

**Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht
und Repräsentativitätserfordernis in § 4 Abs. 2
i.V.m. § 21 Abs. 1 und 2 TVgG NRW**

Rechtsgutachten

auf Ersuchen des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts
in der Hans-Böckler-Stiftung

vorgelegt von

Professor Dr. Thomas Dieterich, Kassel

und

Dr. Daniel Ulber, Köln

im Mai 2012

Inhalt

A. Das Regelungsproblem	4
B. Das Gesetz, seine Begründung und Auslegung	8
I. Wortlaut der Vorschriften	8
II. Begründung des Gesetzes	11
1. Vermeidung von Lohnkostenwettbewerb mit Tarifverträgen bei der öffentlichen Auftragsvergabe	11
2. Schutz der Arbeitnehmer	12
3. Schutz der Sozialversicherung	12
4. Transparenz des Tarifsystems	13
III. Das gesetzliche Regelungssystem	13
1. Rechtsfolge: Selbstverpflichtung zur Lohnergänzung	14
2. Die Tariftreueverpflichtung als vergaberechtliche Regelung	15
3. Ermittlung des/der repräsentativen TV (§ 21 Abs. 2 TVgG NRW)	15
a) Berücksichtigungsfähige Tarifverträge	15
b) Mehrere Tarifverträge als repräsentativ i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW	16
c) Konkrete Feststellung der Repräsentativität	17
C. Materielle Verfassungsmäßigkeit	19
I. Art. 9 Abs. 3 GG	19
1. Ausgestaltung, Eingriff oder Beeinträchtigung?	20
a) Das TVgG NRW als Ausgestaltung der Tarifautonomie	20
b) Das TVgG NRW als Eingriff in die Koalitionsfreiheit	20
c) Das TVgG NRW als Beeinflussung der Koalitions- und Tarifpolitik ...	21

2. Rechtfertigung	23
a) Legitimes Ziel	23
b) Geeignetheit	25
c) Erforderlichkeit	26
aa) Denkbare Alternativen	26
bb) Die konkrete Ausgestaltung im Gesetz	27
d) Angemessenheit	28
aa) Lediglich geringfügige Wirkungen des Gesetzes	28
bb) Erhebliche Gemeinwohlinteressen	29
3. Ergebnis	30
II. Art. 12 Abs. 1 GG	30
III. Art. 3 Abs. 1 GG	33
D. Formelle Verfassungsmäßigkeit	34
I. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG)	34
II. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	34
E. Ergebnisse	36

A. Das Regelungsproblem

Nachdem im Zuge der Ruffert-Entscheidung durch den EuGH¹ und die durch die Entscheidung verursachte Verunsicherung auf Seiten der Landesgesetzgeber die Implementierung von Tariftreueverpflichtungen in die Vergabegesetze der Bundesländer zum Erliegen gekommen war, ist es in den letzten Jahren erneut zum Gebrauch des Instrumentes der Tariftreueverpflichtung gekommen. Mittlerweile haben die Länder Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Thüringen und - hier von entscheidender Bedeutung – das Land NRW mit dem „Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen, TVgG-NRW) vom 10.1.2012 entsprechende Regelungen in ihr Landesrecht aufgenommen.² Die Gesetze verfolgen dabei mehrere Regelungsanliegen. Sie wollen insbesondere die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand für eine sozialverträgliche, umweltfreundliche, energieeffiziente, gleichstellungs- und integrationsfördernde sowie mittelstandsfreundliche Ausgestaltung von Vertragsbeziehungen verdeutlichen und umsetzen.³ So sehen die Tariftreuegesetze unter anderem die Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Ziele bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vor. Zentraler Ansatzpunkt der Tariftreuegesetze ist und bleibt aber die vergaberechtliche Absicherung der nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge und - aufgrund der Ruffert-Entscheidung beschränkt auf diesen Bereich - die Implementierung einer umfassenden Tariftreueverpflichtung für den Verkehrssektor.

Diese Regelungen lassen sich nur vor dem spezifischen Hintergrund der Wettbewerbssituation bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verstehen. Der erwünschte Qualitäts- und Preiswettbewerb hat die unerwünschte Tendenz überwiegend durch Senkung der Personalkosten geführt zu werden. Diese ist mit dem vergleichsweise geringsten unternehmerischen und organisatorischen Aufwand

¹ EuGH 3.4.2009 – C-346/06 -, NZA 2008, 537 ff.; vgl. dazu *Bayreuther*, NZA 2008, 626; *Greiner*, ZIP 2011, 2129; *Hanau*, NZA 2008, 751; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233; *Rödl*, EuZW 2011, 292 ff.; *ders.*, Mitbestimmung 2009, 10 ff.; *Seifert*, EuZA 2008, 526; *Wiedmann*, EuZW 2008, 308 ff.

² Überblick bei *Schulten*, Tariftreue-Regelungen in Deutschland, http://www.boeckler.de/index_tariftreue.htm#cont_37405.

³ LT-Drs. 15/2379, S. 39.

realisierbar. Als Folge haben sich in der Vergangenheit immer wieder Fälle von Lohn- und Sozialdumping bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gezeigt. Es kam daher nicht nur zu - aus sozialpolitischer Sicht unerwünschten - Fällen von untertariflicher Entlohnung und der Missachtung gesetzlicher Vorschriften, sondern auch zu einem für mittelständische Unternehmen ruinösen Druck. Die Wettbewerbsposition von Unternehmen, die nach Tariflohn vergütet, wurde beeinträchtigt und der Wettbewerb insgesamt verzerrt. Vor dem Hintergrund dieser negativen Auswirkungen, die auch die Sozialversicherungssysteme sowie die Tarifautonomie in denjenigen Sektoren berühren, in denen die öffentliche Auftragsvergabe eine nicht unerhebliche Rolle spielt, haben sich verschiedene Bundesländer, unter anderem auch das Land Nordrhein-Westfalen, zur Implementierung von Tariftreueverpflichtungen in ihre Vergabegesetze entschlossen. Die Länder gehen dabei davon aus, dass die Mehrkosten, die durch den Verzicht auf die untertarifliche Entlohnung bei der Erbringung des konkreten Auftrages entstehen, durch positive Effekte (z.B. Qualitätsverbesserung und Sicherung des Sozialsystems) kompensiert werden können.

Allerdings sahen und sehen sich die Länder bei der Implementierung von Tariftreueverpflichtungen in ihre Vergabegesetze einer neuen Problematik gegenüber, die sich aus der zunehmend unübersichtlich werdenden Tariflandschaft ergibt.⁴ Der Lohnkostenwettbewerb findet nicht mehr nur zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Wettbewerbern statt. Neben den großen DGB-Gewerkschaften, die sich wechselseitig keine Konkurrenz machen und lange Zeit für einheitliche Tarifbedingungen sorgen konnten, haben kleinere Richtungs- und Spartengewerkschaften ihre (z.T. noch umstrittene) Tariffähigkeit erreicht und verfolgen im Koalitionswettbewerb eine abweichende Tarifpolitik mit z.T. deutlich geringeren Tariflöhnen.⁵ Daraus ergibt sich für Unternehmen die Möglichkeit, durch die Auswahl zwischen verschiedenen Tarifpartnern die Lohnkosten zu senken und damit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge anderweitig tariflich gebundene

⁴ Vgl. dazu *Zimmer*, in: Zimmer (Hrsg.), Rechtsprobleme der tariflichen Unterbietungskonkurrenz, 2011, S. 9 ff.

⁵ *Dieterich*, NZA-Beilage 2011, Heft 2 S. 84 (87); *Deinert*, NZA 2009, 1176 (1177); *Otto* in: Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs/Kaiser/Weber, (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 663 (670 ff.); *Zachert*, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, 2010, S. 1195 (1197); *Ulber D.*, RdA 2011, 353 (360); zurückhaltend *Beppler*, NZA Beil. Zu Heft 2 S. 73 (75).

Konkurrenten verdrängen zu können. Bei dieser Sachlage konnten die Länder nicht mehr davon ausgehen, dass bei der Verpflichtung zur Einhaltung irgendwelcher Tarifverträge, der Lohnkostenwettbewerb beendet oder eingegrenzt werden würde. Da die Vergabegesetze auf Vereinheitlichung und Transparenz der Wettbewerbsbedingungen abzielen - insbesondere hinsichtlich der Lohnkosten, mussten die Landesgesetzgeber dementsprechend sicherstellen, dass nur solche Tarifverträge Grundlage einer Tariftreueerklärung sein können, die diesem Ziel auch dienen.

Firmen- oder Haustarifverträge wären dazu von vorneherein ungeeignet. Ebenso wenig geeignet erscheinen Tarifverträge, die aufgrund ihres beschränkten Anwendungsbereiches oder ihrer geringen Verbreitung zu intransparenten Wettbewerbsbedingungen oder unkalkulierbaren Wettbewerbsverzerrungen führen. Bliebe der Rückgriff auf solche Tarifverträge zulässig, so würde sich das Problem des Lohnkostenwettbewerbs im Ausschreibungsverfahren lediglich verlagern. Es käme zu einem Lohnkostenwettbewerb zwischen Arbeitgebern, die an unterschiedliche Tarifverträge gebunden sind, von denen sich einige mithilfe anderer Tarifpartner zielgerichtet einen Lohnkostenvorteil verschaffen könnten.⁶ Um das zu verhindern, stellt das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) darauf ab, ob ein Tarifvertrag eine hinreichende Repräsentativität aufweist, die es erlaubt, ihn als Maßstab branchenüblicher Tariflöhne in NRW anzusehen. Dies ist anzunehmen, soweit Tarifverträge aufgrund ihres weiten Verbreitungsgrades oder ihrer hohen Tarifbindung geeignet sind, hinreichende Transparenz und Fairness des Wettbewerbs zu gewährleisten.

Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, lässt sich allerdings durch ein Gesetz allein nicht generell und abschließend regeln. Dazu bedarf es näherer Feststellung der tatsächlichen Gegebenheiten in einem geordneten Verfahren. Dazu muss das für Arbeit zuständige Ministerium ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung festzustellen, welche Tarifverträge das Repräsentativitätserfordernis wahren und welche nicht. Dabei können Veränderungen in der Tariflandschaft ebenso Berücksichtigung finden, wie tatsächliche Veränderungen im Bereich der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite. Die entsprechende Rechtsverordnung wird

⁶ Vgl. dazu unten unter B. II. 1.; Vgl. zum Problem *Dieterich*, NZA-Beilage 2001, Heft 2 S. 84 (87)

vorbereitet durch einen speziellen sachverständigen Ausschuss. Vertreter von Gewerkschaften und von Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs haben über die Frage der Repräsentativität zu beraten und Empfehlungen abzugeben. Durch dieses Gremium sollen eine bessere Entscheidungsgrundlage und die Berücksichtigung aller widerstreitenden Interessen bei Erlass der Rechtsverordnung gesichert werden. Die abschließende Entscheidung trifft dann das zuständige Ministerium, das dabei an die gesetzlichen Vorgaben der Verordnungsermächtigung gebunden ist.

B. Das Gesetz, seine Begründung und Auslegung

I. Wortlaut der Vorschriften

In NRW hat der Gesetzgeber das dargestellte Regelungsproblem und -konzept mit folgenden Vorschriften realisiert:

§ 2 Anwendungsbereich; Begriffsbestimmung

(1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Bau- und Dienstleistungen in Nordrhein-Westfalen im Sinne von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 I 3850), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554). Die §§ 3 und 17 bis 19 dieses Gesetzes gelten auch für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Lieferleistungen im Sinne von § 99 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

(2) Für öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gelten die Regelungen dieses Gesetzes für alle Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315/1 vom 3. Dezember 2007). Dieses Gesetz gilt auch für Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungsverordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 9240-1-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 30. Juni 1989 (BGBl. I S. 1273).

(3) Soweit nach diesem Gesetz Verpflichtungen im Rahmen der Angebotsabgabe begründet werden, gelten diese Verpflichtungen für Direktvergaben im Sinne von Artikel 5 Absatz 2, 4 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entsprechend und sind vor der Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrages zu erfüllen.

(4) Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die öffentlichen Auftraggeber im Land Nordrhein-Westfalen gemäß § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, es sei denn sie führen die Vergabeverfahren im Namen oder im Auftrag des Bundes oder eines anderen Bundeslandes durch.

§ 4 Tariftreuepflicht, Mindestlohn

(1) Öffentliche Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), in der jeweils geltenden Fassung unterfällt, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung des Auftrags wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die durch einen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder eine nach den §§ 7 oder 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes erlassene Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden. Satz 1 gilt entsprechend für Mindestentgelte, die auf Grund der Vorschriften des Mindestarbeitsbedingungengesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 802-2, veröffentlichten bereinigten Fassung für den jeweiligen Wirtschaftszweig in der jeweils geltenden Fassung festgesetzt worden sind.

(2) 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. Das für Arbeit zuständige Ministerium bestimmt durch Rechtsverordnung gemäß § 21 Absatz 1 Nummer 1, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des Satzes 1 anzusehen sind. Der öffentliche Auftraggeber führt diese in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen des öffentlichen Auftrags auf.

(3) Öffentliche Aufträge über Leistungen, die nicht den Vorgaben der Absätze 1 und 2 unterliegen, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Mindeststundenentgelt von 8,62 Euro zu zahlen. Die Unternehmen müssen im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung ihres Unternehmens sowie die gezahlte Höhe der Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben. Die Höhe des Mindeststundenentgeltes kann nach Maßgabe des § 21 durch Rechtsverordnung des für Arbeit zuständigen Ministeriums angepasst werden.

(4) Erfüllt die Vergabe eines öffentlichen Auftrages die Voraussetzungen von mehr als einer der in den Absätzen 1 bis 3 getroffenen Regelungen, so gilt die für die Beschäftigten jeweils günstigste Regelung. Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Öffentliche Aufträge im Sinne der Absätze 1 bis 3 werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, dafür zu sorgen, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158) in der jeweils geltenden Fassung, bei der Ausführung der Leistung für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie ihre regulär Beschäftigten.

(6) Auf bevorzugte Bieter gemäß §§ 141 Satz 1 und 143 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1046), zuletzt geändert durch Artikel 12 Absatz 6 des Gesetzes vom 24. März 2011 (BGBl. I S. 453), findet Absatz 3 keine Anwendung.

(5) Die §§ 3, 4 Absatz 1 sowie 17 und 18 gelten für alle öffentlichen Aufträge, soweit dieses Gesetz nach den Absätzen 1 und 2 anwendbar ist, unabhängig von der Höhe des jeweiligen Auftragswertes. Alle weiteren Vorschriften, mit Ausnahme des § 19, gelten nur für Aufträge ab einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von 20.000 Euro. Bei der Schätzung der Auftragswerte ist § 3 der Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169) in der jeweils geltenden Fassung entsprechend anzuwenden.

§ 12 Sanktionen durch den öffentlichen Auftraggeber

(1) Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer ist für jeden schuldhaften Verstoß gegen die Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 eine Vertragsstrafe zu vereinbaren, deren Höhe eins vom Hundert, bei mehreren Verstößen bis zu fünf vom Hundert des Auftragswertes betragen soll. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer oder von einem Verleiher von Arbeitskräften begangen wird, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß bei Beauftragung des Nachunternehmers und des Verleihers von Arbeitskräften nicht kannte und unter Beachtung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns auch nicht kennen musste.

(2) Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 durch den Auftragnehmer, seine Nachunternehmer und die Verleiher von Arbeitskräften sowie schuldhafte Verstöße gegen die Verpflichtungen des Auftragnehmers aus § 9 Absatz 1 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Bau- oder Dienstleistungsvertrages oder zur Auflösung des Dienstleistungsverhältnisses berechtigen.

§ 13 Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb

(1) Hat der Auftragnehmer nachweislich gegen die Verpflichtung aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 oder gegen seine Verpflichtung aus § 9 Absatz 1 Satz 1 schuldhaft verstoßen, soll er von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden. Satz 1 gilt entsprechend für die Pflichten der Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 sowie ihre Pflichten aus § 9 Absatz 1 Satz 2. Vor dem Ausschluss ist dem Auftragnehmer, den Nachunternehmern oder den Verleihern von Arbeitskräften Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(2) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 2 Absatz 1 und 2 sollen Bewerber für die Dauer von bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 16 mit einer Geldbuße von wenigstens 2 500 Euro belegt worden sind.

(3) Ein Ausschluss nach Absatz 1 oder Absatz 2 ist dem Vergaberegister nach § 6 Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 16. Dezember 2004 ([GV. NRW. 2005 S.8](#)), zuletzt

§ 21 Rechtsverordnungen

(1) Das für Arbeit zuständige Ministerium wird ermächtigt, jeweils durch Rechtsverordnung,

1. festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gemäß § 2 Absatz 2 repräsentativ im Sinne von § 4 Absatz 2 sind,

2. die Höhe des in § 4 Absatz 3 Satz 1 bestimmten Mindeststundenentgeltes anzupassen.

(2) Bei der Feststellung der Repräsentativität eines Tarifvertrages nach Absatz 1 Nummer 1 ist auf die Bedeutung des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer abzustellen. Hierbei kann insbesondere auf

1. die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten oder

2. die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat,

Bezug genommen werden. Das für Arbeit zuständige Ministerium errichtet einen beratenden Ausschuss für die Feststellung der Repräsentativität der Tarifverträge. Es bestellt für die Dauer von vier Jahren je drei Vertreter von Gewerkschaften und von Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf deren Vorschlag als Mitglieder. Die Beratungen koordiniert und leitet eine von dem für Arbeit zuständigen Ministerium beauftragte Person, die kein Stimmrecht hat. Der Ausschuss gibt eine schriftlich begründete Empfehlung ab. Kommt ein mehrheitlicher Beschluss über eine Empfehlung nicht zustande, so ist dies unter ausführlicher Darstellung der unterschiedlichen Positionen schriftlich mitzuteilen. Das für Arbeit zuständige Ministerium wird ermächtigt, das Nähere zur Bestellung des Ausschusses, zu Beratungsverfahren und Beschlussfassung, zur Geschäftsordnung und zur Vertretung und Entschädigung der Mitglieder durch Rechtsverordnung zu regeln.

II. Begründung des Gesetzes

Die Gesetzesbegründung befasst sich eingehend mit dem dargestellten Regelungskonzept und verdeutlicht das Ziel des Gesetzes.

1. Vermeidung von Lohnkostenwettbewerb mit Tarifverträgen bei der öffentlichen Auftragsvergabe

Als vordringlicher Gesetzeszweck erscheint die Vermeidung eines Preiswettbewerbs durch Minimierung der Lohnkosten zu Lasten der Qualität der Dienstleistungen und der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten.⁷ Das Gesetz soll damit einen Beitrag zu einem „*fairen Wettbewerb*“ leisten.⁸ Dabei umschreibt das Gesetz sehr deutlich das grundsätzliche Problem der öffentlichen Auftragsvergabe. Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 3 Abs. 5 TVgG NRW). Ohne die Implementierung einer Tariftreueverpflichtung wird daher ein Preiswettbewerb um die geringsten Lohnkosten in Gang gesetzt. Dies führt zu Wettbewerbsvorteilen für Anbieter, die untertariflich entlohnen oder sich durch besonders niedrige Tarifabschlüsse Wettbewerbsvorteile verschaffen. Dementsprechend führt die öffentliche Hand durch die Vorgabe der Zuschlagerteilung auf das wirtschaftlichste Angebot einen Preisdruck herbei, der die Löhne drückt.

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung soll daher diesem erst durch die Vergabepaxis der öffentlichen Hand verursachten Problem entgegenwirken und ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition der Bieter begrenzen. Letztendlich zielt das Gesetz darauf ab, dass der Wettbewerb nicht durch die Minimierung der Lohnkosten zulasten der Qualität der Dienstleistungen und der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten geführt wird.⁹ Dies wird dadurch erreicht, dass die Lohnkosten für die öffentlichen Aufträge auf einem einheitlichen Mindestniveau festgelegt werden, und zwar unabhängig davon, welche Entgeltregelungen beim jeweiligen Bieter gelten. Dieses Mindestniveau soll eine möglichst große Vereinheitlichung der Vergabepaxis bewirken. Denn anders wäre die Beendigung des Lohnkostenwettbewerbs nicht zu erreichen. Diesem Ziel dient auch das

⁷ LT-Drs. 15/2379, S. 1.

⁸ LT-Drs. 15/2379, S. 1.

⁹ LT-Drs. 15/2379, S. 1.

Repräsentativitätserfordernis in § 4 Abs. 2 TVgG NRW. Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass durch das Kriterium der Repräsentativität die Kosten für die öffentliche Auftragsvergabe steigen. Dies entspricht dem durch die Tariftreueverpflichtung intendierten Effekt und wird daher bewusst in Kauf genommen.

2. Schutz der Arbeitnehmer

Ein weiteres Gesetzesziel besteht im Schutz der Arbeitnehmer.¹⁰ Zum einen dient das Gesetz dem Schutz der Arbeitsplätze derjenigen Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt werden. Zum anderen soll das Gesetz sicherstellen, dass die Arbeitnehmer, jedenfalls bei der Erbringung öffentlicher Aufträge, ein Entgelt erhalten, das ein Einkommen garantiert, von dem der Arbeitnehmer ohne Transferleistungen aus dem Sozialversicherungssystem leben kann.¹¹ Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Eine Entlohnung, die dazu führt, dass Beschäftigte neben ihrem Arbeitseinkommen noch Transferleistungen der Sozialkassen erhalten müssen, um einen angemessenen und würdigen Lebensstandard gewährleisten zu können, widerspricht den Zielen eines hinreichenden Arbeitnehmerschutzes.“¹²

Der Schutz der Arbeitnehmer soll dabei insbesondere auch durch das Erfordernis eines einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrags abgesichert werden.¹³

3. Schutz der Sozialversicherung

Das Gesetz dient darüber hinaus dem Schutz der Sozialversicherung.¹⁴ Es soll vermieden werden, dass sich im Wettbewerb um öffentliche Aufträge Unternehmen durch unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen können, die letztlich durch Transferleistungen aus der

¹⁰ LT-Drs. 15/2379, S. 43 f.

¹¹ LT-Drs. 15/2379, S. 2, 37, insbes. 38.

¹² LT-Drs. 15/2379, S. 38.

¹³ LT-Drs. 15/2379, S. 43.

¹⁴ LT-Drs. 15/2379, S. 43 f.

Sozialversicherung ausgeglichen werden müssen. Dementsprechend dient das Gesetz auch der Entlastung der sozialen Sicherungssysteme.¹⁵

4. Transparenz des Tarifsystems

Schließlich soll das TVgG NRW dem Verdrängungswettbewerb entgegen wirken, der Arbeitgeber mit hohen Tariflöhnen benachteiligt.¹⁶ So wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass die Festlegung des Repräsentativitätserfordernisses auch der Abstützung einer gesamtverantwortlichen Tarifpolitik dient, die durch die Tarifverträge anderer tariffähiger Gewerkschaften gezielt unterlaufen werden könnte. Der Gesetzentwurf führt aus:

„Zur Kostenoptimierung im ÖPNV haben Verkehrsunternehmen häufig das Personal in Untergesellschaften ausgegliedert, die niedrigeren Tarifbindungen unterliegen. Die Verankerung von repräsentativen Tarifverträgen kann nun gegebenenfalls dazu führen, dass diese dadurch eintretenden Personalkosteneinsparungen künftig nicht mehr möglich sein könnten.“¹⁷

Dem Gesetzgeber ist offensichtlich bewusst, dass öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren von der Konkurrenz tariffähiger Gewerkschaften profitieren, soweit diese das Ziel verfolgen, die Entgelte repräsentativer Tarifverträge im Tarifgebiet zu unterbieten. Diese Praxis soll wegen ihrer unerwünschten Rückwirkungen auf den Koalitionswettbewerb und damit auf die Transparenz des tariflichen Regelungssystems wenigstens bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden.¹⁸ Das Gesetz dient insoweit der Steuerung der öffentlichen Hand, und zwar ohne Rücksicht auf dadurch etwa entstehende Mehrkosten.

III. Das gesetzliche Regelungssystem

Die verfassungsrechtliche Bewertung von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis in §§ 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 und 2 TVgG NRW verlangt eine Einordnung dieser Vorschriften in das Regelungssystem des TVgG NRW: Welche Rechtsfolgen begründet das Gesetz für den Arbeitgeber, der sich um einen

¹⁵ LT-Drs. 15/2379, S. 43 f.

¹⁶ LT-Drs. 15/2379, S. 1.

¹⁷ LT-Drs. 15/2379, S. 4.

¹⁸ Vgl. zum Problem *Dieterich*, NZA-Beilage 2001, Heft 2 S. 84 (87).

öffentlichen Auftrag bewirbt? Wie sind diese Rechte und Pflichten innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu verorten? Und schließlich, welche Tarifverträge können überhaupt Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 21 TVgG NRW sein? Können auch mehrere Tarifverträge für repräsentativ erklärt werden?

1. Rechtsfolge: Selbstverpflichtung zur Lohnergänzung

Die Selbstverpflichtung zur Tariftreue ist beschränkt auf das Entgelt und begründet eine Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber. Diese kann darin bestehen, dass er seinen Arbeitnehmern ein zusätzliches Entgelt zu zahlen hat. Das ist der Fall, wenn nach den arbeitsvertraglichen Regelungen oder den anwendbaren Tarifverträgen bei dem Auftragnehmer der Entgeltanspruch hinter dem im repräsentativen Tarifvertrag vorgesehenen Entgelt zurückbleibt. Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Anspruch, der das geltende Tarifvertragsrecht nicht berührt.

- Eine Verdrängungswirkung der Tariftreueverpflichtung gegenüber etwa beim Auftragnehmer geltender abweichender Tarifverträge tritt nicht ein.
- Eine Konkurrenz verschiedener tarifvertraglicher Regelungssysteme oder Tarifpluralität beim Arbeitgeber werden nicht verursacht.

Vielmehr bleiben die vom jeweiligen Arbeitgeber abgeschlossenen Tarifverträge vollumfänglich gültig und anwendbar. Auch die Entgeltregelungen dieser Tarifverträge werden durch das Gesetz nicht erfasst. Sie sind und bleiben Anspruchsgrundlage für den Lohnanspruch der Arbeitnehmer. Andere Regelungsgegenstände als das Entgelt betrifft die Tariftreueverpflichtung überhaupt nicht. Die Arbeitnehmer erhalten lediglich aufgrund der Selbstverpflichtung zur Tariftreue zusätzliche Zahlungen des Arbeitgebers. Solche Leistungen sind nach geltendem Tarifrecht aufgrund des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG) ohne weiteres zulässig und haben keine Auswirkungen auf die Tarifbindung, die Tarifnormwirkung oder die Anwendbarkeit von Tarifverträgen. Es handelt sich hier um eine ergänzende, aus einer gesetzlichen Vorschrift resultierende Zusatzleistung des Arbeitgebers. Auf der Ebene der Rechtsfolgen hat das Gesetz damit keine Auswirkungen auf bestehende oder zukünftige Tarifverträge.

2. Die Tariftreueverpflichtung als vergaberechtliche Regelung

Dementsprechend handelt es sich bei §§ 4 Abs. 2, 21 TVgG NRW auch nicht um tarifrechtliche Vorschriften. Vielmehr sind Tariftreueverpflichtungen dem Vergaberecht zuzuordnen. Dies ergibt sich auch unmittelbar aus der Systematik des Gesetzes, das in den §§ 12, 13 TVgG NRW spezifisch vergaberechtliche Sanktionen für eine Verletzung der Tariftreueverpflichtung enthält. Auch das Bundesverfassungsgericht hat Tariftreueverpflichtungen als vergaberechtliche Vorschriften eingeordnet:

„Für eine Charakterisierung der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln als vergaberechtliche Vorschrift spricht auch der Regelungszusammenhang mit der Sanktionsnorm des § 1 Abs. 2 VgG Bln. Der Verstoß eines Unternehmers gegen die Verpflichtung zur Tariftreue soll danach die spezifisch vergaberechtliche Konsequenz haben, dass er von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen wird. 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.“¹⁹

3. Ermittlung des/der repräsentativen TV (§ 21 Abs. 2 TVgG NRW)

Nach § 21 Abs. 1 TVgG NRW ist das für Arbeit zuständige Ministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gemäß § 21 Abs. 2 TVgG NRW repräsentativ im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG NRW sind (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW). Die Vorschrift ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig.

a) Berücksichtigungsfähige Tarifverträge

Von vornherein sind nicht alle Tarifverträge berücksichtigungsfähig. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW, nach dem auf die Bedeutung des Tarifvertrags für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs abzustellen ist. Die Vorschrift macht deutlich, dass nur ein solcher Tarifvertrag als repräsentativ im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann, der eine hinreichende Bedeutung für die Arbeitsbedingungen der Branche hat.

¹⁹ BVerfGE 116, 202 (217).

Ungeachtet der Frage, wann ein Tarifvertrag repräsentativ ist, sind damit nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 TVgG NRW Haus- und Firmentarifverträge praktisch nie als repräsentativ im Sinne des Gesetzes anzusehen. Denn sie beziehen sich in der hier betroffenen Branche regelmäßig nur auf einen kleinen Teil der Arbeitnehmerschaft und haben dementsprechend normalerweise keine relevante Bedeutung für die Arbeitsbedingungen insgesamt. Das gleiche Ergebnis ergibt sich in systematischer Hinsicht aus § 4 Abs. 2 TVgG NRW, der auf das „in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung“ vereinbarte Entgelt abstellt. Der Bezugsrahmen der Vorschrift ist damit erkennbar so gefasst, dass nur Tarifverträge einbezogen sind, die für NRW als Flächentarifvertrag Geltung beanspruchen.

b) Mehrere Tarifverträge als repräsentativ i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW

Aus dem Wortlaut der Vorschrift, ebenso wie aus § 4 Abs. 2 TVgG NRW, ergibt sich, dass potenziell auch mehrere Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des Gesetzes angesehen werden können. Fraglich ist, wie diese Formulierung zu verstehen ist.

Der Regelungszweck des Gesetzes, das auf eine Vereinheitlichung und Angleichung der Wettbewerbsbedingungen hinwirken soll, schließt aus, dass konkurrierende, sich inhaltlich deckende Tarifverträge als repräsentativ angesehen werden. Gleichwohl ist § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW wie folgt formuliert: „... festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs repräsentativ im Sinne von § 4 Abs. 2 TVgG sind.“ Auch die Gesetzesbegründung spricht von einer Liste mit einschlägigen und repräsentativen „Tarifverträgen“.²⁰ Damit ist jedoch nicht gemeint, dass eine Tarifpluralität repräsentativer Tarifverträge hingenommen werden soll. Vielmehr musste der Gesetzgeber davon ausgehen, dass aufgrund der spezifischen Branchenstruktur des öffentlichen Nahverkehrs auch mehrere Flächentarifverträge nebeneinander den gesamten vom Gesetz erfassten Sektor abdecken, ohne zu konkurrieren. Dies liegt wegen der speziellen Tariflandschaft bei Entstehung des Gesetzes sogar nahe. Da der ÖPNV sich auf Personenverkehrsdienste auf Straße und Schiene erstreckt, liegt er im Zuständigkeitsbereich mehrerer DGB-Gewerkschaften, die sich satzungsmäßig keine Konkurrenz machen. So ist es nicht auszuschließen, dass der gesamte Bereich nur

²⁰ LT-Drs. 15/2379 S. 43.

durch mehrere nebeneinander geltende Tarifverträge abgedeckt werden kann. Hätte der Gesetzgeber nur auf einen Tarifvertrag abgestellt, so hätte er sein Ziel, den gesamten Personennahverkehr auf Straße und Schiene zu erfassen, möglicherweise nicht erreichen können. Alternativ wären die Tarifvertragsparteien aufgrund des Gesetzes gezwungen worden, ihren eigenen Zuständigkeitsbereich zu verändern. Die Formulierung ist dementsprechend auch dafür offen, Tarifverträge, deren Geltungsbereich erst gemeinsam den gesamten öffentlichen Nahverkehr auf Straße und Schiene erfasst, nebeneinander als repräsentativ zu bewerten. Der Gesetzgeber kann und darf die Tarifizuständigkeit der Gewerkschaften selbst nicht regeln. Deshalb muss er mit nebeneinander liegenden und sich ergänzenden Zuständigkeitsbereichen und damit auch mit mehreren Tarifverträgen rechnen.

c) Konkrete Feststellung der Repräsentativität

Bei der Feststellung der Repräsentativität nach § 21 Abs. 2 TVgG NRW ist die Bedeutung des Tarifvertrags für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer maßgebend. Konkretisierend stellen § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 TVgG NRW insbesondere auf die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern Beschäftigten, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen ab. Des Weiteren ist auf die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft, zurückzugreifen.²¹

Die Vorschrift ist nicht abschließend formuliert. Dies ergibt sich aus dem Wort „insbesondere“. Sie legt aber die Kriterien fest, von denen ausgegangen werden muss. Der Verordnungsgeber darf allerdings auch zusätzliche Kriterien berücksichtigen, wenn und soweit die genannten Prüfkriterien kein eindeutiges Ergebnis ermöglichen. Das Gesetz lässt offen, ob § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 TVgG NRW im Sinne einer Rangfolge zu prüfen sind oder als gleichrangige, nebeneinander stehende Kriterien gelten. Da die Ermittlung der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaften in aller Regel nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten bereiten dürfte, erscheint es allerdings naheliegend, vorrangig auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TVgG NRW abzustellen. Ungeachtet dessen bleibt als Leitlinie für die Anwendung und Auslegung der Vorschrift der dargestellte Gesetzeszweck maßgebend. Der Gesetzgeber wollte

²¹ Vgl. zu diesem Problem *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2012, § 7 AEntG Rn. 8.

offensichtlich mit dem zweiten Kriterium verhindern, dass sich die Anwendungsbreite ausschließlich auf vertragliche Grundlage stützt und nicht auf die normale mitgliedschaftlich vermittelte Legitimationsgrundlage.²²

Für die Ermittlung der Repräsentativität aber auch für die Folgenabschätzung sieht das Gesetz die Errichtung eines beratenden Ausschusses vor (§ 21 Abs. 2 Satz 3 TVgG NRW). Dieser setzt sich aus Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs zusammen. Der Ausschuss hat in erster Linie eine unterstützende Funktion, soll aber zugleich dafür sorgen, dass die betroffenen Interessen transparent werden. Zwar kann der Ausschuss eine schriftlich begründete Empfehlung für die Repräsentativität von Tarifverträgen abgeben (§ 21 Abs. 2 Satz 6 TVgG NRW), sofern aber ein mehrheitlicher Beschluss für eine solche Empfehlung nicht zu Stande kommt, ist dies für den Ordnungsgeber dennoch bedeutsam. Er muss die in diesem Fall abzugebende, schriftliche Darstellung der unterschiedlichen Positionen bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Erreicht wird eine Verbreiterung der Tatsachengrundlage für die Entscheidung über die Repräsentativität. Des Weiteren dient das Verfahren der Gewährung rechtlichen Gehörs für die von der Entscheidung über die Repräsentativität Betroffenen Arbeitgeber. Auch die Gewerkschaften im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs sollen in den Verfahren zu Gehör kommen.

²² Vgl. zu diesem Problem *Schlachter*, in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, (Fn. 21), § 7 AEntG Rn. 8.

C. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Im politischen Raum ist die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes angezweifelt worden, insbesondere die Beschränkung der Maßgeblichkeit repräsentativer Tarifverträge (§ 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 TVgG NRW). Bei sozialpolitisch relevanten Gesetzen ist das üblich geworden, und auch das Berliner Tariftreuegesetz wurde mit einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde angegriffen. Im damaligen Verfahren wurden die meisten Probleme, die auch hier diskutiert werden könnten, durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.7.2006²³ abschließend geklärt. Das Berliner Vergabegesetz verlangte allerdings nur, dass die Auftragnehmer ihre Beschäftigten nach den jeweils in Berlin geltenden Tarifverträgen entlohnen. Das vorliegend umstrittene Gesetz verfolgt zwar für Nordrhein-Westfalen ebenfalls das Ziel, Lohndumping bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verhindern, es bedient sich dabei jedoch einer anderen Systematik. Vor allem aber begnügt es sich nicht mit der Maßgeblichkeit irgendeines in NRW geltenden Tarifvertrages, sondern will nur einen jeweils repräsentativen Tarifvertrag als Maßstab gelten lassen. Auf diese Besonderheit hat sich deshalb hier die Verfassungskritik konzentriert. Der Verband nordrhein-westfälischer Omnibusunternehmen hat ein Gutachten vorgelegt, das diese Kritik stützen soll.²⁴ Diese und damit zusammenhängende Bedenken sollen nachfolgend überprüft werden.

I. Art. 9 Abs. 3 GG

Im Mittelpunkt der Kritik steht die Berufung auf die Koalitionsfreiheit, die in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich gewährleistet ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt die Koalitionsfreiheit nicht nur die individuelle Freiheit der Beschäftigten und Arbeitgeber, Vereinigungen zu bilden, sondern auch die Bildung,²⁵ den Bestand²⁶ und die Betätigung der Koalitionen selbst.²⁷ Wichtigste

²³ BVerfGE 116, 202; vgl. dazu zustimmend: *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 ff.; *Schwab* AuR 2007, 97 ff.

²⁴ *Greiner*, Darf aufgrund des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW angeordnet werden, dass im ÖPNV nur einer von mehreren einschlägigen Tarifverträgen als „repräsentativ“ anzuerkennen ist?, Bochum, Januar 2012.

²⁵ BVerfGE 84, 212 (224).

²⁶ BVerfGE 84, 212 (224).

Betätigungsform der Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen. In die damit gewährleistete Tarifautonomie darf der Gesetzgeber nur zum Schutze anderer Rechtsgüter oder bedeutsamer Gemeinwohlbelange eingreifen.²⁸ Allerdings bedarf die Tarifautonomie der rechtlichen Ausgestaltung, dies aber nur mit dem Ziel, die Koalitionsfreiheit selbst oder die Praxistauglichkeit des Tarifsystems zu sichern.²⁹

1. Ausgestaltung, Eingriff oder Beeinträchtigung?

a) Das TVgG NRW als Ausgestaltung der Tarifautonomie

Nach Ansicht von Greiner³⁰ bedeutet der Maßstab repräsentativer Tarifverträge im Vergabeverfahren eine Ausgestaltung der Tarifautonomie, für die ein legitimes Ziel fehle, weil die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie dadurch nicht verbessert werde. Das ist schon im Ansatz unzutreffend. Das Regelungsziel des TVgG NRW ist nicht die Tarifautonomie.³¹ Tarifrechtliche Regelungen sind in diesem Gesetz überhaupt nicht enthalten. Dieses dient vielmehr ausschließlich der Ordnung eines fairen Vergabeverfahrens. Dabei gerät zwar das jeweils geltende Tarifvertragsrecht in den Blick, jedoch nur als Maßstab des Lohnniveaus und damit als Kostenfaktor. Alle daran geknüpften Rechtsfolgen bleiben rein vergaberechtlicher Natur. An den Vorgaben des Tarifrechts ist das Gesetz nicht interessiert, es setzt diese vielmehr voraus (zum Beispiel Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Tarifgebundenheit und Günstigkeitsprinzip).

b) Das TVgG NRW als Eingriff in die Koalitionsfreiheit

Die verfassungsrechtliche Kritik zielt nicht nur vorrangig auf das (von Greiner unzutreffend gewürdigte) Regelungsziel des Vergabegesetzes, sondern vor allem auf

²⁷ BVerfGE 116, 202 (217 f.); BVerfG 29.12.2004, NZA 2004, 153; BVerfG 10.9.2004, NZA 2004, 1338 (1339); BVerfGE 103, 293 (304); BVerfGE 100, 271 (282); BVerfG 6.5.1964, NJW 1964, 1267 (1268); *Dieterich*, RdA 2002, 1 (8); *ders.*, ArbuR 2001, 390; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1997, S. 287; *Hanau*, RdA 1993, 1 (4); *Henssler*, ZFA 1998, 1 (13); *Höfling*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 9 GG, Rn. 68; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 33, 36; a.A. *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 284 ff.

²⁸ BVerfGE 103, 293 (307); 100, 271 (285); *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, (Fn. 21), Art. 9 GG Rn. 87 ff.; *Kempter*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Rn. 116.

²⁹ *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 21), Art. 9 GG Rn. 83 ff.

³⁰ Gutachten (Fn. 24) unter IV 2 und Zusammenfassung Nr. 6.

³¹ Vgl. dazu ausführlich oben unter B. III.

dessen koalitions- und tarifrechtliche Wirkungen. Greiner³² vertritt die Auffassung, Unternehmen, die an nicht repräsentative Tarifverträge gebunden seien, würden von einer positiven Vergabeentscheidung ausgeschlossen, wenn sie sich nicht zur Einhaltung der repräsentativen Tarifregelung verpflichteten. Ihren Tarifabschlüssen auf dem Gebiet des ÖPNV in NRW werde letztlich die Legitimität und – zumindest partiell – die Richtigkeitsgewähr abgesprochen. Damit würden gültige Tarifverträge verdrängt. Wenn das tatsächlich zuträfe, handelte es sich in der Tat um einen massiven Eingriff in die Betätigungsfreiheit der betroffenen Tarifparteien.

Auch das ist jedoch unzutreffend. Tatsächlich sind die Rechtsfolgen der Repräsentativitätsschwelle wesentlich zurückhaltender ausgestaltet und tarifpolitisch allenfalls mittelbar bedeutsam. Weder werden tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände gehindert, Tarifverträge abzuschließen, die nicht repräsentativ sind, noch wird solchen Tarifverträgen die Legitimation und Richtigkeitsgewähr abgesprochen. Unternehmen, die sich mit Erfolg an einem Vergabeverfahren der öffentlichen Hand beteiligen wollen, müssen sich lediglich verpflichten, den für das betroffene Projekt tätigen Beschäftigten einen Entgeltzuschlag zu zahlen, der einen auf solche Weise erworbenen Wettbewerbsvorteil projektbezogen ausgleicht.³³ Die gegenständlich und zeitlich viel weiterreichende Wirkung von Tarifverträgen wird dadurch nicht angetastet. Tarifverträge regeln nicht nur das Arbeitsentgelt, und Tarifpolitik orientiert sich nicht allein an vergaberechtlichen Vorgaben. Auf der Ebene des Tarifrechts geht das Gesetz vielmehr nicht weiter als das Berliner Vergabegesetz, das vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde. Das Gericht sah insoweit nicht einmal den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG tangiert.³⁴

c) Das TVgG NRW als Beeinflussung der Koalitions- und Tarifpolitik

Das Besondere des nordrhein-westfälischen Gesetzes besteht darin, dass es die Ergebnisse legitimer Tarifpolitik aus sozialstaatlichen Gründen mit vergaberechtlichen Mitteln punktuell korrigieren will, soweit diese zu unerwünschtem

³² Gutachten (Fn. 24) unter III 2.

³³ Vgl. dazu B. III. 1.; auf diese beschränkte Wirkung von Tariftreueverpflichtungen weisen auch Schwab, AuR 2007, 97 (99) und Däubler, ZIP 2000, 681 (686) hin.

³⁴ BVerfGE 116, 202 (217 ff.).

Unterbietungswettbewerb beitragen.³⁵ Vergleichbar ist eine solche Regelung mit der gesetzlichen Fixierung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, wenn auch die Wirkungen des TVgG NRW sehr viel enger begrenzt und schwächer ausgestaltet sind. Der tarifpolitische Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum ist jedenfalls im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs in Nordrhein-Westfalen geringfügig eingeschränkt. Soweit die Entgelthöhe tarifpolitisch im Streit ist, hat das Vergabegesetz eine steuernde Vorwirkung. Das ist auch beabsichtigt.

Greiner³⁶ vertritt demgegenüber die Auffassung, das umstrittene Gesetz richte sich gegen kleine Gewerkschaften. Es schließe diese de facto von wirkungsvoller tarifpolitischer Betätigung auf dem Gebiet des ÖPNV aus und schaffe damit letztlich ein „2-Klassen-System von Gewerkschaften“. Eine solche Zielrichtung widerspricht jedoch dem Gesetzeszweck und unterstellt überdies, dass wirkungsvolle Tarifpolitik nur durch Unterbietung der Entgelte anderer Gewerkschaften möglich sei. Das Gesetz verlangt von Gewerkschaften in § 4 Abs. 2 TVgG NRW lediglich Tariffähigkeit, was im Grunde selbstverständlich ist. Das Merkmal der "Repräsentativität" bezieht sich im Gegensatz dazu allein auf die maßgebenden Tarifverträge (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW). Auch große Gewerkschaften werden dadurch tarifpolitisch behindert, wenn sie zur Stützung oder Sanierung notleidender Unternehmen Firmentarifverträge abschließen wollen, deren Tariflöhne diejenigen ihrer eigenen Flächentarifverträge unterschreiten. Eine solche Tarifpolitik kann sich im Bereich des ÖPNV in NRW als zwecklos erweisen, wenn das Unternehmen auf öffentliche Aufträge angewiesen ist, also auf diese Weise keinen Wettbewerbsvorteil erreichen würde.

Damit bleibt festzuhalten, dass das umstrittene Vergabegesetz die Tarifautonomie zwar nicht unmittelbar tangiert, wohl aber durch seine vergaberechtliche Orientierung am Entgeltniveau eines repräsentativen Tarifvertrages eine Vorwirkung erreicht, die mittelbar auf die Tarifpolitik Einfluss nehmen kann und will. Diese rein faktische Einschränkung des tarifautonomen Gestaltungsfreiraums soll nunmehr am Maßstab des Art. 9 Abs. 3 GG gemessen und

³⁵ Siehe dazu oben ausführlich unter B. III.

³⁶ Gutachten (Fn. 24) unter III 2.

daraufhin überprüft werden, ob sie gerechtfertigt ist und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.

2. Rechtfertigung

Ausgangspunkt für die Rechtfertigungsprüfung ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses hat die Rechtfertigungsanforderungen für gesetzliche Eingriffe in einem Beschluss zum Hochschulrecht wie folgt zusammengefasst: *„Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt (...). Dem Gesetzgeber ist es, wenn solche Gründe vorliegen, grundsätzlich nicht verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können (...). Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Damit verbundene Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (...).“³⁷*

a) Legitimes Ziel

Damit gerät zunächst die Frage in den Fokus, welche verfassungsrechtlich legitimen Ziele der Gesetzgeber mit der Tariftreueverpflichtung und insbesondere dem damit verbundenen Repräsentativitätserfordernis verfolgt.

Das spezifische Ziel der Tariftreuegesetze, einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken, hat das Bundesverfassungsgericht bereits beurteilt und als legitim anerkannt.³⁸ Entsprechende Regelungen sollen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beitragen.³⁹ Sie dienen dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit auch der Erhaltung sozialer Standards und der Entlastung der Systeme

³⁷ Vgl. dazu BVerfGE 94, 268 (284).

³⁸ BVerfGE 116, 202 (223 f.).

³⁹ Vgl. dazu auch BVerfGE 100, 271 (284); BVerfGE 103, 293 (307 ff.); Steiner, NZA 2005, 657 (659 f.); dagegen polemisierend Rieble, NZA 2007, 1 (2).

der sozialen Sicherheit. Dies ist ein in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannter Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG.⁴⁰ Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte werde zugleich das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt.⁴¹

Das TVgG NRW beruft sich auf nahezu identische Ziele. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass durch die Tariftreueverpflichtung die Arbeitslosigkeit von Arbeitnehmern, die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt werden, verhindert werden kann.⁴² Des Weiteren verspricht er sich eine Verringerung sozialstaatlicher Transferleistungen, bei gleichzeitiger Verbesserung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung.⁴³ Schließlich mindert er auch die wettbewerbsbeeinflussende Wirkung seiner Auftragsvergabepraxis zu Lasten von Arbeitgebern, die an repräsentative Tarifverträge gebunden sind. Davon erhofft er sich zugleich eine qualitative Verbesserung der öffentlichen Aufträge.

Diese spezifischen Ziele verfolgt der Gesetzgeber mit der Festlegung auf nur jeweils einen repräsentativen Tarifvertrag im räumlichen und sachlichen Geltungsbereich. Das Gesetz will Kosteneinsparungen durch konkurrierende Tarifverträge mit „niedrigeren Tarifbindungen“ entgegen wirken. Dazu dient ihm das zusätzlich eingeführte Repräsentativitätserfordernis.⁴⁴ Dies wird auch daran deutlich, dass der Gesetzentwurf die Kosten des Repräsentativitätserfordernisses im Blick hat. Gleich mehrfach wird ausgeführt, dass dieses dazu führen kann, dass Personalkosteneinsparungen nicht mehr möglich sind und dies bedeuten kann, dass das Land ggf. Ausgleichszahlungen an die Kommunen wegen der Mehrkosten, die durch das Repräsentativitätskriterium verursacht werden, zu leisten hat.⁴⁵

⁴⁰ BVerfGE 103, 293 (307); 100, 271 (285).

⁴¹ BVerfGE 116, 202 (223 f.).

⁴² Siehe oben unter B. II.; ebenso z.B. *Däubler*, ZIP 2000, 681 (686); *Link*, AuA 2000, 468; *Wolter*, AuR 2006, 137 (140).

⁴³ Siehe oben unter B. II. 3.

⁴⁴ LT-Drs. 14/2379 S. 3 und 4.

⁴⁵ LT-Drs. 14/2379 S. 3 und 4.

b) Geeignetheit

Zur Erreichung dieser Ziele sind die Regelungen in § 4 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und Abs. 2 TVgG NRW auch geeignet. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.⁴⁶ Dabei ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber zur Erreichung verfassungsrechtlich legitimer Ziele ein Einschätzungsspielraum zusteht. Das Bundesverfassungsgericht sieht diesen auch bei gesetzgeberischen Maßnahmen im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG als besonders weit an:

„Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang zukommt (...). Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner arbeitsmarkt-, sozial- und wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“⁴⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint die Eignung der umstrittenen gesetzlichen Regelungen unproblematisch. Der Gesetzgeber kann sein Ziel, durch eine Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen negative Effekte für den Arbeitsmarkt, die Sozialversicherung und die Tarifautonomie zu vermeiden, erreichen, wenn er dafür sorgt, dass nur ein Tarifvertrag als Grundlage einer Tariftreueverpflichtung zugelassen ist. Ansonsten wäre nach wie vor der Unterbietungswettbewerb zwischen Arbeitgebern mit unterschiedlicher Tarifbindung möglich und das Ziel des Gesetzes würde verfehlt.⁴⁸ Die Eignung des Repräsentativitätserfordernisses den Lohnkostenwettbewerb einzuschränken, ist somit nicht zu bestreiten.

Dies gilt auch für das Repräsentativitätserfordernis in seiner konkreten Ausgestaltung durch das TVgG NRW.⁴⁹ Der Gesetzgeber hat in § 21 Abs. 2 TVgG

⁴⁶ BVerfGE 116, 202 (224); BVerfGE 103, 293 (307); BVerfGE 67, 157 (175); BVerfGE 63, 88 (115).

⁴⁷ BVerfG 29.12. 2004, NZA 2005, 153 (154).

⁴⁸ Vgl. hierzu auch *Dieterich*, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 103 (109).

⁴⁹ Vgl. dazu oben unter III. 3.

NRW auf die Bedeutung eines konkreten Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen im Geltungsbereich abgestellt. Dieses Kriterium hat er näher präzisiert, indem er „insbesondere“ auf die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten abstellt, soweit diese unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Als weiteres Kriterium zugelassen ist die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder derjenigen Gewerkschaft, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber das Repräsentativitätserfordernis mit Kriterien ausgefüllt, die die Vereinheitlichungswirkung des am weitesten verbreiteten Tarifvertrags sicherstellen. Die gesetzgeberische Zielsetzung ist damit konsequent verfolgt worden.

c) Erforderlichkeit

Der Rückgriff auf die Entgeltregelungen aus einem einzigen repräsentativen Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich muss auch erforderlich sein, um die genannten Ziele zu erreichen. Dies ist der Fall, wenn dem Gesetzgeber innerhalb des Regelungssystems⁵⁰ keine gleich geeigneten, mildereren Mittel zur Verfügung stehen.⁵¹ Der Gesetzgeber verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum.⁵² Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe ergeben sich keine durchschlagenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Repräsentativitätserfordernis in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 TVgG NRW.

aa) Denkbare Alternativen

Von vornherein auszuschließen sind alle Regelungsalternativen, die das Koalitions- oder das Tarifrecht verändern, etwa durch Verschärfung der Anforderungen an die Tariffähigkeit oder durch Erschwerung des Abschlusses von Tarifverträgen mit begrenztem Geltungsbereich. Das wären Eingriffe in die Tarifautonomie, die das Regelungssystem des Vergaberechts verlassen würden. Diese Maßnahmen wären auch erkennbar nicht milder.⁵³ Im Übrigen fehlt dem

⁵⁰ BVerfGE 103, 183 ff.

⁵¹ BVerfGE 77, 84 (106); BVerfGE 40, 196 (223); BVerfGE 25, 1 (19 f.).

⁵² BVerfGE 102, 197 (218).

⁵³ Vgl. dazu ähnlich *Hempel*, Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 116 f.

Landesgesetzgeber für arbeitsrechtliche Regelungen dieser Art auch die Gesetzgebungskompetenz.

Vorstellbar wären allenfalls vergaberechtliche Auswahlkriterien, die nicht auf die Repräsentativität von Tarifverträgen, sondern auf deren Inhalt abstellen, zum Beispiel durch die gesetzliche Festlegung hoher Mindestentgelte ohne Rücksicht auf die tarifrechtliche Lage. Denkbar wäre ferner die Anordnung des Günstigkeitsprinzips als Auswahlkriterium bei konkurrierenden Tarifverträgen mit der Folge, dass stets die Tarifverträge mit den höchsten Entgelten zu Grunde zu legen wären. Auf diese Weise könnte zwar der Gefahr eines tarifvertraglichen Unterbietungswettbewerbs ebenso wirksam begegnet werden, der Eingriff in den Koalitionswettbewerb und die Tarifautonomie wäre jedoch ungleich intensiver. Zudem wären solche Lösungen zwangsläufig mit Kostensteigerungen für die öffentlichen Auftraggeber verbunden. Auch deshalb können sie bei der Erforderlichkeitskontrolle nicht zum Vergleich herangezogen werden.

bb) Die konkrete Ausgestaltung im Gesetz

Das Repräsentativitätserfordernis genügt in seiner konkreten Ausgestaltung durch das TVgG NRW dem Gebot der Erforderlichkeit. Der Gesetzgeber hat in § 21 Abs. 2 TVgG NRW auf die Bedeutung eines konkreten Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen abgestellt. Dieses Kriterium hat er näher präzisiert, indem er „insbesondere“ die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern Beschäftigten, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, bzw. auf die Zahl der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Gewerkschaftsmitglieder, als Maßstab wählt.⁵⁴

Dieser Rückgriff auf generelle Merkmale von Tarifverträgen zeigt, dass der Gesetzgeber genau zwischen dem Tarifvertrag und den denkbaren Tarifvertragsparteien differenziert und gerade keine koalitionsrechtliche Regulierung beabsichtigte. Vielmehr geht er so milde wie möglich vor und lässt auch an sich mitgliederschwache Gewerkschaften als repräsentativ gelten, sofern sie im Geltungsbereich des konkreten Tarifvertrags besonders mitgliederstark sind oder besonders viele Arbeitsverhältnisse erreichen.

⁵⁴ Vgl. dazu oben B. III. 3. c).

Schließlich umschreibt das Gesetz auch so genau wie möglich, unter welchen Gesichtspunkten die Repräsentativität zu bestimmen ist. Die Tarifvertragsparteien können also die Entscheidung in Ansehung der Reichweite ihrer Tarifnormen durchaus vorhersehen und sich tarifpolitisch darauf einstellen. Noch milder und zurückhaltender konnte der Gesetzgeber sein Regelungsziel nicht verfolgen, wenn er die von ihm verfolgten Ziele nicht aus den Augen verlieren wollte.

d) Angemessenheit

Das Repräsentativitätserfordernis in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 TVgG NRW ist auch in Ansehung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele angemessen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist mit Blick auf sozialpolitische Ziele des Gesetzgebers in der Vergangenheit immer außerordentlich großzügig gewesen.⁵⁵ Bei der Stabilisierung der Sozialversicherungssysteme, dem Schutz der Arbeitnehmer, der Vermeidung von Arbeitslosigkeit und der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie handelt es sich um überragend wichtige Güter des Gemeinwohls, die nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts weitreichende gesetzgeberische Maßnahmen tragen.⁵⁶ Auch bei Abwägungsentscheidungen in diesem Bereich kommt dem Gesetzgeber ein großer Einschätzungsspielraum zu.⁵⁷ Mit der Implementierung des Repräsentativitätserfordernisses hält sich der Gesetzgeber in diesem Rahmen.

aa) Lediglich geringfügige Wirkungen des Gesetzes

Die Regelungen wirken nicht besonders intensiv. Wie bereits dargestellt, hat der Gesetzgeber eine Regelung ohne jede tarifrechtliche Wirkung geschaffen.⁵⁸ Auch die mittelbaren Auswirkungen auf den Verhandlungsprozess sind nur in bestimmten Konstellationen für die Tarifvertragsparteien von Bedeutung und selbst dann nur von geringem Gewicht.⁵⁹

⁵⁵ BVerfGE 103, 293 (309); vgl. auch BVerfGE 116, 202 (223 ff.); *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 21), Art. 9 Rn. 49, 89; *Steiner*, NZA 2005, 657 (661).

⁵⁶ Vgl. zum Bsp. BVerfGE 103, 293 (309).

⁵⁷ BVerfGE 116, 202 (227); BVerfGE 103, 293 (309).

⁵⁸ Vgl. dazu oben B. III; ähnlich *Däubler*, ZIP 2000, 681 (686); *Hempel*, (Fn. 53) S. 117; *Schwab*, AuR 2007, 97 (99).

⁵⁹ *Hempel* (Fn. 53), S. 116.

Die Regelung beschränkt ihre Geltung von vorne herein auf konkrete Aufträge, bei denen der Staat als Auftraggeber im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auftritt. Alle anderen Konstellationen bleiben unberührt. Die Anerkennung eines konkreten Tarifvertrags als repräsentativ hat auch nur zur Folge, dass eine entsprechende Ausgleichszahlung einkalkuliert werden muss. Die Selbstverpflichtung zur Tariftreue ist ferner auf das entsprechende Projekt und auf einen einzigen Regelungsgegenstand, nämlich das Entgelt beschränkt.⁶⁰ Das Gesetz lässt jeder Gewerkschaft die Möglichkeit, ihrerseits für eine verbreitete Akzeptanz ihrer Tarifverträge zu sorgen und damit selbst repräsentativ zu werden.

bb) Erhebliche Gemeinwohlinteressen

Gegenüber diesen eher geringfügigen Beschränkungen verfolgt der Gesetzgeber überragend wichtige Güter des Gemeinwohls. Der Gesetzgeber verweist hier insbesondere auf die Vermeidung von Lohnkostenwettbewerb, den Schutz der Arbeitnehmer, den Schutz der Sozialversicherung.⁶¹ Das Gesetz leistet für diese Ziele einen wirksamen Beitrag. Der Gesetzgeber hält sich auch innerhalb seiner Einschätzungsprärogative. Wenn er im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes bereits von Kostensteigerungen für die öffentliche Hand aufgrund des Repräsentativitätserfordernisses ausging,⁶² so belegt dies, dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein Lohnkostenwettbewerb zwischen Tarifverträgen ersichtlich war, der durch das Gesetz korrigiert werden soll.

Der Gesetzgeber konnte mit Blick auf die von ihm durch die Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen angestrebten Ziele auch davon ausgehen, dass diese in erheblicher Weise beeinträchtigt gewesen wären, wenn mehrere Tarifverträge mit identischem Geltungsbereich berücksichtigt werden müssten.⁶³ Das Repräsentativitätserfordernis ist prädestiniert, den Unterbietungswettbewerb auszuschalten, und zwar ohne dass die Tarifautonomie im Übrigen nachhaltig berührt würde. Sie erweist sich damit als geeignetes, systemimmanentes Korrektiv für funktionswidrige Effekte einer zunehmend tarifpluralen Tarifvertragslandschaft.

⁶⁰ Däubler, ZIP 2000, 681 (686); Schwab, AuR 2007, 97 (99); ähnlich in anderem Zusammenhang: Hanau (Fn. 48), S. 127 (152).

⁶¹ Vgl. dazu ausführlich oben B. II; sowie Hempel (Fn. 53), S. 117.

⁶² LT-Drs. 15/2379, S. 3 und 4.

⁶³ Vgl. dazu oben unter B. II. 1. und B. III.

Soweit sich der Gesetzgeber durch die Einschränkung des Lohnkostenwettbewerbs auch positive Effekte für die Stabilität des Sozialversicherungssystems verspricht, weil er davon ausgeht, dass Arbeitslosigkeit vermieden und ein höheres Beitragsaufkommen erzeugt wird, so sind diese Gesichtspunkte in der Vergangenheit bereits mehrfach vom Bundesverfassungsgericht als ausreichend anerkannt worden, um auch intensive Beeinträchtigungen des Art. 9 Abs. 3 GG rechtfertigen zu können.⁶⁴ Das TVgG NRW wirkt gegenüber diesen Eingriffen vergleichsweise harmlos.

3. Ergebnis

Die Tariftreuepflicht mit dem Repräsentationserfordernis nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 TVgG NRW ist mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar.

II. Art. 12 Abs. 1 GG

Soweit die Berufsfreiheit durch die Regelungen des TVgG NRW betroffen ist, ergeben sich keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die entsprechenden Fragen sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits vollständig geklärt.⁶⁵ Dies gilt auch für den etwaigen Fall einer marktbeherrschenden Stellung des Auftrag gebenden Staates.⁶⁶

Jede Tariftreueregelung stellt allerdings eine faktische eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit dar. Denn die Regelung zielt auf den Inhalt der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen.⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dieser Eingriff jedoch gerechtfertigt. Das Gericht stellt dabei auf zwei Aspekte ab. Zum einen auf den Beitrag, den Tariftreueregelungen im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit und gleichzeitig zugunsten des Sozialversicherungssystems leisten, zum anderen auf die Stabilisierung des Tarifvertragssystems. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat sich daneben auch noch auf weitere Ziele gestützt.

⁶⁴ BVerfGE 103, 293 (309).

⁶⁵ BVerfGE 116, 202 (221 ff.); vgl. dazu *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 ff.

⁶⁶ Die Frage, welche Rolle eine marktbeherrschende Stellung des Staates in diesem Zusammenhang spielt, war im damaligen Ausgangsverfahren aufgeworfen worden. Das BVerfG hatte sie jedoch nicht als entscheidungserheblich gewertet. Vgl. BVerfGE 116, 202 (206, 207, 209 f.).

⁶⁷ BVerfGE 116, 202 (222).

Die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein wichtiges Gemeinschaftsgut, dem aufgrund des Sozialstaatsprinzips Verfassungsrang zukommt.⁶⁸ Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts verweist dabei in erster Linie auf den „Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten“.⁶⁹ Die Verpflichtung zur Tariftreue ist zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet.⁷⁰ Im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass Tariftreuregelungen den Lohnkostenwettbewerb begrenzen und damit die Arbeitslosigkeit bekämpfen. Mildere Mittel standen dem Gesetzgeber aus den bereits im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG dargestellten Gründen⁷¹ nicht zur Verfügung.

Zur Angemessenheit führt das Bundesverfassungsgericht wörtlich aus:

„Schließlich ist die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch die Tariftreuepflicht auch angemessen.

(1) Allerdings betrifft die den Bauunternehmen auferlegte Tariftreuepflicht durch die Einflussnahme auf die Verträge mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern und Subunternehmern frei aushandeln zu können, ist ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung, weil diese Vertragsbedingungen in besonderem Maße den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen bestimmen und damit für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit kennzeichnend sind.

Das Gewicht des Eingriffs wird jedoch dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Tariflöhne nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst infolge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags eine Verpflichtungserklärung abzugeben. Die

⁶⁸ BVerfGE 116, 202 (223); BVerfGE 103, 293 (306 f.); BVerfGE 100, 271 (284).

⁶⁹ BVerfGE 116, 202 (223).

⁷⁰ BVerfGE 116, 202 (224 f.); so auch: *Däubler*, ZIP 2000, 681 (686); *Link*, AuA 2000, 468; *Wolter*, AuR 2006, 137 (140); a.A. *Rieble*, NZA 2007, 1 (3).

⁷¹ S.o. C. I. 2.

Auswirkungen der Tariftreuepflicht sind zudem auf den einzelnen Auftrag beschränkt. Nur der Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Ausführung dieses Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer wird vorgegeben, und dies auch nur für die Arbeitsstunden, in denen sie mit der Ausführung des Auftrags beschäftigt sind.

(2) Die rechtfertigenden Gründe, die den Gesetzgeber zu der zur Prüfung gestellten Regelung veranlasst haben, haben demgegenüber erhebliches Gewicht.

Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 103, 293 <309>). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Tariftreuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung (vgl. BVerfGE 100, 271 <288>).

Bezieht man die weiteren, diesen Zweck flankierenden, schon dargestellten Regelungsziele in die Abwägung der betroffenen, verfassungsrechtlich geschützten Rechte und Interessen ein, so ist die vom Gesetzgeber vorgenommene Gewichtung zugunsten der Gemeinwohlbelange nicht zu beanstanden. Die Grenze der Zumutbarkeit ist für die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, die sich nur in Teilbereichen ihrer unternehmerischen Betätigung zur Anwendung tarifvertraglicher Entgeltsätze verpflichten sollen, angesichts der überragend wichtigen Ziele der Tariftreuregelung keineswegs überschritten.“⁷²

Die Besonderheit des TVgG NRW, wonach sich die Verpflichtung zur Tariftreue auf einen repräsentativen Tarifvertrag beziehen muss, ergibt keine abweichende verfassungsrechtliche Bewertung. Denn auch diese ändert nichts an der arbeitsvertraglichen Umsetzung der Tariftreueverpflichtung und damit an der Intensität des Grundrechtseingriffs. Auch die rechtfertigenden Gründe sind identisch.⁷³

⁷² BVerfGE 116, 202 (226 f.)

⁷³ Vgl. dazu oben unter C .2.

III. Art. 3 Abs. 1 GG

Bedenken unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG bestehen nicht. Sofern das Gesetz und das Repräsentativitätskriterium zu einer Ungleichbehandlung von Tarifvertragsparteien führen sollten, wäre diese durch legitime Sachgründe gerechtfertigt (s.o.).

D. Formelle Verfassungsmäßigkeit

I. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG)

Im staatsrechtlichen Schrifttum werden grundsätzliche Bedenken gegen eine Gesetzgebungstechnik erhoben, die dynamisch auf unvorhersehbare Regelungen in anderen Rechtsquellen verweist.⁷⁴ Diese Bedenken werden auch auf die Regelung vergabespezifischer Mindestlöhne erstreckt.⁷⁵ Das Demokratieprinzip verlange, dass der Gesetzgeber selbst die maßgebenden Entscheidungen treffe. Diese Problematik wird im Tariftreue- und Vergabegesetz NRW durch ein spezielles und rechtlich strukturiertes Verfahren gelöst. Nach Anhörung der betroffenen Interessenverbände hat das zuständige Ministerium in den Grenzen und nach den Vorgaben einer gesetzlichen Ermächtigung die erforderliche Festlegung vorzunehmen. Dem Demokratieprinzip wird damit genügt.

II. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung eines Ordnungsgebers richtet sich nach Art. 80 GG. Danach müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Dieses Bestimmtheitserfordernis war wiederholt Gegenstand grundsätzlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Auch über die Ermächtigung in Form einer Verweisung auf tarifvertragliche Regelungen war bereits zu entscheiden, und zwar mit Bezug auf § 1 Abs. 3a AEntG a.F. Sie wurde mit folgender Begründung gebilligt:

„Die Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3a AEntG verstößt auch nicht gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, da sie hinreichend genau bestimmt ist. Die Verordnungsermächtigung bezieht sich nur auf bereits tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen in einer bestimmten Branche (Bauhauptgewerbe oder Baunebengewerbe), erfasst mit den Entgeltregelungen, Urlaubs- und Urlaubskassenregelungen nur bestimmte Arbeitsbedingungen und nur Arbeitgeber,

⁷⁴ Stern, in: Das Staatsrecht der BRD Band II, 1980, S. 635; Sachs, in: Sachs (Fn. 27), Art. 20 Rn. 123a m.w.N.

⁷⁵ Dietlein, in: Blanke/Dietlein/Nierhaus/Püttner (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 1329, 1337; dezidiert Greiner, Gutachten (Fn.24) unter IV 4.

die überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 SGB III erbringen. Sowohl der angesprochene Personenkreis als auch die regelbare Materie wird in den §§ 1, 7 AEntG abschließend aufgezählt. Es ist klar festgelegt, welche Arten von Tarifverträgen mit welchen Inhalten, welchen Regelungsgegenständen und welchem regelungsunterworfenen Personenkreis durch Rechtsverordnung auf Außenseiter erstreckt werden können, so dass für den Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes hinreichend klar vorhersehbar war, welchen Inhalt eine spätere Rechtsverordnung haben wird.“⁷⁶

Auch die Verordnungsermächtigung in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TVgG NRW bezieht sich nur auf bereits tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen. Die Ermächtigung⁷⁷ ist inhaltlich sogar noch stärker eingeschränkt, als dies im AEntG der Fall war. Sie ist beschränkt auf eine konkrete Branche. Sie betrifft nur den öffentlichen Personennahverkehr auf Straße und Schiene. Sie erfasst ausschließlich das Entgelt. Sowohl der angesprochene Personenkreis als auch die regelbare Materie werden vom Gesetz abschließend aufgezählt.

Als Besonderheit ergibt sich allerdings, dass eine Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Tarifverträgen zu treffen ist. Auch dies muss inhaltlich klar und bestimmt im Gesetz geregelt werden. Die Auswahlkriterien müssen dem Gesetz zu entnehmen sein.⁷⁸ Dies ist der Fall. Es ist klar festgelegt, welche Arten von Tarifverträgen – nämlich nur solche, die repräsentativ sind - in Betracht kommen. Auch die Kriterien der Repräsentativität sind hinreichend bestimmt definiert, so dass für den Gesetzgeber bei Erlass des TVgG NRW hinreichend klar vorhersehbar war, welchen Inhalt eine spätere Rechtsverordnung haben würde. Weitere Konkretisierungen waren gesetzlich weder erforderlich noch möglich, da die tatsächlichen Gegebenheiten in einem geordneten Verfahren zu klären bleiben. Das entspricht dem gesetzlichen Regelungsziel. Die Regelung ist also mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar.

⁷⁶ BVerfG 18.7.2000, NZA 2000, 948 (949).

⁷⁷ Vgl. dazu oben unter B. III.

⁷⁸ *Dieterich*, (Fn. 48), S. 103 (115 f.).

E. Ergebnisse

1. Es bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die §§ 4 Abs. 2 und 21 Abs. 2 TVgG NRW. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass lediglich ein repräsentativer Tarifvertrag in ein und demselben sachlichen Geltungsbereich als Bezugsmaßstab der Tariftreueerklärung zugelassen wird.

2. Die sozialstaatlichen Gründe, die das Regelungsziel der §§ 4 Abs. 2 und 21 Abs. 2 TVgG NRW leiten, bieten dem Gesetz eine durchgreifende verfassungsrechtliche Legitimation. Um dieses Regelungsziel zu erreichen, konnte der Gesetzgeber ein Verfahren vorsehen, bei dem durch Rechtsverordnung ein konkreter Tarifvertrag als repräsentativ ausgewählt wird.

3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde gewahrt.