsverhältnisse unterhalb der Niedriglohnschwelle. Und 25.000 Zusteller waren auf sogenannte Aufstockerleistungen angewiesen, um ihr Existenzminimum zu sichern.⁷⁶ Es muss an der Stelle wiederholt werden, dass diese Zahlen die gesamte KEP-Branche betreffen und daher aufgrund der besonderen Prekarisierung in der Paketzustellung noch von einem deutlich niedrigen Niveau der Beschäftigungsbedingungen auszugehen ist.

⁷¹ BT-Drs. 20/299, 2021, S. 6.

⁷² BT-Drs. 20/299, 2021, S. 12.

⁷³ Dazu bspw. *Walser*, FS 75 Jahre BUAk, 2021, S. 223, 247 m.w.N.

⁷⁴ BT-Drs. 20/299, 2021, S. 11.

⁷⁵ Deutsche Bundesbank, abrufbar unter <https://tinyurl.com/2uxt4k42> (21.4.2023).

⁷⁶ BT-Drs. 19/10289, 2019, S. 1.

2. Sozial- und Lohndumping als Folge des Preis- und Wettbewerbsdrucks auf die Subunternehmer

Die großen Paketdienstleister nutzen den Wettbewerb unter den Subunternehmern, um den enormen Preisdruck an diese weiterzugeben, wobei sich dieser Druck in der Subunternehmerkette immer weiter fortsetzt. Am Ende der Kette stehen die abhängig oder solselbstständig Beschäftigten. Um den Preis insgesamt möglichst gering zu halten, wird versucht, das Lohnniveau zu drücken, indem möglichst günstige Arbeitskräfte eingesetzt werden.⁷⁷ Nach Angaben von „Faire Mobilität“ werden dabei Mindestlöhne systematisch durch unberechtigte Lohnabzüge umgangen. Beispielsweise gibt es Situationen, in denen bei verzögerten Ladezeiten, auch wenn diese von den Fahrern nicht verursacht werden, unangemessen hohe Vertragsstrafen verhängt werden.⁷⁸ Außerdem ziehen die Paketdienstleister⁷⁹ oder Subunternehmer von den Beschäftigten für Schäden an den Zustellfahrzeugen⁸⁰, angebliche Paketschäden bzw. -verlusten⁸¹ oder auch Strafzettel entsprechende Beträge ab – freilich unter Missachtung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung⁸². Aber auch für die Subunternehmer selbst können solche Abzüge durch das Paketdienstleistungsunternehmen ihnen gegenüber erhebliche Konsequenzen haben. So wird berichtet, dass dies in einigen Fällen Insolvenzen der Subunternehmer begünstigt und dazu geführt hat, dass die Werkunternehmer ihre Beschäftigten nicht oder nur teilweise bezahlen konnten.⁸³

Die wirtschaftlichen Haftungs- und Betriebsrisiken werden also in beiden Konstellationen auf die Subunternehmer und deren Beschäftigte – bzw. im Fall von Insolvenzgeld auf die Gesamtheit der zur Umlage verpflichteten Unternehmen – verlagert.⁸⁴ Zudem wird das Phänomen beschrieben, dass die Beschäftigten teilweise i.S.d. § 8 SGB IV geringfügig beschäftigt werden und der Rest des Lohnes „schwarz“ ausgezahlt werde, um Sozialabgaben und Steuern zu sparen.⁸⁵ Ob die Beschäftigten hierzu gezwungen werden oder ob dies in kollusivem Zusammenwirken erfolgt, lässt sich dem nicht entnehmen und wird auch nicht in jedem Fall gleich sein. Jedenfalls zieht

⁷⁷ Ähnlich Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26.

⁷⁸ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 2.

⁷⁹ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 11 f.; <https://www.tagesschau.de/inland/paketzusteller-arbeitsbedingungen-101.html> (20.3.2023); <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (23.3.2023).

⁸⁰ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 8, 11; Wallraff, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

⁸¹ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 11 f.; <https://www.tagesschau.de/inland/paketzusteller-arbeitsbedingungen-101.html> (20.3.2023); <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (23.3.2023).

⁸² Vgl. dazu m.w.N. BAG, 27.9.1994 – GS 1/89 (A) 8 – NJW 1995, 210 ff.

⁸³ Vgl. Wallraff, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

⁸⁴ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 12.

⁸⁵ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28.

dies erhebliche volkswirtschaftliche und fiskalische Schäden für die Gesellschaft als Ganzes nach sich.

Eine weitere Form die Vergütung zu drücken, besteht darin, dass bestimmte „Spesen“⁸⁶ und die Bezahlung pro Paket⁸⁷ häufig die Entlohnung der Beschäftigten bestimmen – was im Fall abhängiger Beschäftigung freilich im Lichte von § 611a BGB rechtswidrig ist. Im Ergebnis treibt diese Vergütungsform die Paketzusteller zu extrem langen Arbeitszeiten – z.T. weit über die Grenzen des nach dem ArbZG Zulässigen – an.⁸⁸

Diese Zustandsbeschreibung deckt sich mit den Ergebnissen der Kontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS): Insbesondere bei ihren Schwerpunktkontrollen im KEP-Bereich in den vergangenen Jahren wurden eklatante Verstöße gegen die Zahlung des Mindestentgelts und die Aufzeichnungspflicht nach dem MiLoG oder AEntG festgestellt, wobei größtenteils Soloselbständige und bei Subunternehmen Beschäftigte aus Osteuropa betroffen waren.⁸⁹ Exemplarisch wurden bei der Schwerpunktkontrolle der FKS am 8. September 2019 bei 2.143 von 12.135 kontrollierten Beschäftigten (17,6 Prozent) Unstimmigkeiten gefunden. In zwei Fällen hätten ausländische Fahrer noch nicht einmal über einen Führerschein verfügt.⁹⁰ Eine Sprecherin des Hauptzollamts Duisburg sieht die Situation sogar noch problematischer und gibt an, „dass im Durchschnitt jeder dritte Arbeitgeber im Bereich Paketzusteller und Kurierdienste zu wenig Lohn“ zahle.⁹¹ Auch wurden von der FKS Verstöße bei der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und der Lohnsteuer festgestellt.⁹²

⁸⁶ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26; aus den USA gibt es Berichte darüber, dass Amazon durch die digitale Überwachung der Subunternehmer Algorithmus basiert und dadurch individuell und leistungsangepasst zahlt – vgl. die Studie von *Dubal*, On algorithmic wage discrimination, wo die Rede von „algorithmic wage discrimination“ ist.; Vgl. insb. *Dubal*, On algorithmic wage discrimination, 2 ff., 30 ff.

⁸⁷ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26; <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/wirtschaft/2022/11/hoppegarten-paketboten-amazon-subunternehmen-arbeitsbedingungen-.html> (20.3.2023); *Wallraff*, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012; *Maier*, Tagesspiegel vom 30.11.2022.

⁸⁸ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26.

⁸⁹ Wiedergegeben in ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 2.

⁹⁰ <https://www.zeit.de/wirtschaft/2019-03/bundesarbeitsminister-hubertus-heil-paketbranche-zustelldienste-dumpingloehne-ausbeutung> (20.3.2023).

⁹¹ Ebd.

⁹² https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2020/y68_sp_kurier_k.html (20.3.2023); https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2020/y71_sp_kurier_gzd.html (20.3.2023); https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2021/z04_kurier_express_paketdienstleister_sw.html (20.3.2023); BT-Drs. 19/13958, 2019, S. 1, 9; *Faire Mobilität*, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 8, 13.

Diese Situation hat sich auch nach Inkrafttreten des Paketbotenschutzgesetzes und der in § 28e Abs. 3a SGB IV eingeführten Nachunternehmerhaftung nicht grundlegend geändert. Noch immer besteht die Entlohnung bei einigen Zustellern zum Teil aus so genannten „Spesen“, um Nettoverdienste zu erhöhen und Steuern und Sozialabgaben zu sparen. Damit entgehen dem Staat nicht nur Steuereinnahmen und Sozialversicherungsbeiträge. Für die Zusteller vermindert sich dadurch das sozialversicherungsrechtliche Schutzniveau insbesondere hinsichtlich der Arbeitslosenleistungen und der Rente,⁹³ die angesichts der geringen Vergütung ohnehin schon nicht hoch ausfallen. Diese Lücken in der Absicherung fallen am Ende der Gesellschaft als Ganzes zur Last.

3. Subsubunternehmerketten sowie deren Auswirkungen auf die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung

Wie aus dem Obenstehenden deutlich wird, besteht in der Paketbranche eine Vielzahl an Subsubunternehmerketten.⁹⁴ In diesen werden Verantwortlichkeiten nicht nur weitergegeben, sondern können auch verschleiert werden, sodass Gesetzesverstöße schwerer aufgedeckt und geahndet bzw. Ansprüche schwerer durchgesetzt werden können, wie auch die oben beschriebenen Kontrollen zeigen.⁹⁵ Dies deckt sich mit der Erkenntnis der Bundesregierung, dass die Beweisführung in Ermittlungsverfahren der Hauptzollämter gegen die Verantwortlichen von Subunternehmen bei strafrechtlichen Verstößen herausfordernd sei.⁹⁶ Dies gilt umso mehr, als die Fremdvergabe von Kerntätigkeiten häufig an kleine und finanzschwache Unternehmen erfolgt. Am Ende dieser vielfach undurchsichtigen Nachunternehmerketten stehen – wie ebenfalls beschrieben – zum Teil Scheinselbständige.⁹⁷ Zudem können die Beschäftigten der Subunternehmer – wie ebenfalls bereits erwähnt – vielfach schon optisch nicht von Stammarbeitskräften unterschieden werden, da sie häufig unbedruckte oder unscheinbare Transporter von Mietwagenfirmen nutzen, was die Zuordnung noch mehr erschwert.⁹⁸ Die Kontrollen der zuständigen Behörden sind daher schwierig und nur begrenzt erfolgreich.⁹⁹

⁹³ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 19/14022, 2019, S. 1.

⁹⁵ Vgl. so auch Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz) v. 14.10.2019, BT-Drs. 19/13958, 2019, S. 1, 9.

⁹⁶ Stefan Wenzel MdB, Brief im Namen der Bundesregierung an Axel Knoerig MdB, 25.01.2023, S. 2.

⁹⁷ BT-Drs. 19/14022, 2019, S. 1.

⁹⁸ <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (23.2.2023).

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/14022, 2019, S. 1.

a) Erschwerte Rechtswahrnehmung und -durchsetzung

Auch die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung durch die Beschäftigten selbst wird durch den Bestand von undurchsichtigen Subunternehmerketten erschwert. „Faire Mobilität“ berichtet etwa, dass Subunternehmer regelmäßig untertauchten, um sich so ihrer Verantwortung zu entziehen.¹⁰⁰ Teilweise treten diese unter anderen Namen und Identitäten auf und gründen neue Firmen, in denen sie die Beschäftigten des „alten“ Unternehmens anstellen.¹⁰¹ Auf diesem Wege werden bereits bestehende Sub- und Subsubunternehmerstrukturen aufrechterhalten. Dies diene – so die Berichte – auch der Umgehung des Kündigungsschutzrechts.¹⁰² Die Hürden, ein Subunternehmen zu gründen und zu schließen sind gering. Es bedarf in diesem Bereich – wie bereits ausgeführt – keiner Lizenz, sondern nur einer Anzeige bei den zuständigen Behörden, der keine tiefere Kontrolle folgt, vgl. §§ 5, 36 PostG. In diesem Zusammenhang kann exemplarisch auf einen Fall verwiesen werden, den „Faire Mobilität“ festgehalten hat. In diesem konnte ein Paketzusteller seine offenen Lohnforderungen gegenüber seinem Arbeitgeber – einem Subunternehmen – aufgrund dessen Insolvenz nicht vollstrecken lassen. Der Arbeitgeber hatte jedoch bereits ein anderes Unternehmen gegründet und war für andere Paketdienstleister tätig.¹⁰³

b) Sich wiederholende Verhaltensweisen: Ausnutzung der aus dem Ausland stammenden Beschäftigten und deren Angewiesenheit auf den Job im Subunternehmen

Insgesamt gibt es in den Sub- und Subsubunternehmen sich wiederholende Muster missbräuchlicher Verhaltensweisen.¹⁰⁴ Diese werden in der Branche dadurch erleichtert, dass besondere Abhängigkeiten bestehen, die über das übliche Maß in einem Arbeitsverhältnis hinausgehen. Sie ergeben sich vor allem daraus, dass die oft migrantischen Beschäftigten eine schlechte Position auf dem Arbeitsmarkt haben, weil ihnen beispielsweise Sprachkenntnisse fehlen, ihre ausländischen Abschlüsse nicht anerkannt werden oder sie gar keine Ausbildung haben.¹⁰⁵ Daher sind viele von ihnen – schon aus Existenzängsten¹⁰⁶ – eher bereit zu schlechten Arbeitsbedingungen zu arbeiten oder sogar rechtswidriges Handeln des Arbeitgebers zu dulden, anstatt arbeitslos zu sein¹⁰⁷ – zumal in vielen Fällen der Aufenthaltsstatus von einem bestehenden Arbeitsverhältnis abhängig

¹⁰⁰ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 13, 14.

¹⁰¹ <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/wirtschaft/2022/11/hoppegarten-paketboten-amazon-subunternehmen-arbeitsbedingungen.html> (20.3.2023).

¹⁰² Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 6.

¹⁰³ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 5.

¹⁰⁴ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 9.

¹⁰⁵ Stefan Wenzel MdB, Brief im Namen der Bundesregierung an Axel Knoerig MdB, 25.1.2023, S. 2.

¹⁰⁶ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 11.

¹⁰⁷ <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (22.3.2023).

ist.¹⁰⁸ Bei den Kontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit sind auch Fälle aufgedeckt worden, in denen von Drittstaatsangehörigen gefälschte Ausweisdokumente zur Vorspiegelung falscher Nationalitäten und Identitäten genutzt wurden. Neben Fällen von fehlenden Aufenthaltstiteln wurden außerdem Fälle bekannt, in denen Arbeitsgenehmigungen fehlten.¹⁰⁹

Auch kommt es vor, dass die Unterkunft vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig ist.¹¹⁰ In Extremfällen nehmen einige Zusteller es sogar hin, dass sie für einen Arbeitsplatz in der Paketzustellung in Deutschland teilweise mit ihren Familien, die oftmals auch bei der Zustellung helfen,¹¹¹ zusammen in ihren Transportern wohnen.¹¹²

Außerdem scheidet die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung dieser Beschäftigten häufig schon daran, dass ihnen neben Sprachkenntnissen auch notwendige Rechtskenntnisse fehlen und sie einen Rechtsbruch teilweise gar nicht als solchen erkennen. Arbeitgeber stellen dabei rechtswidrige Handlungen gegenüber diesen Beschäftigten häufig bewusst als gesetzeskonform dar.¹¹³ Löhne werden vor diesem Hintergrund teilweise in der Hoffnung einbehalten, dass die Beschäftigten, mangels Rechtskenntnis und Angewiesenheit auf den Arbeitsplatz die Forderungen nicht gerichtlich geltend machen.¹¹⁴ Als Beispiel sei der Bericht von „Faire Mobilität“ genannt, in dem ein Subunternehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses dem Beschäftigten die Entlohnung mit der Begründung vorenthielt, dass es rechtmäßig sei, angebliche Schäden an Paketen oder deren Verlust vom Lohn abzuziehen. Die Beweisführung wurde dem Arbeitnehmer zudem dadurch erschwert, dass er keine Lohnabrechnungen bekam.¹¹⁵ So scheidet die Rechtsdurchsetzung in der Praxis oftmals an Beweisschwierigkeiten.¹¹⁶ Teilweise wissen die Beschäftigten dieser Subunternehmen schon gar nicht, wer juristisch ihr Arbeitgeber ist,¹¹⁷ da ihnen ein schriftlicher Nachweis der Arbeitsbedingungen und auch Lohnabrechnungen¹¹⁸ entgegen der Vorgaben des NachwG sowie § 108

¹⁰⁸ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 13.

¹⁰⁹ https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2020/y68_sp_kurier_k.html (20.3.2023); https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2020/y71_sp_kurier_gzd.html (20.3.2023); https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Schwarzarbeitsbekaempfung/2021/z04_kurier_express_paketdienstleister_sw.html; (20.3.2023); *Stefan Wenzel* MdB, Brief im Namen der Bundesregierung an *Axel Knoerig* MdB, 25.1.2023, S. 2.

¹¹⁰ Vgl. ver.di, Fachbereich Postdienste, Speditionen, Logistik, bewegen 5/2022, S. 4, 41.

¹¹¹ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 9.

¹¹² Vgl. *Wallraff*, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

¹¹³ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 3.

¹¹⁴ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 6, 7, 9.

¹¹⁵ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 11.

¹¹⁶ Vgl. auch BT-Drs. 19/14417, 2019, S. 2; BT-Drs. 19/14022, 2019, S. 2; Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 14.

¹¹⁷ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 6.

¹¹⁸ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 11, 13.

GewO verweigert werden. Oft gehen die Beschäftigten irrig davon aus, direkt beim großen Paketdienstleister beschäftigt zu sein.¹¹⁹ Überdies gibt es Berichte aus der Beratungspraxis darüber, dass den Beschäftigten Schriftstücke unter Ausnutzung der Sprachbarriere und unter falschen Vorwänden zur Unterschrift vorgehalten wurden und eine vermeintliche Arbeitszeitliste in Wirklichkeit ein Auflösungsvertrag war.¹²⁰

4. Der Arbeits- und Gesundheitsschutz in Subunternehmen

a) Allgemeines

Wie bereits an mehreren Stellen angedeutet sind die physischen und psychischen Belastungen in der Zustellbranche erheblich, wovon auch die eingangs zitierte Initiative von Bundesminister *Heil* zur Gewichtsbegrenzung bei Paketen zeugt. Durch den Einsatz von Subunternehmen liegt die Verantwortung für den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Paketboten nicht bei den auftraggebenden Paketdienstleistern sondern bei den Subunternehmen als Arbeitgebern.¹²¹ Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil der Arbeitsablauf auch in den Subunternehmen durch die Paketdienstleister weitgehend vorgegeben wird¹²² und damit mittelbar den Arbeitsschutz beeinflusst¹²³. § 8 ArbSchG greift hier nicht ein, weil gerade nicht mehrere „Arbeitgeber“ an einem Arbeitsplatz zusammenwirken, sofern der Paketdienstleister nicht auch eigene Arbeitnehmer einsetzt.¹²⁴ Undurchsichtige Verantwortlichkeiten sowie fehlende Mitbestimmungsstrukturen – auf die unter IV. noch einzugehen sein wird – machen dabei eine effektive Kontrolle des Arbeits- und Gesundheitsschutzes weitgehend unmöglich. Das am 1. Januar 2023 in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ist zwar i.d.R. anwendbar, stellt aber den Arbeitnehmerschutz ebenfalls nicht ausreichend sicher, wie unter D.I.2.cc)(4) noch auszuführen sein wird.

Tatsächlich zeigt die Empirie Verstöße gegen die Vorgaben des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes.¹²⁵ In vielen Fällen wird ohne erforderliche Arbeitskleidung und vor allem ohne Arbeitsschuhe

¹¹⁹ Vgl. *Maier*, Tagesspiegel vom 30.11.2022.

¹²⁰ Vgl. *Faire Mobilität*, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 5 f.

¹²¹ *Faire Mobilität*, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 1.

¹²² Vgl. dazu *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, *Digitale Logistik*, Oktober 2022, S. 10 f. mit weiteren Ausführungen zu den eingesetzten digitalen Techniken der Paketdienstleister vor allem zur digitalen Prozesssteuerung und -kontrolle und deren Auswirkungen.

¹²³ Vgl. so auch *Deinert*, *Kurzgutachten Fleischwirtschaft*, S. 7 f.

¹²⁴ Vgl. *Pieper*, *ArbSchR*, § 8 ArbSchG Rn. 4c.

¹²⁵ *Bremische Bürgerschaft*, *Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen*, Drs. 20/6.2.2023, S. 1.

zugestellt.¹²⁶ Daneben sind Verkehrsverstöße,¹²⁷ die auf Falschparken oder Überschreitung des Tempolimits zurückzuführen sind, keine Seltenheit. Diese sind nicht nur mit Gefahren für Leben und die Gesundheit der Paketzusteller verbunden. Auch drohen im Fall von Verkehrsverstößen „Sperrungen“ der betreffenden Beschäftigten als Sanktionen durch die Paketdienstleister. Während einer solchen „Sperrung“ dürfen diese Paketzusteller nicht als Subunternehmer arbeiten oder von Subunternehmen, die für den Paketdienstleister tätig werden, eingesetzt werden.¹²⁸ Dies ist häufig mit dem Verlust der Vergütung verbunden, auch wenn dies bei Arbeitnehmern (abgesehen ggf. im Fall des Führerscheinverlusts) i.d.R. rechtswidrig ist. Nicht zuletzt wird durch zugeparkte Fahrrad- und Fluchtwege, durch Geschwindigkeitsüberschreitungen etc. auch die Allgemeinheit gefährdet. An dieser Stelle zeigt sich der Teufelskreis, in dem sich die in der Paketzustellung Beschäftigten befinden: Sie müssen sich beeilen, um die vorgegebene Paketmenge zu bewältigen und riskieren deswegen Verkehrsverstöße, durch die sie wiederum ihre Arbeit verlieren können.¹²⁹

Im Ergebnis leidet auch die Qualität der Dienstleistungen, was sich ebenfalls auf die Allgemeinheit auswirkt. Nach Angaben der Bundesnetzagentur sind mit Stand Juli 2018 seit November 2017 4.127 Anzeigen nach § 36 PostG bei dieser Behörde eingegangen, deren Inhalt die Beförderung von adressierten Paketen bis 20 kg und/oder die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften im Sinne des § 4 Nr. 1 lit. c PostG war. Dabei war im Vergleich zu den Jahren zuvor ein starker Anstieg dieser Anzeigen zu verzeichnen.¹³⁰

b) Vorgabe der Betriebsorganisation/des Arbeitsablaufs durch die Paketdienstleistungsunternehmen

Zurückzuführen ist dies auch auf die spezifische Arbeitssteuerung in dieser Branche. Denn die Paketdienstleistungsunternehmen geben den Subunternehmern nicht nur die Paketmengen vor, sondern steuern in vielen Fällen deren Touren und genauen Routen in Echtzeit durch digitale

¹²⁶ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 14.

¹²⁷ <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/wirtschaft/2022/11/hoppegarten-paketboten-amazon-subunternehmen-arbeitsbedingungen.html> (20.3.2023); Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 12; <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (22.3.2023).

¹²⁸ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 15; <https://wir-sind-verdi.de/2022/08/23/ueberwachung-intransparenz-und-jede-menge-ueberstunden-fuer-amazon-paketzustellerinnen/> (23.3.2023).

¹²⁹ Vgl. dazu in: <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/wirtschaft/2022/11/hoppegarten-paketboten-amazon-subunternehmen-arbeitsbedingungen.html> (20.3.2023); Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 12; <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (22.3.2023).

¹³⁰ BT-Drs. 19/3399, 2021, S. 5.

Lösungen wie Tourenplanungssoftware.¹³¹ In Verbindung mit mobilen Endgeräten wie Scannern, Tablets und Smartphones mit integrierten Ortungssystemen¹³², die oft auch in den Fahrzeugen verbaut sind, werden die zurückgelegten Strecken und Standorte des Paketzustellers sowie dessen Lenk- und Ruhezeiten¹³³ genau kontrolliert.

c) Auswirkungen der Dauerüberwachung durch die Paketdienstleistungsunternehmen auf die Gesundheit der Beschäftigten

Diese Dauerüberwachung macht die Paketzusteller sowohl für die Kunden als auch für die Paketdienstleister gläsern.¹³⁴ Es können so individuelle Leistungsdaten generiert werden,¹³⁵ anhand derer die Subunternehmer bewertet werden können und von denen der Fortbestand ihrer größtenteils befristeten Arbeitsverträge abhängt.¹³⁶ Zumindest das VG Hannover hat jüngst hinsichtlich Beschäftigter in Logistikzentren akzeptiert, dass deren Leistungsdaten im Minutentakt von deren Handscannern bereitgestellt, erfasst und verarbeitet werden. Das Gericht sieht hierin keinen „permanenten Druck“. Auch wenn die Begründung des Gerichts schon für die Logistikbranche wenig überzeugend ist, so lässt sie sich jedenfalls nicht auf die Zustellbranche übertragen. Es verweist u.a. (pauschal) darauf, dass mittlerweile ein Arbeitnehmermarkt bestehe und – in casu – 80 Prozent der Beschäftigten unbefristet beim Arbeitgeber angestellt waren,¹³⁷ was angesichts der obigen Ausführungen jedenfalls für die Zustellbranche nicht zutrifft. Der Hessische Datenschutzbeauftragte hat folgerichtig den Einsatz eines Softwaretools zur Erhebung und Speicherung von Standortdaten der Fahrzeuge eines Logistikunternehmens untersagt¹³⁸, was durch das VG Wiesbaden bestätigt worden ist, das ausdrücklich auch eine diesbezügliche offene Überwachung nicht für verhältnismäßig erachtet¹³⁹.

Unabhängig davon, ob man die derzeit praktizierte Form der Datenerfassung für zulässig erachtet oder nicht, ist jedenfalls zu konstatieren, dass die bei den Subunternehmen Beschäftigten und Soloselbständigen schon aufgrund der zeitlich knapp bemessenen Touren

¹³¹ <https://wir-sind-verdi.de/2022/08/23/ueberwachung-intransparenz-und-jede-menge-ueberstunden-fuer-amazons-paketzustellerinnen/> (23.3.2023).

¹³² Vgl. dazu Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 10 f., 57 f. mit weiteren Ausführungen zu den eingesetzten digitalen Techniken der Paketdienstleister vor allem zur digitalen Prozesssteuerung und -kontrolle und deren Auswirkungen.

¹³³ Vgl. Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch, Böckler Impuls 17/2022, 4, 4.

¹³⁴ Vgl. Bienzeisler/Zanker, Zustellarbeit 4.0 – Eine 360-Grad-Analyse, S. 8; dazu auch Bienzeisler/Zanker, Zustellarbeit 4.0 – Eine 360-Grad-Analyse, S. 38 f.

¹³⁵ Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch, Digitale Logistik, Oktober 2022.

¹³⁶ Butollo/Koepp, WSI-Mitt. 2020, 174, 178; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 10.

¹³⁷ VG Hannover, 9.2.2023 – 10 A 6199/20, juris, Rn. 104.

¹³⁸ Vgl. Roßnagel, 51. Datenschutzbericht, 2022, S. 55.

¹³⁹ VG Wiesbaden, 17.1.2022 – 6 K 1164/21.WI, CR 2022, S. 586, 588.

mit kaum zu bewältigenden Paketmengen¹⁴⁰ von in der Regel 200 bis 300¹⁴¹ Paketen pro Schicht – neben der körperlichen Belastung¹⁴² – unter dem psychischen Druck stehen, diese an einem Tag zu bewältigen. Der Druck auf die Paketzusteller wird dadurch erhöht, dass auftraggebende Unternehmen teilweise für eine gewisse Zeit ohne Entgeltfortzahlung eine „Sperrung“ (s. dazu oben unter III.3.a)) über solche Subunternehmer bzw. deren Beschäftigte verhängen, wenn sie die Pakete nicht taggleich zustellen,¹⁴³ oder Pakete von erkrankten/ausgefallenen Kollegen übernehmen.¹⁴⁴ Auf diesem Wege sanktionieren die Paketdienstleister die Subunternehmer bzw. in Subunternehmen Beschäftigten und versuchen so verhaltenssteuernd auf sie einzuwirken.¹⁴⁵ Sie gleichen damit aus, dass ihnen keine Arbeitgeberstellung zukommt und sie die Art der Arbeitsleistung daher nicht über die Ausübung des Weisungsrechts gem. § 106 GewO vorgeben können.

d) Einhaltung des Arbeitszeitrechts

Um die vorgegebenen Touren der Paketdienstleister an einem Tag zu erfüllen und so etwaige Sanktionen wie Sperrungen und nicht verlängerte Verträge zu vermeiden, werden die Subunternehmer und deren Beschäftigte herausgefordert, Arbeits- und Arbeitsschutzrecht zu missachten:¹⁴⁶ Aus Zeitdruck¹⁴⁷ werden Pausenzeiten nicht eingehalten¹⁴⁸ oder es gibt teilweise keine Zeit für Toilettengänge¹⁴⁹, auch die tägliche Höchstarbeitszeit wird vielfach massiv überschritten. Bei Schwerpunktkontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit und von „Faire Mobilität“ wurden Arbeitszeiten zwischen 14 und 16 Stunden pro Tag¹⁵⁰ und

¹⁴⁰ Vgl. *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 10; Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 28.

¹⁴¹ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 14; BT-Drs. 19/14417, 2019, S. 15.

¹⁴² S. dazu auch unter 0.0. und 0.

¹⁴³ Vgl. zum detaillierten Fallbeispiel Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 15; <https://wir-sind-verdi.de/2022/08/23/ueberwachung-intransparenz-und-jede-menge-ueberstunden-fuer-amazons-paketzustellerinnen/> (23.3.2023).

¹⁴⁴ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 10.

¹⁴⁵ Vgl. *Wallraff*, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

¹⁴⁶ Vgl. <https://wir-sind-verdi.de/2022/08/23/ueberwachung-intransparenz-und-jede-menge-ueberstunden-fuer-amazons-paketzustellerinnen/> (23.3.2023).

¹⁴⁷ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 12.

¹⁴⁸ Vgl. *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 74.

¹⁴⁹ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 15.

¹⁵⁰ Vgl. <https://www.zeit.de/wirtschaft/2019-03/bundesarbeitsminister-hubertus-heil-paketbranche-zustelldienste-dumpingloehne-ausbeutung> (20.3.2023); Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 2; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 41; *Wallraff*, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

auch unbezahlte Überstunden¹⁵¹ festgestellt. Durch die potenzielle Übermüdung und Konzentrationsprobleme der fahrzeuglenkenden Paketzusteller wird dadurch nicht nur eine Gefahr für deren Gesundheit- und Leben, sondern auch für die Allgemeinheit geschaffen.¹⁵²

Überdies wird berichtet, dass vorbereitende und nachbereitende Arbeit, wie das Paketesortieren und -einladen teilweise vor allem deshalb nicht bezahlt wird, um die Höchstarbeitszeitgrenze nicht unnötig auszureizen.¹⁵³

e) Körperliche Belastung – Gewichtskennzeichnungen und -beschränkungen

Durch die Initiative von Bundesminister *Heil*¹⁵⁴ besonders in den Fokus gerückt ist die körperliche Belastung der Paketzusteller.¹⁵⁵ Diese tragen in einer Schicht insgesamt ca. zwei Tonnen Pakete vom Zustellfahrzeug bis an die Haustür der Kunden – teilweise durch Treppenhäuser. Zwar verfügen die Paketzusteller laut dem BIEK, dem unter anderem Hermes, DPD, GLS und UPS angehören,¹⁵⁶ über Transporthilfen wie Sackkarren.¹⁵⁷ Ob dies in der Praxis tatsächlich flächendeckend gelebt wird, ist allerdings fraglich. So gibt der Bundesfachgruppenleiter Speditionen, Logistik und KEP der Gewerkschaft ver.di *Stefan Thyroke* in einem Interview an: „Um Zeit zu sparen, tragen viele Zusteller Pakete mit mehreren Kilogramm Gewicht gestapelt auf ihren Armen, meist ohne ausreichende Hilfsmittel, und das unter Umstände über viele Meter bis zur Haustür.“¹⁵⁸ Die vielen Laufkilometer werden dadurch erhöht, dass die Paketzusteller vor allem im städtischen Bereich häufig nicht direkt vor den Häusern parken können.¹⁵⁹ Nach Angaben des BIEK liege das Durchschnittsgewicht der Pakete bei etwa 5 kg und ca. 5 Prozent der Pakete wiege über 20 kg, was „die Ausnahme, nicht die Regel“ sei.¹⁶⁰ Dennoch würde dies statistisch

¹⁵¹ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 2, 9; *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 74 f.; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 10.

¹⁵² Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 11.

¹⁵³ Vgl. *Wallraff*, ZEITmagazin Nr. 23 vom 31.5.2012.

¹⁵⁴ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 4.

¹⁵⁵ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 7.

¹⁵⁶ <https://www.biek.de/ueber-uns/mitglieder.html> (21.4.2023).

¹⁵⁷ Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2023, BIEK-Vorsitzender *Marten Bosselmann* zur Gewichtsbeschränkung von Paketen, S. 1.

¹⁵⁸ Geführt von *Jüngst* auf [eurotransport.de](https://www.eurotransport.de), 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.eurotransport.de/artikel/stefan-thyroke-von-verdi-verbot-von-werkvertraegen-11220302.html> (21.3.2023); ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 14.

¹⁵⁹ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 4.

¹⁶⁰ Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2023, BIEK-Vorsitzender *Marten Bosselmann* zur Gewichtsbeschränkung von Paketen, S. 1.

angesichts der oben beschriebenen Paketmengen ein bis zwei Pakete über 20 kg pro Schicht bedeuten. In Branchenberichten von ver.di ist außerdem die Rede von einer Regelmäßigkeit des Transports von Paketen über 20 kg. Jedenfalls liegt das Maximalgewicht von Paketen bei den Paketdienstleistern überwiegend zwischen 20 kg bis 31,5 kg.¹⁶¹ Dies übersteigt die Orientierungswerte der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung zu Hebe- und Tragehäufigkeit von Lasten für eine Ganztageschicht.¹⁶² Es verwundert daher nicht, dass die Beschäftigten im KEP-Bereich häufig unter Knie- und Wirbelsäulenprobleme leiden.¹⁶³ Grundsätzlich haben die Arbeitgeber und somit auch die Nachunternehmer die erhebliche körperliche Belastung durch schwere Pakete in einer Gefährdungsbeurteilung umfassend zu berücksichtigen und müssten angesichts der geschilderten Umstände die zulässige Gewichtslast reduzieren. Ob der prekären Arbeits- und Gesundheitsbedingungen, die wie in diesem Abschnitt gezeigt, in Subunternehmen und bei Soloselbständigen bestehen, vermuten Branchenexperten, dass eine solche Gefährdungsbeurteilung in diesen Strukturen vielfach nicht vorgenommen wird.¹⁶⁴ Insofern ist die Initiative von Bundesminister *Heil* zu begrüßen, tangiert aber nur ein Teilproblem und schafft außerdem noch nicht die Voraussetzungen für eine tatsächliche Durchsetzbarkeit dieser Vorgabe.

Laut Gesundheitsreport der Barmer Ersatzkasse auf Grundlage der bei dieser Krankenkasse erfassten ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten¹⁶⁵ waren innerhalb des Jahres 2021 Beschäftigte aus der Berufsgruppe „Berufe für Post- und Zustelldienste“ im Durchschnitt

¹⁶¹ Dazu ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 3 f.; Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 66; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 15; vgl. dazu das Maximalgewicht von 31,5 kg bei Deutsche Post/DHL <https://shop.deutschepost.de/dhl-paketpreise> (21.4.2023) und DPD: <https://www.dpd.com/de/de/faq/was-ist-das-maximale-versandgewicht/> (21.4.2023); bei UPS können sogar Pakete bis 70 kg ab einem Gewicht von mehr als 31,5 kg (25 kg in der EU) mit einem speziellen Aufkleber für schwere Pakete befördert werden: <https://www.ups.com/de/de/support/shipping-support/shipping-dimensions-weight.page> (21.4.2023); bei GLS besteht ein Maximalgewicht von 40 kg: <https://www.gls-pakete.de/faq/de/category/pakete-versenden/subcategory/gesch%C3%A4ftlich/wie-schwer-darf-ein-paket-sein> (21.4.2023); bei Hermes können, je nach Versandart, Pakete zwischen 25 kg und 31,5 kg versendet werden: <https://www.myhermes.de/service/fragen/versenden/versandkosten-berechnen.html> (21.4.2023).

¹⁶² Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, BGI/GUV-I 504-46, Juli 2009; Vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung der Orientierungswerte der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung bei ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 4.

¹⁶³ Vgl. Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 12.

¹⁶⁴ Ähnlich ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 4.

¹⁶⁵ Vgl. BARMER, Institut für Gesundheitssystemforschung (Hrsg.), BARMER Gesundheitsreport 2022, 2022, S. 6, 8.

mehr als 28 Tage arbeitsunfähig gemeldet.¹⁶⁶ Im Jahr 2018 fühlten sich 59 Prozent der Beschäftigten in der KEP-Branche körperlich und 34 Prozent dieser Beschäftigten emotional erschöpft.¹⁶⁷ Im Jahr 2018 berichteten rund 62 Prozent der Beschäftigten von Termin- und Leistungsdruck und damit 11 Prozent mehr als noch im Jahr 2012.¹⁶⁸ Ferner existieren Berichte, dass Beschäftigte selbst bei Erkrankungen angehalten werden, zu arbeiten. Wenn die Beschäftigten krank werden, müssen deren Pakete nämlich ansonsten von den schon ausgelasteten Kollegen mitgenommen werden. Ist das nicht möglich, so müssen diese in den folgenden Tagen aufgeteilt werden.¹⁶⁹ Es sind sogar Fälle bekannt – und nach Aussage von „Faire Mobilität“ durchaus nicht unüblich –, in denen bei Subunternehmen Beschäftigte infolge von Erkrankungen trotz vorgelegter Atteste gekündigt wurden,¹⁷⁰ bzw. diese keine Entgeltfortzahlung erhalten haben.¹⁷¹

IV. Betriebliche Mitbestimmung und Tarifstrukturen in Subunternehmen

Aufgrund der oben unter II. beschriebenen Struktur der Branche mit vielen Kleinbetrieben, bei denen häufig nicht einmal die Schwelle des § 1 Abs. 1 BetrVG überschritten wird und zugleich das Kündigungsschutzgesetz gem. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG keine Anwendung findet, sowie aufgrund der enormen Beschäftigtenfluktuationen existieren in der Branche kaum Betriebsräte.¹⁷² Ein weiterer Faktor hierfür ist die häufig fehlende Rechtskenntnis der aus dem Ausland zugewanderten Beschäftigten darüber, was Betriebsräte und Tarifstrukturen sind und wie ein Betriebsrat zu gründen ist – hierbei spielen auch Sprachbarrieren eine Rolle. Durch vielfach undurchschaubare Sub- und Subunternehmerstrukturen wird den Gewerkschaften die Ansprache dieser Beschäftigten selbst dort erschwert, wo es in seltenen Fällen Betriebsräte gibt. Deshalb können sie die

¹⁶⁶ Vgl. BARMER, Institut für Gesundheitssystemforschung (Hrsg.), BARMER Gesundheitsreport 2022, 2022, S. 40, 138, 145; vgl. außerdem ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 13 mit Grafik nach eigener Darstellung auf Grundlage des Barmer-Gesundheitsreports 2022, S. 34 ff.

¹⁶⁷ S. die Berechnungen von *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 83 auf Grundlage der BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung 2018, abrufbar unter <https://www.bibb.de/de/65740.php> (18.4.2023).

¹⁶⁸ Vgl. *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Böckler Impuls 17/2022, 4, 4.

¹⁶⁹ <https://www.tagesschau.de/inland/paketzusteller-arbeitsbedingungen-101.html> (30.3.2023).

¹⁷⁰ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 9.

¹⁷¹ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 7; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 10.

¹⁷² Vgl. auch *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 10 f.; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 3; Bremische Bürgerschaft, Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen, Drs. 20/6.2.2023, S. 1; *Zanker*, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 123.

Beschäftigten über ihre bestehenden Rechte und vor allem die Funktion eines Betriebsrats nicht aufklären.¹⁷³ Dabei zeigen Untersuchungen,¹⁷⁴ dass die Existenz von Mitbestimmungsstrukturen einen unmittelbaren Einfluss auf die Arbeitsbedingungen – einschließlich des Arbeitsschutzes – hat. Dies gilt umso mehr, als eine flächendeckende Überwachung der Arbeitsbedingungen durch staatliche Strukturen nicht ausreichend gewährleistet werden kann.

Auf tarifvertraglicher Ebene ist eine Erfassung der Subunternehmer vor allem deshalb schwierig, weil kaum einer von ihnen Mitglied in einem Arbeitgeberverband ist, sodass Flächentarifverträge nicht greifen.¹⁷⁵ Die einzelnen Klein(st)unternehmer großflächig mittels Firmentarifvertrags zu tarifieren würde die gewerkschaftlichen Strukturen überfordern.¹⁷⁶ Arbeitskämpfe könnten kaum effektiv geführt werden. Dies gilt umso mehr, als die beschriebene Branchenstruktur mit mobilen Beschäftigten, einer extrem hohen Fluktuation und einem hohen Anteil migrantischer Beschäftigter strukturell bedingt großflächige und nachhaltige Strategien zur Organisation der Beschäftigten enorm erschwert. Als Folge hiervon wird lediglich bei der Deutschen Post/DHL, die nahezu ausschließlich eigene Zusteller in der Paketzustellung beschäftigt und bei UPS, die ca. 40 Prozent Stammbeschäftigte haben, der überwiegende Anteil der Beschäftigten von Betriebsrats-¹⁷⁷ und Tarifstrukturen erfasst.¹⁷⁸ Im Bereich von DPD, GLS und Hermes sind allenfalls vereinzelt Betriebsräte vorhanden.¹⁷⁹

¹⁷³ Vgl. auch *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 97; vgl. dazu auch Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 24.

¹⁷⁴ Mit einer Kurzzusammenfassungen und m.w.N. von Untersuchungen zum Zusammenhang von betrieblicher Mitbestimmung und guten Arbeitsbedingungen Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), *Mitbestimmung – Das demokratische Gestaltungsprinzip der sozialen Marktwirtschaft*, Studien zur Wirkung von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung.

¹⁷⁵ Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 26; ähnlich: ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, *Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP)*, April 2013, S. 34; vgl. auch <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/paketbranche-bundesweite-razzia-jede-dritte-zustellfirma-verstoesset-gegen-arbeitsrecht/23992134.html> (20.3.2023).

¹⁷⁶ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, *Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche*, S. 3; Bremische Bürgerschaft, *Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen*, Drs. 20/6.2.2023, S. 1.

¹⁷⁷ Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 30 mit detaillierten Informationen zu der Betriebsratsstruktur in den größten Paketdienstleistungsunternehmen in Deutschland.

¹⁷⁸ Eigene Berechnung anhand von Unternehmensangaben bei ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, *Fair zugestellt statt ausgeliefert*, Präsentation, 2023, S. 7.

¹⁷⁹ Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 30 mit detaillierten Informationen zu der Betriebsratsstruktur in den größten Paketdienstleistungsunternehmen in Deutschland.

Insgesamt ist in der gesamten KEP-Branche die Anzahl an tarifgebundenen Beschäftigten rückläufig.¹⁸⁰ Folge der geringen Tarifbindung ist eine geringe Entlohnung der in Subunternehmen Beschäftigten – wie sie oben unter III.1. bereits beschrieben worden ist.¹⁸¹

V. Resümee zur Situation in der Branche der Paketzustellung

Die Paketbranche ist in Deutschland zwar auf dem Anbietermarkt durch sechs große Paketdienstleister geprägt („Big Five“+Amazon), zeichnet sich aber hinsichtlich der Beschäftigung durch eine erhebliche Fragmentierung aus. Kennzeichnend für die Leistungserbringung ist eine hohe Standardisierung, ein erheblicher Wettbewerbsdruck sowie eine detaillierte Leistungsmessung¹⁸². Das dargelegte Ausmaß, in dem die großen Paketdienstleister Subunternehmer einsetzen, zeigt, dass dies keineswegs nur der Abfederung saisonaler Spitzen dient.¹⁸³

Subunternehmer werden hauptsächlich eingesetzt, um Kosten auf der so genannten „letzten Meile“, die gleichzeitig den wesentlichen Kostenfaktor der Leistungserbringung darstellt, zu drücken und damit die Gewinne der Paketdienstleister zu maximieren. Dabei erweist sich vor allem der umfassende Einsatz von Subunternehmern als wesentlicher Faktor für die Gefährdung einerseits des Niveaus der Gesundheits- und Beschäftigungsbedingungen und andererseits für illegale Beschäftigung. Letztere ist – wie gezeigt – strukturell angelegt und geht weit über Einzelfälle hinaus. Dies liegt zum einen daran, dass der Wettbewerb zu einem wesentlichen Teil über die Beschäftigungsbedingungen geführt wird und der Preisdruck auf diesem Weg an die Beschäftigten weitergegeben wird. Zum anderen machen die durch Subsubunternehmerketten geschaffenen unklaren Verantwortlichkeiten einerseits eine effektive Kontrolle der Branche unmöglich und führen andererseits dazu, dass Beschäftigte ihre Rechte nicht durchsetzen (können). Dies wirkt sich auch deshalb besonders vehement aus, weil es eine Besonderheit dieser Branche ist, dass die auftraggebenden Paketdienstleister an der Spitze die Arbeitsprozesse weitestgehend vorstrukturieren und sich deren Vorgaben daher direkt auf die Beschäftigten der Subunternehmen auswirken. Die Kleinteiligkeit der Branche führt ferner dazu, dass sich kaum Mitbestimmungsstrukturen in der Branche bilden und dort auch die Tarifautonomie unter erheblichem Druck steht. Auch das führt letztlich nicht nur zu einem Absinken der Beschäftigungsbedingungen, sondern auch zu einem strukturellen Durchsetzungsdefizit. Hinzu kommt noch die enorme Fluktuation unter den

¹⁸⁰ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 6.

¹⁸¹ Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services, 2018, S. 26.

¹⁸² *Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch*, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 45.

¹⁸³ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 3.

Beschäftigten sowie der hohe Anteil migrantischer Beschäftigter. Insgesamt ist damit das soziale Schutzniveau in der Branche gefährdet.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 2; BT-Drs., 2019, 19/10289, S. 1.

D. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung

Bei einem Direktanstellungsgebot geht es zentral darum, dass das Kerngeschäft der Wertschöpfung durch eigene Beschäftigte bewältigt wird und in diesem Bereich keine Auslagerung an Subunternehmen – in der Regel in Form von Werkverträgen, daher ist oft die Sprache vom „Werkvertragsverbot“ – sowohl mit als auch ohne Beschäftigte („Soloselbständige“) erfolgt. Darf die Tätigkeit nur mit eigenen Arbeitnehmern ausgeführt werden, bedeutet das, dass auch die Überlassung von Arbeitnehmern durch Dritte für diese Tätigkeiten untersagt ist („Verbot der Leiharbeit“). Bei einer Orientierung an § 6a GSA Fleisch¹⁸⁵ würde daher auch diese Beschäftigungsform im Kerngeschäft untersagt, weshalb die Zulässigkeit dieses Aspekts nachfolgend ebenfalls zu untersuchen ist. Zur besseren Strukturierung erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, bevor auf unionsrechtliche Fragestellungen eingegangen wird. In der verfassungs- wie auch unionsrechtlichen Auseinandersetzung muss zwischen beiden Dimensionen – Einschränkung des Einsatzes von Subunternehmen und Leiharbeit – unterschieden werden, da sie schon aufgrund des regulatorischen aber auch des tatsächlichen Hintergrunds in unterschiedlicher Form rechtfertigungsbedürftig sind. Dennoch bestehen zwischen beiden Aspekten Schnittpunkte, sodass an diesen Stellen auch eine gemeinsame Darstellung erfolgen kann. Ob eine gemeinsame oder getrennte Darstellung erfolgt, wird daher an den betreffenden Stellen jeweils deutlich gemacht.

Neben dem Direktanstellungsgebot als solchem enthält § 6a Abs. 1 S. 1 GSA Fleisch noch die Vorgabe, dass der Betrieb, der die Tätigkeit ausführt, vom Unternehmer als alleinigem Inhaber geführt werden muss. Dasselbe gilt für eine „überbetriebliche Organisation“ i.S.d. § 6a Abs. 5 GSA Fleisch, also einem räumlich nicht notwendig zusammenhängenden Produktionsverbund, in dem der Unternehmer die Arbeitsabläufe im Wesentlichen vorgibt. Diese flankierenden Regelungen erscheinen essenziell, damit ein Direktanstellungsgebot effektiv wirken kann. Daher wird in der nachfolgenden Betrachtung stets mitgedacht, dass die Ausgestaltung auch bei der Paketzustellung in diesem Sinne erfolgen würde.

I. Verfassungsrecht

Um die Verfassungskonformität des Direktanstellungsgebots in der Fleischwirtschaft wurde in den vergangenen drei Jahren bereits eine intensive Debatte in der Literatur geführt, die von einer eindeutigen

¹⁸⁵ Eingeführt durch das Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) v. 22.12.2020, BGBl. 2020, S. 3334.

Bejahung¹⁸⁶ über Zweifel¹⁸⁷ bis hin zu einer deutlichen Ablehnung¹⁸⁸ reicht. Auf diese Debatte kann daher zurückgegriffen werden, um den Fokus auf die Besonderheiten einer entsprechenden Regelung für die Paketzustellung legen zu können. Die gegen § 6a GSA Fleisch gerichteten Verfassungsbeschwerden hat das BVerfG im Sommer 2022 nicht zur Entscheidung angenommen.¹⁸⁹ Die Ablehnung erfolgte allerdings auf der Ebene der Zulässigkeit, sodass sich keine eindeutigen Hinweise hinsichtlich der materiellen Beurteilung durch das Gericht ableiten lassen.¹⁹⁰ In der Rechtsprechung muss daher vorrangig auf Entscheidungen zu vergleichbaren Fragestellungen zurückgegriffen werden, insbesondere auf die BVerfG-Entscheidung zur Vereinbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsverbots in der Bauwirtschaft mit dem Grundgesetz.¹⁹¹

1. Vorbemerkung

Das BVerfG stellt in seinem Beschluss zu den Verfassungsbeschwerden gegen das Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft die Verletzung der Berufsfreiheit der Subunternehmer, der Beschäftigten in den Subunternehmen und der auftraggebenden Fleischunternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) ins Zentrum.¹⁹² Ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Paketdienstleister, der Subunternehmer und der Verleihbetriebe aus Art. 14 GG, wie er offenbar in den Verfassungsbeschwerden gegen das Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft geltend gemacht worden ist¹⁹³, liegt dagegen angesichts der Rechtsprechung des BVerfG nicht nahe. Dieses hat bereits in seiner Entscheidung zum Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft ausgeführt, dass letzteres die Betriebe „nicht in der Ausübung von Eigentümerbefugnissen oder im Ergebnis ihrer beruflichen Betätigung trifft, sondern sich auf die Art der Berufsausübung“ beziehe. Auch der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes umfasse nicht „bloße (Umsatz- und Gewinn-) Chancen und tatsächliche Gegebenheiten“. Erfasst ist nur der konkrete Bestand an Rechten und Gütern. Ohnehin kann dessen Schutz nicht weiter gehen als der Schutz,

¹⁸⁶ *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023; *Deinert*, AuR 2020, 344 ff.; *Däubler*, NZA 2021, 86 ff.; *Zimmer*, NZA 2022, 4 ff.; *Nielebock*, jurisPR-ArbR 2021, Anm. 8; *Polzin*, RdA 2021, 84 ff.

¹⁸⁷ Schüren/Hamann, AÜG-Schüren, Einl. 108d.

¹⁸⁸ BeckOK-ArbR-*Thüsing*, § 1 GSA Fleisch Rn. 7 f.; *Bayreuther*, NZA 2020, 773 ff.; *Andorfer/Tsankova-Herrtwich*, NZA-RR 2022, 393 ff.

¹⁸⁹ BVerfG, 1.6.2022 – 1 BvR 2888/20 u.a., AP Nr. 19 zu Art. 100 GG.

¹⁹⁰ *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 19 gehen zumindest davon aus, dass der Beschluss nahelege, dass die angegriffenen Normen nicht gegen das Grundgesetz verstoßen.

¹⁹¹ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195.

¹⁹² BVerfG, 1.6.2022 – 1 BvR 2888/20 u.a., AP Nr. 19 zu Art. 100 GG, Rn. 14 ff.

¹⁹³ So jedenfalls *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 17 (dort Fn. 9).

den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.¹⁹⁴ Aus Art. 14 Abs. 1 GG folge „kein übergreifender Schutz ökonomisch sinnvoller und rentabler Eigentumsnutzung und hierfür bedeutsamer unternehmerischer Dispositionsbefugnisse“.¹⁹⁵ Daher kann Art. 14 GG auch für die vorliegende Fragestellung außer Betracht bleiben.¹⁹⁶

2. Beschränkung des Einsatzes von Subunternehmen

a) Eingriff in die Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit „gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als ‚Beruf‘ zu ergreifen“.¹⁹⁷ Geschützt ist dabei nicht nur die Berufswahl sondern auch die Ausübung des Berufs in allen denkbaren Formen erwerbsbezogener Tätigkeiten.¹⁹⁸ Erfasst sind also etwa Form, Mittel und Umfang sowie Inhalt der Betätigung, die Beschäftigung von Personen, und auch die Unternehmerfreiheit.¹⁹⁹ Anders als Art. 16 GRCh kennt die deutsche Verfassung allerdings keine spezifische Garantie der Unternehmerfreiheit.²⁰⁰ Geschützt ist aber jedenfalls die Vertrags- und Dispositionsbefugnis des Unternehmers.²⁰¹ Dazu gehören auch die Regelung des Wettbewerbs sowie Regelungen mit berufsregelnder Tendenz. Dabei weisen Regelungen speziell für Arbeitsverträge stets einen Berufsbezug auf.²⁰² Bereits in der so genannten „Apotheker-Entscheidung“ hat das BVerfG allerdings ausgeführt, dass Berufswahl und Berufsausübung nicht in der gleichen Intensität geschützt sind, sondern dass der Schutz umso stärker wird, je mehr in die Berufswahl eingegriffen wird.²⁰³ Damit hat das BVerfG die so genannte Stufentheorie entwickelt, die sich am Übermaßverbot orientiert.²⁰⁴ Während ein Eingriff in die Berufsausübung bereits dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird“²⁰⁵, muss die Beschränkung der subjektiven Berufswahl einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut dienen und die Maßnahme muss zwingend erforderlich sein. Am strengsten sind die Voraussetzungen, wenn der Zugang zu einem Beruf durch objektive Voraussetzungen beschränkt wird,

¹⁹⁴ BVerfG, 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, NVwZ-RR 2021, S. 177, Rn. 86.

¹⁹⁵ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1199.

¹⁹⁶ Tw. wird allerdings auf eine aus Art. 12 und 14 GG abzuleitende „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ verwiesen, etwa *Bayreuther*, NZA 2020, 773.

¹⁹⁷ BVerfG, 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, S. 1035 f.

¹⁹⁸ *ErfK-Schmidt*, Art. 12 GG Rn. 9.

¹⁹⁹ *HWK-Hergenröder*, Art. 12 Berufsfreiheit Rn. 14.

²⁰⁰ Vgl. etwa *Däubler*, *Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht*, 2012, S. 9.

²⁰¹ BVerfG, 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 u.a., NJW 2009, S. 2033, 2042; BVerfG, 17.2.1998 – 1 BvF 1-91, NJW 1998, S. 1627, 1628.

²⁰² *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 12 GG Rn. 18 ff.

²⁰³ BVerfG, 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, S. 1035, 1037.

²⁰⁴ Vgl. *Dürig/Herzog/Scholz-Scholz*, Art. 12 GG Rn. 335.

²⁰⁵ Str. Rspr. etwa BVerfG, 17.2.1998 – 1 BvF 1-91, NJW 1998, S. 1627, 1628.

die der Einzelne nicht beeinflussen kann. Die Stufentheorie wurde in der Literatur stets kritisch begleitet und wurde auch durch das BVerfG nicht widerspruchsfrei angewandt.²⁰⁶ Bemerkenswert ist, dass in aktuellen Entscheidungen dann auch teilweise gar nicht mehr auf sie Bezug genommen wird, sondern das Gericht schlicht eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt.²⁰⁷

Angesichts des hohen Migrantenanteils in der Paketzustellung ist noch zu erwähnen, dass es sich bei Art. 12 GG zwar um ein Staatsbürgerrecht handelt, das folglich auf ausländische Staatsangehörige nicht anzuwenden ist. Allerdings ist zum einen jedenfalls in Bezug auf EU-Bürger gemäß Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten und folglich eine unionsrechtskonforme Auslegung unter Einbezug von Unionsbürgern geboten.²⁰⁸ Außerdem können sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auf die Berufsfreiheit auch „Nichtdeutsche jedenfalls im Rahmen des allgemeinen Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen“.²⁰⁹ Für das vorliegende Gutachten kommt es darauf im Ergebnis aber ohnehin nicht an, da in allen infrage kommenden Gruppen auch Deutsche betroffen sind.

Betroffen sind in ihrer Berufsfreiheit allerdings sowohl die Paketdienstleister als auch die Subunternehmer und schließlich auch die Beschäftigten selbst.

aa) Berufsfreiheit der Paketdienstleister

In Bezug auf die Paketdienstleister selbst liegt es auf der Hand, dass nur deren Berufsausübung betroffen ist.

bb) Berufsfreiheit der Subunternehmer

Schwieriger ist die Beurteilung in Bezug auf die Subunternehmen. Tatsächlich wird deren Tätigkeit durch ein Direktanstellungsgebot erheblich eingeschränkt. Fraglich ist aber, ob es sich dabei tatsächlich um einen „Beruf“ im Sinne des Art. 12 GG handelt. Allgemein versteht man darunter jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, wobei der Begriff weit auszulegen ist.²¹⁰ Die Tätigkeit der Paketzustellung als solche wird ihnen jedenfalls nicht untersagt, nur diese Tätigkeit als Subunternehmer für andere auszuüben. Insofern ist auch hier eher von einer Regulierung der Berufsausübung denn der Berufswahl auszugehen, da auch in Bezug auf den Subunternehmer der Beruf in der Paketzustellung und nicht im Subunternehmertum als solchem liegt. Vergleichbar hat das BVerfG in Bezug auf einen nebenberuflichen

²⁰⁶ Dazu etwa Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, Art. 12 GG Rn. 336.

²⁰⁷ BVerfG, 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, NVwZ-RR 2021, S. 177, Rn. 99 ff.; dazu auch Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 12 GG Rn. 42.

²⁰⁸ Vgl. auch EuGH, 13.2.1985 – 293/83, Slg. 1985, 606, Rn. 26 (*Gravier*).

²⁰⁹ BVerfG, 4.11.2010 – 1 BvR 3389/08, NVwZ 2011, S. 486, 488; a.A. Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, Art. 12 GG Rn. 104.

²¹⁰ Exmpl. BVerfG, 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, S. 1035 f.; BeckOK-GG-Ruffert, Art. 12 GG Rn. 40 f. m.w.N.

Hundezüchter den Beruf im Züchten der Hunde und nicht in der Tätigkeitsform gesehen.²¹¹ Anders ist dies freilich bei einem Leiharbeitsunternehmen, dessen Tätigkeit gerade in der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften besteht.²¹² Diese Schwelle erreicht ein Direktanstellungsgebot für Paketzusteller allerdings nicht, da nicht die Tätigkeit als solche untersagt ist. So hat das BVerfG dann auch das Überlassungsverbot in der Bauwirtschaft als Regelung der Berufsausübung der Leiharbeitsunternehmen begriffen.²¹³ Folgt man der weiteren Argumentation des Gerichts in dieser Entscheidung, kommt es allerdings im Ergebnis gar nicht entscheidend auf die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung an. Denn das Gericht argumentiert, dass die Berufstätigkeit jedenfalls solcher Leistungserbringer spürbar eingeschränkt werde, die ihre Tätigkeit vorrangig an der zu regulierenden Branche ausgerichtet hatten. Daher komme der Eingriff wegen seiner Auswirkungen einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahe.²¹⁴ Ähnlich argumentierte das BVerfG in einer Entscheidung zur Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse, welche die wirtschaftliche Existenz einiger in diesem Bereich aktiven Unternehmen infragestellte. In der Entscheidung argumentierte das Gericht, dass eine Berufsausübungsregelung das Recht auf freie Berufswahl dann verletze, „wenn die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftl. Nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung oder bei juristischen Personen – zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen“²¹⁵. Ein Eingriff sei daher „an die strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebunden“.²¹⁶ Auch in der Entscheidung zum Überlassungsverbot in die Bauwirtschaft betonte das BVerfG, dass nicht jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls zur Eingriffsrechtfertigung ausreiche, sondern es Gründen des Allgemeininteresses bedürfe, „die so schwer wiegen, daß sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung“ verdienen.²¹⁷ Dies ist daher auch der Maßstab, an dem ein Direktanstellungsgebot für Paketzusteller zu messen ist. Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt es damit auf „den Ausgleich zwischen der freien Entscheidung des Einzelnen über seinen Beitrag zur gesellschaftl. Gesamtleistung und den Notwendigkeiten einer staatl. Ordnung des Berufs- und Wirtschaftslebens“ an.²¹⁸

cc) Berufsfreiheit der Arbeitnehmer der Subunternehmer

Von der Berufsfreiheit ist sowohl das Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes der Arbeitnehmer geschützt als auch deren Wahl des Vertragspartners.²¹⁹

²¹¹ BVerfG, 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01, NVwZ 2004, S. 597, 599.

²¹² BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, S. 974, 975.

²¹³ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²¹⁴ Ebd.; vgl. außerdem bereits BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 4/78, AP GG Art. 12 Nr. 51.

²¹⁵ BVerfG, 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 u.a., AP GG Art. 12 Nr. 48.

²¹⁶ Ebd.

²¹⁷ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²¹⁸ BVerfG, 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 u.a., AP GG Art. 12 Nr. 48.

²¹⁹ BeckOK-GG-Ruffert, Art. 12 GG Rn. 44.

Es besteht aber kein Anspruch auf Erhalt eines bestimmten Arbeitsplatzes.²²⁰ Realistischer Weise werden viele der Subunternehmer ihre Geschäftstätigkeit nach Einführung eines Direktanstellungsgebots einstellen und damit ihren Arbeitnehmern keine Fortführung des Arbeitsverhältnisses bieten können, vielmehr sind betriebsbedingte Kündigungen²²¹ oder – angesichts der Erfahrungen aus der Fleischwirtschaft – Betriebsübergänge auf die Paketdienstleister zu erwarten. Allerdings schützt die Berufsfreiheit keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz/Abschluss auf einen Vertrag mit einem bestimmten Arbeitgeber. In der Entscheidung als Beschäftigter bei einem Subunternehmen tätig werden zu wollen, liegt keine Wahl eines besonderen Berufes. Es besteht kein Unterschied zur Tätigkeit von Stammarbeitskräften in dem entsprechenden Berufsfeld.²²² Die Eingriffsintensität ist in Bezug auf die Arbeitnehmer daher gering. In seiner Entscheidung zum Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft führt das BVerfG aus, dass die Möglichkeiten den (in casu) Bauberuf „ansonsten zur Grundlage der Lebensführung zu machen, rechtlich wie tatsächlich nur unwesentlich beschränkt“ werde.²²³ Zu beachten ist dabei außerdem, dass die Maßnahme gerade den Schutz dieser Arbeitnehmer bezweckt.²²⁴ Insoweit verschiebt der Eingriff den Prüfungsmaßstab nicht. Im Gegenteil, hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer reichen vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls aus.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

aa) Vorbemerkung

Auch wenn angesichts des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Subunternehmer zur Rechtfertigung – wie ausgeführt – Gründe des Allgemeininteresses, „die so schwer wiegen, daß sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung“, vorbringen muss, betont das BVerfG gleichzeitig „die weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung und dessen Einschätzungs- und Prognosevorrang“. Und weiter: „Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Auch bei der Prognose und Einschätzung gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren, zu deren Verhütung der Gesetzgeber glaubt tätig werden zu müssen, billigt ihm die Verfassung einen Beurteilungsspielraum zu, den er nur dann überschreitet, wenn seine Erwägungen so offensichtlich fehlsam

²²⁰ Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, Art. 12 GG Rn. 57.

²²¹ Ähnlich zu § 6a GSA Fleisch *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 69 f.

²²² Vgl. BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1198.

²²³ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1198.

²²⁴ Ebenso *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 70.

sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“.²²⁵

Um den grundrechtlichen Vorgaben zu genügen, muss das Direktanstellungsgebot für Paketzusteller zusammengefasst entsprechend den vorstehenden Erwägungen durch „hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderl. Ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenzen der Zumutbarkeit noch gewahrt sind“.²²⁶

bb) Legitime Zwecke und Geeignetheit

Die unter C. beschriebene Gemengelage und die Verwerfungen in der Branche der Paketzustellung sind komplex und spielen sich auf unterschiedlichen Ebenen ab. Daher kann eine Maßnahme, mit der auf die Zustände in der Branche reagiert wird, nicht auf einen einzelnen mit ihr verfolgten Zweck reduziert werden. Vielmehr ist es ein ganzes Bündel an Zielen, die in der Diskussion vorgebracht werden und die daher nachfolgend hinsichtlich ihrer Legitimität und Geeignetheit zu beleuchten sind. Dabei kann jedenfalls teilweise auf die zur Rechtfertigung des Überlassungsverbots in der Bauwirtschaft durch das BVerfG bereits als legitim anerkannten Zwecke zurückgegriffen werden, da sich die Legitimität dieser Zwecke nicht geändert hat. Daneben wird untersucht, inwiefern ein Direktanstellungsgebot für Paketzusteller geeignet, d.h. förderlich²²⁷, dazu ist, diese Zwecke zu erreichen. Zu betonen ist dabei im Anschluss an die bereits oben gemachten Vorbemerkungen zum Prognose- und Einschätzungsspielraum durch das BVerfG, dass der Gesetzgeber bei solchen Maßnahmen auf „besonders komplexe, schwer überschaubare und im einzelnen unklare Verhältnisse“ reagieren muss.²²⁸ Es ist daher weder prospektiv noch retrospektiv möglich, exakt die Wirkung einer gesetzlichen Maßnahme zu bestimmen, da gleichzeitig mannigfaltige Umwelteinflüsse bestehen. Dies ist freilich ob der Erheblichkeit des Eingriffs unbefriedigend, dennoch kann vom Gesetzgeber nur verlangt werden, eine sachlich vertretbare Einschätzung und Prognose vorzunehmen. Nachfolgend soll daher in diesem Lichte eine Einschätzung auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Kenntnisse gegeben werden.

²²⁵ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²²⁶ BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 4/78, AP GG Art. 12 Nr. 51.

²²⁷ BVerfG, 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, NJW 1971, 1255, 1256.

²²⁸ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

(1) Schutz der Beschäftigten – Ordnung des Teilarbeitsmarktes der Paketzustellung

α. Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen, Schaffung klarer Verantwortlichkeiten und Bekämpfung illegaler Beschäftigung

Im Vordergrund steht der Schutz der Arbeitnehmerrechte und die soziale Absicherung der von den unter C.III. ausführlich dargestellten erheblichen Missständen in Bezug auf die Arbeits- und Gesundheitsbedingungen in Subunternehmen betroffenen Beschäftigten.²²⁹ Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Arbeitsvermittlungsmonopol der (damaligen) Bundesanstalt für Arbeit die Nichteinhaltung der Rechte der Arbeitnehmer nicht für hinreichend erachtet, um das damals bestehende Vermittlungsmonopol aufrecht zu erhalten. Denn den Arbeitnehmern stehe der individuelle Rechtsweg offen.²³⁰ Allerdings unterscheidet sich die Situation vorliegend in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist mit dem Arbeits- und Gesundheitsschutz das öffentliche Schutzrecht betroffen, das insoweit über individuelle austauschrechtliche Fragestellungen hinausgeht und zu der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Einhaltung sich der Gesetzgeber bereits bekannt hat.²³¹ Zum anderen wird die gerichtliche Rechtsdurchsetzung strukturell dadurch erschwert, dass es sich um überwiegend migrantische Beschäftigte mit häufig nur geringen Sprach- und Rechtskenntnissen handelt. Wie oben ausgeführt, werden unter dem Schutz schwer durchschaubarer Subsubunternehmerketten systematische Rechtsverstöße begangen – und zwar weit über Einzelfälle hinaus.

Zwar führt ein Direktanstellungsgebot nicht ohne weiteres zu besseren Beschäftigungsbedingungen. Insofern wird eingewandt, dass der Betriebsinhaber keineswegs zwangsläufig zuverlässiger sei als ein Werkunternehmer, da auch dieser ein Interesse daran habe, die Kosten für Lohn und Arbeitsschutz möglichst gering zu halten.²³² Die Wirksamkeit wird aber deutlich, wenn man die mittelbaren Folgen betrachtet. Denn ein Direktanstellungsgebot in der Paketzustellung würde Transparenz schaffen und klare rechtliche Verantwortlichkeiten herstellen. Dies erleichtert es Beschäftigten ihre zivil- und öffentlich-rechtlichen Ansprüche einschließlich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes durchzusetzen und ermöglicht den Behörden effektive Kontrollen (dazu unter (2)). Gleichzeitig ermöglicht es betriebliche Vertretungsstrukturen (dazu unter (3)) und erleichtert die Verwirklichung der Tarifautonomie (dazu unter (4)) – beides Aspekte, die sich ihrerseits unmittelbar auf die Beschäftigungsbedingungen auswirken.

Gleichzeitig soll mit dem Direktanstellungsgebot und den damit einhergehenden klaren Verantwortlichkeiten illegale Beschäftigung

²²⁹ Vgl. zum „Ziel der Sicherung einer stabilen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Situation abhängig Beschäftigter als hervorragend wichtiges Gemeinschaftsgut“: BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²³⁰ BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, S. 974.

²³¹ In diese Richtung auch *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 14.

²³² Schüren/Hamann, AÜG-Schüren, Einl. 108d.

bekämpft werden.²³³ Damit verbunden ist die Sicherstellung eines geordneten Teilarbeitsmarktes in der Paketbranche.²³⁴ Dies dient auch dazu, einheitliche Wettbewerbsbedingungen in der Branche zu schaffen, die derzeit nicht gegeben sind. Blickt man auf die Effekte des Leiharbeitsverbots in der Bauwirtschaft, zeigt sich, dass es sich gerade bei der Bekämpfung illegaler Beschäftigung als ausgesprochen effektiv erwiesen hat, wie sich aus der zeitgenössischen Bewertung ableiten lässt.²³⁵ Der Vergleich ist auch deshalb naheliegend, weil es sich beim Baugewerbe ebenfalls um eine arbeitsintensive Branche handelt, in der die Produktionskosten wesentlich von den Arbeitskosten abhängen. Ähnlich ist das Risiko eines Wettbewerbs über die Lohn-, Arbeits- und Sozialbedingungen auch in der Paketzustellung auf der „letzten Meile“ offensichtlich, deren (Arbeits-)Kosten einen Großteil der Kosten der Paketdienstleistungen insgesamt ausmachen. Dass es nicht nur beim Risiko bleibt, sondern dieses sich flächendeckend – auch durch illegale Beschäftigung – verwirklicht, ist den obenstehenden Ausführungen zu entnehmen und durch Kontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit sowie durch Erfahrungsberichte von „Faire Mobilität“ (oben unter C.III.1) belegt. Unter C.II. wurde bereits ausführlich dargelegt, dass Paketdienstleister gerade deshalb ihr Kerngeschäft auf Subunternehmer auslagern, um sich Vorteile im Preiswettbewerb zu verschaffen, da die Subunternehmer untereinander wiederum unter einem enormen Wettbewerbsdruck stehen. Ein Wettbewerb über die Arbeits- und Sozialbedingungen widerspricht aber der Vorstellung des Grundgesetzes insbesondere in seiner Ausprägung des Sozialstaatsgebots aus Art. 20 GG wie auch der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Hinzu kommt, dass diejenigen Unternehmen, die Tarifverträge anwenden und sich rechtskonform verhalten, im Ergebnis einen Wettbewerbsnachteil erleiden.

β. Verbesserung der Gesundheitsbedingungen

Wie bereits unter C.III.3. ausgeführt, besteht eine der Besonderheiten in der Branche der Paketzustellung darin, dass die Betriebsorganisation und der Arbeitsablauf auch in den Subunternehmen weitgehend durch die Paketdienstleistungsunternehmen vorstrukturiert werden. Obwohl sie auf diese Weise Entscheidungen mit direkten Auswirkungen auf den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Paketzusteller treffen (oben unter C.III.3.),²³⁶ kommt ihnen mangels Arbeitgeberstellung keine arbeitsschutzrechtliche Verantwortung zu. Diese wird gewissermaßen an die Subunternehmen abgeben.²³⁷ Vorgegeben werden den Subunternehmen die zentralen Rahmenbedingungen der Leistungserbringung, etwa die täglich zu bewältigende Paketmengen oder die Zustellrouten. Dadurch entsteht eine

²³³ Vgl. so auch BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196 Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe.

²³⁴ Vgl. so das BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196 zum Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe.

²³⁵ BT-Drs. 11/2639, S. 26 f.; Mayer/Paasch, BB 1984, 1943, 1944 ff.; Röwekamp, AuR 1984, 323, 328; Knopp, DB 1982, 111, 112.

²³⁶ Vgl. so auch Deinert, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 7 f.

²³⁷ Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 1.

Situation, in der die Subunternehmen strukturell – also weit über Einzelfälle hinaus – zur Erfüllung der vom Paketdienstleister vorgegebenen Ziele arbeits-, arbeitsschutz- und arbeitsrechtliche Verstößen begehen. Werden die Vorgaben nämlich nicht eingehalten, erfolgt eine Sanktionierung durch den Einbehalt der Vergütung, über Vertragsstrafen bis hin zum Auftragsverlust (vgl. schon oben C.III.1). Aber selbst wenn man – wie aufgrund von § 11 Abs. 6 AÜG im Fall der Leiharbeit – eine doppelte Zuständigkeit für den Arbeitsschutz konstruierte,²³⁸ zeigt die Empirie, dass die Abstimmung nur unzulänglich funktioniert und sich letztlich keiner der Verpflichteten zuständig fühlt (dazu auch unten 3.c)).²³⁹

Besteht dagegen eine transparente und vor allem einheitliche rechtliche Verantwortlichkeit der Paketdienstleistungsunternehmen für die Beschäftigten, sind sie gezwungen, ihre Arbeitsbedingungen und die Betriebsorganisation an den gesetzlichen Rahmenbedingungen auszurichten.²⁴⁰ Andernfalls werden sie selbst für arbeitszeit- sowie sonstige arbeits- und arbeitsschutzrechtliche Verstöße verantwortlich gemacht. Die vertragliche Ausgestaltung beeinflusst somit maßgeblich den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Beschäftigten. Ein Werkvertragsverbot ist daher dazu geeignet, die Arbeits- und Gesundheitsbedingungen von bei Subunternehmen Beschäftigten zu verbessern.

F. Zwischenergebnis

Das Werkvertragsverbot ist dazu geeignet, die massiven Missstände hinsichtlich der Arbeits- und Sozialbedingungen bei der Paketzustellung zu verhindern, da es den Paketdienstleistungsunternehmen gesetzlich nicht mehr erlaubt wäre, im Kernbereich ihrer Geschäftstätigkeit auf Subunternehmen zurückgreifen. Auf diese kann folglich kein Preis- und Wettbewerbsdruck ausgeübt werden, der wie gezeigt, (mit)ursächlich für die Missstände ist. Damit werden die Arbeitnehmerrechte der Paketzusteller gestärkt. Es können dadurch prekäre Arbeits- und Gesundheitsbedingungen in der Branche – die an anderer Stelle bereits ausführlich dargestellt wurden (siehe oben unter C.) – beseitigt werden und eine Grundlage für die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung der Beschäftigten wie auch der Kontrollbehörden – dazu im Folgenden – geschaffen werden.

(2) Effektive Kontrollen

Damit ist bereits angedeutet, dass das Direktanstellungsgebot auch dazu dienen soll, die Kontrollen der zuständigen Behörde effektiver zu machen, bzw. effektive Kontrollen überhaupt erst zu ermöglichen. Denn die Überwachungsmöglichkeiten der zuständigen Kontrollbehörden werden durch die Sub- und Subsubunternehmerkonstruktionen erheblich erschwert

²³⁸ Zu § 11 Abs. 6 AÜG etwa *Pieper*, ArbSchR, AÜG Rn. 1a ff.

²³⁹ *Arning/Brückner/Splittgerber/Zölck*, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit, 2014, S. 11 ff.

²⁴⁰ Vgl. so zur Situation in der Fleischbranche vor Einführung des Fremdpersonaleinsatzverbotes in dieser Branche *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 8.

bzw. unmöglich gemacht. Wie unter C.III.3.b) ausgeführt, wissen die Beschäftigten in diesen langen Subunternehmerketten teilweise gar nicht, bei wem sie (rechtlich) beschäftigt sind. Hier würde ein Direktanstellungsgebot – wie soeben ausgeführt – für Transparenz sorgen. Dadurch werden auch die Kontrollen der zuständigen Behörden erheblich effektiviert. Hinzu kommt, dass bei einer hochmobilen Tätigkeitsform wie der Paketzustellung Kontrollen besonders schwierig sind.²⁴¹ Durch eine Direktanstellung würden illegale Verhaltensweisen dagegen erheblich erschwert,²⁴² der Schutz durch schwer durchschaubare Subunternehmerketten würde wegfallen. In dieser Weise hat das BVerfG schon in der Begründung seines Urteils zur Verfassungskonformität eines sektoralen Arbeitnehmerüberlassungsverbot argumentiert.²⁴³ Es hat dabei betont, dass durch die Zulassung legaler Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft die Gefahr geschaffen würde, dass sie gleichzeitig mit illegalen Tätigkeiten erfolgt und insofern kaum trennbar und damit schwer kontrollierbar wäre.²⁴⁴

Teilweise wird eingewandt, dass solche Maßnahmen zu einem Abdrängen in die Illegalität führten und deswegen zur Umsetzung des legitimen Zweckes ungeeignet seien. So wird etwa gegen das sektorale Überlassungsverbot in der Bauwirtschaft gemäß § 1b AÜG vorgebracht, dass trotz seiner Existenz missbräuchliche Gestaltungen vorkämen.²⁴⁵ Das Argument überzeugt jedoch nicht. Denn ein Verbot ist nicht schon deshalb ungeeignet, weil es auch nach dessen Einführung Verstöße und Illegalität gibt. Natürlich liegt es in der Natur der Sache, dass – in den Worten des BVerfG – selbst nach Einführung eines Verbots „nicht überblickt werden“ kann, wie sich die Illegalität ohne ebendieses Verbot entwickelt hätte.²⁴⁶ Jedoch konnte gerade durch das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe der Missbrauch in der Branche erheblich reduziert werden. Ein „Abgleiten“ ehemaliger Verleiher in die Illegalität hat sich dagegen nicht realisiert.²⁴⁷ Es ist damit naheliegend, in einer Branche mit einer erheblichen Anfälligkeit für illegale Beschäftigung ein enges Regulierungsregime vorzuhalten.

(3) Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung

Ein Direktanstellungsgebot und insbesondere das Verbot von Subunternehmerkonstruktionen kann außerdem der tatsächlichen Ermöglichung von Mitbestimmung im Betrieb dienen, indem die

²⁴¹ I.d.S. auch *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al.*, NZA 2020, 1160, 1163.

²⁴² Vgl. BVerfG, 19.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 – NJW 1971, 1255, 1257; BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²⁴³ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²⁴⁴ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195.; ähnlich auch die Begründung für § 6a GSA Fleisch: BR-Drs. 426/20, S. 20 f.

²⁴⁵ Schüren/Hamann, AÜG-Hamann, § 1b AÜG Rn. 23; *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al.*, NZA 2020, 1160, 1164.

²⁴⁶ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195.

²⁴⁷ *KassHandb-Düwell*, Kap. 4.5 Rn. 213; dazu auch *Ulber/Ulber-Walser*, § 1b AÜG Rn. 9; a.A. *Böhm*, DB 2011, 473, 476.

Beschäftigten auch rechtlich in die betriebliche Organisation integriert werden. Hierbei sei nochmals auf den bereits unter C.IV. ausgeführten Gedanken verwiesen, dass ein effektiver Arbeitsschutz nur durch betriebsverfassungsrechtliche Strukturen flächendeckend sichergestellt werden kann. Denn staatliche Kontrollmaßnahmen sind zwar wichtig, können aber selbst bei bester Ausstattung nicht die Betriebsnähe von Betriebsräten kompensieren. Besonders wenn beide Strukturen zusammenwirken, kann ein hohes Schutzniveau erreicht werden. Mit Blick auf Art. 12 GG führt eine funktionsfähige Mitbestimmung auch zu einem Mehr an beruflichen und wirtschaftlichen Rechten der Arbeitnehmer.²⁴⁸ Wichtiger aber ist insofern noch, dass hinter dem System der Mitbestimmung das Sozialstaats- und Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG steht.²⁴⁹

Durch ein Direktanstellungsgebot werden die klein- und kleinstbetrieblichen Strukturen der Sub- und Subsubunternehmen aufgelöst, in denen es schon aufgrund der Betriebsgröße nicht möglich ist, dass Betriebsräte gewählt werden können (dazu schon oben unter C.IV). Die vormals bei Subunternehmen tätigen Beschäftigten müssten fortan in den Betrieb des Paketdienstleisters integriert werden, wo die Betriebsgröße effektive Mitbestimmungsstrukturen ermöglichen würde. Zudem wird den Gewerkschaften durch die betriebliche Integration die Ansprache der Beschäftigten ermöglicht. Diese können die Beschäftigten so über ihre Arbeitnehmerrechte und über ihr Recht, Betriebsräte gründen zu können, aufklären. Angesichts der vielen migrantischen Beschäftigten ist eine solche Beratung besonders bedeutsam. Ihnen fehlt auch häufig eine effektive betriebliche Integration (über die rein formal-rechtliche hinaus). Ein Direktanstellungsgebot könnte die „Isolation“ der Arbeitnehmer, mitbegünstigt durch die hochmobile Form der Paketzustellung, minimieren und eine effektive betriebliche Integration ermöglichen.

Der Betriebsrat wiederum hat unter anderem die Aufgabe darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden, vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Er nimmt so eine wichtige Überwachungsrolle neben den staatlichen Kontrollbehörden ein. Stellt er Missstände fest, kann er mit seinen Mitteln auf angemessene Arbeits- und Gesundheitsbedingungen hinwirken. Darüber hinaus sorgt der Betriebsrat dafür, dass die Beschäftigten über bestehende Rechte aufgeklärt werden. Zwar erstreckt sich die betriebsverfassungsrechtliche Unterrichtungspflicht auch auf Fremdpersonal, jedoch wird die Informationsgewinnung durch lange Subunternehmerketten und die fehlende betriebliche Integration erschwert. Durch ein Direktanstellungsgebot würde es dagegen den Arbeitgebern erschwert, die Rechtsunkenntnis der Beschäftigten auszunutzen, um

²⁴⁸ Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, Art. 12 GG Rn. 66.

²⁴⁹ BAG, 1.2.2011 – 1 ABR 79/09, NZA 2011, S. 703.; dazu *Klocke*, in: Klein/Klocke/Schlachter-Voll, Standort- und Beschäftigungssicherung, 2022, S. 135, 150.

rechtswidrige Handlungen als rechtskonform darzustellen.²⁵⁰ Bestehen Mitbestimmungsstrukturen, ist eine Überwachung der Beschäftigungs- und Arbeitsschutzbestimmungen möglich. Dies kann durch staatliche Überwachungsmaßnahmen allein in dieser Form nicht gewährleistet werden.

Insgesamt führen starke Betriebsräte so zu einer gestärkten Position der Arbeitnehmer. Erste Erkenntnisse aus der Befragung von Betriebsräten in der Fleischindustrie durch das WSI nach Einführung des § 6a Abs. 3 GSA-Fleisch im Jahr 2021 deuten einerseits darauf hin, dass sich dort die Situation der vielen migrantischen Beschäftigten²⁵¹ gegenüber ihren Arbeitgebern gestärkt hat.²⁵² Andererseits belegen die Befragungen ferner die Geeignetheit des Verbotes zur Stärkung der betrieblichen Integration und Mitbestimmung,²⁵³ da sich die Mitbestimmungsstrukturen und Betriebsratsarbeit tatsächlich positiv verändert haben. Durch die Integration in den Inhaberbetrieb konnten sich tausende, größtenteils migrantische Beschäftigte erstmals aktiv und passiv an Betriebsratswahlen beteiligen – mit der Folge, dass ein deutlicher Zuwachs der Betriebsratsmitglieder stattgefunden hat.²⁵⁴

Empirische Erkenntnisse belegen zudem einen eindeutigen Zusammenhang zwischen der Betriebsgröße und dem Vorhandensein des Betriebsrates.²⁵⁵ Je größer die Stammebelegschaft in einem Betrieb, desto wahrscheinlicher ist also die Existenz eines Betriebsrates. Diese Beobachtung kann auch in der Paketbranche in Betrieben gemacht werden, die mit Stammarbeitskräften arbeiten. DHL beschäftigt fast ausschließlich eigene Zusteller, bei UPS gibt es ca. 40 Prozent Stammbeschäftigte.²⁵⁶ Bei diesen Großunternehmen sind durchweg Betriebsräte vorhanden,²⁵⁷ die durch ihre Informations- und Gestaltungsrechte in die betriebliche Willensbildung einbezogen werden und daher die betriebliche Arbeitsorganisation maßgeblich mitbestimmen²⁵⁸ sowie – neben den staatlichen Behörden – kontrollieren, ob im Betrieb angemessene Arbeits- und Gesundheitsbedingungen herrschen. Im Kontrast dazu gab es nach Erkenntnissen der bereits angesprochenen FORBA im Jahr 2018 in

²⁵⁰ Wie es in Subunternehmen nach Berichten von Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 3 teilweise der Fall ist.

²⁵¹ *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 44.

²⁵² *Erol Vogel/Schulten* 28.06.2022, 16.

²⁵³ So auch *Stefan Thyroke*, ver.di Bundesfachgruppenleiter Speditionen Logistik und KEP unter <https://www.eurotransport.de/artikel/stefan-thyroke-von-verdi-verbot-von-werkvertraegen-11220302.html> (21.3.2023).

²⁵⁴ *Erol Vogel/Schulten* 28.6.2022, 15.

²⁵⁵ *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2022, 328, 333.

²⁵⁶ Eigene Berechnung anhand von Unternehmensangaben bei ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 7.

²⁵⁷ *Zanker*, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 123.

²⁵⁸ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 14.

Betrieben von GLS, wo keine eigenen Zusteller beschäftigt werden, nur in neun von 57 Depots Betriebsräte.²⁵⁹

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass ein Direktanstellungsgebot die betriebliche Mitbestimmung und die damit verknüpften positiven Auswirkungen auf die Beschäftigungsbedingungen erheblich fördern würde und so den Arbeits- und Gesundheitsschutz wie auch die effektive Rechtswahrnehmung durch die Beschäftigten verbessern würde.

(4) Stärkung der Tarifautonomie – Ermöglichung des Aufbaus tarifvertraglicher Strukturen

Wie oben bereits ausgeführt, existieren tarifvertragliche Strukturen nur bei einzelnen Paketdienstleistern, während sie bei den übrigen wie auch den Subunternehmern weitgehend fehlen. Daher stellt sich die Frage, ob ein Direktanstellungsgebot auch eine Stärkung der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG nach sich ziehen kann. Zwar ist es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, „schwachen Verbänden Durchsetzungskraft bei Tarifverhandlungen“ zu verschaffen.²⁶⁰ Er muss aber zumindest die erforderlichen Instrumente und Verfahrensregeln für die Koalition errichten, damit Tarifverträge überhaupt zustande kommen können.²⁶¹ Zudem fordert Art. 4 Mindestlohn-Richtlinie der EU²⁶² die „tarifvertragliche Abdeckung zu erhöhen und die Ausübung des Rechts auf Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung zu erleichtern“ (Abs. 1). Als Zielmarke wird eine Tarifabdeckung von 80 Prozent definiert (Abs. 2), von der Deutschland derzeit weit entfernt ist²⁶³. Dabei hat es mit der Errichtung des Tarifvertragssystems durch das TVG noch nicht sein Bewenden, der Gesetzgeber muss gegebenenfalls nachjustieren und auf Entwicklungen sowie Änderungen in den Strukturen der Ökonomie reagieren.²⁶⁴ In Bezug auf die Tarifautonomie entsteht die verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Staates insbesondere dann, wenn eine strukturelle, nachhaltige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie besteht, vor allem wenn sich ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien entwickelt.²⁶⁵ Tatsächlich führt die Branchenstruktur in der Paketzustellung dazu, dass es jedenfalls in den Bereichen der Branche, in denen die zerklüfteten Subunternehmerstrukturen bestehen, nicht gelingt, Tarifautonomie auszuüben. Schon die Ansprache und Organisation potenzieller Mitglieder ist für die Gewerkschaften kaum möglich. Zwar hält

²⁵⁹ Vgl. Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), *Precarious working conditions in the parcel services*, 2018, S. 30 mit detaillierten Informationen zu der Betriebsratsstruktur in den größten Paketdienstleistungsunternehmen in Deutschland.

²⁶⁰ BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 (= AP AFG § 116 Nr. 4).

²⁶¹ BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (= AP GG Art. 9 Nr. 1).

²⁶² Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

²⁶³ Vgl. *Ellguth/Kohaut*, WSI Mitt. 2022, 328 ff.

²⁶⁴ BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 (= AP MitbestG § 1 Nr. 1).

²⁶⁵ BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 (= AP AFG § 116 Nr. 4); zum Ganzen auch *Walser*, *Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite*, 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014), S. 27 ff.

das BVerfG mögliche tatsächliche Schwierigkeiten jedenfalls für die Gründung neuer Koalitionen für verfassungsrechtlich nicht relevant.²⁶⁶ Allerdings muss man gar nicht so weit gehen, die Schwelle zur Auslösung einer Schutzpflicht anzunehmen. Jedenfalls ist die Sicherung der Tarifautonomie als legitimer Zweck anzusehen, der zur Rechtfertigung des Direktanstellungsgebots herangezogen werden kann.

Ähnlich wird auch zur Begründung des Überlassungsverbots in der Bauwirtschaft mit der Verhinderung eines Unterlaufens der Tarifstrukturen sowie der Wettbewerbsbedingungen der Branche argumentiert, die bereits durch legale Drittbeschäftigung erfolgt.²⁶⁷ Kaum ein Subunternehmer ist bislang Mitglied in einem Arbeitgeberverband, sodass Flächentarifverträge nicht greifen.²⁶⁸ Eine Tarifbindung lässt sich so (ohne Allgemeinverbindlicherklärung) faktisch nicht erreichen,²⁶⁹ da aufgrund der Kleinteiligkeit der Branche auch eine großflächige Erfassung durch Firmentarifverträge nicht realistisch ist. Die Strukturvoraussetzungen erschweren zudem das Führen von Arbeitskämpfen erheblich. Es besteht außerdem ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Stärkung der Mitbestimmung. Betriebliche Mitbestimmungsstrukturen ebnen den Weg für den Aufbau tarifvertraglicher Strukturen. Diese wiederum können wesentlich dazu beitragen, dass Arbeits- und Gesundheitsbedingungen sich verbessern, das gilt eben nicht nur für den Lohn, sondern auch für das Arbeitszeitregime, Urlaubsregelungen und den Gesundheitsschutz. Dass ein Direktanstellungsgebot hier förderlich sein kann, zeigen die Entwicklungen in der Fleischindustrie, wo nach Einführung des Fremdpersonaleinsatzverbotes gemäß § 6a GSA Fleisch eine Lohnuntergrenze durch einen Branchenmindestlohn vereinbart wurde.²⁷⁰ Zudem existieren schon heute die besten Arbeitsbedingungen für Zusteller bei den Unternehmen, die überwiegend mit Stammarbeitskräften arbeiten. Dort sind die Betriebsratsdichte und auch der gewerkschaftliche Organisationsgrad hoch.²⁷¹ Ein Beispiel dafür ist die Deutsche Post/DHL. Der gewerkschaftliche Organisationsgrad liegt dort bei 70 Prozent.²⁷²

²⁶⁶ BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7 (= AP Nr 17 zu § 5 TVG).

²⁶⁷ Mayer/Paasch, BB 1984, 1943, 1944 ff.; dazu ausführlich Ulber/Ulber-Walser, § 1b AÜG Rn. 10.

²⁶⁸ Vgl. <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/paketbranche-bundesweite-razzia-jede-dritte-zustellfirma-verstoest-gegen-arbeitsrecht/23992134.html> (20.3.2023).

²⁶⁹ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 3; Bremische Bürgerschaft, Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen, Drs. 20/6.2.2023, S. 1.

²⁷⁰ S. dazu m.w.N. und weiteren Ausführungen Cremer/Deinert, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 59 f.

²⁷¹ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 34.

²⁷² Maier, Tagesspiegel vom 30.11.2022.

(5) Sicherung der sozialen Sicherungssysteme und des Steueraufkommens – keine Verschärfung des Arbeitskräftemangels

Weitere Ziele der zu untersuchenden Maßnahme können in der Sicherung der sozialen Sicherungssysteme sowie des Steueraufkommens gesehen werden, welche das BVerfG bereits als legitim anerkannt hat.²⁷³ Auf die Zusammenhänge illegaler Beschäftigung, eines niedrigen Lohnniveaus und fehlender sozialer Absicherung, die auch mit (zu) geringen Steuerleistungen einhergehen, wurde oben unter C.III.2. bereits eingegangen. Ergänzend sei noch darauf verwiesen, dass auch die mit den Arbeitsbedingungen einhergehenden Gesundheitsschäden und die damit zusammenhängenden Sozialleistungen wie auch die fehlende Arbeitskraft der Beschäftigten zu erheblichen volkswirtschaftlichen Kosten führen.

Umgekehrt ist durch das Direktanstellungsgebot nicht von einer Verschärfung des Arbeitskräftemangels auszugehen. Zwar wird geschätzt, dass bis 2025 60.000 Arbeits- und Fachkräfte in der KEP-Branche fehlen.²⁷⁴ Der Arbeitskräftemangel ist jedoch kein Spezifikum der KEP-Branche. Umgekehrt gehen die Arbeitskräfte durch die Direktanstellung der Branche nicht verloren. Die Erfahrungen aus der Fleischwirtschaft zeigen, dass die vormals bei Subunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer dort schnell und unkompliziert durch einen Betriebsübergang gemäß § 613a BGB in die Stammebelegschaften übernommen worden sind.²⁷⁵ Stabilere und ggf. bessere Arbeitsbindungen mit Planungssicherheit²⁷⁶ werden die Branche für die Beschäftigten dabei attraktiver machen. In der Fleischbranche hat das Direktanstellungsgebot dazu geführt, die auch dort bestehende hohe Fluktuation einzudämmen.²⁷⁷ Wenn damit höhere Arbeitskosten für die Unternehmen verbunden sind, ist das hinzunehmen. Sie können zur Rechtfertigung der bestehenden Missstände nicht herangezogen werden.

(6) Förderung rechtskonformen Verhaltens der Beschäftigten und Postgeheimnis

Schließlich kann mit der Maßnahme auch das Ziel verfolgt werden, rechtskonformes Verhalten aufseiten der Beschäftigten zu fördern und zu unterstützen.

Das betrifft zum einen den Aspekt der Verkehrsdelikte. Wie oben (C.III.3.) beschrieben, sind aufgrund des Arbeitsdrucks Park- und Halteverstöße, Geschwindigkeitsüberschreitungen und sonstige Verkehrsverstöße häufig. Dem entgegenzuwirken, dient einerseits dem Arbeits- und Gesundheits-

²⁷³ Vgl. auch BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

²⁷⁴ Schmierl/Schneider/Struck/Ganesch, Digitale Logistik, Oktober 2022, S. 103; Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP-Studie 2022, Juni 2022, S. 7.

²⁷⁵ Vgl. Erol Vogel/Schulten 28.6.2022, 5.

²⁷⁶ Vgl. so auch ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 10.

²⁷⁷ Erol Vogel/Schulten 28.6.2022, 14 f.

schutz der Arbeitnehmer, schützt aber gleichzeitig auch die anderen Verkehrsteilnehmer sowie die öffentliche Ordnung.

Zum anderen kommt als Branchenspezifikum bei Paketdienstleistungen hinzu, dass es sich hierbei im Lichte von Art. 10 Abs. 1 GG um eine besonders sensible Dienstleistung handelt, bei der das Postgeheimnis zu wahren ist. § 39 PostG führt dieses genauer aus. In der „Beschwerdestelle Post“ der Bundesnetzagentur bezog sich in den Jahren 2020 und 2021 die Hälfte der Beschwerden zu allen Postdienstleistungen auf Pakete, bei den Schlichtungsanträgen sind dies sogar über 80 Prozent.²⁷⁸ Insofern ist auch in der Sicherstellung der Zuverlässigkeit der Paketzustellung und damit einhergehend der Wahrung des Postgeheimnisses ein legitimer Zweck eines Direktanstellungsgebots zu sehen.

Dass die Beschäftigungsbedingungen Einfluss auf die Qualität der Paketdienstleistungen haben, ist in der Rechtsordnung durchaus anerkannt. Damit tragen sie zur Verlässlichkeit der Postdienstleistungen bei und dienen so auch dem Schutz des Postgeheimnisses. So können die EU-Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 1 Postdienste-Richtlinie²⁷⁹ Postdienstleistungen, die nicht den Universaldiensten zuzuordnen sind, unter einen Genehmigungsvorbehalt stellen, um die Erfüllung der Grundanforderungen zu gewährleisten. Zu diesen wiederum gehören gemäß Art. 2 Nr. 19 S. 1 der Postdienste-Richtlinie im allgemeinen Interesse liegende Gründe nichtwirtschaftlicher Art. Satz 2 nennt als einen dieser Gründe ausdrücklich die Beachtung der „Beschäftigungsbedingungen und Systemen der sozialen Sicherheit, die gemäß den gemeinschaftlichen und nationalen Rechtsvorschriften durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder Tarifverträge, die zwischen den nationalen Sozialpartnern ausgehandelt wurden, geschaffen wurden“.

(7) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist ein Direktanstellungsgebot geeignet, transparente Verantwortlichkeiten und Unternehmensstrukturen zu schaffen und auf diesem Weg effektive Kontrollen und Beschäftigungsbedingungen zu ermöglichen sowie gleichzeitig die Voraussetzungen für eine effektive betriebliche Mitbestimmung zu setzen. Ferner wird so die Bildung tarifvertraglicher Strukturen auch dort befördert, wo bislang erhebliche „weiße Flecken“ in der Tariflandschaft bestehen. Von Auswirkungen auf die Beschäftigungsbedingungen ist sowohl indirekt durch die vorstehenden Erwägungen auszugehen als auch direkt, weil den Beschäftigten die Durchsetzung ihrer Ansprüche aufgrund der klaren Verantwortlichkeiten erleichtert wird. Insgesamt ist eine erhebliche Verbesserung der Beschäftigtenrechte einschließlich der hohen Schutzgüter der körperlichen Integrität und der Gesundheit zu erwarten. Damit verbunden ist eine zu erwartende Verbesserung der korrekten Beitragsabführung an die

²⁷⁸ Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 90, 99.

²⁷⁹ Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der EU und die Verbesserung der Dienstqualität v. 21.1.1998, ABl. 1998, L 15, S. 14–25.

Sozialversicherungsträger sowie die Steuerbehörden. Eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und transparente Entgeltzahlungen würden sich zudem positiv auf die soziale Absicherung der Beschäftigten auswirken. Schließlich ist bei einer Verminderung des Arbeitsdrucks zu erwarten, dass sich die Beschäftigten nicht veranlasst sehen, zeitdruckbedingt gegen Rechtsvorschriften zu verstoßen. Dies würde zu einer Verminderung der Verkehrsdelikte in diesem Bereich und damit zum Schutz der Bevölkerung wie auch der öffentlichen Ordnung sowie zu Verbesserungen bei der Paketzustellung beitragen und dabei den Schutz des Postgeheimnisses positiv beeinflussen.

cc) Erforderlichkeit – Keine milderen Mittel als ein Direktanstellungsgebot

Das Direktanstellungsgebot muss darüber hinaus erforderlich sein, um die vorstehenden Zwecke zu erreichen, das heißt, dass es keine gleich effektiven, aber milderen Mittel als das Werkvertragsverbot zur Umsetzung der genannten legitimen Zwecke gibt. Zu fragen ist also, ob sie „in einfacherer, gleich wirksamer, aber die Grundrechte weniger fühlbar einschränkender Weise [...]“ erreicht werden können.²⁸⁰

(1) Gesetzliche Festlegung von Beschäftigungsbedingungen

Zunächst ist zu überlegen, ob sich eine Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen schon durch verbesserte gesetzliche Arbeitsbedingungen erreichen ließe. Ohnehin plant das BMAS eine neue Vorgabe, nach der Pakete, die mehr als 20 kg wiegen, künftig durch Speditionen mit zwei Personen zugestellt werden müssen, wie bereits eingangs erwähnt (A.). Darüber hinaus könnte über eine Verstetigung der Arbeitsbeziehungen durch ein Verbot oder Einschränkungen der sachgrundlosen Befristung in diesem Sektor nachdacht werden. Der Verbesserung des Lohnniveaus könnte ein branchenspezifischer Mindestlohn i.S.d. § 5 S. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 3 S. 1 Nr. 2, 7a Abs. 1, 4 Abs. 2 AEntG dienen, wobei dies schon daran scheitern könnte, dass es aufgrund der schwierigen tarifpolitischen Struktur der Branche nicht gelingt, einen erstreckbaren Tarifvertrag zu erreichen. Weiterhin könnte erwogen werden, auch im Vergleich zum Referentenentwurf für die Anpassung des ArbZG²⁸¹ noch verschärfte Vorgaben zur Aufzeichnung der Arbeitszeit zu regeln – etwa in Anlehnung an § 6 GSA Fleisch. Letzteres erscheint bei der Paketzustellung besonders einfach umsetzbar, da die Arbeitsschritte der Paketzusteller schon jetzt – allerdings zu anderen Zwecken – in großen Teilen durch digitale Mittel in Echtzeit nachverfolgt werden (zu den datenschutzrechtlichen Aspekten oben unter C.III.4.c). In Anlehnung an § 4 GSA Fleisch wären zudem verschärfte Vorgaben hinsichtlich der Arbeitsmittel als Arbeitsschutzmaßnahme denkbar. Nachgedacht werden könnte auch über verschärfte Vorgaben zu den Lenk- und Ruhezeiten.

²⁸⁰ Vgl. BVerfG, 14.10.1975 – 1 BvL 35/70 u.a. – NJW 1976, 179, 180 m.w.N.

²⁸¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften vom 18.4.2023.

Auch wenn diese Maßnahmen alle im Einzelnen sinnvoll erscheinen mögen – und wie etwa die Arbeitszeitaufzeichnung zur Sicherstellung und Kontrolle der Einhaltung des Arbeitszeitrechts sogar essenziell sind²⁸² – so ändern sie die Grundproblematik nicht, dass schon die bestehenden Vorgaben des Arbeitsrechts sowie des Arbeitsschutzrechts vielfach missachtet werden und der Anteil illegaler Beschäftigung aufgrund der Branchenstruktur erheblich ist (s. dazu unter (1)). Dies ist auch einem praktischen Durchsetzungsdefizit geschuldet, das in der derzeitigen Branchenstruktur fußt. Um dieses zu überwinden, müssen daher vielmehr die Verantwortlichkeiten klar gestaltet werden. Wer über die Arbeitsorganisation bestimmt, soll auch für den Arbeitsschutz verantwortlich sein. Für die Beschäftigten wie auch die Kontrollbehörden muss deutlich sein, wer verantwortlich ist, um einerseits Kontrollen effektiv durchführen zu können und andererseits die zivilrechtlichen Ansprüche tatsächlich durchsetzen zu können. Dies ist – im Gegensatz zu einem Direktanstellungsgebot – durch eine bloße Verschärfung der Vorgaben an die Arbeitsbedingungen nicht zu erreichen.²⁸³ Konkret konnte etwa nach den Erfahrungen von „Faire Mobilität“ die elektronische Arbeitszeiterfassung bislang nicht verhindern, dass die Arbeitgeber vertraglich vereinbarte Löhne und Spesen umgehen;²⁸⁴ sie ist natürlich trotz alledem zwingend nötig.

(2) Effektive Kontrollen

Dies führt zum zweiten Punkt: den effektiven Kontrollen. Hier liegt der Gedanke nahe, wenn ein Kontrolldefizit festgestellt wird, zunächst über eine Stärkung der Kontrollbehörden nachzudenken. Dabei sind starke Kontrollbehörden und regelmäßige Überwachungstätigkeiten zur Eindämmung von Missbrauch grundsätzlich zu begrüßen.²⁸⁵ Dem Gesetzgeber ist ein solcher Ausbau jedoch nicht unbeschränkt zumutbar: So hat das BVerfG betont, dass es im Beurteilungsermessen des Gesetzgebers liege, ob ein personeller, sachlicher und organisatorischer Ausbau der Kontrollbehörden wegen der „begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel [...]“ der Gesellschaft zumutbar sei und zur Erreichung seiner Ziele genüge.²⁸⁶

Mit der Einführung des Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch²⁸⁷ wurde die Finanzkontrolle Schwarzarbeit personell verstärkt und ihr wurden neue Befugnisse bei der Ermittlung von Scheinselbständigkeit, illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit

²⁸² Vgl. so auch *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 12 zur digitalen Arbeitszeiterfassung in Schlachthöfen.

²⁸³ Vgl. so auch *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 12 zur digitalen Arbeitszeiterfassung in Betrieben der Fleischbranche.

²⁸⁴ Vgl. *Faire Mobilität*, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, 2022, S. 3.

²⁸⁵ Vgl. so auch grundsätzlich *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775 f. *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 11; ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 5.

²⁸⁶ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1197.

²⁸⁷ Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch v. 17.7.2019, BGBl. I 2019, S. 1066.

eingräumt. Bis 2029 soll es 3.500 neue Stellen im operativen Bereich geben.²⁸⁸ Durch die Schwerpunktkontrollen wurde – aufgrund des beschriebenen hohen Missbrauchspotenzials – die Kontrolltätigkeit im Bereich der Paketzustellung vergleichsweise stärker²⁸⁹ erhöht. Trotzdem zeigen die Ergebnisse dieser verstärkten Kontrollen, dass sich viele Arbeitgeber nicht vor Konsequenzen und auch vor den Kontrollen an sich fürchten.²⁹⁰ Im Jahr 2020 wurden in der (gesamten) KEP-Branche nach 4.538 Arbeitgeberprüfungen durch die FKS 3.510 Strafverfahren und 1.896 Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet. In 348 Fällen wurden Mindestlohnunterschreitungen festgestellt. Auch wenn sich Schwankungen ergeben, war die Tendenz auch in den fünf Jahren davor ähnlich.²⁹¹

Dabei ist nochmals zu wiederholen, dass es sich bei der Paketzustellung durch die Subunternehmerkonstruktionen in weiten Teilen um eine ausgesprochen kleinteilig organisierte Branche handelt. Schwer kontrollierbare Subunternehmerketten erleichtern dabei kriminelles und rechtswidriges Verhalten. Kontrollen werden durch die in der Praxis schwierige Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung, (Solo-)Selbständigkeit und Werkvertragstätigkeit sowie Arbeitnehmerüberlassung²⁹² weiter erschwert. Die damit einhergehenden unklaren Verantwortlichkeiten wurden vorstehend bereits mehrfach angesprochen. Außerdem wird der weit überwiegende Teil der Tätigkeit mobil ohne feste Tätigkeitsstätte erbracht. Darüber hinaus ist der Anteil migrantischer Beschäftigter mit häufig schlechten Sprachkenntnissen hoch und die Verweildauer derselben in der Branche meistens kurz (C.I). Hinzu kommt, dass nach Berichten von „Faire Mobilität“ auch die Fluktuation unter den Unternehmen selbst hoch zu sein scheint. Dabei wirken sich Insolvenzen besonders nachteilhaft für die Beschäftigten aus (C.III 3.). All dies macht Kontrollen sehr aufwendig und eine ausreichende Kontrolldichte praktisch unmöglich.²⁹³ Der Ressourcenaufwand hierfür würde den bestehenden Rahmen um ein Vielfaches übersteigen. Eine umfassende Kontrolltätigkeit ist aber weder leistbar noch staatsorganisatorisch wünschenswert. Und selbst wenn Kontrollen durchgeführt und ein „schwarzes Schaf“ entdeckt wird, ist eine effektive Sanktionierung bzw. Sicherung der Beschäftigtenansprüche schwierig, wenn das Unternehmen schnell vom Markt verschwindet. Insoweit würden auch Ausweis- und Dokumentationspflichten hieran nicht grundlegend etwas verändern. Sie können etwa nicht

²⁸⁸ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 4.

²⁸⁹ Exakte Zahlen lassen sich aus der Statistik der FKS allerdings nicht ableiten, da in der Arbeitsstatistik der FKS die Paketzustellungsbranche nicht gesondert, sondern als Teil der Branche Speditions-, Transport- und damit verbundenes Logistikgewerbe erfasst wird, vgl. BT-Drs. 20/299, S. 4.

²⁹⁰ Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Positionspapier: Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche, S. 5.

²⁹¹ BT-Drs. 20/299, S. 17.

²⁹² Vgl. ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), April 2013, S. 5.

²⁹³ Ähnlich *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 11.

verhindern, dass Subunternehmer abtauchen oder nicht auffindbar sind. Hinzu kommt die hohe Fluktuation unter den Beschäftigten.

Bezogen auf das sektorale Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft stellte das BVerfG folgerichtig fest, dass ein Rückgriff auf ein solches Verbot plausibel sei, wenn die Überwachung besondere Schwierigkeiten bereite, weil wirksamen Kontrollen einen hohen Aufwand nach sich ziehen.²⁹⁴ Dieser Gedanke kann angesichts der vorstehenden Erwägungen auf das zu prüfende Direktanstellungserfordernis übertragen werden.

(3) Gesetzliche Haftungs- und Sanktionsnormen

Mit dem Paketboten-Schutz-Gesetz²⁹⁵ wurde im Jahr 2019 nach dem Vorbild des Baugewerbes und der Fleischwirtschaft eine Nachunternehmerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 28e Abs. 3g und 3e SGB IV für unter anderem Unternehmer, die im Bereich der KEP-Dienste tätig sind und die einen anderen Unternehmer mit der Beförderung von Paketen beauftragen, eingeführt. Zwar war auch diese Maßnahme nicht unmittelbar auf die Arbeitsbedingungen selbst gerichtet, vielmehr sollte die korrekte Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sichergestellt werden.²⁹⁶ Mitgedacht ist dabei aber natürlich, dass die Auftraggeber hierdurch dazu motiviert werden, auf eine korrekte Beitragsabführung durch ihre Subunternehmer zu achten, wenn sie sonst selbst dem Risiko ausgesetzt sind, einen wirtschaftlichen Schaden zu erleiden. Sie allein kann allerdings die prekären Arbeitsbedingungen nicht beheben und vor allem schwer durchschaubare Subsubunternehmer-strukturen nicht aufbrechen. Dies belegen die Schwerpunktkontrollen durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit in diesem Bereich und auch die Berichte aus der Beratungspraxis (dazu oben C.III.). Bei diesen Kontrollen wurden weiterhin eine Vielzahl an Fällen von vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a Abs. 1 und 2 StGB aufgedeckt.²⁹⁷ Auch sind Fälle bekannt geworden, in denen Subunternehmen wegen Verstößen zwar die Zusammenarbeit gekündigt worden ist,²⁹⁸ sie dann aber unter anderem Namen weitergemacht und dabei ihre Strukturen aufrechterhalten haben. Im Ergebnis stellen solche Haftungsnormen also kein gleich wirksames, milderer Mittel als ein Direktanstellungsgebot dar.²⁹⁹ Auch die Haftung von Onlinehändlern für Sozialversicherungsbeiträge oder Mindestlohnverstöße, die den Boom in der Paketbranche mitverursacht haben, würde die

²⁹⁴ Vgl. BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1197.

²⁹⁵ Gesetz zur Einführung einer Nachunternehmerhaftung in der Kurier-, Express- und Paketbranche zum Schutz der Beschäftigten (Paketboten-Schutz-Gesetz) v. 15.11.2019, BGBl. I 2019, S. 1602.

²⁹⁶ <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/paketboten-schutz-gesetz.html> (31.3.2023).

²⁹⁷ Ausschussdrucksache 19(11)452 v. 18.10.2019, Ausschuss für Arbeit und Soziales, S. 7.

²⁹⁸ <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/wirtschaft/2022/11/hoppegarten-paketboten-amazon-subunternehmen-arbeitsbedingungen-.html> (20.3.2023).

²⁹⁹ Vgl. ähnlich zum Werkvertragsverbot in der Fleischbranche *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 11.

Arbeitsbedingungen nicht ausreichend verbessern und ist schon deshalb kein milderer Mittel.³⁰⁰

Aus denselben Gründen würde auch durch eine bloße Verschärfung von Bußgeldbestimmungen oder des Strafrahmens keine Abhilfe geschaffen, da schon das Entdeckungsrisiko gering ist.

Vielmehr entstehen die prekären Arbeits- und Gesundheitsbedingungen vor allem dadurch, dass die Paketdienstleistungsunternehmen ihre rechtliche Verantwortlichkeit durch die Beauftragung von Subunternehmen an diese abgeben, obwohl sie die Betriebsorganisation und den Arbeitsablauf in der Paketzustellung vorgeben und so mittelbar den Arbeitsschutz beeinflussen. Gleichzeitig führt diese Organisationsform zur Verschleierung von Verantwortlichkeiten und erleichtert illegale Verhaltensweisen (vgl. dazu oben unter (1)).

Um die Arbeits- und Gesundheitsbedingungen der Beschäftigten in Subunternehmen zu verbessern, könnte daher als milderer Mittel zum Direktanstellungsgebot daran gedacht werden, dass die auftraggebenden Paketdienstleistungsunternehmen durch Gesetz neben den Werkvertragsunternehmen für arbeits- und arbeitsschutzrechtliche Verstöße zum rechtlich Verantwortlichen werden, wobei § 11 Abs. 6 AÜG Vorbildcharakter haben könnte.³⁰¹

Schon die Klärung der Verantwortung dürfte in Subunternehmerketten aber schwierig sein. Im Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung werden die Arbeitnehmer in Werkvertragskonstruktionen gerade nicht in den Betrieb integriert. Es besteht auch kein Weisungsrecht von Vorgesetzten. Vielmehr erfolgt die Arbeitssteuerung durch den Paketdienstleister nur abstrakt. Sie wirkt sich zwar auf die Beschäftigten aus – zu einem konkreten Kontakt kommt es aber nicht zwangsläufig. Insofern ist schon fraglich, wie eine solche Regelung praktisch effektiv umsetzbar wäre; ganz abgesehen davon, dass auch ihre Wirksamkeit fraglich ist. Zudem zeigt die Erfahrung mit § 11 Abs. 6 AÜG im Fall der Leiharbeit, dass die doppelte Zuständigkeit zu Friktionen führt, die zu einem geringeren Arbeitsschutzniveau der Leiharbeitnehmer im Vergleich zu Stammbeschäftigten führen (dazu auch oben bb)(1)ß. Und unten 3.c)).³⁰² Das BVerfG verlangt vom Gesetzgeber aber nicht den ungewissen Erfolg von milderer Mitteln abzuwarten, wenn eine besondere Dringlichkeit des Handelns aufgrund der besonders schützenswerten Belange der Arbeitnehmer besteht.³⁰³ Die Dringlichkeit des Handelns sowie die besonders schützenswerten Belange der

³⁰⁰ Vgl. *Rinckhoff*, NZA 2019, 1667, 1668.

³⁰¹ Dies schlägt *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775 u.a. als milderer Mittel zum Werkvertragsverbot in der Fleischbranche vor.

³⁰² *Arning/Brückner/Splittgerber/Zölck*, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit, 2014, S. 11 ff.

³⁰³ Vgl. ähnlich zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1197.

Arbeitnehmer (Gefahr für Körper und Gesundheit) wurden oben bereits dargelegt (vgl. dazu oben unter (1)).

In Bezug auf den Schutz soloselbständiger Paketzusteller wären die Maßnahmen ebenfalls nur bedingt effektiv.³⁰⁴ Zwar können soloselbständige Paketzusteller u.U. als arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG anzusehen sein (sofern nicht schon die Arbeitnehmereigenschaft bejaht wird),³⁰⁵ womit auf sie zumindest die Bestimmungen des ArbSchG anwendbar wären. Aber ein großer Teil der übrigen Arbeitsbedingungen greift für sie nicht. Neben Kernarbeitsbedingungen wie die Entlohnung führt ihr verbreiteter Einsatz zu einer Schwächung der betrieblichen Mitbestimmung, da Soloselbstständige nicht von diesen erfasst werden. Zudem verschärfen Fälle von Solo- und Scheinselbstständigkeit die Kontrolldefizite. Denn insbesondere vor Gericht kann der Nachweis von Scheinselbstständigkeit schwierig sein. So hat etwa das ArbG Wiesbaden den Vortrag einer Sozialkasse nicht ausreichen lassen, nach dem Eisenflechter – die nach Vortrag des beklagten Bauunternehmens als selbstständig Beschäftigte eingesetzt waren – in Kolonnen eingeteilt waren, zu klar definierten Zeiten auf der Baustelle zu sein hatten, morgendlich durch die Poliere des beklagten Unternehmens eingeteilt und eingewiesen worden sind, das Material von dem Hauptunternehmenden gestellt war und die Beschäftigten vom beklagten Unternehmen untergebracht worden sind.³⁰⁶ Insoweit wurde zwar bspw. von den Fraktionen Die Linke sowie Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagen, Kriterien für die Abgrenzung selbstständiger Tätigkeit von abhängiger Beschäftigung eindeutig und praxistauglich festzulegen³⁰⁷ und wird auch vom DGB weiterhin gefordert³⁰⁸. Schon die Diskussion um die Einführung von § 611a BGB zeigt aber, dass dies kaum abschließend möglich ist. Außerdem zeigt das vorgenannte Beispiel aus der Bauwirtschaft, dass die Abgrenzungsproblematik eher auf der tatsächlichen denn auf der regulatorischen Ebene anzusiedeln ist. Ein Direktanstellungsgebot würde dagegen den Einsatz von Soloselbstständigen unmöglich machen und damit die Problematik von Scheinselbstständigkeit gar nicht erst entstehen lassen.

Im Lichte des Obenstehenden ist daher davon auszugehen, dass ein Ausbau der Haftungs- und Sanktionsnormen sowie eine gesetzliche Neuverteilung der Verantwortlichkeiten für sich allein nicht ausreichen, um

³⁰⁴ Vgl. ähnlich *Rinckhoff*, NZA 2019, 1667, 1671.

³⁰⁵ Zumindest die Möglichkeit in den Raum stellend BAG, 8.5.2007 – 9 AZR 777/06, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit, Rn. 15; z.T. wird insbesondere in der neueren Rechtsprechung die Selbstständigeneigenschaft ohnehin abgelehnt, vgl. etwa LAG Mecklenburg-Vorpommern, 13.7.2015 – 3 Ta 6/15, NZA-RR 2015, S. 605, Rn. 13; ähnlich für das Sozialrecht etwa SG Duisburg, 17.10.2019 – S 21 R 36/14, juris, Rn. 81; für einen weiteren Rechtsprechungs- und Literaturüberblick zu dieser Frage etwa Kollmer/Klindt/Schucht-Kohte, § 2 ArbSchG Rn. 93.

³⁰⁶ ArbG Wiesbaden, 2.3.2016 – 2 Ca 1477/14.

³⁰⁷ BT-Drs. 19/14022, S. 3; BT-Drs. 19/13390, S. 2.

³⁰⁸ Vgl. etwa in Bezug auf das Sozialversicherungsrecht Ausschuss-Drs. 19(11)1029, S. 6 ff.

die unter b)bb) genannten Ziele zu erreichen. Sie stellen somit keine gleich wirksamen, aber mildereren Mittel wie ein Direktanstellungsgebot dar.³⁰⁹

(4) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Fraglich ist ferner, ob das seit dem 1. Januar 2023 geltende Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)³¹⁰ bereits für ausreichenden Schutz sorgt. Das Gesetz ist auf Unternehmen anwendbar, die im Inland 3.000 Arbeitnehmer (ab 1. Januar 2024: 1.000 Arbeitnehmer) beschäftigen, wobei in Konzernstrukturen auch die Inlandsbeschäftigten in verbundenen Unternehmen gemäß § 15 AktG zu berücksichtigen sind.³¹¹ Obwohl bei diesen Zahlen lediglich Arbeitnehmer i.S.d. § 611a BGB³¹² mitgezählt werden, wird diese Schwelle von den hier interessierenden Paketdienstleistern regelmäßig überschritten werden. Konkret müssen die Unternehmen sowohl im „eigenen Geschäftsbereich“ (§ 2 Abs. 6 LkSG) als auch in der „Lieferkette“ (§ 2 Abs. 5 LkSG) Maßnahmen ergreifen, um Risiken hinsichtlich des Verstoßes gegen Menschenrechte zu verhindern oder zu minimieren (§ 3 Abs. 1 LkSG). Die Geschäftsleitung ist für die Konzeption und Implementierung der Sorgfaltsmaßnahmen verantwortlich.³¹³ Da mit der Lieferkette alle Schritte im In- und Ausland, die zur Erbringung der Dienstleistungen bis zu der Lieferung an den Endkunden erforderlich sind, bezeichnet werden,³¹⁴ ist die Unterauftragsvergabe durch Paketdienstleister an Subunternehmer auf der „letzten Meile“ jedenfalls miterfasst. Materiell sind durch das Gesetz durchaus die für das vorliegende Gutachten interessierenden Themenbereiche angesprochen, wie etwa die Beachtung der Arbeitsschutzvorschriften des Beschäftigungsortes (§ 2 Nr. 5 LkSG), die Beachtung der Koalitionsfreiheit (§ 2 Nr. 6 LkSG), die Bezahlung eines angemessenen Lohns (§ 2 Nr. 8 LkSG)³¹⁵ sowie die Zahlung eines gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit (§ 2 Nr. 7 LkSG) und über die Auffangbestimmung des (§ 2 Nr. 12 LkSG) wohl auch der Schutz des Lebens und der Sicherheit³¹⁶. Obwohl in der Diskussion bislang der Fokus auf den transnationalen Sachverhalten liegt,³¹⁷ erfasst das Gesetz auch inländische Sachverhalte, was sich aus der Umschreibung des Verantwortungsbereichs ableiten lässt³¹⁸.

³⁰⁹ Ähnlich BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1197 zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe.

³¹⁰ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten, BGBl. I 2021, S. 2959.

³¹¹ Dazu etwa *Kalbfus/Zimmer*, ArbRAktuell 2023, 165 f.

³¹² Vgl. BeckOK LkSG-Rudkowski, § 1 LkSG Rn. 31.

³¹³ *Grabosch/Schönfelder*, AuR 2021, 488, 492.

³¹⁴ Dazu *Grabosch/Schönfelder*, AuR 2021, 488, 492.

³¹⁵ Zum Begriff ausf. *Krause*, RdA 2022, 327, 333 f.

³¹⁶ Vgl. insofern *Grabosch*, AuR 2022, 244, 247.

³¹⁷ Ausf. etwa *Krause*, RdA 2022, 303 ff.; *Krause*, RdA 2022, 327 ff.

³¹⁸ Vgl. auch *Nietsch/Wiedmann*, NJW 2022, 1, 4; ebenso *Krause*, RdA 2022, 303, 310; *Klein*, ZIP 2023, 1053 f.

Ein Kerngedanke des Gesetzes ist das so genannte „contractual cascading“³¹⁹, nach dem die für das Unternehmen bestehende Verpflichtungen an den Lieferanten oder das Subunternehmen auf vertraglicher Basis weitergegeben werden. Dies ist vor allem in transnationalen Sachverhalten notwendig, da das LkSG die Verpflichtung zur Einhaltung der Menschenrechte den inländischen Unternehmen auferlegt. Im Fall der hier interessierenden inländischen Konstellationen erscheint dies auf den ersten Blick entbehrlich, soweit die (inländischen) Subunternehmen ohnehin bspw. an die Vorgaben des Arbeitsschutzrechts gebunden sind. Allerdings führt das Gesetz zu einer eigenen Pflicht des Unternehmens, ihre Vertragspartner sorgfältig nach der Einhaltung der erfassten Menschenrechtsstandards auszuwählen (§§ 4 ff. LkSG), eine Risikoanalyse durchzuführen (§ 5 LkSG) sowie ein Risikomanagement zu unterhalten (§ 4 LkSG) und ggf. für Abhilfe zu sorgen (§ 7 LkSG), wenn es zu Verstößen kommt. Außerdem muss es auch im eigenen Geschäftsbereich für die Einhaltung der Vorgaben sorgen. Hinsichtlich der Nachunternehmer hat sich das in seiner Funktionsweise teilweise vergleichbare Instrument der Auftraggeberhaftung des Arbeitsrechts (§ 14 AEntG) sowie des Sozialrechts (§ 28e Abs. 3g und 3e SGB IV) in Bereichen, in denen es aktiv eingesetzt wird (bspw. hinsichtlich der Sozialkassenbeiträge in der Bauwirtschaft), als durchaus effektiv, wenn auch für die hier interessierende Zielsetzung nicht ausreichend erwiesen³²⁰ (dazu bereits (3)). Das eigentliche Potenzial des Gesetzes besteht derzeit eher darin, den Akteuren der Mitbestimmung wie auch Gewerkschaften erweiterte Einflussmöglichkeiten auf die Arbeitsbedingungen in den Lieferketten zur Verfügung zu stellen.³²¹

So stellen die Vorgaben des LkSG keinen Ersatz für die hier zu untersuchenden Maßnahmen dar. Zunächst verlangt § 3 Abs. 1 S. 2 LkSG nur, dass die Sorgfaltspflichten „in angemessener Weise“ zu beachten sind, der Erfolg wird nicht verlangt – es besteht im Grundsatz also weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehafung, sondern lediglich eine „Bemühenspflicht“.³²² Das Gesetz stellt ausdrücklich keine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage dar (§ 3 Abs. 3 LkSG).³²³ Zwar bestehen die Regelungsregime des LkSG und der arbeitsrechtlichen Vorgaben parallel, weil sie unterschiedliche Regelungsgegenstände zur Grundlage haben. Denn das LkSG ist nicht auf die Rechtsbeziehung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgerichtet, sondern stellt Anforderungen an die Unternehmensführung, der Verantwortung des Unternehmens für den Schutz der Menschenrechte gerecht zu werden.³²⁴ Das kann in den vom LkSG erfassten Materien zwar zu erweiterten Durchsetzungsmöglichkeiten der arbeitsrechtlichen Vorgaben führen, weil neben die zivilrechtlichen Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer die Pflicht des Unternehmers tritt,

³¹⁹ Krause, RdA 2022, 303, 310; Klein, ZIP 2023, 1053, 1054.

³²⁰ Ausf. Däubler, TVG-Lakies/Walser, § 5 TVG Anh. 2 – § 14 AEntG Rn. 2 m.w.N.

³²¹ Ausf. Zimmer, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2023, insb. S. 65 ff.; bzw. 84 ff.

³²² BT-Drs. 19/30505, 2021, S. 38; Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2149; zu den Einschränkungen Klein, ZIP 2023, 1053, 1055.

³²³ Dazu auch Zimmer, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2023, S. 53.

³²⁴ Klein, ZIP 2023, 1053, 1061.

bspw. für Abhilfe bei Verstößen zu sorgen (§ 7 bzw. 9 Abs. 3 LkSG), andererseits besteht die Überwachung durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) (§§ 14 ff. LkSG), einschließlich der Möglichkeit Bußgelder zu verhängen (§ 24 LkSG).³²⁵ Es werden aber keine transparenten und eindeutigen Verantwortlichkeiten geschaffen, wie sie durch ein Direktanstellungsgebot erreicht werden. Die Kontrollfähigkeit durch die Aufsichtsbehörden wird dadurch nicht wesentlich verbessert. Auch stellt die Einrichtung eines Nachunternehmermanagements keinen Ersatz für eine direkte Verantwortlichkeit eines Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern dar, alleine schon deshalb, weil letztere Ansprüche unmittelbar durch die Arbeitnehmer einklagbar sind. Auch ist der Sorgfaltsmaßstab ein anderer, wenn das LkSG lediglich eine Beachtung der Sorgfalt „in angemessener Weise“ erfordert. Schließlich ist auch nicht davon auszugehen, dass durch die Überwachungspflicht der BAFA eine wesentliche Verbesserung der Kontrolldichte erreicht wird, da diese nicht auf Kontrollen der Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorgaben im Inland eingerichtet ist und es auch nicht zielführend wäre, wenn sie in Konkurrenz zu den bestehenden Überwachungsbehörden träte.³²⁶ Die in der EU geplante Sorgfaltspflichten-Richtlinie³²⁷ wird zwar einige Verbesserungen, wie bspw. eine Erweiterung des Anwendungsbereichs, bringen³²⁸, bewegt sich strukturell aber im Rahmen, den auch das LkSG bereits aufmacht. Insoweit sind für die vorliegende Fragestellung hier keine grundsätzlichen Änderungen zu erwarten.

(5) Erlaubnisvorbehalt oder Lizenzpflicht als Alternative?

Anders als für Briefdienstleistungen (§ 5 Abs. 1 PostG) existiert für die Paketzustellung gegenwärtig keine Lizenzpflicht gem. § 5 PostG, sondern nur eine Anzeigepflicht gem. § 36 PostG. Der Fokus liegt hier derzeit also auf der Sicherstellung der Universaldienste i.S.d. § 11 PostG. Die Lizenz in der Briefzustellung hängt gemäß § 6 Abs. 3 PostG unter anderem von der Zuverlässigkeit des Unternehmers ab. Sie dient auch dazu, sicherzustellen, dass der Wettbewerb in einem infrastrukturell bedeutsamen Bereich nicht durch Sozialdumping gefährdet wird. Daher sollen die sozialen Belange der Beschäftigten angemessen vor den Gefahren des freien Wettbewerbs geschützt werden.³²⁹

Überlegt werden könnte, eine solche Lizenzierung auch für die Paketzustellung sowie für die dort eingesetzten Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen (und insoweit in Abweisung zu § 5 Abs. 2 Nr. 1 PostG)

³²⁵ Ausf. Klein, ZIP 2023, 1053, 1061 ff.; Sagan/Schmidt, NZA-RR 2022, 281, 288 ff.

³²⁶ Ähnlich Klein, ZIP 2023, 1053, 1065.

³²⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM(2022)71 fin.

³²⁸ Für eine Übersicht etwa Grabosch, AuR 2022, 244, 247 f.

³²⁹ Vgl. BeckPostG-Badura, § 4 Pos Rn. 1, 30 ff.; zur Postdienste-Richtlinie, die einen Zusammenhang zwischen wettbewerbsrechtlicher Regulierung und dem sozialen Schutz der Beschäftigten anerkennt unter 0.0.0.

einzuführen.³³⁰ Abgesehen davon, dass die Überlegungen des BMWK (anders als diejenigen des BMAS) eher in die gegenteilige Richtung deuten – dieses überlegt nämlich eher die Lizenzierung für die Briefzustellung abzuschaffen, um den „Wettbewerb“ angesichts zurückgehender Briefmengen zu stärken³³¹ – stellt sich die Frage, ob die Lizenzierung tatsächlich ein einfacheres, gleich wirksames Mittel wie ein Direktanstellungsgebot wäre.

Für die Vergabe der Lizenzen zuständig ist die Bundesnetzagentur, vgl. § 44 PostG, wo noch auf den Zehnten Teil des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung vom 25. Juli 1996³³² verwiesen wird (heute Elfter Teil). Sie vergibt die Lizenzen gemäß § 6 Abs. 1 S. 1, 3 PostG auf schriftlichen Antrag, wenn keiner der in Abs. 3 genannten Versagungsgründe vorliegt. Die Lizenz ist gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PostG dann zu versagen und gemäß § 9 Abs. 1 PostG zu widerrufen, wenn die Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller für die Ausübung der Lizenzrechte unter anderem nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, also gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PostG nicht die Gewähr dafür bietet, dass er als Lizenznehmer die Rechtsvorschriften einhalten wird. Um die Zuverlässigkeit zu beurteilen, hat die Bundesnetzagentur jedoch nur die in § 45 PostG und gemäß § 45 Abs. 4 PostG i.V.m. § 72 Abs. 4 bis 10 TKG i.d.F.v. 1996 normierten Auskunfts- und Prüfungsbefugnisse (vgl. dazu auch § 203 TKG n.F.). Sie kann gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 1 PostG von den im Postwesen tätigen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere Umsatzzahlen, verlangen und gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 PostG bei im Postwesen tätigen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen innerhalb der üblichen Geschäftszeiten die geschäftlichen Unterlagen einsehen und prüfen. In § 48 PostG ist eine Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt vorgesehen. Praktisch für die Arbeitsbedingungen relevanter dürfte aber sein, dass die Bundesnetzagentur gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 3 SchwarzArbG unterstützende Behörde der Behörden der Zollverwaltung zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung ist (vgl. außerdem § 13 SchwarzArbG). Damit kommen ihr die in § 3 SchwarzArbG genannten Prüfbefugnisse zu, einschließlich einer internationalen Zusammenarbeit (vgl. § 6 Abs. 1 SchwarzArbG). Ferner sieht das BMWK in seinen Eckpunkten zur Novelle des Postgesetzes vor, dass auch ein Zugriff auf das Gewerbezentralregister ermöglicht werden soll, wodurch bspw. arbeits- und sozialrechtliche Verstöße als Teil der Aufgaben zur Missbrauchsaufsicht berücksichtigt werden könnten, sofern sie dort eingetragen sind. Insoweit wird zudem ein entsprechendes Antragsrecht aufseiten betroffener Wettbewerber erwogen.³³³ Es kann also zunächst festgehalten werden, dass Aspekte der Einhaltung von

³³⁰ Zu den entsprechenden Forderungen der Gewerkschaft ver.di: Köpke, bewegen 2022, 6; ähnlich auch die Forderungen der Bundestagsfraktion Die Linke, BT-Drs. 19/14022, S. 2.

³³¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eckpunkte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz für eine Novelle des Postgesetzes, 26.1.2023.

³³² Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996, BGBl. I 1996, S. 1120.

³³³ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eckpunkte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz für eine Novelle des Postgesetzes, 26.1.2023, S. 5, 7.

Beschäftigungsbedingungen durchaus Berücksichtigung in einem Lizenzierungsverfahren (einschließlich eines möglichen Widerrufs) finden könnten und dass bereits Grundlagen für eine Behördenzusammenarbeit bestehen.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine Lizenzpflicht in der Paketbranche und die Ausweitung der Prüfungs- und Auskunftsrechte der Bundesnetzagentur dazu führen, dass die prekären Arbeits- und Gesundheitsbedingungen in gleichem Maße beseitigt werden, wie mit einem Direktanstellungsgebot. Denn die Versagung bzw. der Widerruf von Lizenzen setzt zum einen voraus, dass die zuständigen Behörden Kenntnis von potenziellen Verstößen erhalten.³³⁴ Dass dies in der Branche nicht ausreichend gewährleistet ist, wurde unter (2) und (3) bereits erörtert. Es ist daher davon auszugehen, dass aufgrund sich stetig wandelnder bzw. „fluider“ Strukturen die Beschäftigten durch Firmenneugründungen bewusst von einem Subunternehmer zum nächsten gereicht werden.³³⁵ Während ein Direktanstellungsgebot dies effektiv verhindert, wird es durch eine Lizenz- oder Erlaubnispflicht allenfalls erschwert, sodass die Effektivität fehlt. Gleichzeitig steigt der bürokratische Aufwand erheblich. Denn der Personalapparat der Bundesnetzagentur – ca. 3.000 Mitarbeiter,³³⁶ die nicht nur für die KEP-Branche zuständig sind – wäre derzeit nicht in der Lage dies zu bewältigen und müsste so stark ausgebaut werden, dass vor jeder Lizenz- bzw. Erlaubniserteilung die Zuverlässigkeit geprüft wird, ebenso müsste das Fortbestehen der Zuverlässigkeit im Nachgang sowie das Vorliegen etwaiger Widerrufsgründe geprüft werden. Laut einer Sonderauswertung des Statistischen Bundesamtes wurden in der gesamten Wirtschaftsklasse Post-, Kurier- und Expressdienste (also über die reine Paketzustellung hinaus) 2019 gut 15.600 Unternehmen ausgewiesen,³³⁷ derzeit sind auf Grundlage von § 5 PostG aber lediglich 1.131 Lizenzen vergeben.³³⁸

Abgesehen von den Aufwänden für Verwaltung und Bürokratie für die Unternehmen ist schon nicht davon auszugehen, dass die Effektivität von Kontrollen durch eine Lizenzpflicht ausreichend verbessert würde und damit als annähernd gleichwertige Maßnahme einzustufen ist. Dies gilt umso mehr, als eine verbesserte Bildung von Mitbestimmungsstrukturen nicht zu erwarten ist. Letztere sind aber für die Durchsetzung der Vorgaben zum Arbeitsschutz besonders bedeutsam. Im Ergebnis stellt die Einführung einer Erlaubnis- oder Lizenzpflicht somit kein milderer und gleich effektives Mittel wie ein Direktanstellungsgebot dar.

³³⁴ Vgl. mit diesen Erwägungen bezogen auf die Fleischbranche *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 11 f.

³³⁵ Vgl. mit diesen Erwägungen bezogen auf die Fleischbranche *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 11 f.

³³⁶ <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/Karriere/ArbeitgeberBNetzA/start.html> (24.4.2023)

³³⁷ Statistisches Bundesamt, Dienstleistungen 2019, 2021, S. 7.

³³⁸ Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post, BT-Drs. 20/1622, 2021, S. 55.

dd) Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Zweifellos ist der Eingriff insbesondere in die Berufsfreiheit der Subunternehmer von nicht unerheblicher Intensität. Die betroffenen Schutzgüter der Allgemeinheit bzw. Gemeinwohlbelange sind allerdings von überragender Bedeutung. In erster Linie soll der Arbeits- und Gesundheitsschutz der betroffenen Beschäftigten und damit das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sichergestellt werden. Zu nennen sind die erheblichen Gefahren für die körperliche und psychische Gesundheit der Betroffenen durch die Dauerbelastung, Arbeitszeitverstöße, die Unfallgefahr sowie die Belastung durch Dauerüberwachung. Hinzu kommt die besondere Schutzbedürftigkeit der Vielzahl an betroffenen migrantischen Beschäftigten, die kaum Sprach- und Rechtskenntnisse haben und bei denen teilweise sogar deren Aufenthaltsstatus von der Arbeit abhängig ist (vgl. C.III.2.). Eine gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen ist für diese Arbeitnehmer strukturell schwierig, wie ausgeführt (C.III.2.). Auch die Bildung von Strukturen der Mitbestimmung ist durch die Branchenstruktur genauso wie die effektive Ausübung der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG erheblich erschwert, was wiederum negative Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen hat.

Aufgrund der Dringlichkeit und der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter mit Verfassungsrang ist der Gesetzgeber aufgerufen, einzugreifen. Das BVerfG hat in Bezug auf das Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft entschieden, dass die Wiederherstellung der erheblich gestörten Ordnung auf einem Teilarbeitsmarkt und die Sicherung der finanziellen Stabilität der Träger der Sozialversicherung Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung sind. „Sie rechtfertigen entsprechende Maßnahmen auch dann, wenn sie für die Betroffenen zu fühlbaren Einschränkungen oder im Einzelfall zur Existenzgefährdung oder gar -vernichtung von Betrieben führen können.“³³⁹ Weiter führt es aus, dass zwar auch diejenigen, die sich rechtskonform verhalten von einer solchen Maßnahme betroffen sein können, allerdings schaffe oder begünstige eine pflichtgemäße Berufsausübung objektiv die Rahmenbedingungen, innerhalb derer sich die pflichtwidrige Betätigung Dritter ausbreiten und gegen Entdeckung abschirmen könne.³⁴⁰ Diese Ausführungen des Gerichts lassen sich so auch auf ein mögliches Direktanstellungsgebot in bei der Paketzustellung übertragen.

Rein wirtschaftliche Interessen der Paketdienstleister, die hinter dem Einsatz von Subunternehmen stehen, sowie der Wettbewerbs- und Preisdruck in der Branche sind dagegen nach zutreffender Auffassung des BVerfG keine Gesichtspunkte, welche die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme infrage stellen können. Denn die „situationsbedingte und prinzipiell variable Marktlage ist [...] kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes“.³⁴¹ Ferner hat das Gericht in Bezug auf die Bauwirtschaft entschieden: Derjenige, der „zur

³³⁹ Vgl. BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1197.

³⁴⁰ Ebd.

³⁴¹ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1198.

Berufsausübung auf die Mitwirkung abhängig Beschäftigter angewiesen ist, muß die Heranziehung zur ungeteilten arbeits- und sozialrechtlichen Verantwortung für die Arbeitskräfte, derer er sich bedient, von vornherein in Rechnung stellen und kann sie nicht als unzumutbar ablehnen.“³⁴²

Hinsichtlich des Eingriffs in die Rechte der Beschäftigten der Subunternehmen, wurde bereits oben ausgeführt, dass diese gerade durch die Maßnahmen geschützt werden sollen. Die Eingriffsintensität ist in Bezug auf diese gleichsam gering und durch die obenstehenden Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

Im Ergebnis ist ein Direktanstellungsgebot sowohl den Paketdienstleistern, den Subunternehmen wie auch deren Beschäftigten bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der den Eingriff rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen zumutbar und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

c) Eingriff in den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und Rechtfertigung

Es stellt sich außerdem die Frage, ob ein auf die Paketzustellung beschränktes Direktanstellungsgebot die Unternehmen dieser Branche (und ggf. die Beschäftigten) gegenüber anderen Unternehmen – u.a. in Nachbarbranchen – unzulässig benachteiligt. Vergleichbare Regelungen existieren bislang nur im Baugewerbe (§ 1b AÜG) und in der Fleischindustrie (§ 6a GSA Fleisch).³⁴³ Laut BVerfG bedarf die Ungleichbehandlung eines vergleichbaren Sachverhalts „stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.“³⁴⁴ Es ist dabei – so das Gericht – Sache des Gesetzgebers (sachlich vertretbar) einzuschätzen, in welchem Bereich mit legalen und illegalen Praktiken bewirkte Störungen, Gefahren und Missstände so ausgeprägt sind, dass sie ein Eingreifen erfordern. Als Maßstäbe nennt das BVerfG insbesondere branchenspezifische Besonderheiten, die nach Art und Gewicht eine Beschränkung eines Verbotes auf ein bestimmtes Segment rechtfertigen.³⁴⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, dass diese Entscheidung die allein richtige ist oder dass in Einzelfällen Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, sondern dass sie nicht sachwidrig ist.³⁴⁶ Angesichts der gezeigten erheblichen Gefahren für die betroffenen Schutzgüter der Allgemeinheit bzw. Gemeinwohlbelange mit Verfassungsrang und der überragenden Bedeutung insbesondere für das Leben und die körperliche Unversehrtheit

³⁴² Ebd.

³⁴³ Ausführlich zum Bestehen einer Ungleichbehandlung in diesem Fall, wobei der Ausgangspunkt das Fremdpersonaleinsatzverbot in der Fleischindustrie ist: *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 66 ff. sowie dort ausführlich zum Prüfungsmaßstab der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.

³⁴⁴ BVerfG, 15.1.2014 – 1 BvR 1656/09 – NVwZ 2014, 1084, 1085 m.w.N.

³⁴⁵ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1199.

³⁴⁶ Ebd.

der in Subunternehmen Beschäftigten bzw. Soloselbständigen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist eine Ungleichbehandlung durch ein Direktanstellungsgebot in der Paktbranche aus denselben Gründen wie unter b) aufgeführt, sachlich jedenfalls gerechtfertigt wenn nicht sogar geboten. Dazu ist auch innerhalb einer Branche zu differenzieren. Denn der Gesetzgeber muss nicht nur wesentlich Gleiches gleich, sondern auch wesentlich Ungleiches ungleich behandeln.³⁴⁷

Problematisch könnte allenfalls die Abgrenzung zu unmittelbar benachbarten Postdienstleistungen sein. Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist allerdings nur die Paketzustellung. Der Gesetzgeber hat hier eine sorgsame und fachlich fundierte Abgrenzung zu treffen. Wie ausgeführt, muss sich diese allerdings auch an der praktischen Handhabbarkeit orientieren und kann keine maximale Einzelfallgerechtigkeit erreichen. Bereits in der Entscheidung zum Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft hat das BVerfG herausgestellt, dass der Gesetzgeber schematisch vorgehen darf, um die Wirksamkeit der Regelung nicht zu gefährden.³⁴⁸ Ihm kommt dabei, wie eingangs unter 2.b)aa) erläutert, ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum bezüglich der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer zu ergreifenden Maßnahme – hier: das Direkteinstellungsgebot – zur Umsetzung der verfolgten legitimen Zwecke unter Berücksichtigung der jeweiligen Branchenzustände und -besonderheiten zu.

Ähnlich ist die Sachlage, wenn der Gesetzgeber lediglich in der Paketbranche, nicht aber auch in anderen Branchen, in denen vergleichbare Missstände bekannt sind – etwa die Pflegebranche oder die Saisonarbeit in der Landwirtschaft – ein Direkteinstellungsgebot einführt. Dazu führt *Deinert* aus, dass dies wie „Gleichheit in Ungleichheit“ anmutet und schon deshalb fraglich ist, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt.³⁴⁹ Unterstellt, eine Ungleichbehandlung liege vor, dann ist diese jedenfalls nach dem oben unter 2.b) Gesagten gerechtfertigt. Denn dem Gesetzgeber steht für sein Handeln, wie bereits beschrieben, ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu. Innerhalb dessen kann er entscheiden, welche Maßnahmen zu Erreichung seiner legitimen Zwecke erforderlich sind. Es ist daher vertretbar und damit grundsätzlich verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn dieser, auch bei ähnlichen Missständen in unterschiedlichen Branchen, annimmt, dass aufgrund der bestehenden Branchenspezifika unterschiedliche Maßnahmen zu ergreifen sind und zunächst deren Wirksamkeit abgewartet werden muss.³⁵⁰

³⁴⁷ BVerfG, 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 u. 1 BvR 963, 964/94 – BVerfGE 98, 365 ff. m.w.N.; BVerfG, 21.6.2006, BVerfGE 116, 164 [180].

³⁴⁸ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1199.

³⁴⁹ *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 9.

³⁵⁰ Vgl. ähnlich *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 9 f.

3. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Paketzustellung

§ 6a Abs. 2 S. 1 GSA Fleisch sieht vor, dass im Kernbereich der Produktion nur Arbeitnehmer eingesetzt werden dürfen, die beim Inhaber eines Betriebs im Rahmen von mit diesem bestehenden Arbeitsverhältnissen tätig sind. Ausgeschlossen ist also – auch das wurde schon erwähnt – nicht nur der Einsatz von Subunternehmen einschließlich Soloselbständigen, vgl. § 6a Abs. 2 S. 2, 3 GSA Fleisch. Auch Leiharbeiter dürfen im Kerngeschäft nicht herangezogen werden, vgl. § 6a Abs. 2 S. 3 GSA Fleisch. Folgt man dieser Konzeption auch für den Bereich der Paketzustellung, wäre folgerichtig auch hier der Einsatz von Leiharbeitern nicht mehr zulässig. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob ein Leiharbeitsverbot in der Paketzustellung gerechtfertigt ist.

a) Ausmaß/Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung in der Paketbranche

Zunächst ist zu konstatieren, dass die spezifische Datenlage hinsichtlich der Bedeutung der Leiharbeit in der Paketzustellbranche als Beschäftigungsform dünn ist. Die Zahl der Leiharbeiter im Bereich „Lagerwirt., Post, Zustellung, Güterumschlag“ war zum 30. Juni 2022 mit rund 240.000 von insgesamt rund 835.000 Leiharbeitern insgesamt zwar relativ hoch,³⁵¹ wie viele dieser Leiharbeiter konkret in der KEP-Branche und noch konkreter in der Zustellung auf der „letzten Meile“ tätig waren, lässt sich daraus allerdings nicht ablesen. Schätzungen gehen in der KEP-Branche von rund 1 Prozent der Beschäftigten aus, die als Leiharbeiter tätig werden.³⁵² Damit läge der Anteil deutlich unter dem Anteil der Leiharbeit an der Gesamtwirtschaft, der 2021 bei 2,1 Prozent lag.³⁵³ Da die Paketbranche allerdings durch erhebliche Auftragsspitzen im Saisongeschäft gekennzeichnet ist, gehen Branchenexperten in diesen Zeiträumen von einer deutlich verstärkten Nutzung dieser Beschäftigungsform aus, neben befristeten Beschäftigungsverhältnissen, die in solchen Perioden wohl auch zum Einsatz kommen.³⁵⁴ Diese Zeiträume bestehen vor allem zwischen Ende September und Ende Januar, wofür seit Jahren unter anderem der Online-Einzelhandel mit dem „Black Friday“ und auch „Cyber Monday“ im November verantwortlich sind – außerdem natürlich das Weihnachtsgeschäft.³⁵⁵ So stiegen die Umsätze im Online-Einzelhandel von Oktober auf November 2019 real um 17,5 Prozent und von November auf Dezember 2019 noch einmal um 1,8 Prozent an.³⁵⁶ Im November und Dezember 2021 wurden ca. 750 Mio. Sendungen und in der letzten Woche vor Weihnachten 2021 bis zu 22 Mio. Sendungen täglich

³⁵¹ Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeiter und Verleihbetriebe, 2023, Tabelle 1.2.1.

³⁵² Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 113.

³⁵³ Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen in der Zeitarbeit, 2022, S. 9.

³⁵⁴ Vgl. dazu Zanker, Branchenanalyse Logistik, Juni 2018, S. 120.

³⁵⁵ <https://publik.verdi.de/ausgabe-202208/auf-der-letzten-meile/> (23.3.2023).

³⁵⁶ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. N 078 vom 25.11.2020, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/11/PD20_N078_474.html (21.3.2023).

zugestellt.³⁵⁷ Zu fragen ist also, ob die Leiharbeit hier gerade der ihr zugeordneten Funktion³⁵⁸ gerecht wird oder ob ein Verbot dennoch notwendig und sinnvoll ist.

b) Eingriff in das Verfassungsrecht

Bezüglich der Eingriffsprüfung und einer möglichen Rechtfertigung kann zu großen Teilen auf das Obenstehende unter 2. verwiesen werden. In die Berufsfreiheit der Paketdienstleister wird zwar eingegriffen, die Eingriffsintensität bleibt aber noch hinter dem Verbot, Subunternehmen einzusetzen, zurück.

Erheblicher ist der Eingriff in die Berufsfreiheit der Leiharbeitsunternehmen, weil diese bei einem vollständigen Verbot einen Teilbereich des Arbeitsmarktes mit ihrer Leistung nicht mehr bedienen könnten. Dies mag in der Intensität auch nicht an das Verbot des Einsatzes von Subunternehmern heranreichen, da Leiharbeitsunternehmen immer noch auf dem Markt tätig bleiben können, nur eben nicht mehr in den Bereich der Paketzustellung überlassen dürfen. Anders kann man dies aber ggf. in Bezug auf Leiharbeitsunternehmen beurteilen, die ausschließlich Paketzusteller verleihen. Ob solche Unternehmen überhaupt bestehen, lässt sich auf Grundlage der vorliegenden Erkenntnisse nicht beurteilen. Aber selbst wenn, verbliebe ihnen immer noch die Möglichkeit, ihr Kerngeschäft – das Überlassen von Arbeitnehmern – in anderen Bereiche (sogar der Postdienstleistungen) auszuüben. Damit stellt das Leiharbeitsverbot zwar eine Berufsausübungsregelung dar, aber wirkt sich wie ein objektives Berufsausübungshindernis aus.³⁵⁹

In Bezug auf die Leiharbeitnehmer ist die Eingriffsintensität dagegen wieder gering. Sie können nach wie vor als Leiharbeitnehmer tätig sein und es handelt sich bei Paketzustellern auch nicht um einen Ausbildungsberuf, weshalb die Einsatzmöglichkeiten nur unwesentlich beschränkt werden.

c) Rechtfertigung

Dass legitime Gründe für einen Eingriff vorliegen, wurde oben ebenfalls bereits ausführlich unter 2.b) dargelegt und muss daher hier nicht wiederholt werden. Zu prüfen ist aber, ob ein Leiharbeitsverbot im Lichte der tatsächlichen Situation in der Branche erforderlich ist. Dabei kann konstatiert werden, dass bereits in Bezug auf das Direktanstellungsverbot in der Fleischwirtschaft die Einschränkung der Leiharbeit besonders vehemente Kritik ausgesetzt ist.³⁶⁰ Da der Einsatz von Leiharbeitnehmern

³⁵⁷ ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation, 2023, S. 5.

³⁵⁸ Zu den wirtschaftlichen Funktionen etwa Ulber/Ulber-Ulber, Einl. B Rn. 9; dazu außerdem schon BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, S. 974, 975.

³⁵⁹ Vgl. zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196; *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al.*, NZA 2020, 1160, 1163.

³⁶⁰ Vgl. etwa *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al.*, NZA 2020, 1160 ff.

in der Paketzustellung (bislang) überschaubar zu sein scheint, kann bis dato keine massenhafte Substitution von Stammbeschäftigten durch diese Beschäftigungsform festgestellt werden. Anders war dies etwa in der Bauwirtschaft, bevor das dortige Leiharbeitsverbot eingeführt worden ist – was daher eines der Argumente für die Einführung des Verbots war.³⁶¹ Anders als in der Bauwirtschaft zum damaligen Zeitpunkt ist der Anteil an Stammbeschäftigten allerdings schon so gering, dass es nicht viel zu substituieren gibt. Hier besteht eine Parallele zur Fleischwirtschaft, in der sich die Situation nämlich vor Einführung des § 6a GSA Fleisch ähnlich gestaltete, auch dort spielte Leiharbeit nur eine geringe Rolle, vorherrschend war der Einsatz von Subunternehmen einschließlich Soloselbständiger.³⁶² Es existieren allerdings Hinweise, dass in der Branche verdeckte Leiharbeit zum Einsatz kommt.³⁶³ Ein solcher Dunkelbereich lässt sich aber naturgemäß nicht belastbar quantifizieren.

Wenn sich somit die Nutzung dieser Beschäftigungsform nach den uns vorliegenden Erkenntnissen derzeit nicht belastbar in größerem Ausmaß für die Zustellbranche feststellen lässt und über die Bedingungen, unter denen die Leiharbeitnehmer in der Branche tätig sind, zu wenige Erkenntnisse vorliegen, so ist doch ein anderer Gesichtspunkt in den Blick zu nehmen. Denn es besteht die realistische Gefahr, dass bei einem Verbot von Werk- und Dienstleistungsverträgen eine massenhafte Verlagerung der Beschäftigungsstrukturen in die Leiharbeit erfolgen würde, um Direktanstellungen bei den Paketdienstleistern zu vermeiden. Dass solche Ausweichtendenzen in arbeitskraftintensiven Branchen vorkommen, zeigt die historische Erfahrung in der Bauwirtschaft nach der Liberalisierung der Leiharbeit.³⁶⁴ Zudem hat in der Branche nach Einführung des Leiharbeitsverbots durchaus eine Ausweichbewegungen hin zu Werkvertragskonstruktionen stattgefunden.³⁶⁵ Auch das zeigt, dass davon auszugehen ist, dass versucht wird, an prekären Beschäftigungsformen festzuhalten, auch wenn mangels Vorbilder nicht auf empirisches Material zurückgegriffen werden kann. Ein sektorales Verbot des Subunternehmereinsatzes besteht bislang eben nur in der Fleischwirtschaft und dort ist – abgesehen von einer bis zum 31. März 2024 befristeten Ausnahmebestimmung in § 6a Abs. 3 GSA Fleisch – Leiharbeit gleichzeitig mit verboten worden. Die Gefahr ist aber auch deshalb realistisch, weil auf

³⁶¹ BT-Drs. 9/799, 1981, S. 35; *Mayer/Paasch*, BB 1984, 1943, 1944ff.; dazu m.w.N. *Ulber/Ulber-Walser*, § 1b AÜG Rn. 1.

³⁶² Vgl. so auch *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 18 zu einem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischbranche.

³⁶³ Vgl. dazu etwa die Recherchen von CORRECTIV, Saarländischer Rundfunk und Nordsee-Zeitung, veröffentlicht etwa von *Lenz*, Ausbeutung von Paketboten: Wie Amazon Kurierunternehmen unter Druck setzt, CORRECTIV, 5.7.2023, abrufbar unter <https://correctiv.org/aktuelles/ungerechte-arbeit/2023/07/05/ausbeutung-paketboten-amazon-kurierunternehmen-unter-druck/> (16.8.2023); *Uhl/Resch*, Völklinger Amazon-Fahrer: großer Druck und Lohnprellerei, Saarländischer Rundfunk, 5.7.2023, abrufbar unter https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/paketlieferdienste_paketboten_unter_druck_100.html (16.8.2023).

³⁶⁴ Dazu *Ulber/Ulber-Walser*, § 1b AÜG Rn. 1 f. m.w.N.

³⁶⁵ Vgl. etwa *Becker*, DB 1982, 2348, 2349; *Schüren/Hamann*, AÜG-Hamann, § 1b AÜG Rn. 18; zur Einordnung *Ulber/Ulber-Walser*, § 1b AÜG Rn. 9.

diesem Weg die bestehenden Betriebsstrukturen der Subunternehmer beibehalten werden könnten und deren Arbeitnehmer künftig in Form von Leiharbeit eingesetzt würden.³⁶⁶

Legt man nun die Rechtsprechung des BVerfG zur Leiharbeit zugrunde, ist festzuhalten, dass es, anders als in der Entscheidung des BVerfG von 1967 zur Nichtigkeit der Ausdehnung des Arbeitsvermittlungsmonopols auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge³⁶⁷, vorliegend nicht um ein Verbot der Tätigkeit als solcher geht, sondern, wie bereits beschrieben, lediglich ein – noch dazu sehr kleiner – Teilbereich eingeschränkt werden soll. Als wesentliches Argument für ein Gesamtverbot der Leiharbeit wurde damals vorgebracht, dass Abgrenzungsprobleme zur Arbeitsvermittlung entstünden und das Vermittlungsmonopol so umgangen werde. Das BVerfG lehnte das Argument nicht dem Grunde nach ab, sondern hielt lediglich fest, dass „Arbeitnehmer-Überlassungsverträge kein geeignetes Mittel [sind], um die Arbeitsvermittlung in nennenswertem Umfange zu umgehen“.³⁶⁸ Insoweit mag man der Auffassung zustimmen, dass Abgrenzungsprobleme allein ein Verbot nicht rechtfertigen können,³⁶⁹ sie können aber durchaus Berücksichtigung finden. Zumal ein spezifisches Verbot in der Paketzustellung aufgrund der beschriebenen Missstände in dieser Branche anders zu betrachten ist als ein allgemeines Leiharbeitsverbot in der Gesamtwirtschaft. Denn aus der Entscheidung von 1967 lässt sich eben sehr wohl ableiten, dass potenzielle Umgehungsstrukturen mit einer Maßnahme mit untersagt werden können, wenn ihr Einsatz wahrscheinlich ist.

An der Stelle ist noch ein anderer Gesichtspunkt zu betrachten: Die Situation der Beschäftigten in der Leiharbeit hat sich in den vergangenen Jahrzehnten durch eine strengere Regulierung zwar verbessert.³⁷⁰ Jedenfalls einzelne Mindestarbeitsbedingungen sind in der Leiharbeit z.T. sogar besser als in manchen Branchen der Kerntätigkeit, wie etwa der Paketzustellung. So gilt in der Paketzustellung lediglich der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von 12 EUR gemäß § 1 MiLoG während für Leiharbeitnehmer aktuell eine Lohnuntergrenze von 13 EUR aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 LohnUGAÜV5 i.V.m. § 3a AÜG gilt. Die zumindest potenziell höheren Kosten mögen einen Erklärungsansatz dafür bieten, weshalb Paketdienstleister bislang den Einsatz von Subunternehmern gegenüber Leiharbeitnehmern bevorzugen. Auf der anderen Seite darf aber auch nicht vergessen werden, dass der unbereinigte Pay Gap in der Leiharbeit zwischen Leiharbeitnehmern und Stammarbeitskräften im Jahr 2017 43 Prozent betrug³⁷¹ und auch durch das Paketboten-Schutzgesetz nicht

³⁶⁶ Ähnlich für die Situation in der Fleischwirtschaft *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft, 2023, S. 65.

³⁶⁷ BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, S. 974.

³⁶⁸ BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, S. 974, 975.

³⁶⁹ So etwa *Deinert*, Kurzugutachten Fleischwirtschaft, S. 9.

³⁷⁰ Vgl. etwa HK-AÜG-*Ulrici*, § 1b Rn. 4; BeckOK-ArbR-*Kock*, § 1b AÜG Rn. 2; *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al.*, NZA 2020, 1160, 1161.

³⁷¹ Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung (Hrsg.), Bereinigter Pay Gap von Leiharbeitnehmern, 2019, S. 6, 8 ff.

beseitigt worden ist³⁷². Außerdem dürften auch andere Gründe den Einsatz von Subunternehmen statt der Leiharbeit bislang attraktiver gemacht haben – etwa Herausforderungen hinsichtlich der Organisation oder, wie oben gezeigt, das Abschieben von Verantwortlichkeiten. Letzteres wäre im Fall der Leiharbeit zwar in Bezug auf die arbeitsvertragsrechtlichen Vorgaben noch immer möglich, aber zumindest rechtlich aufgrund von § 11 Abs. 6 AÜG nicht in Bezug auf den Arbeitsschutz (dazu bereits oben unter 2.b)cc)(1)). Es hat sich allerdings – wie bereits angesprochen – gezeigt, dass die doppelte Zuständigkeit von Ver- und Entleihbetrieb im Bereich des Arbeitsschutzes aufgrund vieler Faktoren (fehlende Absprachen, hohe Fluktuation, unklare Arbeitsplatzdefinition etc.) nur unzulänglich funktioniert.³⁷³ Die Kritik, ein Leiharbeitsverbot sei nicht geeignet sich positiv auf den Gesundheitsschutz und faire Arbeitsbedingungen auszuwirken,³⁷⁴ ist daher nicht zutreffend und verkennt die reale Situation der Beschäftigten. Dies ist in einer Branche mit einem mangelnden praktischen Niveau des Arbeitsschutzes besonders problematisch und gefährdet Leiharbeitnehmer in hohem Maß. Auch das BVerfG hat jüngst nochmals die prekäre Situation von Leiharbeitnehmern beschrieben, die z.T. ihre bestehenden Rechte nicht geltend machen, weil sie „die Chance, aus einer prekären in eine sicherere Beschäftigungsposition zu wechseln“ nicht verspielen wollen.³⁷⁵ Insofern verwundert es nicht, dass eine Studie von 2014 zeigt, dass die Arbeits- und Lebenszufriedenheit von Leiharbeitnehmern deutlich niedriger als bei anderen Beschäftigten ist.³⁷⁶

Im Ergebnis ist die Leiharbeit daher zwar aktuell i.d.R. nicht das von Arbeitgebern bevorzugt genutzte Mittel der Wahl. Es ist dennoch davon auszugehen, dass bei einem Verbot des Einsatzes von Subunternehmen ein Ausweichen auf Leiharbeit für die Paketdienstleister ausreichend attraktiv wäre, damit dieses Instrument in nennenswertem Umfang eingesetzt würde. Denn versucht man das künftige Verhalten der Paketdienstleister und der Subunternehmer zu prognostizieren, ist ein Szenario durchaus wahrscheinlich, das auch schon in Bezug auf die Fleischwirtschaft diskutiert worden ist: Demnach behalten die vormaligen Subunternehmer ihre Organisation bei und überlassen ihre Arbeitnehmer an die Paketdienstleister. Nach Einschätzung von Branchenexperten von „Faire Mobilität“ ist die Vermeidung von eigenen Arbeitsverhältnissen bei einigen Paketdienstleistern oberste Maxime.³⁷⁷ Dies ist auch deshalb einfach möglich, weil die Steuerung der Arbeitsabläufe schon zuvor in wesentlichem Maß durch die Paketdienstleister selbst erfolgte, während die Subunternehmer die Administration der Arbeitsverhältnisse übernahmen. Diese Form der Arbeitsteilung könnte ohne größere Einschnitte durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern beibehalten werden. Insofern könnten die

³⁷² Vgl. BT-Drs. 20/6003, 2023, S. 2 f.

³⁷³ Arning/Brückner/Splittgerber/Zölck, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit, 2014, S. 11 ff.

³⁷⁴ Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock, et al., NZA 2020, 1160, 1163.

³⁷⁵ BVerfG, 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, AP Nr. 192 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 28.

³⁷⁶ Grund/Martin/Minten, Beschäftigungsstruktur und Zufriedenheit von Zeitarbeitnehmern (SOEPpapers 677-2014), 2014, S. 14 ff.

³⁷⁷ So die Auskunft von „Faire Mobilität“ (vgl. Fn. 43).

Paketdienstleister dann immer noch von der Flexibilität dieser Beschäftigungsform profitieren und jedenfalls bei einem Teil der Beschäftigten dauerhafte Arbeitsplätze vermeiden. Zulässig ist der Einsatz allerdings nur für einen vorübergehenden Zeitraum – eine Substitution von Dauerarbeitsplätzen ist nach § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG nicht zulässig.³⁷⁸ Dies im Einzelnen nachzuweisen wäre aber schwierig und würde die Kontrollbehörden überlasten. Damit würde nicht das Transparenzniveau erreicht, wie bei einem vollständigen Direktanstellungsgebot. Ein massenhaftes Ausweichen auf die alternative Gestaltung durch die Beschäftigung von Arbeitnehmern in Form von sachgrundlosen Befristungen i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG bei den Paketdienstleistern ist in diesem Szenario zwar nicht zu erwarten, würde aber für erhebliche Intransparenz hinsichtlich der Arbeitsvertragsbeziehungen innerhalb der Dienstleister sorgen. Dabei hat das BVerfG jüngst etwa mit dem Leiharbeitsverbot im Arbeitskampf (§ 11 Abs. 5 AÜG) gesetzgeberische Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs der Leiharbeit gebilligt.³⁷⁹

Will man auch dieser Situation vorbeugen, könnte zudem erwogen werden, die sachgrundlose Befristung in der Branche zu untersagen. Unabhängig davon wären aber der administrative Aufwand und vor allem das Beschäftigungsrisiko für den Paketdienstleister im Vergleich zur Leiharbeit ungleich höher. Freilich soll damit den Unternehmen in der Paketzustellung nicht pauschal eine mangelnde Bereitschaft zu gesetzestreuem Verhalten unterstellt werden.³⁸⁰ Das Risiko illegaler Beschäftigung wird durch den Einsatz von Leiharbeitern aber deutlich erhöht und die Transparenz in den Verantwortlichkeiten vermindert. So erkennt auch das BVerfG an, dass ein Verbot von Leiharbeit die Verschleierung von illegaler Beschäftigung im Unternehmen erschwert.³⁸¹ Insbesondere wird die hohe Fluktuation unter den Beschäftigten eher zusätzlich verstärkt, denn vermindert. Gepaart mit der migrantischen Beschäftigtenstruktur vermindert das wiederum eine effektive betriebliche Integration in besonderem Maß und gleichzeitig eine effektive Rechtswahrnehmung durch die Beschäftigten. Dies gilt auch hinsichtlich der Rechte aus dem kollektiven Arbeitsrecht. Denn selbstverständlich sind Leiharbeitnehmer nach § 7 S. 2 BetrVG im Einsatzbetrieb wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate dort eingesetzt werden. Außerdem sind sie zwar nach § 14 Abs. 2 S. 3 BetrVG bei den Schwellenwerten mitzuberücksichtigen, allerdings sind sie nach § 14 Abs. 2 S. 1 BetrVG nicht selbst wählbar. Insgesamt erschwert der Einsatz von Leiharbeitnehmern – gerade auch aufgrund von Problemen hinsichtlich der Sprach- und Rechtskenntnis von migrantischen Beschäftigten – in diesem Bereich den Aufbau und die Arbeit von Mitbestimmungsstrukturen, was die Sicherstellung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zusätzlich schwächt.

Sofern neben dem Einsatz von Subunternehmen durch ein Direktanstellungsverbot auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern untersagt

³⁷⁸ Zum Begriff „vorübergehend“ etwa Ulber/Ulber-Ulber, § 1 Rn. 331 ff.

³⁷⁹ BVerfG, 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, AP Nr. 192 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 26 f.

³⁸⁰ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

³⁸¹ BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., NJW 1988, S. 1195, 1196.

werden soll, bestehen hierfür also gute und verfassungsrechtlich tragfähige Gründe.

II. Unionsrecht

Wie im vorangehenden Teil zum Verfassungsrecht soll auch in Bezug auf das Unionsrecht aufgrund der unterschiedlichen Eingriffsintensität sowie des unterschiedlichen Regulierungshintergrunds zunächst die mit einem Direktanstellungsgebot verbundene Möglichkeit der Einschränkung des Subunternehmereinsatzes in Form der Fremdvergabe von Kerntätigkeiten des Betriebs untersucht werden, bevor auf die Einschränkungen für die Leiharbeit eingegangen wird. Dabei soll zunächst etwas ausgeholt und die sekundärrechtliche Regulierung des Postdienste-Marktes sowie die EuGH-Rechtsprechung zum Subunternehmereinsatz beleuchtet werden.

1. Einschränkung der Fremdvergabe

a) Sekundärrechtliche Regulierung des Postdienste-Marktes

Der Postmarkt, zu dem auch die Paketzustellung gehört, ist nicht nur national (PostG, PUDLV etc.) und international (insb. Weltpostvertrag³⁸² einschließlich den damit zusammenhängenden Verträgen und Zusatzprotokollen) engmaschig reguliert, auch auf europäischer Ebene existiert ein enges sekundärrechtliches „Korsett“. Zentral steht dabei die Postdienste-Richtlinie 97/67/EG³⁸³ i.d.F.d. Richtlinie 2008/6/EG³⁸⁴. Diese regelt neben der Bereitstellung eines Universalpostdienstes insbesondere die Bedingungen für die Erbringung von Postdiensten. Straßentransport-, Speditions- oder Kurierdienstunternehmen, die Dienste der Abholung, des Sortierens, des Transports und der Zustellung von Postsendungen erbringen können, sind dabei Postdiensteanbieter i.S.v. Art. 2 Nr. 1a Postdienste-Richtlinie, es sein denn, ihre Tätigkeit beschränkt sich auf den Transport der Postsendungen.³⁸⁵ Paketzustelldienste fallen damit unter den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Speziell für die Paketzustelldienste wurde auf ihrer Grundlage die Verordnung (EU) Nr. 2018/644³⁸⁶ erlassen. Diese verpflichtet Paketzustelldienstleister für den Fall grenzüberschreitender Paketzustelldienste, ihre Tarife für die grenzüberschreitende Paketzustellung den

³⁸² RGBl. 1879, S. 83.

³⁸³ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 L 15, S. 14.

³⁸⁴ Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.2.2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. 1998 L 15 S. 14.

³⁸⁵ EuGH, 31.5.2018 – C-259/16, RdTW 2018, S. 415, Rn. 41 (*Confetra*).

³⁸⁶ Verordnung (EU) 2018/644 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. April 2018 über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, ABl. 2018 L 112, 19.

nationalen Regulierungsbehörden (in Deutschland: Bundesnetzagentur) zu melden, die dann durch die Europäische Kommission veröffentlicht werden. Die Beschäftigungssituation der Paketzusteller ist damit nicht Gegenstand der Verordnung. Mit Blick auf die Sicherstellung eines Mindestniveaus an Beschäftigungsbedingungen kontraproduktiv ist allenfalls die Ausnahme von der Informationspflicht in Art. 4 Abs. 6 der Verordnung, wonach Unternehmen mit weniger als 50 Personen keine Meldung abgeben müssen. Dadurch können Unternehmen eher dazu verleitet sein, Werkvertragsgestaltungen einzusetzen. Insofern sieht Ewg. 20 der Verordnung vor: „Bei dem Schwellenwert sollten insbesondere Personen berücksichtigt werden, die an der Erbringung der Paketzustelldienste beteiligt sind, wie Voll- und Teilzeitarbeitskräfte und vorübergehend Beschäftigte sowie Selbstständige, die für den Paketzustelldienstanbieter arbeiten.“ Die Verordnung macht also hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen keine konkreten Vorgaben. Ewg. 20 zeigt aber auf, dass der Europäische Gesetzgeber den Zusammenhang zwischen wettbewerbsrechtlicher Regulierung und dem sozialen Schutz der Beschäftigten anerkennt.

Deutlich stärker kommt dies in der Postdienste-Richtlinie selbst zum Ausdruck. Gemäß Art. 5 Spstr. 1 der Postdienste-Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass bei der Bereitstellung von Universaldiensten die Einhaltung der so genannten Grundanforderungen gewährleistet wird. Für Dienste, die nicht zum Universaldienst gehören – und diese interessieren vorliegend vor allem –, können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 Abs. 1 der Postdienste-Richtlinie Allgemeingenehmigungen einführen, soweit diese erforderlich sind, um die Erfüllung der Grundanforderungen zu gewährleisten. Für Dienste, die zum Universaldienst gehören, können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 Abs. 2 S. 1 der Postdienste-Richtlinie Genehmigungsverfahren einschließlich Einzelgenehmigungen einführen, soweit diese erforderlich sind, um die Erfüllung der Grundanforderungen zu gewährleisten. Die Bewilligung kann dabei – so Art. 9 Abs. 2 S. 2 Spstr. 5 der Postdienste-Richtlinie von den in den nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Arbeitsbedingungen abhängig gemacht werden oder eine Verpflichtung zu deren Einhaltung auferlegen. Unter Grundanforderungen sind gemäß Art. 2 Nr. 19 S. 1 der Postdienste-Richtlinie im allgemeinen Interesse liegende Gründe nichtwirtschaftlicher Art zu verstehen, die einen Mitgliedstaat veranlassen können, für die Erbringung von Postdiensten Bedingungen vorzuschreiben. S. 2 nennt als einen dieser Gründe ausdrücklich die Beachtung von „Beschäftigungsbedingungen und Systemen der sozialen Sicherheit, die gemäß den gemeinschaftlichen und nationalen Rechtsvorschriften durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder Tarifverträge, die zwischen den nationalen Sozialpartnern ausgehandelt wurden, geschaffen wurden“. Die Bestimmung ist dabei weit auszulegen und erfasst nicht nur Universaldiensteanbieter.³⁸⁷ Der Schutz der Beschäftigungsbedingungen kann somit – unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit – auch nach der Rechtsprechung des EuGH ein Allgemeingenehmigungserfordernis von

³⁸⁷ EuGH, 16.11.2016 – C-2/15, ECLI:EU:C:2016:880, Rn. 27 f. (*DHL Express [Austria]*).

jedem Straßentransport-, Speditions- und Kurierdienstunternehmen für die Erbringung von Postdiensten rechtfertigen.³⁸⁸

Diese Erkenntnis betrifft zunächst jedoch nicht die Gutachtenfrage, denn vorliegend ist gerade keine Lizenz- oder Genehmigungspflicht betroffen. Vielmehr geht es um ein Direktanstellungsgebot. Ein solches wird von der Postdienste-Richtlinie nicht geregelt. Es sind daher andere Rechtsvorgaben in den Blick zu nehmen. Allerdings kann zumindest die Erkenntnis mitgenommen werden, dass die Postdienste-Richtlinie die Einhaltung der Beschäftigungsbedingungen als Grundanforderung für die Erbringung von Postdiensten betrachtet. Insoweit bleibt die deutsche Umsetzung der Richtlinie im PostG sowie der PUDLV hinter dem unionsrechtlich Zulässigen zurück. Letztere macht zwar auch Vorgaben zur Qualität der Paketbeförderung, ohne jedoch (bislang) die Qualität der Arbeitsbedingungen zu adressieren.

b) Rechtsprechung des EuGH zur Unterauftragsvergabe

Rechtsprechung zu Einschränkungen bei der Auftragsvergabe findet sich vorrangig im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe. Der Gerichtshof sieht dabei zwar das Verbot der Weitergabe von Aufträgen (aus vergaberechtlicher Sicht) als zulässig an, wenn der Auftragnehmer seine Fähigkeit, die Leistung zu erbringen, nicht nachweisen kann, da die Vergaberichtlinie die Überprüfbarkeit der Leistungsfähigkeit vorgibt (heute insb. Art. 58 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU³⁸⁹).³⁹⁰ Problematisch erachtet er in diesen Fällen allerdings die Beschränkung der zulässigen Unterauftragsvergabe auf einen bestimmten Prozentsatz und begründet dies mit der in der Vergaberichtlinie grundsätzlich erlaubten Unterauftragsvergabe (heute Art. 63 Richtlinie 2014/24/EU).³⁹¹ Der EuGH stellt dabei u.a. darauf ab, dass durch das öffentliche Auftragswesen ein möglichst umfassender Wettbewerb gefördert werden solle.³⁹² In der Rs. *Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service* hat die italienische Regierung zur Rechtfertigung der Maßnahme auf die Kriminalitätsbekämpfung abgestellt. Der Gerichtshof sah dieses Ziel jedoch als mit milderem Mitteln erreichbar an.³⁹³ Aus dieser vergaberechtlichen Bewertung wird z.T. geschlossen, dass der EuGH Beschränkungen beim Abschluss

³⁸⁸ EuGH, 31.5.2018 – C-259/16, RdTW 2018, S. 415, Rn. 55 (*Confetra*).

³⁸⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94, S. 65.

³⁹⁰ Vgl. etwa EuGH, 18.4.2004 – C-314/01, Slg. 2004, I-2549, Rn. 45 (*Siemens and ARGE Telekom*); EuGH, 14.7.2016 – C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562, Rn. 34 (*Wrocław – Miasto na prawach powiatu*); EuGH, 27.11.2019 – C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023, Rn. 37 (*Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service*).

³⁹¹ EuGH, 14.7.2016 – C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562, Rn. 35 (*Wrocław – Miasto na prawach powiatu*); EuGH, 27.11.2019 – C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023, Rn. 38 (*Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service*).

³⁹² EuGH, 27.11.2019 – C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023, Rn. 39 (*Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service*).

³⁹³ EuGH, 27.11.2019 – C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023, Rn. 45 ff. (*Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service*).

von Werk- und Dienstverträgen mit Subunternehmern „zurückhaltend“ gegenüberstehe.³⁹⁴ Der Erkenntniswert dieser Entscheidungen für die Gutachtenfrage ist jedoch gering. So behandelt etwa die Rs. *Holst Italia* lediglich die Frage, ob die im Vergabeverfahren nachzuweisende Leistungsfähigkeit eines Unternehmens auch durch den Nachweis einer möglichen Leistungserbringung durch die Beauftragung von Subunternehmen möglich ist.³⁹⁵ Die Problematik unterscheidet sich grundlegend von der vorliegenden. Denn das angedachte Direktanstellungsgebot zielt auf den Schutz der Beschäftigten und nicht auf die Leistungsfähigkeit des Dienstleistungserbringers ab. Zwar können die Beschäftigungsbedingungen positive Auswirkungen auf die Qualität der Leistung haben (vgl. dazu die Ausführungen zur Postdienste-Richtlinie), dies ist allerdings lediglich eine (ggf. mitbezweckte) Folge, nicht aber das primäre Ziel des Vorhabens.³⁹⁶

c) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Ein Direktanstellungsgebot wird zwar unterschiedslos auf ausländische und inländische Leistungserbringer angewandt und ist damit nicht diskriminierend (auch nicht mittelbar) – es beschränkt allerdings unzweifelhaft die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV³⁹⁷. *Thüsing* sieht v.a. im Kooperationsverbot einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, ohne dies dann allerdings weiter auszuführen.³⁹⁸ Tatsächlich wird man einen Eingriff dahingehend annehmen können, dass auch die Dienstleistungen ausländischer Dienstleistungserbringer nicht in Anspruch genommen werden können. Denn beschränkende Maßnahmen liegen bereits dann vor, „wenn sie die Ausübung einer durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheit, wie der Niederlassungsfreiheit, behindern oder weniger attraktiv machen können“³⁹⁹. Erwogen wird, ob auch in die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV eingegriffen wird. Es liegt aber nahe, im Direktanstellungsgebot wie auch im Kooperationsverbot eine bloße Ausübungsregel zu sehen und einen Eingriff damit zu verneinen.⁴⁰⁰ Zum Teil wird in Bezug auf § 6a GSA Fleisch mit Verweis auf die Rs. *Bosman*⁴⁰¹ auch eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit erwogen.⁴⁰² Letzteres überzeugt nicht, da der

³⁹⁴ *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 774.

³⁹⁵ EuGH, 2.12.1999 – C-176/98, Slg. 1999, I-8607, Rn. 26 ff. (*Holst Italia*).

³⁹⁶ Das nationale Vergaberecht schränkt die Unterauftragsvergabe nur für kritische Aufgaben und Arbeiten ein (§ 47 Abs. 5 VgV).

³⁹⁷ So auch für den Fall des Werkvertragsverbots in der Fleischwirtschaft *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 774; *Deinert*, Kurzgutachten Fleischwirtschaft, S. 16.

³⁹⁸ BeckOK-ArbR-*Thüsing*, § 1 GSA Fleisch Rn. 8.

³⁹⁹ EuGH, 30.11.1995 – C-55/94, Slg. 1995, I-4165, LS 3 (*Gebhard*).

⁴⁰⁰ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, 22.10.2020.

⁴⁰¹ EuGH, 15.12.1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 96 (*Bosman*).

⁴⁰² BeckOK-ArbR-*Thüsing*, § 1 GSA Fleisch Rn. 7; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, 22.10.2020, S. 13.

Marktzugang⁴⁰³ der Arbeitnehmer nicht eingeschränkt wird, sondern lediglich die Form der Leistungserbringung der Unternehmen geregelt wird. Dies unterscheidet die hier zu untersuchende Maßnahme von Transferregelungen im Fußballgeschäft wie in der *Rs. Bosman*⁴⁰⁴, von Einschränkungen bei Abfindungen wie in der *Rs. Graf*⁴⁰⁵ oder einer Anforderung hinsichtlich der Ausbildung⁴⁰⁶. Folgerichtig hat der Gerichtshof ein Fremdbesitzverbot für Apotheken lediglich an der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit geprüft.⁴⁰⁷ Anders als im vorgenannten Fall, wird die Ausübung der Tätigkeit bei der vorliegenden Fragestellung allerdings nicht bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten, die zuvor festgelegten Anforderungen entsprechen müssen, deren Einhaltung Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis ist.⁴⁰⁸ Letztlich müssen die Fragen aber nicht endgültig entschieden werden, weil der Umfang des Beschränkungsverbots bei der Dienstleistungsfreiheit ohnehin größer als bei der Niederlassungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist.⁴⁰⁹ Daher soll – auch zur Vereinfachung der Darstellung – der Fokus der nachfolgenden Betrachtung auf der Dienstleistungsfreiheit liegen.

Die primärrechtliche Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit wird in der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG⁴¹⁰ (DL-Richtlinie) näher ausgestaltet. Dabei nimmt allerdings Art. 17 Nr. 1 lit. a DL-Richtlinie Dienstleistungen des Postsektors i.S.d. Postdienste-Richtlinie von Art. 16 DL-Richtlinie, der die Vorgaben zur Dienstleistungsfreiheit enthält, aus. Es handelt sich insofern um eine Bereichsausnahme. Gemäß Erw. 84 der Richtlinie gilt dies sowohl für Universaldienstleister als auch für „sonstige Postdienste“. Allerdings ergibt sich aus Wortlaut und systematischer Stellung, dass sich diese Ausnahme auf Art. 16 der DL-Richtlinie beschränkt. Untermuert wird dies durch Erw. 17, nach dem zwar bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ganz dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen sind, ausdrücklich aber nicht pauschal „Postdienste“. Sehr wohl anzuwenden ist damit grundsätzlich Kapitel III Abschnitt 1 der DL-Richtlinie, der Genehmigungsregelungen betrifft, wobei insofern die Vorgaben zur Lizenzierung in der Postdienste-Richtlinie als *lex specialis* zu werten sein dürften. Da es sich bei der zu prüfenden Maßnahme allerdings um keine Genehmigungsregelung sondern eine Einschränkung der Fremdvergabe von Tätigkeiten handelt, kann dies dahingestellt bleiben. Sachlich näher sind die Vorgaben des Abschnitts 2 des Kapitels III sowie des Kapitels V der DL-Richtlinie, deren Verletzung z.T. ohne Rechtfertigungsmöglichkeit verboten ist. Art. 14 DL-Richtlinie benennt dabei unzulässige Anforderungen und Art. 15 DL-Richtlinie zu prüfende Anforderungen. Nach

⁴⁰³ Für dieses Kriterium zur Einschränkung des Beschränkungsverbots GHN AEUV-*Forsthoff/Eisendle*, Art. 45 AEUV Rn. 213 ff.

⁴⁰⁴ EuGH, 15.12.1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (*Bosman*).

⁴⁰⁵ EuGH, 27.1.2000 – C-190/98, Slg. 2000, I-493 (*Graf*).

⁴⁰⁶ Etwa in der *Rs. EuGH*, 9.9.2003 – C-285/01, Slg. 2003, I-8246, Rn. 96 (*Burbaud*).

⁴⁰⁷ EuGH, 19.5.2009 – C-531/06, Slg. 2009, I-4103 (*Kommission/Italien*).

⁴⁰⁸ EuGH, 19.5.2009 – C-531/06, Slg. 2009, I-4103, Rn. 44 (*Kommission/Italien*).

⁴⁰⁹ GHN AEUV-*Forsthoff/Eisendle*, Art. 45 AEUV Rn. 182.

⁴¹⁰ Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, S. 36 ff.

Art. 14 Nr. 2 DL-Richtlinie dürfte demnach keine Niederlassung im Inland für die Dienstleistungserbringung verlangt oder nach Art. 14 Nr. 3 DL-Richtlinie die Wahlfreiheit zwischen Hauptniederlassung und Niederlassung in Form einer Zweitniederlassung, Agentur, einer Zweigstelle oder einer Tochtergesellschaft eingeschränkt werden. Letzteres ist im Fall des Direktanstellungsgebots nicht gegeben, da es hierbei nur darum geht, dass die im Kerngeschäft tätigen Arbeitnehmer beim Inhaber des Betriebs beschäftigt sind, nicht aber die Wahlfreiheit hinsichtlich der Niederlassungsform eingeschränkt wird. Insofern besteht auch kein Verbot, im selben Hoheitsgebiet mehrere Niederlassungen zu unterhalten (Art. 15 Abs. 2 lit. e DL-Richtlinie) und auch keine Verpflichtung, zusammen mit der eigenen Dienstleistung bestimmte andere Dienstleistungen zu erbringen (Art. 15 Abs. 2 lit. h DL-Richtlinie). Ferner darf die Leistungserbringung nicht von einem zu prüfenden Bedarf (Art. 14 Nr. 5 DL-Richtlinie), einem Registereintrag (Art. 14 Nr. 8 DL-Richtlinie) oder der Stellung einer finanziellen Sicherheit (Art. 14 Nr. 7 DL-Richtlinie) abhängig gemacht werden. Genauso wenig darf die Beteiligung an anderen Genehmigungsverfahren zur Anforderung erhoben werden (Art. 14 Nr. 6 DL-Richtlinie).

Art. 19 DL-Richtlinie bestimmt darüber hinaus, dass die Inanspruchnahme einer Dienstleistung eines Dienstleisters, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, nicht beschränkt werden darf. Entsprechend der dort genannten Regelbeispiele sind damit insbesondere das abhängig machen von der Einholung einer Genehmigung oder der Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde des Erbringungsstaats gemeint, sowie die diskriminierende Unterscheidung nach der Niederlassung des Dienstleistungserbringers oder dem Ort der Dienstleistung für das Erlangen einer finanziellen Unterstützung.⁴¹¹ Hierum geht es aber beim Subunternehmereinsatz nicht. Schließlich dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 25 DL-Richtlinie die Dienstleistungserbringer keinen Anforderungen unterwerfen, ausschließlich eine bestimmte Tätigkeit auszuüben oder die gemeinschaftliche oder partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken. Vorliegend werden die Paketdienstleistungsunternehmen keineswegs dazu angehalten, nur eine Tätigkeit auszuüben und auch die gemeinschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten ist nicht untersagt. Lediglich die Paketzustellung muss durch eigene Beschäftigte erfolgen. Im Ergebnis ist also keine der in der DL-Richtlinie geregelten Verbote für die vorliegende Fragestellung einschlägig.

Auch die Entsenderichtlinie 96/71/EG⁴¹² ist nicht betroffen, da es sich beim Direktanstellungsgebot um keine Arbeitsbedingung i.S.d. Art. 3 der Richtlinie handelt, sondern um eine Maßnahme, welche die Einhaltung der

⁴¹¹ Dazu etwa Dauses/Ludwigs-Ludwigs, E. I. Grundregeln Rn. 266.

⁴¹² Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1996, L18/1 i.d.F.d. Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018, L173/16.

Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sowie wirksame Kontrollen sicherstellen soll.⁴¹³

Soweit die Richtlinien keine einschlägige spezialgesetzliche Gewährleistung enthalten, sind mitgliedstaatliche Maßnahmen aber noch an den primärrechtlichen grundfreiheitlichen Gewährleistungen zu prüfen.⁴¹⁴ Denn trotz der sekundärrechtlichen Regulierung müssen die Mitgliedstaaten – so der EuGH – „bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen des Vertrags über die Verkehrsfreiheiten [...] beachten“⁴¹⁵.

Da Unternehmen und Selbstständige aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowohl als Anbieter der Paketdienstleistungen, als auch als Auftragnehmer infrage kommen, liegt ein unionaler Bezug der geplanten Regelung auf der Hand. In seiner Rechtsprechung zum Vergaberecht hat der EuGH hinsichtlich einer Einschränkung der Möglichkeit der Unterauftragsvergabe bereits ausdrücklich festgestellt, dass sie eine Beschränkung der beiden genannten Grundfreiheiten darstelle, da sie geeignet sei „die Teilnahme von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern am Verfahren zur Vergabe oder an der Ausführung eines öffentlichen Auftrags“ zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, „da sie diese Wirtschaftsteilnehmer daran hindert, die vom Auftraggeber als `Hauptleistung` eingestuften Arbeiten zur Gänze oder zum Teil an Unterauftragnehmer zu vergeben oder für diesen Teil der Arbeiten ihre Dienstleistungen als Unterauftragnehmer anzubieten.“⁴¹⁶ Freilich betrifft das vorliegende Gutachten nicht das Vergaberecht – dieses spielt allenfalls im Bereich der Universaldienste eine Rolle. Die bereits angesprochene Rs. *Borta* zeigt dabei aber die Schnittpunkte vergaberechtlicher Einschränkungen zu den Grundfreiheiten auf. Die vorliegende Frage unterscheidet sich von der dargestellten Problematik allerdings in wesentlichen Punkten. Zwar möchte auch die Postdienste-Richtlinie den Wettbewerb fördern. Anders als bspw. in der Rs. *Borta*, wo der EuGH die fehlende Rechtfertigung auch darin sah, dass das Verbot unabhängig vom betroffenen Wirtschaftsbereich greift,⁴¹⁷ stellt ein Direktanstellungsgebot für Paketzusteller eine zielgenaue Maßnahme dar. Abseits der Lizenzerteilung für Universaldienste besteht dabei kein vergleichbares Risiko der Wettbewerbsstörung durch staatlichen Eingriff wie im Vergaberecht.

Die Prüfung hat also an den Grundfreiheiten zu erfolgen. Auf den Eingriff insbesondere in die Dienstleistungsfreiheit wurde bereits eingegangen. Für die Rechtfertigung solcher Maßnahmen müssen nach der Rechtsprechung des EuGH vier Voraussetzungen erfüllt sein: „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

⁴¹³ EuGH, 3.12.2014 – C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, Rn. 46 (*De Clercq u.a.*).

⁴¹⁴ Vgl. etwa EuGH, 27.2.2020 – C-384/18, ECLI:EU:C:2020:124, Rn. 60 ff. (*Kommission/Belgien*).

⁴¹⁵ EuGH, 19.5.2009 – C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171, Rn. 18 (*Doc Morris*).

⁴¹⁶ EuGH, 5.4.2017 – C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, Rn. 49 („*Borta*“ UAB).

⁴¹⁷ EuGH, 5.4.2017 – C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, Rn. 55 („*Borta*“ UAB).

gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist⁴¹⁸. Unionsrechtlich besonders hervorzuheben ist, dass es sich dabei um eine kohärente Regelung handeln muss, die überdies systematisch umgesetzt wird.⁴¹⁹

Auf die nichtdiskriminierende Gestaltung wurde bereits hingewiesen. Insofern stellt sich lediglich die Frage, ob die Maßnahme den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt.⁴²⁰ Hierbei kann im Wesentlichen auf die Prüfung zur Verfassungsmäßigkeit unter D.2.b) verwiesen werden, die nachfolgenden Ausführungen sind daher als Ergänzung zu verstehen. Klar ist zwar, dass rein wirtschaftliche Ziele, wie etwa der Schutz bestehender Unternehmen,⁴²¹ nicht als Rechtfertigung dienen können. Als zwingender Grund des Allgemeininteresses kommt aber insbesondere der soziale Schutz der Beschäftigten infrage. Dessen Legitimität wurde durch den EuGH vielfach anerkannt.⁴²² Wie oben ausführlich dargelegt, kann auch nicht in Zweifel gezogen werden, dass dies der tatsächlich mit dem Gesetz verfolgte Zweck ist. Zudem hat der EuGH in der Rs. *Finalarte* anerkannt, dass strukturelle faktische Kontrolldefizite Beschränkungen rechtfertigen können.⁴²³ Zwar kann ein genereller Betrugsverdacht eine beschränkende Maßnahme nicht rechtfertigen.⁴²⁴ Dass aber aus vielfachen Gründen ein erhebliches strukturelles Kontrolldefizit besteht, wurde bereits ausführlich dargelegt. Erwähnt seien nur der hohe Fremdpersonaleinsatz, unklare Verantwortlichkeiten und teilweise sogar Unklarheiten hinsichtlich der Arbeitgeberbereitschaft, darauf basierend arbeitsschutzrechtliche und arbeitsrechtliche Verstöße, besondere Abhängigkeiten, Sprachbarrieren etc. Lediglich eine Erhöhung der Kontrolldichte reicht daher genauso wenig aus, wie eine verschärfte Strafandrohung.

Entscheidend ist aber, dass eine Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.⁴²⁵ Aufgrund der nicht unwesentlichen Eingriffsintensität des Direktanstellungsgebots auf die Grundfreiheiten wird zu Recht davon ausgegangen, dass der EuGH hier die Rechtfertigungsschwelle hoch ansetzen wird und somit darzulegen ist, dass andere Maßnahmen der Verwaltungszusammenarbeit, der Überwachung der Einhaltung, Durchsetzung, Haftung, Sanktionen und eine wirksame Kontrolle aufgrund außergewöhnlicher Umstände in dem betreffenden

⁴¹⁸ EuGH, 30.11.1995 – C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 (*Gebhard*).

⁴¹⁹ Hierauf weist auch *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 775 m.w.N. auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH.

⁴²⁰ EuGH, 20.9.2007 – C-297/05 – Slg. I 2007, 7469, Rn. 76 ff. m.w.N.

⁴²¹ Vgl. etwa EuGH, 24.3.2011 – C-400/08, Slg. 2011, I-1915, Rn. 90 ff. (*Kommission/Spanien*).

⁴²² EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Niederlande).

⁴²³ EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 u.a., Slg. 2001, I-7884, Rn. 61 (*Finalarte u.a.*); ähnlich EuGH, 19.12.2012 – C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, Rn. 48 (*Kommission/Belgien*), wo es allerdings um unterschiedliche Anforderungen für in- und ausländische Unternehmen gegangen ist, die hier nicht vorliegen.

⁴²⁴ EuGH, 19.12.2012 – C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, Rn. 53 (*Kommission/Belgien*).

⁴²⁵ EuGH, 19.12.2012 – C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, Rn. 55 (*Kommission/Belgien*).

Sektor praktisch nicht hinreichend gewährleisten können.⁴²⁶ Dass keine gleich geeigneten, weniger einschneidenden Maßnahmen bestehen und dass diese in der Spezifität der Branche fußen, wurde ebenfalls in der verfassungsrechtlichen Prüfung unter I.2.b)cc) ausgeführt.

Im Ergebnis ist das Direktanstellungsgebot daher geeignet, den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten und effektive Kontrollen zu ermöglichen. Es ist auch erforderlich und es stehen keine Mittel zur Verfügung, welche die gleiche Wirksamkeit entfalten, aber weniger einschneidend sind.

2. Arbeitnehmerüberlassungsverbot

Die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH auch das Recht, grenzüberschreitend Arbeitnehmer zu überlassen.⁴²⁷ Auf die Dienstleistungsfreiheit können sich außerdem auch die Empfänger der Dienstleistung berufen.⁴²⁸ Ebenso kann die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV betroffen sein.⁴²⁹ Konkretisiert wird diese primärrechtliche Gewährleistung durch die Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG⁴³⁰. Verbote und Einschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung sind nach dieser unionsrechtlich zulässig, soweit sie gemäß Art. 4 Abs. 1 Leiharbeits-Richtlinie aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Der Begriff des „Allgemeininteresses“ ist dabei weit zu verstehen.⁴³¹ Insoweit verwundert es nicht, dass die Europäische Kommission im Prozess zur Schaffung der Richtlinie ausdrücklich keine unionsrechtlichen Bedenken gegen das Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft hatte.⁴³² In der Literatur werden sektorspezifische Leiharbeitsverbote dennoch zum Teil als Verstoß gegen diese Bestimmung erachtet.⁴³³ Allerdings ist sie, so der EuGH⁴³⁴, nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und führt nicht dazu, dass eine entgegenstehende nationale Bestimmung unangewendet bleiben muss.⁴³⁵ Im Ergebnis kommt es darauf aber ohnehin nicht an. Denn auch wenn die Richtlinie nicht greift, so ist die

⁴²⁶ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, 22.10.2020, S. 10 f.

⁴²⁷ EuGH, 17.12.1981 – C-279/80, Slg. 1981, 3305, Rn. 9 (*Webb*); EuGH, 27.3.1990 – C-113/89, Slg. 1990, I-1439, Rn. 16 (*Portuguesa Ld^e*).

⁴²⁸ EuGH, 3.12.2014 – C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, Rn. 54 (*De Clercq u.a.*).

⁴²⁹ EuGH, 10.2.2011 – C-307/09 u.a., Slg. 2011, I-453, Rn. 39 (*Vicoplus u.a.*).

⁴³⁰ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327, 9.

⁴³¹ Vgl. *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 491.

⁴³² Wiedergegeben bei *Ahlberg*, in: *Ahlberg*, et al., 2008, S. 191, 228.

⁴³³ Etwa *Bayreuther*, NZA 2020, 773, 774; *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock*, et al., NZA 2020, 1160, 1164 f.; *Schaub ArbR-HdB-Koch*, § 120 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 31a; unionsrechtliche Bedenken ferner bei *Schüren/Hamann*, AÜG-Hamann, § 1b AÜG Rn. 20; *Wank*, BB 2018, 1909, 1912; *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 492; *BeckOK-ArbR-Kock*, § 1b AÜG Rn. 2; *NK-GA-Ulrici*, § 1b AÜG Rn. 4; *Thüsing*, AÜG-Waas, § 1b 10a.

⁴³⁴ EuGH, 17.3.2015 – C-533/13, AP Nr. 1 zu Richtlinie 2008/104/EG, Rn. 28, 32 (*AKT*).

⁴³⁵ Insoweit skeptisch *Temming*, jurisPR-ArbR 25/2015 Anm. 1, unter C; *Deinert*, AuR 2020, 344, 352.

Maßnahme doch an den Grundfreiheiten – insbesondere der Dienstleistungsfreiheit – zu messen. Insoweit ist der Prüfungsmaßstab vergleichbar und es ist zu prüfen, ob die Beschränkung aus Gründen des Allgemeininteresses, wie dem reibungslosen Funktionieren des Arbeitsmarkts oder der Missbrauchsprävention, gerechtfertigt ist.⁴³⁶ Dabei ist an die Wertung des europäischen Gesetzgebers zu erinnern, die er mit der Leiharbeitsrichtlinie verfolgt hat – nämlich den Missbrauch der Leiharbeit als Beschäftigungsform zu verhindern⁴³⁷ und die Gesundheit der Leiharbeitnehmer zu schützen, vgl. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie. Dies kommt ferner in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie zum Ausdruck, nach dem die Leiharbeitsrichtlinie lediglich ein Mindestniveau einziehen will und für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften weiterhin zulässt. Hervorzuheben ist, dass die Ausgestaltung in Form eines sektorspezifischen Direktanstellungsgebots sich gerade nicht gegen die Tätigkeit der Arbeitnehmerüberlassung als solche richtet, sondern passgenau auf Missstände reagiert. Es rechtfertigt sich gerade durch die strukturellen Besonderheiten der Branche.⁴³⁸ Ein Direktanstellungsgebot macht es also weder den Leiharbeitnehmern selbst noch den Verleihern mit Sitz im Ausland grundsätzlich unmöglich, sich in Deutschland zu betätigen.⁴³⁹

Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass § 8 Abs. 3 AEntG sowie § 8 Abs. 1 bzw. § 11 Abs. 6 AÜG den Schutz der Leiharbeitnehmer bereits ausreichend gewährleisten.⁴⁴⁰ Zum einen ist – wie bereits oben gezeigt – der Schutz der Leiharbeitnehmer aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse in der Branche schon nicht ausreichend sichergestellt. Zum anderen soll das Direktanstellungsgebot generell illegale Formen der Arbeitnehmerüberlassung ausschließen, was allein durch die eingeschränkte Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung nicht gewährleistet werden kann. Es sei auch nochmals darauf hingewiesen, dass die realistische Erwartung besteht, dass ohne ein gleichzeitiges Überlassungsverbot das Verbot des Einsatzes von Subunternehmern wirkungslos wird, da die bestehenden Strukturen fortbestehen und so die Zielsetzung eines geordneten Arbeitsmarktes nicht erreicht werden kann. Für die übrigen Gesichtspunkte sei auf die obenstehenden Ausführungen unter I.2.b) verwiesen.

Im Ergebnis ist daher das mit dem Direktanstellungsgebot verknüpfte Leiharbeitsverbot mit dem Unionsrecht vereinbar.⁴⁴¹

⁴³⁶ I.d.S. auch *Deinert*, AuR 2020, 344, 352; vgl. außerdem GA Szpunar in seinen Schlussanträge v. 20.11.2014 zu EuGH, 17.3.2015 – C-533/13, AP Nr. 1 zu Richtlinie 2008/104/EG, Rn. 105 (AKT).

⁴³⁷ Vgl. EuGH, 14.10.2020 – C-681/18, AP Nr. 3 zu Richtlinie 2008/104/EG, Rn. 70.

⁴³⁸ A.A. *Boemke*, RIW 2009, 170-190, 182; *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 492.

⁴³⁹ Vgl. auch Bayerisches OLG, 22.1.2020 – 201 ObOWi 2474/19, NJW 2020, S. 1597, Rn. 21.

⁴⁴⁰ So aber *Hamann*, EuZA 2009, 287, 313; *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock et al.*, NZA 2020, 1160, 1164; *Böhm*, DB 2011, 473, 476.

⁴⁴¹ Ähnlich in Bezug auf das Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft *HK-ArbR-Lorenz*, § 1b AÜG Rn. 1; *Ulber*, AuR 2010, 10, 13; *Waas*, ZESAR 2009, 207, 209; ausf. *Ulber/Ulber-Walser*, § 1b AÜG Rn. 19.

E. Abschließende Bemerkungen und Fazit

Die von Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil* angekündigten Arbeitsschutzmaßnahmen hinsichtlich Beschäftigter, die schwere Pakete transportieren müssen, sind angesichts der hohen körperlichen Belastungen von Paktzustellern zu begrüßen (vgl. dazu unter C). Jedoch lösen sie die Missstände, die in vielen Subunternehmen der Paketzustellung bestehen, nicht auf. Auch die gesetzliche Festlegung von Beschäftigungsbedingungen (etwa die Arbeitszeitaufzeichnung), der Ausbau der gesetzlichen Haftungs- und Sanktionsnormen (wie etwa die Nachunternehmerhaftung gemäß § 14 AEntG bzw. § 28e SGB IV) und auch ein Erlaubnisvorbehalt oder eine Lizenzpflicht setzen nicht am Auslöser der prekären Bedingungen in der Branche an und sind keine mildereren Mittel zu einem Direktanstellungsgebot.

Das Problem besteht in der Vielzahl an undurchsichtigen Subunternehmerketten in der Paketzustellung. Erst durch ein Direktanstellungsgebot – in Form einer Beschränkung/eines Verbotes des Einsatzes von Subunternehmen und der Leiharbeit, das grundsätzlich, wie unter D. gezeigt, vereinbar mit verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben wäre – werden diese aufgebrochen und so klare rechtliche Verantwortlichkeiten geschaffen, welche die Grundlage für eine effektive Rechtswahrnehmung und -durchsetzung bilden. In der legislatischen Gestaltung bietet sich eine Anlehnung an § 6a GSA Fleisch an. Ob eine solche im PostG oder einem speziellen Gesetz verortet würde, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Letzteres hätte den Vorteil, dass der Gesetzgeber in der Ausgestaltung flexibler und nicht durch das enge Korsett des PostG eingeschränkt wäre und eine klare sachliche Trennung erfolgen würde. Aber wie die Postdienste-Richtlinie zeigt, besteht durchaus ein enger Zusammenhang zwischen Beschäftigungsbedingungen und Dienstleistungserbringung, weshalb grundsätzlich auch das PostG als Standort geeignet wäre.

Als Ergebnis des hiesigen Gutachtens können folgende Punkte festgehalten werden:

- Die Paketdienstleister werden durch ein Direktanstellungsgebot dazu verpflichtet, die Arbeits- und Betriebsorganisation so auszugestalten, dass sie in Einklang mit vor allem arbeits- und arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften stehen, da sie dann für Verstöße unmittelbar verantwortlich gemacht werden können. Sie können nicht mehr zur Gewinnmaximierung Aufträge an Subunternehmer vergeben, die aufgrund der hohen Kosten für die Beförderung auf der „letzten Meile“ unter einem enormen Preis- und Wettbewerbsdruck stehen, der – teilweise wortwörtlich – auf dem Rücken der Arbeits- und Gesundheitsbedingungen der Paktzusteller ausgetragen wird und nach den Erfahrungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit und von „Faire Mobilität“ neben dem Nichteinhalten von arbeits- und gesundheitsschutzrechtlichen Vorschriften häufig in Lohn- und Sozialdumping mündet.

- Gleichzeitig soll mit dem Direktanstellungsgebot und den damit einhergehenden klaren Verantwortlichkeiten illegale Beschäftigung bekämpft werden, die durch undurchsichtige Subunternehmerketten begünstigt wird. Erst auf diesem Wege werden effektive Kontrollen der zuständigen Behörden ermöglicht. Daher ist der Ausbau der Kontrollbehörden und deren Kapazitäten zwar zur Überprüfung der Rechtsvorschriften ebenfalls notwendig und begrüßenswert, jedoch kein milderes Mittel zu einem Direktanstellungsgebot.
- Damit verbunden ist die Sicherstellung eines geordneten Teilarbeitsmarktes in der Paketbranche. Dies dient auch dazu, einheitliche Wettbewerbsbedingungen in der Branche zu schaffen, die derzeit nicht gegeben sind.
- Durch ein Direktanstellungsgebot werden die klein- und kleinstbetrieblichen Strukturen der Sub- und Subsubunternehmen aufgelöst, in denen es schon aufgrund der Betriebsgröße nicht möglich ist, dass Betriebsräte gewählt werden können (dazu schon oben unter C.IV.). Die vormals bei Subunternehmen tätigen Beschäftigten müssten fortan in den Betrieb des Paketdienstleisters integriert werden, wo die Betriebsgröße effektive Mitbestimmungsstrukturen ermöglichen würde. Zudem wird den Gewerkschaften durch die betriebliche Integration die Ansprache der Beschäftigten ermöglicht. Diese können die Beschäftigten so über ihre Arbeitnehmerrechte und über ihr Recht, Betriebsräte gründen zu können, aufklären. Dies ist deshalb besonders bedeutsam, da eine Vielzahl an migrantischen Beschäftigten ohne deutsche Sprach- und Rechtskenntnisse existiert. Hinzukommt, dass ein effektiver Arbeitsschutz nur durch betriebsverfassungsrechtliche Strukturen flächendeckend sichergestellt werden kann, da staatliche Überwachungsbehörden hierzu selbst bei bester Ausstattung nicht in der Lage sind.
- Betriebliche Mitbestimmungsstrukturen ebnen den Weg für den Aufbau von tarifvertraglichen Strukturen, die wesentlich dazu beitragen, dass Arbeits- und Gesundheitsbedingungen sich verbessern. Auf diesem Wege wird gleichzeitig die Tarifautonomie gestärkt.

Im Ergebnis ist ein Direktanstellungsgebot für die Paketzustellung nach dem Vorbild von § 6a GSA Fleisch verfassungs- und unionsrechtskonform.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, Kerstin*, A Story of Failure – But Also of Success: The Social Dialogue on Temporary Agency Work and the Subsequent Negotiations between Member States on the Draft Directive, in: Ahlberg, Kerstin/Bercusson, Brian/Bruun, Niklas u. a. (Hrsg.), Bruxelles u.a 2008, S. 191–262.
- Ahlberg, Kerstin/Bercusson, Brian/Bruun, Niklas/Kountouros, Haris, et al.* (Hrsg.), Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work, Bd. 60, Bruxelles u.a 2008.
- Andorfer, Christian/Tsankova-Herrtwich, Tseja*, Fremdpersonaleinsatz in der Fleischwirtschaft – kein effektiver Rechtsschutz. Eine Analyse der bisherigen Judikatur, NZA-RR 2022, 393–397.
- Arning, Martin/Brückner, Bernhard/Splittgerber, Bettina/Zölck, Carsten*, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit. Abschlussbericht zum GDA-Arbeitsprogramm, Berlin 2014.
- Badura, Peter/Danwitz, Thomas v./Herdegen, Matthias/Sedemung, Jochim/Stern, Klaus* (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, München 2004 (zitiert: BeckPostG-Bearbeiter).
- BARMER, Institut für Gesundheitssystemforschung (Hrsg.), BARMER Gesundheitsreport 2022, Berlin 2022.
- Bayreuther, Frank*, Verbot von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischwirtschaft, NZA 2020, 773–776.
- Becker, Friedrich*, Gemeinschaftsrechtliche, sozialpolitische, arbeitsmarktpolitische Aspekte des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe, DB 1982, 2348–2354.
- Bienzeisler, Bernd/Zanker, Claus*, Zustellarbeit 4.0 – Eine 360-Grad-Analyse. Leitfaden zur Entwicklung der Zustellarbeit am Beispiel der KEP-Branche 23.3.2023, abrufbar unter <https://publica-rest.fraunhofer.de/server/api/core/bitstreams/6aff779b-2c0f-4350-8d38-d42ccf364da8/content> (zuletzt geprüft am 21.6.2023).
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: NK-GA-Bearbeiter).
- Boemke, Burkhard*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 170–190.
- Boemke, Burkhard/Düwell, Franz Josef/Greiner, Stefan/Hamann, Wolfgang, et al.*, Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischwirtschaft. Arbeitsschutzkontrollgesetz: Der falsche Weg zum richtigen Ziel, NZA 2020, 1160–1166.
- Böhm, Wolfgang*, Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie – mit Fragezeichen?! DB 2011, 473–476.
- Bremische Bürgerschaft, Antrag der Fraktionen DIE LINKE, der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Gute Arbeit in der Logistik: Werkverträge in der Paketbranche untersagen, Drs. 20/6.2.2023.

- Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen in der Zeitarbeit, Nürnberg 2022.
- Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeiter und Verleihbetriebe (Monatszahlen und Jahreszahlen). Stichtag: 30.6.2022, Nürnberg 2023.
- Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung (Hrsg.), Bereinigter Pay Gap von Leiharbeitern, Nürnberg 2019.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eckpunkte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz für eine Novelle des Postgesetzes 26.1.2023, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/novelle-des-postgesetzes.html> (zuletzt abgerufen am 21.6.2023).
- Bundesnetzagentur, Wesentliche Arbeitsbedingungen der Subunternehmer im lizenzierten Briefbereich, Bonn Juni 2015, abrufbar unter <https://docplayer.org/docview/52/29224204/#file=/storage/52/29224204/29224204.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.6.2023).
- Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur – Post 2020/2021 mit 12. Sektorgutachten Post (2021) der Monopolkommission – Wettbewerb mit neuem Schwung!, BT Drs. 20/1622, Bonn/Berlin 2021.
- Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2023, BIEK-Vorsitzender Marten Bosselmann zur Gewichtsbegrenzung von Paketen, abrufbar unter <https://www.biek.de/presse/pressemeldungen.html> (zuletzt geprüft am 21.4.2023).
- Bundesverband Paket & Expresslogistik, Presseinformation 7/2021, KEP Studie 2021, Berlin Juni 2021, abrufbar unter <https://www.biek.de/presse/meldung/kep-studie-2021.html> (zuletzt geprüft am 21.6.2023).
- Bundesverband Paket & Expresslogistik, Impulsgeber mit Innovationskraft. KEP-Studie 2022 – Analyse des Marktes in Deutschland, Berlin Juni 2022, abrufbar unter https://www.biek.de/files/biek/downloads/papiere/BIEK_KEP-Studie_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 21.6.2023).
- Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP-Studie 2022 – Analyse des Marktes in Deutschland 2022, abrufbar unter https://www.biek.de/files/biek/downloads/papiere/BIEK_KEP-Studie_2022.pdf (zuletzt geprüft am 20.4.2023).
- Bundesverband Paket & Expresslogistik, KEP-Studie 2023 – Analyse des Marktes in Deutschland 2023, Berlin Juni 2023, abrufbar unter <https://www.biek.de/publikationen/studien.html> (zuletzt geprüft am 20.6.2023).
- Butollo, Florian/Koepf, Robert*, Die doppelte Einbettung der Logistikarbeit und die Grenzen prekärer Beschäftigung, WSI-Mitt. 2020, 174–181.
- Cremer, Wolfram/Deinert, Olaf*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, Frankfurt am Main 2023.
- Däubler, Wolfgang*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht. Eine unantastbare Größe?, Frankfurt am Main 2012.

- Däubler, Wolfgang*, Arbeitsschutz schafft neues Arbeitsrecht!? NZA 2021, 86–91.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Däubler, TVG-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen: Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *HK-ArbR-Bearbeiter*).
- Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 57. Aufl., August 2022 (zitiert: *Dauses/Ludwigs-Bearbeiter*).
- Deinert, Olaf*, Kurzgutachten – Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können? Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen 2020, abrufbar unter https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/20200715_gutachten_deinert_werkvertraege_fleischindustrie.pdf (zuletzt geprüft am 27.3.2023).
- Deinert, Olaf*, Zur Zulässigkeit eines Direktanstellungsgebots für Arbeitnehmer in der Fleischindustrie, AuR 2020, 344–352.
- Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, Handlungsanleitung für die arbeitsmedizinische Vorsorge - BGI/GUV-I 504-46, Juli 2009.
- Dubal, Veena*, On algorithmic wage discrimination, SSRN 19.1.2023, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4331080 (zuletzt geprüft am 21.4.2023).
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz, 99. Aufl., München 2022 (zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz-Bearbeiter*).
- Ellguth, Peter/Kohaut, Susanne*, WSI-Mitteilungen 2022, 328–336.
- Ellguth, Peter/Kohaut, Susanne*, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2021, WSI Mitt. 2022, 328–336.
- Epping, Volker/Hilgruber, Christian* (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 54. Aufl., München Stand: 15.2.2023 (zitiert: *BeckOK-GG-Bearbeiter*).
- Erol Vogel, Şerife/Schulten, Thorsten*, Erste Erfahrungen der Betriebsräte nach Inkrafttreten des Arbeitsschutzkontrollgesetzes, 28.6.2022.
- Faire Mobilität, Fallsammlung Kurier-Express-Paketdienst-Branche, Erfahrungen aus der Beratungspraxis von Faire Mobilität, Berlin 2022.
- Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA), Precarious working conditions in the parcel services: To take a stand and deliver our message. Union brochure of the sodiper project, Wien 2018.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 78. Aufl., München 2023 (zitiert: *GHN AEUV-Bearbeiter*).

- Grabosch, Robert*, Nachhaltigkeit in Lieferketten: Zur EU-Gesetzgebung über Sorgfaltspflichten, AuR 2022, 244–248.
- Grabosch, Robert/Schönfelder, Daniel*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: neue Pflichten zur Vermeidung menschen- und umweltrechtlicher Risiken weltweit, AuR 2021, 488–494.
- Grund, Christian/Martin, Johannes/Minten, Axel*, Beschäftigungsstruktur und Zufriedenheit von Zeitarbeitnehmern in Deutschland. SOEPpapers 677-2014, Berlin 2014.
- Häberle, Peter (Hrsg.)*, Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. Aufl., München 2022 (zitiert: Erbs/Kohlhaas-Bearbeiter).
- Hamann, Wolfgang*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287–331.
- Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung – Das demokratische Gestaltungsprinzip der sozialen Marktwirtschaft, Studien zur Wirkung von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung, abrufbar unter https://www.imu-boeckler.de/data/Hans-Boeckler-Stiftung_Mitbestimmung_Gestaltungsprinzip-der-.pdf (zuletzt geprüft am 20.4.2023).
- Henn, Elisabeth/Jahn, Jannika (Hrsg.)*, BeckOK Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, München Stand: 1.2.2023 (zitiert: BeckOK LkSG-Bearbeiter).
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)*, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl., Köln 2022 (zitiert: HWK-Bearbeiter).
- Jarass, Hans D./Kment, Martin (Hrsg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München 2022 (zitiert: Jarass/Pieroth-Bearbeiter).
- Kalbfus, Michael/Zimmer, Patrick*, Arbeitsrechtliche Aspekte in der Umsetzung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes – ein Überblick, ArbRAktuell 2023, 165–169.
- Klein, Thomas*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Alternative zum Verbandsklagerecht? Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf die Arbeitsrechtsdurchsetzung in Deutschland, ZIP 2023, 1053–1065.
- Klein, Thomas/Klocke, Daniel/Schlachter-Voll, Monika (Hrsg.)*, Standort- und Beschäftigungssicherung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Bd. 43, Frankfurt am Main 2022.
- Klocke, Daniel*, Standortsicherung auf der betrieblichen Ebene, in: Klein, Thomas/Klocke, Daniel/Schlachter-Voll, Monika (Hrsg.), Standort- und Beschäftigungssicherung, Frankfurt am Main 2022, S. 135–208.
- Knopp, Anton*, Probleme des Arbeitsmarktes und die gesetzliche Neuregelung, DB 1982, 111–116.
- Kollmer, Norbert/Klindt, Thomas/Schucht, Carsten (Hrsg.)*, Arbeitsschutzgesetz mit Arbeitsschutzverordnung. Kommentar, 4. Aufl., München 2021 (zitiert: Kollmer/Klindt/Schucht-Bearbeiter).

- Köpke, Uwe*, Postgesetz-Novelle 2022 – Stellungnahme von ver.di, bewegen 2022, 6, abrufbar unter https://psl.verdi.de/++file++62ecdc719082c5e0ac3c0992/download/Bewegen_2022-05.pdf (zuletzt geprüft am 21.6.2023).
- Krause, Rüdiger*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Baustein eines transnationalen Arbeitsrechts – Teil I, RdA 2022, 303–310.
- Krause, Rüdiger*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Baustein eines transnationalen Arbeitsrechts – Teil II, RdA 2022, 327–341.
- Leinemann, Wolfgang* (Hrsg.), Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Neuwied 2000 (zitiert: *KassHandb-Bearbeiter*).
- Maier, Jutta*, Logistik 4.0., Aktivierung einer globalen Reservearmee, Tagesspiegel 30.11.2022, abrufbar unter <https://background.tagesspiegel.de/mobilitaet/aktivierung-einer-globalen-reservearmee> (zuletzt geprüft am 24.3.2023).
- Mayer, Udo/Paasch, Ulrich*, Das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe unter dem Grundgesetz, BB 1984, 1943–1947.
- Monopolkommission, Post 2021: Wettbewerb mit neuem Schwung! 12. Sektorgutachten. Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 PostG in Verbindung mit § 195 Abs. 2, 3 TKG, Berlin 2021.
- Mosler, Rudolf* (Hrsg.), 75 Jahre Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, Festschrift, Wien 2021.
- MRU GmbH, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen. Studie im Auftrag der Bundesnetzagentur, Hamburg 2011.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., Bd. 51, München 2023 (zitiert: *ErfK-Bearbeiter*).
- Nielebock, Helga*, Kontrolle im fleischverarbeitenden Betrieb nach dem Arbeitsschutzkontrollgesetz (ASKG) und dem Gesetz zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch), jurisPR-ArbR 2021, Anm. 8.
- Nietsch, Michael/Wiedmann, Michael*, Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, NJW 2022, 1–7.
- Pieper, Ralf*, Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und andere Arbeitsschutzvorschriften, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 2021 (zitiert: *Pieper, ArbSchR*).
- Polzin, Daniel*, Die Regulierung von Werkverträgen und anderen arbeitsbezogenen Unternehmenskooperationen, RdA 2021, 84–90.
- Rieble, Volker/Vielmeier, Stephan*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474–504.
- Rinckhoff, Christopher*, Das Paketboten-Schutz-Gesetz, NZA 2019, 1667–1671.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter* (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 67. Aufl., München Stand: 1.3.2023 (zitiert: *BeckOK-ArbR-Bearbeiter*).

- Roßnagel, Alexander*, Einundfünfzigster Tätigkeitsbericht zum Datenschutz und Fünfter Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit, Wiesbaden 2022.
- Röwekamp, Udo*, Verfassungsrechtliche Aspekte der neueren Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 1984, 323–328.
- Sagan, Adam/Schmidt, Alexander J.*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Ein Überblick aus der Perspektive des Arbeitsrechts, NZA-RR 2022, 281–291.
- Schaub, Günter* (Begr.); *Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Pulz, Fabian, et al.* (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 19. Aufl., München 2021 (zitiert: *Schaub ArbR-HdB-Bearbeiter*).
- Schmierl, Klaus/Schneider, Pauline/Struck, Olaf/Ganesch, Franziska*, Wenig Mitbestimmung, viel Überwachung, Böckler Impuls 17/2022, 4–5.
- Schmierl, Klaus/Schneider, Pauline/Struck, Olaf/Ganesch, Franziska*, Digitale Logistik. Digitalisierungstechnik, Arbeitsbedingungen, Leistungspolitik und Mitbestimmung in Transportlogistik und Kurier-, Express- und Paketdiensten, Düsseldorf Oktober 2022.
- Schüren, Peter* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 6. Aufl., Bd. 23, München 2022 (zitiert: *Schüren/Hamann, AÜG-Bearbeiter*).
- Sell, Stefan*, Löhne und Arbeitsbedingungen einer weiteren Gruppe von Vergessenen: Paketzusteller 13.1.2023, abrufbar unter <https://aktuelle-sozialpolitik.de/2023/01/13/die-vergessenen-paketzusteller/> (zuletzt abgerufen am 21.6.2023)
- Statistisches Bundesamt, Dienstleistungen 2019. Strukturhebung im Dienstleistungsbereich Verkehr und Lagerei, Fachserie 9 Reihe 4.1, Wiesbaden 2021.
- Statistisches Bundesamt, Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2020, Grundzahlen der rechtlichen Einheiten oder Einrichtungen nach Beschäftigtengrößenklassen für die Wirtschaftsgruppe 53.2 Sonstige Post, Kurier- und Expressdienste, Wiesbaden 2020
- Temming, Felipe*, Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie („AKT“), jurisPR-ArbR 25/2015 Anm. 1.
- Thüsing, Gregor* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2018 (zitiert: *Thüsing, AÜG-Bearbeiter*).
- Ulber, Jürgen*, Die Richtlinie der Leiharbeit, AuR 2010, 10–15.
- Ulber, Jürgen/Ulber, Daniel* (Hrsg.), AÜG. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 6. Aufl., Frankfurt 2023 (zitiert: *Ulber/Ulber-Bearbeiter*).
- Ulrici, Bernhard* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2017 (zitiert: *HK-AÜG-Bearbeiter*).
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Die ver.di Kampagne Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), Berlin April 2013.

- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert – Wir brauchen ein Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmer*innenrechten in der Paketbranche analog zum Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch), Pressemitteilung vom 17.1.2023 2023, abrufbar unter <https://www.verdi.de/presse/pressemitteilungen/++co++4d5a5bc0-95ad-11ed-b04e-001a4a160129> (zuletzt geprüft am 16.3.2023).
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Postdienste, Spedition und Logistik, Fair zugestellt statt ausgeliefert, Präsentation 2023.
- ver.di, Fachbereich Postdienste, Speditionen, Logistik, Arbeitsbedingungen in der Paketbranche, bewegen 5/2022, 4–5.
- Waas, Bernd*, Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ZESAR 2009, 207–213.
- Wagner, Eric/Ruttloff, Marc*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145–2152.
- Wallraff, Günther*, Paketzusteller – Armee der Unsichtbaren, ZEITmagazin 31.5.2012, abrufbar unter https://www.zeit.de/2012/23/Wallraff-Paketzusteller?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (zuletzt geprüft am 24.3.2023).
- Walser, Manfred*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt a.M. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014).
- Walser, Manfred*, Sozialkassen in Europa. Hintergrund – Aufgaben – rechtliche Vorgaben - Durchsetzungsinstrumente, in: Mosler, Rudolf (Hrsg.), FS 75 Jahre BUA, Wien 2021, S. 223–250.
- Wank, Rolf*, Genügt das reformierte AÜG dem Unionsrecht? BB 2018, 1909–1916.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit der Regelungen des geplanten § 6a GSA Fleisch mit dem Unionsrecht. PE 6 - 3000 - 089/20, Berlin 22.10.2020.
- Zanker, Claus*, Branchenanalyse Logistik. Der Logistiksektor zwischen Globalisierung, Industrie 4.0 und Online-Handel, Düsseldorf Juni 2018.
- Zimmer, Reingard*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Handlungsoptionen für Mitbestimmungsakteure und Gewerkschaften, Frankfurt a.M. 2023.
- Zimmer, Reingard*, Das Verbot des Fremdpersonaleinsatzes in der Fleischwirtschaft und dessen Anwendungsbereich. Es geht um die Wurst, NZA 2022, 4–8.

Für den Inhalt sind die Autorinnen und Autoren selbst verantwortlich.

Diese und alle weiteren HSI-Working Paper finden sie kostenlos unter
www.hugo-sinzheimer-institut.de/veroeffentlichungen.

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI)
der Hans-Böckler-Stiftung
Wilhelm-Leuschner-Straße 79
60329 Frankfurt am Main

Impressum: <https://www.boeckler.de/de/impressum-2713.htm>

www.hugo-sinzheimer-institut.de