

Heuking Kühn Lüer Wojtek • Magnusstraße 13 • 50672 Köln

Per Telefax vorab 0251 505352
Oberverwaltungsgericht NRW
13. Senat
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster

Dr. Wilhelm Moll, LL.M.

T +49 221 20 52-312
F +49 221 20 52-1
w.moll@heuking.de

Assistenz:
Rita Wessely-Hernet
r.wessely@heuking.de

Magnusstraße 13
50672 Köln
www.heuking.de

Bitte stets angeben:
AktNr.: 51471-12/5017/cl/we/cl

Aktenzeichen: 13 A 1328/15

Köln, 05.08.2015

In dem Verwaltungsgerichtsverfahren

Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. ./ Land Nordrhein-Westfalen

werden wir beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 30. April 2015 festzustellen, dass die aufgrund des § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW erlassene Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs (RepTVVO) vom 31. Oktober 2012 den Kläger in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt und nichtig ist.

Begründung:

I.

Die Parteien streiten darüber, ob die RepTVVO, mit der Tarifverträge im Hinblick auf § 4 Abs. 2 TVgG NRW für repräsentativ erklärt werden, in subjektiv-öffentliche Rechte des Klägers und namentlich in die Koalitionsfreiheit des Klägers nach Art. 9 Abs. 3 GG eingreift.

Das Verwaltungsgericht hat eine auf entsprechende Feststellung gerichtete Klage als unzulässig abgewiesen. Allein- oder Mehrheitsgesellschafter von Mitgliedsunternehmen des Klägers seien juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese nähmen durchweg öffentliche Aufgaben wahr bzw. seien auch bei Tätigkeiten außerhalb des Bereichs der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben keiner „grundrechtstypischen“ Gefährdungslage ausgesetzt. Weder die Gesellschafter dieser Mitgliedsunternehmen noch die Mitgliedsunternehmen seien daher Grundrechtsadressaten. Sie könnten sich damit nicht auf Abwehrrechte stützen. Dass diese Mitgliedsunternehmen des Klägers privatrechtlich organisiert seien, ändere an dem fehlenden Grundrechtsschutz nichts, weil letztlich öffentlich-rechtliche Aufgaben nur in geänderter Rechtsform wahrgenommen würden. Es sei schließlich nicht erkennbar, dass der Kläger als juristische Person des Privatrechts auch nicht mehr dem bestimmenden Einfluss eines Hoheitsträgers unterliege. Ein privatrechtsförmig handelnder Staat könne die ihm fehlende Grundrechtsfähigkeit nicht durch einen tarifgemeinschaftlichen Zusammenschluss erwirken (Urteil GA 520 und 521).

Die Entscheidung ist nicht frei von Rechtsfehlern und wird daher in vollem Umfang zur Überprüfung gestellt. Die Verneinung der Sachurteilsvoraussetzung der Statthaftigkeit durch das Verwaltungsgericht ist bereits deshalb unzutreffend, weil das Verwaltungsgericht dabei auf Erwägungen zurückgreift, die nicht die Statthaftigkeit betreffen. Des Weiteren bleibt bei der „Durchgriffstheorie“ des Verwaltungsgerichts unberücksichtigt, dass bei der Beurteilung einer Rechtsverletzung - die vom Verwaltungsgericht zu Unrecht bei der Statthaftigkeit geprüft wird - darauf abzustellen ist, ob die die Rechtsverletzung rügende Partei unabhängig von einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsform bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betroffen ist oder als reine Interessensvertreterin und damit in einem nicht-hoheitlichen Bereich tätig wird. Das Verwaltungsgericht verkennet ferner, dass nicht die Koalitionsfreiheit der einzelnen Mitgliedsunternehmen bzw. von deren Gesellschaftern mit einer auf den Kläger verlagerten Verantwortung im Streit steht, sondern der künftige Bestand einer Koalition (des Klägers als eigenständigem Rechtsträger nämlich): Es ist damit nicht zu entscheiden, wie ein Mitgliedsunternehmen oder dessen Gesellschafter Tarifverträge abschließen, sondern ob eine privatrechtlich verfasste Vereinigung, der sich das Mitgliedsunternehmen angeschlossen hat, durch Rechtsverordnung in ihrem Bestand gefährdet werden kann. Kern der Auseinandersetzung - und dies wird vom Verwaltungsgericht noch nicht einmal im Ansatz erkannt - ist mithin, ob der Landesgesetzgeber die durch das Grundgesetz verbürgte Koalitionsfreiheit des Klägers(!) dergestalt beschränken kann, dass die Koalition in ihrem formellen Bestand zwar unangetastet bleibt, aber aufgrund des Bedeutungslosmachens ihrer Kernaktivitäten (Abschluss von Tarifverträgen) faktisch ausgehöhlt und damit um ihre Existenz gebracht wird.

II.

Die Klage ist zulässig. Ergänzend zu nachstehenden Ausführungen verweist der Kläger dazu vollumfänglich auf seinen Vortrag in I. Instanz.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist die Klage als Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) statthaft. Dass das Verwaltungsgericht die Statthaftigkeit der Klage mit der Begründung fehlenden Grundrechtsschutzes des Klägers zu Unrecht abgewiesen hat, wird nachfolgend im Anschluss an die Ausführungen im Schriftsatz vom 24. März 2015 (S. 6-9, GA 424-427) darzulegen sein.

Der Kläger ist in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO - wobei die entsprechende Anwendung durchaus umstritten ist - in seinen Rechten betroffen. Der Kläger ist dadurch, dass seine Tarifverträge gemäß der RepTVVO nicht „repräsentativ“ i.S.d. § 4 Abs. 2 TVgG NRW sind, in seiner Koalitionsfreiheit existenziell beeinträchtigt. Er kann keine Tarifverträge verhandeln, die es seinen Mitgliedern ermöglichen, sich um öffentliche Aufträge zu bewerben (GA 19 ff.) Eine Vergabe von Aufträgen an Mitgliedsunternehmen des Klägers setzt voraus, dass diese die Anwendung anderer(!) Tarifverträge zusagen. Die RepTVVO greift damit massiv und unmittelbar in die Bestands- und Funktionsgarantie des Klägers ein.

Eine Betroffenheit des Klägers würde nur dann zu verneinen sein, wenn eindeutig und offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen können (Kopp/Schenke, 21. Auflage 2015, § 42 VwGO, Rdnr. 65 ff.). Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung reicht zur Bejahung einer individuellen Betroffenheit aus. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung des Klägers ergibt sich daraus, dass bei einer Rechtswidrigkeit der RepTVVO eigene Rechte des Klägers und insbesondere solche aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt werden.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist der Kläger grundrechtsberechtigt. Art. 9 Abs. 3 GG ist seinem Wesen nach auf den Kläger in seiner Funktion als Arbeitgeberverband anwendbar. Der Grundrechtsschutz des Klägers ist dabei nicht aus Grundrechtspositionen seiner Mitgliedsunternehmen abzuleiten. Das Verwaltungsgericht wendet undifferenziert eine „Durchgriffstheorie“ an, ohne sich mit den jüngeren Rechtsentwicklungen und namentlich den fortschreitenden Privatisierungen und der dadurch geänderten Auffassung zur Grundrechtsfähigkeit „staatsnaher“ Unternehmen über Kirchen, Rundfunk und Universitäten hinaus auseinander zu setzen.

Im Einzelnen:

1. Verfassungsunmittelbare Grundrechtsfähigkeit

Das Verwaltungsgericht erkennt, dass ganz unabhängig von der Mitgliederstruktur des Klägers eine Grundrechtsfähigkeit bereits unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt. Das Bundesverfassungsgericht bejaht in ständiger Rechtsprechung die Doppelrolle des Staates als Hoheitsträger und als tariffähiger Arbeitgeber (BVerfG 02.03.1993 - 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, S. 103). Es führt wörtlich aus:

*„1. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. **Es schützt auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht.** Hierzu gehört insbesondere der Abschluss von Tarifverträgen. Die Koalitionen sollen beim Abschluss von Tarifverträgen frei sein und die Mittel, diese zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können. Zu den geschützten Mitteln zählen jedenfalls die Arbeitskampfmaßnahmen, die erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen (BVerfGE 84, 212 <225>). Ein solches Mittel ist auch der Streik.*

Die Koalitionsfreiheit ist auch den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gewährleistet, und zwar unabhängig davon, ob sie hoheitliche oder andere Aufgaben erfüllen. Art. 33 Abs. 4 GG steht dem nicht entgegen. Er sichert die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates, in dem er als Regel vorsieht, dass ihre Ausübung Beamten übertragen wird, verbietet jedoch nicht generell, dafür auch Arbeitnehmer einzusetzen. Da diesen die besonderen Rechte der Beamten nicht zustehen, bleiben sie darauf angewiesen, ihre Arbeitsbedingungen auf der Ebene von Tarifverträgen auszuhandeln. Wegen ihrer Unterlegenheit sind sie dabei auch auf das Druckmittel des Arbeitskampfes angewiesen. Soweit der Staat von der Möglichkeit Gebrauch macht, Arbeitskräfte auf privatrechtlicher Basis als Arbeitnehmer zu beschäftigen, unterliegt er dem Arbeitsrecht, dessen notwendiger Bestandteil eine kollektive Interessenwahrnehmung ist... Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit kann sich unter diesen Umständen aber nicht darauf beschränken, den einzelnen Grundrechtsträger vor staatlichen Eingriffen in individuelle Handlungsmöglichkeiten zu schützen; es hat vielmehr darüber hinaus die Beziehung zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand und schützt diese auch insoweit vor staatlicher

*Einflussnahme, also zum Austrag ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf dem Gegner und die Allgemeinheit verwenden... **Der Staat befindet sich bei der Reaktion auf Streikmaßnahmen in einer Doppelrolle. So ist Bundespost einerseits Trägerin öffentlicher Verwaltung und nimmt als solche hoheitliche Aufgaben wahr. Andererseits ist sie aber auch tariffähige Arbeitgeberin. Soweit sie Arbeitnehmer auf arbeitsrechtlicher Grundlage beschäftigt, betätigt sie sich als Privatrechtssubjekt.** Hingegen bedient sie sich mit einem zwangsweise angeordneten Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen eines Mittels, das ihr nur als Hoheitsträgerin zu Gebote steht und über das der Staat durch sein Beamtenrecht verfügt. Soll mithilfe des Beamtenrechts auch der Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber mit besonderen Kampfmitteln gegenüber den Gewerkschaften ausgestattet werden, so muss dies in einem offenen, durch entsprechende Verfahrensgarantien flankierten Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich geregelt werden. Welche Regelungen Art. 9 Abs. 3 GG im Einzelnen zulässt, bedarf hier keiner Entscheidung.“*

[Hervorhebungen nur im Schriftsatz]

Das Bundesverwaltungsgericht hat bekanntlich im Bereich der Postdienstleistungen grundsätzlich einen unmittelbaren Anspruch eines Arbeitgeberverbandes aus Art. 9 Abs. 3 GG bejaht (BVerwG 28.01.2010 - 81019/09, BVerwGE 136, S. 54 ff.):

„Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalition selbst in ihrem Bestand, in ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen BVerfG, Ur. v. 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 <373 f.>; Beschlüsse v. 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - BVerfGE 84, 212 <224>, v. 27. April 1999 - 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 - BVerfGE 100, 271 <282> und v. 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - BVerfGE 103, 293 <304>)... Allerdings schützt Art. 9 Abs. 3 einen Arbeitgeberverband nicht gegen ein tarifpolitisches Konkurrenzverhältnis, selbst wenn dieses den Verlust von Verbandsmitgliedern zur Folge haben kann (Beschlüsse v. 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - BVerfGE 44, 322 <352> m.w.N. und vom 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - BVerfGE 55, 7 <24>). **Die Koalitionsfreiheit schützt aber vor staatlicher Einflussnahme auf das Konkurrenzverhältnis.“**

[Hervorhebung nur im Schriftsatz]

Diesem Ansatz liegt eine funktionelle Betrachtungsweise zugrunde (Depenheuer, Die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihrer Arbeitgebervereinigungen, ZTR 1993, S. 364, 366). Die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen stellt eine Teilnahme am Privatrechtsverkehr dar (zum Institutionenschutz eines Tarifvertragssystems siehe auch Leibholz/Rinck, GG, Art. 9, Rz. 530 f.). Es gibt keine hoheitlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Beziehungen oder Strukturen. Die Betätigung im Koalitions- oder Tarifvertragssystem ist damit von den Vorbehalten der Grundrechtsberechtigung von Privatunternehmen in öffentlicher Hand nicht gedeckt (Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Auflage 2009, § 155, Rdnr. 40).

2. Keine Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben

Das Verwaltungsgericht übersieht, dass der Kläger kein Rechtsträger ist, dem kraft Gesetzes hoheitliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Aufgaben zugewiesen sind. Nur in einem solchen Fall bestünde die Staatsnähe, die das Argument rechtfertigen könnte, die Verbindung mit einem Gesetz- oder Ordnungsgeber sei ausreichend, um einen Ausgleich für fehlende Abwehrrechte zu schaffen, wie er in dem Hinweis des Verwaltungsgerichts auf die fehlende „grundrechtstypische“ Gefährdungslage (Urteil GA 520 und 521) zum Ausdruck kommt.

Diese Betrachtungsweise hat ihren Ansatzpunkt darin, dass ein und dieselbe staatliche Organisation nicht gleichzeitig grundrechtsberechtigt und -verpflichtet sein kann. Die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben wird staatsnahen öffentlichen Einrichtungen durch entsprechende Rechtssetzungsakte übertragen, beispielsweise durch Art. 28 GG den Kommunen oder durch das Sozialgesetzbuch den Sozialversicherungsträgern. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in der Sasbach-Entscheidung eine Grundrechtsfähigkeit einer Gemeinde im Hinblick auf einen Anspruch aus Art. 14 GG verneint (BVerfG 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfG 61, S. 82 ff.). Dem hat aber zugrunde gelegen, dass eine Gemeinde auch bei der Verwaltung ihres Gemeindeeigentums durchweg öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Eine Gemeinde ist daher nicht als eine vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtung angesehen worden, so dass hier die erforderliche Staatsferne nicht gegeben ist. Eine solche, „grundrechtsschädliche“ öffentlich-rechtliche Aufgabenzuweisung steht im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit des Klägers nicht in Rede. Das Bundesverfassungsgericht hat für einen solchen Fall öffentlich-rechtlich verfassten Organisationseinheiten eine Stellung als gleichgeordnete Grundrechtsträger zuerkannt (BVerfG 02.03.1993 - 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, S. 103).

Im Übrigen ist aber selbst bei einer - zu Argumentationszwecken einmal unterstellten - Auseinandersetzung ausschließlich zwischen Hoheitsträgern ein Willkürverbot als Ausfluss des allgemeinen objektiven Gerechtigkeitsprinzips zu beachten (Leibholz/Rinck, GG, Art. 19, Rz. 192). Bei der Beurteilung, ob der Kläger gegenüber anderen Verbänden allein aufgrund seiner aktuellen Mitgliederstruktur anders behandelt werden kann, wäre zu berücksichtigen, dass die Zielsetzung des TVgG NRW weitestgehend durch das Mindestlohngesetz obsolet wurde. Der Ansatz für eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist dadurch entfallen; die Notwendigkeit einer RepTVVO als Vehikel zur Sicherstellung von Lohnuntergrenzen ist nicht mehr gegeben.

3. Fehlerhafte Würdigung der Mitgliederstruktur

Das Verwaltungsgericht stellt fehlerhaft darauf ab, dass der Kläger durch die öffentliche Hand beherrscht werde (was - worauf noch zurückzukommen sein wird - nicht zutrifft). Es komme dabei nicht darauf an, dass der Kläger ein privatrechtlich organisierter Verein sei, da zumindest 88% und damit die ganz überwiegende Mitglieder Mehrheit (GA 524) unter öffentlichem Einfluss stünden. Dies geht in mehrerer Hinsicht fehl. Das Verwaltungsgericht verkennt die Struktur des Klägers, der zum einen selbst privatrechtlich in der Form eines eingetragenen Vereins verfasst ist, zum anderen aber auch in seiner Mitgliederstruktur keine Fokussierung auf besondere Organisationsformen oder Trägerschaften enthält.

a) Satzungsmäßige Mitgliederstruktur

Der Kläger ist ausweislich seiner als Anlage K 23 vorgelegten Satzung ein eingetragener Verein, dessen Zweck die Wahrung der Rechte seiner Mitglieder in ihrer Stellung als Arbeitgeber ist. Gemäß § 2 Abs. 2 der Satzung ist der Zweck des Klägers nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

Mitglied des Klägers kann ausdrücklich jede natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts werden. Voraussetzung ist lediglich, dass eine Eisenbahn des öffentlichen oder nicht-öffentlichen Verkehrs, eine Bahn besonderer Bauart, eine Berg- oder Seilbahn oder ein Kraftverkehrsunternehmen betrieben oder aber besessen wird. Des Weiteren können Beteiligungsgesellschaften von Verbandsmitgliedern oder der Deutsche Bahn AG Mitglied werden.

Mitglied des Klägers können daher sein/werden:

- juristische Personen des öffentlichen Rechts,
- juristische Personen des Privatrechts,
- Unternehmen mit einer Beherrschung durch die öffentliche Hand
- Unternehmen mit einer Beherrschung durch privaten Anteilseigner
- Eisenbahnen des Bundes, die aufgrund Art. 87e GG und der damit einhergehenden Grundentscheidung zu Gunsten einer privatwirtschaftlichen Führung als Wirtschaftsunternehmen prinzipiell grundrechtsfähig sind (MDHS/Möstl, Art. 87e GG, Rdnr. 102; von Münch/Kunig, 6. Auflage 2012, Band 2, Art. 87e GG, Rdnr. 10; Lang, Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen, NJW 2004, S. 3601, 3604).

Der Kläger selbst hat auf die konkrete Mitgliederstruktur keine Einflussmöglichkeit. Unter dem Gesichtspunkt des § 20 Abs. 5 GWB ist schon fraglich, ob der Kläger überhaupt die Aufnahme eines Mitglieds, das die satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt, verweigern könnte. Die Ablehnung eines Mitglieds allein aus Gründen einer privatrechtlichen oder aber öffentlich-rechtlichen Gesellschafterstruktur oder Verfassung dürfte jedenfalls gemäß § 823 BGB i.V.m. Art. 3 GG einen Eingriff in dessen Recht am Unternehmen darstellen. Zudem entfaltet nach ganz überwiegender Auffassung Art. 9 Abs. 1 GG unter bestimmten Voraussetzungen Drittwirkung und damit einen Anspruch auf Zugang zu einem Verein (BGH 23.11.1998 - II ZR 54/98, BGHZ 140, S. 74; MDHS/Scholz, Art. 9 GG, Rdnr. 97).

b) Keine Maßgeblichkeit der aktuellen, zufälligen Mitgliederstruktur

Die damit nach der Satzung des Klägers ebenso differenzierte wie umfassende Mitgliederstruktur des Klägers wird vom Verwaltungsgericht pauschal beiseite geschoben. Das Verwaltungsgericht stellt lediglich darauf ab, dass zu den Mitgliedern des Klägers derzeit in der Tat in nennenswertem Umfang juristische Personen des Privatrechts gehören, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Das Verwaltungsgericht berücksichtigt nicht, dass jedenfalls zehn Mitgliedsunternehmen von juristischen Personen des Privatrechts kontrolliert

werden (GA 421). Letztlich kommt es darauf nicht an. Das Verwaltungsgericht hätte berücksichtigen müssen, dass die offene Ausrichtung der Mitgliederstruktur nach der Satzung des Klägers für die Beurteilung der Grundrechtsfähigkeit des Klägers maßgeblich ist: Die tatsächlichen Strukturen der Mitgliederzusammensetzung können sich nach Ausmaß und Umfang von Privatisierungen und des Hinzutretens anderer Unternehmen grundlegend verändern. Der Kläger steht überdies satzungsgemäß auch ausländischen Mitgliedern wie beispielsweise den Unternehmen, die unlängst bei der Ausschreibung um den RRX erfolgreich gewesen sind, offen. Das Verwaltungsgericht wird mit dem Abstellen auf die aktuelle Mitgliedersituation und der Beschränkung der Grundrechtsfähigkeit des Klägers auf der Basis einer temporären Ist-Situation der satzungsmäßigen Verfassung des Klägers nicht gerecht, die auf Offenheit und Wandel angelegt ist. Das Verwaltungsgericht verkennt angesichts dessen grundlegend, dass die Mitgliederstruktur, auf die es seine Argumentation maßgeblich stützt, nur eine Momentaufnahme widerspiegelt, die willensunabhängig von dem Kläger eine Veränderung erfahren kann.

c) Andere Mitglieder

Die von dem Verwaltungsgericht undifferenziert vorgenommene Anwendung der „Durchgriffstheorie“ missachtet schließlich die Grundrechtsstellung der immerhin 12% unter privater „Beherrschung“ stehenden Mitgliedsunternehmen. Deren Grundrechtsfähigkeit wird durch das Verwaltungsgericht noch nicht einmal im Ansatz berücksichtigt. Diesen Mitgliedern des Klägers werden allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem Verband mit (derzeit) überwiegendem Anteil von Unternehmen in öffentlich-rechtlichem Mehrheitsbesitz eigene, in den Aufgabenbereich des Klägers fallende Abwehrrechte genommen. Dem steht der Aspekt der Grundrechtsgewährleistung auch für diese Mitglieder entgegen.

4. Verkenntung des Beherrschungs- bzw. Einflussnahmeaspekts

Des Weiteren verkennt das Verwaltungsgericht auch, dass ein Einfluss der öffentlichen Hand auf ein Mitgliedsunternehmen nicht gleichbedeutend ist mit einer Beherrschung des Klägers(!) durch die öffentliche Hand. Der Kläger ist privatrechtlich verfasst. Er wird durch den Vorstand geleitet. Diesem obliegen die laufenden Geschäfte. Die Mitglieder können lediglich über die Hauptversammlung Einfluss nehmen. Ein „Durchregieren“ der öffentlichen Hand in den Aufgabenbereich des Klägers ist damit ausgeschlossen. Dies gilt sogar für die einzelnen Mitgliedsunternehmen. Art und Umfang eines

Einflusses der öffentlichen Hand könnte letztendlich nur durch eine Analyse der Satzungen der Mitgliedsunternehmen festgestellt werden. Die Unterstellung des Verwaltungsgerichts einer Betätigung der öffentlichen Hand in der bloßen Form des Klägers geht jedenfalls auch deshalb fehl, weil es für eine solche Gleichsetzung weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Basis gibt.

a) Fehlende Herrschaft

Die prozentuale Ermittlung der durch die öffentliche Hand beherrschten Mitgliedsunternehmen des Klägers (Urteil GA 524) und die daraus gezogene Deduktion, der Kläger unterliege somit insgesamt einer Beherrschung durch die öffentliche Hand, übersieht, worauf bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen worden ist, dass der Kläger selbst keinen Einfluss auf seine Mitgliederstruktur und erst recht nicht auf die Gesellschafterstruktur seiner Mitglieder nehmen kann. Die Beherrschungsverhältnisse unter den existierenden Mitgliedern können sich jederzeit ohne Beteiligung des Klägers ändern. Ebenso ist der Kläger für neue Mitglieder offen. § 4 der Satzung besagt, dass dem Antrag auf Erwerb einer Mitgliedschaft stattzugeben ist, sofern nicht aus den Unterlagen über Art und Umfang des Betriebs hervorgeht, dass die Voraussetzungen für den Erwerb einer Mitgliedschaft nicht gegeben sind. Der Kläger hat also keine inhaltliche Einflussmöglichkeit auf den Bestand und die Verfassung seiner Mitglieder. Weder kann er sicherstellen, dass diese auf Dauer überwiegend durch die öffentliche Hand beherrscht werden. Noch ist es ihm möglich, sich auf privatrechtlich organisierte Mitglieder zu beschränken. Die Struktur des Klägers unterscheidet sich damit grundlegend von der des einzelnen Mitglieds, dem man möglicherweise für die Zeit seiner Beherrschung durch die öffentliche Hand eine Grundrechtsfähigkeit absprechen kann und umgekehrt nach Wegfall dieser Beherrschung wieder zugestehen muss; anders als der Kläger kann das einzelne Mitgliedsunternehmen diese Veränderung der Einflussnahme selbst willentlich herbeiführen.

Das Verwaltungsgericht erkennt in diesem Zusammenhang auch, dass sich der Kläger jederzeit anderen, gleichen Zwecken dienenden Vereinigungen oder Verbänden anschließen kann. Der Kläger kann mit solchen Vereinigungen oder Verbänden auch gemeinsame Verträge zur Vertretung oder Unterstützung schließen (§ 18 der Satzung). All dies führt dazu, dass der Kläger, ohne dass sich an seiner eigenen Struktur etwas ändert, einer Beherrschung durch die öffentliche Hand entzogen ist.

b) Differenzierung: Kläger - Mitgliedsunternehmen

Das Verwaltungsgericht lässt gänzlich unberücksichtigt, dass es nicht darauf ankommt, ob und welchen beherrschenden Einflüssen der Kläger ausgesetzt ist. Die von ihm abgeschlossenen Tarifverträge wären auch dann nicht als repräsentativ festgestellt worden, wenn seine Mitgliedsunternehmen nicht mehrheitlich öffentlich-rechtliche Personen als Mehrheitsgesellschafter hätten. Die dem Kläger angeschlossenen Mitgliedsunternehmen sind kleinere Organisationseinheiten mit entsprechend weniger tarifgebundenen Arbeitnehmern bzw. unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallenden Mitgliedern einer Gewerkschaft. Die Auseinandersetzung betrifft daher noch nicht einmal im Ansatz die Frage, ob der Kläger in einer hoheitlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Funktion handelt. Es geht vielmehr darum, ob der Kläger als Verband kleinerer Unternehmen seine Leistungen (wie im Übrigen schon seit 1950!) künftig unter vergleichbaren Bedingungen wie Verbände mit großen Mitgliedsunternehmen anbieten, insbesondere also für seine Mitglieder auch Tarifverträge verhandeln kann, die diese zur Teilnahme an Ausschreibungen und der Abgabe von Angeboten für öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs berechtigen. Das Bundesverfassungsgericht hält dazu in ständiger Rechtsprechung fest (BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, S. 352 ff.):

„Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen ausgeführt, Art. 9 Abs. 3 GG schütze die Koalitionsfreiheit und damit auch die Betätigung der Koalitionen lediglich in einem Kernbereich... Diese Formulierungen können in der Tat den Eindruck erwecken, als schütze Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls die koalitionsmäßige Betätigung von vorneherein nur in einem inhaltlich eng begrenzten Umfang... Das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Verständnis der Koalitionsfreiheit wird damit jedoch nur unvollständig wiedergegeben. Ausgangspunkt der Kernbereichsformel ist die Überzeugung, dass das Grundgesetz die Betätigungsfreiheit der Koalition nicht schrankenlos gewährleistet, sondern eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zulässt (...). Mit der Kernbereichsformel umschreibt das Gericht die Grenze, die dabei zu beachten ist; sie wird überschritten, soweit einschränkende Regelungen nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind (...).

Das Bundesverfassungsgericht wollte damit den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG aber nicht von vorneherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränken. Das lassen die einschlägigen Entscheidungen beider Senate hinreichend deutlich erkennen. Denn sie verpflichten den Gesetzgeber auch dort, wo er - außerhalb des Kernbereichs - koalitionsmäßige Betätigungen ausgestaltend regelt, zu einer Rücksichtnahme auf die Koalitionen und ihre Mitglieder. Eine solche Bindung des Gesetzgebers lässt sich aber nur aus einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der Koalitionsfreiheit rechtfertigen, der sachlich über den „Kernbereich“ hinausgeht.“

Dies entspricht allgemeiner Ansicht (BVerfG 26.03.2014 - 1 BVR 3185/09, NJW 2014, S. 1874).

Vor diesem Hintergrund die Klage an der Statthaftigkeit scheitern zu lassen, weil nach der vom Verwaltungsgericht angewendeten „Durchgriffstheorie“ der Kläger - ohnehin nur mittelbar - einem beherrschenden Einfluss öffentlich-rechtlich verfasster Mitglieder ausgesetzt sei, verkürzt die streitgegenständliche Fragestellung. Es geht nicht darum, wie und mit welchen - ggf. durch die öffentliche Hand beeinflussten - Befugnissen der Kläger auftritt, sondern ob es ihn überhaupt in seiner gegenwärtigen Struktur geben kann! **Es geht um das originäre, ureigenste Existenzrecht des Klägers als Koalition.** Dieses ist auch nicht im Ansatz Ausfluss irgendeiner öffentlich-rechtlichen Betätigung von an den Mitgliedsunternehmen beteiligten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Die Koalition erhält in Art. 9 Abs. 3 GG eine eigene institutionelle Garantie. Nimmt man dem Kläger für die Frage, ob in seine Koalitionsgarantie durch eine Verwaltungsverordnung eingegriffen werden kann, die Klagebefugnis, wird nicht nur ein Begründetheitsaspekt vorweggenommen, sondern dem Kläger gleichzeitig jede Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels genommen (Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG). Auch angesichts dessen greift es zu kurz, wenn das Verwaltungsgericht auf den Ist-Zustand der Mitgliedsstruktur des Klägers abstellt, ohne die Eigen-Existenz des Klägers und dessen Verfassung in den Blick zu nehmen.

Dabei kommt erschwerend hinzu, dass dem einzelnen Mitgliedsunternehmen seinerseits keine effektive Rechtsschutzmöglichkeit zusteht. Ein Mitglied könnte zwar vortragen, aufgrund der RepTVVO in rechtswidriger Weise bei einer Vergabe übergangen worden zu sein. Dem würde man aber wieder entgegenhalten (müssen), dass ein Mitgliedsunternehmen es durch einen

einfachen Wechsel eines Arbeitgeberverbandes selbst in der Hand hat, künftig wieder an Ausschreibungen teilnehmen zu können. Die Rechtsverletzung aufgrund der RepTVVO trifft daher unmittelbar den Kläger, der - wie dargelegt - in seinem Bestand gefährdet wird. Die Verweigerung eines Rechtsschutzes ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 Abs. 4 GG zu beanstanden.

c) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Dass die „Durchgriffstheorie“ des Verwaltungsgerichts fehl geht, lässt sich nicht zuletzt an den in der Literatur für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen geltenden Kriterien festmachen. Die Literatur plädiert bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen für eine differenzierte Betrachtungsweise (Berlit, ZTR 1994, S. 143; Sachs, 5. Aufl. 2009, Art. 19 GG, Rn. 112 f.; de Wall in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19, Rn. 111 ff.; Kämper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Band 1, 2005, Art. 9 Abs. 3 GG, Rdnr. 171). Es ergibt sich damit auch insoweit, dass der Kläger nicht mit der öffentlichen Hand gleichgesetzt werden kann.

5. Fehlende funktionelle Differenzierung

Das Verwaltungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass Art. 9 Abs. 3 GG sowohl das Recht zur Bildung von Koalitionen als auch das Recht zur Wahrnehmung der einer Koalition zukommenden Tätigkeiten beinhaltet. Das Verwaltungsgericht knüpft sodann daran an, dass bei juristischen Personen des Privatrechts, wenn diese sich überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, eine Grundrechtsfähigkeit ausgeschlossen sein kann. Die von der Rechtsprechung und namentlich der des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts vorgenommene Differenzierung vollzieht das Verwaltungsgericht sodann jedoch nicht nach:

Die Rechtsprechung hat den Grundsatz dahingehend formuliert, dass bei einer juristischen Person des Privatrechts eine Grundrechtsfähigkeit zu verneinen ist, wenn diese überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand steht, bestimmungsgemäß öffentliche Aufgaben wahrnimmt und in gerade dieser Funktion von dem angegriffenen Hoheitsakt betroffen ist (BVerfG 18.05.2009 - 1 BvR 1731/05 - NVwZ 2009, S. 232; BVerwG 28.01.2010 - 8 C 19/09, BVerwGE 136, S. 54). Unterliegt ein Unternehmen unabhängig von einer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsform keiner Beherrschung durch die öffentliche Hand, ist die Grundrechtsfähigkeit hingegen zu bejahen (BVerfG 14.03.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, S. 205, 227). Für eine Beherrschung reicht dabei aber nicht aus, dass eine Beteiligung

öffentlicher Hand vorliegt. Erforderlich ist vielmehr eine auf Weisungsrechten beruhende Steuerungsmöglichkeit der Tätigkeit durch die öffentliche Hand. Diese ist bei dem Kläger nicht gegeben. Der Kläger nimmt seine Aufgaben eigenverantwortlich wahr.

6. Berücksichtigung eines funktionellen Ansatzes

Entscheidend ist nicht auf den sachwidrigen Aspekt einer „Beherrschung“ abzustellen, sondern auf die jeweils wahrgenommenen Aufgaben. Dies ergibt sich unmittelbar aus der in der Rechtsprechung definierten Grenzziehung. Diese ist in der Weise zu bestimmen, dass bei einer juristischen Person des Privatrechts eine Grundrechtsfähigkeit zu verneinen ist, wenn diese überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand steht, bestimmungsgemäß öffentliche Aufgaben wahrnimmt und in gerade dieser Funktion von dem angegriffenen Hoheitsakt betroffen ist (BVerfG 18.05.2009 - 1 BvR 1731/05 - NVwZ 2009, S. 232; BVerwG 28.01.2010 - 8 C 19/09, BVerwGE 136, S. 54). Zutreffend muss danach differenziert werden, ob im konkreten Fall ein Rechtsträger eine Aufgabe des Staates, also eine Verwaltung im materiellen Sinne wahrnimmt oder im Rahmen sonstiger Aufgaben, die nicht öffentlicher Natur sind, tätig wird (von Münch/Kunig/Krebs, Band 1, 6. Auflage 2012, Art. 19 GG, Rdnr. 51; MDHS/Remmert, Art. 19 GG, Rdnr. 69). Einen solchen Ansatz hat das Bundesverfassungsgericht schon im Jahr 1985 bei der Beurteilung von Innungen verfolgt (BVerfG 31.10.1984 - 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, BVerfGE 68, S. 193; BVerfG 14.05.1985 - 1 BvR 449/82, 1 BvR 523/82, 1 BvR 728/82, 1 BvR 700/82, BVerfGE 70, S. 1). Innungen nehmen zwar einerseits die Rechte ihrer regelmäßig privatrechtlich organisierten Mitglieder wahr. Die Besonderheit einer Innung ist aber, dass ihr gleichzeitig hoheitliche Aufgaben zugewiesen sind, sie sozusagen „Beliehene“ ist. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass auch eine Landesinnung in der Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts dann grundrechtsfähig ist, wenn sie keine Aufgaben der Staatsverwaltung wahrnimmt (BVerfG 14.05.1985, - 1 BvR 449/82, 1 BvR 523/82, 1 BvR 728/82, 1 BvR 700/82, BVerfGE 70, S. 1). Im konkreten Fall ist dies vom Bundesverfassungsgericht unter dem Aspekt bejaht worden, dass die Innung Aufgaben reiner Interessenvertretung verfolgt.

Der Kläger betreibt keinen öffentlichen Personennahverkehr. Er beschäftigt auch keine Arbeitnehmer in dem Bereich. Er nimmt lediglich ausweislich § 2 der Satzung (Anlage K 23) die Rechte seiner Mitglieder in ihrer Stellung als Arbeitgeber wahr. Der Kläger ist Sachverwalter in einem Bereich außerhalb öffentlich-rechtlicher Tätigkeit. Er wird durch den angegriffenen Hoheitsakt nicht in einem Bereich betroffen, in dem

(bestimmungsgemäß) von ihm öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden. Der Kläger nimmt überhaupt keine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahr.

III.

Die Begründetheit

Die Klage ist auch begründet. Das Verwaltungsgericht hat sich - vor dem Hintergrund der dort getroffenen Entscheidung auch konsequent - mit dem Vortrag des Klägers zur Begründetheit nicht auseinandergesetzt. Wir verweisen daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf den erstinstanzlichen Sachvortrag, insbesondere aus der Klageschrift vom 06. März 2013 (dort vor allem Seite 16 ff., GA 16 ff.), der Replik vom 25. September 2013 (GA 214 ff.), dem Schriftsatz vom 05. Februar 2014 (GA 249 ff.), dem Schriftsatz vom 06. März 2015 zur Aussetzung des Verfahrens (BS 1, GA 334 ff.), dem Schriftsatz vom 24. März 2015 (GA 401 ff.) sowie des Schriftsatzes vom 23. April 2015 (GA 452 ff.) nebst allen Beweisangeboten; diese werden wiederholt.

Vorrangig geht es dem Kläger dabei um folgende Gesichtspunkte:

1. Das Handeln des beklagten Landes stellt einen eklatanten Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit des Klägers dar (im Einzelnen erstinstanzlich ausgeführt auf GA 16 ff.).

Dieser Eingriff ist auch nicht durch die RepTVVO gerechtfertigt (GA 27 ff.). Diese ist aufgrund der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des beklagten Landes bereits formell verfassungswidrig (GA 27 ff.). Zudem sind die Regelungen der §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 und 2 TVgG NRW unbestimmt und genügen den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht (GA 29 ff.).

Das TVgG NRW ist zudem auch materiell verfassungswidrig (GA 32 ff.). Nicht nur wird in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eingegriffen (GA 33 ff.), es werden auch keine legitimen Ziele verfolgt, die den Eingriff rechtfertigen könnten (GA 36 ff.). Zudem fehlt es an der Geeignetheit des TVgG NRW zur Erreichung der von dem beklagten Land angeführten Ziele (GA 42 f.). Insbesondere ist die Normierung eines Repräsentativitätserfordernisses in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 TVgG NRW nicht erforderlich (GA 43 ff.). Es fehlt schließlich auch an der Angemessenheit, da zum Schutz eines fairen Wettbewerbs im Vergabeverfahren andere - mildere - Mittel denkbar sind (GA 45 ff.).

2. Des Weiteren verstößt das Repräsentativitätserfordernis in § 4 Abs. 2 TVgG NRW i.V.m. § 21 TVgG NRW gegen Artikel 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (GA 49 f.).
3. Schließlich führt die Unbestimmtheit von § 21 Abs. 1 und 2 TVgG NRW zu einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (GA 50 ff.).

IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Grundrechtsfähigkeit des Klägers verfassungsunmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt. Gerade für den Bereich der Koalitionsfreiheit ist entschieden, dass die öffentliche Hand wie ein Privatrechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnimmt und sich dementsprechend auch gleichermaßen auf (Abwehr-)Rechte berufen kann. Unabhängig davon wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts den vorliegenden besonderen Umständen nicht gerecht. Das Verwaltungsgericht verkennt sowohl die strukturell gemischt-wirtschaftliche Ausrichtung des Klägers wie auch die fehlende Einflussnahmemöglichkeit des Klägers auf die jeweils aktuell bestehende Mitgliederzusammensetzung. Schließlich hätte das Verwaltungsgericht auch noch berücksichtigen müssen, dass bei richtiger Zugrundelegung einer funktionellen Betrachtungsweise keinerlei öffentlich-rechtliche Aufgaben betroffen sind. Richtigerweise ist der Kläger - auf den allein abzustellen ist - hier lediglich als Interessensvertreter und somit in einer originär ihm zugewiesenen, nicht öffentlich-rechtlichen Funktion tätig.

Eine Prüfung der Begründetheit unterbleibt, was zwar konsequent, aus den dargelegten Gründen aber gleichwohl rechtsfehlerhaft ist.

Die angegriffene Entscheidung wird daher in vollem Umfang der Überprüfung durch den Senat unterstellt.



(Dr. Moll)
Rechtsanwalt