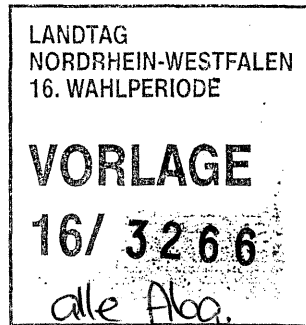




Die Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

Verfassungsgerichtshof NRW • Postfach 6309 • 48033 Münster

Landtag
Nordrhein-Westfalen
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf



Hausanschrift
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster
Telefon
(0251) 505-0
Durchwahl
(0251) 505-250
Telefax
(0251) 505-253
e-mail: verfgh@ovg.nrw.de

Datum: 24. September 2015

Geschäfts-Nr.: VerfGH 10/15
(Bitte bei allen Schreiben angeben)

Im Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung,

ob § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Tariftreue- und Vergabegesetz
Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) gegen Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) i.V.m.
Art. 4 Abs. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (LV NRW) verstößt

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom
27. August 2015 (6 K 2793/13) –

– **VerfGH 10/15** –

übersende ich als Anlage den vorstehend bezeichneten Beschluss des Verwaltungs-
gerichts Düsseldorf, der am 18. September 2015 beim Verfassungsgerichtshof ein-
gegangen ist. Das Verfahren wird unter dem o.g. Aktenzeichen geführt.

Gemäß § 51 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 48 VerfGHG NRW gebe ich Gelegenheit, bis zum
31. Dezember 2015 zu dem Normenkontrollverfahren Stellung zu nehmen. Diese
Frist zur Äußerung habe ich gemäß § 51 Abs. 1 VerfGHG NRW auch den Beteiligten
des Ausgangsverfahrens gesetzt.

Ich bitte, künftige Eingaben in dieser Sache in 18 Exemplaren einzureichen.

Zusammen mit seinem Aussetzungs- und Vorlagebeschluss hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Akten des Ausgangsverfahrens (5 Bände Gerichtsakten nebst 2 Ordnern Verwaltungsakten) übersandt.

Dr. Brandts



Beglaubigt
Schmid, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

B E S C H L U S S

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

1. des Verband Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen e.V., vertreten durch den Vorstand, Heinrich-von-Stephan-Straße 1, 40764 Langenfeld,
2. der Kraftverkehr Gebr. Wiedenhoff GmbH & Co. KG, vertreten durch die Wiedenhoff Beteiligungs- und Geschäftsführungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Ralf Weltersbach und Holger Wiedenhoff, Bismarckstraße 45, 42659 Solingen,

Kläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte RWP Rechtsanwälte PartG mbB,
Bleichstraße 8 - 10, 40211 Düsseldorf,
Gz.: 144372/01c01b/ml,

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf,
Gz.: III LS 7001-Ma,

Beklagten,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Kliemt & Vollstädt, Speditionsstraße 21,
40221 Düsseldorf, Gz.: L-168-02 MK/CB/al,

w e g e n Vergaberecht ÖPNV (TVgG-NRW)

hier: Vorlage an den VerFGH NRW

hat die 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Düsseldorf
am 27. August 2015

durch
Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Stuttmann
Richter am Verwaltungsgericht Dr. Langenbach
Richterin Dr. Hötte
ehrenamtliche Richterin Depta
ehrenamtlichen Richter Fey

b e s c h l o s s e n :

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Die Sache wird dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zur Entscheidung der Frage vorgelegt, ob § 4 Abs. 2 TVgG-NRW in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW gegen Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen verstößt.

I.

1. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Personennahverkehrs auf der Straße in NRW stellt sich die Tariflandschaft derzeit wie folgt dar:

Der sogenannte Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) vom 25. Mai 2001 (zuletzt geändert am 30. Mai 2014) wurde vom Kommunalen Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen (KAV NW) mit den Gewerkschaften ver.di und DBB-Tarifunion abgeschlossen. Die Mitgliedschaft im KAV NW steht nur einem beschränkten Kreis offen. Nur öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowie deren Verbände und selbständige Unternehmen, Organisationen und Einrichtungen, an denen eben solche unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, die tatsächlich unter maßgeblichem kommunalem Einfluss stehen, an deren Mitgliedschaft ein kommunales Interesse besteht, oder die eine enge Zusammenarbeit mit den Kommunen pflegen, können in diesem Arbeitgeberverband Mitglied werden (§ 3 Abs. 1 der Satzung des KAV NRW i.d.F. vom 5. März 2012). Der TV-N NW gilt nach § 26 Abs. 2 Satz 3 TV-N NW nur für Nahverkehrsunternehmen, die bis zum 31. März 2012 eine Beschäftigungssicherungsvereinbarung (BSV) abgeschlossen haben. Darin verpflichtet sich das Nahverkehrsunternehmen, auf Neu-, Um- oder Ausgründungen bzw. den Erwerb eines Nahverkehrsunternehmens mit dem Ziel der Anwendung eines anderen Tarifrechts als dasjenige des TV-N NW zu verzichten. Die BSV hat ferner zur Konsequenz, dass unterschiedliche Tarifebenen für „Alt- und Neubeschäftigte“ gelten. Für Altbeschäftigte ist die Entgeltgruppe 5 anzuwenden. Die für den Zeitraum 1. März 2015 bis 29. Februar 2016 geltende Entgelttabelle sieht danach etwa für einen Kraftomnibusfahrer der Stufe 1 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden ein Brutto-Monatsgehalt von 2.260,73 Euro, und damit einen Stundenlohn von durchschnittlich 13,38 Euro, vor. Für Neubeschäftigte, die nach Abgabe der BSV eingestellt worden sind, findet die Entgeltgruppe 5a, Stufe 1, Anwendung, die für einen vergleichbaren Fall derzeit ein Monatsbruttogehalt von 2.234,99 Euro, und damit einen Stundenlohn von durchschnittlich 13,22 Euro, vorsieht. Die Lohnentwicklung ist in beiden Fällen in sechs Stufen aufgeteilt. Die höchste Entgeltstufe 6 sieht in der Entgeltgruppe 5 ein Grundgehalt in Höhe von 2.854,01 Euro, in der Entgeltgruppe 5a ein Grundgehalt von 2.517,09 Euro vor. Schließlich enthält die BSV eine sog. Anmietquote. In § 3 Abs. 2 der BSV ist vorgesehen, dass die Nahverkehrsunternehmen Verkehrsleistungen an Unternehmen, die nicht den TV-N NW anwenden, in dem jeweils geregelten Umfang vergeben können.

Diese Verkehrsunternehmen wiederum dürfen nach § 3 Abs. 3 BSV nur an tarifgebundene Unternehmen vergeben werden.

In dem Bereich des ÖPNV tätige private Unternehmen wenden vorwiegend den NWO-Tarifvertrag an. Diesen hat der Kläger zu 1) mit der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) abgeschlossen. Das Gesamttarifwerk besteht aus dem Lohnvertrag vom 24. August 2013, dem Gehaltstarifvertrag vom 24. August 2013 und den Manteltarifvertrag vom 8. Juli 2009 in der Fassung der seit dem 1. Januar 2012 geltenden Zusatzvereinbarung. Der Stundenlohn der Arbeitnehmergruppe des Fahrpersonals, Lohngruppe 3 (Berufskraftfahrer mit bestandener Prüfung – Fachrichtung Omnibusverkehr – und 2-jähriger Tätigkeit als Omnibusfahrer oder Berufskraftfahrer mit bestandener Prüfung – Fachrichtung Güterverkehr – und 4-jähriger Tätigkeit als Omnibusfahrer sowie Omnibusfahrer mit Omnibusführerschein für mehr als 16 Personen nach 6-jähriger entsprechender Tätigkeit als Omnibusfahrer) beträgt aktuell 12,21 Euro. Hinzu kommt für den Einsatz im ÖPNV ein Zuschlag in Höhe von 0,35 Euro. Im Manteltarifvertrag werden unter anderem verschiedene Zuschläge, Jahressonderzahlungen sowie zusätzliches Urlaubsgeld geregelt. Eine Lohnerhöhung aufgrund von Erfahrungsstufen, ähnlich wie im TV-N NW, ist im TV-NWO nicht vorgesehen.

NWO, Lohnvertrag. Gewerbliche Arbeitnehmer, Tarifregister NRW, Tarifbereich Privates Omnibusgewerbe, abrufbar unter:
<http://www.tarifregister.nrw.de/material/omnibus.pdf>.

Schließlich hat der Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. (AGVDE) für seine im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (SPNV/ÖPNV) mit Bahnen oder Bus in Nordrhein-Westfalen tätigen Mitgliedsunternehmen firmenbezogene Verbandstarifverträge mit ver.di abgeschlossen. Diese sind teilweise inhaltlich an den zwischen dem Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. und ver.di und EVG abgeschlossenen bundesweiten Flächentarifvertrag, den sog. Eisenbahntarifvertrag (ETV) mit Stand 1. August 2014, angelehnt; enthalten aber eine mehr oder weniger große Zahl von Modifikationen. Die deutlichste Abweichung vom Flächentarifvertrag ist nach Auskunft des AGVDE bei den firmenbezogenen Verbandstarifverträgen für die Arbeitnehmer der VBL Verkehrsgesellschaft Bergisches Land mbH (Oberbergischer Kreis) und für die Arbeitnehmer der MKB-MühlenkreisBus GmbH (Kreis Minden-Lübbecke, Ostwestfalen) zu verzeichnen. Ein Busfahrer der VBL erhielt im Zeitraum 1. April 2013 bis 30. April 2014 bei einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden in der niedrigsten Entgeltstufe ein Monatsbruttogehalt in Höhe von 2.082,12 Euro (Jahresbruttogehalt ca. 24.985,44 Euro zuzüglich etwaiger Zuschläge) und damit ein Stundenbruttolohn in Höhe von ca. 12,48 Euro. Ein Busfahrer der MKB erhielt bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden in der niedrigsten Entgeltstufe ein Monatsbruttogehalt in Höhe von 2.046,30 Euro (Jahresbruttogehalt ca. 24.555,60 Euro zuzüglich etwaiger Zuschläge) und damit ein Stundenbruttolohn in Höhe von ca. 12,11 Euro.

2. Das Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-

Westfalen – TVgG-NRW) vom 10. Januar 2012 (GV. NRW. 2012, 17) verpflichtet öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW, öffentliche Aufträge im Sinne des § 2 Abs. TVgG-NRW im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene nur an Unternehmen zu vergeben, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen. Fehlt eine solche Verpflichtungserklärung bei Angebotsabgabe und wird sie nicht spätestens nach Fristsetzung vom Bieter vorgelegt, so ist das Angebot nach § 8 Abs. 2 TVgG-NRW von der Wertung auszuschließen. Die Abgabe einer unwahren Verpflichtungserklärung sowie die Nichteinhaltung der eingegangenen Verpflichtungen stellt nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis 50.000,- Euro geahndet werden kann (§ 16 Abs. 2 TVgG-NRW).

Welche Tarifverträge als repräsentativ anzusehen sind, hat gemäß §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW das für Arbeit zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung zu bestimmen. Bei der Feststellung der Repräsentativität eines Tarifvertrages ist nach § 21 Abs. 2 TVgG-NRW auf die Bedeutung des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer abzustellen. Hierbei kann insbesondere auf die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten (Nr. 1) oder die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (Nr. 2), Bezug genommen werden.

In der Gesetzesbegründung heißt es, unfaire Löhne seien eine der größten Bedrohungen des sozialen Friedens und des sozialen Zusammenhalts. Im öffentlichen Beschaffungswesen sei die Gewährleistung einer ordentlichen Bezahlung ein unverzichtbares Mittel, um Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Aufträgen zu unterbinden. Es müsse vermieden werden, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge untertariflich entlohnte Beschäftigte einsetzen und sich damit ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschaffen. Eine derartige Praxis hätte nicht nur unsoziale Folgen für die Beschäftigten, sie gefährde auch im erheblichen Maße die Wettbewerbsposition derjenigen Unternehmen, die tarifgebundene Arbeitsplätze anböten. Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV), aber auch in weiteren Dienstleistungsbereichen bestünde angesichts der Liberalisierungstendenzen auf europäischer Ebene Regelungsbedarf. Dort drohe bei Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung ein rigoroser Preiswettbewerb durch Minimierung der Lohnkosten zu Lasten der Qualität der Dienstleistungen und der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten.

Kernelement des Gesetzes sei die Verankerung einer an tariflichen Regelungen orientierten Mindestvergütung der in die Ausführung öffentlicher Aufträge einbezogenen Arbeitnehmer.

Landtag NRW, Gesetzentwurf, Drucks. 15/2379, S. 2.

Durch die offene Formulierung des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW sowie das Abstellen auf mehrere repräsentative Tarifverträge solle aber die nach Art. 9 Abs. 3 GG bestehende Tarifautonomie gewahrt werden.

Landtag NRW, Gesetzentwurf, Drucks. 15/2379, S. 43; siehe hierzu auch den Wortbeitrag des damaligen Ministers Voigtsberger in der Plenarsitzung vom 22. Juli 2011, Plenarprotokoll 15/40, S. 4027.

Der auf Grundlage von § 21 Abs. 2 TVgG-NRW eingerichtete beratende Ausschuss empfahl für den ÖPNV-Bereich Schienennahverkehr mit einstimmigem Beschluss dreizehn Branchentarifverträge als repräsentativ. Die Tarifverträge würden ein zusammenhängendes, fast sämtliche in Nordrhein-Westfalen im Bereich des Schienenverkehrs beschäftigten Arbeitnehmer erfassendes Gesamtwerk bilden, sich weder im fachlichen noch im persönlichen Geltungsbereich überschneiden und daher nicht miteinander konkurrieren.

Für den ÖPNV-Bereich Straße konnte sich der beratende Ausschuss – dem auch der Kläger zu 1) angehörte – hingegen nicht auf eine gemeinsame Beschlussfassung verständigen. Die beratenden Ausschussmitglieder waren laut Protokoll der 1. Sitzung am 5. Juni 2012 einhelliger Auffassung, dass Haus- und Firmentarifverträge nicht das Kriterium der Repräsentativität erfüllen könnten. Branchen- oder Flächentarifverträge müssten für ganz NRW gelten. Zwei konkurrierende Flächentarifverträge, der TV-N NW sowie der TV-NWO, wurden als repräsentativ in Betracht gezogen, die beide als „prägend“ für die Arbeitsbedingungen im ÖPNV-Straße angesehen worden sind: Übereinstimmend hielt der beratende Ausschuss den TV-N NW als repräsentativ im Sinne des § 21 Abs. 2 TVgG. Umstritten blieb aber, ob daneben auch der TV-NWO für repräsentativ erklärt werden sollte. Aus Sicht der Arbeitgeber waren beide Tarifverträge geeignet, einen Unterbietungswettbewerb in der Branche zu verhindern, und hätten beide stabilisierende und schützende Wirkung. Die Arbeitnehmerseite vertrat die Ansicht, dass das TVgG-NRW keinen Schutz vor Unterbietungswettbewerb böte, wenn konkurrierende Tarifverträge repräsentativ seien. Das Gesetz verlange die Festlegung auf einen repräsentativen Tarifvertrag.

Aus Sicht des Ministeriums für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAIS) unterscheiden sich die Tarifwerke TV-N NW und TV-NWO beträchtlich. Die Bruttomonatslöhne (inklusive AG-Anteile zur Sozialversicherung und betrieblicher Altersversorgung) lägen nach dem TV-N NW pro Busfahrer nach einjähriger Betriebszugehörigkeit um ca. 16 Prozent über dem des TV-NWO. Der TV-N NW gelte ferner für 57,6 Prozent der Beschäftigten aufgrund ihrer Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft. Unter Berücksichtigung, dass der gewerkschaftliche Organisationsgrad über alle Branchen hinweg in Deutschland bei nur

etwa 15 Prozent liege, stelle dies einen vergleichsweise hohen Organisationsgrad dar. Der TV-NWO hingegen finde faktisch bisher nur Anwendung im Teilbereich der Anmiet- bzw. Auftragsverkehre. Seine Repräsentativität für den gesamten ÖPNV-Bereich Straße könne somit schon allein auf Grund dessen in Zweifel gezogen werden. Für nur 4,9 Prozent der Beschäftigten gelte der TV-NWO aufgrund der gleichzeitigen Tarifbindung durch den Arbeitgeber und der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers. Beim TV-N NW sei es mit 57,6 Prozent mehr als elfmal so viel. Der TV-NWO präge somit nicht das Tarifgeschehen für die gesamte Branche. Er habe (lediglich) für das Teilsegment der sogenannten Anmiet- bzw. Auftragsverkehre eine bestimmte Bedeutung, und zwar primär aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmen, nicht aufgrund einer entsprechenden Organisationsstärke der Gewerkschaften in diesem Bereich. Da der Gesetzgeber beabsichtige, staatlich veranlassten Lohndumpingwettbewerb zu verhindern, solle der TV-N NW als ausschließlich repräsentativer Tarifvertrag gelten. Würde neben dem TV-N NW auch der TV-NWO als repräsentativer Tarifvertrag festgelegt, sei zu befürchten, dass sich nicht tarifgebundene Arbeitgeber im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe im ÖPNV-Bereich Straße nur noch verpflichten, die niedrigeren Entgelte des TV-NWO zu zahlen. Es sei ferner zu befürchten, dass spätestens nach Kündigung (frühestens zum 31. Dezember 2019) des TV-N NW einschließlich der Beschäftigungssicherungsvereinbarung von KAV NW und ver.di der TV-N NW seine prägende Wirkung für den ÖPNV verlieren und sich das Lohnniveau auf die niedrigeren NWO-Tarifentgelte einpendeln würde. Da Ver.di an der Tariffähigkeit der GÖD zweifle und angekündigt habe, diese gerichtlich überprüfen zu lassen, sei ferner zu befürchten, dass Vergabeverfahren auf Grundlage eines unwirksamen Tarifvertrages durchgeführt würden.

Auf Grundlage von § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW erklärte das MAIS durch die Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (Repräsentative TarifverträgeVO – RepTVVO) vom 31. Oktober 2012 dreizehn Tarifverträge im Bereich des Schienenverkehrs und folgende Tarifverträge für den ÖPNV-Bereich Straße als repräsentativ: Den zwischen dem Kommunalen Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen (KAV NW) und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV) sowie der Deutschen Angestellten Gewerkschaft (DAG) abgeschlossenen Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) vom 25. Mai 2001, zuletzt geändert am 9. Mai 2012, und den inhaltsgleichen Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) vom 25. Mai 2001, zuletzt geändert am 9. Mai 2012, welchen der KAV NW mit der DBB-Tarifunion abgeschlossen hat.

3. Der Kläger zu 1) ist ein Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband mit Sitz in Langenfeld und Tarifpartei des TV-NWO. Er vertritt ausweislich § 2 Nr. 1 seiner Satzung die beruflichen, fachlichen und gewerblichen Interessen seiner Mitglieder und wahrt die Belange des privaten Omnibusgewerbes. Nach eigenen Angaben zählt der Kläger zu 1) 450 mittelständische Busunternehmen in NRW zu seinen Mitgliedern, die über 10.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Etwa 300 Mitgliedsunternehmen des Klägers sind als sog. Nachunternehmer im Sinne des TVgG-NRW tätig, die etwa ein Drittel der Fahrleistungen im ÖPNV auf der Straße durchführen.

Die Klägerin zu 2) ist ein Busunternehmen, welches Aufträge im öffentlichen Personennahverkehr ausführt und Mitglied des Klägers zu 1) ist. Nach eigenen Angaben ist sie in der Region Bergisches Land das größte private Nahverkehrsunternehmen und in den Verkehrsverbänden Rhein-Ruhr und Rhein-Sieg tätig. Daneben ist sie im Reiseverkehr tätig.

Die Kläger begehren die Ergänzung der RepTVVO um den TV-NWO als repräsentativen Tarifvertrag. Zur Begründung ihrer Klage tragen sie im Wesentlichen vor:

Die mit dem Antrag zu 1) erhobene Klage sei zulässig. Das Begehren der Kläger, den Beklagten zu verurteilen, Ziffer 1 der RepTVVO um die Tarifverträge des Klägers zu 1) zu ergänzen, könne mit der allgemeinen Leistungsklage verfolgt werden. Das Gewaltenteilungsprinzip stehe der Statthaftigkeit der Leistungsklage nicht entgegen. Die Verurteilung der Exekutive zum Normerlass oder zur Normänderung sei Folge des Justizgewährungsanspruchs aus Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips sei nicht zu befürchten, weil dem Beklagten von vornherein kein Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Frage, wie er die Rechtsverletzung des Klägers beseitigen könne, zukomme. In Betracht komme ausschließlich die Ergänzung der RepTVVO um die Tarifverträge des Klägers zu 1). Die Kläger seien auch klagebefugt. Ihnen stehe ein Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 TVgG-NRW auf Ergänzung der Nr. 1 der Anlage 1 zu § 1 RepTVVO in dem Sinne zu, dass auch der TV-NWO als repräsentativ erklärt werde. Aus den Gesetzgebungsmaterialien sei ersichtlich, dass § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW zumindest auch ein subjektives Recht darauf vermittele, als Arbeitgeberverband und als im ÖPNV tätiges Unternehmen in der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG geschützt zu werden. Daraus folge, dass bei der Repräsentativitätserklärung der Koalitionsfreiheit Rechnung getragen und auch die Tarifverträge des Klägers zu 1) als repräsentativ in die Verordnung mit aufgenommen werden müssten. Ein solcher Anspruch folge jedenfalls aus Art. 3 Abs. 1 GG. Den Klägern stünde auch kein einfacherer und effektiverer Weg offen, ihr Begehren durchzusetzen. Zwar sei der Kläger zu 1) bereits in dem auf Grundlage von § 21 Abs. 2 TVgG-NRW eingerichteten beratenden Ausschuss vertreten gewesen, im Verfahren der Repräsentativitätserklärung von Tarifverträgen habe ihm aber deswegen kein sachnäherer Rechtsschutz gegen die getroffene Entscheidung des zuständigen Ministeriums offen gestanden. Soweit die Klägerin zu 2) nicht als Hauptauftragnehmerin, sondern als Nachunternehmerin, welche ebenfalls nach § 9 TVgG-NRW an das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW gebunden wäre, auftritt, stünde ihr auch ein Nachprüfungsverfahren im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht offen. Sie sei daher ebenfalls gezwungen, sich unmittelbar gegen die Regelung selbst zu wenden.

Der Antrag sei auch begründet. Die vom Kläger zu 1) abgeschlossenen Tarifverträge erfüllten alle Voraussetzungen der Repräsentativität. Insbesondere sei der TV-NWO für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auf dem Gebiet des privaten Omnibusgewerbes bedeutsam im Sinne des § 21 Abs. 2 TVgG-NRW. Ca. 31 Prozent aller im ÖPNV-Straße in NRW tätigen Arbeitgeber seien an die vom Kläger zu 1) abgeschlossenen Tarifverträge gebunden. 30 Prozent der Fahrleistung im ÖPNV auf der Straße würden durch private Omnibusunternehmen erbracht, entweder als Auftragsunternehmen oder aufgrund eigener Liniengenehmigungen. Auch mit einer Vergütung nach dem TV-NWO würde eine unterta-

rifliche Entlohnung vermieden. Lohn- und Sozialdumping würden verhindert. Denn die NWO-Tariflöhne im ÖPNV überstiegen bei weitem den in § 4 Abs. 3 TVgG-NRW festgesetzten Mindestlohn von 8,85 Euro (vgl. Anpassung des Mindeststundenentgelts durch § 1 VgMinVO vom 19. November 2014, GV. NRW. 2014, 927). In der häufigsten Lohngruppe 3 betrage der Stundensatz derzeit für das Fahrpersonal einschließlich des ÖPNV-Zuschlags 12,56 Euro und gehe damit weit über den landesvergaberechtlichen Mindestlohn hinaus. Diesen sehe der Gesetzgeber aber schon in einem vergleichbaren Betätigungsfeld als ausreichend an, nämlich bei der Beförderung von Schülern. Nicht nachvollziehbar sei, dass der Beklagte hier einen Mindestlohn in Höhe von 8,85 Euro als ausreichend erachte, für den übrigen Bereich des ÖPNV hingegen nicht. Schließlich würde der Mittelstand gestärkt, indem er die ihm vertrauten Tarifverträge anwenden könnte.

Das beklagte Land habe beim Erlass der RepTVVO die Grenzen der gesetzlichen Verordnungsermächtigung überschritten. § 1 RepTVVO i.V.m. Nr. 1 der Anlage 1 sei unvereinbar mit dem Normzweck des § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW. Der Bestimmung von mehreren Tarifverträgen als repräsentativ stehe die Verordnungsermächtigung nach §§ 4, 21 TVgG-NRW nicht entgegen. Vielmehr sehe diese ausdrücklich vor, dass nicht nur die von einem einzigen Arbeitgeberverband abgeschlossenen Tarifverträge für repräsentativ erklärt werden dürfen, sondern im Gegenteil müsse sich die Repräsentativitätserklärung zwingend auf Tarifverträge mehrerer Arbeitgeberverbände erstrecken. Dies folge insbesondere daraus, dass der Gesetzgeber die im Bereich des ÖPNV in NRW vorhandene Tariflandschaft und die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG im Gesetzgebungsverfahren in den Blick genommen und berücksichtigt habe. Der Gesetzgeber habe gerade nicht gewollt, dass im Falle der Konkurrenz von Tarifverträgen nur der Tarifvertrag eines einzigen Arbeitgeberverbandes für repräsentativ erklärt werde. Ein solches Verständnis der Regelung wäre von der Normsetzungskompetenz des beklagten Landes nicht mehr gedeckt und mit Art. 9 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Im öffentlichen Personennahverkehr bestehe auf Nachfrageseite ein Monopol der öffentlichen Auftraggeber. Der Kläger zu 1) verliere zwar nicht die Befugnis, auf dem Gebiet des ÖPNV Tarifverträge abzuschließen. Hinsichtlich der getroffenen Entgeltregelung seien diese aber ohne jede Bedeutung, da in jedem Fall eine Verpflichtung zur Entlohnung nach dem als repräsentativ erklärten Tarifvertrag durch den Unternehmer abgegeben werden müsse. Eine konkurrierende Tariflohnpolitik werde damit faktisch unterbunden. Die Beschränkung der Repräsentativitätserklärung auf die von einem einzigen Arbeitgeberverband abgeschlossenen Verträge diene auch nicht dem vom Gesetz verfolgten Ziel der Verhinderung untertariflicher Entlohnung. Das Ministerium habe seine Entscheidung, welche Tarifverträge für repräsentativ erklärt würden, ferner aufgrund unzutreffender Annahmen getroffen. Zwar sei es richtig, dass Inhaber der Liniengenehmigungen überwiegend kommunale Unternehmen seien. Aber auch zahlreiche Mitgliedsunternehmen des Klägers zu 1) – etwa 40, darunter auch die Klägerin zu 2) – würden über eigene Genehmigungen verfügen. Die Aufspaltung zwischen Auftragslinienverkehr und ÖPNV aufgrund eigener Genehmigung stelle zudem eine sachfremde Erwägung dar. Denn das TVgG-NRW erstrecke seinen Anwendungsbereich ausdrücklich auch auf Nachunternehmen (§ 9 TVgG-NRW), welche etwa 30 Prozent der Fahrleistung ausmachten.

Als privates Omnibusunternehmen habe die Klägerin zu 2) überdies keine Möglichkeit, auf den Abschluss künftiger Tarifverträge – und damit auch auf das vereinbarte Entgelt – Einfluss zu nehmen. Denn ihr sei eine Mitgliedschaft im KAV NW, nach dessen Satzung Mitglieder nur solcher der öffentlichen Hand sein dürfen, von vornherein verwehrt. Die Klägerin zu 2) werde schließlich gegenüber kommunalen Verkehrsunternehmen aufgrund der speziellen Lohngruppe für „Alt- und Neubeschäftigte“ im TV-N NW diskriminiert. Die für die Lohngruppe 5a maßgebliche Beschäftigungsvereinbarung sei auf kommunale Verkehrsunternehmen zugeschnitten: Sie erfordere ein Bekenntnis der kommunalen Eigentümer bzw. Aufgabenträger zum Unternehmen. Ein solches Bekenntnis könne die Klägerin zu 2) als privates Verkehrsunternehmen aber nicht abgeben. Damit komme sie aber auch nicht in den Genuss der abgesenkten Lohngruppe 5a. Konsequenz daraus sei, dass die Klägerin zu 2) nicht zu denselben Wettbewerbsbedingungen Angebote abgeben könne wie kommunale Verkehrsunternehmen, die eine Beschäftigungssicherungsvereinbarung abgeschlossen haben. Bei der Feststellung der repräsentativen Tarifverträge sei das Ermessen des Beklagten nach alledem auf Null reduziert. Es seien alle Tarifverträge, die alternativ ein Kriterium des § 21 Abs. 2 TVgG-NRW erfüllen, als repräsentativ festzustellen.

Hilfsweise tragen die Kläger vor, dass ihr Begehren jedenfalls mit einer Feststellungsklage verfolgt werden könne. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis sei darin begründet, dass in Frage stehe, ob die Kläger einen Normergänzungsanspruch gegen das beklagte Land hätten. Die streitgegenständliche Norm sei auch keinem weiteren Verwaltungsvollzug mehr zugänglich, gegen welchen sich die Kläger vorrangig richten müssten. Die öffentlichen Auftraggeber würden bei der Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich tätig, und zwar auch dann, wenn sie beim Verfahren der Auswahl des Vertragspartners die Vorgaben beachten müssen, die sich aus den Vergaberichtlinien, dem vierten Teil des GWB oder dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW ergäben. Die öffentliche Hand treffe in dem Vergabeverfahren eine Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teile. Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen. Öffentliche Auftraggeber seien zwar verpflichtet, von den Bietern im Vergabeverfahren die Abgabe einer Tariftreueerklärung zu verlangen. Irgendwelche Vollzugsmaßnahmen der Verwaltung seien aber nicht erforderlich, damit §§ 4, 21 TVgG-NRW i.V.m. § 1 RepTVVO i.V.m. Nr. 1 der Anlage 1 hierzu Wirkung entfaltet. Der drohende Bedeutungsverlust der tarifvertraglichen Regelungen des Klägers zu 1) sowie das wirtschaftliche Interesse der Klägerin zu 2) an einer Nichtbindung an ihr fremde tarifvertragliche Entgeltregelungen begründeten das Interesse an einer Feststellung, dass auch die Tarifverträge des Klägers zu 1) repräsentativ im Sinne der §§ 4, 21 TVgG-NRW seien.

Weiter hilfsweise machen die Kläger geltend, dass sie durch die aufgrund §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1, 2 TVgG-NRW erlassene RepTVVO in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG, die Klägerin zu 2) darüber hinaus in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt seien. Eine darauf gerichtete Feststellungsklage sei statthaft und begründet. Es fehle bereits an einer verfassungsgemäßen Verordnungsermächtigung. Der Landesgesetzgeber habe zum Erlass eines Repräsentativitätserfordernisses nicht über die erforder-

liche Normsetzungsbefugnis verfügt. Die Tariftreueregelung, welche funktionell gleichwertig mit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen gemäß § 5 TVG sei, betreffe das Tarifvertragsrecht, für welches der Bund zuständig sei. Das TVgG-NRW sei ferner zu unbestimmt und überlasse der Exekutive bei Erlass der Verordnung die wesentlichen Gestaltungsentscheidungen. Die Feststellung des TV-N NW als alleiniger für den Bereich des ÖPNV-Straße repräsentativer Tarifvertrag durch die RepTVVO führe schließlich zu einem verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Unter Umgehung des Tarifvertragsgesetzes würden die Tarifverträge des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Nordrhein-Westfalen faktisch für allgemeinverbindlich erklärt. Aus der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie folge aber das Gebot, jeden wirksamen Tarifvertrag als gleichermaßen vollwertige Grundlage einer positiven Vergabeentscheidung zu akzeptieren. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folge die inhaltliche Richtigkeit jedes wirksamen Tarifvertrages; staatlichen Stellen stehe eine inhaltliche Bewertung von Tarifverträgen nicht zu. Die Tariftreueregelung bringe aber Misstrauen gegenüber nicht als repräsentativ eingestuften Tarifverträgen zum Ausdruck. Dies sei mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar. Die Betätigungsmöglichkeiten schwächerer Koalitionen würden erheblich beeinträchtigt. Diese würden, insbesondere bei einem im Wesentlichen auf den ÖPNV beschränkten Betätigungsbereich – substantiell in ihrem Bestand bedroht. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Chancengleichheit der Koalitionen werde ohne zwingenden Grund im vergaberelevanten Bereich beseitigt. Das Gesetz verfolge dabei ein nur relativ schwaches Ausgestaltungsziel, da es weder durch unabweisbare Sachzwänge getragen, noch zur Funktionserhaltung des Tarifvertragssystems unverzichtbar sei. Das Tarifvertragssystem werde vielmehr geschwächt; es komme zu einer faktischen Tarifpluralität in einem Unternehmen. Letztlich verstoße die Regelung auch gegen Bundesrecht (Art. 31 GG). Sie führe dazu, dass letztlich eine Behörde über die Tariffähigkeit einer Koalition auf dem Gebiet des ÖPNV entscheide. Dies aber stünde im Widerspruch zu §§ 2a, 97 ArbGG, wonach für die Entscheidung über die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Vereinigung das Landesarbeitsgericht zuständig sei.

Die Kläger beantragen,

1. **das beklagte Land zu verurteilen, die Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (Repräsentative TarifverträgeVO – RepTVVO) vom 31. Oktober 2012 (GV. NRW. 2012 S. 525) dahingehend zu ergänzen, dass die Tarifverträge des Klägers zu 1), nämlich**
 - a) **der Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 24. September 2013 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband,**
 - b) **der Gehaltstarifvertrag für die kaufmännischen und technischen Angestellten sowie die Auszubildenden des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom**

24. September 2013 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband sowie dem DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V., Landesverband Nordrhein-Westfalen,

- c) der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8. Juli 2009 in der Fassung vom 1. Januar 2012 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband sowie dem DHV – Die Berufsgewerkschaft e. V., Landesverband Nordrhein-Westfalen, zuletzt geändert durch die seit dem 1. Januar 2012 geltende Zusatzvereinbarung vom 24. August 2011,

durch Aufnahme in Nr. 1 der Anlage 1 zu § 1 Rep TVVO für repräsentativ erklärt werden;

2. hilfsweise festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, die Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (Repräsentative TarifverträgeVO – RepTVVO) vom 31. Oktober 2012 (GV. NRW. 2012 S. 525) dahingehend zu ergänzen, dass

- a) der Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 24. September 2013 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband,
- b) der Gehaltstarifvertrag für die kaufmännischen und technischen Angestellten sowie die Auszubildenden des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 24. September 2013 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband sowie dem DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V., Landesverband Nordrhein-Westfalen,
- c) der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8. Juli 2009 in der Fassung vom 1. Januar 2012 zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband sowie dem DHV – Die Berufsgewerkschaft e. V., Landesverband Nordrhein-Westfalen, zuletzt geändert durch die seit dem 1. Januar 2012 geltende Zusatzvereinbarung vom 24. August 2011,

durch die Aufnahme in Nr. 1 der Anlage 1 zu § 1 Rep TVVO für repräsentativ erklärt werden;

3. hilfsweise festzustellen, dass die Kläger durch § 1 der Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Be-

reich des öffentlichen Personennahverkehrs (Repräsentative TarifverträgeVO – RepTVVO) vom 31. Oktober 2012 (GV. NRW. 2012 S. 525) in Verbindung mit Nr. 1 der Anlage 1 zu dieser Vorschrift in ihren Rechten verletzt sind.

Das beklagte Land beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung trägt es im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Klage sei unzulässig. Die Kläger könnten ihr Begehren, das beklagte Land zu verurteilen, die Tarifverträge des Klägers zu 1) in die Anlage 1 der RepTVVO aufzunehmen, weder im Wege der allgemeinen Leistungsklage noch der Verpflichtungsklage, sondern ausschließlich im Wege der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO verfolgen. Die Statthaftigkeit der Feststellungsklage scheitere aber im konkreten Fall wiederum daran, dass durch die RepTVVO kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen den Klägern und dem beklagten Land begründet worden sei. Die RepTVVO sei nicht „self-executing“, da sich aus ihr unmittelbar keine Rechte und Pflichten der Kläger ergäben. Mit ihr sei gerade keine unmittelbare Geltungsanordnung hinsichtlich der für repräsentativ erklärten Tarifverträge verbunden. Selbst bei einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung werde nur eine Rechtsbeziehung zwischen den von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung betroffenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, nicht aber zwischen den Arbeitgebern und dem Normgeber begründet. Im Übrigen bedürfe es noch einer Konkretisierung und Individualisierung durch Verwaltungsvollzug. Denn das Entgelt nach den für repräsentativ erklärten Tarifverträgen werde nur im Falle einer positiven Vergabeentscheidung verbindlich. Von einer Betroffenheit des Klägers zu 1) könne ebenfalls erst dann gesprochen werden, wenn eines seiner Mitgliedsunternehmen durch eine positive Vergabeentscheidung an den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag gebunden wäre oder mangels erforderlicher Verpflichtungserklärung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würde. Den Klägern fehle es auch an einem besonderen Feststellungsinteresse. Der Kläger zu 1) sei in seiner Koalitionsfreiheit nicht betroffen. Der Statthaftigkeit der Feststellungsklage stehe ferner entgegen, dass der Kläger zu 1) bereits im beratenden Ausschuss für die Repräsentativitätserklärung vertreten gewesen sei. Dass sich seine Empfehlung nicht durchgesetzt habe, sei von ihm nunmehr zu akzeptieren. Die Klägerin zu 2) könne effektiveren Rechtsschutz im konkreten Bieterverfahren erlangen, indem sie ein Nachprüfungsverfahren einleite.

Ein Anspruch der Kläger auf Aufnahme der Tarifverträge des Klägers zu 1) in die Anlage 1 der RepTVVO scheidet im Übrigen aus. Gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW könnten mehrere, aber auch nur ein einschlägiger Tarifvertrag für repräsentativ erklärt werden. Das beklagte Land habe ermessensfehlerfrei lediglich den TV-N NW für repräsentativ erklärt. Der Gesetzeswortlaut stehe der Repräsentativitätserklärung nur eines Tarifvertrags nicht entgegen. Die Verwendung des Plurals sei dadurch bedingt gewesen, dass der Gesetzgeber aufgrund der spezifischen Branchenstruktur im ÖPNV von der Möglichkeit ausgegangen sei, dass mehrere Flächentarifverträge nebeneinander den gesamten vom Gesetz

erfassten Sektor abdecken würden, ohne miteinander zu konkurrieren. Dem Gesetz sei hingegen nicht zu entnehmen, dass das beklagte Land jeden Tarifvertrag, der für die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten im ÖPNV bedeutend ist, für repräsentativ hätte erklären müssen. Es gäbe keinen Automatismus dergestalt, dass bei Erfüllung der Kriterien des § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder 2 TVgG-NRW ein Tarifvertrag zwingend repräsentativ sei. Auf die in § 21 Abs. 2 TVgG-NRW genannten Kriterien könne Bezug genommen werden; eine Ermessensreduzierung auf Null folge hieraus jedoch nicht. Bei der Repräsentativitätserklärung des TV-N NW sei ermessensfehlerfrei berücksichtigt worden, dass der TV-N NW aufgrund gleichzeitiger Tarifbindung durch den Arbeitgeber und der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers für fast 58 Prozent der im Straßenverkehr tätigen Beschäftigten gelte. Dem Tarifvertrag des Klägers zu 1) unterlägen hingegen gerade einmal rund 10.000 Arbeitnehmer; der Tarifbindungsgrad sei noch nicht einmal halb so hoch wie beim TV-N NW. Soweit die Kläger im Übrigen geltend machten, dass auch Mitgliedsunternehmen des Klägers zu 1) über eigene Liniengenehmigungen verfügten, handele es sich hierbei um eine zu vernachlässigende Größe.

Die Verordnungsermächtigung aus §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1, 2 TVgG-NRW sei verfassungsgemäß und verletze die Kläger nicht in ihren Rechten. Die Regelung verstoße nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Eine willkürliche Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung werde der Landesexekutive durch die getroffene Formulierung nicht ermöglicht. Mit der Definition der Repräsentativität von Tarifverträgen habe das beklagte Land an die identisch lautende Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) angeknüpft. Die Repräsentativität eines Tarifvertrages werde vorrangig vermittelt durch die Bedeutung des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes und der tarifschließenden Gewerkschaft. Repräsentativität sei wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch als Darstellung der Interessen einer Gesamtheit – hier der Arbeitnehmer im Bereich des ÖPNV – durch einzelne oder eine Gruppe von Personen zu verstehen.

Die RepTVVO verletze die Kläger weder in ihrem Koalitionsgrundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG noch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG. Es liege schon kein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG vor. Eine unmittelbare Beeinträchtigung des Klägers zu 1) komme nicht in Betracht, da die Repräsentativitätserklärung von Tarifverträgen in der RepTVVO den Kläger zu 1) nicht daran hindere, Tarifverträge zu verhandeln und abzuschließen. Ebenso wenig werde den Tarifverträgen des Klägers zu 1) die Legitimation oder die Richtigkeitsgewähr abgesprochen. Die Anwendbarkeit der Tarifverträge des Klägers zu 1) bleibe unberührt. Auch sei eine verdrängende Wirkung und damit eine mittelbare Einschränkung von Art. 9 Abs. 3 GG nicht gegeben. Die Selbstverpflichtung der Unternehmen, das in dem als repräsentativ erklärten Tarifvertrag festgesetzte Entgelt zu zahlen, sei in personeller, sachlicher und zeitlicher Hinsicht auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags im Bereich ÖPNV beschränkt. Im Übrigen blieben alle weiteren tariflichen Regelungsbereiche unberührt. Es sei daher nicht erkennbar, aus welchen Gründen der Kläger zu 1) als Arbeitgeberverband für seine Verbandsmitglieder derart unattraktiv werden sollte, dass in nennenswertem Umfang mit Verbandsaustritten zu rechnen sei. Insbesondere werde eine wirkungsvolle Tarifpolitik nicht ausschließlich über die Unterbietung der konkurrierenden Verbände beim Entgelt betrieben. Etwaige Behauptungen in

diese Richtung seien rein spekulativ. Ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit wäre aber jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Mit dem im TVgG-NRW verankerten Repräsentativitätserfordernis in seiner konkreten Ausgestaltung durch die RepTVVO würden verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt, nämlich der Schutz der Arbeitnehmer vor einem über die Lohnkosten finanzierten Verdrängungswettbewerb, vor Lohn- und Sozialdumping, der Schutz der Sozialversicherung vor den Kosten für Transferleistungen zum Ausgleich von Lohn- und Sozialdumping sowie der Schutz des Tarifsystems vor einer lohnkostenmotivierten Verdrängung von Tarifverträgen. Das im TVgG-NRW verankerte Repräsentativitätserfordernis in seiner konkreten Ausgestaltung durch die RepTVVO sei geeignet, diese Ziele zu erreichen. Insbesondere stelle das Repräsentativitätserfordernis ein sachgerechtes Auswahlkriterium dar. Die nach § 21 Abs. 2 Satz 2 TVgG-NRW möglichen Auswahlkriterien spiegelten die marktförmige Entscheidung für einen Regelungsanbieter in einem wettbewerblichen Tarifvertragssystem angemessen wider. Der beiderseitige Erfolg im Werben um Mitglieder lasse auf eine erfolgreiche Tarifpolitik des jeweiligen Verbandes schließen. Der inhaltlich am stärksten vom Markt akzeptierte Tarifvertrag sei in der jeweiligen Branche repräsentativ. Die Regelung sei auch erforderlich. Es stehe kein gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Verfügung, um die genannten Ziele zu erreichen. Die Festlegung von Mindestlöhnen komme ebenso wie die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags bereits mangels Kompetenz des Landesgesetzgebers nicht in Betracht und stelle darüber hinaus auch keinen weniger belastenden Eingriff dar; ebenso verhalte es sich mit einer möglichen Anordnung, dass die Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Tarifverträgen nach dem Günstigkeitsprinzip zu erfolgen habe. Schließlich sei die Regelung auch angemessen. Die Eingriffsintensität sei als gering zu beurteilen, weil es der autonomen Entscheidung der Unternehmer überlassen bliebe, eine Tariftreueverpflichtungserklärung abzugeben und die Verpflichtung zudem sachlich, personell und zeitlich auf das zu zahlende Entgelt bei Erfüllung eines öffentlichen Auftrags beschränkt sei. Mit der finanziellen (Mehr)Belastung ginge der wirtschaftliche Vorteil einher, dass der Arbeitgeber mit Erteilung des Zuschlags eine Monopolstellung erlange und insoweit sämtliche anderen Wettbewerber verdränge. Dem Schutz der mit dem Gesetz verfolgten Ziele komme hingegen erhebliche Bedeutung zu. Auch soweit von einer marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Hand bei der Vergabe von Aufträgen im Bereich des ÖPNV auszugehen sei, bewirke die Regelung daher keine unbillige Einschränkung der Koalitionsfreiheit. Der Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit würde ungleich stärker ausfallen, wenn der Landesgesetzgeber selbst die Entgeltuntergrenzen definieren und damit einen gesetzlichen Mindestlohn festlegen würde. Indem sich das beklagte Land stattdessen darauf beschränkt hat, das zuständige Ministerium zur Repräsentativitätserklärung von Tarifverträgen zu ermächtigen, habe es der Entscheidung der Tarifvertragsparteien darüber, was eine angemessene Vergütung sei, den Vorrang eingeräumt.

Die Regelung sei schließlich auch nicht durch die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns hinfällig geworden. Dem Landesgesetzgeber sei zudem eine Einschätzungsprärogative sowohl hinsichtlich der Existenz eines Unterbietungswettbewerbs über die Lohnkosten als auch hinsichtlich des zur Unterbindung dieses Unterbietungswettbewerbs geeigneten Mittels zuzugestehen. Im Bereich des ÖPNV sei die öffentliche Hand faktisch der einzige

Abnehmer von ÖPNV-Leistungen. Zugleich sei sie aufgrund des Gebots zum sparsamen Umgang mit den öffentlichen Mitteln gehalten, grundsätzlich dem kostengünstigsten Anbieter von ÖPNV-Leistungen den Zuschlag zu erteilen. Statistisches Zahlenmaterial existiere zwar nicht, es stehe aber fest, dass die Anbieter insbesondere über die Lohnkosten versuchten Wettbewerb zu betreiben und sich gegenseitig über die Lohnkosten unterböten. Die Gefahr von Lohn- und Sozialdumping sei im Bereich des ÖPNV virulent. Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns habe diese Gefahr nicht gebannt, da der gesetzliche Mindestlohn lediglich eine Lohnuntergrenze, nicht aber einen „fairen“ Lohn darstelle, der als Entgelt im Bereich des ÖPNV als angemessen angesehen werden könnte. Beispielsweise habe es häufig Beschwerden über die unzureichende Vergütung von Arbeitnehmern gegeben, die im Bereich der Beförderung von Schülern und Menschen mit Behinderungen eingesetzt worden seien. Hier seien von verschiedenen Unternehmern Löhne von teilweise deutlich unter 8,50 Euro gezahlt worden. Auch habe die Deutsche Bahn als Staatskonzern aufgrund höherer Personalkosten erhebliche Schwierigkeiten, Ausschreibungen im Regionalverkehr zu gewinnen. Ziel der Regelung sei darüber hinaus nicht die Gewährleistung eines Mindestlohns im ÖPNV, sondern die Sicherung des zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelt-niveaus. Es solle verhindert werden, dass tarifgebundene Unternehmen Anreize zur Tariffucht in andere niedriger entlohnte Bereiche hätten, um Kostenvorteile im Bieterwettbewerb zu erreichen. Die Festlegung auf die Anwendung lediglich eines beliebigen Tarifvertrags würde die Problematik der Verdrängung höherer tariflicher Standards im Bieterwettbewerb nicht lösen. Lohn- und Sozialdumping könne auch bei der Zahlung von Löhnen weit oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns vorliegen, nämlich dann, wenn die Vergütung im konkreten Fall deutlich unter der für die betreffende Tätigkeit markt- bzw. branchenüblichen Vergütung liege. Selbst eine Lohndifferenz von fünf Prozent könnte als Lohn- und Sozialdumping empfunden werden, etwa wenn ein Omnibusfahrer statt eines Stundenlohns von 13 Euro nur noch 12,35 Euro verdiene.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG komme nicht in Betracht, da die spezifischen Gehalte des Gleichheitssatzes bereits durch das Koalitionsgrundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG mitberücksichtigt worden seien; ein eigenständiger Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG sei daher nicht mehr eröffnet. Darüber hinaus könne im Verhältnis des Klägers zu 1) zum Kommunalen Arbeitgeberverband, dessen Tarifvertrag als repräsentativ erklärt worden ist, nicht von Gleichheit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG gesprochen werden. Aufgrund der erheblichen Unterschiede gebiete der allgemeine Gleichheitssatz gerade eine Ungleichbehandlung. Zu Recht habe das beklagte Land diese Ungleichheit mit den in § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 TVgG-NRW geregelten Kriterien aufgegriffen und zum Anknüpfungspunkt für eine zulässige unterschiedliche Behandlung von Koalitionen genommen. Eine Ungleichbehandlung wäre aber jedenfalls gerechtfertigt. Maßstab sei lediglich eine Willkürprüfung, denn die Differenzierung, wie sie in § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 2 TVgG-NRW angelegt und in der RepTVVO umgesetzt worden sei, stelle keine personen-, sondern lediglich eine sachbezogene Unterscheidung dar. Zudem habe das beklagte Land vorliegend in einem Bereich gehandelt, der mit der gewährenden Staatstätigkeit zumindest vergleichbar sei, da es um die Teilnahme von Verkehrsunternehmen an öffentlichen Aus-

schreibungen gehe. Die Regelung betreffe schließlich den Privatrechtsverkehr. Dem Gesetzgeber sei danach eine weite Gestaltungsfreiheit zuzugestehen. Die Differenzierung erfolge aus einem sachlichen Grund und unter Beachtung der Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung.

Auch die Klägerin zu 2) werde im Vergleich zu Verkehrsunternehmen, welche Mitglied bei dem KAV sind, nicht ungleich behandelt. Alle Verkehrsunternehmen, unabhängig von einer etwaigen Verbandsmitgliedschaft, seien gleichermaßen gehalten, die Verpflichtungserklärung entsprechend § 4 TVgG-NRW abzugeben. Die Klägerin zu 2) sei auch nicht in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Einschränkungen könnten allenfalls für die Klägerin zu 2) hinsichtlich der Entgelthöhe spürbar sein, soweit sie sich bei der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags verpflichtet, das in dem repräsentativen Tarifvertrag festgelegte Entgelt zu zahlen. Ein Eingriff in den Schutzbereich sei jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da mit dem TVgG-NRW verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt würden.

II.

Die Kammer ist davon überzeugt, dass § 4 Abs. 2 TVgG-NRW in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW unvereinbar mit der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen ist und legt die verfassungswidrigen Normen gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, § 50 Abs. 1 VGHG NRW dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen zur Entscheidung vor. Die aus dem TVgG-NRW hervorgehende „Pflicht zu Tariftreue“ im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) verletzt zumindest den Kläger zu 1) in seinem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit, das ihm die Landesverfassung in Art. 4 Abs. 1 LV NRW in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG garantiert.

1. § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW verpflichtet alle öffentlichen Auftraggeber im ÖPNV, öffentliche Aufträge (§ 2 Abs. 2 TVgG-NRW) nur an Unternehmen zu vergeben, die ihre Arbeitnehmer mindestens nach der Entgeltordnung desjenigen Tarifvertrages bezahlen, den das nordrhein-westfälische Arbeitsministerium für diesen Verkehrsbereich in einer Rechtsverordnung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW (§ 4 Abs. 2 Satz 2 TVgG-NRW) für repräsentativ erklärt hat. Unterliegt ein Unternehmen einem anderen Tarifvertrag, muss es den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag trotzdem (individualvertraglich) vollständig zugunsten seiner Arbeitnehmer anwenden und auch seine Nachunternehmer dazu verpflichten. Das TVgG-NRW gibt aber keine absolute Lohnuntergrenze im Sinne des im Jahr 2014 erlassenen Mindestlohngesetzes (MiLoG) vor, sondern bindet die Auftragnehmer der öffentlichen Hand an die gesamte Entgeltordnung des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags. Die Bindung erstreckt sich auf alle, also auch auf die höchsten Lohn- und Gehaltsgruppen, Zulagen und Zuschläge sowie auf einen evtl. automatischen Lohnanstieg bei längerer Betriebszugehörigkeit.

2. Da das TVgG-NRW Entgeltuntergrenzen zugunsten der Arbeitnehmer vorgibt, kann es in demselben sachlich, räumlich und personell abgegrenzten Gebiet des ÖPNV – entgegen dem missverständlichen Wortlaut – nur einen einzigen repräsentativen Tarifvertrag

geben, genauer: eine repräsentative Entgeltordnung. Denn logisch zwingend kann es nur einen ganz bestimmten Geldbetrag (Entgeltuntergrenze) geben, den der Unternehmer nicht unterschreiten darf, und nicht mehrere. Es können zwar mehrere Tarifverträge auf dem Gebiet des gesamten ÖPNV für repräsentativ erklärt werden, aber nur nebeneinander, d.h. für verschiedene, voneinander abgegrenzte Verkehrssektoren, also beispielsweise für den Linienbusverkehr oder den Schienenverkehr. Nur dieses Verständnis wird dem Begriff der Repräsentativität im Zusammenhang mit der von dem TVgG-NRW ausschließlich angestrebten Entgeltuntergrenze gerecht.

Die Kammer konnte deswegen dem Verlangen der Kläger, den für sie geltenden Tarifvertrag (TV NWO) zusätzlich zu dem bereits für repräsentativ erklärten Tarifvertrag (TV-N NW) verordnungsrechtlich für repräsentativ erklären zu lassen, von vornherein nicht nachkommen. Andernfalls gäbe es nämlich für denselben Arbeitnehmerkreis zwei unterschiedlich hohe Mindestentgelte mit der Folge, dass nur das geringere Anwendung fände. Die Repräsentativität des einen Tarifvertrags liefe damit leer und der Zweck des TVgG-NRW würde verfehlt.

3. Die Tariftreueregelung des TVgG-NRW ist am Grundrecht der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zu messen, den Art. 4 Abs. 1 LV NRW zum Bestandteil der Landesverfassung erklärt und der deswegen unmittelbar geltendes nordrhein-westfälisches Landesverfassungsrecht darstellt. Zumindest der Kläger zu 1) ist Träger dieses Grundrechts. Im Bereich der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie hat sich der Staat grundsätzlich – vorbehaltlich rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmen – einer Einflussnahme zu enthalten. Die Normsetzungsprärogative liegt hier bei den Tarifvertragsparteien, zu denen auch der Kläger zu 1) zählt.

4. Die Tariftreueregelung des TVgG-NRW greift in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ein, indem sie – wenngleich nur mittelbar – die Normsetzungsbefugnis, also das Recht, tatsächlich wirksame Tarifverträge abzuschließen, derjenigen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften beeinträchtigt, deren Tarifverträge auf dem Gebiet des ÖPNV nicht für repräsentativ erklärt worden sind. Dazu gehört auch der Kläger zu 1).

Das TVgG-NRW unterläuft in seinem Anwendungsbereich die im freien Spiel der Kräfte von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgehandelten Tarifentgelte, soweit diese unterhalb des Tarifvertrags liegen, der von der Landesregierung für repräsentativ erklärt worden ist. An der Beeinträchtigung ändert nichts, dass auch der für repräsentativ erklärte Tarifvertrag von Tarifparteien ausgehandelt worden ist. Das TVgG-NRW verdrängt im Bereich des ÖPNV durch die monopolartige Nachfragemacht der öffentlichen Hand faktisch alle bestehenden oder künftigen Tarifverträge im selben Geltungsbereich, bei denen die Tarifpartner niedriger abgeschlossen haben. Deren Tarifverträge bleiben zwar formal unangetastet und wirksam. Die typischerweise wichtigste Tarifregelung, die Entgeltvereinbarung in ihrer Gesamtheit, wird durch die Tariftreueregelung des TVgG-NRW aber entwertet.

Mit dieser faktischen Einschränkung der Normsetzungsbefugnis beeinträchtigt das TVgG-NRW das Grundrecht der Tarifautonomie der Koalitionen, deren Tarifverträge nicht reprä-

sentativ sind. Die Existenzberechtigung eines Arbeitgeberverbandes, der im Bereich des Entgelts sein vornehmstes Recht, die Befugnis zur Normsetzung durch Tarifabschluss, faktisch eingebüßt hat, steht in den Augen der ihn tragenden Arbeitgeber offensichtlich in Frage.

Das TVgG-NRW beeinträchtigt die Koalitionsfreiheit nicht nur bezüglich der gegenwärtig geltenden, sondern auch bezüglich der künftigen Tarifverträge. Mit dem TVgG-NRW nimmt es der Landesgesetzgeber zumindest wissentlich in Kauf, dass er steuernd in die künftige Ausübung der grundrechtlichen Koalitionsfreiheit der Tarifparteien eingreift. Das TVgG-NRW schmälert so den der Tarifautonomie innewohnenden Gestaltungsspielraum der Tarifparteien. Denn von vornherein steht fest, dass die Entgeltregelung im Bereich des ÖPNV nur zum Tragen kommen wird, wenn diese höher ist als die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags, einschließlich dessen künftiger Entwicklung.

Das TVgG-NRW greift außerdem in Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 LV NRW ein, indem die Tariftreuregelung das Konkurrenz- und Kräfteverhältnis zwischen den Koalitionen verändert. Ein für repräsentativ erklärter Tarifvertrag erlangt eine erheblich größere Durchschlagskraft, wenn sein wichtigster Bestandteil, die Entgeltregelung, faktisch auch für Arbeitsvertragsparteien gilt, deren Vertreter ihn nicht abgeschlossen haben. Durch staatliche Einflussnahme erhalten die Tarifvertragsparteien, die den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag ausgehandelt haben, ein deutlich größeres Gewicht als sie es im freien Spiel der (Tarif-)Kräfte errungen haben. Komplementär werden durch diese staatliche Einflussnahme die konkurrierenden Koalitionen geschwächt.

5. Der vielgestaltige und weitreichende Eingriff des TVgG-NRW in die Koalitionsfreiheit ist zumindest seit dem Inkrafttreten des bundesrechtlichen Mindestlohngesetzes (MiLoG) verfassungsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt, weil die nordrhein-westfälische Tariftreuregelung das Grundrecht so erheblich zurücksetzt, dass dieser Eingriff im Vergleich zu den mit ihm erstrebten zusätzlichen Vorteilen für die Lohnhöhe der Arbeitnehmer jedenfalls unangemessen ist.

§ 4 Abs. 2 TVgG-NRW soll ausweislich der Gesetzesmaterialien einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken, Lohn- und Sozialdumping, insbesondere untertarifliche Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen unterbinden und die Wettbewerbsposition tarifgebundener Unternehmer stärken. Unter Berücksichtigung dieser – für sich genommen legitimen Ziele von Verfassungsrang – ist ein tatsächliches Bedürfnis für eine die kollektive Koalitionsfreiheit einschränkende Tariftreuregelung in der vom TVgG-NRW vorgesehenen Art nicht ersichtlich.

Die Kammer ist zu der Überzeugung gelangt, dass der Landesgesetzgeber die beim Gesetzeserlass angegebenen Ziele der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping und die Verhinderung untertariflicher Bezahlung in Wirklichkeit allenfalls am Rande verfolgt, weil die von ihm ins Werk gesetzte Tariftreuregelung hauptsächlich darauf ausgerichtet ist, alle bestehenden Tarifverträge bis auf den einen, den die Landesregierung in einem Sektor als repräsentativ erklärt hat, in ihrem Kernbereich der Entgeltregelung zu verdrängen

bzw. zu marginalisieren. Anders ist nicht erklärbar, warum die Regelung sich nicht auf tariflich Ungebundene (sogenannte „tarifliche Außenseiter“) beschränkt oder alternativ alle tarifvertraglich ausgehandelten Entgelte im ÖPNV des Landes Nordrhein-Westfalen akzeptiert.

Das Gericht hat weiterhin keine tatsächlichen, also empirisch gesicherten Anhaltspunkte dafür gefunden, dass die Tarifparteien auf dem Gebiet des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen ihrer Aufgabe, die Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnung durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, nicht gerecht geworden sind. Eine wirtschaftliche Fehlentwicklung der tarifvertraglich gebundenen Arbeitgeber, die im öffentlichen Auftrag ÖPNV-Leistungen auf der Grundlage des für sie geltenden Tarifvertrages anbieten, durch „Lohndumping“ oder ähnliche Erscheinungen ist nicht erkennbar. Trotz ausdrücklicher Aufforderung durch die Kammer, hat das beklagte Land nicht darlegen können, dass im ÖPNV von NRW solche Fehlentwicklungen aufgetreten sind oder zu erwarten stehen, die nach dem in den Landtags-Drucksachen dokumentierten Willen des Gesetzgebers korrigiert bzw. verhindert werden sollen.

Der Arbeitnehmerschutz rechtfertigt den Grundrechtseingriff durch die Tariftreueregelung nicht. Mit der Einführung des Mindestlohns (§ 1 Abs. 1, 2 Satz 1 MiLoG: brutto 8,50 Euro je Zeitstunde) zum 1. Januar 2015 ist ein Absinken des Lohns auf ein prekäres Niveau bundesgesetzlich ausgeschlossen. Der Bundesgesetzgeber hat mit dem MiLoG die bundesweit verbindliche Wertung vorgegeben, ab welchem Betrag das vom TVgG-NRW vorgeblich bekämpfte „Lohndumping“ beginnt. Für sonstige öffentliche Aufträge sieht § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG-NRW zudem ergänzend ein landesrechtliches „Mindeststundenentgelt“ von 8,85 Euro vor (vgl. Anpassung des Mindeststundenentgelts durch § 1 VgMinVO vom 19. November 2014, GV. NRW. 2014, 927). Das Aushandeln eines darüber hinaus gehenden, branchenspezifischen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragbaren, also „fairen“ Entgelts ist nach der grundgesetzlichen Ordnung den Tarifparteien vorbehalten. Das beklagte Land hat keine Hinweise dafür vorlegen können, dass die Tarifparteien im Bereich des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen hierzu nicht in der Lage sind, waren oder künftig sein werden.

Die für das Gebiet des ÖPNV in NRW vereinbarten Tarifabschlüsse zeigen im Gegenteil, dass die Marktbedingungen existenzsichernde Löhne zulassen und von den Tarifparteien auch vereinbart werden. Die tarifvertraglichen Entgeltvereinbarungen aller im Bereich des ÖPNV NRW maßgeblichen Flächentarifverträge wie auch die sog. Haustarifverträge lagen bereits bei dem Erlass des TVgG-NRW vor rund zwei Jahren über dem heute bundesweit geltenden Mindestlohn von 8,50 Euro. Heute erhält das typischerweise im ÖPNV eingesetzte Fahrpersonal nach den nicht für repräsentativ erklärten Tarifverträgen Stundenlöhne von etwa 12,50 Euro bis 13,00 Euro. Lediglich die von der zweifellos tariffähigen Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Haustarifverträge im ländlichen Raum liegen etwa 1,20 Euro pro Stunde darunter. Diese landestypischen Stundenlöhne übersteigen den bundesrechtlichen Mindestlohn damit um rund 40 Prozent und mehr. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass diese Löhne in so absehbarer Zeit sinken könnten, dass heute bereits korrigierend gesetzlich eingegriffen werden müsste. Eine gestörte Vertragsparität zwi-

schen den Tarifparteien wurde von dem beklagten Land für den ÖPNV auch weder dargelegt, noch ist eine solche sonst ersichtlich.

Die Unangemessenheit der Tariftreuregelung beruht weiterhin darauf, dass das TVgG-NRW nicht nur die unterste Entgeltgruppe des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags gegen die Entgeltgruppen der konkurrierenden Tarifverträge durchsetzt, sondern auch alle Entgelterhöhungen in Form von Stufen, Zuschlägen usw. Das Gesetz bleibt ebenso wie die Gesetzesmaterialien und das beklagte Land in diesem Verfahren eine nachvollziehbare Erklärung dafür schuldig, warum diese über die unterste Lohngruppe hinausgreifende Bindung notwendig ist. Eine solche Begründung ist umso mehr vor dem Hintergrund des bundesrechtlichen MiLoG erforderlich, das sich auf eine einzige Lohnuntergrenze beschränkt, während das TVgG-NRW abweichend davon viele gestaffelte, betragsmäßig ansteigende Untergrenzen setzen kann, wie der für repräsentativ erklärte TV-N NW zeigt.

Die Verhinderung des vom beklagten Land weiterhin angeführten Unterbietungswettbewerbs vermag den Eingriff des TVgG-NRW in die Koalitionsfreiheit ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Wie in anderen Wirtschaftsbereichen stellen auch bei der Konkurrenz um ÖPNV-Aufträge die Lohnkosten einen Bestandteil des Bieterwettbewerbs dar. Bei konkurrierenden Tarifverträgen ist das in Deutschland auch in vielen anderen Wirtschaftsbereichen zu finden. Wenn die Kammer die konkret im nordrhein-westfälischen ÖPNV vorzufindende Tariflandschaft in den Blick nimmt, auf die sich die in Rede stehende Tariftreuregelung beschränkt, kann sie keinen „ruinösen Verdrängungswettbewerb“ aufgrund von „Dumping-Tarifverträgen“ vorfinden, welcher einen korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers möglicherweise zu rechtfertigen vermöchte.

Das Ziel, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Lohnkosten als Kalkulationsbestandteil der Bieter auszuschließen, stellt für sich genommen kein legitimes Ziel von Verfassungsrang dar, welches einen Eingriff in die kollektive Tarifautonomie rechtfertigen könnte. Anderes könnte allenfalls gelten, wenn es hierfür unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes sachlich zwingende Gründe gäbe. Diese fehlen indessen, wo – wie hier – Tarifverträge bestehen, die von tariffähigen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften ausgehandelt worden sind und deren Entgelte rund 40 Prozent über dem bundesrechtlichen Mindestlohn angesiedelt sind. Miteinander im Wettbewerb stehende Tarifverträge enthalten naturgemäß voneinander abweichende Entgeltvereinbarungen. Diese führen je nach Tarifbindung zu unterschiedlichen kalkulatorischen Lohnkosten. Das stellt jedoch keine vom Staat zu bekämpfende, sondern vielmehr eine die soziale Marktwirtschaft prägende und wünschenswerte Erscheinung dar, die Ausdruck einer freiheitlich verfassten Wirtschaftsordnung und ein Wesensmerkmal der pluralen deutschen Tariflandschaft ist.

6. Eine verfassungskonforme Auslegung, die § 4 Abs. 2 TVgG-NRW zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit verhelfen könnte, erscheint der Kammer verschlossen. Einer Auslegung des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW dergestalt, dass nur nicht tarifgebundene Bewerber eine Tariftreueerklärung abgeben müssen, steht der eindeutige Wortlaut der Regelung sowie der gesetzgeberische Wille entgegen. Bei einem weiteren Verständnis des Merkmals der Repräsentativität, wenn also mehrere Tarifverträge für repräsentativ erklärt wer-

den könnten, bliebe es zudem bei einer ungerechtfertigten Beeinträchtigung derjenigen Koalitionen, deren Tarifverträge gleichwohl ausgeschlossen bleiben, weil sie das Merkmal der Repräsentativität nicht erfüllen.

7. Die Kammer gelangt zumindest bezüglich der Klage des Klägers zu 1) bei der Gültigkeit der Tariftreuerregelung des TVgG-NRW zu einem anderen Entscheidungsergebnis als bei deren Ungültigkeit. Zwar wäre die Klage des Klägers zu 1) in seinem Klageantrag zu 1) in beiden Fällen unzulässig und in seinem Klageantrag zu 2) unbegründet. Aber sein Klageantrag zu 3) hätte im Fall der Verfassungswidrigkeit Erfolg, während er bei einer Verfassungsgemäßheit abzuweisen wäre.

III.

Die Kammer fasst den Beschluss in voller Spruchkörperbesetzung. Ein Gericht kann einen Aussetzungs- und Vorlagebeschluss gemäß Art. 100 Abs. 1 GG nur in derjenigen Besetzung fassen, in der es die Entscheidung hätte treffen müssen, für die die Vorlagefrage erheblich ist. Dies ergibt sich aus dem engen Zusammenhang zwischen der anstehenden Sachentscheidung und der dem Verfassungsgericht zur Prüfung gestellten Frage, ob die bei der Sachentscheidung anzuwendende Norm gültig oder verfassungswidrig ist.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2010 – 2 BvL 21/08 –, juris Rn. 5 zur Vorlage an das BVerfG.

1. Das Verfahren ist auszusetzen und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen einzuholen, weil das Gericht § 4 Abs. 2 TVgG-NRW i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW, auf deren Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für unvereinbar mit der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen hält, vgl. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 75 Nr. 4 LV NRW und § 50 VGHG NRW.

Auch wenn die Klägerseite ausdrücklich hervorgehoben hat, dass sie von der Verfassungsgemäßheit des TVgG-NRW ausgeht und keine verfassungsrechtliche Überprüfung bzw. Vorlage der landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen der RepTVVO wünscht, musste das Gericht – wie den Beteiligten bereits im Verfahrensverlauf mitgeteilt – der Frage der Verfassungsmäßigkeit des TVgG-NRW unabhängig davon nachgehen. Das ergibt sich nicht nur aus den allgemeinen Regeln der Gesetzesanwendung, sondern die Pflicht zur Prüfung und Vorlage an den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen wird ausdrücklich in § 50 Abs. 3 VGHG NRW statuiert, in dem es heißt: „Der [Vorlage-]Antrag des Gerichts ist unabhängig von der Rüge der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durch einen Beteiligten des Ausgangsverfahrens.“

Die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs NRW ist gegeben, da das erkennende als vorlageberechtigtes Gericht ein Landesgesetz für mit der Landesverfassung nicht vereinbar hält (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GG). Die für verfassungswidrig gehaltenen Vorschriften stellen ein formelles, nachkonstitutionelles Landesgesetz dar.

Der Vorlage an den Landesverfassungsgerichtshof steht nicht entgegen, dass das Gericht § 4 Abs. 2 TVgG-NRW auch mit dem Grundgesetz für unvereinbar erachtet, es daher

auch dem Bundesverfassungsgericht vorlegen könnte. Bei einem Verstoß sowohl gegen die Landesverfassung als auch gegen das Grundgesetz steht es dem Gericht frei, welches der beiden Verfassungsgerichte es zuerst mit der Frage befasst.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 1985 – 2 BvR 128/84 –, juris Rn. 14 ff. (= BVerfGE 69, 112-122); VerfGH NRW, Entscheidung vom 19. November 1960 – 1/60 –, OVGE 16, 315 (317); Heusch, in: ders./Schönenbroicher (Hrsg.), Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 75 Rn. 64.

Da es sich um einen rein landesinternen Sachverhalt handelt, der sich auch in seinen tatsächlichen Auswirkungen auf Nordrhein-Westfalen beschränkt, hat die Kammer das ihr vom Grundgesetz eröffnete Ermessen, bei welchem Verfassungsgericht es vorlegt, dahingehend betätigt, sich an den Verfassungsgerichtshof des Landes zu wenden.

Etwilige Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorschrift mit europäischem Gemeinschaftsrecht,

vgl. jüngst EuGH, Urteil vom 18. September 2014 – C-549/13 –, Celex-Nr. 62013CJ0549 zur Europarechtswidrigkeit der Mindestlohnvorgabe des TVoG-NRW, wenn ein Nachunternehmer einen öffentlichen Auftrag ausschließlich im EU-Ausland ausführt,

stehen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. § 50 Abs. 1 VG NRW nicht entgegen. Zwar fehlen die Voraussetzungen einer konkreten Normenkontrolle, wenn feststeht, dass ein Gesetz dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf. Denn in einem solchen Fall ist das Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG. Ist die gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtslage strittig, gibt es hingegen aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 267 Abs. 2 AEUV und Art. 100 Abs. 1 GG. Zwar kann es ohne vorherige Klärung der europarechtlichen Fragen durch den Gerichtshof der Europäischen Union dazu kommen, dass das Landesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft, das wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht angewandt werden darf. Umgekehrt bliebe aber ohne Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen durch das Landesverfassungsgericht im Verfahren der Vorabentscheidung für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften offen, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben im Übrigen gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft. In dieser Situation darf ein Gericht, das sowohl europarechtliche als auch verfassungsrechtliche Zweifel hat, nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden, welches Zwischenverfahren es zunächst einleitet.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 52 (= BVerfGE 116, 202-228).

Dabei hat sich die Kammer insofern davon leiten lassen, dass keiner der Beteiligten die Europarechtskonformität angezweifelt hat und kein grenzüberschreitender Sachverhalt erkennbar ist.

2. Die Kammer ist von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt. Das Gericht hält § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW wegen Unvereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LV NRW für mit der Landesverfassung unvereinbar, Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, § 50 Abs. 1 VGHG NW. Die Tariftreuregelung steht mit dem in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Recht auf Koalitionsfreiheit, das über die Rezeptionsnorm des Art. 4 Abs. 1 LV NRW Teil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Recht ist, nicht in Einklang. Eine verfassungskonforme Auslegung kommt nicht in Betracht. Für die Entscheidung des Gerichts kommt es auf die Gültigkeit dieser gesetzlichen Regelung an.

a) Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat mit § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW eine Regelung geschaffen, mit der beschränkt auf den Sektor des öffentlichen Personennahverkehrs in NRW von den öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 GWB (vgl. § 2 Abs. 4 TVgG-NRW) verlangt wird, dass diese öffentliche Aufträge im Sinne des § 2 Abs. 2 TVgG-NRW nur an Unternehmen vergeben, welche sich – ungeachtet ihrer eigenen Tarifbindung – verpflichten, bei der Ausführung der Leistung mindestens das in einem der repräsentativen Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen. § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW lautet:

„Öffentliche Aufträge im Sinne des § 2 Absatz 2 im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen.“

Von der Tariftreuregelung des TVgG-NRW erfasst werden gemäß §§ 4 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 2 TVgG-NRW alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungsverordnung, die keine öffentlichen Personenverkehre darstellen, insbesondere der Schülerverkehr sowie Krankentransport-Dienstleistungen, gehören, da sie nur bestimmten Personengruppen zugänglich sind, nicht zum öffentlichen Personenverkehr, sodass eine Anwendbarkeit des § 4 Abs. 2 TVgG insoweit ausscheidet.

Die von den Bewerbern als Voraussetzung für ein erfolgreiches Vergabeverfahren abzugebende Tariftreuerklärung erstreckt sich auf das Entgelt „nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten“. Nach der im Arbeits- und Sozialrecht gängigen Definition haben alle geldwerten Vorteile Entgeltcharakter, die als Gegenleistung für die Arbeitserbringung gewährt werden.

Vgl. Bay. Landessozialgericht, Urteil vom 24. Mai 2007 – L 10 AL 62/06 –, juris; Hessisches LAG, Urteil vom 17. Dezember 1999 – 2 Sa 157/99 –, juris Rn. 33; Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, BGB § 611 Rn. 389.

Nach dem in diesem Sinne weit zu verstehenden Entgeltbegriff zählen hierzu – anders als nach § 4 Abs. 3 TVgG-NRW – nicht bloß einzelne Entgeltbestandteile wie etwa ein tarifvertraglich festgesetztes Stunden- bzw. Monatsentgelt, sondern entscheidend ist die vom Arbeitgeber nach den tarifvertraglich vorgesehenen Modalitäten zu zahlende Gesamtsumme. Diese wird unter anderem gebildet durch das Tabellenentgelt einschließlich der dazu gehörigen Eingruppierungsregelungen, mögliche Schichtzulagen, die Zulagen für die Überstunden-, Nacht- sowie die Sonnabend-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie die tarifvertraglich vorgesehenen Sonderzahlungen, soweit diese als Gegenleistung für erbrachte Arbeit angesehen werden.

Vgl. Faber, Die Reichweite der Tariftreuepflichten im öffentlichen Personennahverkehr, in: DVBI 2014, 149 (153); siehe aber Löwisch, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, in: Der Betrieb 2004, 814 (814), der besondere Mehrarbeitsvergütungen nicht erfasst sieht. Trotz Entgeltcharakters dürften tarifvertraglich geregelte vermögenswirksame Leistungen nicht zu berücksichtigen sein, weil sie wesentlich anderen Zwecken als der unmittelbaren Gegenleistung für die Arbeitstätigkeit dienen. Gleiches dürfte für die betriebliche Altersversorgung als künftige Leistung im Versorgungsfall (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) gelten; Lembke, Das Mindestlohn-gesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, in: NZA 2015, 70 (75).

Nicht zum Entgelt zählen hingegen reine Urlaubsregelungen, Pausen- oder Beschäftigungssicherungsregeln. Keinen Entgeltcharakter haben ferner reine Gratifikationen oder reiner Aufwendersersatz.

Vgl. BAG, Urteil vom 19. November 1981 – 6 AZR 180/79 –, juris; Schüren, in: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2009, § 46 Rn. 168 m.w.N.; Faber, Die Reichweite der Tariftreuepflichten im öffentlichen Personennahverkehr – Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Bundesländern, in: DVBI 2015, 149 (153).

Eine abschließende Auflistung derjenigen Einzelbestandteile (in der Diktion des TVgG-NRW: „Modalitäten“) eines Tarifvertrages, welche Entgeltcharakter haben, ist angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Tarifverträge ausgeschlossen. Der Begriff des Entgelts ermöglicht aber eine nähere Konkretisierung, nachdem die Feststellung des repräsentativen Tarifvertrags erfolgt ist.

Kritisch zur Bestimmtheit des Entgeltbegriffs Langenbrinck, Tariftreuegesetze erfordern Augenmaß, ZTR 2013, 411 (413).

Welche Tarifverträge im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW als repräsentativ anzusehen sind, bestimmt das für Arbeit zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW (§ 4 Abs. 2 Satz 2 TVgG-NRW). Nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ist für den jeweiligen sachlichen Geltungsbereich nur ein Tarifvertrag als repräsentativ festzusetzen.

Zwar lässt der Wortlaut grundsätzlich auch die Festsetzung mehrerer (konkurrierender) Tarifverträge als repräsentativ zu. Denn das Gesetz formuliert, dass sich die Verpflichtung auf das vorgesehene Entgelt aus „einem der einschlägigen und repräsentativen [...] Tarifverträge“ beziehen muss. Es bestimmt aber nicht näher, ob mehrere konkurrierende – also für denselben räumlichen und sachlichen Bereich vereinbarte – Tarifverträge repräsentativ

im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW sein können, oder es für einen räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich nur einen repräsentativen Tarifvertrag geben kann.

Auch vom Wortsinn her lässt der Begriff der Repräsentativität sowohl die Auswahl eines einzigen, als auch mehrerer Tarifverträge zu. In der Verordnungsermächtigung in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW wird das für Arbeit zuständige Ministerium ermächtigt festzustellen, welche Tarifverträge – und nicht: welcher Tarifvertrag – im Bereich des ÖPNV repräsentativ sind.

Einer Auslegung dahingehend, dass mehrere (konkurrierende) Tarifverträge repräsentativ sein können, steht schließlich auch § 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW nicht entgegen, welcher zur Bestimmung der Repräsentativität eines Tarifvertrags konkretisierend heranzuziehen ist. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass das maßgebliche Merkmal der „Bedeutung des Tarifvertrags für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer“ mehrere konkurrierende Tarifverträge erfüllen. Schließlich enthält die Gesetzesbegründung auch Erwägungen, die für die Möglichkeit der Feststellung mehrerer (konkurrierender) Tarifverträge sprechen könnten.

Vgl. LT-Drs. 15/2379, S. 43: „Durch diese offene Formulierung sowie durch das Abstellen auf mehrere repräsentative Tarifverträge wird die durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie gewahrt.“

Der gesetzlich gewählte Begriff der Repräsentativität, der im alltagssprachlichen Verständnis einer repräsentativen Demokratie eher Vielfalt als Absolutheit kennzeichnet, kann im Regelungszusammenhang als Tatbestandsmerkmal des TVgG-NRW nicht in diesem Sinne verstanden werden. Das TVgG-NRW ist darauf angelegt, im ÖPNV von NRW ein Mindestentgeltniveau vorzugeben. Es wäre ohne Weiteres möglich gewesen, den genauen Betrag im TVgG-NRW oder einer Rechtsverordnung auszuweisen und diesen jährlich entsprechend den jeweiligen Tarifabschlüssen anzupassen (vgl. § 4 Abs. 3 TVgG-NRW). Diesen Weg ist der Landesgesetzgeber jedoch nicht gegangen, sondern er hat den Mindestbetrag im Wege einer dynamischen Verweisung festgelegt. Er erkennt damit zutreffend den Vorrang der Tarifparteien bei der Findung der Lohnhöhe an. Gleichwohl war er genötigt, einen einzigen Betrag festzulegen, der nicht unterschritten werden darf, weil er eine Entgeltuntergrenze ziehen wollte.

Vgl. LT-Drs. 15/2379, S. 2: „Kernelement des Gesetzentwurfs ist die Verankerung einer an tariflichen Regelungen orientierten Mindestvergütung der in die Ausführung öffentlicher Aufträge einbezogenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.“

Um diesen Betrag zu finden, bedient sich das Gesetz des Kriteriums der Repräsentativität des Tarifvertrags. Die Repräsentativität hat in diesem Regelungszusammenhang lediglich die Funktion eines Auswahlinstruments zwischen den verschiedenen Entgeltbeträgen, die angesichts der sektoral parallel geltenden Tarifverträge in Frage kommen. Stellt man im Einklang mit dem Zweck des TVgG-NRW und dem Regelungszusammenhang auf die Funktion des Kriteriums der Repräsentativität als bloßes Mittel zur Auswahl des Mindestentgeltbetrags ab, streitet das durchgreifend gegen die klägerseitig vertretene Auffassung,

mehrere Tarifverträge könnten repräsentativ sein. Insofern folgt das Gericht der in der Literatur zum Teil vertretenen gegenteiligen Ansicht nicht.

Vgl. Faber, Gründe für die Rechtswidrigkeit der Verordnung zur Feststellung repräsentativer Tarifverträge im ÖPNV (RepTVVO), in: Eildienst LKT NRW 2013, 304 (304); ders., Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, 255 (258); Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (648); Langenbrinck, Tariftreuegesetze erfordern Augenmaß, in: ZTR 2013, 411 (411 f.).

Gegen die Annahme, dass mehrere Tarifverträge repräsentativ sein können, spricht, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Tariftreuregelung nicht nur den allgemeinen Schutz des regionalen Arbeitsmarktes und des ihn strukturierenden tariflichen Regulationssystems bezweckte,

hiervon geht Kempen aus, wenn er die Möglichkeit der Auswahl zwischen mehreren Tarifverträgen bejaht: Kempen, „Tariftreue-Erklärungen“ – Ein Verstoß gegen Wettbewerbs- und Vergaberecht?, in: Klebe (Hrsg.), Recht und soziale Arbeit. Festschrift für Däubler, 1999, S. 503 (518),

sondern die Festsetzung einer Entgeltuntergrenze. Eine solche kann aber nur durch *einen* hierfür maßgeblichen Tarifvertrag festgesetzt werden. Die Festsetzung eines weiteren, konkurrierenden Tarifvertrags als repräsentativ würde sich als widersinnig erweisen, denn nur der Tarifvertrag mit der geringeren Entgeltregelung wäre für die Lohnuntergrenze maßgeblich. Wären beispielsweise der TV-N NW und der TV-NWO repräsentativ, setzte sich nur das niedrigere Entgelt des TV-NWO durch. Die Repräsentativitätserklärung bezüglich des TV-N NW liefe leer und wäre sinnlos. Gesetzesauslegungen, die zur Sinnlosigkeit führen, verbieten sich jedoch.

Die offene Plural-Formulierung der §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1, 2 TVgG-NRW ermöglicht dem Ordnungsgeber in Anlehnung an § 7 Abs. 2 Satz 1 TVG lediglich, im Bereich des ÖPNV nach eigenem Ermessen erforderliche Geltungsräume (Schiene – Straße – Anmietverkehr, etc. oder regionale Abgrenzungen) zu bilden, um die Bedeutung von Tarifverträgen für die Arbeitnehmer sachgerecht für den jeweiligen räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich widerspiegeln zu können.

Vgl. Dieterich/Ulber, Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis. Am Beispiel von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 und 2 TVgG-NRW, in: ZTR 2013, 179 (182).

Zusammengefasst: Die von der Tariftreuregelung des TVgG-NRW vorgesehene verbindliche und betragsmäßig feststehende Entgeltuntergrenze kann es logisch zwingend nur ein einziges Mal geben. Die Repräsentativität dient allein als Auswahlkriterium zwischen den Entgeltordnungen der konkurrierenden Tarifverträge. Deswegen kann in einem sektoralen Anwendungsbereich lediglich ein einziger Tarifvertrag, genauer: dessen Entgeltordnung, für repräsentativ erklärt werden. Denn für die Bestimmung der Lohnuntergrenze kommt es nicht entscheidend darauf an, ob ein Tarifvertrag materiell repräsentativ ist, sondern nur auf die für verbindlich erklärte Betragsuntergrenze in Euro.

b) Das so verstandene Landesgesetz ist an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen. Diese Vorschrift ist aufgrund der Rezeptionsnorm des Art. 4 Abs. 1 LV NRW Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Landesrecht. Die Rezeption von Art. 9 Abs. 3 GG über Art. 4 Abs. 1 LV NRW hält sich im Rahmen der Vorgaben von Art. 142, 31 GG, wonach die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte der Landesverfassungen nur insoweit in Kraft bleiben, als sie in Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen des Grundgesetzes stehen.

Vgl. VerfGH NRW, Urteil vom 1. Juli 2014 – 21/13 –, DVBl 2014, 1059 (C.I.1.); BVerfG, Beschluss vom 15. Oktober 1997 – 2 BvN 1/95 –, juris Rn. 66 (= BVerfGE 96, 345-375); Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher (Hrsg.), Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 4 Rn. 13 ff.; Dickersbach, in: Geller/Kleinrahm, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 3. Auflage, Stand: Februar 1994, Art. 4 Anm. 2c; Dietlein, in: ders./Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 5. Auflage 2014, S. 14 f.; Stern, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 1442; a.A. Hartmann, Landesgrundrechte und Alimentationsprinzip, NWVBl. 2014, 211 (212 ff.).

Art. 4 Abs. 1 LV NRW i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet jedermann das Recht, zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Die individualrechtliche Gewährleistung setzt sich nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in einem Freiheitsrecht der Koalitionen selbst fort (kollektive Koalitionsfreiheit). Es schützt sie in ihrem Bestand und garantiert ihnen die Bestimmung über ihre Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte. Den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG genießen ferner Betätigungen der Koalitionen, soweit sie der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 26. Juni 1991 – 1 BvR 779/85 –, juris Rn. 33 (= BVerfGE 84, 212-232), vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 70 (= BVerfGE 116, 202-228), und vom 26. März 2014 – 1 BvR 3185/09 –, juris Rn. 23 (= NZA 2014, 493-496); Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 69; über Art. 19 Abs. 3 GG auch Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 66; Linsenmaier, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, GG Art. 9 Rn. 39; zum Wandel der Rechtsprechung des BVerfG von der Gewährleistung (nur) eines verfahrensmäßigen Bestandteils hin zu der Gewährleistung (auch) einer inhaltlichen Gestaltung siehe Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 73-87.

Der Schutz ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 14. November 1995 – 1 BvR 601/92 –, juris Rn. 20 (= BVerfGE 93, 352-361), vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 101 (= BVerfGE 94, 268-297), und vom 26. März 2014 – 1 BvR 3185/09 –, juris Rn. 23 (= NZA 2014, 493-496); BAG, Beschluss vom 15. Oktober 2013 – 1 ABR 31/12 –, juris Rn. 36 (= NZA 2014, 319-323); Linsenmaier, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, GG Art. 9 Rn. 31.

Der Schutzbereich umfasst insbesondere die Tarifautonomie, also die Freiheit der Koalitionen, untereinander Tarifverträge zu schließen, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht. Das Grundgesetz räumt den Koalitionen das gegenüber staatlichen Regelungen prinzipiell vorrangige, aber nicht das alleinige Recht zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 57 ff. (= BVerfGE 44, 322-353), vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 102 (= BVerfGE 94, 268-297), vom 3. April 2001 – 1 BvL 32/97 –, juris Rn. 42 (= BVerfGE 103, 293-309), und vom 29. Dezember 2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 –, juris Rn. 18 (= NZA 2005, 153-156); Dieterich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, Art. 9 GG, Rn. 86; kritisch Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 293.

Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich – also vorbehaltlich rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmen – einer Einflussnahme und überlässt die Regelungen zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen. Den Koalitionsparteien kommt zwar kein Normsetzungsmonopol, aber eine „Normsetzungsprärogative“ zu. Dem liegt die Annahme des Grundgesetzes zugrunde, dass die Tarifvertragsparteien besser als der Staat in der Lage sind, ausgewogene Regelungen zu finden, die den unterschiedlichen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichermaßen Rechnung tragen. Tarifautonomie impliziert damit die grundsätzliche Freiheit von staatlicher Ingerenz in den Prozess des Aushandelns entsprechender vertraglicher Regelungen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 57 ff. (= BVerfGE 44, 322-353), vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 102 (= BVerfGE 94, 268-297), vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 71 (= BVerfGE 116, 202-228); Rixen, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 43 ff.

Der den Koalitionen überlassene Teil der Regelungen bezieht sich auf solche Materien, die sie in eigener Verantwortung zu ordnen vermögen. Dazu gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 103 (= BVerfGE 94, 268-297); BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 71 (= BVerfGE 116, 202-228).

Art. 9 Abs. 3 GG schützt einen Arbeitgeberverband nicht gegen ein tarifpolitisches Konkurrenzverhältnis, selbst wenn dieses den Verlust von Verbandsmitgliedern zur Folge haben kann.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 85 (= BVerfGE 44, 322-353), und vom 15. Juli 1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 –, juris Rn. 45 (= BVerfGE 55, 7-28).

Die Koalitionsfreiheit schützt aber vor staatlicher Einflussnahme auf das Konkurrenzverhältnis.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris Rn. 48 (= BVerwGE 136, 54-74).

Die Koalitionsfreiheit wird von Art. 9 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleistet. Das bedeutet hingegen nicht, dass dem Gesetzgeber jede Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts verwehrt wäre. Die Koalitionsfreiheit unterliegt den sog. verfassungsimmanenten Schranken, zu denen neben der individuellen und der kollektiven Koalitionsfreiheit anderer Grundrechtsträger auch anderweitige Grundrechte Dritter und weitere Rechtsgüter mit Verfassungsrang zählen.

Vgl. zur Anerkennung immanenter Grundrechtsschranken in der LV NRW: VerfGH NRW, Urteil vom 25. Januar 2000 – 2/98 –, OVGE 48, 254; BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 106 (= BVerfGE 94, 268-297); Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 128; Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 GG Rn. 49; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 94 m.w.N.; zu den verfassungsimmanenten Schranken allgemein Dreier, in: ebda, Vorb. Rn. 139 ff.

Beschränkungen der Koalitionsfreiheit im Wege der Konkretisierung sog. verfassungsimmanenter Schranken sind danach zulässig, wenn sie zum Schutz von Grundrechten Dritter oder anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang erfolgen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 26. Juni 1991 – 1 BvR 779/85 –, juris Rn. 45 (= BVerfGE 84, 212-232), vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 106 (= BVerfGE 94, 268-297), und vom 3. April 2001 – 1 BvL 32/97 –, juris Rn. 48 (= BVerfGE 103, 293-309).

Nach diesem Grundsatz muss ein grundrechtseinschränkendes Gesetz geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Ferner darf der mit der Beschränkung verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen und den Betroffenen nicht übermäßig oder unzumutbar belasten (Angemessenheit, bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang gerichtlich überprüft werden kann.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 1. März 1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 –, juris Rn. 110 (= BVerfGE 50, 290-381) m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kontrollbefugnis über die der Gesetzgebung zustehenden Einschätzungsprärogative, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen kann.

Im wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Bereich wird dem Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zugebilligt. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.

Vgl. speziell zur Reichweite des Einschätzungs- und Prognosespielraums mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29. Dezember 2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 –, juris Rn. 27 (= NZA 2005, 153-156); Rixen, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 93 m.w.N.; Seetzen, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, 429-434.

Selbst einem Verfassungsgericht steht keine Kontrolle darüber zu, ob der gewählte Weg die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung darstellt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92 –, juris Rn. 124 (= BVerfGE 90, 145-226); zustimmend Hempel, Die Tariftreuerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 115. Kritisch: Rieble, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1 (2); Tiedje, Die Verfassungsmäßigkeit eines Tariftreueverlangens bei Bauauftragsvergabe, NZBau 2007, 23 (26); Thüsing, Schulden statt Schulen? – Zu US-amerikanischen Vorläufern und zum ökonomischen Sinn eines Tariftreuegesetzes, NJW 2002, 2071 ff.; Höfling/Rixen, Tariftreue oder Verfassungstreue? Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, RdA 2007, 360 (367).

Denn die Frage, ob ein Gesetz zu erlassen ist, hängt von wirtschaftlichen und politischen Erwägungen ab, die sich der richterlichen Nachprüfung im Allgemeinen entziehen. Nach der grundgesetzlichen Ordnung stehen der Erlass und die Ausgestaltung der Gesetze zunächst im pflichtgemäßen Ermessen des Gesetzgebers.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 1951 – 1 BvR 220/51 –, juris Rn. 20 (= BVerfGE 1, 97-108); Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, § 90 BVerfGG Rn. 107 ff. m.w.N.; diff. Renck, Die Normerlassklage – VGH München, BayVBI 1980, 209, JuS 1982, 338.

Für die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG kommt es ferner wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 107 (= BVerfGE 94, 268-297); Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, TVG § 1 Rn. 7.

Die sachliche Nähe einer Materie im Bereich von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur Tarifautonomie wird äußerlich an dem Umfang erkennbar, in dem die Tarifvertragsparteien in der Praxis von ihrer Regelungsmacht Gebrauch machen. Bestehende tarifvertragliche Regelungen genießen grundsätzlich einen stärkeren Schutz als die Tarifautonomie in Bereichen, die die Koalitionen ungeregelt gelassen haben. Die Abstufung des Schutzes, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, wirkt sich in den Anforderungen aus, die an die Rechtfertigung von Eingriffen zu stellen sind. Je gewichtiger der Schutz, den Art. 9 Abs. 3 GG insofern verleiht, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 107 (= BVerfGE 94, 268-297); BVerfG, Beschluss vom 27. April 1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 –, juris Rn. 54 (= BVerfGE 100, 271-288).

Umgekehrt sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit auf den Gebieten am niedrigsten, die nicht zu den traditionellen Sachgebieten tarifvertraglicher Betätigung gehören.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 131 (= BVerfGE 94, 268-297).

Bei der – hier inmitten stehenden – Festsetzung der Entgelte und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen, kommt danach Art. 9 Abs. 3 GG eine besonders hohe Wirkkraft des Grundrechtsschutzes zu.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 107 (= BVerfGE 94, 268-297); BVerfG, Beschluss vom 27. April 1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 –, juris Rn. 54 (= BVerfGE 100, 271-288); Jacobs, Entgeltfindung zwischen Markt und Staat – Bemerkungen zur aktuellen Diskussion um einen gesetzlichen Mindestlohn, in: Kohl (Hrsg.), Zwischen Markt und Staat, GS für Rainer Walz, 2008, S. 289 (294).

Ein angemessener, der Tarifautonomie der Koalitionen hinreichend Rechnung tragender Ausgleich mit gegenläufigen verfassungsrechtlich verankerten Positionen erfordert schließlich, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss.

Vgl. Picker, Niedriglohn und Mindestlohn, in: RdA 2014, 25 (29); Preis/Ulber, Tariftreue als Verfassungsproblem, in: NJW 2007, 265 (470). Vgl. zum Erfordernis einer konkreten Gefahrenlage zur Beschränkung eines Grundrechts BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 –, juris Rn. 101 (Glaubensfreiheit); BVerfG, Urteil vom 23. März 1960 – 1 BvR 216/51 –, juris Rn. 41 (= BVerfGE 11, 30-49) (Berufsfreiheit).

Auf dem Gebiet der arbeitsrechtlichen Regelungen ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine subsidiäre Regelungszuständigkeit dem Staat grundsätzlich nur dann zukommt, wenn die Koalitionen die ihnen obliegende Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 61 (= BVerfGE 44, 322-352); Jacobs, Entgeltfindung zwischen Markt und Staat – Bemerkungen zur aktuellen Diskussion um einen gesetzlichen Mindestlohn, in: Kohl (Hrsg.), Zwischen Markt und Staat, GS für Rainer Walz, 2008, S. 289 (294). Kritisch: Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 293.

Dem liegt zugrunde, dass dem tarifvertraglich ausgehandelten Lohn grundsätzlich eine „Richtigkeitsgewähr“ zukommt.

Vgl. hierzu BAG, Urteile vom 21. November 2012 – 4 AZR 27/11 –, juris Rn. 14 (= DB 2013, 1735-1736), und vom 7. Juni 2006 – 4 AZR 316/05 –, juris Rn. 30 (= BAGE 118, 232-246). Das BVerfG verwendet – soweit ersichtlich – den Begriff der Richtigkeitsgewähr im arbeitsrechtlichen Zusammenhang nicht. Kritisch Waltermann, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, in: RdA 2014, 86 (89).

Der tarifliche Lohn ist danach allein deshalb „gerecht“, weil er zwischen den Tarifvertragsparteien zum Ausgleich entgegengesetzter Interessen frei ausgehandelt wurde.

Zur vorherrschenden Autonomietheorie vgl. BAG, Urteile vom 11. März 1998 – 7 AZR 700/96 –, juris Rn. 24 (= BAGE 88, 162-170), vom 21. Juli 2004 – 7 AZR 589/03 –, juris Rn. 20, und vom 7. Juni 2006 – 4 AZR 316/05 –, juris Rn. 30 (= NZA 2007, 343-347); Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 57 ff.; Dieterich, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Festschrift für Günter Schaub, 1998, S. 117 ff.; E. Picker, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen

des Tarifvertragswesens, ZfA 2009, 215-279; Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, TVG § 1 Rn. 6. Unter dem Stichwort „institutionelle“ Schutzdimension der Gewährleistung der Tarifautonomie diskutiert dies Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (648).

Diese „Richtigkeitsgewähr“ setzt annähernd gleich starke Vertragsparteien voraus, welche bei tarifvertraglichen Verhandlungen zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft – anders als bei der individuellen Aushandlung der Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Einzelfall – grundsätzlich angenommen werden.

Vgl. Wank, Der Mindestlohn, in: RdA 2015, 88 (89); Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, in: RdA 2000, 207 (209 f.) m.w.N.

Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Funktionsfähig ist die Tarifautonomie folglich nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht – Parität – besteht. Bei gestörter Vertragsparität droht einseitige Fremdbestimmung.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 4. Juli 1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 –, juris Rn. 109 (= BVerfGE 92, 365-411); Ch. Picker, Niedriglohn und Mindestlohn, in: RdA 2014, 25 (26).

Dies ist insbesondere im Falle des Marktversagens – wenn die Marktbedingungen bereits keine Möglichkeit für einen existenzsichernden Lohn bieten – oder im Falle des strukturellen Tarifversagens gegeben. Marktversagen steht auch in Rede, wenn die Gewerkschaften keine höheren Löhne erreichen können, weil der Markt keine höheren Preise hergibt, wenn etwa die Gewerkschaften zu wenige Mitglieder auf sich vereinen oder weil eine Branche insgesamt zu wenige Beschäftigte hat, um starke Gewerkschaften entwickeln zu können.

Vgl. Hilgenstock, Mindestlohngesetz, 2014, Rn. 6; Ch. Picker, Niedriglohn und Mindestlohn, in: RdA 2014, 25 (27).

Schließlich vermag ein Eingriff in die Tarifautonomie auch dann gerechtfertigt sein, wenn das Ziel, gespaltene Arbeitsmärkte und soziale Spannungen zu vermeiden, die sich für Arbeitnehmer aus unterschiedlichen Arbeitsbedingungen trotz gleicher Leistungspflicht ergeben können, nicht anders erreichbar ist.

Vgl. BAG, Urteil vom 25. Juni 2002 – 9 AZR 405/00 –, juris (= BAGE 101, 357-376); ablehnend Löwisch/Rieble, TVG, § 4 Rn.1 47, § 6 Rn. 155 f.

3. Diesen verfassungsrechtlichen Rahmen vorausgesetzt, sind § 4 Abs. 2 Satz 1, § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW mit Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 LV NRW nicht vereinbar. Die gesetzliche Tariffreuregelung greift in den Schutzbereich dieses Grundrechts ein (a), ohne dass der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (b).

a) § 4 Abs. 2 TVgG-NRW stellt einen Eingriff in die kollektive Tarifautonomie der Koalitionen dar.

Beeinträchtigungen des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG können durch einen klassischen Eingriff erfolgen, welcher sich durch Rechtsförmigkeit, imperativen Gehalt, Finalität und Unmittelbarkeit auszeichnet.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 670/91 –, juris Rn. 68 (= BVerfGE 105, 279-312); Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 124 m.w.N. zur Diskussion um den Eingriffsbegriff in der Literatur.

Die Beeinträchtigung kann auch im Sinne des modernen Eingriffsbegriffs faktisch oder mittelbar eintreten, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Eingriffen im überkommenen Verständnis gleich kommt und nicht lediglich einen bloßen Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung darstellt.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 2005 – 1 BvR 1072/01 –, juris Rn. 52 (= BVerfGE 113, 63-88), vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 82 (= BVerfGE 116, 202-228) und vom 13. Februar 2007 – 1 BvR 910/05, 1 BvR 1389/05 –, juris Rn. 79 (= BVerfGE 118, 1-45); siehe zur unterschiedlichen Beurteilung in der Literatur, unter welchen Voraussetzungen tatsächliche und mittelbare Beeinträchtigungen als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in grundrechtliche Schutzbereiche zu begreifen sind: Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 53 ff.

Nach diesen Maßstäben ist in der Tariftreuregelung des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW eine solche eingriffsgleiche Beeinträchtigung der kollektiven Tarifautonomie zu sehen. Regelungsinhalt und Zielrichtung der Norm gehen über einen bloßen Reflex, der sich ungezielt auf die Tarifparteien wie den Kläger zu 1) auswirkt, hinaus. § 4 Abs. 2 TVgG-NRW beeinträchtigt die sich aus der Betätigungsfreiheit ergebende Normsetzungsbefugnis derjenigen Koalitionen, deren Tarifverträge auf dem Gebiet des ÖPNV nicht als repräsentativ erklärt worden sind.

Die Tariftreuregelung führt faktisch dazu, dass jeder Bewerber um einen ÖPNV-Auftrag eine Tariftreuerklärung abgeben muss. Das folgt aus der wirtschaftlichen (Nachfrage-)Übermacht des Staates als einzigen relevanten Nachfrager von ÖPNV-Leistungen. Die Verweigerung der Tariftreuerklärung oder deren Umsetzung führen zu einem Ausschluss aus dem Bieterwettbewerb. Da auch evtl. eingesetzte Nachunternehmer an die Tariftreuerklärung des Hauptunternehmers zu binden sind, führt das dazu, dass sich jeder an einem öffentlichen Auftrag insgesamt oder teilweise (Unterauftrag) interessierte Unternehmer zur Lohnzahlung nach der für repräsentativ erklärten Entgeltordnung verpflichten muss. Vom maßgeblichen Standpunkt der Wirkung der Tariftreuregelung aus betrachtet bleibt unerheblich, dass das TVgG-NRW keine unmittelbare Geltungsanordnung des repräsentativen Tarifvertrags ausspricht. Ist der Bieter an einen anderen als den repräsentativen Tarifvertrag gebunden, gilt im Verhältnis zu der individualvertraglich eingegangenen Tariftreueverpflichtung das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG.

Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 4 AZR 549/08 (A) –, juris Rn. 99 (= NZA 2010, 645-659). Zum Günstigkeitsprinzip im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 und 3 AEntG a.F. siehe BAG, Urteile vom 20. Juli 2004 – 9 ARZ 343/03 –, juris (= BAGE 111, 247), und vom 18. Oktober 2006 – 10 AZR 576/05 –, juris (= BAGE 120, 1); offen gelassen, ob der Günstigkeitsgrundsatz oder der Grundsatz der Spezialität anzuwenden ist BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris Rn. 36 (= BVerwGE 136, 54-74).

Danach findet die individualvertraglich vereinbarte, auf dem repräsentativen Tarifvertrag beruhende Entgeltvereinbarung Anwendung, wenn sie für den jeweiligen Arbeitnehmer günstiger ist als die des „eigenen“ Tarifvertrags, also ein höheres Entgelt vorsieht. Ist dies der Fall, führt dies zu einer Verdrängung der von den Koalitionen geschlossenen tariflichen Entgeltvereinbarung bei Ausführung des öffentlichen Auftrags. Die autonom ausgehandelten Tarifentgelte kommen, soweit die dort vereinbarten Tarife unter denen des für repräsentativ erklärten liegen, nicht mehr zur Anwendung. Der umfassende Gestaltungsspielraum der Tarifparteien im Rahmen der Tarifautonomie wird mittelbar, aber substantiell geschmälert, weil von vornherein feststeht, dass eine Entgeltregelung auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe im Bereich ÖPNV in NRW nur dann zum Tragen kommen wird, wenn diese höher als die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags ist. Die nordrhein-westfälische Tariftreueregelung setzt im ÖPNV faktisch ein an das Entgeltniveau des repräsentativen Tarifvertrags gekoppeltes Mindestentgelt fest. Die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags verdrängt faktisch die diesen unterbietenden, bereits abgeschlossenen oder noch abzuschließenden Tarifverträge im selben Geltungsbereich.

Vgl. Kocher, Mindestlöhne und Tarifautonomie, in: NZA 2007, S. 600 (601); Hempel, Die Tariftreuerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 111; Höfling/Rixen, Tariftreue oder Verfassungstreue? – Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, in: RdA 2007, 360 (362 f.); Löwisch, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, in: Der Betrieb 2001, 1090 (1093). Kritisch mit Hinweis auf die unübersehbare Vielfalt von Regelungskomplexen, die den Tarifparteien verbleiben: Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 304. Zum Eingriffscharakter der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags durch die Postmindestlohnverordnung gem. § 1 Abs. 3a AEntG a.F. siehe BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris (= BVerwGE 136, 54-74).

Die Eingriffswirkung vertieft, dass die von den Koalitionen tarifvertraglich ausgehandelte Entgeltvereinbarung ein Verhandlungsergebnis darstellt, welches regelmäßig durch Nachgeben in anderen Punkten erreicht worden ist. Das Gesamtergebnis tarifvertraglicher Verhandlungen, welches tarif- und sozialpolitischen Vorstellungen der Koalitionen und ihrer Mitglieder entspricht, wird durch § 4 Abs. 2 TVgG-NRW in seinem typischerweise bedeutendsten Regelungsgehalt – der Entgeltvereinbarung – entwertet. Das Gesamtgefüge aller wechselseitigen tarifvertraglichen Bindungen (idealtypisch: vor allem Mantel- und Entgelttarifvertrag), das als Gesamtkompromiss von Geben und Nehmen beider Seiten gekennzeichnet ist, wird durch die staatliche Intervention aus dem Gleichgewicht gebracht.

Kritisch unter Beweisbarkeitsaspekten: Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 299.

Den Grundrechtseingriff verstärkt weiter, dass die Tariftreuregelung des TVgG-NRW – anders als etwa die Geltungserstreckung eines Tarifvertrags nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG – nicht nur an die Mindestentgeltsätze des repräsentativen Tarifvertrags bindet, sondern an dessen gesamte Entgeltordnung. Das bedeutet, dass alle Zuschläge, Sondervergütungen und – soweit vorhanden – Entgelterhöhungen aufgrund längerer Betriebszugehörigkeit („Stufenaufstieg“) etc. des repräsentativen Tarifvertrags dem „eigenen“ Tarifvertrag ebenfalls vorgehen. Die Bindung an den für repräsentativ erklärten Tarifvertrag führt also nicht zu einem einzigen Mindestentgelt, sondern kann zu vielen verschiedenen hohen Mindestentgelten führen, die sich jeweils nach der Beschäftigungssituation des konkreten Arbeitnehmers richten.

Es ist für die Kammer nicht ersichtlich, dass der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe im ÖPNV für die in diesem Bereich tätigen tarifgebundenen Unternehmer nur eine derart untergeordnete Rolle spielte, dass die aufgrund der Tariftreueerklärung individualvertraglich zu vereinbarendere höhere Entlohnung im Rahmen der ÖPNV-Aufträge nur unwesentliche wirtschaftliche Auswirkungen hätte, die wiederum im Bereich der Tarifverhandlungen keine Rolle spielen würden. Vielmehr dominiert die öffentliche Hand den Markt des ÖPNV, nahezu der gesamte Umfang an Aufträgen in diesem Bereich unterliegt dem Vergaberecht. Dabei werden nach Angaben des Klägers zu 1), denen das beklagte Land nicht entgegengetreten ist, allein 30 Prozent des durch Busse erbrachten ÖPNV von privaten Omnibusunternehmen durchgeführt.

Vgl. Verband Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen (NWO) e. V., Aufgaben/Ziele, abrufbar unter: http://www.nwo-online.de/cms_nwo_orig/index.php/wir-ueber-uns/aufgaben-ziele.

Die Tariftreuregelung greift ferner in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ein, indem sie das Konkurrenzverhältnis der Koalitionen staatlich beeinflusst. Indem das Land einen bestimmten Tarifvertrag als repräsentativ für ÖPNV-Leistungen einstuft, stärkt es die Bedeutung des ausgewählten Tarifvertrags sowie die hinter diesem stehenden Koalitionen. Alle anderen werden gleichzeitig in ihrer Bedeutung jedenfalls solange geschwächt, wie ihre Tarifabschlüsse im Bereich des Entgelts hinter denen des repräsentativen Tarifvertrags zurückbleiben.

Vgl. Höfling/Rixen, Tariftreue oder Verfassungstreue? – Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, in: RdA 2007, 360 (363); Rieble/Klebeck, Gesetzlicher Mindestlohn?, in: ZIP 2006, 829 (832).

Im Bereich des ÖPNV kann hiergegen nicht unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Berliner Tariftreuegesetz eingewandt werden, die befürchteten Attraktivitätseinbußen der Koalitionen mit den nicht repräsentativen Tarifverträgen blieben – bis zu ihrem Beweis – rechtlich irrelevante Spekulation.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 74 (= BVerfGE 116, 202-228); Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 296.

Denn anders als im Bauwesen, zu dem das BVerfG im Jahr 2006 allein zu befinden hatte, ist die öffentliche Hand im ÖPNV der einzige relevante Nachfrager der von den Privaten angebotenen Leistungen. Bei Bauleistungen tritt der Staat mit seinen Untergliederungen nur als einer von vielen Nachfragern in Erscheinung, während die öffentliche Hand im ÖPNV praktisch eine Monopolstellung innehat. Aufgrund dieses gravierenden Unterschieds in der tatsächlichen Ausgangslage setzt sich die Kammer insofern nicht in Widerspruch zum BVerfG.

Die Beeinträchtigung des Koalitionsgrundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG erfolgt auch nicht bloß rechtsreflektorisch. Der Landesgesetzgeber verfolgt mit der vorzulegenden Gesetzesregelung ausdrücklich das Ziel, einen an den repräsentativen Tarifvertrag gekoppelten Mindestlohn auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe im Bereich des ÖPNV einzuführen. Er zielt darauf ab, ein darunterliegendes Entgeltniveau – auch wenn es durch Tarifparteien ausgehandelt worden ist – in seiner Gesamtheit und seinen Einzelausprägungen zu unterbinden und das Verhalten der Koalitionen in zukünftigen Tarifverhandlungen bezogen auf die Entgelte zu steuern.

Der Landesgesetzgeber hat bewusst in Kauf genommen, dass die Durchsetzung des Entgeltniveaus des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags nur um den Preis der Schwächung der übrigen Tarifverträge und der hinter ihnen stehenden Koalitionen, also der Grundrechtsträger, zu erreichen ist. Dem Landesgesetzgeber war dabei bewusst, dass die öffentliche Hand auf dem Gebiet des ÖPNV eine weitgehende Monopolstellung einnimmt und öffentliche Aufträge auf dem Gebiet des ÖPNV regelmäßig eine lange Laufzeit haben, der Entgeltregelung damit eine erhebliche Bedeutung für diesen Markt zukommt.

Vgl. LT-Drs. 15/2379, S. 43. Eine solche gezielte (mittelbare) Hervorhebung wird selbst von Befürwortern der Tariftreueregulation angenommen, vgl. Dieterich/Ulber, Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis. Am Beispiel von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 und 2 TVgG-NRW, in: ZTR 2013, 179 (185).

Die Annahme eines (mittelbaren) Eingriffs in die kollektive Tarifautonomie durch die nordrhein-westfälische Tariftreueregulation steht mit der thematisch einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG ausgeführt, dass durch eine solche Allgemeinverbindlicherklärung in das Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit der im Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags konkurrierenden Verbände nicht eingegriffen werde, weil ein rechtliches Hindernis zum Abschluss eines Tarifvertrags im gleichen fachlichen Geltungsbereich durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht errichtet und ein solcher auch nicht faktisch unmöglich gemacht werde.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 87 (= BVerfGE 44, 322-353).

Hintergrund war, dass eine Tarifpluralität aufgrund der Geltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages nach § 5 Abs. 4 TVG und eines Verbandstarifvertrages nach § 3 Abs.

1 TVG entstanden war. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bestand aber nach der damaligen Rechtslage,

siehe zur heute gesetzlich vorgeschriebenen Verdrängungswirkung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Sinne von § 5 Abs. 1a TVG gegenüber einer Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG: § 5 Abs. 4 TVG,

kein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen. Eine solche Tarifkonkurrenz sei im Einzelfall nach den hierfür in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zu lösen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 85 (= BVerfGE 44, 322-353); siehe hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 –, juris Rn. 45 (= BVerfGE 55, 7-28); Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 5 TVG Rn. 5.

Nach dem in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsatz der Spezialität war somit in Hinblick auf den bis 2010 vorherrschenden Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb,

vgl. hierzu BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 4 AZR 549/08 (A) –, juris (= NZA 2010, 645-659),

der Tarifvertrag anzuwenden, der dem Betrieb räumlich und fachlich am nächsten stand. Dabei hatte der Firmentarifvertrag Vorrang vor dem Verbandstarifvertrag, der fachspezifische vor dem fachübergreifenden und der regionale Tarifvertrag vor dem überregionalen.

Vgl. BAG, Urteile vom 15. November 2006 – 10 AZR 665/05 –, juris Rn. 20 (= BAGE 120, 182), vom 4. Dezember 2002 – 10 AZR 113/02 –, juris Rn. 33 (= AP Nr 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz), vom 25. Juli 2001 – 10 AZR 599/00 –, juris Rn. 68 (= BAGE 98, 263-274); Wiedemann/Arnold, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität des BAG, ZTR 1994, 402.

Der Grundsatz der betriebsbezogenen Tarifeinheit soll nach dem am 22. Mai 2015 vom Bundestag beschlossenen Tarifeinheitgesetz ab dem 1. Juli 2015 prinzipiell wieder gelten (vgl. BGBl. I S. 1130; BT-Drs. 18/4062), so dass die angeführte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung weiter einschlägig ist.

Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit unterscheidet sich danach wesentlich von der durch die Tariftreuregelung in NRW geschaffenen Rechtslage. Die Kollision tarifvertraglicher Bindung nach § 3 Abs. 1 TVG und individualvertraglicher Bindung an die Entgeltregelung eines repräsentativen Tarifvertrags ist nicht im Wege der Spezialität, sondern nach dem Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 2 TVG zu lösen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verhält sich weder ausdrücklich noch sinngemäß zur Frage, ob in einer Tariftreuregelung eine rechtfertigungsbedürftige mittelbare Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit derjenigen Arbeitgeberverbände liegen kann, deren Tarifverträge nicht für repräsentativ erklärt und durch Anwendung des Günstigkeitsprinzips in ihrer Anwendung verdrängt werden. Gleiches gilt für den Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2000, dem sich hierzu ebenfalls nichts entnehmen lässt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2000 – 1 BvR 948/00 –, juris (= NZA 2000, 948-949).

Schließlich ist eine mittelbare Beeinträchtigung auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 zum Berliner Tariftreuegesetz zu bejahen. Hier führte das Bundesverfassungsgericht zwar unter Bezugnahme auf sein Urteil zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen aus, dass

„andere Koalitionen als die, deren Entgelttarifverträge durch die Umsetzung der Tariftreueverpflichtung aus § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln auch auf Außenseiterarbeitsverhältnisse Anwendung finden, [...] in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie nicht betroffen [werden], weil die gesetzlich vorgeschriebene Auflage kein rechtliches Hindernis zum Abschluss von Tarifverträgen errichtet und der Abschluss konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht wird.“

BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 75 (= BVerfGE 116, 202-228).

Dem wiederum lag ein ganz anderer Sachverhalt zugrunde als der nordrhein-westfälischen Tariftreuregelung. Die Berliner Tariftreuregelung sah vor, dass „die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien [...] mit der Auflage erfolgen [sollte], dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen“ (Hervorhebung nur hier). Es musste mithin nur irgendeiner der in Berlin geltenden Entgelttarifverträge angewendet werden. Eine (faktische) Verdrängung konkurrierender – ebenfalls in Berlin geltender – Tarifverträge zugunsten eines bestimmten Tarifvertrags ging mit der Berliner Tariftreuregelung damit gar nicht einher. Hiervon weicht die nordrhein-westfälische Tariftreuregelung entscheidend zum Nachteil der Grundrechtsträger ab.

Das Bundesverfassungsgericht hat bislang nicht entschieden, ob es einen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit darstellt, wenn eine Tariftreueverpflichtung nicht nur den bislang gar nicht tarifgebundenen Außenseiter den – wie hier – von der Exekutive als repräsentativ bestimmten tarifvertraglichen Bestimmungen unterwirft, sondern überdies auch sachlich und personell eigentlich anwendbares geltendes Tarifrecht (mittelbar) verdrängt.

Vgl. ebenso Bayreuther, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingengesetzes 2009, 2006 (2009); Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (648). In den Urteilsgründen wird aber zum Teil ein „Fingerzeig für die Zukunft“ für genau diesen Fall gesehen, vgl. Preis/Ulber, Tariftreue als Verfassungsproblem, in: NJW 2007, 465 (468). Die Frage der mittelbaren Beeinträchtigung durch die der Berliner Tariftreuregelung ähnelnde bayerische Tariftreuregelung hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof letztlich offen gelassen, vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 20. Juni 2008 – Vf. 14-VII-00 –, juris Rn. 24 (= NJW-RR 2008, 1403-1405).

b) Der durch die Tariftreuregelung bewirkte Eingriff in den Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die Verordnungsermächtigung erweist sich im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung,

vgl. Höfling/Rixen, Tariftreue oder Verfassungstreue? Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, in: RdA 2007, 360 (365),

als unverhältnismäßig. § 4 Abs. 2 TVgG-NRW dient bereits keinem legitimen Zweck (aa), so dass es auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Zweckerreichung nicht entscheidend ankommt (bb). Selbst wenn man das verfolgte Ziel als legitim unterstellt, erweist sich die Regelung aber in Abwägung mit den widerstreitenden Interessen der Koalitionen an einer vor staatlicher Einflussnahme möglichst geschützten Tarifautonomie als nicht mehr angemessen (cc).

(aa) Die Tariftreuregelung in § 4 Abs. 2 TVgG-NRW soll ausweislich der Gesetzesmaterialien einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken, Lohn- und Sozialdumping, insbesondere untertarifliche Entlohnung, bei öffentlichen Aufträgen unterbinden und die Wettbewerbsposition tarifgebundener Unternehmer stärken.

Landtag NRW, Gesetzentwurf, Drucks. 15/2379, S. 1, 37; Landtag NRW, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie, Drucks. 15/3546, S. 33.

Diese Ziele sind auf den Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer gerichtet, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit auch auf die Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und der Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit.

Das Ziel, Arbeitnehmer zu schützen, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit eine etwaige Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermöglicht den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen, sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird das gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 20. März 2007 – 1 BvR 1047/05 –, juris Rn. 37 (= NZA 2007, 609-612), vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228 (juris Rn. 87), vom 3. April 2001 – 1 BvL 32/97 –, juris Rn. 50 (= BVerfGE 103, 293-309), und vom 27. April 1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 –, juris Rn. 55 (= BVerfGE 100, 271-288); Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, in: RdA 2000, 207 (209) m.w.N.; Hilgenstock, Mindestlohngesetz, 2014, Rn. 2; Lobinger, Mindestlohn und Menschenwürde, in: Anderheiden/Keil/Kirste/Schaefer (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen: Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 355-385.

Darüber hinaus ist der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 3. April 2001 – 1 BvL 32/97 –, juris Rn. 50 (= BVerfGE 103, 293-309), und vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 88 (= BVerfGE 116, 202-228); BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20. März 2007 – 1 BvR 1047/05 –, juris Rn. 37 (= NZA 2007, 609-612).

Legitimes Ziel ist auch die Unterstützung der von Art. 9 Abs. 3 GG intendierten, im öffentlichen Interesse liegenden autonomen Ordnungsfunktion der Tarifverträge.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris Rn. 61 (= BVerfGE 44, 322-353), und vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 90 (= BVerfGE 116, 202-228); BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20. März 2007 – 1 BvR 1047/05 –, juris Rn. 38 (= NZA 2007, 609-612); Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, TVG § 1 Rn. 2. Kritisch zur Stärkung der Ordnungsfunktion der Tarifautonomie durch Tarifvertragserstreckungsregelungen im Allgemeinen und Tariftreueregelungen im Besonderen: vgl. Bieback/Kocher, Juristische Fragen der gesetzlichen Festlegung eines Mindestentgelts durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung oder Verweis auf unterste Tarifentgelte, in: Bieback/Dietrich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, 43 (70); Waltermann, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, in: RdA 2014, 86 (90); Rieble, Tariftreue vor dem BVerfG, in: NZA 2007, 1 (2); Höfling/Rixen, Tariftreue oder Verfassungstreue? – Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, in: RdA 2007, 360 (365); Tietje, Die Verfassungsmäßigkeit eines Tariftreueverlangens bei Bauauftragsvergabe, in: NZBau 2007, 23 (26). Unter Hinweis darauf, dass die Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie Angelegenheit der Tarifvertragsparteien selbst sei: Bayreuther, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetzes 2009, in: NJW 2009, 2006 (2009); bereits auf der Ebene des Eingriffs kritisch Hempel, Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 112.

Schließlich können auch die Verhinderung von Lohnunterbietungswettbewerb,

kritisch dazu BGH, Vorlagebeschluss vom 18. Januar 2000 – KVR 23/98 (KG) –, juris Rn. 43 (= NZA 2000 327 [331]); Rieble, Tariftreue vor dem BVerfG, in: NZA 2007, 1 (1); Jacobs, Entgeltfindung zwischen Markt und Staat – Bemerkungen zur aktuellen Diskussion um einen gesetzlichen Mindestlohn, in: Kohl (Hrsg.), Zwischen Markt und Staat, GS für Rainer Walz, 2008, S. 289 (291, 295),

sowie die Herstellung „gleicher Wettbewerbsbedingungen“ legitime Ziele darstellen, die einen Eingriff in die Tarifautonomie zu rechtfertigen vermögen.

Zur Verfolgung dieser Ziele durch die Allgemeinverbindlicherklärung vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. November 1977 – 2 BvL 11/74 –, juris (= BVerfGE 44, 322-353); BVerwG, Urteil vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris (= BVerwGE 80, 355-373); Wank, in: Wiedemann, TVG 7. Aufl. 2007, § 5 Rn. 4; Wiedemann, in: RdA 1987, 265; Zachert, Neue Kleider für die Allgemeinverbindlicherklärung?, in: NZA 2003, 132 (132); Waltermann, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, in: RdA 2014, 86 (90); Hempel, Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 16; a.A. mit Verweis darauf, dass die für den Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde diese Wirkung als Zweck nicht verfolgen dürfe; die Allgemeinverbindlicherklärung diene als arbeitsrechtliches Instrument ausschließlich arbeitnehmerschützenden Zwecken: Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, TVG § 5 Rn. 2 m.w.N. Zur Verfolgung desselben Ziels durch das AEntG: BT-Drs. 13/2414, S. 6 f.; Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, in: RdA 2000, 207 (211 f.)

Letzteres gilt aber nur, wenn es zum Schutz der Arbeitnehmer unumgänglich ist. Bedarf es dieses Schutzes nicht, vermögen weder das Ziel der Verhinderung von Lohnunterbietungswettbewerb, noch das Ziel der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für sich genommen eine Einschränkung der Tarifautonomie zu rechtfertigen.

Vgl. Löwisch, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, in: Der Betrieb 2001, 1090 (1093), der darauf hinweist, dass BAG und BGH es abgelehnt haben, der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen eine wettbewerbsspezifische Dimension beizumessen.

Hieran gemessen kann die Kammer nicht feststellen, dass die Tariftreuregelung, wie sie im TVgG-NRW Gesetz geworden ist, auch nach dem Inkrafttreten des bundesrechtlichen MiLoG noch einem legitimen verfassungsrechtlichen Zweck dient. Die Kammer hatte dazu streng zwischen den Zielen zu unterscheiden, die ausweislich der Gesetzesbegründung (subjektive) Motivlage des Gesetzgebers waren und den Zielen, die (objektiv) aus den dazu gesetzten Regelungen im TVgG-NRW hervorgehen. Da es sich um ein objektiv anzuwendendes allgemeines Gesetz handelt, kommt nur letzteren ausschlaggebende Bedeutung zu.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die soeben angeführten übergeordneten Ziele, die aus den Gesetzesmaterialien hervorgehen, der Erhöhung des Gemeinwohls dienen und als legitime Ziele ohne Weiteres vom Gesetzgeber verfolgt werden dürfen. Hierbei handelt es sich jedoch um abstrakte Fernziele, auf die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unbesehen abgestellt werden darf. Käme es nur auf die abstrakten (Fern-)Ziele (Motivlage) eines Gesetzes an – schon definitionsgemäß dient die gesamte Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland dem legitimen Ziel der Sicherung und Steigerung des Allgemeinwohls – würde jedes Gesetz ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgen. Da auch verfassungsrechtlich der (höhere) Zweck nicht jedes zu seiner Erreichung eingesetzte Mittel heiligt, ist zuvörderst auf die unmittelbaren gesetzgeberischen (Nah-)Zwecke abzustellen, die aus den Tatbeständen des zu prüfenden Gesetzes unmittelbar abzuleiten sind.

Abgesehen davon lassen sich selbst die in der Gesetzesbegründung angeführten abstrakten Ziele, die sich erkennbar an die Begründung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 zum Berliner Tariftreuegesetz anlehnen, kaum mit dem TVgG-NRW in Übereinstimmung bringen. Das Anliegen des vom Bundesverfassungsgericht – vor Geltung des MiLoG – akzeptierten Berliner Tariftreuegesetzes bestand vor allem darin, Arbeitnehmer, die bei nicht in Berlin tarifgebundenen Arbeitgebern arbeiteten, den Berliner Tarifverträgen zu unterwerfen und eine sozialstaatlich unabdingbare Entgeltstruktur und -höhe zu erhalten (Problem der „osteuropäischen Arbeiter“ zu Billiglöhnen). Es unterschied folgerichtig nicht zwischen den verschiedenen parallel geltenden Tarifverträgen, insbesondere bevorzugte es keinen von ihnen oder verdrängte alle anderen bis auf einen. Hiervon unterscheidet sich das TVgG-NRW grundlegend. Es geht nicht von der Gleichwertigkeit der in NRW geltenden Tarifverträge aus, sondern schließt im jeweiligen Bereich des ÖPNV faktisch alle Tarifverträge bis auf den einen aus, den die Landesregierung für repräsentativ erklärt. Im Zentrum der nordrhein-westfälischen Regelung steht nicht der Wille, tarifliche Außenseiter zumindest beim Entgelt auf (irgendein) Tarifniveau zu heben und damit zu einem existenzsichernden Lohn ebenso beizutragen wie zur Sicherung der gegenwärtigen Standards der deutschen Sozialsysteme. Das TVgG-NRW beseitigt vielmehr das jahrzehntelang im ÖPNV bekannte Nebeneinander verschiedener Tarifverträge, mögen sich deren Entgeltordnungen auch nur geringfügig unterscheiden,

und zielt – bezogen auf das Entgelt – darauf ab, im Bereich des ÖPNV die plurale Tariflandschaft zumindest faktisch durch einen einzigen, den für repräsentativ erklärten, Tarifvertrag zu ersetzen. Das TVgG-NRW hat mithin die Einheitsentlohnung aller Beschäftigten aller Unternehmen im Bereich des ÖPNV zum Ziel, seien sie tarifgebunden oder nicht. Auch wenn diese betragsmäßig nicht gesetzlich vorgegeben ist, sondern an einen Tarifvertrag anknüpft, ist das TVgG-NRW in seiner konkreten Ausgestaltung nicht geeignet, die von ihm vorgeblich verfolgten Ziele („untertarifliche Entlohnung verhindern“, „Stärkung tarifgebundener Unternehmen“ usw.) zu erreichen, die sämtlich den (faktischen, nicht nur theoretischen) Fortbestand der Tarifpluralität voraussetzen.

Das Grundrecht der Tarifautonomie ist seit jeher so verstanden worden, dass es konkurrierende Tarifverträge in derselben Branche gibt, die miteinander im Wettbewerb stehen. Das vom TVgG-NRW verfolgte Ziel, die Lohnkosten als Wettbewerbsfaktor auch und gerade dann auszuschalten, wenn die Lohnhöhe tarifvertraglich (unterschiedlich) geregelt ist, erweist sich damit als illegitim.

Dem TVgG-NRW ist es auch kein Anliegen, die Ordnungsfunktion der Tarifverträge und die Selbstorganisation der Arbeitsbedingungen durch die sachnahen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften zu unterstützen. Denn wesentliches Element dieser Ordnungsfunktion ist der Binnenwettbewerb zwischen den untereinander um den besten Tarifvertrag konkurrierenden Koalitionen. Das Ziel des Gesetzes liegt in erster Linie darin, geltende Tarifverträge zu verdrängen bzw. die dort getroffenen Entgeltvereinbarungen faktisch unanwendbar zu machen, und zwar zugunsten eines einzigen (Einheits-)Tarifvertrages, des sog. „repräsentativen Tarifvertrags“.

Dem TVgG-NRW kann die Kammer nicht entnehmen, dass mit ihm vor allem Lohn- und Sozialdumping verhindert werden soll. Denn bereits der Mechanismus, nach dem Tarifverträge zustande kommen, verhindert im Regelfall, dass es zu solchen Auswüchsen kommt. Ein Tarifvertrag setzt einen Konsens der einander antagonistisch gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien voraus, der gewerkschaftsseitig im Normalfall nur bei einer für sie hinnehmbaren Lohnhöhe zustande kommt. Ohne handgreifliche Anhaltspunkte dafür, dass geltende Tarifverträge zu Lohn- und Sozialdumping führen, stellt es für den Staat kein legitimes Ziel dar, einen bestimmten (Entgelt-)Tarifvertrag auf Kosten der konkurrierenden, parallel anwendbaren Tarifverträge mittels seiner Nachfragemacht so zu bevorzugen, dass die übrigen Tarifverträge und damit die hinter ihnen stehenden Koalitionen marginalisiert werden. Das ist umso weniger legitim, soweit – wie beim TVgG-NRW – keinerlei inhaltliche Betrachtung der Entgeltordnungen stattfindet. Soweit der Staat nicht selbst Tarifvertragspartei ist, bleibt es ihm auch unter Gleichheitsgesichtspunkten (Art. 3 GG) verwehrt, einzelne Tarifparteien und deren Tarifverträge in der vom TVgG-NRW vorgesehenen Weise, also ganz erheblich, zu bevorzugen.

Das beklagte Land hat im Gerichtsverfahren schließlich eingeräumt, dass es ihm mit dem TVgG-NRW in erster Linie darum geht, im ÖPNV ein Mindestentgeltniveau durchzusetzen, das der Entgeltordnung des Tarifvertrages entnommen ist, der im jeweiligen Verkehrsbe-
reich am weitesten verbreitet ist. Auch diese Zielsetzung begegnet durchgreifenden ver-

fassungsrechtlichen Legitimationszweifeln. Denn nach Art. 9 Abs. 3 GG kommt die Regelung des Entgeltniveaus grundsätzlich den Tarifparteien zu, nicht dem Staat. Unabhängig davon, ob hiervon für bestimmte Entgeltuntergrenzen eine Ausnahme verfassungsrechtlich zulässig ist, hat der Bundesgesetzgeber mit dem MiLoG (ähnlich § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG-NRW für sonstige öffentliche Aufträge in NRW) hiervon Gebrauch gemacht. Das MiLoG verhindert Lohn- und Sozialdumping und beschränkt dazu die (Arbeits-)Vertragsfreiheit der Arbeitgeber bzw. Tarifparteien. Die im MiLoG vorgegebene Lohnuntergrenze verwehrt es gleichzeitig dem Landesgesetzgeber, seine Wertung von einer generellen Lohnuntergrenze (sektoral) an die Stelle der bundesgesetzlichen Vorgabe zu setzen und einen wesentlich höheren Mindestlohn als den vom MiLoG vorgesehenen im ÖPNV von NRW gesetzlich vorzugeben.

Die Kammer kann nicht nachvollziehen, wie das TVgG-NRW das angegebene Ziel der Unterbindung untertariflicher Entlohnung verhindern will, da es auch für tariflich gebundene Unternehmen gilt, bei denen eine untertarifliche Entlohnung von vornherein ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt für das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit tarifgebundener Unternehmen zu stärken; die Bindung an das Entgeltniveau eines „fremden“ Tarifvertrags spricht eher dafür, dass die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt wird.

bb) Angesichts des fehlenden legitimen Zwecks kann die Kammer die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Tariftreueregelung zur Zielerreichung offen lassen.

cc) Selbst wenn das Gericht entgegen seiner Überzeugung unterstellt, dass das verfolgte Ziel eines hohen Entgeltniveaus im ÖPNV verfassungsrechtlich legitim ist, erweist sich die dazu im TVgG-NRW getroffene Regelung als nicht mehr verhältnismäßig im engeren Sinne, also als unangemessen.

Im Rahmen des Merkmals der Angemessenheit werden der durch die geprüfte Maßnahme erreichte Erfolg und die Beeinträchtigung des Beschwerden zueinander in Verhältnis gesetzt. Der mit der Beschränkung verbundene Eingriff darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen und den Betroffenen nicht übermäßig oder unzumutbar belasten.

Vgl. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 149 m.w.N.

Die Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann demgemäß dazu führen, dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so dass der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint. Daraus folgt, dass unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92 –, juris Rn. 156 (= BVerfGE 90, 145 [185]).

Dies ist bei der nordrhein-westfälischen Tariftreueregelung der Fall. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen zeigt, dass durch die Tariftreueregelung die Tarifautonomie der Koalitionen, zu denen auch der Kläger zu 1) zählt, in unangemessener Weise beeinträchtigt wird. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die Tariftreueregelung die Koalitionen im Kern ihrer Tätigkeit, dem Aushandeln des Arbeitsentgelts, beeinträchtigt, welche einen besonders hohen Schutz genießt. Art. 9 Abs. 3 GG muss insofern eine besonders hohe Wirkkraft zukommen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996 – 1 BvR 712/86 –, juris Rn. 107 (= BVerfGE 94, 268-297).

Die Kammer konnte nicht feststellen, dass ein öffentliches Bedürfnis nach Tariftreueregelung des TVgG-NRW im Bereich des ÖPNV derart ausgeprägt ist, dass sie sich in Abwägung mit den damit verbundenen Einschränkungen des Grundrechts der Tarifautonomie der Koalitionen als schützenswerter darstellt.

Bei der Gewichtung der Interessen war das seit dem Jahr 2015 geltende MiLoG maßstabsbildend einzubeziehen. Mit der Einführung des Mindestlohns (§ 1 Abs. 1, 2 Satz 1 MiLoG: brutto 8,50 Euro je Zeitstunde) zum 1. Januar 2015 ist ein Absinken des Lohnniveaus unter die im MiLoG gezogene Grenze ausgeschlossen. Der bundesgesetzlich vorgegebene Mindestlohn dient dem Schutz des Tarifvertragssystems und schließt dessen Lücken, indem er für alle Arbeitsverhältnisse gilt, seien sie tarifgebunden oder nicht (vgl. zur Übergangsregelung bzgl. bereits geltender Tarifverträge § 24 MiLoG). Gleichzeitig hat der Bundesgesetzgeber bundesweit vorgegeben, ab welchem Stundenlohn Dumpinglöhne vorliegen (8,50 Euro) und wie sie zu verhindern sind (MiLoG). Unabhängig davon, ob das bundesrechtliche MiLoG mit seiner Lohnuntergrenze eine formale Sperrwirkung für landesgesetzgeberische Vorstöße gleicher Zielrichtung entfaltet, sind die landesgesetzlich verfolgten „Mindestlohnziele im weiteren Sinne“ unter Berücksichtigung der Vorgaben des (neuen) MiLoG zu gewichten. Das führt dazu, dass der Wille des Landesgesetzgebers, ein höheres Lohnniveau für öffentliche Aufträge, insbesondere im ÖPNV NRW einzuführen, als vom MiLoG vorgegeben, als geringgewichtig einzustufen ist. Die vom TVgG-NRW hierzu vorgenommenen Eingriffe in die Tarifautonomie sind seit Geltung des MiLoG jedenfalls dann nicht mehr angemessen, soweit es – wie hier – derzeit überhaupt keine reale Gefahr von Lohndumping gibt.

Verfassungsrechtlich unangemessen ist überdies, dass das TVgG-NRW sich nicht nur auf eine einzige betragsmäßige Lohnuntergrenze beschränkt, sondern die Geltung der gesamten Entgeltordnung des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags einschließlich der obersten Lohngruppen und höchsten Erfahrungsstufen nebst Zuschlägen und Nebenleistungen erzwingt.

Durch das Inkrafttreten des MiLoG am 1. Januar 2015 ist dem Ziel der Sicherung des Existenzminimums und der Verhinderung von Löhnen, die jedenfalls unangemessen sind

und den in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsforderungen nicht genügen,

vgl. BT-Drucks. 18/1558, S. 34; Bayreuther, Gesetzlicher Mindestlohn und sittenwidrige Arbeitsbedingungen, NJW 2007, 2022 (2024); Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen, Mindestlohn, 2011, S. 18 (20), Wank, Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente, in: Festschrift Buchner, 2009, 898 (898); Bayreuther, Der gesetzliche Mindestlohn, in NZA 2014, 865 (866),

mit der Einführung des bundesweit flächendeckenden Mindestlohns Genüge getan worden. Der Festsetzung eines betragsmäßig an einen repräsentativen Tarifvertrag gekoppelten Mindestlohns auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe im Bereich des ÖPNV bedarf es hierfür nicht. Dies gilt ungeachtet dessen, dass mit dem Mindestlohn nach § 1 MiLoG lediglich ein angemessenes Mindestarbeitsentgelt festgesetzt worden ist, welches Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten, Branchen und Regionen nicht berücksichtigen kann und will.

Vgl. BT-Drucks. 18/1858, S. 34; Henssler, Mindestlohn und Tarifrecht, in: RdA 2015, 43 (45); Schäfer, Entwicklungsland Deutschland: Niedriglohnregulierung ohne Mindestlohn, in: Bieback/Dietrich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 9 (28).

Das Aushandeln eines darüber hinaus gehenden, branchenspezifischen „fairen“ Entgelts ist aber grundsätzlich Sache der Tarifparteien.

So auch ausdrücklich in BT-Drucks. 18/1858, S. 28: „Im Übrigen bleiben Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dazu aufgerufen, über die Organisation in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften und den Abschluss von Tarifverträgen eine angemessene Teilhabe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am von den Unternehmen Erwirtschafteten zu erreichen.“; Wank, Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente, in: Festschrift Buchner, 2009, S. 898 (901); Henssler/Sittard, Flexibler Mindestlohn durch Konkretisierung des Sittenwidrigkeitstatbestands, RdA 2007, 159 (164); Rieble/Klebeck, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP 2006, 829 (830 f.).

Dass diese hierzu im Bereich des ÖPNV in Nordrhein-Westfalen nicht in der Lage wären, konnte die Kammer nicht feststellen. Eine gestörte Vertragsparität zwischen den Tarifparteien, welche zu einseitiger Fremdbestimmung führt, wurde von dem beklagten Land weder im Gesetzgebungsverfahren noch auf die ausdrückliche Aufforderung der Kammer im Gerichtsverfahren dargelegt. Eine solche ist auch sonst nicht ersichtlich. Da ein eigenständiges arbeitsgerichtliches Verfahren zur Feststellung der (fehlenden) Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei nach § 2 TVG besteht,

vgl. nur BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2010 – 1 ABR 19/10 –, BAGE 136, 302,

dieses aber bezüglich der Gewerkschaften, die mit dem Kläger zu 1) seit vielen Jahren tarifvertraglich verbunden sind, nicht durchgeführt worden ist, muss die Kammer von deren Tariffähigkeit ausgehen, was wiederum zur Vermutung der „Richtigkeit“ der Lohnabschlüsse führt.

Abgesehen davon ist kein Marktversagen erkennbar: Von etwa 780 privaten Omnibusunternehmen sind etwa 450 tarifvertraglich organisiert.

Vgl. Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (647).

Die auf dem Gebiet des ÖPNV in NRW tatsächlich getätigten Tarifabschlüsse bestätigten in den Augen des Gerichts, dass die Marktbedingungen mehr als existenzsichernde Löhne zulassen und von den Tarifparteien auch vereinbart werden. Dies veranschaulicht die folgende tabellarische Gegenüberstellung der Bruttolöhne (ohne Zuschläge, Erhöhungen nach Dauer der Betriebszugehörigkeit u.ä.).

	TV-NWO (Lohngruppe 3) (Kl.)	TV-N NW (EG 5a) (repräsentativ)	AVDEV	Firmen-TV VBL (ländlicher Raum – Stand: 2013)	Firmen-TV MKB (ländlicher Raum – Stand: 2013)
Brutto-Stundenlohn	12,56 €	13,22 €	13,58 €	12,48 €	12,11 €
Brutto-Monatsgehalt	2.095,43 €	2.234,99 €	2.294,31 €	2.082,12 €	2.046,30 €
Brutto-Jahresgehalt	25.145,16 €	26.819,88 €	27.531,72 €	24.985,44 €	24.555,60 €
über MiLoG in Prozent	48 %	56 %	60 %	46 %	42 %

Es liegt mithin kein strukturelles Tarifversagen vor. Die tatsächlich festzustellenden Tariflöhne im ÖPNV NRW liegen weit, nämlich mehr als 40 Prozent oberhalb des bundesgesetzlich durch das MiLoG vorgegebenen Mindestlohns und nahezu gleichermaßen weit über dem Mindestentgelt, das das TVgG-NRW für sonstige öffentliche Aufträge in § 4 Abs. 3 TVgG-NRW vorsieht.

So erhält nach dem aktuellen Tarifabschluss des NWO mit der GÖD ein Berufskraftfahrer 12,21 Euro zuzüglich eines Aufschlags von 0,35 Euro für den Einsatz im ÖPNV und sonstiger Zuschläge. Bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 38,5 Stunden wöchentlich (vgl. § 7 Abs. 1 NWO-Manteltarifvertrag vom 8. Juli 2009, Bl. 50 d.GA Bd. 1) ergibt dies ein Monatsbruttogehalt von etwa 2.095,43 Euro und ein Jahresbruttogehalt von etwa 25.145,16 Euro zuzüglich sonstiger Zuschläge.

Auszug aus dem Tarifregister, abrufbar unter: www.tarifregister.de.

Der auf dem Gebiet des ÖPNV NRW ebenfalls zur Anwendung kommende Tarifvertrag, welcher von dem Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. mit der ver.di Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft und der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG) abgeschlossen worden ist, sah für den Zeitraum 1. April 2012 bis 31. Mai 2013 als typische Busfahrervergütung im Bereich für einen Busfahrer der Entgeltgruppe 10 bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden ein Monatsbruttogehalt in der niedrigsten Entgeltstufe in Höhe von 2.294,31 Euro (Jahresbruttolohn etwa 27.531,72 Euro zuzüglich Vermögenswirksamer Leistungen und sonstiger Zulagen und Zuschläge) vor. Der Bruttostundenlohn

von ca. 13,58 Euro lag damit bereits zu diesem Zeitpunkt um etwa 60 Prozent über dem heutigen gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro.

Selbst wenn man es für zulässig hielte, dass das TVgG-NRW die Ergebnisse legitimer Tarifpolitik aus sozialstaatlichen Gründen mit vergaberechtlichen Mitteln punktuell korrigieren können soll, soweit diese zu unerwünschtem Unterbietungswettbewerb beitragen,

Dieterich/Ulber, Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis. Am Beispiel von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 und 2 TVgG-NRW, in: ZTR 2013, 179 (184); kritisch hierzu Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (649).

konnte die Kammer auch unter eingehender Auswertung des Vortrags des beklagten Landes keinen nennenswerten „Korrekturbedarf“ im Bereich der Tarifpolitik auf dem Gebiet des ÖPNV in NRW feststellen. Anders als im Bausektor, in welchem über die Gefährdungslage durch Lohndumping, erhebliche Arbeitslosigkeit und des durch Außenseiter verursachten Sozialkostenwettbewerbs weitgehende Einigkeit herrscht,

vgl. Begründung zum Arbeitnehmer-EntsendeG BT-Drucks. 13/2414, S. 6 ff.; Preis/Ulber, Tariftreue als Verfassungsproblem, in: NJW 2007, 465 (465); Kempen, „Tariftreue-Erklärungen“ – Ein Verstoß gegen Wettbewerbs- und Vergaberecht?, in: Klebe (Hrsg.), Recht und soziale Arbeit. Festschrift für Däubler, 1999, S. 503 (504); Hempel, Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 16; Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, in: RdA 2000, 207 (208, 213) m.w.N.; kritisch aber Löwisch, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, in: Der Betrieb 2004, 814 (816), welcher auch im Bereich der Baubranche einen fehlenden Sachgrund rügt,

drängt sich eine solche im Bereich des ÖPNV in NRW nicht auf. Zwar beinhaltet der für das private Omnibusgewerbe zwischen dem Kläger zu 1) und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst- und Dienstleistungen (GÖD) Bundesverband abgeschlossene Tarifvertrag eine gegenüber dem TV-N NW ungünstigere Entgeltvereinbarung. Damit kommen den Mitgliedsunternehmen des Klägers zu 1) gegebenenfalls Wettbewerbsvorteile aufgrund geringerer Lohnkosten zu. Die von Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzte und nicht in Frage stehende Tarifpluralität in einer Branche konkurrierender Unternehmen zeigt aber, dass dem Grundgesetz und mit ihm der Landesverfassung NRW keine Vorbehalte dagegen zu entnehmen sind, den (Bieter-)Wettbewerb auch über die Lohnkosten zu führen. Das gilt zumindest, soweit die Löhne in wirksamen Tarifverträgen vereinbart sind.

Die im Bereich des ÖPNV NRW tatsächlich abgeschlossenen und geltenden Tarifverträge zeigen, dass dieser Sektor derzeit offensichtlich weit von dem Zustand entfernt ist, der von einem „ruinösen Verdrängungswettbewerb“ aufgrund von „Dumping-Tarifverträgen“ gekennzeichnet ist, welcher ggfs. eine ausnahmsweise zu korrigierende Gefährdungslage darstellen könnte.

A.A. Dizinger/Schreiner, Mit Bus und Bahn in die Zukunft?, in: WISO-Info 2013, 26 (29 f.); Dieterich/Ulber, Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis. Am Beispiel von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 und 2 TVgG-NRW, in: ZTR 2013, 179 (181); zustimmend: Langenbrinck, Tariftreuegesetze erfordern Augenmaß, ZTR 2013, 411 (413).

Anders als in Branchen, in denen – wohl aufgrund eines übergroßen Verhandlungsgewichts der Arbeitgeberseite – ein „erstaunlich niedriges Lohnniveau“ durchgesetzt wurde,

vgl. zur Zeitarbeitsbranche: Schüren, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblicken, in: RdA 2006, 303 (305); Schäfer., Entwicklungsland Deutschland: Niedriglohnregulierung ohne Mindestlohn, in: Bieback/Dietrich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 9 (31),

liegen die tarifvertraglichen Entgeltvereinbarungen aller im Bereich des ÖPNV NRW maßgeblichen Flächentarifverträge deutlich über dem flächendeckenden Mindestlohn von 8,50 Euro sowie über der in Anlehnung an die OECD berechneten bundeseinheitlichen Niedriglohnschwelle, die im Jahr 2012 bei 9,30 Euro pro Stunde lag.

In Anlehnung an die OECD wird der Bruttoarbeitslohn eines Vollzeitbeschäftigten als „niedrig“ angesehen, der unterhalb von zwei Dritteln des nationalen Medianbruttolohns aller Vollzeitbeschäftigten liegt. Vgl. Kalina/Weinkopf, Niedriglohnbeschäftigung 2012 und was ein gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro verändern könnte, S. 2 f., abrufbar unter <http://www.iaq.uni-due.de/iaq-report/2014/report2014-02.pdf>; Schäfer, Entwicklungsland Deutschland: Niedriglohnregulierung ohne Mindestlohn, in: Bieback/Dietrich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, 9-42.

Auch die von Flächentarifverträgen abweichenden, durch sog. Haustarifverträge vereinbarten Entgelte sind nach den Erkenntnissen des Gerichts nicht derart gering, dass ein Versagen der Tarifparteien zur Ausverhandlung eines fairen Lohns angenommen werden müsste. Die vom Arbeitgeberverband Deutscher Eisenbahnen e.V. mit den Gewerkschaften (ver.di, EVG, GDL) abgeschlossenen Firmentarifverträge liegen im Entgelt zwar etwas unterhalb des Flächentarifvertrags. Das spiegelt aber vor allem das im ländlichen Raum anzutreffende niedrigere Gesamtlohnniveau wider, das auf typischerweise niedrigeren Lebenshaltungskosten fußt. So ist die deutlichste – aber im Ergebnis nur unwesentliche – Abweichung vom Flächentarifvertrag nach Angaben des Verbandes bei dem firmenbezogenen Verbandstarifverträgen für die Arbeitnehmer der VBL Verkehrsgesellschaft Bergisches Land mbH (Oberbergischer Kreis) und für die Arbeitnehmer der MKB-Mühlenkreis-Bus GmbH (Kreis Minden-Lübbecke, Ostwestfalen) zu verzeichnen. Ein Busfahrer der VBL erhielt im Zeitraum 1. April 2013 bis 30. April 2014 bei einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden in der niedrigsten Entgeltstufe ein Monatsbruttogehalt in Höhe von 2.082,12 Euro (Jahresbruttogehalt ca. 24.985,44 Euro zuzüglich etwaiger Zuschläge) und damit einen Stundenbruttolohn in Höhe von ca. 12,48 Euro (46 Prozent über dem gesetzlichen Mindestlohn). Ein Busfahrer der MKB erhielt bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden in der niedrigsten Entgeltstufe ein Monatsbruttogehalt in Höhe von 2.046,30 Euro (Jahresbruttogehalt ca. 24.555,60 Euro zuzüglich etwaiger Zuschläge) und damit einen Stundenbruttolohn in Höhe von ca. 12,11 Euro (42 Prozent über dem gesetzlichen Mindestlohn).

Eine Gefährdungslage innerhalb der für den ÖPNV NRW bestehenden Tariflandschaft vermag auch nicht der Einwand des beklagten Landes zu begründen, dass im Bereich der Beförderung von Schülern und Menschen mit Behinderung – und damit außerhalb des ÖPNV – Löhne von teilweise deutlich unter 8,50 Euro gezahlt worden seien. Denn die Tarifreuregung des TVgG-NRW erfasst Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungsverord-

nung, zu denen insbesondere auch der Schülerverkehr zählt, gerade nicht, sondern gilt ausschließlich für den von tarifvertraglich ausgehandelten Entgelten gekennzeichneten ÖPNV. In diesem Zusammenhang erscheint das TVgG-NRW allenfalls in sich widersprüchlich, wenn es beim Verkehr zur Schülerbeförderung – dessen Kosten die öffentliche Hand nach § 97 Abs. 4 SchulG NRW freilich vollständig selbst tragen muss – das nach § 4 Abs. 3 TVgG-NRW vorgegebene sonstige Mindestentgelt von derzeit 8,85 Euro für das Fahrpersonal für ausreichend hält, während dasselbe Personal im regulären ÖPNV eingesetzt nicht unter dem für repräsentativ erklärten Mindestentgelt (z.Z. ungefähr 13,20 Euro) bezahlt werden darf.

Es ist nach alledem nicht erkennbar, dass die Tarifparteien auf dem Gebiet des ÖPNV NRW die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben und insbesondere die Entgelte durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, nicht gerecht geworden sind. Eine wirtschaftliche Fehlentwicklung innerhalb der tarifvertraglichen Ordnung ist nicht erkennbar.

Soweit das beklagte Land im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betont hat, dass es beim TVgG-NRW nicht um die Vermeidung von Dumpinglöhnen im Sinne von „schlechten Löhnen“ ginge, sondern um die Vermeidung eines über die Lohnkosten betriebenen Verdrängungswettbewerbs in Bieterverfahren in der öffentlichen Auftragsvergabe (Bl. 743 d. GA Heft 4),

siehe hierzu auch Schulten, Warum landesspezifische Mindestlohnvorgaben im Vergabegesetz trotz allgemeinem Mindestlohn eine Zukunft haben könnten, in: Euroforum, Newsletter Vergaberecht 2/2014,

vermag dies für sich allein, also ohne dass es hierfür unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes sachliche Gründe gäbe, einen Eingriff in die kollektive Tarifautonomie bereits nicht zu rechtfertigen.

Vgl. Jacobs, in: Festschrift Rainer Walz, 2008, S. 289, 291f.; Greiner, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647 (649).

Dass konkurrierende Tarifverträge voneinander abweichende Entgeltvereinbarungen beinhalten, sieht das Grundrecht vor.

Gegen die Angemessenheit des TVgG-NRW spricht dabei ferner, dass die Tariftreueregelung zur Verhinderung des Lohnkostenwettbewerbs nicht lediglich die (Selbst-)Verpflichtung des Unternehmers zur Zahlung des in einem repräsentativen Tarifvertrag vorgesehenen Mindestentgelts vorsieht, sondern darüber hinaus eine Entlohnung entsprechend der gesamten tarifvertraglichen Entgeltordnung. Den Koalitionen, deren Tarifverträge nicht als repräsentativ gelten, wird damit nicht lediglich die Verhandlungsbasis darüber genommen, welches Entgelt mindestens im Bereich des ÖPNV gezahlt werden, sondern darüber hinaus auch, welche Lohnstruktur und -entwicklung verfolgt werden soll. Eine Rechtfertigung für diesen über eine Lohnuntergrenze weit hinausgehenden Eingriff in die Tarifautonomie ist nicht ersichtlich.

Vgl. zu den bekannten Formen der Tariferstreckung auf anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber etwa § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG: Danach kann eine Tariferstreckung nur bezogen auf Mindestentgeltsätze, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, einschließlich der Überstundensätze erfolgen. Siehe hierzu Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 5 AEntG Rn. 2 f. Eine Übersicht über die Branchenmindestlöhne zum 1. Oktober 2014 findet sich bei Lakies, Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn mit Ausnahmen ab 2015, in: ZBVR online 2014, 30 (32). Eine Beschränkung auf das Mindeststundenentgelt sieht auch vor § 9 Nr. 2 AÜG, siehe hierzu überblickhaft Sittard, Im Dschungel der Mindestlöhne – ein Versuch der Systematisierung, in: RdA 2013, 301 (305 f.).

Das Vorbringen des beklagten Landes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren deutet überdies darauf hin, dass es die Gefahrenlage nicht in der Tarifkonkurrenz, sondern allenfalls in den nichttarifgebundenen Unternehmen sieht. Denn die gerichtliche Aufforderung, konkrete Beispiele für Lohn- und Sozialdumping im tarifvertraglich gebundenen Bereich auf dem Gebiet des ÖPNV NRW anzuführen, vermochte das beklagte Land nicht zu erfüllen.

Der von dem beklagten Land stattdessen geschilderte Sachverhalt über das Vergabeverfahren des Nürnberger S-Bahn-Betriebs stellt schon kein für NRW relevantes Vorbringen dar. Der Beklagte stellte die Vermutung auf, dass der Zuschlag an das britische Unternehmen National Express gegangen sei, weil dieses keiner Tarifbindung unterliege und untertariflich entlohnte Beschäftigte einsetze oder untertarifliche Arbeitsbedingungen vorsehe. Als Beispiel von Dumpinglöhnen auch innerhalb der Tariflandschaft auf dem Gebiet des ÖPNV NRW vermag dies nicht zu dienen. Ungeachtet dessen weist das Gericht darauf hin, dass dasselbe britische Unternehmen in Nordrhein-Westfalen unter Berücksichtigung des Tariftreuegesetzes und damit auch des Mindestentgeltniveaus durch den repräsentativen Tarifvertrag den Zuschlag für die Lose 2 und 3 im Vergabeverfahren um den Rhein-Ruhr-Express erhalten hat.

Siehe VRR, Mitteilung vom 16. Juni 2015, Abellio und National Express sollen den Betrieb der RRX-Linien übernehmen, abrufbar unter:
<http://www.vrr.de/de/vrr/presse/meldungen/archiv/2015/00947/index.html>.

Die Kammer gewichtet unter Berücksichtigung des seit 2015 geltenden MiLoG die mit dem TVgG-NRW verfolgten Ziele mit den dafür von den klagenden Grundrechtsträgern hinzunehmenden Grundrechtsbeeinträchtigungen zugunsten letzterer. Die Eingriffe in das Grundrecht der Tarifautonomie wiegen weit schwerer als die von dem TVgG-NRW erhofften Vorteile. Die Gewährleistung eines Mindestentgelts im ÖPNV, das erheblich über dem bundesgesetzlichen Mindestlohn liegt und das sich vollständig nach der gesamten Entgeltordnung des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags richtet, ist verfassungsrechtlich zumindest so lange als nachrangig einzuordnen, wie es – wie derzeit – keinerlei greifbare Anzeichen für Lohn- oder Sozialdumping im ÖPNV in Nordrhein-Westfalen gibt. Es erweist sich als unangemessen, also als Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, wenn die öffentliche Hand ihre monopolartige Nachfragemacht nach ÖPNV-Leistungen dazu nutzt, geltendes Tarifvertragsrecht durch staatlichen Befehl zu unterlaufen und ohne erkennbare Not in das Wettbewerbsverhältnis der Tarifparteien, das sich im freien Spiel der Marktkräfte ohne erkennbaren Schaden für die Arbeitnehmer herausgebildet hat, spürbar einzugreifen.

dd) Eine verfassungskonforme Auslegung der Tariftreuregelung scheidet aus. Die Grenze der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut einer Vorschrift, zum anderen aus dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers und dessen Regelungsziel, das nicht durch Auslegung verfälscht werden darf.

Vgl. Dreier, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 III Rn. 85; Dollinger, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 80 Rn. 55.

Einer Auslegung des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW, dass nur nicht tarifgebundene Bewerber („Außenseiter“) eine Tariftreueerklärung abgeben müssen, steht der eindeutige Wortlaut der Regelung sowie der gesetzgeberische Wille entgegen, wonach jeder Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, unabhängig von einer etwaigen Tarifbindung, eine Tariftreueerklärung abgeben muss, um zum Vergabeverfahren zugelassen zu werden.

Ebenso wenig führt ein weiteres Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Repräsentativität zur Verfassungskonformität des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW. Würde – ungeachtet des oben dargelegten entgegenstehenden Zwecks der Tariftreuregelung – die Möglichkeit bestehen, dass mehrere sachlich konkurrierende Tarifverträge als repräsentativ erklärt werden könnten, bliebe es bei einer ungerechtfertigten Grundrechtsbeeinträchtigung derjenigen Koalitionen, deren Tarifverträge von der Auswahl ausgeschlossen bleiben. Einer in der Literatur vertretenen weiten Auslegung des Repräsentativitätsbegriffs, wonach jede nicht nur unwesentliche örtliche und/oder sachliche Marktdurchdringung eines Tarifvertrags im ÖPNV für die Annahme der Repräsentativität genügen müsse,

vgl. Faber, Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, 255 (258),

steht ferner entgegen, dass damit die Grenze zwischen repräsentativen und nicht repräsentativen Tarifverträgen bis zur Unkenntlichkeit verwischt würde. Die Aufweichung des Tatbestandsmerkmals würde letztlich darauf hinaus laufen, dass alle im Bereich des ÖPNV in NRW abgeschlossenen Tarifverträge – mit Ausnahme allenfalls von Firmentarifverträgen – das Merkmal der Repräsentativität erfüllen würden. Das liefe aber der gesetzlich angeordneten Auswahl eines bestimmten Tarifvertrags, der für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer (§ 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW) von größter Bedeutung ist, zuwider.

4. § 4 Abs. 2 TVgG-NRW ist für die Entscheidung des vorliegenden Verfahrens erheblich im Sinne des § 50 Abs. 2 VGHG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG. Entscheidungserheblich für den Ausgang eines Rechtsstreits ist ein formelles Gesetz nur dann, wenn es auf seine Gültigkeit für die Entscheidung ankommt. Das ist nur dann der Fall, wenn das vorliegende Gericht bei Gültigkeit des formellen Gesetzes anders entscheiden müsste als bei dessen Ungültigkeit. Entscheidungserheblich ist eine vorgelegte Norm für den Ausgang danach grundsätzlich, wenn die Endentscheidung von der Gültigkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes unmittelbar oder zumindest mittelbar abhängt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. April 1987 – 1 BvL 25/84 –, BVerfGE 75, 166 (173).

Eine mittelbare Entscheidungserheblichkeit liegt vor, wenn die vorgelegte Norm zwar nicht selbst unmittelbare Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist, ihre Gültigkeit aber über die Verfassungsmäßigkeit der unmittelbar entscheidungserheblichen Rechtsgrundlage entscheidet. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage einer unmittelbar entscheidungserheblichen Verordnung ist deshalb vorzulegen, wenn es – wie hier – für die Gültigkeit der Verordnung auf die Beurteilung ihrer Rechtsgrundlage ankommt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. April 1987 – 1 BvL 25/84 –, BVerfGE 75, 166 (175); BVerfG, Beschluss vom 1. März 1978 – 1 BvL 24/76 –, BVerfGE 48, 29 (35); Dollinger, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 80 Rn. 58 m.w.N.

a) Wäre die gesetzliche Tariftreuregelung verfassungsgemäß und gültig, so wäre der als allgemeine Leistungsklage gestellte Antrag zu 1) ebenso als unstatthaft abzuweisen wie bei einer Verfassungswidrigkeit (aa). Der hilfsweise mit der Feststellungsklage erhobene Antrag zu 2) wäre zulässig, die Klage insofern aber unbegründet (bb), so dass es auch insofern nicht auf die Verfassungswidrigkeit ankäme. Ergebnisrelevant ist die Verfassungsgemäßheit aber bzgl. des Antrags zu 3). Zumindest der Antrag des Klägers zu 1) wäre bei Verfassungswidrigkeit begründet, bei Verfassungsgemäßheit unbegründet (cc).

aa) Unabhängig von der Verfassungsgemäßheit der Tariftreuregelung, wäre der klägerische Antrag zu 1) als unzulässig abzuweisen.

Der Verwaltungsrechtsweg wäre zwar nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Denn streitgegenständlich ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, bei der die Beteiligten darum streiten, ob der Kläger zu 1) einen Anspruch auf Ergänzung der RepTVVO hat. Die Ergänzung der Verordnung unterfällt als Akt der Rechtsetzung als staatlicher Hoheitsakt dem öffentlichen Recht.

Die Streitigkeit ist nicht verfassungsrechtlicher Art, weil das Rechtsverhältnis nicht staatsverfassungsrechtlicher Natur ist und die Streitbeteiligten keine unmittelbaren Verfassungsrechtssubjekte sind. Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Kläger zu 1) einen Anspruch auf staatliche Rechtsetzung geltend macht. Er verfolgt keinen nur verfassungsgerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Erlass eines förmlichen Gesetzes durch den Landesgesetzgeber, sondern einen Anspruch auf Ergänzung einer untergesetzlichen landesrechtlichen Rechtsnorm (Rechtsverordnung) durch die zuständige oberste Landesbehörde.

Siehe zur Frage nach dem einzuschlagenden Rechtsweg je nach Rang der Rechtsnorm, um die gestritten wird BVerfG, Beschlüsse vom 6. Oktober 1959 – 1 BvL 13/58 –, juris (= BVerfGE 10, 124-129), vom 14. Mai 1985 – 2 BvR 397 – 399/82, 2 BvR 397/82, 2 BvR 398/82, 2 BvR 399/82 –, juris (= BVerfGE 70, 35-69).

Die gerichtliche Kontrolle der Exekutive, auch soweit sie rechtsetzend tätig wird, ist Aufgabe der Verwaltungsgerichte.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris Rn. 14 (= BVerwGE 80, 355-373), vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, juris Rn. 30 (= BVerwGE 136, 54-74), und vom 15. September 2014 – 8 B 30/14 –, juris Rn. 5 (= NVwZ-RR 2015, 69-70).

Aus diesem Grund dürfen die Verwaltungsgerichte eine untergesetzliche Rechtsnorm selbst als ungültig behandeln. Soweit untergesetzliche Rechtsnormen nach § 47 VwGO einer abstrakten Gültigkeitskontrolle unterworfen sind, obliegt diese gleichfalls nicht den Verfassungs-, sondern den Verwaltungsgerichten. Aus diesen Gründen hat damit auch der Streit um die Pflicht der Exekutive zur Ergänzung einer solchen Rechtsnorm, wie er hier vorliegt, keinen verfassungsrechtlichen, sondern verwaltungsgerichtlichen Charakter.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris Rn. 21 (= BVerwGE 80, 355-373), und vom 4. Juli 2002 – 2 C 13.01 –, juris (= NVwZ 2002, 1505-1506); BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1999 – 1 BvR 167/99; a.A. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 20. Aufl. 2014, § 47 Rn. 13.

Die allgemeine Leistungsklage, die im Hauptantrag erhoben ist, würde sich aber als unstatthaft erweisen.

Die Normergänzungsklage ist in der VwGO selbst nicht ausdrücklich vorgesehen. Aufgrund der Geltung der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO und im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG schließt dies aber eine Klagemöglichkeit auf Ergänzung einer Norm grundsätzlich nicht aus. Auch die Rechtsetzung der Exekutive in der Form von Rechtsverordnungen und Satzungen ist Ausübung öffentlicher Gewalt und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen. Individualansprüche auf Ergänzung von Rechtsnormen sind zwar nur ausnahmsweise denkbar, weil der Erlass wie auch die Ergänzung von Rechtsnormen dem Wohl der Allgemeinheit, nicht aber der Erfüllung von Individualansprüchen dient, sie müssen aber, wo sie bestehen, gerichtlich auch durchsetzbar sein.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris (= BVerwGE 80, 355-373), und vom 4. Juli 2002 – 2 C 13/01 –, juris Rn. 13 (= NVwZ 2002, 1505-1506); BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02, 1 BvR 542/02 –, juris Rn. 41 (= BVerfGE 115, 81-97); Sodan, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, in: NVwZ 2000, 601-609.

Das klägerische Begehren ist jedoch nicht im Wege der allgemeinen Leistungsklage durchzusetzen. Die allgemeine Leistungsklage ist statthaft, wenn eine Handlung der hoheitlichen Verwaltung begehrt wird, die kein Verwaltungsakt ist. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht die allgemeine Leistungsklage auf Normerlass nicht schlechthin ausgeschlossen.

Siehe aber BVerwG, Urteil vom 30. September 2009 – 8 CN 1/08 –, juris Rn. 18: „Ein derartiges Begehren kann nur im Wege einer Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO vor dem Verwaltungsgericht verfolgt werden (Urteile vom 4. Juli 2002 – BVerwG 2 C 13.01 – Buchholz 240 § 49 BBesG Nr. 2 S. 2, vom 3. November 1988 – BVerwG 7 C 115.86 – BVerwGE 80, 355 <358 f., 363> und vom 7. September 1989 – BVerwG 7 C 4.89 – Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 93 S. 55).“

Das Gericht ist allerdings der Auffassung, dass sich der Anwendungsbereich der allgemeinen Leistungsklage nur auf Einzelakte erstreckt,

vgl. Ziekow, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 47 Rn. 68,

nicht hingegen auch auf die Erzwingung abstrakt-genereller Regelungen.

So aber VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26. Oktober 1999 – 1 S 1652/98 –, juris Rn. 37 (= DÖV 2000, 784-786); Eyermann/Happ, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 42 Rn. 63; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 20 Rn. 12; Köller/Haller, Prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Rechtsetzung – BVerwG, NVwZ 2002, 1505, in: JuS 2004, S. 189-191; Schmidt, Das System der verwaltungsgerichtlichen Klagearten, DÖV 2011, 169 (172).

Dies folgt insbesondere aus dem im Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Gedanken, dass auf die Entscheidungsfreiheit der rechtsetzenden Organe gerichtlich nur in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang eingewirkt werden darf. Die Entscheidung, in welcher Weise eine festzustellende Rechtsverletzung zu beheben ist, hat dem Normgeber überlassen zu bleiben.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02, 1 BvR 542/02 –, juris Rn. 53 (BVerfGE 115, 81-97); BVerwG, Urteile vom 7. September 1989 – 7 C 4/89 –, juris Rn. 15 (= DVBl 1990, 155-158), vom 28. Juni 2000 – 11 C 13/99 –, juris Rn. 30 (= BVerwGE 111, 276-284), und vom 28. November 2007 – 9 C 10/07 –, juris Rn. 13 (= BVerwGE 130, 52-65); offen gelassen BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002 – 2 C 13/01 –, juris Rn. 15 (= NVwZ 2002, 1505-1506).

Die im Falle eines auf Normerlass gerichteten Leistungsurteils gegebene Vollstreckungsfähigkeit der gerichtlichen Entscheidung stünde hierzu im Widerspruch.

Anders als klägerseitig angeführt, steht der Exekutive auch nicht allein die Möglichkeit der Ergänzung der Rechtsverordnung um die vom Kläger zu 1) abgeschlossenen Tarifverträge offen, um den vom Gericht festzustellenden Anspruch durchzusetzen. Dem beklagten Land bliebe es unbenommen, im Erfolgsfall der Klage anstelle der beantragten Aufnahme des Tarifvertrags des Klägers zu 1) in die Verordnung beispielsweise deren vollständigen Neuerlass zu erwägen, die bisherige Auswahl abzuändern bzw. aufzuheben oder dem Landtag die Novellierung des ermächtigenden Gesetzes insgesamt vorzuschlagen. Weitere Varianten ließen sich finden.

bb) Der hilfsweise gestellte Antrag zu 2) hätte keinen Erfolg. Er wäre zulässig (1), aber unbegründet (2).

(1) Das Begehren des Klägers zu 1), festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, die RepTVVO um die von ihm benannten Tarifverträge zu ergänzen, kann im Wege der Feststellungsklage nach § 43 VwGO verfolgt werden.

Die Feststellungsklage ist nach § 43 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft, denn der Kläger zu 1) begehrt die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO stellen rechtliche Beziehungen dar, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von natürlichen oder juristischen Personen untereinander oder einer Rechtsbeziehung zwischen einer Person und einem

Dritten in Bezug auf eine Sache ergeben. Das Rechtsverhältnis ist gekennzeichnet durch subjektive Rechte und ihnen korrespondierende Pflichten.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 23. Januar 1992 - 3 C 50.89 - juris Rn. 29 f. (= BVerwGE 89, 327-334), vom 26. Januar 1996 - 8 C 19.94 - juris Rn. 10 (= BVerwGE 100, 262-275), vom 20. November 2003 - 3 C 44.02 -, juris Rn. 18 (= NVwZ-RR 2004, 253-256), und vom 28. Januar 2010 - 8 C 19.09 -, juris Rn. 24 (= BVerwGE 136, 54-74); Sodan, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 7 f., jeweils m.w.N.

Ein solches Rechtsverhältnis besteht. Der Kläger zu 1) ist ein auf dem Gebiet des ÖPNV in NRW tätiger Arbeitgeberverband. Ein konkretes Rechtsverhältnis wird vorliegend dadurch begründet, dass durch Erlass der RepTVVO aufgrund der §§ 4 Abs. 2, 21 TVgG-NRW vom MAIS die vom Kläger zu 1) abgeschlossenen Tarifverträge nicht als repräsentativ erklärt worden sind.

Zur Zulässigkeit der „unechten Normerlassklage“ vgl. BVerwG, Urteile vom 4. Juli 2002 – 2 C 13/01 –, juris (= NVwZ 2002, 151-153), und vom 7. September 1989 – 7 C 4.89 – juris (= NVwZ 1990, 162-165); Sodan, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, in: NVwZ 2000, 601-609.

Der Kläger zu 1) verfügt über die erforderliche Klagebefugnis i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO. Diese Vorschrift ist zur Vermeidung einer dem Verwaltungsprozess fremden Popular- und Interessentenklage auf die Feststellungsklage nach § 43 VwGO entsprechend anzuwenden.

St. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Juni 1995 – 2 C 32/94 –, juris (= BVerwGE 99, 64-69). Ablehnend Sodan, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 72.

Danach ist eine Feststellungsklage nur zulässig, wenn es dem Rechtsuchenden um die Verwirklichung eigener Rechte geht. Dass ihm solche Rechte zustehen, muss nach seinem Vorbringen zumindest möglich erscheinen. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn die von ihm behaupteten Rechte offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise bestehen oder ihm zustehen können.

St. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Juli 1973 – VII C 6.72 –, juris Rn. 18 (= BVerwGE 44, 1-11); Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 20. Aufl. 2014, § 42 Rn. 66.

Maßgeblich ist danach, ob der Kläger die Möglichkeit eines subjektiven Rechts auf Normergänzung geltend machen kann. Subjektive Rechte kann das einfache Recht ebenso wie die Grundrechte verleihen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris Rn. 19 (= BVerwGE 80, 355-373).

Ob eine Vorschrift eine subjektive Rechtsposition einräumt, hängt davon ab, ob sie nach dem in ihr enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm auch

der Rücksichtnahme auf Interessen eines individualisierbaren, d.h. sich von der Allgemeinheit unterscheidenden Personenkreises dient.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. März 1989 – 4 C 36/85 –, juris Rn. 31 (= BVerwGE 81, 329-347); BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 – 2 BvR 794/95 –, juris Rn. 79 (= BVerfGE 105, 135-185).

Der Kläger zu 1) kann einen möglichen Anspruch auf Normergänzung aus § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW geltend machen. Die Vorschrift ermächtigt das für Arbeit zuständige Ministerium, durch Rechtsverordnung festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gemäß § 2 Abs. 2 TVgG-NRW im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG-NRW repräsentativ sind. Hieraus folgt zwar nicht, dass jeder Tarifvertrag das Merkmal der Repräsentativität erhalten muss, sobald er bestimmte, insbesondere in § 21 Abs. 2 TVgG-NRW genannte Kriterien erfüllt. Ausweislich der Gesetzgebungsunterlagen dient die Regelung aber auch dem Schutz des Tarifsystems und damit dem Schutz der am Tarifleben beteiligten Koalitionen. Die Regelung zielt darauf ab, die Effektivität der repräsentativen tarifvertraglichen Entgeltnorm zu wahren und ihr zu größerer Durchsetzungskraft zu verhelfen. Insoweit vermittelt § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW jedenfalls auch das subjektive Recht der Koalitionen auf rechtsfehlerfreie Auswahl der als repräsentativ zu erklärenden Tarifverträge.

Vgl. zum subjektiven Recht aus § 5 TVG BVerwG, Urteil vom 3. November 1988 – 7 C 115/86 –, juris Rn. 30 ff. (= BVerwGE 80, 355 373).

Die Norm wirkt also anspruchsbegründend. Ob ihre Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und welche Rechtsfolgen daraus abzuleiten sind, wird in der Zulässigkeit nicht untersucht. Ein Ausnahmefall dergestalt, dass die Tatbestandsmerkmale von der Klägerseite offensichtlich verfehlt werden, liegt nicht vor. Angesichts der im Beratungsverfahren über den Erlass der RepTVVO und daneben auch in der Fachliteratur geäußerten Ansicht, eine Mehrzahl konkurrierender Tarifverträge könne repräsentativ sein, ist diese Auslegungsvariante nicht von vornherein versperrt, auch wenn die Kammer sie ablehnt.

Das nach § 43 VwGO erforderliche berechtigte Interesse des Klägers zu 1) an der baldigen Feststellung liegt vor. Ein solches umfasst jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1996 – 8 C 19.94 –, juris Rn. 20 (= BVerwGE 10, 262-275); Sodan, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 77 m.w.N.

Es liegt im Interesse des Klägers zu 1), dass durch Verordnung die Repräsentativität des TV-NWO neben dem TV-N NW festgestellt wird. Denn damit würde der im TV-NWO getroffenen Entgeltregelung größere Durchsetzungskraft und Effektivität auf dem Gebiet des ÖPNV (Bereich Straße) in NRW verliehen und die koalitionsgemäße Betätigung des Klägers zu 1) gestärkt. Dieses Interesse ist wirtschaftlich und ideell schutzwürdig.

Die Statthaftigkeit der Feststellungsklage wird nicht durch den in § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO niedergelegten Subsidiaritätsgrundsatz in Frage gestellt. Der Grundsatz der Subsidiarität steht einer Feststellungsklage nicht entgegen, wenn diese den effektiveren Rechtsschutz bietet. Kann die zwischen den Beteiligten streitige Frage sachgerecht und in voller Übereinstimmung mit ihrem Rechtsschutzinteresse durch Feststellungsurteil geklärt werden, verbietet es sich, den Kläger auf eine Gestaltungs- oder Leistungsklage zu verweisen, in deren Rahmen das zur Feststellung gestellte Rechtsverhältnis nur bloße Vorfrage wäre und die weiteren Elemente des geltend zu machenden Anspruchs lediglich untergeordnete Bedeutung hätten.

Vgl. Sodan, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 122 m.w.N.

Der Kläger zu 1) kann entgegen der Ansicht des beklagten Landes nicht darauf verwiesen werden, dass er die Möglichkeit gehabt habe, seine Rechtsauffassung im beratenden Ausschuss für die Repräsentativitätserklärung durchzusetzen, ihm daher Rechtsschutz nach Erlass der Verordnung zu versagen sei. Der Kläger zu 1) hat von seinem Recht auf Stellungnahme (§ 3 der Geschäftsordnung des beratenden Ausschusses zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs vom 5. Juni 2012, Bl. 37 d. BA Heft 1) Gebrauch gemacht (vgl. Bl. 35 ff. d. BA Heft 2). Darüber hinaus standen dem Kläger zu 1) keine weiteren Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidung des Ministeriums zu. Der Ausschuss hat lediglich beratende Funktion, die endgültige Entscheidung trifft das für Arbeit zuständige Ministerium. Die Ausschussmitgliedschaft vermag wegen der fehlenden Durchsetzungsmacht den gerichtlichen Rechtsschutz nicht zu ersetzen.

Der Gesichtspunkt der Subsidiarität der Feststellungsklage steht schließlich auch deshalb nicht entgegen, weil eine Umgehung der für die hier nicht in Betracht kommenden Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren nicht droht. Auch dem Umstand der fehlenden Vollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils kommt kein entscheidendes Gewicht zu, weil davon auszugehen ist, dass das beklagte Land einem rechtskräftigen Urteil auch ohne Vollstreckungsdruck Folge leisten wird.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2000 – 11 C 13/99 –, juris Rn. 30 (= BVerwGE 111, 276-284) m.w.N.

(2) Die Klage auf Feststellung der Pflicht zur Normergänzung wäre indessen unbegründet. Der Kläger zu 1) wird nicht dadurch in seinen Rechten verletzt, dass die RepTVVO – die Verfassungsmäßigkeit der Gesamregelung unterstellt – den von ihm abgeschlossenen Tarifvertrag nicht für repräsentativ erklärt. Denn das für Arbeit zuständige Ministerium MAIS hat die Entscheidung, den TV-NWO nicht als repräsentativen Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG-NRW festzustellen und in die RepTVVO aufzunehmen, für sich genommen rechtsfehlerfrei getroffen.

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW ermächtigt das MAIS, durch Rechtsverordnung festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gemäß § 2 Abs. 2 TVgG-NRW repräsentativ im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG-NRW sind. Maßgeblich für die Feststellung der Repräsentativität eines Tarifvertrages ist gemäß § 21 Abs. 2 TVgG-NRW die Bedeutung des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer. Das Gesetz selbst nennt – nicht abschließend („insbesondere“) – Kriterien, auf die das Ministerium bei der Feststellung der Repräsentativität Bezug nehmen kann, nämlich: die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten (Nr. 1) oder die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (Nr. 2).

Dem Ordnungsgeber steht bei der Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen danach ein Gestaltungsspielraum zu. Dieser wird begrenzt durch den von der Verordnungsermächtigung verfolgten Sinn und Zweck der Norm. Die gerichtliche Prüfungskompetenz erstreckt sich insoweit darauf, ob diese Grenzen überschritten sind oder von der Ermächtigung in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist.

Vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 40 ff.

Dies zugrundegelegt hat sich das MAIS bei der Feststellung der Repräsentativität in dem ihm eröffneten Gestaltungsspielraum gehalten. Dass der vom MAIS als repräsentativ im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG-NRW festgestellte TV-N NW von Bedeutung für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Bereich des ÖPNV-Straße in NRW ist, steht nicht im Streit. Darüber hinaus erweist sich die Entscheidung des MAIS, den TV-NWO nicht ebenfalls als repräsentativ festzustellen, als rechtsfehlerfrei.

Einer Feststellung der von dem Kläger zu 1) abgeschlossenen Tarifverträge als auch repräsentativ im Sinne des § 4 Abs. 2 TVgG-NRW stand bereits entgegen, dass nach der vom Gericht vertretenen Auslegung (siehe Seite 16) für den vom MAIS gezogenen Geltungsbereich des ÖPNV-Straße nur ein sachlich einschlägiger Tarifvertrag als repräsentativ bestimmt werden konnte.

Hierzu steht nicht in Widerspruch, dass der TV-N NW zweifach in der RepTVVO aufgeführt ist. Die KAV hat den TV-N NW zweifach mit gleichem Inhalt sowohl mit der ÖTV und der DAG als auch mit der DBB-Tarifunion abgeschlossen. Für die Frage der Repräsentativität sind diese Tarifverträge aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung als Einheit zu sehen.

Vgl. Löwisch, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, Der Betrieb 2004, 814 (816).

Ungeachtet dessen hat das MAIS gemäß der Maßgaben des § 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW seiner Entscheidung, den TV-NWO nicht als repräsentativ zu erklären, in erster Linie

zu Grunde gelegt, dass sowohl die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern unter den Geltungsbereich des TV-NWO fallenden Beschäftigten (31 Prozent) als auch die Zahl der unter den Geltungsbereich des TV-NWO fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (4,9 Prozent), keinen für den Gesamtbereich ÖPNV-Straße in NRW so großen Anteil darstelle, als dass dem TV-NWO Bedeutung für die Arbeitsbedingungen aller im Bereich ÖPNV-Straße in NRW tätigen Arbeitnehmer zukomme.

Die Einschätzung, dass der Zahl der kongruenten Tarifbindung, also der Geltung eines Tarifvertrags aufgrund der gleichzeitigen Bindung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern als Mitglieder der tarifschließenden Koalitionen, ein anderes Gewicht zukomme, als der Zahl der Arbeitnehmer, welche nur über eine Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag und daher nur auf schuldrechtlicher Grundlage tarifgebunden sind, ist nicht offensichtlich unhaltbar. Denn Letztere sagt lediglich etwas über die tatsächliche Verbreitung eines Tarifvertrags aus, aber nichts über dessen freiwillige Akzeptanz auf Arbeitnehmerseite.

Vgl. Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 7 AEntG Rn. 8; Hunnekuhl/zu Dohna-Jaeger, Ausweitung des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf die Zeitarbeitsbranche – Im Einklang mit der Verfassung?, NZA 2007, 954/956).

Der vom MAIS zugrunde gelegte Betrachtungsbereich – der gesamte Bereich ÖPNV-Straße in NRW – erweist sich ebenfalls als vertretbar. Das MAIS hat nicht verkannt, dass dem TV-NWO für den Teilbereich der sog. Anmiet- bzw. Auftragsverkehre durchaus Bedeutung zukommt und in Erwägung gezogen, spezifisch für diesen Bereich den TV-NWO als repräsentativen Tarifvertrag festzustellen. Die Vertreter des beratenden Ausschusses hatten sich aber zuvor einstimmig gegen eine solche bereichsbezogene Betrachtung ausgesprochen. Dieser Empfehlung entsprechend hat auch das MAIS von einer weiteren Unterteilung des ÖPNV-Sektors Straße abgesehen, ohne dass es dabei seinen Ermessensspielraum als Verordnungsgeber überschritten hätte.

cc) Geht man zur Feststellung der Ergebnisrelevanz der vom Gericht angenommenen Verfassungswidrigkeit hypothetisch davon aus, dass die Tariftreuregelung nicht gegen das Grundrecht der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 4 Abs. 1 LV NRW) verstößt, ist der hilfsweise gestellte Antrag zu 3) bezüglich des Klägers zu 1) zwar zulässig, aber ebenfalls unbegründet, weil das MAIS – wie soeben gezeigt – das einfache Gesetzesrecht des TVgG-NRW fehlerfrei angewendet hat, als es die RepTVVO in ihrer gegenwärtigen Fassung erlassen hat. Ist die Tariftreuregelung verfassungswidrig, hätte der Antrag zu 3) Erfolg. Damit ist der Verstoß der nordrhein-westfälischen Tariftreuregelung für den Ausgang des Klageverfahrens zumindest bzgl. des Klägers zu 1) ergebnisrelevant.

Obgleich das Verfassungsgericht nicht auf die Vorlagefrage im engeren Sinne beschränkt ist, sondern die in Frage stehende Norm ohne Bindung an die Vorlagefrage umfassend und in jeder Hinsicht auf ihre Verfassungsgemäßheit prüft,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Februar 1984 – 1 BvL 10/80 –, BVerfGE 66, 214 (222) m.w.N.,

die Unterstellung der Verfassungsgemäßheit des Gesetzes zur Prüfung seiner Entscheidungserheblichkeit also ebenfalls umfassend ausfallen muss, stellt die Kammer zumindest bezüglich des Klägers zu 1) keine sonstigen Gründe fest, die zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führen könnten. Insbesondere kann es unter dem Gesichtspunkt der von den Beteiligten diskutierten Gesetzgebungskompetenz des Landes keine Verfassungsverstöße feststellen.

Die Verordnungsermächtigung selbst ist im Übrigen verfassungskonform. Die Verordnung benennt als Rechtsgrundlage § 4 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 21 Absatz 1 Nr. 1 TVgG-NRW. Insbesondere war das beklagte Land für ihren Erlass zuständig.

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ist nach Art. 70 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 GG gegeben, da die Regelungsmaterie in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fällt und der Bund nicht abschließend von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Recht der Wirtschaft. Der Begriff „Recht der Wirtschaft“ ist weit zu verstehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 57 (= BVerfGE 116, 202-228) m.w.N.; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 111.

Zu ihm gehören nicht nur diejenigen Vorschriften, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen.

Vgl. BVerfG, Entscheidung vom 15. Dezember 1970 – 1 BvR 559/70, 1 BvR 571/70, 1 BvR 586/70 –, juris Rn. 26 (= BVerfGE 29, 402, BStBl II 1971, 39); Urteil vom 10. Dezember 1980 – 2 BvF 3/77 –, juris Rn. 79 (= BVerfGE 55, 274-348).

Hierzu zählen Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Charakter.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Juli 1954 – 1 BvR 459/52, 1 BvR 484/52, 1 BvR 548/52, 1 BvR 555/52, 1 BvR 623/52, 1 BvR 651/52, 1 BvR 748/52, 1 BvR 783/52, 1 BvR 801/52, 1 BvR 5/53, 1 BvR 9/53, 1 BvR 96/53, 1 BvR 114/54 –, juris (= BVerfGE 4, 7-27).

Zur Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehören auch die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Diesem Rechtsgebiet sind auch gesetzliche Regelungen darüber zuzuordnen, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung über die in § 97 Abs. 4 GWB ausdrücklich vorgesehenen Kriterien hinaus andere oder weiter gehende (vergabefremde) Anforderungen an den Auftragnehmer stellen darf.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 58 (= BVerfGE 116, 202-228) Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 112.

Denn nach den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht für die Zuordnung zu den Kompetenztiteln der Art. 74 und 75 GG entwickelt hat, kommt es in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 58 (= BVerfGE 116, 202-228) m.w.N.

Deshalb ist nicht für jede andere oder weiter gehende Anforderung, die ein Gesetz als Kriterium für die Auftragsvergabe vorsieht, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel – etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – einschlägig.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 58 (= BVerfGE 116, 202-228).

Mit dem Erfordernis, öffentliche Aufträge im Bereich des ÖPNV nur an Unternehmen zu vergeben, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung mindestens das in einem der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge vorgesehene Entgelt zu zahlen, wird ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Es handelt sich hingegen nicht um eine tarifrechtliche und damit arbeitsrechtliche

vgl. zur Zuordnung des Tarifrechts zum Arbeitsrecht im Sinne des Art. 74 Nr. 12 GG: Kunig, in: von Münch/Kunig, GGK III, Art. 74 Rn. 62; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rn. 165; kritisch: Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), TVG, Einl. Rn. 131,

Regelung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris (= BVerfGE 116, 202-228); Seifert, ZfA 2001, 1 (15); Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 162; a.A. BGH, Vorlagebeschluss vom 18. Januar 2000 – KVR 23/98 –, juris Rn. 60 ff. (= JZ 2000, 514-518).

Die Vorschriften regeln unmittelbar weder Inhalt und Form noch den Geltungsbereich von Tarifverträgen. Die Wirksamkeit bundesrechtlich rechtswirksamer Tarifverträge (vgl. §§ 1, 4 TVG) berührt die Regelung nicht. Insbesondere führt das Merkmal der Repräsentativität nicht dazu, dass die nicht repräsentativen Tarifverträge auf dem Gebiet des Vergaberechts ihre rechtliche Wirksamkeit verlören.

A.A. Faber, Gründe für die Rechtswidrigkeit der Verordnung zur Feststellung repräsentativer Tarifverträge im ÖPNV (RepTVVO), in: Eildienst LKT NRW 2013, S. 304 (306); ders., Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, 255 (258); ders., Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen. Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des ÖPNV-Sektors, in: NVwZ 2015, 257 (259).

Mit der Aufnahme in die RepTVVO ist auch keine Allgemeinverbindlicherklärung wie nach § 5 TVG verbunden. Unmittelbar betroffen ist vielmehr nur die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden soll, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine niedrige Vergütung seiner Arbeitnehmer verschafft. Diese Zielsetzung wird in das Vergabeverfahren integriert. Es handelt sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt wird, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen soll. Ungeachtet dessen, dass die Regelung im Vergaberecht arbeitsrechtliche Maßstäbe mit Vorbildwirkung setzen soll, verbleibt der Schwerpunkt der Regelung auf dem Gebiet der vergaberechtlichen Auswahlentscheidung; eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf nicht vergaberechtlich relevante Gebiete erfolgt gerade nicht.

Für eine Charakterisierung der Bestimmung der §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW als vergaberechtliche Vorschrift spricht ferner, dass sowohl die Nichtvorlage der nach § 4 Abs. 2 TVgG-NRW erforderlichen Verpflichtungserklärung als auch ein Verstoß hiergegen spezifisch vergaberechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, nämlich den Ausschluss vom konkreten Vergabeverfahren (§ 8 Abs. 2 TVgG-NRW) bzw., als Sanktion für den schuldhaften Verstoß, den Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu drei Jahren (§ 13 Abs. 1 TVgG-NRW). Aus dieser Verknüpfung wird deutlich, dass es bei der Regelung der Verpflichtung zur Tariftreue zweckgerichtet um eine Ausgestaltung der Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb um eine öffentliche Auftragsvergabe und damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand geht.

Von dem für Vergaberegeln einschlägigen Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Bundesgesetzgeber nicht abschließend Gebrauch gemacht. Für den Oberschwellenbereich ist der Vorschrift des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, nach der andere oder weiter gehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, vielmehr zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung „vergabefremder“ Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein soll. Mit der in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB bestimmten Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Regelung sollte ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade die Möglichkeit eröffnet werden, neben vergabefremden Kriterien für die Eignung auch sonstige allgemeine Anforderungen an die Auftragsausführung stellen zu können und ggf. auch Tariftreueverpflichtungen zu normieren.

Vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 35 f., kritisch hierzu allerdings unter Hinweis auf die Bemühungen um mehr Wirtschaftlichkeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Bundesregierung, ebda. S. 48; BT-Drs. 16/10117, S. 16 f.; BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 62 (= BVerfGE 116, 202-228); VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23. Februar 2015 – VK 1-39/14 –, siehe hierzu auch Liebschwager, Das neue Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, in: NWVBl. 2012, 249 (251); Hailbronner, in: Byok/Jaeger, GWB, § 97 Rn. 176; Dreher, Zur Zulässigkeit vergabefremder Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, JZ 2000, 519-521. Kritisch Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2. GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 97 Rn. 271 ff.; Hopp, Das Verhältnis des Ver-

gaberechts zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am Beispiel des Berliner Vergabegesetzes, in: DB 2000, 29-34.

Für Aufträge im Unterschwellenbereich hat der Bundesgesetzgeber bislang generell auf seine Gesetzgebungskompetenz verzichtet.

Die Verordnungsermächtigung verstößt nicht anderweitig gegen höherrangiges Recht. §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 und 2 TVgG-NRW genügen dem ordnungsspezifischen Bestimmtheitsgebot. Dieses folgt für das Landesrecht aus Art. 70 LV NW. Die in Art. 80 Abs. 1 GG enthaltenen, aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem des Grundgesetzes folgenden Grundsätze gelten aber gleichwohl.

VerfGH NRW, Urteil vom 24. August 1993 – 13/92 –, OVG 43, 266; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 35; Schönenbroicher, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 70 Rn. 1.

Der Inhalt der Verordnungsermächtigung selbst muss danach so genau bestimmt sein, dass schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und voraussehbar ist, was von dem Bürger gefordert werden kann. Dabei ist die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zum Zwecke der Konkretisierung zulässig, solange sich das gesetzgeberische Programm mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln erschließen lässt.

Vgl. Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 64, 70; Schönenbroicher, in: Heusch/Schönenbroicher (Hrsg.), Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 70 Rn. 37.

Der Zweck und das Ausmaß der Ermächtigung ist im Gesetz hinreichend kenntlich gemacht, wenn sich aus dem Wortlaut sowie aus Sinn und Tragweite der sonstigen Regelungen im Wege der Auslegung mit genügender Deutlichkeit die Tendenz und das Programm umreißen lassen, das durch die zu erlassende Rechtsverordnung nach dem Willen des Gesetzgebers verwirklicht werden soll, und sich feststellen lässt, welchem Zweck die Verordnung in welchen Grenzen zu dienen bestimmt ist.

Vgl. Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 67 f.

Diesen Anforderungen genügen §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TVgG-NRW. Der Inhalt und Zweck der Verordnungsermächtigung wird hinreichend deutlich. Das zuständige Ministerium für Arbeit soll unter Berücksichtigung der Empfehlung eines hierfür eingerichteten beratenden Ausschusses durch Rechtsverordnung feststellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs repräsentativ sind und damit zur Grundlage der Tariftreueerklärung nach § 4 Abs. 2 TVgG-NRW gemacht werden können. Welche Indizien zur Bestimmung der für die Repräsentativität in erster Linie maßgeblichen Bedeutung eines Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer heranzuziehen sind, hat der Gesetzgeber in § 21 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW näher konkretisiert. Die

Aufzählung ist zwar nicht abschließend („insbesondere“), genügt aber dem Bestimmtheitsgebot und wird dem Erfordernis gerecht, bei der konkreten Feststellung der Repräsentativität über den bloßen Vergleich von Zahlen hinaus die Akzeptanz und Bedeutung eines Tarifvertrags an weiteren Merkmalen festmachen zu können. Im Übrigen kann zur Auslegung des Begriffs der Repräsentativität die Rechtsprechung und Literatur zu § 7 Abs. 2 AEntG herangezogen werden, der ebenso wie §§ 4, 21 TVgG-NRW eine Repräsentativitätsauswahl vorsieht und dieselben Indizien für die Bestimmung der Repräsentativität eines Tarifvertrags benennt (§ 7 Abs. 2 Satz 2 AEntG).

Siehe hierzu Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 7 Rn. 8 f.

Die Vereinbarkeit mit den (übrigen) Grundrechten der Landesverfassung NRW ist bei der hier anzustellenden Prüfung der Ergebnisrelevanz der gerichtlichen Annahme der Verfassungswidrigkeit der Norm zu unterstellen.

Die Verordnungsermächtigung ist auch mit sonstigem Bundesrecht vereinbar und verstößt nicht gegen Art. 31 GG, insbesondere nicht gegen das TVG. Die Regelung steht nicht im Widerspruch zu § 5 TVG, da die Tariftreueerklärung nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags vergleichbar ist. Die Tariftreueerklärung ist ein neben der Allgemeinverbindlicherklärung stehendes, weiteres Mittel, um zu erreichen, dass Außenseiterarbeitgeber Tariflöhne zahlen. Sie greift nicht in den Regelungsbereich des § 5 TVG über, weil sie im Gegensatz zu einer Allgemeinverbindlicherklärung keine unmittelbare und zwingende Geltung eines Tarifvertrags für alle in dessen Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsverträge bewirkt. Vielmehr begründet sie lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Unternehmers, der den Zuschlag für einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhält, zu einer nur punktuellen Anwendung eines Entgelttarifvertrags.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 –, juris Rn. 107 (= BVerfGE 116, 202-228).

Die Verordnungsermächtigung stellt auch keine über §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG bzw. über §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG hinausgehenden Anforderungen an die Tariffähigkeit. Das TVgG-NRW ermächtigt zwar zur Feststellung der Repräsentativität eines Tarifvertrags für die Tariftreueerklärung im Vergabeverfahren, eine Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung wird dabei aber nicht getroffen.

Die Verordnung hält sich im Rahmen dieser gesetzlichen Ermächtigung. Sie genügt den formellen Gültigkeitserfordernissen. Sie ist vom Minister für Arbeit, Integration und Soziales als für Arbeit zuständiger Minister (vgl. Ziffer 8 der Bekanntmachung der Neufassung der Geschäftsbereiche der obersten Landesbehörden vom 25. März 2011, GV. NRW 2011, 191-200) erlassen (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG-NRW) und ordnungsgemäß verkündet worden (Art. 71 Abs. 2 LV NRW).

Das für Arbeit zuständige Ministerium hat die Entscheidung, den TV-N NW als repräsentativen Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG-NRW festzustellen, rechtsfehlerfrei getroffen. Es hat die Grenzen seines Gestaltungsspielraums weder überschritten, noch von

der Ermächtigung in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht.

Die Einschätzung des MAIS, dass der TV-N NW für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer von Bedeutung ist (§ 21 Abs. 2 TVgG-NRW), ist nicht zu beanstanden. Das MAIS hat seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass der TV-N NW 22.005 der insgesamt 32.005 in NRW – und damit fast 69 Prozent – im Bereich des Straßenverkehrs beschäftigten Arbeitnehmer kraft Tarifbindung des Arbeitgebers erfasst (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 TVgG-NRW). Für 18.420 Arbeitnehmer – fast 58 Prozent der im Straßenverkehr tätigen Beschäftigten – gilt der TV-N NW zudem aufgrund ihrer gleichzeitigen Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 TVgG-NRW). Die Zahlen sprechen für eine erhebliche Bedeutung des TV-N NW auf dem Gebiet des ÖPNV Straße in NRW.

b) Entscheidungserheblich wirkt sich die Verfassungswidrigkeit des TVgG-NRW und damit eine evtl. Ungültigerklärung durch den Verfassungsgerichtshof zumindest auf die Entscheidung über den hilfsweise gestellten Antrag zu 3) aus. Der Antrag zumindest des Klägers zu 1) wäre in dem Fall zulässig und begründet. Bei Verfassungswidrigkeit des TVgG-NRW wäre festzustellen, dass der Kläger zu 1) durch § 1 RepTVVO in Verbindung mit Nr. 1 der Anlage 1 zu dieser Vorschrift in seinen Rechten aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt ist, weil die RepTVVO dann auf einer nichtigen Verordnungsermächtigung beruht. Die Verletzung der kollektiven Tarifautonomie durch die Tariftreueregelung setzte sich in der Konkretisierung der repräsentativen Tarifverträge durch die RepTVVO fort. Erwiese sich die Tariftreueregelung als verfassungsgemäß, wäre auch der Antrag zu 3) als unbegründet abzuweisen. Da die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueregelung für den Kläger zu 1) ergebnisrelevant ist, kann diese Frage für die Klägerin zu 2) offen bleiben.

Die Kostenverteilung bleibt der instanzabschließenden Entscheidung vorbehalten.

Rechtsmittelbelehrung:

Der Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Stuttmann

Dr. Langenbach

Dr. Hötte

Beigeordnete
 Verwaltung
 VERWALTUNG

