

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:	23 (1904)
Artikel:	Der gewerbliche Dienstvertrag : eine Studie über den XI. Titel O.R.
Autor:	Hafner, Karl
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896584

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: 22.02.2026

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

Der gewerbliche Dienstvertrag.¹⁾

Eine Studie über den XI. Titel O. R.

von Dr. KARL HAFNER, Sekretär und Rechtskonsulent
des Gewerbeverbandes Zürich.

Der Ursprung der Dienstmiete als notwendige Folge der Arbeitsteilung datiert in der Rechtsgeschichte ordentlich weit zurück. Dass trotzdem in derselben lange kein grosses juristisches Problem gefunden wurde, erklärt sich nur rechtshistorisch. Heute beginnt die Literatur über den Arbeitsvertrag sich zu mehren. Vor allem zu erwähnen ist das unschätzbare Werk von Ph. Lotmar, Leipzig 1902.²⁾ In Deutschland sind in neuerer Zeit eine ganze Anzahl Werke erschienen, die den Dienstvertrag hauptsächlich in Anlehnung an die Entscheide der Gewerbegerichte behandeln.³⁾ Der Verband deutscher Gewerbegerichte besitzt seit 1899 eine Monatsschrift, betitelt „Das Gewerbegericht“, in welcher die wichtigsten Entscheide, die

¹⁾ Die überfeine Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Dienstverhältnis von Dr. Thalberg leuchtet mir nicht ein; sie ergibt sich m. E. nicht aus den obligationenrechtlichen Bestimmungen des XI. Titels.

²⁾ Des Fernern seien zitiert: Der Dienstvertrag nach dem schweiz. Obligationenrecht von Dr. Michael Thalberg, Zürich 1899, und Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B. Mannheim 1898. Separatabdr. aus den Annalen der Grossh. Badischen Gerichte für das deutsche Recht. Nr. 11 ff.

³⁾ Z. B. von Amtsrichter Franz Burchardt: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter, dargestellt auf Grund der gerichtlichen und gewerbegerichtlichen Praxis, Berlin 1901. — Karl Kaehele: Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, Berlin 1901. — M. von Schulz und Dr. R. Schalhorn: Das Gewerbegericht (Aufsätze, Rechtsprechung etc.), Berlin 1903. — Walther Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem B. G. B., Stuttgart 1903. — Dr. Emil Unger: Entscheidungen des Gewerbegerichtes zu Berlin, Berlin 1898. — Neuestens: G. Baum, Handbuch der Gewerbegerichte, Berlin 1904.

bei den zum Verbande gehörenden Gewerbegerichten ergehen, veröffentlicht werden. Diese oder eine ähnliche Art der Publikation der Urteile sollte auch bei unseren schweiz. gewerblichen Schiedsgerichten möglich sein. Sie würde zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung beitragen und könnte auch für den Gesetzgeber bei Gesetzesrevisionen von Nutzen werden. Kein anderes Rechtsgebiet lässt sich weniger am grünen Tisch abtun, als dasjenige des Dienstvertrages.

Das österr. allg. sowie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch sind mit Bezug auf die gesetzliche Regelung des Dienstvertrages in gleicher Weise vorgegangen; diese beiden Gesetzbücher regeln nur die grundsätzlichen Fragen und überlassen die Details des gewerblichen Dienstvertrages einem Gewerbegegesetze.⁴⁾

Die schweizerische Gesetzgebung hat sich die Lösung der Aufgabe leichter gemacht. In zwölf Artikeln wird der ganze Dienstvertrag, in welchem auch noch der Lehrvertrag inbegriffen ist, abgetan. Ein Gewerbegegesetz kennen wir auch nicht.

Das alte zürcherische Privatrecht aus den fünfziger Jahren nahm einen grundsätzlich andern Standpunkt ein. Der § 1565 verbannte den gewerblichen Dienstvertrag aus dem privatrechtlichen Gesetzbuch und verwies ihn in besondere Gesetze.⁵⁾ Der Entwurf zum zürch. Privatrecht hatte allerdings nähere Bestimmungen über das Dienstverhältnis zwischen Meister und Gesellen aufgenommen, die hauptsächlich dem „Polizeigesetz für Handwerksgesellen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter, Tagelöhner und Dienstboten“ vom 16. Christmonat 1844 entlehnt waren.

⁴⁾ Für Oesterreich vergl. Gewerbegegesetz-Novelle vom 8. März 1885, Nr. 22, spez. VI. Hauptstück und das Ges. vom 16. Jänner 1895, Nr. 21. In Deutschland regelt der VII. Titel der Gewerbeordnung vom 26. Juli 1900 in etwa 100 §§ die gewerblichen Dienstverhältnisse eingehend. — Vgl. v. Schultz und Dr. Schalhorn S. 154, XXI.: „Bürgerliches Gesetzbuch und gewerblicher Arbeitsvertrag,“ oder „Gewerbegericht“ IV S. 7 und Soziale Praxis X S. 8.

⁵⁾ § 1565 lautete: Das Verhältnis zwischen dem Meister und den Gesellen und Lehrlingen, sowie zwischen dem Fabrikherrn und den Fabrikarbeitern wird durch besondere Gesetze näher bestimmt.

Die Kommission hielt es indessen für zweckmässiger, von der Aufnahme derselben in das privatrechtliche Gesetzbuch Umgang zu nehmen, „da eine neue Regulierung nicht nötig und zukünftige Veränderungen besser der Revision jenes besonderen Gesetzes vorzubehalten seien,“ eine Betrachtung, die auch bei der Revision unseres O. R. gewürdigt werden sollte.

Die alte zürcherische Gesetzgebung über den gewerblichen Dienstvertrag entsprach den Verhältnissen und tatsächlichen Bedürfnissen besser, als diejenige unseres Obligationenrechtes. Die mehr als zwanzigjährige Praxis des obligationenrechtlichen Dienstvertrages hat dessen Mangelhaftigkeit zur Genüge bewiesen. Die verschiedentlichen Konzessionen an das Gewohnheitsrecht bildeten die Sicherheitsventile, ohne welche die Unbrauchbarkeit des XI. Titels des O. R. sich noch viel evidenter gezeigt hätte. Es ist ein Verdienst der verschiedenen gewerblichen Schiedsgerichte, durch ihre Urteile die Interpretation des Gesetzes in mancher Hinsicht fixiert, sowie die allgemeinen Ortsgebräuche neben dem Gesetze zur Geltung gebracht zu haben. Leider kann mit diesen letztern vor Gericht zu sehr umgesprungen werden, als dass ein einfacher Verweis des Gesetzes auf dieselben genügen würde, ihnen die Anwendung zu sichern. Ein Gewerbegesetz sollte daher bei uns gleich wie in Deutschland neben den im Privatrechtlichen Gesetzbuch enthaltenen Grundsätzen die Details normieren. Aus den nachfolgenden Ausführungen wird sich dieses Postulat auch ergeben. Es liegt aber nicht im Rahmen meiner Darstellung, einen Abschnitt Gesetzentwurf über den Dienstvertrag vorzuführen; ich will nur die Anwendung der heute geltenden Bestimmungen des Dienstvertrages im XI. Titel des O. R. zeigen und anschliessend die praktischen Forderungen konstatieren, die sich daraus direkt ergeben. Eine eingehende Regelung des gewerblichen Dienstvertrages ist durchaus von Nöten. Der Handwerker und der Kleinindustrielle kommt gar häufig dazu, das Gesetz über den Dienstvertrag anzurufen. Der Legislator, der ja heute nicht im Geruche steht, mit gesetzlichen Erlassen zu kargen, sollte mit der Tatsache rechnen, dass die Gewerbetreibenden in ihrer grossen Mehrzahl keine Männer von der

Feder sind, sondern, — es ist zuzugeben, zu ihrem eigenen Schaden, — ihre Verträge, auch die Dienstverträge, oft allzu formlos abschliessen. Heute wundern sie sich manchmal und mit Recht in Entrüstung, wie wenig gesetzliche Handhaben ihnen zur Verfechtung ihrer Rechte bei Streitigkeiten aus dem Dienstvertrage zur Verfügung stehen.

I. Die Probezeit.

Nach Art. 344 O. R. gelten, „soweit sich nicht aus Verabredung oder Ortsgebrauch etwas anderes ergibt, die ersten zwei Wochen von der Anstellung an als Probezeit in dem Sinne, dass bis zum Ablauf dieser Probezeit jedem Teile freistehet, das Verhältnis unter Einhaltung einer mindestens dreitägigen Kündigungsfrist aufzulösen.“

In den meisten gewerblichen Berufen gilt die vierzehntägige Probezeit. Dies hat das gewerbliche Schiedsgericht Zürich in einer ganzen Reihe von Entscheiden in Uebereinstimmung mit andern schweiz. gewerblichen Schiedsgerichten festgestellt.⁶⁾ Diese vierzehntägige Probezeit ist gleichbedeutend mit zwölf Arbeitstagen und wird in ihrer Abgrenzung gegen die feste Anstellung ziemlich exakt genommen. „Das Gericht nimmt keinen Anstand, zu erklären, dass ein nach genau zwölf Arbeitstagen bzw. Probetagen nicht entlassener Arbeiter ohne weiteres als fest angestellt zu betrachten sei und nur noch durch Kündigung entlassen werden könne, denn es erscheint nicht nur als unbillig, sondern auch als volkswirtschaftlich durchaus nicht wünschbar, dass die Periode der kündigungslosen sofortigen Entlassung über das unbedingt notwendige Mass hinaus ausgedehnt werde.“⁷⁾

Ausnahmsweise indessen kann die Probezeit etwas länger dauern als vierzehn Tage, resp. zwölf Arbeitstage, — dann nämlich, wenn ein Geselle wenige Tage vor dem Zahltag bei

⁶⁾ Siehe mein „Meisterrecht und Arbeiterrecht,“ wegleitende Entscheide des gewerblichen Schiedsgerichtes Zürich. Zürich bei Orell, Füssli & Cie-1903, S. 35.

⁷⁾ a. a. O. Nr. 29.

einem neuen Meister eingetreten ist, so dass der letztere sich über dessen Qualifikation noch nicht recht im klaren ist und er daher mit ihm noch nicht „Lohn machen“ kann. Das gegenseitige Recht sofortiger Vertragsaufhebung dehnt sich dann in diesem Falle entsprechend aus.⁸⁾

Das Gewohnheitsrecht, der anerkannte „Ortsgebrauch,“ normiert nun im gewerblichen Dienstvertrag (gleichwie beim Dienstbotenverhältnis) allgemein, dass während der Probezeit der Dienstvertrag ohne Kündigung jederzeit sofort wieder gelöst werden könne. Diese Probezeit mit Ausschluss der Kündigungsfrist nimmt das gewerbliche Schiedsgericht Zürich auch für die Fabrikarbeiter an, deren Anstellungsverhältnis noch nicht zu einem festen geworden. Die einzige Ausnahme von dem erwähnten Ortsgebrauch bildet nach Urteilen des gewerblichen Schiedsgerichts Zürich lokal-gewohnheitsrechtlich der Bäckerberuf.⁹⁾

Das zürch. Polizeigesetz für Handwerksgesellen etc. vom 16. Christmonat 1844 bestimmte, dass während der Probezeit „jeder Teil dem andern täglich aufzukündigen (d. i. den Vertrag aufzuheben) berechtigt“ sei.

Die deutschen Gewerbegerichte halten die Annahme eines Gesellen auf Probe für gleichbedeutend mit dem Ausschluss der Kündigungsfrist für diese Zeit, was dann folgerichtig zur jederzeit berechtigten Vertragsaufhebung während der Probezeit führt.¹⁰⁾

⁸⁾ a. a. O. Nr. 40 und Jahresbericht des Gewerbeverbandes Zürich pro 1901, S. 28.

⁹⁾ Diese Ausnahmestellung des Bäckerberufes beim gewerb. Schiedsgericht Zürich ist m. E. nur aus einem Missverständnis hervorgegangen. Am 27. Juli 1900 vereinbarte der Bäckermeisterverein Zürich mit dem Schweiz. Bäckergehilfenverein Eintracht und dem Verein deutscher Bäcker eine „Arbeitsordnung der Bäckereien Zürichs“ (dieselbe ist abgedruckt im Jahresbericht 1900 der Arbeitskammer Zürich S. 46), worin die Probezeit in Punkt 2 auf 8 Tage herabgesetzt wird; und „während dieser Zeit kann der Meister oder Arbeiter ohne Angabe der Gründe auf drei Tage kündigen.“ — Diese vertragliche Vereinbarung, noch zu jung, um als Gewohnheitsrecht qualifiziert werden zu können, wurde unrichtigerweise als solches angesehen.

¹⁰⁾ Siehe Unger a. a. O. S. 79. — M. v. Schultz und Dr. Schalhorn S. 180—181: „Die Annahme auf Probe schliesst begrifflich die Vereinbarung

Wenn Thalberg a. a. O. S. 152 schreibt, dass die Härte sofortiger Vertragsaufhebung durch die dreitägige Kündigungsfrist aufgehoben werde, so ist dies auch formell nur insoweit richtig, als sich eben nicht „aus Verabredung oder Ortsgebrauch etwas anderes ergibt.“ Tatsächlich wird diese dreitägige Kündigungsfrist nirgends innegehalten, ausser wo sie extra, wie in Zürich im Bäckerberuf, zwischen Meisterverein und der Arbeiterschaft verabredet worden ist. Eine Härte vermag ich in dieser Tatsache nicht zu erblicken; es ist doch das natürlichste von der Welt, dass Geselle sowohl als Meister eine provisorische Anstellung, von der sie, gleichviel aus welchem Grunde, voraussehen, dass dieselbe nicht zu einer definitiven wird, einfach ohne weiteres auflösen können. Ich stehe nicht an, bei der Revision des Obligationenrechtes die Ausmerzung dieser dreitägigen Kündigungsfrist zu empfehlen und an deren Stelle das Recht der jederzeitigen sofortigen Auflösung eines provisorischen Dienstvertrages zu normieren. Eine solche Bestimmung entspräche durchaus den tatsächlichen Verhältnissen; wir würden auf diese Weise einem gesunden Gewohnheitsrechte die über alle Anfechtungen erhabene gesetzliche Sanktion geben.

Einen grundsätzlich andern Standpunkt zur Frage der sofortigen Lösung eines probeweisen Anstellungsverhältnisses nahm eine Zeitlang das Obergericht Zürich ein,¹¹⁾ das von einem einmonatlichen Probeverhältnis sagte: „Wenn die Beklagten geltend machen, eine derartige Probezeit habe den Sinn, dass es dem Dienstherrn freistehে, den Angestellten innerhalb derselben jederzeit zu entlassen, so kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden.“ Diese Ansicht könne u. a. auch nicht abgeleitet werden aus der Interpretation des Begriffes „Probezeit.“ „Wenn eine solche Probezeit mit bestimmter Dauer verabredet worden ist, muss dieselbe mangels des Nachweises einer anderweitigen

jederzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses in sich, ohne dass unter den Parteien noch die besondere Verabredung getroffen zu werden braucht, dass die Aufkündigung (im Sinne von Vertragsaufhebung) jederzeit erfolgen könne.“

¹¹⁾ H. E. XIII S. 83. Vergl. heute „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 31 a. E.

Vereinbarung durch den Dienstherrn dahin aufgefasst werden, es solle dem Dienstpflchtigen bis nach Ablauf derselben Gelegenheit gegeben werden, dem Dienstherrn seine Dienste zu leisten.“ A. Curti, „Schweizerisches Handelsrecht,“ Zürich 1903, II. Teil S. 213 ist gestützt auf einen Entscheid in den H. E. XVI S. 289 ebenfalls der Ansicht, dass derjenige, welcher einen provisorischen Dienstvertrag als jederzeit lösbar behauptet, den Beweis hiefür erbringen müsse.

So haben wir also im Kanton Zürich über diese Frage zweierlei Rechtsanschauungen; diejenige des gewerblichen Schiedsgerichts scheint mir die praktischere und richtigere zu sein, da es „keinen Sinn hat, die „Probe“ auch dann noch andauern zu lassen, wenn feststeht, dass die Anstellung überhaupt nicht dauernd wird.“¹²⁾

Ich habe mich gefragt, wieso das Obergericht zu seinem Standpunkte gekommen sei, und glaube die Antwort dahin geben zu können, dass derselbe sich aus der Entstehungsgeschichte des O. R. erklären lässt. Der Artikel 329 des Entwurfes zum O. R. nach den Kommissionalbeschlüssen von 1869—1872 normierte, dass die provisorische Anstellung „nach Ablauf der vierzehntägigen Probezeit sofort aufgelöst werden dürfe.“ — Unser Art. 344 enthält diese Bestimmung nicht mehr; sie wird aber eingewirkt haben auf den citierten Entscheid des zürch. Obergerichtes.

Nach dem Ablauf der Probezeit wird das gewerbliche Dienstverhältnis, wie schon betont, ohne weiteres zu einem festen, nur noch durch die regelrechte Kündigung lösbar (abgesehen natürlich vom Art. 346, 1 O. R.).

II. Die Leistung von persönlichen Diensten.

Mit dem Abschluss des Dienstvertrages erhält der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber ein obligatorisches Anrecht auf die vertragliche Leistung von persönlicher d. h. in eigener Person zuleistenden Diensten; — so bestimmt Art. 338, 1. Abs. O.R.

¹²⁾ „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 31.

Diese Dienstleistung kann als eine obligatorische nicht durch Strafandrohung oder Strafe noch überhaupt durch Zwangsmittel gewaltsam veranlasst werden.¹³⁾ Eine aus der Nichtleistung der Dienste hergeleitete Klage wird daher nur Schadenersatzklage im Sinne von Art. 110 und 111 O. R. sein.¹⁴⁾

Von der citierten Bestimmung des Art. 338, 1 losgerissen, getrennt durch die Normierung der Vergütung für die geleisteten Dienste, enthält Art. 339 O. R. eine Ergänzung von Art. 338, 1, die redaktionell besser direkt angeschlossen wäre, schon deshalb, weil sie eine Korrektur des, wenn absolut hingestellt, unrichtigen Requisites der persönlichen Dienste bildet. Das deutsche B. G. B. hat eine bessere Redaktion gefunden: in § 611, der den Begriff des Dienstvertrages gibt, figuriert die Leistung persönlicher Dienste nicht als Essentiale, weil nachher in § 613, der sich im wesentlichen mit Art. 339 deckt, an nicht persönliche Dienste Konzessionen gemacht werden müssen.

Der gewerbliche Dienstvertrag kennt beide Arten von Dienstleistungen, sowohl die persönliche als diejenige, welche Stellvertretung in der Leistung gestattet, in mannigfachen Formen.

Es mag am Platze sein, hier die Frage aufzuwerfen, ob Akkordarbeit einfach Werkvertrag, oder auch ein dem Dienstvertrag ähnliches Verhältnis *sui generis* sei. Die Antwort ist nicht einfach. In sehr vielen Fällen ist die Akkordarbeit identisch mit dem Werkvertrag. Es kommen aber vielfach Verquickungen von Dienstvertrag und Werkvertrag dadurch vor, dass z. B. Gesellen im Dienstvertragsverhältnis mit dem Meister gelegentlich Werkverträge abschliessen, m. a. W. einen „Akkord“ übernehmen. Dies bedeutet in den wenigsten Fällen

¹³⁾ Vergl. deutsche C. P. O. § 888, 2. — Wegen Verweigerung der Dienste kann nur nach § 893 auf Leistung des Interesses geklagt werden. — Anders verhält es sich m. E. beim Lehrvertrag, der, wenigstens de lege ferenda, kein Dienstvertrag im Sinne des XI. Titels O. R. ist. Davon aber weiter unten.

¹⁴⁾ Wo aus Rechtsakten dingslicher Art Verpflichtungen zu einem Tun entspringen, liegt nie ein Dienstvertrag vor. Siehe Hachenburg, S. 8.

eine Suspension des Dienstvertrages bis zur Beendigung des Werkvertrages, sondern der „Akkord“ berührt meist nur die Art der Lohnzahlung. Die Kündigungspflicht bleibt immer bestehen. In anderer Beziehung kann der Dienstvertrag im Werkvertrag, wenigstens gewohnheitsrechtlich, ebenfalls nachwirken. Die gewerblichen Schiedsgerichte in Basel konstatierten den Ortsgebrauch,¹⁵⁾ dass ein Arbeiter, der nur im Akkord arbeitet, für die Zeit, welche er zur Instandstellung des Arbeitszeuges verwenden muss, keine Entschädigung verlangen kann; einem Arbeiter aber, der zeitweise im Akkord, zeitweise im Taglohn arbeitet, sind die auf die Besserung des Werkzeuges verwendeten Stunden zu bezahlen.

Dr. Thalberg ist der Ansicht,¹⁶⁾ dass der Stücklohn einfach eine spezielle Art des Zeitlohns bilde. Es ist richtig, dass es Dienstverhältnisse gibt, bei denen die Vergütung nur für das fertige Arbeitsprodukt versprochen wird, z. B. bei der Herstellung von Massenartikeln, bei denen die Lohnung per Stück erfolgt. Beim gewöhnlichen gewerblichen Dienstvertrag kommt manchmal auch gelegentlicher temporärer Stücklohn für Akkordarbeit vor. Dr. Thalberg geht aber von einer falschen Voraussetzung aus, von welcher er dann die Qualifikation des Stücklohnes als einer speziellen Art des Zeitlohnes abzuleiten sucht. Als Maßstab für die Berechnung des Stücklohnes (wie des Akkordlohnes) gilt nicht die Zeit, während der ein bestimmtes Arbeitsprodukt zustande gebracht worden ist, sondern die Arbeit, das Arbeitsquantum, das fertigerstellte „Stück“ oder deren Mehrzahl.¹⁷⁾ Die zur Herstellung des Produktes aufgewendete Zeit variiert oft aus tausend Gründen wesentlich und kann darum nicht massgebend sein.

¹⁵⁾ Dr. A. Huber: An die Richter der gewerblichen Schiedsgerichte in Basel, Basel 1896, S. 12. Nr. 8.

¹⁶⁾ a. a. O. Seite 80, Anm. 1.

¹⁷⁾ Vergl. auch Dernburg, Pandekten, Obligationenrecht § 122: Die Dienstmiete: „Der Lohn kann nach der Zeit bemessen sein, — z. B. Taglohn — oder nach dem Masse der Arbeit — Akkordlohn“; und Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Bd., S. 646: „Der Lohn kann nach der Zeit der Dienste oder nach dem Arbeitsquantum festgesetzt werden.“

Wo Stücklohn überhaupt als selbständige Lohnung vorkommt, ist im Zweifel kein Dienstvertragsverhältnis, sondern ein Werkvertrag zu vermuten. Der Uebernehmer der Arbeit verpflichtet sich „zur Fertigstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung,“ — Art. 350 O. R. Hat der Arbeitnehmer das übernommene „Werk“ beendet, so ist das Vertragsverhältnis gelöst; es bedarf darum keiner Kündigung, weil eben ein Werkvertrag, kein Dienstvertrag, vorliegt.¹⁸⁾ Inwieweit Dr. Hachenburg¹⁹⁾ Recht hat, von einem Dienstvertrag zu reden, wenn ein Schneider für ein oder mehrere Kleidergeschäfte arbeitet und nach Stückzahl bezahlt wird, haben wir hier nicht zu untersuchen; nach unsren obligationsrechtlichen Begriffen steht derselbe zu seinen Arbeitgebern in einem Werkvertrag, der mit der Fertigerstellung des einzelnen übertragenen Stücks endet. Aus diesem Grunde ist der Schneider denn auch nicht schadenersatzberechtigt für die Zeit, während der ihm keine Arbeit zugewiesen wird.²⁰⁾

Arbeit „auf Stück“ und im Akkord sind also keine Verträge sui generis; meistens sind es selbständige Werkverträge, für welche die Leistungen aus Art. 350 ff. O. R. abzuleiten sind; sie können auch innerhalb des Dienstvertrages, mit diesem verquickt, vorkommen, ohne jedoch eine neue Art von Vertragsverhältnis zu bilden.

Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein. Das deutsche B. G. B. hebt dies ausdrücklich in § 611, 2 hervor und konstatiert damit implicite den gänzlichen Fortfall der Einteilung der Dienste in gewöhnliche und freie, *operae illiberales et liberales*. Das B. G. B. kennt diese Unterscheidung gar nicht mehr;²¹⁾ es ist Zeit, dass die-

¹⁸⁾ Siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 48 und 205, woraus meine Darstellungen abgeleitet werden können.

¹⁹⁾ Auf Seite 43 seiner Broschüre.

²⁰⁾ Siehe Nr. 48 von „Meisterrecht und Arbeiterrecht“.

²¹⁾ Im Unterschiede zu unserem O. R. Wenn auch das Gesetz keine materiellen Unterschiede mehr macht, so anerkennt Art. 348 doch noch die freien Dienste im Unterschied von den anderen („die Vorschriften dieses Titels finden auch Anwendung auf... freie Dienste“).

selbe auch aus dem Gesetzbuche eines demokratischen Gemeinwesens ausscheide. Art. 348 unseres Obligationenrechtes kann ohne alle Gefährde gestrichen werden. Wir müssen die Begriffe von artes liberales et illiberales als antiquiert eliminieren, wenn wir nicht behaupten wollen, dass es zweierlei ehrliche Arbeit gebe, eine solche, die den sie Ausführenden adelt, und eine, welcher der Odeur des Ordinären anhaftet. Das Verständnis für diese Unterscheidung ist heute nicht mehr vorhanden; die Zeiten sind vorbei, wo die Annahme eines Lohnes für verrichtete Arbeit als auctoramentum servitutis galt. Der Arzt von heute ist nicht erbaut darob, wenn der Klient seine Dienste beim Erscheinen der Rechnung als opera liberales, — nicht als Leistungen von Vermögenswert, sondern als unschätzbare Dienste taxiert.

Es galt bei der Aufstellung von Art. 348, dem ehrwürdigen römischen Rechte gelegentlich nochmals die Honneurs zu machen; diesen Artikel wird aber, wenn er bei der Revision des O. R. gestrichen wird, niemand missen.

Der Dienstpflichtige haftet für die rechtzeitige und richtige, fachgemäße Leistung der von ihm versprochenen Dienste, für die versprochenen oder vorausgesetzten Fähigkeiten und für die nötige Sorgfalt bei der Leistung der Dienste.²²⁾

Die Unfähigkeit zur Leistung der vertraglichen Dienste kann als wichtiger Grund im Sinne von Art. 346 zur sofortigen Vertragsaufhebung führen, mangelhafte Arbeiten jedoch nicht; das gewerbliche Schiedsgericht verweist in diesem Fall auf die Kündigung.²³⁾

Ueber die Zeit, wann der Arbeitnehmer die Arbeit zu leisten hat, ebenso wie lange täglich, bestimmt unser O. R. nicht, kann es nicht bestimmen, um nicht einseitig weitläufig zu werden. Das Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken normiert die Arbeitszeiten in Art. 11 bis 16. Diese Bestimmungen treffen aber nur die Fabrikarbeiter; für die grosse Zahl derjenigen, die in Betrieben tätig sind, welche

²²⁾ Dr. Thalberg schildert die Haftung für die Fähigkeit der Dienste auf S. 128 seines Buches sehr zutreffend.

²³⁾ Siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht,“ Nr. 111 und 211.

nicht unter dem Fabrikgesetze stehen, haben wir bestenfalls kantonale Gesetze oder Verordnungen. Die Regelung dieser Frage, wie so mancher andern, kann nur in einem schweizerischen Gewerbegesetz befriedigend geschehen.. Deutschland hat in der Gewerbeordnung bezügliche Bestimmungen.

Zum Schlusse dieses Abschnittes noch die Antwort auf die Frage: Was geschieht dann, wenn die Dienste nicht geleistet werden? Wir haben es in diesem Falle je nachdem mit einem Leistungsverzug oder mit einem Annahmeverzug zu tun, dessen Folge meistens Schadenersatz ist. Der erste unberechtigte Leistungsverzug ist der verspätete Dienstantritt, oder das vollständige Wegbleiben.

Der Arbeitnehmer hat sich bei der Ausführung der von ihm zu leistenden Dienste grundsätzlich nach den Weisungen des Arbeitgebers zu richten.²⁴⁾ Abweichungen von demselben verpflichten eventuell unter dem Titel der Arbeitsverweigerung als einem wichtigen Grund von Art. 346 O. R. zu Schadenersatz. Ebenso ist Streik ohne vertragliche Lösung des Dienstverhältnisses unberechtigte Arbeitsverweigerung.

Arbeitsverweigerung als berechtigten Leistungsverzug im Sinne von Art. 346 haben wir bei Verletzung der dem Dienstpflchtigen schuldigen Rücksicht, Gefahr für die Sittlichkeit und den guten Ruf des Dienstpflchtigen, Lohnrückstand, unverschuldeter Krankheit, etc. Von den einzelnen Fällen ist weiter unten bei dem Abschnitte vom Schadenersatze zu sprechen.

Der Annahmeverzug kann inner- oder ausserhalb der Willenssphäre des Arbeitgebers liegen; ob an der Schadenersatzpflicht dadurch etwas geändert wird, ist weiter später zu untersuchen.

III. Die Entrichtung einer Vergütung.

Die Verpflichtung zur Entrichtung einer Vergütung wird für den Arbeitgeber erst in dem Momente existent, wo der Ar-

²⁴⁾ Es fehlen uns indes den deutschen analoge Bestimmungen; vergl. Hachenburg S. 20.

beitnehmer die vertraglichen Dienste geleistet hat, mit andern Worten: es ist unrichtig, zu sagen, dass nach dem Inhalte des Dienstvertrages die Vergütung für die Bereitstellung der Arbeitskraft innerhalb einer bestimmten Zeit versprochen werde.²⁵⁾ Es wäre ja auch durchaus unlogisch, von einem Arbeitslohn da sprechen zu wollen, wo eine Arbeit nicht geleistet worden. Befindet sich der Arbeitgeber in der Annahme der Dienste im Verzuge, so hat der Arbeitnehmer ganz einfach zur Schadenersatzklage zu greifen.

Das redaktionelle Bedenken von Dr. Thalberg²⁶⁾ gegen die Vergütung, die „nach den Umständen zu erwarten war,“ erscheint mir ebenfalls gerechtfertigt. Die Stelle wird unweigerlich klarer, wenn von „üblicher Vergütung“ gesprochen wird.

Die Begrenzung der Höhe der Vergütung für geleistete Dienste lässt das O. R. unberührt, im Unterschiede zum deutschen B. G. B., welches in § 612 eine kurze Direktive gibt, die bei der Interpretation von Art. 338 unseres O. R. auch wegleitend ist. Durchaus notwendig ist diese Bestimmung nicht; eventuell wäre sie in ein Gewerbegegesetz zu verweisen. Einige Berufe haben Minimallöhne, in allen aber gelten bestimmte Durchschnittslöhne, die dem Richter einen Anhaltpunkt geben. Die gewerblichen Schiedsgerichte nehmen bei kurze Zeit dauernden Dienstverhältnissen gewöhnlich einen unter dem Normallohn stehenden Lohnbetrag als Vergütung für die Dienstleistungen an, da sie von der Erkenntnis ausgehen, dass ein Geselle in den ersten Tagen, bis er sich eingelebt, mit Zurichten des Werkzeugs und mit seiner Orientierung im Geschäft überhaupt so viel Zeit verliert, dass er den Normallohn nicht verdient. So führte z. B. das Gewerbliche Schiedsgericht Zürich aus: „Das Gericht weiss ganz wohl, dass auf dem hiesigen Platze im Schreinerhandwerk ein Minimallohn von Fr. 4.50 bezahlt wird; doch ist selbstverständlich, dass dieser Minimallohn sich nur auf Arbeiter bezieht, die

²⁵⁾ Endemann a. a. O. § 174 Dienstvertrag, Seite 1091 nimmt diesen für mich unverständlichen Standpunkt ein.

²⁶⁾ a. a. O. S. 70 und 71.

längere Zeit arbeiten, innert welcher man deren Leistungen taxieren kann, innert welcher sie das in der ersten Zeit Versäumte nachholen können.“

Gesetzliche Bestimmungen über die Höhe der Vergütung von Dienstleistungen werden immer heikel sein. Die Dienstvertragsverhältnisse sind zu verschiedenartig (Taglöhner, Heimarbeiter, Geselle in häuslicher Gemeinschaft, auf Trinkgelder angewiesene Stellen, etc. etc.), als dass von einer allgemein zufriedenstellenden gesetzlichen Lösung die Rede sein könnte; auch die Ueberzeitarbeit lässt sich nicht einheitlich regeln. Interessant ist es immerhin, zu sehen, wie die gesetzlichen Bestimmungen über diese Frage Schwankungen unterworfen sind. Während a. d. 1424 in Zürich eine „Erkhandtnus, was einem Taglöhner sollte ze lohn gegeben werden, vnd nit mehr by 10 β buss,“²⁷⁾ erging, macht sich heute von gewisser Seite die umgekehrte Tendenz geltend.²⁸⁾

Die Art und Höhe der Vergütung für die Dienstleistungen ist ein wesentlicher Punkt des Dienstvertrages und kann daher vom Arbeitgeber nicht einseitig geändert werden. Zeitlohn kann nicht ohne weiteres in Stücklohn umgewandelt werden; der Buchdruckereibesitzer darf nicht ohne Zustimmung seiner Arbeiter vom Wochenlohn zum „Berechnen“²⁹⁾ übergehen. Eine Änderung von vereinbarten Akkordlöhnen ist ebenfalls unmöglich, es sei denn mit beidseitiger Einwilligung, oder dass durch nachträglich abgeänderte Anordnungen des Arbeit-

²⁷⁾ Zürich, Staatsarchiv: allerley Vrtlen, Erkhandnussen, Recess, Lehen, Verding, Vertrag vnd Uebereinkommnussen etc. Manuser. Reg. A. o. 1638 Fol. 62 b. --- Also Fixierung eines Maximallohnes!

²⁸⁾ Siehe Prof. Dr. H. Lotmars Referat in den Verh. des Schweiz. Juristenvereins von 1902, I. Heft, und sein Werk: Der Arbeitsvertrag, S. 170 ff. Nach ihm soll „Hungerlohn“ den Dienstvertrag von vornehmlich ungültig machen; der Akkordlohn soll gesetzlich normiert werden. Eine zufriedenstellende Lösung des ersten Postulats scheitert an der Unmöglichkeit eines abgegrenzten Begriffs für „Hungerlohn.“ Durch gesetzliche Normierung des Akkordlohnes fällt bei diesem sofort der stimulus weg, der den Akkord für Arbeitnehmer und Arbeitgeber wünschbar macht.

²⁹⁾ Eine Art Akkordlohn, siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 116, Urteil des gewerbl. Schiedsger. Zürich vom 10. Febr. 1899.

gebers Mehrarbeit für den Akkordübernehmer entstand, oder dass durch schlechte, vertragswidrige Ausführung der Arbeit ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann.

Interessant ist die Untersuchung, als was der Vorschuss, den ein Meister seinem Gesellen gibt, zu behandeln sei. Ist er freiwillig zum voraus gezahlter, noch unverdienter Lohn, eine Vorleistung des Arbeitgebers, oder ist er ein Darlehen? Die Beantwortung der Frage im einen oder andern Sinne ist wichtig für die Arbeiter in dem Fabrikgesetz unterstellten Betrieben. Ist der Vorschuss eine Vorausleistung des Arbeitgebers, so kann ihn dieser am Zahltag in Abrechnung bringen; ist es aber ein Darlehen, so ist ihm die Verrechnung verwehrt, denn „die Fabrikbesitzer sind verpflichtet, die Arbeiter in bar auszuzahlen.“³⁰⁾

Der Vorschuss ist seinem Namen und Charakter nach an sich kein Darlehen.³¹⁾ Das Zürcher Polizeigesetz für Handwerksgesellen etc. vom Jahre 1844 brachte dies in § 9 klar zum Ausdruck, indem es bestimmte: „Wenn ein Geselle Vorschuss auf seinen Arbeitslohn empfangen hat, so ist derselbe jedenfalls nicht eher befugt, auszutreten, als bis er den empfangenen Vorschuss abverdient oder ersetzt hat.“ Der Vorschuss kann aber zum Darlehen werden, wenn er nicht rechtzeitig auf dem verdienten Lohn abgerechnet, sondern auf Grund besonderer Abrede gestundet wird.³²⁾

Es gibt Berufe, in denen die Gewohnheit herrscht, für Probearbeiten keine Vergütung zu entrichten. So z. B. in der Damenschneiderei. Da ist mir selber ein Fall bekannt geworden, dass eine in Zürich sehr angesehene Firma eine Damenschneiderin vier volle Tage beschäftigte und dann, als über die Art der Lohnzahlung keine Einigung zustande kam, ohne

³⁰⁾ Art. 10 des Bundesgesetzes betr. die Arbeit in den Fabriken.

³¹⁾ Daraus deduziert Crome in seinem System des bürgerlichen Rechts, II. Bd S. 660: Der Arbeiter, der den im Voraus erhaltenen Lohn infolge der Kündigung ganz oder teilweise zurückerstattet muss, wird, wenn er den Grund der Kündigung nicht zu vertreten hat, nur nach den Regeln über die Erstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

³²⁾ Siehe von Schultz und Schalhorn, Seite 203—204.

irgend welche Entschädigung wieder entliess. Wie ich die Damenschneiderin darauf aufmerksam machte, dass sie Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die vier Arbeitstage habe, erklärte sie kategorisch, sie erhebe keinen solchen, das sei nun einmal so der Brauch in ihrem Berufe! — Das Gewerbliche Schiedsgericht Zürich hat schon mehrfach vollkommen richtig entschieden, dass Arbeiten zur Probe so gut wie irgend welche andere Arbeit angemessen zu entschädigen seien.

Die Art der Lohnauszahlung ist mit Bezug auf die Frist sehr verschieden. Nur Taglöhner und etwa noch Erdarbeiter erhalten Taglohn ausbezahlt; Wochenlohn ist in manchen Berufen üblich,³³⁾ ferner vierzehntägige Lohnung; in den Gewerben, wo die Gesellen in häuslicher Gemeinschaft mit dem Meister leben, wie im Bäcker- und Metzgerberuf, ist Monatslohn üblich.

Die Zahlung des Lohnes ist bei den gewerblichen Dienstverträgen allgemein periodisch üblich, und wird jedenfalls fällig nach der Dienstleistung beim Austritt des Gesellen, auch wenn derselbe nicht just auf einen Zahltag fällt. Die gewerblichen Schiedsgerichte von Basel, Bern und Zürich haben diesbezüglich übereinstimmende Urteile gefällt. Das gewerbliche Schiedsgericht Zürich findet, „dass es unbillig wäre, den Arbeiter, der oft an einem andern Orte die Arbeit wieder aufnimmt, und der gewöhnlich das verdiente Geld für seine Bedürfnisse sofort braucht, auf den nächsten Zahltag warten zu lassen; es kostet den Meister keine grosse Mühe, das Guthaben des Arbeiters auszurechnen. Mit dem regelrechten Austritt des Arbeiters hat dieser seine Verpflichtungen erfüllt, daher ist auch die Gegenleistung des Meisters, die Lohnung, fällig geworden, und es

³³⁾ Vergl. den Rekursescheid des Bundesrates vom 20. April 1880: „Die Woche besteht in der Regel aus sechs Arbeitstagen, und wenn von einem Wochenlohn die Rede ist, so ist demnach der Lohn für sechs Tage gemeint.“ Die vierzehntägige Lohnung (*les quinze jours*) ist per analogiam zu behandeln. Die dem Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken unterstellten Betriebe haben nach Art. 10 cit. Ges. spätestens alle vierzehn Tage Zahltag zu machen.

hat derselbe kein Recht, sie hinauszuziehen, wodurch der Arbeiter gewöhnlich in Verlegenheit gerät. Damit will das Gericht nicht sagen, dass, wenn der Arbeiter beim Feierabend erklärt, nun nicht mehr arbeiten zu wollen, der Meister sich sofort hinsetzen müsse, um das Betreffnis des Arbeiters auszurechnen und auszubezahlen. Wohl aber verlangt das Recht und die Billigkeit, dass, wenn der Arbeiter einen halben bis zwei Tage vorher seinen Austritt angekündigt hat, bei demselben dann auch seine Auszahlung erfolgt.“

Es macht sich hier das Bedürfnis eines schnellen Rechts-triebs geltend, das aber keiner Ausnahmebestimmung rufen soll, sondern bei der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes allgemein zu würdigen sein wird. Die Forderungen aus dem Dienstvertrag unterscheiden sich, abgesehen von Privilegien im Konkursrechte, in keiner Weise von irgendwelchen andern Forderungen; insofern war jenes Urteil der Gewerbegerichte Bern unrichtig, das den Meister wegen Lohnvorenthalten zu einer Entschädigung verurteilte. Schon im folgenden Jahre kam man auch wieder von diesem Standpunkt zurück, mit der Begründung: nach der dermal geltenden Gesetzgebung unterscheidet sich eine Lohnforderung in keiner Weise von einer andern Forderung; namentlich existiert keine gesetzliche Bestimmung,³⁴⁾ wonach an die Nichtzahlung von fälligen Lohnansprüchen Verzugsfolgen geknüpft wären.³⁵⁾

Rückständiger Lohn berechtigt den Gesellen nach der Ansicht des Zürcher gewerblichen Schiedsgerichts zur sofortigen Auflösung des Dienstvertrags-Verhältnisses. Der Geschäftsbericht pro 1902 des genannten Gerichtes publiziert: Austritt kann aus wichtigen Gründen (Art. 346 O. R.) erfolgen, wenn seitens des Arbeitgebers ein Verzug der fälligen Lohnzahlung um mehr als drei Tage stattfindet. — Diese Verallgemeinerung der Frist von drei Tagen, die in einem konkreten Fall durchaus zutreffend gewesen sein mag, geht unweigerlich zu weit.

³⁴⁾ Ob eine solche notwendig sei, ist bei einer Revision unseres Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu untersuchen.

³⁵⁾ Jahresbericht per 1898, S. 13—14, Nr. 3.

Auf einen grundsätzlich andern Standpunkt stellen sich die Basler gewerblichen Schiedsgerichte:³⁶⁾ die Nichtzahlung des Lohnes zu bestimmter Zeit berechtigt nach deren Ansicht nicht zur sofortigen Aufhebung des Dienstvertrages, sondern nur zur Kündigung desselben.

Bei Nichterhältlichkeit steht dem Arbeitnehmer der gewöhnliche Betreibungsweg offen; — im Grunde genommen ist dies nur richtig, und ich sehe nicht ein, warum der Geselle einen bessern Anspruch auf die Vergütung seiner Arbeitsleistung haben soll, als z. B. der Meister für seine Lieferungen, abgesehen von dem Rechtswirrwarr, der unter Umständen hieraus entstehen würde.³⁷⁾ Dies nur so en passant; bezügliche Ausführungen gehören eher in eine Abhandlung über Schuld-betreibungs- und Konkursrecht.

Wie regelt sich die Vergütung, wenn der Dienstvertrag aus irgend einem Grunde sich sofort löst? Bei gegenseitigem Einverständnis, z. B. anlässlich einer Auseinandersetzung, geht der Anspruch des Dienstnehmers auf den Lohn für die geleisteten Dienste und nicht weiter. Wie sich die Sache gestaltet bei der einseitigen, unmotiviert veranlassten Vertragsaufhebung, ist im Kapitel über den Schadenersatz des Näheren zu erörtern. Für übernommene Akkordarbeit, die vom Arbeitnehmer ohne Not nicht vollendet worden, kann nach Entscheiden deutscher Gewerbegegerichte (die durchaus richtig sind) für den geleisteten Teil der Arbeit Vergütung nur insoweit verlangt werden, als dieser für den Arbeitgeber von Wert ist. Die geleistete Teilarbeit braucht nur dann nach den für die ganze Arbeit bewilligten Durchschnittssätzen bezahlt zu werden, wenn von demjenigen, der diesen Lohnanspruch erhebt, auch nachgewiesen wird, dass die Teilarbeit für den Arbeitnehmer auch wirklich soviel wert ist.

³⁶⁾ Jahresbericht per 1894, S. 10, Nr. 6.

³⁷⁾ Siehe Boos-Jegher in den „Mitteilungen des Sekretariates des Schweiz. Gewerbevereins“ vom Jahr 1903, Nr. 17: Neue Gesetzesbestimmungen über den Dienstvertrag, — und Nr. 18: Der Dienstvertrag nach den Vorschlägen des Hrn. Prof. Lotmar, kritische Betrachtungen. — Zur Sicherung des Arbeitslohnes vergl. auch Schalhorn in der „Sozialen Praxis“ XI, 30.

Aus verschiedenen Gründen kann die vertragliche Vergütung für geleistete Dienste Modifikationen erfahren. Nur gehörige d. i. vertragsmässige Arbeitsleistung gibt auch Anspruch auf die vertragliche Vergütung. Gemeiniglich wird angenommen, dass langsames Arbeiten eines schwachen Arbeiters nicht zur Lohnkürzung berechtigt. Das Risiko, einen schlechten Gesellen einzustellen, trägt jeder Meister; das Institut der Probezeit soll ihm dazu dienen, denselben vor definitiver Einstellung zu prüfen. Mangelhafte Arbeitsleistung des gelernten Berufsarbeiters im Einzelfalle hat dagegen in der Regel Lohnminderung zur Folge in Form von Schadenersatzansprüchen. Das Prinzip ist in Art. 50 O. R. normiert, ein Gewerbegegesetz könnte dasselbe besser präzisieren; immer wird der Meister in einem solchen Falle im ökonomischen Nachteil sein.

Die Vergütung kann sich ferner durch „Bussen“, die dem Arbeiter auferlegt werden, verringern. Bestimmungen hierüber sind gänzlich ins Gewerbegegesetz zu bannen. Unser Fabrikgesetz normiert dieselben für die „Fabriken“ in Art. 7, 2.

Eine weitere in vielen gewerblichen Berufen allgemein übliche Einrichtung, deren Regelung ebenfalls dem Gewerbegegesetz zufällt, ist der Décompte, die Lohneinbehaltung. Deutschland hat in der Gewerbeordnung § 119 a eine Bestimmung über die Lohneinbehaltung aufgenommen, deren Zweck zu enge begrenzt ist. Der Décompte wird hier nur als Ersatz eines infolge widerrechtlichen Auflösens des Dienstvertrages erwachsenen Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe betrachtet, während er z. B. im Zimmerberuf, — wenigstens bei uns, — speziell für das dem Arbeiter geliehene Werkzeug haftet. Viel zu enge gefasst ist auch die Ansicht unseres Bundesrates, der Décompte bilde eine „Garantie dafür, dass der Arbeiter den Pflichten, welche ihm der Arbeitsvertrag auferlegt, nachkommt und nicht ohne die vorgeschriebene Kündigung austritt“ (Rekursentscheid des Bundesrates vom 20. April 1880).

In neuester Zeit erleidet der Décompte viele Anfechtungen von Seiten der organisierten Arbeiterschaft sowohl, als den ihr zugetanen Juristen. Mit der Abschaffung des Décompte aber

würde man dem Meister das letzte Mittel aus der Hand winden, das er noch hat, seine Arbeiter zur Befolgung des Dienstvertrages anzuhalten. Die Entgegnung, dass dem Meister für seine Ansprüche ja der ordentliche Rechtsweg zustehe, ist unstichhaltig angesichts der Tatsache, dass die Forderungen gegen Arbeiter oft nicht einmal die Betreibungskosten wert sind.³⁸⁾ Der Décompte ähnelt dem Retentionsrecht und ist eben aus dem Bedürfnis entstanden, Deckung zu finden für eventuelle Ansprüche des Meisters, die auf einem andern Wege meist nicht zu erlangen sind.

Wie durch den Leistungsverzug des Dienstnehmers die Vergütung wegfällt,³⁹⁾ so verpflichtet andererseits der Annahmeverzug, falls er nicht durch vis maior herbeigeführt wurde, zu Schadenersatz. Für anderen, wenn auch unverschuldeten Annahmeverzug haftet der Arbeitgeber; er trägt die Gefahr der Durchführung der Dienste,⁴⁰⁾ — das gewerbliche Schiedsgericht Zürich rechnet diese Haftung zum allgemeinen Geschäftsrisiko des Meisters. Von dieser Haftung für den Annahmeverzug haben wir eine Ausnahme im sogen. „Feiern,“ wovon unter dem Abschnitt über Schadenersatz noch des Näheren zu sprechen sein wird.

IV. Die häusliche Gemeinschaft.

Bei unverschuldeter vorübergehender Krankheit hat der Arbeitgeber den Dienstpflichtigen, der mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt, auf eigene Kosten verpflegen und ärztlich behandeln zu lassen.⁴¹⁾

³⁸⁾ Darin mag, nebenbei gesagt, auch die Erklärung dafür liegen, dass bei den gewerblichen Schiedsgerichten die Klagen der Arbeiter diejenigen der Meister überwiegen: die Arbeiter wissen den Meister schon zu finden, während der Meister, in dem Bewusstsein, im besten Falle für seine Forderung doch nur einen leeren Pfandschein zu erhalten, die Klage meist unterlässt.

³⁹⁾ Die gewerblichen Dienstverhältnisse gehören fast ohne Ausnahme nicht zu den „auf längere Dauer“ abgeschlossenen Dienstverträgen, siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ S. 16, Anm. 1 und S. 89, Anm. 1.

⁴⁰⁾ Siehe Endemann S. 1092, Anm. 24.

⁴¹⁾ Das deutsche B. G. B. in § 617 fordert als Voraussetzung noch ein „dauerndes“ Dienstverhältnis und begrenzt die Verpflegung und ärztliche

Man hat das Dienstverhältnis in häuslicher Gemeinschaft schon als ein familienrechtliches bezeichnen wollen.⁴²⁾ Es ist dies tatsächlich nicht, wenn auch nicht geleugnet werden kann, dass ihm in früheren Jahrhunderten etwas von diesem Charakter anhaftete.

Zwei Voraussetzungen müssen zutreffen, um den Arbeitgeber nach Art. 341, 2 zu verpflichten. Die Krankheit muss eine unverschuldete sein, nicht durch Fahrlässigkeit oder irgendwelche schuldhafte Handlungen veranlasste. Im Uebrigen machen Gesetz und Rechtsprechung keinen Unterschied zwischen während oder ausserhalb der Arbeitszeit erworbenen Krankheiten (zu denen auch die Unfälle zu rechnen sind), soweit sie nicht unter die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb fallen.

Die zweite Voraussetzung ist, dass die Krankheit eine „vorübergehende“ sei. Hier ist die Redaktion, im Bestreben, möglichst kurz zu sein, unklar und ungenau geworden. Wie lange dauert eine „vorübergehende“ Krankheit? Mit diesem Ausdruck wollte der Legislator den Arbeitgeber vor einer unverhältnismässig grossen Verpflichtung seinem Angestellten gegenüber bewahren. Dieses Bestreben hat die Rechtsprechung im Anschluss an die unklar redigierte Stellung illusorisch gemacht. Es ist aber, auch auf das Risiko hin, als Feind des „arbeitenden Volkes“ verschrieen zu werden, zu sagen, dass, speziell was die gewerblichen Betriebe anbelangt (hier ist nur vom O. R., nicht vom Fabrikhaftpflichtgesetz die Rede), es dem Meister gegenüber ungerecht ist, bei einem auf 14 Tage lösbarer Dienstverhältnis die Haftung des Meisters über diese Zeit hinausgehen zu lassen. Durch diese Haftung wird dem Meister eine Verpflichtung aufgebürdet, die in ihrer heutigen Grösse ihre Berechtigung nicht aus dem Dienstverhältnisse schöpft. Eine vernünftige Rechtsprechung könnte hier die mangelhafte Redaktion von Art. 341, 2 verbessern; besser wird immerhin sein, die Limite der Unterstützungspflicht des Meisters in Krankheitsfällen des Arbeiters, sei es im O. R., sei es in

Behandlung „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus.“

⁴²⁾ Siehe Dr. Thalberg S. 107.

einem Gewerbegegesetz, fix zu normieren. Die „häusliche Gemeinschaft,“ d. i. Kost und Logis, bildet einen Teil des Lohnes des Arbeiters, der dem Arbeiter nicht länger zukommen soll, als in ordentlichen Verhältnissen der Dienstvertrag auf dem Wege der Kündigung gelöst werden kann. Es ist ja schön und human, weiter gehen zu wollen; dabei werden aber die Interessen des Arbeitgebers zu wenig in Berücksichtigung gezogen, — wie bei den meisten volkswirtschaftlichen Postulaten von heute, die ihre Verwirklichung auf dem Wege der Gesetzgebung suchen. Und doch sollte dem Staate an den Interessen der Arbeitgeber auch etwas liegen! —

V. Der Dienstvertrag auf längere Dauer.

Art. 341, 1 O. R. enthält eine Spezialbestimmung für die auf „längere Dauer“ abgeschlossenen Dienstverträge. Mit der selben ist ein vager Begriff in den XI. Titel O. R. eingesetzt worden. Viel richtiger wäre es m. E., die untere Grenze der „längern Dauer“ im Gesetze ausdrücklich festzulegen, damit der Arbeitgeber sich seiner Verpflichtungen von vorne herein klar ist und unabhängig von einer schwankenden Gerichtspraxis. —

Was ist zu verstehen unter „längerer Dauer“? Die Auffassungen darüber können verschiedene sein. Anstellungsverhältnisse, welche, wie die gewerblichen fast alle, durch vierzehntägige Kündigung gelöst werden können, gehören nicht hieher, auch nicht solche mit monatlicher Kündigungsfrist.⁴³⁾ Wird ein Dienstverhältnis mit vierzehntägiger Kündigung dadurch, dass es längere Zeit, z. B. jahrelang andauert, zu einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrage? Diese Ansicht hat auch schon ihre Vertreter gefunden, jedoch mit Unrecht.

⁴³⁾ Jahresbericht der gewerblichen Schiedsgerichte des Kt. Baselstadt pro 1894, S. 9—10, Nr. 4 und 5, oder handelsrechtl. Entsch. XIV S. 321 und 322, — und Jahresber. der Gewerberichter der Stadt Bern pro 1895, S. 17 f. Die Kritik des „Kaufmännischen Centralblattes“ über meine bezügl. Aeusserungen in „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ belehrten mich nicht eines bessern. Den obenstehenden Entscheiden widersprechende Urteile halte ich für unrichtig.

Der Charakter des jederzeit auf 14 Tage lösbarer Dienstvertrages wird durch die Tatsache nicht geändert, dass ein Meister seine Angestellten längere Zeit beschäftigt.

Unverschuldete Krankheit, Militärdienst oder ähnliche Verhinderungsgründe bei der Arbeit während verhältnismässig kurzer Zeit sollen also nicht zum Verlust der Vergütung m. a. W. zum Lohnabzug berechtigen.

Der Begriff Krankheit steht hier nicht dem Unfallbegriff gegenüber wie im Fabrikhaftpflichtgesetz, sondern er umfasst für die Arbeiter, die in nicht unter dem Fabrikgesetz stehenden Betrieben tätig sind, Unfälle wie Krankheiten.

Was den Militärdienst anbelangt, so ist von den Berner Gewerbegerichten die Frage schon zu entscheiden gewesen, ob ein Deutscher, der sich bei der Militärmusterung zu stellen habe, der in Art. 341, 1 O. R. statuierten Vergünstigung ebenfalls teilhaftig sei. Die beklagte Firma machte geltend, der Art. 341, 1 umfasse nur den schweizerischen Militärdienst.

Die Begründung der Gewerbegerichte Berns, deren Ansicht sich mit derjenigen der beklagten Firma deckte: „es liegt ausser allem Zweifel, dass der Gesetzgeber bei Aufstellung dieser Ausnahmebestimmung unter allen Umständen nur denjenigen Zeitverlust im Auge hatte, welchen ein Arbeitnehmer durch Dienst bei der schweizerischen Armee erleidet. Das Obligationenrecht ist ein schweizerisches Gesetz und es konnte in demselben von keinem andern als vom schweizerischen Militärdienst die Rede sein.“ „Ausnahmebestimmungen dürfen im Rechtsleben bekanntlich nicht ausdehnend interpretiert werden,“ — erscheint mir als unstichhaltig; zum mindesten aber ist die Gesetzesbestimmung nicht so klar, wie man sie hinstellen will. Daran ändern auch Spezialbestimmungen von Berufsvereinen nichts. Die Logik, dass, weil das O. R. ein schweizerisches Gesetz sei, es nicht auch bestimmen könne, dass dem Ausländer bei Absolvierung eines verhältnismässig kurze Zeit dauernden Militärdienstes die Lohnvergütung auszubezahlen sei, ist nicht zwingend. Gewiss kann das Gesetz dies bestimmen, und es tut dies auch in Art. 341, 1, denn es redet vom Militärdienst ganz im allgemeinen und nicht vom

„schweizerischen.“ Will das Gesetz die Vergünstigung von Art. 341, 1 nur dem Schweizer gewähren, so soll dies ausdrücklich gesagt werden und es ist bei der Revision des O. R. hierauf Rücksicht zu nehmen.

Der Dienstpflchtige hat seinen Lohnanspruch, auch „wenn er auf verhältnismässig kurze Zeit an der Dienstleistung verhindert wird.“ Wie aber, wenn er auf verhältnismässig lange Zeit verhindert ist? Man kann doch nicht sagen: dann bekommst Du eben gar nichts, denn das würde ja dem in diesem Artikel niedergelegten Gedanken widersprechen. Die Begrenzung auf verhältnismässig kurze Zeit will einfach den Arbeitgeber nicht unverhältnismässig lang haften lassen. Es ist also hier eine andere Redaktion zu suchen, um dem Artikel den klaren Wortlaut dessen zu geben, was er ausdrücken will. Eine zeitliche Begrenzung der Vergütungspflicht ist das Ideal nicht, würde aber zur Verhütung mancher Kontroversen dienen. Mit dem Begriff der verhältnismässig kurzen Zeit lässt sich eben sehr wenig oder sehr viel anfangen. Die Zeitschrift des Berner Juristenvereins in Bd XXXIV S. 83 (siehe auch die handelsrechtl. Entsch. Bd. XVII S. 98)⁴⁴⁾ hat denselben zu umschreiben versucht.⁴⁵⁾

VI. Das Dienstverhältnis auf feste Zeit in den Art. 342 und 345

Die Präsumption des Art. 342, dass ein auf Jahresfrist oder eine bestimmte kürzere Zeittdauer eingegangenes Dienstverhältnis, nach Ablauf der Dienstzeit von beiden Teilen ohne Widerspruch fortgesetzt, als für die gleiche Zeittdauer erneuert gilt, ist m. E. die richtigere Lösung als diejenige des deutschen

⁴⁴⁾ Ich habe den Passus auch in meinem „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ S. 16 Anm. 3 wiedergegeben.

⁴⁵⁾ Schneider und Fick sagen in ihrem Kommentar ad Art. 341, dass bei einer Anstellung auf eine Woche eine Hinderung von einem ganzen Tage jedenfalls schon zu viel sei, um den Arbeitgeber zur Zahlung des Taglohnes zu verpflichten. — Diese Frage ist m. E. hier gar nicht zu stellen, da eine Anstellung auf eine Woche überhaupt kein auf längere Dauer abgeschlossener Dienstvertrag ist.

B. G. B., das Verlängerung des Dienstverhältnisses „auf unbestimmte Zeit“ annimmt.

Der Schlusssatz in Art. 342, 1: „War die festgesetzte Dienstzeit länger, so gilt die Erneuerung für ein Jahr,“ ist in diesem seinem Umfange unrichtig, man könnte sagen, vom ersten Tage seiner Geltung an der *desuetudo* anheimgefallen, wenn er überhaupt je in seinem vollen Umfang in Kraft gestanden hätte.

Die Verquickung des Lehrvertrages mit den Bestimmungen über den Dienstvertrag ist hier nicht gelungen. Der XI. Titel des O. R. kennt keinen Lehrvertrag, will keinen solchen kennen. Da die Lehrverträge nach dem Gesetze also Dienstverträge von (sozusagen ausnahmslos) länger als einer Jahresfrist sind, so verpflichtet sich der nach seiner Lehre zum Arbeiter Gewordene, laut Art. 342, 1 O. R., wenn das Dienstverhältnis nach Beendigung der Lehre fortgesetzt wird, für ein volles Jahr seinem Arbeitgeber und dieser ihm. Das kommt nun tatsächlich nie vor, sondern nach der Lehre tritt für den jungen Arbeiter bei stillschweigender Fortsetzung des Dienstverhältnisses die in den gewerblichen Berufen fast allgemeine vierzehntägige Kündigung ein, wenn nicht, wie im Maurerberuf, die Kündigung gewohnheitsrechtlich überhaupt wegfällt. Aufgabe der Revision des O. R. ist es, hier das Gesetz mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang zu bringen; diese werden sich wohl kaum jedem Gesetze anpassen. Schneider und Fick betonen in ihrem Kommentar zum O. R. ad Art. 342 zwar, dass dieser Artikel dispositives Recht sei. Da aber in den Lehrverträgen so gut wie nie Bestimmungen über das Fortbestehen des Dienstverhältnisses nach der Lehrzeit getroffen werden, so müsste eigentlich der Wortlaut von Art. 342 zur Anwendung gelangen, weil dem Gewohnheitsrecht keine Konzession gemacht worden ist wie in andern Artikeln des Dienstvertrages.

Eine gänzlich verunglückte Bestimmung enthält Art. 345 O. R., wonach Dienstverträge auf Lebenszeit, oder diese voraussichtlich überschreitende Zeitfrist, vom Dienstpflichtigen jederzeit durch halbjährliche Kündigung ohne Entschädigung gelöst werden können.

Das Widersinnige dieser Normierung liegt darin, dass auf Jahre hinaus abgeschlossene Dienstverträge, die an die voraussichtliche Lebensdauer der Parteien nicht hinanreichen, für beide Teile gültig sind, während bei einem Vertrag auf Lebensdauer, bei dem die Parteien gegenseitig die längstmöglichen Verpflichtungen eingehen wollen, die Versprechungen des Dienstnehmers vom Gesetze nicht gedeckt werden. Dies ist eine Kontroverse, die schon in der Redaktionskommission von einzelnen Mitgliedern eingesehen wurde. Der Antrag des Referenten Prof. Treichler in der Redaktionskommission des O. R. über den Dienstvertrag (damals V. Titel) vom September 1878, wollte den Verhältnissen gerechter werden, indem er verlangte: Jede Verabredung, wodurch der Dienstverdinger für länger als zwei Jahre auf die Aufkündbarkeit des Dienstvertrages verzichtet, ist nichtig, macht aber im Uebrigen den Vertrag nicht ungültig. Ein derartiger Dienstvertrag kann von dem Dienstpflichtigen nach Ablauf von zwei Jahren jederzeit auf sechs Monate gekündet werden, sofern sich die Kontrahenten nicht auf eine neue Beschränkung des Kündigungsrechts innerhalb dieses Artikels einigen.

Das deutsche B. G. B. in § 624 lässt die Kündigung von Dienstverträgen auf Lebenszeit oder über fünf Jahre nach Ablauf von fünf Jahren auf sechs Monate zu.

Die Redaktion von § 624 B. G. B. ist einfacher als diejenige von Prof. Treichler. Ich möchte sie bei der Revision des O. R. an Stelle unseres heutigen Art. 345 acceptiert wissen mit der Modifikation, dass die Vertragspflicht von fünf Jahren auf drei heruntergesetzt würde.

VII. Der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit und die Kündigung desselben.

Die gewerblichen Dienstverhältnisse sind zumeist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, stehen also unter Art. 343, 1 O. R. Nach Ablauf der Probezeit werden dieselben meist fest und können in der Regel nur durch vierzehntägige Kündigung gelöst werden. Der Gesetzgeber hat gut daran getan, den

Versuch einer gesetzlichen Regelung der Kündigungsfristen in den gewerblichen Dienstverhältnissen zu unterlassen und auf die „gesetzlichen oder üblichen“ Kündigungsfristen zu verweisen.⁴⁶⁾ Was aber dann, wenn ein Gericht einmal konstatieren würde, dass gewohnheitsrechtliche Kündigungsfristen in einem Berufe fehlen? Der Nachweis des Gewohnheitsrechts ist manchmal ein kitzlich Ding. Dann hätte nach Massgabe von Art. 343, 2 O. R. die vierteljährliche Kündigung einzutreten, — was aber kaum geschehen dürfte. Es fehlt hier dem O. R. eine Bestimmung, welche die Kündigungsfrist von Gesellen- und Dienstbotenverhältnissen, für den Fall, dass keine gewohnheitsrechtliche Löhnnung besteht, auf vierzehn Tage normiert.⁴⁷⁾ Die deutsche Gewerbeordnung bestimmt in § 122, freilich unter Hintersetzung der gewohnheitsrechtlichen Gebräuche, das, was ich für unser O. R. postulieren möchte, mit den Worten: das Arbeitsverhältnis zwischen den Gesellen oder Gehilfen und ihren Arbeitgebern kann, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, durch eine jedem Teile freistehende, vierzehn Tage vorher erklärte Aufkündigung gelöst werden.

Die Kündigung kann in unsren gewerblichen Dienstverhältnissen nur am Zahltag erfolgen.⁴⁸⁾ Eine zu anderer Zeit erfolgende Kündigung hat als eine unzeitige keine Gültigkeit. Anders verhält es sich im Dienstbotenverhältnis, wo eine Kündigung a dato gebräuchlich ist.⁴⁹⁾

⁴⁶⁾ Die bei Schneider und Fick angeführten Kündigungstermine Lichtmess, Maitag, Margarethen, Bartolomä und Martini sind heute nicht mehr gebräuchlich.

⁴⁷⁾ § 8 des schon oben zitierten Zürch. Polizeigesetzes für Handwerksgesellen etc. aus dem Jahre 1844 bestimmte inhaltlich zutreffend: Die Aufkündigungsfrist bestimmt sich, soweit solche nicht durch besondere Verabredung festgesetzt wird, nach dem Handwerksgebrauche der einzelnen Gewerbe, welcher in streitigen Fällen durch Experten zu ermitteln ist. Wo kein solcher Handwerksgebrauch nachzuweisen und durch Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt eine vierzehntägige Aufkündigungsfrist.

⁴⁸⁾ Siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 129.

⁴⁹⁾ a. a. O. Nr. 130, und handelsrechtliche Entsch. XIV S. 122. Vgl. für die deutschen Verhältnisse die Zeitschriften Gewerbegericht IV S. 7 und Sociale Praxis X S. 8.

Die vertraglich abgemachten Kündigungsfristen dürfen nicht zum Nachteil des einen Vertragsschliessenden von ungleicher Dauer, oder nur für den einen Teil ausdrücklich wegbedungen sein. Dies betont die deutsche Gewerbeordnung ausdrücklich; das O. R. sollte darüber ebenfalls eine Norm aufstellen; unsere gewerblichen Schiedsgerichte helfen unserer mangelhaften Gesetzgebung nach und nehmen in ihren Urteilen an, dass bei uns diese Anschauung aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich folgern lasse. Dagegen ist die gegenseitige, vollständige Wegbedingung der Kündigungsfrist bei allen Dienstverhältnissen zulässig.

Das Dienstverhältnis bleibt sich während der Kündigungsfrist gleich. Den aus demselben folgenden Pflichten kann nach wie vor Nachachtung verschafft werden; die Vergütung für die geleisteten Dienste hat im vertraglichen Sinne weiter zu geschehen. Ein einziger Umstand lässt uns erkennen, dass das Dienstverhältnis seinem Ende entgegengeht: der Arbeitnehmer kann vom Meister zum Zwecke des Umschauhaltens nach anderer Arbeit eine angemessene Zeit frei verlangen, wobei freilich der Lohn ausfällt.⁵⁰⁾ Der Arbeitnehmer hat sich aber darüber mit dem Meister zu besprechen; wegbleiben zwecks „Umschauens,“ ohne sich mit dem Meister verständigt zu haben, ist als unentschuldigtes Wegbleiben von der Arbeit zu qualifizieren, woraus unter Umständen die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses folgen kann.

Das O. R. redet nirgends von einem Stillstand, einem Unterbruch der Kündigungsfrist. Die Gewerberichte von Bern glaubten aber einen solchen ins Gesetz hineinragen zu müssen. Im Jahre 1898 entschieden sie,⁵¹⁾ dass die Kündigungsfrist von vierzehn Tagen während der Dauer eines ordentlichen militärischen Wiederholungskurses unterbrochen werde, und 1899, dass das Gleiche der Fall sei während der Dauer eines Berufsunfalles.⁵²⁾ Die beiden Urteile haben zum Teil die wörtlich gleiche Begründung.

⁵⁰⁾ Das deutsche B. G. B. statuiert in § 629 diesbezüglich ausdrücklich, was bei uns von den Gerichten als Gewohnheitsrecht anerkannt wird.

⁵¹⁾ Jahresbericht pro 1898 S. 19, Nr. 7.

⁵²⁾ Jahresbericht pro 1899 S. 19, Nr. 6.

Ueber das Praeambel der Urteilsbegründung von 1898 ist nichts zu sagen. Wichtig ist aber die nachfolgende Stelle: „Was nun die Frage anbetrifft, ob diese vierzehntägige Kündigungsfrist durch den dazwischen getretenen ordentlichen Wiederholungskurs unterbrochen wird oder nicht, so muss sie bejaht werden. Würde es sich um die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Wochen (statt um die ortsübliche von vierzehn Tagen) handeln, so wäre allerdings die Frage anders zu beantworten; dem Arbeiter stünden in diesem Falle immer noch mindestens drei Wochen zur Verfügung (nach dem ca. dreiwöchentlichen Wiederholungskurs), um sich um andere Arbeit umzusehen. Bei der vierzehntägigen Kündigungsfrist dagegen würde der Arbeiter nach absolviertem Militärdienst auf der Gasse stehen.“

Ich weiss nicht, woher die Gewerbegerichte Bern das Recht nehmen, die Dienstverhältnisse mit vierteljähriger Kündigung denen mit vierzehntägiger Kündigung gegenüber zu stellen und dem einen von Gesetzes wegen, d. i. ohne Vertrag, eine Stundung der Kündigungsfrist zu imputieren, die dem andern abgehen soll. Es scheint, dass man hier den „Sinn und Geist“ des Gesetzes etwas zu weit ausspannt. Der Entscheid erscheint in seiner Begründung nicht plausibler deshalb, weil er sich Mühe gibt, zu versichern, der Meister habe dann auch seinerseits das Recht, vom Arbeiter zu verlangen, dass er die Kündigungsfrist ausharre. „Wenn also auf den ersten Anblick dieser Entscheid nur dem Arbeiter Rechte gewährt, so kann der Meister im gegebenen Falle gerade so gut daraus seine Rechte herleiten.“ Sollte den Gewerbegegerichten Berns wirklich unbekannt sein, dass es mit den Rechten des Meisters bei Vertragsbruch des Arbeiters in den meisten Fällen übel bestellt ist? — Das interessiert uns indes an diesem Orte nicht; zu konstatieren ist lediglich, dass die Gewerbegerichte einen Gedanken in den obligationenrechtlichen Dienstvertrag hineingetragen haben, der darin nicht zu finden ist, und eine Unterscheidung treffen zu müssen vermeinten zwischen Dienstverträgen mit vierzehntägiger und solchen mit vierteljährlicher Kündigung, die das Gesetz nicht

kennt. Wollte der Gesetzgeber eine solche Distinktion treffen, so wäre es ihm ein Leichtes gewesen, dies mit wenigen Worten zu tun.

Dem Meister wird durch die Interpretation der Berner Gewerbegerichte eine Verpflichtung überbunden, die grösser sein kann als die Entschädigung, die er seinem Arbeiter zu bezahlen hat, wenn er denselben ohne Grund Knall und Fall entlässt. Der Hinweis darauf, der Meister sei ja der ökonomisch stärkere, scheint mir doch das Vorgehen der Gewerbe gerichte Berns nicht genügend zu begründen.

Von der Regel der gewohnheitsrechtlichen vierzehntägigen Kündigung gibt es verschiedene Ausnahmen. In erster Linie ist der Maurerberuf zu nennen, der eine Kündigung überhaupt nicht kennt, weder bei uns noch anderswo.⁵³⁾

Das gewerbliche Schiedsgericht Zürich konstatierte den Ortsgebrauch im Gärtnerberufe, dass im Spätsommer oder Herbst eingetretene Gärtner vom Arbeitgeber jederzeit ohne Kündigung entlassen werden können.

Im Fuhrhaltereiheruf besteht in Zürich der Usus, dass bei der Lösung von Dienstverhältnissen der Dienstvertrag sofort aufgehoben wird und der Meister dem Fuhrknecht einfach noch den Lohn für vierzehn Tage bezahlt; eine Entschädigung für Kost und Logis dagegen erhält der letztere nicht mehr.

Dies so einige Beispiele, wie die Kündigungen variieren können.

Wo die Kündigung nicht vertraglich geregelt oder üblich ist, gilt im Zweifel die Zahltagsfrist als Indiz für die Kündigungsfrist, d. h. fällt diese mit jener zusammen. So entscheiden, ohne dass eine solche Bestimmung in unserm Gesetze stehen würde, unsere gewerblichen Schiedsgerichte. Das deutsche B. G. B. in § 621 enthält ausdrücklich dieses Prinzip.⁵⁴⁾ Es wäre nicht überflüssig, diesen Grundsatz auch in unserm O. R. zu konstatieren.

⁵³⁾ Siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 149—152, und von Schultz und Schalhorn S. 229.

⁵⁴⁾ Vergl. auch von Schultz und Schalhorn S. 155.

Im Metzgermeisterberuf ist in Zürich, abweichend von diesem Usus, vierzehntägige Kündigung bei monatlicher Lohnung üblich.

Vielfach kommt es vor, dass ein gekündetes Dienstverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist stillschweigend fortgesetzt wird. Art. 342 enthält in Abs. 1 eine einschlägige Bestimmung. Abs. 2 könnte mit wenigen Worten so umredigiert werden, dass er zum Gesetz erheben würde, was heute durch die Urteile der gewerblichen Schiedsgerichte als allgemeiner Ortsgebrauch angenommen wird: wenn das gekündete Dienstverhältnis über die Kündigungsfrist hinaus stillschweigend fortgesetzt wird, so gilt die (früher geschehene) Kündigung als nachträglich aufgehoben, und die Lösung des Dienstverhältnisses kann normalerweise nur mehr durch neuerliche Kündigung herbeigeführt werden. Es scheint mir richtiger zu sein, das stillschweigende Weiterarbeiten nach Ablauf der Kündigungsfrist dahin zu deuten, dass die Kündigung in beidseitigem stillschweigendem Einverständnis wieder rückgängig gemacht worden sei, als von einem neuen Dienstverhältnis zu reden. Einem neuen Dienstverhältnisse müsste ja wieder die gewöhnliche vierzehntägige Probezeit vorausgehen, während bei dieser Fortsetzung des gekündigten Dienstverhältnisses eine neue Probezeit tatsächlich nicht verlangt wird und nicht verlangt werden kann; es würde ihr ja der eigentliche Charakter der „Probe“ abgehen.

Redaktionell ist zu Art. 342, 2 O. R. ferner noch zu bemerken, dass besser von einer „Fortsetzung“ statt einer „Erneuerung“ des Vertrages die Rede ist; „erneuert“ kann dieses Dienstverhältnis aus dem einfachen Grunde nicht werden, weil es ja (bei Unterlassung der Kündigung) nicht abgelaufen ist.

In neuester Zeit macht sich von gewissen Seiten das Bestreben bemerkbar, das Kündigungsrecht des Meisters einzuschränken. Ins Ungeheuerliche geht aber die Forderung, der Arbeitgeber solle seinen Arbeitern, „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.“⁵⁵⁾ — Doch, das steht ja noch nicht im O. R. und ich will an Hand des O. R. über den Dienstvertrag mich äussern!

VIII. Die wichtigen Gründe sofortiger Vertragsaufhebung.

Aus wichtigen Gründen kann die Aufhebung des Dienstvertrages vor Ablauf der Dienstzeit von jedem Teile verlangt werden.⁵⁶⁾

Im Gegensatz zur deutschen Gewerbeordnung §§ 123 und 124⁵⁷⁾ und zur österreichischen §§ 82 und 82a hat unser O. R. die wichtigen Gründe weder spezialisiert noch beispielsweise erläutert, was meines Erachtens wegen des Fehlens eines schweizerischen Gewerbegesetzes notwendig gewesen wäre.⁵⁸⁾ Prof. Treichler hatte als Referent über den Titel (V.) Dienstvertrag im September 1878 der Kommission zur Beratung des Entwurfes eines schweizerischen O. R. in zwei Artikeln Anträge gestellt, welche der Rechtsprechung einen Anhaltspunkt geben sollten, was unter wichtigen Gründen zur sofortigen Vertragsaufhebung, sowohl von Seiten des Dienstberechtigten als des Dienstpflchtigen zu verstehen sei. Sie beliebten aber nicht. Man schwärzte fürs Allgemeine und verflachte; ohne weitere gesetzliche Handhabe musste der Richter tastend nach den wichtigen Gründen von Art. 346 suchen. Er hat deren mit der Zeit verschiedene gefunden und es hat sich im Anschluss an Art. 346 wie an manche andere schlecht redigierte Gesetzesbestimmung eine vernünftige gerichtliche Praxis angegliedert, die nun für denselben bestimmend wirkt. Dies involviert aber alle Nachteile der Präjudizien: den Präjudizienkult sowohl, als die nicht genügend verbürgte Rechtssicher-

⁵⁵⁾ Lotmar in den Verh. des Schweiz. Juristenvereins 1902, I. Heft S. 48.

⁵⁶⁾ Die Verhältnisse in früherer Zeit schildert Thalberg.

⁵⁷⁾ Ueber die Beziehungen zwischen B. G. B. § 626 und den zitierten §§ der G.-O. siehe von Schultz und Schalhorn S. 156.

⁵⁸⁾ Das schon mehrfach zitierte zürch. Polizeigesetz für Handwerksgesellen etc. hatte in §§ 10 und 11 die wichtigen Gründe sofortiger Vertragsaufhebung detailliert.

heit.⁵⁹⁾ Die „wichtigen Gründe“ sollten wenigstens zur Wegleitung für den Richter einigermassen präzisiert sein.

Für sogen. „Dienste höherer Art“ die Kündigung ohne wichtige Gründe wegzubedingen, wie das deutsche B. G. B. dies in § 628 tut, halte ich vom wirtschaftlichen Standpunkt aus für unzulässig. Dienstnehmer, die solche Dienste leisten, sollten nicht schlechter gestellt sein als andere. Ueberdies kommt man auf diese Weise wieder zu einer Klassifizierung der gewöhnlichen und der „bessern“ Dienste, die einige Aehnlichkeit hat mit den artes liberales et illiberales; diesen Unterschied will man aber grundsätzlich aufgehoben wissen.

Der Richter soll nach seinem freien Ermessen über das Vorhandensein wichtiger Gründe zur sofortigen Vertragsaufhebung entscheiden. Praktisch macht sich nun die Sache beim gewerblichen Dienstvertrag immer so, dass der Vertrag aufgehoben wird; dann erst gelangt die eine oder andere Partei oder beide klagend an den Richter. Es kommen daher viele unmotivierte Vertragsaufhebungen vor, die bei einiger Vorsicht zu vermeiden wären. Ob man nicht durch eine gesetzliche Bestimmung darauf hinwirken könnte, dass der Richter nicht erst post festum über die wichtigen Gründe zu entscheiden hätte? Es wäre auf diese Weise manche Schadenersatzklage aus sofortiger Vertragsaufhebung zu umgehen. Allerdings müssten die Gerichte dann sehr prompt arbeiten; eine einzelrichterliche Kompetenz dürfte da, wo keine gewerblichen Schiedsgerichte existieren, für diesen Zweck genügen.

Die gerichtlich anerkannten wichtigen Gründe zur sofortigen Vertragsaufhebung sind sehr vielgestaltig. Besonders häufig kommt die Nichtinnehaltung der Verpflichtung des Dienstnehmers vor in Form von Arbeitsumgehung und -verweigerung. Die Arbeitsverweigerung treffen wir oft bei einzelnen Arbeiten, welche der Dienstnehmer unter seiner Würde hält, oder überhaupt ungerne tut. Bei Arbeiten, die zum Geschäftskreis des Berufes gehören, ist der Meister aber nicht ver-

⁵⁹⁾ Das Bundesges. betr. die Arbeit in den Fabriken schafft in Art. 9 wenigstens für die Fabrikarbeiter einige Remedur.

pflichtet, Klassenabstufungen der Arbeitsleistungen anzuerkennen.⁶⁰⁾ Die schweizerische Rechtsprechung ist über diesen wichtigen Grund der sofortigen Vertragsaufhebung einig. Einig ist sie auch darüber, dass der Streik, wenn nicht die Dienstverhältnisse durch ordnungsmässige Kündigung gelöst werden, unter diese Arbeitsverweigerung zu subsumieren und als solche zu behandeln ist.

Das Gewerbegericht Berlin hat entschieden, dass dreitägiges Fernbleiben von der Arbeit ohne triftige nachweisliche Entschuldigung einen Grund zur sofortigen Entlassung bilde.

Das „Blauen machen“ ist, wenn es trotz Verwarnung wiederholt vorkommt, ein Entlassungsgrund; auch darüber ist die Jurisdiktion einig.⁶¹⁾ Ebenso ist sonstiges unmotiviertes Wegbleiben von der Arbeit zu behandeln. Wiederholtes oder regelmässiges Zuspätkommen trotz Verwarnung ist auch Entlassungsgrund.⁶²⁾

Arbeitsuntüchtigkeit, sofern sie nicht als vollständige Unfähigkeit zu qualifizieren ist, bildet keinen Entlassungsgrund, weil ultra posse nemo obligatur.⁶³⁾ Allerdings ist durch diesen Standpunkt die Schadenersatzklage gegen den Dienstnehmer nicht ausgeschlossen, der sich zu Diensten verpflichtete, die er nicht seinem Versprechen gemäss zu leisten im Stande ist.

Gegenseitige Reibereien können unter Umständen auch zur sofortigen Vertragsaufhebung führen, ebenso wiederholt unanständiges Betragen. Beschimpfungen sind, gleich wie Täglichkeiten, wichtige Gründe sofortiger Vertragsaufhebung. Die letztern mit einer Einschränkung, die sich freilich nicht aus dem Gesetze ergibt, aber nichtsdestoweniger am Platze ist. Dem Lehrmeister wurde gegenüber seinem Lehrjungen von

⁶⁰⁾ Siehe Jahresbericht der gewerblichen Schiedsgerichte Basel pro 1894.

⁶¹⁾ Der kantonale st. gall. Gewerbeverband hat 1891 sich an seiner Delegiertenversammlung speziell mit der Frage des Blauenmachens und den daraus entstehenden Konsequenzen befasst. — In Werkstatt- und Fabrikordnungen kann auch das einmalige Blauenmachen als Grund zur Lösung des Dienstvertrages normiert werden.

⁶²⁾ Vergl. Unger S. 104.

⁶³⁾ So argumentiert wenigstens Unger S. 116.

jeher ein mässiges Züchtigungsrecht zugestanden.⁶⁴⁾ Das gewerbliche Schiedsgericht Zürich führte in einem Entscheide aus: das Gericht steht auf dem Standpunkte, dass Schläge, und zwar auch Ohrfeigen einem Lehrjungen gegenüber so viel als möglich zu vermeiden seien, und dass das Ziel und der Zweck der Lehre mit andern Mitteln besser erreicht werden dürfte. Indessen steht das Gericht nicht an, dem Meister gewissermassen als letztes Zuchtmittel bei offenbarer Böswilligkeit des Lehrlings das Recht einer gelegentlichen Applikation einer Ohrfeige oder „Maulschelle“ zuzugestehen.

Wenn der Arbeitnehmer sich in geschäftsschädigenden Aeusserungen über seinen Meister auslässt, oder Handlungen vornimmt, die dazu angetan sind, diesem zu schaden (sei es zu Gunsten seiner selbst, wenn er z. B. selber ein Geschäft zu eröffnen im Begriffe steht,⁶⁵⁾ oder für sich selber ein Geschäft machen will,⁶⁶⁾ sei es zum Vorteile eines Konkurrenten des Meisters, oder endlich überhaupt nur, um ihm Schaden zuzufügen), so kann er sofort entlassen werden.

Ein eigentümliches Urteil haben die Gewerbegerichte von Bern gefällt, indem sie entschieden, dass „begründeter Verdacht der Untreue eines Angestellten“ einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 346 O. R. bilde.⁶⁷⁾ Diesen Entscheid halte ich für total verfehlt, auch abgesehen von dem etwas unklaren Begriff der Untreue. Weil — im konkreten Fall — „die Hafervorräte unverhältnismässig rasch zur Neige gingen,“ soll man den Dienstvertrag sofort aufheben können? Das scheint mir zu streng. Die deutsche Gewerbeordnung in § 123, 3 gibt dem Meister das Recht, Gesellen und Gehilfen sofort zu entlassen, wenn sie eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung, eines Betruges sich schuldig machen. Deutsche Gewerbegerichte erklärten, gestützt auf den zitierten Paragraphen der G. O., Diebstahls- und Betrugsvorwurf als keine

⁶⁴⁾ Vergl. über diese Frage auch Dr. A. Huber, S. 27—29.

⁶⁵⁾ Siehe „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 192.

⁶⁶⁾ Siehe Zeitschr. des bern. Juristenvereins XXVII, S. 468.

⁶⁷⁾ Jahresbericht von 1901, S. 12.

Gründe zur sofortigen Entlassung.⁶⁸⁾ So weit möchte ich allerdings de lege ferenda nicht gehen. Noch lieber aber würde ich diesen Standpunkt einnehmen, als denjenigen der Gewerbe gerichte Berns. Gegen den Arbeiter, der sich des Diebstahl versuchs schuldig gemacht, kann man sich schützen (und durch Kündigung sich seiner entledigen; er wird wohl meist vor ziehen sofort zu gehen). Die Gewerbe gerichte Berns sind aber nicht sicher, ob sie nicht dem Arbeiter durch ihr Urteil über den „begründeten Verdacht der Untreue“ blutiges Unrecht zugefügt haben.

Darüber, ob während der Krankheit eines Arbeiters dem selben nicht gekündigt werden dürfe, oder ob die Kündigungs frist in ihrem Ablaufe gehemmt werde, besteht noch keine feste Gerichtspraxis. Gesetzliche Bestimmungen sollen hier Ordnung schaffen, wenngleich zuzugeben ist, dass die Aufstellung derselben wegen der verschiedenen im Spiele stehenden Interessen nicht just eine leichte sein wird. Indes, man wage es! Es können über die Frage, ob der Meister verpflichtet sei, einem Arbeiter, nachdem derselbe wegen Krankheit längere Zeit (z. B. ein halbes Jahr) nicht mehr im Betriebe tätig war, seine Stelle offen zu behalten, die Antworten kaum geteilte sein. Durch einen so langen Unterbruch der Arbeit löst sich das Dienstverhältnis von selbst. „Durchwegs betrachtet man das Dienstverhältnis als stillschweigend aufgelöst, sobald die Krankheit so lange angedauert hat, dass sie nicht mehr als blos vorübergehend bezeichnet werden kann. Dies ist auch allein sachgemäß und den praktischen Bedürfnissen entsprechend. Man kann den Arbeitgeber doch nicht auf unbestimmte Zeit verpflichten, sich blosser Stellvertreter zu bedienen. Wenn mehrere Angestellte zugleich krank würden, so könnte dies nachgerade zu unhaltbaren Verhältnissen führen.“⁶⁹⁾ Für selbst verschuldete Krankheiten kommen diese Erwägungen überhaupt nicht in Frage.

Der Dienstannahmeverzug von Seiten des Arbeitgebers führt zur Vertragsaufhebung, falls es sich nicht um ortsüb-

⁶⁸⁾ Unger S. 95 und 98.

⁶⁹⁾ „Meisterrecht und Arbeiterrecht“ Nr. 90.

liches Feiern handelt oder um zeitweisen Arbeitsmangel, für welchen der Meister den Arbeitern gegenüber aufkommt. Der Meister darf auch nicht zur Schikane des Arbeiters diesen ohne Arbeit lassen, sondern der Arbeiter hat ein Recht darauf, innerhalb der soeben gezogenen Grenze Arbeit zu verlangen und zu erhalten.

Lohnrückstand berechtigt den Gesellen zur sofortigen Aufhebung des Dienstvertrages. Es kommen dabei natürlich die konkreten Verhältnisse in Betracht. Einfach zu deklarieren: ein Lohnrückstand von drei Tagen berechtigt zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses, wie dies der Jahresbericht 1902 des gewerblichen Schiedsgerichtes Zürich tut, ist unrichtig. Falsch erscheint mir indes auch ein Basler gewerbege richtlicher Entscheid (Jahresbericht 1894 S. 10, Nr. 6), der dahin geht, die Nichtzahlung des Lohnes zur vertraglichen Zeit berechtige bloss zur Kündigung. Man kann dem Arbeiter, der des Lohnes meist sofort bedarf, nicht zumuten, bei seinem Meister weiter zu arbeiten auf die Gefahr hin, den Lohn nicht zu erhalten. Bei der Frage der sofortigen Aufhebung des Dienstvertrages wegen Lohnrückstandes aber kann man auch nicht schablonenhaft vorgehen, sondern muss den einzelnen Fall ins Auge fassen. Die deutsche sowohl (§ 123, 4) als die österreichische Gewerbeordnung (§ 82,a) enthalten eine bezügliche Bestimmung unter den Gründen zur sofortigen Vertragsaufhebung. Uns fehlt sie. Ihr Platz ist im Gewerbegesetz.

Im Anschluss an diesen Abschnitt sei mit einem Worte noch

das Dienstzeugnis

gestreift. Das O. R. schweigt sich darüber aus. Durch Bundesratsbeschluss vom 23. April 1880 wurde bestimmt, dass ein Fabrikant berechtigt sei, die Bestimmung in seine Fabrikordnung aufzunehmen, dass, wer grundlos ohne Kündigung austrete, den Anspruch auf ein Entlassungszeugnis verliere. Implicite scheint mir dieser Entscheid die grundsätzliche Zeugnispflicht des Arbeitgebers zu enthalten. Der Bundesrat

hat dabei innerhalb seiner Kompetenz gehandelt; er kann in „Gemässheit des Gesetzes“ Verordnungen erlassen und Weisungen vornehmen. Laut „Arbeiterstimme“ vom 2. Oktober 1903 hat der zürcherische Regierungsrat am 14. Dezember 1878 ebenfalls einen bezüglichen Beschluss gefällt, der dahin geht: der Arbeitgeber kann ein Zeugnis über das Verhalten des Arbeiters verweigern, ist aber gehalten, ihm zu bescheinigen, wie lange und in welcher Stellung er gearbeitet hat.⁷⁰⁾

Dr. A. Huber in seinem Schriftchen „an die Richter der gewerblichen Schiedsgerichte in Basel“, S. 18, führt aus: Die Verweigerung der sofortigen Ausstellung eines Zeugnisses nach Aufhebung des Dienstvertrages ist unstatthaft. Das Verschieben der Ausstellung von Attesten führt zu einer ungerechtfertigten Schädigung des Arbeiters, besonders in den Fällen, wo zwischen den Arbeitgebern desselben Geschäftszweiges die Vereinbarung besteht, keinen Arbeiter einzustellen, der nicht den Abschied seines vorhergehenden Arbeitgebers vorweisen kann.

Damit ist der rechtliche Weg angedeutet, welchen der Arbeiter im Falle der Verweigerung eines Dienstzeugnisses gehen kann: seine Klage kann nur eine Schadenersatzklage sein, da ihm ein positives Recht auf Ausstellung des Zeugnisses nicht zusteht. Dieser Zustand ist ein durchaus unhaltbarer. Inhaltlich trifft der oben erwähnte Beschluss des zürcherischen Regierungsrates in Verbindung mit dem zitierten Bundesratsbeschluss vom 23. April 1880 das Richtige.

Die gesetzliche Normierung der Ausstellung von Dienstzeugnissen ist unbedingt von Nöten. — Die deutsche Gewerbeordnung in § 113 gibt dem Arbeiter auch das Recht, vom Meister zu verlangen, dass das Zeugnis sich auch auf die Führung (conduite) und Leistungen ausdehne. Die gleiche Stellung nimmt auch Oesterreich ein, s. die Gewerbeordnung § 81.

⁷⁰⁾ Vergl. das zürch. Polizeigesetz betr. die Handwerksgesellen etc. vom Jahre 1844 in § 13: Kein Meister kann von seinem Gesellen oder Arbeiter über die einfache Entlassungsbescheinigung hinaus zur Ausstellung eines weiteren Attestes angehalten werden. — Nach der „Arbeiterstimme“ gilt der Inhalt des genannten Beschlusses in der ganzen Schweiz so ziemlich allgemein.

Ein schweizer. Gewerbegegesetz wird ebenfalls über die Frage der Zeugnispflicht legiferieren, um eine fühlbare Lücke in der heutigen. Gewerbegegesetzgebung auszufüllen. Auch im O. R. dürfte eine dem § 630 des deutschen B. G. B. analoge Bestimmung enthalten sein, die aber auf alle Dienstverhältnisse auszudehnen wäre.

IX. Schadenersatz.

Vom Schadenersatz ist im XI. Titel O. R. nur in Art. 346, 3 bei „vertragswidrigem Verhalten des einen Teils“ als Ursache zur sofortigen Vertragsauflösung die Rede.

Wenn Dienstannahmeverzug und Dienstleistungsverzug als wichtiger Grund im Sinne von Art. 346 gelten, -- was aus dem Gesetze nicht hervorgeht, von der Gerichtspraxis aber allgemein angenommen wird, — so ist der aus solchem Verhalten resultierende Schaden auf Grund des zitierten Artikels klagbar; sonst allgemein nur gestützt auf Art. 111, in letzter Linie auf Art. 50. Schädigungen irgend welcher Art rubrizieren sich unter Art. 50 O. R., eventuell auch unter Art. 55.

Fast am wichtigsten ist beim gewerblichen Dienstvertrag die Entschädigungsfrage bei sofortiger grundloser Vertragsaufhebung. Das O. R. unterlässt es leider, eine Wegleitung zur Normierung des Schadenersatzes zu geben.⁷¹⁾ Es ist ein Verkennen der Verhältnisse, vom Meister in gleicher Weise wie vom Arbeiter den Nachweis des Schadens zu verlangen. Dem Arbeitnehmer gelingt der Schadennachweis sehr leicht, indem er die Höhe seines früheren Lohnes und den

⁷¹⁾ Die deutsche G.-O. in § 124 b. bestimmt dagegen: Hat ein Geselle oder Gehilfe rechtswidrig die Arbeit verlassen, so kann der Arbeitgeber als Entschädigung für den Tag des Vertragsbruches und jeden folgenden Tag der vertragsmässigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Taglohnes fordern. Diese Forderung ist an den Nachweis eines Schadens nicht gebunden. Durch ihre Geltendmachung wird der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages und auf weitern Schadenersatz ausgeschlossen. Dasselbe Recht steht dem Gesellen oder Gehilfen gegen den Arbeitgeber zu, wenn er von diesem vor rechtmässiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses entlassen worden ist.

Lohnausfall nachweist, dem Meister ist es aber bei vertragswidrigem Verhalten seines Gesellen in den wenigsten Fällen möglich, den Schaden, den er wirklich hat, als klare Rechnung dem Gerichte vorzulegen. Das zürcherische Polizeigesetz von 1844 verstand es, diesen Verhältnissen Rechnung zu tragen (§§ 15 und 16), freilich in einer Weise, die uns heute als antiquiert erscheint.

Unsere gewerblichen Schiedsgerichte anerkennen hie und da, dass dem Meister bei vertragswidrigem Verhalten seines Gesellen Schaden erwachse (siehe Nr. 66 a. E. und 115 a. E. in „Meisterrecht und Arbeiterrecht“), auch wenn ihm der Nachweis desselben in Franken und Rappen unmöglich ist.

Praktisch und rechtlich durchaus begründet ist der Standpunkt der gewerblichen Schiedsgerichte Basel⁷²⁾:

„Da es in fast allen Fällen unmöglich ist, den Schaden ziffernmässig genau festzustellen, indem schon kurze Zeit nach der Gerichtsverhandlung der Arbeiter zufällig wieder Arbeit finden kann, hat sich die Praxis gebildet, anzunehmen, dass in der Regel bei vierzehntägiger Kündigung der Schaden des Arbeiters die Höhe des Ertrages von zwölf Arbeitstagen erreiche, der Schaden des Arbeitgebers aber, der leichter wieder einen Ersatz für den ohne Kündigung ausgetretenen Arbeiter findet, als es umgekehrt der Fall ist, gewöhnlich etwas niedriger zu bemessen sei, wenn nicht ein gleich grosser oder grösserer Schaden nachgewiesen ist. Dieser Praxis liegt die Ansicht zu Grunde, dass es in zirka zwei Wochen dem Arbeiter möglich sein sollte, wieder Arbeit, und in zirka einer Woche dem Arbeitgeber möglich sein sollte, wieder einen Arbeiter zu finden.“ Die rechtliche Begründung zu diesem Vorgehen finde ich in Art. 346, 3: im Uebrigen werden die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung vom Richter nach freiem Ermessen bestimmt, unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches.

Diese Basler Praxis, zum Gesetze erhoben, wäre eine Ergänzung unseres O. R.; noch besser aber würde mir das

⁷²⁾ Dr. A. Huber, S. 21.

Prinzip von § 124b der deutschen Gewerbeordnung zusagen. Heute ist dem Arbeiter die sofortige unmotivierte Vertragsaufhebung bei uns entschieden zu leicht gemacht.

Gleichwie die Verweigerung der Annahme der Dienste, sei es als Verweigerung einer einzelnen Arbeit, sei es als Ausstand, in punkto Schadenersatz der sofortigen grundlosen Vertragsaufhebung gleichkommt, so verpflichtet der Dienstannahmeverzug prinzipiell zum Schadenersatz.⁷³⁾

Die Dienstannahmeverweigerung kommt in verschiedenen Formen vor. Die Entlassung vor Stellenantritt, sofern das Verhältnis vertraglich fest war, führt gemeinlich zur Schadenersatzklage. Ausnahmsweise fällt der Schadenersatz beim Annahmeverzug weg, z. B. beim sog. Feiern, d. i. die Arbeitseinstellung in einigen baugewerblichen Berufen, sofern sie durch ungünstige Witterungsbeeinflussung verursacht wird. Arbeitsmangel dagegen bildet keinen genügenden Grund zum „Feiern.“

Die Ansicht Endemanns:⁷⁴⁾ „nach dem Inhalte des Dienstvertrages wird die Vergütung versprochen für die Bereitstellung der Arbeitskraft innerhalb einer bestimmten Zeit. Für die Erfüllungspflicht des Dienstherrn bildet es daher keine Voraussetzung, dass er von den Diensten wirklich Gebrauch gemacht hat,“ . . . ist unrichtig. Sie ergibt sich weder aus § 611 B. G. B. (korresp. dem Art. 338 O. R.) noch aus § 612 und 615. Im Gegenteil: aus dem zweiten Satz des letztgenannten Paragraphen folgt der Schadenersatzcharakter der „Vergütung,“ die der im Annahmeverzug Befindliche zu leisten hat. Dieser Unterschied ist deswegen genau festzuhalten, weil davon das Quantum der zu zahlenden Summe abhängig ist.⁷⁵⁾

Bussen in Form von Lohnabzügen, ebenso die Rückbehaltung des Décompte (Lohneinbehaltungen im Sinne von § 119 a. der deutschen G. O.) haben neben dem Poenal-entschieden auch Schadenersatzcharakter; doch ist hier nicht näher

⁷³⁾ Siehe Endemann S. 1092 Anm. 24 und Crome II. Bd S. 652 ff. spez. S. 653.

⁷⁴⁾ a. a. O. Seite 1091.

⁷⁵⁾ Vergl. auch Hachenburg S. 36—37.

darauf einzutreten. Ausführungen hierüber gehören in ein Gewerbegesetz.

Die Haftung für anvertrautes Werkzeug, für Schädigungen, folgt bei uns den allgemeinen Schadenersatzbestimmungen. Ein Gewerbegesetz hätte auch hier Details zu ordnen.

X. Der Lehrvertrag.

Wie ich schon andernorts betont, will das O. R. keinen Lehrvertrag kennen, sondern sucht denselben im Dienstvertrag aufgehen zu lassen, was ihm übrigens nicht einmal redaktionell ganz gelungen ist, von der Verkennung des Charakters des Lehrvertrages ganz abgesehen. Es lässt sich ja freilich auch hier sagen, dass das Gewerbegesetz am besten den Lehrvertrag regle; solange wir aber kein solches haben, sollte das O. R. uns rechtliche Stütze sein.

De lege ferenda ist zu betonen, dass der Lehrvertrag kein Dienstvertrag im gewöhnlichen Sinne ist. Hachenburg definiert ihn S. 9 allerdings als solchen,⁷⁶⁾ aber der angezogene § 76 des deutschen Handelsgesetzbuches beweist eher das Gegenteil: der Lehrvertrag ist ein Vertrag sui generis. Man vergleiche übrigens ganz einfach die elementaren Rechte und Pflichten des Lehrvertrages mit den essentialia des Dienstvertrages im § 611, 1 des deutschen B. G. B., welcher dem Art. 338, 1 O. R. entspricht. „Der Lehrlingsvertrag ist kein Dienstvertrag, da er in erster Linie die Verpflichtung des Lehrherrn zur Ausbildung des Lehrlings zum Gegenstande hat.“⁷⁷⁾ Rechte und Verpflichtungen sind nicht rein obligatorischen Charakters, sondern ähneln familienrechtlichen Bestimmungen.

Dr. A. Huber charakterisiert den Lehrvertrag wie folgt:⁷⁸⁾ „der Lehrvertrag ist kein einfacher Dienstvertrag. Von diesem unterscheidet er sich durch drei ganz besondere Eigenschaften:

⁷⁶⁾ „Der Lehrvertrag ist ein Dienstvertrag zwischen Lehrherr und Lehrling, wonach jener zur Unterweisung des Letztern, dieser zu Diensten für den Erstern verpflichtet ist (§ 76 H. G. B.).“

⁷⁷⁾ Fischer und Henle, Kommentar zum deutschen B. G. B., ad § 611.

⁷⁸⁾ „An die Richter der gewerblichen Schiedsgerichte in Basel,“ S. 26 f.

erstens dadurch, dass der Lehrling der Erziehungsgewalt und Aufsicht des Lehrmeisters unterliegt, zweitens dadurch, dass der Lehrling die persönlichen Dienste, welche er leisten soll, vom Arbeitgeber erst zu erlernen hat, und drittens dadurch, dass die Vergütung des Arbeitgebers für die geleisteten Dienste in der Regel nur im Unterricht und in der Anweisung im Berufe besteht.“

Dadurch, dass unser Gesetz den Lehrvertrag einfach als Dienstvertrag qualifiziert, fehlen uns besondere Bestimmungen über die Fähigkeit, Lehrverträge abzuschliessen, resp. Lehrlinge zu halten, Bestimmungen, die sich in der deutschen G. O. finden und auch im zürcher. Gewerbegesetz vorgesehen waren. Die daraus folgenden Nachteile liegen auf der Hand. Es mangeln uns ferner gesetzliche Bestimmungen über den Schutz der gewerblichen Jugend vor Ueberanstrengung und Uebervorteilung,⁷⁹⁾ abgesehen von einigen diesem Zwecke dienenden Artikeln des Bundesgesetzes betr. die Arbeit in den Fabriken und kantonalen Gesetzen. Die Gesetzgebung über diese Materie sollte aber unweigerlich einheitlich, eidgenössisch, in einem Gewerbegesetze niedergelegt sein.

⁷⁹⁾ Vergl. einen bezügl. Aufsatz von Oberrichter Eugen Schwyzer, Zug, in der Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1900, Band XXXIX, 3. Heft, S. 193—283.
