

# » Hans Carl Nipperdey – mythische Leitfigur des herrschenden deutschen Arbeitsrechts

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis,  
Universität zu Köln

## 1. Auftakt<sup>1</sup>

Auch ein moderner Arbeitsrechtler kann sich dem Wirken *Hans Carl Nipperdeys* nicht entziehen. Das Beispiel des mysteriösen Grundsatzes der Tarifeinheit mag genügen, wozu es heißt: »Am Anfang war *Nipperdey*.<sup>2</sup> Das klingt nach biblischer Verheißung.<sup>3</sup> Wie *Nipperdey* in Sachen Tarifeinheit agierte, deckte *Bepler* auf.<sup>4</sup> So schrieb *Nipperdey* 1957 in der 6. Aufl. seines Lehrbuchs,<sup>5</sup> im Falle der sog. Tarifpluralität liege keine Tarifkonkurrenz vor. Am 29.3.57<sup>6</sup> erkannte der 1. Senat des BAG unter Vorsitz des Präsidenten *Nipperdey* genau gegensätzlich und begründete den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb. Der Prozessakte, so *Bepler*, sei zu entnehmen, dass das Votum des Berichterstatters keinen Fall der Tarifpluralität annahm. Durch Korrekturen des Präsidenten *Nipperdey* erhielt das Urteil eine ganz andere Aussage. *Dirk Neumann*, seinerzeit Assistent *Nipperdeys*, berichtet, dass diese auf ein Gespräch mit der Spalte des DGB zurückging. Der neue Grundsatz sollte das gefürchtete Aufkommen aktiver kleinerer und radikaler Arbeitnehmerorganisationen verhindern – ein charakteristisches Beispiel für das Wirken des einflussreichen Präsidenten.

fizierungsverfahren<sup>21</sup> wirkte er weiter als Kölner Ordinarius. 1954 wurde er zum Präsidenten des BAG in Kassel ernannt.

<sup>1</sup> Marc Reuter, wiss. Mitarbeiter am Institut für Dt. und Eur. Arbeits- u. Sozialrecht der Uni Köln (von N als »Forschungsinstitut für Sozialrecht« gegründet), danke ich für die Mitarbeit.

<sup>2</sup> Reichold, RdA 2007, 321, 321.

<sup>3</sup> Am Anfang war das Wort (1. Johannes 1.1). »Am Anfang schuf Gott Himmel und Erde« (1. Mose 1.1). In diesem Sinne augenzwinkernd *F.J. Düwell* in der öff. Anhörung vor dem BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales zum Entwurf des Tarifeinheitsgesetzes am 4.5.2015, Protokoll 18/41, S. 698, nach dem die richterliche Tarifeinheit aus einem allg. Ordnungsprinzip hergeholt werden sei. Dieses Prinzip musste nicht begründet werden, sondern »es war sozusagen von Gott gegeben – Herr N hat das gemacht, da gibt es durchaus Vergleiche mit dem höchsten Wesen.«

<sup>4</sup> Däubler/Bepler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht, 1. Aufl. 2016, Rn. 4 – 7.

<sup>5</sup> Hueck/Nipperdey/Nipperdey, (nachfolgend HN/Nipperdey) Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1957, S. 458.

<sup>6</sup> BAG 29.3.57, 1 AZR 208/55, BAGE 4, 37.

<sup>7</sup> Vgl. Hollstein, Die Verfassung als »Allgemeiner Teil«, 2007, S. 13-120; Adomeit, JZ 2006, 745.

<sup>8</sup> Die mit seinen Initialen schon in der Wiege angelegte Ehrendoktorwürde wurde *Nipperdey* später mehrfach verliehen.

<sup>9</sup> Hollstein, S. 13.

<sup>10</sup> Hollstein, S. 17.

<sup>11</sup> »Grenzlinien der Erpressung durch Drohung – unter besonderer Berücksichtigung der modernen Arbeitskämpfe«; das koll. Arbeitsrecht war nie weit.

<sup>12</sup> Hollstein, S. 23.

<sup>13</sup> Hollstein, S. 24 f.

<sup>14</sup> Hollstein, S. 42.

<sup>15</sup> Iannone, Die Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt ohne Erfolgsaussicht?, 2009, S. 133 ff., alle Kodifizierungsprojekte wurden ab 1943 angesichts der Kriegsentwicklung eingestellt, s. S. 172 ff.

<sup>16</sup> Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, 1. Aufl. 1934, 2. Aufl. 1937, 3. Aufl. 1939, 4. Aufl. 1943.

<sup>17</sup> Düwell, RdA 2010, 129, 134.

<sup>18</sup> Auch wenn nach Aussage von Hollstein, S. 76, und Rückert, in: Neue deutsche Biografie, Bd. 19, 1999, S. 280, 280 f., Ns Beiträge in dieser Zeit vergleichsweise gemäßigt gewesen sein sollen, kommt insb. im AOG-Kommentar der Zeitgeist deutlich zum Vorschein. So heißt es im Vorwort zur 1. Aufl. 1934: »Was vor allem nötig ist, ist die Erziehung zur rechten Gesinnung.« N betont ab der 2. Aufl. die Bedeutung der Betriebsgemeinschaft: Sie solle »als lebendiger Organismus unter dem UN als Führer alle ihre Kräfte entfalten können«, Hueck/Nipperdey/Dietz/Nipperdey, AOG, 2. Aufl. 1937 Vorbem. vor § 26, Anm. 2; zum Begriff der Betriebsgemeinschaft als konkrete Ordnung Jousset, RdA 2007, 328, 330. Rüthers, Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien, 2. Aufl. 2015, S. 53 spricht von einem »ideologischen Gleichschritt der führenden Köpfe« des Arbeitsrechts. Versuch einer Rechtfertigung gegen Kritik Abendroths in AuR 1959, 340.

<sup>19</sup> Dazu Hollstein, S. 46 ff.

<sup>20</sup> Hollstein, S. 49 ff.; Adomeit, JZ 2006, 745, 746.

<sup>21</sup> Dazu ausführlich Hollstein, S. 87 ff.

### 3. Funktionär und Einfluss

Wer sich mit der Biografie Ns auseinandersetzt, den beschleicht das Bild eines Chamäleons, das situationsbedingt seine Farbe wechselt.<sup>22</sup> Die Figur erscheint dem, der ihn nicht persönlich gekannt hat, mythisch, hoch kompetent und extrem einflussreich. Er bewegt sich als Wanderer durch die Epochen, Kaiserreich, Weimarer Republik, Nationalsozialismus, parl. Demokratie. Er vereinigte in Persona die Trinität des Arbeitsrechts als Präsident des BAG, Professor und Vorsitzender<sup>23</sup> des Dt. Arbeitsgerichtsverbandes, dessen Neugründung er maßgeblich vorangetrieben hatte.<sup>24</sup> Alle diese Positionen wusste er i.S. einer Fortentwicklung des Rechts zu nutzen. Was er als Wissenschaftler schrieb, fand sich in diversen BAG-Urteilen wieder, über seinen Senat hinaus. Beschlüsse des Arbeitsgerichtsverbandes hatten Einfluss auf die Rechtsentwicklung.

*Kittner*<sup>25</sup> schildert die nach 1945 stattfindende Zusammenarbeit von *Nipperdey* mit *Hans Böckler*, die beide Anfang 1946 Stadtverordnete im Kölner Rat für die SPD waren. *Nipperdey* avancierte zum Chefberater der Gewerkschaften und produzierte einen Entwurf eines TVG, der im wesentlichen unverändert Gesetz wurde und bis heute gilt. Wenige Jahre später wandte sich *Nipperdey* im Zuge des Zeitungsstreiks der BDA zu; er soll sogar seinen Assistenten Publikationen in AuR verboten haben. Für die Gewerkschaften blieb aber als Gewinn, mit *Nipperdey* kraft seiner Autorität als Wissenschaftler und später als BAG-Präsident mehr Rechtssicherheit im Arbeitskampfrecht erreicht zu haben.

Ein weiteres beeindruckendes Beispiel berichtet *Th. Dieterich* von Verhandlungen des DJT 1966 in Essen zu Fragen der Tarifautonomie und insb. der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln. *Nipperdey* ergriff als erster das Wort und erklärte Differenzierungsklauseln für verfassungswidrig. Nach seinem Wortbeitrag ging *Nipperdey* durch die Reihen der arbeitsrechtlichen Abteilung des DJT, sammelte für seine Position mit einem vorbereiteten Papier Stimmen und überreichte eine Entschließung von 16 Arbeitsrechtsprofessoren. *P. Hanau*, mit *Dieterich* Sekretär der Abteilung, bemerkte sinngemäß, dass man hier die Entstehung einer h.L. im Zeitraffer beobachten könne. Am 29.11.67 erklärte der *Gr. Senat* des *BAG*<sup>26</sup> Differenzierungsklauseln für unzulässig, eine Position, die das Gericht ebenso wie den Grundsatz der Tarifeinheit später weitgehend aufgab.

Geschickt nutzte *Nipperdey* seine verschiedenen Funktionen und weitete seinen Einfluss aus. Politisch erschien er nicht festgelegt. So wie er in einem Fall (Tarifeinheit) einem gewerkschaftlichen Wunsch entsprach, negierte er diesen bei Differenzierungsklauseln. Man kann dies als Unabhängigkeit werten; Kritiker könnten versucht sein, *Nipperdey* Beliebigkeit vorzuwerfen. Ns Einfluss auf das Arbeitsrecht<sup>27</sup> wird in Deutschland einmalig bleiben. Nach ihm ist eine Gesetzesammlung des Arbeitsrechts benannt.<sup>28</sup> Er gründete die AP<sup>29</sup> und die wiss. Zeitschrift RdA. Als Vorsitzender des Arbeitsgerichtsverbandes agierte er arbeitsrechtlich, als Wissenschaftler rechtsdogmatisch und vorausschauend. Als Richter entwickelte er das Recht so fort, wie er und seine Schüler es wiss. vorgedacht hatten.

### 4. Exemplarisches aus dem Wirken Nipperdeys

#### a) Drittirkung von Grundrechten

Früh nach Inkrafttreten des GG sprach sich *Nipperdey* für eine unmittelbare Bindung des Einzelnen an die Grundrechte aus.<sup>30</sup> Wie früh, zeigt *Adomeit*<sup>31</sup> auf. Er bemächtigte sich regelrecht der Grundrechte in der WRV durch das von ihm hrsg. dreibändige Werk »Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung«. Seine Werke zur Wirkung der Grundrechte hatten nachhaltigen Einfluss auch auf erste Entscheidungen des *BVerfG*.<sup>32</sup> Während sich das *BVerfG* 1958 indes für die bis heute gültigen Lehre der mittelbaren Drittirkung der Grundrechte entschied<sup>33</sup> und die obj. Wertordnung betonte, die auch das Bürgerliche Recht beeinflusst, ging *Nipperdey* – auch nach der Lüth-Entscheidung des *BVerfG* – von einer unmittelbaren »absoluten Wirkung« jedenfalls gewisser Grundrechte aus. Ein Verstoß gegen eine solche auch im Privatrecht wirkende Grundnorm führe idR. zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.<sup>34</sup>

Deutlich formulierte *Nipperdey* seine These von der abs. Wirkung der Grundrechte anhand der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verankerten Gleichberechtigung von Frau und Mann, die zu seiner Zeit jur. noch umstritten war.<sup>35</sup> *Nipperdey* schloss aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG das Gebot gleichen Lohns der Frau für gleiche Leistung,<sup>36</sup> das auch direkt zwischen den »Rechtsgenossen« gelte.<sup>37</sup> Frauen benachteiligende Bestimmungen in TV, BV und Arbeitsverträgen seien unmittelbar wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nichtig.<sup>38</sup> Auch der

<sup>22</sup> Vgl. *Hollstein*, Hans Carl Nipperdey (1895 – 1968 – Kölner Rechtswissenschaftler, Präsident des BAG und juristisches Chamäleon?, in Augsberg/Funke (Hrsg), Kölner Juristen im 20. Jhd., 2012, S. 197 ff.

<sup>23</sup> Mit Antritt *H. Monjaus* als Nachfolger Ns 1965 wurde die Amtsbezeichnung in »Präsident« geändert, *Neumann*, FS Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 129, 138.

<sup>24</sup> Impuls zur Neugründung nach der freiwilligen Auflösung 1934 kam 1949 auf einer Konferenz der LAG-Präsidenten von N, *Neumann*, FS Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 129, 129 f.

<sup>25</sup> *Kittner*, in: Arbeitskampf, Geschichte-Recht-Gegenwart, 2005, S. 546 f., 563, 605, 607.

<sup>26</sup> BAG (GS) 29.11.67, GS 1/67, AP GG Art. 9 Nr. 13.

<sup>27</sup> Und nicht nur auf diese Welt. Lt. *Kittner*, Fn. 25, S. 607 wurde extra für N eine direkte Zugverbindung zwischen Köln und Kassel eingerichtet.

<sup>28</sup> *Nipperdey* (I), Arbeitsrecht, Std. 10/2015.

<sup>29</sup> AP und die Veröffentlichungspraxis des BAG waren Gegenstand heftiger Diskussion im Schrifttum, s. *Ramm*, JZ 1964, 494, 494 ff., einerseits, *Gamillscheg*, JZ 1965, 47, 48 f., andererseits.

<sup>30</sup> *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216; ders., RdA 1950, 122, 124; umfassend zur Begründung für diese Lehre *Hollstein*, S. 201 ff.

<sup>31</sup> JZ 2006, 745, 749.

<sup>32</sup> Dies zeigt *Adomeit* JZ 2006, 745, 747 und verweist insb. auf *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 1954.

<sup>33</sup> *BVerfG* 15.1.58, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

<sup>34</sup> *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14 f.

<sup>35</sup> *ErfK/Schmidt*, 16. Aufl. 2016, Art. 3 GG, Rz. 81 mwN.

<sup>36</sup> Gleichlautender Titel seines 1951 erschienenen Gutachtens für den DGB.

<sup>37</sup> *Nipperdey*, RdA 1950, 122, 124 f.; ders., Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, 1951, S. 7.

<sup>38</sup> *Nipperdey*, RdA 1950, 122, 126.

von *Nipperdey* geführte BAG-Senat setzte dessen Auffassung in Bezug auf die abs. Wirkung der Grundrechte<sup>39</sup> und das Gebot gleichen Lohns – jedenfalls für TV –<sup>40</sup> um. Ein gutes Beispiel für Durchsetzungskraft und Mächtigkeit.

## b) Arbeitskampfrecht

Während Ns Grundrechtslehren heute keine große Rolle spielen, ist sein Einfluss im Arbeitskampfrecht<sup>41</sup> immer noch präsent. Dabei zeigt sich exemplarisch die Eigenschaft, seine klug ausgewählten Assistenten<sup>42</sup> mit ihrer ganzen Kreativität und ihrem Fleiß einzusetzen. *Nipperdey* – und mit ihm das BAG<sup>43</sup> – sahen in Art. 9 Abs. 3 GG kein besonderes verfassungsrechtliches Streikrecht verankert.<sup>44</sup> Ein AN verletzte mit Beteiligung auch an einem rechtmäßigen Arbeitskampf seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag mit ggf. Konsequenzen der Kündigung oder der Schadensersatzpflicht.<sup>45</sup> Ausnahmen machte *Nipperdey* zunächst für die Bundesländer, deren Länderverfassungen ausdrücklich ein Streikrecht gewährten,<sup>46</sup> was er kurze Zeit später jedoch ausdrücklich aufgab.<sup>47</sup>

Wegweisend<sup>48</sup> für die Entwicklung des Arbeitskampfrechts war die Entscheidung des *Gr. Senats* des BAG v. 28.1.55, der die Arbeitsniederlegung im Rahmen eines gewerkschaftlichen Streiks nicht als Verletzung der Arbeitspflicht der einzelnen AN ansah.<sup>49</sup> Die dogmatische Grundlage dafür hatte der *Nipperdey*-Schüler G.A. *Bulla* in seiner – Neumann zufolge auf Bitte der Sozialpartner unveröffentlichten<sup>50</sup> – Habilitationsschrift gelegt.<sup>51</sup> *Bulla* veröffentlichte seine Thesen 1955 in einem Beitrag in der FS zu Ns 60. Geburtstag,<sup>52</sup> auf den sich der *Gr. Senat* in seiner Entscheidung z.T. wörtlich beruft.<sup>53</sup> *Bulla* begründet darin, warum ein AN, der im Rahmen eines kollektivrechtlich legitimen Streiks seine Arbeit niederlegt, damit nicht gegen seine individualvertragliche Arbeitspflicht verstößt, wie es der bis dahin wohl h.M. entsprach.<sup>54</sup> Der Titel des Aufsatzes von *Bulla*, »Das zweiseitige kollektive Wesen des Arbeitskampfes«, verweist auf die dogmatische Begründung, die zusammengefasst lautet: Ist Streik als kollektivrechtliche Erscheinungsform erlaubt, könne er als einheitlicher Akt nicht individualrechtlich rechtswidrig sein.<sup>55</sup> Streik sei als Kollektivakt mehr als die Summe jeder einzelnen Arbeitsniederlegung der AN. »Ihre gemeinsam gewollten Einzelakte ist (nicht sind) [sic!] der Streik als Kollektivakt«.<sup>56</sup>

Weitere Grundlage<sup>57</sup> der BAG-Entscheidung war ein Rechtsgutachten, das *Nipperdey* für die BDA zum Streik der Zeitungsdrucker im Mai 1952 verfasste.<sup>58</sup> Darin vertrat er die These, dass ein Streik dann rechtmäßig sei und das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb i.Sd. § 823 Abs. 1 BGB nicht verletze,<sup>59</sup> wenn er »sozialadäquat« sei.<sup>60</sup> Darunter verstand *Nipperdey* »sozial-übliches, normales« Handeln, das sich im Rahmen der »sozialen Ordnung des Gemeinschaftslebens« bewegte und »mit dem jeder in unserer Wirtschafts- und Sozialordnung rechnen muß«.<sup>61</sup> Zu sozialadäquaten Streiks gehörte für *Nipperdey* der Sympathiestreik,<sup>62</sup> nicht aber der politische Streik.<sup>63</sup>

Was *Nipperdey* und seine Schüler als Wissenschaftler, gar – wie im Fall des Lohngleichheitsgebots und des Arbeitskampfrechts – als Gutachter im Auftrag von Verbänden kreierten, fand Einfluss in der von

ihm geführten BAG-Rspr.<sup>64</sup> In seiner Funktion als BAG-Präsident verfestigte er seinen Einfluss aus wiss. Erkenntnis, mag sie auch von Schülern wie *Bulla* entworfen sein. Dem setzt die Krone auf, dass *Nipperdey* später zum (Eigen-)Lob der Arbeitskampf-Entscheidung v. 1955 ansetzte.<sup>65</sup>

## c) Ordnungsprinzip

Wie geschickt es *Nipperdey* durch dogmatische Wendigkeit gelang, bestimmte Vorstellungen in verschiedenen Epochen zu erhalten, zeigt das berühmt-berüchtigte Ordnungsprinzip. Dieses irrlichternde Prinzip musste über Jahrzehnte hin in verschiedenen Ausprägungen und mit unterschiedlichen Begründungen herhalten, um Konkurrenzen zwischen kollektivrechtlichen oder zwischen kollektiv- und individualrechtlichen Normen

<sup>39</sup> BAG 3.12.54, 1 AZR 150/54, BAGE 1, 185, 193; vgl. dazu AuR 1956, 269 *Frey*.

<sup>40</sup> BAG 15.1.55, 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684; vgl. dazu AuR 1955, 250, *Mendigo*.

<sup>41</sup> Nicht nur in Deutschland: *Kardaras*, RdA 1968, 295, beschreibt den Einfluss *Nipperdeys* auf das griechische Arbeitskampfrecht.

<sup>42</sup> Zu ihnen detailreich *Neumann*, FS Adomeit, 2008, S. 517; ausgewählte Aufzählung bei *Hollstein*, S. 118 f.; zum Publikationsverbot in AuR aber Aufgespießt, AuR 1997, 155; 2006, 359.

<sup>43</sup> BAG (GS) 28.1.55 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 298 f.

<sup>44</sup> *Nipperdey*, SJZ 1949, 811, 811, Streikfreiheit ergebe sich nur aus der allg. Handlungsfreiheit; s. bereits *Staudinger/Nipperdey*, BGB, Bd. II/2, 9. Aufl. 1928, S. 726.

<sup>45</sup> *Nipperdey*, SJZ 1949, 811, 814; schon *Staudinger/Nipperdey*, aaO., S. 776.

<sup>46</sup> *Nipperdey*, SJZ 1949, 811, 816; dazu *Bulla*, FS *Nipperdey* (60.), 1955, S. 163, 168, der diesen Ansatz einerseits als »Verdienst« wertete, die Unterscheidung je nach Landesverfassung andererseits für »praktisch schwerlich erträglich« hielt.

<sup>47</sup> *Nipperdey*, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BetrVG geführten Zeitungsstreik v. 27.–29.5.1952 entstanden sind, 1953, S. 42, Anm. 10.

<sup>48</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder/Loritz, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 44, Rz. 5; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2014, § 14, Rz. 104; *Brox/Rüthers/Brox*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rz. 288. *Kittner*, in: JbArB, Bd. 43 (Dokumentation für 2005), 2006, S.107, 108 f., der zu Recht auch auf die Bedeutung der Entscheidung des GS unter *G. Müller* v. 21.4.71 verweist, BAG (GS) – GS 1/68, NJW 1971, 1668.

<sup>49</sup> BAG (GS) 28.1.55 – GS 1/54, BAGE 1, 291; dazu *Frey*, AuR 1955, 231 ff.

<sup>50</sup> *Neumann*, FS Adomeit, 2008, S. 517, 518.

<sup>51</sup> Vgl. *Neumann* aaO., S. 517, 518 f., demzufolge wir *Bulla* nicht nur »das neue Arbeitskampfrecht«, sondern auch gleich die »immer noch relativ stabile Wirtschaftslage« verdanken.

<sup>52</sup> *Bulla*, FS *Nipperdey* (60.), 1955, S. 163.

<sup>53</sup> BAG (GS) 28.1.55 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 302 ff.

<sup>54</sup> Nachw. zur h.M. bei BAG (GS) 28.1.55 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 295 f. und *Bulla*, FS *Nipperdey* (60.), S. 163, 169 f.

<sup>55</sup> *Bulla*, FS *Nipperdey* (60.), 1955, S. 163, 180.

<sup>56</sup> *Bulla*, FS *Nipperdey* (60.), 1955, S. 163, 182.

<sup>57</sup> Dazu *Bulla*, RdA 1965, 41, 43; *Kittner*, Fn. 25, S. 605 f.

<sup>58</sup> *Nipperdey*, Fn. 47 (Gutachten); dazu *Hollstein*, S. 99 ff.

<sup>59</sup> Im Ergebnis schon *Staudinger/Nipperdey*, BGB, Bd. II/2, 9. Aufl. 1928, S. 726.

<sup>60</sup> *Nipperdey*, Gutachten, 1953, S. 42 ff.; s. auch BAG (GS) 28.1.55 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 300; *Loritz*, Fn. 48, § 44, Rz. 33, bezeichnet dieses Konzept als »große sozialgeschichtliche Leistung«.

<sup>61</sup> *Nipperdey*, Gutachten, S. 44.

<sup>62</sup> *Nipperdey*, Gutachten, 1953, S. 43.

<sup>63</sup> *Nipperdey*, Gutachten, 1953, S. 44 f.

<sup>64</sup> *Kittner*, Fn. 25, S. 607; ders., in: JbArB, Bd. 43 (Doku für 2005), 2006, S.107, 108.

<sup>65</sup> *Nipperdey*, in: Juristen-Jahrbuch, Bd. 1, 1960, S. 28, 42.

aufzulösen. Immer noch kommt es im Zusammenhang mit der BAG-Rspr. zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen zur Sprache.<sup>66</sup>

*Nipperdey* formulierte das Ordnungsprinzip 1937 in der FS zum 60. Geburtstag seines Lehrers *H. Lehmann*.<sup>67</sup> Das Ordnungsprinzip sollte die Kollision zwischen zwei gleichrangigen Kollektivnormen auflösen;<sup>68</sup> etwa zwischen zwei aufeinanderfolgenden Betriebsordnungen<sup>69</sup> (BO), bei denen die neue BO für AN ungünstigere Bestimmungen enthielt. *Nipperdey* legt zur Lösung das Ordnungsprinzip und das – in § 29 AOG normierte und von ihm bereits zuvor behandelte<sup>70</sup> – Leistungsprinzip dar, die als Grundsätze das Betriebs- und Tarifordnungsrecht beherrschten.<sup>71</sup> Der Frage, wie betriebl. Normen auf einzelne Arbeitsverhältnisse wirken, hatte sich *Nipperdey* schon 1930, unter Geltung des Betriebsrätegesetzes (BRG), zugewandt. So gelte bei einer Kollision zwischen Arbeitsvertrag und einer neuen – zwischen AG und BR ausgehandelter – Arbeitsordnung letztere, auch wenn sie dem AN ungünstigere Bestimmungen enthalte.<sup>72</sup> Diese Verdrängungswirkung begründete *Nipperdey* u.a. mit dem Willen der Betriebsparteien, die eine uniforme Regelung für den Betrieb herbeiführen wollten.<sup>73</sup> Dies ist der Kern des – noch unausgesprochenen – Ordnungsprinzips, der sich in der Folge durchgehend erhält. BV bzw. -ordnungen sollten in der Vorstellung *Ns* die Arbeitsbedingungen möglichst für jeden AN im Betrieb einheitlich regeln und somit eine homogene Betriebsordnung schaffen.

So hat *Nipperdey* den Ordnungsgedanken »in der Sache« bereits 1930 unter Geltung des BRG vertreten,<sup>74</sup> jedenfalls im Verhältnis zwischen Betriebsnorm und Individualarbeitsvertrag. Kein Zufall, dass er es erst unter Geltung des AOG als eigenständiges Prinzip benannte.<sup>75</sup> Nach Ordnungs- und Leistungsprinzip soll die »verantwortliche Unternehmerpersönlichkeit« Arbeitsweise und Arbeitsbedingungen gestalten. Das AOG erkenne die Betriebsgemeinschaft als »autonomen Verband« an und übertrage dem Führer in Betrieben ab einer gewissen Größe die Kompetenz, die betrieblichen Arbeitsbedingungen durch BO normativ zu regeln. An Stelle ausgehandelter TV oder BV sei »staatliche oder staatliche zugelassene und kontrollierte Ordnung nach rein sachlichen Gesichtspunkten, nach wirtschaftlicher Vernunft und sozialer Gerechtigkeit getreten«.<sup>76</sup> Nach *Nipperdey* seien BO (und Tarifordnungen) nicht ohne Grund als »Ordnungen« bezeichnet gewesen. »Sie enthalten für die Arbeitsverhältnisse in der Betriebsgemeinschaft eine typische Ordnung, [...] zu deren Erlaß [der nationalsozialistische Staat] den Führer des Betriebes unter seiner Kontrolle (§ 16 [AOG]) ermächtigt hat.«<sup>77</sup> Daher folge aus dem Ordnungsprinzip »die alleinige Geltung der neuen Ordnung, ohne Rücksicht darauf, ob die bisherige Ordnung für die Beschäftigten günstiger war«.<sup>78</sup>

*Nipperdey* begründete das Ordnungsprinzip zunächst<sup>79</sup> mit nationalsozialistischen, normativen<sup>80</sup> Grundsätzen des AOG,<sup>81</sup> auch wenn er das später bestritt und auf die Funktion des Prinzips als Antithese zum »Begünstigungsprinzip« verwies.<sup>82</sup> Er hielt unter Geltung des BetrVG am Ordnungsprinzip fest,<sup>83</sup> kehrt in seiner Diktion teilweise zu seinen Ausführungen v. 1930 zur Wirkung der BV nach dem BRG zurück. Die Verdrängungswirkung von BV gegenüber arbeitsvertraglichen Regelungen ergebe sich »aus der Vorrangwirkung des Kollektivrechts und dem Willen der Vertragsparteien der BV, zunächst ein-

mal einheitliche Bestimmungen für alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb zu schaffen (Ordnungsprinzip)«.<sup>84</sup> Wieder beschreibt *Nipperdey* mit Hilfe des Ordnungsprinzips die durch die Betriebsparteien beabsichtigte Wirkung der BV und betont, dass das »Ordnungsmoment« allen »gesamtheitlichen Gestaltungsmitteln« eigen sei.<sup>85</sup> Diese kurze Dogmengeschichte des Ordnungsprinzips führt die Anpassungsfähigkeit, aber auch Kompetenz *Ns* vor Augen, mit denen er einen grds. Gedanken, wenn auch leicht modifiziert, mit unterschiedlichen Begründungen in 3 verschiedenen (Arbeits-)Rechtsordnungen vertrat.

## 5. Schlussbetrachtung

*Nipperdey* hat das dt. Arbeitsrecht vor 1949 wie danach als Wissenschaftler, Funktionär und Richter durch außerordentliche jur. Kompetenz und geschickte Einflussnahme bis heute geprägt wie sonst wohl niemand. Ausgehend vom Ausruf »Am Anfang war *Nipperdey*« macht sich bemerkbar, dass für *Nipperdey* – wie für andere Rechtswissenschaftler seiner Zeit – als Wanderer durch die Epochen nicht die Bundesrepublik am Anfang stand.

<sup>66</sup> S. etwa zu BAG 5.3.13, 1 AZR 417/12, AuR 2013, 186, *Säcker*, BB 2013, 2677, 2678 f., Preis/Ulber, NZA 2014, 6; *Hromadka*, NZA Beil. 4/2014, 136, 137. Be merkenswert, wie Konkurrenzprobleme Epochen überdauern.

<sup>67</sup> *Nipperdey*, FS Lehmann, 1937, S. 257.

<sup>68</sup> *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 399; *Kammerer*, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikation und deren Ablösbarkeit durch Betriebsvereinbarungen, 1996, S. 40.

<sup>69</sup> Die gem. § 26 AOG einseitig vom AG als Betriebsführer zu erlassenden Nachfolger bzw. Vorgänger der BV.

<sup>70</sup> *Hueck/Nipperdey/Dietz/Nipperdey*, AOG, 1. Aufl. 1934, § 29.

<sup>71</sup> *Nipperdey*, FS Lehmann, 1937, S. 258, 261.

<sup>72</sup> *HN/Nipperdey*, Lb., Bd. 2, 1. und 2. Aufl., 1930, S. 337, Anm. 38.

<sup>73</sup> *HN/Nipperdey*, Fn. 72, S. 337, Anm. 38.

<sup>74</sup> Weitergehend *Hromadka*, NZA Beil. 4/2014, 136, 137, Fn. 7, unter Verweis auf *HN/Nipperdey*, Fn. 72, S. 337, Anm. 38.

<sup>75</sup> Dazu *Wlotzke*, Das Günstigkeitsprinzip, 1957, S. 45 ff.

<sup>76</sup> *Nipperdey*, FS Lehmann, 1937, S. 257, 262.

<sup>77</sup> *Nipperdey*, FS Lehmann, 1937, S. 257, 262.

<sup>78</sup> *Nipperdey*, FS Lehmann, 1937, S. 257, 262.

<sup>79</sup> Später stützte er sich u.a. auf den Spezialitätsgrundsatz und die Regel, dass das spätere Gesetz dem früheren vorgeht, *HN/Nipperdey*, Lb., Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 589 f., Fn. 44.

<sup>80</sup> Es ist daher wohl nicht Ausdruck des konkreten Ordnungsdenkens, wie von *Voigt*, Der kollektive Günstigkeitsvergleich im System der arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel, 1992, S. 53, vertreten. Zur konkreten Ordnung des Betriebs *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 397 f., umfassend zum konkreten Ordnungsdenken allg. S. 277 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 392. Der Zusammenhang zwischen NS-Rechtsordnung und Ordnungsprinzip erscheint jedenfalls nicht »unerfindlich«, wie *Gamillscheg*, JZ 1965, 47, 51, zur Verteidigung gegen die Kritik *Ramms* an *N* (JZ 1964, 546, 549) schrieb. S. auch *Radke*, AuR 1965, 302, 307.

<sup>82</sup> *HN/Nipperdey*, Lb., Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 589, Fn. 44.

<sup>83</sup> Krit. *Wlotzke*, Das Günstigkeitsprinzip, 1957, S. 45 ff.; *Reichold*, Fn. 86, S. 392.

<sup>84</sup> *HN/Nipperdey*, Lb., Bd. 2, 6. Aufl., 1957, S. 798.

<sup>85</sup> *HN/Nipperdey*, Lb., Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, S. 589, Fn. 44.