

MÜNSTERISCHE BEITRÄGE ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgegeben im Auftrag des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhoser Dr. Jürgen Welp

Band 1

Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht

Von

Dr. Detlev W. Belling



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DETLEV W. BELLING

Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht

MÜNSTERISCHE BEITRÄGE ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

**Herausgegeben im Auftrag des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

Band 1

Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht

Von

Dr. Detlev W. Belling

M.C.L., University of Illinois



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Belling, Detlev W.:

Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht / von
Detlev W. Belling. — Berlin : Duncker und Humblot,
1984.

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ;
Bd. 1)

ISBN 3-428-05531-4

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05531-4

Vorwort der Herausgeber

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster verfügte mit den „Münsterischen Beiträgen zur Rechts- und Staatswissenschaft“ über eine Schriftenreihe, in der insgesamt 24 Werke erschienen sind. Nach der Aufgliederung der Fakultät in die Fachbereiche „Rechtswissenschaft“ und „Wirtschafts- und Sozialwissenschaften“ stellte sich die Frage, ob die Schriftenreihe in der bisherigen Form fortgeführt werden sollte. Trotz mancher noch vorhandener Gemeinsamkeiten schieden sich die Interessen der beiden Fachbereiche an diesem Punkt. Der Fachbereich Wirtschafts- und Sozialwissenschaften bevorzugt Spezialschriftenreihen für seine verschiedenen Fachrichtungen. Der Fachbereich Rechtswissenschaft empfindet hingegen weiterhin ein Bedürfnis nach einem gemeinsamen Forum zur Veröffentlichung von Arbeiten, die in der Breite des Fachbereiches entstehen. Er hat die Unterzeichner daher mit der Herausgabe einer neuen Schriftenreihe beauftragt. Als Schriftenreihe des Fachbereichs erscheint sie formal mit neuer Zählung in neuem Gewand, auch bei einem anderen Verlag. Sachlich knüpft sie aber an die Tradition der alten Fakultätsschriftenreihe an. Der Fachbereich Rechtswissenschaft nimmt auch diese Gelegenheit wahr, um den letzten Herausgebern der alten Reihe für ihre Tätigkeit herzlichen Dank zu sagen, insbesondere Herrn Kollegen Gmür in Bern für die engagierte Betreuung der juristischen Arbeiten.

Hans Uwe Erichsen

Helmut Kollhosser

Jürgen Welp

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist die nur unwesentlich ergänzte Fassung meiner Dissertation, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Sommersemester 1983 vorlag. Sie entstand neben meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht seit Oktober 1981.

Die Arbeit wurde am 31. Juli 1983 abgeschlossen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Es ist darauf hinzuweisen, daß demnächst der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund des Vorlagebeschlusses vom 8. Dezember 1982 — 5 AZR 316/81 — über das Problem der Abänderbarkeit einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung befinden wird. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit spruchinterner vorbereitender Gutachten war bei Abschluß der vorliegenden Untersuchung weder ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt, noch war mit einem solchen Termin vor dem Jahresende zu rechnen.

Vor allem meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Wilfried Schlüter, Rektor der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, danke ich herzlich. Er hat das Thema angeregt und die Arbeit durch seine über die fachliche Beratung weit hinausgehende, stets ermutigende Betreuung sehr gefördert.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Hans Brox, Bundesverfassungsrichter a. D., der die Dissertation als Zweitberichterstatter begutachtet hat.

Außerdem möchte ich dem Fachbereich Rechtswissenschaft dafür danken, daß er mir die Auszeichnung zuteil werden ließ, seine neue Reihe ‚Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft‘ zu eröffnen. Namentlich Herr Professor Dr. Helmut Kollhossler hat es ermöglicht, daß die vorliegende Untersuchung in diese Schriftenreihe aufgenommen wurde. Zu Dank bin ich schließlich Herrn Ministerialrat a. D., Professor Dr. Dr. h. c. Johannes Broermann, dem Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, für die verlegerische Betreuung des Manuskripts verpflichtet.

Ich widme die Arbeit in Dankbarkeit meinen Eltern und meiner lieben Frau.

Münster, im Juli 1983

Detlev W. Belling

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| § 1 Begriff, Funktion und Standort des Günstigkeitsprinzips | 15 |
| § 2 Die geschichtliche Entwicklung des Günstigkeitsgedankens | 26 |
| I. Die Zeit von der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zum Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 | 27 |
| II. Die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 | 35 |
| III. Die nationalsozialistische Arbeitsrechtsordnung — mit einem Ausblick auf das Arbeitsrecht der DDR | 37 |
| IV. Die Zeit vom Zusammenbruch des NS-Staats bis zum Inkrafttreten des Tarifvertragsgesetzes | 42 |
| V. Die Entstehung des Tarifvertragsgesetzes und seine Regelung des Günstigkeitsprinzips | 46 |
| VI. Ergebnis der historischen Betrachtung | 50 |
| § 3 Die rechtlichen Grundlagen des Günstigkeitsprinzips im System des deutschen Verfassungsrechts | 52 |
| I. Problemstellung | 52 |
| II. Darstellung des Meinungsstands zur Gewährleistung des Günstigkeitsprinzips durch das Grundgesetz | 55 |
| III. Eigener Standpunkt | 60 |
| A. Rechtstheoretische Vorüberlegungen | 60 |
| 1. Beurteilung nach der Integrationstheorie oder der Lehre von der originären Autonomie | 60 |
| 2. Beurteilung nach der Delegationstheorie | 62 |
| B. Verfassungsrechtliche Analyse | 64 |
| 1. Das Günstigkeitsprinzip als Ergebnis der funktionalen und der teleologischen Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG (Innenschranke der Tarifautonomie) | 64 |
| 2. Das Günstigkeitsprinzip als Bestandteil der Vertragsfreiheit | 70 |
| 3. Das Leistungsprinzip | 81 |
| IV. Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Analyse | 86 |

| | |
|---|------------|
| § 4 Die Beurteilung von schuldrechtlichen Vereinbarungen und einseitigen Beschlüssen einer Koalition zur Aufhebung oder Einschränkung des Günstigkeitsprinzips — anhand des Ergebnisses der verfassungsrechtlichen Analyse | 88 |
| I. Schuldrechtliche Abreden im Tarifvertrag | 88 |
| II. Einseitige Höchstnormenbeschlüsse einer Koalition | 91 |
| A. Abgrenzung zu schuldrechtlichen Vereinbarungen im Tarifvertrag | 91 |
| B. Darstellung des Meinungsstands | 91 |
| 1. Die herrschende Meinung | 91 |
| 2. Die Gegenmeinung | 94 |
| C. Eigener Standpunkt | 96 |
| III. Ergebnis | 104 |
| § 5 Der Wirkungsbereich des arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzips im Rahmen anderer Regelungskonkurrenzen als zwischen Individualarbeitsvertrag und Tarifvertrag | 106 |
| I. Vorbemerkung | 106 |
| II. Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen Individualarbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung | 107 |
| A. Die Geltung des Günstigkeitsprinzips | 107 |
| 1. Der Wortlaut des Gesetzes | 107 |
| 2. Der Meinungsstand im Schrifttum | 107 |
| 3. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts | 110 |
| 4. Eigene Stellungnahme | 111 |
| a) Verfassungsrechtliche Erwägungen | 111 |
| b) Betriebsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte | 117 |
| c) Der rechtspolitische Aspekt | 120 |
| B. Anwendung und Grenzen | 120 |
| 1. Die Lohngestaltung für außertarifliche Angestellte | 122 |
| 2. Das Senioritätsprinzip bei Kündigungen und das Günstigkeitsprinzip | 124 |
| III. Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen arbeitsvertraglicher Einheitsregelung einerseits und Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung andererseits | 128 |
| A. Begriffsbestimmung und Problemstellung | 128 |
| B. Die von der Rechtsprechung entwickelten Lösungen | 130 |

| | |
|---|------------|
| C. Die vom Schrifttum entwickelten Lösungen | 134 |
| 1. Konzeptionen für eine inhaltsneutrale Ablösbarkeit ar- beitsvertraglicher Einheitsregelungen durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung | 135 |
| 2. Die Konzeption einer nur einseitigen, inhaltsbezogenen Ablösbarkeit arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung | 140 |
| 3. Stellungnahme und eigene Lösung | 145 |
| IV. Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen Betriebsverein- barung und Tarifvertrag | 157 |
| V. Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Gesetz | 161 |
| VI. Ergebnis | 167 |
| § 6 Der Günstigkeitsvergleich | 169 |
| I. Vorbemerkung | 169 |
| II. Die Beschränkung der Vergleichsgegenstände auf den jeweiligen Inhalt der divergierenden Regelungen | 170 |
| III. Die Beurteilung der Günstigkeit durch Individualvergleich | 173 |
| IV. Die Beurteilung der Günstigkeit nach einem objektiv-hypotheti- schen Maßstab | 175 |
| V. Die Kompensation untertariflicher Arbeitsbedingungen durch die Gewährung übertariflicher Vorteile | 177 |
| A. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum | 177 |
| B. Eigene Stellungnahme | 181 |
| C. Ergebnis | 188 |
| § 7 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | 189 |
| Literaturverzeichnis | 193 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|---|
| a. A. | anderer Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt |
| ABlKR | Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland |
| ABlMR (BrZ) | Amtsblatt der Militärregierung Deutschlands, Britisches Kontrollgebiet |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AG | Aktiengesellschaft |
| Anm. | Anmerkung |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| AOG | Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundes- arbeitsgerichts) |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| AR-BI. | Arbeitsrecht-Blattei |
| ArbKrankhG | Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall |
| ArbRGeg. | Das Arbeitsrecht der Gegenwart |
| Arb.R.u.Volkst. | Arbeitsrecht und Volkstum |
| ArchBürgR | Archiv für Bürgerliches Recht |
| ARSt. | Arbeitsrecht in Stichworten |
| Art. | Artikel |
| ARuSR | Arbeits- und Sozialrecht |
| Aufl. | Auflage |
| AuR | Arbeit und Recht |
| BABl. | = BArbBl. |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, herausge- geben von den Mitgliedern des Gerichtshofes |
| BArbBl. | Bundesarbeitsblatt |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BayVerf. | Verfassung des Freistaates Bayern |
| BB | Der Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| BDS | Bundesverband der Selbständigen e. V. |
| Bem. | Bemerkung |
| BenshSamml. | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Lan- desarbeitsgerichte, verlegt bei Bensheimer |

| | |
|-------------|---|
| BetrAV | Betriebliche Altersversorgung |
| BetrAVG | Gesetz über die betriebliche Altersversorgung |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungssammlung für Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Bundesanwaltschaft |
| BlStSozArbR | Blätter für Steuern, Sozialversicherung und Arbeitsrecht |
| BK-GG | Kommentar zum Bonner Grundgesetz |
| BR | Bundesrat |
| BremVerf. | Verfassung der Freien Hansestadt Bremen |
| BRG | Betriebsrätegesetz |
| BT | Bundestag |
| BUrlG | Bundesurlaubsgesetz |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichts |
| CDU | Christlich Demokratische Union |
| Ch. | Chapter |
| Co. | Company |
| DAG | Deutsche Angestelltengewerkschaft |
| DAR | Deutsches Arbeitsrecht |
| DB | Der Betrieb |
| DDR | Deutsche Demokratische Republik |
| DGB | Deutscher Gewerkschaftsbund |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| Dig. | Digesten |
| Diss. | Dissertation |
| DJZ | Deutsche Juristenzeitung |
| DMAN-Memo | Manpower Directorate Memorandum |
| DöD | Der öffentliche Dienst, Fachzeitschrift für Beamte und Angestellte der Verwaltung |
| DöV | Die öffentliche Verwaltung |
| DR | Deutsches Recht |
| DrdA | Das Recht der Arbeit |
| Drs. | Drucksache |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |

| | |
|-----------------|---|
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| Einl. | Einleitung |
| f. | folgende (Seite) |
| ff. | folgende (Seiten) |
| Fn. | Fußnote |
| Forts.-Bl. | Fortsetzungsblatt |
| GBL | Gesetzblatt (hier: der DDR) |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| GoldtA | Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goldammer (Goldtammers Archiv) |
| GS | Großer Senat |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| Halbbd. | Halbband |
| HdSW | Handwörterbuch der Sozialwissenschaften |
| HdWW | Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft |
| HessVerf. | Verfassung des Landes Hessen |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HZA | Handbuch zum Arbeitsrecht |
| Jg. | Jahrgang |
| Jherings Jahrb. | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts |
| JR | Juristische Rundschau |
| JurA | Juristische Analysen |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| KJ | Kritische Justiz |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LS | Leitsatz |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MG | Marxistische Gruppe |
| MindArbBedG | Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen |
| MünchKomm. | Münchener Kommentar zum BGB |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| n. F. | neuer Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| No. | numéro, number |
| Nr. | Nummer |
| NS | Nationalsozialismus, nationalsozialistisch |
| NSSozPol. | Monatshefte für NS-Sozialpolitik |

| | |
|--------------------|---|
| NZfA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| o. Verf. | ohne Verfasserangabe |
| pr. | principium |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RAGE | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes |
| RdA | Recht der Arbeit |
| Rdnr. | Randnummer |
| RegBl. | Regierungsblatt |
| RegBl. Württ.-Hoh. | Regierungsblatt für das Land Württemberg-Hohenzollern |
| RegE | Regierungsentwurf |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGSt. | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes |
| Rhld.-Pf. | Rheinland-Pfalz |
| Riv. dir. lav. | Rivista di diritto internazionale e comparata del lavoro |
| ROW | Recht in Ost und West |
| RuW | Recht und Wirtschaft |
| S. | Seite |
| SaarVerf. | Verfassung des Saarlandes |
| SAE | Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen |
| Sächs. OVG | Sächsisches Oberverwaltungsgericht |
| SchlW | Das Schlichtungswesen, Monatsschrift für Schlichtung und Arbeitsrecht |
| SGb. | Die Sozialgerichtsbarkeit |
| SJZ | Süddeutsche Juristen-Zeitung (ab Juni 1950 = JZ) |
| Sp. | Spalte |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands |
| StuR | Staat und Recht |
| TV | Tarifvertrag |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| TVVO | Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten |
| u. a. | unter anderen(m) |
| u. ä. | und ähnliches(m) |
| USA | United States of America |

| | |
|---------------|---|
| u. U. | unter Umständen |
| v. | vom |
| vs. | versus |
| VereinsG | Vereinsgesetz |
| VerfNRW | Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen |
| VerfRhld.-Pf. | Verfassung für Rheinland-Pfalz |
| VG | Verwaltungsgericht |
| vgl. | vergleiche |
| WeimRV | Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung) |
| WiGBl. | Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes |
| WiuR | Wirtschaft und Recht |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WürttHohBRG | Betriebsrätegesetz für das Land Württemberg-Hohenzollern |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| Ziff. | Ziffer |
| Zus. d. Verf. | Zusatz des Verfassers |

§ 1 Begriff, Funktion und Standort des Günstigkeitsprinzips

Die Freiheit des Individuums bezieht Inhalt, Maß und Sinn nur aus den natürlichen, geschichtlichen, politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Realitäten, welche die Freiheit beschränken und denen gegenüber sie Schutz gewähren, sich durchsetzen soll¹. Der Arbeitsmarkt ist einer von mehreren Teilmärkten² in der freiheitlich und sozial orientierten marktwirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, auf denen sich die Freiheit in besonderem Maße gegenüber solchen faktischen Einengungen bewähren muß. Der Wohnungsmarkt ist ähnlich beschaffen. Beide Märkte weisen Strukturen auf, die den Gesetzgeber um der Freiheit und Gerechtigkeit willen zu korrigierenden Eingriffen in das Marktgeschehen veranlassen mußten: Ein diesem Zweck dienendes Rechtsinstitut (im Zusammenhang mit anderen parallel wirkenden Grundsätzen) ist das *Günstigkeitsprinzip*. Es ist sowohl im Miet- als auch im Arbeitsrecht angesiedelt, ist aber hier, vor allem im Tarifrecht, besonders ausgeprägt³.

Für den Arbeitsmarkt, wie er in der Zeit der Industrialisierung bestand, ist kennzeichnend, daß der Preis als Ausdruck für die Kauf- und Verkaufsrelation (auf dem Arbeitsmarkt Lohn genannt) kein geeignetes Mittel war, in hinreichend selbstordnender Kraft schnell und gesichert ein Gleichgewicht zwischen Angebot⁴ und Nachfrage⁵ und damit

¹ Ähnlich auch *Raiser, L.*, JZ 1958, 1.

² Siehe hierzu *Richardi*, Kollektivgewalt, S. 116 ff., der den Unterschied zwischen Gütermarkt und Arbeitsmarkt hervorhebt. In Anlehnung an *v. Nell-Breuning*, Arbeitsmarkt, S. 32, 46 wird hier der Arbeitsmarkt als Begegnungsstätte zur Verwirklichung der von Art. 12 und 2 GG garantierten Freiheiten verstanden. So definiert, impliziert der Terminus „Arbeitsmarkt“ nicht, daß Arbeit als Ware anzusehen sei. Das ist ausgeschlossen, weil der Einzelne mittels Beruf und Arbeit seine Identität findet, seine personbildende soziale Lebensaktivität entfaltet, sich bestätigt, er seine innere Sicherheit und seelische Gesundheit gewinnt — so zutreffend *Ecker*, BB 1982, 197, 198, 199. Auch *Heuss*, „Ware Arbeit“, S. 231, 236 weist darauf hin, daß der Arbeitsvertrag kein individueller Kaufvertrag, bei dem die „Ware Arbeit“ bzw. ihr Preis den Gesetzen von Angebot und Nachfrage unterworfen, sondern ein sozialwirtschaftliches Verhältnis eigener Ordnung sei.

³ Vgl. *Nikisch*, Arbeitsrecht, II. Bd., S. 418.

⁴ (Bestimmt durch den Umfang der arbeitssuchenden Bevölkerung).

⁵ (Bestimmt durch das für die Anlegung in Arbeitskraft bereitstehende Kapital).

eine sozial ausgewogene, harmonische Gesamtordnung herzustellen⁶. Das marktwirtschaftliche Element der Freiheit — isoliert von dem des Sozialschutzes und ohne das Hinzutreten ausgleichender Mechanismen wie z. B. der Tarifautonomie — erwies sich auf dem Arbeitsmarkt vielfach nur als formal⁷ und bewirkte keine gerechte Einkommensverteilung, was die sozialgeschichtlichen Erfahrungen des 19. Jahrhunderts beweisen⁸. Max Weber veranschaulicht das in seiner „Rechtssoziologie“⁹:

„Das formale Recht eines Arbeiters, einen Arbeitsvertrag jeden beliebigen Inhalts mit jedem beliebigen Unternehmer einzugehen, bedeutet für den Arbeitssuchenden praktisch nicht die mindeste Freiheit in der eigenen Gestaltung der Arbeitsbedingungen und garantiert ihm an sich auch keinerlei Einfluß darauf. Sondern mindestens zunächst folgt daraus lediglich die Möglichkeit für den auf dem Markt Mächtigeren, in diesem Falle normalerweise den Unternehmer, diese Bedingungen nach seinem Ermessen festzusetzen, sie dem Arbeitssuchenden zur Annahme oder Ablehnung anzubieten — diesem zu oktroyieren¹⁰.“

Eine wesentliche Ursache besteht darin, daß der Arbeitsmarkt nach Ansicht des amerikanischen Nobelpreisträgers Samuelson¹¹ unter anderem wegen der Ungleichheit in den Verhandlungspositionen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer¹² vom idealisierten Modell des vollständigen Wettbewerbs weit entfernt ist. Auf dem freien, „atomisierten“ Arbeitsmarkt existiert eine nicht zu leugnende strukturelle Ungleichheit der Marktmacht zwischen Anbietern und Nachfragern¹³. Wegen dieser Erscheinung wird der Arbeitsmarkt in der Volkswirtschaftslehre allgemein als „typisch unvollkommener Markt“ charakterisiert¹⁴.

⁶ Zur Theorie des Arbeitsmarktes in der Sicht der klassischen liberalen Nationalökonomie siehe *Smith*, Wohlstand, S. 56 - 75; *Ricardo*, Principles, Ch. V, S. 85 - 108; siehe ferner *Rüthers* in Brox / Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rdnr. 11.

⁷ So auch *Floretta*, Kollektivmacht, S. 59; *Richardi*, Kollektivgewalt, S. 113; *Karakatsanis*, Gestaltung, S. 31 f.; *Maunz / Dürig / Herzog / Scholz*, GG, Art. 9 Rdnr. 10; v. *Nell-Breuning*, Freiheit, S. 27, 30.

⁸ *Köppe*, Arbeitsvertrag, S. 30 ff.; *Stahlhacke*, RdA 1959, 266; *Kramer*, „Krise“, S. 20 ff.

⁹ S. 170.

¹⁰ *Merz*, Privatautonomie, S. 6 beschreibt die Mißstände des extremen Wirtschaftsliberalismus ähnlich. Siehe auch die Darstellung der Rechtsentwicklung bei *Richardi*, Betriebsverfassung, S. 10 ff.

¹¹ *Economics*, S. 545 - 555.

¹² *Larenz*, Allgemeiner Teil, S. 48 f.; *Bührig*, RdA 1948, 11, 13; kritisch *Zöllner*, AcP 176, 221, 229ff.; *Dietz*, RdA 1949, 161, 163; *Küchenhoff*, G., AuR 1966, 321, 322.

¹³ *Boelcke*, „Liberalismus“, HdWW, S. 42; *Hueck / Nipperdey / Tophoven / Stahlhacke*, TVG, Teil B Einl., S. 7; *Sücker*, Gruppenautonomie, S. 256; *Reuter*, ZfA 1975, 85, 86; *Hönn*, Kompensation, S. 197 - 199.

¹⁴ v. *Stackelberg*, Grundlagen, S. 278; *Willeke*, HdSW, „Arbeitsmarkt“, S. 321, 326; *Geigant / Sobotka / Westphal*, Lexikon, „Arbeitsmarkt“, S. 30, 31.

Nach der rechtlichen Konzeption des 19. Jahrhunderts sollten alle Bürger gleichberechtigt befugt sein, ihr Schicksal durch freie Verträge zu gestalten, während der Staat sich aus dem Spiel der wirtschaftlichen Kräfte herauszuhalten hatte. Man versprach sich von diesem Regelungsmodell die beste und gerechteste Vertragsgestaltung¹⁵, weil man glaubte, aus dem Zusammenspiel der Egoisten ergäbe sich das objektiv Richtige¹⁶, ignorierte dabei aber die bestehende wirtschaftliche Ungleichheit unter den Menschen¹⁷ oder besser (bezogen auf das Arbeitsleben) die Unvollkommenheit des Arbeitsmarktes. Die Folge davon war die bekannte Verelendung und Proletarisierung der Industriearbeiterschaft, für die die schrankenlose Vertragsfreiheit unter den konkreten wirtschaftlichen Gegebenheiten zum sozialen Joch führte. Die Vertragsfreiheit war es, durch die die Vertragsfreiheit vertraglich eingeeengt wurde. Das entspricht dem allgemeinen Phänomen, daß einpolige Freiheit aus sich selbst den Zwang als ihren Gegenpol hervorreibt¹⁸.

Ohne die Korrektur des Rechts wird unter den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des „unvollkommenen Marktes“ die individuelle Vertragsfreiheit einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers eingeschränkt, wenn nicht vielfach sogar aufgehoben, weil es an der für einen gegenseitigen Interessenausgleich erforderlichen Vertragsparität fehlt¹⁹.

Radbruch²⁰ nahm an, daß „nur in einer Gesellschaft von lauter kleinen Eigentümern die Vertragsfreiheit eine Vertragsfreiheit für alle sein könne“. Diese Ausgangssituation — im übertragenen Sinne — ist aber außer in Zeiten der Hochkonjunktur, in der ein Nachfragewettbewerb um Arbeitskräfte herrscht, im allgemeinen für den Arbeitsmarkt atypisch²¹. Wenn sich dagegen die Kontrahenten, so Radbruch²², als „Besitzende und Besitzlose“ gegenüberstehen, „wird die Vertragsfreiheit zur Diktatfreiheit des sozial Mächtigen, zur Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen. Im 19. Jahrhundert spiegelte diese Situation das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wider²³. Ist ein Vertragspartner nämlich in der Lage, sich dem Wettbewerb zu entziehen, wird der Vertrag zum Instrument der Herrschaft über den an-

¹⁵ Hillermeier, BB 1976, 725.

¹⁶ Schmidt-Rimpler, Geschäftsgrundlage, S. 1, 6.

¹⁷ Dietz, Freiheit, S. 13 f.; Richardi, Kollektivgewalt, S. 110; Bänziger, WuR 1978, 410, 411.

¹⁸ So sehr treffend beschrieben von Fechner, Freiheit, S. 73, 82 f.

¹⁹ Wolf, M., ZfA 1971, 151.

²⁰ Rechtsphilosophie, S. 243; ders., Mensch, S. 38.

²¹ Siehe auch Acker, Soziologie, S. 10 - 15.

²² Rechtsphilosophie, S. 243.

²³ Radbruch, Einführung, S. 133.