

# Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG revisited – Eine Einordnung de lege lata und mögliche Reformperspektive aus Sicht der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre\*

PROF. DR. JOHANNA WOLFF, LL.M. EUR. (KCL), UNIVERSITÄT OSNABRÜCK

**ABSTRACT** 1977 hat das *BVerfG* die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG als »Rechtsetzungsakt eigener Art« qualifiziert;<sup>1</sup> insbesondere sei sie weder Rechtsverordnung noch Verwaltungsakt. Die gut 45 Jahre alte Einordnung hat die Literatur sukzessive übernommen. Sie wird heute letztlich kaum noch in Frage gestellt.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag dagegen unterzieht sie einer neuen Betrachtung im Lichte des aktuellen Standes der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre und kommt dabei zu zwei Ergebnissen: Zum einen wäre es angesichts einer parallel gelagerten, unionsrechtsbezogenen Konstellation durchaus konsequent, die AVE de lege lata heute doch als Rechtsverordnung anzusehen, statt sie als Sonderling zu behandeln. Zum anderen könnte der Gesetzgeber die Rechtsnatur der AVE nach § 5 TVG im Gesetz ausdrücklich festlegen, wie er es auch bei der AVE nach § 7 AEntG getan hat, und wäre dabei nicht gehindert, sie als Verwaltungsakt auszugestalten.

## I. Einordnung der AVE de lege lata

Der heutige § 5 TVG<sup>3</sup> ist mit der, der Entscheidung des *BVerfG* aus dem Jahr 1977 zugrunde liegenden, Fassung vom 25.8.1969<sup>4</sup> zwar nicht identisch. Im für den hier gegebenen Kontext regelt er aber dasselbe: Nach dem heutigen § 5 Abs. 1 S. 1 TVG kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (in der alten Fassung war Subjekt des Satzes der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung) einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit dem aus Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Tarifausschuss »für allgemeinverbindlich erklären«. Voraussetzungen dafür sind in formeller Hinsicht heute ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien (seinerzeit genügte der Antrag nur einer Partei) und das erwähnte Einvernehmen mit dem Tarifausschuss. Materiell setzt § 5 Abs. 1 S. 1 TVG voraus, dass die AVE »im öffentlichen Interesse geboten erscheint« (die frühere zusätzliche Voraussetzung, nach der die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als die Hälfte der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen mussten, das sog. 50-%-Quorum, ist mit dem Tarifautonomie-Stärkungsgesetz<sup>5</sup> 2014 entfallen). Nach wie vor gilt also, dass das Ministerium bzw. der Minister selbst kein Initiativrecht hat. Er kann die AVE jedoch ablehnen, wenn er das öffentli-

che Interesse als nicht gegeben ansieht. Bejaht er es dagegen und nimmt er die AVE vor, bewirkt diese, wie schon damals, dass »die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer« erfassen (§ 5 Abs. 4 S. 1 TVG/§ 5 Abs. 4 TVG 1969). Die AVE ändert also am (sachlichen) Inhalt der Tarifnormen als solchem nichts, führt aber zu einer (personellen) Erweiterung des Adressatenkreises, vom *BVerfG* beschrieben als »Erstreckung der Tarifgebundenheit auf die Außenseiter«<sup>6,7</sup>

Dieser bindungserstreckende Regelungsgehalt ist – insofern ist die Entscheidung des *BVerfG* von 1977 noch heute treffend – der AVE eigen. Dass die AVE deshalb aber keiner der herkömmlichen Handlungsformen zuzuordnen sein soll, erscheint heute als zumindest fragwürdige Folgerung. Wie im Folgenden gezeigt wird, spielt insbesondere das zentrale Argument, mit dem das *BVerfG* das Vorliegen einer Rechtsverordnung seinerzeit ablehnte, bei der Einordnung einer inzwischen häufigen, parallel angelegten Konstellation mit Unionsrechtsbezug heute keine Rolle mehr.

### 1. Merkmale der Rechtsverordnung nach Art. 80 GG

Was die Rechtsverordnung ausmacht, lässt sich Art. 80 GG entnehmen. Sie ist zwar materiell ein Gesetz ist, jedoch – da sie von der Exekutive erlassen wird – kein Parlamentsgesetz.<sup>8</sup> Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG sieht vor, dass die Bundesregierung,

\* Der Text basiert auf einem Vortrag, den die Autorin im Rahmen der Vortragsreihe »Weichenstellungen im Kollektivarbeitsrecht«, veranstaltet vom Promotions-Kolleg »Gerechtigkeit durch Tarifvertrag«, am 23.5.2022 in Berlin gehalten hat.

1 BVerfGE 44, 322 (340).

2 Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 5 TVG Rn. 4; Hromádka/Maschmann, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2017, § 13 Rn. 251; Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2019, Rn. 1029; i.E. auch Wank, in: Wiedemann, TVG, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 86; kritisch: Lakies/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2022, § 5 Rn. 60.

3 Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 25.8.1969, BGBl. I S. 1323, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 20.5.2020, BGBl. I S. 1055.

4 BGBl. I S. 1323, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 29.10.1974, BGBl. I S. 2879.

5 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie v. 11. 8.2014, BGBl. 2014 I, 1348.

6 BVerfGE 44, 322 (327).

7 Dass die positive ministerielle Entscheidung über die AVE daneben eine bescheidende Wirkung gegenüber den Tarifparteien hat, deren Antrag bewilligt wird, man also von einer Doppelwirkung der AVE sprechen mag, sei hier erwähnt. Wie die Entscheidung des *BVerfG* konzentriert sich aber dieser Beitrag im Weiteren nur auf das »Verhältnis zu den – ohne sie nicht tarifgebundenen – Außenseitern«, BVerfGE 44, 322 (340).

8 Ruffert, in: GVWR I, 3. Aufl. 2022, § 7 Rn. 64; Ossenbühl, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 1; Wolff, in: HVwR V, 2023, § 153 Rn. 5 ff. (i.E.); Koriath/Müller, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2022, Rn. 926; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 824; Bustami, in: Chiofalo/Kohal/Linke (Hrsg.), Staatsorganisationsrecht, 2022, § 18, S. 414.

ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch den Gesetzgeber, also auf Grundlage eines Parlamentsgesetzes, zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden können.

*Anders als Satzungen, die von verselbständigten Personen des öffentlichen Rechts auf der Grundlage gesetzlich verliehener Autonomie erlassen werden, werden Rechtsverordnungen also von Exekutivorganen erlassen, die der unmittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen sind und denen in einem durch formelles Gesetz bestimmten Rahmen punktuell eine entsprechende Rechtsetzungsermächtigung erteilt wird.*

Anders als Satzungen, die von verselbständigten Personen des öffentlichen Rechts auf der Grundlage gesetzlich verliehener Autonomie erlassen werden,<sup>9</sup> werden Rechtsverordnungen also von Exekutivorganen erlassen, die der unmittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen sind und denen in einem durch formelles Gesetz bestimmten Rahmen punktuell<sup>10</sup> eine entsprechende Rechtsetzungsermächtigung erteilt wird.<sup>11</sup> Dabei müssen nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 und 3 GG »Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt« und die Rechtsgrundlage in der Verordnung angegeben werden. Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG gibt zudem vor, dass Rechtsverordnungen »von der Stelle, die sie erläßt, ausgefertigt und vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung im Bundesgesetzblatte verkündet« werden müssen.

## 2. Ablehnung einer Einordnung als Rechtsverordnung durch das BVerfG 1977

Dass es sich bei der AVE um eine Rechtsverordnung in dem gerade geschilderten Sinne handelt, hatte vor der BVerfG-Entscheidung von 1977 u.a. das BVerwG angenommen.<sup>12</sup> Das BVerfG folgte dem im Ergebnis nicht, bejahte aber ebenfalls die materielle Gesetzesqualität der AVE. Dabei ging das BVerfG von der Feststellung aus, dass es sich bereits beim Tarifabschluss durch die Tarifparteien um »Gesetzgebung im materiellen Sinne« handle; die AVE dehne die Verbindlichkeit der dadurch erzeugten Rechtsregeln sodann »auf Personen aus, die bisher vom Tarifvertrag nicht erfaßt wurden«, und sei so »– jedenfalls soweit das Verhältnis zu den Außenseitern in Rede steht – ebenfalls Normsetzung«.<sup>13</sup> Die durch diese Feststellung zwar eröffnete,

aber doch fernliegende Möglichkeit, dass es sich bei der AVE um ein Parlamentsgesetz oder eine Satzung handeln könnte, sprach das BVerfG sodann (ganz zurecht) nicht einmal an. Eine Einordnung als Rechtsverordnung dagegen hielt es offenbar für nicht so abwegig, denn es sah sich immerhin dazu veranlasst, seine Ablehnung dieser Einordnung näher zu begründen:

Demnach soll die allgemeinverbindliche Tarifnorm »nicht Ergebnis einer zwar (vom Gesetzgeber<sup>14</sup>) abgeleiteten, aber dennoch vom Staat selbst bestimmten Rechtsetzung der Exekutive innerhalb eines von der Legislative in einem Gesetz vorgezeichneten Rahmens« sein; statt beim Staat liege »hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Normen und der »Gesetzgebungsinitiative« das Schwergewicht eindeutig bei den Tarifparteien«.<sup>15</sup> So stehe nicht dem Staat, sondern ausschließlich den Tarifparteien das Initiativrecht zu; der für die AVE zuständige Bundesminister könne den Antrag zwar selbständig ablehnen, der positive Akt der Normenerstreckung sei aber nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss möglich; der normative Inhalt des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags sei dem Minister von den Tarifparteien vorgegeben, und auch das Ende der Allgemeinverbindlichkeit sei vom Willen der Tarifparteien abhängig.<sup>16</sup> Insgesamt soll sich die AVE daher »mit dem Institut der Rechtsverordnung in seiner herkömmlichen, im Grundgesetz verankerten Gestalt« rechtlich nicht erfassen lassen.<sup>17</sup>

*Als materielles Gesetz eigener Art soll die AVE vielmehr ihre ganz eigene, spezielle Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG finden.*

Wäre § 5 Abs. 1 TVG doch eine Verordnungsermächtigung für die AVE, würde im Übrigen diese Norm, so das BVerfG weiter, mangels Bestimmtheit »mit Art. 80 und 82 GG kaum zu vereinbaren«<sup>18</sup> seien. Als Ermächtigung verstanden sei sie »allenfalls hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen die Tarifbindung auf Außenseiter erstreckt werden kann, nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt«; hinsichtlich des Inhalts dagegen fehle es »an jeglicher Steuerung durch ein vom staatlichen Gesetzgeber herrührendes Gesetz, wie sie für die Rechtsverordnung kennzeichnend ist«.<sup>19</sup> Die eigentlich nahe liegende Schlussfolgerung, dass § 5 TVG verfassungswidrig und die AVE eine aufgrund verfassungswidriger Rechtsgrundlage verfassungswidrige Rechtsverordnung ist, zog das BVerfG bekanntlich nicht. Als materielles Gesetz eigener Art soll die

<sup>9</sup> BVerfGE 10, 20 (49 f.); Mann, in: HVwR V, 2023, § 154 Rn. 3 ff. (i.E.).

<sup>10</sup> Ehlers, in: ders./Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 2 Rn. 51.

<sup>11</sup> Wolff, in: HVwR V, 2023, § 153 Rn. 14 (i.E.), Ossenbühl, in: HStR.V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 8.

<sup>12</sup> BVerwGE 7, 82 (188); zustimmend Bettermann, RdA 1959, 245 (253 ff.); zuvor bereits Berger, BB 1956, 533 ff.; Berger, DVBl. 1956, 858 ff.

<sup>13</sup> BVerfGE 44, 322 (341).

<sup>14</sup> Erg. durch Verf.

<sup>15</sup> BVerfGE 44, 322 (343).

<sup>16</sup> Der für die AVE zuständige Bundesminister könne »den Antrag zwar selbständig ablehnen; indessen (sei) ihm der positive Akt der Normenerstreckung stets nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuß möglich (...). Am normativen Inhalt des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags (können) der Bundesminister nichts ändern, er (sei) ihm von den Tarifparteien vorgegeben. Auch das Ende der Allgemeinverbindlichkeit (sei) vom Willen der Tarifparteien abhängig.«

<sup>17</sup> BVerfGE 44, 322 (342).

<sup>18</sup> BVerfGE 44, 322 (343).

<sup>19</sup> BVerfGE 44, 322 (343).

AVE vielmehr ihre ganz eigene, spezielle Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG finden.<sup>20</sup>

### 3. Neu-Betrachtung

Übernimmt man die Einordnung des *BVerfG*, nach der es sich bei der AVE nach § 5 TVG um »Normsetzung« handelt,<sup>21</sup> liegt es im Lichte des heutigen Standes der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre sehr viel näher als noch 1977, die AVE nicht als Rechtssetzungsakt eigener Art, sondern als Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 GG anzusehen. Insbesondere die vom *BVerfG* gegen die Verordnungsqualität der AVE angeführten Punkte des fehlenden staatlichen Initiativrechts und der mangelnden gesetzgeberischen Prägung des Norminhalts dürften der Einordnung als Rechtsverordnung jedenfalls nicht (mehr) entgegenstehen: Namentlich im Unionsrechtskontext finden Rspr. und Literatur inzwischen jedenfalls ganz regelmäßig eine vergleichbare Konstellation vor und äußern an der Verordnungsqualität der entsprechenden Verwaltungshandlung keine Zweifel.

Angesprochen ist damit die Konstellation, in der der deutsche Gesetzgeber eine Ermächtigung erteilt, damit ein Minister durch Erlass einer Rechtsverordnung die unionsrechtliche Pflicht Deutschlands zur Umsetzung einer Richtlinie erfüllt. In der gegenwärtigen Rechtsetzungspraxis tritt diese Konstellation regelmäßig auf, da die Verordnungsgebung eine zügige Reaktion auf die zum Teil häufige Änderung von Richtlinien erlaubt und sich der Gesetzgeber durch die Delegation auch darüber hinaus zu entlasten sucht.<sup>22</sup> Obwohl es jedoch auch bei diesem Vorgehen an einer inhaltlichen Steuerung durch ein vom staatlichen Gesetzgeber herrührendes Gesetz fehlen kann, wenn nämlich der Gesetzgeber zur Inhaltsbestimmung bloß auf die Richtlinie verweist, ist, soweit ersichtlich, völlig unbestritten, dass es sich bei dem von dem ermächtigten Exekutivorgan erlassenen Rechtssetzungsakt der Handlungsform nach um eine Rechtsverordnung handelt.

Zwar könnte man grds. Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit des Delegationsgesetzes mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG haben, wenn der Gesetzgeber, statt Inhalte selbst festzulegen, auf eine Richtlinie verweist. Abgesehen davon allerdings, dass solche Bedenken die Verordnungsqualität der auf das Delegationsgesetz gestützten Exekutivhandlung als solcher nicht in Frage stellen (sondern »nur« ihre Verfassungsmäßigkeit), hat die wohl h.M. eine überzeugende Begründung dafür, dass sie hier keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot annimmt: Sie geht nämlich davon aus, dass das Bestimmtheitsgebot in dieser Konstellation nur einen insoweit begrenzten Anwendungsbereich hat, als der Gesetzgeber überhaupt über inhaltliche Spielräume verfügt.<sup>23</sup> Vom Gesetzgeber wird, mit anderen Worten, keine Bestimmtheit erwartet, soweit klar ist, dass statt seiner die EU den Norminhalt

hinreichend bestimmt.<sup>24</sup> Bei der Beurteilung der Bestimmtheit eines Delegationsgesetzes ist dieses nicht isoliert zu betrachten, sondern in einer Zusammenschau mit dem in Bezug genommenen Unionsrecht.<sup>25</sup>

Vor dem Hintergrund, dass eine umfassende inhaltliche Steuerung durch den Gesetzgeber in der geschilderten Konstellation nicht für nötig gehalten wird, um das Vorliegen einer Rechtsverordnung zu bejahen, scheint auch eine entsprechende (Neu-)Einordnung der AVE nach § 5 TVG gerechtfertigt.<sup>26</sup> Denn auch deren Verordnungsqualität kann es konsequenterweise nicht entgegenstehen, dass das vom staatlichen Gesetzgeber herrührende Gesetz, auf dem sie beruht (§ 5 TVG), sich selbst einer inhaltlichen Steuerung enthält, dabei aber voraussetzt, dass inhaltlich bestimmte Tarifnormen in Bezug genommen werden. Soweit, wie das *BVerfG* festgestellt hat, »hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Normen (...) das Schwergewicht eindeutig bei den Tarifparteien« liegt, bestehen im Übrigen auch keine das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG betreffenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage (die, wenn sie bestünden, auf die AVE durchschlagen würden). Denn für eine Anwendung des Bestimmtheitsgebots gibt es in dieser Konstellation keinen Raum. Wie in der Unionsrechtskonstellation kommt insofern zum Tragen, dass Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots schließlich, so eine Formulierung des *BVerfG* selbst, darin bestehen, »das Parlament darin zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern«.<sup>27</sup> Es dient also als besondere Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes in erster Linie als Delegationssperre, die das Parlament vor einer Selbstentmachtung schützen soll, indem es in der Rolle als »Herr der Gesetzgebung«<sup>28</sup> gehalten und eine Abwälzung von Gestaltungsverantwortung an die Exekutive verhindert wird.<sup>29</sup> Soweit aber das Grundgesetz aus-

20 BVerfGE 44, 322 (340 und 340 ff.).

21 Dazu, dass schon diese Einordnung nicht unangreifbar ist, unten II., 3.

22 Remmert, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG (Stand: 3/2022), Art. 80 Rn. 113; Wolff, in: *HVwR V*, 2023, § 153, Rn. 54 (i.E.).

23 Nierhaus, in: *BK-GG*, Art. 80 Rn. 317; Wolff, in: *HVwR V*, 2023, § 153, Rn. 56 (i.E.); Calliess, *NVwZ* 1998, 8 (13); in diesem Sinne auch Wallrabenstein, in: v. Münch/Kunig, *GG*, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 80 Rn. 15; wohl auch Remmert, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG (Stand: 3/2022), Art. 80 Rn. 115 f.

24 Nach Art. 288 AEUV geben europäische Richtlinien den Mitgliedstaaten zwar verbindliche Ziele vor, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Weil dementsprechend bei der Umsetzung stets gewisse Spielräume bestehen, wird die Delegation der Rechtsetzungsmacht zur Umsetzung künftigen Unionsrechts zurecht kritisch gesehen, dazu Wolff, in: *HVwR V*, 2023, § 153, Rn. 57 (i.E.) m.w.N. Das Problem von zu großen Spielräumen des Ministers, die entstehen, wenn der Gesetzgeber das Programm im Delegationsgesetz nicht hinreichend vorgezeichnet hat, besteht im Hinblick auf die AVE dagegen nicht. Die Tarifnormen sind schon als Normen für die Tarifparteien nur operabel, wenn sie bestimmt sind; spiegelbildlich sieht § 5 TVG keinerlei inhaltliche Gestaltungsräume für den Minister vor.

25 Hill/Martini, in: *GVwR II*, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn. 20b; Uhle, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 24 Rn. 59; Wolff, in: *HVwR V*, 2023, § 153, Rn. 56 (i.E.).

26 In der unionsrechtlichen Konstellation werden Ministerien in der Praxis nicht dazu ermächtigt, Inhalte von Richtlinien per Rechtsverordnung für verbindlich zu erklären, sondern letztlich dazu, diese Inhalte in eine Rechtsverordnung zu überführen. Der Regelungsgehalt des § 5 TVG, der zur (Allgemein-)Verbindlicherklärung von Tarifverträgen ermächtigt, erscheint insofern speziell und dürfte, auch als Verordnungsermächtigung, so zu verstehen sein, dass er dazu ermächtigt, die Tarifnormen als Tarifnormen allgemeinverbindlich zu machen. Dem Wortlaut nach unterscheidet sich § 5 TVG auch von § 7 Abs. 1 AEntG, der dazu ermächtigt, »durch Rechtsverordnung« zu bestimmen, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrages »auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden«. Soweit das BAG (BAG AP Nr. 28 zu § 1 AEntG, Rn. 13 ff.) meint, die auf letztere Vorschrift gestützte Rechtsverordnung mache nicht die Tarifnorm als solche verbindlich, sondern nehme ihren Inhalt in sich auf, muss dies schon an sich nicht überzeugen; es ist aber jedenfalls auf § 5 TVG nicht einfach übertragbar.

27 BVerfGE 78, 249 (272).

28 BVerfGE 150, 1 (100).

29 Wolff, in: *HVwR V*, 2023, § 153, Rn. 48 (i.E.); Wallrabenstein, in: v. Münch/Kunig, *GG*, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 80 Rn. 40/44; Ossenbühl, in: *HStR.V*, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 20; Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, *Staatsrecht I*, 34. Aufl. 2022, § 15 Rn. 13; Meßerschmidt, *JURA* 2016, 747 (750): Bestimmtheitsgebot »primär eine Inpflichtnahme des als Entscheider enttäuschenden parlamentarischen Gesetzgebers«.

nahmsweise vorsieht oder zulässt, dass statt des Gesetzgebers »Dritte« – sei es die EU (Art. 23 GG) oder seien es Tarifparteien (Art. 9 Abs. 3 GG) – Norminhalte bestimmen, besteht weder die Gefahr, dass der Gesetzgeber sich aus der Verantwortung stiehlt, noch, dass die Exekutive zu viel Macht erhält.

Anders als noch 1977 ist im Übrigen heute der Rechtsschutz im Hinblick auf die AVE nach § 5 TVG vergleichbar mit dem Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen ausgestaltet: Nach dem 2014 eingeführten § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen zuständig für »die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes«. Das in § 98 ArbGG näher geregelte Verfahren sieht keine Klagefrist vor und führt im Erfolgsfalle dazu, dass die AVE *inter omnes* für unwirksam/nichtig erklärt wird. Abgesehen davon, dass die Zuständigkeit bei den Arbeitsgerichten liegt, entspricht das Verfahren damit voll demjenigen nach § 47 VwGO, das auf Rechtsverordnungen (und Satzungen) zugeschnitten ist. Wie im Hinblick auf Rechtsverordnungen auch sonst üblich, ist zudem kein spezielles Verfahren für den Fall vorgesehen, dass eine Partei nicht gegen eine AVE vorgehen, sondern den Erlass einer AVE erreichen will. Das BVerwG hat insofern die allg. Leistungsklage für statthaft erachtet,<sup>30</sup> in der Literatur werden gegen sog. Normerlassklagen allerdings grundlegende, insbesondere die Gewaltenteilung betreffende Bedenken erhoben.<sup>31</sup>

## II. Reformperspektive für die AVE de lege ferenda

Anders als die AVE nach § 5 TVG erfolgt die AVE nach § 7 Abs. 1 AEntG ausdrücklich »durch Rechtsverordnung«. Dass im letzteren Falle die Handlungsform schlicht im Gesetz bestimmt wird (und Rspr. und Literatur, soweit ersichtlich, keine Einwände haben), legt die Frage nahe, ob er nicht auch die Handlungsform der AVE nach § 5 TVG ausdrücklich bestimmen und dabei festlegen könnte, dass diese ein Verwaltungsakt ist. So könnte man sich einen reformierten § 5 TVG vorstellen, der bestimmt, dass die AVE »durch Verwaltungsakt« erfolgt. In dem Zusammenhang müsste der Gesetzgeber natürlich konsequenterweise die zugehörigen Rechtsschutznormen im Arbeitsgerichtsgesetz anpassen oder – noch näher liegend – streichen, wodurch die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wieder aufleben würde.<sup>32</sup> Das würde praktisch dazu führen, dass die AVE, wenn sie nicht ausnahmsweise wegen eines besonders schweren Mangels nichtig ist (§ 44 VwVfG), nach Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist bestandskräftig würde. Mit der Verpflichtungsklage bestünde zudem ein spezieller Rechtsbehelf mit dem Rechtsschutzziel des Erlasses einer AVE.

Dass eine ausdrückliche Festlegung auf die Handlungsform des Verwaltungsakts gegen das Grundgesetz verstoßen würde, ist nicht ersichtlich. Das Gewaltenteilungsprinzip ist nach der grundgesetzlichen Ordnung »nirgends rein verwirklicht«<sup>33</sup>

und lässt damit Spielräume für gesetzgeberische Gestaltung. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG wäre, weil es gegen Verwaltungsakte umfassenden Rechtsschutz gibt, offensichtlich nicht verletzt.<sup>34</sup> Einer gesetzlichen Festlegung auf die Handlungsform des Verwaltungsakts würden aber systematische und »ästhetische« Einwände entgegenstehen, wenn sie einen verwaltungsrechtlichen Systembruch bedeuten würde. Im Ergebnis greifen solche Einwände gegen die hier angedachte Reform jedoch nicht durch, wie im Folgenden gezeigt wird: Behandelte der Gesetzgeber die AVE nach § 5 TVG ausdrücklich als Verwaltungsakt, würde er sich damit im Rahmen seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes halten. Die Festlegung würde die Gerichte binden und keinen Bruch im verwaltungsrechtlichen System der Handlungsformen darstellen.

### 1. Merkmale des Verwaltungsakts nach § 35 VwVfG

Der Begriff des Verwaltungsakts ist in § 35 VwVfG definiert. Nach dessen Satz 1 ist Verwaltungsakt »jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist«. Satz 2 definiert sodann die Allgemeinverfügung als einen »Verwaltungsakt, der sich an einen nach allg. Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft«. Von der Rechtsverordnung unterscheidet sich der Verwaltungsakt damit insbesondere dadurch, dass er kein Gesetz ist, da er keine abstrakt-generelle Regelung trifft, sondern einen Einzelfall regelt.<sup>35</sup>

*Von der Rechtsverordnung unterscheidet sich der Verwaltungsakt damit insbesondere dadurch, dass er kein Gesetz ist, da er keine abstrakt-generelle Regelung trifft, sondern einen Einzelfall regelt.*

Dies gilt nicht nur für den (einfachen) Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, sondern auch für die Allgemeinverfügung. Denn nach allg. Verständnis stellt § 35 S. 2 VwVfG (nur) klar, dass das für einen Verwaltungsakt begriffsnotwendige Merkmal des »Einzelfalls« nicht so eng zu verstehen ist, wie man meinen könnte, sondern auch solche Handlungen der Verwaltung als Einzelfallregelungen zu begreifen sind, die keinen konkret-individuellen, wohl aber einen konkret-generellen Charakter haben, also eine konkrete Regelung für eine Vielzahl von Adressat:innen treffen.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> BVerwGE 80, 355 (361).

<sup>31</sup> Siehe dazu allgemein *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 20 Rn. 1 ff., der die Bedenken nicht teilt; siehe auch *Pietzcker/Marsch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht (Stand: 2/2022), § 42 Rn. 160, die in Bezug auf die AVE überzeugend annehmen, dass es sich um eine Ausnahmekonstellation handelt.

<sup>32</sup> Konsequenter wäre es freilich außerdem, auch § 7 AEntG entsprechend zu ändern.

<sup>33</sup> BVerfGE 95, 1 (15).

<sup>34</sup> *Bumke*, in: *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 34 Rn. 32.

<sup>35</sup> Siehe hier nur *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 323.

<sup>36</sup> *Stelkens*, in: *ders./Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 267; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, 23. Aufl. 2022, § 35 Rn. 157; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 464.

## 2. Ablehnung der Einordnung als Verwaltungsakt durch das BVerfG 1977

Die Einordnung der AVE als Verwaltungsakt hat das BVerfG 1977 ebenso abgelehnt wie die Einordnung als Rechtsverordnung, wobei es auf zwei unterschiedliche insofern vertretene Positionen einging und letztlich beide verwarf: Nach der einen werde die AVE als »an die Außenseiter gerichtete Allgemeinverfügung« angesehen, »welche diese an einen konkreten Tarifvertrag« binde,<sup>37</sup> nach der anderen werde die AVE »als Verfügung an die Parteien des Tarifvertrags« begriffen, die diesen »zusätzliche Tarifmacht auch gegenüber den Außenseitern« verleihe.<sup>38</sup>

Gegen die erste Ansicht wandte das BVerfG insbesondere ein, dass die AVE nach seinem Verständnis, wie oben ausgeführt, Normsetzung und damit gerade keine Einzelfallregelung sei. Normsetzung sei die AVE u.a. deshalb, weil der Kreis der infolge der AVE an die Normen des Tarifvertrags gebundenen Personen »nicht von vornherein« feststehe; »durch Beginn und Ende von Arbeitsverhältnissen im Geltungsbereich des Tarifvertrags« könnten »Personen in die Tarifbindung hineinwachsen oder aus ihr herausfallen«.<sup>39</sup> Als darüber hinausgehendes Argument gegen die zweite Ansicht sind sodann die Ausführungen des BVerfG zu lesen, mit denen dieses begründete, dass es die demokratische Legitimation der allgemeinverbindlichen Tarifnormen für »noch ausreichend« hielt. Das BVerfG betonte hier, dass das Gesetz die AVE, unabhängig vom großen inhaltlichen Einfluss der Tarifparteien, »der zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Arbeitsbehörde (...) anvertraut« habe.<sup>40</sup> Die Tarifbindung der Außenseiter geht also nach dem Verständnis des BVerfG nicht auf eine durch die AVE erweiterte Tarifmacht der Tarifparteien zurück, sondern – und nur so soll die demokratische Legitimation hinreichend sein – auf die AVE selbst, die das Gericht als eine die Tarifbindung erweiternde Entscheidung des Ministers versteht.

## 3. Neu-Betrachtung

Das vom BVerfG zugrunde gelegte Verständnis, nach dem eine etwaige rechtliche Bindung der Außenseiter unmittelbar durch den Staat begründet werden muss, ist noch heute herrschend. Als Verwaltungsakt, der den Tarifparteien Rechtsetzungsmacht über ihren originären Autonomiebereich hinaus verleiht, lässt sich die AVE damit heute nur ansehen, wenn man die h.M. hinter sich lässt und die Tarifautonomie als eine durch das Grundgesetz anerkannte, weitere unmittelbare Quelle rechtlicher Verbindlichkeit begreift.<sup>41</sup> Auch im Einklang mit der herrschenden Verwaltungsrechtslehre könnte der Gesetzgeber die AVE heute aber als Verwaltungsakt behandeln, wenn er die Lesart zugrunde legte, nach der es sich bei der AVE um eine

an die Außenseiter gerichtete, sie an einen bestimmten Tarifvertrag bindende Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG handelt.

Insbesondere soweit das BVerfG 1977 angeführt hat, dass die AVE »deshalb« im Verhältnis zu den Außenseitern Normsetzung (und kein Verwaltungsakt) sei, weil der Kreis der infolge der AVE an die Tarifnormen gebundenen Personen nicht von vornherein feststehe, war dies zwar früher, ist dies nach heutigem Verständnis aber kein durchschlagendes Argument mehr gegen die Annahme einer Allgemeinverfügung. Denn ausgehend vom Wortlaut des § 35 S. 2 VwVfG, der als ursprünglicher Bestandteil des VwVfG mit diesem am 1.1.1977 (und damit nur wenige Monate vor der BVerfG-Entscheidung) in Kraft getreten ist, sieht die heutige Literatur einen feststehenden Adressatenkreis nicht mehr als Charakteristikum der Allgemeinverfügung an.<sup>42</sup> Im Gegenteil: Die Allgemeinverfügung soll sich »ebenso wie eine Rechtsnorm an eine unbestimmte Zahl von Personen« richten und »insoweit generell« sein; der Unterschied zur Rechtsnorm soll danach (nur) darin bestehen, dass die Allgemeinverfügung einen bestimmten Lebenssachverhalt betreffe und »insofern konkret« sei.<sup>43</sup>

*Weil sowohl die Allgemeinverfügung als auch das Gesetz demnach genereller Natur sind und weil stark vom Bezugspunkt abhängt, ob ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegt, kann die Abgrenzung zwischen beiden Handlungsformen im Einzelfall schwer fallen bis unmöglich sein.*

Weil sowohl die Allgemeinverfügung als auch das Gesetz demnach genereller Natur sind und weil stark vom Bezugspunkt abhängt, ob ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegt, kann die Abgrenzung zwischen beiden Handlungsformen im Einzelfall schwer fallen bis unmöglich sein. Zum klassischen Beispiel für dieses Problem ist später die umstrittene Einordnung des Verkaufsverbots für Endiviensalat geworden, zu dem das BVerwG<sup>44</sup> 1961 entschieden hatte, dass es ein einzelnes reales Vorkommen einer Typhusseuchen-Gefahr betreffe und demnach Verwaltungsakt sei, während Teile der Literatur meinten, es stelle eine Regelung für eine unbekannte Vielzahl von Verkaufsvorgängen dar und sei mithin als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Mit Erlass des VwVfG einschließlich des § 35 S. 2 VwVfG und der

37 BVerfGE 44, 322 (338) unter Verweis auf Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1957, § 34 II. Siehe zu dieser Auffassung auch Hessel, BB 1956, 790 ff.

38 BVerfGE 44, 322 (339) unter Verweis auf Bogs, in: FS Gierke, S. 39 (62); Herschel, in: FS Bogs, S. 125 (135, 137); Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1959, § 87 II 3. Siehe zu dieser Auffassung auch Herschel, RdA 1983, 161 ff.

39 BVerfGE 44, 322 (341); in diesem Sinne auch BVerwGE 7, 82 (85 f.).

40 BVerfGE 44, 322 (348).

41 Zu diesem Konzept der Tarifautonomie ausführlich Rödl, »Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« – ein Forschungsprogramm, SR 12 (2022), 217 ff.; ders., Der Tarifvertrag – Ausübung privater oder politischer Autonomie?, WSI-Mitteilungen 3/2023, i.E.; siehe auch Lakies/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2022, § 5 Rn. 60.

42 Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 282; Ruffert, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, § 21 Rn. 35; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, Rn. 30 f.; Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 324 f.; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 468; Siegel, NVwZ 2020, 577 (579); restriktiver Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 10. Aufl. 2022, Rn. 714.

43 Kreuter-Kirchhof, in: HdVR V, 2023, § 143 Rn. 35 (i.E.); siehe auch Knauff, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht (Stand: 4/2022), § 35 Rn. 199: konkreter Sachverhalt als »entscheidendes Abgrenzungskriterium zur Rechtsnorm«.

44 BVerwGE 12, 87 ff.

Verabschiedung von der Voraussetzung eines feststehenden Personenkreises hat sich die Abgrenzungsschwierigkeit noch verschärft. Das hat sich zuletzt eindrücklich im Hinblick auf verschiedene Corona-Schutz-Maßnahmen gezeigt: Ob etwa eine Ausgangssperre eine Einzelfallregelung zum Infektionsschutz oder eine abstrakt-generelle Regelung mit Norm-Charakter darstellt, wurde dabei unterschiedlich beurteilt<sup>45</sup> – und mangels Eindeutigkeit in der Literatur zuweilen auch offen gelassen.<sup>46</sup> Insgesamt wird in der aktuellen verwaltungsrechtswissenschaftlichen Literatur betont, dass zum Teil »fließende Übergänge«<sup>47</sup> bestehen, beide Handlungsformen »teilweise austauschbar« sind,<sup>48</sup> und sich »keine scharfe Grenze zwischen Rechtsetzung und Vollzug ziehen«<sup>49</sup> lässt, die in jedem Falle eine eindeutige Abgrenzung erlaubt. In der Konsequenz wird die Abgrenzung, jedenfalls in Grenzfällen, weitgehend der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überantwortet.<sup>50</sup> Teilweise wird eine ausdrückliche Festlegung der Handlungsform durch den Gesetzgeber auch ganz allg. als verbindlich angesehen.<sup>51</sup>

Nach letzterer Ansicht würde sich mit einer ausdrücklichen Festlegung auf die Handlungsform des Verwaltungsakts die Diskussion um die Einordnung der AVE gleich erledigen. Aber auch wenn man neben der ausdrücklichen Festlegung noch auf das Materielle blicken würde, dürfte die gesetzliche Festlegung im Falle der AVE letztlich entscheidend sein. Denn sie ist ein geradezu prototypischer Grenzfall. Stellt man statt auf die Vielzahl der Arbeitsverhältnisse, die von einer allgemeinverbindlichen Tarifnorm betroffen sind, darauf ab, dass die AVE einen ganz konkreten Tarifvertrag betrifft, kann sie durchaus als Allgemeinverfügung erscheinen. Schon das *BVerwG*, das die AVE vor der *BVerfG*-Entscheidung, wie erwähnt, als Rechtsverordnung qualifiziert hat, hat in seiner Entscheidung auf eine »gewisse Austauschbarkeit« zwischen beiden Handlungsformen hingewiesen,<sup>52</sup> und vor der Entscheidung des

*BVerfG* war die AVE in der Literatur sogar mehrheitlich als Allgemeinverfügung angesehen worden.<sup>53</sup>

Gerichte wären deshalb im Ergebnis gehalten, eine gesetzgeberische Festlegung, nach der es sich bei der AVE um einen Verwaltungsakt handelt, zu respektieren und nicht durch eine eigene, ebenfalls nicht unangreifbare, Einschätzung zu ersetzen. Und auch die dogmatisch arbeitende Verwaltungsrechtswissenschaft müsste aus ihrer an der Perspektive der Gerichte orientierten Perspektive die selbst identifizierten Einschätzungsspielräume richtigerweise anerkennen, sodass auch sie keine Einwände haben sollte, wenn der Gesetzgeber dem alten Streit um die Handlungsform der AVE mit einer ausdrücklichen Festlegung auf den Verwaltungsakt ein Ende bereiten würde.

### III. Schlussbetrachtung

Die Frage nach der Rechtsnatur der AVE nach § 5 TVG wurde in diesem Beitrag primär unter einer verwaltungsrechtlichen Perspektive diskutiert, aus der die Qualifizierung einer Verwaltungshandlung als Handlungsform eigener Art grds. mit einer gewissen Skepsis zu sehen ist. Denn die verwaltungsrechtliche Handlungsformenlehre zielt schon seit ihrer Begründung durch *Otto Mayer* darauf ab, »ein konsistentes Gefüge allg. Begriffe und Rechtsinstitute« zu schaffen,<sup>54</sup> und kann mit Handlungsformen eigener Art entsprechend wenig anfangen. Zwar geht die Verwaltungsrechtswissenschaft zurecht davon aus, dass es keinen *numerus clausus* der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen gibt.<sup>55</sup> Sie schließt also die Existenz von Handlungsformen *sui generis* nicht aus. Das Bekenntnis zu einer grds. Offenheit gegenüber ihnen wird allerdings vor allem mit Blick auf neue, moderne Formen der Aufgabenerledigung betont, im Hinblick auf die die Verwaltung nicht in ein allzu enges Korsett gepresst werden soll, während es typischerweise zugleich mit der Mahnung verbunden wird, solche bloß nicht vorschnell anzuerkennen.<sup>56</sup> Der oben entwickelte Gedanke zu einer möglichen Einordnung der AVE *de lege lata* als Rechtsverordnung sei vor diesem Hintergrund vor allem als Systematisierungsbemühung verstanden, zumal die Frage nach der Einordnung aus praktischer Sicht seit Einführung des Verfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. 98 ArbGG nicht mehr allzu drängend ist. Der Reformgedanke führt ebenfalls auf einen Zustand hin, in dem die AVE innerhalb der Handlungsformen nicht mehr als Sonderling behandelt werden muss. Würde er praktisch umgesetzt, hätte er aber auch beachtliche praktische Konsequenzen.

45 Ausführlich dazu *Marquardsen*, in: HdVr V, 2023, § 158 Rn. 41 ff. (i.E.) m.w.N.; siehe auch *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 350.

46 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 31; wohl auch *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 468.

47 *VG München*, 24. 3. 2020, M 26 S 20.1252 – juris Rn. 22.

48 *Knauff*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht (Stand: 4/2022), § 35 Rn. 199.

49 *Bumke*, in: *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 34 Rn. 32.

50 *Bumke*, in: *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 34 Rn. 32 (es existiere »ein breites Feld, in dem der Gesetzgeber entweder zur untergesetzlichen Rechtsetzung oder zum Erlass von Allgemeinverfügungen ermächtigen kann«); für eine Einschätzungsprärogative schon der Verwaltung, wenn es, wie z.T. bei Coronaschutz-Maßnahmen der Fall, für beide Handlungsformen eine Rechtsgrundlage gibt: *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1100 f.); *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (579).

51 *Windoffer*, in: *HVwR V*, 2023, § 142 Rn. 15 (i.E.): »Unbeschränkte legislative Dispositionsbefugnis«; *Bumke*, in: *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 34 Rn. Rn. 33: [Nur] außerhalb von »Konstellationen, in denen die Handlungsform [...] ausdrücklich festgeschrieben ist«, stelle sich »die Frage nach der Qualifizierung der Rechtsakte«; s. auch *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 482, der die Wahl der Handlungsform des Verwaltungsaktes selbst eindeutig abstrakt-genereller Regelungen nicht für rechtswidrig hält, wenn diese Handlungsform »im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist«.

52 *BVerwGE* 7, 82; siehe auch *BVerwG* 3.11.1988, 7 C 115/86 – NZA 1989, 364 (365); *OVG Rheinland-Pfalz* 1.12.1992, 7 A 10727/92 juris Rn. 32.

53 Siehe die Nachweise bei *Lakies/Rödl*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2022, § 5 Rn. 56; siehe zudem die Nachweise in *BVerwGE* 7, 82 (83) sowie oben in Fn. 37 u. 38.

54 *Meyer-Hesemann*, Rechtstheorie 13 (1982), 496 (497).

55 *Kahl*, in: *HVwR V*, 2023, § 140 Rn. 29 (i.E.); *Siegel*, in: *HVwR V*, 2023, § 157 Rn. 2 (i.E.); *Ellerbrok*, DVBl 2021, 1204 (1211).

56 *Siegel*, in: *HVwR V*, 2023, § 157 Rn. 2 (i.E.).