

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
GBI.	Gesetzblatt (hier: der DDR)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GoldtA	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goldtammer (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 Wirt- schaftsgebietes
WiuR	Wirtschaft und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WürttHohBRG	Betriebsrätegesetz für das Land Württemberg-Hohen- zollern
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirt- schaftsrecht
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; *Säcker*, 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 Egoismen 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.