

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 131

Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland

Eine rechts- und kulturvergleichende Untersuchung

Von

Bernd Nenninger



Duncker & Humblot · Berlin

BERND NENNINGER

Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 131

Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland

Eine rechts- und kulturvergleichende Untersuchung

Von

Bernd Nenninger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Nenninger, Bernd:

Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland : eine rechts-
und kulturvergleichende Untersuchung / von Bernd Nenninger. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 131)

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07951-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-07951-5

Meinen Großeltern

Vorwort

Erstaunlicherweise gibt es nur menschlich großartige Doktorväter. Dies schließe ich jedenfalls aus den Vorworten der Dissertationen, die ich bisher gelesen habe. Kein Vorwort versäumte es, die Vorzüge des Doktorvaters herauszustellen. Gut für die Doktoranden. Schlecht für mich. Mir fehlen deswegen leider die Worte, mich bei meinem Doktorvater, Professor Dr. Peter Häberle, für die menschliche und fachliche Betreuung zu bedanken. Ich verehere ihn sehr. Deshalb belasse ich es bei einem "Dankeschön" von ganzem Herzen. Er wird es verstehen.

Die Danksagungen, die ich zu machen habe, würden den Rahmen eines Vorworts sprengen. Zu viele Menschen haben diese Arbeit unterstützt. Dies gilt insbesondere für zahlreiche Japaner - Hochschullehrer, Mitstudenten, Freunde, Geschäftsleute. Einzelne zu nennen hieße, andere zurückzustellen. Dennoch: herzlichsten Dank an alle.

Ohne die Rotary Foundation (Japanaufenthalt) und die Studienstiftung des Deutschen Volkes (Promotionsstipendium) hätte ich diese Arbeit nicht schreiben können.

Jahreszahlen in den §§ 4 - 6 folgen der japanischen Zeitrechnung. Das Jahr (Shôwa) 64 entspricht dem Jahr 1989, das Jahr 63 dem Jahr 1988 usw.

Bernd Nenninger

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen zum Gang der Untersuchung

A. Der Stand der Dinge: Massenarbeitslosigkeit als Dauerzustand	1
B. Bemerkungen zur Methode	8
I. These 1: Begriffsverwirrung	8
II. These 2: Das Recht und die Grenzen der "Machbarkeit"	11
III. These 3: Der sozio-kulturelle Kontext	12
C. Die vorliegende Untersuchung und ihre Grenzen	13

Teil 1

Rechtshistorische Dimension

§ 1 Die Entwicklung in Frankreich	15
A. Vor 1789	15
B. Während der Französischen Revolution (1789-1795)	17
I. Die Erklärung der Menschenrechte von 1789	17
II. Die Verfassung von 1791	18
III. Die Verfassung von 1793	18
C. Nach der Französischen Revolution bis 1848	19
I. Ch. Fourier	19
II. V. P. Considérant	20
III. P. J. Proudhon	21
D. In den Jahren 1848/49	21
I. L. Blanc und die Nationalwerkstätten	21
II. Die Verfassung von 1848	22
III. Nach 1848	23

§ 2 Die Entwicklung in Deutschland	24
A. Die Entwicklung bis 1848	24
I. Das Allgemeine Landrecht	24
II. J. G. Fichte	25
III. Andere	26
B. Die Paulskirchenverfassung	26
C. Die Entwicklung bis 1918	27
I. O.v. Bismarcks Rede im Reichstag	28
II. A. Menger	29
D. Die Weimarer Reichsverfassung	30
I. Vorgeschichte	30
1. Ausgangsposition	30
2. Entwicklung bis zum Inkrafttreten der WRV	30
3. Die Beratungen in der Nationalversammlung	31
II. Die Weimarer Reichsverfassung und ihre Konkretisierung	32
1. Das Recht auf Arbeit, Art 163 II WRV	32
2. Das Arbeitsverfassungsrecht der WRV im übrigen	33
3. Sonstige Gesetze der Weimarer Zeit	34
a) Landesverfassungen	34
b) Reichsgesetze	34
E. "Recht auf Arbeit" im Nationalsozialismus	35
F. Die Ausgangssituation 1945	36
I. Der Konsens 1945 und die Entstehung der Landesverfassungen	36
II. Die Entstehung des Grundgesetzes	37
III. Die Entwicklung in der SBZ	40
IV. Die Deutsche Einheit und das Recht auf Arbeit in den neuen Bundesländern ..	44
§ 3 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	46

Teil 2

Rechts- und kulturvergleichende Dimension: Japan

§ 4 Rechtswissenschaftlicher Ansatz	47
A. Verfassungsrechtliche Ebene	47

I. System des japanischen Verfassungsrechts	47
1. Verfassungsgeschichte	47
a) Die Meiji-Verfassung	47
aa) Die Entstehung der Meiji-Verfassung	47
bb) Grundprinzipien der MV	49
b) Entstehung der Japanischen Verfassung	52
aa) Die japanische Kapitulation	52
bb) Die Erstellung des Verfassungsentwurfes	53
cc) Der eigentliche Verfassungsgebungsakt und seine staatsrechtliche Einordnung	54
2. Verfassungsrecht in Japan	55
a) Organisatorischer Teil	55
aa) Allgemeine Grundprinzipien	55
bb) Tennô	56
cc) Kriegsverzicht	57
dd) Parlament	58
ee) Kabinett	59
ff) Rechtsprechung	60
gg) Finanzwesen	61
hh) Geltungskraft und Änderung der Verfassung	62
ii) Sonstiges	63
b) Menschenrechte, allgemeine Lehren	63
aa) Allgemeine Bemerkungen	63
bb) Grundrechtsausübung und ihre Schranken	64
cc) Drittwirkungsproblematik	64
c) Überblick über die Menschenrechte im einzelnen	66
aa) Gleichheitsrechte	66
bb) Freiheitsrechte	67
cc) Wirtschaftliche Grundrechte	68
dd) Justitielle Grundrechte	68
ee) Sonstige	69
II. Soziale Grundrechte der JV	69
1. System	69
a) Vorbemerkung	69
b) Verhältnis der Vorschriften zueinander	69
2. Die sozialen Grundrechte im einzelnen	71
a) Art 25 I JV	71
aa) Überblick	71
bb) Rechtsnatur	72
cc) Inhalt	73
dd) Einfachgesetzliche Konkretisierungen	74

b) Art 25 II JV	74
aa) Inhalt und Rechtsnatur	74
bb) Konkretisierungen	75
c) Art 26 JV	75
d) Art 27 II, III JV	76
e) Art 28 JV	77
f) Sonstige Bestimmungen	79
aa) Art 18 JV	79
bb) Art 22 I JV	79
cc) Art 29 JV	79
III. Art 27 I JV: Das Recht auf Arbeit	80
1. Entstehungsgeschichte	80
2. Auslegung	81
a) Überblick	81
b) Rechtsnatur des Rechts auf Arbeit	82
aa) Subjektives öffentliches Recht	82
bb) "Objektives Recht"	86
cc) "Programmsatz"	87
c) Inhalt	88
aa) Vollständiges Recht auf Arbeit	88
bb) Beschränktes Recht auf Arbeit	89
i) Grundlagen	89
ii) Aktive Gehalte nach neueren Theorien	91
iii) Entwicklung des gesetzlichen Konkretisierungen des Rechts auf Arbeit	93
iv) Gesetzliche Konkretisierungen des Rechts auf Arbeit	94
d) Stellungnahme	98
3. Pflicht zur Arbeit	98
B. Das Recht auf Arbeit in Japan auf einfachgesetzlicher Ebene und seine Einbettung in das System des Arbeitsrechts	100
I. System des Arbeitsrechts	100
1. Individualarbeitsrecht	100
a) Allgemeines	100
aa) Geschichtliches	100
bb) Die Bedeutung des Arbeitsstandardgesetzes	101
cc) Arbeitnehmerbegriff	102
dd) Gleichheitsgrundsatz	102
b) Ausgewählte Institute	104
aa) Der Schluß des Arbeitsvertrages	104
bb) Versetzung, Delegation usw.	106

cc) Regelungen der Arbeitszeit	107
i) Tages- und Wochenarbeitszeit	107
ii) Pausen	111
iii) "Freie Tage"	111
iv) Jahresurlaub	112
dd) Lohn	114
ee) Beendigungstatbestände	115
i) Befristete Arbeitsverhältnisse	115
ii) Unbefristete Arbeitsverhältnisse	115
ff) Frauen- und Jugendarbeitsschutz	116
gg) Betriebsordnung	117
hh) Disziplinarmaßnahmen	118
2. Kollektivarbeitsrecht	119
a) Geschichte und System	119
aa) Geschichte	119
bb) System	120
cc) Begriff der Gewerkschaft	120
b) Spezielle Vereinigungsfreiheit	121
aa) Koalitionsfreiheit	121
bb) Unfaire Arbeitgebermaßnahmen	121
c) Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern	123
aa) Verhandlungen	123
bb) Tarifvertrag	125
d) Arbeitskampf	125
aa) Begriff	125
bb) Streik	126
cc) Aussperrung	126
dd) Schlichtung	127
3. Sonstige Rechtsgebiete des Arbeitsrechts	128
II. Ausstrahlungswirkung des Art 27 I JV	128
1. Einstellung	128
2. Kündigung	130
a) Überblick	130
b) Rechtsmißbrauch und vernünftiger Grund	131
c) Gründe für diese Gestalt des Kündigungsschutzes	135
d) Ausgestaltung des Kündigungsschutzes im übrigen	136
3. Recht auf Beschäftigung	137
4. Pensionierung und Altersgrenzen	139
a) Ausgestaltung des Systems	139
b) Zulässigkeit des Systems an sich	140

c) Rechtliche Grenzen bei der Ausgestaltung des Systems	141
5. Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer	143
a) Entlassung bei Heirat	143
b) Unterschiedliches Pensionierungsalter	144
6. Union-shop-System	145
7. Arbeitsverwaltung	148
a) Arbeitsunfallversicherung	148
b) Arbeitslosenversicherung	149
c) Arbeitsplatzvermittlung	149
d) Berufsausbildung / schulung	150
e) Beschäftigungspolitik / Beschäftigungsförderungsrecht	150
III. Andere Rechtsgebiete	150
1. Sozialhilferecht	150
2. Sozialrecht	151
a) Rentenversicherungssystem	151
b) Krankenversicherung	151
§ 5 Kulturvergleichender Ansatz - Wirtschaftswissenschaftliche Besonderheiten	153
A. Volkswirtschaftliche Besonderheiten	155
I. Duale Wirtschaftsstruktur	155
1. Begriff und Zustand	155
2. Geschichte	155
a) Bis zum Zweiten Weltkrieg	155
b) Nach dem Zweiten Weltkrieg	157
3. Einzelaspekte	158
a) Frauen in der dualen Wirtschaftsstruktur	158
b) Die (sonstigen) Nichtprivilegierten in der dualen Wirtschaftsstruktur	161
4. Schlußfolgerungen	162
II. Ausbildungssystem	163
1. Beschreibung	163
a) Aufbau	163
b) Ausgestaltung	163
2. Geschichte	166
3. Industrie und Bildung	166
a) Nachwuchsanwerbung in der Industrie	166
b) Innerbetriebliche Ausbildung	168
c) Bildungsstand und Karriere	169

4. Schlußfolgerungen: Gesellschaft und Bildung	170
a) Konfuzianismus	170
b) Fehlen einer Klassengesellschaft	170
c) Bildung und Persönlichkeitsformung	171
d) Verstärkung der Strukturen des dualen Wirtschaftssystems	172
e) Gegeneffekte	173
III. System der lebenslangen Beschäftigung	174
1. Begriff und Zustandsbeschreibung	174
2. Geschichte	175
3. Schlußfolgerungen	176
a) Sicherheit für die Arbeitnehmer	176
b) Bezug zur dualen Wirtschaftsstruktur	177
c) Auswirkungen auf das Management selbst	177
d) Immobilität der Arbeitsgesellschaft	177
e) Arbeitseinstellung	178
f) Kosten und Probleme	179
IV. Betriebsgewerkschaften	180
1. Rechtliche Grundlagen	180
2. Zustandsbeschreibung	181
3. Schlußfolgerungen: Gründe für die Schwäche der Gewerkschaften	182
B. Betriebswirtschaftliche Besonderheiten	184
I. Seniorität und Hierarchie	184
II. Entlohnungssystem	185
1. Gehaltsstruktur	186
a) Gehalt und Seniorität	187
b) Allgemeine Aussagen zu Gehaltshöhe und -verteilung	187
2. Soziale Leistungen der Firma	188
3. Bonussystem	189
4. Schlußfolgerungen	189
III. Hierarchisch-patriarchalische Strukturen	190
1. Hierarchie	190
a) Rangsystem	190
b) Führer/Vorgesetzter	192
c) Führung	193
2. Gruppenstruktur	194
a) Gefühl des Einsseins	195

b) Interne Organisation	195
IV. Zwischenmenschliche Beziehungen und Harmoniestreben	196
§ 6 Kulturvergleichende Dimension - Sozio-kulturelle Besonderheiten	198
A. Soziologisch-psychologische Beobachtungen	198
I. Japanisches Gruppenverständnis	198
1. Gruppenstruktur und daraus folgende Konsequenzen	198
a) Grundlagen	198
aa) Ursprünge	198
bb) Grundzüge einer Theorie der japanischen Gruppe	199
b) Rahmengruppe und vertikale Beziehungen	199
aa) Dominanz der Rahmengruppe	199
bb) Dominanz vertikaler Strukturen	200
c) Uchi und die Kategorien von "Innen" und "Außen"	202
aa) Begriff des "Uchi"	202
bb) Die Welt in den Kategorien "Innen" und "Außen"	203
d) Weitere Auswirkungen dieses Gruppenverständnisses	204
aa) Zusammensetzung der Gruppen	204
bb) Harmoniedenken	204
cc) Individualität und Massenkultur	205
dd) Gruppenstruktur und Gleichheit	206
ee) Gruppenverständnis und Demokratie	207
ff) Effizienz der japanischen Gruppenstruktur	208
2. Das patriarchalische Familiensystem	209
a) Rechtliche Grundlagen	209
b) Gruppenstruktur	209
aa) Rahmengruppe	209
bb) Vertikale Strukturen	210
c) Sozialer Wandel	211
d) Schlußfolgerungen	211
3. Denken in Hierarchien	211
a) Alter	212
b) Geschlecht	212
c) Seniorität	213
d) Oyabun/Kobun-Beziehungen	213
e) Senpai/Kôhai-Beziehungen	214
II. Determinanten japanischen Fühlens	216
1. Kultur der Amae	216
a) Begriffliches	216

aa) Amae	216
bb) Enryo	217
b) Amae in der sozialen Interaktion	217
c) Schlußfolgerungen	218
aa) In der Gruppe	218
bb) In der Gesellschaft	219
cc) Auf Staatsebene	220
d) Bewertung	220
2. Kultur der Scham	221
a) Scham und Schuld	221
aa) Konzept der Schuld	221
bb) Konzept der Scham	221
b) Schlußfolgerungen	222
aa) Weiter erhöhter Anpassungsdruck in der Gruppe	222
bb) Andere moralische Wertungen	223
cc) Relativierung der Verbindlichkeit von Normen	223
dd) Bezug zum Harmoniedenken	224
B. Japanisches Rechtsverständnis	224
I. Giri	224
1. Ausgangspunkt	224
2. Begriffliches	225
a) "Giri"	225
b) On und Ongaeshi	226
c) Sumanai und Ninjô	227
3. Schlußfolgerungen	228
II. Rechtsgeschichte	229
1. Zeitalter der Clans (Uji) (bis 645)	229
2. Zeitalter des Hofadels (Kuge) (bis 1167)	231
3. Zeitalter des Kriegeradels (Buke) (bis 1867)	234
a) Kamakura-Periode (1185-1336)	234
b) Muromachi-Periode (1336-1467)	235
c) Hochfeudalismus (1467-1603)	236
d) Edo-(Tokugawa -) Periode (1603-1867)	237
4. Modernes Zeitalter (seit 1867)	239
III. Traditionelle Strukturen im Japanischen Rechtsdenken	241
1. Beschränkte Übernahme westlicher Ideen	241
2. Sprache und Recht	243

a) Sprachgeschichte	243
b) Grundstrukturen des gesprochenen Japanisch	244
c) Grundstrukturen des geschriebenen Japanisch	245
d) Schlußfolgerungen	246
3. Betonung der Pragmatik	247
a) Allgemeines	247
b) Beispiele	248
aa) Art 9 JV	248
bb) Schadensabwicklung bei Verkehrsunfällen	249
C. Weitere kulturelle Determinanten	251
I. Konfuzianismus	252
1. Konfuzianismus in China	252
2. Konfuzianismus in Japan	252
a) Geschichtliches	252
b) Wesentliche Inhalte	253
c) Schlußfolgerungen	254
aa) Bildung in einer konfuzianischen Gesellschaft	254
bb) Fehlen von Klassengegensätzen	254
cc) Entwicklung des Kapitalismus in Japan	255
dd) Autorität und Hierarchie	256
II. Religionen in Japan	256
1. Buddhismus	256
a) Geschichte	256
b) Inhalte	257
c) Schlußfolgerungen	258
2. Shintoismus	259
a) Geschichte	259
b) Inhalte	260
c) Schlußfolgerungen	261
3. Taoismus	261
4. Christentum	262
5. "Neue Religionen" (Sekten)	262

Teil 3

Rechtswissenschaftliche Dimension: Das Recht auf Arbeit de lege lata in der Bundesrepublik Deutschland

Inkurs: Versuch einer Arbeitsdefinition	264
§ 7 Analyse des Normbestands	269
A. Einfache Bundesgesetze	269
I. Stabilitätsgesetz	269
1. Rechtscharakter und Justiziabilität	269
2. Vorrang des Vollbeschäftigungszieles ?	271
3. Gehalte des § 1 StabG im Bereich des "Rechts auf Arbeit"	272
II. §§ 1 ff. Arbeitsförderungsgesetz	273
1. Rechtscharakter und Justitiabilität	273
2. Stellenbeschaffung	274
Inkurs: Die Praxis der ABM	275
3. Gehalte der §§ 1 ff. AFG im Bereich des "Rechts auf Arbeit"	278
III. SGB AT	279
1. Rechtscharakter und Justitiabilität	279
2. Gehalte im Bereich des "Rechts auf Arbeit"	282
IV. Die Einstellung von Arbeitnehmern	282
1. Allgemeine Regeln	282
2. Unmittelbare und mittelbare Einstellungspflichten	283
a) Einstellungspflichten kraft Gesetz	283
b) Schwerbehindertengesetz	284
c) § 78 a BVG	285
d) § 1 Arbeitsplatzschutzgesetz	286
e) § 10 MuSchG	287
f) § 1 I Nr. 1 Arbeitsplatzförderungsgesetz	287
g) Art 33 II GG	288
3. Bindung des Ermessens des Arbeitgebers bei der Einstellung	289
V. Beschäftigungspflicht im weiteren Sinne	291
1. Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis	291
a) Allgemeiner Beschäftigungsanspruch	291
b) Sondergesetzliche Positivierungen	293

2. (Weiter-)Beschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses . . .	294
a) Schwerpunkt des Problems	294
b) § 102 V BVG	295
c) Arbeitsvertraglicher Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses	296
d) Gehalt des "Rechts auf Arbeit" im Bereich des Weiterbeschäftigungsanspruchs	297
VI. Kündigungsschutzrecht	297
VII. Mitbestimmungsrecht	299
VIII. Sonstige Vorschriften	300
1. Schutz durch die §§ 823 ff. BGB	300
a) Das "Recht auf den Arbeitsplatz" als dingliches Recht	300
b) Dinglicher Schutz der Arbeitskraft über das Persönlichkeitsrecht	302
c) Schutz der Arbeitskraft als dinglichem Recht	303
d) Schutz des Rechts auf Arbeit als dinglichem Recht	303
e) § 823 II BGB	303
f) Gehalte des "Rechts auf Arbeit" im Deliktsrecht	304
2. Gleichheitssatz	304
3. Rechtliche Grundlagen der Arbeits- und Sozialordnung	304
4. Sonstige Vorschriften	304
B. Tarifverträge	305
I. Übersicht	305
1. Abschlußverbote und -gebote	305
2. Kündigungerschweren	306
Inkurs: Die Praxis von Rationalisierungsschutzabkommen	308
II. Rechtliche Probleme	310
III. Gehalte des "Rechts auf Arbeit" im Tarifvertragsrecht	313
C. Landesverfassungen	313
I. Ausdrückliche Regelungen in den Verfassungen der alten Bundesländer	313
1. Bayerische Verfassung	313
2. Berliner Verfassung	316
3. Bremer Verfassung	318
4. Hessische Verfassung	319
5. Nordrhein-westfälische Verfassung	321
6. Rheinland-pfälzische Verfassung	322
7. Saarländische Verfassung	323

II. Allgemeine Aussagen zu den ausdrücklichen Regelungen des Rechts auf Arbeit in den Landesverfassungen	324
1. Allgemeine Stellungnahmen	324
2. Insbesondere: Wirksamkeit unter dem GG	325
a) Art 142 GG	325
b) Art 31 GG	326
c) Leerlaufen mangels Landeskompetenzen?	327
III. Andere Landesverfassungen	328
1. Baden-Württemberg, Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein	328
2. Die Verfassungsentwürfe der neuen Bundesländer	328
a) Sachsen-Anhalt	329
b) Sachsen	329
c) Brandenburg	330
d) Mecklenburg-Vorpommern	330
e) Thüringen	331
f) Verfassung des Runden Tisches (Entwurf)	332
3. Sonstige deutsche Verfassungen	332
a) Die Verfassung von Württemberg-Baden	332
b) Die Verfassung für Württemberg-Hohenzollern	333
c) Die Verfassung des Landes Baden	333
d) Die Demokratische Verfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern	335
e) Die Verfassung des Landes Sachsen	335
f) Die Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt	336
g) Die Verfassung von Berlin (Ostteil)	336
D. Internationale Verträge	337
I. Auf Weltebene	337
1. Menschenrechtserklärung der UNO	337
2. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	338
3. Charta der Vereinten Nationen	339
II. Auf europäischer Ebene	340
1. ESC	340
2. EG-Recht	341
III. ILO	343
IV. Gehalte des "Rechts auf Arbeit" in internationalen Verträgen	345
E. Grundgesetz	345
I. Sozialstaatsprinzip (Art 20 I, 28 I GG)	346

1. Allgemeine Dogmatik der Sozialstaatsklausel	346
2. Recht auf Arbeit und Sozialstaatsklausel	349
II. Art 1 I GG	351
III. Gleichheitssätze	353
1. Art 33 II GG	353
2. Art 3 I GG	355
IV. Freiheitsrechte	356
1. Art 12 I GG	356
a) Art 12 I GG als Freiheitsrecht	356
b) Art 12 I GG als Teilhaberecht	357
c) Andere Aspekte des Art 12 I GG	361
d) Gehalte des Rechts auf Arbeit in Art 12 I GG	362
2. Art 2 I GG	363
3. Art 2 II GG	364
V. Art 109 II GG	364
VI. Sonstige partiell betroffene Bestimmungen des GG	366
1. Art 9 III GG	366
2. Art 6 IV GG	367
3. Art 74 Nr. 12 GG	367
4. Art 48 II 2 GG	368
VII. Art 14 GG	369
1. Bisherige Stellungnahmen zum Verhältnis zwischen Recht auf Arbeit und Eigentumsgarantie	369
a) Schrankendenken	369
b) Positive Stellungnahmen	369
2. Die Trias Arbeit, Eigentum und Freiheit	370
a) Arbeit	370
aa) Arbeit als <i>conditio humana</i>	370
bb) Das sich wandelnde Verständnis von Arbeit	373
i) Bedeutungswandel der Arbeit in der Geschichte	373
ii) Bedeutungswandel der Arbeit in der Gegenwart	375
b) Klassische Dogmatik der Eigentumsgarantie	379
aa) Doppelnatur des Eigentums	379
bb) Inhalt und Funktionen des Eigentumsrechts	380
i) Abwehrfunktion	381
ii) Freiheitsfunktion	381
iii) Leistungsfunktion	382

(1) Leistung und Eigentum	382
(2) Arbeit und Eigentum	383
(3) Geistesgeschichtliche Grundlagen dieser Zusammenhänge	385
iv) Machtverteilungsfunktion	386
v) wertentscheidende Grundsatznorm	386
vi) Funktion als Auslegungsrichtlinie	386
3. Allmählicher Bedeutungsschwund der Eigentumsgarantie und Überholung durch die Arbeit	387
a) Nochmals: Das Problem	387
b) Verschiedene historische Ansätze zur Verknüpfung der Arbeit mit dem Eigentum	389
c) Die Verknüpfung der Arbeit mit dem Problem des Bedeutungsverlustes des Eigentums	389
aa) Richtungsbestimmung	389
bb) Bisherige Ansätze	391
i) O. Kimminich im Bonner Kommentar	391
ii) P. Häberle in VVDStRL 30 und weiteren Aufsätzen	391
iii) A. Podlech in "Der Staat 19"	393
iv) D. Suhr in verschiedenen Schriften	394
v) H. J. Wipfelder in der FS G. Küchenhoff	395
vi) H. Rittstieg in "Eigentum als Verfassungsproblem"	395
vii) Die Idee des sozialen Eigentums	396
viii) E. Denninger in seiner Staatslehre	396
ix) P. Schiffauer in der EuGRZ 1982	397
4. Würdigung	398
5. Die Sozialbindung des Eigentums	402
§ 8 Das Recht auf Arbeit im geltenden deutschen Recht	404
A. Die Analyse des Normbestands auf Verfassungsebene	404
B. Hinzunahme der einfachgesetzlichen Ebene	406
C. Die Berücksichtigung des Knappheitsargumentes	407
I. Grundsätzliche Einordnung	408
II. Einzelüberlegungen	409
D. Systembedingte Vorgaben und ihre Ausbalancierung durch den Sozialstaat	415
E. Verteilungsgerechtigkeit als oberster Grundsatzes des Rechts auf Arbeit	418
I. Schritt 1: Verteilungsgerechtigkeit "gegen" den Staat	418
II. Schritt 2: Verteilungsgerechtigkeit "gegen" den privaten Arbeitgeber	420
1. Verteilungsgerechtigkeit "gegen" den privaten Arbeitgeber, "durch" den Staat: Der Aspekt der staatlichen Schutzpflicht	420

2. Verteilungsgerechtigkeit "gegen" den privaten Arbeitgeber über eine mittelbare Drittwirkung des Normenbündels "Recht auf Arbeit"	420
§ 9 Rechtswirkungen des Rechts auf Arbeit	422
A. Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Lösung	422
B. Konkrete Auswirkungen der gefundenen Lösung	423
I. Wirkungen des Rechts auf Arbeit im Verhältnis zum Staat	424
1. "Gegen" den Staat als Arbeitgeber (im Bereich des Art 33 II GG)	424
a) Ernst genommenes Willkürverbot bei der Einstellung im Bereich des Art 33 II GG	424
b) Arbeitsplatzsteuerung gegen sich selbst	424
2. Im Bereich der Arbeitsverwaltung und Arbeitsmarktpolitik	425
a) Institutionelle Garantie von Einrichtungen der Arbeitsverwaltung	425
b) Die Höhe der Arbeitslosenunterstützung	426
c) Die Auslegung des Begriffs der "Zumutbarkeit" (insbes. in § 119 I Nr. 2 AFG)	427
d) Indirekte Berufslenkung durch Berufsausbildung	428
e) Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen	428
3. Im Bereich der Beschäftigungspolitik	428
4. Im Bereich der Kündigungsgesetzgebung	430
5. Im Bereich der allgemeinen Verwaltung	430
a) Planungsverwaltung (Abwägungsvorgänge)	430
b) Allgemeine Ermessensausübung	431
II. Wirkungen des Rechts auf Arbeit im Verhältnis zum privaten Arbeitgeber	431
1. Im Bereich der Einstellung von Arbeitnehmern	431
a) Verbot von Einstellungsverboten	431
b) Diskriminierungsverbote	432
aa) Schutz aller Bewerber	432
bb) Schutz bestimmter Bewerbergruppen	433
2. Im Bereich des Kündigungsschutzrechts	435
3. Auslegung des § 826 BGB	439
4. Fragen der Arbeitsverteilung durch Arbeitszeitverkürzung	439
5. Herstellung von Lohnflexibilität	441
C. Rechtspolitische Aspekte	441
I. Kodifikation des Rechts auf Arbeit im Grundgesetz - allgemeine Probleme	441
II. Kodifikation des Rechts auf Arbeit in der Sondersituation der Deutschen Einheit	445
D. Die Einbettung in den sozio-kulturellen Kontext	448

Inhaltsverzeichnis	XXV
I. Vorbemerkung: Die Selbstverständlichkeit der Selbstbefangenheit	448
II. Quervergleich mit den japanischen Ergebnissen	449
III. Fazit	450

Literaturverzeichnis	452
-----------------------------	------------

Vorbemerkungen zum Gang der Untersuchung

A. Der Stand der Dinge: Massenarbeitslosigkeit als Dauerzustand

Massenarbeitslosigkeit schien spätestens Mitte der sechziger Jahre in der Bundesrepublik Deutschland eine überwundene soziale Erscheinung zu sein - durchaus etwas "Schreckliches", aber doch ein ferner, geradezu unrealer Schrecken. Der damals hinsichtlich der Vollbeschäftigung vorherrschende Optimismus war jedoch nicht begründet. Im Zuge der nach der Ölkrise auftretenden weltweiten Rezession wuchs die deutsche Wirtschaft nicht mehr oder nur noch in kleinen Schritten und konnte den unter anderem durch Produktivitätsfortschritte, Investitionsschwäche und die allgemein wenig gute Ertrags- und Auftragslage bei zahlreichen Unternehmen hervorgerufenen Schwund der "Arbeitsnachfrage" nicht mehr wettmachen. Als Folge nahm die Anzahl der Arbeitslosen seit etwa 1973 kontinuierlich zu, spätestens 1976 kann man von Massenarbeitslosigkeit sprechen¹. Etwa seit 1983 wurde mit über 2,2 Mio. Arbeitslosen (d.h. einer Arbeitslosenquote von über 9 %) ein Höhepunkt (eigentlich ein "Höhenplateau") erreicht.

¹ A.A.: M. Blank/H. Fangmann in AuR 1988, 235 (235): Seit 1974.

Tabelle 1

**Entwicklung der Arbeitslosigkeit in der
(alten) Bundesrepublik Deutschland (jeweils in 1.000)**

Jahr	Bevölk.	Erwtät.	Arblos.	Quote	ABM	Kurz- arb.
1955	(...)	(...)	1.076	5,6%	(...)	25
1960	55.433	(...)	271	1,3%	(...)	3
1965	58.619	(...)	147	0,7%	(...)	1
1970	60.651	26.688	149	0,7%	2	10
1972	61.672	26.744	246	1,1%	2	76
1974	62.054	25.565	582	2,6%	3	292
1976	61.531	25.591	1.060	4,6%	29	288
1978	61.327	25.699	993	4,3%	51	191
1980	61.566	26.328	889	3,8%	41	137
1981	61.682	26.144	1.272	5,5%	38	347
1982	61.638	25.709	1.833	7,5%	29	606
1983	61.423	25.331	2.558	9,1%	45	675
1984	61.175	25.363	2.266	9,1%	71	384
1985	61.624	25.540	2.304	9,3%	87	235
1986	61.066	25.794	2.228	9,0%	102	197
1987	61.077	25.971	2.229	8,9%	115	278
1988	61.450	(...)	2.242	8,7%	115	208
Jan. 89	61.745	27.326	2.335	9,0%	100	(...) ²
Jul. 89	61.980	27.662	1.973	7,7%	99	108 ³
Jan. 90	(...)	27.924	2.219	8,5%	83	90 ⁴
Jul. 90	(...)	28.195	1.808	7,1%	(...)	30
Jan. 91	(...)	28.662	1.874	7,2%	(...)	93
Apr. 91	(...)	28.942	1.852	6,2%	84	145 ⁵

² Bei veränderter Berechnung der Anzahl der Erwerbstätigen. Nach dieser Methode lauteten die Zahlen (in 1.000) für Jan. 1986: 26.525; Juli 1986: 26.907; Juli 1987: 27.102; Jan. 1988: 27.304.

³ Jahresdurchschnitt der Kurzarbeiter.

⁴ ABM vom April 1990.

⁵ Arbeitslosigkeit ist statistisch nicht einfach zu erfassen. Vor allem enthält die Statistik die sogenannte "stille Reserve" des Arbeitsmarktes nicht: Personen, die sich nicht arbeitslos melden, obwohl sie Arbeit suchen - vor allem weil sie bereits resigniert und die Hoffnung auf einen Arbeitsplatz aufgegeben haben (ältere Arbeitslose; Frauen, die als Hausfrauen "abtauchen" usw.). Zum Problem: W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Reinbek 1986/4, S. 43 (im folgenden zitiert als 'AR 2'); W. Zöllner, Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der vorhandenen Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D für den 52. DJT, S. 19 ff. (im folgenden zitiert als 'Zöllner D'). Die stille Reserve ist sehr schwierig zu messen, deshalb gehen auch die Schätzungen über ihre Höhe weit auseinander. Einige Beispiele (Einheit: 1.000): R. Albrecht/E. Reidegeld in BIStSozArbR 1979, 273 (274) mit Über-

Deshalb kann es nicht überraschen, daß die Diskussion um das "Recht auf Arbeit" etwa von 1975 bis 1980 nicht nur im politischen und gesellschaftlichen Leben, sondern auch in der akademisch-juristischen (weniger der wirtschaftswissenschaftlichen) Diskussion - insbesondere im Staatsrecht, aber auch im Arbeitsrecht - nach vielen Jahren der Stagnation eine zweite Blüte erlebte und noch intensiver als während und nach der Schaffung des Grundgesetzes wurde.

Leider zeigt die Erfahrung, daß auch für menschliches Leid ein Gewöhnungseffekt besteht. Massenarbeitslosigkeit war spätestens 1980 nicht nur feste gesellschaftliche Realität geworden, man fand sich offenbar im Laufe der Zeit resignativ mehr oder weniger damit ab. Die Arbeitslosigkeit blieb bis etwa 1989 bei nur gering (wenn auch stetig) rückläufiger Tendenz fast unverändert hoch.

Den einigermaßen konstant gebliebenen Arbeitslosenquoten läßt sich jedoch nicht entnehmen, wie sehr sich der Arbeitsmarkt seit 1980 wandelte.

Jugendarbeitslosigkeit spielt nicht mehr dieselbe überragend wichtige Rolle wie zum Höhepunkt der Krise von 1980 bis 1985⁶; vor allem ist der Lehrstellenmangel weitgehend überwunden - der einzige echte und nennenswerte Erfolg im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit wurde auf diesem Gebiet erreicht.

Verkannt werden darf auch nicht, daß zwischen 1984 und 1988 1 Million⁷, zwischen Januar 1989 und April 1991 über 1,5 Mio.⁸ Arbeitsplätze neu geschaffen wurden und damit die Beschäftigung in der alten Bundesrepublik den höchsten Stand seit ihrer Gründung erreichte. Diese Fortschritte wurden jedenfalls bis 1989 fast vollständig durch das verstärkte Drängen zusätzlicher Arbeitskräfte auf den Arbeitsmarkt aufgezehrt. Jugendliche ("geburtenstarke Jahrgänge") und Aussiedler (1989/90 auch Übersiedler) sind hier besonders zu nennen⁹.

Auf der anderen Seite veränderte sich die Struktur der Massenarbeitslosigkeit. Insbesondere das Phänomen der Dauerarbeitslosigkeit wurde zu einer im-

sicht (z.B. 1972: 144, 1978: 639); U. Spörel in S. Katterle/A. Rich, Religiöser Sozialismus ... , Gütersloh 1980, S. 74 (75) 670 (1977); J. Zerche in P. Herder-Dorneich, Die Sicherung des Arbeitsplatzes, Berlin 1979, S. 139 (145): 400-500 (1979); Blank/Fangmann in AuR 1988, 235 (235): 1.100 (1988); M. Kittner, Arbeitsmarkt und Recht - Eine Einführung, in ders., Arbeitsmarkt - Ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen, Heidelberg 1981, S. 11 (94): 1. 370 (1988) (erscheint weit überzogen). Dagegen nimmt die Statistik auch Personen auf, die eigentlich nicht arbeiten wollen (einerseits echte Arbeitsunwillige, andererseits ältere Arbeitnehmer oder Frauen, die nicht in das Erwerbsleben zurückkehren wollen, aber sich für den Bezug der Arbeitslosenhilfe arbeitslos melden müssen; vgl. hierzu K. W. Rothschild, Theorien der Arbeitslosigkeit, München 1988, S. 5).

⁶ Die Arbeitslosenquote der Jugendlichen (15 - 18 Jahre) liegt nunmehr deutlich unter der allgemeinen Arbeitslosenquote (1985: 8,1 %; 1987: 6,6 %; 1988: 6,1 %) (Quelle: Bundesanstalt für Arbeit (Hrsg.), Amtliche Nachrichten). Ältere Zahlen bei Voigt in Diskurs 1, 97 (102).

⁷ B. von Rosenblatt in MittAB 1990, 373 (373).

⁸ s. hierzu Tabelle 1.

⁹ Rosenblatt (FN 8) ebd.; - allgemein zum Einfluß von demographischen Faktoren auf die Arbeitslosigkeit vgl. Rothschild, S. 126 ff.