

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	21 (1902)
Artikel:	Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht
Autor:	Lotmar
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896635

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins. **XL. Jahresversammlung in Sarnen.**

Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht.

Referat
von Professor Dr. LOTMAR in BERN.

I. Einleitung. Aufgabe.

Das vom Vorstand des schweizerischen Juristenvereins der diesjährigen Vereinsversammlung zur Diskussion gestellte Thema „der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht,“ bildet ein wichtiges Stück des vor zwei Jahren vom Verein verhandelten, das die Stellung des geltenden schweizerischen Obligationenrechts überhaupt zum in Aussicht stehenden Civilgesetzbuch betraf.

Dass diesmal der Dienstvertrag zu der erwähnten besonderen Erörterung herausgegriffen wird, lässt sich zunächst damit begründen, dass die Regelung des Dienstvertrages anerkanntmassen zu den schwächsten Teilen des geltenden Obligationenrechts gehört.¹⁾ Das Verbesserungsbedürfnis ist hier besonders entschieden, und damit das Interesse an der Diskussion der Verbesserungsmittel gegeben. Sodann kommt dem Arbeitsvertrag und namentlich seinem Haupttypus, dem Dienstvertrag, eine hervorragende Wichtigkeit auch innerhalb des Obligationenrechts zu. Denn er ist nicht nur einer der häufigsten Kontrakte, ein allen Arbeitsfähigen zugänglicher und den Unbemittelten Einkommen sichernder Vertrag, er verflieht

¹⁾ Janggen in Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1900 S. 155, vergl. Grenier ebenda S. 199.

auch, wie kein anderer, die Person der einen Partei oder ihres Vertreters in den Vollzug des Vertrags, was daher röhrt, dass die eine Vollzugshandlung, die Arbeit, keine Sachleistung ist. Diese die Person und den weitesten Personenkreis ergreifende Natur des Dienstvertrags stellt seinem Gesetzgeber ebenso schwierige als dankbare Aufgaben.

Der Referent seinerseits geht bei der Kritik des Bestehenden und bei den Vorschlägen für das Künftige von der allgemeinen Voraussetzung aus, dass es möglich und dass es wünschenswert ist, durch Gesetzgebung auf das Dienstverhältnis einzuwirken. Es wird namentlich angenommen, dass bei der wirtschaftlichen und danach gesellschaftlichen Ungleichheit der Parteien, welche in vielen, ja wohl in der Mehrzahl der Dienstverträge obwaltet, die schwächere zur Geltendmachung und Wahrung wichtiger Interessen zwar nicht immer schon durch, aber in zahlreichen Fällen nicht ohne den Beistand des Gesetzes gelangen kann. Man mag über die Punkte, an welchen, und über das Mass, in welchem dies zutrifft, verschiedener Ansicht sein: ohne die gedachte prinzipielle Voraussetzung der Möglichkeit und Erwünschtheit gesetzlicher Einwirkung wäre eine Diskussion wie die vorhabende ausgeschlossen.¹⁾

Teils mit Rücksicht auf den verfügbaren Raum, teils im Interesse der Uebersichtlichkeit finden sich hier nicht alle Gegenstände berührt, die bei einer legislatorischen Behandlung des Dienstvertrags zur Sprache kommen können und sollen. Nicht wenige Fragen zweiter Ordnung, die der Urheber eines Gesetzentwurfs über den Dienstvertrag zu beantworten hat, werden hier übergangen werden. Die für die Wirksamkeit gesetzlicher Vorschriften bedeutungsvolle Fassung muss unerwähnt bleiben. Auch liegt es ausserhalb unserer Aufgabe, die für den Inhalt der Regelung zu machenden Vorschläge mit der für ihre letzte Verwendung erforderlichen Formulierung

¹⁾ Mit litterarischen Belegen äussert Modica, Contratto di lavoro (1897) p. 117: Vi sono però alcuni i quali sostengono, che ben fecero i legislatori a non regolare il contratto di prestazione d'opera, e che esso non può, nè deve regolarsi.

zu verstehen. Vielmehr wird die Aufgabe nur darin erblickt, den schier unerschöpflichen Stoff für eine den gesetzgeberischen Zwecken dienliche Diskussion durch Gliederung und Beleuchtung vorzubereiten.

II. Allgemeinste Forderungen: Einlässlichkeit und Berücksichtigung der unbemittelten Arbeitnehmer.

Rein a priori könnte die Frage nach dem Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht dahin entschieden werden, es beim Alten zu belassen, d. h. die Vorschriften des Obligationenrechts in das Civilgesetzbuch zu übertragen, im Vertrauen darauf, dass die Rechtsprechung fortfahren, der Mängel des Gesetzes Herr zu werden. Damit würde die oft gepriesene Kontinuität buchstäblich verwirklicht, der Gesetzgeber einer jeden, das Volk wie der Jurist doch der Mühe überhoben, sich mit Neuem vertraut zu machen, und vor der Gefahr behütet, für bekannte, gelassen ertragene Fehler unbekannte einzutauschen. Allein von solchem quietistischen Verhalten kann nach dem bisherigen Gang der Dinge nicht ernsthaft die Rede sein. Denn schon vor zwei Jahren hat der schweizerische Juristenverein den Beschluss gefasst, zwar das „System“ des Obligationenrechts beizubehalten, aber bei Einfügung in das Civilgesetzbuch eine „materielle Revision“ dieses Rechtsteils vorzunehmen, und von dieser Revision könnte das Recht des Dienstvertrags am allerwenigsten ausgeschlossen werden. Ganz im Gegenteil darf sie hier nicht bloss eine oberflächliche, die Fehler verbessernde und die Lücken ausfüllende sein, denn die Mängel des Ueberlieferten sind zu zahlreich und tief, während die modernen Ansprüche an ein gutes Dienstvertragsgesetz zu gross geworden sind. Der Gesetzgeber muss hier neue, aber nicht bloss halbe, sondern, wenigstens für seine Zeit, ganze Arbeit machen. Diese umfangreiche und schwierige Aufgabe wird er umso eher lösen können, je weniger er sie als eine nur durch die Umstände auferlegte empfindet, je freudiger er die grosse Gelegenheit ergreift, eine dem Dienstvertrag möglichst adäquate

Rechtsordnung zu schaffen. Um diesem Ziele mit Erfolg nachzustreben, muss er vor allem von der Würde des Gegenstandes durchdrungen sein, muss er sich dessen bewusst bleiben, dass es die rechtliche Formierung eines Vertrages gilt, kraft dessen eine Person nicht dieses oder jenes ihrer Güter, sondern gewissermassen sich selbst hergiebt, sich bethätigen soll. Mögen daher die Dienste an sich leicht, leicht zu haben, mechanisch oder sonstwie unansehnlich sein: immer stehen sie als Aeusserungen menschlicher Persönlichkeit auf der ethischen Stufenleiter höher, als die Vermögensleistung, die im Dienstvertrag als Entgelt dafür versprochen wird. Liegt schon hierin ein Grund, der Partei des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag die erste Aufmerksamkeit zuzuwenden, so wird der gerechte Gesetzgeber dazu noch mehr bewogen durch die Wahrnehmung, dass unzählige Personen dieser Parteistellung, obwohl von ihnen die höher stehende Leistung zugesagt wird, nicht die Widerstandskraft besitzen, sie selbst beeinträchtigende Vertragspropositionen abzulehnen, und nicht über die Macht verfügen, ihren beim Vollzug exponierten Interessen im Vertrag den gebührenden Schutz auszubedingen.

Aus Vorstehendem ergeben sich zwei allgemeinste Postulate, welche de lege ferenda zu stellen sind und von den Civilgesetzen der europäischen Kulturländer nicht, oder ungenügend, erfüllt werden. Die Signatur dieser Gesetze, wo sie sich mit dem Dienstvertrag befassen, ist ihre Dürftigkeit und die Unzulänglichkeit der Rücksicht auf die Mittellosigkeit, mit der die meisten Arbeitnehmer des Dienstvertrags behaftet sind. Jener Dürftigkeit wird man allenthalben inne, wenn man die Regelung des Kaufs oder der Miete mit der des Dienstvertrags vergleicht, und die Vernachlässigung des letzteren wird auch nicht dadurch ausgeglichen, dass in manchen Kulturländern ausserhalb ihrer Civilgesetzbücher stehende gesetzliche Ordnungen für einzelne Arten von Dienstverhältnissen anzu treffen sind. In bewusstem Gegensatz zu jener Dürftigkeit hätte der eidgenössische Gesetzgeber sich der Rechtsordnung des Dienstvertrags mit der nämlichen Sorgfalt, wie der des Kaufes oder der Miete, anzunehmen, und der erstenen an-

nähernd einen Grad der Ausbildung zu verleihen, wie ihn die des Kaufes oder der Miete längst besitzen. Er darf sich daher nicht mit dem Notdürftigen begnügen, was meist mit dem Selbstverständlichen zusammenfällt, darf nicht bloss das Unumgängliche bieten wollen, dessen Grenzen schwankend sind, muss vielmehr eine Vollständigkeit erstreben, welche allen erfahrungsmässigen Kollisionen der Parteien gewachsen ist. Und was die Mittellosigkeit des Arbeitnehmers anlangt, so ist sie es mit allen ihren Begleiterscheinungen, wie Unvorsichtigkeit, Zaghaftigkeit, Hülflosigkeit, die den Arbeitnehmer harte Vertragsbedingungen annehmen, einen ihm nachteiligen Vertragsvollzug erdulden und schliesslich sich in eine ihn schädigende Endigung des Vertragsverhältnisses schicken lässt. Dem gegenüber ist daran festzuhalten, dass die gerühmte Gleichheit vor dem Gesetz für das gegebene, nicht für das zu gebende Gesetz zu gelten hat, und dass man ohne Ansehen der Person judizieren mag, nicht ohne Ansehen der Person legiferieren darf.

Mit der Ungleichheit unter den Arbeitnehmerpersonen und der Ungleichheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Augen, hat der eidgenössische Gesetzgeber das Gebot der Gerechtigkeit zu befolgen und die Ungleichen ungleich zu behandeln. Gewiss werden Dienstverträge auch von besitzenden Arbeitnehmern geschlossen, selbst von solchen die hierin den Arbeitgeber übertreffen. Aber wenn der Gesetzgeber die andern zur Norm nimmt, so wird das nicht ein Verstoss sein, weil die mittellosen die Mehrzahl bilden, während die bemittelte Minderzahl selber für sich zu sorgen vermag. Der Gesetzgeber kann sich bei seinen Vorschriften direkt nach der ökonomischen Lage des Arbeitnehmers richten, eine und die andere Vorschrift an die Mittellosigkeit als Voraussetzung knüpfen. Einfacher ist es, die differentielle Behandlung wirtschaftlich differenter Arbeitnehmer indirekt dadurch zu bewirken, dass die Dienstverträge nach der Art der Arbeit unterschieden werden, da, wie der Hinweis auf Knechte, Mägde und die Arbeiter schlechthin zeigt, die Art der Arbeit der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers zu entsprechen pflegt.

Ist gleich der Dienstvertrag längst nicht der einzige Vertrag, welcher den Besitzlosen in das Privatrecht hineinzieht und in privatrechtlichen Verband zum Besitzenden bringt, so ist es doch bei keinem anderen Vertrage der Fall, dass die schwächere Partei ihre Arbeitskraft, somit ihre Person einsetzt und unzähligemal hierbei auch das Einzige hergibt, wofür sie die Mittel zum Leben rechtmässig erlangen kann. Gewiss ist beim Kauf-, Miet- oder Darlehensvertrag die ökonomische Leistungsfähigkeit einer Partei für sie selbst und ihren Mitkontrahenten nicht gleichgültig; aber dieser Umstand fällt hier nicht so schwer ins Gewicht, dass seinetwegen die Rechtsordnung dieser Verträge überhaupt oder stark variiert werden müsste. Anders beim Dienstvertrag, wo in zahllosen Fällen der Arbeitnehmer beim Vollzug persönlich in Mitleidenschaft gezogen wird und im Lohn nicht ein Aequivalent für ein anderes schätzbares Gut, sondern für eine Leistung erhalten soll, die, wo sie sein einziges verwertbares Gut bildet, für ihn selbst unschätzbar ist. Wie die Unterschiede von Alter und Geschlecht des Arbeitnehmers, muss daher auch seine Besitzlosigkeit beim Dienstvertrag legislatorisch zur Geltung gebracht werden. Und der Dienstvertrag ist die Stelle des Privatrechts, an der der moderne Gesetzgeber zeigen kann und muss, ob er in der lebendigen Arbeit oder im toten Besitz das höhere Gut der bürgerlichen Gesellschaft erblickt, und ob er in dem bis zu ihm dringenden Kampf des arbeitslosen Besitzes und der besitzlosen Arbeit auf die schwächere Seite zu treten den Mut hat. Damit soll er bezeugen, dass die Güterordnung, welche sich im Privatrecht darstellt, das Wohl von Menschen zum Ziel hat, und dass in diesem Sinn es letztlich überall nicht Vermögens-, sondern Personenrecht zu schaffen gilt.

III. Fürsorgepflicht. Lohnzahlungspflicht. Willentliche Endigung des Dienstverhältnisses.

Gehen wir nun zur Betrachtung der Gegenstände über, bei welchen der Gesetzgeber des Dienstvertrags die vorhin an ihn gestellten allgemeinsten Forderungen zu erfüllen hat, so

sind es vorzüglich drei Gebiete, auf denen die verlangte Einlässlichkeit und die Berücksichtigung des Interesses mittelloser Arbeitnehmer zu entfalten ist: die Person des Arbeitnehmers, ferner der Entgelt, den dieser erhalten soll, und drittens die willentliche Endigung des Dienstverhältnisses. Diese wichtigsten Objekte einer gesetzlichen Regelung des Dienstvertrags werden hier unter Absehen von dem, was Bundes- oder Kantonsgesetzgebung dafür geleistet haben, und ebenso mit Abstraktion von der Frage ins Auge gefasst, ob gerade unter der Rubrik des Dienstvertrags oder an einer andern passenden Stelle des Systems die hier erwähnten Regelungen vorzunehmen seien.

Zur obersten Pflicht des Dienstberechtigten muss die Sorge dafür gemacht werden, dass die Dienstleistung ohne körperliche und moralische Beeinträchtigung dessen, der sie bewirkt, vollzogen werde. Die Betonung dieser privaten Fürsorgepflicht ist nicht nur darum geboten, weil dringender und inniger als das Interesse des Arbeitnehmers, den Lohn für seine Arbeit zu erlangen, sein Interesse sein muss, durch die Arbeit nichts von dem einzubüßen, womit er in das Dienstverhältnis getreten ist. Sondern es handelt sich bei der unabdingbaren Fürsorgepflicht um eine Rechtsfolge, die von den Parteien nicht festgesetzt zu werden pflegt und sich nicht schon aus der Vereinbarung von Dienst und Lohn ergiebt. Es darf hier daran erinnert werden, dass im Obligationenrecht die Statuierung jener Pflicht zu vermissen ist. Was seine Art. 113—116 über die Schadensersatzpflicht des Schuldners vorschreiben, bezieht sich auf die Fälle, in denen die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt worden ist, setzt also die Existenz einer Verbindlichkeit voraus. Allein durch das Gesetz wird die in Rede stehende nicht ausgesprochen und selbstverständlich ist sie keineswegs und offenbar nicht darum, weil unter gewissen Voraussetzungen nach Art. 50 oder nach Haftpflichtgesetzen der Arbeitgeber einen von ihm angerichteten Schaden ersetzen, d. h. eine Geldleistung machen muss. Soll der Arbeitgeber zu Leistungen angehalten werden können, welche einer

Verletzung des erwähnten persönlichen Interesses vorbeugen, auf dass der Arbeitnehmer nicht in Gefahr und nicht in Schaden komme, so muss diese Leistungspflicht eigens vom Gesetz aufgestellt werden. — Die Fürsorge hat sich darauf zu erstrecken, dass die Arbeit nach Art, Umfang und zeitlicher Lage der Person des Verrichters angemessen sei, dass die von der Arbeit drohende Schädigung hintangehalten werde, und dass die bei der Arbeit gebrauchten Räume, Vorrichtungen, Stoffe, Werk- und Fahrzeuge, ebenso wie die Arbeitsgenossen des Arbeitnehmers, die Person unversehrt lassen. Und all das hat dem Arbeitgeber auch dann obzuliegen, wenn der Dienst nicht unter seiner Aufsicht geleistet wird. Wenn nun diese an den Dienstvertrag geknüpfte umfassende Schutzpflicht nicht erfüllt wird, so liegt ein vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten vor, das den Arbeitnehmer zu unbefristeter Kündigung, zur Zurückbehaltung seiner Arbeitsleistung und zur Klage auf Erfüllung der Schutzpflicht berechtigt, einer Klage, die auch einem Dritten, z. B. einem Fachverein, abgetreten werden kann. Der Arbeitgeber aber müsste verhindert werden, dem Arbeitnehmer, der sich über jene Vertragswidrigkeit beschwert, darum zu kündigen, und selbstverständlich würde er auch zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet sein; hiermit wäre nur eine Erweiterung der sonst anerkannten Haftpflicht gegeben.

Ist die Schutzpflicht des Arbeitgebers nicht eine im Dienstvertrag vorgesehene, sondern erst vom Gesetz mit demselben verknüpfte, die daher auch ausserhalb dieses Vertrages existieren kann und nicht auf privatrechtlichen Zwang angewiesen bleibt, so ist dagegen die Vergütungspflicht eine im Dienstvertrage wurzelnde. Gewiss giebt es Arbeitnehmer, die einen Dienstvertrag weder ausschliesslich oder überwiegend, noch überhaupt um des Einkommens willen abschliessen, das er ihnen in Aussicht stellt, welche vielmehr die Erzielung der Arbeitswirkung, oder den Selbstgenuss im Auge haben, den die Entfaltung der Arbeitskraft gewähren kann. Allein die grosse Mehrzahl arbeitet nicht wegen der Arbeit, sondern wegen des Lohnes, insofern dieser die Haupttrieb-

feder ihrer Arbeit bildet. Und unter dieser Mehrheit ist für die Meisten der Lohn nicht bloss die vertragsmässige Gegenleistung, sondern die einzige Lebensquelle für sie selbst und die Ihrigen.¹⁾ Die privatrechtliche Gesetzgebung hat danach alles in ihrer Macht Stehende zur Erhaltung dieser Lebensquelle aufzubieten und zu diesem Ende den Umfang des Lohnes, die Zeit und die Sicherheit seiner Entrichtung unter ihre Obhut zu nehmen.

Den Umfang des Lohnes, das erste Lohninteresse des Arbeitnehmers, vermag der Gesetzgeber nicht unmittelbar und nicht stets zum Vorteil des Arbeitnehmers zu beeinflussen. Im Interesse jenes Umfangs kann der Gesetzgeber den Dienstvertrag wegen Hungerlohnes für nichtig erklären, und er kann festsetzen, dass der Lohn für Ueberarbeit den für die reguläre Arbeit in gewissem Mindestmasse übersteige.²⁾ Er kann sodann dafür sorgen, dass nicht Leistung an Erfüllungsstatt, d. h. statt Barzahlung, den Arbeitnehmer übervorteile, und dass dieser nicht durch Naturalvergütung zu kurz komme, indem vorzüglich bei Gewährung von Kost und Quartier Quantität und Qualität im Einzelnen normiert werden. Ferner kann der Gesetzgeber Nachteile hintanhalten, welche der Akkordform des Lohnes entspringen, indem er die Richtigkeit der Lohnberechnung beim Stücklohnvertrag sichert und einen aus Unterschätzung der Akkordarbeit drohenden Schaden abwendet. Er kann weiter der Lohnschmälerung vorbeugen, welche den Arbeitnehmer aus den Aufwendungen befällt, die dieser für die Selbstbeförderung von und zur Arbeitsstätte, für Beistellung und Unterhaltung derselben wie der Arbeitsmittel (der Gerätschaften und Zuthaten), faktisch machen muss, dadurch vorbeugen, dass er den Arbeitgeber zur Ersatz- oder Vorschuss-

¹⁾ Vergl. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung (1902) S. 2.

²⁾ Partikularrechtliche Vorschriften über Entrichtung eines Minimallohnes sind hierzulande in neuerer Zeit nur für die Vergebung öffentlicher (kantonaler oder städtischer) Arbeiten in Frage und bloss in Genf zur Gel tung gekommen. Näheres bei Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik und Lohntheorie (1900) S. 292, 293 und Der Arbeiterschutz bei Vergebung öffentlicher Arbeiten, Bericht des k. k. arbeitsstatistischen Amtes (Wien 1900) S. 112—114.

leistung, oder unmittelbar zur Uebernahme solcher Lasten verpflichtet. Er kann ausserdem dem Arbeitnehmer den verdienten Lohn erhalten, indem er dem Arbeitgeber jeglichen Abzug von demselben versagt und damit den Arbeitgeber wegen seiner Gegenansprüche auf eine separate Rechnung, statt auf Verrechnung, verweist, einerlei, ob die Gegenforderung mit der Dienstleistung oder dem Dienstverhältnis zusammenhangt, oder ausserhalb des letzteren entstanden ist. Und endlich kann der Gesetzgeber dafür sorgen, dass dem Arbeitnehmer der ausbedungene, selbst nicht durch Arbeit verdiente Lohn geschuldet werde, falls die Dienstleistung durch den Arbeitgeber selber oder durch unverschuldete Vorfälle auf seiten des Arbeitnehmers verzögert oder verhindert worden ist.

Für das zeitliche Verhältnis der Lohnzahlung zur Dienstleistung kann die traditionelle Postnumeration als Regel beibehalten und doch im übrigen jenes Verhältnis so geordnet werden, dass der Arbeitnehmer, der geleistet hat, mit seiner Lohnforderung nicht hingehalten wird. In diesem Interesse hat der Gesetzgeber die Zahlungszeit zu begrenzen durch normale und durch unverschiebbare Grenzen.¹⁾ Und wo er einen Arbeitnehmer im Auge hat, der zu seinem Unterhalt gänzlich auf den Lohn angewiesen ist, muss er die unverschiebbare Grenze für den ganzen Lohn und damit auch für Teile desselben festsetzen. Er darf nicht gestatten, dass vom unentbehrlichen Lohn ein Abzug einbehalten werde, nicht zu lassen, dass der Arbeitnehmer mit den Seinigen einer Entbehrung ausgesetzt werde, nur damit der Arbeitgeber am Lohnguthaben eine Kette besitze, die den Arbeitnehmer fesselt, oder gar ein Pfand für möglicherweise einst entstehende Gegen-

¹⁾ Was selbst im Produktionsbereich des Arbeitnehmers (nicht blass, wie selbstverständlich, für seine Konsumtion) die Zahlungszeit bedeutet, lehrt die folgende Erfahrung: „Von zwei Baumwollwebereien des gleichen Besitzers, die in kleiner Entfernung von einander gelegen sind, hat die einen vierzehntägigen, die andere monatlichen Zahltag. Am letztern Ort ist die Leistung bedeutend geringer, ‚denn der Eifer, einen grossen Zahltag zu haben, macht sich erst in der Woche vor der Auszahlung geltend.‘ Die zweimalige Anstachlung bedingt also den Unterschied. . . .“ Schuler in Berichte der eidgenössischen Fabrikinspektoren für 1900 und 1901 S. 42.

ansprüche. Endlich muss, was auch Gesetz oder Privatdisposition über die normale Zahlungszeit bestimmt haben mögen, die Lohnforderung stets mit dem Ende des Dienstverhältnisses fällig werden.

Der grösste wie der fälligste Lohn bedeutet nichts für den Arbeitnehmer, wenn er ihn nicht erhält. Es muss daher der Gesetzgeber privatrechtliche Mittel gewähren zur Sicherstellung des Lohnes, zur Verringerung der Kreditgefahr, in welche die Postnummeration den Arbeitnehmer versetzt. Diese Gefahr droht nur vom Lohnschuldner, es ist daher hier nicht von Sicherung gegen die Zugriffe Dritter die Rede. Vor allem muss bei Fortbestand des Dienstverhältnisses der Arbeitnehmer jede fernere Arbeit verweigern können, wenn ihm der fällige Lohn, für die geleistete Vorentalten wird; ja ohne solche Vorentaltung muss er seine Arbeit verweigern können, wenn ein Vermögensverfall des Arbeitgebers die Lohnforderung zu vereiteln droht. Und sollte das Dienstverhältnis zu Ende gegangen oder der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden sein, so müsste der Arbeitnehmer die Gegenstände (Stoffe, Werk- und Fahrzeuge, Muster, Schlüssel und dergl.) zurückbehalten dürfen, die er im Dienst empfangen und nun wiederzuerstatten hat.¹⁾ Des Vorzugsrechts im Konkurse des Arbeitgebers ist die Lohnforderung von altersher teilhaft. Wertvoller würde es sein, wenn für das was bisher nur vertragsmässig geübt wurde, ein gesetzlicher Weg gebahnt würde, nämlich für Recht und Pflicht des Bestellers, die von ihm geschuldete Vergütung den dienstpflichtigen Gehülfen des Unternehmers zu entrichten, wenn dieser ihnen den schuldigen Lohn nicht zahlt.²⁾ Auch könnte der Betrieb eines grösseren Unter-

¹⁾ Der Vorentwurf zum Civilgesetzbuch Art. 874—877 handelt vom Retentionsrecht mit Beschränkung auf Sachen und Wertpapiere; es bedarf der Erweiterung (vergl. S. 514). Die Rätlichkeit seines Ausschlusses nach Art. 875 Abs. 2 (vergl. 876 Abs. 2) ist vom Standpunkt des Arbeitnehmers in Frage zu stellen.

²⁾ Vergl. den (1899 in der Volksabstimmung abgelehnten) Zürcher Gesetzentwurf über das Gewerbewesen § 79, wo bei Vergebung öffentlicher Arbeiten „die Hauptunternehme für richtige Ablöhnung der Arbeiter verantwortlich“ gemacht werden.

nehmens, der regelmässig den Abschluss einer gewissen Zahl von Dienstverträgen erfordert, an die Bedingung geknüpft werden, dass der Unternehmer bei einer Behörde eine bestimmte Sicherheit für die Löhne leistet. Das würde im Felde der Vergütungspflicht dem entsprechen, was das Fabrikgesetz Art. 3 für die Schutpflicht fordert, nämlich der Kantonsregierung „durch Vorlage des Planes über Bau und innere Einrichtung den Nachweis zu leisten, dass die Fabrikanlage den gesetzlichen Anforderungen in allen Teilen Genüge leiste.“

Die Wichtigkeit des dritten Hauptgebietes des Dienstvertrags — der willentlichen Endigung des Dienstverhältnisses — steht zwar der der zuvor erörterten nach, ist aber modernen Gesetzgebern so gross erschienen, dass sie sich mit ihm ausführlicher befasst haben, als mit den beiden andern. An dem Ende der Vertragszeit ist der Arbeitnehmer nicht wie an den Leistungspflichten des Arbeitgebers nur in einem, sondern in zwei Sinnen interessiert, denn er kann das eine Mal den Wunsch haben vom Dienstverhältnis frei zu werden, ein ander Mal es fortbestehen zu lassen; und da jeder dieser Wünsche mit dem entgegengesetzten des Arbeitgebers zusammentreffen kann, so hat der Gesetzgeber hier zwei Interessenkollisionen zu schlichten. Die Schwierigkeiten der Regelung beginnen für ihn nicht erst da, wo die Parteien weder anfänglich noch hinterdrein, weder unmittelbar noch mittelst (sachlicher) Begrenzung der Arbeitsaufgabe ihr Dienstverhältnis vertraglich begrenzt haben, mit andern Worten nicht erst, wo die Vertragszeit unbestimmt ist. Bei solcher Unbestimmtheit freilich muss der Weg einseitiger Endbestimmung, d. h. die Kündigung, gebraucht werden, wenn willentliche Endigung des Dienstverhältnisses Platz greifen soll, aber auch bei bestimmter Vertragszeit kann Kündigung nicht schlechthin unstatthaft, muss sie doch als Notausgang offen sein. — Der einseitige Akt der Kündigung lässt, auch wenn man nur die obersten in Anschlag bringt, zahlreiche Unterschiede zu, die überdem kombiniert werden können. Denn die Kündigung kann einer Partei, oder beiden, oder gar einem Dritten eingeräumt sein. Sie kann ferner zeitlich beschränkt, d. h. zeit-

weise ausgeschlossen, oder immer zulässig sein. Sodann ist die motivierte von der unmotivierten d. i. derjenigen zu unterscheiden, bei der es auf den Grund nicht ankommt. Die Kündigung kann weiter unbedingt erklärt werden, oder aber so erklärt werden müssen, dass ihre Wirkung von einem gewissen Verhalten des Empfängers der Kündigung (z. B. einer neuen Vertragsverletzung) abhängig gemacht wird. Endlich ist es von grösster Bedeutung, ob sie als sofort wirksame ergreift, oder als befristete, indem irgendwelche Zeitbestimmung erfüllt sein muss, wenn sie wirken soll. Die Wahl nun unter diesen Arten und ferneren Unterarten kann vom Gesetzgeber aus verschiedenen materiellen Gesichtspunkten getroffen werden, im Gegensatz zum formellen des Herkommens und dergl., von denen nur folgende beispielsweise angeführt seien. Er kann die gewöhnlichen von den ungewöhnlichen Vorkommnissen, das gelinde vom dringenden Endigungsbedürfnis, das äusserliche vom Vertrauensdienstverhältnis sondern. Weiter fallen ins Gewicht die Art der Dienste, die Form des Lohnes (ob Zeit- oder Akkordlohn), die bisherige Dauer des Dienstverhältnisses und nicht zuletzt die wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers. Denn nach dieser bestimmt sich die wirtschaftliche Bedeutung, die das Ende des Dienstverhältnisses für ihn hat. Zunächst scheint es eine durch die Billigkeit geforderte Regel zu sein, dass hinsichtlich der Kündigung Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich behandelt werden, und dass nur, wo das Gesetz motivierte Kündigung verlangt und selber die Kündigungsgründe namhaft macht, aus der Parteiverschiedenheit Differenzen entspringen sollen. Auch mag man darüber wegsehen, dass Dienstverhältnisse vorkommen, bei denen der Arbeitgeber von der Kündigung des Arbeitnehmers härter betroffen wird, indem ihm der Arbeitnehmer unentbehrlicher ist, als er dem Arbeitnehmer. Wenn wir uns aber der Menge überschüssiger Arbeitskräfte in Handel und Gewerbe entsinnen, an die Schar der Arbeitslosen und deren Notlage denken, so müssen wir einsehen, dass in dieser Gesellschaftsschicht das Ende eines Dienstverhältnisses durchschnittlich für den Arbeitnehmer mit schwereren ökonomischen Folgen verbunden

ist, als für den Arbeitgeber. In der Mehrzahl der Fälle nimmt jenes Ende dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, sich gleichwertige Dienste wieder zu verschaffen, und nicht selten begiebt er sich der bisherigen ohne eines Ersatzes zu bedürfen. Der Arbeitnehmer hingegen, der auf den Lohn seiner Arbeit angewiesen ist, kann die Eingehung eines neuen Dienstverhältnisses nicht missen, und dieser Eingehung setzen sich wohlbekannte, oft genug unüberwindliche Hindernisse entgegen. Man stelle sich nur einen Grossbetrieb vor, aus dem etwa nach Ausführung einer Ordre, bei Verminderung des Arbeitsbedarfs, ein Dutzend Arbeiter entlassen werden. Versetzt man sich vierzehn Tage zurück und setzt vierzehntägige Kündigung für beide Parteien voraus, so kann von Parität zwar im formalen, aber schlechterdings nicht im echten Sinn die Rede sein.¹⁾ Will der Gesetzgeber dieser näher kommen, so muss er bei Dienstverhältnissen von grösster Ungleichheit der Parteien entweder schon anfänglich, oder nach einer gewissen Dauer, die Kündigung hinsichtlich der Befristung oder der Begründung für den Arbeitgeber schwerer machen — und der echten und gerechten Parität näher zu kommen, sollte das Bestreben des Gesetzgebers sein.

IV. Der Dienstvertrag in anderen Teilen des Civilgesetzbuches. Verhältnis zum allgemeinen Teil des Obligationenrechts.

Sind im Vorstehenden mit einfachen Umrissen und ohne Beizug der gegenwärtigen Ordnung die drei Gebiete gekennzeichnet worden, denen der Gesetzgeber des Dienstvertrags sein Augenmerk hauptsächlich zuzuwenden hat, so müssen wir nunmehr auch den Einzelheiten und dem Revisionsverfahren näher treten. Und hier ist vorab zu prüfen, inwiefern die Regelung des Dienstvertrags durch andere Teile des geplanten Civilgesetzbuches, namentlich durch den ihm einzufügenden allgemeinen Teil des geltenden Obligationenrechts, beeinflusst wird, oder ob umgekehrt diese im Interesse des Dienstver-

¹⁾ Vergl. Flesch, Zur Kritik des Arbeitsvertrags (1901), S. 23, 24.

trags zu modifizieren sind. Denn eine der nächsten Aufgaben des Gesetzgebers muss die sein, Widersprüche und Wiederholungen innerhalb seines Werkes zu vermeiden und dieses so einzurichten, dass jede Vorschrift mit dem ihr bestimmten Umfang an der für sie passendsten Stelle stehe.

Der amtlich veröffentlichte Vorentwurf der vier ersten Teile des Civilgesetzbuches (1900) enthält mehrere auch den Dienstvertrag betreffende Bestimmungen: zu denken an Art. 190, 357, 358, 360, 439. Die erste und die letzte beziehen sich auf die Handlungsfähigkeit der Ehefrau und des Mündels wie des diesem (nach Art. 308) gleichstehenden Hauskindes, und zwar auf die rechtliche Fähigkeit, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, worin die Fähigkeit zur Eingehung, Vollziehung und Aufhebung von Dienstverhältnissen enthalten ist. Für die Ehefrau ist die Arbeitnehmer- wie die Arbeitgeberrolle einbegriffen. Hingegen kann Art. 439 durch die Worte „selbstständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes“ den Zweifel erregen, ob beim Mündel die Arbeitnehmerstellung einbezogen sei. Sollte das zu verneinen sein, so müsste Art. 437 aushelfen, wäre dann aber noch so auszudehnen, dass in gewissen Grenzen auch die generelle Zustimmung des Vormundes wirksam ist. Die drei anderen Artikel regeln die hausherrliche Gewalt und Fürsorge, welche dem Arbeitgeber gegenüber Dienstboten, Lehrlingen und Arbeitern zustehen und obliegen soll, wenn diese in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommen worden sind. Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber des Dienstvertrags alle diese Bestimmungen zu berücksichtigen und nochmals vom Standpunkt der Dienstvertragsregelung zu prüfen hat. Dabei muss er zur Entscheidung kommen, dass sie an ihrem gegenwärtigen Platze zu belassen, nicht in den Dienstvertragstitel zu übertragen sind, weil ihr Anwendungsgebiet das des Dienstvertrags überschreitet. Dagegen wird ihre Betrachtung aus dem Standpunkt und nach den Bedürfnissen des Dienstvertrags eine Änderung oder Ergänzung als empfehlenswert erscheinen lassen, welche auch zur Regelung des Dienstvertrags gehört und darum hier berührt wird. Was z. B. die Handlungsfähigkeit der Ehefrau anlangt,

so ist eine Präzisierung der Rechtswirkung des ehemännlichen Verbotes erforderlich mit Rücksicht auf den Dritten, den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer der Ehefrau. Sollte ferner nach Art. 437 eine allgemeine Zustimmung des Vormundes den Mündel zur Eingehung, Vollziehung und Aufhebung von Dienstverhältnissen in stand setzen können, so wäre zu erwägen, ob sie nicht im Interesse des Mündels erzwingbar und andererseits zurücknehmbar sein müsste. Noch wichtiger ist die folgende Wahrnehmung des Interesses von Minderjährigen. Zahlreiche und deutliche Zeichen ergeben, dass man bei uns die in fremdem Dienst zu leistende Berufsarbeit von noch nicht vierzehnjährigen Kindern verwirft.¹⁾ Dieser Verwerfung vermag der privatrechtliche Gesetzgeber nur dadurch Rechnung zu tragen, dass er die Gültigkeit von Dienstverträgen (und anderen Arbeitsverträgen) ausschliesst, durch welche jene Kinder zur Berufsarbeit verpflichtet werden sollen — womit diejenige Kinderarbeit nicht getroffen wird, die das Kind ohne Vertrag oder aus ungültigem Vertrag verrichtet. Wird die gedachte Ausschliessung nicht im Dienstvertragstitel verfügt, so muss bei der väterlichen Gewalt und bei der Vormundschaft bestimmt werden, dass weder durch den gesetzlichen Vertreter im Namen des Kindes noch mit Ermächtigung des Vertreters durch das Kind in eigenem Namen ein Arbeitsvertrag eingegangen werden kann.²⁾ Die übrigen citierten Artikel, die die häusliche Gemeinschaft von Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraussetzen, umfassen mit ihrer Bestimmung über Wohnung und Unterhalt auch den hierin bestehenden Naturallohn, womit sie in das Gebiet des Dienstvertrags einschlagen; auch fallen die dem

¹⁾ Nicht bloss dürfen nach dem Fabrikgesetz Art. 16 solche Kinder „nicht zur Arbeit in Fabriken verwendet werden“, auch in einer Reihe kantonaler Arbeiterinnenschutzgesetze, die sich nicht auf Fabriken beziehen, findet sich dieses Verbot für Mädchen jenes Alters, z. B. St. Gallen, Zürich, Luzern, Neuchâtel, Solothurn.

²⁾ Dass für den Effekt, nämlich den Ausschluss der Kinderarbeit, die Strafe und der Eingriff der Verwaltungsbehörde dem Privatrecht voranstehen, ist für dieses kein Grund, sich nur zusehend zu verhalten. Zur Sache s. Agahd, Kinderarbeit (1902) und Gehrig (Bern), Referat zum internationalen Kongress für Arbeiterschutz in Zürich (1897) S. 36—42.

Familienhaupt auferlegten Schutzmassregeln unter die Fürsorgepflicht, die, wie S. 513 fg. bemerkt wurde, beim Dienstvertrag zu statuieren ist. Da die Naturalvergütung und die Fürsorgepflicht noch weiter greifen, sind sie auch beim Dienstvertrag zu regeln.¹⁾ Gegenüber den vorliegenden Artikeln aber wäre vom Dienstvertrag her zu empfehlen, sie auf alle Arbeitnehmer des Dienstvertrags auszudehnen, welche Haus- oder Familiengenossen geworden sind, namentlich Handelsangestellte, wogegen es sich nicht empfiehlt, diese Arbeitnehmer zu „häuslichen Diensten“ für verpflichtet zu erklären: denn das ist jedenfalls nicht im Einklang mit dem Grund des modernen und verbreiteten Strebens der Arbeitnehmer, von der häuslichen Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber frei zu bleiben.

Von unvergleichlich grösserem Einfluss auf die dem Dienstvertrag zu gebende Ordnung, als die ersten vier Teile des Civilgesetzbuches, muss der allgemeine Teil des Obligationenrechts werden und besonders dann, wenn, wie es nach dem Vorentwurfe scheint, das Civilgesetzbuch keinen sog. Allgemeinen Teil erhalten sollte. Wie im geltenden Obligationenrecht den Titeln, in welchen einzelne benannte Kontrakte ihre besondere Regelung finden, innerhalb der ersten fünf Titel Ordnungen vorangehen, welche mehr oder weniger bei jedem dieser benannten Kontrakte anwendbar sind, so ist eine solche Oekonomie auch vom Obligationenrecht des Civilgesetzbuches zu erwarten. Die Beeinflussung des Dienstvertragstitels durch das allgemeine Obligationenrecht besteht hiernach darin, dass gewisse Regeln des letzteren zwar den Dienstvertrag beherrschen, aber in dessen Titel keine Aufnahme finden. Wir meinen die Regeln über Entstehung der Obligationen durch Vertrag (1. Titel Nr. 1), Wirkung der Obligationen (2. Titel), Erlöschen der Obligationen (3. Titel), „Besondere Verhältnisse

¹⁾ Von beidem verschieden ist die im Obligationenrecht Art. 341 Abs. 2 dem Arbeitgeber auferlegte Pflicht, den mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Dienstpflichtigen, wenn dieser erkrankt, pflegen und ärztlich behandeln zu lassen. Giebt es auch eine häusliche Gemeinschaft mit einem Arbeitgeber, der eine juristische Person, z. B. eine Aktiengesellschaft ist?

bei Obligationen“ (4. Titel) und Abtretung der Forderungen (5. Titel) — überall vorausgesetzt, dass nicht die eigentümliche Natur des Dienstvertrags solche Abweichungen vom allgemeinen Obligationenrecht verlangt, welche im letzteren übergangen worden sind.

Es erscheint nun zweckmässig, sich zu vergegenwärtigen, welche auch beim Dienstvertrag bedeutenden Gegenstände hiernach nicht in dessen Titel geordnet zu werden brauchen, wenn man das System des geltenden Rechts zu Grunde legt und es bei dessen Bestimmungen bewenden lässt. Es sind dies Abschluss, Form und Gegenstand des Vertrags, Mängel des Vertragsabschlusses (Irrtum, Betrug, Furcht) und Vertragsschliessung¹⁾ durch Stellvertreter.¹⁾ Aus dem Gebiet der Wirkung der Obligationen gehören hierher die allgemeinen Grundsätze der Erfüllung, deren Ort und Zeit, der Gläubigerverzug, die Folgen der Nichterfüllung, die Befriedigung durch einen Dritten, das Versprechen der Leistung eines Dritten und das zu gunsten eines Dritten. Vom Erlöschen der Obligationen sind es wieder die allgemeinen Grundsätze und im einzelnen die Verrechnung, die vertragliche Aufhebung und Neuerung, die Konfusion, die Unmöglichkeit der Erfüllung und die Verjährung. Endlich erstrecken sich auch die Regeln über Solidarität, Bedingungen, Haft- und Reugeld, Konventionalstrafe, sowie über Abtretung der Forderungen auf den Dienstvertrag und die durch diesen begründeten Forderungen.

Zwar liegt die Kritik von System, Inhalt und Fassung der im Vorstehenden erwähnten, den Dienstvertrag beeinflussenden Regeln des allgemeinen Obligationenrechts ausserhalb unserer Aufgabe, wohl aber bleiben wir innerhalb derselben, wenn wir, den Dienstvertrag vor Augen, bei einer Reihe von Punkten dieses Obligationenrechts verweilen, die Anstoss zu Neuerungen im Dienstvertragsrecht geben oder ihrerseits solchen von daher empfangen. Jene Punkte sind hier nach dem Gesetz, nicht nach ihrer Wichtigkeit, aufgereiht.

¹⁾ Die Artikel über „Vertragsfähigkeit“ (29—35) scheiden aus, indem sie durch personen- und familienrechtliche Bestimmungen des Civilgesetzbuches ersetzt werden sollen, z. B. Vorentwurf Art. 8—12. Vergl. oben S. 521, 522.

a) In Art. 9 fg. wird die Form der Verträge behandelt, und zuvörderst der Satz aufgestellt, dass Verträge zur Gültigkeit nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz sie vorschreibt. Im Dienstvertragstitel findet sich keine solche Form vorgeschrieben. Indessen würde es sich nach bestehender Ordnung, bisheriger Erfahrung oder Uebung empfehlen, Schriftlichkeit für folgende den Dienstvertrag angehende Festsetzungen anzuordnen — unter Verschiedenheit der Uebertretungsfolgen: bei Abrede einer Vertragszeit von gewisser längerer Dauer, des Ausschlusses oder sonstiger Änderung der gesetzlichen Kündigungsfrist, sowie einer Konkurrenzklause, wofern man solche überhaupt zulässt. In diesen drei Fällen handelt es sich um Bestimmungen, die voraussichtlich erst geraume Zeit nach dem Vertragsschluss zur Geltung kommen. Die in gewissem Bereich geltende Fabrik- oder Arbeitsordnung muss selbstverständlich schriftlich festgesetzt werden; die gleiche Anforderung ist an den Tarifvertrag zu stellen. Denn beidemal sind Normen zu fixieren, die für eine unbestimmte Reihe von Dienstverträgen massgebend sein sollen (unten IX). Endlich sollte der Akkordzettel, oder dergl., obligatorisch sein, wo es sich um gewerbliche Arbeit handelt, die einem Gewerbetreibenden für seinen Betrieb geleistet wird, namentlich wenn die Arbeit nicht beim Arbeitgeber zu verrichten ist.

b) Art. 17 („Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist“) ist zu eng gefasst, so dass er nicht alle Formen und Arten des unmoralischen Dienstvertrags, sowie nicht alle dem Dienstvertrag eingefügten unmoralischen Abreden begreift, z. B. eine die Koalitionsfreiheit beschränkende. Ferner muss irgendwo bestimmt sein, dass auch die einseitige Verfügung, wenn sie wider die guten Sitten verstößt, nichtig ist, damit z. B. die Kündigung oder eine vom Arbeitgeber erteilte Anordnung von der Nichtigkeit getroffen werden könne. Ueberdies muss das Gesetz an einer Stelle vorschreiben, dass unter gewissen Voraussetzungen, welche eine abnorme Ausbeutung konstituieren, ein Dienstvertrag darum nichtig oder anfechtbar

sei, weil ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht (vergl. S. 515). Da einesolche Bewucherung nicht bloss beim Dienstvertrag, ja nicht bloss beim Arbeitsvertrag vorkommen kann, so findet ihre privatrechtliche Bekämpfung im allgemeinen Obligationenrecht den geeigneten Platz.

c) Die Sicherung einer Partei des gegenseitigen Vertrags, welche Art. 96 bietet, ist wenigstens für den Dienstvertrag zu verstärken, da die Kreditgefahr, welcher der Arbeitnehmer durch die Postnummeration des Lohnes ausgesetzt ist, womöglich zu vermindern ist. Er soll daher seine Arbeitsleistung retinieren dürfen nicht erst bei Zahlungseinstellung oder Konkurs des Arbeitgebers, sondern schon bei einem Vermögensverfall, der die gehörige Lohnzahlung in Frage stellt (S. 517).

d) Durch Art. 102 wird dem Schuldner, „welcher eine Zahlung leistet,“ das Recht verliehen, „eine Quittung zu fordern.“ Es besteht kein Grund, das Recht, ein Zeugnis über die bewirkte schuldnerische Leistung zu verlangen, nicht auf die Arbeitsleistung zu erstrecken. Hier ist es um so mehr angebracht, als dem Arbeitnehmer das Zeugnis nicht bloss gegenüber seinem Gläubiger (dem Arbeitgeber), sondern auch gegenüber dem Dritten dienlich ist, zu dem er in ein Arbeitsverhältnis treten will. Wird Art. 102 nicht weiter ausgedehnt, so muss im Dienstvertragstitel das Recht auf die Zeugniserteilung gegeben werden. Und hier wäre die Zeugnispflicht des Arbeitgebers so zu gestalten, dass der Arbeitnehmer, welcher vor Endigung des Dienstverhältnisses freie Zeit behufs Aufsuchung einer neuen Erwerbsgelegenheit beanspruchen darf, schon dann in der Lage sei, sich des Zeugnisses über das zu Ende gehende zu bedienen.

e) Die in Art. 106—109 über den Annahmeverzug getroffenen Bestimmungen sind nicht bloss überhaupt der Ergänzung bedürftig, sondern sie lassen auch den Fall ausser Betracht und ohne Regelung, in welchem die Leistung vereinbarter Arbeit durch den Verzug des Gläubigers, d. i. des Arbeitgebers, behindert wird. Zwar definiert das Gesetz in Art. 106 den Gläubigerverzug so, dass der Begriff auch den Gläubigerverzug des Dienstberechtigten umfasst. Allein seine

Regelung der Folgen des Annahmeverzugs ist ausschliesslich auf die Sachleistung zugeschnitten¹⁾ und die Dienstleistung bleibt unberücksichtigt. Sollte der Annahmeverzug nicht besonders beim Dienstvertrag und hier für Akkord und Zeitlohnvertrag geregelt werden, so wäre auf ihn jedenfalls im allgemeinen Obligationenrecht Bedacht zu nehmen. Und hier würde zu erwägen sein, ob der Annahmeverzug gegenüber Arbeit an die nämlichen Voraussetzungen zu knüpfen sei, wie der zur Zeit allein geregelte Verzug gegenüber Sachleistung. Die Folgen des neu zu regelnden Verzugs müssen von dem Grundsatz beherrscht werden, dass der Arbeitnehmer gegen Schaden, namentlich Gewinnentgang, zu schützen ist.

f) Wenn, wie unter e angenommen, die durch den Arbeitgeber geschehende Behinderung der Arbeitsleistung nicht als Verunmöglichung, sondern als Verzögerung zu behandeln ist, so muss das Gleiche gegenüber dem Arbeitnehmer gelten. Falls daher die Arbeitszeit im engern Sinne, nicht die Lieferzeit, bei einem Dienstverhältnis geregelt, d. h. bestimmt ist, wann gearbeitet werden soll, und der Schuldner lässt bestimmungsgemäss mit Arbeit auszufüllende Zeit unausgefüllt (indem er zu spät kommt, zu früh geht, oder aussetzt): so darf nicht von Unmöglichkeit der Erfüllung die Rede sein — weil nach Umfluss des leergelassenen Zeitraums die in ihn gehörige Arbeit nicht mehr geleistet werden könne — sondern nur von Verzug, hier von Leistungs- oder Schuldnerverzug. Wenn nun dieser Verzug (wie im geltenden Obligationenrecht) nicht beim Dienstvertrag geregelt wird, so muss das den Schuldnerverzug ordnende allgemeine Obligationenrecht (Art. 117—125) mit Rücksicht auf den Dienstvertrag revidiert werden, da es der Natur dieses Vertrags keine Rechnung trägt. Das gilt sowohl von den Voraussetzungen des Verzugs (Ueberflüssigkeit der Mahnung nur bei „bestimmtem Verfalltag,“ Verschulden nur bei der Haftung für Zufall), als von seinen Rechtsfolgen (Schadensersatzpflicht nur für die Geldschuld aufgestellt und geregelt).

¹⁾ Art. 107 „geschuldete Sache.“ Art. 108 „geschuldete Sache.“ Art. 109 „hinterlegte Sache.“

g) Nach Art. 132 können „wider den Willen des Gläubigers durch Verrechnung nicht getilgt werden nicht pfändbare Lohnguthaben.“ Die wider den Willen des Lohn-gläubigers und Arbeitnehmers geschehende Verrechnung ist fast so gut eine Exekution wie die Pfändung. Der Arbeitnehmer, der sie erleidet, muss sich umsonst gearbeitet zu haben vorkommen, und wenn er unbemittelt und auf den Arbeitserwerb angewiesen ist, so wird er durch die Verrechnung, die dem Arbeitgeber mühelos Befriedigung seiner nicht durch Arbeit begründeten Gegenforderung verschafft, leicht in Not und Elend versetzt. Diesem unleidlichen, folgenschweren Ergebnis hat das heutige Privatrecht an seinem Teil vorzubeugen. Der Arbeitnehmer und Lohngläubiger, der dessen bedarf, muss sein Lohnguthaben, und dieses ganz, d. h. ohne Abzug, fordern können, und der Arbeitgeber darf seine Gegenforderung nicht für Rechnung seiner eigenen Lohnschuld geltend machen, weder gerichtlich noch aussergerichtlich. Zu diesem Zweck muss die mit dem Willen des Lohngläubigers geschehende Verrechnung in gleichem Mass für ungültig erklärt werden, wie die wider seinen Willen erfolgende unstatthaft ist. Der Ausschluss der Kompensation muss zwingendes Recht werden. Ferner sind unmittelbar oder von Rechtswegen „nicht pfändbare Lohnguthaben“ unserem Rechte fremd. Denn nach Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs Art. 93 können „Lohnguthaben, Gehalte und Diensteinkommen jeder Art“ „nur soweit gepfändet werden, als sie nicht nach dem Ermessen des Betriebsbeamten dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich notwendig sind.“ Nur die unumgänglich notwendigen Lohnguthaben und soweit sie es sind, sind unpfändbar: aber diese Notwendigkeit wird durch das Ermessen des Betriebsbeamten bestimmt. Es ist ganz am Platze, dass man bei der Pfändung auf das Ermessen des pfändenden Beamten abstelle. Hingegen geht es nicht an, die Verrechnung gegenüber der Dienstlohnforderung von der Auskunft des Betriebsbeamten abhängig zu machen. Vielmehr muss sich im Interesse des Dienstvertrags, zunächst von dessen Arbeitnehmer, der Gesetzgeber bei der Regelung der Kom-

pensation entschliessen, selber die Grenze zu ziehen, innerhalb welcher die Lohnforderung nicht durch Verrechnung getilgt werden kann. Diese Grenze kann eine quantitative, d. h. durch die Grösse des Lohneinkommens bestimmte, und eine zeitliche sein, indem der Arbeitnehmer, welcher die fällige Lohnforderung in gewisser Frist nicht einzieht, des Lohnes weniger zu bedürfen scheint.

Die Ausschliessung der Kompensation gegenüber dem Lohnguthaben erhält dadurch noch umfassendere praktische Bedeutung, dass die Lohneinbehaltung (*décompte*) meistens zur Vorbereitung späterer Kompensation erfolgt. Wird dieser Zweck (die Kompensation) unerreichbar, so wird voraussichtlich auch das Mittel (die Lohneinbehaltung) ausser Gebrauch treten, selbst wenn der Gesetzgeber dieses Mittel nicht geradezu verbieten sollte. Nichts ist unbilliger gegen den lohnbedürftigen Arbeiter als eine Einbehaltung zur Sicherstellung des Arbeitgebers und mit der Aussicht, das Einbehaltene infolge von Kompensation niemals zu erhalten.

h) In Art. 174—182 wird die Konventionalstrafe geregelt, die für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages, sei es überhaupt, sei es nach Zeit oder Art der Nichterfüllung, versprochen worden ist. Diese Regelung bildet keine hinreichende Rechtsordnung für die Strafen oder Bussen, die in nicht wenigen Dienstverhältnissen vom Arbeitgeber über den Arbeitnehmer verhängt werden, denn solche werden verhängt auch für Handlungen oder Unterlassungen, die nicht als „Nichterfüllung des Vertrages“ gelten können. Es ist daher zu erwägen, ob das sogen. Bussenwesen nicht im Zusammenhang und nach Massgabe des Rechts der Konventionalstrafe zu ordnen sei. Dabei wäre davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keinen Grund hat, dem Arbeitgeber eine Strafgewalt zu verleihen, und dass allein vermöge des Dienstvertrags dem Arbeitgeber eine solche Gewalt nicht zukommt. Er kann sie daher nur durch besondere Einräumung beim Dienstvertrag erhalten. In weiterer Entwicklung wäre darauf zu bestehen, dass die Busse wie die Konventionalstrafe nur fällig werden oder verhängt werden kann, wenn ihre Ver-

hängung unter genauer Bestimmung des strafbaren Thatbestandes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart worden ist. Eine Konventionalstrafe oder Busse allgemein auf den Fall der „Vertragsverletzung“ gesetzt, müsste unverbindlich sein. Sodann ist für die Höhe der Bussen nicht bloss wie in Art. 182 auf das billige Ermessen des Richters zu verweisen, vielmehr sind für Dienstverhältnisse gewisser Art, namentlich gewerbliche und kaufmännische, Maxima festzusetzen unter Angabe der Frist, auf die sich das Maximum bezieht, was vom Fabrikgesetz Art. 7¹⁾) und von den kantonalen Arbeiterinnenschutzgesetzen versäumt wird. Inwieweit die Vollstreckung dieser Strafen nicht durch Lohnabzug geschehen darf, ergiebt sich aus lit. g. Endlich hat das Gesetz bei den erwähnten Dienstverhältnissen auch den Verwendungszweck der Strafen zu bestimmen nach dem Vorbild des Fabrikgesetzes.

V. Abgrenzung des Dienstvertrags von anderen Kontrakten, vorzüglich von anderen Arbeitsverträgen.

Wo der Dienstvertrag an andere Kontrakte grenzt, hängt der Umfang seiner gesetzlichen Regelung, wie sein eigener Umfang, davon ab, ob und wie der Gesetzgeber in die Abgrenzung eingreift. Von solchen benachbarten Kontrakten kommen zuerst diejenigen in Betracht, die nicht selbst Arbeitsverträge sind, vorzüglich der Kauf und die Miete. Wird nämlich neben Arbeit, die Gegenstand eines Dienstvertrags sein kann, eine Sachleistung ausbedungen, sei es eine Veräußerung von Sachen (z. B. von Nahrungsmitteln, die bei der Pflege dem Pflegling verabreicht werden), sei es eine Gebrauchsüberlassung von Sachen (z. B. von Fahrzeugen, die während des Personentransports benutzt werden) durch den Arbeitnehmer an den Arbeitgeber, so ist zu entscheiden, ob

¹⁾ „Wenn in einer Fabrikordnung Bussen angedroht werden, so dürfen dieselben die Hälfte des Taglohnes des Gebüsstes nicht übersteigen.“ Vermutlich ist die Summe der in einem Tag verhängbaren Bussen gemeint. Vergl. Fabrikgesetz, herausgegeben vom schweizerischen Industriedepartement (1900) S. 139.

man es mit einem doppelten Vertrage zu thun hat, indem neben den Dienstvertrag ein Kauf resp. eine Miete tritt, oder ob nur ein Vertrag anzunehmen ist, bei welchem die eine Leistung, sei es die Arbeit, sei es die Sachleistung, dreingeht. Je nachdem die Entscheidung vom Gesetzgeber getroffen, oder der Jurisprudenz überlassen wird, ist der Umfang der gesetzlichen Regelung verschieden, und wenn das Gesetz die Dienstleistung durch die Sachleistung absorbiert werden lässt, so schmälert es den Bereich des Dienstvertrags. Beim Werkvertrag, und das Gegebensein eines solchen voraussetzend, hat das geltende Gesetz der Stofflieferung, also Sachleistung in Gestalt der Veräusserung, Rechnung getragen und sie in Art. 352 Abs. 1 geregelt. Damit hat es nicht entschieden, dass bei solcher Stofflieferung immer Werkvertrag und niemals Kauf anzunehmen sei. Ferner kann Stofflieferung auch mit entgeltlicher Dienstleistung einhergehen, so dass Anlass zu einer dem Art. 352 entsprechenden Vorschrift beim Dienstvertrag gegeben ist.

Was sodann das Grenzverhältnis des Dienstvertrags zu anderen Arbeitsverträgen anlangt, so ist die Abhebung der letzteren vom Dienstvertrag im geltenden Gesetz so weit durchgeführt, dass zur Lösung dieser wichtigen Aufgabe verhältnismässig nicht viel zu thun übrig bleibt. Als Unterscheidungsmerkmal hat das Gesetz nicht die Art und nicht die Form der Vergütung, auch nicht den Beruf einer Partei, sondern die Art der Arbeit gewählt. Durch diese unterscheidet sich vom Thatbestand des Dienstvertrags der Thatbestand des Verlagsvertrags mit der Arbeit, ein litterarisches oder künstlerisches „Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen,“ des entgeltlichen Auftrags mit der Arbeit, ein „übertragenes Geschäft zu besorgen,“ der Kommission mit der Arbeit „den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen,“ der Spedition mit der Arbeit, „die Versendung oder Weitersendung von Gütern zu besorgen,“ des Frachtvertrags mit der Arbeit, „den Transport von Sachen auszuführen“ und des entgeltlichen Hinterlegungsvertrags mit der Arbeit eine

anvertraute bewegliche Sache „an einem sicheren Orte aufzubewahren.“

Hingegen hat das Gesetz drei wichtige Grenzfragen des Dienstvertrags offen gelassen, deren Beantwortung, wenn sie beim Dienstvertrag erfolgt, dessen Regelung beeinflussen würde.

1. Nach Art. 405 Abs. 2 bleiben vorbehalten die besonderen Bestimmungen der Kantonsgesetze über Mäkler, Courtiers, Sensale und andere Personen, welche die Vermittlung von Geschäften gewerbsmässig besorgen. Unter den zuletzt genannten ragen diejenigen hervor, die sich mit der Vermittlung von Dienstverträgen befassen. Wenn nun die hier vorbehaltenen Kantonsgesetze vor dem künftigen Civilgesetzbuch weichen sollten — und wir sehen keinen Grund, dieses Partikularrecht fortbestehen zu lassen —, so könnte an dreierlei gesetzliche Behandlung der beruflichen Arbeitsverträge der erwähnten Gewerbsleute gedacht werden. Sie könnten dem jetzigen Art. 405 Abs. 1 unterstellt, d. h. als entgeltliche Aufträge behandelt, oder innerhalb des Gesetzbuchs separat geregelt, oder endlich den Dienstverträgen zugezählt werden. Dies Letzte müsste dann im Dienstvertragstitel ausgesprochen werden, da ohnedies die gedachten Arbeitsverträge als solche über Geschäftsbesorgung dem Auftrag unterfallen würden.

2. Es giebt zahlreiche Angestellte im Handelsgewerbe, sowohl in offenen Läden, einschliesslich der Apotheken und Gasthäuser, als in Comptoirs und auf Reisen,¹⁾ in Advokatur- und Notariatsbureaux, in der Verwaltung von Versicherungs- und Transportanstalten, deren Arbeitsverträge auf Besorgung ihnen übertragener Geschäfte gehen. Alle diese Arbeitsverträge müssten nach der gegenwärtigen Grenzziehung als entgeltliche Aufträge zu behandeln sein. Allein nicht bloss betrachtet Obligationenrecht Art. 427, 428 den Prokuristen und den Handlungsbevollmächtigten, beides Handelsangestellte, als in einem Dienstverhältnis stehend. Das Gleiche geschieht in

¹⁾ Vergl. Art. 429: „Wer als Handelsreisender Geschäfte zu besorgen hat.“

der gerichtlichen Praxis und ist neuerdings in den Postulaten zum Ausdruck gekommen, welche der schweizerische kaufmännische Verein in seiner Generalversammlung vom 22. Juni d. J. als Vorschläge für die Revision des Dienstvertragstitels beschlossen hat. Noch wichtiger ist es, dass die gesetzlichen Rechtsfolgen des Dienstvertrags sehr wohl auf die fraglichen Anstellungsverhältnisse passen, was von den Rechtsfolgen des Auftrags (z. B. beiderseits jederzeitige Kündigung: Art. 402) nicht gesagt werden kann. Endlich rechnet Art. 404 mit der Möglichkeit, dass jemand, der die Vermittlung eines Vertragsabschlusses, somit eine Geschäftsbesorgung übernimmt, in einem Dienstverhältnisse stehe. Nach alledem hat der Gesetzgeber die Aufgabe, die sachgemäße Subsumtion der Arbeitsverträge der erwähnten Angestellten unter den Dienstvertrag herbeizuführen. Eine leichte Handhabe bietet ihm die Thatsache, dass diese Arbeitsverträge nur als Zeitlohnverträge vorzukommen pflegen. Denn diese Form des Arbeitsvertrags ist vorzüglich beim Dienstvertrag anzutreffen. Der Gesetzgeber hätte danach den Auftrag so zu begrenzen, dass davon der Arbeitsvertrag in Zeitlohnform ausgeschlossen ist. Ein anderes Verfahren, nämlich beim Dienstvertrag zu erklären, dass jeder Arbeitsvertrag (ohne Unterschied der Arbeitsart), welcher ein Zeitlohnvertrag ist, als Dienstvertrag zu gelten habe, wird hier als möglich anerkannt, ohne damit empfohlen zu werden.¹⁾

3. Hingegen zur Grenzscheidung gegenüber dem Werkvertrag ist ein Eingriff beim Dienstvertrag unumgänglich. Von

¹⁾ Bei dieser Gelegenheit sei darauf hingewiesen, dass die in Art. 395—401 für den Auftrag gegebenen Vorschriften auch auf den Dienstvertrag passen und insofern hier nicht fehlen sollten. Oder hat nicht auch der Dienstpflchtige sich an die ihm erteilten Instruktionen zu halten? Ist nicht auch er für „getreue und sorgfältige“ Leistung haftbar? Soll er nicht schuldig sein, Rechenschaft abzulegen und zu erstatten, was ihm beim Vertragsvollzug zugekommen ist? Und warum sollte nicht der Dienstherr für schuldig erklärt werden, dem Dienstpflchtigen die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, die dieser für die Dienstleistung machen musste — falls der Ersatz nicht in der Vergütung eingeschlossen war?

diesem unterscheidet sich der Werkvertrag thatbeständig nicht durch die Art der Arbeit: spinnen, weben, mahlen oder mauern kann ebensogut durch Dienstvertrag als durch Werkvertrag vereinbart werden.¹⁾ Und in der Fertigstellung eines Werkes, z. B. einer „Stickete“ kann ebensowohl ein Dienst, als umgekehrt im Dienst des Rasierens die Fertigstellung eines Werkes erblickt werden. Was unterscheidet nun die Thatbestände? Das beim Werkvertrag obwaltende Entgeltverhältnis ist ausschliesslich die Akkordlohnform, nicht die Zeitlohnform, d. h. der Lohn ist für das Werk oder die Arbeit einschliesslich ihres Ergebnisses, nicht für einen Abschnitt der bei der Arbeit verrinnenden Zeit unter Absehen vom Ergebnis bestimmt, während im Gegenteil diese Zeitlohnform beim Dienstvertrag vorkommen kann, ja hier sehr häufig anzutreffen ist. Hiermit sind die beiderseitigen Gebiete wenigstens auf eine Strecke abgegrenzt. Denn wo immer ein Arbeitsvertrag, welcher der Art der Arbeit nach Dienst- oder Werkvertrag sein kann, in der Form des Zeitlohnvertrags auftritt, ist er als Dienstvertrag anzusprechen, vermag er nicht als Werkvertrag zu gelten. Andererseits ist der Thatbestand des Dienstvertrags so gestaltet, dass er mit Zeitlohn wie mit Akkordlohn gleich vereinbar ist.²⁾ Der Dienstvertrag des Schreinergesellen, des Schauspielers, des Arztes kann auf Lohn pro Tag, pro Monat, pro Jahr gestellt sein, ebenso wie der Entgelt pro Stuhl, pro Auftreten, pro Besuch bestimmt sein kann. Demnach ist zwar die Zeitlohnform dem Dienstvertrag vorbehalten, wogegen ein Akkord entweder ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag sein kann. Da jedoch die Rechtsfolgen beider Verträge differieren, so muss vom Gesetzgeber entschieden werden, welcher Akkordthatbestand den Rechtsfolgen nach (z. B. hinsichtlich der Kündigung) als Dienstvertrag, welcher als Werkvertrag zu behandeln sei.

¹⁾ Wenn nach Obligationenrecht Art. 358 die Dienstvertragsvorschriften „auch Anwendung finden auf Dienstverhältnisse,“ in welchen gegen Honorar Arbeiten zu leisten sind, die eine Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen, so ist damit keineswegs gesagt, dass über solche Arbeiten keine Werkverträge geschlossen werden können.

²⁾ Der Stücklohn ist eine Spezies des Akkordlohnes.

Und hier empfiehlt es sich, darauf abzustellen, ob die Akkordarbeit einem Arbeitgeber geleistet wird, der sie für sich konsumiert, oder einem Arbeitgeber, der mittelst dieser Arbeit ein Gewerbe betreibt, einen Beruf ausübt, sie in demselben verwertet. Im ersten Fall wäre Werkvertrag, im letzteren Dienstvertrag anzunehmen. Damit würden Dienst- und Werkvertrag gänzlich, bei Akkordlohn nicht minder als bei Zeitlohn, von einander abgegrenzt sein. Einer Distinktion, wie die vorgeschlagene, wäre man nur dann überhoben, wenn man den Akkord wieder ausschliesslich dem Werkvertrag überweisen würde. Da dies der historischen Entwicklung nicht entspricht, so kann es nicht befürwortet werden. Hingegen den berufsmässigen Arbeitsvertrag des Arbeitgebers ohne Rücksicht auf den Unterschied der Lohnform als Dienstvertrag zu behandeln, wie oben vorgeschlagen wurde, liegt im Interesse des Arbeitnehmers, namentlich des Hausindustriellen.

Aber nicht bloss ein solches Grenzzeichen gegenüber dem Werkvertrag ist bei der Regelung des Dienstvertrags anzubringen. Es muss auch demjenigen Akkord, welcher Dienstvertrag ist, eine seiner Akkordnatur entsprechende Ordnung zu teil werden, die bisher zu vermissen war.¹⁾ Dies kann weit hin durch Herbeiziehung von Regeln geschehen, die für den Werkvertrag gegeben sind, da mehrere beim Werkvertrag gesetzlich entschiedene Probleme (z. B. Gefährdung und Versäumung der Einhaltung der Lieferzeit, Mangelhaftigkeit des Stoffes oder der vollbrachten Arbeit) auch beim Dienstvertrag in Akkordform vorkommen. Manche von ihnen, wie Zufall,

¹⁾ Die in der Ostschweiz heimischen Akkorde über Stickerei (die Lohn einheit gilt für 100 Stiche) zwischen Kaufleuten oder Ferggern einerseits und Fabrikanten, Ferggern oder Einzelstickern andererseits (Swaine, Arbeits- und Wirtschaftsverhältnisse der Einzelsticker in der Nordostschweiz [1895] S. 32, 33, 37, 38, 43—45, 57 fg.) werden vom st. gallischen Fachgericht für Stickerei-Industrie als Werkverträge beurteilt, während es die Akkorde zwischen Fabrikanten und Fabrikstickern als Dienstverträge betrachtet und dabei die „Lückenhaftigkeit der Bestimmungen des Obligationenrechts betreffend Dienstvertrag“ betont. S. Auszug aus den Entscheidungen des Fachgerichts (1902) S. 15. Dieser und der 1901 erschienene Auszug sind faktisch wie juristisch sehr lehrreich.

der das Resultat vernichtet, oder seine Erbringung unmöglich macht, könnten beim Dienstvertrag anders als beim Werkvertrag entschieden werden; namentlich müsste dem Arbeitnehmer beim Dienstvertrag, wenn er, wie oft der Fall, bei dem ausbedungenen Lohn zu kurz kommt, weil er „mehr Arbeit gehabt hat, als vorgesehen war“ (Art. 364 Abs. 2), im Gegensatz zum geltenden Werkvertragsrecht Hilfe geleistet werden (S. 515). Ausserdem müssen die für den Dienstvertragschlecht-hin bestimmten Regeln auf die Akkord- wie auf die Zeitlohn-form des Vertrags zugeschnitten sein, was z. B. bei Art. 341 nicht zutrifft.

VI. Spezialisierung der Regelung. Arbeiterschutz.

Handelte es sich in den unter IV. und V. angestellten Erörterungen um die Frage, wie weit die Regelung des Dienstvertrags von aussen, nämlich durch dem allgemeinen Obligationenrecht und dem Recht anderer Kontrakte angehörige Satzungen beeinflusst wird, so haben wir jetzt nur noch den Dienstvertrag vor uns und allein zu fragen, wie weit das ihm von aussen frei belassene Gebiet durch die bloss für ihn bestimmte Gesetzgebung ausgefüllt werden soll. Ohne weiteres ergiebt sich, dass dies davon abhängig ist, ob der Gesetzgeber mit grösserer oder geringerer Abstraktion im Generellen verharrt, oder ob er auf die Artunterschiede, das ist auf die Arten des Dienstvertrags, Rücksicht nimmt, mit einem Wort: vom Grad der Spezialisierung. Und die Entscheidung hängt mit der Frage zusammen, ob das künftige Civilgesetzbuch eine nach den Objekten vollständige, nämlich alle Dienstverträge umfassende Ordnung gewähren soll, so dass in diesem Kodex jeglicher Dienstvertrag rechtlich wurzelt, oder ob das Gesetzbuch sich begnügen soll, das den Dienstverträgen Gemeinsame, die gattungsmässigen Züge festzusetzen, darauf rechnend, dass der weitere Rechtsbedarf der einzelnen Dienstvertragsarten durch Spezialgesetze werde gedeckt werden. Gegenüber dieser Alternative stehen wir nicht an, das kodifikatorische Verfahren zu empfehlen, welches nicht auf die Beigaben von bundescivilrechtlichen

Spezialgesetzen, etwa einer Diensboten-, Gewerbe-, Advokatenordnung, eines Fabrik- oder Handelsgesetzes und dergl. verweist, sondern selber spezialisiert und die civilrechtliche Ordnung aller geläufigen Dienstvertragsarten in sich enthält. Nur dieses Verfahren knüpft an die Ueberlieferung an und ist geeignet, die Vollständigkeit zu befördern, die oben vom Civilgesetzbuch verlangt worden ist. Zwar das bisherige Obligationenrecht lässt sich wenig auf Spezialisierung ein — indem es in Art. 344 nur für das Gesellen- und das Dienstbotenverhältnis eine Spezialbestimmung giebt — und dennoch lässt es deutlich erkennen, dass es eine alle Arten des Dienstvertrags umfassende Ordnung geben will. Denn in Art. 348 hebt es zur Hintanhaltung einer anderen Meinung hervor, dass es auch die Art von Dienstverträgen einbezogen habe, welche über sogen. freie Dienste geschlossen werden. Und ferner enthält es sich der Verweisung auf separate, spezialrechtliche Regelung, ein Argument, dessen Gewicht durch die Ausnahme verstärkt wird, die in Art. 349 für „die Arbeit in den Fabriken“ gemacht ist; diese Ausnahme röhrt nämlich davon her, dass zur Zeit der Emanation des Obligationenrechts das Fabrikgesetz schon in Geltung stand. Andererseits kann der geringe Grad von Spezialisierung, den die Dienstvertragsordnung des Obligationenrechts neben der früher hervorgehobenen Dürftigkeit erkennen lässt, die Annahme bewähren, dass beides zusammenhängt, dass daher ein höherer Grad von Spezialisierung eine grössere Vollständigkeit verbürgt. Die Spezialisierung ist nicht identisch mit Detaillierung, aber diese setzt jene voraus. Wie kann das Gesetz sich einlassen z. B. auf die Fürsorgepflicht (S. 513 fg.), die Zahlungszeit (S. 516), die Vertragszeit (S. 518 fg., z. B. die Kündigungsgründe), wenn es nicht auf Artunterschiede unter den Dienstverträgen Bezug nimmt, z. B. den kaufmännischen, den gewerblichen, den häuslichen unterscheidet, da doch Bestimmungen, wie die erwähnten, Varianten aufweisen müssen, die den sozialen Besonderheiten der Arbeitnehmer entsprechen. Nur dadurch aber, dass das Gesetz nicht an der Oberfläche der Gattung haften bleibt, sondern sich in die Eigenheiten der Arten versenkt, vermag es

dem Volke eine praktisch wertvolle Regelung des Dienstvertrags zu geben. Und wenn auch der geringste Arbeitnehmer wegen seines Arbeitsvertrags nicht auf ein nebenaus gestelltes und darum minder zugängliches, besonderes Gesetzlein verwiesen wird, vielmehr seinen Arbeitsvertrag mit denen der andern innerhalb des grossen gemeinen Landrechtsbuchs sorgsam geregelt findet, so wird er hier zwar manchen Unterschied wahrnehmen, der nicht durch die Arbeitsart bedingt ist, aber zugleich erkennen, dass er nicht bloss für Kauf, Miete, oder Darlehen, für Ehe und Verwandtschaft, sondern auch für den Dienstvertrag, seine Lebensquelle, einer privatrechtlichen Gemeinschaft angehört, die alle Volksgenossen umfasst.

Es ist aber nicht bloss wünschenswert, sondern auch ausführbar, die Dienstvertragsordnung dermassen zu spezialisieren, dass sie wie technischen Unterschieden der Arbeit, auch persönlichen und ökonomischen Unterschieden der Arbeitnehmer Rechnung trägt. Mit dem Fleiss und der Hingabe, die in dieser Materie gewiss nicht minder am Platze sind wie im ehelichen Güterrechte und beim Grundbuche, wird es sich erreichen lassen, den Arbeiterschutz, soweit er bei Eingehung, Vollzug und Aufhebung eines Dienstverhältnisses zum Ausdruck kommen kann, mit kräftigen Grundlinien in das Gesetzbuch einzuzeichnen. Denn in der Sache besteht doch kein Hindernis, das was das Fabrikgesetz über die Art und die Zeit der Lohnzahlung, die Kündigung, die Länge, die Lage und die Verteilung der Arbeitszeit für Fabrikarbeiter verschiedenen Alters und Geschlechts bestimmt,¹⁾ mit mancher Verbesserung als Regelung von Dienstverträgen über Fabrikarbeit im Civilgesetzbuch anzubringen. Und was bei diesen Dienstverträgen möglich ist, wird sich auch bei anderen Kategorien von Dienstverträgen erreichen lassen: wir meinen die übrigen gewerblichen, hausindustriellen, gastwirtschaftlichen, kaufmännischen, journalistischen und die der Dienstboten, während wir über die der Landarbeiter mangels genügender Information uns nicht aussprechen.

¹⁾ Kritik und Verbesserungsvorschläge bei O. Lang, Das schweizerische Fabrikgesetz (1899).

Versteht sich die Eidgenossenschaft dazu, auf dem ange-deuteten Wege vorzugehen, so wird dies nicht nur ihren arbeitenden Klassen und damit dem Ganzen zum Vorteil gereichen. Es wird dann auch zum erstenmale in einem Civilgesetzbuche der Dienstvertrag die Würdigung finden, die ihm nach seiner Verbreitung und nach seiner Bedeutung für die Volkswirtschaft zukommt. Das Civilgesetzbuch vermag hier bahnbrechend zu wirken.

VII. Regelung durch andere Bundesgesetze und durch Kantongesetze.

Die Ordnung, welche das Civilgesetzbuch dem Dienstvertrag angedeihen lässt, ist auch von dem Masse abhängig, in dem die Materie der besonderen Regelung durch andere Bundes- und durch Kantongesetze überlassen wird. Mit unserer Befürwortung einer möglichst ausgiebigen Regelung des Dienstvertrags durch das Civilgesetzbuch ist die Frage nach dem Anteil einer Sondergesetzgebung noch nicht erledigt. Vom derzeitigen Anteil derselben ausgehend, haben wir ihr Verhältnis zum gegenwärtigen und zum künftigen Dienstvertragsrecht zu betrachten und ferner zu fragen, welches Feld ihr das Civilgesetzbuch übrig lassen soll.

Von Bundesgesetzen sind nur das Fabrikgesetz vom 23. März 1877 und das Gesetz betreffend die Arbeitszeit beim Betriebe der Eisenbahnen und anderer Transportanstalten vom 27. Juni 1890 an der Regulierung des Dienstvertrags beteiligt.¹⁾ Beide Gesetze geben sich nicht ex professo mit dem Dienstvertrag ab, nennen ihn gar nicht und lassen sich auf civilrechtliche Sanktion ihrer Vorschriften nicht ein.²⁾ Wohl aber greifen sie über das Civilrecht hinaus, indem sie die Zu widerhandlung mit Strafen (an Vermögen und Freiheit) bedrohen. Man darf annehmen, dass ein Dienstvertrag, welcher

¹⁾ Von den Haftpflichtgesetzen darf hier abgesehen werden. Sie haben es mit Schadensersatzpflicht zu thun und mit einer, für welche der Dienstvertrag nicht die unerlässliche Voraussetzung ist.

²⁾ Vergl. Fabrikgesetz Art. 19 „abgesehen von den civilrechtlichen Folgen.“

etwas in diesen Gesetzen Verbotenes vereinbart, insoweit nichtig ist. Manche von ihren Bestimmungen haben nur Sinn unter der Voraussetzung eines Dienstvertrags, so die über die Lohnzahlung und die Kündigung. Andere auch ohne dies. Denn wenn z. B. Art. 15 bestimmt: „Frauenspersonen sollen unter keinen Umständen zur Sonntags- oder zur Nachtarbeit verwendet werden,“ so ist damit diese Verwendung schlechthin verboten, also einerlei, ob die Frau in einem Dienstverhältnis steht oder nicht. Das Gesetz stellt sich nicht bloss dem Abschluss eines Dienstvertrags entgegen, in welchem durch eine Frau Fabrikarbeit an Sonntagen versprochen wird. Somit greift das Gesetz hier, wie an anderen Stellen, über das Gebiet des Dienstvertrags hinaus. Endlich das Verhältnis beider Bundesgesetze zu der im Obligationenrecht gegebenen Regelung ist einfach. Sie gehen dem letzteren vor. Wenn dazu beim Fabrikgesetz seine Eigenschaft als Spezialgesetz angesichts des jüngeren Datums des Obligationenrechts nicht hinreichen würde, so ist eben in diesem (Art. 349) „die Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Fabriken“ vorbehalten worden.

Anders steht es um die Kantonsgesetze. Auch die kantonalen Satzungen¹⁾ sind, wie das Fabrikgesetz, teils dazu bestimmt, in das Dienstvertragsrecht einzugreifen, also selbst Dienstvertragsrecht zu sein, teils sollen sie ohnedies oder ausserdem gewisse Arbeiten regeln, indem sie dieselben für gewisse Personen oder zu gewissen Zeiten verbieten. Die

¹⁾ Nämlich Basel-Stadt: Wirtschaftsgesetz vom 19. Dezember 1887 und Gesetz betr. den Schutz der Arbeiterinnen vom 23. April 1888; Glarus: Gesetz betr. den Arbeiterschutz vom 8. Mai 1892; St. Gallen: Gesetz betr. den Schutz der Arbeiterinnen und die Arbeit der Bediensteten der Ladengeschäfte und Wirtschaften vom 18. Mai 1893; Zürich: Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 12. August 1894; Luzern: Gesetz betr. den Schutz der Arbeiterinnen vom 29. November 1895; Bern: Dekret über die Ruhetage des Dienstpersonals in Wirtschaften vom 26. November 1895; Solothurn: Gesetz betr. den Schutz der Arbeiterinnen vom 9. Februar 1896; Neuchâtel: Loi sur la protection des ouvrières vom 19. Mai 1896; Zürich: Gesetz betr. das Wirtschaftsgewerbe vom 31. Mai 1896. Bemerkenswert ist auch der Entwurf zum Zürcher Gesetz betreffend das Gewerbewesen, das am 17. Dezember 1899 vom Volke verworfen wurde.

verbotene Arbeit, z. B. von Mädchen unter vierzehn Jahren, von Wöchnerinnen, in bestimmten Ruhezeiten, an nach Hause mitgegebenen Stoffen, soll im Sinne der gedachten Satzungen überhaupt ausgeschlossen sein und folgeweise auch nicht gültigen Inhalt von Dienstverträgen bilden können. Für die Durchführung des Verbots haben teils Verwaltungsmassregeln, teils Strafandrohungen zu sorgen. Daneben finden sich zahlreiche Bestimmungen, welche nur unter der Voraussetzung eines Dienstvertrags gelten können und diesen unmittelbar zu regeln bestimmt sind, wie z. B. über die Zahlungszeit, Lohnabzüge und Lohneinbehaltung, Lohnerhöhung für Ueberarbeit, Vertragszeit, namentlich Kündigung. Allein diese reinen Dienstvertragsregeln, die daher dem Obligationenrecht angehören, haben, insofern sie vom bundesgesetzlichen Obligationenrecht abweichen, Gültigkeit nur, wenn dieses die Abweichung zugelassen hat. Dies ist jedoch nur in Art. 343 Abs. 2 bei der befristeten Kündigung für die Kündigungsfrist geschehen.¹⁾ Im übrigen kann es kein kantonales Dienstvertragsrecht geben.²⁾ Ob dagegen nicht das öffentliche Recht

¹⁾ Nicht hierher gehört Art. 349 Nr. 1 mit dem Vorbehalt des öffentlichen Rechts der Kantone für die öffentlichen Beamten und Angestellten — eben weil es öffentliches Recht ist.

²⁾ Insofern sind die citierten Kantongesetze ungültig. Vergl. Huber, Schweizerisches Privatrecht III, 662: „Somit kann das kantonale Obligationenrecht nunmehr bloss noch Geltung in dem Umfang beanspruchen, in welchem die Bundesgesetzgebung dies gestattet. Und dies ist . . . einmal der Fall in einzelnen Punkten, inbezug auf welche der Gesetzgeber das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält, und sodann in Bezug auf gewisse Institute, die ausdrücklich oder stillschweigend dem kantonalen Rechte überlassen werden.“ Soldan, le code fédéral des obligations et le droit cantonal in Lausanner Festgabe für die Genfer Ausstellung von 1896 pag. 143“ — lorsque la Confédération, par une décision constitutionnelle, fait rentrer dans sa compétence législative une matière déterminée, elle supprime ipso jure, du moins dès le moment, où elle fait usage de cette compétence, le droit de législation qui appartenait jusque-là aux cantons en ce qui concerne ce même domaine.“ Die von uns hervorgehobenen Worte dürften anfechtbar sein, was aber keinen Gegensatz zu unserem Text erzeugt, da ja durch die Erlassung des Obligationenrechts der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.

der Kantone, nämlich die Administrativmassregeln und die Strafen anwendbar seien gegenüber der Vollziehung von Dienstverträgen, die nach dem bundesgesetzlichen Obligationenrecht gültig sind, mag hier unentschieden bleiben.

Welches wird nun das Verhältnis des künftigen Civilgesetzbuchs zu der erwähnten Sondergesetzgebung des Bundes und der Kantone sein? Hier ist zu unterscheiden. Wenn der oben gemachte Vorschlag nicht angenommen und befolgt wird, wenn also das Civilgesetzbuch den Dienstverträgen der Fabrikarbeiter nicht wenigstens den Schutz verleiht, den das Fabrikgesetz gewährt, sondern dieses nur wieder aufrecht erhält, und wenn das Civilgesetzbuch ebenso die kantonalen Reformbestrebungen nicht aufnimmt, dann bleibt das geschilderte privatrechtliche Verhältnis bestehen, und es kann etwa nur neu gefragt werden, ob sich das kantonale Strafrecht gegenüber der inzwischen erweiterten strafrechtlichen Kompetenz des Bundes zu behaupten vermag. — Wenn es hingegen zu der oben befürworteten ausgiebigen Regelung des Dienstvertrags im Civilgesetzbuch kommt, wenn demgemäß der Arbeiterschutz, soweit er durch die Regelung des Dienstvertrags gewährt werden kann, im Sinne des Fabrikgesetzes und der Kantonsgesetze aber in weiterem Masse durch das Civilgesetzbuch geboten wird, dann werden die gedachten Spezialgesetze an ihrem privatrechtlichen Inhalt vom Civilgesetzbuch absorbiert sein. Ihr Fortbestand kann sich dann nur auf ihren polizeilichen und strafrechtlichen Inhalt beziehen. Und hier hätten wir zu gunsten des Arbeiterschutzes zwei Vorschläge zu machen.

1. Die Dienstverträge der unbemittelten Arbeitnehmer sind erfahrungsmässig auch dadurch ausgezeichnet, dass sie mit dem civilrechtlichen Schutz der Ungültigkeit und des Schadensersatzes, der für Kauf, Miete, Darlehen, Gebrauchsleihe, Hinterlegung ausreicht, nicht auskommen, wenigstens da nicht, wo dem Arbeitnehmer der Rückhalt der Koalition oder Organisation fehlt. Denn die Regeln über Eingehung und Vollzug des Vertrags und über Aufhebung des Verhältnisses werden oft nicht eingehalten, indem die civilrechtliche Sanktion

sich als zu schwach erweist oder gar nicht geltend gemacht wird. Ueberdies handelt es sich darum, das rechtlich Ungültige auch faktisch hintanzuhalten. Längst hat man daher die Notwendigkeit erkannt, andere Mittel herbeizuziehen, nämlich die Verwaltung und das Strafrecht zu Hilfe zu nehmen. Dieses Hülffsmittels würde auch der im Civilgesetzbuch geregelte Arbeiterschutz nicht entrateen können. Dagegen dürften die erforderlichen Strafandrohungen nicht in den Stil des Civilgesetzbuches passen. Die administrative und strafrechtliche Durchführung der Dienstvertragsregeln, welche dem sogen. Arbeiterschutz angehören, wäre daher der Regelung durch ein besonderes Bundesgesetz vorzubehalten. Dieses hätte die Aufsichtsorgane, das Aufsichtsverfahren und die strafrechtlichen Sanktionen festzusetzen.

2. Wie die neuere Rechtsgeschichte zeigt, haben die Kantone einen erfreulichen Eifer für die Gestaltung des Dienstvertrags im Sinne des Schutzes hülfsbedürftiger Arbeitnehmer bekundet. Auch ist es einleuchtend, dass in den kleineren Rechtsgebieten, die sie darstellen, das Bedürfnis staatlichen Eingriffs für den Arbeiterschutz sich leichter gleichmässig geltend machen und bälter mit Erfolg auf Befriedigung dringen kann. Es sollte daher auch unter der Herrschaft des Civilgesetzbuches der Kantonsgesetzgebung die Möglichkeit zu kommen, unter Wahrung des vom Civilgesetzbuch Geleisteten noch darüber hinauszugehen und am privatrechtlichen Arbeiterschutz weiter zu bauen. Die ausschliessende Kompetenz des Bundes bildet kein Hindernis, da dieser auf sie zu gunsten der kantonalen Legislative teilweise zu verzichten vermag. Die Kantone könnten sich danach zu Versuchsfeldern des privatrechtlichen Arbeiterschutzes ausbilden, und was sich im kleineren Felde bewährt hätte, könnte durch die Bundesgesetzgebung dem gemeinen Recht der Eidgenossenschaft eingefügt werden.

VIII. Absolute und dispositive Regelung.

Bei aller privatrechtlichen Gesetzgebung kommt es nicht nur auf das Ob und Was, sondern auch auf die Intensität der Bestimmung an. Die absolute und die dispositive Bestimmung sind von verschiedener Intensität. Diese weicht der Privatdisposition, jene nicht. Dass unter dem nachgiebigen Gesetz die Privatdisposition sich ebenso geltend machen kann, wie wenn solches Gesetz fehlen würde, ist natürlich kein Grund, nicht auch dispositive Satzungen zu geben. Denn diese haben doch auch die Bedeutung der Aushilfe und der Ergänzung und stellen damit, z. B. unter den Dienstverträgen, eine gewisse Gleichheit der Rechtswirkung her, für den Fall die abweichende Privatdisposition unterblieben ist, was absichtlich oder unabsichtlich geschehen sein kann.

Ob eine privatrechtliche Vorschrift zwingenden oder nachgiebigen Charakter hat, ist zwar gegenüber jeder Materie belangreich, aber in hervorragendem Masse gegenüber dem Dienstvertrag. Denn hier ist, wie tägliche Erfahrung lehrt, die Ungleichheit der Partisanten besonders häufig und besonders gross. Hier kann daher die Unterlassung zwingender Rechtssetzung praktisch der Unterlassung jeglicher Rechtssetzung gleichkommen, weil beidemal die stärkere Partei ihr Uebergewicht dazu gebraucht, ihr Interesse auf Kosten des gegnerischen bei Eingehung, Ausführung und Endigung des Dienstverhältnisses durchzusetzen. Darum darf gerade in der Gesetzgebung über den Dienstvertrag ihr Urheber nicht versäumen, sich bei jeder Vorschrift, die er zu geben für zweckmässig findet, auch die Frage vorzulegen, welchen Stärkegrad er dieser Vorschrift zuteilen soll. Wenn er z.B. eine dem gegenwärtigen Art. 341 entsprechende Bestimmung darüber erlässt, dass dem Dienstpflchtigen Vergütung auch für nicht geleistete Dienste gewährt werden soll, falls der Dienstpflchtige ohne eigenes Verschulden die Dienste während kurzer Zeit zu leisten verhindert war, so wird der Gesetzgeber sich sagen müssen, dass er nur dann mit normaler Sicherheit auf die Einhaltung dieser Vorschrift rechnen kann, wenn sie nicht eine dispositive ist.

Denn andernfalls kann sie, die zum Besten des schwächeren Arbeitnehmers dem Arbeitgeber eine Last auflegt, leicht vertraglich ausgeschlossen werden.

Natürlich genügt es nicht für den Gesetzgeber, sich die erwähnte Frage vorzulegen, er muss sie auch beantworten, in seiner Vorschrift selbst zum Ausdruck bringen, welches Gewicht er dieser beilegt. Denn sonst kann er sich nicht darauf verlassen, dass sein Wille von der richterlichen Auslegung zutreffend erkannt werde,¹⁾ und noch weniger kann er erwarten, dass die Partei, deren Interesse jener Wille entgegengesetzt ist, sich um die Eruierung dieser That-sache bemühen werde. Hier ist daher die äusserste Klarstellung durch den Gesetzgeber selber ein dringendes Gebot legislatorischer Technik. Durch seine Befolgung wird freilich die Arbeit des Gesetzgebers umständlicher und schwerer gemacht, da er bei jedem Punkt seiner Verfügungen entscheiden muss, ob er ihn unverrückbar festsetzen, oder den Parteien Spielraum gewähren will. Allein es ist offenbar zweckmässiger, dass die Entscheidung ein für alle Mal vom Urheber der Verfügung getroffen, als dass sie in jedem gegebenen Fall von anderen gesucht werde.

Bei der Regelung des Dienstvertrags wird der Gesetzgeber alle Vorschriften, durch welche er dem schwächeren Arbeitnehmer gegen den stärkeren Arbeitgeber beizuspringen beabsichtigt, als zwingende erlassen müssen.²⁾ Und das gilt in erster Linie von den Vorschriften, durch welche er die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers statuiert und die Person des Arbeitenden zu schützen sucht. Aber selbst bei diesen

¹⁾ Vergl. Isay, Rechtsgeschäft und wirtschaftliche Machtverschiedenheit (1902) S. 21.

²⁾ Auch wenn er sich sagen muss, dass damit die faktische Einhaltung der Vorschrift nicht sicher gestellt ist. Dass es während des Verhältnisses „für den Schwächeren kein Unterschied ist, ob die Regelung desselben auf zwingenden Normen beruht oder nicht, da er ja doch nicht die Macht hat, während dieser Zeit sein Recht durchzusetzen“ (Isay a. a. O. S. 24), ist nicht zu bestreiten (hier oben S. 542/543), darf aber den Gesetzgeber nicht abhalten, so viel zu thun als in seiner Macht steht.

Vorschriften kann der zwingende Charakter nur insofern gelten, als sie die Fürsorgepflicht allgemein oder im einzelnen festsetzen, ohne ein bestimmtes Mass anzugeben. Sobald sie dagegen sich auf Massangabe einlassen, z. B. bei Arbeitszeit, Ruhezeit, Ferien, Schlafraum, Nahrungsmittel, ist, je nachdem Maximum oder Minimum gemeint ist, wie die Gewährung selbst, so auch Vereinbarung eines Weniger oder Mehr für statthaft zu erklären. Ueberhaupt ist der grösste Teil der für den Dienstvertrag aufzustellenden Rechtsregeln nicht einfach absolut oder dispositiv, sondern beides, je nach der Richtung, welche die Privatdisposition nimmt.¹⁾ Man kann dies auch so ausdrücken: Die abweichende Privatverfügung ist gegenüber den im Gesetz getroffenen Bestimmungen meistens zuzulassen, aber nur innerhalb gewisser vom Gesetz deutlich gezogener, unübersteiglicher Schranken. Eine solche Schranke kann sein eine der Form, indem etwa nur durch schriftliche Uebereinkunft eine gültige Abweichung vom Gesetz erfolgen kann.²⁾ Wichtiger und häufiger sind die Schranken des Inhalts. So geht z. B. ein Vorschlag des schweizerischen kaufmännischen Vereins dahin: „Die Zahlung des den Handel angestellten zukommenden Gehaltes hat am Schlusse jeden Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehaltes später erfolgen soll, ist nichtig.“ Hiernach wäre eine solche vom ersten Satz abweichende Vereinbarung gültig, welche die Zahlung teils auf die Mitte, teils auf den Schluss des Monats verlegt. Solche durch feste Schranken einzuhedgende Spielräume der Privatdisposition sind vorzüglich bei

¹⁾ Wenn z. B. das Gesetz vorschreibt, dass nach der befristeten Kündigung dem Arbeitnehmer angemessene Zeit zur Aufsuchung einer neuen Erwerbsgelegenheit zu gewähren ist, so ist diese Vorschrift zwingend, insofern als weder die Nichtgewährung von Zeit, noch die Gewährung von weniger als der angemessenen, (z. B. der Zeit nach Geschäftsschluss), vereinbart werden kann. während gültig ist die Uebereinkunft, dass der Arbeitnehmer die Kündigungsfrist nach seinem Belieben zur Aufsuchung einer neuen Stelle benutzen dürfe.

²⁾ So das Fabrikgesetz Art. 9 mit Bezug auf die normale Befristung der Kündigung. Vergl. oben S. 525.

der Regelung der Vertragszeit zu geben, was zu Komplikationen führt, die hier nicht verfolgt werden können.

Es muss hier genügen, an den wichtigen Unterschied absoluter und dispositiver Rechtsetzung für den Dienstvertrag zu erinnern und darauf hinzuweisen, dass neben schlechthin absoluten und schlechthin dispositiven auch solche Regeln aufzustellen sind, die innerhalb gewisser Schranken der Privatdisposition unterliegen. In diesem und in den vorigen Abschnitten sind Beispiele angeführt worden.

IX. Arbeitsordnung und Tarifvertrag.

Die legislative Regelung des Dienstvertrags kann sich nicht mit der unmittelbaren Ordnung desselben genug thun. Sie hat sich auch mit zwei Einrichtungen zu befassen, die oft seine Vorgeschichte bilden und zwischen dem Gesetz und dem Dienstvertrag stehen: Arbeitsordnung und Tarifvertrag. Sie gehören zur Vorgeschichte des Dienstvertrags, insofern sie zahlreichen Exemplaren desselben vorangehen und sich in diesen abdrücken. Sie enthalten wichtige Bestimmungen des Dienstvertrags, die durch den Abschluss eines solchen von selbst in ihn übergehen. Diese Stücke seines Inhalts finden die Parteien des Dienstvertrags schon bereit und feststehend vor, so dass sie der Vereinbarung nicht erst bedürfen und einer solchen nicht mehr unterstellt werden können. Andererseits haben Arbeitsordnung und Tarifvertrag mit dem Gesetz die generelle und einheitliche Regelung gemein. Hierdurch leisten sie gleich einem Gesetz dem einzelnen Dienstvertrag, seiner Eingehung und Vollziehung, Vorschub und liefern Normen für die willentliche Aufhebung des Dienstverhältnisses. Demgemäß gehört die Regelung von Arbeitsordnung und Tarifvertrag zur Regelung des Dienstvertrags: indem das Gesetz sich ihrer annimmt, sorgt es zugleich für den Dienstvertrag.

Diejenige Arbeitsordnung, welche sich auf Fabrikarbeit bezieht, ist bereits durch das Fabrikgesetz einigermassen gewürdigt worden. Es wäre aber nach den faktischen und

juristischen Vorteilen, welche eine Arbeitsordnung zu bieten vermag, ihre Regelung nicht auf Fabrikarbeit zu beschränken. Auch die sonst vorkommenden Arbeitsordnungen, mögen sie diesen Namen tragen oder als Hausordnungen, Werkstattordnungen und dergl. bezeichnet werden, sollten eine gemeinsame Legislation und im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag erhalten. Dabei würde es hauptsächlich auf die Erfüllung folgender Forderungen ankommen. Jeder Betrieb eines Gewerbes, mag er in geschlossenem Raum oder im Freien stattfinden, einschliesslich der Bauten, der Läden und Gastwirtschaften, muss mit einer Arbeitsordnung versehen sein, falls er dem Fabrikgesetz unterliegt oder regelmässig wenigstens zehn Arbeitnehmer im Betriebe beteiligt sind. Die obligatorische Arbeitsordnung hat einen obligatorischen Inhalt, der entweder für alle ihr unterstehenden Arbeitnehmer der nämliche, oder nach Kategorien derselben verschieden ist und sich auf Arbeitszeit, Zahlungszeit, Vertragszeit bezieht, während die Höhe des Lohnes ausgeschlossen bleibt. Der obligatorische wie der sonstige Inhalt, darf weder gegen zwingende Gesetze, noch gegen die guten Sitten, noch gegen einen für die Parteien geltenden Tarifvertrag verstossen. Die Arbeitsordnung muss vom Arbeitgeber proponiert und in allen obligatorischen Bestimmungen mit den vorhandenen Arbeitnehmern vereinbart werden. Nur die so vereinbarte ist gültig.¹⁾ Ebenso muss sie von jedem nach ihrem Erlass kontrahierenden Arbeitnehmer durch Unterschrift anerkannt werden, wenn sein Dienstvertrag zustande kommen soll. Sie kann nur durch Vereinbarung mit allen zeitigen Arbeitnehmern geändert werden, und ein von ihrem obligatorischen Inhalt abweichender Dienstvertrag kann nicht aufkommen.

¹⁾ Vergl. Lang, Das schweizerische Fabrikgesetz, S. 20: „Die Fabrikordnung hat für das gewerbliche Leben eine ähnliche Bedeutung wie die Verfassung für das staatliche, die Art, wie sie gegenwärtig erlassen wird, ähnelt aber stark einer gemilderten Despotie. Mit Recht verlangt aber die Arbeiterschaft die Demokratisierung der Verfassung und das Recht der Mitwirkung beim Erlass derselben.“

Noch bedeutender für den Dienstvertrag als die Arbeitsordnung, vermag der Tarifvertrag zu werden.¹⁾ Denn während die Arbeitsordnung stets nur für einen Betrieb, d. h. für die Dienstverträge eines Arbeitgebers, mit einer gewissen Zahl von Arbeitnehmern gilt, ist die Zahl der unter einen Tarifvertrag fallenden Dienstverträge in keiner Richtung beschränkt. Namentlich kann infolge von Verbündung der berufsgenössischen Arbeitgeber einer Stadt, eines Bezirkes,²⁾ ja des Landes, wenn dieser Mehrheit ein Verband aller zu dem nämlichen Beruf gehörigen Arbeitnehmer gegenübertritt, ein Vertrag zustande kommen, der für alle beruflichen Dienstverträge, einem Gesetze ähnlich, massgebend ist. Der Tarifvertrag bietet dem Arbeitnehmer den unermesslichen Vorteil, dass er die unter den obwaltenden Umständen für ihn erreichbaren günstigsten Vertragsbedingungen infolge der kollektiven Vertragschliessung bewilligt und bestätigt vorfindet. Als einzelner Kontrahent würde er dem Arbeitgeber nicht so viel abringen können. Und die Macht, die ihm bei Eingehung des Vertrags zu gute kommt, kann auch bei der Vollziehung hinter ihm stehen. Andererseits sind seine Genossen vor der Gefahr behütet, durch ihn unterboten zu werden. Eine solche Gefahr braucht sich nur einmal zu verwirklichen, und das Niveau der Vertragsbedingungen sinkt in allen zum Beruf gehörigen Betrieben.

Da die Vereinsfreiheit der Arbeiter in der Schweiz durch die Arbeitgeber oder die Behörden bei weitem nicht so oft beeinträchtigt wird, als in manchen andern Ländern, so ist hier der Boden für die Entfaltung des Tarifvertragswesens günstig, und es fehlt denn auch nicht an wirksamen Verträgen dieser Art. Indessen hat sich noch kein lebhaftes Bedürfnis nach der gesetzlichen Regelung dieses praktisch wichtigen

¹⁾ Näheres über denselben bei Lotmar, *Der Arbeitsvertrag I* (1902) S. 755 fg.

²⁾ z. B. „Basler Lohntarif für Parquetleger“ vom 17. Januar 1900. „Tarif für Steinhauerarbeiten in Berner Sandstein, aufgestellt vom Verband der Steinhauer- und Maurermeister und dem Steinhauerverein der Stadt Bern und Umgebung.“ 55 S. 8° mit vielen Figuren. „Preis-Tarif für Buchdrucker in Bern“ vom 27. Januar 1900.

Thatbestandes geltend gemacht. Es dürfte daher vorläufig hinreichen, statt einer in alle Einzelheiten gehenden Regelung,²⁾ im Civilgesetzbuch auf das Institut zu verweisen und etwa folgendes darüber anzurufen: Der Tarifvertrag kann bloss schriftlich vereinbart werden und nur auf eine gewisse Zeit von höchstens fünf Jahren. Soweit der Tarifvertrag der individuellen Uebereinkunft keinen Spielraum lässt, ist ein von seinen Positionen abweichender Dienstvertrag in dieser Abweichung nicht gültig und erhält vielmehr die im Tarifvertrag festgesetzten Vertragsbedingungen. Diese aus dem Wesen des Tarifvertrags ableitbare Ordnung ist, weil sie nicht allgemein anerkannt wird und nicht entbehrt werden kann, eigens auszusprechen. Wenn nun einmal der Gesetzgeber mit dem Tarifvertrag sich befasst, so soll er gleich noch einen Schritt weiter und über die Vertragsnatur des Tarifvertrags hinausgehen. Er soll nämlich den Tarifvertrag als für alle in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich desselben fallenden Dienstverträge massgebend erklären — ohne Rücksicht auf die persönliche Unterwerfung ihrer Parteien — sobald der Tarifvertrag von Dreivierteln der Arbeitgeber und Dreivierteln der Arbeitnehmer geschlossen worden ist oder den Beitritt derselben erlangt hat. Es ist zu erwarten, dass eine solche gesetzliche Pflege des bisher naturwüchsigt gedeihenden Tarifvertrags demselben einen bedeutenden Aufschwung verleihen wird.

Die Tarifverträge sind nicht bloss für die gegenwärtige und die im Civilgesetzbuch zu schaffende Ordnung des Dienstvertrags von Belang, sie verdienen auch die dauernde Aufmerksamkeit des Gesetzgebers, weil sie als Vorläufer seiner Reformen wirken. Der Tarifvertrag bleibt im Kreis der Interessenten, für die gesetzliche Regelung müssen Aussenstehende, muss das Volk im ganzen gewonnen werden. Manche Neuerung, die der Gesetzgebung noch nicht erreichbar ist, lässt sich daher auf dem Wege des Tarifvertrags durchsetzen. So ist z. B. zu

¹⁾ Einen formulierten Vorschlag zu solcher hat G. Sulzer in Monatsblätter des schweizerischen Arbeitersekretariats, 2. Jahrgang (1901) S. 181—184 veröffentlicht.

erwarten, dass die Nachtarbeit der Bäcker, ein Schandfleck unserer Civilisation, zunächst durch Tarifverträge abgeschafft werden wird. Es wird daher nicht bloss der nächst bevorstehenden Aufgabe, nämlich dem Dienstvertrag im Civilgesetzbuch, zu gute kommen, wenn bei der Gesetzgebung über den Dienstvertrag auch einiges für deren Vorstufe, den Tarifvertrag, abfällt.

X. Endfolgen. KonkurrenzklauseL Schadensersatzpflicht. Ueberdauern der Vergütungspflicht.

Wie die Vorgeschichte (S. 547) darf auch die Nachgeschichte des Dienstvertrags nicht ausser dem Bereich seiner gesetzlichen Regelung bleiben: ihre Aufgabe kann nicht mit dem Ende des Dienstverhältnisses beschlossen sein. Das Gesetz muss vielmehr mit diesem Ende einige Folgen verknüpfen oder von den Parteien damit verknüpfte näher bestimmen, wenn die Regelung des Dienstvertrags nicht unvollständig sein soll. In dem hierbei wieder Fragen zweiter und dritter Ordnung übergangen werden, beschränkt sich die Erörterung auf Nachstehendes.

Besonders folgenschwer ist die Endigung des Dienstverhältnisses für den Arbeitnehmer, wenn er bestimmt worden ist, sich auf eine KonkurrenzklauseL einzulassen, wodurch ihm eine mit dem Ende des Dienstverhältnisses in Kraft tretende Unterlassungspflicht auferlegt wird. Er hat sich danach der Konkurrenz gegenüber seinem früheren Arbeitgeber zu enthalten, sei es in der Stellung eines Arbeitnehmers, sei es in einer andern. Solche vertragsmässige Konkurrenzverbote kommen vornehmlich bei den Dienstverträgen der Handelangestellten, aber auch bei denen der höheren Angestellten anderer Gewerbe vor.¹⁾ Dass sich der Angestellte während

¹⁾ Selbst bei denen von Fabrikarbeitern. So sollte durch Fabrikreglement einer Schiffstickerei den austretenden Arbeitern untersagt werden, binnen drei Jahren in ein Etablissement, „wo der gleiche oder ein ähnlicher Artikel fabriziert wird,“ einzutreten — eine Beschränkung, die nach dem

des Dienstverhältnisses der Konkurrenz enthalte, ist ein anzuerkennendes Verlangen, und es könnte diese Pflicht (etwa nach dem Vorbild des deutschen Handelsgesetzbuchs §§ 60, 61) beim Dienstvertrag des Civilgesetzbuchs ausgesprochen, näher bestimmt und sanktioniert werden. Hingegen die nach der Endigung des Dienstverhältnisses geübte Konkurrenzthätigkeit ist nicht Verletzung einer Vertragspflicht, sondern Ausübung der rechtlichen Freiheit der Berufswahl, der gewährleisteten Gewerbefreiheit. Zum Unrecht wird diese Thätigkeit erst als Verstoss gegen eine nicht im Dienstvertrag als solchem enthaltene Zusage, gegen einen einseitigen Vertrag. Da nun die Konkurrenzklause nicht selten zu schwerer Bedrückung des ehemaligen Angestellten missbraucht wurde, so haben Rechtsprechung und neuere Gesetze der Anwendung jener Klausel Schranken gezogen. Solche Schranken, und zwar im Anschluss an die im deutschen Handelsgesetzbuch aufgestellten, sind nun auch vom schweizerischen kaufmännischen Verein für das Civilgesetzbuch postuliert worden.¹⁾ Die von den Beteiligten gemachten Vorschläge werden hier vom Referenten befürwortet, jedoch mit einem nicht unerheblichen Amendement. Man pflegt sich nämlich nicht zu vergegenwärtigen, dass es im Grunde eine Unbilligkeit und zwar eine unerträgliche ist, wenn der Prinzipal vom ehemaligen Angestellten eine Leistung, hier die Nichtverwertung im Dienstverhältnis durch Arbeit erworbener Kenntnisse beansprucht, ohne seinerseits eine Gegenleistung zu machen. Danach sollte selbst die örtlich, zeitlich und gegenständlich beschränkte Konkurrenzklause nur dann gültig sein, wenn der Prinzipal seinerseits für die Zeit ihrer Geltung eine Gegenleistung, sagen wir die Hälfte des früheren Gehaltes, zu gewähren verspricht. Den Vorteil, den ihm die geschäftliche Zurückhaltung seines ehemaligen

Rekursesentscheid des Bundesrates für den Arbeiter „von ganz enorner Tragweite“ sein kann. Kommentierte Ausgabe des Fabrikgesetzes, herausgegeben vom schweizerischen Industriedepartement (1900) S. 143.

¹⁾ Schweizerisches kaufmännisches Centralblatt, 1902 Nr. 24, Beilage S. 133, 134.

Angestellten verschafft, kann er anständigerweise nicht umsonst verlangen.

Eine mehr als im bisherigen Recht zu pflegende Rechtsfolge der Endigung des Dienstverhältnisses muss die Pflicht zum Ersatz des Schadens werden, der aus der Endigung erwächst. Es ist dabei wieder nur an die rechtsgeschäftlich bewirkte Endigung zu denken. Gewiss ist kein Grund, die Schadensersatzpflicht zu statuieren, dann gegeben, wenn das Dienstverhältnis endigt, weil seine vereinbarte Dauer abgelaufen oder der Zweck erreicht ist, um desswillen es eingegangen wurde. In beiden Fällen sind die Parteien auf das kommende Ende gefasst, im ersten lässt es sich sogar zeitlich vorausbestimmen. Anders bei der Beendigung durch Kündigung. Zwar wenn sie mit einer Befristung versehen ist, hat solche Befristung gerade die Bedeutung, auf das Ende des Dienstverhältnisses vorzubereiten, auch damit einem Schaden womöglich vorgebeugt werde. Gewiss kann Schade hier gleichwohl eintreten, allein man wird den Urheber, geschweige den Empfänger der befristeten Kündigung, billigerweise nicht durch das Gesetz schadensersatzpflichtig machen können. Allerdings giebt es Dienstherren, die aus freien Stücken dem Arbeitnehmer den Schaden ersetzen, den dieser durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses erleidet, selbst wenn ihm befristet gekündigt worden ist und er zu sofortiger Wiederverwertung seiner Arbeitskraft Gelegenheit findet.¹⁾ Indessen wird ein solches Verhalten des Dienstherren heutzutage dermassen als eine Liberalität empfunden, dass von einem Rechtsbedürfnis seiner allgemeinen Erzwingung nicht wohl die Rede sein kann. Anders steht es um die unbefristete Kündigung, einerlei, ob ihre Unbefristetheit vom Gesetz herührt, oder auf Uebereinkunft beruht, und ersternfalls einerlei, ob die unbefristete Kündigung nur aus bestimmten Gründen, oder ohnedies zulässig ist. Die unbefristete Kündigung, da sie zu sofortigem Ende des Dienstverhältnisses führt, gewährt

¹⁾ Andernfalls ist Arbeitslosigkeit gegeben. Es braucht nicht gesagt zu werden, was diese für den unbemittelten Arbeitnehmer bedeutet.

keine Gelegenheit, dem aus der Endigung hervorgehenden Schaden vorzubeugen, ein Schade, der den Urheber wie den Empfänger der Kündigung treffen kann. Nun hat für einen Fall der durch wichtigen Grund zu motivierenden unbefristeten Kündigung schon das bisherige Recht gesorgt: wenn der Grund im vertragswidrigen Verhalten einer Partei liegt, so hat sie vollen Schadensersatz zu leisten, einerlei, ob sie Urheber oder Empfänger der Kündigung ist (Obligationenrecht Art. 346 Abs. 3 Satz 1). Dieser Rechtssatz ist in das Civilgesetzbuch zu übernehmen. Es muss aber noch weiter gegangen werden. Das Obligationenrecht will im übrigen alles dem freien Ermessen des Richters überlassen, während zu gunsten unbemittelter Arbeitnehmer mehr zu verlangen ist. Diesen sollte der Arbeitgeber, wenn er ihnen ohne ihre Schuld kündigt, den aus der Endigung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet sein, namentlich den Lohnentgang bis zur Wiedererlangbarkeit einer Stelle. Man darf nicht daran Anstoss nehmen, dass der Arbeitgeber mit seiner Kündigung kein Unrecht begeht, vielmehr ein ihm zustehendes Recht ausübt: es steht also hier überall nicht Ersatz solchen Schadens in Frage, den der Ersatzpflichtige widerrechtlich angerichtet hat. Von dieser Voraussetzung dürfte schon Obligationenrecht Art. 647 a. E. und Art. 708 Abs. 1 abgegangen sein, wo nicht gerade unbemittelte Arbeitnehmer in Frage kommen. Um so mehr können wir auf der hier zu gunsten mittelloser Arbeitnehmer erhobenen Schadensersatzforderung bestehen.

War bisher von Rechtsfolgen die Rede, die bei Endigung des Dienstverhältnisses neu auftreten, sich an das Ende knüpfen, so ist zum Schluss noch ein Vorschlag dahin zu machen, dass eine sonst wegen des Endes eintretende Aufhebung einer Rechtsfolge trotz des Endes fort dauere. Der auch sonst sehr revisionsbedürftige¹⁾ Art. 341 lässt die Möglichkeit offen, dass

¹⁾ z. B. oben S. 536, ferner die Schranke „auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstverträge,“ welche den vielen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen nicht gerecht wird.

dem Arbeitnehmer, welcher ohne eigenes Verschulden während kurzer Zeit an der Dienstleistung verhindert ist, gerade dann oder darum gekündigt werde. Damit würde er vom Ende des Dienstverhältnisses an des Vorteils verlustig gehen, den ihm das Gesetz zubilligt, und eben die Leistung ohne Gegenleistung zu ersparen, kann leicht der Zweck der Kündigung des Arbeitgebers sein. Diesen Zweck soll er nun nicht erreichen können in allen Fällen, in denen Krankheit oder anderes persönliches Unglück den Arbeitnehmer an der Dienstleistung hindert. Solchenfalls soll zwar dem Arbeitgeber das Recht zur befristeten oder unbefristeten Kündigung unbenommen sein, andererseits aber auch der von Krankheit oder Unglück betroffene Arbeitnehmer den Anspruch auf die Vergütung trotz Endigung des Dienstverhältnisses behalten, behalten während einer Frist, die noch zu bemessen wäre.¹⁾ Auch diese Rechtswohlthat ist auf gewisse Kategorien von Arbeitnehmern zu beschränken und für unabdingbar zu erklären.

In solcher über das Dienstverhältnis hinüberreichender Sorge für den Arbeitnehmer würde eine gesetzliche Ordnung des Dienstvertrages sich als eine durch Humanität bestimmte bewähren.

Als Anhaltspunkte für die mündliche Diskussion seien vorläufig folgende Thesen den im Referat begründeten Vorschlägen entnommen und dem schweizerischen Juristenverein zur Annahme empfohlen:

- 1. Die Behandlung des Dienstvertrags soll im Civilgesetzbuch mit grösserer Einlässlichkeit geschehen, als im Schweizerischen Obligationenrecht und andern modernen Gesetzbüchern. Es sind hierbei vornehmlich die Bedürfnisse der unbemittelten Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Dies muss namentlich in*

¹⁾ Vorbilder gewähren Deutsches Handelsgesetzbuch § 63 Abs. 1, § 72 Abs. 2 und besonders Art. 60 in § 1 des österreichischen Gesetzentwurfes betreffend den Dienstvertrag der Handlungsgehülfen u. s. w. (Beilage zu den Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVII. Session 1901.)

der Sorge für die Person und die Lohnforderung des Arbeitnehmers, sowie bei der Kündigung hervortreten.

2. *Die gesetzgeberische Kompetenz für den privatrechtlichen Arbeiterschutz ist im Civilgesetzbuch den Kantonen insoweit zu verleihen, als diese Kompetenz zur Erweiterung des vom Civilgesetzbuch gewährten Arbeiterschutzes gebraucht wird.*
3. *Die gesetzliche Ordnung des Dienstvertrags hat im Hinblick auf die anderen Arbeitsverträge zu geschehen. Der Thatbestand des Dienstvertrags ist von denen dieser anderen, namentlich des Werkvertrags und des entgeltlichen Auftrags, völlig zu sondern. Für den in der Akkordform geschlossenen Dienstvertrag sind dieser Form entsprechende Vorschriften zu geben.*
4. *Die gesetzliche Ordnung des Dienstvertrags durch das Civilgesetzbuch hat einzubeziehen die der Arbeitsordnung und des Tarifvertrags, als von den Beteiligten ausgehender genereller Regelungen des Dienstvertrags, die seiner gesetzlichen Ausbildung förderlich sind.*

