

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der Arbeitsvertrag — ein Mittel zur Verlängerung der Wochenarbeitszeit?

I. Das Problem

Die Wochenarbeitszeit wird in der Bundesrepublik durch Tarifvertrag festgelegt. Die Metall-Tarifrunde 1990 war schon im laufenden Jahr Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen, soll sie doch den endgültigen Durchbruch zur 35-Stunden-Woche bringen. Alle Beteiligten gehen stillschweigend davon aus, daß eine entsprechende Tarifnorm wirksam und verbindlich ist; würde im Einzelfall länger gearbeitet, wäre dies nur in Form von Überstunden möglich. Nur soweit der Tarifvertrag selbst eine „Bandbreite“ für die individuelle Regelarbeitszeit vorsieht, kann diese im Einzelfall variieren¹⁾. Diese Voraussetzung bedarf möglicherweise der Revision. In der arbeitsrechtlichen Literatur sind vermehrt Stimmen laut geworden, die eine arbeitsvertragliche Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit zulassen wollen. Mit Zustimmung der Beschäftigten könnte man so nicht nur eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung „ungeschehen“ machen, sondern beispielsweise auch zur 40-Stunden-Woche zurückkehren.

Als erster entwickelte Joost im Jahre 1984 die Auffassung, die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer über den Tarif hinausgehenden Wochenarbeitszeit könne „günstiger“ und deshalb nach § 4 Abs. 3 TVG gestattet sein²⁾.

Dabei bedürfe es einer genauen Prüfung der konkreten Arbeits- und Lebensumstände; so könne etwa bei „einfacher Bürotätigkeit“ die Überschreitung einer tariflichen 35-Stunden-Woche wegen des höheren Einkommens günstiger sein, während dies bei Schichtarbeit nicht der Fall wäre³⁾.

Buchner hat sich dem im Grundsatz angeschlossen⁴⁾ und hinzugefügt, daß eine solche vertragliche Abmachung nicht den tariflichen Regeln über Mehrarbeit unterliege; pro „Zusatz-Vertragsstunde“ wäre als Minimum daher nur der tarifliche Lohnsatz zu vergüten⁵⁾. Andere Autoren vertreten den Standpunkt, es sei schwierig zu entscheiden, ob „länger arbeiten und mehr verdienen“ günstiger sei als die Beschränkung auf die tarifliche Arbeitszeit und Vergütung; in solchen Fällen müsse letztlich die (im Arbeitsvertrag zum Ausdruck gekommene) Präferenz des einzelnen Arbeitnehmers maßgebend sein⁶⁾. Schließlich wird betont, zumindest die Ausschöpfung eines vom Tarifvertrag gelassenen Spielraums erweise sich für den Arbeitnehmer als günstiger⁷⁾. Entscheidende Bedeutung besitzt bei allen Autoren die Erwägung, daß tarifliche Wochenarbeitszeiten von weniger als 40 Stunden nicht mehr dem Gesundheitsschutz dienen sondern in erster Linie beschäftigungspolitische Zwecke verfolgen; das traditionelle Argument, es sei nicht „günstiger“, durch längere Arbeitszeiten die eigene Gesundheit aufs Spiel zu setzen, verfange daher nicht mehr.

Zöllner ist jüngst noch um einige Schritte über diese Position hinausgegangen⁸⁾. Die beschäftigungspolitisch motivierte Statuierung einer Wochenarbeitszeit überschreite die Grenzen der Tarifmacht (so daß sie schon deshalb keine Grenze für einzelvertragliche Gestaltungen darstellen kann).

Durch Arbeitszeiten von weniger als 40 Stunden würde überdies höchstwahrscheinlich das Grundrecht des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, da entweder schon die objektive Eignung zur „Beschäftigungsförderung“ fehle oder jedenfalls ein unverhältnismäßiger Eingriff vorliege, wenn auch Arbeitnehmergruppen einbezogen würden, für die es gar keine Arbeitsmarktprobleme gebe. Höchststarbeitszeiten wären aus denselben Gründen auch ein unzulässiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Arbeitnehmer. Selbst wer dies alles nicht anerkenne, müsse wenigstens zugestehen, daß eine längere Arbeitszeit jedenfalls insoweit günstiger sei, als der durch Gesetz festgelegte Gesundheitsschutz nicht in Frage gestellt wäre.

Die Auseinandersetzung mit diesen Thesen hielt sich bisher in engen Grenzen. Dies mag damit zusammenhängen, daß seit der Weimarer Zeit eine festgefügte herrschende Meinung existiert,

wonach die Wochenarbeitszeit durch Tarifvertrag verbindlich festgelegt werden kann und wonach es niemals „günstiger“ ist, arbeitsvertraglich eine längere Dauer vorzusehen⁹⁾. Auch die Tatsache, daß das BAG schon vor Inkrafttreten des BUrlG den Standpunkt vertrat, ein tariflich vorgesehener Freizeitausgleich könne nicht durch eine Zusatzvergütung abgegolten werden¹⁰⁾, mag mit zur allgemeinen Überzeugung beigetragen haben. Widerspruch hat der „neue Ansatz“ der Sache nach bei *Belling* gefunden¹¹⁾; die Arbeitsvertragsparteien dürften die beschäftigungspolitische Zielsetzung des Tarifvertrags nicht unterlaufen. Weiter haben *Hess/Schlochauer/Glaubitz*¹²⁾ darauf verwiesen, eine längere Arbeitszeit bringe gleichermaßen Vorteile wie Nachteile und sei deshalb für einen Günstigkeitsvergleich ungeeignet. Dieser Position hat sich das LAG Baden-Württemberg angeschlossen¹³⁾. Weiter wird betont, daß die einzelvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit nur zur Entstehung tariflich geregelter Mehrarbeit führe¹⁴⁾. Schließlich wird auf den notwendigen Funktionsschutz des Tarifvertrags verwiesen; lasse man eine vertragliche Verlängerung zu, so verliere die Tarifnorm jede Verbindlichkeit, da eine Unterschreitung in Form von Teilzeitarbeit jederzeit möglich sei¹⁵⁾.

Der Diskussionsstand macht eine nähere Auseinandersetzung unabweisbar¹⁶⁾. Dabei soll zunächst die verfassungsrechtliche Dimension (unten II), sodann die Handhabung des Günstigkeitsprinzips untersucht werden (unten III).

II. Tarifliche Arbeitszeitverkürzung als Verfassungsverstöß?

1. Ziele der Arbeitszeitverkürzung

Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Thesen zum Vorrang des Arbeitsvertrags ist die Feststellung, in der tariflichen Arbeitszeitpoli-

1) Sog. Arbeitszeitdifferenzierung. S. als Beispiel § 7.1 des MTV für Arbeiter und Angestellte der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden 1988, wonach die individuelle regelmäßige Arbeitszeit zwischen 36,5 und 39 Stunden wöchentlich betragen kann, soweit ein betrieblicher Durchschnittswert von 37 Stunden eingehalten wird.

2) Joost, ZfA 1984 S. 176 ff.

3) Joost, ZfA 1984 S. 180.

4) Buchner, in: Hromadka (Hrsg.), Arbeitszeitrecht im Umbruch, 1988, S. 3 ff.; ders., Entscheidungsanmerkung, DB 1989 S. 2029 f.

5) Buchner, in: Hromadka (Hrsg.), Arbeitszeitrecht im Umbruch, S. 20 f.

6) Von Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, ZfA 1988 S. 313; wie Joost auch von Hoyningen-Huene, NZA 1985 S. 14.

7) Richardl, NZA 1985 S. 174; letztlich unentschieden gegenüber den Thesen von Joost, ders. NZA 1984 S. 390.

8) Zöllner, DB 1989 S. 2121 ff.

9) S. statt aller Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 609; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1959, S. 423; Richardl, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 378; Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, 1957, S. 80.

10) BAG DB 1956 S. 1210 = AP Nr. 1 zu § 817 BGB.

11) Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 183.

12) BetrVG, 3. Aufl., 1987, § 87 Rdn. 136, 138.

13) DB 1989 S. 2028.

14) Hanau, NZA 1985 S. 74.

15) Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 8. Aufl. 1986, S. 163. Ablehnend gegenüber der Anwendung des Günstigkeitsprinzips auch Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, 2. Aufl. 1989, § 4 Rdn. 166a; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl. 1987, § 204 VI 2c; Zachert, Die Sicherung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, 1989, S. 56.

16) Zöllner (DB 1989 S. 2121) verweist ausdrücklich auf eine in Kürze zu erwartende BAG-Entscheidung, die jedoch wegen eines inzwischen erklärten Klageverzichts nicht mehr ergehen wird (vgl. Handelsblatt vom 30. 11. 1989 S. 4).

tik habe sich ein Wandel vollzogen: Während früher der Gesundheitsschutz und das Interesse an mehr Freizeit dominiert hätten, stünden heute beschäftigungspolitische Ziele bei weitem im Vordergrund. Beides trifft nicht zu.

Die Forderung nach Arbeitszeitverkürzung ist im Grunde so alt wie die Gewerkschaftsbewegung selbst. Ursprünglich, d. h. in den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts war dabei in der Tat der Schutz vor übermäßigem Gesundheitsverschleiß und die Forderung nach einem Minimum an Freizeit dominierend¹⁷⁾. Schon die Einführung des 8-Stunden-Tags im Jahre 1918 hatte jedoch auch beschäftigungspolitische Bedeutung, da die aus dem Krieg zurückströmenden Soldaten wieder in den Arbeitsprozeß eingegliedert werden mußten¹⁸⁾.

Mitte der 20er Jahre wurde von gewerkschaftlicher Seite gleichermaßen die Persönlichkeitsschützende wie die arbeitsmarktpolitische Funktion betont¹⁹⁾, während die 1929/30 erhobene Forderung nach der 40-Stunden-Woche angesichts der immer schlimmer werdenden Massenarbeitslosigkeit primär beschäftigungspolitisch motiviert war²⁰⁾. Nach dem Zweiten Weltkrieg standen zunächst andere Fragen im Vordergrund. Erst im DGB-Aktionsprogramm von 1955²¹⁾ wurde die 5-Tage-Woche mit insgesamt 40 Arbeitsstunden nachdrücklich gefordert. Wenn sich die Begründung ausschließlich auf das Interesse des Einzelnen an besserem Gesundheitsschutz und mehr Freizeit stützte²²⁾, so läßt sich dies unschwer mit der Arbeitsmarktlage erklären: Bei sich abzeichnender Vollbeschäftigung wäre eine andere Argumentation wenig glücklich gewesen. Seit Mitte der 70er Jahre hat sich diese Rahmenbedingung jedoch wieder geändert: Die Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen ist ein wichtiger Gesichtspunkt z. B. in der Metall-Tarifrunde 1984 gewesen²³⁾ und wird auch derzeit als einer von drei „guten Gründen“ für Arbeitszeitverkürzung angeführt²⁴⁾.

Ein kurzer Blick in die Geschichte macht somit deutlich, daß von einer Zäsur nicht die Rede sein kann; das Grundmuster der gewerkschaftlichen Forderungen ist vielmehr konstant geblieben. Seit Jahrzehnten wird in Zeiten der Arbeitslosigkeit auch der beschäftigungspolitische Aspekt betont.

Denkbar wäre allerdings, daß einzelne Autoren den Standpunkt vertreten, es komme allein darauf an, ob bestimmte Vorstellungen sachlich einleuchtend seien; bei Unterschreitung der 40-Stunden-Woche könne aber im Regelfall weder der Gesundheitsschutz noch das Interesse an mehr Freizeit herangezogen werden²⁵⁾. Abgesehen davon, daß sich eine solche Bewertung schwerlich mit der Respektierung der Tarifautonomie vereinbaren läßt — sie könnte sich auch nicht auf Tatsachen stützen.

Die sog. arbeitsgebundenen Zeiten sind nicht mit der „Netto-Arbeitszeit“ von 7,5 oder 8 Stunden täglich identisch; zählt man Wegezeiten, Pausen und gelegentliche Überstunden hinzu, so bedeutet dies, daß der einzelne Arbeitnehmer montags bis freitags zwischen 9,5 und 10 Stunden von zuhause abwesend ist²⁶⁾. Rechnet man die sog. physiologischen Notwendigkeiten hinzu — 8 Stunden Schlaf, etwa 1,5 Stunden für Mahlzeiten und etwa 1 Stunde für persönliche Hygiene — so reduziert sich die „Freizeit“ an Werktagen auf 3 bis 4 Stunden²⁷⁾. Diese Zeit steht wiederum nicht zur beliebigen freien Verfügung. Sie ist vielmehr zu einem beträchtlichen Teil durch Tätigkeiten im Haushalt vom Einkaufen über die Kindererziehung bis zum Do-it-yourself und zur Nachbarschaftshilfe okkupiert, was auf 3 Stunden täglich veranschlagt wird²⁸⁾. Der Stellenwert dieser Betätigungen variiert sehr stark je nach den konkreten wirtschaftlichen Bedingungen und den Wertvorstellungen über die Rollenverteilung von Mann und Frau, die in einer bestimmten Familie bestehen. Legt man einen Durchschnittswert von 3 Stunden zugrunde, so bedeutet dies, daß montags bis freitags höchstens noch 1 Stunde an „verhaltensbeliebiger Zeit“ zur Verfügung steht.

Freizeit im eigentlichen Sinne findet am Wochenende statt. Wie man unter diesen Umständen das Freizeitargument als „überholt“ abtun will, erscheint schwer nachvollziehbar.

Nicht besser steht es um die Überlegung, der Gesundheitsschutz brauche bei der Arbeitszeitverkürzung keine Rolle mehr zu spielen. Die Klagen über zu hohes Arbeitstempo, über die Zunahme von Schichtarbeit, die Belastungen durch Lärm, körperliche Zwangshaltung, Monotonie und soziale Isolation²⁹⁾ machen deutlich, daß ein Weniger an Arbeit eben auch ein Weniger an gesundheitlichen Belastungen bedeutet. Wenn *Ursula Lehr* darauf verweist, daß vier Fünftel aller Arbeitnehmer vor Vollendung des 62. Lebensjahres aus dem Arbeitsprozeß ausscheiden³⁰⁾, so kann

wohl niemand ernsthaft behaupten, daß dies allein auf Schadstoffe in der Umwelt oder auf „unvernünftiger“ Lebensführung beruhe. Einzelheiten mögen umstritten sein³¹⁾ — eine Umorientierung der Arbeitszeitpolitik ist jedenfalls auch von den objektiven Tatsachen her in keiner Weise ersichtlich.

2. Tarifautonomie und Beschäftigungspolitik

Angesichts dieser Umstände erweist sich die Frage als fiktiv, ob die Grenzen der Tarifmacht überschritten sind, wenn mit einem Tarifabschluß ausschließlich oder überwiegend beschäftigungspolitische Zwecke verfolgt werden. Gleichwohl soll einer Antwort nicht ausgewichen werden. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG und das Tarifvertragsgesetz garantierte Tarifautonomie ist ihrer Natur nach nicht auf die Realisierung bestimmter vorgegebener Zwecke beschränkt. Die sozialen Gegenspieler bestimmen selbst, ob, in welchem Umfang und mit welchen Wirkungen sie von ihren Rechten Gebrauch machen. „Autonomie“ bedeutet gerade auch Freiheit bei der Wahl der verfolgten Zwecke — eine Feststellung, die im Bereich der Privatautonomie völlig unbestritten ist³²⁾. Ob die vorhandenen Verteilungsspielräume ausschließlich für Lohnerhöhungen oder auch für Arbeitszeitverkürzungen verwendet werden, unterliegt der freien Entscheidung der Beteiligten; die grundgesetzliche Konzeption der Tarifautonomie kennt weder einen Zwang zum Egoismus noch eine Verpflichtung zu altruistischem Tun. Die staatliche Beschäftigungspolitik hat die von den Tarifparteien gesetzten Daten zu berücksichtigen; wird ihre Aufgabe dadurch erleichtert, daß das vorhandene Arbeitsvolumen unter eine größere Zahl von Beschäftigten aufgeteilt wird, kann nicht von einer unzulässigen „Verschiebung“ der Gewaltenteilung hin zu Verbänden die Rede sein, die ihrer Struktur nach die gesamtwirtschaftliche Dimension nicht ausreichend berücksichtigen könnten³³⁾. Würde man diese Vorstellung konsequent weiterdenken, wäre auch ein

¹⁷⁾ Eingeh. *Scharf*, Geschichte der Arbeitszeitverkürzung, 1987, S. 127 ff.

¹⁸⁾ Dazu *M. Schneider*, Streit um Arbeitszeit, 1984, S. 104; *Schudlich*, WSI-Mitt. 1983 S. 201 f.

¹⁹⁾ *M. Schneider*, a.a.O., (Fn. 18) S. 128.

²⁰⁾ *Scharf*, a.a.O. (Fn. 17), S. 538 ff. (mit Beispielen zur Realisierung auf S. 575 ff.) und *M. Schneider*, a.a.O. (Fn. 18) S. 139.

²¹⁾ Wiedergegeben bei *M. Schneider*, a.a.O. (Fn. 18), S. 244.

²²⁾ Näher *Deutschmann/Dybowski-Johannson*, MittAB 1979 S. 324 f.

²³⁾ S. Der Gewerkschafter Heft 7/1983, S. 11 f.

²⁴⁾ S. die drei Gründe in: Der Gewerkschafter Heft 8a/1989, S. 9 („Arbeitsplätze sichern und schaffen“), S. 17 („Mehr freie Zeit. Für mehr Gemeinsamkeit und Menschlichkeit in der Gesellschaft“), S. 25 („Arbeit soll Freude, nicht krank machen“).

²⁵⁾ So spricht etwa *Zöllner* (DB 1989 S. 2123 li. Sp.) von „Luxusfreizeit“, was in diese Richtung weisen könnte.

²⁶⁾ S. den Überblick bei *Hildebrandt/Pöllmann*, in: Kissel (Hrsg.), Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 26 (1989), S. 50; *Osterland/Deppe* u. a., Materialien zur Arbeits- und Lebenssituation der Industriearbeiter in der Bundesrepublik Deutschland, 1973, S. 61 ff. (Die Untersuchung ist weiterhin verwendbar, da sich die tägliche Arbeitszeit und die Wegezeiten nur unwesentlich verändert haben). Zur Gesamtproblematik s. auch *Schlösser*, Freizeit und Familienleben von Industriearbeitern, 1981.

²⁷⁾ *Osterland/Deppe* u. a., a.a.O. (Fn. 26), S. 229 m. w. N.

²⁸⁾ *Osterland/Deppe* u. a., a.a.O. (Fn. 26), S. 230. Die Veranschlagung dieser sog. persönlich gebundenen Zeit mit etwa einer Stunde bei *Hildebrandt/Pöllmann*, a.a.O. (Fn. 26), S. 50, erscheint wenig sachgerecht. Vgl. weiter *Oppolzer*, Handbuch Arbeitsgestaltung, 1989, S. 50.

²⁹⁾ Der Gewerkschafter Heft 8a/1989, S. 26, 28.

³⁰⁾ *Lehr*, Pensionierung, in: Gerontologie, medizinische, psychologische und sozialwissenschaftliche Grundbegriffe, herausgegeben von Oswald/Hermann/Kanowski/Lehr/Thomae, 1984, S. 320.

³¹⁾ Der Hinweis auf die längeren Arbeitszeiten von Selbständigen bringt allerdings keinen Erkenntnisfortschritt — selbstbestimmte Arbeit ist nicht mit der Tätigkeit am Fließband oder der Registrierkasse zu vergleichen. Man könnte sich allerdings die Frage stellen, inwieweit die Schaffung von mehr Entscheidungsspielraum am Arbeitsplatz einen positiven Einfluß auf die gesundheitliche Verfassung von Arbeitnehmern haben kann — hier ist vermutlich noch zu wenig nachgedacht worden.

³²⁾ Insoweit völlig zutreffend *Zöllner*, AcP 188 (1988), S. 95.

³³⁾ So aber *Zöllner*, DB 1989 S. 2122.

bescheidener Lohnstarif (im Extremfall eine „Null-Runde“) verfassungsrechtlich bedenklich, sofern man dabei Mittel für die Schaffung von Arbeitsplätzen freimachen wollte. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht bislang noch nie auch nur im entferntesten erwogen, die Tarifautonomie in dieser Weise einzuengen³⁴); die des öfteren erfolgende Bezugnahme auf die „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“ tendiert trotz ihrer großen Unbestimmtheit sehr viel eher in die Richtung, daß möglichst alle beteiligten Interessen berücksichtigt werden.

3. Verletzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Recht verwunderlich erscheint der Vorwurf, die tarifvertragliche Arbeitszeitverkürzung lasse sich nicht mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbaren: Immerhin liegt seit 1984 in zahlreichen Branchen die Wochenarbeitszeit unter 40 Stunden³⁵), ohne daß bisher ernsthafte, die Verfassung ins Spiel bringende Klagen laut geworden wären. Dies mag es rechtfertigen, nur relativ kurz auf einige Punkte hinzuweisen.

Zum einen ist alles andere als ausgemacht, daß die Tarifparteien an die Grundrechte der Arbeitgeber-Firmen gebunden sind. Dies nicht allein deshalb, weil diese These in der Literatur Kritik erfahren hat³⁶). Für die Praxis gewichtiger ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. 4. 1986³⁷), wonach bei der Auslegung eines Sozialplans Grundrechte (lediglich) insoweit zu berücksichtigen sind, als in ihnen Elemente objektiver Ordnung zum Ausdruck kommen, „die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben“³⁸). Was für die Auslegung gilt, kann für die Überprüfung des Inhalts schwerlich anders beurteilt werden; trotz der normativen Wirkung des Sozialplans ist daher keine volle Grundrechtsbindung anzunehmen. Dasselbe müßte für einen inhaltsgleichen Firmentarif gelten. Für eine Übertragung auf den Verbandstarif spricht, daß sich der einzelne Arbeitgeber diesem durch Austritt entziehen kann: Anders als ein isoliert handelnder Arbeitnehmer wird er vom Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 TVG als mächtig genug angesehen, um seine Interessen im Wege eines Firmentarifs zu wahren. Unter diesen Umständen ist er nicht einer „sozialen Gewalt“ ausgesetzt, was allein eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte rechtfertigen könnte.

Zum zweiten wird auch auf der Basis einer vollen Grundrechtsbindung zu Unrecht unterstellt, daß Eingriffe (nur) unter genau denselben Voraussetzungen zulässig seien, die auch der hoheitlich handelnde Staat zu beachten hätte. Insbes. wird eine Orientierung am Gemeinwohl sowie die Beachtung des Übermaßverbots gefordert³⁹). Damit wird eine Voraussetzung aufgestellt, die gerade nach der Konzeption *Zöllners* nie erfüllbar ist: Sind die Tarifvertragsparteien darauf beschränkt, unter Ausklammerung von Allgemeininteressen (wie z. B. an gerechterer Verteilung des Arbeitsvolumens) einen Kompromiß zwischen den divergierenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien zu finden, so sind sie von vornherein auf die Wahrung von Partikularinteressen festgelegt. Doch auch wenn man dies außer acht läßt und das bewährte Autonomiekonzept beibehält, wird es viele Fälle geben, in denen sich Tarifnormen nicht auf Allgemeininteressen stützen lassen. Dies gilt etwa für viele Lohnerhöhungen. Sie ließen sich unschwer als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers qualifizieren und immer dann für illegal erklären, wenn nicht ausnahmsweise (etwa zur Stärkung der Kaufkraft) das „Gemeinwohl“ eine Aufbesserung gebietet. Dies wäre — mit Verlaub! — das Ende der Tarifautonomie. Mit Recht hat deshalb bislang niemand eine derartige Rechtsauffassung vertreten. Stillschweigend ging man vielmehr immer davon aus, daß „Eingriffe“ auch im Interesse des jeweiligen Gegenspielers zulässig sind. So hat z. B. die Rechtsprechung tarifliche Beschränkungen von Nebentätigkeiten grundsätzlich gebilligt⁴⁰), obwohl sie sich ersichtlich nicht auf ein Gemeinwohlinteresse stützen können. Auch Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers werden im überwiegenden Arbeitgeberinteresse zugelassen⁴¹). Von daher kann es nur darum gehen, ein Übermaß an Belastungen zu verhindern. Dabei ist den Tarifparteien allerdings ein erheblicher Einschätzungsspielraum

zuzubilligen, wäre andernfalls doch der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Autonomiespielraum unter der Hand beseitigt. Daß die Verkürzung der Wochenarbeitszeit um ein bis zwei Stunden innerhalb eines Jahres diesen Rahmen überschreiten würde, ist nach den bisherigen Erfahrungen nicht ersichtlich.

III. Das Problem des Günstigkeitsvergleichs

1. Gegenstand und Kriterien

Nach § 4 Abs. 3 TVG kann im Arbeitsvertrag zugunsten des Arbeitnehmers von der tariflichen Regelung abgewichen werden. Vergleichsgrößen sind die tarifliche und die vertragliche Ordnung; letztere ist beispielsweise nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des Großen Senats des BAG dann günstiger, wenn sie dem Einzelnen das Recht einräumt, auch nach Vollendung des 65. Lebensjahres zwischen Weiterarbeit und Ruhestand zu wählen⁴²).

Was günstiger ist, bestimmt sich nach dem Interesse des einzelnen Arbeitnehmers; anders als in der Weimarer Zeit kommt es nicht auf das Gesamtinteresse der Belegschaft oder gar aller Arbeitnehmer an⁴³). Dabei ist allerdings ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen; die subjektiven Vorstellungen einzelner Individuen sind ohne Bedeutung. Dies rechtfertigt sich mit dem Gedanken der Rechtssicherheit⁴⁴) sowie mit der Schutzfunktion des Tarifvertrags, die andernfalls auf der Grundlage von Fehleinschätzungen oder vom Arbeitgeber „angeregter“ Willensbekundungen unterlaufen werden könnte⁴⁵). Abzustellen ist darauf, wie ein „verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Anschauungen seines Berufsstandes und der Verkehrensanschauung die arbeitsvertragliche Regelung einschätzen würde“⁴⁶).

Das Günstigkeitsprinzip hat zwingenden Charakter; anders als in der Weimarer Zeit ist es den Tarifvertragsparteien nicht möglich, Höchsttarifbedingungen festzuschreiben⁴⁷). Dies bedeutet, daß es sich um eine definitive, kollektivvertraglich nicht korrigierbare Schranke der Tarifautonomie handelt, so daß eine eher enge Auslegung angemessen erscheint⁴⁸).

Am wenigsten geklärt ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn sich die arbeitsvertragliche von der tariflichen Ordnung in vielerlei Hinsicht unterscheidet. Einig ist man sich darüber, daß zwei Extremfälle ausscheiden: Ein isolierter Vergleich jeder Regelung würde zu einer Art „Rosintheorie“ führen, die den Willen der Beteiligten verfehlt⁴⁹), ein Gesamtvergleich beider „Ordnungen“ wäre praktisch nicht durchführbar oder würde zu schwer nachvollziehbaren rein subjektiven Wertungen des jeweils entscheidenden Richters führen⁵⁰). Notwendig ist statt dessen ein sog. Gruppen-

³⁴) Vgl. etwa BVerfGE 50 S. 290, 370 ff. = DB 1979 S. 593.

³⁵) Nähere Angaben bei *Kurz-Scherf*, WSI-Mitt. 1989 S. 127 ff.

³⁶) *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, RdA 1980 S. 316; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 114; *Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 15), Einleitung Rdn. 139, gegen die hM.

³⁷) BVerfGE 73 S. 261 ff. = DB 1987 S. 279.

³⁸) BVerfGE 73 S. 261, 269 = DB 1987 S. 279.

³⁹) S. *Zöllner*, DB 1989 S. 2123.

⁴⁰) BAG DB 1958 S. 932 = AP Nr. 6 zu Art. 12 GG; BAG DB 1971 S. 581; BAG DB 1977 S. 544.

⁴¹) BAG DB 1987 S. 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anm. *Däubler*.

⁴²) BAG DB 1989 S. 2336 (Presseinformation). Zur Gesamtproblematik der Altersgrenzen s. zuletzt *Stahlhacke*, DB 1989 S. 2339.

⁴³) *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 173; *Buchner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 12; *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 608; *Nikisch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 431; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 381; *Wlotzke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 76.

⁴⁴) *Etzel*, NZA 1987 Beil. 1, S. 24.

⁴⁵) *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 175; von *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, ZfA 1988 S. 313; *Nikisch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 432.

⁴⁶) S. *Etzel*, NZA 1987 Beil. 1 S. 24; ebenso *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 176.

⁴⁷) *Buchner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 10; *Däubler/Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdn. 114; von *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, ZfA 1988 S. 311; *Joost*, ZfA 1984 S. 186; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 365.

⁴⁸) Vgl. *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 186.

⁴⁹) *Dersch/Neumann*, Bundesurlaubsgesetz, 6. Aufl. 1981, § 13 Rdn. 34; *Etzel*, NZA 1987 Beil. 7 S. 24; *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 610.

⁵⁰) *Etzel*, NZA 1987 Beil. 1 S. 24; *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 611.

vergleich, der sachlich zusammengehörende Gegenstände in Beziehung setzt⁵¹). Ergibt sich dabei kein eindeutiges Ergebnis, bleibt es bei der tariflichen Regelung, da die arbeitsvertragliche Abweichung als Ausnahme konzipiert ist⁵²).

2. Anwendung auf den konkreten Fall längerer Arbeitszeiten

Wie oben⁵³) im einzelnen ausgeführt, bedeutet eine Verkürzung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit auch heute noch ein Mehr an Gesundheitsschutz und an Freizeit. Eine gegenläufige arbeitsvertragliche Abmachung, die die Wochenarbeitszeit wieder verlängert, ist daher mit der Preisgabe eines Stücks höchstpersönlicher Rechtsgüter verbunden. Nach traditioneller Auffassung ist dies niemals „günstiger“. Dem wird nunmehr entgegengehalten, daß das Gesundheitsargument erst bei Überschreitung der gesetzlichen Grenzen, insbes. der von der AZO festgelegten ins Spiel komme. Außerdem verfüge der Arbeitnehmer heute über so viel Freizeit, daß eine gewisse Einbuße weniger schwer wiege als die damit erreichte Verdiensterhöhung⁵⁴). Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man davon ausgeht, die Unterschreitung der 40-Stunden-Woche habe ausschließlich oder vorwiegend beschäftigungspolitische Funktion: Das Solidaropfer nicht zu erbringen ist dann selbstredend günstiger⁵⁵).

Läßt man sich entgegen dem hier Vertretenen auf diese Argumentation ein, müßte zunächst geklärt werden, welche Regelungen man eigentlich vergleicht. Wird etwa wie in dem vom LAG Baden-Württemberg entschiedenen Fall⁵⁶) arbeitsvertraglich die 40-Stunden-Woche vereinbart, so ist die tarifliche Entsprechung hierzu nicht die 37-Stunden-Woche als solche sondern die 37-Stunden-Woche zuzüglich drei Überstunden⁵⁷). Würde der Arbeitnehmer für die von ihm übernommenen zusätzlichen Stunden nur den normalen Satz erhalten, wäre er nicht besser sondern schlechter als nach Tarif gestellt. Die Tatsache, daß Überstunden mit einem Unsicherheitsfaktor verbunden sind, weil der Betriebsrat möglicherweise seine Zustimmung verweigert, fällt nicht wesentlich ins Gewicht, weil Fälle, in denen es allein um die Interessen des „überstundenwilligen“ Arbeitnehmers geht, vom BAG aus dem Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziffer 3 BetrVG ausgenommen werden⁵⁸). Entgegen *Buchner*⁵⁹) könnte daher von einer „Begünstigung“ nur dann die Rede sein, wenn mehr als der tarifliche Überstundensatz bezahlt⁶⁰) oder wenn tarifliche Obergrenzen für Überstunden überschritten werden, ohne daß gleichzeitig die von der AZO und anderem Arbeitszeitrecht gezogenen Grenzen erreicht wären⁶¹). Nur dann, wenn entweder die tariflich vorgesehene (Überstunden-)Vergütung oder die tarifliche Höchst Arbeitszeit überschritten wäre, könnte überhaupt die Frage auftauchen, ob „mehr Arbeiten gegen höhere Vergütung“ günstiger ist als die Ausschöpfung der tariflichen Möglichkeiten.

Eine Antwort ist einmal in der Weise denkbar, daß man die Festlegung der Wochenarbeitszeit als sog. negative Inhaltsnorm qualifiziert, die als Verbot von vornherein nicht dem Günstigkeitsprinzip unterliegt⁶²). Überzeugender als eine solche begriffliche Erwägung scheint demgegenüber die Feststellung, daß es sich um eine Wertungsfrage handelt⁶³), die allerdings nicht auf der Basis individueller Beliebigkeit sondern nur unter Rückgriff auf Entscheidungen beantwortet werden kann, die die Rechtsordnung bei verwandten Problemen getroffen hat.

In erster Linie ist dabei an eine Verkürzung des Jahresurlaubs gegen entsprechend höhere Vergütung zu denken: Eine solche Verlängerung der Jahresarbeitszeit gegen klingende Münze wird nicht nur im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 7 Abs. 4 BUrlG sondern generell abgelehnt⁶⁴). Daß die einzelvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit gleichbehandelt werden muß, wird verschiedentlich als selbstverständlich vorausgesetzt⁶⁵). *Hueck/Nipperdey* haben weiter darauf hingewiesen, tarifliche Arbeitszeitgrenzen müßten wie gesetzliche behandelt werden, könnten also nicht durch Vertrag verlängert werden⁶⁶). *Löwisch* hat betont, eine Verpflichtung zur Samstagsarbeit sei niemals günstiger, da der eigentliche Schutzzweck einer die Samstagsarbeit begrenzenden tariflichen Regelung, das zusammenhängende freie Wochenende zu sichern, verfehlt werde⁶⁷) — auch

dies eine Wertung, die das ideelle Interesse an Freizeit höher als die mögliche Vergütung wertet. Schließlich ist auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 3 BetrVG zu verweisen, das nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des BAG dem Betriebsrat ein Initiativrecht auch in der Richtung einräumt, quantitative Höchstgrenzen für die Leistung von Überstunden vorzusehen⁶⁸). Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, das Mitbestimmungsrecht könne nicht durch einzelvertragliche Abmachungen unterlaufen werden — eine Aussage, die sinnlos wäre, könnte die Höchst Arbeitszeit unter Berufung auf das ja auch im Betriebsverfassungsrecht geltende Günstigkeitsprinzip überschritten werden.

Weder im Urlaubsrecht noch in den anderen Fällen wird jemals eine quantitative Grenze derart gezogen, daß ab einer bestimmten Stundenzahl ein Tausch „weniger Freizeit“ gegen „mehr Vergütung“ möglich wäre; das Abgeltungsverbot gilt auch für die 6. Urlaubswoche. Von daher ist es gar nicht mehr erforderlich, darauf abzustellen, wie ein verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Anschauungen seines Berufsstandes und der Verkehrsanschauung eine entsprechende arbeitsvertragliche Abmachung einschätzen würde⁶⁹); die innere Einheit der Arbeitsrechtsordnung gebietet es, die arbeitsvertragliche Verlängerung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nicht als „günstiger“ zu behandeln. Auch die „Unklarheitenregel“, wonach bei zweifelhafter Günstigkeit die tarifliche Regelung gilt⁷⁰), hat lediglich eine Art Auffangcharakter⁷¹). Dasselbe gilt für das Gebot restriktiver Handhabung des Günstigkeitsprinzips⁷²).

3. Funktionsschutz des Tarifvertrags

Nach allgemeiner Auffassung darf das Günstigkeitsprinzip nicht dazu eingesetzt werden, die Durchführung des Tarifvertrags zu

⁵¹) *Etzel*, NZA 1987 Beil. 1 S. 24; *Schaub*, a.a.O. (Fn. 15), § 204 VI 2b; *Wlotzke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 85.

⁵²) BAG AP Nr. 13 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip. Ebenso in der Literatur die weit überwiegende Meinung; s. etwa *Etzel*, NZA 1987 Beil. 1 S. 24; *Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rdn. 163, 166; *Nikisch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 437; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 384.

⁵³) II 1.

⁵⁴) *Zöllner*, DB 1989 S. 2125.

⁵⁵) Vgl. *Buchner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 9; *von Hoyningen-Huene*, NZA 1985 S. 14.

⁵⁶) DB 1989 S. 2028.

⁵⁷) Richtig *Hanau*, NZA 1985 S. 74. Dafür, daß es nur auf die Gesamtarbeitszeit, nicht jedoch auf die jeweilige Rubrizierung als „Normalarbeitszeit“ oder „Normalarbeitszeit plus Überstunden“ ankommen kann, spricht auch die Entscheidung BAG DB 1971 S. 1919 = AP Nr. 12 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip, wonach die Begründung von zwei selbständigen Teilzeitarbeitsverhältnissen nichts an der Eingruppierung bei der höherwertigen Tätigkeit ändern konnte.

⁵⁸) BAG DB 1986 S. 2391.

⁵⁹) *Buchner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 21.

⁶⁰) So im Fall LAG Baden-Württemberg, DB 1989 S. 2028.

⁶¹) Dazu auch *Däubler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 163.

⁶²) In diese Richtung BAG DB 1956 S. 1210 = AP Nr. 1 zu § 817 BGB; *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl. 1977, § 4 Rdn. 242.

⁶³) Ebenso *Joost*, ZfA 1984 S. 177; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 380.

⁶⁴) *Dersch/Neumann*, BUrlG, § 7 Rdn. 102; eingehend *Neumann*, Anmerkung zu BGH AP Nr. 89 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; ebenso *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 1988, C II 5a.

⁶⁵) *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 183; *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 610; *Schaub*, a.a.O. (Fn. 15), § 204 VI 2c.

⁶⁶) *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 609.

⁶⁷) *Löwisch*, DB 1989 S. 1187.

⁶⁸) BAG-Beschluß vom 13. 6. 1989 — 1 ABR 15/88.

⁶⁹) Dazu überzeugend LAG Baden-Württemberg, DB 1989 S. 2028.

⁷⁰) Oben Fn. 52.

⁷¹) Die Gegenposition, die in solchen Fällen auf den Willen des Arbeitnehmers abstellen will (*von Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, ZfA 1988 S. 313; *Joost*, ZfA 1984 S. 183) überzeugt nicht. Gegen sie sprechen dieselben Erwägungen, die dazu führen, daß beim Günstigkeitsvergleich insgesamt nicht auf die subjektiven Präferenzen des einzelnen Arbeitnehmers abgestellt wird. Dazu oben bei Fn. 44.

⁷²) Dazu oben Fn. 48.

erschweren⁷³⁾ oder gar seine Unabdingbarkeit in Frage zu stellen⁷⁴⁾. Gerade deshalb wird auch die These abgelehnt, untertarifliche Bedingungen seien „günstiger“, wenn andernfalls überhaupt keine Arbeitsmöglichkeit zur Verfügung stünde⁷⁵⁾.

Tarifnormen über die Wochenarbeitszeit würden in vergleichbarer Weise unverbindlich, wollte man im vorliegenden Zusammenhang das Günstigkeitsprinzip anwenden: Da eine Verkürzung in Form von Teilzeitarbeit jederzeit möglich ist⁷⁶⁾, wäre dann keine auch für die Arbeitsvertragsparteien verbindliche Festlegung mehr vorhanden. Die Regelarbeitszeit würde zu einer Art Empfehlung, von der man bei Bedarf jederzeit abweichen könnte. Z. T. wird dies in der Literatur mit vorsichtigen Worten zugestanden⁷⁷⁾, doch scheut man sich, die notwendigen juristischen Konsequenzen zu ziehen: Das Günstigkeitsprinzip darf nicht zu einem Mittel umfunktioniert werden, um einen zentralen Gegenstand aus der Tarifautonomie herauszubringen. Es findet seine immanente Grenze in der durch § 4 Abs. 1 TVG garantierten Unabdingbarkeit.

IV. Zusammenfassung

Die Verkürzung der Wochenarbeitszeit verfolgt nicht nur beschäftigungspolitische Zwecke, sondern dient in gleicher Weise dem

Gesundheitsschutz und der Schaffung von mehr Freizeit. Schon von daher besteht keinerlei Anlaß, eine verfassungsrechtliche Neubewertung der Arbeitszeittarife vorzunehmen. Diese verstößen nicht gegen Grundrechte der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Eine arbeitsvertragliche Verlängerung der Wochenarbeitszeit ist auch nicht „günstiger“ als die tarifliche Regelung, da — ähnlich wie beim „Abkaufen“ des Urlaubs — höchstpersönliche Rechtsgüter zur Disposition gestellt werden. Zudem wären die Arbeitszeittarife funktionslos, da der Arbeitsvertrag „nach oben“ wie „nach unten“ von ihnen abweichen könnte.

⁷³⁾ *Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rdn. 162.

⁷⁴⁾ Vgl. *Hueck/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 577; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 380.

⁷⁵⁾ *Wiedemann/Stumpf*, a.a.O. (Fn. 62), § 4 Rdn. 238; ähnlich *Belling*, a.a.O. (Fn. 11), S. 170; *Nikisch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 430.

⁷⁶⁾ BAG AP Nr. 1 zu § 15 MTB I; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 9), S. 384.

⁷⁷⁾ Vgl. *Buchner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 20, wonach „gewisse Abstriche am Erreichen tarifpolitischer Ziele“ in Kauf zu nehmen seien, oder *Joost* (ZfA 1984 S. 184), der von einem arbeitspolitischen Paradoxon spricht, wenn eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung durch arbeitsvertragliche Gestaltungen wieder rückgängig gemacht werde.

Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Arbeitsverweigerung und Kündigung wegen Gewissensentscheidung

Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen (hier: Mitarbeit an der Entwicklung eines Medikaments gegen Symptome atomarer Verstrahlung) — Berücksichtigung der Gewissensentscheidung im Rahmen des Direktionsrechts — Festhalten am subjektiven Gewissensbegriff — Personenbedingte Kündigung bei fehlender anderer Beschäftigungsmöglichkeit

Vorbericht in DB 1989 S. 1191

BGB §§ 315, 611; KSchG § 1; GG Art. 4

1. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, im Rahmen des billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB, der voraussetzt, daß der Inhalt der geschuldeten Leistung noch zu konkretisieren ist, habe der Arbeitgeber einen ihm offenbaren Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (Bestätigung von BAGE 47 S. 363 = DB 1985 S. 2689 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht).
2. Maßgebend ist der sogenannte subjektive Gewissensbegriff. Dieser setzt voraus, daß der Arbeitnehmer darlegt, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten, die an sich vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Läßt sich aus den festgestellten Tatsachen im konkreten Fall ein Gewissenskonflikt ableiten, so unterliegt die Relevanz und Gewichtigkeit der Gewissensbildung keiner gerichtlichen Kontrolle.
3. Verbietet eine nach § 315 Abs. 1 BGB im Rahmen des billigen Ermessens erhebliche Gewissensentscheidung dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer eine an sich geschuldete Arbeit zuzuweisen, so kann ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund gegeben sein, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht besteht.
4. Die Gewissensentscheidung des Arbeitnehmers schränkt die unternehmerische Freiheit, den Inhalt der Produktion zu bestimmen, nicht ein. Der Arbeitnehmer ist vielmehr nach § 297 BGB außerstande, die geschuldete Leistung zu erbringen.

(Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. 5. 1989 — 2 AZR 285/88)

A. . . . B. I. Der Kläger war bei zutreffender rechtlicher Würdigung durch einen in seiner Person liegenden Grund gehindert, die ihm von der Beklagten zugewiesene Arbeit zu verrichten. Die Kündigung der Beklagten ist daher nur dann nicht sozialwidrig, wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit nicht bestand, was vom LAG nicht überprüft worden ist.

1. Die Weigerung eines Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, ist, nach entsprechender Abmahnung,

an sich regelmäßig geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen (BAGE 47 S. 363, 371 = DB 1985 S. 2689 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht; KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rdn. 250). Der bisher festgestellte Sachverhalt trägt aber nicht die Würdigung des LAG, der Kläger sei nach Aufforderung durch die Beklagte zur Mitarbeit an dem Projekt BRL 43 694 nach der objektiven Rechtslage verpflichtet gewesen.

a) Zwar gehört die Mitarbeit an diesem Projekt in der Form der Supervision zu den Aufgaben des Klägers als Leiter der Human-Pharmakologie. Werden die Leistungspflichten eines Arbeitnehmers in einem Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben, wie dies vorliegend der Fall war, so ist der Arbeitnehmer regelmäßig verpflichtet, den sich innerhalb dieses Rahmens haltenden Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten. Entgegen der Auffassung des LAG ergab sich jedoch eine Einschränkung des Direktionsrechts der Beklagten aus § 315 BGB in Verb. mit Art. 4 GG, denn der Kläger hat der Beklagten einen Gewissenskonflikt offenbart und unter Berufung darauf seine Leistung im Rahmen des Projekts abgelehnt.

b) Aufgrund seines Weisungsrechtes kann der Arbeitgeber einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung bestimmen. Das Weisungsrecht, das seine Grenzen in Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertragsrechts findet, darf gemäß § 315 Abs. 1 BGB nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden (BAGE 33 S. 71 = DB 1980 S. 1603 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Die in § 315 BGB geforderte Billigkeit wird inhaltlich auch durch das Grundrecht der Gewissensfreiheit bestimmt (BAGE 47 S. 363, 375 = DB 1985 S. 2689 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 8. Aufl., S. 33, inbes. Fn. 32; ders., Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966 S. 134). Eine solche vom Arbeitgeber zu berücksichtigende Gewissensentscheidung hatte der Kläger der Beklagten mitgeteilt.

Es ist daher nicht entscheidend, ob im Falle einer auf eine Gewissensentscheidung gestützten persönlichen Leistungsverhinderung eine nach den Unmöglichkeitregeln abzuwickelnde Leistungsstörung vorliegt (so *Kohte*, NZA 1989 S. 161), da der offenbarte beachtliche Gewissenskonflikt vom Arbeitgeber bereits vorrangig im Rahmen der Leistungsbestimmung des Arbeitnehmers zu beachten ist. **Kollidiert das Recht des Arbeitgebers, im Rahmen seiner unternehmerischen Betätigungsfreiheit den Inhalt**