

Wochenschrift für  
Betriebswirtschaft  
Steuerrecht  
Wirtschaftsrecht  
Arbeitsrecht

**DER  
BETRIEB**

**BEILAGE NR. 7/88**  
zu Heft Nr. 13 vom 1. April 1988  
Einzelpreis: DM 5,50

 **Verlagsgruppe Handelsblatt**  
Düsseldorf · Frankfurt

*Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen*

# **Sonntagsarbeit aus technischen und wirtschaftlichen Gründen**

## INHALT

<b>A. Einführung</b> .....	3
I. Die sozialpolitische Auseinandersetzung .....	3
1. Der Status quo .....	3
2. Die Einbeziehung neuer Bereiche .....	3
II. Der Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion .....	3
III. Übersicht über den Gang der Darstellung .....	4
 <b>B. Rechtsgrundlagen des Verbots der Sonntagsarbeit und seiner Durchbrechungen</b> .....	 4
I. Die Verfassungsgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV .....	4
1. Art. 139 WRV als Teil der grundgesetzlichen Ordnung .....	4
2. Garantiegehalt des Art. 139 WRV im einzelnen .....	4
3. Ausnahmen von der Arbeitsruhe .....	5
a) Immanente Grenzen .....	5
b) Historischer Bestand an »werktäglicher« Arbeit? .....	5
c) Anwendung des Prinzips der praktischen Konkordanz .....	6
d) Die zu beachtenden Rechtsgüter .....	6
e) Konkrete Konsequenzen .....	6
f) Spielraum des Gesetzgebers .....	7
g) Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonntagsarbeit in Industrie und Handel .....	7
II. Das Verbot der Sonntagsarbeit und seine Ausnahmen nach den §§ 105 – 105i GewO ..	8
1. Sonntags- und Bedürfnisgewerbe .....	8
2. Ausnahmen im Interesse der Unternehmen .....	8
a) Rein wirtschaftliche Gründe .....	8
b) Technisch vermittelte wirtschaftliche Gründe .....	9
III. Das Feiertagsrecht der Länder .....	9
IV. Europäische Sozialcharta .....	10
 <b>C. Gewerberechtliche Zulässigkeit der Sonntagsarbeit aus technischen Gründen</b> .....	 10
I. Ausschluß des § 105c Abs. 1 Nr. 4 durch § 105d GewO? .....	10
II. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO .....	10
III. Lösung unter Rückgriff auf den Grundsatz der praktischen Konkordanz zwischen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und der Arbeitsruhe an Sonntagen nach Art. 139 WRV .....	11
IV. Das Gebot zur Minimierung von Sonntagsarbeit .....	11
V. Das Gebot zur Entwicklung von technischen Alternativen .....	11
VI. Probleme der Beweislast .....	12
 <b>D. Allgemeine arbeitsrechtliche Schranken der Sonntagsarbeit</b> .....	 12
I. Tarifverträge .....	12
1. Verhältnis zur GewO .....	12
2. Die Bestimmungen des MTV Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden .....	12
3. Auslegungsprobleme .....	13
II. Mitbestimmung des Betriebsrats .....	14
1. Vorliegen eines Mitbestimmungstatbestands .....	14
2. Regelungsspielraum .....	14
III. Arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Leistung von Sonntagsarbeit .....	15
 <b>E. Durchsetzung des Verbots der Sonntagsarbeit</b> .....	 15
I. Die Gewerbeaufsicht .....	15
1. Das Instrumentarium .....	15
2. Rechtsmittel .....	16
II. Sonstige Durchsetzungsmöglichkeiten .....	16
1. Gewerkschaften .....	16
2. Betriebsrat .....	16
3. Einzelner Arbeitnehmer .....	16

## A. Einführung

### I. Die sozialpolitische Auseinandersetzung

#### 1. Der Status quo

Sonntagsarbeit war bis in die jüngste Zeit kein arbeitsrechtliches Thema. Daß eine Reihe von Mitbürgern auch an Sonn- und Feiertagen arbeiten muß, wurde und wird als selbstverständlich angesehen – Züge verkehren auch sonntags, Gaststätten, Theater und Kinos haben geöffnet, Polizei regelt den Straßenverkehr und Tankstellen versorgen die Autofahrer. Auch die Sonntagsarbeit in der Industrie schien keine besonderen Probleme aufzuwerfen. Größere Auseinandersetzungen gab es nur in den 50er Jahren in bezug auf die vollkontinuierliche Arbeitsweise bei Eisen und Stahl<sup>1)</sup>. Der über viele Jahre laufende Modellversuch der Hüttenwerke Oberhausen erregte die Gemüter, da die generelle Sonntagsarbeit mit einer Reduzierung der Wochenarbeitszeit von damals 53 auf 42 Stunden verbunden war<sup>2)</sup>. Trotz verfassungsrechtliche Einwendungen<sup>3)</sup> erfolgte dann eine Regelung durch Verordnung der Bundesregierung<sup>4)</sup>, die offensichtlich allen beteiligten Interessen so weit entgegenkam, daß in der Folgezeit keine Unzufriedenheit mehr manifestiert wurde<sup>5)</sup>.

Die praktische Bedeutung der Sonn- und Feiertagsarbeit<sup>6)</sup> ist gleichwohl beträchtlich. Seit dem Beginn der 50er Jahre, wo von 750 000 Betroffenen die Rede ist<sup>7)</sup>, stieg die Zahl der Sonntagsarbeiter über 2,078 Mio. im Jahre 1965<sup>8)</sup> auf 4,845 Mio. im Jahre 1975, wobei allerdings alle Erwerbstätigen einschließlich der Selbständigen und der mithelfenden Familienangehörigen erfaßt sind<sup>9)</sup>. Dies entspricht einem Anteil von 21,1%, wobei 2,230 Mio. (= 9,7%) »regelmäßig« sonntags arbeiten, während der (größere) Rest dies nur »gelegentlich« tut<sup>10)</sup>. Dieses Niveau ist seither in etwa konstant geblieben. Eine Umfrage des Instituts der deutschen Wirtschaft vom Januar 1987 ergab (hochgerechnet) 3,85 Mio. Sonntagsarbeiter<sup>11)</sup>, wobei etwas über 1 Mio. drei oder vier Sonntage im Monat arbeiten mußte. Gegenüber 1983 stellt dies eine gewisse Erweiterung dar<sup>12)</sup>, was auch durch andere Untersuchungen bestätigt wird<sup>13)</sup>. Man kann vermuten, daß die verringerte Auslastung der Kapazitäten in den Jahren nach 1975 zu einem Rückgang der Sonntagsarbeit führte, der in den letzten Jahren durch einen erneuten Aufschwung abgelöst wurde<sup>14)</sup>.

Sonntagsarbeit ist wenig beliebt. Bei einer vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung in Auftrag gegebenen Umfrage äußerten sich nur 2% der Befragten positiv; 38% lehnten die Sonntagsarbeit ab, 7% erblickten in ihr keine besonderen Vor- und Nachteile, und 52% gaben keine Bewertung ab, da Sonntagsarbeit in ihrem Beruf nicht existiere<sup>15)</sup>. Eine andere Untersuchung ergab, daß 42,7% der effektiv am Sonntag Arbeitenden insoweit »lieber nicht mehr« weitermachen wollten<sup>16)</sup>.

#### 2. Die Einbeziehung neuer Bereiche

Die Situation relativer Ruhe änderte sich in den vergangenen zwei bis drei Jahren. Die Erweiterung von Sonntagsarbeit im Textilbereich führte zu Auseinandersetzungen zwischen betroffenen Unternehmen und der Gewerbeaufsicht, die auch gerichtlich ausgetragen wurden<sup>17)</sup>. Auf Skepsis und Ablehnung stieß in der Öffentlichkeit die Auffassung der Firma Siemens, bei der Mikrochip-Herstellung in Regensburg und München-Perlach sei vollkontinuierliche Arbeit erforderlich<sup>18)</sup>. Dasselbe widerfuhr den Plänen der IBM-Geschäftsleitung, den Ein-Megabit-Speicherchip in Sindelfingen an Sonntagen herzustellen<sup>19)</sup>. Auch die Firma Standard Elektrik Lorenz AG (SEL) hat angekündigt, bei der Glasfaserherstellung zum vollkontinuierlichen Betrieb überzugehen<sup>20)</sup>. Entscheidendes Argument ist dabei nicht etwa nur die Erweiterung der Betriebsnutzungszeit; vielmehr wird in allen Fällen geltend gemacht, daß die technischen Prozesse nur mangelhafte Resultate zeigen, daß zuviel »Schrott« erzeugt wird, wenn die Maschinen am Freitag- oder Samstagabend abgeschaltet werden<sup>21)</sup>. Vertreter der Arbeitgeberverbände haben erklärt, daß das Sonntagsarbeitsverbot nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden sollte<sup>22)</sup>.

Die Versuche zur Ausdehnung der Sonntagsarbeit stoßen auf den unterschiedlichen Widerstand von Gewerkschaften und Kirchen. Die Industriegewerkschaft Textil-Bekleidung hat alle 220 000 Beschäftigten der deutschen Textilindustrie zu einer »Urabstimmung« über die Sonntagsarbeit aufgerufen<sup>23)</sup>. Die IG Metall hat nicht nur im Fall der Firma Siemens<sup>24)</sup>, sondern auch bei IBM-Sindelfingen und bei SEL deutliche Gegenposition bezogen<sup>25)</sup>. Neben juristischen, insbesondere gewerbe- und tarifrechtlichen Bedenken wird auf die Funktion des Wochenendes verwiesen: Die individuelle Freizeit auf einen Wochentag zu verlegen, stelle kein Äquivalent für den allen gemeinsamen Sonntag dar; die »Wo-

chenendkultur« mit ihrer Schutz- und Erholungsfunktion lasse sich ihres Gemeinschaftscharakters wegen nicht individuell auf andere Tage transferieren<sup>26)</sup>.

Große Beachtung fand eine gemeinsame Erklärung der katholischen Bischofskonferenz und des Rates der EKD: Die Sonntagsruhe sei »ein Zentralwert unserer Kultur«, erfolgreiches Wirtschaften dürfe nicht auf Kosten einer humanen Lebensgestaltung gehen<sup>27)</sup>.

## II. Der Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion

Die betrieblichen und sozialpolitischen Auseinandersetzungen treffen auf eine Rechtslage, die bislang nur wenig analysiert wurde. Das Sonntagsarbeitsverbot der §§ 105a, 105b GewO und die in den §§ 105c bis 105i GewO vorgesehenen Ausnahmen gelten zwar mit wenigen Modifikationen seit 1891, doch haben weder Rechtsprechung noch Literatur ein »System« entwickelt, das die Rechtsanwendung im Einzelfall erleichtern könnte. Die geringe rechtsdogmatische Durchdringung des Arbeitsschutzrechts, die *Herschel* mit Recht beanstandet hat<sup>28)</sup>, macht sich auch hier bemerkbar. Die Kommentierungen beschränken sich auf eine Erläuterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, benennen aber

<sup>1)</sup> Dazu etwa *H. Fischer*, Industrielle Sonntagsarbeit, München und Berlin 1957, S. 51 ff.; *Herschel*, Um die industrielle Sonntagsarbeit, ArbSch. 1957 S. 167 ff.; *Sitzler*, Grundsätzliche Fragen der Sonntagsarbeit, ArbSch. 1957 S. 164 ff.

<sup>2)</sup> Dazu *Dirksen*, Das Feiertagsrecht, 1961, S. 150.

<sup>3)</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen zur Neuregelung der Sonntagsarbeit, BB 1960 S. 1135 ff.; gegen ihn *Bollesseré*, Rechtsfragen zur Neuregelung der Sonntagsarbeit. Eine Erwiderung, BB 1960 S. 1330 ff.

<sup>4)</sup> Vom 7.7.1961, BGBl. S. 900.

<sup>5)</sup> Zu der VO s. im einzelnen *Zmarzik*, Die Verordnung über die Sonn- und Feiertagsarbeit in der Eisen- und Stahlindustrie, AuR 1961 S. 257 ff.; *Fauth*, Arbeitszeitrecht, 1963, S. 136 ff.; *Röhler*, Die Arbeitszeit, 1973, S. 141 ff.

<sup>6)</sup> Im Folgenden wird hierfür – wie schon in der Überschrift des Beitrags – der Begriff »Sonntagsarbeit« verwendet. Soweit sich Abweichungen für Feiertage ergeben, ist dies besonders vermerkt.

<sup>7)</sup> So bei *Dirksen* (a.a.O., oben Fn. 2), S. 150.

<sup>8)</sup> Mitgeteilt bei *Ulber*, Entwicklung der Nacht-, Schicht- und Wochenendarbeit (Institut zur Erforschung sozialer Chancen – ISO), 1986, S. 16.

<sup>9)</sup> *Ulber*, a.a.O., S. 16, unter Bezugnahme auf eine Studie des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung.

<sup>10)</sup> S. Fn. 9.

<sup>11)</sup> Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft vom 14.5.1987, S. 1.

<sup>12)</sup> Für 1983 errechnete das Institut der deutschen Wirtschaft eine Zahl von 3,6 Mio. – Nachweis s. Fn. 11.

<sup>13)</sup> Nach einer Ennid-Umfrage leisteten 1979/80 18% aller Erwerbstätigen Sonn- und Feiertagsarbeit, wobei dies 7% »oft« und 11% »gelegentlich« taten – zitiert nach *Ulber*, S. 16 ff.

<sup>14)</sup> Vgl. *Bosch*, Entkoppelung von Arbeits- und Betriebszeiten – Zwischenbilanz – WSI-Mitt. 1987 S. 717; Anstieg der regelmäßigen Wochenendarbeit auf 32% der abhängig Beschäftigten im Jahr 1987. Auch *Wohlrab* (Das Recht der Sonn- und Feiertagsbeschäftigung und der Wandel der Zeit, GewA 1988 S. 56), konstatiert einen Anstieg der Sonntagsarbeit.

<sup>15)</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung: Lage, Dauer, Tatsachen, Entwicklungen und Verteilung der Arbeitszeit, Bonn 1981, S. 82. Bei einer von den Wickert-Instituten durchgeführten Befragung sprachen sich 23% »eher für« und 77% »eher gegen« Sonntagsarbeit aus (Bild am Sonntag v. 14.2.1988).

<sup>16)</sup> So die Untersuchung von *Engfer* u. a., zitiert nach *Rinderspacher*, Am Ende der Woche. Die soziale und kulturelle Bedeutung des Wochenendes, 1987, S. 77.

<sup>17)</sup> S. insbes. das Urteil des OVG Münster DB 1986 S. 439 = NZA 1986 S. 479; dazu *Kappus*, Wirtschaftliche und technische Notwendigkeiten als Ausnahme vom gewerberechtlichen Verbot der Sonntagsarbeit, BB 1987 S. 120 ff.

<sup>18)</sup> Der Fall Siemens-Regensburg ist kurz geschildert bei *Bosch* WSI-Mitt. 1987 S. 721; zu Siemens-München s. insbes. das Hearing des Ausschusses für Sozial-, Gesundheits- und Familienpolitik des Bayerischen Landtags vom 12.3.1987 (im folgenden zitiert nach dem Protokoll) und dazu Süddeutsche Zeitung v. 11.3.1987 S. 22. Zur Gesamtproblematik s. weiter Süddeutsche Zeitung v. 21.11.1986 S. 18 und v. 12.12.1986.

<sup>19)</sup> Vgl. etwa von *Pappenheim*, In den »Reinstäumen« herrscht dicke Luft, Stuttgarter Zeitung v. 9.2.1988, S. 3; *Schröter*, Auch am Sonntag Chip, Chip, hurra? Südwestpresse v. 6.2.1988, S. 3. Zur Entwicklung von IBM s. auch *Maurer*, Beschäftigtenstruktur und Arbeitsverhältnisse in einem Hochtechnologie-Großbetrieb, WSI-Mitt. 1987 S. 396 ff.

<sup>20)</sup> Handelsblatt v. 11.2.1988, S. 4. Als weitere Bereiche nennt *Albracht* (Referat vom 9.12.1987 auf der IG Metall-Tagung »Wochenend- und Schichtarbeit im High-Tech-Bereich«) Banken, Rechenzentren und neue Logistikkonzepte.

<sup>21)</sup> S. etwa das Spiegel-Gespräch mit *Hans-Olaf Henkel*, Vorsitzender der Geschäftsführung der IBM Deutschland GmbH, Der Spiegel vom 8.2.1988 (Nr. 6), S. 80. Auch im Fall SEL (oben Fn. 20) geht es um (durch Sonntagsarbeit vermeidbare) technische Schwierigkeiten bei der Glasfaserherstellung.

<sup>22)</sup> So etwa *Krebs* als Vertreter bei bayerischen Arbeitgeberverbände bei dem Landtagshearing v. 12.3.1987 (oben Fn. 18). Zur Politik der Arbeitszeitlexibilisierung s. etwa *Saifert*, Variable Arbeitszeitgestaltung, WSI-Mitt. 1987 S. 727 ff. und *Ulber*, Arbeitszeitrecht im Wandel, WSI-Mitt. 1987 S. 745 ff.; andererseits BDA (Hrsg.), Beschäftigungsoffensive der Arbeitgeber, 1986 und *Murmann*, ArbGeb. Nr. 1/1987 S. 4.

<sup>23)</sup> Handelsblatt v. 5/6.2.1988, S. 4.

<sup>24)</sup> Dazu oben Fn. 18.

<sup>25)</sup> S. oben Fn. 19 und 20.

<sup>26)</sup> Zur Funktion des Wochenendes s. insbes. *Rinderspacher* (oben Fn. 16), S. 42 ff. S. weiter *Ulber*, Sonntagsarbeit und technologischer Wandel, AuR 1987 S. 249 sowie eingehend unten B I 2 a. E.

<sup>27)</sup> Handelsblatt vom 10.2.1988, S. 4. Wortlaut der Erklärung in: Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz und Kirchenamt der EKD (Hrsg.), Unsere Verantwortung für den Sonntag, Bonn und Hannover 1988, und in: Frankfurter Rundschau vom 13.2.1988. Auf eine weitere Erklärung der katholischen Bischöfe vom September 1985 verweist *Suttnier*, Hearing (oben Fn. 18), S. 32.

<sup>28)</sup> *Herschel*, Zur Dogmatik des Arbeitsschutzrechts, RdA 1978 S. 49 ff.

beispielsweise keine konkreten Kriterien, um zu bestimmen, wieviel an »Ausschußproduktion« dem Unternehmen zuzumuten und wann die »Opfergrenze« überschritten und Sonntagsarbeit zulässig ist<sup>29</sup>). Darüber hinaus fällt auf, daß die Verfassungsgarantie der Sonntagsruhe durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV im arbeitsrechtlichen Schrifttum so gut wie immer unerwähnt bleibt<sup>30</sup>) – übertragen auf das Tarifrecht würde dies bedeuten, daß man nur die Normen des TVG, nicht jedoch die Garantie eines Kernbereichs der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG zur Kenntnis nehmen würde.

Völlig anders stellt sich die Situation im Feiertagsrecht, d. h. bei der Beurteilung der Frage dar, ob bestimmte Tätigkeiten, Veranstaltungen usw. auch an Sonn- und Feiertagen zulässig sind. Hier findet sich nicht nur eine reichhaltige, in jüngster Zeit zunehmende Rechtsprechung zum »Sonntagsbetrieb« einer Broker-Firma<sup>31</sup>), zur Verteilung eines Anzeigenblatts<sup>32</sup>), zum Betrieb einer automatischen Autowaschanlage<sup>33</sup>), eines Sonnenstudios<sup>34</sup>), einer Mitfahrzentrale<sup>35</sup>) und eines Flohmarkts<sup>36</sup>); vielmehr ist auch die Verfassungsgarantie der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen in allen Entscheidungen zumindest ein wesentlicher Gesichtspunkt<sup>37</sup>). Die Tatsache, daß – von der Broker-Firma abgesehen – in allen Fällen der Sonntagsruhe Vorrang eingeräumt wurde, verweist überdies darauf, daß es möglicherweise nicht nur um rechtsdogmatische Sorgfalt, sondern auch um spezifische Sichtweisen geht: Denn daß die Verfassung mit »Arbeitsruhe« jede, auch die abhängige Beschäftigung meint, ist evident und bislang von niemandem in Zweifel gezogen worden<sup>38</sup>).

### III. Übersicht über den Gang der Darstellung

Im folgenden sollen zunächst die Rechtsgrundlagen behandelt werden, nach denen sich das Sonntagsarbeitsverbot und seine Ausnahmen bestimmen. Neben der Verfassung und den §§ 105a ff. GewO gehören dazu die landesrechtlichen sowie die völkerrechtlichen Regelungen (dazu unten B). Auf dieser Basis kann dann den eigentlichen Fragen der vorliegenden Untersuchung nachgegangen werden: Welches Maß an »technischen Zwängen« ist erforderlich, um eine Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit zu rechtfertigen? Kann der Unternehmer zu einer alternativen Arbeitsorganisation, evtl. sogar zu alternativen Produktionsverfahren gezwungen werden (dazu unten C)? Die verfassungs- und gewerberechtlichen Regeln sind gewissermaßen der harte Kern des »Sonntagsarbeitsrechts«, doch sind daneben allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze zu beachten: Tarifverträge können anwendbar sein, die Mitbestimmung des Betriebsrats ist gefordert und schließlich ist zu fragen, ob der Arbeitsvertrag generell oder im Einzelfall eine Pflicht zur Sonntagsarbeit enthält (unten D). Schließlich ist kurz darzustellen, welche Mechanismen zur Verfügung stehen, um den bestehenden Normen in der Praxis Geltung zu verschaffen (dazu unten E).

## B. Rechtsgrundlagen des Verbots der Sonntagsarbeit und seiner Durchbrechungen

### I. Die Verfassungsgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV

#### 1. Art. 139 WRV als Teil der grundgesetzlichen Ordnung

Nach dem in Art. 140 GG in Bezug genommenen Art. 139 WRV »bleiben« die Sonn- und Feiertage »als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt«. Wie die anderen in Art. 140 GG in Bezug genommenen Vorschriften des Staatskirchenrechts stellt auch Art. 139 WRV voll gültiges Verfassungsrecht dar. Die vom Grundgesetzgeber benutzte Verweisungstechnik mag zwar dem Bekanntheitsgrad Abbruch tun; an der Rechtsqualität ändert sie nichts.

Art. 139 WRV ist kein bloßer Programmsatz, sondern unmittelbar geltendes Recht<sup>39</sup>). Er enthält eine institutionelle Garantie der Sonn- und Feiertage<sup>40</sup>), aus der sich jedoch keine Individualrechte auf Abwehr von Störungen der Sonntagsruhe ergeben sollen<sup>41</sup>). Nach allgemeiner Auffassung ist der Gesetzgeber verpflichtet, für den Schutz der Sonn- und Feiertage zu sorgen<sup>42</sup>).

#### 2. Garantiegehalt des Art. 139 WRV im einzelnen

Angesichts der hohen Akzeptanz, die die bisherige Praxis der Ausgestaltung von Sonn- und Feiertagen erfahren hat, existieren nur wenige Überlegungen zu der Frage, ob bestimmte gesetzliche Regelungen ver-

fassungswidrig wären, wie weit also der »harte Kern« der institutionellen Garantie reicht. Bei den Feiertagen geht die allgemeine Auffassung dahin, daß sie nicht generell abgeschafft oder ihres kirchlichen Charakters entkleidet werden dürfen; ein genereller Bestandsschutz zugunsten der bei Inkrafttreten des Grundgesetzes anerkannten Feiertage besteht jedoch nicht<sup>43</sup>). Im Gegensatz dazu steht der Sonntag nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers. Ausgeschlossen ist deshalb ein Übergang zur »gleitenden Arbeitswoche«, wie sie zwischen 1929 und 1940 in der Sowjetunion praktiziert wurde: Auf fünf Tage Arbeit einen Ruhetag folgen zu lassen, dessen zeitliche Lage von Betrieb zu Betrieb variiert, würde den für alle einheitlich geltenden Sonntag zerstören<sup>44</sup>). Ausgeschlossen ist auch der Übergang zur »Dekade«, also zur Zehn-Tages-Einteilung, die nach der französischen Revolution praktiziert wurde; spätestens nach sechs Tagen muß ein allgemeiner Ruhetag eintreten<sup>45</sup>).

Von Interesse sind weniger derartige »Jahrhundertprobleme« als die konkrete Frage, welche Vorgaben die Verfassung für die Ausgestaltung der Sonn- und Feiertage macht. Wie muß das gesellschaftliche Leben beschaffen sein, damit von einem Sonn- oder Feiertag die Rede sein kann, was bedeuten »Arbeitsruhe« und »seelische Erhebung«?

Der Wortlaut der Bestimmung ist für sich allein nicht so aussagekräftig, daß sich aus ihm konkrete Konsequenzen ableiten ließen<sup>46</sup>). Wichtiger ist deshalb, nach dem Zweck der Regelung zu fragen, nach den Aufgaben, die sie erfüllen soll. Nach allgemeiner Auffassung will der Schutz der Sonn- und Feiertage nicht nur religiösen und kirchenpolitischen Belangen dienen; vielmehr geht es auch um das sozialpolitische Ziel der Erholung und Regeneration der Arbeitskraft<sup>47</sup>). Daß Art. 139 WRV diesen Doppelzweck verfolgt, wird nicht zuletzt aus der Entstehungsgeschichte deutlich. Während die Vorschrift im Parlamentarischen Rat nicht Gegenstand besonderer Erörterung war, wurde sie in der Weimarer Nationalversammlung von den konservativen Parteien unter dem Aspekt des Schutzes der Kirche akzeptiert, während die Links-Parteien die sozialpolitische Seite in den Vordergrund rückten<sup>48</sup>). Ein solch breiter Konsens wurde dadurch erleichtert, daß beide Zwecke in aller Regel nicht miteinander in Konflikt geraten. Nach kirchlicher Auffassung stellt der Sonntag auch eine soziale Einrichtung dar, die der Freude und der Erholung der Menschen dient<sup>49</sup>); die sozialpolitische Zielsetzung wird

<sup>29</sup>) S. als Beispiel etwa die Kommentierung von § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO in: *Landmann/Rohmer/Neumann*, Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblatt (Stand: Januar 1979), § 105c Rdnr. 26–32.

<sup>30</sup>) Kein Hinweis auf Art. 140 GG in Verbindung mit 139 WRV findet sich etwa bei *Farthmann*, Sonn- und Feiertagsarbeit, AR-Blatte, D, Arbeitszeit, VIII A und B, bei *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, § 86, und bei *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., 1987, § 159. Auch die neueren Untersuchungen von *Kappus* (BB 1987 S. 120 ff.) und *Ulber* (AuR 1987 S. 249 ff.) erwähnen nur die verfassungsrechtliche Fundierung der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen, ohne die Rechtsgrundlage zu benennen oder sie gar für strittige Fragen fruchtbar zu machen. Lückenhaft und wenig weiterführend (leider!) auch *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., 1986, S. 151.

<sup>31</sup>) BVerwG NJW 1984 S. 1318 = EZA § 105b GewO Nr. 6.

<sup>32</sup>) BVerwG NJW 1986 S. 2003.

<sup>33</sup>) BayObLG NJW 1987 S. 3146; BayVGH GewA 1988 S. 67.

<sup>34</sup>) OLG Düsseldorf NJW 1987 S. 2595.

<sup>35</sup>) OVG Nordrhein-Westfalen GewA 1988 S. 66.

<sup>36</sup>) BayObLG BayVBl. 1987 S. 58; OVG Münster NJW 1987 S. 2602.

<sup>37</sup>) S. neben den Fn. 31–36 genannten insbes. BVerwG NJW 1982 S. 899 und BayVerfGH NJW 1982 S. 2656.

<sup>38</sup>) Auch der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Arbeitszeitgesetzes geht zu Recht von einem verfassungsrechtlichen Gebot aus, die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen auf alle Arbeitnehmer auszudehnen (BT-Drucksache 11/360, S. 1).

<sup>39</sup>) S. statt aller BVerwG NJW 1982 S. 899; *Dirksen* (a.a.O., oben Fn. 2), S. 25.

<sup>40</sup>) BayVerfGH NJW 1982 S. 2657; *Dirksen*, S. 26; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kommentar, Loseblatt, Art. 140 GG/Art. 139 WRV Rdnr. 4; *Strätz*, Sonn- und Feiertage, in: *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, herausgegeben von Ernst Friesenhahn und Ulrich Scheuner, 2. Bd., 1975, S. 817.

<sup>41</sup>) OVG Münster NJW 1987 S. 2603.

<sup>42</sup>) So ausdrücklich VGH Baden-Württemberg GewA 1985 S. 174; OVG Münster NZA 1986 S. 478; OVG Münster NJW 1987 S. 2603.

<sup>43</sup>) BayVerfGH NJW 1982 S. 2657 für die (fast) gleichlautende Bestimmung des Art. 147 BV; *Dirksen* (a.a.O., oben Fn. 2), S. 28; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 140 GG/Art. 139 WRV Rdnr. 4; *Hemmrich*, in: von Münch (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., 1983, Art. 140 Rdnr. 42; *Strätz* (a.a.O., oben Fn. 40), S. 817.

<sup>44</sup>) *Dirksen*, S. 27.

<sup>45</sup>) *Dirksen*, S. 27. Ob ein Übergang zum 6- oder 5-Tages-Rhythmus zulässig wäre, ist – soweit ersichtlich – nicht erörtert.

<sup>46</sup>) Ähnlich *Dirksen*, S. 2; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 140 GG/Art. 139 WRV Rdnr. 2; *Strätz* (a.a.O., oben Fn. 40), S. 809.

<sup>47</sup>) Ebenso OVG Lüneburg NJW 1985 S. 448; BayObLG BayVBl. 1987 S. 59; VGH München NJW 1987 S. 2604; *Dirksen*, S. 8, 26; *Hemmrich*, in: von Münch (Hrsg.), Art. 140 Rdnr. 41; *Voll*, *Handbuch des Bayerischen Staatskirchenrechts*, 1985, S. 308. Ebenso BayVerfGH NJW 1982 S. 2657, der dem kirchenpolitischen Zweck den Vorrang einräumt. Das VG Düsseldorf (GewA 1980 S. 272 = EZA § 105e GewO Nr. 1, S. 5) sieht im Verbot der Sonntagsarbeit ausschließlich eine »wichtige sozialstaatliche Errungenschaft«. Ähnlich *Röhler* (a.a.O., oben Fn. 5), S. 127 (für § 105b GewO).

<sup>48</sup>) Näheres bei *Dirksen*, S. 61.

<sup>49</sup>) S. *Dirksen*, S. 11 unter Hinweis auf Luther und Calvin. *Przybyllok* (Hearing, S. 133) berichtet von einem entsprechenden Sonn- und Feiertagsverständnis im Codex iuris canonici von 1983.

nicht dadurch tangiert, daß der einzelne in seiner Freizeit den Gottesdienst besucht oder sich in kirchlichen Zusammenhängen engagiert<sup>50</sup>). Voraussetzung ist allerdings, daß die sonntägliche Lebensweise »Angebotscharakter« hat, also niemandem vorgeschrieben wird, wie er den »Sonntag zu verbringen hat<sup>51</sup>).

Wie müssen die Regeln über die äußere Gestalt von Sonn- und Feiertagen beschaffen sein, daß jeder diese Tage nach seinen Vorstellungen nutzen, gewissermaßen nach seiner Façon seelig werden kann? Die neuere Rechtsprechung hat hierzu eine Reihe wichtiger Aussagen getroffen. Nach Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts schützt Art. 139 WRV alle diejenigen, »die den Sonntag aus religiösen, ethischen oder Traditionsgründen als Ruhetag begehen wollen. Zum Charakter eines Ruhetags, der seelische Erhebung ermöglichen soll, gehört eine Atmosphäre der äußeren und inneren Ruhe, frei von Hektik und Geschäftstätigkeit. Sonn- und Feiertage sollen von den Bürgern frei von den Zwängen des Alltags genutzt werden können. Sie sollen sich nach ihrem Erscheinungsbild deutlich von den (übrigen) Werktagen unterscheiden, die durch Arbeit und Gelderwerb geprägt sind. Es soll deshalb der Konkurrenzdruck der Arbeitswelt aufgehoben sein«<sup>52</sup>). Damit stimmt das OVG Münster überein<sup>53</sup>), das die »Sonntagsruhe« im Gegensatz zur »Werktagshektik« weiter spezifiziert und überdies die notwendige Gemeinsamkeit des Sonntags herausarbeitet. Im einzelnen führt es aus:

»Der verfassungsrechtlichen Gewährleistung entspricht die tatsächliche Bedeutung, die der Sonntagsruhe für den einzelnen und das gesellschaftliche Zusammenleben des Volkes zukommt. Das weitgehende Verbot gewerblicher und störender privater Arbeiten gibt dem Bürger nicht nur die Möglichkeit, unbelastet von der Hektik des Alltags seine Freizeit zu genießen und so echte Entspannung und Erholung zu finden. Es verschafft ihm auch die Gelegenheit, ungestört seinen geistigen und religiösen Interessen nachzugehen. Darüber hinaus schafft es die Voraussetzungen für die Pflege mitmenschlicher Beziehungen in der Familie, unter Freunden und Bekannten, da an diesen Tagen grundsätzlich keine Berufspflichten die Kommunikation behindern ... Die Gewährung von Ruhezeiten an anderen Wochentagen wäre hierfür ein unzureichender Ersatz. Wenn ringsum gearbeitet wird, fehlt die für Sonn- und Feiertage typische Atmosphäre der Ruhe, die für den Erholungswert dieser Tage besonders wesentlich ist. Familienmitglieder, Freunde und Bekannte stehen zudem als Ansprechpartner kaum zur Verfügung, da sie ihren normalen Pflichten nachzugehen haben.«

Folgt man dieser Auffassung – und Einwände sind weder vorgebracht worden noch ersichtlich –, so werden die Konturen des verfassungsrechtlichen Bildes von Sonn- und Feiertagen etwas deutlicher: Gewollt ist nicht nur ein Ausruhen von der Erwerbsarbeit, sondern auch die Gleichzeitigkeit dieses Vorgangs für möglichst viele Mitglieder der Gesellschaft. Daß diese Einheitlichkeit nicht nur am äußeren Bild des »ruhigen« Sonntags ausgerichtet ist, sondern mit kommunikativen Bedürfnissen des Menschen zusammenhängt, wird durch sozialwissenschaftliche Forschungen bestätigt. Danach erfüllt der gemeinsame arbeitsfreie Sonntag (aber darüber hinaus auch das Wochenende) eine Reihe wichtiger Funktionen<sup>54</sup>).

– Er schützt den einzelnen vor zeitlicher Beanspruchung nicht nur durch Erwerbsarbeit, sondern auch durch sonstige Verpflichtungen; bestimmte Teile des Tages sind zumindest grundsätzlich »Tabuzonen«, die keine Störung durch Besuche vertragen und in denen keine Aktivitäten (beispielsweise auch nicht im Haushalt) erwartet werden. Dieser Mechanismus versagt, wenn der arbeitsfreie Tag individualisiert wird; wer donnerstags zu Hause bleiben kann, ist für seine Umwelt in vollem Umfang verfügbar.

– Zahlreiche Freizeitaktivitäten bedürfen der Koordination. Dies gilt nicht nur für den Familienausflug, sondern auch für viele Formen von Eigenarbeit über die Erstellung eines Wohnhauses bis hin zur gemeinsamen Reparatur von Kraftfahrzeugen. Bei versetzter Freizeit fehlen entsprechende Möglichkeiten oder sind nur mit ganz unverhältnismäßigem Organisationsaufwand herstellbar.

– Die gemeinsame Freizeit ist wesentliche Voraussetzung eines funktionierenden Familienlebens. Sind beide Ehegatten oder Partner berufstätig, so kann ein Arbeiten in »Gegenschicht« dazu führen, daß der eine nur die Aufgaben vom anderen übernimmt, ohne die zweiseitige Beziehung weiterzuentwickeln. Auch wenn die Arbeitszeiten koordiniert werden, bleibt das Problem, daß an den »freien Tagen« die Kinder weiterhin durch Schule absorbiert sind.

– Das gemeinsame Wochenende hat eine Reihe sozialpsychologischer Folgen. Die Tatsache, daß auch andere nichts arbeiten und zweckfreie soziale Kontakte pflegen, hat zur Folge, daß man Entsprechendes selbst ohne schlechtes Gewissen tut. Wer seine Freizeit statt dessen an Tagen hat, in denen die ganze soziale Umgebung dem Arbeitsrhythmus unterliegt, wird sich als Außenseiter empfinden, wenn er erst spät aufsteht und nach dem Frühstück einen Spaziergang durch den menschenleeren Park macht. Das Anknüpfen neuer sozialer Kon-

takte erscheint so gut wie ausgeschlossen, bestehende Beziehungen werden wegen der Koordinierungsprobleme eher ausgetrocknet. An die Stelle der »freien Entfaltung«, der Möglichkeit, zwischen Alleinsein und Kontakt zu wählen, tritt die Vereinzelung.

Vermutlich hängt es mit diesen Erscheinungen zusammen, daß so viele Sonntagsarbeiter trotz günstiger Bezahlung einen anderen Arbeitsrhythmus wünschen<sup>55</sup>).

Die Verfassung schützt daher in Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV in Form der Sonn- und Feiertage eine »soziale Einrichtung«, einen Grundtatbestand des sozialen Lebens, der nicht zur Disposition der Behörden oder der einzelnen Bürger steht<sup>56</sup>). Ein grundsätzlicher Wandel ist insoweit nur durch Verfassungsänderung möglich.

### 3. Ausnahmen von der Arbeitsruhe

#### a) Immanente Grenzen

Legt man das bislang zum Zweck des Sonn- und Feiertags Gesagte zugrunde, so ergibt sich ein grundsätzliches, wenn auch kein totales Arbeitsverbot. Die Erfüllung des sozialpolitischen wie des religiösen Zwecks setzt voraus, daß am Sonntag eine gewisse Anzahl von Menschen tätig ist, um den Bedürfnissen der den Sonntag Begehenden Rechnung zu tragen. Wie weit solche »Sonntags- und Bedürfnisgewerbe« reichen, unterliegt dem Wandel der Anschauungen. Geschlossene Gaststätten am »englischen Sonntag« entsprechen nicht dem von der Verfassung gewollten Zustand; auch könnte kein Feiertagsgesetz das generelle Verhängen der Schaufenster an Sonntagen anordnen<sup>57</sup>). Auf der anderen Seite wäre es sicherlich möglich, den Bereich der zugelassenen »Vergnügungen« über das heute von Gesetzgebung und Judikatur Zugelassene hinaus auszudehnen. So wäre die Sonntagsgarantie der Verfassung nicht verletzt, könnten an Sonntagen Anzeigenblätter vertrieben werden<sup>58</sup>) oder Videotheken geöffnet bleiben<sup>59</sup>). Die Grenze wäre allerdings erreicht, wenn »werttägliche« Arbeiten, insbes. solche zugelassen würden, die nicht der unmittelbaren Befriedigung von konkreten Bedürfnissen der Bevölkerung dienen.

#### b) Historischer Bestand an »werttäglicher« Arbeit?

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob damit jede industrielle Tätigkeit am Sonntag ausgeschlossen ist mit allen weitreichenden Folgen, die dies für bestimmte Produktionsprozesse im Stahl- oder Chemiebereich hätte. Weder 1919 noch 1949 war jedoch ein derart rigoroses Verbot der Sonntagsarbeit gewollt; niemand hat ernsthaft den Standpunkt vertreten, Hochöfen oder chemische Prozesse dürften nicht kontinuierlich betrieben werden. Dies deutet sogar der Wortlaut des Art. 139 WRV an, wonach der Schutz der Sonn- und Feiertage aufrecht erhalten »bleibt« – dies bedeutet aber, daß es jedenfalls einzelne Durchbrechungen geben kann. Dabei ist jedoch davor zu warnen, diesen »Ausnahmebereich« mit dem nach den §§ 105a ff. GewO in der Fassung von 1891 Zulässigen in eins zu setzen. Eine derartige »Versteinerung« ist schon deshalb nicht gewollt, weil sie den Spielraum des Gesetzgebers und damit die Möglichkeit zur Reaktion auf gewandelte Anschauungen übermäßig einengen würde. Auch kommt hinzu, daß das Verbot der Sonntagsarbeit in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Verabschiedung der Weimarer Reichsverfassung verschärft wurde<sup>60</sup>) – es war also sowieso keine konstante, über jeden Zweifel erhabene Bezugsgröße vorhanden, auf der man hätte aufbauen können. Allein auf die Entstehungsgeschichte abzustellen, würde bedeuten, nur zu so unspezifischen Aussagen wie der zu gelangen, die Sonntagsarbeit müsse Ausnahme bleiben und dürfe nicht zur Regel werden<sup>61</sup>). Offen bleibt damit, wann die (quantitative) Grenze des Aus-

<sup>50</sup>) Ausnahmsweise können sich Konflikte ergeben, so wenn zur ortsüblichen Zeit des Gottesdienstes öffentliche Tanzveranstaltungen durchgeführt werden sollen. S. den Fall BVerwG NJW 1982 S. 899. Im Regelfall geben die Feiertagsgesetze der Länder dem Gottesdienst den Vorrang.

<sup>51</sup>) Richtig BayVerfGH NJW 1982 S. 2657, wonach der Gesetzgeber nicht für die »tatsächliche Nutzung« in bestimmtem Sinne sorgen kann. Alles andere wäre ein Stück Totalitarismus.

<sup>52</sup>) BayObLG NJW 1985 S. 3091; ebenso BayObLG BayVBl. 1987 S. 59.

<sup>53</sup>) OVG Münster NZA 1986 S. 479.

<sup>54</sup>) Hierzu und zum folgenden *Rinderspacher* (a.a.O., oben Fn. 16), S. 42 ff., 76 ff.

<sup>55</sup>) S. die Nachweise oben Fn. 15 und 16.

<sup>56</sup>) Richtig OVG Münster NZA 1986 S. 479.

<sup>57</sup>) S. das Beispiel aus der Weimarer Zeit bei *Dirksen*, S. 30.

<sup>58</sup>) Dagegen BVerwG NJW 1986 S. 2003; BayVGH GewA 1984 S. 122.

<sup>59</sup>) Dagegen VGH Baden-Württemberg GewA 1985 S. 174; OVG Lüneburg NJW 1985 S. 448; OVG Münster NJW 1985 S. 449 und UPR 1986 S. 34; BayObLG NJW 1985 S. 3091.

<sup>60</sup>) Die Absätze 2 und 3 des § 105b GewO wurden durch die Verordnung der Reichsregierung über Sonntagsruhe im Handelsgewerbe und Apotheken vom 5. 2. 1919 (RGBl. S. 176) eingeführt und später nur noch geringfügig verändert. S. dazu *Landmann/Rohmer/Neumann*, § 105b Rdnr. 1.

<sup>61</sup>) So aber *Wohlraube*, GewA 1988 S. 54; ähnlich *Strätz* (a.a.O., oben Fn. 40), S. 811.

nahmebereichs erreicht ist, offen bleibt, welches die Kriterien für die im Einzelfall erfolgende Zulassung von Sonntagsarbeit sein können.

### c) Anwendung des Prinzips der praktischen Konkordanz

Mehr Aufschluß verspricht unter diesen Umständen ein Rückgriff auf die systematische Interpretation, konkret: die Anwendung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz, wonach alle Grundgesetzbestimmungen im Rahmen des Möglichen so zu handhaben sind, daß jede in möglichst umfassender Weise zur Geltung kommen kann<sup>62</sup>). Für das Verbot der Sonntagsarbeit nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV bedeutet dies, daß zu fragen ist, wie es sich einerseits voll verwirklichen, andererseits mit den Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsnutzung), aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 GG (Pressefreiheit) in Einklang bringen läßt. Hierbei ist in Anknüpfung an die bisherige allgemein akzeptierte Praxis von einer Zweiteilung auszugehen.

(1) Soweit es nur darum geht, daß einzelne Mitbürger die genannten Grundrechte auch sonntags ausüben möchten, geht Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV als Spezialbestimmung vor. Die Nutzung des Eigentums ist in diesem Punkt eingeschränkt<sup>63</sup>), die Berufsfreiheit kann am Sonn- und Feiertag nur insoweit ausgeübt werden, als Sonntags- und Bedürfnisgewerbe in Rede stehen<sup>64</sup>). Auch die Pressefreiheit rechtfertigt keine Sonderbehandlung von Zeitungsverlagen und Druckereien<sup>65</sup>). Dabei geht es nicht um ein Stück »Sozialbindung« des Eigentums<sup>66</sup>) oder eine aus vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte Berufsausübungsregelung<sup>67</sup>); vielmehr handelt es sich um einen verfassungsimmanenten Vorbehalt, d. h. um eine von der Verfassung selbst (und nicht erst durch den Gesetzgeber) angeordnete Einschränkung. Rechtskonstruktiv findet sich eine Parallele etwa in jenen beamtenrechtlichen Grundsätzen, die nach herrschender Auffassung die Geltung der kollektiven Koalitionsfreiheit für Beamte mit Rücksicht auf Art. 33 Abs. 4 und 5 GG einschränken. Jedem Unternehmer wird somit von verfassungswegen zugemutet, auf ein Siebtel der technisch möglichen Betriebsnutzungszeit zu verzichten. Dies bedeutet gleichzeitig, daß die bloße Erweiterung der Produktionskapazität durch die Einbeziehung des Sonntags niemals ein Grund für die Zulassung von Sonntagsarbeit sein kann. Auch in der gegenwärtigen Diskussion um die Ausdehnung der Sonntagsarbeit im High-Tech-Bereich ist dies nicht in Zweifel gezogen worden<sup>68</sup>).

(2) Von diesem eindeutigen Fall ist die sehr viel kontroversere Konstellation zu unterscheiden, daß das Verbot der Sonntagsarbeit Rückwirkungen auf die Grundrechtsausübung an Werktagen hat. Dauert ein bestimmter chemischer Prozeß zehn Tage, in denen eine ganz bestimmte Temperatur und eine darauf gerichtete Steuerung der Anlagen notwendig ist, so wäre die Durchführung eines solchen Verfahrens überhaupt ausgeschlossen, würde man auch in diesen Fällen das Verbot der Sonntagsarbeit strikt durchsetzen. In diesen Fällen liegt ein effektiver Konflikt zwischen Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV auf der einen Seite und dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG auf der anderen Seite vor. Im Einzelfall kann – wenn beispielsweise durch die Unterbrechung von Prozessen Produktionsanlagen zerstört würden – auch eine Kollision mit Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen; können am Montag keine Zeitungen erscheinen, könnte dies die Pressefreiheit beeinträchtigen. Im Mittelpunkt wird allerdings die Frage stehen, wie eine »verhältnismäßige Zuordnung« von Sonntagsarbeitsverbot und Berufsfreiheit beschaffen sein kann. Anders als bei der »reinen« Sonntagsarbeit läßt sich eine Antwort hier nicht allein mit dem lex-specialis-Charakter des Art. 139 WRV rechtfertigen: Daß beispielsweise ganze Berufe wegen der grundgesetzlich vorgeschriebenen »Arbeitsunterbrechung« für jedermann verschlossen sein sollen, kann schwerlich Sinn des Verbots der Sonntagsarbeit sein. Etwas Derartiges anzunehmen, würde bedeuten, alle anderen Verfassungsbestimmungen dem Art. 139 WRV unterzuordnen.

### d) Die zu beachtenden Rechtsgüter

Auf der anderen Seite ist vor einem vorschnellen Eintritt in den Prozeß der »Optimierung« zweier Rechtsgüter zu warnen; dauert etwa ein chemisches Verfahren zwei Tage und kann es deshalb am Samstag nicht mehr begonnen werden, so ist diese Beeinträchtigung der Werktagsarbeit ersichtlich kein Grund, um das Sonntagsarbeitsverbot in Frage zu stellen. »Praktische Konkordanz« findet nur zwischen »gleichrangigen« Verfassungsgütern statt<sup>69</sup>). Insoweit bieten die im Grundgesetz selbst vorgesehenen Eingriffsvorbehalte wichtige Anhaltspunkte. Während der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 139 WRV lediglich eine gewisse Ausgestaltungskompetenz besitzt<sup>69a</sup>), steht die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG unter einem vom Bundesverfassungsgericht erstmals im Apothekenurteil<sup>70</sup>) näher ausdifferenzierten Gesetzesvorbehalt. Danach kann in die Berufsausübung schon aus vernünftigen Erwägungen

des Gemeinwohls eingegriffen werden. Soweit eine gesetzliche Regelung Auswirkungen auf den Zugang zum Beruf selbst hat, ist zu differenzieren: Geht es um eine subjektive, in der Sphäre des Grundrechtsträgers angesiedelte Zulassungsvoraussetzung, sind entsprechende Beschränkungen zum Schutze eines »wichtigen Gemeinschaftsguts« zulässig, wobei der Gesetzgeber eine relativ große Freiheit in bezug auf die Bewertung bestimmter Gemeinschaftsinteressen besitzt<sup>71</sup>). Weitergehend sind objektive Zulassungsvoraussetzungen, die auf Umstände außerhalb der persönlichen Sphäre des Grundrechtsträgers abstellen, nur zum Schutze eines »überragend wichtigen Gemeinschaftsguts« zulässig. Darunter fallen insbes. von der Verfassung selbst ausdrücklich geschützte öffentliche Interessen<sup>72</sup>). Das Gebot der Sonntagsruhe ist als Verfassungsnorm genau hier anzusiedeln. Es muß sich eine Relativierung allenfalls dann gefallen lassen, wenn seine strikte Durchsetzung wie eine objektive Zulassungsvoraussetzung wirken würde. Daß dies so sein muß, wird nicht zuletzt an der Erwägung deutlich, daß andernfalls andere, nicht explizit von der Verfassung geschützte Rechtsgüter einen stärkeren Schutz genießen würden. So muß sich etwa das vom Gesetzgeber vorgesehene Nachtbackverbot als bloße Berufsausübungsregelung keinerlei Einschränkungen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG gefallen lassen<sup>73</sup>), und dasselbe gilt für subjektive Zulassungsvoraussetzungen. In gleichem Sinne hat auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden<sup>74</sup>). Im konkreten Fall war es darum gegangen, daß öffentliche Tanzveranstaltungen am Sonntagvormittag verboten wurden, obwohl mit Rücksicht auf die örtlichen Gegebenheiten keine konkrete Störung des Gottesdienstes zu besorgen war. Dennoch bestätigte das Gericht die Untersagungsverfügung, weil der verfassungsrechtlich gebotene besondere gesetzliche Schutz der Sonntage und der staatlich anerkannten Feiertage nicht die Abwehr konkreter Gefährdungen und Störungen der Sonntagsruhe zum Inhalt habe. Die Unvereinbarkeit einer Veranstaltung mit der verfassungsrechtlich festgelegten Zweckbestimmung dieser Tage rechtfertige schon für sich allein ein Verbot. Weiter wird im hier interessierenden Zusammenhang ausgeführt<sup>75</sup>):

»(Gerechtfertigt sind auch) die damit ggfs. verbundenen Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten, ohne daß es darauf ankäme, ob die verbotenen Tätigkeiten oder Veranstaltungen generell oder im Einzelfall über diese Vereinbarkeit hinaus zu einer konkreten Gefährdung oder Störung der Sonntagsruhe, insbes. des Gottesdienstbesuchs, führen. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob das jeweils in Rede stehende Verbot auch bei gebührender Berücksichtigung des Wesensgehalts der von ihm berührten Grundrechte (Hervorhebung vom Verfasser) zum Schutz der Sonntagsruhe in dem angeführten Sinne geeignet und erforderlich ist.«

Auch hier wird die Abwägung nicht beim Grundrecht schlechthin, sondern bei seinem Wesensgehalt angesetzt, womit besonders weitreichende, insbes. vom einzelnen nicht zu beeinflussende Einschränkungen gemeint sind<sup>76</sup>).

### e) Konkrete Konsequenzen

Was folgt daraus konkret im vorliegenden Zusammenhang? Die bloße Tatsache, daß die Arbeitsruhe am Sonntag mit Rücksicht auf die Natur bestimmter technischer Prozesse dazu führt, daß nicht die maximale werktägliche Betriebsnutzungszeit von 6 x 24 Stunden erreicht werden

<sup>62</sup>) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 1985 Rdnr. 317 ff. und – bezogen auf Art. 12 GG – E. Stein, Staatsrecht, 10. Aufl., 1986, § 28 II.

<sup>63</sup>) Ebenso im Ergebnis BayVerfGH NJW 1982 S. 2659.

<sup>64</sup>) Ebenso im Ergebnis BVerwG AP Nr. 2 zu § 105e GewO; OVG Münster NJW 1985 S. 449; VG Düsseldorf GewA 1980 S. 274; VG Schleswig-Holstein GewA 1985 S. 175.

<sup>65</sup>) Ebenso im Ergebnis VG Düsseldorf GewA 1980 S. 272; VG Schleswig-Holstein GewA 1985 S. 175.

<sup>66</sup>) So aber BayVerfGH (a.a.O., oben Fn. 63).

<sup>67</sup>) So aber die Fn. 64 mitgeteilten Entscheidungen.

<sup>68</sup>) S. das Spiegel-Interview von Henkel, a.a.O., oben Fn. 21. Vgl. weiter OVG Münster DB 1981 S. 440.

<sup>69</sup>) Stein, Staatsrecht, S. 273.

<sup>69a</sup>) Sie bezieht sich einmal auf die »Sonntags- und Bedürfnisgewerbe« (dazu oben a), zum anderen auf die Zulassung solcher Arbeiten, deren Ausnahmecharakter evident ist (z. B. Hilft bei Notfällen, Reaktion auf andere ungewöhnliche Umstände) und die gerade deshalb nicht als Störung der Sonntagsruhe empfunden werden.

<sup>70</sup>) BVerfGE 7 S. 377 ff.

<sup>71</sup>) BVerfGE 13 S. 97, 107.

<sup>72</sup>) Stein, Staatsrecht, S. 274/275, Das Sozialstaatsprinzip fällt demgegenüber nur insoweit in Gewicht, als es selbst von verfassungswegen eine konkrete Regelung verlangt.

<sup>73</sup>) Vgl. BVerfGE 23 S. 50, 56 ff. = DB 1968 S. 439; 41 S. 360, 370 ff. = DB 1976 S. 913.

<sup>74</sup>) BVerwG NJW 1982 S. 699. Ebenso OVG Münster NJW 1985 S. 449.

<sup>75</sup>) S. Fn. 74.

<sup>76</sup>) Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 Rdnr. 293, verweist mit Recht darauf, daß die »Wesensgehaltssperre« des Art. 19 Abs. 2 GG neben dem ausdifferenzierten Schrankensystem des Bundesverfassungsgerichts im Regelfall keine selbständige Bedeutung hat. Der Sache nach ist der Wesensgehalt nur dann tangiert, wenn ohne die jeweils geforderten Voraussetzungen in eine der genannten »Sphären« des Grundrechts eingegriffen wird.

kann, ist grundsätzlich hinzunehmen; hier ist nur die Sphäre der Berufsausübung berührt. Schwieriger stellt sich die Situation dar, wenn das Verbot der Sonntagsarbeit »Fernwirkungen« derart entfaltet, daß bestimmte technische Prozesse überhaupt nicht mehr möglich sind, oder wenn die Einschränkung der Betriebsnutzungszeit die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen erheblich beeinträchtigt.

(1) Im ersten Fall ist man mit Rücksicht auf das Beispiel des Hochofens geneigt, ohne Zögern eine positive Antwort zu geben. Dennoch liegen die Dinge komplizierter. Nicht jeder technische Prozeß ist so eng mit der Existenz des Unternehmens verbunden, daß sein Unmöglichwerden auf die Fortführung des »Berufs« zurückschlägt. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht den Standpunkt vertreten, daß keine Rückwirkung auf die Berufswahl vorliege, wenn Unternehmer mit Rücksicht auf staatliche Steuergesetze zur Aufgabe oder Unterlassung ihres eigenen Werkfernverkehrs gezwungen sind<sup>77)</sup>. Entscheidend kommt es daher auf die Umstände des Einzelfalles an; den Betrieb von Hochöfen auszuschließen, würde selbstredend auf eine objektive Zulassungsvoraussetzung hinauslaufen.

(2) Auch bei der Schwächung der Wettbewerbsposition ist keine schematische Regelung möglich. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet danach, ob in Folge einer gesetzlichen Regelung nur einzelne Unternehmer aus dem Wettbewerb ausscheiden oder ob dies gewissermaßen der »Normalfall« wird. Grundlegend für diese Differenzierung sind Ausführungen in der Entscheidung zur Bevorratungspflicht bei Mineralöl, wo es heißt<sup>78)</sup>:

»Auch eine Berufsausübungsregelung kann freilich in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung einer Zulassungsbeschränkung nahekommen und damit die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen. Das ist jedoch nicht schon dann anzunehmen, wenn die Regelung den aus der Ausübung eines Berufs erzielten Gewinn soweit mindert, daß ein einzelner Unternehmer sich zur Aufgabe seines bisherigen Berufs veranlaßt sieht. Eine Verletzung des Rechts auf freie Berufswahl ist nur anzunehmen, wenn die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung oder – bei juristischen Personen – zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen.«

Dies bedeutet, daß das Verbot der Sonntagsarbeit sich dann Relativierungen gefallen lassen muß, wenn der Ausschluß bestimmter technischer Verfahren die Wettbewerbsfähigkeit einer ganzen Branche auf dem Weltmarkt ernsthaft in Frage stellt. Dies gilt auch dann, wenn die »Branche« nur noch aus ein oder zwei Unternehmen besteht. Dabei ist jedoch zu beachten, daß selbst in einer solchen Situation nicht etwa Art. 12 Abs. 1 unbedingten Vorrang vor dem Sonntagsarbeitsverbot nach Art. 139 WRV besitzt: Wollte man dies annehmen, würde man angesichts wachsender internationaler Verflechtung die Geltung einer Verfassungsbestimmung letztlich von den Entwicklungen des Weltmarkts, insbes. davon abhängig machen, ob in anderen Ländern ein vergleichbares Verständnis in bezug auf die Arbeitsruhe an Sonntagen besteht. Geboten ist vielmehr auch in solchen Fällen zunächst der Versuch, beide Ziele – Sonntagsruhe und Wettbewerbsfähigkeit – zu optimieren; ist dies nicht durchführbar, kommt Sonntagsarbeit nur im geringstmöglichen Umfang in Betracht.

#### f) Spielraum des Gesetzgebers

Bei der Bestimmung der konkreten Grenze zwischen Sonntagsruhe und unternehmerischer Betätigungsfreiheit kommt dem Gesetzgeber eine wichtige Rolle zu. Zwar könnte er nicht schon der besseren Berufsausübungsfreiheit wegen das Sonntagsarbeitsverbot einschränken, doch kann letztlich er bestimmen, welche Nachteile die einzelnen Unternehmen in Kauf nehmen müssen und wann ihre »Opfergrenze« überschritten ist<sup>79)</sup>. Dabei ist es geboten, angesichts der im Außenwirtschaftsgesetz festgelegten Liberalisierung des Außenhandels auch die Stellung auf dem Weltmarkt zu berücksichtigen – es wäre eine Systemwidrigkeit, wollte man auf der einen Seite deutsche Unternehmen dem internationalen Wettbewerb in vollem Umfang aussetzen, gleichzeitig jedoch bei der Bemessung von Lasten diesem Sachverhalt keinerlei Bedeutung beimessen.

#### g) Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonntagsarbeit in Industrie und Handel

Ist auf der Grundlage des bisher Gesagten ein Fall gegeben, bei dem die strikte Beachtung des Verbots der Sonntagsarbeit die Berufswahlfreiheit, d. h. die Existenz von Unternehmen bedrohen würde, sind bei der dann in Frage kommenden Zulassung der Sonntagsarbeit von verfassungswegen eine Reihe von Grundsätzen zu beachten.

(a) Dem Prinzip der praktischen Konkordanz entspricht es, Sonntagsarbeit nur im Rahmen des absolut Notwendigen zuzulassen. Unaufschiebbare Arbeiten sind zu erledigen, was etwa bei Notfällen, aber auch dann gilt, wenn Produktionsanlagen ohne menschliches Eingreifen zerstört oder beschädigt würden. Für die konkrete Abgrenzung lassen sich nicht nur aus § 14 AZO, sondern auch aus den Grundsätzen über die Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf Anhaltspunkte gewinnen. Dem Gebot der Minimierung von Sonntagsarbeit entspricht es weiter, die Arbeit so zu organisieren, daß möglichst viel an Werktagen erledigt wird, so daß die Sonntagschichten schon zahlenmäßig geringer als Werktagsschichten sind. Soweit der Produktionsprozeß voraussehbare Unterbrechungen kennt, sind diese so zu legen, daß sie auf den Sonntag fallen.

(b) Dem Grundsatz der praktischen Konkordanz entspricht es weiter, die vom Unternehmen angewandte oder geplante Technik nicht als »vorgegebene Größe« zu behandeln. Da die Praktizierung oder Neuentwicklung bestimmter Verfahren eine Ausübungsform des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG ist, würde ein solches Vorgehen auf einen absoluten Vorrang des Grundrechts aus Art. 12 gegenüber den aus Art. 139 WRV folgenden Vorgaben hinauslaufen. Statt dessen sind technische Alternativen auszuschöpfen; sie können nur dann außer Betracht bleiben, wenn ihre Realisierung so kostspielig wäre, daß dadurch die weitere Existenz der Unternehmen, insbes. ihre Wettbewerbsfähigkeit, bedroht wäre. Im Rahmen des Zumutbaren eine die Sonntagsarbeit vermeidende Technik zu verlangen, ist weniger ungewöhnlich, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Zwar ist die unternehmerische Freiheit gerade im Bereich der Entwicklung neuer Techniken in weitem Umfang geschützt<sup>80)</sup>, und eine betriebsbedingte Kündigung kann nicht mit der Begründung bekämpft werden, sie beruhe auf einer unzumutbaren unternehmerischen Entscheidung<sup>81)</sup>. Überall dort jedoch, wo die unternehmerische Freiheit mit rechtlich verfaßten Interessen kollidiert, ist die Situation eine andere. So wird etwa bei der Kürzung von Sozialleistungen im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten ein erhebliches Maß an Kontrollichte gegenüber den unternehmerischen Dispositionen praktiziert, was sich u. a. in der Pflicht zur Vorlage eines betriebswirtschaftlich abgesicherten Sanierungsplans zeigt<sup>82)</sup>. Sehr viel weitergehend wird im Umweltschutzrecht sogar die Vornahme solcher Maßnahmen zugelassen, die für das betroffene Unternehmen wirtschaftlich nicht mehr vertretbar sind: § 17 Abs. 2 BImSchG nennt in der seit 1985 geltenden Fassung als Schranke nur den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sieht jedoch gleichzeitig vor, daß dann, wenn er einer bestimmten Maßnahme entgegensteht, die Genehmigung nach § 4 BImSchG ganz oder teilweise widerrufen werden soll, also die Fortführung der bisherigen Produktionsweise unmöglich gemacht wird. Von daher stellt das Verlangen nach »technischen Alternativen« zur Vermeidung der Sonntagsarbeit keinen systemfremden Gesichtspunkt dar.

(c) Die Notwendigkeit praktischer Konkordanz verlangt weiter, auch vom Verfahren her sicherzustellen, daß Sonntagsarbeit nur in den Fällen möglich ist, in denen die hier skizzierten Voraussetzungen auch effektiv gegeben sind. Damit ist etwa eine Regelung oder eine Praxis ausgeschlossen, die bei unaufklärbarer Sachlage (Ist eine andere Arbeitsorganisation möglich? Könnte eine technische Alternative die Sonntagsarbeit vermeiden?) die Sonntagsarbeit zuläßt. Weiter ist der Gesetzgeber zu einer möglichst großen Standardisierung der Ausnahmetatbestände verpflichtet: Würde man allein auf den Einzelfall abstellen und dabei wenig präzise Kriterien verwenden, wäre die Gefahr sehr groß, daß die einem Unternehmen bewilligte Sonntagsarbeit aus Wettbewerbsgründen einen »Ansteckungseffekt« hervorruft mit der Folge, daß andere Unternehmen gleichfalls versuchen, auf legalem, im Extremfall auch auf illegalem Wege, zur Sonntagsarbeit überzugehen<sup>83)</sup>.

<sup>77)</sup> BVerfGE 16 S. 147, 163. Kritisch dazu Scholz, a. a. O., Art. 12 Rdnr. 418.

<sup>78)</sup> BVerfGE 30 S. 292, 313 = DB 1971 S. 1516. Daß ein einzelner Unternehmer wegen des Sonntagsarbeitsverbots aus dem Wettbewerb ausscheiden muß, akzeptiert ausdrücklich BayObLG DB 1963 S. 627 = AP Nr. 1 zu § 105c GewO Bl. 5 R. Vgl. auch BayVerfGH NJW 1982 S. 2658, wo die vergleichsweise hohe Anzahl der Feiertage in Bayern im Hinblick auf die Konkurrenzfähigkeit der bayerischen Wirtschaft überprüft wurde, wobei als verfassungsrechtliche Grundlage allerdings nur der ausdrücklich verankerte Mittelstandsschutz (Art. 153 BV) herangezogen wurde. Daß auch Arbeitnehmer Träger des Grundrechts aus Art. 12 GG sind, hat bisher nicht zur Ausbildung eines verfassungsrechtlich begründeten eigenen Bestandsschutzes geführt; soweit sich der Arbeitgeber Einschränkungen gefallen lassen muß, können die Arbeitnehmer keine weitergehenden Abwehrrechte gegen den staatlichen Eingriff geltend machen. Zum Ganzen siehe nunmehr auch BVerfGE DB 1988 S. 605.

<sup>79)</sup> Insoweit ist § 105d GewO im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenngleich auch er die »Opfergrenze« nicht festlegt und zu unmittelbarem Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen zwingt.

<sup>80)</sup> Dazu Däubler, Gestaltung neuer Technologien durch Recht? ZRP 1986 S. 42 ff.

<sup>81)</sup> Grundlegend BAG DB 1969 S. 1110 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; aus neuerer Zeit s. BAG DB 1980 S. 1400; BAG DB 1985 S. 2205 und zuletzt BAG DB 1987 S. 2207.

<sup>82)</sup> BAG DB 1972 S. 492.

<sup>83)</sup> Dazu OVG Münster DB 1986 S. 439 = NZA 1986 S. 479.

## II. Das Verbot der Sonntagsarbeit und seine Ausnahmen nach den §§ 105a bis 105i GewO.

In den §§ 105a bis 105i GewO hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Bereich der Beschäftigung von Arbeitern und Angestellten in Gewerbebetrieben umzusetzen. Die Ausübung selbständiger Tätigkeiten bestimmt sich grundsätzlich nach den Feiertagsgesetzen der Länder.

Die wenig übersichtliche gesetzliche Regelung beginnt in den § 105a und 105b GewO mit dem privatrechtlichen (§ 105a) und dem öffentlich-rechtlichen (§ 105b) Verbot der Sonntagsarbeit. Die dann folgenden zahlreichen Ausnahmen lassen sich zu zwei Gruppen zusammenfassen<sup>84)</sup>.

### 1. Sonntags- und Bedürfnisgewerbe

Zum einen kennt die Gewerbeordnung eine recht liberale Regelung derjenigen Tätigkeiten, die die Freizeitbedürfnisse und die Grundversorgung der Bevölkerung betreffen.

§ 105i Abs. 1 GewO stellt das Gaststätten- und das Verkehrsgewerbe sowie »Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralische Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten« vom Sonntagsarbeitsverbot frei<sup>85)</sup>. Auslegungsprobleme sind selten<sup>86)</sup>. § 105i Abs. 2 GewO enthält einen allerdings sehr rudimentären Arbeitnehmerschutz: Arbeitnehmer können vertraglich nur zu solchen Arbeiten an Sonn- und Feiertagen verpflichtet werden, »welche nach der Natur des Gewerbebetriebs einen Aufschub oder eine Unterbrechung nicht gestatten«. Damit ist für diesen Bereich eine Lösung beibehalten, die vor 1891 für den Gesamtbereich des Sonntagsarbeitsverbots galt. Die in § 105j GewO vorgesehene Anordnungsbefugnis der Gewerbeaufsicht müßte in verfassungskonformer Auslegung auch auf den Fall erstreckt werden, daß der durch § 105i Abs. 2 GewO umschriebene Bereich verlassen wird.

Neben der Pauschalfreistellung für die Sonntagsgewerbe in § 105i sieht § 105e Abs. 1 vor, daß für Gewerbe, »deren vollständige oder teilweise Ausübung an Sonn- und Feiertagen zur Befriedigung täglicher oder an diesen Tagen besonders hervortretender Bedürfnisse der Bevölkerung erforderlich ist«, Sonntagsarbeit genehmigt werden kann. Diese sog. Bedürfnisgewerbe sind im einzelnen in der Bekanntmachung des Bundesrats vom 3. 4. 1901<sup>87)</sup> und im Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 6. 12. 1934<sup>88)</sup> aufgezählt. Für Verkaufsstellen haben die §§ 4 ff. Ladenschlußgesetz Vorrang<sup>89)</sup>. Praktische Bedeutung hat § 105e insbes. für den Großhandel<sup>90)</sup> und für die Verbreitung von Presseerzeugnissen<sup>91)</sup>. Wichtig ist, daß die Erlaubnis immer nur für bestimmte Arten von Betrieben gewährt werden darf<sup>92)</sup>, so daß die oben<sup>93)</sup> beschriebene »Ansteckungsgefahr« nicht eintreten kann. Soweit die in § 105e Abs. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen, muß die Behörde die Befreiung vom Verbot der Sonntagsarbeit erteilen<sup>94)</sup>.

In den vorliegenden Zusammenhang gehört schließlich die zweite Alternative von § 105c Abs. 1 Nr. 1 GewO, wonach diejenigen Arbeiten auch am Sonntag erlaubt sind, die »im öffentlichen Interesse unverzüglich vorgenommen werden müssen«. Die Rechtsprechung verlangt, daß die Verschiebung der Arbeit auf einen Werktag das öffentliche Interesse »schwer« beeinträchtigt<sup>95)</sup> – eine berechtigte Restriktion, da andernfalls das Sonntagsarbeitsverbot weithin zur Disposition der Verwaltung stünde<sup>96)</sup>. Erfäht ist beispielsweise die Tierkörperbeseitigung in der warmen Jahreszeit<sup>97)</sup> sowie Reparaturen zur Sicherung der Versorgung mit Gas, Wasser und Strom und zur Aufrechterhaltung des Fernsprechverkehrs<sup>98)</sup>.

An der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Ausnahmen besteht nach dem oben Gesagten<sup>99)</sup> kein Zweifel.

### 2. Ausnahmen im Interesse der Unternehmen

#### a) Rein wirtschaftliche Gründe

Die Tatsache, daß der Unternehmer durch das Verbot der Sonntagsarbeit wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen muß, die bei vollkontinuierlicher Auslastung der Betriebsanlagen nicht entstehen würden, ist von der Regelung des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV vorausgesetzt und liegt auch der gewerberechtlichen Regelung in den §§ 105c ff. GewO zugrunde<sup>100)</sup>. Dennoch kann es Sondersituationen geben, in denen das Unterbleiben der Sonntagsarbeit zu einer ganz ungewöhnlichen Schädigung des Unternehmers führen würde<sup>101)</sup>. § 105c Abs. 1 Nr. 1 1. Alternative gestattet daher, daß in »Notfällen« auch an Sonntagen diejenigen Arbeiten zulässig sind, die »unverzüglich« vorgenommen werden müssen. Darüber hinaus ermächtigt § 105f Abs. 1 GewO die zuständige Behörde, Ausnahmen vom Verbot der Sonntags-

arbeit zu bewilligen, wenn ein »nicht vorherzusehendes Bedürfnis« für die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen eintritt und andernfalls ein »unverhältnismäßiger Schaden« entstehen würde. Die beiden Vorschriften betreffen unterschiedliche Grade der Dringlichkeit: Bei § 105c Abs. 1 Nr. 1 1. Alternative GewO muß so schnell gehandelt werden, daß eine Einschaltung der Gewerbeaufsicht nicht mehr möglich ist, während es in § 105f Abs. 1 GewO um ein plötzlich eintretendes Bedürfnis geht, das immerhin noch so viel zeitlichen Spielraum läßt, daß die Genehmigung beantragt und erteilt werden kann<sup>102)</sup>.

Wann die Voraussetzungen der einen oder der anderen Vorschrift gegeben sind, läßt sich nicht mit letzter Klarheit bestimmen. Die Rechtsprechung spricht im Falle des § 105c Abs. 1 Nr. 1 GewO von »notstandsähnlichen Gefahren«<sup>103)</sup>, wie sie beispielsweise bei Brand, Überschwemmung usw. auftreten können. Nicht erfäht ist unstrittig ein überraschend hoher Auftragsstand, der mit den bestehenden (Werktags-) Kapazitäten nicht bewältigt werden kann<sup>104)</sup>. Weiter kann sich der Unternehmer nicht auf das Vorliegen eines Notstands berufen, wenn die Gefahr größerer Schäden auf einer unzweckmäßigen Betriebsorganisation beruht<sup>105)</sup>. Auch im Falle des § 105f Abs. 1 GewO muß eine Situation vorliegen, die – wie beispielsweise die verspätete Anlieferung von Rohstoffen<sup>106)</sup> – nicht voraussehen war. Daß zu dem drohenden »unverhältnismäßigen« Schaden auch der entgangene Gewinn zählt, ist anerkannt<sup>107)</sup>, doch werden keine konkreten Maßstäbe benannt, nach denen sich die »Unverhältnismäßigkeit« bestimmt. Charakteristisch für beide Fälle ist, daß es sich um eine punktuelle Durchbrechung des Sonntagsarbeitsverbots handelt; es geht um zeitlich eng begrenzte Sondersituationen, die gerade deshalb, weil sie im Regelfall als solche erkennbar sind, die Sonntagsruhe nicht effektiv stören<sup>108)</sup>. Ihre Zulassung bewegt sich daher innerhalb des dem Gesetzgeber schon durch Art. 139 WRV überlassenen Gestaltungsbereichs, so daß dahinstehen kann, ob in allen Fällen eine Rechtfertigung über Art. 14 Abs. 1 GG erfolgen könnte.

Eine weitere zeitlich eng begrenzte Ausnahme gewährt § 105b Abs. 2 Satz 2 GewO: Wenn »besondere Verhältnisse« die Aufrechterhaltung des Geschäftsverkehrs am Sonntag erfordern, kann die zuständige Behörde innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen für bis zu zehn Sonn- und Feiertage im Jahr Sonntagsarbeit gestatten. Auch dabei reicht es nicht aus, daß die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs am Sonntag wirtschaftlich besonders günstig wäre<sup>109)</sup>. Notwendig ist vielmehr, daß die besonderen Umstände in einer vom Gewerbetreibenden nicht zu beeinflussenden Art und Weise von außen her auf den Geschäftsbetrieb einwirken<sup>110)</sup>. Dies ist etwa für Broker-Firmen angenommen worden, die im

<sup>84)</sup> In ähnlicher Richtung *Ulber*, AuR 1987 S. 250.

<sup>85)</sup> Vgl. BVerwG AP Nr. 2 zu § 105b GewO Bl. 5 2R: »Gewerbetreibende, die durch Musikaufführungen oder sonstige Lustbarkeiten zur Unterhaltung und Erholung anderer beitragen, sollten im Interesse derjenigen, denen das allgemeine Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen zugute kommt, nicht daran gehindert werden, ihr Gewerbe auch an Sonn- und Feiertagen zu betreiben.«

<sup>86)</sup> Zum Begriff des Verkehrsgewerbes s. BVerwG GewA 1983 S. 225, 226; OVG Nordrhein-Westfalen GewA 1988 S. 62. Zur Verlegung einer Theaterprobe s. LAG Köln LAG-E § 105i GewO Nr. 1. Zur Einbeziehung von Hilfsbetrieben *Röhler* (a.a.O., oben Fn. 5), S. 135.

<sup>87)</sup> RGBl. S. 117.

<sup>88)</sup> RArbBl. I S. 281.

<sup>89)</sup> Vgl. *Stahlhacke*, Das Arbeitsrecht in der Gewerbeordnung, Kommentar, 1966, § 105e Anm. I 1a.

<sup>90)</sup> *Sieg/Leifermann/Tettinger*, Gewerbeordnung, 5. Aufl., 1988, § 105e Rdnr. 3.

<sup>91)</sup> Dazu VG Düsseldorf GewA 1980 S. 272.

<sup>92)</sup> BVerwG AP Nr. 2 zu § 105e GewO; VG Düsseldorf GewA 1980 S. 273.

<sup>93)</sup> S. oben B I 3g (c).

<sup>94)</sup> BVerwG AP Nr. 2 zu § 105e GewO Bl. 4; *Sieg/Leifermann/Tettinger*, § 105e Rdnr. 5.

<sup>95)</sup> BVerwG GewA 1983 S. 225.

<sup>96)</sup> Das Verteilen eines Anzeigenblatts kann deshalb auch nicht mit § 105c Abs. 1 Nr. 1 2. Alternative GewO gerechtfertigt werden: BayVGH GewA 1984 S. 123.

<sup>97)</sup> *Sieg/Leifermann/Tettinger*, § 105c Rdnr. 5.

<sup>98)</sup> *Farthmann* (a.a.O., oben Fn. 30), B III 2b; *Stahlhacke* (a.a.O., oben Fn. 89), § 105c Anm. II 2.

<sup>99)</sup> Oben B I 3.

<sup>100)</sup> Zutreffend *Sitzler*, ArbSch. 1957 S. 165.

<sup>101)</sup> Vgl. *Farthmann* (a.a.O., Fn. 30), B III 1.

<sup>102)</sup> Vgl. *Stahlhacke* (a.a.O., oben Fn. 89), § 105f Anm. I (»alsbaldiges«, nicht »sofortiges« Handeln geboten). Von einem »plötzlich« auftretenden Bedürfnis sprechen *Hueck/Nipperdey* (a.a.O., oben Fn. 30), § 86 II 2e (S. 835f.) und *Schaub* (a.a.O., oben Fn. 30), § 159 II 6 Fn. 12.

<sup>103)</sup> BVerwG GewA 1983 S. 225 und BVerwG NJW 1986 S. 2003.

<sup>104)</sup> OLG Bremen BB 1955 S. 225 f.; OLG Düsseldorf BB 1959 S. 995 (»Auftragsballung«).

<sup>105)</sup> OLG Köln NJW 1954 S. 410.

<sup>106)</sup> *Landmann/Rohmer/Neumann*, § 105f Rdnr. 3.

<sup>107)</sup> *Farthmann*, B III 2e; *Landmann/Rohmer/Neumann*, § 105f Rdnr. 4; *Sieg/Leifermann/Tettinger*, § 105f Rdnr. 2; *Stahlhacke*, § 105f Anm. II 2; *Volmer*, in: *Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, 1963, § 105f, II 2a.

<sup>108)</sup> Die Sonntagsarbeit in Notfällen kann sich überdies auf die biblische Überlieferung stützen. Vgl. *Lukas 14*, Vers 5: *Jesus sprach zu den Pharisäern: »Welcher ist unter Euch, dem sein Ochs oder Esel in den Brunnen fällt und der nicht alsbald ihn herauszieht am Sabbat-tage?« Ähnlich Matthäus 12*, Vers 11: *»Wer ist unter Euch, so er ein Schaf hat, das ihm am Sabbat in eine Grube fällt, der es nicht ergreife und aufhebe?«*

<sup>109)</sup> VGH Baden-Württemberg EZA § 105b GewO Nr. 4.

<sup>110)</sup> OVG Nordrhein-Westfalen GewA 1981 S. 133.

Auftrag ihrer Kunden Dispositionen auf US-Aktienmärkten vornehmen und die dieser Tätigkeit auch an Tagen nachgehen müssen, die zwar in der Bundesrepublik, nicht aber in den USA Feiertage sind<sup>111</sup>). Anders wird bei konzerninternen Rechenzentren entschieden, die auch für ausländische Schwestergesellschaften zur Verfügung stehen sollen: Ihre »Stilllegung« während der Sonn- und Feiertage sei bereits während der Planungen erkennbar gewesen<sup>112</sup>). Auch das Verteilen von Presseorganen kann nicht auf § 105b Abs. 2 Satz 2 GewO gestützt werden<sup>113</sup>. Auch hier liegt daher ein außerordentlich eng gehandhabter Ausnahmetatbestand vor, der nur in singulären Konstellationen eingreift. Darüber hinaus können rein wirtschaftliche Gründe keine Durchbrechung des Verbots der Sonntagsarbeit rechtfertigen.

#### b) Technisch vermittelte wirtschaftliche Gründe

Als großzügiger erweist sich die GewO, wenn wirtschaftliche Nachteile dadurch drohen, daß bestimmte technische Prozesse ohne Einbeziehung des Sonntags nicht oder nur unter Inkaufnahme außerordentlich hoher Nachteile durchgeführt werden können. Die Formulierung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen läßt insoweit erhebliche Spielräume<sup>114</sup>).

§ 105 Abs. 1 Nr. 3 GewO läßt Reinigungs- und Instandhaltungsarbeiten zu, die Voraussetzung für den Fortgang der Produktion sind und die nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Gleichgestellt sind Vorbereitungsarbeiten, »von welchen die Wiederaufnahme des vollen werktätigen Betriebs abhängig ist«. Erfasst sind damit Tätigkeiten, die nicht nur in Sondersituationen, sondern auf Dauer erbracht werden<sup>114a</sup>). Als Schutz sieht § 105c Abs. 3 GewO lediglich eine Befreiung des einzelnen Arbeitnehmers von der Sonntagsarbeit in einem Zwei- oder Drei-Wochen-Rhythmus vor, doch können auch davon gem. § 105c Abs. 4 GewO Ausnahmen bewilligt werden. Zwar ist unter Rückgriff auf § 105c Abs. 1 Nr. 3 keine vollkontinuierliche Arbeit möglich<sup>115</sup>), doch kann die Zahl der Betroffenen erheblich sein.

§ 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO läßt darüber hinaus am Sonntag solche Arbeiten zu, »welche zur Verhütung des Verderbens von Rohstoffen oder Mißlingens von Arbeitserzeugnissen erforderlich sind, sofern nicht diese Arbeiten an Werktagen vorgenommen werden können«. Bei den aktuellen Auseinandersetzungen um die Sonntagsarbeit bei Siemens, IBM und SEL<sup>116</sup>) spielt diese Vorschrift eine zentrale Rolle. Wie ihr Inhalt im einzelnen zu bestimmen ist, wie sich insbes. die verfassungsrechtlichen Vorgaben bei ihrer Handhabung auswirken, soll unter C erörtert werden.

§ 105d GewO sieht vor, daß durch Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung Ausnahmen für Arbeiten zugelassen werden können, »welche ihrer Natur nach eine Unterbrechung oder einen Aufschub nicht gestatten«.

Aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit muß die Verordnung alle Betriebe derselben Art gleichmäßig erfassen<sup>116a</sup>); auch eine Beschränkung auf bestimmte Regionen kommt nicht in Betracht<sup>116b</sup>). Von der Ermächtigung wurde für die Eisen- und Stahlindustrie<sup>116c</sup>) sowie für die Papierindustrie<sup>116d</sup>) Gebrauch gemacht; auch gilt die Bekanntmachung des Bundesrats vom 5. 2. 1895 weiter<sup>116e</sup>). Die derzeit strittigen Fragen in der Textilbranche und im High-Tech-Bereich sind dadurch jedoch nicht erfaßt.

Als Mittel zur »Lockerung« des Sonntagsarbeitsverbots wird bisweilen auch § 28 AZO herangezogen<sup>116f</sup>). Danach können die Arbeitsminister der Länder von (allen) Arbeitsschutzvorschriften zusätzliche Ausnahmen zulassen, »wenn sie im öffentlichen Interesse dringend nötig werden.« Die Rechtsgültigkeit dieser Vorschrift ist mit guten Gründen in Zweifel gezogen worden<sup>116g</sup>); sie stellt eine mit Art. 80 Abs. 1 GG nicht vereinbare Blanko-Vollmacht für die Exekutive dar<sup>116h</sup>). Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen sollte<sup>116i</sup>), kann § 28 AZO im Bereich der Sonntagsarbeit nicht Platz greifen, da er das differenzierte System der Ausnahmen völlig aus den Angeln heben würde<sup>116j</sup>). Soweit ersichtlich, spielt er in der gegenwärtigen Diskussion auch keine wesentliche Rolle mehr.

Entscheidend kommt es daher auf die Vorschrift des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO an. Bevor sie im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben im einzelnen analysiert wird, ist zunächst noch kurz auf das Feiertagsrecht der Länder sowie völkerrechtliche Garantien des Sonntagsarbeitsverbots einzugehen.

### III. Das Feiertagsrecht der Länder

Die Verfassungen der meisten Bundesländer enthalten Sonn- und Feiertagsgarantien, die im wesentlichen mit Art. 139 WRV übereinstim-

men<sup>117</sup>). Ihre Weitergeltung ist in der Rechtsprechung unbestritten<sup>118</sup>), was insbes. Bedeutung für Verfahren vor Landesverfassungsgerichten besitzt. Auch die Auslegung verläuft in denselben Bahnen: Es handelt sich um institutionelle Garantien<sup>119</sup>), nicht um subjektive Rechte<sup>120</sup>), die Zielsetzung ist gleichermaßen eine religiös-kirchenpolitische wie eine sozialpolitische<sup>121</sup>).

Von größerer materiellrechtlicher Bedeutung sind unter diesen Umständen die Feiertagsgesetze, zu deren Erlaß die Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG zuständig sind<sup>122</sup>). Sie betreffen sämtliche, auch die von Selbständigen ausgeübten Tätigkeiten. Verboten sind danach an Sonn- und Feiertagen »Arbeiten« (wozu insbes. gewerbliche Betätigungen gehören<sup>123</sup>), die »öffentlich bemerkbar«<sup>124</sup>) und geeignet sind, die äußere Ruhe des Tages zu stören<sup>125</sup>). Dies ist bei allen Tätigkeiten mit »werktätlichem Charakter« der Fall, während typische »Freizeitgewerbe« wie ein Bootsverleih<sup>126</sup>) nicht darunter fallen<sup>127</sup>). Die in den Gesetzen vorgesehenen Ausnahmen gehen in der Regel erheblich weniger weit als die §§ 105c bis 105i GewO. So läßt etwa § 6 Abs. 2 Ziffer 2 des baden-württembergischen Feiertagsgesetzes<sup>128</sup>) nur solche unaufschiebbaren Arbeiten zu,

»die erforderlich sind

- a) zur Abwendung eines Schadens an Gesundheit oder Eigentum,
- b) zur Befriedigung häuslicher oder landwirtschaftlicher Bedürfnisse, insbes. zur Versorgung der Bevölkerung mit Milch, zur Ernte, einschließlich der Be- und Verarbeitung leicht verderblicher Nahrungsgüter«.

Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis beider Regelungen auf.

Für einen Vorrang des Landesrechts spricht zunächst die Vorschrift des § 105h Abs. 1 GewO, wonach die §§ 105a bis 105g GewO »weitergehenden landesgesetzlichen Beschränkungen der Arbeit an Sonn- und Feiertagen nicht entgegen(stehen)«. Zulässig sind damit weitergehende landesrechtliche Regelungen nicht nur aus Gründen der Sonntagsruhe, sondern auch im Interesse eines umfassenderen Arbeitnehmerschutzes<sup>129</sup>). Von dieser Möglichkeit haben die Länder jedoch keinen Gebrauch gemacht; ihre Gesetze anerkennen vielmehr ausdrücklich die von der Gewerbeordnung zugelassenen Ausnahmen, soweit sie nicht selbst Abweichendes anordnen<sup>130</sup>). So bestimmt etwa § 5 des baden-

<sup>111</sup>) BVerwG NJW 1984 S. 1318.

<sup>112</sup>) VG Düsseldorf EzA § 105 GewO Nr. 3.

<sup>113</sup>) BVerwG NJW 1986 S. 2004.

<sup>114</sup>) Auch der Regierungsentwurf eines Arbeitszeitgesetzes (BT-Drucksache 11/360) bringt in § 7 Abs. 2 Ziffer 17–19 keine weitergehenden Präzisierungen. Insbes. ist nichts darüber gesagt, welche Nachteile die Unternehmen aufgrund des Verbots der Sonntagsarbeit in Kauf nehmen müssen.

<sup>114a</sup>) Der genaue Umfang ist unklar, doch ist die Vorschrift eng auszulegen. S. Fauth, S. 134 ff.; Röhler, S. 72 ff., 138.

<sup>115</sup>) Ulber, AuR 1987 S. 252.

<sup>116</sup>) S. oben A1.

<sup>116a</sup>) § 105d Abs. 2. Dazu BVerwG NJW 1984 S. 1318; BayObLG AP Nr. 1 zu § 105c GewO Bl. 2 R; Farthmann, a.a.O., III 2c bb; Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105d Rdnr. 2; Stahlhacke, § 105d Anm. I (S. 208).

<sup>116b</sup>) Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105d Rdnr. 2; Volmer, in: Reuß § 105d Anm. III.

<sup>116c</sup>) Verordnung vom 7. 7. 1961 idF vom 31. 7. 1968 (BGBl. I, S. 886), abgedruckt bei Landmann/Rohmer, Bd. II, unter Nr. 576.

<sup>116d</sup>) Verordnung vom 20. 7. 1963 (BGBl. I, S. 491), abgedruckt auch bei Landmann/Rohmer, Bd. II, unter Nr. 575.

<sup>116e</sup>) RGBl. S. 12, abgedruckt auch bei Landmann/Rohmer, Bd. II unter Nr. 570.

<sup>116f</sup>) Davon berichtet Knopp, DB 1961 S. 1029.

<sup>116g</sup>) Farthmann, a.a.O., B III 5; Herschel, ArbSch 1957 S. 167; Sitzler, ArbSch 1957 S. 165; Stahlhacke, § 105d Anm. III. Bedenken auch bei Wohlrabe, GewA 1988 S. 56.

<sup>116h</sup>) Zu weiteren Bedenken s. Herschel, ArbSch 1957 S. 167.

<sup>116i</sup>) Für Fortgeltung demgegenüber Denecke/Neumann, § 28 Rdnr. 1; Meisel/Hiersemann, § 28 Rdnr. 2; Röhler, S. 150 mwN.

<sup>116j</sup>) Auch Meisel/Hiersemann (§ 28 Rdnr. 3) anerkennen, daß durch § 28 AZO Sonderregeln nicht aus den Angeln gehoben werden können. Denecke/Neumann (§ 28 Rdnr. 3) schließen eine Umgehung der Verordnungen nach § 105d GewO gleichfalls aus. Zum Ganzen auch Wohlrabe, GewA 1988 S. 56.

<sup>117</sup>) Überblick bei Dirksen (a.a.O., oben Fn. 2), S. 46–57. Als Beispiel s. Art. 3 der Landesverfassung von Baden-Württemberg.

<sup>118</sup>) BayVerfGH VwRspr 19 (1968) Nr. 169 (für Art. 147 BV); OVG Münster NJW 1987 S. 2603 (für Art. 25 Abs. 1 VerfNRW).

<sup>119</sup>) Vgl. etwa Braun, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 1984, Art. 3 Rdnr. 7; Nawiasky/Leusser u. a., Die Verfassung des Freistaats Bayern, Kommentar, 2. Aufl. (Loseblatt), 1976, Art. 147 Rdnr. 4.

<sup>120</sup>) Braun, a.a.O., Art. 3 Rdnr. 10; Nawiasky/Leusser u. a., a.a.O., Art. 147 Rdnr. 4; Meder, Die Verfassung des Freistaats Bayern, Handkommentar, 3. Aufl., 1985, Art. 147 Rdnr. 1; anders Pfennig/Neumann, Verfassung von Berlin, 2. Aufl., Art. 22 Rdnr. 3.

<sup>121</sup>) Nawiasky/Leusser u. a., a.a.O., Art. 147 Rdnr. 2.

<sup>122</sup>) BayVerfGH NJW 1982 S. 2657; Dirksen, S. 61.

<sup>123</sup>) OVG Nordrhein-Westfalen UPR 1986 S. 34; OLG Düsseldorf NJW 1985 S. 2595.

<sup>124</sup>) Dies kann sich schon daraus ergeben, daß aufgrund äußerer Umstände auf die Vornahme von Arbeiten rückgeschlossen werden kann; der Arbeitsprozeß selbst muß nicht öffentlich wahrnehmbar sein. Vgl. BayObLG NJW 1985 S. 3091.

<sup>125</sup>) Zu den drei Voraussetzungen im einzelnen OLG Stuttgart, Die Justiz 1977 S. 64; VGH Baden-Württemberg GewA 1985 S. 174; OVG Nordrhein-Westfalen GewA 1988 S. 66.

<sup>126</sup>) OVG Nordrhein-Westfalen UPR 1986 S. 34.

<sup>127</sup>) So OVG Lüneburg NJW 1986 S. 448; vgl. auch für Freizeitparks OLG Düsseldorf NJW 1987 S. 2596.

<sup>128</sup>) In der Fassung vom 28. 11. 1970, BGBl. 1971 S. 1.

<sup>129</sup>) Hueck/Nipperdey, I, § 86 Fn. 1 (S. 832); Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105h Rdnr. 1.

<sup>130</sup>) Dirksen, S. 106 ff.; Nawiasky/Leusser u. a. (oben Fn. 119) Art. 147 Rdnr. 7.

württembergischen Gesetzes<sup>131)</sup>, die Sonntage und die gesetzlichen Feiertage seien als Tage der Arbeitsruhe und der Erhebung »nach Maßgabe der gewerbe- und arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie der Bestimmungen dieses Abschnitts« geschützt. In dem fraglichen Abschnitt selbst sind dann beispielsweise die durch § 105i Abs. 1 GewO zugelassenen »Tanzlustbarkeiten« an bestimmten Feiertagen ausgeschlossen und an den übrigen auf die Zeit nach elf Uhr vormittags begrenzt, doch finden sich keinerlei Vorschriften über vollkontinuierliches Arbeiten in Industriebetrieben. Insofern bleibt es bei der Anwendung des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO.

#### IV. Europäische Sozialcharta

Das Verbot der Sontagsarbeit besitzt auch eine völkerrechtliche Grundlage. Art. 2 Abs. 5 der von der Bundesrepublik ratifizierten Europäischen Sozialcharta<sup>132)</sup> bestimmt:

»Um die wirksame Ausübung des Rechts auf gerechte Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien,

....

5. eine wöchentliche Ruhezeit sicherzustellen, die, soweit möglich, mit dem Tag zusammenfällt, der in dem betreffenden Land oder Bezirk durch Herkommen oder Brauch als Ruhetag anerkannt ist.«

Diese ausschließlich sozialpolitisch motivierte Vorschrift enthält weniger präzise Vorgaben als Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV. Der Hinweis »soweit möglich« läßt einen relativ großen Spielraum erkennen. Der Sachverständigenausschuß, der die Einhaltung der Sozialcharta durch die Mitgliedstaaten des Europarats überwacht, mißt allerdings der Frage erhebliche Bedeutung zu, wie groß die von Sonntagsarbeit verschonte Gruppe der Beschäftigten ist. So wurde in bezug auf die Niederlande die Frage gestellt, ob die große Mehrheit der Arbeitnehmer, d. h. 80% in allen Wirtschaftssektoren, geschützt seien<sup>133)</sup>. Eine Erweiterung des heutigen Ausmaßes der Sonntagsarbeit<sup>134)</sup> könnte daher zu völkerrechtlichen Bedenken führen. Bezogen auf die Vergangenheit hat der Sachverständigenausschuß allerdings wiederholt festgestellt, daß Rechtslage und Praxis der Bundesrepublik mit Art. 2 Abs. 5 in Einklang stehen<sup>135)</sup>. Soweit in der öffentlichen Diskussion das Argument vorgebracht wird, andere Staaten würden großzügigere Regelungen der Sonntagsarbeit kennen, ist immer auch deren Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 5 der Sozialcharta zu überprüfen.

#### C. Gewerberechtliche Zulässigkeit der Sonntagsarbeit aus technischen Gründen

Auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen kann nun die Frage konkret angegangen werden, inwieweit sich vollkontinuierliche Produktion durch § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO rechtfertigen läßt. Dabei ist angesichts der aktuellen Auseinandersetzungen<sup>136)</sup> besonderes Augenmerk auf den Bereich der Mikrochip-Produktion zu legen.

#### I. Ausschluß des § 105c Abs. 1 Nr. 4 durch § 105d GewO?

In der neueren Literatur ist mit gewichtigen Argumenten der Standpunkt vertreten worden, § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO könne gar keine Rechtsgrundlage für vollkontinuierliche Arbeiten darstellen. Diese gehörten vielmehr ausschließlich in den Anwendungsbereich des § 105d GewO, der den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung ermächtigt, durch Rechtsverordnung u. a. für Betriebe, in denen Arbeiten vorkommen, welche ihrer Natur nach eine Unterbrechung oder einen Aufschub nicht gestatten, Sonntagsarbeit zuzulassen<sup>137)</sup>. § 105c Abs. 1 Nr. 4 wäre danach auf Fälle begrenzt, in denen eine Produktion wider Erwarten am Samstag nicht mehr abgeschlossen werden kann und deshalb der Verderb von Rohstoffen oder das Mißlingen von Arbeitsergebnissen droht. Erfäht wären damit Sondersituationen, während der massive, weil auf Dauer berechnete Eingriff in die Sonntagsruhe höchsten politischen Instanzen vorbehalten wäre. Eine solche Sicht ist auch aus systematischen Gesichtspunkten zu bevorzugen, da die Fälle des § 105c GewO auf diese Weise einigermaßen gleichgewichtig wären. Zudem erscheint es einleuchtend, die Fälle der automatisch eintretenden, keiner behördlichen Genehmigung bedürftigen Ausnahmen nach § 105c GewO möglichst eng zu interpretieren, um so ein Unterlaufen der zahlreichen Genehmigungsvorbehalte der §§ 105b ff. zu vermeiden.

Dennoch kann unter den gegebenen Umständen kaum damit gerechnet

werden, daß sich diese Position in der Praxis durchsetzt. Rechtsprechung<sup>138)</sup> und Literatur<sup>139)</sup> waren sich bislang einig darüber, daß § 105c Abs. 1 Nr. 4 nicht deshalb ausscheidet, weil eine Verordnung nach § 105d vorhanden ist oder jedenfalls möglich wäre. Dasselbe wird für eine Ausnahmegewilligung nach § 105b Abs. 2 Satz 2 GewO angenommen<sup>140)</sup>. Zugrunde liegt die Erwägung, daß § 105d GewO nur dann einen Ausweg bietet, wenn effektiv eine (nicht erzwingbare) Verordnung erlassen wird; geschieht dies nicht, wäre die Entwicklung vollkontinuierlicher Produktionsprozesse auch dann blockiert, wenn es zu ihnen keine technologischen Alternativen gäbe und wenn sie aus Gründen des internationalen Wettbewerbs für einzelne Unternehmen die entscheidende Voraussetzung für das Überleben wären. Im Ergebnis könnte damit auch in Fällen, in denen die Fortführung eines Unternehmens und damit die Berufswahl unmöglich wird, das Ziel der praktischen Konkordanz<sup>141)</sup> verfehlt und das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Sonntagsruhe nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV aufgeopfert.

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß die These vom systematischen Vorrang des § 105d GewO insofern einen völlig berechtigten Kern hat, als sie verhindern will, daß § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO zu einer Art »technikbezogenen Generalklausel« für die Zulassung von Sonntagsarbeit wird, die einen Rückgriff auf andere Bestimmungen, insbes. auf § 105d GewO, überflüssig machen würde. Konsequenz daraus ist, daß § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO von vornherein als eng zu interpretierende Ausnahmegewilligung behandelt wird<sup>142)</sup>; nur »untragbare«, nicht aber schon alle unangemessenen Ergebnisse können daher mit Hilfe dieser Vorschrift vermieden werden. Nicht nur aus verfassungsrechtlichen, sondern auch aus gewerberechtlichen Gründen sind daher nur schwere wirtschaftliche Einbußen über § 105c Abs. 1 Nr. 4 zu verhindern.

#### II. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO

§ 105c Abs. 1 Nr. 4 ermöglicht zum einen Arbeiten, die zur Verhütung des Verderbens von Rohstoffen erforderlich sind und die nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Unter »Rohstoffen« sind dabei auch Halbfabrikate zu verstehen<sup>143)</sup>. Weiter wird nicht ihr totales Verderben vorausgesetzt; ausreichend ist bereits eine erhebliche Qualitätsverschlechterung<sup>144)</sup>.

Für die zweite Alternative, d. h. für die Gefahr des »Mißlingens von Arbeitserzeugnissen« gelten dieselben Grundsätze. Auch hier reicht grundsätzlich eine erhebliche Qualitätsverschlechterung; § 105c Abs. 1 Nr. 4 greift ein, wenn ohne Sonntagsarbeit keine »konkurrenzfähige Qualitätsware« mehr produziert wird<sup>145)</sup>. Gleichgestellt wird der Fall, daß bei einer Vielzahl von Produkten ein bestimmter Anteil mangelhaft oder unbrauchbar ist<sup>146)</sup>.

Nicht jede kleinste Verschlechterung der beschriebenen Art soll zur Anwendung des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO führen. Lassen sich etwa Rohstoffe nach der Arbeitsunterbrechung wieder in ihren ursprünglichen, für die Weiterbearbeitung geeigneten Zustand zurückführen, so ist vollkontinuierliche Arbeit nur dann gestattet, wenn jenes mit unverhältnismäßig großem Aufwand verbunden wäre<sup>147)</sup>. Ist ein Teil der Rohstoffe oder der Fertigprodukte definitiv verdorben, so soll es nach der Praxis der Gewerbeaufsichtsämter darauf ankommen, ob der auf diese Weise eingetretene Verlust über oder unter 5% der bei einer Sechs-Tage-Wo-

<sup>131)</sup> S. oben Fn. 128.

<sup>132)</sup> BGBl. 64, II S. 1261.

<sup>133)</sup> Comité d'experts indépendants, Conclusions VIII, Strasbourg 1984, p. 45.

<sup>134)</sup> Zahlenangaben oben Fn. 7-14.

<sup>135)</sup> Comité d'experts indépendants, Conclusions VIII, Strasbourg 1984, p. 44; Conclusions IX-2, Strasbourg 1986, p. 29.

<sup>136)</sup> S. oben Fn. 18 ff.

<sup>137)</sup> Dazu Ulber, AuR 1987 S. 253.

<sup>138)</sup> BayObLG AP Nr. 1 zu § 105c GewO.

<sup>139)</sup> Denecke/Neumann, AZO, 10. Aufl., 1987, § 105c GewO Rdnr. 1; Farthmann (a.a.O., oben Fn. 30), B III 2b; Herschel, BB 1963, 816; Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105b Rdnr. 15, § 105c Rdnr. 1; Stahlhacke, § 105c Anm. I und Anm. zu VG Düsseldorf EzA § 105e GewO Nr. 1; Wohlrabe, GewA 1988 S. 56.

<sup>140)</sup> BVerwG NJW 1984 S. 1318; OVG Nordrhein-Westfalen GewA 1981 S. 133.

<sup>141)</sup> S. oben Fn. 62.

<sup>142)</sup> Für restriktive Auslegung als Ausnahmegewilligung auch Denecke/Neumann, § 105c GewO Rdnr. 4; Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105c Rdnr. 1; Ulber, AuR 1987 S. 250; Volmer, in: Reuß, § 105c Anmerkung V 1.

<sup>143)</sup> Farthmann, B III 2b dd; Kappus, BB 1987 S. 123; Stahlhacke, § 105c Anm. II 7; Ulber, AuR 1987 S. 252.

<sup>144)</sup> BayObLG AP Nr. 1 zu § 105c GewO Bl. 4; Farthmann, B III 2b dd; Stahlhacke, § 105c Anm. II 7.

<sup>145)</sup> So Stahlhacke, § 105c Anm. II 7; ähnlich Kappus, BB 1987 S. 123.

<sup>146)</sup> BayObLG AP Nr. 1 zu § 105c GewO.

<sup>147)</sup> Stahlhacke, § 105c Anm. II 7.

che möglichen Produktion liegt<sup>149</sup>). Unterstellt, bei kontinuierlicher Produktion von Montag 0.00 Uhr bis Samstag 24.00 Uhr würden 1000 Stück produziert, so wäre eine Einbuße von 50 Stück durch die sonntägliche Unterbrechung gerade noch hinnehmbar. Diese Zahl würde auch dann gelten, wenn in dem betreffenden Betrieb nur fünf Tage gearbeitet und dabei lediglich 600 Stück erzeugt würden.

Das Abstellen auf die Fünf-Prozent-Grenze hat bislang keine gerichtliche Bestätigung gefunden. So hat das OVG Münster den in einem Textilbetrieb bei der Arbeitsunterbrechung am Wochenende eintretenden Fadenbruch für irrelevant erklärt und sich mit der Aussage begnügt, ein »Ausschuß« in Höhe von 15% bei der ersten Schicht sei im Rahmen des § 105c Abs. 1 Nr. 4 hinnehmbar<sup>149</sup>). In der Literatur wurde erwogen, die Grenze angesichts der wachsenden Produktivität heraufzusetzen<sup>150</sup>). Weiter wird die Auffassung vertreten, jedenfalls bei einer Einbuße von 35% sei die Grenze des Zumutbaren überschritten<sup>151</sup>). An anderer Stelle ist davon die Rede, der Betrieb dürfe nicht »für Tage« unter der Arbeitsunterbrechung leiden<sup>152</sup>). Die Rechtslage ist daher bei der entscheidenden Frage der »zumutbaren Opfer« wenig geklärt. Bei der Halbleiter-Produktion kommt die Besonderheit hinzu, daß anders als beispielsweise bei der Herstellung von Textilien von vornherein keine 100%ige Trefferquote möglich ist: Auch unter optimalen Bedingungen erweist sich ein bestimmter Prozentsatz an Mikrochips als nicht funktionsfähig und wird deshalb umgangssprachlich als »Schrott« bezeichnet.

### III. Lösung unter Rückgriff auf den Grundsatz der praktischen Konkordanz zwischen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und der Arbeitsruhe an Sonntagen nach Art. 139 WRV

Wie oben<sup>153</sup>) im einzelnen dargelegt, kommt eine Relativierung des Verbots der Sonntagsarbeit nur dann in Betracht, wenn die in Frage stehenden Unternehmen ohne die vollkontinuierliche Produktionsweise in ihrem Bestand gefährdet wären. Ob dies der Fall ist, hängt von der jeweiligen Situation im nationalen wie im internationalen Wettbewerb ab. Eine schematische Fünf-Prozent-Klausel läßt sich damit nicht vereinbaren; vielmehr ist es denkbar, daß ein in der Welt führendes Unternehmen auch bei einer Einbuße von 10% oder mehr in seiner Wettbewerbsfähigkeit überhaupt nicht beeinträchtigt wäre, sondern lediglich seinen Vorsprung nicht vergrößern könnte. Daß im Falle der Firma IBM diese Bedingung erfüllt ist, kann hier nicht behauptet oder gar belegt werden. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens hat die Gewerbeaufsicht allerdings von Amts wegen zu prüfen, inwieweit zeitliche Vorsprünge bei der Serienproduktion einer neuen Chipgeneration entsprechende Rückschlüsse zulassen.

Die Tatsache, daß ohne Sonntagsarbeit eine geringere Zahl an marktfähigen Produkten hergestellt wird, stellt auch dann den Bestand eines Unternehmens nicht in Frage, wenn dieses keine beherrschende Position auf dem Weltmarkt besitzt, sondern scharfem Wettbewerb ausgesetzt ist. Entscheidend kommt es in einer solchen Situation vielmehr darauf an, welche Handlungsalternativen dem Unternehmen zur Verfügung stehen und wie sie sich auf seine wirtschaftliche Lage auswirken. Bei multinationalen Konzernen sind dabei im Regelfall die Spielräume ungleich größer als bei Unternehmen, die lediglich in einem Land tätig sind. Daß das Recht der Firma IBM Deutschland GmbH, sich in der Bundesrepublik unternehmerisch zu betätigen, durch die Verweigerung der Sonntagsarbeit wesentlich beeinträchtigt würde, ist nicht ersichtlich. Einer entsprechenden Behauptung stünde schon die Tatsache entgegen, daß der »schnelle« Einmegabit-Chip bereits seit einem Jahr serienmäßig produziert wird, ohne daß die Ausbeute wesentlich hinter der anderer Niederlassungen von IBM in Japan bzw. USA zurückbleiben würde.

### IV. Das Gebot zur Minimierung von Sonntagsarbeit

Auch wenn in anders gelagerten Fällen sich tatsächlich die Frage des Fortbestands des Unternehmens mit Rücksicht auf größere oder geringere Ausschußproduktion stellt, läßt sich voll kontinuierliche Arbeit nicht schon mit der Überschreitung der Fünf-Prozent-Grenze rechtfertigen. Auch in solchen realen Konfliktfällen zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 139 WRV ist zunächst nach Wegen zu suchen, um den Bestand des Unternehmens auch ohne Sonntagsarbeit zu sichern.

Zunächst ist die Frage zu stellen, inwieweit die zeitliche Lage der einzelnen Arbeitsschritte so gelegt werden kann, daß der Sonntag ausgespart bleibt. Für eine entsprechende Verpflichtung des Unternehmers spricht

bereits der Wortlaut des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO, wonach nur Arbeiten erfaßt sind, die nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Konsequenterweise wird eine derartige »Vermeidungsstrategie« den Unternehmensleitungen in Rechtsprechung und Literatur generell zugemutet. So hat etwa das VG Düsseldorf<sup>154</sup>) ein Presseunternehmen für verpflichtet angesehen, ein nicht täglich erscheinendes Druckerzeugnis wie z. B. eine Wochenzeitung so herzustellen, daß nicht am Sonntag gearbeitet werden muß. *Stahlhacke*<sup>155</sup>) nennt das Beispiel eines vier Tage dauernden Destillationsprozesses, der so angesetzt werden muß, daß er spätestens am Samstag zu Ende geht. Konsequenterweise hat *Ulber* daraus abgeleitet, daß alle Arbeitsprozesse, die weniger als sieben Tage dauern, von vornherein keine Sonntagsarbeit rechtfertigen können<sup>156</sup>). Arbeitsschutzrechtliche Vorschriften wie das Verbot des § 105b Abs. 1 GewO müßten bereits im Planungsstadium berücksichtigt werden<sup>157</sup>) – eine berechnete Feststellung, die für andere Teile des Arbeitsschutzrechts völlig selbstverständlich ist<sup>157a</sup>). So würde etwa niemand ernsthaft den Standpunkt vertreten, man müsse in der Bundesrepublik eine Asbest-Produktion aufbauen können, ohne dabei die einschlägigen Vorschriften zu beachten. Zwar besteht sicherlich ein beträchtlicher Unterschied zwischen den unmittelbar »faßbaren« Gefahren der Asbest-Produktion und den sozialen Risiken, die mit der Erosion der Sonntagsruhe verbunden sind, doch sind die rechtlichen Regelungen in gleicher Weise verbindlich.

Im Einzelfall hat die Gewerbeaufsicht zu prüfen, inwieweit sich einzelne Produktionsschritte trennen lassen. Verhält sich etwa die Zeit der reinen Bearbeitung zu Warte- und Stillstandszeiten wie 1:6 oder gar 1:9, so spricht zumindest ein Beweis des ersten Anscheins dafür, daß die für den Fortbestand des Halbfertigprodukts ungefährlichen »Pausen« auf den Sonntag gelegt werden können. Ist hierfür eine neue, mit finanziellem Aufwand verbundene logistische Steuerung erforderlich, so liegt allerdings keine bloße arbeitsorganisatorische, sondern eine technische Alternative vor, die im folgenden zu behandeln ist<sup>158</sup>).

Zum zweiten setzt der Rückgriff auf Sonntagsarbeit voraus, daß die aktuelle Situation nicht durch unternehmerische Fehldispositionen herbeigeführt wurde. Bezugsgröße für die Zumutbarkeit bzw. die Unzumutbarkeit wirtschaftlicher Opfer ist der Typ des zweckmäßig arbeitenden Betriebs<sup>159</sup>). So kann sich beispielsweise ein Unternehmer nicht auf einen Notfall nach § 105c Abs. 1 Nr. 1 GewO berufen, wenn diese Situation durch eine unzumutbare Betriebsregelung herbeigeführt wurde<sup>160</sup>). Beruht etwa ein unzureichendes Arbeitsergebnis darauf, daß eine hohe Mitarbeiterfluktuation besteht, weil bei Neueinstellungen ausschließlich befristete Arbeitsverträge abgeschlossen (und dann nicht verlängert) werden, so kann es nicht Aufgabe der Sonntagsarbeit sein, gewissermaßen als jederzeit verfügbarer Helfer in der Not die anderwärts gemachten Fehler auszugleichen. Das gleiche gilt dann, wenn Maschinen angeschafft wurden, die einen höheren Ausschuß als vergleichbare Geräte anderer Firmen produzieren und dieses bei sorgfältiger Marktanalyse auch erkennbar war.

### V. Das Gebot zur Entwicklung von technischen Alternativen

Nach dem oben Ausgeführten<sup>161</sup>) ist es dem Unternehmer grundsätzlich zuzumuten, alternative technische Möglichkeiten zu entwickeln, um die Sonntagsarbeit zu verhindern<sup>162</sup>). Auch hier kommt es auf die wirt-

<sup>148</sup>) Mitgeteilt bei *Ulber*, AuR 1987 S. 254 Fn. 52 und *Wohlrahe*, GewA 1988 S. 55. *Gau* (Hearing, S. 126) berichtet, bei der Folienproduktion sei Ende der 70er Jahre ein Satz von 5–7% zugrunde gelegt worden, der dann verallgemeinert wurde.

<sup>149</sup>) OVG Münster NZA 1986 S. 480.

<sup>150</sup>) *Wohlrahe*, GewA 1988 S. 55.

<sup>151</sup>) *Stahlhacke*, § 105c Anm. II 5.

<sup>152</sup>) *Volmer*, in: *Reuß*, § 105c Anm. V 6.

<sup>153</sup>) *Bl 3*.

<sup>154</sup>) *GewA* 1980 S. 273.

<sup>155</sup>) § 105c Anm. II 7.

<sup>156</sup>) *Ulber*, AuR 1987 S. 253. Ähnlich *Fauth* (a.a.O., oben Fn. 5), S. 136. Vgl. auch *Farthmann*, B II 2b dd unter Bezugnahme auf einen Runderlaß des Arbeitsministers von Nordrhein-Westfalen.

<sup>157</sup>) *Ulber*, AuR 1987 S. 255.

<sup>157a</sup>) Überblick bei *Kühne*, Arbeitsstättenrecht. Zur Planung der technischen Sicherheit von Produktionsanlagen, in: *Boewer* (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Arbeitsrechts, 1987 S. 55 ff.

<sup>158</sup>) *Unten V*.

<sup>159</sup>) So BayObLG DB 1963 S. 627 = AP Nr. 1 zu § 105c GewO Bl. 4R. Ähnlich *Fauth* (a.a.O., oben Fn. 5), S. 135.

<sup>160</sup>) So OLG Köln BB 1954 S. 410; vgl. auch *Zmarzlik*, Entscheidungsanmerkung, ArbSch 1962 S. 214 und *Röhler* (a.a.O., oben Fn. 5), S. 138 zum Fall einer willkürlich herbeigeführten Bewachungsbedürftigkeit.

<sup>161</sup>) *Oben Bl 3g* (b).

<sup>162</sup>) Ansatzweise auch BVerwG AP Nr. 2 zu § 105e GewO Bl. 3; BayObLG DB 1963 S. 627 = AP Nr. 1 zu § 105c GewO. S. weiter *Ulber*, Sonntagsarbeit und Betriebsnutzungszeit, CuR 1988 (erscheint demnächst) unter II 2.

schaftlichen Spielräume an, die bei einem multinationalen Unternehmen besonders sorgfältig zu prüfen sind. Bei der Mikrochip-Herstellung ist insbesondere der Frage nachzugehen, inwiefern durch eine Verbesserung der Logistik die Stand- und Wartezeiten berechenbarer und so auf den Sonntag gelegt werden können. Im Ergebnis würde dies darauf hinauslaufen, daß die Auslastung der Maschinen an den Werktagen soweit verbessert würde, daß dasselbe Maß an Kapazitätserweiterung wie durch Einbeziehung des Sonntags erreicht wäre.

## VI. Probleme der Beweislast

Die hier herausgearbeiteten Kriterien für die Handhabung des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO nehmen verschiedentlich auf relativ komplexe Größen Bezug, deren exakte Aufklärung mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Schon die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens läßt sich durchaus unterschiedlich beurteilen. Erst recht können Schwierigkeiten bei der Frage auftauchen, ob eine andere Arbeitsorganisation möglich ist, ob aktuelle Probleme auf Fehldispositionen in der Vergangenheit beruhen oder ob technische Veränderungen die Sonntagsarbeit überflüssig machen können. Welche Konsequenzen hat es, wenn eine dieser Fragen im Verfahren vor der Gewerbeaufsicht oder dem Verwaltungsgericht nicht aufgeklärt werden kann?

Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder haben lediglich insoweit eine ausdrückliche Regelung getroffen, als im Verwaltungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt<sup>163</sup>). Dies bedeutet, daß keine formelle Beweislast im Sinne eines Parteienprozesses besteht<sup>164</sup>). Allerdings existiert eine materielle Beweislast; die Unaufklärbarkeit einer Tatsache geht zu Lasten desjenigen Beteiligten, der aus ihr eine ihm günstige Rechtsfolge herleiten will<sup>165</sup>). Ein den Bürger begünstigender Verwaltungsakt ergeht daher nicht, wenn die »anspruchsbegründenden Tatsachen« nicht zweifelsfrei vorliegen; auf der anderen Seite kann sich die Behörde auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen nur dann stützen, wenn diese ihrerseits eindeutig geklärt sind. Wie weit die materielle Beweislast des einzelnen Beteiligten reicht, bestimmt sich nach dem Zweck der jeweils in Frage stehenden Regelung sowie nicht zuletzt nach den in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen grundlegenden Rechtsgedanken<sup>166</sup>). Maßgeblich ist immer, wer mit dem potentiellen Unrecht belastet werden kann<sup>167</sup>).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so geht die Nichterweislichkeit einzelner für die Sonntagsarbeit sprechender Tatsachen zu Lasten des sie begehrenden Unternehmens. Dies folgt schon aus den oben entwickelten verfassungsrechtlichen Erwägungen, wonach eine Ausnahme von dem von der Verfassung angeordneten Verbot der Sonntagsarbeit nur dann zugelassen werden darf, wenn ihre Voraussetzungen zweifelsfrei vorliegen<sup>168</sup>). Zum selben Ergebnis führt der gleichfalls schon dargestellte gewerberechtliche Ausnahmecharakter des § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO<sup>169</sup>). Schließlich ist kraft »Sachnähe« allein das Unternehmen in der Lage, die Existenz organisatorischer oder technischer Alternativen darzulegen. Zutreffend hat deshalb auch das OVG Münster dem die Sonntagsarbeit in Anspruch nehmenden Unternehmer die materielle Beweislast auferlegt<sup>170</sup>).

## D. Allgemeine arbeitsrechtliche Schranken der Sonntagsarbeit

### I. Tarifverträge

#### 1. Verhältnis zur GewO

Die skizzierten verfassungs- und gewerberechtlichen Einschränkungen der Sonntagsarbeit sind auch der Tarifautonomie vorgegeben. Diese kann das staatliche Recht nicht in dem Sinn ändern, daß mehr »werk-tägliche Arbeit« am Sonntag zugelassen würde<sup>171</sup>); der sozialpolitische wie der kirchenpolitische Zweck der geltenden Regelungen verbieten eine Preisgabe der vorhandenen (Frei-)Zeitstrukturen durch autonome Entscheidung von Individuen oder gesellschaftlichen Kräften. Möglich ist demgegenüber jedoch, den Umfang zulässiger Sonntagsarbeit durch Tarifvertrag einzuschränken sowie Modalitäten (»nur ein Sonntag im Monat«) zu regeln. Zwar ist die Lage der Arbeitszeit und ihre Verteilung auf die einzelnen Wochentage kein bevorzugter Gegenstand der Tarifpolitik<sup>172</sup>), doch ist in all jenen Bereichen mit einer inhaltlichen Re-

gelung zu rechnen, wo bereits die Samstagsarbeit eingeschränkt ist und wo die Sonntagsarbeit prima facie erst recht Ausnahmesei- nung sein dürfte. Als Beispiel soll im folgenden der Manteltarifvertrag für die Arbeiter und Angestellten der Metallindustrie in Nordwürttemberg-Nordbaden zugrunde gelegt und analysiert werden<sup>173</sup>).

### 2. Die Bestimmungen des MTV Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden

Der MTV regelt in § 7 die »regelmäßige Arbeitszeit«. Festgelegt wird zunächst in § 7.1 ihre wöchentliche Dauer, die ab 1. 4. 1988 37,5 Stunden, ab 1. 4. 1989 37 Stunden beträgt. Bei einzelnen Beschäftigten kann sie zwischen 37 und 39,5 Stunden (ab 1. 4. 1989: zwischen 36,5 und 39 Stunden) liegen, doch müssen diese sog. individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeiten einen betrieblichen Durchschnitt von 37,5 bzw. 37 Stunden ergeben. Neben dieser hier nicht näher interessierenden Arbeitszeitdifferenzierung<sup>174</sup>), regelt § 7 auch die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. § 7.5 bestimmt hierzu:

»7.5 Die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit kann gleichmäßig oder ungleichmäßig auf Werktage von Montag bis Freitag verteilt werden. Die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit kann auch ungleichmäßig auf mehrere Wochen verteilt werden, sie muß jedoch im Durchschnitt von längstens sechs Monaten erreicht werden.

7.5.1 Für einzelne Beschäftigte oder Beschäftigtengruppen, die mit der Überwachung der Werksanlagen oder mit der Instandsetzung oder Wartung von Betriebsmitteln beschäftigt sind, kann die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf bis zu fünf Werktage, unter Einschluß des Samstags, mit dem Betriebsrat vereinbart werden.

7.5.2 Soll der Samstag im übrigen für einzelne Beschäftigte oder für bestimmte Beschäftigtengruppen in die Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit einbezogen werden, so bedarf dies der Zustimmung des Betriebsrats, die nicht durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt werden kann.«

Von einer Einbeziehung des Sonntags ist in § 7 an keiner Stelle die Rede.

§ 8 MTV regelt die »abweichende Arbeitszeit«. Unter 8.1 erfaßt er die »Mehrarbeit« genannten Überstunden, unter 8.2 die Kurzarbeit, unter 8.3 das Vor- und Nacharbeiten ausfallender Arbeitsstunden. In 8.4 findet erstmals die Sonn- und Feiertagsarbeit Erwähnung; 8.5 nennt sie als einen Anwendungsfall für Arbeit in unvorhergesehenen Fällen. Im einzelnen ist bestimmt:

»8.4 Notwendige Nacht-, Schicht-, Sonn- und Feiertagsarbeit kann nur nach Vereinbarung mit dem Betriebsrat eingeführt werden, wobei berechnete Wünsche des Beschäftigten zu berücksichtigen sind. Im Falle der Nichteinigung über die Einführung entscheidet die Einigungsstelle im Sinne des § 76 BetrVG verbindlich.

8.5 Soweit in unvorhergesehenen Fällen Beschäftigte zu Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit herangezogen werden müssen, ist eine unverzügliche nachträgliche Unterrichtung des Betriebsrats erforderlich.«

Die verbleibenden drei Ziffern des § 8 enthalten besondere Schutzvorschriften zugunsten derjenigen Arbeitnehmer, die mit Schicht- oder Nacharbeit betraut sind. 8.6 enthält ein Diskriminierungsverbot und bestimmt:

»Lehnen Beschäftigte, die bisher nicht zu Schichtarbeit/Nacharbeit verpflichtet sind, regelmäßige Schichtarbeit/Nacharbeit ab, so sollte ihnen daraus kein Nachteil entstehen.«

8.7 gibt Personen, die seit mindestens sieben Jahren regelmäßig in Schichtarbeit tätig sind, einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung bei der Bewerbung um Stellen mit günstigerer Arbeitszeit. 8.8 regelt bezahlte Pausen zur Einnahme von Mahlzeiten und bestimmt:

<sup>163</sup>) § 24 Abs. 1 VwVfG.

<sup>164</sup>) Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1982, § 24 Rdnr. 4; Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., 1986, § 24 Rdnr. 25.

<sup>165</sup>) Kopp, § 24 Rdnr. 27; ebenso Knack, § 24 Rdnr. 4; Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1983, § 24 Rdnr. 16.

<sup>166</sup>) Kopp, § 24 Rdnr. 28; ebenso Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1983, § 24 Rdnr. 90.

<sup>167</sup>) Kopp, § 24 Rdnr. 28.

<sup>168</sup>) Oben B I 3g (c).

<sup>169</sup>) S. oben Fn. 142.

<sup>170</sup>) OVG Münster DB 1986 S. 440: »Schwerwiegende Nachteile nicht glaubhaft gemacht.« Der Fall hatte ein Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zum Gegenstand, doch wäre der Widerspruch bei einer der Behörden obliegenden materiellen Beweislast offensichtlich begründet und damit die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen gewesen. Wie hier noch Ulber (a.a.O., oben Fn. 162), CuR 1988 unter II 2a.

<sup>171</sup>) BayObLG DB 1963 S. 627 = AP Nr. 1 zu § 105c GewO Bl. 6.

<sup>172</sup>) Kurz-Scherf (WSI-Mitt. 1987 S. 702f.) stellt »erstaunliche Regelungslücken« in Tarifverträgen in bezug auf Lage und Verteilung der Arbeitszeit fest.

<sup>173</sup>) Im folgenden zitiert nach: IG Metall, Bezirk Stuttgart, Manteltarifvertrag für Arbeiter und Angestellte 1988, Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden. Die auf Bundesebene ausgehandelten »Eckpunkte« für die regionalen Tarifverhandlungen 1987 sind wiedergegeben in: NZA 1987 S. 369 und RdA 1987 S. 289.

<sup>174</sup>) Zu ihrer Zulässigkeit s. BAG DB 1987 S. 2257.

»Den im Dreischichtbetrieb (kontinuierlich oder nichtkontinuierlich) eingesetzten Beschäftigten ist ausreichend Gelegenheit zur Einnahme der Mahlzeiten zu gewähren, mindestens jedoch 30 Minuten in jeder Schicht.

Der Monatslohn oder das Gehalt werden fortgezählt.«

Die Sonntagsarbeit findet weder beim Diskriminierungsverbot noch bei den anderen angesprochenen Fragen Erwähnung.

§ 9 MTV definiert diejenigen Arbeitszeiten, für die ein Zuschlag geschuldet ist, und bestimmt unter 9.6:

»Zuschlagspflichtige Sonn- und Feiertagsarbeit ist jede an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen zwischen 0.00 Uhr und 24.00 Uhr geleistete Arbeit. Beginn und Ende der Sonntags- und Feiertagsarbeit können im Dreischichtbetrieb mit Zustimmung des Betriebsrats abweichend festgelegt werden; z. B. von 6.00 Uhr bis 6.00 Uhr; die Sonn- und Feiertagsruhe muß jedoch mindestens 24 Stunden betragen.«

§ 10 MTV bestimmt die Höhe der geschuldeten Zuschläge und sieht unter 10.4 für die Sonntags- und Feiertagsarbeit einen Zuschlag von 50% vor, der bei Feiertagen unter bestimmten Voraussetzungen auf 100% bzw. 150% ansteigt. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Regelung des 10.5, wonach beim Zusammentreffen mehrerer Zuschläge nur ein Zuschlag (und zwar der höhere) zu bezahlen ist. Bei Nachtarbeit an Sonn- und Feiertagen wird davon jedoch eine Ausnahme gemacht, so daß sich hier Sätze zwischen 70 und 200% ergeben können.

### 3. Auslegungsprobleme

Im Konflikt bei IBM<sup>175)</sup> wie bei SEL<sup>176)</sup> stellte und stellt sich die Frage, ob – etwa mit Rücksicht auf § 8,4 – Schichtpläne zulässig sind, die den Sonntag einbeziehen. Kann die Arbeitszeit nicht ausnahmsweise doch auch auf den Sonntag gelegt werden? Weiter ist zu prüfen, ob der Tarifvertrag in Form einer »abweichenden Arbeitszeit« eine Wochenendschicht derart zuläßt, daß bestimmte Beschäftigtengruppen ausschließlich samstags und sonntags arbeiten. Umgekehrt wird man die These vertreten können, daß § 8.4 in bezug auf die Sonn- und Feiertagsarbeit gegenstandslos geworden ist: Wenn § 7.5 ausdrücklich die Verteilung der Arbeitszeit auf Montag bis Freitag vorsieht und nur ausnahmsweise Samstagarbeit zuläßt, ist dann nicht vielleicht die Vorschrift über Sonntagsarbeit überhaupt ein Relikt aus früheren Zeiten, als die Arbeit noch auf alle Wochentage verteilt werden konnte?

Bevor nach einer Antwort gesucht wird, sind zunächst die vom BAG entwickelten Grundsätze über die Auslegung von Tarifverträgen in Erinnerung zu rufen<sup>177)</sup>. Danach ist entscheidend auf den Wortlaut der Vorschriften und den »tariflichen Gesamtzusammenhang« abzustellen; der wirkliche Wille der Tarifparteien kommt nur insoweit zur Geltung, als er darin seinen Niederschlag gefunden hat. Nur bei dann noch bestehenden Zweifeln kann die Tarifgeschichte, die praktische Tarifübung und die Entstehungsgeschichte des Vertrages herangezogen werden. Anders als nach der früheren Rechtsprechung ist der Interpret dabei an keine bestimmte Reihenfolge gebunden. Das BAG folgt somit im Ergebnis einer »objektiven Auslegung«, wobei insbes. auch darauf Wert gelegt wird, zu einer vernünftigen, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung zu kommen<sup>178)</sup>. Das BAG hat insbes. im Hinblick darauf Kritik erfahren, daß der tatsächliche Wille der Tarifparteien unter Umständen unbeachtet bleibe<sup>179)</sup> – im vorliegenden Zusammenhang kommt es darauf letztlich nicht an, da die Sonntagsarbeit nach Auskunft der Arbeitgeber- wie der Gewerkschaftsseite in den Tarifverhandlungen bislang kein Verhandlungsgegenstand war.

Aus der Vorschrift des § 7.5 wird deutlich, daß die »regelmäßige Arbeitszeit« den Sonntag nicht umfassen kann. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit völlig eindeutig.

Der in § 7.5 niedergelegte Grundsatz wird auch in anderen Teilen des MTV, insbes. in § 8, nicht durchbrochen. Sieht man einmal von den auf die Sonn- und Feiertagsarbeit bezogenen Formulierungen des § 8.4 und 8.5 ab, so geht es in dieser Bestimmung um zwei atypische Konstellationen. Die eine in 8.1 und 8.2 angesprochene besteht darin, daß ausnahmsweise und für einen vorübergehenden Zeitraum von der regelmäßigen Arbeitszeit nach oben (Mehrarbeit) bzw. nach unten (Kurzarbeit) abgewichen wird. Zum zweiten geht es um die vom Normalfall abweichende Lage der Arbeitszeit innerhalb des einzelnen Tages. 8.4 bis 8.8 enthalten deshalb Sonderregeln über Schicht- und Nachtarbeit, die mit bestimmten Schutzmechanismen versehen werden. Weder die Schicht- noch die Nachtarbeit stellen jedoch die Bestimmungen über die regelmäßige Arbeitszeit in § 7 irgendwie in Frage. Wollte man nun § 8.4 als generelle Ermächtigung verstehen, die regelmäßige Arbeitszeit auf den Sonntag auszudehnen, so wäre dieses eine aus der Gesamtsystematik der §§ 7 und 8 MTV völlig herausfallende Auslegung. Die Festlegung des § 7.5, wonach die Arbeitszeit auf die (meistens: fünf) Werktage zu

verteilen ist, würde im Ergebnis gegenstandslos gemacht, und dies im Rahmen einer Vorschrift, die ansonsten keinerlei Durchbrechungen des § 7 enthält. Hätten die Tarifparteien die generelle Einbeziehung des Sonntags in die regelmäßige Arbeitszeit ermöglichen wollen, hätte es überdies nahegelegen, diese Frage im Rahmen der Bestimmung des § 7.6 über die Betriebsnutzungszeit zu regeln. Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: § 8.6 sieht ein Diskriminierungsverbot zugunsten all jener vor, die »regelmäßige« Schicht- oder Nachtarbeit ablehnen. Wäre der Tarifvertrag davon ausgegangen, daß auch regelmäßige Sonn- und Feiertagsarbeit möglich ist, wäre es völlig unverständlich, weshalb dann diese Bestimmung nicht auch auf die Sonn- und Feiertagsarbeit erstreckt worden ist. Auch wenn man berücksichtigt, daß vom gesetzlichen Arbeitsschutz her gesehen Schichtarbeit sehr viel leichter als Sonntagsarbeit einzuführen ist, kann gleichwohl der Fall eintreten, daß die mangelnde Bereitschaft eines Beschäftigten zur Übernahme von Sonntagsarbeit zu für ihn nachteiligen Reaktionen des Arbeitgebers führt. Die tarifliche Regelung kann daher nur so verstanden werden, daß § 8.4 nicht als Ermächtigung zu regelmäßiger Sonntagsarbeit anzusehen ist. Auch die Vorschrift des § 8.8 spricht lediglich vom »kontinuierlichen« und nicht vom »vollkontinuierlichen« Dreischichtbetrieb; nur der letztere umfaßt nach allgemeinem Sprachgebrauch die Arbeit an sieben Wochentagen einschließlich des Sonntags<sup>180)</sup>. Schließlich würde es auf einen Wertungswiderspruch hinauslaufen, wollte man § 8.4 als generelle »Öffnung« zur Sonn- und Feiertagsarbeit verstehen: Da hier bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber die Einigungsstelle verbindlich entscheidet, wäre die Einführung von Sonntagsarbeit einfacher als die von Samstagarbeit zu bewerkstelligen, die nach § 7.5.2 am schlichten Veto des Betriebsrats scheitern könnte, da das Einigungsstellenverfahren nicht zur Verfügung steht.

Da der Sonntag nicht in die regelmäßige Arbeitszeit einbezogen werden darf, sind Schichtpläne tarifwidrig, die den einzelnen gleichermaßen zur Arbeit an Werktagen wie am Sonntag verpflichten. Ausgeschlossen ist aber auch eine reine »Wochenendschicht« mit (z. B.) zweimal zwölf Stunden. Auch in diesem Fall läge eine »regelmäßige Arbeitszeit« vor, die 24 und nicht 37 Stunden beträgt. Der Tarifvertrag versteht unter »regelmäßiger Arbeitszeit« nicht nur eine Rechengröße, sondern einen Tatbestand, der sich innerhalb gewisser zeitlicher Spielräume wiederholt, und erfährt deshalb auch diesen Fall. Wollte man anders entscheiden, würde dies bedeuten, daß § 7.5 unschwer durch »Sonderarbeitszeiten« am Wochenende umgangen werden könnte. Dies kann schlechterdings nicht gewollt sein.

Ein letztes Bedenken gegen diese Auslegung könnte insofern vorgebracht werden, als mit der Herausnahme der Sonn- und Feiertagsarbeit aus der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit § 8.4 insoweit jede Bedeutung verloren hätte – eine »sinnlose« und »überflüssige« Tarifnorm anzunehmen könnte aber nur als »Ultima ratio« in Kauf genommen werden. Auch würde dasselbe dann für die Vorschrift des § 9.6 und für die Festlegung der Zuschläge in § 10.5 und 10.6 gelten.

Für eine solche Annahme besteht jedoch kein Grund. Sonn- und Feiertagsarbeit bleibt auch nach dem Tarifvertrag möglich, wenn ein kurzfristiger Bedarf besteht, der ohne gleichzeitige Entstehung einer »regelmäßigen Arbeitszeit« bewältigt werden kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Sonn- und Feiertagsarbeit in Form von Überstunden geleistet wird oder wenn Aushilfskräfte beschäftigt werden, die in »dringenden Fällen« einspringen, die jedoch nicht über einen längeren Zeitraum hinweg beschäftigt werden sollen<sup>181)</sup>. Damit sind – gewererechtlich gesprochen – insbes. die Fälle des § 105c Abs. 1 Nr. 1 und 2 GewO abgedeckt. In Betracht kommt weiter, daß Sonntagsarbeit auch zur Bewachung von Betriebsanlagen, zur Wartung von Maschinen und zu ähnlichen Tätigkeiten zulässig ist. § 7.2 sieht nämlich eine Ausnahme von der in 7.1 festgeschriebenen regelmäßigen Arbeitszeit insofern vor, als diese verlängert werden kann, wenn in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft anfällt. Als Beispielfälle werden Maschinisten, Heizer, Kraftfahrer, Wächter und Pförtner genannt. Der bis 31. 3. 1988 geltende MTV sah nun im letzten Satz von § 7.2.2 vor, bei der Berechnung des Wochenlohns sei »etwaige regelmäßige Spät-, Nacht- und Sonntagsarbeit« zu berücksichtigen. Darin lag die Anerkennung der

<sup>175)</sup> Dazu oben Fn. 19.

<sup>176)</sup> S. oben Fn. 20.

<sup>177)</sup> Grundlegend BAG DB 1985 S. 130.

<sup>178)</sup> BAG DB 1985 S. 131 und BAG DB 1985 S. 1947.

<sup>179)</sup> Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 1981, Rdnr. 92 ff.; Hegemeier/Kempen/Zachert/Zillius, Tarifvertragsgesetz, Kommentar für die Praxis, 1984, Einl. Rdnr. 238 ff.

<sup>180)</sup> S. etwa Meisel/Hiersemann, AZO Kommentar, 2. Aufl., 1977, § 10 Rdnr. 7; Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümner, Schichtarbeit aus rechtlicher Sicht, BetrR 1983 S. 192.

<sup>181)</sup> Zum Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses s. Dieterich, AR-Blatte D, I, A1 (Deckung eines »vorübergehenden, nicht im normalen Betriebsablauf begründeten Arbeitskräftebedarfs«).

Möglichkeit regelmäßiger Sonntagsarbeit für diese Gruppe von Arbeitnehmern, deren Tätigkeit gewerberechtlich unter § 105c Abs. 1 Nr. 3 GewO fallen dürfte. In dem nunmehr geltenden Tarifvertrag ist diese Regelung zwar nicht mehr enthalten, doch hängt dies damit zusammen, daß die gesamten Fragen der Lohn- und Gehaltszahlung nunmehr in § 11 konzentriert sind und dort keine Sonderregelung mehr für Beschäftigte nach § 7.2 getroffen wurde. Der Wille der Tarifparteien sollte jedoch ersichtlich nicht dahingehen, bislang bestehende Formen von Sonntagsarbeit, etwa des Werkschutzes, abzubauen; daß der letzte Satz von § 7.2 ersatzlos gestrichen wurde, beruht insoweit wohl eher auf einem Redaktionsversehen.

Schließlich könnte § 8.4 noch in dem Fall Bedeutung gewinnen, daß die Tarifparteien gem. § 7.2.4 schriftlich einer abweichenden Regelung der »regelmäßigen Arbeitszeit« zustimmen. Zwar befindet sich diese Vorschrift in dem Abschnitt über durch Arbeitsbereitschaft »verdünnte« Tätigkeiten, doch liegt die Annahme nahe, daß sie als generelle »Öffnungsklausel« gedacht ist. Dafür spricht insbesondere die Überlegung, daß die Tarifparteien die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit und ihre Verteilung nicht zur Disposition der Betriebsräte stellen, gleichzeitig jedoch ein Mittel bereitstellen muß, um in neuartigen oder nicht bedachten Situationen adäquat reagieren zu können: Sinnvoller als eine Änderung des Tarifvertrags, der für eine Vielzahl von Unternehmen gilt, ist deshalb ein auf den Einzelfall bezogenes Zustimmungsrecht der Tarifparteien.

Eine definitive Aussage ist insoweit freilich nicht erforderlich, da § 8.4 auch dann einen Anwendungsbereich behält, wenn die Fälle des § 7.2 völlig ausgeklammert bleiben. Die Vorschriften über die Zuschläge bewahren gleichfalls ihre Bedeutung, zumal sie sich auch auf die unproblematische Vorschrift des § 8.5 erstrecken, der die Sonn- und Feiertagsarbeit in »unvorhergesehenen Fällen« zuläßt.

Die aus Wortlaut und Systematik des MTV folgende Begrenzung der Sonntagsarbeit wird durch die Tarifpraxis bestätigt; auf Anfrage konnten beide Tarifparteien keinen Betrieb im Tarifgebiet Nordwürttemberg-Nordbaden nennen, der vollkontinuierlich gearbeitet hätte<sup>182)</sup>. Selbst wenn es den einen oder anderen Kleinbetrieb geben sollte, bei dem eine andere Praxis besteht, würde dies nichts daran ändern, daß die Regeln über die Sonntagsarbeit im MTV den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen<sup>183)</sup>. Die minimale praktische Bedeutung der Sonn- und Feiertagsarbeit hat vermutlich auch dazu geführt, daß über die während der Tarifverhandlungen 1984 und 1987 so gut wie gar nicht gesprochen und keine nähere Regelung getroffen wurde. Der Schwerpunkt der Verhandlungen lag auf der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage der Woche. Während bis einschließlich 1979 eine Verteilung auf die »einzelnen Wochentage« (und damit auch auf den Sonntag) vorgesehen war, sah der MTV 1984 zum ersten Mal eine Verteilung auf »fünf Werktagen« vor. Die nunmehr geltende Regelung von 1987 geht noch einen Schritt weiter, indem sie die Verteilung auf die »Werktage von Montag bis Freitag« als Regelfall vorsieht und nur unter bestimmten Voraussetzungen Samstagsarbeit zuläßt. Während dieser ganzen Entwicklung blieb die Vorschrift des § 8.4 unverändert; sie findet sich als § 3.4. (beschränkt auf Arbeiter) bereits im MTV 1973. Es handelt sich somit um eine Bestimmung, deren Anwendungsbereich immer mehr geschrumpft ist. Die Tarifgeschichte enthält jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die oben auf der Grundlage der objektiven Auslegung gewonnenen Ergebnisse nicht in Einklang mit dem Willen der Tarifparteien stehen würden.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß Sonntagsarbeit nur im Rahmen eines Sonderbedarfs zulässig ist, der durch Überstunden oder Beschäftigung von Hilfskräften bewältigt werden kann. Daneben kommt die Einbeziehung des Sonntags bei Tätigkeiten mit erheblichem Anteil an Arbeitsbereitschaft sowie dann in Betracht, wenn beide Tarifparteien schriftlich zustimmen. Tarifwidrig sind demgegenüber alle Schichtmodelle, die den Sonntag in die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit einbeziehen oder die gar ausschließlich Wochenendarbeit vorsehen<sup>183a)</sup>.

## II. Mitbestimmung des Betriebsrats

### 1. Vorliegen eines Mitbestimmungstatbestandes

Nach allgemeiner Auffassung unterliegt die Einführung von Sonntagsarbeit der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG, da auf diese Weise die »Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage« geändert wird. Höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu ist allerdings nicht ersichtlich; das BAG hatte sich bislang lediglich mit dem verwandten Problem zu befassen, ob die Verschiebung von Beginn und Ende

der Feiertagsruhe nach § 105b Abs. 1 Satz 4 GewO der Mitbestimmung unterliegt, und sie ohne Einschränkung bejaht<sup>184)</sup>. Die Literatur begnügt sich meist mit der allgemeinen Feststellung, die »Lage der Schichten« unterliege der Mitbestimmung<sup>185)</sup>; der geringen rechtlichen Problematik der Sonntagsarbeit entsprechend verweisen nur einige wenige Autoren ausdrücklich auf diesen Anwendungsfall<sup>186)</sup>.

Die Einführung von Sonntagsarbeit kann daneben auch eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 2 Nr. 4 BetrVG (»grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation«) oder des § 111 Satz 2 Nr. 5 BetrVG (»Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden«) darstellen. Daß der Übergang zum vollkontinuierlichen Betrieb grundsätzlich unter eine dieser Bestimmungen fällt, wird schon daran deutlich, daß die Art und Weise des Arbeitens sich für alle Beteiligten in sehr fühlbarer Weise verändert<sup>187)</sup>. Notwendig ist allerdings, daß ein »erheblicher Teil des Betriebs« betroffen ist, was mangels anderer Anhaltspunkte bei einer Einbeziehung von 5 % der Belegschaft der Fall ist<sup>188)</sup>. Gerade weil sich der Begriff der Betriebsänderung nach § 111 BetrVG auf Umgestaltungen von einer bestimmten Größenordnung an beschränkt, kann § 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG nicht als Spezialnorm angesehen werden: Beide Vorschriften haben unterschiedliche Anwendungsbereiche, die sich in einem Teil der Fälle überschneiden.

### 2. Regelungsspielraum

Auch Betriebsrat und Arbeitgeber sind an die §§ 105b ff. GewO gebunden; sie sind genausowenig wie die Tarifparteien in der Lage, die Sonntagsarbeit über das gesetzlich zulässige Maß hinaus auszudehnen<sup>189)</sup>. Umgekehrt steht einer vereinbarten Nicht-Ausschöpfung des vom Gesetz gelassenen Spielraums nichts entgegen.

Was den Inhalt einer eventuellen Betriebsvereinbarung betrifft, so ist auf freiwilliger Grundlage schon mit Rücksicht auf § 88 BetrVG jede Abmachung zulässig, die die mit der Sonntagsarbeit verbundenen Belastungen mindert und/oder eine finanzielle Kompensation vorsieht. Kommt eine Einigung nicht zustande, ist nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG durch die Einigungsstelle eine Entscheidung zu treffen, die die Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt und billigem Ermessen entspricht. Dies bedeutet, daß nicht lediglich das gesetzliche Mindestniveau zum Schutze der Arbeitnehmer übernommen werden darf; es wäre kein »billiger Ausgleich«, würde man sich etwa darauf beschränken, lediglich die Vorschrift des § 105c Abs. 3 GewO zu wiederholen, und beispielsweise die Schichtpläne so gestalten, daß an jedem zweiten Sonntag für den einzelnen mindestens in der Zeit von 6.00 Uhr morgens bis 6.00 Uhr abends keine Arbeitsverpflichtung besteht. Von einer Berücksichtigung der Interessen beider Seiten ist vielmehr nur dann die Rede, wenn der Umfang der Sonntagsarbeit hinter dem vom Gesetz Zugelassenen zurückbleibt (»jeder zweite Sonntag bleibt von 0.00 bis 24.00 Uhr arbeitsfrei«) oder wenn besondere kompensatorische Maßnahmen wie Verkürzung der Schichtzeit, bezahlte Pausen usw. vorgesehen werden. Derartige finanzielle Ausgleichsleistungen des Arbeitgebers fallen zwar grundsätzlich nicht in den Regelungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG<sup>190)</sup>, doch ist daran zu denken, ähnlich wie im Falle des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG den Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle auch auf solche Maßnahmen zu erstrecken, die die den Arbeitnehmern zugemuteten Nachteile ganz oder ansatzweise ausgleichen<sup>191)</sup>. Von vornherein bestehen über-

<sup>182)</sup> Entsprechende Auskünfte wurden dem Verfasser Anfang März 1988 gegeben.

<sup>183)</sup> Ähnlich offensichtlich in Bayern, wo *Krebs* für die Arbeitgeberseite im Landtagshearing erklärte, außer der vorübergehend zum Verband gehörenden Maxhütte hätte es bislang keine Fälle von vollkontinuierlicher Arbeit gegeben (Hearing, S. 81).

<sup>183a)</sup> Für Berücksichtigung der Tarifwidrigkeit durch die Gewerbeaufsicht mit Recht *Ulber* (a.a.O., oben Fn. 162a), CuR 1988, unter IV 2c.

<sup>184)</sup> BAG DB 1969 S. 1066 = AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz; zustimmend *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, Kommentar zum BetrVG, 3. Aufl., 1986, § 87 Rdnr. 145.

<sup>185)</sup> *Dietz/Richardt*, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., Bd. 2, 1982, § 87 Rdnr. 217; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitherr*, BetrVG, Handkommentar, 15. Aufl., 1987, § 87 Rdnr. 44 ff.; *Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke*, BetrVG, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., 1983, § 87 Rdnr. 60.

<sup>186)</sup> *Farthmann*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974 S. 66; *Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümner*, BetrR 1983 S. 191; *Schöden/Bösche*, AR-Blattei, Schichtarbeit I, D II; *Wiese*, GK-BetrVG, Drittbearbeitung, 1982, § 87 Rdnr. 141.

<sup>187)</sup> Ebenso im Ergebnis *Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümner*, BetrR 1983 S. 192; *Schöden/Bösche*, AR-Blattei, Schichtarbeit I, D IV 1b; *Ulber* (a.a.O., oben Fn. 162), CuR 1988 unter IV.

<sup>188)</sup> Zur »Erheblichkeitsgrenze« im Rahmen von § 111 Satz 2 Nr. 4 und 5 BetrVG s. die Nachweise bei *Däubler*, Interessenausgleich und Sozialplan bei der Einführung von Bildschirmgeräten, DB 1985 S. 2298 f.

<sup>189)</sup> *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitherr*, § 87 Rdnr. 48; *Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke*, § 87 Rdnr. 66.

<sup>190)</sup> BAG DB 1982 S. 117 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit; ebenso *Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümner*, BetrR 1983 S. 203.

<sup>191)</sup> Vgl. BAG DB 1986 S. 1469 (Opel-PAISY), wo es darum ging, die zugelassene Überwachung durch Beteiligung des Betriebsrats an den (nicht mitbestimmungspflichtigen) Folgemaßnahmen des Arbeitgebers wie Abmahnung usw. abzumildern.

dies keine Bedenken dann, wenn § 111 Satz 2 BetrVG eingreift, da Ausgleichsleistungen des Arbeitgebers traditioneller Schwerpunkt von Sozialplänen sind.

Was mögliche Regelungen im einzelnen angeht, so ist zunächst auf Vorstellungen zu verweisen, die im Zusammenhang mit der Schichtarbeit als solcher entwickelt wurden<sup>192</sup>). Besonderheiten ergeben sich insoweit, als die Arbeitszeit so gelegt werden muß, daß im Rahmen des Möglichen der Gottesdienst besucht werden kann<sup>193</sup>). Keinen wesentlichen Faktor bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen stellt die etwa im Fall IBM<sup>194</sup>) vorgesehene Freiwilligkeit auf seiten der Beschäftigten dar: Der einzelne Arbeitnehmer befindet sich typischerweise nicht in einer Situation, in der er sich gegenüber Vorschlägen seines Arbeitgebers allein nach eigenen Prioritäten verhalten kann. Die Gefahr, daß das »Nicht-Mitmachen« bei Beförderungen oder Versetzungen negativ zu Buche schlägt, ist nie von der Hand zu weisen; eine entsprechende Vermutung wird sogar dann bestehen, wenn der Arbeitgeber objektiv in keiner Weise eine Schlechterstellung ins Auge faßt. Auch der Gesetzgeber hat in vielen Zusammenhängen der eingeschränkten rechtsgeschäftlichen Autonomie des Arbeitnehmers Rechnung getragen. Das 1891 in die Gewerbeordnung eingefügte öffentlich-rechtliche Verbot der Sonntagsarbeit wurde beispielsweise mit der Erwägung gerechtfertigt, das vorher bestehende rein zivilrechtliche Verbot (das sich heute noch in § 105a Satz 1 GewO findet) sei wegen der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers wenig effektiv<sup>195</sup>). Auch die von der Rechtsprechung des BAG praktizierte Billigkeitskontrolle gegenüber einheitsvertraglichen Abmachungen<sup>196</sup>) beruht auf dieser Grunderkenntnis. Ein Interessenausgleich kann daher nicht schon auf die Weise zustande kommen, daß die Sonntagsarbeit von der »freiwilligen« Entscheidung des einzelnen abhängig gemacht wird.

Für den Fall, daß die Notwendigkeit von Sonntagsarbeit überraschend auftritt und der Einschaltung des Betriebsrats schwer zu überwindende organisatorische Schwierigkeiten entgegenstehen, ist eine »Regelung auf Vorrat« möglich<sup>197</sup>). Von diesem Fall abgesehen, unterliegt jede Neueinführung oder Erweiterung der Sonntagsarbeit der Mitbestimmung des Betriebsrats.

### III. Arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Leistung von Sonntagsarbeit

Zulässige Sonntagsarbeit kann im Arbeitsvertrag vorgesehen werden – sei es, daß der einzelne sofort für einen vollkontinuierlichen Schichtbetrieb eingestellt wird, sei es, daß sich der Arbeitgeber eine Versetzung in »Sonntagsschicht« vorbehält. Sind keine ausdrücklichen Abmachungen getroffen, kann sich das Einverständnis des Arbeitnehmers mit Sonntagsarbeit aus den Umständen ergeben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er von vornherein für einen Betrieb mit Sonntagsschicht oder für einen entsprechenden Arbeitsbereich eingestellt wird<sup>198</sup>). Umgekehrt wäre es eine reine Fiktion, wollte man auch dann auf eine von vornherein erklärte Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Sonntagsarbeit schließen, wenn diese in dem betreffenden Betrieb oder Arbeitsbereich bei der Einstellung gar nicht existierte.

Der nicht vorhandene vertragliche Wille des Arbeitnehmers, eine Arbeit mit so ungewöhnlicher zeitlicher Lage zu leisten, kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß etwa unter Rückgriff auf die Treuepflicht eine entsprechende »Ergänzung« des vertraglichen Leistungsprogramms vorgenommen wird. Arbeit am Sonn- und Feiertag ist vielmehr nur in absoluten Notfällen geboten<sup>199</sup>); insoweit kommt die jedem Arbeitsverhältnis immanente Verpflichtung zum Tragen, auf elementare Interessen der anderen Seite Rücksicht zu nehmen<sup>200</sup>).

Auch durch Abschluß einer Betriebsvereinbarung kann der fehlende Wille des Arbeitnehmers, Sonntagsarbeit zu leisten, nicht substituiert werden<sup>201</sup>). Nach der Entscheidung des Großen Senats vom 16. 9. 1986<sup>202</sup>) folgt dies aus dem Günstigkeitsprinzip als einem allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz: Das vertragliche Recht, keine Sonntagsarbeit leisten zu müssen, darf nicht durch das kollektive Gestaltungsmittel »Betriebsvereinbarung« beseitigt werden<sup>203</sup>). Auch der Tarifvertrag muß insoweit vor Individualrechten Halt machen<sup>204</sup>).

### E. Durchsetzung des Verbots der Sonntagsarbeit

Arbeitsschutznormen sind in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt, nicht beachtet oder faktisch unterlaufen zu werden. Ihre Durchsetzung ist deshalb nach § 139b Abs. 1 Satz 1 GewO speziellen Behörden, d. h.

der Gewerbeaufsicht, übertragen (dazu I). Daneben können möglicherweise auch Gewerkschaften, Betriebsräte und einzelne Arbeitnehmer einen Beitrag zur Beachtung des Arbeitsschutzrechts leisten (dazu II).

## I. Die Gewerbeaufsicht

### 1. Das Instrumentarium

Nach § 139b Abs. 1 Satz 1 GewO ist die Beachtung der Vorschriften über das Verbot der Sonntagsarbeit den Gewerbeaufsichtsbehörden anvertraut. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben besitzen sie nach § 139b Abs. 1 Satz 2 GewO polizeiliche Befugnisse, insb. das Recht zur jederzeitigen Besichtigung und Prüfung der Anlagen. Von diesem können sie nach § 139b Abs. 4 jederzeit, d. h. auch nachts und am Wochenende Gebrauch machen, sofern der Betrieb als solcher arbeitet<sup>205</sup>). Stellt sich dabei ein Verstoß gegen das Sonntagsarbeitsverbot heraus, so kann nach § 105j GewO eine Ordnungsverfügung erlassen werden, die beispielsweise die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern verbietet<sup>207</sup>) oder die eine Verlegung bestimmter Produktionsvorgänge auf einen Werktag verlangt<sup>208</sup>). Ein Unternehmer, der von den Möglichkeiten des § 105c Abs. 1 GewO Gebrauch macht, handelt daher auf eigenes Risiko; teilt die Behörde seine Auffassung nicht, daß einer der dort genannten Tatbestände vorliege, muß er mit einer Untersagungsverfügung rechnen. In der Praxis führt dies dazu, daß die Behörde »präventiv« eingeschaltet wird und die Sonntagsarbeit erst dann beginnt, wenn von dort keine durchgreifenden Bedenken geäußert werden. Obwohl § 105c dem Unternehmer an sich freie Hand läßt, ergibt sich so eine Annäherung an ein Genehmigungsverfahren. Dies ist nicht zuletzt auch deshalb sachgerecht, weil im Streitfall der Unternehmer die materielle Beweislast trägt<sup>209</sup>) – das Risiko, die eingeleitete Produktionsumstellung wieder rückgängig machen zu müssen, erscheint daher nur bei völlig eindeutigen Fällen tragbar.

Erläßt die Gewerbeaufsicht eine Ordnungsverfügung, so wird sie in der Regel die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziffer 4 VwGO anordnen. Nach der Rechtsprechung spricht für ein überwiegendes öffentliches Interesse der »Ansteckungseffekt«, der von einer tolerierten Sonntagsarbeit ausgehen würde, wären doch andere Unternehmen häufig schon aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit gezwungen, ihrerseits die Betriebsnutzungszeit auf den Sonntag auszudehnen<sup>210</sup>). Nach Auffassung des OVG Münster reicht die Verschlechterung der Kostensituation des die Sonntagsarbeit betreibenden Unternehmers als Gegeninteresse nicht aus<sup>211</sup>); ob bei einer Existenzgefährdung eine Ausnahme zu machen sei, blieb dahingestellt<sup>212</sup>). Zumindest für diesen Fall sollte allerdings die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs wiederhergestellt werden, da nur so ein definitiver Grundrechtsverlust vermieden werden kann; auf der anderen Seite ist die Arbeitsruhe an Sonntagen nicht nachhaltig gestört, da nur in sehr seltenen Ausnahmefällen eine Existenzgefährdung ernsthaft in Betracht kommt.

Übertritt der Arbeitgeber oder ein an seiner Stelle handelnder Repräsentant vorsätzlich oder fahrlässig das Verbot der Sonntagsarbeit, so macht er sich nach § 147 Abs. 2 Ziffer 1 GewO einer Ordnungswidrigkeit schuldig, die nach § 147 Abs. 4 GewO mit einer Geldbuße bis zu 5000 DM belegt werden kann. Wird durch die Nichtbeachtung des Ver-

<sup>192</sup>) Dazu insbes. Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümmer, BetrR 1983 S. 202 ff.

<sup>193</sup>) Vergleichbar BayObLG BayVBl 1987 S. 669 für den Fall der Durchführung einer Versammlung von Wohnungseigentümern, deren Terminierung eine »Ermessensfrage« ist, bei deren Lösung der Kirchengang jedoch berücksichtigt werden muß.

<sup>194</sup>) S. oben Fn. 19.

<sup>195</sup>) S. OVG Münster NZA 1986 S. 479 mWn.

<sup>196</sup>) Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 98 ff.

<sup>197</sup>) So BAG DB 1982 S. 1115 = AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, zur Rufbereitschaft bei Störfällen.

<sup>198</sup>) Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümmer, BetrR 1983 S. 263 f. (für Schichtarbeit). Ebenso im vorliegenden Zusammenhang Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 33 VI 2 mit Fn. 47. Ähnlich Stahlhacker, § 105a Anm. 1 2 und Landmann/Rohmer/Neumann, § 105a Rdnr. 4.

<sup>199</sup>) Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 297. Ähnlich im vorliegenden Zusammenhang wohl auch Volmer, in: Reuß, § 105c Anm. IV.

<sup>200</sup>) Auf demselben Grundgedanken beruht die Vorschrift des § 14 Abs. 1 AZO sowie die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten im Streik.

<sup>201</sup>) Ebenso für Schichtarbeit Heilmann/Kralle/Ortmann/Trümmer, BetrR 1983 S. 265.

<sup>202</sup>) BAG DB 1987 S. 383 ff.

<sup>203</sup>) Ebenso schon LAG Berlin AuR 1978 S. 283 für die zeitliche Lage von Schichten.

<sup>204</sup>) Näher dazu Däubler, Der gebremste Sozialabbau, AuR 1987 S. 352 ff.

<sup>205</sup>) Ausnahme: § 105b Abs. 2 GewO.

<sup>206</sup>) Näher Sieg/Leifermann/Tettinger, § 139b Rdnr. 10 ff.

<sup>207</sup>) BVerfG NJW 1986 S. 2003.

<sup>208</sup>) Weitere Möglichkeiten bei Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105j Rdnr. 2.

<sup>209</sup>) Dazu oben CVL.

<sup>210</sup>) VGH München NJW 1984 S. 992; OVG Münster NZA 1986 S. 479.

<sup>211</sup>) OVG Münster NZA 1986 S. 479; zustimmend Sieg/Leifermann/Tettinger, § 105b Rdnr. 17.

<sup>212</sup>) OVG Münster NZA 1986 S. 479; kritisch dazu Kappus, BB 1987 S. 120 ff.

bots der Sonntagsarbeit Leben oder Gesundheit eines anderen gefährdet, liegt nach § 148 Ziffer 2 GewO eine Straftat vor, für die Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe angedroht ist. Praktische Bedeutung wird dies nur in absolut singulären Konstellationen gewinnen, da die mit der Sonntagsarbeit verbundenen »sozialen Schäden«<sup>213)</sup> nicht vom traditionellen, auch dem § 148 GewO zugrunde liegenden Gesundheitsbegriff erfaßt sind.

Sehr viel bedeutsamer ist unter diesen Umständen das in § 25 Abs. 2 Satz 2 GewO vorgesehene Recht der Gewerbeaufsicht, bei Mißachtung einer Anordnung nach § 105j GewO die Stilllegung einer Anlage anzuordnen. Voraussetzung ist dabei lediglich, daß »Gefahren« für die zu schützenden Personen entstehen; Leben und Gesundheit müssen nicht betroffen sein<sup>214)</sup>. Erfaßt ist allerdings nicht der gesamte Gewerbebetrieb sondern nur die Anlage, auf der der Verstoß gegen Arbeitsschutzrecht festgestellt wurde<sup>215)</sup>.

## 2. Rechtsmittel

Der von einer Ordnungsverfügung betroffene Unternehmer kann sich dagegen durch Widerspruch und Beschreitung des Verwaltungsrechtswegs zur Wehr setzen. Seine Chancen, die Aufhebung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 5 VwGO zu erreichen, sind allerdings nicht sehr hoch einzuschätzen<sup>216)</sup>.

Sehr viel größere Rechtswegprobleme ergeben sich, wenn die Gewerbeaufsicht untätig bleibt, obwohl in Wirklichkeit keiner der Ausnahmetatbestände der §§ 105c ff. GewO vorliegt. Das OVG Münster hat den Standpunkt vertreten, die Regeln des Feiertagsrechts hätten grundsätzlich keinen drittschützenden Charakter – die Klage eines in der Nähe einer Fabrik wohnenden Grundstückseigentümers wegen Duldung angeblicher rechtswidriger Sonntagsarbeit wurde daher als unzulässig abgewiesen<sup>217)</sup>. Mehr Aussicht auf Erfolg dürfte die Klage eines Konkurrenten haben, obwohl die ältere Rechtsprechung auch hier ablehnend war<sup>218)</sup>: Nach mittlerweile durchgedrungener Auffassung stellt es einen Eingriff in die Berufsfreiheit eines Unternehmers dar, wenn die öffentliche Hand ohne ausreichende rechtliche Grundlage einem Konkurrenten Vorteile zuwendet<sup>219)</sup>. Dies gilt nicht nur bei unzulässigen Subventionen, sondern auch dann, wenn entgegen § 105b GewO die Betriebsnutzungszeit auf den Sonntag ausgedehnt wird. In Betracht kommt schließlich, daß ein Arbeitnehmer, der arbeitsvertraglich zur Sonntagsarbeit verpflichtet ist<sup>220)</sup>, Untätigkeitsklage gegen die Gewerbeaufsicht erhebt. Zur Begründung könnte er sich darauf berufen, daß das Verbot der Sonntagsarbeit nach § 105b GewO zu seinen Gunsten besteht<sup>221)</sup> und daß das Nichteinschreiten der Gewerbeaufsicht ihn in seinen Rechten verletzt. Voraussetzung ist allerdings, daß man ihm den konkreten Umständen nach nicht zumuten kann, die Arbeit unter Hinweis auf § 105b GewO dem Arbeitgeber gegenüber zu verweigern.

## II. Sonstige Durchsetzungsmöglichkeiten

### 1. Gewerkschaften

Gewerkschaften besitzen nach ganz herrschender Meinung kein eigenes Klagerecht, um anstelle betroffener Arbeitnehmer die Beachtung des Arbeitsrechts im Betrieb sicherzustellen<sup>222)</sup>. Eine Klage gegen den

Arbeitgeber auf Einhaltung des § 105b GewO oder ein entsprechendes Vorgehen gegen die Gewerbeaufsicht kommt daher nicht in Betracht. Eigene prozessuale Handlungsmöglichkeiten bestehen nur insoweit, als die Sonntagsarbeit Gegenstand eines Tarifvertrags ist und der Tarifpartner auf Einhaltung der getroffenen Vereinbarungen in Anspruch genommen werden kann. Beim Verbandstarif ermöglicht dies allerdings keinen Durchgriff auf den einzelnen Arbeitgeber, sondern nimmt nur den Arbeitgeberverband in die Pflicht, der seine Mitglieder zur Einhaltung des Tarifvertrags anhalten muß<sup>223)</sup>.

### 2. Betriebsrat

Der Betriebsrat kann von seinen Mitbestimmungsrechten<sup>224)</sup> Gebrauch machen, um auf diese Weise die Einführung von Sonntagsarbeit zu verhindern. Eine definitive Vetomacht kommt ihm jedoch nicht zu; die Einigungsstelle ist in der Lage, sich ggfs. über ein »Nein« des Betriebsrats hinwegzusetzen. Gegen ihren Spruch kann das Arbeitsgericht mit der Begründung angerufen werden, die vorgesehene Regelung sei rechtswidrig oder stelle keinen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen dar<sup>225)</sup>.

### 3. Einzelner Arbeitnehmer

Besteht keine arbeitsvertragliche Grundlage zur Leistung von Sonntagsarbeit<sup>226)</sup>, so kann der einzelne Beschäftigte ihre Übernahme verweigern. Tut er dies gemeinsam mit anderen, führt dies zu einem erheblichen Druck auf den Arbeitgeber; bleibt er allein, kann er je nach den betrieblichen Verhältnissen mit korrekter Zurkenntnisnahme, aber auch mit mehr oder weniger unfreundlichen Reaktionen rechnen. Eine effektive Durchsetzung des Verbots der Sonntagsarbeit kann von dieser Art »Selbsthilfe« nicht erwartet werden.

<sup>213)</sup> Dazu oben B 11 mit Fn. 54.

<sup>214)</sup> Zur Frage, ob eine Betriebsschließung bereits auf der Grundlage des § 105j GewO angeordnet werden kann, s. *Sieg/Leifermann/Tettinger*, § 105j Rdnr. 2.

<sup>215)</sup> *Sieg/Leifermann/Tettinger*, § 25 Rdnr. 5.

<sup>216)</sup> S. oben Fn. 210 – 212.

<sup>217)</sup> OVG Münster NJW 1987 S. 2603.

<sup>218)</sup> LVG Düsseldorf DB 1959 S. 1144. Zustimmend noch heute *Denecke/Neumann*, § 28 Rdnr. 4.

<sup>219)</sup> Vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 5. Aufl., 1987, Rdnr. 531 mwN.

<sup>220)</sup> Dazu oben D III.

<sup>221)</sup> So auch OVG Münster NJW 1987 S. 2603.

<sup>222)</sup> Dazu kritisch und mit Nachweisen *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 196 ff.

<sup>223)</sup> Näher BAG DB 1982 S. 2522 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Durchführungspflicht; *Hagemeler/Kempen/Zachert/Zillius*, § 1 Rdnr. 222.

<sup>224)</sup> Dazu oben D II 1.

<sup>225)</sup> Zu letzterem s. oben D II 2.

<sup>226)</sup> Dazu oben D III.