

4. Kapitel

Die Parität der Arbeitsvertragsparteien	159
§ 10 Die Ungleichgewichtigkeit im Arbeitsrecht	160
I. Die Privatautonomie und der Schutz des Schwächeren	160
II. Die Privatautonomie im Arbeitsrecht	163
1. Das Produktivmitteleigentum des Arbeitgebers	164
2. Die intellektuelle Überlegenheit	165
3. Die Situation auf dem Arbeitsmarkt	166
a) Die Berücksichtigung arbeitsmarktlicher Gesichtspunkte im Arbeitsrecht	168
aa) Das Kündigungsschutzgesetz	168
bb) Das Betriebsverfassungsgesetz	169
b) Arbeitsrecht und Wirtschaftswissenschaften	169
4. Eingliederung in die betriebliche Organisation	170
III. Ergebnis	172
§ 11 Das Gutachten der Deregulierungskommission	173
I. Das Mehrheitsvotum zum Argument vom Unterbietungswettbewerb	174
II. Das Mehrheitsvotum zum Argument einer Abhängigkeit	176
III. Das Minderheitsvotum	177
IV. Zusammenfassung	178
§ 12 Elemente einer Parität der Arbeitsvertragsparteien	179
I. Einordnung des Gutachtens der Deregulierungskommission und der arbeitsrechtlichen Dimension der Grundrechte	179
1. Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit	181
2. Vermögensverhältnisse der Arbeitnehmer	183

Inhaltsverzeichnis	13
3. Beschäftigungsalternativen	184
a) Die unterschiedlichen Qualifikationsstufen	185
b) Die Situation auf dem Arbeitsmarkt	186
II. Bewertung und Ergebnis	187

5. Kapitel

Zivilrechtliche Einordnung und dogmatische Folgerungen	191
§ 13 Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis	191
I. Der gemeinsame Zweck	193
1. Der Endzweck der Arbeitsvertragsparteien	194
a) Die Arbeitgeberposition	195
b) Die Arbeitnehmerposition	196
c) Zwischenergebnis	197
2. Die Gemeinsamkeit des Zwecks	198
a) Die Gemeinsamkeiten der Arbeitsvertragsparteien bei der Realisierung der individuellen Endzwecke	198
b) Fixes Arbeitsentgelt versus Gewinn- und Risikobeteiligung	201
c) Die Liquidationskompetenz des Arbeitgebers	203
II. Die Förderung des Zwecks	203
III. Gleichrangigkeit oder Abhängigkeit?	204
1. Das Angewiesensein auf das Arbeitsentgelt und den Arbeitsplatz	204
2. Die arbeitsorganisatorische Abhängigkeit	205
a) Die Wirkung der funktionellen Parität	206
b) Die Unselbständigkeit am Arbeitsplatz	206
aa) Schutz vor der Eingliederungssituation	207
bb) BetrVG versus Fremdbestimmung	207
cc) Gruppenarbeit versus Fremdbestimmung	209
IV. Ergebnis: Gesellschafterstellung kraft Arbeitsrechts	210

§ 14 Die Risikobeteiligung des Arbeitnehmers	211
I. Das Verhältnis von Mitbestimmung und unternehmerischem Risiko im Lichte der Rechtsprechung und Literatur	212
II. Die Folgenbetroffenheit der Herrschenden nach <i>Zöllner</i>	216
III. Stellungnahme	217
IV. Möglichkeiten der Tragung des Gegenleistungsrisikos	219
1. Die Kapitalbeteiligung der Arbeitnehmer am arbeitgebenden Unterneh- men	220
2. Die klassische und die alternative Gewinnbeteiligung	221
a) Die klassische Gewinnbeteiligung	221
aa) Die Gewinnbeteiligung als Unterfall der Erfolgsbeteiligung	221
bb) Die klassische Bilanzgewinnbeteiligung	223
b) Gewinnbeteiligung als alternatives Lohnkonzept	224
V. Das Arbeitsverhältnis als Grundlage des Gegenleistungsrisikos	226
§ 15 Zusammenfassung	227
Literaturverzeichnis	235
Namen- und Sachregister	259

Abkürzungsverzeichnis

A.A., a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
ANBA	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Nürnberg 1953 ff.
Anm.	Anmerkung
AnnDR	Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbRGegw	Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit
ArbR	Zeitschrift für das gesamte Arbeitsrecht der Angestellten und Beamten (Zeitschrift)
AR-Handbuch	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuR =	ArbuR
ausf.	ausführlich
BABI	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Beil.	Beilage
bestr.	bestritten

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972
BetrVR	Betriebsverfassungsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BlStSozArbR	Blätter für Steuern, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BR	Betriebsrat
BRG	Betriebsrätegesetz von 1920
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Drucksachen
BT-Prot.	Stenographische Berichte (Protokolle) über die Sitzungen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CIM	Computer Integrated Manufacturing
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
d.	der
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Dk.	Deregulierungskommission
DKKS	Däubler / Kittner / Klebe / Schneider (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 4. Aufl. 1994 (zitiert: DKKS / Däubler usw.)
DM	Deutsche Mark
DNU	Das Neue Unternehmen (Zeitschrift)
DRdA	Das Recht der Arbeit (österreichische Zeitschrift)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
etc.	et cetera
eventl.	eventuell
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe

Fn.	Fußnote
Friedr.	Friedrich
FS	Festschrift
GdA	Zeitschrift des Gewerkschaftsbundes der Angestellten
Gesamtmetall	Gesamtverband der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e.V., Köln
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-BetrVG	Fabricius / Kraft / Thiele / Wiese / Kreutz, Gemeinschaftskommen- tar zum BetrVG, Bd. 1: §§ 1 -73, 4. Aufl. 1987, 5. Aufl. 1994, Bd. 2: §§ 74 – Schluß, 4. Aufl. 1990 (zitiert: Bearbeiter, GK- BetrVG)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GS	Großer Senat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HBS	Hans-Böckler-Stiftung
H. C.	Hans Carl
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Halbb.	Halbband
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
IAO	Frauenhofer-Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation
IAT	Institut für Arbeit und Technik
IGM	Industriegewerkschaft Metall
i.V.m.	in Verbindung mit
IW-trends	Quartalshefte zur Empirischen Wirtschaftsforschung des Instituts der deutschen Wirtschaft
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissen- schaft

KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KVP	kontinuierlicher Verbesserungsprozeß
LAG	Landesarbeitsgericht
MAB	Guski / Schneider, Mitarbeiter-Beteiligung, MAB, Handbuch für die Praxis, Loseblattausgabe, Stand: Oktober / 1994 (zitiert: MAB / Bearbeiter)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
Montan-MitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz (= Mitbestimmungsgesetz Kohle und Eisen)
MünchArbR	Richardi / Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: §§ 1 - 110, Individualarbeitsrecht 1, 1993, Bd. 3: §§ 233 - 383 Kollektives Arbeitsrecht (zitiert: MünchArbR / Bearbeiter)
MünchHdb. AG	Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 Aktiengesellschaft, 1988 (zitiert: MünchHdb. AG / Bearbeiter)
MünchKomm	Münchener Kommentar
Nachw.	Nachweise
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Schmollers Jahrbücher	Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich
S.	Satz, Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte

s.u.	siehe unten
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TQM	Total Quality Management
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
Übers.	Übersicht
usw.	und so weiter
v.	vom
VermBG	Vermögensbildungsgesetz
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier – Mitteilungen (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

§ 1 Einleitung, Ziel und Gang der Untersuchung

Die deutsche Zivilrechtsordnung, das Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse, stellt den Bürgern zwei rechtliche Formen zur Verfügung, in denen die menschliche Arbeit erbracht werden kann. Diese kann als unselbständige Arbeit als Arbeitnehmer oder als unternehmerische Tätigkeit Selbständiger erfolgen.¹ Diesen beiden Grundtypen lassen sich bestimmte Rechtsgebiete zuordnen: dem Arbeitnehmer das Arbeitsrecht und dem Selbständigen das Recht der freien Dienst- und Werkverträge.

Da der Selbständige als Einzelperson oftmals nicht die Tätigkeit allein verrichten will oder kann, stellt ihm die Zivilrechtsordnung zwei Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, mit deren Hilfe dieser die Tätigkeit „anderer“ dauerhaft der eigenen dienstbar machen kann. In der ersten wird der andere als Arbeitnehmer verpflichtet.² Die Rechtsgrundlage findet sich im Arbeitsvertrag. In der zweiten aber wird die Möglichkeit einer gemeinsamen Aktion durch die privatrechtliche Vereinigung von Personen realisiert.³ Dies ist der Gegenstand des Gesellschaftsrechts.⁴ Der Gesellschaftsvertrag ist hierfür die Rechtsgrundlage, in dem sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, „die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Art und Weise zu fördern“ (§ 705 BGB).⁵

I. Vom Arbeitnehmer zum Gesellschafter?

„Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?“ ist eine Schrift des Marburger Forum Philippinum aus dem Jahr 1987 betitelt, in der sich mehrere Autoren aus vielfältigen Perspektiven mit Zustand und Zukunft des Arbeitsrechts beschäftigen.

Lieb⁶ stellt dort die Frage:

„Wandelt sich das Arbeitsverhältnis zum unternehmerischen Teilhaberverhältnis?“

Diese Frage findet ihren Grund in der ständigen Veränderung der Arbeitsverhältnisse, die durch das *arbeitsrechtliche Schutzinstrumentarium*⁷ von der klassischen

¹ Vgl. Beuthien, FS E. Wolf, 1985, S. 18 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, § 3 I 3.

² Vgl. etwa Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, § 1 II 2.

³ Loritz, RdA 1992, S. 310 (310).

⁴ Dazu etwa Kraft / Kreutz, Gesellschaftsrecht, A I.

⁵ Dazu Kellermann, Zweck, S. 74 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 1 I 1.

⁶ Lieb, Teilhaberverhältnis, S. 41.

Struktur des Arbeitsverhältnisses als Unterfall des Dienstvertrages der §§ 611 ff. BGB losgelöst wurden und weiterhin werden. Schon lange finden sich die arbeitsrechtlich relevanten Regelungen nicht mehr im Bürgerlichen Gesetzbuch allein, sondern auch in vielen einzelnen Gesetzen (z. B. dem Kündigungsschutzgesetz, dem Betriebsverfassungsgesetz 1972), wobei das sog. Richterrecht der höchstrichterlichen Rechtsprechung das Arbeitsrecht maßgeblich aus- wie neugestaltet.

Aus dem Arbeitnehmer, der ohne jeden Schutz dem Manchestertum⁸ ausgeliefert war, wurde und wird ein Arbeitnehmer, der durch wachsende berufliche Qualifizierung, fortwährende Lohnzuwächse, Bestands- und Sozialschutz und wachsende unternehmerische und / oder betriebliche Mitbestimmungsrechte nicht mehr dem klassischen Arbeitnehmer gleicht.⁹ Des weiteren erkennen Rechtsprechung und herrschende Lehre eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers an¹⁰, die als allgemeine Weiterbeschäftigungspflicht über eine im Streit befindliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses hinausreichen kann¹¹.

Das Arbeitsrecht hat das *Urmodell des Arbeitsvertrages*¹² verlassen, und es wird fraglich, ob sich das Arbeitsrecht im Gesellschaftsrecht auflöst und / oder seinen eigenen Grundvoraussetzungen untreu wird.¹³

Diese Entwicklung wird von *Adomeit* zum Anlaß genommen, dem Arbeitsverhältnis gesellschaftsrechtliche Elemente zuzuschreiben. Er stellt die These auf, daß das Arbeitsverhältnis als gemischtes Rechtsverhältnis, bestehend aus dienstvertraglichen und BGB-gesellschaftlichen Elementen zu charakterisieren sei und damit den Weg zu einem Mitgliedschaftsverhältnis eingeschlagen habe.¹⁴

Diese Konzeption wird überwiegend in der Literatur abgelehnt.¹⁵ Die Arbeitsvertragsparteien würden weder einen gemeinsamen Zweck verfolgen, noch könne von einer Gleichrangigkeit zwischen diesen gesprochen werden.¹⁶

⁷ Lieb, Teilhaberverhältnis, S. 41.

⁸ Dazu Kissel, RdA 1988, S. 193 (193); Schack, Liberalisierung, S. 28, 47.

⁹ Vgl. Rüthers, Arbeitsmarkt, S. 525 ff.; ders., FS E. Wolf, 1985, S. 565; Lieb, Teilhaberverhältnis, S. 41 f.; Beuthien, Wandel, S. 28.

¹⁰ Vgl. etwa MünchArbR / Blomeyer, § 93 Rn. 1; Schaub, AR-Handbuch, § 110 I 4; std. Rspr. des BAG, insbesondere 10. 11. 1955, 13. 9. 1967, 19. 8. 1976, 27. 2. 1985 AP Nr. 2, 3, 4 und 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

¹¹ Vgl. etwa Staudinger / Richardi, § 611 Rn. 808 ff.

¹² Beuthien, FS E. Wolf, 1985, S. 18.

¹³ Beuthien, FS E. Wolf, 1985, S. 32.

¹⁴ Adomeit, Elemente, S. 7 ff.; ders., JA 1988, S. 173 ff. (174); ders., 90er Jahre, S. 5 ff.; ders. zuletzt, Arbeitsrecht, E 10 b.

¹⁵ Jabornegg, DRdA 1991, S. 8 (11); Lieb, Teilhaberverhältnis, S. 41 ff.; ders. Arbeitsrecht, § 1 II 3; MünchArbR / Richardi, § 8 Rn. 13; Preis, Grundfragen, S. 15 ff.; Steinmeyer, Altersversorgung, S. 55 ff.; Zöllner / Loritz, Arbeitsrecht, § 4 III 2 b. Vgl. auch Beuthien, Wandel, S. 29 ff.

¹⁶ Beuthien, FS E. Wolf, 1985, S. 27 ff.; ders., FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 2 ff.; Brox, Arbeitsrecht, Rn. 15; Lieb, Teilhaberverhältnis, S. 41 ff.; Jabornegg, DRdA 1991, S. 9 (11).

Demgegenüber ist nach Wank¹⁷ der Arbeitnehmerbegriff unter dem Aspekt der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte neu zu bestimmen und um gesellschaftsrechtliche Züge zu bereichern. Die Kombination von Arbeitsrecht und dem Recht der Mitbestimmung leide an einem „inneren Bruch“¹⁸, und zumindest der Mitarbeiter in einem existenzgefährdeten Unternehmen sei ein Arbeitnehmer mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag.

Auch Görg¹⁹ sieht durch die Kontroll- und Mitbestimmungsrechte zumindest einen Wandel von einer rein schuldrechtlichen Austauschbeziehung hin zu einer mitgliedschaftlichen Beziehung im Rahmen einer partnerschaftlichen Kooperationsordnung mit verbandsrechtlichen Strukturen als vollzogen an, und nach Löwisch²⁰ wird mit einer paritätischen Mitbestimmung strukturell der Übergang vom Arbeitsverhältnis zum Gesellschaftsverhältnis vollzogen.

II. Gruppenarbeit und das Mitarbeiterverhältnis

Die Frage nach gesellschaftsrechtlichen Elementen im Arbeitsverhältnis wird durch die vermehrte Einführung von arbeitsgruppenbezogenen Arbeitsorganisationen im Sinne der schlanken Fabrik eine wachsende Bedeutung erlangen. Den Arbeitnehmern in diesen Gruppen werden weitergehende Befugnisse und Aufgaben zur autonomen Ausführung übertragen, die vorher vom Arbeitgeber oder seinen Vertretern wahrgenommen wurden.²¹

Auf diese Weise erhalten die Gruppenmitglieder neben den gesetzlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten weitere Kompetenzen zugesprochen.

Das Beteiligungspotential dieser Gruppen ist insbesondere hinsichtlich der tarifvertraglichen „Mitbestimmung von außen“²² von besonderer Bedeutung. Die Industriegewerkschaft Metall legte in ihrer „Tarifreform 2000“ bereits Vorschläge über weitergehende Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern oder Betriebsräten bei Gruppenarbeit vor.²³ Diese Vorschläge werden von der Arbeitgeberseite als falsch abgelehnt.²⁴

In der Arbeitsrechtswissenschaft werden bereits erste Musterregelungen über Tarifverträge vorgestellt, in denen die Gruppenbildung, die Arbeitsaufgabe der

¹⁷ Wank, Arbeitnehmer, S. 363 ff.

¹⁸ Wank, Arbeitnehmer, S. 368.

¹⁹ Görg, Entschädigung, S. 117 f.; vgl. auch Vollmer, Unternehmensverfassungen, S. 14.

²⁰ Löwisch, Mitbestimmung, S. 139, 152; a.A. Mayer, Mitbestimmung, S. 54 ff.

²¹ S.u. § 6 II.

²² Vgl. dazu grundsätzlich Beuthien, ZfA 1983, S. 141 ff.; ders., ZfA 1984, S. 1 ff.

²³ Vgl. Lang / Unterhinninghofen, RdA 1992, S. 179 (184).

²⁴ Vgl. Kirchner, Unternehmen und Gesellschaft Nr. 7 / 1992, S. 13 (16 f.).