

Heuking Kühn Lüer Wojtek • Magnusstraße 13 • 50672 Köln

Verwaltungsgericht Düsseldorf
Bastionstraße 39

40213 Düsseldorf

Dr. Wilhelm Moll, LL.M.

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

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

Magnusstraße 13
50672 Köln
www.heuking.de

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

Köln, 25.09.2013

Aktenzeichen: 6 K 2894/13

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. (AGVDE) ./ Land NRW

erwidert der Kläger auf den Schriftsatz des beklagten Landes vom 24. Juni 2013 wie folgt:

Die Einwände des beklagten Landes gegen die Klage greifen nicht durch; die Klage ist zulässig und begründet.

I.

Vorbemerkung zur Repräsentativitätsfeststellung

Das beklagte Land trägt auf S. 2 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 vor, der Kläger wende sich in der Sache dagegen, dass die von ihm geschlossenen Tarifverträge nicht durch

Aufnahme in die Anlage 1 der RepTVVO für repräsentativ erklärt worden seien. Dies ist unzutreffend und verkennt das klägerische Begehren. Der Kläger begehrt nicht die Aufnahme seiner Tarifverträge in die RepTVVO. Der Kläger wendet sich vielmehr dagegen, dass durch staatlichen Verordnungserlass des beklagten Landes in Form der RepTVVO in seine grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Sphäre ohne hinreichende Rechtfertigung eingegriffen wird, weil seine Tarifvertragsabschlüsse faktisch entwertet werden und sich dies nachhaltig auf die Wahrnehmung seiner Tarifautonomie auswirkt.

Die von dem beklagten Land auf S. 4 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 vorgetragenen Zahlen (auf S. 26 wiederholt) sind schon deswegen unerheblich, weil der Kläger gerade keine Feststellung begehrt, dass seine Tarifverträge repräsentativ und daher in die RepTVVO aufzunehmen seien. Die von dem beklagten Land genannten Zahlen machen aber bei näherem Hinsehen (nochmals) deutlich, von welchen Tatsachen das hoheitliche Handeln des beklagten Landes offensichtlich (fehl-)geleitet wird:

Das beklagte Land trägt vor, von einer Repräsentativität der vom Kläger abgeschlossenen Tarifverträge könne schon deswegen keine Rede sein, weil bei Mitgliedsunternehmen des Klägers in Nordrhein-Westfalen im Bereich des Schienenverkehrs 105 Arbeitnehmer und im Bereich des Busverkehrs 2.375 Arbeitnehmer beschäftigt und somit von den Tarifverträgen des Klägers erfasst würden. 2.250 dieser Arbeitnehmer würden zudem von firmenbezogenen Verbandstarifverträgen des Klägers erfasst. Im Bereich des ÖPNV würden dagegen in Nordrhein-Westfalen insgesamt 41.000 Arbeitnehmer beschäftigt. 10.000 Arbeitnehmer davon im Bereich des Schienenverkehrs. Fast sämtliche Arbeitnehmer in Nordrhein-Westfalen in diesem Bereich würden also von dem Tarifwerk erfasst, welches man als repräsentativ erklärt habe. Die als repräsentativ ausgewählten Tarifverträge stellten im Übrigen ein „Gesamtwerk“ dar. Die von dem beklagten Land aufgeführten Zahlen werden - sofern sie nicht den Kläger betreffen - ausdrücklich mit Nichtwissen bestritten.

Es ist nicht verständlich, was das beklagte Land als Argument zu vermitteln versucht, wenn es auf S. 17 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 darauf verweist, dass diese Zahlen aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG NRW („insbesondere“) nur ein mögliches Kriterium darstellen, um die Repräsentativität i. S. d. § 4 Abs. 2 TVgG NRW festzustellen. Das beklagte Land hat sich ausschließlich von diesen Zahlen leiten lassen und andere Aspekte, etwa ob bestimmte Tarifverträge in einem regionalen Bereich innerhalb von Nordrhein-Westfalen oder innerhalb eines abgrenzbaren Bereich des ÖPNV in Nordrhein-

Westfalen besondere Bedeutung aufweisen, gänzlich außen vor gelassen. Die Besonderheit des Klägers, seit fast 20 Jahren firmenbezogene Verbandstarifverträge und damit auf Verbandsebene für einzelne Unternehmen geltende Tarifverträge mit den Gewerkschaften zu vereinbaren, welche die individuellen Bedürfnisse und regionalen Besonderheiten berücksichtigen, also passgenaue und interessengerechte Lösungen darstellen, wird von Seiten des beklagten Landes offensichtlich bis heute hierbei nicht nur ignoriert, sondern aufgrund der ausschließlich auf die erfassten Arbeitnehmer abstellenden Bewertung der Tarifvertragsabschlüsse als nicht interessengerechte Ausübung der Tarifautonomie disqualifiziert. Allein aufgrund dieser Tatsache soll der Kläger zukünftig aus dem Koalitionswettbewerb um die Bestimmung der Entgelthöhe im Bereich des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen gänzlich verdrängt werden.

Der Hinweis des beklagten Landes darauf, dass im Bereich des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen insgesamt 41.000 Arbeitnehmer beschäftigt würden, stellt nichts anderes dar, als die Tarifmacht des Klägers im Übrigen klein zu reden: Legt man die von dem beklagten Land vorgetragenen Zahlen zugrunde, ist klar, dass mehr als 6% aller in Nordrhein-Westfalen im Bereich des ÖPNV beschäftigten Arbeitnehmer vom Geltungsbereich der klägerischen Tarifverträge erfasst werden und es sich gerade nicht um eine unbedeutende Zahl von Arbeitsverhältnissen handelt. Es ist überdies zu berücksichtigen, dass der Kläger seine Gestaltungskraft in Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften überwiegend im ländlichen Bereich ausübt. Die Bedeutung der klägerischen Tarifverträge ist dort besonders groß. Die Zahlenverhältnisse sehen daher regional ganz unterschiedlich aus. Das Gewicht der Großstadtreionen überdeckt die Präsenz des Klägers im ländlichen Bereich. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Tarifverträge des Klägers im Gegensatz zu den ausgewählten Tarifverträgen der Koalitionsmitbewerber nicht geeignet seien, im Bereich des ÖPNV angemessene Entgeltregelungen zu treffen. Es spricht für sich, dass sich das beklagte Land mit keinem Wort zum Inhalt der vom Kläger abgeschlossenen Entgeltregelungen äußert, die deutlich belegen, dass nicht im Ansatz erkennbar ist, inwiefern der Ausschluss der dort vereinbarten Entgelthöhen geeignet wäre, die von dem beklagten Land angeblich bezweckte behauptete Verfolgung sozialpolitischer Ziele zu rechtfertigen.

Die ohne weitere Begründung inhaltsleere Behauptung, die als repräsentativ qualifizierten Tarifverträge stellten ein „Gesamtwerk“ dar, ist nicht nachvollziehbar. Das Gesetz stellt darauf ab, ob die Entgelte in einschlägigen und repräsentativen Tarifverträgen geregelt sind; es ist nicht erkennbar, was die Kategorie des Gesamtwerks darüber hinaus aussagt. Das

beklagte Land übersieht, dass auch die vom Kläger abgeschlossenen Tarifverträge ein ganzheitliches Konzept verfolgen, deren besonderes Anliegen ist es, das Augenmerk auf interessengerechte Tarifvertragslösungen für die jeweilige Region und das jeweilige Mitgliedsunternehmen zu richten. Der Sache nach geht es bei dem Vorgehen des beklagten Landes um nichts anderes als die Verdrängung anderer Tarifverträge aufgrund des Repräsentativitätskriteriums. Dies würde einer konkreten Begründung und Darlegung anhand der als repräsentativ qualifizierten Tarifverträge bedürfen (Langenbrinck, ZTR 2013, S. 411, 412).

II.

Zur Zulässigkeit

1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Der Rechtsverordnungsakt des beklagten Landes begründet im Verhältnis zum Kläger ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO.

Die Ausführungen des beklagten Landes auf den Seiten 5-10 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 verkennen grundsätzliche rechtliche Zusammenhänge:

Die von dem Kläger auf S. 14 der Klageschrift zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist entgegen der (pauschalen) Behauptung des Gegenteils durch das beklagte Land sehr wohl einschlägig. Das beklagte Land nimmt den Inhalt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Ausführungen zum Rechtsweg i. S. d. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG nicht zur Kenntnis und hat anscheinend die vom Kläger zitierten Judikate schlichtweg nicht gelesen. Die in Bezug genommenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich nicht ausschließlich auf die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbetroffenheit. Sie betreffen im Wesentlichen die Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG in der jeweiligen, mit der hier zur Entscheidung stehenden vergleichbaren Sachverhaltskonstellation. Das Bundesverfassungsgericht hat in den zitierten Judikaten ausdrücklich hervorgehoben, dass in Konstellationen wie der vorliegenden um fachgerichtlichen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten durch Erhebung einer Feststellungsklage zu ersuchen ist.

Das beklagte Land zitiert auf S. 6 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 wörtlich aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG 28.02.2010 - 8 C 19/09, NZA 2010, S. 718) zur Postmindestlohnverordnung und beschränkt sich dabei auf die Wiedergabe von Ausführungen zu den Klagen der privaten Postdienstleister und damit der gegen die Verordnung klagenden einzelnen Arbeitgeber (auf die Klage des Arbeitgeberverbandes geht das beklagte Land nicht ein). Es meint, die Entscheidung sei nicht übertragbar, und argumentiert, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis könne zwischen den Beteiligten nicht entstanden sein, weil die RepTVVO keine Rechte und Pflichten des Klägers regele.

Die RepTVVO regelt in der Tat keine Rechte und Pflichten des Klägers. Sie beeinträchtigt den Kläger gleichwohl in seiner Grundrechtssphäre. Dies ist entscheidend und begründet ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Ordnungsgeber und dem Grundrechtsinhaber. Selbst das beklagte Land räumt ein, dass die Koalitionsfreiheit des Klägers zumindest mittelbar beeinträchtigt sei. Hiergegen muss dem Kläger eine Rechtsschutzmöglichkeit zustehen. Weil sich dem Kläger aber keinerlei Möglichkeit bietet, einen Vollzugsakt der Exekutive hinsichtlich der Anwendung der RepTVVO anzugreifen, weil es ihm gegenüber zu einem administrativen Vollzugsakt schlicht nicht kommt, bleibt allein die Möglichkeit der „atypischen“ Feststellungsklage. Die Ausführungen des beklagten Landes zur „atypischen“ Feststellungsklage sind auf Verwirrung angelegt. Dass Art. 19 Abs. 4 GG gerade bei grundrechtsrelevantem Handeln des Staates im Bereich der Tarifautonomie Rechtsschutzmöglichkeiten vorsehen muss, liegt auf der Hand. Der von dem Kläger zitierten Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass dieser Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu ersuchen ist. Der Hinweis des beklagten Landes auf die den Mitgliedsunternehmen zur Verfügung stehende Möglichkeit des Vergabeverfahrens ist abwegig.

Eine Zurkenntnisnahme der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG 28.02.2010 - 8 C 19/09, NZA 2010, S. 718, 722 f.) zur Klage des beteiligten Arbeitgeberverbandes(!) gegen die Postmindestlohnverordnung belässt keine Unsicherheiten:

„Auch zwischen dem Kl. zu 2 und der Bekl. besteht ein konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S. von § 43 VwGO. [...] Für das Vorliegen eines i.S. des § 43 Abs. 1 VwGO streitigen konkreten Rechtsverhältnisses ist es im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nicht erforderlich, abschließend zu klären, ob die zwischen den Bet. streitige Befugnis zum Erlass der Verordnung und das geltend gemachte Abwehrrecht tatsächlich bestehen. [...] Entgegen der Auffassung der Bekl. setzt das Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses zwischen ihr und dem Kl. zu 2 weder voraus, dass die umstrittene Verordnung den Arbeitgeberverband unmittelbar verpflichtet, noch, dass sie ihm den Abschluss den Mindestlohn unterschreitender Tarifverträge verbietet. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit kann auch mittelbaren Beeinträchtigungen der koalitionsgemäßen Betätigung entgegengehalten werden. [...] Solche für den Kl. zu 2 als Arbeitgeberverband nachteiligen mittelbaren Beeinträchtigungen seiner Koalitionsfreiheit ergeben sich bei Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips aus der Verdrängungswirkung der erstreckten tariflichen Mindestlohnvereinbarung gegenüber den Mindestlohn unterbietenden, bereits abgeschlossenen oder noch abzuschließenden Tarifverträgen im selben Geltungsbereich. [...] Die Erstreckung der Geltung tariflich vereinbarter Mindestarbeitsbedingungen auf anderweitig Tarifgebundene beeinträchtigt die Verhandlungs- und Wettbewerbsposition der nicht am Tarifvertragsschluss beteiligten Koalitionen jedenfalls insoweit, als sie mit einer Verdrängung ihrer - auch künftigen - Tarifabreden rechnen müssen. Auf Grund der durch die Rechtsverordnung erfolgten Erstreckung des Tarifvertrags vom 29. 11. 2007 kann der Kl. zu 2 seine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten tarif- und sozialpolitischen Zielvorstellungen beim angestrebten Abschluss anderweitiger Tarifverträge mit von der Allgemeinverbindlicherklärung abweichendem Inhalt nur noch im beschränkten Maße verwirklichen. Seine koalitionsspezifische Verhandlungsposition wird durch den Erlass der Rechtsverordnung damit beeinträchtigt. Für ihn verschlechtern sich die Möglichkeiten, unbehindert von den Rechtswirkungen der Tarifierstreckung mit Arbeitnehmerkoalitionen Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, die seinen tarif- und sozialpolitischen Vorstellungen und denjenigen seiner Mitgliedsunternehmen entsprechen.“

Das Bundesverwaltungsgericht hat damit deutlich herausgearbeitet, dass die Postmindestlohnverordnung ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem klagenden Verband und dem verordnungserlassenden Normgeber begründet, obwohl die Verordnung selbst keine Rechte und Pflichten des klagenden Arbeitgeberverbandes begründete. Entscheidend ist die Möglichkeit der (mittelbaren) Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit des klagenden Verbandes aufgrund der Verdrängungswirkung der Verordnung und der sich hieraus ergebenden Verschlechterung der Möglichkeiten, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen. Zur grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung des staatlichen Handelns, das wie im Sachverhalt des Postmindestlohnverfahrens zu einer Entwertung der Ergebnisse der Ausübung von Koalitionsfreiheit führt, hat

der Kläger bereits auf den Seiten 14 f. und 19 ff. der Klageschrift vorgetragen, so dass es sich mangels auch nur des Versuches der Erläuterung seitens des beklagten Landes nicht erschließt, weshalb die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Postmindestlohnverordnungsverfahren nicht übertragbar sei.

Der Hinweis des beklagten Landes auf die rechtliche Situation bei einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung (S. 10 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) trägt ebenfalls nicht, macht aber bei genauerem Hinsehen deutlich, dass auch diese rechtliche Situation ebenso wie die bei der Postmindestlohnverordnung zwingend dafür spricht, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem beklagten Land aufgrund des Verordnungserlasses anzunehmen.

Es ist zwar richtig, dass nach überwiegender Ansicht bei einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung gegenüber Außenseitern(!) kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis angenommen wird, so dass folglich eine Feststellungsklage des Außenseiters ausscheidet (Wank, in: Wiedemann, 7. Auflage 2007, § 5 TVG, Rdnr. 180 m. w. N.). Dies besagt indes nichts. Es klagt vorliegend kein Außenseiter. Es handelt sich um die Klage einer Koalition(!) aufgrund der grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung des Normerlasses. Dies begründet ein Rechtsverhältnis. Dem entspricht der Meinungsstand im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Wenn eine Koalition, die am Allgemeinverbindlichkeitsverfahren nicht beteiligt war und eine Entwertung ihrer Tarifvertragsabschlüsse befürchtet, den Klageweg beschreitet, liegt nach allgemeiner Ansicht in Literatur und Rechtsprechung ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO vor: Eine am Verfahren nach § 5 TVG nicht beteiligte Koalition, die durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung in ihrem Koalitionsgrundrecht betroffen ist, kann gegen diesen Rechtssetzungsakt vor den Verwaltungsgerichten zulässigerweise Feststellungsklage erheben (Lakies, in: Däubler, 3. Auflage 2012, § 5 TVG, Rdnr. 233; Mäßen/Maurer, NZA 1996, S. 121, 123; jew. m. w. Nachw.; Wank, in: Wiedemann, 7. Auflage 2007, § 5 TVG, Rdnr. 177). Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG 28.01.2010 - 8 C 38/09, NZA 2010, S. 1137) hat dies deutlich herausgearbeitet. Es geht von einer mittelbaren Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der übergangenen Koalition aus, da der Erlass einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung gegenüber konkurrierenden Tarifvertragsparteien zu einer faktischen Verschlechterung der Wettbewerbsposition im

Koalitionswettbewerb führe. Dies reiche aus, um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Koalition und dem Normgeber zu begründen. Für die Betroffenheit des Klägers von der die Repräsentativität regelnden Verordnung des beklagten Landes gilt nichts anders.

Es ist gänzlich fernliegend, wenn das beklagte Lande auf S. 8 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 vorträgt, der Kläger verfüge sehr wohl über Rechtsschutzmöglichkeiten hinsichtlich der Repräsentativitätserklärung von Tarifverträgen: Der Kläger sei berechtigt gewesen, einen Vorschlag hinsichtlich der Besetzung des beratenden Ausschusses zu unterbreiten, und er habe keinen Rechtsschutz im „Verfahren der Repräsentativitätserklärung“ in Anspruch genommen. Es muss das Geheimnis des beklagten Landes bleiben, welchen Rechtsschutz der Kläger bei Ausschussbesetzung begehren könnte. Der Kläger rügt keine Verfahrensfehler hinsichtlich seiner Beteiligung am Verordnungserlass. Angegriffen wird vielmehr der Verordnungserlass als solcher, der den Kläger in seinen subjektiven Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt. Die Einräumung eines Vorschlagsrechts hinsichtlich der Ausschussbesetzung ist nicht geeignet, den Eingriff in die Koalitionsfreiheit des Klägers gegenstandslos zu machen.

Die Grenzen des Nachvollziehbaren werden überschritten, wenn das beklagte Land den Kläger(!) darauf verweist, effektiver Rechtsschutz könne im Bieterverfahren zwischen der ausschreibenden Behörde und den Mitgliedsunternehmen des Klägers gewährt werden. Effektiver Rechtsschutz für den Kläger(!) i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG sieht vor, dass dem Kläger selbst(!) Rechtsschutzmöglichkeiten offen stehen müssen. Den Kläger darauf zu verweisen, die Bieter in möglichen Vergabeverfahren könnten dafür sorgen, die gegenüber dem Kläger erfolgende Grundrechtsverletzung geltend zu machen, ist abwegig. Dies gilt umso mehr, als die Vergabekammern selbst den Bietern den Rechtsschutz gegen die RepTVVO versagt haben (Vergabekammer Detmold 06.08.2013 - VK.2-07/13): „Soweit der Antrag der Antragstellerin somit auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der RepTVVO zielt, ist der Antrag bereits mangels Zuständigkeit der Vergabekammer unzulässig. [...] Die Vergabekammer hat im vorliegenden Fall somit von der Rechtsgültigkeit der Forderung nach Vorlage der Verpflichtungserklärungen zugrunde liegenden Rechtsnormen auszugehen, eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der RepTVVO, wie von der Antragstellerin gefordert, steht ihr nicht zu.“ Die Bieter können somit im Vergabeverfahren nicht das erreichen, was der Kläger mittels dieser Klage begehrt.

Der Hinweis des beklagten Landes auf die „inter-partes“-Wirkung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (S. 9 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) ist unerheblich. Die Zulässigkeit des klägerischen Begehrens wird dadurch nicht berührt. Es spricht im Übrigen für sich, dass das beklagte Land den Kläger im Schriftsatz einen Absatz zuvor auf den „sachnäheren“ effektiven Rechtsschutz der Bieter verweist, um sodann vorzutragen, eine Entscheidung zugunsten des Klägers in diesem Verfahren wirke im Hinblick auf Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB nur „inter-partes“. Widersprüchlicher geht es kaum!

2. Berechtigte Interessen

Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der von ihm begehrten Feststellung (§ 43 Abs. 1 VwGO). Dies folgt, wie bereits auf S. 16 der Klageschrift dargelegt, aus der möglichen Verletzung der Grundrechtssphäre des Klägers (Art. 9 Abs. 3 GG). Der Kläger verweist zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf seine Ausführungen zur grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung der staatlichen Rechtsverordnung auf den Seiten 14 f., 19 ff. der Klageschrift. Das staatliche Handeln führt wie im Fall der Postmindestlohnverordnung zur faktischen Entwertung der betroffenen Tarifvertragsabschlüsse und damit zur Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Koalitionsfreiheit des Klägers. Entscheidend ist nicht, wie der Grundrechtseingriff „verfahrenstechnisch“ erfolgt, sondern allein welche Intensität dieser aufweist. Mit anderen Worten: Es kommt auf die Wirkung des staatlichen Handelns an! Und diese ist vorliegend gravierend. Es ist gänzlich bedeutungslos, dass die Verdrängung der Tarifverträge des Klägers über schuldrechtliche Verpflichtungserklärungen der Mitgliedsunternehmen erfolgt, wenn diese faktisch keine Wahlfreiheit ausüben können, ob sie eine solche Erklärung abgeben wollen.

3. Keine Normerlassklage

Die Ausführungen des beklagten Landes auf den Seiten 12 bis 13 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 zum behaupteten Vorrang einer Normerlassklage und der hieraus abzuleitenden Subsidiarität der Feststellungsklage greifen schon deswegen nicht durch, weil der Kläger keinen Normerlass begehrt, sondern sich gegen staatlichen Normerlass wendet, der ihn in seiner Koalitionsfreiheit beschränkt. Es spricht für sich,

dass das beklagte Land in diesem Zusammenhang unter Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG ausführt, dass (auch vorliegend) Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen müssten. Diese Grundrechtsgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vermisst man bei den Ausführungen des beklagten Landes zur Bewertung der Zulässigkeit der Feststellungsklage des Klägers.

III.

Zur Begründetheit

Das staatliche Handeln des Verordnungserlasses durch das beklagte Land stellt einen Eingriff in die Grundrechtssphäre des Klägers dar. Die von dem beklagten Land vorgetragenen Einwände greifen zu kurz und übersehen Wesentliches.

1. Grundrechtsbeeinträchtigung

Das beklagte Land führt auf den Seiten 14 ff. des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 aus, dem Kläger sei es nicht verwehrt, weiterhin Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen. Es sei zudem so, dass es die Mitgliedsunternehmen des Klägers selbst in der Hand hätten, ob sie eine Verpflichtungserklärung, sich fremden Tarifwerken zu unterwerfen, abgeben. Die Mitgliedsunternehmen des Klägers erlangten im Fall des Zuschlags einen finanziellen Vorteil, der die Nachteile eines Gehaltsaufschlags deutlich übersteige. Sollte es außerdem nicht zum Zuschlag kommen, würden (wieder) die Tarifverträge des Klägers zur Anwendung gelangen, so dass nicht ersichtlich sei, worin der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG liege.

Dies verkennt die Realitäten und Zusammenhänge eklatant. Der Kläger verweist zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf seine umfassenden Ausführungen auf den Seiten 14 f. und 19 ff. der Klageschrift.

Die Mitgliedsunternehmen des Klägers sind auf den Zuschlag im Vergabeverfahren angewiesen. Es besteht im ÖPNV eine Monopolstellung des Staates und faktisch somit keine Wahlfreiheit für die Mitgliedsunternehmen des Klägers, ob sie diese Verpflichtungserklärung abgeben oder nicht. Sie müssen! Kommt es nicht zum Zuschlag, können die Mitgliedsunternehmen des Klägers ihr Gewerbe nicht ausüben.

Dies kann sie langfristig in ihrer Existenz gefährden. Dies schmälert zwangsläufig die tarifliche Gestaltungskraft des Klägers.

Dass es für den Fall der Abgabe einer solchen Verpflichtungserklärung zu einem (möglichen) Zuschlag kommt, mit dem (natürlich) ein wirtschaftlicher Vorteil für das Mitgliedsunternehmen einhergeht, ist ebenfalls mit Blick auf die Grundrechtssphäre des Klägers nicht geeignet, einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG abzulehnen. Das Gegenteil ist der Fall: Die Mitgliedsunternehmen des Klägers sind verpflichtet, ein fremdes Tarifwerk über die Konstruktion der Verpflichtungserklärung anzuwenden. Die Entgelthöhe betrifft den Kern eines jeden Tarifabschlusses. Es bedarf keines besonderen ökonomischen Sachverstands, dass die Mitglieder des Klägers ihre Verbandsmitgliedschaft beim Kläger in Frage stellen werden. Dass dies eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit des Klägers darstellt, ist offensichtlich.

2. Benachteiligung „kleinerer“ Verbände

Dass die Repräsentativitätsauswahl entgegen der Auffassung des beklagten Landes (S. 17 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) zur Benachteiligung „kleinerer“ Verbände führen wird, ist offensichtlich. Ebenso wie durch das staatliche Handeln ein Anreiz entsteht, als großer Arbeitgeberverband zukünftig keine Tarifverträge mit einer Gewerkschaft zu verhandeln, der noch kein repräsentativer Tarifvertragsabschluss „gelang“ (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 500), wird für große Gewerkschaften ein deutlicher Anreiz geschaffen, mit dem Kläger keine Tarifverträge mehr zu verhandeln. So entsteht durch ein solches Repräsentativitätserfordernis ein „Zwei-Klassen-System“ (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 495). Koalitionen, die sich auf einen bestimmten Bereich spezialisiert haben und deren Tarifvertragsabschlüsse typischerweise zahlenmäßig weniger Arbeitsverhältnisse erfassen, als dies bei den „großen“ Koalitionen der Fall ist, werden benachteiligt (Langenbrinck, ZTR 2013, S. 411). Zudem bewirkt dieses staatliche Handeln einen deutlichen Anreiz für die Arbeitgeberunternehmen im Bereich des ÖPNV, Mitglied eines solchen, großen Arbeitgeberverbandes zu werden, der kraft staatlichen Hoheitsakts repräsentative Tarifvertragsschlüsse nachweisen kann. Dementsprechend ist Greiner (ZfA 2012, S. 483, 506) zuzustimmen, der mit deutlichen Worten ausführt: „Die Betätigungsmöglichkeiten schwächerer Koalitionen werden erheblich beeinträchtigt. Sie werden - insbesondere bei einem im Wesentlichen auf den ÖPNV beschränkten Betätigungsbereich - substantiell in ihrem Bestand bedroht.“ Es

kann kein Zweifel bestehen, dass der Kläger bei Anlegung solcher Maßstäbe als „kleinere“ Koalition zu qualifizieren ist, die von der durch das vom beklagten Land ausgeübten Regelungsmacht nachhaltig bei der Ausübung seiner Koalitionsfreiheit benachteiligt wird.

Das beklagte Land bringt vor, dass § 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG NRW auch so gedeutet werden könne, dass die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten und unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten nur eines(!) von vielen Kriterien zur Bestimmung der Repräsentativität darstelle. Demgegenüber ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber die Repräsentativität im Wesentlichen zahlenmäßig umschrieben hat („insbesondere“). Andere Faktoren sind im Gesetz nicht genannt und von dem beklagten Land weder bei seiner Entscheidung angewandt noch in diesem Rechtsstreit vorgetragen worden. Das beklagte Land (Seiten 4 und 26 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) hat ausschließlich auf das Zahlen-Kriterium abgestellt. Die Repräsentativität wurde von dem beklagten Land ausschließlich(!) anhand des „Zahlen-Kriteriums“ bemessen, und unter Zugrundelegung der beschäftigten Arbeitnehmer wurden die Tarifverträge des Klägers nicht als repräsentativ angesehen.

3. Verfassungsrechtsprechung

Das beklagte Land erkennt die Rechtslage gründlich, wenn es auf den Seiten 18 bis 20 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013 unter Zugrundelegung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 11.07.2006 - 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51) zum Berliner Vergabegesetz und der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGH 20.06.2008 - Vf. 14-VII/00, NJW-RR 2008, S. 1403) zur bayerischen Tariftreuerregelung meint, ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG liege auch im Hinblick auf das nordrhein-westfälische Gesetz nicht vor.

Dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 11.07.2006 - 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51) zum Berliner Vergabegesetz nicht übertragbar sind, hat der Kläger bereits deutlich gemacht (Seiten 25 und 26 der Klageschrift). Das Berliner Vergabegesetz kennt keine Bevorzugung von bestimmten Tarifregelungen gegenüber anderen Tarifregelungen. Alle Tarifverträge sind danach gleichwertig. Das beklagte Land übersieht, dass das Bundesverfassungsgericht im Beschluss zum Berliner

Tariftreuegesetz die Autonomie des tariflichen Verhandlungsprozess deutlich herausgehoben hat und hiermit die Einführung einer Repräsentativitätsauswahl gerade unvereinbar ist (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 499). Nichts anderes gilt für die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGH 20.06.2008 - Vf. 14-VII/00, NJW-RR 2008, S. 1403) zur bayerischen Tariftreueregelung. Dies betrifft ebenfalls eine gesetzliche Regelung, die daran anknüpft, dass sich die Bewerber im Vergabeverfahren bei Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien(!) geltenden Lohnstarifen zu entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen. Eine solche Regelung würde den Kläger in der Tat nicht in seiner Koalitionsfreiheit berühren. Das beklagte Land hat sich nicht auf eine solche Regelung beschränkt. Es hat gerade nicht die einschlägigen Tarifverträge unangetastet gelassen.

4. Fehlende Legitimation

Das staatliche Handeln des Verordnungserlasses ist nicht verfassungsrechtlich legitimiert. Ergänzend wird diesbezüglich im Hinblick auf den Vortrag des beklagten Landes Folgendes vorgetragen:

Das beklagte Land verfolgt mit dem im TVgGNRW verankerten Repräsentativitätserfordernis in seiner konkreten Ausgestaltung durch die RepTVVO kein verfassungsrechtlich legitimes Ziel. Die Einführung eines solchen Repräsentativitätserfordernisses durch das beklagte Land, welches den Sachverhalt wesentlich von denen unterscheidet, die dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 11.07.2006 - 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51) zum Berliner Vergabegesetz und der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGH 20.06.2008 - Vf. 14-VII/00, NJW-RR 2008, S. 1403) zur bayerischen Tariftreueregelung zugrunde lagen, kann sich gerade nicht auf verfassungsrechtlich legitime Ziele stützen (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 497 ff.; Langenbrinck, ZTR 2013, S. 411, 413). Ist einer Koalition die Tariffähigkeit zugestanden, genießen die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge den institutionellen Schutz durch die Tarifautonomie. Eine zusätzliche staatliche Zugangsbeschränkung hinsichtlich der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Bereich des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen ist durch die von dem beklagten Land vorgetragenen Regelungsziele nicht zu rechtfertigen. Letztendlich wird mit dem Vorwand,

sozialpolitische Ziele zu verfolgen, die Funktionsfähigkeit der Tarifaufonomie in diesem Bereich erheblich in Bedrängnis gebracht (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 499). Nur der Respekt vor sämtlichen(!) gültigen Tarifverträgen entspricht dem in Art. 9 Abs. 3 GG institutionell verankerten Leitbild der Tarifaufonomie (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 501).

Die von dem beklagten Land zur Stützung seiner Rechtsauffassung angeführte Stellungnahme von Dieterich/Ulber (ZTR 2013, S. 179) überzeugt nicht. Die Beeinträchtigung abwehrrechtlicher geschützter Grundrechtsgehalte der Koalitionsfreiheit der betroffenen Verbände lässt sich (so) nicht rechtfertigen. Die Zulassung nur bestimmter, weil von der Exekutive als repräsentativ ausgewählter Tarifverträge im vergaberelevanten Bereich des ÖPNV eröffnet einigen Koalitionen durch Exekutiventscheidung ein Vertretungsmonopol. Dies erschüttert die aus Art. 9 Abs. 3 GG institutionell abzuleitende Chance zum Verbandspluralismus in seinen Grundfesten und ist mit der von dem beklagten Land angeführten Verfolgung sozialpolitischer Ziele nicht im Ansatz zu rechtfertigen ist (Greiner, ZfA 2012, S. 483, 501 ff.). Diese ist bis heute nicht erfolgt. Der pauschale Verweis auf die Verfolgung sozialpolitischer Ziele (S. 22 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) trägt nicht. Es bedürfte einer konkreten Begründung, warum gerade die Beschränkung auf die als repräsentativ ausgewählten Tarifverträge und damit der Ausschluss der Tarifverträge des Klägers zur Verwirklichung dieser sozialpolitischen Ziele führen und es vor diesem Hintergrund gerechtfertigt sein könnte, den Kläger in seinem Bestand als Koalition zu gefährden und den Koalitionen, deren Tarifverträge man ausgewählt hat, ein Vertretungsmonopol zu verschaffen.

Ein derartiges staatliches Vorgehen kann auch nicht mit der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers rechtfertigt werden, wie dies das beklagte Land (Seiten 24, 28 und 30 des Schriftsatzes vom 24. Juni 2013) versucht. Dies verkennt die Grundrechtsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG. Diese greift ein, wenn es um die Frage geht, ob und inwieweit tarifvertragliche Zuständigkeiten durch Wahrnehmung staatlicher Regelungsmacht beschränkt werden können. Diese Grundsätze gelten nicht minder, wenn kraft staatlicher Regelungsmacht eine staatliche Tarifaufwahl erfolgt. Wesentlicher Pfeiler der Tarifaufonomie ist es, dass die Tarifvertragsparteien aushandeln und festlegen, was den beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht. Dies ist auf dem Gebiet der Entgeltregelung nicht Aufgabe des Gesetz- oder Verordnungsgebers. Sachnähe und Sachkompetenz der Akteure

(Tarifparteien) sind Grund für das Zurücktreten des staatlichen Normgebers. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung von staatlichem, die Tarifaufonomie beschränkendem Handeln, hat sicherzustellen, dass jedenfalls Funktionsfähigkeit der Tarifaufonomie im Kern nicht in Mitleidenschaft gezogen wird. Eine staatliche Tarifaufwahl durch die Exekutive trifft den Kernbereich der Tarifaufonomie. Eine Einschätzungsprärogative gibt es in diesem Bereich nicht (Däubler, Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 2012, Einl. Rdnr. 136a f.; ErfK/Dieterich, 13. Auflage 2013, Art. 9 GG, Rdnr. 89; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 815; Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage 2006, Grundl. Rdnr. 128; Neumann, RdA 2007, S. 71). Staatliche Tariftreuerregelungen können daher nicht mit einem pauschalen Verweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gerechtfertigt werden (Preis/Ulber, NJW 2007, S. 465). Es bedarf einer konkreten Überprüfung der Verhältnismäßigkeit des Vorgehens des beklagten Landes (Langenbrinck, ZTR 2013, S. 411, 412). Diesbezüglich hat auch eine Kontrolle der empirisch ermittelbaren Grundannahmen des Gesetzgebers zu erfolgen (Preis/Ulber, NJW 2007, S. 465). Diesem Rechtfertigungsbedarf wird das beklagte Land auch nicht im Ansatz gerecht. Aus welchen Gründen die in den Tarifvertragsabschlüsse des Klägers enthaltenen Entgeltregelungen aus dem Bereich des ÖPNV herauszuhalten sind, um die von dem beklagten Land behauptete Verfolgung sozialpolitischer Ziele zu verwirklichen, ist nicht im Ansatz nachvollziehbar. Ebenso wenig kann nachvollzogen werden, warum nur durch die als repräsentativ ausgewählten Tarifverträge die (angeblich) sozialpolitischen Ziele des Gesetzgebers gewahrt werden könnten.

5. Unbestimmtheit

Abschließend sei darauf verwiesen, dass nicht nur der Kläger (Seiten 32 und 50 ff. der Klageschrift) von der Unbestimmtheit des Regelungssystems der §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 und Abs. 2 TVgG NRW i.V.m. RepTVVO ausgeht. Langenbrinck (ZTR 2013, S. 411, 414) führt hierzu wörtlich aus: „Um überhaupt von einer vollziehbaren, rechtmäßigen, d. h. für Dritte anwendbaren Rechtsverordnung sprechen zu können, müssen Anbieter aus der Rechtsverordnung ablesen können, mit welchen Entgelten sie bei der Angebotsabgabe zu kalkulieren haben; dies ist derzeit aber nicht der Fall.“

Der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg hat einen Teil dieser Problematik erkannt und partiell konkretisierende Regelungen im Hinblick auf den Entgeltbegriff

getroffen (LT-Drs. 15/2742, S. 20). Zur Begründung führt der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg aus: „Der Begriff des Entgelts nach Absatz 3 erfasst insoweit alle entgeltrelevanten Vereinbarungen im Tarifvertrag (Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Zuschlagsregelungen, vermögenswirksame Leistungen etc.), soweit die geldwerten Leistungen anteilig dem Zeitraum der Ausführung des öffentlichen Auftrags durch die betroffenen Beschäftigten zugeordnet werden können. Aufwendungen für die Altersversorgung werden oftmals nicht direkt an den Arbeitnehmer, sondern an Dritte geleistet. Aus Gründen der Rechtsklarheit sind die Aufwendungen für die Altersversorgung in § 3 Absatz 3 Satz 1 ausdrücklich aufgeführt. Maßgebend für den Entgeltvergleich ist die Gesamtsumme der vom Arbeitgeber zu leistenden Zahlungen, nicht die Höhe einzelner Entgeltkomponenten.“



(Dr. Moll)
Rechtsanwalt