

# Einführung und Zielsetzung der Tagung

MARTIN FRANZEN

Das Thema der vierten Bitburger Gespräche in München lautet: „Unternehmerische Entscheidungsfreiheit versus sozialpolitische Regulierung“. Dieses Thema ist eines der Grundlagenthemen im Arbeitsrecht – es prägt im Grunde die Geschichte des modernen Arbeitsrechts. Das gesamte Arbeitsrecht schränkt die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein – und zwar primär zum Zweck des Schutzes des Arbeitnehmers, seiner materiellen und immateriellen Rechtspositionen, zum Schutz von Leib und Leben des Arbeitnehmers und seiner Persönlichkeit. „Ob“ also die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch arbeitsrechtliche Regulierungen beschränkt wird, sollte in einer der sozialen Marktwirtschaft verpflichteten Rechtsordnung nicht weiter in Frage stehen. Immer wieder neu diskutiert und justiert werden muss aber das erforderliche und notwendige Maß der jeweiligen Beschränkung unternehmerischer Tätigkeit.

Ich möchte dieses Verhältnis von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit zu sozialpolitischer Regulierung im Rahmen des geltenden Rechts anhand von zwei Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beleuchten, die beide schon etwas länger zurückliegen. Das erste Beispiel stammt aus dem Bereich der betriebsbedingten Kündigung. Das Spannungsverhältnis von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Sozialschutz zugunsten der Arbeitnehmer ist vielleicht am brisantesten, wenn es um den Verlust und den Abbau von Arbeitsplätzen geht. Das betreffende Unternehmen – Weight Watchers – vertreibt heute noch gruppendynamische Programme zur kontrollierten Gewichtsabnahme. Die Kunden trafen sich damals in Gruppen, um die entsprechenden Programme zu absolvieren – Gespräche, Gewichtskontrolle, Ernährung nach einem Punktesystem etc., unter der Leitung von Gruppenleitern, die bei Weight Watchers als Arbeitnehmer beschäftigt waren. Das Unter-

nehmen Weight Watchers wollte nun Personalkosten sparen und traf die Entscheidung, diese Tätigkeit überwiegend mit denselben Personen, aber auf anderer rechtlicher Basis fortzuführen. Dementsprechend kündigte das Unternehmen den angestellten Gruppenleitern und bot ihnen an, die Tätigkeit auf der Grundlage eines selbständigen Dienstvertrags fortzusetzen<sup>1</sup>. Das BAG hat dem Unternehmen im Jahr 1996 recht gegeben und die betriebsbedingte Kündigung der Arbeitsverträge der Gruppenleiter bestätigt: Die unternehmerische Entscheidung, die Tätigkeit nicht mehr in der Form des Arbeitsvertrags nachzufragen, wird nach Auffassung des BAG nicht inhaltlich überprüft. Der Senat bezog sich auf eine ständige Rechtsprechung des BAG, wonach die unternehmerische Entscheidung, die einer betriebsbedingten Kündigung vorgelagert ist und zum Abbau von Personal führt, nur auf Willkür und offensichtliche Sachwidrigkeit hin überprüft wird, und darauf hin, ob die unternehmerische Entscheidung tatsächlich durchgeführt wurde. Weight Watchers konnte also sein Vertriebskonzept von festangestellten Mitarbeitern auf Selbständige umstellen, vorausgesetzt, diese waren im Rechtssinne wirklich selbständig und nicht etwa nur scheinbar selbständig. Das BAG akzeptiert also die unternehmerische Entscheidung in einem weiten Ausmaß, obwohl der Normtext der gesetzlichen Grundlage – § 1 Abs. 2 KSchG – keinerlei Anhaltspunkte für die Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidung enthält; in § 1 Abs. 2 KSchG ist nur die Rede von dringenden betrieblichen Erfordernissen. Aber es entspricht ständiger Rechtsprechung des BAG, die unternehmerische Entscheidung gewissermaßen als der betriebsbedingten Kündigung vorgelagerten Frage zu akzeptieren und nur in ganz engen Grenzen zu kontrollieren. Der Arbeitsrichter ist eben nicht der bessere Unternehmer!

Das zweite Beispiel stammt aus dem Recht der Betriebsverfassung. Dem Betriebsrat steht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei der Lage der Arbeitszeit zu. In einer schwäbischen Kleinstadt trug sich nun Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts folgendes zu<sup>2</sup>: Der Inhaber eines Kaufhauses wollte die damals noch recht restriktiven Ladenöffnungszeiten aus-

---

<sup>1</sup> BAG 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95 – AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>2</sup> BAG 31. 8. 1982 – 1 ABR 27/80 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

erschöpfen und die Arbeitszeit seiner Mitarbeiter daher abends um 18.35 h enden lassen – also 5 Minuten nach dem damals gesetzlich vorgeschriebenen Ladenschluss. Demgegenüber wollte der Betriebsrat das Ende der täglichen Arbeitszeit auf 18.05 h festsetzen. Man konnte sich nicht einigen. Das BetrVG sieht dann die verbindliche Entscheidung durch eine Einigungsstelle vor, die aus der gleichen Anzahl von Vertretern des Arbeitgebers und des Betriebsrats unter Vorsitz zumeist eines Arbeitsrichters zusammengesetzt ist. Die Einigungsstelle – also der Sache nach der betreffende Arbeitsrichter als Vorsitzender – fand den goldenen Kompromiss und legte das Ende der täglichen Arbeitszeit auf 18.20 h fest. Der Inhaber des Kaufhauses focht diesen Beschluss der Einigungsstelle an, unter anderem mit folgendem Argument: Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit werde durch den Spruch der Einigungsstelle beeinträchtigt, weil das Unternehmen mittelbar über Regelungen zum Arbeitszeitende gehindert werde, die gesetzlichen Vorgaben zu den Ladenöffnungszeiten auszuschöpfen und in diesem Rahmen seine Leistungen am Markt anzubieten. Das BAG hat dieses Argument im Jahr 1982 zurückgewiesen und festgestellt, dass das BetrVG nicht unter dem Vorbehalt der freien unternehmerischen Entscheidung stehe<sup>3</sup>. Es scheint eher umgekehrt: Das BetrVG schränkt, soweit es Regelungen enthält, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein.

Wir sehen also: Unser Thema durchzieht das gesamte geltende Arbeitsrecht und zwar schon seit geraumer Zeit. Einheitliche Leitlinien gibt es auch in der Rechtsprechung des BAG nicht, wie die beiden skizzierten und doch etwas divergierenden Entscheidungen gezeigt haben. Bei beiden Beispielen ging es im Wesentlichen um die Reichweite des Schutzes der betroffenen Arbeitnehmer im Verhältnis zu den jeweiligen vom Unternehmer getroffenen Entscheidungen. Im Fall *Weight Watchers* ist das signifikant. Aber auch den Ladenschlussfall kann man noch in dieser Richtung deuten; es geht um die Frage, in welchen Zeitabschnitten des Tages Arbeitszeit und Freizeit der betroffenen Arbeitnehmer liegen.

In jüngerer Zeit kommt aber eine weitere Dimension der Thematik hinzu – und deshalb haben wir die Fragen jetzt aufgegriffen: Unternehmen werden zunehmend mittels Regulierungen in Anspruch genommen, deren Zweck nicht mehr ausschließlich oder überwiegend

---

<sup>3</sup> BAG 31. 8. 1982 – 1 ABR 27/80 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, Leitsatz 1.

darin besteht, die betroffenen Arbeitnehmer und deren Rechte und Rechtsgüter zu schützen. Vielmehr liegen den entsprechenden sozialpolitischen Regulierungen zumindest auch andere und weitere Zwecke zugrunde. Dies zeigt ein Rundgang durch die Einzelthemen, die wir im Laufe der Tagung heute und morgen diskutieren wollen.

1. Die Unternehmensorganisation – und in rechtlicher Hinsicht damit das Gesellschaftsrecht – wird in letzter Zeit vielfach in die Pflicht genommen, um gesellschaftspolitisch erwünschte Ziele zu erreichen oder unerwünschte zu meiden. Hier begegnen wir einem ganzen Strauß von gesetzlichen Regulierungen oder Absichten hierzu: Eine Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsgremien oder Leitungsgremien börsennotierter Gesellschaften dient der Durchsetzung gleichstellungspolitischer Ziele. Die Begrenzung der Höhe der Gehälter von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften geht wohl auf das Bedürfnis zurück, extreme Vergütungsunterschiede innerhalb von Organisationen zu vermeiden, und folgt damit vielleicht einem diffusen Bedürfnis nach Verteilungsgerechtigkeit. Professor Dr. Hartmut Oetker, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Kiel, wird uns insoweit auf den Stand der Diskussion bringen.

2. Das zuletzt genannte Beispiel – Begrenzung der Managervergütung – führt – gewissermaßen auf der anderen Seite der Skala – zum nächsten Unterthema, dem Mindestlohn. Ein verbindlicher, zahlenmäßig fixierter Mindestlohn gibt es in Deutschland für einige Branchen in unterschiedlicher Höhe nach Maßgabe des AEntG und des AÜG. Nach dem Willen der neuen Bundesregierung soll ein Mindestlohn nun allgemein durch Gesetz und in der Fläche eingeführt werden. Dies kann man noch als arbeitnehmerschützende sozialpolitische Maßnahme interpretieren. Allerdings greift ein gesetzlicher Mindestlohn weiter: Es geht nämlich nicht mehr die Verwirklichung von Leistungsgerechtigkeit im Rahmen der Austauschbeziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer – dies leistet schon die „Lohnwucher“-Rechtsprechung von BAG und BGH, die erhebliche Äquivalenzstörungen beim Leistungsaustausch verbietet<sup>4</sup>. Es geht also nicht um Leistungsgerechtigkeit, sondern um Bedarfsgerechtigkeit: Man soll von seiner Hände Arbeit leben können, unabhängig davon, ob

---

<sup>4</sup> BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08 – AP Nr. 64 zu § 138 BGB = NZA 2009, 837; BGH 22. 4. 1997 – AP Nr. 52 zu § 138 BGB.

derjenige, der diese Arbeitskraft am Markt für Güter oder Dienstleistungen verwerten soll – der Arbeitgeber – hierfür zu dem festgesetzten Preis überhaupt Verwendung hat. Insofern hat der Mindestlohn die Funktion, den Unterhalt der betreffenden Person zu sichern. Unterhaltungspflichten zwischen Privatpersonen sind aber üblicherweise auf besondere persönliche Näheverhältnisse beschränkt, zu denen das Arbeitsverhältnis noch nicht gerechnet wird. Zum Mindestlohn werden aus ökonomischer Sicht Professor Dr. Thomas Bauer, Vizepräsident des RWI in Essen, und aus ethischer Sicht Professor Dr. Dr. Karl Homann, Universität München, sprechen.

3. Das Thema „Staatliche Regulierung des Drittpersonaleinsatzes“ kann man ebenfalls unter dem skizzierten Aspekt der Indienstnahme Privater für gesellschaftspolitische Ziele diskutieren. Zwar dürfte vor allem bei der Regulierung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung der Zweck des Schutzes der betroffenen Leiharbeitnehmer im Vordergrund stehen. Aber schon das derzeit im Fokus befindliche Thema der Werkverträge zeigt die Ambivalenz: Die Diskussion beschränkt sich primär darauf, wie man den Einsatz von Werkverträgen aus der Perspektive des diese Tätigkeiten nachfragenden Unternehmens regulieren kann. Damit geht es aber der Sache nach um die Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung, bestimmte Leistungen am Güter- oder Dienstleistungsmarkt einzukaufen. Ich verweise auf das eingangs skizzierte Beispiel der Weight Watchers-Entscheidung des BAG. Wenn man dies also mit Blick auf den Einsatzbetrieb regulieren will, geht es um die Verhinderung oder Einschränkung solcher unternehmerischer Entscheidungen zum Schutz der Stammebelegschaft des Einsatzbetriebs und nicht zum Schutz der Arbeitnehmer des Werkunternehmens, welches den Auftrag generiert. Systemgerecht wäre es demgegenüber, arbeitnehmerschützende Regulierung dort – beim Werkvertragsunternehmen – anzusetzen, wenn eine solche denn nötig erscheint. Hierfür wären dann aber möglicherweise andere Gewerkschaften zuständig. Daher betrifft das Thema Ausgliederung und Fremdvergabe bisheriger betrieblicher Tätigkeiten stets auch Organisationskonflikte zwischen Gewerkschaften. Professor Dr. Robert Rebhahn, Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien, wird uns die Thematik unter Einbeziehung ausländischer Regelungen, insbesondere aus Österreich, nahebringen.

4. Das abschließende Unterthema „Gesetze gegen Stress am Arbeitsplatz?“ wird in einer Podiumsdiskussion behandelt. Die Unter-

nehmen tragen zweifellos Verantwortung für die Gesundheit ihrer Mitarbeiter im Hinblick auf die Gesundheitsbelastung am Arbeitsplatz. Das Arbeitsrecht ist historisch ohne diesen Aspekt überhaupt nicht denkbar und hat sich in erster Linie als Arbeitsschutzrecht gegen gesundheitliche Gefahren am Arbeitsplatz entwickelt. Man denke nur an die schlimmen Arbeitsbedingungen in den Fabriken des 19. Jahrhunderts in den westlichen sich industrialisierenden Ländern und an nicht minder schlimme Arbeitsbedingungen in Fertigungsstätten von Schwellen- und Entwicklungsländern der Gegenwart. Inwieweit aber die Unternehmen Verantwortung für den Gesundheitszustand ihrer Mitarbeiter im Allgemeinen – unabhängig von den Arbeitsbedingungen – tragen, ist eine offene Frage. Wegen des demografischen Wandels und der älter werdenden Belegschaften legen zahlreiche Unternehmen aus eigenem Interesse Gesundheitsprogramme auf, um die Arbeitnehmer länger leistungsfähig zu erhalten. Bisweilen tragen diese Programme durchaus paternalistische Züge. Diese Problematik wollen wir abschließend unter dem besonderen Aspekt der psychischen Belastung am Arbeitsplatz diskutieren.

5. Unser Thema hat aber natürlich auch – wie fast alles – eine verfassungsrechtliche Dimension. Die Verfassung überformt die gesamte Rechtsordnung und insbesondere das Arbeitsrecht. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG umfasst zwar nicht vom ausdrücklichen Normtext her, aber doch der Sache nach auch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Der Normtext der Europäischen Grundrechte-Charta geht insoweit sogar über das Grundgesetz hinaus. Art. 16 EU-GRCharta anerkennt ausdrücklich die unternehmerische Freiheit – allerdings nur nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften. Art. 16 EU-GRCharta hat in arbeitsrechtlich interessierten Kreisen aktuell Aufmerksamkeit erfahren durch ein Urteil des EuGH vom 18. 7. 2013 in der Rechtssache „Alemo Herron“<sup>5</sup>. Der EuGH hält es mit Art. 16 EU-GRCharta für unvereinbar, wenn ein Betriebserwerber an Tarifverträge des Betriebsveräußerers gebunden wird, die nach dem Betriebsübergang abgeschlossen werden, sofern der Betriebserwerber auf deren Inhalt keinen Einfluss nehmen kann. Die Bindung kam dabei folgendermaßen zustande: Der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers beim Betriebsveräußerer hat die Geltung des Tarifvertrags vorgesehen. Aufgrund des innerstaatlichen – im konkreten Fall englischen – Umsetzungsgesetzes der europäischen Be-

---

<sup>5</sup> EuGH 18. 7. 2013 – C-426/11 (Alemo-Herron).

etriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG war an diese Abrede nach dem Betriebsübergang auch der Betriebserwerber gebunden. Der recht lapidare Ausspruch des EuGH wird nun auch die Rechtsprechung des BAG zur Auslegung von Vertragsklauseln, die auf Tarifverträge Bezug nehmen, in Fällen des Betriebsübergangs etwas erschüttern. Denn genau dies, was der EuGH für England mit Blick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit untersagt hat, gilt nach der Rechtsprechung des BAG auch für Deutschland: Der Betriebserwerber ist aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel regelmäßig an die Tarifverträge des Betriebsveräußerers nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB in ihrer jeweiligen Fassung gebunden. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit hat also in der Rechtsprechung des EuGH offenbar eine recht dynamische Entwicklung genommen. Daher freue ich mich ganz besonders, dass Professor Dr. Frank Schorkopf von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen uns insoweit über die Reichweite der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im europäischen und deutschen Verfassungsrecht auf den Stand der verfassungsrechtlichen Diskussion bringen wird.

Meine Damen und Herren, Bundespräsident Joachim Gauck hat seine Rede auf dem diesjährigen Deutschen Arbeitgebertag 2013 vor gut zwei Wochen in Berlin mit den Worten beendet: „Der Arbeitgeber gibt mehr als Arbeit.“ Was dieses „mehr“ bedeutet, wieviel „mehr“ der Arbeitgeber geben soll oder muss, und zu welchem „mehr“ der Arbeitgeber keinesfalls verpflichtet werden darf, darüber wollen wir heute und morgen diskutieren. In diesem Sinn wünsche ich uns fruchtbare Gespräche und weiterführende Erkenntnisse.