

Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit

I.

„Um die Pläne, das allgemeine Verwaltungsrecht und das Arbeitsrecht zu kodifizieren, ist es still geworden“ schrieb *Kübler* in seinem Aufsatz „Kodifikation und Demokratie“ im Oktober 1969.¹

Wer die Arbeiten für die Kodifizierung des Arbeitsrechts verfolgt hat, muss in der Tat zu dem Schluss gelangen, dass sie wenig erfolgreich gewesen sind und wenig Anlass zu der Hoffnung bieten, in absehbarer Zeit beendet zu werden. Dieser Eindruck der interessierten Öffentlichkeit kann und konnte sich naturgemäß nur auf das stützen, was über den Fortgang der Kodifizierungsarbeiten bekannt geworden ist. Jedoch besteht wenig Grund, anzunehmen, dass die Bemühungen um ein Arbeitsgesetzbuch im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung oder in sonstigen Gremien ohne Kenntnis der Öffentlichkeit entscheidend weitergebracht worden seien. Zum einen hat das Ministerium erfreulicherweise stets die Öffentlichkeit über den Stand der Gesetzgebungsarbeiten auf dem laufenden gehalten, nicht zuletzt durch die Veröffentlichungen seiner leitenden Beamten in den Fachzeitschriften,² zum anderen war bereits für ein frühes Stadium der Vorarbeiten die Einsetzung eines Sachverständigen-Beraterkreises³ aus Wissenschaft und Praxis vorgesehen, dessen Einberufung nicht unbekannt geblieben sein könnte, wenn sie erfolgt wäre. Auch die kürzlich erlassenen arbeitsrechtlichen Gesetze⁴ lassen erkennen, dass man sich entschlossen hat, den bereits im Tarifrecht, in der Mitbestimmung und im Verfahrensrecht beschrittenen Weg der Teilkodifikation weiterzugehen. Die durch die Teilkodifikation vorgenommene Reformierung, Vereinheitlichung und Systematisierung kann zwar ebenso wie die bei der Arbeit an der Teilkodifizierung geleistete wissenschaftlich-systematische Erforschung der geltenden Rechtsnormen, der wissenschaftlichen Lehrmeinungen, der Rechtsprechung und der Praxis in mancher Hinsicht als Vorarbeit für eine Gesamtkodifizierung angesehen werden; dennoch bleibt festzuhalten, dass Teilkodifikation und Gesamtkodifikation in einem Gegensatz zueinander stehen.⁵ Solange nicht wenigstens das System der Gesamtkodifikation und ihr Allgemeiner Teil mit den wichtigsten Begriffsbestimmungen feststehen, kann jede vorgenommene Teilkodifikation nicht als Teil- und Bruchstück einer Gesamtkodifikation angesehen werden, sondern ist vielmehr ein selbständiges und abgeschlossenes System, das sich nicht bruchlos in das systematische Gefüge einer Gesamtkodifikation wird einpassen lassen.

Die Überraschung, dass in der Regierungserklärung v. 28.10.1969 der Entschluss bekanntgegeben worden ist, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, dürfte deshalb allgemein sein. Der entscheidende Passus lautet: „Die Bundesregierung ist dem sozialen Rechtsstaat verpflichtet. Sie wird zur Verwirklichung dieses Verfassungsauftrages das unübersichtlich gewordene Arbeitsrecht in einem Arbeitsgesetzbuch zusammenfassen. Sie wird auch mit den Arbeiten für ein den Anforderungen der Zeit entsprechendes Sozialgesetzbuch beginnen.“⁶ Zweierlei ist an dieser Erklärung bemerkenswert: Die Bundesregierung hat sich, indem sie – der Sache nach sehr zutreffend – die Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches als Verwirklichung eines Verfassungsauftrages bezeichnete – und noch dazu eines derartig zentralen und bedeutsamen wie des der Verwirklichung des sozialen Rechtsstaates –, in einem

¹ JZ 1969, S. 645 ff.

² Vgl. *Schelp*, „Die Vorarbeiten zur Schaffung eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches“, RdA 1962, S. 89 ff. = DB 1962, S. 229 ff.; ders., „Es muss ein Anfang gemacht werden. Betrachtungen zur Schaffung eines Gesetzbuches der Arbeit“, RdA 1960, S. 127 ff.; *Trieschmann*, „Stand der Vorarbeiten zur Schaffung eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches“, DB 1962, S. 27 ff., 303 ff.

³ Vgl. *Schelp*, RdA 1962, S. 91

⁴ Vgl. insbesondere das Arbeitsförderungsgesetz v. 25.6.1969 (BGBl. I, S. 582 ff.), das Berufsbildungsgesetz v. 14.8.1969 (BGBl. I, S. 1112 ff.) und das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz v. 14.8.1969 (BGBl. I, S. 1106)

⁵ So auch *Mayer-Maly*, „Grundsätzliches zur kodifikatorischen Ordnung des deutschen Arbeitsrechts“, RdA 1964, S. 1 f. (2)

⁶ Sten. Protokoll des Deutschen Bundestages, VI. Wahlperiode, Sitzung v. 28.10.1969, S. 20 ff. (28).

Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung beabsichtigt, eine Sachverständigenkommission zur Reform des Arbeitsrechts zu berufen. Diese soll die Bundesregierung u. a. auch bei der Weiterführung der Arbeiten an dem geplanten Arbeitsgesetzbuch beraten und bereits im 1. Halbjahr 1970 ihre Arbeit aufnehmen (vgl. hierzu ArbuR 1970, S. 114)

erfreulichen, gleichviel aber angesichts der objektiven Schwierigkeit des Vorhabens erstaunlichen Maße festgelegt. Sie wird weit über die bisherigen Bemühungen hinausgehende Anstrengungen machen müssen, will sie ihr Ziel erreichen. Weiterhin ist beachtenswert, dass die das Arbeitsgesetzbuch definitiv ankündigt, indes es in Bezug auf das Sozialgesetzbuch heißt, sie werde „mit den Arbeiten ... beginnen“.

Mit welchem Mut die Bundesregierung auch schwierige, bisher nicht gelöste Aufgaben in Angriff nimmt, wenn sie dies aus sozialen und rechtsstaatlichen Erwägungen heraus für erforderlich hält, lässt sich ermesen, wenn man sich die Bedenken der Wissenschaft gegenüber dem Beruf unserer Zeit zur Kodifizierung des Rechts, insbesondere des Arbeitsrechts, vor Augen hält, vor allem aber, wenn man einen Blick auf die jüngsten Bemühungen für die Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches wirft.⁷

II.

Nach 1945 waren es begreiflicherweise die Gewerkschaften,⁸ die zuerst die Forderung nach einer Vereinheitlichung des Arbeitsrechts und der Schaffung eines Gesetzbuches erhoben; ein entsprechender Beschluss wurde bereits auf dem Gründungskongress des DGB im Jahre 1949 gefasst und dann auf dem 3. Ordentlichen Bundeskongress 1954 sowie auf dem Außerordentlichen Bundeskongress 1963 bekräftigt und in das Grundsatzprogramm aufgenommen.

Am 15.10.1958 hat die Bundestagsfraktion der FDP den Antrag eingebracht, die Bundesregierung zu beauftragen, den Entwurf eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches unter Einschluss aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen vorzulegen.⁹ Mit diesem Antrag hat sich der Rechtsausschuss des Bundestages am 18.3.1959 erstmals eingehend befasst.¹⁰ Dabei sprachen sich die Vertreter der SPD und der FDP grundsätzlich für den Antrag aus, während der Vertreter der CDU/CSU Bedenken gegen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung äußerte. Zu einer endgültigen Stellungnahme des Rechtsausschusses kam es nicht, da noch andere Beteiligte angehört werden sollten. Am 8.4.1959 beriet der Ausschuss für Arbeit nach einem Bericht des Vertreters des Bundesministers für Arbeits- und Sozialordnung, Ministerialdirigent Dr. *Schelp*, den Antrag.¹¹ Dabei skizzierte *Schelp* bereits den Aufbau eines solchen Gesetzes entsprechend den Vorstellungen des Ministeriums. Im Ausschuss wurde mit Mehrheit die Meinung vertreten, gemäß dem Vorbild des „Potthofschen Entwurfs“ von 1923 und des Entwurfs der Akademie für Deutsches Recht von 1937 sei eine Teillösung, z. B. durch Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes, anzustreben.¹²

Nach weiteren Sitzungen des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Arbeit schwächten beide Ausschüsse, der großen Schwierigkeit einer Gesamtkodifikation wegen, den Antrag der FDP ab und schlugen vor, die Bundesregierung zu beauftragen, „mit der Einleitung der Vorarbeiten zu einem Entwurf eines deutschen Arbeitsgesetzbuches zu beginnen“. In der Sitzung des Bundestages v. 2.12.1959¹³ wurde dieser sehr vorsichtig formulierte Antrag („Einleitung der Vorarbeiten“) vom Bundestag einstimmig angenommen.

Ein gutes Jahr später hat Ministerialdirigent Dr. *Schelp* einen Bericht über den Stand der Vorarbeiten veröffentlicht.¹⁴ Anlass zu diesem Aufsatz war ein Zwischenbericht, den das Ministerium am 18.1.1962 dem Ausschuss für Arbeit erstattete. Als wesentliche Planungsaufgabe wurde dabei die Festlegung des Umfangs der Kodifikation (Einbeziehung des Rechts der Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung? Der Sozialversicherung?) und der Systematik des Arbeitsgesetzbuches,

⁷ Zu den Bemühungen um eine Kodifikation des Arbeitsrechts vor 1945 vgl. *Schelp*, RdA 1960, S. 127 ff.; *Trieschmann*, DB 1962, S. 271 ff.; Bericht des Ausschusses für Arbeit (BTDrucks. III/ Nr. 1401), abgedr. in RdA 1960, S. 19; *Potthoff*, Probleme des Arbeitsrechts (1920), S. 88; *Sinzheimer*, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland (1914); *Molitor-Hueck-Riezler*, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (1925); *Hueck*, „Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis“, ZAkDR 1938, S. 298 ff.

⁸ Vgl. zum folgenden insbesondere *Trieschmann*, DB 1962, S. 271 ff.; *Schelp*, RdA 1962, S. 89 ff.

⁹ BTDrucks. III/Nr. 563; vgl. auch RdA 1958, S. 456

¹⁰ Vgl. RdA 1959, S. 280

¹¹ Vgl. RdA 1959, S. 335

¹² Vgl. den Bericht des Ausschusses für Arbeit (BTDrucks. III/Nr. 1401), abgedr. in RdA 1960, S. 19 ff.

¹³ Sten. Protokolle des deutschen Bundestages, III. Wahlperiode, S. 5009

¹⁴ *Schelp*, RdA 1962, S. 89 ff.; vgl. auch *Trieschmann*, DB 1962, S. 271 ff., 303 ff.

sowie die Erarbeitung des Allgemeinen Teils, der vor allem die wesentlichen Begriffe definieren sollte, bezeichnet. Bei der Ausarbeitung der einzelnen Teile des Arbeitsgesetzbuches müsse man sich darüber klar sein, dass es unvorstellbar sei, in einer Legislaturperiode von 4 Jahren ein derart großes Gesetzgebungswerk durch alle Stationen der parlamentarischen Behandlung zu bringen. Wegen der Fülle des anfallenden Materials müsse das große Werk aus Teilen zusammengesetzt werden. Zur Ausarbeitung des Arbeitsplans war die Einberufung eines Sachverständigen-Beraterkreises aus allen beteiligten Kreisen der Wissenschaft und Praxis vorgesehen, der etwa 30 bis 35 Mitglieder umfassen und sich in Ausschüsse mit etwa 10 Mitgliedern untergliedern sollte. Weiterhin seien vom Ministerium bereits Forschungsaufträge an namhafte Wissenschaftler zu einigen Problembereichen vergeben worden. Im Ministerium selbst sei die Auswertung der bestehenden Tarifverträge in Angriff genommen worden; ferner sei die bereits bestehende „Arbeitsrechtliche Zentralkartei“, die einen Überblick über die arbeitsrechtlich relevante Rechtsprechung und über die wichtigsten arbeitsrechtlich bedeutsamen wissenschaftlichen Äußerungen gibt, weiter ausgebaut und verfeinert worden. Nach diesem Bericht wurde es still um die weiteren Arbeiten am Arbeitsgesetzbuch. Bis heute ist diese Stille nur einmal durch zwei Fragen des Abg. *Jahn* (SPD) in der Sitzung des Bundestages v. 5.2.1964 nach dem Stand der Gesetzgebungsarbeit unterbrochen worden.¹⁵ Aus der Antwort des Bundesministers *Blank* ergab sich, dass die Sachverständigenkommission noch nicht einberufen worden war, da die „ausgewogene Zusammensetzung“ dieses Gremiums noch gewisse Schwierigkeiten bereite. Offenbar konnte also selbst über die Frage, wer als Sachverständiger hinzuzuziehen sei, nach über 4 Jahren seit dem einstimmigen Beschluss des Bundestages zur Schaffung des Gesetzbuches im Ministerium keine Entscheidung gefällt werden. Als Teilergebnis der Arbeiten, so erklärte der Minister, liege eine systematische Gliederung des gesamten Arbeitsrechts vor, in der rund 2000 für die Kodifikation des Arbeitsrechts bedeutsame Rechtskomplexe herausgearbeitet und systematisiert worden seien. Im arbeitsrechtlichen Archiv sei nach dieser Gliederung eine umfassende Dokumentation aufgebaut worden. Aus dieser Antwort des Ministers ergibt sich klar, dass die Vorarbeiten zur Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches stagniert haben. Denn dieses arbeitsrechtliche Archiv samt seiner systematischen Gliederung bestand schon, ehe die Arbeiten am Gesetzbuch begonnen werden sollten; seine ständige Erweiterung und die Verbesserung und Verfeinerung seiner systematischen Gliederung ist ebenso wie seine Existenz überhaupt für die allgemeine Gesetzgebungsarbeit des Ministeriums unbedingt erforderlich und kann deshalb nicht als eine besondere, durch den Beschluss des Bundestages v. 2.12.1959 veranlasste Tätigkeit angesehen werden.

Offensichtlich lag es nicht nur an dem Ministerium, dass die Arbeiten nicht zügiger vorangeschritten waren; der detaillierte Arbeitsplan, den das Ministerium unverzüglich nach dem Beschluss des Bundestages vorgelegt hatte, ging zutreffend davon aus, dass angesichts des Standes der Arbeitsrechtswissenschaft erst noch weitere wissenschaftliche Forschungsarbeit zu leisten wäre, ehe ein Sachverständigen-gremium seine Arbeit aufnehmen könne, dessen Zusammensetzung und Einberufung einer eher politische als verwaltungsmäßige Aufgabe gewesen wäre. Wer die Verhältnisse an den Universitäten und die Arbeitsüberlastung der Ordinarien und ihrer Mitarbeiter kennt, wird nicht erstaunt sein, dass nicht alle Forschungsaufträge rechtzeitig ausgeführt wurden. In Zukunft wird man nicht umhinkönnen, feste Termine zu setzen und ihre Einhaltung – mag dies auch bisherigen Gepflogenheiten nicht entsprechen – durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder andere geeignete Maßnahmen sicherzustellen.

Der bisherige Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten bestätigt also die Behauptung, die Bundesregierung habe Mut bewiesen und sich mit der Ankündigung eines Arbeitsgesetzbuches eine sehr schwere Aufgabe gestellt. Dies ergibt sich auch aus der Stellungnahme der Wissenschaft zum Kodifikationsproblem, insbesondere dem des Arbeitsrechts.

III.

Auf der Arbeitsministerkonferenz v. 13.11.1959 hat der damalige Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit, Prof. Dr. *Herschel*, in einem Vortrag die wesentlichen Argumente gegen den Erlass eines Arbeitsgesetzbuches dargelegt.¹⁶ Obwohl er ein Gesetzbuch der Arbeit

¹⁵ Vgl. RdA 1964, S. 142

¹⁶ Vgl. *Herschel*, „Gesetzbuch der Arbeit – heute?“, DB 1959, S. 1440 ff.

grundsätzlich bejahte, hielt er dennoch die Zeit dafür noch nicht für reif.¹⁷ Da viele Argumente *Herschels* – ebenso wie die *Savignys* in seinem berühmten Streit mit *Thibaut*, auf den sich *Herschel* bezieht – in Wirklichkeit gegen jede Kodifikation gerichtet sind, und sich ferner die Lage in der Arbeitsrechtswissenschaft und der Arbeitsgesetzgebung nicht grundlegend seit 1959 gewandelt hat, haben alle seine Erwägungen auch heute ihre Bedeutung. Zwei Argumente erscheinen in diesem Zusammenhang besonders wichtig.

Herschel stellt heraus, das Arbeitswesen sei von dem Grundsatz der Selbstverwaltung beherrscht; die staatliche Rechtsetzung sei durch die Autonomie und die Rechtserzeugnisbefugnis der Sozialpartner eingeschränkt. „In dem Maße, in dem man ‚Ja‘ zur Autonomie sagt, muss man ‚Nein‘ zur Rechtseinheit sagen.“ Denn Autonomie und Rechtseinheit verhielten sich zueinander wie Feuer und Wasser. Autonomie sei wesentlich Dezentralisation der Rechtsetzung und damit Vielfalt des Rechtsinhalts; dadurch werde der Wirkungsgrad einer vereinheitlichenden Funktion recht stark eingeschränkt. Weiterhin sagt *Herschel*: „Gesamtkodifikation des Arbeitsrechts bedeutet naturgemäß Festlegen, Zementieren und damit Abgehen von dem organischen natürlichen Fluss der tieferen Quellen des Rechts, die gerade auf unserem Gebiet so reichlich und heilbringend fließen.“¹⁸ Es besteht zudem die Gefahr, dass bei der dynamischen Entwicklung des Arbeitsrechts dem Gesetzgeber manche Teile des Stoffs „geradezu unter den Händen fortlaufen“.¹⁹

Auch *Nikisch* warnt vor Übereilung bei der Erfüllung der Kodifikationswünsche,²⁰ bevor die Entwicklung des Arbeitslebens zu einem gewissen Abschluss gekommen sei.²¹ Er betont insbesondere, es könne nicht Aufgabe eines Arbeitsgesetzbuches sein, auf die zahlreichen Fragen, die in der Praxis immer wieder auftauchen, eine Antwort zu geben. Zur Beantwortung dieser Fragen seien die Gerichte berufen.²² „Dass vieles, was die Gerichte für Arbeitsachen als geltendes Recht anwenden, in keinem Gesetz geschrieben steht, scheint mir kein Nachteil, sondern ein entschiedener Vorteil zu sein“.²³ Er schlägt deshalb vor, vorerst nur das Arbeitsvertragsrecht zu regeln. *Mayer-Maly* hält dem arbeitsrechtlichen Kodifikationsgedanken entgegen, die Einheit des Arbeitsrechts mit dem Privatrecht müsse gewahrt bleiben.²⁴ „Innerhalb des Arbeitsrechts sollen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente stärker voneinander abgehoben und dann sobald als möglich in der für sie maßgeblichen Grundordnung verankert werden“.²⁵

Diese Argumente sind sicherlich beachtenswert. Sie zeigen die Schwierigkeit, vor die der Gesetzgeber von dem Erlass eines Arbeitsgesetzbuches gestellt ist. Sie beweisen aber nicht die Unmöglichkeit einer arbeitsrechtlichen Kodifikation – was ja auch nicht ihr Sinn sein soll. Die Behauptung *Herschels*, Autonomie der Koalitionen und Rechtseinheit schlossen sich gegenseitig aus, müsste allerdings das gesamte Gesetzgebungsvorhaben an der Wurzel treffen, wäre sie in der vorgebrachten dezidierten Form richtig. Dies nicht nur deshalb, weil – nach allerdings nicht unbestrittener Ansicht – die Autonomie – insbesondere die Tarifautonomie – grundgesetzlich in Art. 9 GG verankert ist, sondern auch, weil sich die Bundesregierung in derselben Regierungserklärung, in der sie das Versprechen abgab, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, nachdrücklich zur Bewahrung und Stärkung der Tarifautonomie bekannt hat.²⁶ Einheit des Rechtssystems bedeutet jedoch nicht, wie *Herschel* voraussetzt, Ausschluss der Vielfalt und der Ausdifferenzierung des Rechtsinhalts. *Kelsen*, der in seiner Rechtslehre die Frage nach der Einheit des Rechtssystems am überzeugendsten und logisch zwingend beantwortet hat, sieht diese Einheit in dem durchgehenden Rechtserzeugungs- und Delegationszusammenhang begründet.²⁷ Jede Rechtsnorm muss sich auf eine im Stufenbau der

¹⁷ *Herschel*, DB 1959, S. 1445

¹⁸ *Herschel*, DB 1959, S. 1443/1444

¹⁹ *Herschel*, DB 1959, S. 1444

²⁰ *Nikisch*, „Das Arbeitsgesetzbuch und die Lehre vom Arbeitsverhältnis“ in Festschrift für Erich Molitor (1962), S. 83 ff. (89)

²¹ Ähnlich *Erdsieck*, „Zum Bedeutungswandel der Kodifikation – Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit“, NJW 1961, S. 647 ff.

²² *Nikisch* (Fußnote 20), S. 90

²³ *Nikisch* (Fußnote 20), S. 90/91

²⁴ *Mayer-Maly*, RdA 1964, S. 1 ff.

²⁵ *Mayer-Maly*, „Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung“, JZ 1961, S. 20 ff., 209

²⁶ Sten. Protokolle des Deutschen Bundestages, VI. Wahlperiode, S. 20 ff. (28)

²⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 196 ff.

Rechtsordnung höherrangige Norm zurückführen lassen, die die Erzeugung der niederrangigen Norm – und zum Teil auch ihren Inhalt – regelt.²⁸ Die großen Kodifikationen der Neuzeit²⁹ haben denn auch nicht – wie es zum Beispiel noch das Allgemeine Preußische Landrecht versucht hat – jeden Einzelfall regeln wollen, vielmehr wurde durch allgemeine und abstrakte Normen ein Rahmen geschaffen innerhalb dessen sich die Vielfalt des Rechtsinhalts, hauptsächlich durch das Mittel des Vertrages, entfalten konnte. Rechtssystematisch ist es aber bedeutungslos, ob, wie in früheren Kodifikationen, die Delegation zur inhaltlichen Ausgestaltung an Einzelpersonen oder, wie es ein zu schaffendes Arbeitsgesetzbuch in großem Umfang tun müsste, an Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erfolgt. Auch der privatrechtliche Vertrag – und nicht etwa nur der Tarifvertrag – ist gleichsam ein „Gesetz im kleinen“. Zutreffend sagt *Adomeit*: „Normlogisch sind staatliches Gesetz und privater Vertrag in gleicher Weise rechtserzeugende Tatbestände“.³⁰ Es widerspricht deshalb keineswegs der Systemeinheit, wenn der Gesetzgeber Normsetzungsbefugnisse, z. B. an die Koalitionspartner, delegiert. Er muss allerdings, will er den Anforderungen, die an eine Kodifikation zu stellen sind, gerecht werden, selbst bestimmen, an wen und in welchem Umfang diese Befugnisse delegiert werden sollen. Dabei ist er nicht nur an die Normen des Grundgesetzes, insbesondere an Art. 9 und Art. 20³¹ gebunden, sondern er hat auch die geschichtliche Entwicklung des Koalitions- und Tarifvertragsrechts zu berücksichtigen. Besonders schwierig wird die Aufgabe des Gesetzgebers sein, wenn es darum geht, die Mittel zu normieren, mit deren Hilfe die Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Inhalt ihrer gegenseitigen rechtlichen Beziehungen gestalten. Es entsteht insbesondere die Frage, inwieweit das Arbeitskämpfrecht in einem Gesetzbuch normativ erfasst werden kann. Auch hier dürfte wiederum gelten, dass der Gesetzgeber nur die wesentlichen Bestimmungen selbst aufstellt und die Ausgestaltung im einzelnen der tatsächlichen Entwicklung und der Gestaltung durch die Tarifpartner überlässt. Diese wesentlichen Bestimmungen müssen aber klar und eindeutig formuliert sein. Damit ist zugleich ein anderer Einwand berührt, der sich gegen den Kodifikationsgedanken richtet: die angebliche Notwendigkeit, ein Gesetzbuch der Arbeit „elastisch“ zu gestalten und es mit Generalklauseln aufzufüllen. Es ist mittlerweile zur Binsenweisheit geworden, dass die von *Kelsen*³² bereits früh aufgestellte Behauptung, jede Rechtsanwendung sei zugleich Rechtserzeugung, richtig ist.³³ Die Frage kann bei dem gegenwärtigen Stand der Forschung nur sein, in welchem Umfang Gesetzesrecht durch Richterrecht ergänzt werden soll. Es ist in diesem Zusammenhang nicht möglich, die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zu analysieren und insbesondere zu der Behauptung *Ramm*s³⁴ Stellung zu nehmen, das *Bundesarbeitsgericht* stelle sich über den Gesetzgeber und verfolge eine arbeitnehmerfeindliche Tendenz. Unbestreitbar dürfte sein, dass die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* von größter politischer Relevanz ist; es sei nur beispielsweise an die Probleme der Tariffähigkeit, der Sozialadäquanz des Streiks, der lösenden Wirkung der Aussperrung, des Verhältnisses von Friedenspflicht und innerer Willensbildung einer Arbeitnehmerkoalition, der politischen Betätigung im Betrieb usw. erinnert. Man müsste schon weitgehend den Glauben an das Funktionieren des demokratischen Verfassungssystems in der Bundesrepublik verloren haben, wollte man ernstlich bestreiten, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber berechtigt und in der Lage ist, zu diesen Grundfragen unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Normensystems Stellung zu nehmen und die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* ggf. zu korrigieren. Der „organische

²⁸ *Kelsen*, (Fußnote 27), S. 202

²⁹ Vfl. dazu insbes. *Wiacker*, „Blüte und Krisis der Kodifikationsidee“, in *Festschrift für Boehmer* (1954), S. 35 ff. und *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 322 ff.

³⁰ *Adomeit*, „Zur Theorie des Tarifvertrags“, *RdA* 1967, S. 297 ff. (300). *Adomeit* beruft sich dabei ausdrücklich auf die Lehre *Kelsens* und *Merks* vom Stufenbau der Rechtsordnung. Erfreulicherweise wird neuerdings die „reine Rechtslehre“ im Arbeitsrecht stärker beachtet, was sich für das System und die Rechtsquellenlehre des Arbeitsrechts nur fruchtbar auswirken kann. So bezieht sich auch *Zöllner*, „Das Wesen der Tarifnormen“, *RdA* 1964, S. 443 ff. und *Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht* (1966), auf *Kelsens* Stufenbau der Rechtsordnung.

³¹ Zum Verhältnis des Art. 9 GG zu Art. 20 GG vgl. *Lenz*, „Die unbehagliche Nähe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat“ in *Gesellschaft, Recht und Politik*. *Festschrift für Wolfgang Abendroth* (1968), S. 203 ff.

³² *Kelsen* (Fußnote 27), S. 239 ff., 346 ff.

³³ Vgl. zu dieser Problematik *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1969, mit weit. Nachweisen und *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), sowie *Friedmann*, *Recht und sozialer Wandel* (1969)

³⁴ *Ramm*, „Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“, *JZ* 1964, S. 494 ff., 546 ff., 582 ff.

natürliche Fluss der tieferen Quellen“, aus denen das Arbeitsrecht gespeist werden solle,³⁵ ist kein Positivum an sich, sondern muss stets auch politikwissenschaftlich auf seinen Ursprung und die konkreten sozialen Kräfte hin, die ihn zum Fließen bringen, sowie auf das soziale Ziel, zu dem er gelenkt wird, befragt werden.

Schließlich vermag auch das Argument nicht zu überzeugen, die Entwicklung des Arbeitslebens sei noch nicht genügend abgeschlossen. Letztlich kann diese Entwicklung nie abgeschlossen sein. Ob und inwieweit ein Arbeitsgesetzbuch die Entwicklung hemmt, ist im jeweiligen konkreten Fall eine Frage der politischen Beurteilung; was dem einen als „Hemmung“ erscheinen mag, ist dem anderen vielleicht Bewahrung und Sicherung von in langjährigen Kämpfen mühsam errungenen Rechtspositionen ! Die andere Gefahr, dass ein Arbeitsgesetzbuch in kurzer Zeit vom Strom der tatsächlichen Entwicklung überspült werden könnte, ist nicht von der Hand zu weisen; jedoch sollte sie dem Gesetzgeber nur Anlass sein, Rechtstatsachenforschung zu betreiben und realistisch das ihm wünschenswert Erscheinende mit dem den politisch-sozialen Verhältnissen nach Möglichem zu verbinden. Nicht aber sollte es ihn veranlassen, die Kodifizierung des Arbeitsrechts aufzugeben.

Das maßgebliche Ziel für den Gesetzgeber muss es sein, die Entwicklung in diejenige Richtung zu lenken, die er für politisch richtig hält. Das vorzügliche Mittel für diese dem Staat obliegende leitende und planende Tätigkeit ist immer noch das Gesetz. Selbstverständlich bedarf das Gesetz seiner ständigen Realisation und Konkretisierung; aber nur überholte – und angeblich unpolitische – Begriffsjurispru-

denz einerseits und plattester Vulgärmarxismus andererseits können leugnen, dass das Gesetz, besonders wenn es in der Form der Kodifikation auftritt, zwar Überbauphänomen ist, zugleich aber auf den Unterbau sozialer Realität zurückwirkt und somit selbst ein wichtiges Moment in dem Entwicklungsprozess darstellt.

IV.

Vermögen also alle diese bisher genannten Einwände – so berechtigt sie in mancher Hinsicht sein mögen – nicht die Kodifikationspläne für das Arbeitsrecht grundsätzlich in Frage zu stellen, so könnten doch grundlegende Zweifel an der Berechtigung dieses Vorhabens auf Grund kürzlich von *Kübler* vorgebrachten Bedenken entstehen. *Kübler* greift Gedanken auf, die bereits von *Wieacker*, *Forsthoff*, *Werner* u. a. vorgebracht worden sind. Danach soll „die Kodifikation als ein Instrument rechtlicher Gestaltung und Ordnung nicht mehr verfügbar sein“.³⁶ Die äußerst konzentrierte und profunde politikwissenschaftliche und soziologische Fragestellungen mit einbeziehende Darstellung *Küblers* kann im vorliegenden Zusammenhang nicht vollständig nachgezeichnet werden. Die Auseinandersetzung mit ihr muss sich auf einige Streiflichter beschränken. *Kübler* beobachtet das steigende Bedürfnis der Gesellschaft nach fortgesetzter Anpassung des Rechts an die sich ständig weiter differenzierende gesamtgesellschaftliche Entwicklung;³⁷ das Gesetz werde deshalb notwendigerweise von Judikatur und Literatur überspielt, nicht „weil es als generell falsche, sondern weil es als zu generelle Regelung erscheint, die den immer feineren Nuancen einer sich beständig weiter ausdifferenzierenden Sozialordnung nicht mehr gerecht zu werden vermag“.³⁸ Er kommt zu dem Schluss, die langfristigen Ordnungsaufgaben, denen die Kodifikationen zuzurechnen seien, würden in wachsendem Maße von den „aktuellen Erhaltungs- und Befriedungsbedürfnissen einer krisenanfälligen Industriegesellschaft verdrängt“³⁹ werden. Wenn aber Recht nicht mehr kodifizierbar sei, weil „die Ökonomie unseres politischen Systems den Aufwand einer abschließenden kasuistischen Regelung unerschwinglich macht“,⁴⁰ dann könnten Generalklauseln nicht mehr generell als illegitim und systemfremd verworfen werden. Die Stabilität und Rationalisierung der Rechtsordnung der Industriegesellschaft werde durch den „denkenden Gehorsam“ des Richters gewährleistet. Wer vom Kodifikationsdenken her von der „seit langem bestehenden Krise der Gesetzgebung“ (*Werner*) rede,

³⁵ *Herschel*, DB 1959, S. 1443

³⁶ *Kübler*, JZ 1969, S. 648

³⁷ *Kübler*, JZ 1969, S. 647

³⁸ *Kübler*, JZ 1969, S. 648

³⁹ *Kübler*, JZ 1969, S. 648

⁴⁰ *Kübler*, JZ 1969, S. 650

müsse sich eingestehen, dass diese nichts anderes als „die Normalität einer demokratisch verfassten Industriegesellschaft“ ist. Zu dieser Normalität gehört der fragmentarische und periodische Charakter des Gesetzes.

Diese Kritik ist in vielen Punkten zutreffend. Man kann die Augen nicht vor der offenkundigen und wissenschaftlich belegten Tatsache verschließen, dass weder eine kasuistisch aufgebaute noch eine Kodifikation ohne Generalklauseln und Ermächtigungsnormen in Frage kommt. Erstere nicht, weil die ungeheuere Vielfalt der Sozialbeziehungen einer arbeitsteiligen hochindustrialisierten Gesellschaft kasuistisch nicht eingefangen, geschweige denn bewahrt werden kann. Dieser Weg wird wohl auch von niemandem ernstlich in Betracht gezogen, jedenfalls dann nicht, wenn es sich um größere Rechtsgebiete, wie z. B. das Arbeitsrecht, handelt.

Die generell abstrakte Regelung der Kodifikationen beruhte auf der staatlichen Delegation der Festsetzung des konkreten Inhalts der Rechtsverhältnisse an die in der bürgerlichen Gesellschaft vereinigten Privatleute.⁴¹ Die Voraussetzungen, unter denen dieses System funktionierte bzw. zu funktionieren schien, sind verschwunden. Die Trennung von Staat und Gesellschaft ist einer zunehmenden Osmose beider Bereiche gewichen; der Glaube, dass die ihre Privatinteressen verfolgenden Privatleute, durch eine „invisible hand“ gelenkt, zugleich das Gemeinwohl und den gesamtgesellschaftlichen Fortschritt bewirken, ist radikal zerstört. Die soziale Basis dieses Modells, die Vielzahl von kleinen Produzenten, die ihre Waren am freien Markt austauschen, ist durch das Entstehen großer Konzerne und durch die oligopolistischen und monopolistischen Entwicklungen innerhalb der Wirtschaft destruiert worden. Ein Zurück zu dieser Form der Kodifikation gibt es nicht mehr. Auch insofern ist *Kübler* zuzustimmen, dass die Klage nach dem Verlust der „formalen Rationalität“⁴² leicht in Gefahr gerät, das hohe Maß an inhaltlicher Irrationalität und Ausnutzung sozialer Machtpositionen zu vergessen, das sich unterhalb dieser formalen Rationalität des generellen Gesetzes abspielte, ohne dass die Möglichkeit staatlicher oder rechtlicher Korrektur bestand bzw. zu bestehen schien. Der von *Kübler* vorgeschlagene Ausweg, der Staat solle sich – wie er es auch tatsächlich weitgehend tue – „von langfristigen Ordnungsaufgaben fernhalten und die aktuellen Erhaltungs- und Befriedigungsbedürfnisse“ erfüllen, ist indes nicht gangbar. Es wird dabei unberücksichtigt gelassen, dass der Staat und der Gesetzgeber, versäumen sie die ihnen obliegende Aufgabe, die Entwicklung zu lenken und zu leiten, unweigerlich, ebenso wie die Gesellschaft selbst, im Falle einer wirtschaftlichen und politischen Krise, in der bisher in der Industriegesellschaft gebändigte oder verschleierte antagonistische Interessen freigesetzt werden und aufeinanderprallen, zum bloßen Objekt und Gewaltunterworfenen desjenigen Teils der Gesellschaft werden, der auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Macht- und Manipulationsmittel sich im Kampf gegen die anderen gesellschaftlichen Kräfte durchzusetzen vermag.⁴³ *Kübler* beachtet ferner nicht, dass auch in Zeiten ruhiger Entwicklung und funktionierender staatlich-gesellschaftlicher Integration auf langfristige Planung in der modernen Industriegesellschaft schlechterdings nicht verzichtet werden kann;⁴⁴ die Frage ist nicht, ob überhaupt „langfristige Ordnungsaufgaben“ wahrgenommen werden oder nicht, sondern nur, wer sie wahrnimmt und mit welcher Zielvorstellung. Geschieht die Wahrnehmung dieser Planungs- und Ordnungsaufgaben nicht in dem verfassungsrechtlich normierten Gesetzgebungsverfahren, so vollzieht es sich unkontrolliert und unkontrollierbar durch

⁴¹ Vgl. *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953)

⁴² *Unterseher*, „Bürgerliches Arbeitsrecht oder die Zerstörung der formalen Rationalität“, Kritische Justiz 1968, S. 95 ff. im Anschluss an *F. Neumann*, „Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft“ in *ders.*, Demokratischer und autoritärer Staat (1967), S. 31 ff.; *ders.*, „Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung“ in *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918–1933* (hrsg. v. *T. Ramm*, 1966), S. 113 ff. An *F. Neumann* orientierten sich auch die Aufsätze von *O. Kahn-Freund*, „Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts“ in *Arbeitsrecht und Politik*, a.a.O., S. 149 ff. und *E. Fraenkel*, „Der Funktionswandel des Arbeitsrechts“, ebenda S. 211 ff.

⁴³ Vgl. zur Beurteilung dieser Problematik aus der Sicht der Carl-Schmitt-Schule *Forsthoff*, „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik“, *Merkur* 1968, S. 401 ff.; *ders.*, „Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre“ in *Ephirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt* (1968), Bd. I, S. 185 ff. und *Altmann*, „Späte Nachricht vom Staat“, *Merkur* 1968, S. 5 ff.

⁴⁴ Vgl. *Abendroth*, „Alternativen der Planung: Planung zur Erhaltung des Spätkapitalismus oder Planung in Richtung auf eine klassenlose Gesellschaft“ in *ders.*, Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie (1967), S. 463 ff.

gesellschaftliche oder staatliche Teilgruppen. *Kübler* hat weitgehend recht, wenn er in den Chor derjenigen Kritiker einstimmt, die die tatsächliche Unfähigkeit des Staates zu langfristiger gesamtgesellschaftlicher Planung und Reform konstatieren, und es ist ihm auch zuzugeben, dass die tatsächlichen Verhältnisse diese Klagen weitgehend bestätigen. Um so erfreulicher ist es, dass die Bundesregierung wenigstens auf einem Teilgebiet, der Kodifizierung des Arbeitsrechts, die Verhältnisse verbessern will. *Kübler* neigt demgegenüber dazu, die schlechte Wirklichkeit, die „faule Existenz“ nach *Hegel*, nur weil sie auch wirklich ist, als vernünftig und gut zu betrachten. Langfristige Planung ist für jedes hochindustrialisierte Gesellschaftssystem notwendig; wer das nicht sieht, wird meist ziemlich rasch – wie z. B. die Bundesrepublik in der Bildungspolitik oder die Regierung *Erhard* in der Wirtschaftspolitik – von den Tatsachen eines Besseren belehrt. Dass Kodifikation des Arbeitsrechts möglich und die derzeitige Rechtszersplitterung und die Rechtsunkenntnis bei den Normunterworfenen abänderbar sind, zeigen auch die zahlreichen Arbeitsgesetzbücher anderer Staaten.

Kann sich der Gesetzgeber also der Aufgabe, der künftigen Entwicklung Richtlinien vorzuzeichnen, nicht entziehen, so wird die Frage immer dringender, wie er diese Aufgabe bewältigen kann, wenn er weder kasuistisch vorgehen noch generell abstrakte Rechtsnormen, wie in der bisherigen Kodifikation, aufstellen kann. Der einzige Ausweg ist die Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen. Nur so vermag das Gesetz abstrakt und offen genug zu bleiben, um der künftigen Entwicklung des Rechtslebens, die sich in allen Einzelheiten weder voraussehen noch vorausplanen lässt, Orientierungspunkte zu setzen und gleichzeitig größtmögliche Freiheit und Offenheit des gesellschaftlichen Prozesses zu gewährleisten. Das Gesetz muss allerdings selbst eindeutig klarstellen, an wen und in welchem Umfange Gesetzgebungsbefugnisse delegiert werden. Problematisch ist vor allem, an wen die Kompetenz zur Gesetzgebung im materiellen Sinne erfolgen soll. In zunehmendem Maße ist diese Kompetenz an die Rechtsprechung und an die Verwaltung gefallen. Obwohl weder der Richter noch der Verwaltungsbeamte bloße Gesetzessubsumptionsautomaten sein können oder sollen, ist diese Entwicklung höchst bedenklich im Hinblick auf das Demokratiegebot und auf die grundgesetzlich vorgesehene Gewaltengliederung. Im demokratischen sozialen Rechtsstaat kann vielmehr, wenn aus Gründen der objektiven Kompliziertheit der Lebenssachverhalte der Gesetzgeber gezwungen ist, um der Möglichkeit der inhaltlich weiteren Ausdifferenzierung der von ihm erlassenen Gesetze willen Gesetzgebungsbefugnisse nicht voll auszuschöpfen, diese Gesetzgebungsbefugnis nur dorthin zurückkehren, von wo sie auch der staatliche Gesetzgeber hergenommen hat: zu dem Volk. Es bedarf wohl keiner näheren Ausführung, dass das Volk als Ganzes nicht in der Lage ist, etwa durch Volksentscheid, diese inhaltliche Ausdifferenzierung vorzunehmen. Das kann vielmehr nur durch die jeweils betroffenen Personengruppen oder Individuen geschehen. Sie, die durch ihre Betroffenheit und ihre Kenntnis der konkreten tatsächlichen Verhältnisse legitimiert sind, nicht Rechtsprechung und Verwaltung, sind in erster Linie heranzuziehen, wenn es gilt, den Rahmen der Gesetzesnormen inhaltlich zu füllen.

Hier im einzelnen praktikable Modelle zu entwickeln, die vor allem eine demokratische und herrschaftsfreie Willensbildung in den gesellschaftlichen Gruppen gewährleisten und fördern, bleibt die große Aufgabe von Rechts- und Politikwissenschaft im demokratischen sozialen Staat. Im Arbeitsrecht sind solche Modelle – man denke an die Bestimmungen des Tarifvertrags-, des Mitbestimmungs- und des Betriebsverfassungsrechtes – im Ansatz vorhanden. Ihre wissenschaftlich-exakte Darstellung und ihre Verbesserung in einem künftigen Arbeitsgesetzbuch könnte dieses zu einem Modell für die Kodifikation oder Neukodifikation zahlreicher anderer Rechtsgebiete werden lassen.