

**MANFRED LÖWISCH**

Die Freiheit des Arbeitnehmers in  
der sozialen Marktwirtschaft

## Die Freiheit des Arbeitnehmers in der sozialen Marktwirtschaft

### I.

Ich möchte mit einem Fall beginnen, über den der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts, die höchste Instanz für Arbeitssachen in Deutschland, vor nunmehr zwei Jahren zu entscheiden hatte:

Ein Arbeitnehmer hatte in seinem Anstellungsvertrag vereinbart, daß sein Arbeitsverhältnis 6 Monate nach Vollendung des 65. Lebensjahres enden sollte. Später schloß sein Arbeitgeber mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, nach der alle Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer schon mit Vollendung des 65. Lebensjahres beendet werden sollten. Die Frage war, ob sich der Arbeitnehmer mit dieser früheren Altersgrenze abfinden mußte oder sich auf die spätere Altersgrenze berufen konnte, die er im Anstellungsvertrag vereinbart hatte. Das Bundesarbeitsgericht hat sich für das Letztere entschieden. Die Entscheidung hat es auf das sogenannte Günstigkeitsprinzip gestützt, also die dem Arbeitsrecht geläufige Überlegung, daß Bestimmungen in Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen für den Arbeitnehmer nur einen Mindestschutz enthalten, so daß die individuelle Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen im Arbeitsvertrag möglich bleibt. Die entsprechenden Sätze der Urteilsgründe lauten:

»Die Möglichkeit, über das Ende seines Arbeitsverhältnisses, und im Fall der Einführung einer Altersgrenze praktisch über das Ende des Berufslebens, entscheiden zu können, ist ein rechtlicher Vorteil. Eine Altersgrenzenregelung ist für den Arbeitnehmer umso günstiger, je länger er die Wahlmöglichkeit zwischen Arbeit und Ruhestand hat. Jede Verkürzung der Wahlmöglichkeit ist ungünstiger.«

Die Entscheidung trägt weiter, als es auf den ersten Blick scheint. Indem sie die Wahlmöglichkeit zwischen Arbeit und Ruhestand als günstiger deklariert denn eine feste Altersgrenze, schafft sie der Freiheit des Arbeitnehmers zur Arbeit gegenüber Kollektivverträgen Geltung. - Das wirft zunächst praktische Folgefragen auf: Hat der Arbeitnehmer auch die Freiheit, eine tarifvertraglich vorgesehene Arbeitszeitverkürzung auszuschlagen und stattdessen eine längere Wochenarbeitszeit mit mehr Verdienst zu wählen? Kann er sich für 4 Wochen Urlaub statt der tariflichen vereinbarten 6 entscheiden? Steht es ihm frei, ungeachtet tariflicher oder betrieblicher Bestimmungen über die Lage der Arbeitszeit lieber in den Abendstunden als am Vormittag oder lieber am Samstag statt an einem anderen Wochentag zu arbeiten? - Hinter diesen praktischen Fragen aber steht eine grundsätzliche: Wie ist es überhaupt mit der Freiheit des Arbeitnehmers in der sozialen Marktwirtschaft bestellt?

## II.

Der Versuch einer Antwort auf diese Frage muß von der historischen Entwicklung ausgehen. Dem Arbeitsrecht in seiner heutigen Gestalt ist ein liberaler Ansatz vorgegangen: Die Ablösung der dirigistischen Regelungen des Merkantilismus und des Zunftwesens durch die Gewerbefreiheit in der Mitte des 19. Jahrhunderts hat auch vor dem Binnenrecht des Unternehmens zu seinen Arbeitnehmern nicht Halt gemacht. Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.6.1869, die der bedeutendste gesetzgeberische Ausdruck dieser Ablösung ist, überließ in ihrem § 105 Abs. 1 die Arbeitsverhältnisse der Vertragsfreiheit mit den Worten:

»Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und ihren Gesellen, Gehilfen und Lehrlingen ist Gegenstand freier Übereinkunft.«

Flankiert wurde die Freiheit für den Arbeitsvertrag durch einschneidende Beschränkungen des Rechts der Arbeitnehmer, sich zu Gewerkschaften zusammenzuschließen und so gemeinsam ihre Interessen durchzusetzen: Zwar hob die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund in ihrem § 152 Abs. 1

»alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter«

auf und wandte sich damit wenigstens von der Vorstellung ab, ein solcher Zusammenschluß sei, wie es die *Loi le Chapelier* vom 17.6.1791<sup>1</sup> formuliert hatte, ein »Attentat gegen die Freiheit und die Menschenwürde«. Aber sie räumte doch in ihrem § 152 Abs. 2 den Beteiligten den jederzeitigen Rücktritt von einem solchen Zusammenschluß ein und versagte diesen in ihrem § 153 jeden gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Mitglieder. Hinzu kamen Restriktionen des Vereinsrechts, des Arbeitskampfrechts und der auch die Gewerkschaften treffenden Sozialistengesetze: Das Vereinsrecht machte die Erlangung der Rechtsfähigkeit von einer - den Gewerkschaften regelmäßig versagten - Konzession abhängig. Der Arbeitskampf wurde trotz des Wortlauts von § 152 Abs. 1 *GewO* zunächst erheblich erschwert; noch 1890 faßte ein Strafsenat des Reichsgerichts den Streik als strafbare Erpressung auf<sup>2</sup>. Und das Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21.10.1878<sup>3</sup> traf während seiner Geltung mit den »Vereinen, welche durch sozialdemokratische, sozialistische oder kommunistische Bestrebungen den Umsturz der bestehenden Staats- oder Gesellschaftsordnung bezwecken« (§ 1), auch die sozialistischen Gewerkschaften.

Die Entwicklung hat dieses weitgehende Vertrauen auf die Vertragsfreiheit nicht gerechtfertigt. Die Macht zwischen dem Unternehmer und den einzelnen Arbeitnehmern war zu ungleich verteilt, als daß die »freie Übereinkunft« zwischen ihnen angemessene Arbeits- und Lebensbedingungen für die Arbeitnehmer hätte hervorbringen können. Die Einführung der gesetzlichen Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung durch Bismarck hat die Unzuträglichkeiten zwar abgemildert, die Probleme aber nicht gelöst.

Die Reaktion auf die liberale Fehleinschätzung hat vor 100 Jahren der von Wilhelm II. gegen den Widerstand Bismarcks durchgesetzte »Neue Kurs« in der

<sup>1</sup> Simitis, *Kritische Justiz*, 1989, 157ff., Zachert, *Arbeitsrecht im Betrieb*, 1990, 372.

<sup>2</sup> vom 6.10.1890, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 21, 11ff., 119f.

<sup>3</sup> Reichsgesetzblatt I S. 351.

Sozialpolitik eingeleitet<sup>4</sup>. Er führte nicht nur zum Vorläufer des heutigen Arbeitsgerichtsgesetzes, dem Gewerbegerichtsgesetz vom 29.7.1890<sup>5</sup>, sondern am 1.6.1891 auch zu einer Novelle zur Gewerbeordnung<sup>6</sup>. Sie baute den erst in Rudimenten vorhandenen Arbeitsschutz für Kinder und Jugendliche aus, führte Frauenarbeitsschutz mit einer Pausenregelung und einem Beschäftigungsverbot für Mütter für 4 bzw. 6 Wochen nach der Niederkunft ein, legte ein grundsätzliches Sonntagsarbeitsverbot fest, regelte den Betriebs- und Gefahrenschutz am Arbeitsplatz und übertrug die Aufsicht über die Ausführung der Schutzbestimmungen besonderen, von der Landesregierung zu ernennenden Beamten, also den heutigen Gewerbeaufsichtsbeamten.

Vor allem sah sie den Erlaß einer Arbeitsordnung vor, die nach § 134 b Bestimmungen enthalten mußte:

- »1. über Anfang und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit sowie der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen;
2. über Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung;
3. sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll, über die Frist für die zulässige Aufkündigung sowie über die Gründe, aus welchen die Entlassung oder der Austritt aus der Arbeit ohne Aufkündigung erfolgen darf;
4. sofern Strafen vorgesehen werden, über die Art und Höhe derselben, über die Art ihrer Festsetzung und, wenn sie in Geld bestehen, über deren Einziehung und über den Zweck, für welchen sie verwendet werden sollen;
5. sofern die Verwirkung von Lohnbeträgen nach Maßgabe der Bestimmung des § 134 Abs. 2 durch Arbeitsordnung oder Arbeitsvertrag ausbedungen wird, über die Verwendung der verwirkten Beträge.«

Nach § 134 d war vor dem Erlaß der Arbeitsordnung oder ihrer Änderung den Arbeitern Gelegenheit zur Äußerung zu geben, und in Fabriken, für welcher ein ständiger Arbeiterausschuß gebildet war, dieser anzuhören. War ein ständiger Arbeiterausschuß gebildet, so konnten mit seiner Zustimmung in der Arbeitsordnung auch »Vorschriften über das Verhalten der Arbeiter bei Benutzung der zu ihrem Besten getroffenen, mit der Fabrik verbundenen Einrichtungen sowie Vorschriften über das Verhalten der minderjährigen Arbeitnehmer außerhalb des Betriebes aufgenommen werden« (§ 134 b Abs. 3 Satz 2). Man sieht in diesen Regelungen mit Recht die Anfänge des heutigen Betriebsverfassungsrechts<sup>7</sup>.

Der »Neue Kurs« blieb nicht auf Deutschland beschränkt. Im März 1890 fand auf Anregung Deutschlands in Berlin die erste Internationale Arbeiterschuttkonferenz statt, die zu einer ganzen Reihe von Empfehlungen führte und bis heute ihre Fortsetzung in den Abkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation in Genf gefunden hat.

Von 1891 bis heute führt ein durch die Kriegswirtschaft in den beiden Weltkriegen und die Zeit des Nationalsozialismus nur teilweise unterbrochener Weg zum modernen Arbeitsrecht. Seine Stationen sind ein immer weiterer Ausbau des Arbeitnehmerschutzes, der sich weit über den Gefahren- und Gesundheitsschutz hinaus auf die Garantie von Mindestarbeitsbedingungen und sozialen Rechten der Arbeitnehmer erstreckt und etwa Kündigungsschutz und Schutz des Arbeitnehmers bei Betriebsveräußerungen, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und an

<sup>4</sup> Zum »Neuen Kurs« ausführlich Reichold, Der »Neue Kurs« von 1890 und das Recht der Arbeit: Gewerbegerichte, Arbeitsschutz, Arbeitsordnung, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1990, S. 5ff.; Konzen, Vom »Neuen Kurs« zur Sozialen Marktwirtschaft, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1991, S. 379f.

<sup>5</sup> Reichsgesetzblatt I, 1890 S. 141ff.

<sup>6</sup> Reichsgesetzblatt I, 1891, S. 261ff.

<sup>7</sup> Reichold, a.a.O. S. 35ff.

Feiertagen, Mutterschutz, Schwerbehindertenschutz, betriebliche Altersversorgung, Schutz der Teilzeitbeschäftigten und Leiharbeiter, die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung sowie Sozialplanabfindungen bei Betriebsschließungen umfaßt. Diese Perfektionierung des Arbeitnehmerschutzes - manche sprechen pointiert von einer »Einbahnstraße«<sup>8</sup> - wird übrigens nicht nur vom Gesetzgeber gefördert, der dazu neigt, offengebliebene wie neue Wünsche nach immer mehr Arbeitnehmerschutz zu erfüllen. Auch die Rechtsprechung hat ihren Anteil, indem sie die noch verbleibenden Lücken in dem verständlichen Bestreben schließt, Ungerechtigkeiten zu beseitigen<sup>9</sup>.

Dieser Siegeszug der Arbeitnehmerrechte hat von Anfang an auch die gewerkschaftlichen Interessenvertretung erfaßt. Das Tarifvertragswesen entwickelte sich rasch; 1913 gab es bereits 13.000 Tarifverträge. Der Arbeitskampf wurde 1906 von einem Zivilsenat des Reichsgerichts mit den Worten für legitim erklärt:

»Zu den an sich erlaubten Handlungen gehören auch die Koalitionen gewerblicher Arbeiter zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, und die zur Erreichung dieses Zwecks von solchen Koalitionen oder ihnen zur Seite tretenden Personen ergriffenen Maßnahmen sind keineswegs schon deshalb rechtswidrig, weil durch sie bestehende selbständige Gewerbebetriebe geschädigt werden«<sup>10</sup>.

Die Weimarer Reichsverfassung garantierte dann in ihrem Artikel 159 die Koalitionsfreiheit mit den Worten:

»Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig«.

und anerkannte in ihrem Artikel 165 die beiderseitigen Organisationen der Arbeiter und Angestellten und der Unternehmer sowie ihre Vereinbarungen.

Auch hier führt ein gerader Weg zu einem immer weiteren Ausbau der Möglichkeiten der Gewerkschaften, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Der Tarifvertrag wurde zum Rechtsinstrument, das nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht inzwischen verfassungsrechtliche Garantie genießt. Gleiches gilt für den Arbeitskampf, der um den Abschluß eines Tarifvertrages geführt wird<sup>11</sup>.

Dabei zeichnet sich unter Ordnungsgesichtspunkten eine eindeutige Bevorzugung der großen Einheitsgewerkschaften ab. Das Tarifvertragswesen wird ihnen vorbehalten, indem zur Voraussetzung der Fähigkeit, Tarifverträge abzuschließen, eine genügende Mächtigkeit und Durchsetzungsfähigkeit der Gewerkschaft gemacht wird. Und auch wo eine genügend mächtige, aber kleinere Gewerkschaft Tarifverträge abschließt, nimmt die Rechtsprechung an, daß ihre Tarifverträge um der einheitlichen Geltung der Arbeitsbedingungen in einem Betrieb willen hinter den Tarifverträgen großer Gewerkschaften zurückstehen müssen<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Zöllner, Archiv für die civilistische Praxis 176 (1976) S. 211ff.

<sup>9</sup> Löwisch, Neuorientierung des Arbeitsrechts, in: Handbuch Sozialpolitik, 1988, S. 404ff.

<sup>10</sup> Vom 12.7.1906, Entscheidung des Reichsgerichts Zivilsachen Bd. 64, S. 52, 56.

<sup>11</sup> Siehe jetzt Bundesverfassungsgericht vom 26.6.1991 - 1 BvR 779/85 und dazu die ausführliche Anmerkung von Rieble, erscheint demnächst in: Entscheidungen zum Arbeitsrecht (EzA) Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>12</sup> Siehe zuletzt Bundesarbeitsgericht vom 5.9.1990, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1991, S. 202, und vom 20.3.1991 - 4 AZR 455/90.

### III.

Die geschilderte Perfektionierung des Arbeitsrechts kann einer auf liberalem Gedankengut fußenden, an den Marktgesetzen orientierten Volkswirtschaftslehre nicht gefallen. Denn sie setzt, soweit die zwingende Wirkung des gesetzlichen Arbeitsrechts und der Tarifverträge reicht, die Vertragsautonomie von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, volkswirtschaftlich gesprochen: das Spiel von Angebot und Nachfrage, außer Kraft.

Das schränkt nicht nur den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt ein, sondern hat Auswirkungen auf andere Märkte, die mit den festen Daten des Arbeitsmarkts rechnen müssen. Man denke nur an das Ladenschlußgesetz und tarifliche und betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeitbestimmungen. Indem sie die Arbeitszeit im Handel begrenzen, schließen sie praktisch den Gütermarkt im Einzelhandel für die übrige Tageszeit und beeinflussen gleichzeitig den Wettbewerb zwischen dem Einzelhandel und anderen Handelsformen, etwa dem Versandhandel.

Gleichwohl ist das Arbeitsrecht lange Zeit, auch nach dem Zweiten Weltkrieg, von wirtschaftswissenschaftlicher Kritik weitgehend verschont geblieben. Seine Ursache hat das wohl darin, daß das Arbeitsrecht auch von der Volkswirtschaftslehre als notwendige soziale Korrektur des Liberalismus und der Marktwirtschaft empfunden wurde. Eucken etwa akzeptiert in seinen Grundsätzen der Wirtschaftspolitik die Notwendigkeit, »den Arbeitsmarkt menschenwürdig zu gestalten« und fordert dabei folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

»Der Arbeiter verkauft sich nicht als Person, er verkauft seine Leistung. Um Ausbeutung zu verhindern, ist der Vermachtung entgegenzuwirken. Zwischen den Partnern sollte Gleichgewicht herrschen. Vorsorge für Sicherheit und ausgleichende Gerechtigkeit ist nicht dem mehr oder weniger guten Willen der einzelnen, also praktisch dem Zufall zu überlassen, sondern ist Sache der Ordnungspolitik.«

Aus diesem Grund erklärt er Arbeiterschutzesmaßnahmen für notwendig. Zahlreiche Maßnahmen zum Schutze der Arbeiter hätten bereits Mißstände früherer Zeit weitgehend beseitigt. Manche dieser Maßnahmen hätten über ihren eigentlichen Zweck hinaus auch auf die Daten des Arbeitsmarktes zurückgewirkt. Sie hätten das Angebot an Arbeit verringert und dessen Elastizität erhöht. Damit seien auch gewisse strukturelle Nachteile, wie fehlende untere Kostengrenze des Lohnes und anomale Reaktion des Angebots von Arbeit, beseitigt oder doch wenigstens abgeschwächt worden. Auch den Gewerkschaften kämen große Verdienste zu. Im Rahmen einer Wettbewerbswirtschaft könnten sie Institutionen eines wirklichen Ausgleichs sein, indem sie nachfragemonopolistische Situationen ausglich und Löhne durchsetzten, die den Wettbewerbslöhnen entsprechen<sup>13</sup>.

Das die Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg prägende politische Konzept der »Sozialen Marktwirtschaft« war vollends nicht geeignet, Kritik an der Perfektionierung des Arbeitsrechts zu befördern. Denn seine Idee ist es ja gerade, die marktwirtschaftliche Ordnung durch sozialen Schutz abzufedern, den Arbeitnehmern mit Betriebsverfassung und Mitbestimmung ein »soziales Mitgestaltungsrecht« einzuräumen und den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zu geben, »durch Tarifvereinbarung auf freier Grundlage« für gerechte Arbeitsentgelte zu sorgen<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, Neuauflage 1990 (utb 1572) S. 321ff.

<sup>14</sup> Vgl. Müller-Armack, Genealogie der sozialen Marktwirtschaft, 1974, S. 164, der insoweit aus einer im Jahre 1947 entworfenen und im Mai 1948 veröffentlichten Denkschrift der Hamburger Volkswirtschaftlichen Gesellschaft über die Verwirklichung der Sozialen Marktwirtschaft zitiert (S. 164f.); siehe auch Konzen, a.a.O. S. 391f.

Mit dieser Zurückhaltung ist es seit etwa 10 Jahren vorbei. Die Wirtschaftspolitik hat eine arbeitsrechtsbedingte Starrheit des Arbeitsmarktes diagnostiziert und legt ihm eine Lähmung der Innovationsfähigkeit der Unternehmen, die Hervorbringung von Arbeitslosigkeit und eine Gefährdung der Konkurrenzfähigkeit der deutschen Wirtschaft im europäischen Binnenmarkt und darüber hinaus im Weltmarkt zur Last. Flexibilisierung und Deregulierung des Arbeitsrechts werden energisch gefordert<sup>15</sup>. Konkret geht es um eine Lockerung des Kündigungsschutzes, die Begrenzung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, eine Erleichterung von Betriebsveräußerungen im Rahmen von Sanierungen und vor allem die Flexibilisierung der Tarifpolitik in Arbeitszeit- und Entgeltfragen durch eine Begrenzung der zwingenden Wirkung der Tarifverträge bis hin zur Abschaffung ihrer Allgemeinverbindlicherklärung<sup>16</sup>.

Diese Vorstellungen haben beim Gesetzgeber ein gewisses Echo gefunden. Er hat einige Bestimmungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes gelockert, mit den Regelungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes von 1985 den Abschluß befristeter Arbeitsverträge erleichtert und die Sozialplanpflichtigkeit von Betriebsänderungen beschränkt. In dieser Legislaturperiode sollen durch das geplante Arbeitszeitgesetz überholte Arbeitszeitbestimmungen zurückgenommen und den Tarifvertragsparteien und den Betriebspartnern weitergehende Möglichkeiten zur Anpassung der Arbeitszeitvorschriften an die besonderen Verhältnissen von Branchen und Betrieben eingeräumt werden. Auch sollen im Rahmen der Insolvenzrechtsreform Betriebsveräußerungen durch eine Anpassung der Bestimmungen über den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsnachfolger (§ 613 a BGB) jedenfalls im Sanierungsfall erleichtert werden.

Weiterreichende Vorschläge hat eben eine von der Bundesregierung eingesetzte unabhängige Kommission gemacht.

Nach ihren Vorstellungen sollen vor allem

- Tarifverträge im Notfall durch Betriebsvereinbarung zeitweilig abbedungen werden können,
- bei Einstellung von Langzeitarbeitslosen für maximal 3 Jahre untertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbart werden können,
- die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung beschränkt werden,
- befristete Arbeitsverträge bis zur Dauer von 2mal 18 Monaten allgemein zugelassen werden,
- gesetzliche Sozialplanansprüche durch den Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung abbedungen werden können,
- der Erwerber eines insolvent gewordenen Betriebs die Belegschaft verkleinern können,
- und die Möglichkeiten der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erweitert werden können<sup>17</sup>.

Ob den weitgehenden Vorschlägen der Kommission Erfolg beschieden sein wird, muß man mit Skepsis betrachten. Der Widerstand der Gewerkschaften hat sich

<sup>15</sup> Siehe hierzu etwa Molitor, Lohn- und Arbeitsmarktpolitik im Arbeitsrecht, 1988, S. 43ff.; Engels u.a. (Kronberger Kreis), Mehr Markt im Arbeitsrecht, Schriftenreihe des Frankfurter Instituts für wirtschaftspolitische Forschung, Bd. 10, 1986; Reuter, Die Rolle des Arbeitsrechts im marktwirtschaftlichen System. - Eine Skizze, Ordo Bd. 36, S. 51ff.; ders., Funktionsfähigkeit der Arbeitsmärkte durch Tarifautonomie, in: Währungsreform und Soziale Marktwirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Bd. 190, 507ff.

<sup>16</sup> Siehe insbesondere die Thesen des Kronberger Kreises a.a.O.

<sup>17</sup> Deregulierungskommissionen - Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Vorschläge 86 bis 97 (Rdnr. 597ff.).

schon in der Kommission selbst artikuliert<sup>18</sup>. Angesichts dieser Widerstände und der schwieriger gewordenen Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat werden Bundestag und Bundesregierung die mit der Verwirklichung so weit reichender Konzepte verbundenen politischen Turbulenzen eher scheuen. Hinzukommt, daß auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion jedem Argument pro Flexibilisierung und Deregulierung ein Argument contra entgegengesetzt wird. Konzen hat das in seiner mehrfach erwähnten Abhandlung<sup>19</sup> eindrucksvoll dokumentiert. So spricht viel für seine an den Schluß seiner Abhandlung gestellten Prognose:

»Wenig Wandel, viel Kontinuität.  
Die Soziale Marktwirtschaft bleibt das Leitbild.«

#### IV.

1. Ich meine indessen, daß die auf beiden Seiten vornehmlich politische Sicht zu kurz greift. Die Autonomie der Arbeitsvertragsparteien ist keine bloße Funktion wirtschaftspolitischer Zweckmäßigungsargumente. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist sie vielmehr ein verfassungsrechtlich geschützter Wert eigenständiger Geltung:

Wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag schließen und diesem einen bestimmten Inhalt geben, etwa Dauer oder Lage der Arbeitszeit festlegen, machen sie von einem Grundrecht Gebrauch. Denn die Verfassung schützt in Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, »die Freiheit des rechtsgeschäftlichen Handelns« auch der Arbeitsvertragsparteien<sup>20</sup>. Das zieht der staatlichen Disposition über die Freiheit des Arbeitnehmers Grenzen, auch wenn sie dessen Schutz verfolgt.

Zwar kann nach Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz die Freiheit der Arbeitsvertragsparteien durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt und damit auch beschränkt werden. Aber solche Beschränkungen müssen verhältnismäßig sein, also über Eignung und Erforderlichkeit zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks verfügen und nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz zugleich den betroffenen Rechtsgütern, das heißt hier wieder der Freiheit des Arbeitnehmers als Arbeitsvertragspartei, Rechnung tragen<sup>21</sup>.

Dieser Schutz der Vertragsfreiheit gilt auch gegenüber Kollektivverträgen. Wenn Zachert das für den Tarifvertrag mit der Überlegung in Frage stellen will, dieser sei selbst »gebündelter Ausdruck individueller Selbstbestimmung« und könne »als Fortsetzung privat autonomer Selbstbestimmung mit qualitativ anderen Mitteln« bezeichnet werden<sup>22</sup>, so geht das daran vorbei, daß der Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz Rechtsnormen setzt, die Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung sind und damit dem Gesetzesbegriff unterfallen<sup>23</sup>. Damit sind Tarifverträge nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Individualgrundrechte der Verfassung, zu denen auch Art. 12 Abs. 1 GG gehört, gebunden<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Vgl. das Minderheitenvotum des Kommissionsmitglieds Markmann, a.a.O., Rdnr. 629ff.

<sup>19</sup> a.a.O., ZfA 1991.

<sup>20</sup> Bundesverfassungsgericht vom 19.10.1983, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 65 Seite 196.

<sup>21</sup> Zur praktischen Konkordanz als Prinzip der Verfassungsinterpretation Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990, Rdnr. 72, 317ff. und 423.

<sup>22</sup> Zachert, Aufhebung der Tarifautonomie durch »freiwillige Regelungen« im Arbeitsvertrag?, Der Betrieb 1990 Seite 986 f.

<sup>23</sup> Bundesarbeitsgericht vom 15.1.1955, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 4 zu Art. 3 GG und seither ständig.

<sup>24</sup> Hierzu Löwisch, Die Arbeitsrechtsordnung unter dem Grundgesetz, in: 40 Jahre Grundgesetz, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 50, 1990, Seite 59, 72. Die

2. Das Günstigkeitsprinzip, auf das der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts seine eingangs erwähnte Entscheidung gestützt hat, ist Ausdruck dieser verhältnismäßigen Zuordnung von Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers einerseits und diese Freiheit einschränkenden Arbeitsrecht andererseits: Es läßt dem auf den Schutz des Arbeitnehmers gerichteten Gesetz oder Kollektivvertrag grundsätzlich den Vortritt vor der Arbeitsvertragsfreiheit, bringt diese aber wieder zur Geltung, wo der Schutzzweck des Gesetzes oder Kollektivvertrags nicht mehr trägt, weil es nur um eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen geht. Die Privatautonomie ist nicht, wie kürzlich behauptet worden ist, ein bloßer »Nebeneffekt« des Günstigkeitsprinzips<sup>25</sup>. Vielmehr ist umgekehrt das Günstigkeitsprinzip notwendige Folge der Privatautonomie.

Nun liegt freilich, wie so oft in der Jurisprudenz, auch hier der Teufel im Detail: Wann, so muß man fragen, ist davon zu sprechen, daß die eine Regelung günstiger sei als die andere?

Der Gesetzgeber gibt auf die Frage keine Antwort. Er beschränkt sich - und das ausdrücklich auch nur für das Verhältnis zu den Tarifverträgen - auf die Anordnung, daß die »günstigere« Regelung sich durchsetzt. Sucht man infolgedessen zweckorientiert nach Maßstäben für die Günstigkeit, so stößt man sehr schnell darauf, daß weder allein die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers noch allein ein objektives vom Gesetzgeber oder den Kollektivvertragsparteien festgelegtes Interesse maßgebend sein kann. Weder kann zugelassen werden, daß der Arbeitnehmer den ihm vom Gesetz oder der Kollektivvertragsordnung zgedachten Schutz einfach in den Wind schlägt. Noch geht es an, daß sich Gesetz und Kollektivvertrag mit einer abstrakt-objektiven Wertung des Arbeitnehmerinteresses einfach durchsetzen. Notwendig ist auch insoweit eine verhältnismäßige Zuordnung von Vertragsautonomie und Arbeitnehmerschutz. Rechtsprechung und Literatur haben hierfür die Formel gefunden, daß es darauf ankomme, wie ein verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die Bestimmung des Arbeitsvertrags im Vergleich zu der des Gesetzes oder des Kollektivvertrags einschätzen würde<sup>26</sup>.

Dieser gedachte Modellarbeitnehmer ermöglicht eine Plausibilitätskontrolle, die in den meisten Fällen zu einem eindeutigen Ergebnis führt: Ein Tag mehr Urlaub, 10 Prozent mehr Lohn, eine Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, die Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit bei vollem Lohnausgleich sind unproblematische, für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen. Umgekehrt sind weniger Lohn, weniger Urlaub oder längere Arbeitszeit eindeutig ungünstiger. Aber es gibt auch Arbeitsbedingungen, bei denen man mit der Vorstellung des Modellarbeitnehmers nicht weiterkommt, weil der Vergleich an sich neutral ausgeht. Hierher gehören vor allem Regeln über Lage und Dauer der Arbeitszeit: Ob ein Arbeitnehmer von 9.00 bis 18.00 Uhr arbeitet oder am Donnerstag im Rahmen des Dienstleitungsabends von 11.00 bis 20.00 Uhr, ob er am Samstag frei hat oder einen Tag unter der Woche, ob er 35 oder 38 Stunden oder nur teilzeitarbeitet, ist

von Zachert herangezogenen Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 27.2.1973 (Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Band 34 Seite 307, Seite 316) sagen nichts anderes. Wenn es überall dort, wo der Individualarbeitsvertrag ein unzureichendes Instrument zur Begründung eines sozial angemessenen Arbeitsverhältnisses darstellt, organisierte Tarifparteien geben muß, heißt das auf der anderen Seite gerade, daß der Tarifvertrag nicht notwendig ist, wo der Individualarbeitsvertrag ausreicht - womit dann die Arbeitsvertragsfreiheit greifen kann.

<sup>25</sup> Hermann, Das Günstigkeitsprinzip und die verschlechternde Betriebsvereinbarung, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1989, Seite 577, 619 f.

<sup>26</sup> Siehe mit Nachweisen Löwisch, Münchner Handbuch des Arbeitsrechts, 265 Rdnr. 45.

eine Frage der privaten Lebensgestaltung, die sich aus der Sicht des verständigen Arbeitnehmers weder positiv noch negativ beantworten läßt.

Arbeitsvertragsparteien wie Betriebspartner haben aber - und das ist der neue Gedanke in der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 7.11.1989 - die Möglichkeit, in solchen Fällen den Ansatz für einen Günstigkeitsvergleich selbst zu schaffen: Sie können dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen staatlicher oder kollektivvertraglicher Arbeitsbedingung einerseits und der Regelung im Arbeitsvertrag andererseits einräumen. Dieses Wahlrecht verschafft dem Arbeitnehmer eine Dispositionsmöglichkeit, die schon für sich genommen die günstigere Regelung ist<sup>27</sup>. Nicht nur die Wahlmöglichkeit zwischen Arbeit und Ruhestand, für die sich der Große Senat ausdrücklich ausgesprochen hat, auch die Wahlmöglichkeit zwischen längerer und kürzerer Wochenarbeitszeit, zwischen längerem und kürzerem Urlaub und zwischen dieser und jener Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage und am Arbeitstag kann je nach der im Einzelfall bestehenden Situation des Arbeitnehmers die für ihn günstigere Regelung sein, sei es nun, daß er einfach Lust zu mehr Arbeit hat, einen höheren Verdienst erzielen will oder an einer anderen Freizeitgestaltung interessiert ist, als sie Gesetz oder Kollektivvertrag vorsehen. - Diese Wahlfreiheit darf den Arbeitnehmerschutz allerdings nicht entwerten. Arbeitsrechtliche Begrenzungen der Dauer der Arbeitszeit, die dem Gesundheitsschutz dienen, und arbeitsrechtliche Bestimmungen über die Lage der Arbeitszeit, die dem Arbeitnehmer eine ausreichende Erholungspause zwischen den Arbeitstagen sichern sollen, können nicht mit dem Aspekt der Wahlmöglichkeit für den Arbeitnehmer überspielt werden.

Die Grenze des günstigkeitstfesten Arbeitnehmerschutzes ist schwer zu ziehen. Zwar wird man den gesetzlichen Arbeitnehmerschutz regelmäßig als günstigkeitstfest ansehen können, weil er sich jedenfalls bislang auf absolute Mindeststandards beschränkt und in manchen Grenzfällen, so beim Beschäftigungsverbot für werdende Mütter nach § 3 Abs. 2 MuSchG, sogar selbst ein Wahlrecht begründet. Die Grenze aber auch für Kollektivverträge einfach parallel zum zwingenden gesetzlichen Arbeitnehmerschutz verlaufen zu lassen<sup>28</sup>, wäre zu eng. Denn das würde die Annahme bedingen, der Gesetzgeber habe den Arbeitnehmerschutz abschließend regeln wollen. Regelmäßig will der Gesetzgeber den Kollektivvertragsparteien aber einen *Beurteilungsspielraum* zubilligen, innerhalb dessen sie ihre Vorstellungen vom Mindestarbeitnehmerschutz durchsetzen können, der aber auch Grenzen hat, nämlich dort, wo der Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst nicht mehr einleuchtet.

So lag es im Fall der betrieblichen Altersgrenze in der Entscheidung des Großen Senats<sup>29</sup>. So liegt es aber auch bei der Verkürzung der Wochenarbeitszeit unter 40 Stunden, bei der die Tarifvertragsparteien durch die pauschale Zulassung von Ausnahmen selbst zu erkennen geben, daß die Beibehaltung einer Arbeitszeit von 40 Stunden aus der Sicht des Gesundheitsschutzes unbedenklich ist. Gleiches gälte bei einer weiteren Verlängerung des Jahresurlaubs, denn mehr als 6 Wochen Urlaub sind zur Erholung schlechterdings nicht mehr notwendig. Und schließlich stößt auch die Wahl zwischen der Arbeit am Samstag oder einem anderen Tag oder zwischen der Arbeit am Dienstleistungsabend und anderen Zeiten nicht auf Interessen des Arbeitnehmers, die so gewichtig sind, daß sie auch gegen seinen Willen durchgesetzt werden müßten.

<sup>27</sup> Buchner DB 1990, 1720; Löwisch BB 1991, 62.

<sup>28</sup> In diese Richtung Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie 1964, S. 172 ff.

<sup>29</sup> 7.11.1989.

Die subjektiven Interessen des Arbeitnehmers können sich ändern, etwa weil der über die Altersgrenze hinaus Arbeitende doch seinen Ruhestand genießen will. Eine Bindung an die einmal getroffene Entscheidung würde sich in diesen Fällen als Nachteil herausstellen, der die Dispositionsfreiheit nicht mehr als günstiger erscheinen läßt. Nur der Schutz des Arbeitnehmers vor Selbstbindung kann die Günstigkeit des Wahlrechts erhalten. Ihm muß die Möglichkeit offenstehen, in angemessener Frist wieder zur gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Regelung zurückzukehren<sup>30</sup>.

Diese Rückkehr kann entweder so gesichert werden, daß der Arbeitnehmer ein jederzeitiges Wahlrecht hat, seine Arbeitsleistung nach dem Gesetz bzw. Kollektivvertrag oder dem Individualvertrag zu erbringen, wie das etwa dem Modell des § 3 Abs. 2 MuSchG entspricht<sup>31</sup>. Oder der Arbeitnehmer muß die individualvertragliche Regelung mit einer angemessenen Frist kündigen können.

3. Das Günstigkeitsprinzip sichert nur die Freiheit des Arbeitnehmers bei der inhaltlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Art. 12 Abs. 1 GG meint aber auch die Freiheit bei Abschluß und Beendigung des Arbeitsvertrages. Hier stoßen insbesondere tarifliche Regelungen auf Grenzen.

Das gilt zunächst für sogenannte Besetzungsregelungen. Verlangt ein Tarifvertrag für eine bestimmte Tätigkeit eine bestimmte Qualifikation, bedarf dies eines vernünftigen Sachgrundes. Dieser kann sowohl im Überforderungsschutz des einzelnen Arbeitnehmers wie im Schutz der Belegschaft vor Zusammenarbeit mit unqualifiziertem Personal liegen, weswegen die Besetzungsregelungen in den Tarifverträgen der Druckindustrie mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind. Der Schutz des Berufsstands vor Konkurrenz könnte einen solchen Sachgrund aber nicht abgeben.

Auch die Einschränkung von Teilzeitarbeitsmöglichkeiten - sei es durch eine Mindestarbeitszeit als Inhalt des Arbeitsverhältnisses, sei es durch ein Abschlußverbot für Verträge unter einer bestimmten Arbeitszeitgrenze - muß verhältnismäßig sein. Der Zweck, dem Arbeitnehmer über die Mindestarbeitszeit ein Mindestentgelt zu verschaffen, trägt eine solche generelle Einschränkung nicht. Denn der betroffene Arbeitnehmer mag seine Haupteinnahmen aus einer anderen Beschäftigung, etwa bei einer 35-Stunden-Woche, erzielen oder überhaupt nur, etwa als Student, Rentner oder Elternteil mit schulpflichtigen Kindern, an einem Nebenerwerb interessiert sein. Zulässig dagegen ist die Absicht der Tarifvertragsparteien, geringfügige Beschäftigungen ohne Sozialversicherungsschutz zu verhindern. Allerdings müssen dann diejenigen Arbeitnehmer ausgenommen werden, die aufgrund anderer Beschäftigungen ohnehin sozialversicherungspflichtig sind, und solche, die, wie Studenten oder Rentner, auf andere Weise sozialversichert sind<sup>32</sup>.

Das Recht des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz frei zu wählen, steht auch Kündigungsbeschränkungen entgegen. Das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers darf nur beschränkt werden, damit sich der Arbeitgeber auf die durch den Weggang des Arbeitnehmers veränderte Personalsituation einstellen kann. Sein Interesse, den Arbeitnehmer gegen dessen Willen zu halten, ist kein sachlicher Grund. Das tarifliche Arbeitnehmerkündigungsrecht darf also nicht auf bestimmte Kündigungsgründe beschränkt werden; die Wahl des Arbeitsplatzes ist gerade frei<sup>33</sup>.

4. Zu den durch die Verfassung geschützten Freiheitsrechten gehört nach Art. 9

<sup>30</sup> Löwisch DB 1989, 1187, BB 1991, 62; Buchner, Die Umsetzung der Tarifverträge im Betrieb, RdA 1990, 1, 16 und DB 1990, 1720.

<sup>31</sup> Dazu Löwisch DB 1989, 1185.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu Löwisch, 252. Rdnr. 31.

<sup>33</sup> KR-Wolf Grundsätze 432.

Abs. 3 GG auch die Koalitionsfreiheit, also jedermanns Recht, sich zur Wahrung und Förderung seiner Arbeitsbedingungen mit anderen zusammenzuschließen. Dieses Recht erstreckt sich, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach, zuletzt in seiner Entscheidung zur Aussperrung, betont hat<sup>34</sup>, auch auf die Freiheit der Betätigung der Koalitionen bei der Regelung der Arbeitsbedingungen, kurz gesagt: die Tarifautonomie.

Die Tarifautonomie ist heute keinen Gefährdungen von Seiten des Staates ausgesetzt, der nicht nur jeden direkten Eingriff in die Aushandlung der Arbeitsbedingungen vermeidet, sondern sogar schon Hinweise auf eine seiner Auffassung nach zuträgliche Tarifpolitik scheut. Auch mit der Freiheit der Arbeitsvertragsparteien kann sie, wie gezeigt, in eine stimmige Konkordanz gebracht werden. Nicht im Lot ist aber das Verhältnis der Autonomie der Gewerkschaften untereinander. Es geht zwar noch an, daß die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus Sorge um das Funktionieren der autonomen Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien die Meßlatte der Tariffähigkeit in der geschilderten Weise außerordentlich hoch setzt und deshalb etwa christlichen Gewerkschaften immer wieder die Anerkennung von ihnen geschlossener Tarifverträge verweigert<sup>35</sup>. Zu weit geht es aber, Tarifverträge auch an sich tariffähiger Gewerkschaften einfach beiseite zu schieben, um die alleinige Geltung der Tarifverträge der größeren Gewerkschaften in einem Betrieb zu erreichen. Eine derartige Monopolisierung läßt von der Freiheit der kleineren Koalitionen und damit auch von der Freiheit der in ihr zusammengeschlossenen Arbeitnehmer zur Koalitionsbildung nichts mehr übrig<sup>36</sup>.

Ebenso muß sich der Tarifvertrag der kleineren Koalitionen auch gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages einer größeren Koalition durchsetzen. Hier ist der richtige Weg, um den gegen die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen vorgebrachten Bedenken Rechnung zu tragen: Erweist sich die Starrheit der allgemeinverbindlichen Regelung als nicht mehr erträglich, haben die betroffenen Arbeitnehmer die Chance, durch Bildung einer Koalition und den Abschluß anderer Tarifverträge die Regelung der ihnen richtig erscheinenden Tarifverträge für sich durchzusetzen.

## V.

Kehren wir zur Eingangsfrage nach der Freiheit des Arbeitnehmers in der sozialen Marktwirtschaft zurück:

Diese Freiheit ist sowohl was den Abschluß des Arbeitsvertrages wie die Festlegung seines Inhalts wie aber auch den Zusammenschluß zu einer Koalition und der Betätigung über sie betrifft, verfassungsrechtlich geschützt. Sie kann im Interesse des Arbeitnehmerschutzes wie des Funktionierens der Tarifvertragsordnung beschränkt werden - aber nur soweit wie man noch von einer verhältnismäßigen Respektierung dieser Freiheit sprechen kann. Wirtschaftlicher und sozialer Fortschritt verschieben dabei die Grenzen: Je weiter sie gehen, um so mehr tritt die Notwendigkeit des Schutzes zurück und muß deshalb die Freiheit des Arbeitnehmers Raum gewinnen.

<sup>34</sup> vom 26.6.1991; siehe Fn. 11.

<sup>35</sup> Zuletzt Bundesarbeitsgericht vom 16.1.1990, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 38 und 39 zu § 2 TVG.

<sup>36</sup> Siehe dazu demnächst ausführlich Löwisch, a.a.O. § 269 Rdnr. 17ff.