Rechtsquellenlehre und Arbeitsrecht

Von Prof. Dr. Hugo Sizheimer, Amsterdam (undated)

Die Anschauung, dass alles Recht auf dem Gesetz beruhe, findet vielleicht auf keinem Rechtsgebiet eine so schlagende Widerlegung, wie auf dem Gebiete des *Arbeitsrechts*. Es ist daher von besonderem Interesse, hier in großen Zügen die Entwicklung des nichtstaatlichen Rechts zu verfolgen. Es wird dadurch möglich, durch die Beobachtung der wirklichen Vorgänge einen empirischen Beitrag zur Rechtsquellenlehre zu liefern, der vielleicht die nur auf die Rechtstheorie gestützte Auseinandersetzung befruchten kann.

Wir können auf dem Gebiete des Arbeitsrechts die verschiedenen Formen des nichtstaatlichen Rechts beobachten (I), wir sehen auch das Verhalten des Staates zu diesem Recht (II) und werden so auf die Probleme hingewiesen, die sich aus dem Bestehen nichtstaatlichen Rechts im Staat ergeben (III).

I.

Wir stoßen zunächst auf die *hierarchische Form* des nichtstaatlichen Rechts. Der größte Teil des Arbeitsrechts ist nicht in den Gesetzbüchern, sondern außerhalb derselben entstanden. Blicken wir auf die ursprünglichen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts, so sehen wir, dass sie im wesentlichen auf das römische Recht zurückgehen. Für dieses Recht war das Arbeitsverhältnis nur ein individuelles Vertragsverhältnis, das zwischen einzelnen Personen bestand und außer dem Gegenstand, auf den es sich bezog, kaum eine besondere Regelung aufwies. Es waren nur wenige Rechtssätze, die dieses Verhältnis regelten. Sie bezogen sich im wesentlichen auf das äußere Vertragsband, das jene Einzelpersonen umschloß. Die eigentlichen konkreten Tatbestände des Arbeitslebens selbst blieben dabei ungeregelt. Vor allem blieb der Betrieb in dem sich die Arbeit vollzog, dem juristischen Blick verschlossen. Was sich im Betrieb abspielte, war ein Reich für sich, das durch kein Gesetz geregelt war. In dem Betrieb herrschte die Betriebsgewalt des Betriebsinhabers. Er diktierte die Bedingungen, unter denen sich die Arbeit im Betrieb zu vollziehen hatte. Während das staatliche Recht nur das Prinzip der Koordination gleichberechtigter Einzelpersonen kannte, sehen wir hier ein nichtstaatliches Recht, das auf Subordination gegründet war, von einem einseitigen Herrscherwillen ausging, den kein Gesetz kannte, um den kein Gesetz sich kümmerte. Dieses nichtstaatliche Herrschaftsrecht war das eigentliche Arbeitsrecht in der ersten Zeit der kapitalistischen Entwicklung.

Wir sehen, wie sich die hierarchische Form in die *kollektive Vertragsform* des nichtstaatlichen Rechts umbildet. Es entsteht mit den Koalitionen der Arbeiter, die den Widerstand gegen die Diktaturgewalt des Unternehmertums organisieren. Sie setzen der durch das Eigentum repräsentierten Macht eine neue Macht, die Macht der Arbeit, entgegen. Sie beseitigen das Subordinationsverhältnis in den kapitalistischen Betrieben nicht. Aber sie verhindern es, dass dieses Verhältnis nur durch den einseitigen Herrscherwillen des Unternehmers bestimmt wird. So wird aus der Herrschaftsnorm die Kontraktsnorm des nichtstaatlichen Arbeitsrechts. Folgen wir den Anfängen dieses Kollektivrechts, so sehen wir, dass seine Ursprung in dem unmittelbaren Wirken sozialer Kräfte liegt. Die Kontraktsnormen entstehen nicht auf Grund einer gesetzlichen Erlaubnis, sondern nur durch das freie Wirken dieser Kräfte. Die kollektive Vertragsform hat eine doppelte Grenze. Die eine Grenze besteht darin, dass sich die Gruppen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer getrennt gegenüber stehen, ohne durch ein gemeinsames Band verbunden zu sein. Die andere Grenze besteht darin, dass die Kontraktsnormen nur auf Gegenstände des Arbeitsverhältnisses, Lohn, Arbeitszeit u.s.w. beziehen, ohne auch die wirtschaftliche Grundlage zu ergreifen, auf der die Arbeitsverhältnisse beruhen.

Wir sehen schließlich wie das nichtstaatliche Recht weiter fortschreitet, indem es dazu übergeht die Arbeitgeber und Arbeitnehmergruppen in Gemeinschaften zusammen zu fassen und nicht nur das Arbeitsverhältnis, sondern auch Fragen der Wirtschaft selbst der Regelung zu unterwerfen. Das nichtstaatliche Recht, das ursprünglich hierarchisch war, dann vertragliche Elemente kollektiver Art in sich aufnahm, tritt in ein neues Stadium ein. Es wird zu einem *Gemeinschaftsrecht* d.h. zu einem Rechte, das die ihm Unterworfenen nicht als isolierte Gruppen voraussetzt, sondern als Glieder eines Ganzen, das über ihnen besteht und sie zu einer Einheit des Willens zusammen fasst.¹ In diesem Sinne ist der Versuch zu werten der in Deutschland in November 1918 in den sog. "Arbeitsgemeinschaften" zu Tage trat. Die Arbeitsgemeinschaft hat sich zum Ziel gesetzt, die Gruppen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer Gemeinschaft zu vereinigen. Ihre Aufgabe sollte darin bestehen das kollektive Vertragswesen zu fördern und zu kontrollieren, darüber hinaus aber auch die Wirtschaftsführung der einzelnen Unternehmer nach einheitlichen Gesichtspunkten zu regulieren. Kein Zweifel, dass in diesen Arbeitsgemeinschaften der Keim zu einer neuen Wirtschafts- und Arbeitsorganisation lag, die nicht durch den Staatswillen aufgebaut und kontrolliert werden sollte, sondern durch die Beteiligten selbst. Aber der Versuch misslang. Das nichtstaatliche Recht brach zusammen. Die Arbeitgeber wehrten sich gegen den Einfluß der Arbeiter auch auf Fragen der Wirtschaftsführung. Die Arbeiter glaubten durch Einbeziehung ihrer Vertretung in eine Gemeinschaft der Wirtschaft und Arbeit planmäßig in den Dienst der kapitalistischen Interessen gestellt zu werden. Aber selbst wenn diese Widerstände im Arbeitgeber- und Arbeitnehmerlager nicht bestanden hätten, wäre kaum anzunehmen, dass allein von den Arbeitsgemeinschaften aus eine Organisation der Gesamtwirtschaft hätte gelingen können. Es zeigt sich, wie in den einzelnen Arbeitsgemeinschaften ein Gruppenegoismus stärkster Art durchdrang. Ohne Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft wurden Preissteigerungen vorgenommen, die die Arbeitergruppen unterstützten, um dadurch Lohnsteigerung zu erlangen. Der Reichswirtschaftsrat, der ursprünglich zum Ausgleich der einzelnen Gruppeninteressen gedacht war, hatte keine Macht, diesem Gruppenegoismus entgegen zu treten. Das Gesetz beschränkte ihn im wesentlichen auf die gutachtliche Tätigkeit. Zu einem Organ der Gesamtwirtschaft war er nicht geworden.

II.

Blicken wir auf das Verhältnis des Staates zu dieser Entwicklung des nichtstaatlichen Rechts, so sehen wir dass fortgesetzt staatliche Eingriffe in diesem Recht erfolgen. Diese Eingriffe sind durchaus verschieden:

1. Der Staat wehrt sich gegen das nichtstaatliche Recht. Er fürchtet in ihm eine Gefährdung seines Bestands und der staatlichen Ordnung. Am deutlichsten tritt dieser Kampf in der ursprünglichen Haltung des Staates den Arbeiterkoalitionen gegenüber hervor. Er versucht diese Koalitionen zu unterdrücken, sie als neue Machtquelle im Staat auszumerzen.

2. Der Staat gestaltet durch zwingende Rechtssätze nichtstaatliches Recht um. Dies tritt besonders in der Haltung des Staates dem hierarchischen Arbeitsrecht gegenüber zutage. Ein großer Teil der Arbeitsrechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte in allen Kulturländern ist ein fortgesetzter Versuch des Staates die Gefahren für den Arbeiter einzuschränken, die aus der Diktaturgewalt des Betriebsinhabers für das Leben, die Gesundheit und Sittlichkeit des Arbeiters entstehen. Die Existenz des Arbeiters wurde dadurch in fortschreitendem Maße durch die starke Hand des Staates vor Benachteiligungen geschützt, die durch das freie Wirken außerstaatlicher Kräfte hervorgerufen worden

¹ Es handelt sich hierbei um einen Integrationsvorgang, um das eigentliche "soziale Recht" im Sinne Gurvitch's (*L'Idée du droit social* S. 15 ff).

waren. Der Arbeiterschutz in der ganzen Fülle seiner staatlichen Normen dokumentiert diese staatliche Einwirkung in außerstaatliche Rechtsbildungen.

3. Der Staat erkennt das nichtstaatliche Recht an. Ein solche Anerkennung ist vor allem in den verschiedenen Gesetzen erfolgt, die den kollektiven Arbeitsvertrag regeln. Diese Gesetze haben die Aufgabe, die kollektiven Rechtsgebiete die nichtstaatliche Kräfte zur Entfaltung gebracht haben, in ihrer rechtlichen Funktion sicherzustellen. Es ist anzunehmen, dass der Staat niemals solche Gesetze erlassen hätte, wenn diese Gebilde nicht schon vorhanden gewesen wären. Dabei kann die Anerkennung mehr oder weniger durchgeführt sein. Er kann sich darauf beschränken, die Rechtsgültigkeit dieser Verträge anzuerkennen und durch positive Satzung Zweifel auszuschalten, die sich aus seiner rechtliche Durchführung ergeben. Er kann aber auch noch weiter gehen. Er kann Einrichtungen zur Verfügung stellen, die seinen Abschluß begünstigen (Schlichtungsordnungen) oder gar seinen Abschluß ersetzen (Verbindlichkeitserklärung von Schiedssprüchen) oder seine Wirkung über den Kreis der Vertragsbeteiligung hinaus erstrecken (Allgemeinverbindlichkeitserklärung abgeschlossener Tarifverträge).

4. Der Staat stellt das nichtstaatliche Recht in seinen Dienst. Als Beispiel dafür mag man das fascistische Corporationsystem ansehen. Es erhebt die Verbindungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu staatlichen Organen, die den Staatswillen zur Geltung bringen. Der Staat bedient sich dieser Verbindung zur Herbeiführung einer kollektiven Ordnung der Berufe. Er sieht in der Herbeiführung dieser Ordnung eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung nicht mehr nur von dem freien Willen jener Verbindungen abhängt. Der Aufbau dieses Corporationswesens mit den kollektiven Rechtsbildungen, die auf ihm ruhen, hätte nicht erfolgen können, wenn nicht das freie Urbild diese Aufbaus und seines Wirkens in den nichtstaatlichen Organisationen und Kollektivverträgen schon vorhanden gewesen wäre. Alle Ideen und Rechtsformen dieser fascistischen Arbeitsverfassung sind nicht durch den Staat geschaffen, sondern von ihm vorgefunden. Neu ist nur die Ausschaltung des "liberalen" Elements der Selbstbestimmung und seine Ersetzung durch staatliche Kontrolle.

5. Der Staat verdrängt schließlich das nichtstaatliche Recht. Diese Entwicklung liegt zur Zeit auf dem Gebiete des Kollektivvertrags in Deutschland vor. Der Treuhänder der Arbeit ist zur Zeit der staatliche Diktator auf dem Gebiete der kollektiven Lohn- und Arbeitsbedingungen. Sein Wille ist entscheidend. Der Wille der Organisationen ist ausgeschaltet. Wenn auch die Lohn- und Arbeitsbedingungen noch in der Form kollektiver Verträge erscheinen, so sind sie doch ihrem Wesen nach staatliche Festsetzungen, wenn nicht ein freiwillig abgeschlossener Tarifvertrag vorliegt. Ein solcher freiwillig abgeschlossener Tarifvertrag kann nur zustande kommen, wenn der "Treuhänder der Arbeit" sein Veto nicht geltend macht. Ohne dass damit das kollektive Arbeitsvertragsrecht selbst geändert ist, hat es sich doch völlig in seinem Wesen gewandelt, indem die freien Kräfte ausgeschaltet sind, auf denen dieses Recht beruhte und durch die es geschaffen wurde. Dieses Schicksal des kollektiven Rechts ist ein markantes Beispiel für die völlige Aufsaugung einer nichtstaatlichen Rechtsbildung durch staatliches Recht.

III.

Geht man von der Erfahrung aus, die aus der Entwicklung des nichtstaatlichen Rechtsgedankens auf dem Gebiete des Arbeitsrechts gewonnen ist, so ergeben sich für das Problem der Rechtsbildung zwei Lehren, die allgemeine Bedeutung haben.

Die erste Lehre ist die Einsicht, dass das nichtstaatliche Recht die "primäre" Rechtsquelle ist.² Dies bedeutet, dass die Rechtsbildungsformen nicht durch den Staat, sondern unmittelbar durch die gesellschaftliche Kräfte selbst geschaffen sind, dass die eigentliche Rechtsschöpfung in den unmittel-

² Vergl. dazu Gurvitch a.a.O. S. 132-153.

baren Gestaltungen und Gestaltungsideen der Träger dieser Kräfte liegt. Das Arbeitsrecht bietet dafür in den autonomen Rechtsbildungen des Betriebsrechts, des kollektiven Arbeitsrechts, der Arbeitsgemeinschaften deutliche Beispiele. Auch wenn man daran denkt, dass in allen diesen Fällen der Staat an der Rechtsbildung beteiligt ist, so ist doch das staatliche Recht stets gebunden an die Urbilder, die die Organisation des Betriebs der kollektive Arbeitsvertrag und die erwähnten Arbeitsgemeinschaften liefern. Der Staat hat weder die Betriebe noch die kollektiven Arbeitsverträge, noch diese Arbeitsgemeinschaften geschaffen. Er findet sie als "Gegebenheiten" oder "Institutionen" oder "normativen Tatsachen" vor. Diese Einsicht ist nicht nur für die reine Rechtstheorie von Bedeutung, sie hat vor allem auch eine fundamentale Bedeutung für die politische Theorie der Rechtsbildung. Ich erinnere nur an die Lehre von der "Totalität des Staats". Erblickt man das schöpferische Element des Rechts nicht im Staat, sondern in dem unmittelbaren Wirken der gesellschaftlichen Kräfte, so bedeutet die "Totalität des Staats" die Vernichtung der schöpferischen Kraft im Recht, die Preisgabe der Zukunft um einer temporalen Herrschaft willen. Es ist kein Zufall, dass Friedrich der Große vor seinem Tode die denkwürdigen Worte sprach: Ich bin es müde über Sklaven zu herrschen. Er war einer der großen Repräsentanten des "totalen Staats". Staatspolitisch ist die Liebe zur Freiheit die Anerkennung der schöpferischen Kraft in der Entwicklung des Rechts.

Die zweite Lehre ist die Einsicht, dass das nichtstaatliche Recht als primäre Rechtsquelle, des staatlichen Rechts als sekundärer Rechtsquelle bedarf. Das nichtstaatliche Recht ist schöpferisch. Schöpferisches Recht ist naturwüchsiges Recht. Dem naturwüchsigen Recht fehlt das juristisch-formelle Element. Sein Inhalt hängt von den natürlichen Faktoren ab, die es gestalten. Naturwüchsiges Recht kann leicht dazu führen, dass das Recht diktiert ist von dem Spruch des Mächtigen der die Schwächeren einer nur durch seinen Willen bestimmten Lebensordnung unterwirft. Und selbst wenn die gesellschaftlichen Kräfte unmittelbar nach einer Ueberwindung des ungleichen Kräftemaßes streben und höhere Ordnungen herbeizuführen suchen, so ist es nicht gewiss, dass ihnen auch allgemein ein solcher Aufbau gelingt. Der Staat hat die Aufgabe, solchen offensichtlichen Mängeln des Rechts entgegen zu treten. Das staatliche Recht greift dann ein in das nichtstaatliche Recht. Das staatliche Recht durchdringt das nichtstaatliche Recht mit den formal-juristischen Elementen, deren dieses Recht bedarf. Es geschah dies auf dem Gebiete des kollektiven Arbeitsvertragsrechts. Das staatliche Recht tritt ferner den Ausschreitungen entgegen, die im nichtstaatlichen Recht durch einseitige Machtgruppierungen entstanden sind. Es geschah dies durch den Aufbau des staatlichen Arbeiterschutzes. Das staatliche Recht kann schließlich daran denken Keime neuer Rechtsgestaltungen, die in dem Werden nichtstaatlichen Rechts enthalten sind, zu entfalten. Das staatliche Recht hat dies z.B. in Deutschland versäumt, als nichtstaatliche Kräfte begannen, neue Gemeinschaftsordnungen zu begründen, aber zu schwach und eigensüchtig waren, um dieses Werk zu vollenden. In allen diesen Fällen repräsentiert der Staat das Einheitsbewusstsein der Gesellschaft d.h. das Bewusstsein, dass die gesellschaftlichen Kräfte im Staate des Ausgleichs bedürfen und miteinander in Uebereinstimmung gebracht werden müssen, wenn das Ganze nicht stocken und verfallen soll. Wenn man daran denkt, dass Zeiten möglich sind, in denen nur die primäre Rechtsschöpfung unmittelbar das Recht beherrschen soll, sodass es staatlicher Eingriffe nicht mehr bedarf, so ist dieser Gedanke nur unter einer Voraussetzung denkbar: dass nämlich alle sozialen Kräfte unter Auflösung aller Interessengegensätze auf die Wahrung der gesellschaftlichen Einheit gerichtet sind und damit die Aufgabe des Staates in ihr Bewusstsein selbst aufgenommen ist. Solange die Wirklichkeit diesem Gedanken nicht entspricht, ist die sekundäre Rechtsquelle des Staates eine gesellschaftliche Notwendigkeit, genau wie auch die primäre Rechtsquelle der nichtstaatlichen Kräfte eine gesellschaftliche Notwendigkeit ist. Für die politische Theorie der Rechtsbildung bedeutet dies, dass der Gesetzgeber das nichtstaatliche Recht und seinen inneren Gehalt zu achten hat, aber sich auch stets dessen bewusst sein muss, dass die Rechtsordnung eines Volkes des Zusammenwirkens

beider Rechtsquellen bedarf. Die Kunst des Gesetzgebers besteht darin, die Grenzen zu bestimmen, in denen nichtstaatliches Recht frei wachsen oder staatliches Recht eingreifen soll. Im Bewusstsein des schöpferischen Werts des nichtstaatlichen Rechts, wird er sein Eingreifen nur dann für nötig erachten dürfen, wenn die ihm gestellte Aufgabe durch nichtstaatliches Recht nicht lösbar erscheint.³

³ Die obigen Darlegungen gehen von der Voraussetzung aus, dass ein Unterschied zwischen nichtstaatlichem und staatlichem Recht besteht. Sie gehen vor Allem davon aus, dass das nichtstaatliche Recht unabhängig ist von seiner Anerkennung durch staatliches Recht. Wäre dies nämlich der Fall, so könnte man mit Recht sagen, auch das nichtstaatliche Recht sei staatliches Recht, weil es nur "gelten" könne, wenn und soweit es staatlich zugelassen ist. Dies war der Einwand des sehr verehrten Herrn Kollegen Vanelin Ganefff, den er gegen meine Ausführungen erhob. Aber was heißt hier "Geltung"? Gewiss kann ein Gesetz anordnen, dass z.B. das Gewohnheitsrecht dem Gesetz gegenüber keine Geltung hat. Dann wird der Richter nur nach dem Gesetz entscheiden, auch wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass ein dem Gesetz widersprechendes Gewohnheitsrecht besteht. Das schließt aber nicht aus, dass die Menschen tatsächlich nach jenem Gewohnheitsrecht leben und danach ihre Verhältnisse ordnen, trotzdem der Staat diese Recht nicht anerkennt. Dag Gleiche gilt für jedes nichtstaatliche Recht. Der Einwand Ganefffs hätte nicht erhoben werden können, wenn er sich der doppelten Auffassung des Rechts bewusst gewesen wäre. Er geht ausschließlich von dem dogmatischen Rechtsbegriff aus. Es gibt aber auch einen soziologischen Begriff, der die "Geltung" eines Rechts von seiner Wirksamkeit abhängig macht. Grundlegend dafür ist die Auffassung Ehrlichs, der das Recht als Entscheidungsnorm unterscheidet von dem Recht als Organisationsform (vergl. dazu, abgesehen von seiner *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, 1913, S. 97 f.f., vor allem seinen Vortrag "Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft", S. 9, 37).