

*K.W.Dahm, A.Mattner,
J.P.Rinderspacher, R.Stober (Hg.)*

Sonntags nie?

*Die Zukunft
des Wochenendes*



Campus

Die Herausgeber danken dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung für die großzügige Förderung dieser Veröffentlichung und der Evangelischen Kirche von Westfalen, der Lippischen Landeskirche und dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung für die finanzielle Unterstützung des Symposiums »Die Zukunft des Wochenendes« (vgl. S. 157), das die Grundlage dieser Veröffentlichung bildet.

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Sonntags nie? : Die Zukunft des Wochenendes / Karl Wilhelm Dahm... (Hg.). – Frankfurt/Main ; New York : Campus Verlag, 1989
ISBN 3-593-34154-9
NE: Dahm, Karl-Wilhelm [Hrsg.]

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung
in elektronischen Systemen.

Copyright © 1989 Campus Verlag GmbH, Frankfurt/Main
Umschlaggestaltung: Atelier Warminski, Büdingen
unter Verwendung eines Fotos von Ulrich Baatz
Satz: Typo Forum Gröger, Büdingen
Druck und Bindung: Druckhaus Beltz, Hemsbach
Printed in Germany

Inhalt

Die Autoren	3
Einführung <i>Rolf Stober</i>	7
Warum nicht auch mal sonntags arbeiten? Wochenendarbeit zwischen Wirtschaftlichkeit und Sozialverträglichkeit <i>Jürgen P. Rinderspacher</i>	13
Wochenendarbeit, Freizeit und Wettbewerbsfähigkeit. Zehn Thesen aus der Sicht des Ökonomen <i>Ernst Helmstädter</i>	43
Die Produktions- und Dienstleistungstechnik der Zukunft: abschaltbar oder nicht? <i>Dieter Specht</i>	52
Die Bedeutung der biologischen Rhythmik für Schichtarbeit bei kontinuierlicher Produktion <i>Joseph Rutenfranz</i>	71

Sonntagsarbeit und Freizeitgesellschaft – Grund- und feiertagsgesetzliche Perspektiven <i>Andreas Mattner</i>	85
Sonntagsarbeit – die vom Grundgesetz verordnete Ausnahme <i>Wolfgang Däubler</i>	113
Das freie Wochenende verteidigen – wofür? <i>Friedhelm Hengsbach</i>	131
Arbeit und Ökonomie machen nicht das ganze Leben aus. Sonntagsruhe aus theologischer Sicht <i>Günter Brakelmann</i>	150
Für und Wider die Wochenendarbeit – Protokoll einer Diskussion	157
Literaturauswahl zum Thema Wochenendarbeit	212

Wolfgang Däubler

Sonntagsarbeit – die vom Grundgesetz verordnete Ausnahme

1. Einleitung

Für die Tarifpolitik wie für das Arbeitsrecht war Sonntagsarbeit bis in die jüngste Zeit im Grunde kein Thema. Daß am Sonntag nicht gearbeitet wird, war fast genauso selbstverständlich wie die Ausnahmen: Niemand will in Zweifel ziehen, daß auch sonntags Züge verkehren, Gaststätten geöffnet sind und Krankenhäuser ihren Dienst tun. Die Auseinandersetzung schien sich allein auf die Samstagarbeit zu konzentrieren – sie auf Sonderfälle zu beschränken, war einer der wichtigsten Erfolge der Tarifaufeinandersetzung 1987 in Baden-Württemberg¹.

Diese Sicht ist inzwischen einer gründlichen Revision unterzogen worden. Das Bestreben der Unternehmen, die Betriebsnutzungszeiten auszudehnen, die teuren Anlagen möglichst lange produzieren zu lassen², hat dazu geführt, daß einer neueren Untersuchung zufolge fast die Hälfte aller Beschäftigten »gelegentlich« auch samstags arbeitet³. Dies stellt einen sprunghaften Anstieg, nach den verfügbaren Daten wohl sogar eine Verdoppelung gegenüber der Situation Anfang der 80er Jahre dar⁴. Bei der Sonntagsarbeit ist die Entwicklung noch nicht ganz so deutlich. Im produzierenden Gewerbe waren 1987 genau wie

1981 5 % aller Beschäftigten betroffen, während der Anteil bei Dienstleistungen von 7 auf 13 % gestiegen war⁵. Vieles spricht dafür, daß die Konstanz im industriellen Bereich nicht gehalten werden kann: Gerade im Bereich der modernsten Technologien wird mehr und mehr die Forderung nach Sonntagsarbeit erhoben. Die Herstellung von Mikrochips bei IBM und von Glasfasern bei SEL sind die beiden bekanntesten Beispiele; Rechenzentren werden im Rahmen weltweiter Logistiksysteme bald folgen⁶. Techniken, die angeblich das Leben erleichtern und wirtschaftlichen Fortschritt garantieren, zeigen so mit einem Male ihre Schattenseite; wie hoch wird der Preis sein, den wir für einen immer größeren Güterhaufen bezahlen müssen? Der Trend zur Wochenendarbeit fügt sich ein in die verbreiteten Versuche zum Abbau des Normalarbeitsverhältnisses⁷; an die Stelle der überkommenen Arbeitswoche von Montag bis Freitag tritt der individuelle Schichtplan.

Die Einführung von Sonntagsarbeit stößt anders als viele andere »neue« Beschäftigungsformen auf rechtliche Schwierigkeiten. Die §§ 105b ff. GewO stellen Grenzen auf, deren genauer Verlauf allerdings nie abschließend geklärt wurde. Das Problem »Sonntagsarbeit« war so wenig kontrovers, daß man sich in der Regel nicht einmal die Mühe machte, den verfassungsrechtlichen Rahmen zu bestimmen, der die Vorschriften der Gewerbeordnung umgibt⁸: Art. 140 Grundgesetz verweist auf Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung, wonach Sonntage »Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung« sind. Noch heute gibt es einen Autor, der meint, letztlich seien allein die Regeln der Gewerbeordnung maßgebend⁹. Inzwischen ist dies allerdings eine Außenseiterposition geworden; wer immer sich in letzter Zeit zum Verbot der Sonntagsarbeit und seinen Durchbrechungen geäußert hat, hat zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben analysiert¹⁰. Auch hier soll dieser Weg gegangen werden.

II. Das verfassungsrechtliche Gebot der Arbeitsruhe an Sonntagen

1. Zweck und Reichweite

Art. 139 WRV besagt: »Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.« Diese Bestimmung ist durch Art. 140 GG zu einem Teil des Grundgesetzes geworden; sie ist daher im Lichte der grundgesetzlichen Wertordnung zu interpretieren¹¹.

Nach einem jüngst ergangenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist mit Art. 139 WRV die Institution des Sonntags und damit ein »Grundelement sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung« verfassungskräftig gewährleistet¹². 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 Arbeitskraft¹³. Daß Art. 139 WRV diesen Doppelpurpose verfolgt, wird nicht zuletzt aus seiner 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 rückten¹⁴. Ein solch ungewöhnlich 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 dient¹⁵. Auf der anderen Seite wird die sozialpolitische Zielsetzung nicht dadurch tangiert, daß der einzelne in seiner Freizeit den Gottesdienst besucht oder sich in kirchlichen Zusammenhängen engagiert. Selbstverständliche Voraussetzung ist allerdings, daß die sonntägliche Lebensweise

»Angebotscharakter« besitzt, also niemandem vorgeschrieben wird, wie er den Sonntag zu verbringen hat¹⁶. Entscheidend ist die Möglichkeit gemeinsamer Freizeit; individuell verschiedene freie Tage sind dafür kein Äquivalent¹⁷.

Wie müssen die Regeln über die äußere Gestalt von Sonn- und Feiertagen beschaffen sein? In der Rechtsprechung wird entscheidend darauf abgestellt, daß der einzelne frei sein soll von »normaler Werktagsarbeit«¹⁸, daß der Konkurrenzdruck der Arbeitswelt aufgehoben sein soll¹⁹. Auch die neuere Literatur hebt darauf ab, der einzelne müsse frei sein von der »Geschäftigkeit« des Werktags²⁰, der »werktägliche Gelderwerb« dürfe keine Rolle mehr spielen²¹, der herrschende Konkurrenzdruck müsse entfallen²². Der Sonntag wird so zu einem wesentlichen Stück »Lebenswelt« im Sinne von Jürgen Habermas²³, er ermöglicht die freie Kommunikation mit anderen, die Verfolgung selbstgesetzter Ziele, das Umschalten auf die Befriedigung eigener Bedürfnisse. Der einzelne hört auf, ein Rädchen in einer fremdgesteuerten Apparatur zu sein; die Zwänge des Alltags werden durch ein Stück Freiheit ersetzt²⁴. Würde man dem einzelnen diese Möglichkeit nehmen, wären die Konsequenzen verheerend; der Verlust an Freiheit würde nicht nur weniger Lebensqualität bedeuten, sondern wäre auch Ursache zahlreicher Erkrankungen²⁵. Mit Recht ist von einer »sozialhygienischen Funktion« des Sonntags die Rede²⁶.

2. Die erste Ausnahme: Sonntagsgewerbe

Wenn das Grundgesetz von einem »Tag der Arbeitsruhe« spricht, so ist dies nicht mit einem totalen Anhalten des gesellschaftlichen Lebensprozesses zu verwechseln²⁷. Schon aus dem Zweck der verfassungsrechtlichen Garantie heraus müssen sog. Sonntagsgewerbe erlaubt sein; die auf Kirchengang und Freizeit

»umgepolte« Gesellschaft benötigt ihre spezifische Infrastruktur. Wo hier im einzelnen die Grenze zu ziehen ist, kann der Gesetzgeber entscheiden; in § 105i GewO hat er eine recht großzügige Regelung getroffen. Sie besagt in ihrem Abs. 1, daß das Verbot der Sonntagsarbeit »auf Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe, Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralische Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten sowie auf Verkehrsgewerbe keine Anwendung« findet. Abs. 2 sieht als einzige Schranke vor, die Arbeitnehmer dürften nur zu solchen Arbeiten an Sonn- und Feiertagen verpflichtet werden, »welche nach der Natur des Gewerbebetriebes einen Aufschub oder eine Unterbrechung nicht gestatten.« Die Buchhaltung darf also nicht gerade sonntags erledigt werden. Kontrolle ist freilich schwierig; eine trotz fehlender Verpflichtung erbrachte Arbeit kann vom Gewerbeaufsichtsamt nicht untersagt werden, da § 105j GewO insoweit keine Zuständigkeit vorsieht.

Die dem Freizeitbereich gegenüber geübte »Offenheit« ist alles andere als selbstverständlich. Je mehr sich dieser Sektor ausdehnt, umso zahlreicher werden die Menschen, die gegen den gesamtgesellschaftlichen Rhythmus arbeiten müssen, die als Fahrer, Fremdenführer oder Serviererin auch am Wochenende tätig sind. Ist es wirklich auf Dauer hinnehmbar, daß – überspitzt formuliert – 90 % der Gesellschaft feiern und 10 % dazu verurteilt sind, dieses Feiern vorzubereiten und zu organisieren?

Ein Ausweg kann schwerlich in der Richtung liegen, daß man erlaubte Freizeittätigkeiten drastisch einschränkt und zum »englischen Sonntag« zurückkehrt. Dies ist nicht nur politisch nicht durchzusetzen, sondern wäre auch nur eine gewisse quantitative Korrektur: Auch wenn nur 5 % betroffen blieben, wäre dies kein akzeptabler Zustand. Die Alternative scheint mir in einer sozial verträglichen Ausgestaltung der »Freizeitarbeit« zu liegen. Vorbild könnte insoweit § 105c Abs. 3 GewO sein, der für die ausnahmsweise zulässige gewerbliche Sonntagsarbeit bestimmte

Zeitgrenzen aufstellt: Grundsätzlich muß der einzelne entweder an jedem dritten Sonntag volle 36 Stunden oder an jedem zweiten Sonntag mindestens in der Zeit von 6 Uhr morgens bis 6 Uhr abends von der Arbeit freigestellt sein. Ein Minimum an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben soll so sichergestellt sein. Auch wenn man sich insoweit nicht auf Präjudizien oder Literaturstimmen stützen kann, dürfte den Arbeitgeber auch im Bereich des § 105i GewO die Nebenpflicht treffen, seinen Beschäftigten wenigstens die Freiheiten des § 105c Abs. 3 einzuräumen. Auch mit dem Betriebsrat ausgehandelte Schichtpläne müßten diese Vorgabe beachten. Weiter besteht nicht nur eine moralische, sondern auch rechtliche Pflicht des Inhalts, Schichtbelegschaften oder in Schicht tätige Arbeitsgruppen möglichst konstant zusammenzusetzen: Die auf den Werktag fallende Freizeit ist dann weniger entwertet, wenn eine Reihe anderer Personen, zu denen man stabile soziale Beziehungen unterhalten kann, sich in derselben Situation befinden.

3. Die zweite Ausnahme: werktägliche Arbeiten

Sehr viel kontroverser ist die Frage nach Ausnahmen vom Verbot »werktäglicher Arbeiten«. Betroffen sind dabei weniger solche Tätigkeiten, die wie die der Polizei oder der Krankenhäuser im öffentlichen Interesse geboten sind²⁸. Vielmehr geht es darum, inwieweit zugunsten individueller Gewinnmaximierung vom Verbot der Sonntagsarbeit abgewichen werden kann. Wollte man dem Gesetzgeber hier völlig freie Hand geben, würde man einen Verfassungswert zu seiner Disposition stellen; die Sonntagsruhe gälte nur noch »nach Maßgabe der Gesetze«. Dies kann schon angesichts der hohen sozialen Bedeutung des Instituts der Sonntag und Feiertage sowie ihrer spezifischen verfassungsrechtlichen Garantie nicht angenommen werden. Vielmehr bedürfen Durch-

brechungen der Sonntagsruhe und damit Annäherungen an die Werktägigkeit einer besonderen grundgesetzlichen Legitimation. Diese kann nach Lage der Dinge nur im Schutz von Grundrechten liegen. Anders ausgedrückt: Die Arbeitsruhe am Sonntag darf wie andere nicht einschränkbare Rechtspositionen nur insoweit relativiert werden, als andernfalls Grundrechte in unzumutbarer Weise aufgeopfert werden müßten, also dem Grundsatz der praktischen Konkordanz nicht mehr Rechnung getragen wäre²⁹.

Keine zulässige gesetzliche Regelung wäre es, im Interesse besserer Rentabilität der Unternehmen das Verbot der Sonntagsarbeit ganz oder teilweise aufzuheben. Dies ist nicht nur in der Literatur anerkannt³⁰, sondern auch verfassungsrechtlich konsequent: Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist – vom Sonntagsgewerbe einmal abgesehen – von vornherein auf die 6 Werk-tage beschränkt. Art. 139 WRV enthält eine verfassungsimmanente Ausnahme, eine im Grundgesetz selbst angeordnete Beschränkung der Berufsausübung: In der Bundesrepublik darf die Betriebsnutzungszeit eben nur höchstens $6 \times 24 = 144$ Stunden betragen³¹. Anders zu entscheiden würde bedeuten, daß die Sonntagsarbeit ohne Verfassungsverstoß zum Regelatbestand werden könnte³².

Die eigentlichen Probleme beginnen dann, wenn die Arbeitsruhe am Sonntag aus technischen Gründen auf die Arbeit an Werktagen ausstrahlt. Würde man beispielsweise ausnahmslos jede gewerbliche Arbeit am Sonntag verbieten, wären chemische Prozesse von vornherein undurchführbar, die länger als 6 Tage dauern. Im Ergebnis könnte dies dazu führen, daß die Berufsfreiheit einzelner Unternehmer auf der Strecke bliebe, weil bestimmte technische Entwicklungen nicht realisierbar wären.

Viele Leute hören an diesem Punkt mit dem Nachdenken auf. Die Technik wird als vorgegebene Größe begriffen; wenn sie sich nicht in den 6-Tage-Rhythmus einpassen läßt, muß der Sonntag

weichen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Sonntagsarbeit zugunsten der Gewerbefreiheit aufgeopfert wird; es reicht aus, eine entsprechend »anfällige« Technik zu konstruieren und schon kann die Betriebsnutzungszeit von 144 auf 168 Stunden wöchentlich ausgedehnt werden³³. In Wirklichkeit liegen die Dinge anders. Will man Art. 139 WRV und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz gleichermaßen respektieren und realisieren, muß man zu allererst nach Mitteln und Wegen suchen, um beiden möglichst optimal Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, daß man zunächst fragen muß, ob die Gewerbefreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nicht auch auf andere Weise realisiert werden kann; der Eingriff in ein anderes Verfassungsgut kann immer nur letztes Mittel sein, um ein Grundrecht wirksam werden zu lassen. Dies bedeutet einmal, daß der Unternehmer im Rahmen der ihm offenstehenden Möglichkeiten diejenige Arbeitsorganisation zu wählen hat, die die Sonntagsarbeit vermeidet. Ein drei Tage dauernder Produktionsvorgang darf daher nicht gerade freitags oder samstags begonnen werden. Darüber hinaus ist aber auch bei der Entwicklung technischer Verfahren auf das Verbot der Sonntagsarbeit Rücksicht zu nehmen. Insoweit gilt nichts anderes als beim allgemeinen Arbeitsschutz: Niemand käme auf die Idee, ein wegen seiner Giftigkeit verbotenes Produkt zu entwickeln und dann unter Berufung auf die Berufsfreiheit eine Ausnahmegenehmigung zu verlangen³⁴. Nur wenn insoweit keine Alternativen ersichtlich sind, kann auch der Sonntag einbezogen werden.

In seiner Entscheidung zur Sonntagsarbeit bei SEL hat das Regierungspräsidium Stuttgart dies zwar nicht gebilligt, gleichzeitig jedoch verlangt, SEL müsse andere technische Geräte einsetzen, wenn dies zu einer (vergleichbaren) Optimierung des Produktionsverfahrens führe³⁵. Im Fall IBM³⁶ waren solche Erwägungen noch nicht angestellt worden³⁷.

III. Zulässigkeit vollkontinuierlicher Arbeit nach der GewO?

Die aktuellen Auseinandersetzungen gehen um Tatbestände, die durch die Gewerbeordnung keine ausdrückliche Regelung erfahren haben. Weder bei der Mikrochip- noch bei der Glasfaserproduktion ist – anders etwa als bei der Eisen- und Stahlindustrie³⁸ – eine Verordnung nach § 105d GewO vorhanden. Es stellt sich deshalb in aller Schärfe die Frage, ob einer der kraft Gesetzes eintretenden Ausnahmetatbestände des § 105c Abs. 1 GewO vorliegt. Dabei geht es um zwei der dort genannten Tatbestände.

§ 105c Abs. 1 Ziffer 3 ermöglicht Reinigung und Instandhaltung der Betriebsanlagen an Sonntagen. Dies hat mit vollkontinuierlicher Arbeit ersichtlich nichts zu tun. Daneben deckt er Arbeiten ab, »von welchen die Wiederaufnahme des vollen werktätigen Betriebs abhängig ist.« Modernstes Beispiel ist die Errechnung des Arbeits- und Materialbedarfs für die folgende Woche, die erst nach Ende der Samstagproduktion möglich sein soll³⁹. Für die Abteilung »Logistische Steuerung« könnte dies auf vollkontinuierliche Arbeit hinauslaufen. Der Gesetzestext macht freilich eine entscheidende Einschränkung: Es muß abgeschlossen sein, die betreffenden Arbeiten an Werktagen vorzunehmen⁴⁰. Inhaltlich ist damit der verfassungsrechtlichen Vorgabe Rechnung getragen, wonach Sonntagsarbeit nur im Rahmen des unbedingt Erforderlichen zulässig ist. Die Gewerbeaufsicht, aber auch Betriebsräte werden sich in dem genannten Fall daher zunächst überlegen müssen, wie sich die Situation des Unternehmens gestalten würde, wenn die Berechnungen am Samstagabend und am Montagvormittag durchgeführt würden. Nur wenn dies zu absolut unannehmbaren Konsequenzen führt, kann ernsthaft an einen Rückgriff auf § 105c Abs. 1 Ziffer 3 GewO gedacht werden.

Das Hauptproblem liegt in der Anwendung von § 105c Abs. 1

Ziffer 4 GewO. Voraussetzung ist, daß die Sonntagsarbeit »zur Verhütung des Verderbens von Rohstoffen oder des Mißlingens von Arbeitserzeugnissen erforderlich« ist. Sehr schnell einig ist man sich darüber, daß Rohstoffe im Sinne dieser Vorschrift auch Halbfertigfabrikate sind und daß die Vorschrift nicht nur dann eingreift, wenn ein totales Verderben oder Mißlingen droht: Auch erhebliche Qualitätseinbußen reichen aus⁴¹. Diese quasi-selbstverständliche Gleichstellung darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Gesetz an sich vom Wertloswerden der laufenden Produktion ausgeht; es ist ein Stück Entgegenkommen von Praxis und Rechtsprechung gegenüber unternehmerischen Belangen, wenn man bereits eine deutlich erhöhte Schrottrate genügen läßt.

Auch im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es technische Alternativen gibt, die die Sonntagsarbeit vermeiden. Ist es möglich, die Ausschußquote durch den Einsatz besserer Maschinen zu senken, muß dieser Weg gewählt werden. In der IBM-Entscheidung⁴² hat dies das Regierungspräsidium Stuttgart noch nicht anerkannt, in der SEL-Entscheidung⁴³ hat es sich eines Besseren besonnen: In der Tat sind zunächst alle anderen Möglichkeiten außer der Sonntagsarbeit auszuschöpfen, um eine als unzumutbar angesehene Schrottrate zu vermeiden. Wollte man anders entscheiden, wären diejenigen Unternehmer privilegiert, die eine besonders anfällige Technologie benutzen; sie könnten de facto ihre Betriebsnutzungszeit um einen Tag pro Woche erhöhen. Gleichzeitig wären andere Betriebe benachteiligt, die sich von vornherein korrekt verhalten und bei der Planung der Produktion das Verbot der Sonntagsarbeit in Rechnung gestellt haben: Sie wären auf 144 Wochenstunden beschränkt. Schon dies zeigt, daß man technische Alternativen nicht ausklammern kann, sondern als vorrangige »Ausweichstrategie« berücksichtigen muß. Dabei geht es nicht allein darum, ein bestimmtes Herstellungsverfahren zu optimieren; auch grundsätzlich andere

technische Möglichkeiten müssen einbezogen werden – der weniger umsichtige Unternehmer darf nicht zu Lasten des umsichtigeren privilegiert werden⁴⁴.

Fehlen solche Alternativen, stellt sich in der Tat die schwierige Frage, wieviel Einbußen einem Unternehmen zuzumuten sind. Die Fünf-Prozent-Klausel, die von den Gewerbeaufsichtsbehörden bislang in der Regel zugrunde gelegt wurde⁴⁵, ist eine willkürliche Setzung; Gründe, warum die Grenze nicht bei 10 oder 20 % zu ziehen ist, werden nicht genannt. Der Sache nach handelt es sich um eine gewaltsame Quantifizierung, vielleicht auch um eine mehr oder weniger unbewußte Anleihe aus dem Wahlrecht, das im vorliegenden Zusammenhang nun wirklich nichts zu suchen hat.

In der SEL-Entscheidung hat das Regierungspräsidium dieser Kritik insofern Rechnung getragen, als es entscheidend auf die Unzumutbarkeit für das Unternehmen abstellte⁴⁶. Dies ist eine zutreffende Umschreibung der verfassungsrechtlichen Problematik: In der Tat darf das Verbot der Sonntagsarbeit nicht zu Folgen führen, die die Gewerbefreiheit in unzumutbarer Weise beeinträchtigen, die den Bestand des Unternehmens aufs Spiel setzen würden. Die daraus gezogenen Konsequenzen einer Zehn-Prozent-Klausel sind jedoch gleichfalls angreifbar, zumal sich diese nicht auf ein potentiell hundertprozentiges Ergebnis, sondern auf die bei unterbrochener Arbeit erzielten »guten Stücke« bezieht. Für Eingriffe in die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Durchschnittsmaßstäbe entscheidend; nur wenn *im Normalfall* ein Unternehmen die in Frage stehenden Nachteile nicht in Kauf nehmen könnte, ist Art. 12 Abs. 1 GG verletzt⁴⁷. Daß dies gerade dann der Fall sein soll, wenn die Schrottrate durch die Arbeitsunterbrechung am Sonntag um 10 % steigt, ist nicht einsehbar; notwendig wäre, die Konsequenzen für das in Frage stehende und andere Unternehmen im einzelnen zu untersuchen.

Man mag dem entgegenhalten, daß es unter solchen Umständen Unternehmern schwerfallen wird, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 105c Abs. 1 Ziffer 4 GewO zu belegen. Dies trifft zu. Die genannte Vorschrift hat jedoch weder ihrer Entstehungsgeschichte⁴⁸ noch ihrem Wortlaut nach die Funktion, das Haupteinfallstor für Sonntagsarbeit zu sein. Wenn ein wirkliches verbreitetes Bedürfnis besteht, ist von der Ermächtigung des § 105d Gebrauch zu machen; der bei weitem größte Teil industrieller Sonntagsarbeit ist auf dieser Basis erlaubt worden⁴⁹. Hinzu kommt eine weitere Erwägung. Im Bereich des Feiertagsrechts legt die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sehr strenge Maßstäbe zugrunde. Unter Berufung auf Art. 139 WRV wird beispielsweise das Verbot eines privaten Kfz-Markts⁵⁰ und die Schließung einer Videothek⁵¹ bestätigt. Auch ein Flohmarkt soll nicht zulässig sein⁵². Selbst wenn man einmal davon absieht, daß es hier um »freizeitnahe« Aktivitäten geht, sind alle drei Betätigungen auf Freiwilligkeit aufgebaut. Niemand ist wirtschaftlich oder gar rechtlich gezwungen, sich an derlei Geschäften zu beteiligen. Anders bei der Sonntagsarbeit nach der Gewerbeordnung: Hier geht es darum, daß die einzelnen Beschäftigten aus der Abhängigkeit des Arbeitnehmers heraus größte Schwierigkeiten haben, »Nein« zu einem Einsatz am Sonntag zu sagen. Von daher ist die Abweichung vom »Normalbild« des Sonntags sehr viel gravierender, wenn die Gewerbeaufsicht die Inanspruchnahme von § 105c Abs. 1 GewO duldet. Will man keine deutlichen Wertungswidersprüche in Kauf nehmen oder sich gar dem Vorwurf aussetzen, den Kleinhändler zu verfolgen und IBM zu schonen, so muß die Praxis zu § 105c geändert werden: Die Maßstäbe müssen im industriellen Bereich eher strenger als im Feiertagsrecht sein; wer selbst einen Flohmarkt verbietet, darf nicht schon bei 5 % Ausschluß alle bisherigen Grundsätze vergessen.

Soweit § 105c Abs. 1 Ziffer 4 auch unter diesen Bedingungen eingreift, beschränkt er sich auf die Zulassung derjenigen Arbei-

ten, die ein Verderben von Rohstoffen oder ein Mißlingen von Arbeitserzeugnissen verhindern⁵³. Dies läuft in aller Regel nicht auf eine vollkontinuierliche Arbeit hinaus; nur wenn diese das einzige Mittel ist, um die im Gesetz angesprochenen Schäden zu verhindern, kann auch sie durchgeführt werden.

IV. Durchsetzungsprobleme

Im Streitfall ist es Sache der Unternehmen, die Voraussetzungen des § 105c Abs. 1 GewO darzutun und zu beweisen. Dies gilt auch für das Fehlen technischer Alternativen und für die mangelnde Zumutbarkeit⁵⁴. Diese Beweislastregel ist auch dann anzuwenden, wenn ein Unternehmen gegen eine Untersagungsverfügung gerichtlich vorgeht; die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts geht zu seinen Lasten.

Schwierig wird die Situation, wenn die Gewerbeaufsicht Sonn- tagsarbeit duldet, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Eine verwaltungsgerichtliche Klage hängt davon ab, daß ein einzelner in seinen Rechten verletzt ist. Dies kann ein Konkurrent sein, dem eine vergleichbare »Wohltat« verweigert wird⁵⁵, ggf. auch ein Arbeitnehmer⁵⁶. Was fehlt, ist eine Instanz, die das Gemeingut »Sonntagsruhe« gerichtlich verteidigen könnte. Insoweit ist der Ausgangspunkt kein anderer als im Umweltschutz, wo das überkommene individualistische Rechtsschutzsystem gleichfalls nicht ausreicht⁵⁷. Nötig wäre eine Verbandsklage, die den Instanzen einzuräumen wäre, die sich als Sachwalter der Arbeitsruhe an Sonntagen verstehen: Gewerkschaften und Kirchen. Solange sich kein mutiger Richter findet, der ein solches Klagerecht schon auf der Grundlage des geltenden Rechts anerkennt, bleibt nur der Weg des politischen Engagements: Wir müssen immer wieder deutlich machen, daß es bei

der Sonntagsruhe um mehr geht als um einige neue Schichtpläne. Auf dem Spiel steht ein Stück jenes gemeinsamen Sockels, auf dem unsere Gesellschaft ruht, auf dem Spiel steht ein Stück kollektiver Sicherung, das notwendige Voraussetzung für jede Form individueller Lebensgestaltung ist. Ohne ein solches Fundament der Gemeinsamkeit ist alle individuelle Freiheit nur ein trügerisches Versprechen, eine moderne Variante der traditionsreichen Bauernfängerei. Daß man nicht beliebig Landschaft verbrauchen oder Wasser verschmutzen darf, hat sich inzwischen herumgesprochen. Warum soll für soziale und kulturelle Errungenschaften anderes gelten?

Anmerkungen

- 1 S. § 7.5 des Manteltarifvertrags für die Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden von 1987: »Die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit kann gleichmäßig oder ungleichmäßig auf Werktage von Montag bis Freitag verteilt werden.«
- 2 Dazu Ulber CR 1988, 399
- 3 S. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hg.), *Arbeitszeit '87. Ein Report zu Arbeitszeiten und Arbeitszeitpräferenzen der Beschäftigten in der Bundesrepublik*, Düsseldorf 1987, S. 43: 13 % aller Beschäftigten arbeiten jedes Wochenende, 19 % ein- bis zweimal im Monat, 10 % »selten im Jahr«.
- 4 S. die Nachweise in der Fn 3 genannten Studie
- 5 Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (oben Fn 3), S. 48. Weitere Angaben bei Däubler, Beilage 7/1988 zu DB, S. 3
- 6 Weitere Beispiele bei Albracht, »Rechtliche Aspekte – Wochenendarbeit und Gewerbeordnung«, in: IG-Metall, *Konflikt um Sonntagsarbeit*, Tagungsprotokoll der High-Tech-Tagung vom 9. 12. 1987 in München, S. 11 f.
- 7 Dazu Zachert AuR 1988, 129 ff.

- 8 Mattner *NJW* 1988, 2207
- 9 Leinemann *NZA* 1988, 343
- 10 S. insbes. Mattner, *Sonn- und Feiertagsrecht*, Köln u.a. 1988, S. 30ff.; Richardi, *Grenzen industrieller Sonntagsarbeit*, Bonn 1988, S. 40 ff.; Ulber *CR* 1988, 400 ff.
- 11 Richardi, S. 40
- 12 BVerwG vom 19. 4. 1988, BVerwG 79, 236 = AP Nr. 32 zu Art. 140 GG mit Anmerkung Däubler
- 13 Ebenso OVG Lüneburg *NJW* 1985, 448; BayObLG *BayVBL* 1987, 59; VGH München *NJW* 1987, 2604; Dirksen, *Das Feiertagsrecht*, Köln 1961, S. 8, 26; Hemmrich, in: von Münch (Hg.), *GG-Kommentar*, 2. Aufl., Art. 140 Rn 41.
- 14 S. Dirksen S. 6 f.
- 15 S. die Gemeinsame Erklärung des Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Sonntagsarbeit, in wesentlichen Auszügen abgedruckt in *RdA* 1988, S. 166 ff.
- 16 Dazu insbes. auch Häberle, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaats*, Berlin 1987, S. 34 f.
- 17 Häberle S. 58; Richardi S. 45
- 18 BVerwG vom 19. 4. 1988, BVerwGE 79, 236, 240 = AP Nr. 32 zu Art. 140 GG. Ebenso BVerwG vom 15. 3. 1988, BVerwGE 79, 118, 126 = AP Nr. 31 zu Art. 140 GG
- 19 BayObLG *NJW* 1985, 3091. Vgl. weiter OVG Münster *NZA* 1986, 479
- 20 Pirson, *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 3152
- 21 Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. II, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 1987, Rn 1286; ähnlich Richardi S. 51
- 22 Mattner *NJW* 1988, 2207
- 23 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt/M. 1981, S. 171 ff.
- 24 Wenn hier von »einem Stück« Freiheit die Rede ist, so geschieht dies bewußt: Man kann die Hetze von 5 oder 6 Werktagen nicht über Nacht abschütteln, der durch Arbeit erworbene Lebensstandard wirkt sich auch auf Freizeitmöglichkeiten aus, wer Porsche fährt, findet möglicherweise mehr Beachtung usw. Dennoch ist dieses kleine Reich der Freiheit – heute eine Art Refugium – möglicher-

- weise die Vorwegnahme einer besseren Zukunft. Auch ist nicht zu übersehen, daß große gesellschaftliche Umbrüche nur dann erfolgen, wenn – wie im Krieg – dieses »eigentliche Leben« in Gefahr geriet. Heute wird es weniger durch staatliche Reglementierung als durch immer umfassendere Kommerzialisierung bedroht.
- 25 Zur Funktion des Wochenendes s. die Gemeinsame Erklärung (oben Fn 15) sowie insbes. Rinderspacher, *Am Ende der Woche. Die soziale und kulturelle Bedeutung des Wochenendes*, Bonn 1987, S. 76 ff. Wichtig weiter die Beiträge in Przybylski-Rinderspacher (Hg.), *Das Ende gemeinsamer Zeit? Risiken neuer Arbeitszeitgestaltung und Öffnungszeiten*, Bochum 1988
- 26 Mattner *NJW* 1988, 2208
- 27 Ein absolutes Arbeitsverbot scheint Hintner (*CR* 1988,484) den Kritikern der Sonntagsarbeit zu unterstellen – ein Pappkamerad, der sich unschwer abschießen läßt.
- 28 Dazu Ulber *CR* 1988, 401
- 29 Eingehender Däubler, Beilage 7/1988 zu *DB*, S. 5 f. Vgl. auch Häberle S. 55 und Richardi S. 54
- 30 Pirson, *Evangelisches Staatslexikon*, Sp. 3154; Richardi S. 57; Ulber *CR* 1988, 401; selbst Leinemann *NZA* 1988, 337
- 31 Vgl. BVerwH vom 15. 3. 1988, BVerwGE 79, 118, 129 = AP Nr. 31 zu Art. 140 GG: »Der verfassungsgesetzlich gewährleistete Schutz des Sonntags begrenzt das verfassungsgesetzlich gewährleistete Maß beruflicher Betätigung auf das mit der Zweckbestimmung des Sonntags noch vereinbare Maß.« Ähnlich die Entscheidung vom 19. 4. 1988, Urteilsausfertigung S. 16, die auch Art. 14 GG einbezieht. Wie hier in der Literatur insbes. Richardi S. 53; Ulber *CR* 1988, 402
- 32 Ulber *CR* 1988, 401
- 33 So in der Tat Hintner *CR* 1988, 486, wonach die technischen Vorgänge jederzeit so geändert werden können, daß Sonntagsarbeit notwendig wird.
- 34 Wie hier Richardi S. 58; Ulber *CR* 1988, 401; für Minimierung der Sonntagsarbeit auch Mattner *NJW* 1988, 2207. Vgl. weiter auch Zwickel, in: *IG-Metall, Konflikt um Sonntagsarbeit* (oben Fn 6), S. 49: Soziale Vorgabe für die Entwicklung von Technik. Anders Leinemann *NZA* 1988, 337

- 35 Entscheidung vom 26. Juli 1988 (Az.: 71-5511-13-2/SEL), S. 49 f.
- 36 Entscheidung vom 8. April 1988 (AZ.: 71-5511-13/2 IBM), S. 22
- 37 Der Vorwurf von Hintner (CR 1988, 486), einen anderen Technikeinsatz zu verlangen, sei »abwegig«, richtet sich unter diesen Umständen auch gegen das Regierungspräsidium. Daß Abqualifizierungen keine Argumente ersetzen, sei am Rande vermerkt.
- 38 S. Verordnung vom 7. 7. 1961, *BGBI* I, 900
- 39 Albracht (oben Fn 6), S. 14
- 40 »... Sofern nicht diese Arbeiten an Werktagen vorgenommen werden können.«
- 41 Einzelheiten bei Däubler, Beilage 7/1988 zu *DB*, S. 10
- 42 S. oben Fn 36
- 43 S. oben Fn 35
- 44 Pirson (*Evangelisches Staatslexikon*, Sp. 3154) stellt mit Recht auf vom Unternehmer »nicht zu vertretende Umstände« ab, die allein Sonntagsarbeit rechtfertigen könnten.
- 45 In der Literatur erwähnt etwa bei Ulber *AuR* 1987, 254 Fn 52
- 46 S. oben Fn 35, S. 45 ff.
- 47 Vgl. BVerfGE 16, 147, 163; 30, 292, 313; bestätigt in BVerfG *DB* 1988, 605
- 48 Richardi S. 84
- 49 S. neben der Verordnung für die Eisen- und Stahlindustrie (oben Fn 38) die Verordnung für die Papierindustrie von 1963 sowie die Bekanntmachung von 1895, die insbes. die chemische Industrie betrifft. Der Wortlaut ist abgedruckt u. a. bei Landmann-Rohmer, *GewO* Bd II Nr. 570
- 50 BVerwG, Entscheidung vom 15. 3. 1988, BVerwGE 79, 118 ff. = AP Nr. 31 zu Art. 140 GG
- 51 BVerwG, Entscheidung vom 19. 4. 1988, BVerwGE 79, 236 ff. = AP Nr. 32 zu Art. 140 GG mit Anmerkung Däubler
- 52 BayObLG *BayVBl* 1987, 58; OVG Münster *NJW* 1987, 2602
- 53 Richardi, S. 82 ff.
- 54 Ulber *CR* 1988, 406. Grundsätzlich ebenso Regierungspräsidium Stuttgart in der SEL-Entscheidung (oben Fn 35), S. 31
- 55 Dazu Däubler, Beilage 7/1988 zu *DB*, S. 16
- 56 Die §§ 105b ff. *GewO* haben arbeitnehmerschützenden Charakter (OVG Münster *NJW* 1987, 2603), das Rechtsschutzbedürfnis sollte

nicht daran scheitern, daß eine Berufung auf das Arbeitsverbot nach § 105a GewO im Verhältnis zum Arbeitgeber theoretisch möglich wäre. Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitnehmer kraft Arbeitsvertrags zur Leistung von Sonntagsarbeit verpflichtet ist – nur in einem solchen Fall wird sein faktischer Pflichtenstatus durch die Untätigkeit der Gewerbeaufsicht erweitert.

- 57 Dazu Däubler, »Rechtliche Aspekte des Umweltschutzes«, in: *Jahrbuch Arbeit und Technik in Nordrhein-Westfalen*, Bonn 1988, S. 27 f.