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: 52 (1933)

Artikel: Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag

Autor: Schönenberger, W.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896221

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: 08.01.2026

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

Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag.

Referat von Prof. Dr. W. Schönenberger, Freiburg.

INHALTSVERZEICHNIS.

		Seite
Literatur und Abkürzungen		1a
I.	Das Dienstvertragsverhältnis als Ausgangspunkt der arbeitsrechtlichen Ordnung	2a
II.	Entwicklungslinien und Gestaltungsmittel des heutigen Arbeitsrechts	8a
III.	Die arbeitsrechtlichen Grundverhältnisse	18a
IV.	Das Grundverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im besondern	19a
V.	Das Grundverhältnis zwischen Staat und Arbeitgeber bezw. Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts	20a
VI.	Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag im allgemeinen	29a
VII.	Das Verhältnis der bundesrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften zum Dienstvertragsrecht	37a
VIII.	Eidgenössisches und kantonales Recht, insbesondere das Verhältnis zwischen kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht und Bundeszivilrecht	69a

LITERATUR UND ABKÜRZUNGEN.

Eine vollständige Zusammenstellung der Literatur findet sich bei Oser-Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage (13. Lieferung 1932, 14. Lieferung 1933), Vorbemerkungen zu Art. 319—362, S. 1114/6. Darauf wird verwiesen. Nur abgekürzt werden hier zitiert:

BGE	= Entscheidungen des Bundesgerichts, (amtliche Sammlung).
Burckhardt,	Kommentar der schweiz. Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931.

Egger, Kommentar zum Personenrecht, 2. Aufl. 1930.
Otto von Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Brunner, 1914 S. 37 ff.
Hafner, Das schweiz. Obligationenrecht, 2. Aufl. 1905.
Hug, Arbeiterschutz. Postulate zur eidg. Gewerbegesetzgebung. Entwurf eines allg. Arbeiterschutzgesetzes samt Begründung, dem eidg. Arbeitsamt unterbreitet vom schweiz. Verband evangelischer Arbeiter und Angestellter, 1929.
Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.
Kaskel, Die rechtliche Natur des Arbeiterschutzes, in: Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Brunner, 1914, S. 169—190.
Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4. Auflage, bearbeitet von Dersch, 1932.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1 (bearb. von Hueck), 3.—5. Aufl. 1931, Bd. 2 (bearb. von Nipperdey), 3.—5. Auflage 1932.
Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der jur. Fakultäten für das Reichsgericht, Bd. 4, 1929, S. 203—230.
Richter (Lutz), Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928.
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage 1927.
Staudinger-Nipperdey, Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. 2, Teil 2, 9. Aufl. 1928 (Dienstvertrag §§ 611 ff., erläutert von Nipperdey).
VAS 1, 2 = Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, im Auftrage des schweiz. Bundesrates herausgeg. vom eidg. Volkswirtschaftsdepartement, 2 Bde, 1925.

Weitere Literatur in den Anmerkungen zum Text.

I. Das Dienstvertragsverhältnis als Ausgangspunkt der arbeitsrechtlichen Ordnung.

Gemäss OR Art. 319 lässt der Tatbestand der Eingehung eines Dienstvertrags zwischen den beteiligten Personen, dem Dienstherrn und dem Dienstpflichtigen, als

Rechtsfolge ein Schuldverhältnis entstehen. Den Kern dieses Verhältnisses bildet die Verpflichtung zur Arbeitsleistung, der als Gegenverpflichtung die Pflicht zur Gewährung des vereinbarten oder üblichen Entgelts gegenübersteht.

Obligationenrechtlich sind auch die weitern Rechtsfolgen, die sich aus der Natur des Vertragsverhältnisses, aus den übrigen Bestimmungen des Dienstvertragstitels, aus einschlägigen Gesamtarbeitsverträgen für die beteiligten Personen ergeben. Dem Dienstpflichtigen obliegt u. a. eine gewisse Pflicht zur Leistung von Mehrarbeit gemäss Art. 336 OR, die Gehorsamspflicht als Gegenstück zum Weisungs- oder Direktionsrecht des Dienstherrn, die Treuepflicht in ihren Auswirkungen nach der positiven und negativen Seite[1]). Der Dienstherr trägt an weiteren Verpflichtungen insbesondere die Pflicht zur Vorkehrung von genügenden Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren und die Sorge für angemessene und gesunde Arbeits- und Schlafräume gemäss Art. 339 OR, die Pflicht zur Ausrüstung mit Werkzeug und Material nach Art. 338, die Pflicht zur Gewährung von Lohnvorschüssen nach Massgabe von Art. 334, zum Ersatz von Aufwendungen und Auslagen, zur Einräumung der üblichen und angemessenen Freizeit gemäss Vorschrift des Art. 341, zur Ausstellung eines Zeugnisses zufolge Art. 342 etc.[2])

Ist somit der Dienstvertrag als obligationenrechtliches Verhältnis anzusprechen, so ist doch darauf hinzuweisen, dass er nicht ausschliesslich obligationenrechtlichen Charakter und Wirkung besitzt. Personenrechtliche Elemente sind mit dem Dienstvertrag verknüpft. Diese ergeben sich aus der Natur der vom Dienstpflichtigen geschuldeten Leistung. Der Dienstpflichtige hat Arbeit im Dienste eines andern zu verrichten. Eine Arbeitsleistung setzt nun aber eine Arbeitskraft voraus, die Arbeitskraft ihrerseits einen Träger. Wer Arbeit schuldet, ist mit

[1]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 319 N. 26—33.
[2]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 319 N. 34.

seiner Person unmittelbar am Arbeitsvorgang beteiligt. Denn Arbeitskraft und Arbeitsleistung lassen sich nicht von der Person des Arbeitenden trennen. Die Dienstleistung zieht unausweichlich die Person des Dienstpflichtigen in Mitleidenschaft. Menschliche Arbeit ist, wie jede Arbeit, ein zeitlich ausgedehnter Vorgang, kann nur durch Tätigsein während der Dauer des Arbeitsvorgangs erbracht werden, ist somit zeitgebunden, im Gegensatz zu einer Sachleistung, die sich in einem Zeitpunkt erledigen lässt. Der Dienstverpflichtung kann man sich nicht so entledigen wie einer Sachleistung, bei deren Erbringung der Schuldner unter Umständen nicht einmal selber tätig werden muss. Wer es übernommen hat, Arbeit auf Zeit im Dienste eines andern zu leisten, muss diese Arbeit selber tun, muss seine Kraft darauf verwenden und mit seiner Person „dabei sein" während der ganzen Dauer der Arbeit. Dieses Moment unterscheidet das Dienstvertragsverhältnis scharf von andern Dauerschuldverhältnissen, wie etwa vom Mietvertrag oder dem Sukzessivlieferungsvertrag, die nur eine einmalige oder mehrere zeitlich getrennte Handlungen oder die Aufrechterhaltung eines Zustandes bedingen. Der Dienstpflichtige aber schuldet ein Wirken, eine Arbeitsleistung, fortgesetztes Tätigsein während der Arbeitszeit. Dies erfordert den Einsatz der Person, ihrer körperlichen, geistigen, seelischen Kräfte, zieht den arbeitenden Menschen in den Arbeitsvorgang hinein.

Es ist somit eine Eigentümlichkeit des Dienstvertrags, dass er infolge der Natur der geschuldeten Leistung auch die Person des Schuldners in bestimmter Weise erfasst. Der Schuldner ist nicht bloss persönlich zu einer vermögenswerten Leistung verpflichtet, wie der Schuldner in einem andern Schuldvertrag. Er kann vielmehr die Leistung nur erbringen durch Einsatz seiner Person selbst. Wenn sich der Dienstnehmer zur Leistung von Diensten verpflichtet, so hat dies zur Folge, dass er gewissermassen selbst, mit seiner Person, in den Dienst des Dienstherrn tritt. Ihm obliegt eine Verpflichtung, die er mit seiner

Person und durch seine Person zu erfüllen hat. Gewiss behält der Dienstpflichtige die Verfügung über sich selbst und über seine Arbeitskraft, da er nur einen Ausfluss derselben, die Dienstleistung, dem Dienstherrn schuldet. Der Arbeitgeber hat weder Verfügungsrecht über die Person des Dienstpflichtigen, noch über seine Arbeitskraft, noch viel weniger ein Recht an der Person des Schuldners. Er besitzt nur ein Recht auf die Leistung des Dienstnehmers, ein Recht obligationenrechtlicher Natur. Aber da die Leistung des Dienstpflichtigen ihrem Wesen entsprechend den Einsatz seiner Person während der Zeit der Arbeitsverrichtung bedingt, so hat dies eine Rückwirkung auf die Person des Dienstpflichtigen selbst. Dieser selbst gerät infolge der eigenartigen geschuldeten Leistung in Abhängigkeit vom Dienstherrn. Dies im weitern auch noch deshalb, weil es sich um Leistungen im Dienste eines andern handelt, dessen Weisungen und Direktionen der Dienstpflichtige hinsichtlich der Arbeit im Rahmen des Vertrages und des Gesetzes unterworfen ist und sein muss, weil für die Ausführung der Dienste stets Anordnungen und Wegleitung für die einzelnen Arbeiten, Festlegung der Einzelheiten der Dienstleistung, des Arbeitsvorganges, des Arbeitsbetriebes erforderlich sind[3]).

Diese Einwirkungen auf die Person des Dienstpflichtigen aus dem Arbeitsvorgang und aus dem Verhältnis zum Dienstherrn werden in den meisten Fällen noch dadurch verstärkt, dass der Dienstnehmer während des Verweilens an der Arbeitsstätte weitern Einwirkungen ausgesetzt ist, die von der Arbeitsumgebung, den Arbeitsgegenständen, den Arbeitsumständen, von Nebenarbeitern und Vorgesetzten, von der Eingliederung in einen fremden Betriebskreis ausgehen. Dies alles sind regelmässige Begleiterscheinungen der Eingehung eines Dienstvertrags. Sie alle berühren die Persönlichkeit des Verpflichteten, während die Persönlichkeit des Dienstherrn am Arbeitsvorgang selbst unbeteiligt bleibt.

[3]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 319 N. 14, N. 26.

Die hervorgehobenen persönlichkeitsberührenden Momente machen den Dienstvertrag zu einem eigenartigen Rechtsverhältnis inmitten aller Schuldverträge. Ein obligationenrechtliches Verhältnis, das dermassen die Person des Schuldners erfasst, bedarf einer entsprechenden Ordnung, die über dem Hauptzweck der Obligation, dem Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt, dieser persönlichkeitsberührenden Wirkung der Erbringung der geschuldeten Leistung Rechnung trägt. Denn es geht dabei nicht bloss um die Leistung von Sachgütern oder Vermögenswerten, wie bei andern Obligationen, sondern zugleich um die Person des Verpflichteten selbst, um den lebendigen Menschen. Der Mensch ist grundsätzlich anders zu behandeln als Ware und Güter.

Zu dieser innern, aus dem Wesen der Dienstleistung folgenden Notwendigkeit einer besondern Ordnung des Dienstvertrags kommt ein äusseres, praktisch ebenso gewichtiges Moment. Für den grössern Teil der arbeitsfähigen Bevölkerung — man schätzt ihn auf $^2/_3$ bis $^3/_4$ — bedeutet die Eingehung eines Dienstvertrags eine nicht zu diskutierende Notwendigkeit. Der Dienstvertrag ist das wichtigste Mittel, für weite Kreise überhaupt die einzige Grundlage des Auskommens und des Unterhalts der Familie. In den meisten Fällen liegen die Dinge zudem so, dass der Arbeitnehmer nicht die ihm zusagende Arbeitsgelegenheit oder die günstigsten Arbeitsbedingungen abwarten kann. Die Gewinnung einer neuen Anstellung ist meistens mit Rücksicht auf die Gefährdung des Auskommens und die Zahl der Arbeitsuchenden zugleich so dringlich, dass der Arbeitnehmer faktisch jene Arbeitsbedingungen hinnehmen muss, die ihm vom Dienstherrn vorgeschlagen werden, während umgekehrt der Arbeitgeber nur selten gezwungen ist, sofort und zu jeden Bedingungen jemanden einzustellen. Angesichts dieses Zwanges, unter allen Umständen Arbeit und Anstellung, einen Arbeitgeber zu finden, tritt die theoretisch vorhandene Freiheit zur Eingehung eines Dienstvertrags und die

theoretische Gleichberechtigung der Kontrahenten bei der Festlegung der Dienstvertragsbedingungen zurück und wird vielfach überhaupt aufgehoben. An der Seite der oben besprochenen rechtlichen Abhängigkeit des Dienstpflichtigen vom Dienstherrn und den Arbeitsumständen steht vor und während des Dienstverhältnisses diese wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Diese zwingt ihn zur Eingehung eines Dienstvertrags, zwingt ihn weiter, dieses Verhältnis aufrechtzuerhalten, wie es sich auch entwickelt, selbst auf die Gefahr hin, dass seine Gesundheit, Geist und Seele darunter leiden.

In dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers liegen die besondern rechtlichen Probleme begründet, liegt die Veranlassung zur besondern Gestaltung des Dienstvertragsrechts, zum Ausbau des modernen Arbeitsrechts überhaupt. Darin liegt die Erklärung dafür, dass das Dienstvertragsrecht und allgemein das Arbeitsrecht weitgehend Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers sein muss. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers erklärt sich aus den persönlichkeitsberührenden Folgen der Arbeitsleistung im Dienste eines andern, aus der Möglichkeit seiner Benachteiligung durch den wirtschaftlich überlegenen Gegenkontrahenten im Wege ungünstiger Gestaltung der vertraglichen Arbeitsbedingungen, aus der Gefahr ungenügenden Schutzes vor den mit der Dienstleistung verbundenen Gefahren für Leib und Leben, Gesundheit und Sittlichkeit.

Diesem Zweck und Grundgedanken entsprechen die verschiedenen Mittel, die zur rechtlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, zum Schutz und zur Sicherung der Arbeitnehmer verwendet werden. Die Entwicklung hat gezeigt, dass durch dienstvertragliche Normen allein dieses Ziel nicht erreicht werden kann. Andere Mittel sind im Laufe der Entwicklung als Ergänzung hinzugetreten. Grundlage und Ausgangspunkt für deren Einsatz bildet indessen der Dienstvertrag. Diese Tatsache

soll der folgende kurze Überblick über die Gestaltungsmittel des heutigen Arbeitsrechts belegen, der dann die Basis bilden wird für die Untersuchung der Frage nach dem Verhältnis von Dienstvertragsrecht und öffentlichem Recht.

II. Entwicklungslinien und Gestaltungsmittel des heutigen Arbeitsrechts[4]).

a) Das Prinzip des freien Arbeitsvertrags.

Dem Grundsatz des wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts entsprach auf dem Gebiet des Privatrechts das Prinzip der Freiheit der Person, des Eigentums, der Verträge, im Arbeitsrecht speziell der Grundsatz des freien Arbeitsvertrags. Der leitende Gedanke war hier der, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich als gleichgestellte Parteien gegenübertreten und als rechtlich Gleichgestellte frei über ihr Rechtsverhältnis sich einigen. Der freie Arbeitsvertrag sollte die alleinige Grundlage aller Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein.

Das Dienstvertragsrecht, das auf solchen Voraussetzungen aufbaute, konnte sehr einfach sein. Ausser dem Grundsatz, dass Verträge verbindlich sind, bedurfte es sozusagen keiner weitern Bestimmungen. Soweit solche vom Gesetzgeber aufgestellt wurden, hatten sie wesentlich den Charakter von dispositivem Recht, das dazu bestimmt war, Lücken der Parteivereinbarung auszufüllen. Auf diesem Boden stand in der Hauptsache auch noch das OR von 1881, das in den 12 Bestimmungen der Art. 338 bis 349 die ganze Materie des Dienstvertrags erledigte und mit wenigen Ausnahmen nachgiebiges Recht bot.

b) Zwingendes Privatrecht.

Die Unzulänglichkeit dieses Systems musste sich rasch zeigen, zumal mit dem Übergang zur Maschinenarbeit und

[4]) Vgl. dazu Jacobi § 2, Lutz Richter S. 17 ff., Hug, Grundfragen des Arbeitsrechts, 1926 S. 12 ff., und eingehend Hug, Das Kündigungsrecht, Zürcher Diss. 1926, Bd. 1 S. 53 ff., 65 ff.

zum Fabrikbetrieb, zur Arbeitsteilung und zur Massenproduktion. Zu allen und jeden Bedingungen wurden Arbeitskräfte eingestellt, ohne Rücksicht auf jugendliches Alter, Gesundheit und Familie. Die Freiheit der Vereinbarung, die Gleichberechtigung der Kontrahenten erwies sich eben als eine bloss formale. Die wirtschaftlichen Kräfteunterschiede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer standen einem wirklich freien Arbeitsvertrag entgegen, mussten praktisch dazu führen, dass der Vertragsinhalt ganz nach dem Willen des Arbeitgebers festgesetzt wurde, wobei der Druck der freien Konkurrenz unter den Arbeitgebern noch beitrug, diese Bedingungen für den Arbeitnehmer im ungünstigen Sinn zu beeinflussen. Jene Verhältnisse, die auch aus der schweizerischen Industrie des letzten Jahrhunderts bekannt sind, illustrieren deutlich genug, dass das System des freien Arbeitsvertrags zur Unfreiheit führt und zu Erscheinungen, die dem Grundsatz von der Vorzugsstellung des arbeitenden Menschen vor Waren direkt widersprechen. Unzureichende Löhne, unbegrenzte Frauen- und Kinderarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit, tägliche Arbeitszeiten von 14 Stunden oder mehr, erhöhte Unfall- und Krankheitsgefahr im Gefolge der neuen Arbeitsmethoden und der Arbeit in unhygienischen Arbeitsräumen waren die bekannten Folgen jener Ausgangspunkte.

Um der menschlichen Persönlichkeit des Arbeitenden willen, mit Rücksicht auf den sozialen Charakter der Arbeit neben ihrer individuellen Seite, im Interesse der Volksgesamtheit mussten hier Änderungen getroffen werden. Dies geschah unter dem Einfluss der Sozialpolitik, der sozialen Reformbewegung des ausgehenden 19. Jahrhunderts, die sich für ihre Ziele u. a. des Mittels der staatlichen Gesetzgebung bediente, in der Absicht, auf der Basis des geltenden Rechts- und Wirtschaftssystems Abhilfe zu schaffen.

Das führte zunächst zu einer Beschränkung des Prinzips des freien Arbeitsvertrags zugunsten des Arbeit-

nehmers als des wirtschaftlich schwächern Teils. Durch eine Reihe von zwingenden Normen wurde der Inhalt des Dienstvertrags, Abschluss und Beendigung positiv und negativ festgelegt, der Parteivereinbarung entzogen mit der Wirkung, dass widersprechende Abreden wirkungslos sind. Die Ordnung des Dienstverhältnisses wurde eingehender getroffen, wobei man auch dazu überging, für besonders schutzbedürftige Kategorien von Dienstnehmern, wie z. B. Fabrikarbeiter, Sonderbestimmungen aufzustellen.

Aus solcher Einstellung heraus ist das Dienstvertragsrecht des OR von 1911 entstanden. Schon äusserlich hebt es sich vom alten OR ab. An Stelle der frühern 12 Bestimmungen sind 44 Artikel getreten, die in Spezialgesetzen (Fabrikgesetz, Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung) gewisse Ergänzungen gefunden haben. Diese Vorschriften sind inhaltlich so ausgestaltet worden, dass dadurch die Stellung des Dienstpflichtigen begünstigt wurde, wobei indessen auf die nationale Volkswirtschaft, auf Bestand, Schutzbedürfnis und Belastungsfähigkeit der Wirtschaft Rücksicht zu nehmen war. Eine Durchsicht unseres Dienstvertragstitels unter diesem Gesichtspunkt ergibt eine ganze Reihe von Gesetzesbestimmungen zum Schutz der Person des Dienstnehmers und des in der Regel wirtschaftlich schwächern Dienstpflichtigen durch zwingende Bestimmungen des Privatrechts[5]).

c) Öffentlichrechtliches Arbeitnehmerschutzrecht.

Es hat sich gezeigt, dass auch eine weitgehende Verstärkung des Dienstvertragsrechts mit zwingenden Bestimmungen, Geboten und Verboten, noch keinen hinreichenden Schutz des Dienstnehmers bedeutet und nicht ausreicht, den bedenklichen Folgen selbst eines ein-

[5]) Eine Zusammenstellung dieser Bestimmungen findet sich bei Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319—362 N. 16, worauf der Kürze halber verwiesen sei.

geschränkten Prinzips des freien Arbeitsvertrags zu begegnen. Zwingende Bestimmungen nehmen wohl entgegenstehenden Abmachungen die rechtliche Kraft und Erzwingbarkeit. Allein die Durchsetzung der durch zwingendes Recht geschaffenen Ordnung, die tatsächliche Einhaltung der aufgestellten Verbote und Beschränkungen ist damit noch nicht gewährleistet. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die Besorgnis um die Erhaltung einer Arbeitsstelle veranlasst vielfach den Arbeitnehmer, auf die tatsächliche Geltendmachung und Durchsetzung dieser zwingenden Vorschriften zu verzichten, ihre Verletzung in Kauf zu nehmen.

In weiterer Verfolgung der Bestrebungen der modernen Sozialpolitik wird daher zur Ergänzung des zwingenden Privatrechts durch öffentlichrechtliche Bestimmungen dem Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten von Staates wegen vorgeschrieben. Es werden öffentlichrechtliche Pflichten im Interesse der Gesamtheit und zum Schutz des Arbeitnehmers, seiner Person und seiner wirtschaftlichen Existenz statuiert, für deren Beachtung der Staat durch polizeiliche Mittel, Verwaltungszwang und Strafe sorgt. Staatliche Organe schreiten von sich aus ein, wenn die gebotenen Schutzvorkehren nicht getroffen werden, wenn Verbote nicht beachtet werden.

Neben das bisherige privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bestehend in Forderungsrechten und Pflichten des einen Vertragsteils gegenüber dem andern, tritt ein neues Rechtsverhältnis, an dem auf der einen Seite das Gemeinwesen, der Staat als Träger hoheitlicher Gewalt, auf der andern Seite in der Regel der Arbeitgeber, nur selten der Arbeitnehmer als Verpflichteter beteiligt ist. Dieses Verhältnis ist öffentlichrechtlicher Natur. Darin besteht das Wesen des Arbeitnehmerschutzrechts im eigentlichen Sinne.

Aus diesen nebeneinander bestehenden Rechtsverhältnissen, aus der privatrechtlichen Ordnung gemäss Dienstvertragsrecht und aus dem öffentlichrechtlichen Arbeit-

nehmerschutzrecht, welche beide den Schutz der Persönlichkeit des arbeitenden Menschen, wenn auch auf verschiedener rechtlicher Ebene und mit verschiedenen Mitteln verfolgen, ergibt sich ein besonderes Problem, dasjenige des Zusammenspiels dieser zwiefachen Ordnung. Es wird sich zeigen, dass das Arbeitnehmerschutzrecht gewisse Rückwirkung auf das privatrechtliche Verhältnis hat, sich als Beschränkung des Dienstvertragsrechts auswirkt, dass es sich aber darin nicht erschöpft.

Die Gesetzgebung hat in der Schweiz sehr früh zu diesem Mittel arbeitsrechtlicher Ordnung gegriffen. Es sei erinnert an die ältere kantonale Arbeiterschutzgesetzgebung des 19. Jahrhunderts vor Erlass des Fabrikgesetzes, die vor allem dem Kinder- und Frauenschutz und der Arbeitszeitbeschränkung galt[6]). Aus der bundesrechtlichen Ordnung ist das Fabrikgesetz vom 23. März 1877 zu erwähnen, welches einen bedeutsamen Betriebsgefahrenschutz, Beschränkungen der Arbeitszeit, Frauen- und Kinderschutz brachte; weiter das Gesetz betr. Lohnzahlung und Bussenwesen von 1902, die Samstagarbeitsnovelle von 1905, das neue Fabrikgesetz von 1914, das Bundesgesetz über die Beschäftigung der Jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben von 1922, das Bundesgesetz betr. die berufliche Ausbildung von 1930, das Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit von 1931. Daneben kommt die neuere kantonale Gesetzgebung in Betracht, die namentlich seit den 80er und 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wieder einsetzte zugunsten der nicht dem eidg. Fabrikgesetz unterstellten Arbeitnehmerschaft. Auf diese Gesetzgebung ist später näher einzugehen.

d) Öffentlichrechtliche Arbeitnehmerfürsorge.

Ein weiteres Mittel zum Schutz und zur Sicherung des Arbeitnehmers und seiner Familie besteht in der öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerfürsorge im eigent-

[6]) Zur Geschichte vgl. VAS I S. 411—425.

lichen Sinn (Wohlfahrtspflege, Schaffung von Nützlichkeiten). Arbeitnehmerschutzrecht bezweckt Minderung der drohenden Gefahren, Vorbeugung. Bei eintretendem Unfall, Krankheit und Beschäftigungslosigkeit, wie gegen die Folgen der Unsicherheit der Lebenslage im Alter etc. greifen fürsorgliche Massnahmen ein. Dies geschieht durch die Sozialversicherung mit ihren verschiedenen Zweigen, von denen wir insbesondere die Kranken- und Unfallversicherung kennen. Sie soll Schaden beseitigen, bei Krankheit und Unfall ein Auskommen sichern. Ergänzend tritt hinzu der öffentliche Arbeitsnachweis, die Arbeitsvermittlung, die Erwerbslosenfürsorge und die Arbeitslosenversicherung.

Das Rechtsverhältnis, das sich aus dieser Arbeitnehmerfürsorge ergibt, ist wiederum ein öffentlichrechtliches. Dem Arbeitnehmer wird ein Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen, ein subjektives öffentliches Recht auf verwaltungsmässige Fürsorge, bei der Kranken- und Unfallversicherung z. B. auf Entschädigung gewährt.

e) Berufsorganisation.

Die individualistische Rechtsordnung auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechts, von der oben unter a) die Rede war, kennt nur den einzelnen als beteiligten Faktor. Die natürliche Tendenz, der Schwäche des einzelnen unter dem System des freien Arbeitsvertrags zu begegnen und sie zu überwinden, war, wie zu allen Zeiten, der Zusammenschluss auf der Grundlage der Gleichartigkeit des Berufes, zunächst allerdings mit dem engen Ziel, vereint eine bessere Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durchzusetzen. Es bilden sich wieder Berufsorganisationen der Arbeitnehmer mit entsprechendem Kampfcharakter. Als Reaktion dagegen entstehen die Arbeitnehmerorganisationen, wiederum auf der Basis der Gleichartigkeit des Berufs, einer einzelnen Industrie.

Diese Verbände treten in den Arbeitsvertragsverhandlungen nun weitgehend an die Stelle des einzelnen, kontra-

hieren miteinander. Diese zunächst bloss sozialen Machtgebilde der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände erhalten, in den einzelnen Ländern früher, in andern später, rechtliche Bedeutung. Bei uns in der Schweiz vermöge eines weitherzigen Vereinsrechts sehr früh. Das Mittel zu rechtswirksamer Gestaltung der Einzeldienstverträge zwischen angeschlossenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern wird der Gesamtarbeitsvertrag, der im OR von 1911 in den Art. 322/3 eine erste, zweifellos nicht abgeschlossene Ordnung erhalten hat[7]).

Das Resultat dieser Entwicklung besteht darin, dass die Gestaltung des Dienstvertragsinhalts weitgehend nicht mehr Sache individueller Vereinbarung, sondern Angelegenheit kollektiver Ordnung ist, deren Träger die Berufsverbände sind. Die kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Schaffung korporativer Normen mittelst Gesamtarbeitsvertrag bietet für die Arbeitnehmerschaft die Möglichkeit, als tatsächlich, nicht bloss als formell gleichberechtigter Faktor an der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses mitzuwirken. Durch die den Berufsverbänden gewährte Kompetenz zur Schaffung von Arbeitsvertragsnormen für die Beteiligten wird eine gewisse Selbsthilfe der Arbeitnehmer möglich.

f) Betriebsorganisation, Mitbestimmungsrecht.

Auf der Grundlage der Tätigkeit im gleichen Betriebe ergibt sich eine weitere Möglichkeit des Zusammenschlusses der Arbeitnehmer. Die Betriebsorganisation kann in Betracht kommen als Träger eines Mitbestimmungsrechts im Betriebe, bei der Wahrnehmung der wirtschaftlichen Arbeitnehmerinteressen, in Fragen der Betriebsleitung, der Betriebsgestaltung, der Betriebsleistung und Ordnung, der Personalverhältnisse des Betriebes. Da die Betriebs-

---

[7]) Vgl. hierüber die eingehenden Ausführungen bei Oser-Schönenberger zu Art. 322/3.

vertretung nach schweizerischem Recht bis dahin noch keine Rolle spielt, erübrigt sich hier weiteres[8]).

g) Rechtsgestaltende Staatsakte.

Eine der neuesten Formen der Gestaltung des Dienstvertragsverhältnisses bilden die unmittelbar gestaltenden Staatsakte oder Eingriffe zwecks Begründung, bestimmter inhaltlicher Gestaltung oder Aufhebung von Arbeitsverhältnissen. Dieser Art sind etwa staatlich verfügte Zwangseinstellungen, Erschwerung der Entlassung durch das Erfordernis behördlicher Zustimmung, vor allem aber die staatliche Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen bei Kollektivstreitigkeiten, derzufolge die private Willenseinigung durch rechtsgestaltenden Staatsakt ersetzt wird oder die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, die wir indessen im schweiz. Recht nicht kennen[9]). Ein neuestes Beispiel für behördliche Eingriffe gibt das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung: nach Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c kann die Auflösung des Lehrverhältnisses aus wichtigem Grund nicht bloss durch den Betriebsinhaber und den Lehrling, bzw. dessen Vertreter, sondern auch durch die zuständige Behörde erfolgen.

h) Selbstverwaltung.

Als letztes, aber für Gegenwart und Zukunft nicht am wenigsten bedeutsames Mittel der Gestaltung des arbeitsrechtlichen Verhältnisses sei auf die Selbstverwaltung hingewiesen. Sie kommt in Betracht sowohl für die Regelung des Vertragsverhältnisses (Normsetzung durch Berufsverbände im Gesamtarbeitsvertrag), für die Arbeitsverwaltung (Durchführung des Betriebsschutzes, Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Sozialversicherung, Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten), schliesslich

---

[8]) Vgl. Kaskel-Dersch S. 306/7, 313, 327 ff. über Betriebsorganisation.

[9]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 322 N. 3, 323 N. 31.

bei der Arbeitsrechtsprechung (Besetzung der Arbeitsgerichte, Gewerbegerichte).

i) Internationale Ordnung arbeitsrechtlicher Fragen.

Das Arbeitsrecht wird in neuerer Zeit erheblich durch internationale Organisationen privater Art, einzelstaatliche Abkommen und neuestens durch die internationale Organisation (Verband) der Arbeit mit den internationalen Arbeitskonferenzen und dem internationalen Arbeitsamt beeinflusst. Dies geschieht durch Übernahme empfohlener Gesetze und Entwürfe ins einzelstaatliche Recht. Für unsere Frage hat dieser Faktor keine unmittelbare Bedeutung, sondern kommt höchstens insofern in Betracht, als unsere Gesetze zum Teil auf solchen Konventionen beruhen.

k) Ergebnis.

Der Überblick über diese Gestaltungsfaktoren lässt einen wesentlichen Zug des modernen, auch des schweizerischen Arbeitsrechts hervortreten: an den Tatbestand der Arbeitsleistung in fremdem Dienst knüpfen sich eine ganze Reihe von Rechtsfolgen verschiedener Art. Zahlreiche arbeitsrechtliche Grundverhältnisse und Rechtsbeziehungen sind die Folge, entsprechend den verschiedenen Rechtssubjekten, die daran beteiligt sind.

Die heutige Regelung, die vom Dienstvertrag als Ausgangspunkt ausgeht, ist nicht das Resultat eines Planes, sondern das Ergebnis einer Reihe von Aushilfen, Ergänzungen und Korrekturen, die schliesslich nur durch den gleichen Zweck verbunden sind: Schutz der Persönlichkeit des arbeitenden Menschen gegenüber den persönlichkeitsberührenden Wirkungen der Arbeitsleistung im Dienste eines andern, Schutz des als wirtschaftlich schwächer angenommenen Vertragspartners, des auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesenen Dienstnehmers. Die verschiedenen Gestaltungsmittel, die zu diesem Zweck zu-

sammenwirken, sind im Lauf der Zeit je nach Bedürfnis und Dringlichkeit eingesetzt, dem bestehenden System eingefügt worden. Auf einer bestimmten Schicht von Rechtssätzen und Rechtsverhältnissen mit einheitlicher Grundlage ist mehrfach ein Überbau aus andersgestalteten Rechtsnormen und Verhältnissen errichtet worden, wobei öfters anlässlich dieses Überbaues an der bestehenden Basis noch Änderungen getroffen wurden.

So haben wir im heutigen Arbeitsprivatrecht individualrechtliche Normen durchsetzt mit kollektiver Ordnung (durch Gesamtarbeitsvertrag). Wir haben daneben öffentliches Recht für verschiedene Verhältnisse, an denen auf der einen Seite der Staat, ein Gemeinwesen, auf der andern Seite zum Teil ein Arbeitgeber, in andern Verhältnissen der Arbeitnehmer beteiligt ist. Das heutige Arbeitsrecht ist nicht aus einem Gusse. Es ist das Resultat verschiedener Kräfte und muss als etwas geschichtlich Gewordenes begriffen werden. Diese Tatsache vermag eine gewisse Kompliziertheit und Undurchsichtigkeit der Regelung zu erklären. Eine Reihe von Besonderheiten dieser Rechtsmaterie liegt allerdings in den zu ordnenden Verhältnissen begründet; andere aber erklären sich aus dem verschiedenen Alter, aus widersprechenden Ausgangspunkten und besondern Zielen der einzelnen Gesetze und Bestimmungen. Anderseits entspricht diese Mischung verschiedenartiger Verhältnisse durchaus der Verschiedenheit der im wirtschaftlichen und sozialen Leben miteinander ringenden Kräfte, dem individuellen und sozialen Charakter der menschlichen Arbeit überhaupt.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, das gegenseitige Verhältnis dieser verschiedenen Gestaltungsmittel zu bestimmen, die Beziehung der verschiedenen Rechtsverhältnisse nach privatem und öffentlichem Recht, die sich an den Tatbestand des Eintritts einer Person in den Dienst einer andern knüpfen, zu klären. Ein Ausschnitt aus diesem Fragenkomplex bildet die vorliegende Arbeit, die speziell der Frage nach dem Verhältnis von öffentlichem

Arbeitnehmerschutzrecht und Dienstvertragsrecht de lege lata gewidmet ist.

In Verfolgung dieser Aufgabe wird zunächst ein Überblick über die sog. arbeitsrechtlichen Grundverhältnisse gegeben (III). Anschliessend ist das bekanntere Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach Dienstvertragsrecht zu berühren (IV). Darauf wird das aus dem Arbeitnehmerschutzrecht sich ergebende Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Arbeitgeber untersucht (V), worauf dann die Einwirkungsmöglichkeiten des Arbeitnehmerschutzrechts auf das Dienstvertragsrecht im allgemeinen erwogen werden (VI). Auf dieser Basis wird darnach das Verhältnis nach schweizerischen Rechtsquellen im einzelnen geprüft, und zwar unter VII das Verhältnis der eidgenössischen Arbeitnehmerschutzbestimmungen zum Dienstvertrag und abschliessend die Zulässigkeit und Bedeutung des kantonalen Arbeitnehmerschutzrechts gegenüber dem öffentlichen Recht des Bundes und dem Bundeszivilrecht (VIII).

III. Die arbeitsrechtlichen Grundverhältnisse.

Die Vielzahl der Rechtsverhältnisse, die sich entsprechend den einzelnen Rechtsfolgen mit der Eingehung eines Dienstvertrags zwischen Dienstherr und Dienstnehmer, ferner zwischen Dienstherr oder Dienstnehmer und Dritten, insbesondere dem Gemeinwesen, ergeben, lassen sich auf einige wenige Grundbeziehungen zurückführen, die man im Anschluss an Lutz Richter als arbeitsrechtliche Grundverhältnisse bezeichnen kann.

Je nachdem man vom Arbeitnehmer oder Arbeitgeber ausgeht, gelangt man zu folgenden Grundverhältnissen:

a) Vom Arbeitnehmer aus gesehen kommen in Betracht:

1. Das Grundverhältnis des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber (Dienstvertrag).

2. Das Grundverhältnis des Arbeitnehmers zu seinen Berufsgenossen (Arbeitnehmerverband, Berufsverband, Gewerkschaft).
3. Das Grundverhältnis des Arbeitnehmers zu den Betriebsgenossen (Betriebsvertretung).
4. Das Grundverhältnis des Arbeitnehmers zum Staat (zum Teil im Arbeitnehmerschutzrecht, vor allem aber hinsichtlich der Sozialversicherung etc.).

b) Vom Arbeitgeber aus gesehen:

5. Das Grundverhältnis zum Arbeitnehmer (= Ziffer 1, Dienstvertrag).
6. Das Grundverhältnis des Arbeitgebers zu den Berufsgenossen (Arbeitgebervereinigung).
7. Das Grundverhältnis zur Arbeitnehmerschaft des Betriebes (Betriebsverfassung).
8. Das Grundverhältnis des Arbeitgebers zum Staat (auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts).

Für unsere Untersuchung fallen aus diesen Beziehungen in Betracht das Grundverhältnis des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer (Ziffer 1 und 5), ferner das Grundverhältnis des Arbeitgebers, gelegentlich auch des Arbeitnehmers zum Staat, veranlasst durch die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung (Ziffer 8, zum Teil Ziffer 4). Auf diese beiden Grundverhältnisse ist näher einzugehen.

IV. Das Grundverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im besondern.

Dieses Grundverhältnis ist gleichbedeutend mit dem Dienstvertragsverhältnis. Der Dienstvertrag begründet privatrechtliche Verhältnisse, Rechte und Pflichten unter den Vertragsparteien, zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer, die sich im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Austausch von Dienstleistung und Entgelt ergeben[10]) Als Beteiligte

[10]) Vgl. oben I S. 2a ff.

dieses Rechtsverhältnisses erscheinen lediglich Dienstherr und Dienstpflichtiger, dagegen keinerlei Träger öffentlicher Gewalt oder Vertreter öffentlicher Interessen in seiner spezifischen Eigenschaft. Durch Dienstvertragsrecht werden lediglich die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt.

Abschluss, Inhalt und Beendigung dieses Verhältnisses ist den beteiligten Personen anheimgegeben. Die Durchsetzung erfolgt ausschliesslich auf Betreiben der Parteien durch Anrufung der Gerichte, genau wie für jedes andere privatrechtliche, insbesondere obligationenrechtliche Verhältnis.

Für die inhaltliche Gestaltung und die Beendigung des Dienstvertragsverhältnisses gilt indessen nicht mehr der Grundsatz des freien Arbeitsvertrags. Aus den früher besprochenen Gründen sind mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Dienstnehmers bereits durch Privatrecht dem Belieben der Parteien Beschränkungen gesetzt durch eine grosse Zahl von zwingenden Vorschriften, die im Dienstvertragstitel des OR oder in privatrechtlichen Bestimmungen von Spezialgesetzen (Fabrikgesetz, Gesetz über die berufliche Ausbildung etc.) enthalten sind. Allein auch diese zwingenden Bestimmungen sind und bleiben gemäss herkömmlichen Begriffen Privatrecht. Sie gewähren nämlich demjenigen, zu dessen Gunsten sie geschaffen sind, nur privatrechtliche, vertragsmässige Ansprüche und machen gegenteilige Abrede wirkungslos. Obgleich dieses zwingende Privatrecht auch den Schutz des Arbeitnehmers verfolgt, so gehört es nicht zum Arbeitnehmerschutzrecht im juristisch-technischen Sinn, dessen Charakter nunmehr zu untersuchen ist.

V. Das Grundverhältnis zwischen Staat und Arbeitgeber bezw. Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts.

Gerade weil zwingendes Privatrecht nur private Ansprüche gewährt und einen Schutz, dessen Verwirklichung

vom Arbeitgeber und besonders dem Arbeitnehmer abhängt, besteht keine Gewähr, dass diese Beschränkungen und Rechte auch effektiv durchgesetzt werden. Furcht vor Kündigung, Unbeholfenheit, mangelnde Rechtskenntnis oder Gleichgültigkeit vereiteln dies in Wirklichkeit zu oft. Als wirksameres Mittel wird daher das Arbeitnehmerschutzrecht im eigentlichen Sinne geschaffen.

a) Unter Arbeitnehmerschutzrecht wird verstanden die Gesamtheit jener öffentlichrechtlichen Normen, welche dem Arbeitgeber (gelegentlich auch dem Arbeitnehmer) gegenüber dem Staate Pflichten und Beschränkungen auferlegen zur Abwendung von Gefahren und zum Schutz vor Nachteilen, die erfahrungsgemäss für den Arbeitnehmer mit dem Arbeitsverhältnis verbunden sind[11]).

Das Arbeitnehmerschutzrecht bildet direkten staatlichen Schutz des Arbeitnehmers zwecks Erhaltung seiner Gesundheit und Arbeitskraft, Festigung seiner wirtschaftlichen Stellung, Entwicklung und Schutz seiner Persönlichkeit. Dieser Schutz wird so realisiert, dass dem Arbeitgeber Verpflichtungen auferlegt werden, die sich wohl zugunsten des Arbeitnehmers auswirken, deren Befolgung aber der Staat als ein ihm selbst geschuldetes Verhalten verlangt. Ihre Durchsetzung ist im Gegensatz zu vertragsmässigen Ansprüchen ganz unabhängig vom Willen des

[11]) Über diesen Begriff herrscht heute wesentlich Übereinstimmung, vgl. über die Entwicklung des Begriffs und die juristische Behandlung des Arbeitnehmerschutzrechts insbes. Jacobi S. 437/8 N. 22, Nipperdey S. 204—207, Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zum Dienstvertrag VII A 1 b, Hueck-Nipperdey 1 § 23, Kaskel S. 172/5, 165/7, 185 ff., Kaskel-Dersch § 48; Jacobi a. a. O. hebt insbesondere den wesentlich polizeirechtlichen Charakter dieser Materie hervor. Für das schweiz. Recht ist in gleichem Sinn zu vergleichen Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319/62 N. 18, VAS 1 S. 496, Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1923 S. 424, Burckhardt S. 587, Hug, Arbeiterschutz S. 7 ff., Gutachten des Justizdepartements des Kantons Basel-Stadt im Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz betr. die Gewährung jährlicher Ferien, 1930, Anhang I S. 62/4.

Arbeitnehmers, geschieht selbst wider dessen Willen durch besondere, selbsttätige staatliche Überwachung, durch die Mittel des allgemeinen oder besondern Verwaltungs- und polizeilichen Zwanges, und die Nichtbefolgung dieser Verpflichtungen wird bestraft. Der Staat als Träger hoheitlicher Gewalt und als Vertreter des Gemeinwohls tritt selbst in Rechtsbeziehungen zum Arbeitgeber, indem er diesem einseitige Pflichten überbindet, wobei der Staat der Träger der Berechtigung auf dieses bestimmte Tun und Lassen im Interesse des Arbeitnehmers ist. Das Rechtsverhältnis, das dermassen zwischen dem Arbeitgeber und dem Gemeinwesen entsteht, ist somit ein öffentlichrechtliches.

Der Unterschied zwischen Arbeitnehmerschutzrecht und dem Dienstvertragsrecht, durch das ebenfalls bis zu einem gewissen Grade ein Schutz des Arbeitnehmers erreicht wird, zeigt sich bereits anhand folgender Beispiele:

Unser Fabrikgesetz enthält in Art. 40—64 zahlreiche Arbeitszeitbeschränkungen. Ihre Einhaltung wird von den kantonalen Vollzugsorganen überwacht, über denen als eidgenössische Kontrollorgane die eidg. Fabrikinspektorate stehen. Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmungen werden mit Busse und Gefängnis bestraft, gemäss Art. 88 ff. Fabrikgesetz. Auf diesem Wege ist die tatsächliche Durchführung dieser Schutzbestimmungen gewährleistet. Der Arbeitnehmerschutz durch diese Arbeitszeitbeschränkungen wird also in der Weise verwirklicht, dass der Staat dem Arbeitgeber die Verpflichtung auferlegt, jede Beschäftigung der Arbeitnehmer über das im Gesetz fixierte Mass hinaus zu unterlassen. Diese Bestimmungen schaffen Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staat. Die staatliche Durchführung macht selbst vor einem gegenteiligen Einverständnis zwischen Arbeitgeber und -nehmer nicht halt.

Inhaltlich dieselben Beschränkungen wären auch als zwingendes Dienstvertragsrecht denkbar. Entgegenstehende Vereinbarungen wären dann nichtig, so dass der

Arbeitnehmer jede Leistung über das gesetzliche Mass hinaus verweigern dürfte. Der Mangel dieser privatrechtlichen Ordnung läge darin, dass die Durchführung vom Willen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers abhinge, weil sich derartige Beschränkungen lediglich auf das Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer beschränkten.

Ein Gleiches lässt sich bezüglich der Sicherung des Arbeitgebers vor den mit der Arbeit verbundenen Gefahren für Leib und Leben, Gesundheit und Sittlichkeit sagen. Aus einer zwingenden Bestimmung von der Art des Art. 339 OR, wonach der Dienstherr für genügende Schutzmassregeln gegen Betriebsgefahren zu sorgen hat, ergeben sich lediglich privatrechtliche Ansprüche des Dienstpflichtigen, welche allenfalls durch Klage auf dem ordentlichen Prozessweg zu erzwingen wären, genau so wie etwa die Lohnzahlung. Seine Abhängigkeit wird den Arbeitnehmer häufig bestimmen, gegen eine Verletzung dieser Schutzpflichten nicht zu reagieren.

Dies veranlasst den Gesetzgeber, öffentlichrechtliche Bestimmungen mit gleichem Ziel zu erlassen. So ist z. B. in Art. 5 des Fabrikgesetzes dem Fabrikinhaber die Verpflichtung auferlegt, zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar sind. Dies wird ergänzt durch weitere Vorschriften betr. Arbeitsräume, Maschinen, Werkgerätschaften etc., durch das Erfordernis der behördlichen Genehmigung für die Errichtung oder Umgestaltung von Fabrikräumen und der Bewilligung für die Eröffnung des Betriebs. Für die Beseitigung nachträglich erkannter Übelstände kann die Kantonsregierung dem Fabrikinhaber Frist setzen und wenn nötig die Einstellung des Betriebs bis nach Beseitigung der Übelstände anordnen. — Diese Schutzbestimmungen gipfeln darin, dass der Staat einseitig dem Fabrikinhaber Pflichten zu bestimmten Massnahmen und Vorkehren auferlegt, deren Vollziehung durch staatliche Or-

gane überwacht, durch polizeiliche und Verwaltungsmassnahmen und durch Strafen gewährleistet wird.

Das Beispiel betreffend Arbeitszeitbeschränkung lässt erkennen, dass solche Vorschriften ihrem Zwecke entsprechend sich auch als Beschränkungen für dienstvertragliche Abmachung und als Schranke des Dienstvertrags auswirken können. Das Beispiel betreffend Betriebsschutz zeigt aber anderseits, dass das Arbeitnehmerschutzrecht nicht bloss als Beschränkung des Dienstvertrags begriffen werden darf. Auf dem Gebiet des Betriebsschutzes z. B. sind dem Arbeitgeber gegenüber dem Staat Handlungspflichten, positive Massnahmen überbunden.

Eine ältere Auffassung, wie sie z. B. noch bei Lotmar[12]) zu erkennen ist oder wie sie namentlich von Jastrow[13]) vertreten wurde, erklärte als Arbeitnehmerschutzrecht (oder Arbeiterschutzrecht, wie man es in zu enger Sicht bloss auf die Arbeiter unter den Arbeitnehmern bezeichnete) die Gesamtheit der Beschränkungen der Freiheit des Dienstvertrages und sah darin einen blossen Bestandteil des Dienstvertrages. Schon die angeführten Beispiele, besonders das zweite, widersprechen dieser Ansicht.

Eine systematische Untersuchung ergibt vielmehr folgende wesentliche Unterschiede zwischen Arbeitnehmerschutzrecht und Dienstvertragsrecht[14]).

Dienstvertrag und Arbeitnehmerschutzrecht haben Verschiedenes zum Gegenstand: Gegenstand dienstvertraglicher Ordnung kann alles sein, was die Kontrahenten einander versprechen können. Arbeitnehmerschutzrecht dagegen kann sich auf Punkte beziehen, die ihrer

---

[12]) Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.

[13]) Jastrow, Was ist Arbeiterschutz? Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 6 1912/13 S. 133—144, 317—333, 501—513.

[14]) Diese Abgrenzung erstmals klar durchgeführt zu haben, bleibt das Verdienst Kaskels; vgl. Kaskel, Die rechtliche Natur des Arbeiterschutzrechts, Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Brunner 1914 S. 169 ff.

Natur nach nicht Inhalt des Dienstvertrags zu bilden vermöchten. Es gibt Pflichten des Arbeitgebers gemäss Arbeitnehmerschutzrecht, die sich geradezu gegen den Arbeitnehmer richten, also offensichtlich nicht Objekt vertraglicher Abrede sein können oder die nach ihrem Inhalt nicht gegenüber dem Dienstnehmer bestehen. So kann der Arbeitgeber etwa verpflichtet sein, Kontrollbücher über Erkrankung der Arbeiter oder über Überstunden zu führen und den Aufsichtsbehörden vorzulegen oder kranke Arbeiter aus dem Betrieb wegzuschicken oder den Arbeitern den Aufenthalt in bestimmten Räumen zu verbieten, das Mitbringen von Nahrungsmitteln in Arbeitsräume oder das Verzehren von Speisen daselbst zu untersagen, Vorschriften über das persönliche Verhalten der Arbeiter zu erlassen[15]), fehlbare Arbeiter zu entlassen, den staatlichen Kontrollorganen die Arbeitslokale zu öffnen, den Behörden den Abschluss von Verträgen (z. B. Lehrverträge) zu melden.

Indessen unterscheiden sich dienstvertragliche Regelung und Arbeitnehmerschutzrecht nicht notwendig unter dem Gesichtspunkt des Gegenstands. Arbeitnehmerschutzrecht steht zwar häufig ausserhalb dienstvertraglicher Bestimmung. Allein es können hinter zwingende Privatrechtsbestimmungen auch gegenständlich gleiche öffentlichrechtliche Vorschriften gestellt sein. Zur Erreichung bestimmter Zwecke bedient sich der Gesetzgeber nicht selten gleichzeitig beider Wege, des öffentlichrechtlichen und des privatrechtlichen. Ein Beispiel gibt Art. 339 mit einer dienstvertraglichen Schutzpflicht gegenüber der öffentlichrechtlichen Schutzpflicht nach Fabrikgesetz Art. 5 ff.[16]) Ähnlich lässt sich das Erfordernis der Schriftlichkeit des Lehrvertrags gemäss Art. 325 OR und Art. 6/9 des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung auffassen. Art. 325 stellt eine privatrechtliche Formvorschrift auf, deren

---

[15]) Diese Beispiele sind Kaskel S. 169/70 entnommen.

[16]) Das Verhältnis ist jedoch umstritten, vgl. Näheres unten S. 54a.

Nichtbeachtung zivilrechtliche Ungültigkeit des Vertrags zur Folge hat, während Art. 6/9 leg. cit. eine öffentlichrechtliche Pflicht statuiert, deren Verletzung gemäss Art. 9 die Anwendbarkeit des Gesetzes über die berufliche Ausbildung nicht ausschliessen kann, aber gemäss Art. 57 lit. a Straffolgen nach sich zieht[17]).

Ein Unterschied liegt weiter darin, dass die Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechts überhaupt keinen Dienstvertrag voraussetzt. Es greift auch durch gegenüber einem Beschäftigungsverhältnis auf Grund eines ungültigen Dienstvertrags; ebenso dort, wo überhaupt ein Dienstvertrag nicht abgeschlossen werden wollte, z. B. falls ein Arbeitgeber seine Kinder im Betriebe beschäftigt. Ein Beispiel neueren Datums bildet Art. 9 des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung, wonach die Unterlassung des vorgeschriebenen Abschlusses des Lehrvertrags nicht von den Vorschriften dieses Gesetzes befreit. Dies bestätigt neuerdings, dass sich Arbeitnehmerschutzrecht nicht als Bestandteil oder blosse Beschränkung des Dienstvertrags auffassen lässt.

Die grundsätzliche Verschiedenheit zeigt sich vor allem in den juristischen Mitteln, mit denen Arbeitnehmerschutzrecht verwirklicht wird. Der Zweck des Dienstvertrags, auch soweit dieser den Schutz des Arbeitnehmers verfolgt, wird dadurch erreicht, dass die Kontrahenten gegenseitige Rechte und Verpflichtungen haben. Die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung arbeitet mit andern Mitteln. Sie erstrebt den Schutz so, dass sie in der Hauptsache dem Arbeitgeber Pflichten zu bestimmtem Tun und Unterlassen auferlegt, und zwar einseitige Pflichten. Nur selten treffen auch den Arbeitnehmer Verpflichtungen auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts und soweit solches der Fall ist, wie z. B. bei einer Pflicht, die vom Arbeitgeber geforderten und gestellten Schutzeinrichtungen zu benützen, so erscheinen diese bloss als die notwendige Ergänzung der Hauptpflicht des Arbeitgebers; sie sind

[17]) Vgl. unten S. 64a f.

nicht selbständige, noch weniger gegenseitige Pflichten, sondern bestehen gegenüber dem Staat.

Das Arbeitnehmerschutzrecht beruht auf dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung von Gesundheit und der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der grossen Kategorie der Arbeitnehmer. Diesem Interesse wird dadurch Ausdruck verliehen, dass ein Recht der Allgemeinheit auf jene Schutzmassnahmen begründet wird. Als Berechtigter steht dem Verpflichteten das Gemeinwesen gegenüber, das durch seine Organe die verlangten Massnahmen und Beschränkungen durchsetzt; als dem Gemeinwesen Verpflichteter erscheint der Arbeitgeber, dem gegenüber der einzelne Arbeitnehmer kein Recht hat.

Aus diesem Gedanken ergibt sich die verschiedene Form der Durchführung. Die öffentlichrechtlichen Pflichten gegenüber dem Staat werden durch staatliche Aufsicht, durch Zwang, verwaltungsrechtliche Massnahmen und Strafe gesichert. Die Durchführung dieser Verpflichtungen geschieht durch besondere Organe, Fabrik- und Gewerbeaufsicht, Lehrlingsinspektorate etc., Verwaltungsinstanzen und Strafgerichte, wobei alle diese Organe unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers tätig sind, oft sogar wider dessen Wunsch. Dienstvertragliche Pflichten dagegen sind von den Kontrahenten selbst durchzusetzen. Der Staat nimmt sich um dieselben nicht anders an als um andere Obligationen. Als einziges Mittel besteht hier die Anrufung des Zivilrichters durch die beteiligten Kontrahenten. Dagegen gewährt die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung dem Dienstnehmer keinen eigenen Anspruch oder Klage auf Erfüllung der dem Arbeitgeber auferlegten Schutzpflichten, die gegenüber dem Staat bestehen. Und ebensowenig kann der Arbeitgeber dort, wo einmal dem Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung ein gewisses Verhalten zur Pflicht gemacht ist, vom Arbeitnehmer direkt die Beachtung dieser Pflichten durchsetzen. Beide müssen sich an die staatlichen Organe halten oder Strafanzeige erstatten, weil

der Staat der Träger des Arbeitnehmerschutzrechtes ist und nicht der Arbeitnehmer.

Wie aus den öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften dem Arbeitnehmer keine eigenen Ansprüche zustehen, so besitzen umgekehrt die Organe der Fabrik- und Gewerbeaufsicht keine Zuständigkeit, um die Erfüllung der Verpflichtungen aus Dienstvertrag in die Wege zu leiten. Dies bleibt Sache der Kontrahenten des Dienstvertrags.

b) Das Arbeitnehmerschutzrecht wird, entsprechend dem Inhalt der öffentlichrechtlichen Pflichten der Arbeitgeber bzw. Arbeitgeber gegenüber dem Staat, herkömmlicherweise folgendermassen gegliedert:

1. Betriebs- oder Gefahrenschutz. Dieser umfasst die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers, durch geeignete Massnahmen die in den modernen Arbeitsmethoden, Arbeitsmitteln, Arbeitsvorgang und der Arbeitsumgebung liegenden Gefahren herabzusetzen. Er beschlägt also die Pflicht zur Unfallverhütung, zu Massnahmen auf dem Gebiet der Gewerbehygiene und des Sittlichkeitsschutzes.

2. Arbeitszeitschutz, umfassend die Vorschriften über die Dauer, die zeitliche Lage der Arbeit. Hiebei stehen im wesentlichen in Frage Verbote und Beschränkungen, Pflichten des Arbeitgebers zur Unterlassung der Beschäftigung während gewisser Zeit oder über bestimmte Zeit hinaus. In gewissem Sinne bedeutet auch der Arbeitszeitschutz Gefahrenschutz, weil übermässig lange Arbeit oder Arbeit zu bestimmter Zeit (Nachtarbeit) eine Erhöhung der Unfall- oder Krankheitsgefahr bewirkt. Allein historisch galt der Arbeitszeitschutz stets als besonderer Teil des Arbeitnehmerschutzrechts, schon wegen seiner praktischen Bedeutung und seiner umfassenden Ausgestaltung. Anderseits bezweckt er nicht bloss eine Minderung der Unfallgefahr, sondern will allgemein eine vorzeitige Abnützung der Kräfte des Arbeitnehmers ver-

hindern, will mit Rücksicht auf die Person des Arbeitnehmers diesem als Gegengewicht zur Maschinenarbeit, zur Eintönigkeit der Arbeit infolge Arbeitsteilung, Rationalisierung, Fliessarbeit usw. die entsprechende freie Zeit für andere Beschäftigung, für die Familie, zur Erholung und zur Fortbildung verschaffen.

3. Der allgemeine Vertragsschutz. Darunter versteht man jene öffentlichrechtlichen Verpflichtungen, welche den Arbeitgeber dazu verhalten, die Arbeitnehmer nur zu gewissen wirtschaftlichen Bedingungen zu beschäftigen. Es handelt sich hiebei um Schutz hinsichtlich des Abschlusses und der inhaltlichen Gestaltung des Dienstvertrags (Vertragsschutz im engsten Sinn), um Schutz der Vertragserfüllung, im wesentlichen um Lohnschutz. Statt bloss im Wege privatrechtlich zwingender Vorschriften die Zulässigkeit gewisser Vertragsbedingungen zu verneinen, kann das Gemeinwesen auch die Gewährung und Einhaltung gewisser Vertragsbedingungen positiv festlegen und durch Aufsicht, Zwang und Strafe selber durchsetzen. Gegebenerweise lehnt sich dieser Teil des Arbeitnehmerschutzrechts an die Ordnung des Dienstvertrags an, gliedert sich in Schutz des Vertragsabschlusses (z. B. Aufstellung einer Pflicht zur Klarstellung der Arbeitsbedingungen), des Vertragsinhalts, der Vertragserfüllung (Lohnschutz) und der Vertragsbeendigung (Kündigungsschutz).

4. Sonderschutz für besondere Arbeitnehmerkategorien, insbesondere für Jugendliche, Frauen, Heimarbeiter. Es sind dies öffentlichrechtliche Bestimmungen, die sich nach ihrem Inhalt auf alle vorerwähnten drei Gebiete verteilen. Es entspricht einer eingebürgerten Gepflogenheit, wie der Gesetzgebung, diese Bestimmungen besonders herauszuheben.

VI. Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag im allgemeinen.

a) Das Arbeitsrecht als die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche an den Tatbestand der Arbeitsleistung

einer Person im Dienste einer andern Rechtsfolgen knüpfen, umfasst Rechtssätze des öffentlichen und des privaten Rechts (vgl. II und III).

Der Gegensatz von öffentlichem und Privatrecht, wie er dem geltenden Recht nun einmal zugrunde liegt, gilt wie für andere Rechtsdisziplinen, auch für das Arbeitsrecht. Es ist unzutreffend, wenn gelegentlich von einer Beseitigung dieses Unterschiedes im Arbeitsrecht oder doch von einer Verwischung dieses Gegensatzes gesprochen wird. Schon aus praktischen Gründen muss diese Unterscheidung auch innerhalb des Arbeitsrechts durchgeführt werden: Sie liegt der Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen (unten VIII) und weiter der Verteilung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, der Zulässigkeit des Rechtsweges zugrunde. Wie anderwärts haben auch wir besondere Gerichte zur Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche, daneben einen andern Rechtsgang für öffentlichrechtliche Streitigkeiten. Zudem sind arbeitsrechtliche Rechtsverhältnisse verschieden ausgestaltet, je nachdem sie öffentlichrechtlich oder privatrechtlich sind.

Dagegen ist richtig, dass gerade im Arbeitsrecht private und öffentliche Rechtsverhältnisse einander nahe berühren und dass besonders beim Dienstvertrag und Arbeitnehmerschutzrecht eine enge Beziehung beider Arten von Verhältnissen vorkommt. Es wäre aber ein Irrtum, deswegen die Unterscheidung selbst zu ignorieren, wie es anderseits auch unzutreffend wäre, über der grundsätzlichen Verschiedenheit der Rechtsnatur des Dienstvertrags- und des Arbeitnehmerschutzrechtes den inneren Zusammenhang der beiden Materien zu übersehen. Mir scheint, dass man in Theorie und Praxis gegenüber beiden denkbaren Extremen nicht immer die richtige Mitte gefunden hat[18]).

---

[18]) Vgl. zu dieser Frage allgemein Jacobi S. 422/3, Nipperdey S. 207, VAS 1 S. 496, 498, Hug, Arbeiterschutz, S. 8.

b) In welchem Verhältnis stehen nun allgemein die beiden Materien? Für eine grundsätzliche Einwirkung des Arbeitnehmerschutzrechts auf das Dienstvertragsverhältnis könnte man vielleicht geltend machen, dass letzten Endes alles Arbeitnehmerschutzrecht um des Arbeitnehmers willen geschaffen ist. Nach den frühern Feststellungen[18a]) ist das Arbeitnehmerschutzrecht als Ergänzung des Dienstvertragsrechts eingeführt worden. In Weiterverfolgung dieses Gedankens könnte man schliesslich mit Hueck[19]) und Nipperdey[20]) bemerken, dass sowohl Dienstvertragsrecht als auch Arbeitnehmerschutzrecht sog. Individualarbeitsrecht bilden, bei dem im Mittelpunkt der rechtlichen Ordnung der Arbeitnehmer als einzelner steht und dass für ihn und gegen ihn öffentlichrechtliche und privatrechtliche Pflichten begründet werden.

Aus dieser allgemeinen Feststellung folgt indessen noch nichts Bestimmtes für unsere Frage.

Grundsätzlich ist vielmehr auszugehen von den oben (unter V) getroffenen Feststellungen über Natur und Zweck des Arbeitnehmerschutzrechts. Träger des Arbeitnehmerschutzrechts ist das Gemeinwesen, der Staat. Im Interesse der Allgemeinheit wie der Arbeitnehmer werden dem Arbeitgeber öffentlichrechtliche Pflichten überbunden. Und gerade weil die privatrechtliche Ordnung keinen zuverlässigen Schutz verbürgt, ist eine Ordnung geschaffen worden, für deren Einhaltung und Erzwingung der Staat sorgt. Darum ist dieser Schutz anders gestaltet und in die Hand des Gemeinwesens gelegt. — Dadurch wird aber gleichzeitig auch das Interesse des Arbeitnehmers an der Durchführung des zu seinen Gunsten bestehenden Schutzes befriedigt. Hievon abgesehen, findet dieses Interesse des Einzelnen auch privatrechtlich noch

---

[18a]) II c, k, oben S. 10a f., S. 16a f.

[19]) Hueck bei Hueck-Nipperdey 1 S. 92/3.

[20]) Nipperdey S. 207, Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zum Dienstvertrag VII A 1, Hueck-Nipperdey 2 S. 1.

nach verschiedenen Richtungen hin besondern Ausdruck. Es wird sich zeigen, dass die Verletzung der Arbeitnehmerschutzvorschriften schadenersatzpflichtig macht, dass diese Bestimmungen vertraglicher Abrede entzogen sind, dass der Arbeitnehmer im Widerspruch zu diesen Vorschriften stehende Arbeit verweigern darf und dass die Nichteinhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften Gläubigerverzug des Dienstherrn im Gefolge haben kann. Damit ist in der Tat das Interesse des Dienstpflichtigen, der als der Begünstigte erscheint, hinreichend gewahrt, ohne dass ihm ein eigener, privatrechtlicher Anspruch oder eine Klage auf Erfüllung der Arbeitnehmerschutzpflichten gewährt zu werden braucht.

c) Trotz seines grundsätzlich öffentlichrechtlichen Charakters hat das Arbeitnehmerschutzrecht doch gewisse privatrechtliche Wirkungen für das Verhältnis zwischen Dienstherr und Dienstpflichtigem, und gerade darin zeigt sich nun der oben erwähnte Zusammenhang beider Materien:

1. Das Arbeitnehmerschutzrecht kann in negativer Weise den Inhalt des Dienstvertrages bestimmen. Ein grosser Teil der Arbeitnehmerschutzbestimmungen besteht in Verboten und Beschränkungen, stellt Unterlassungspflichten auf. Den klassischen Fall dieser Art bilden die Arbeitszeitbeschränkungen und die Abschlussverbote. Gemäss Art. 19 und 326 OR kann der Inhalt des Vertrages nur innerhalb der Schranken des Gesetzes vereinbart werden. Als derartige Schranken kommen nun auch die Arbeitnehmerschutzbestimmungen in Betracht, woraus sich zutreffendenfalls ergeben kann, dass eine damit im Widerspruch stehende vertragliche Abrede nichtig ist, soweit nicht ausdrücklich oder nach dem Zweck des einzelnen Verbotes etwas anderes anzunehmen ist. Ob der Verstoss den Vertrag oder die betreffende Klausel nichtig macht und welche Folgen sich im einzelnen ergeben, muss aber an Hand der einzelnen Vorschrift untersucht werden, was unter VII geschehen soll.

2. Umstritten ist, ob die Arbeitnehmerschutzbestimmungen auch positiv den Inhalt des Dienstvertrages beeinflussen. Erzeugen sie zugleich dienstvertragliche Pflichten? Die Frage stellt sich theoretisch sowohl für die Unterlassungs- wie für die Handlungspflichten. Für die Unterlassungspflichten wird dies aus Gründen, die später zu erwähnen sind, verneint.

Für die positiven Arbeitnehmerschutzpflichten (wie etwa den Gefahrenschutz) wird dies indessen von einzelnen Autoren bejaht.

So führte z. B. Gierke[21]) aus, es werde „durch die dem Arbeitgeber auferlegten Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen, insoweit sie sein Verhalten gegenüber dem Arbeitnehmer betreffen, der Inhalt der Dienstverträge auch in positiver Hinsicht bereichert". Bezeichnenderweise fügt er hinzu: „Im einzelnen sind freilich die Grenzen zwischen öffentlichem und Privatrecht auf diesem Gebiet unsicher und die Beziehungen zwischen Berufspflichten und Vertragspflichten noch der Klärung bedürftig". Gierke weist aber doch darauf hin, dass es zahlreiche durch die Arbeiterschutzgesetzgebung den Arbeitgebern auferlegte Verpflichtungen gebe, die nur dem Gemeinwesen gegenüber bestehen und keinerlei Vertragsansprüche des einzelnen Arbeiters hervorrufen.

Materiell gleiche Auffassungen vertritt Sinzheimer[22]), welcher jedoch weitergehend sämtliche öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen in den Dienstvertrag eingehen lässt.

Nipperdey[23]) steht bezüglich Gefahrenschutz und Lohnschutzpflichten grundsätzlich auch auf diesem Standpunkt, spricht indessen gewissen Verpflichtungen dieser Art privatrechtliche Wirkung ab. Es wird hierauf bei Erörterung der Betriebsschutzpflichten[24]) zurückzukommen sein.

---

[21]) Gierke, Wurzeln des Dienstvertrages, 1914, S. 63.
[22]) Sinzheimer S. 162.
[23]) Nipperdey S. 215 ff.
[24]) Unten VII S. 51a f.

Demgegenüber geht nun aber die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung[25]) dahin, dass das Arbeitnehmerschutzrecht positiv den Inhalt des Dienstvertrages nicht beeinflusse. Ich halte diese Ansicht für zutreffend aus jenen Gründen, die ich bereits dargelegt habe[26]). Entscheidend ist, dass die durch das Arbeitnehmerschutzrecht begründeten Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staate bestehen, nicht gegenüber dem Arbeitnehmer, sodass der Arbeitnehmer also keinen unmittelbaren Anspruch auf ihre Erfüllung hat. Es ist aber mit Hueck[27]) auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass die gleiche Pflicht sowohl als Vertragspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer wie als öffentlichrechtliche Pflicht gegenüber dem Staate begründet sein kann. Dann handelt es sich aber nicht um eine reine Norm des Arbeitnehmerschutzrechts, sondern es besteht daneben eine Norm des Arbeitsvertragsrechts, auch wenn beide äusserlich in einer Gesetzesvorschrift vereinigt sein sollten[28]). Auch ist die weitere Möglichkeit zu bejahen, dass öffentlichrechtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen zur Erläuterung der entsprechenden Normen des Dienstvertragsrechts herangezogen werden können, wenn die ersteren eine eingehendere Regelung enthalten, die letztern sich dagegen auf eine allgemeine Klausel beschränken und anzunehmen ist, dass die allgemein geregelte Vertragspflicht mindestens den gleichen Umfang haben soll wie die spezielleren Arbeitnehmerschutzvorschriften. Und schliesslich ist denkbar, dass die Parteien den sachlichen Inhalt von Arbeitnehmerschutzbestimmungen durch besondere Vereinbarung in ihren Dienstvertrag übernehmen und damit die Beachtung der betreffenden Normen zugleich auch zur Vertragspflicht machen.

---

[25]) Hueck bei Hueck-Nipperdey 1 § 23 II 1 S. 117, Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 257/8, Kaskel-Dersch S. 298—300, auch Jacobi S. 8, 422/3.

[26]) Oben S. 31a/32a.

[27]) Hueck bei Hueck-Nipperdey a. a. O.

[28]) Ebenso Egger, Art. 6 N. 9.

Es sei gleich hier bemerkt, dass diese Kontroverse sowohl für das deutsche wie das schweizerische Recht in der wichtigsten Frage, für den Gefahrenschutz, materiell keine stark abweichenden Resultate bringt. Verschieden ist die rechtliche Begründung derselben.

3. Eine weitere privatrechtliche Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitnehmerschutzvorschriften liegt im Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers für den Fall der Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen. Auch wer dem Arbeitnehmer grundsätzlich einen vertraglichen Anspruch auf Erfüllung der Arbeitnehmerschutzpflichten abspricht, muss aus dem Sinn dieser Bestimmungen ableiten, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, in Verhältnissen zu arbeiten, die mit den Arbeitnehmerschutzbestimmungen in Widerspruch stehen. Die Erfüllung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen ist Voraussetzung für die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, soweit dadurch die Lage des einzelnen betroffen wird[29]).

4. Die Verletzung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen kann eine Schadenersatzverpflichtung gemäss Art. 41 ff. OR auslösen. Diese Bestimmungen sind allgemeine Schutznormen, welche die Interessen eines bestimmten Personenkreises zu schützen bestimmt sind, wenn auch ohne Gewährung subjektiver Rechte an diese Personen. Sie sind damit einer bekannten Kategorie von Normen einzuordnen. Es bestehen ja zahlreiche Rechtspflichten, die durch Gesetz oder Behörden einzelnen oder allen im allgemeinen Interesse auferlegt sind, ohne dass die daran Interessierten zu Gläubigern dieser Pflichten erhoben würden. Ausser obligationenrechtlichen bestehen noch andere Rechtspflichten. Es verhält sich hier genau so wie z. B. bei der Pflicht, alle mit Strafen verbotenen Handlungen zu unterlassen, oder bei der Aufsichtspflicht des Familienhauptes, des Geschäftsherrn, des Tierhalters oder bei polizeilichen Vorschriften zur Regelung des Ver-

[29]) Hueck-Nipperdey 1 § 23 II 2 S. 117/8, Oser-Schönenberger Art. 332 N. 2, Nipperdey S. 223 Ziff. 2.

kehrs (z. B. Prüfungs- und Fahrvorschriften für Motorfahrzeugfahrer), oder der Pflicht des Hauseigentümers, im Winter das Trottoir mit Sand zu bestreuen. Die Verletzung derartiger Pflichten bedeutet an sich keine Verletzung eines subjektiven Rechts des Interessierten, bildet dagegen eine widerrechtliche Handlung nach Art. 41 OR, woraus sich beim Hinzukommen der andern Voraussetzungen eine Schadenersatzpflicht ergeben kann[30]).

5. Aus der Tatsache, dass dem Arbeitnehmer keine Rechte und Ansprüche auf Erfüllung der Arbeitnehmerschutzpflichten zustehen, folgt weiter, dass er auf die Innehaltung dieser Verpflichtungen nicht verzichten kann[31]). Das wäre Verzicht auf fremde Rechte, nämlich die des Staates. Ein Verzicht kommt höchstens in Betracht, soweit es sich um bereits entstandene Schadenersatzforderungen handelt. Denn diese sind privatrechtlicher Natur.

Bereits diese Ausführungen unter 1—5 lassen erkennen, dass sich eine für alle Fälle zutreffende Entscheidung nicht geben lässt, schon um deswillen nicht, weil die in Betracht kommenden Vorschriften unter sich sehr verschieden sind und weil es auch hier in erster Linie auf Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift im Rahmen der Gesamtordnung, auf deren positive Ausgestaltung ankommt, die mit theoretischen Überlegungen nicht immer übereinstimmt. Die Untersuchung ist für jedes Rechtssystem und für die Hauptbestimmungen des-

---

[30]) Vgl. Näheres bei Oser-Schönenberger, Art. 41 N. 10, 11—13, wo ausgeführt wird, dass Art. 41 eine Blankettvorschrift ist, die selber nicht sagt, was erlaubt und unerlaubt ist, welche also Rechtsnormen voraussetzt, die zum Schutz von Rechtsgütern und Interessen aufgestellt sind. Als solche kommen neben zivilrechtlichen Vorschriften auch Normen des Strafrechts, des Verwaltungsrechts, auch polizeiliche Bestimmungen in Betracht; vgl. weiter Kaskel-Dersch S. 259, Hueck-Nipperdey 1 § 74 IV, Nipperdey S. 213 f., 224 f.

[31]) Auch ein Gesamtarbeitsvertrag kann sich darüber nicht hinwegsetzen; vgl. Oser-Schönenberger, Art. 322 N. 33.

selben gesondert anzustellen[32]). Dies soll für das schweizerische Recht nun im einzelnen geschehen.

VII. Das Verhältnis der bundesrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften zum Dienstvertragsrecht.

Es ist hier zu prüfen, ob und auf welche Weise das Dienstvertragsrecht durch die Arbeitnehmerschutzvorschriften des Bundes betroffen oder ergänzt wird. (Die

---

[32]) Für das deutsche Recht hat dies Nipperdey getan mit der auch für uns äusserst wertvollen Studie über die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts 1929, (a. a. O., vgl. auch Staudinger-Nipperdey zu § 618). — Für das schweizerische Recht habe ich im Kommentar Oser-Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art. 319—362 N. 17—30 und in Einzelbemerkungen zu den Artikeln des Dienstvertragstitels den durch den Rahmen jener Arbeit begrenzten Versuch unternommen, diese Fragen abzuklären, weil ihnen in der Literatur und Gesetzgebung wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Natürlich handelte es sich dort wie hier kaum um abschliessende Resultate. Das hängt mit der Tatsache zusammen, dass man sich dabei in dem bekanntlich heiklen Grenzgebiet von öffentlichem und privatem Recht bewegt, das bei uns ausserdem noch durch die Fragen nach der kantonalen und eidg. Gesetzgebungskompetenz kompliziert wird. Der Zweck jener Ausführungen wie dieser Arbeit ist der, auf einem wohl von der sozialpolitischen, nicht aber der juristischen Seite her untersuchten Gebiet Anregungen zu weitern Untersuchungen und Grundlagen zu einer Diskussion dieser Probleme zu vermitteln, auch einiges zur Abklärung beizutragen. Systematische juristische Darstellungen fehlen für unser Recht. Vorhandene Arbeiten, wie Gross, Die kantonalen Arbeiterinnenschutzgesetze und ihr Vollzug 1912, Rappard, La révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, 1914, Babel, Essai sur les causes et le développement de la législation du travail en Suisse, 1925, Gagg, Wesen und Aufgabe des Arbeiterinnenschutzes, Berner staatswiss. Diss. 1925, Spinner, Der gesetzliche Heimarbeiterschutz, Zürcher staatswiss. Diss. 1925, betreffen die Geschichte oder die Sozialpolitik oder sind bloss referierende Arbeiten; auch die von Landmann verfasste Darstellung des Arbeiterrechts in VAS 1 ist „nach Ziel und Methode nicht rechtswissenschaftlich orientiert" (VAS 1 S. 498).

kantonalen Arbeiterschutzbestimmungen werden unter VIII besonders untersucht werden.)

Ausgehend von der verschiedenen juristischen Natur und der von den Dienstvertragsregeln abweichenden Ausgestaltung der Arbeitnehmerschutznormen (oben V und VI), gelange ich für unser eidgenössisches Arbeitnehmerschutzrecht zu folgenden Ergebnissen:

a) Das Arbeitnehmerschutzrecht stellt zunächst etwa Pflichten zur Unterlassung des Abschlusses von Dienstverträgen mit bestimmten Personen auf. (Abschlussverbote.) Ein Beispiel gibt Fabrikgesetz Art. 70: „Kinder, die das 14. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben oder über dieses Alter hinaus zum täglichen Schulbesuch verpflichtet sind, dürfen zur Arbeit in Fabriken nicht verwendet werden". Ein weiterer Fall ist geregelt in Art. 71 Abs. 3 des Fabrikgesetzes in Verbindung mit Art. 189 und 189bis der Vollzugsverordnung, wo die Verwendung von Personen unter 18 Jahren für bestimmte Fabrikationszweige und Verrichtungen verboten wird. Ein entsprechendes Verbot ist vorgesehen bezüglich der Beschäftigung von Frauen gemäss Art. 65 Abs. 2 des Fabrikgesetzes und Art. 183 der Vollzugsverordnung, ferner nach dem Bundesgesetz hinsichtlich der Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben (Art. 2). Ein Verbot zur Eingehung eines Lehrvertrages besteht nach Art. 3 des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung, falls einem Betrieb das Recht zur Annahme von Lehrlingen entzogen ist.

In diesen Fällen ist indessen zuzusehen, ob es sich tatsächlich um Abschlussverbote handelt. Weibliche Personen dürfen z. B. nach Art. 65 des Fabrikgesetzes nicht zur Nacht- und zur Sonntagsarbeit verwendet werden oder gemäss Art. 68 dürfen Arbeiterinnen, die ein Hauswesen zu besorgen haben, nicht zu Hilfsarbeiten beigezogen werden, soweit diese die Dauer der normalen Tagesarbeit überschreiten. Ähnliche Beschränkungen sieht Art. 71

des Fabrikgesetzes für Personen unter 18 Jahren vor. In solchen Fällen handelt es sich lediglich um Verbote unstatthafter Beschäftigung innerhalb eines an sich zulässigen Dienstvertrages. Sie gehören nur dann hieher, wenn Verträge über die Beschäftigung von Jugendlichen und Frauen ausschliesslich unzulässige Beschäftigung im Auge haben. Da wirken sich diese Beschränkungen als Abschlussverbote aus; sonst aber trifft für sie zu, was unter b) ausgeführt wird. Bei Verstoss gegen solche Abschlussverbote wird der Fabrikinhaber bestraft (Fabrikgesetz Art. 88 ff.), ebenso der Betriebsinhaber, der verbotenerweise Lehrlinge annimmt (Gesetz über berufliche Ausbildung Art. 57 lit. a). Die zuständige Behörde kann die Entlassung der einem Abschlussverbot zuwider eingestellten Personen erzwingen.

Andern Zweck haben die Einstellungsverbote für ausländische Arbeitnehmer. Diese sind nicht Arbeiterschutzbestimmungen, sondern sog. Arbeitsbeschaffungsnormen zugunsten der einheimischen Arbeiter[33]). Indessen schaffen diese Einstellungsverbote, abgesehen von ihrer öffentlichrechtlichen Bedeutung, gleiche Beschränkungen für den Dienstvertrag wie die Abschlussverbote der Arbeitnehmerschutzbestimmungen.

Welches ist nun die zivilrechtliche Bedeutung solcher öffentlichrechtlicher Abschlussverbote? Ein im Widerspruch damit abgeschlossener Dienstvertrag ist

---

[33]) Vgl. z. B. Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, Eidg. Ges.Samml. 49, 1933 S. 279 ff., Art. 3 Abs. 3: „Der nicht niedergelassene Ausländer darf eine Stelle erst antreten und von einem Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt ist"; Strafbestimmungen in Art. 23/4; vgl. auch die Vollziehungsverordnung vom 5. Mai 1933, Eidg. Ges.Samml. ebenda S. 289 ff., Art. 3/4, 6/7 ff., ferner Bundesratsbeschluss vom 3. April 1933 über die Durchführung einiger Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Eidg. Ges. Samml. ebenda S. 164 ff.

widerrechtlich. Wenn ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt vorliegt, wäre gemäss Art. 20 OR Nichtigkeit die Folge[33a]). Dies indessen doch nur, soweit nach ausdrücklicher Bestimmung oder nach Sinn und Zweck der Vorschrift sich nicht andere Folgen ergeben. Es kommt also alles auf die einzelne Bestimmung an. Bedenkt man nun, dass sich die Arbeitnehmerschutzvorschriften an den Arbeitgeber wenden und weiter, dass nach Art. 88 ff. des Fabrikgesetzes nur der Fabrikinhaber, nicht aber der Arbeitnehmer bestraft wird, so könnte man zur Annahme versucht sein, dass Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR nicht vorliegt, sondern dass der Inhalt des Vertrages nur vom Gesichtspunkt des einen Kontrahenten aus verbotswidrig wäre, von dem des andern aber nicht und daher, wie z. B. der Verkauf von Gift durch einen Apotheker, ohne Bewilligung an sich gültig wäre[34]). Trotzdem sich aber diese Verbote nach Fabrikgesetz nicht ausdrücklich an beide Teile wenden[34a]), besteht doch für das schweizerische Recht, mit Rücksicht auf den Charakter und den Zweck dieser Bestimmungen und ihre Bedeutung für den Arbeitnehmer und die Allgemeinheit, kaum ein Zweifel, dass Nichtigkeit die Folge sein muss. Das wird denn auch in der deutschen Doktrin und Praxis allgemein angenommen[35]).

Für das Verbot zur Lehrlingshaltung ergibt sich etwas anderes. Jenes Verbot richtet sich anscheinend nur gegen den Lehrbetrieb. In Art. 21 lit. b des Gesetzes über die berufliche Ausbildung ist der Eintritt der Voraussetzung für den Entzug des Rechtes zur Annahme von Lehrlingen als wichtiger Grund zur Auflösung des Vertrages genannt. Trotzdem hier nicht ausdrücklich die Rede ist von einem Vertrag, der nach ergangenem Ver-

---

[33a]) Vgl. Oser, Art. 20 N. 15 ff.

[34]) Vgl. Oser, Art. 20 N. 21, Burckhardt S. 587.

[34a]) Nur in solchen Fällen ist als Regel Nichtigkeit anzunehmen, vgl. Oser und Burckhardt a. a. O.

[35]) Vgl. die Angaben bei Nipperdey S. 209 N. 29.

bot eingegangen wurde, sondern nur vom nachträglichen Eintritt der Voraussetzungen für den Entzug des Rechts zur Lehrlingshaltung, so kann man doch annehmen, dass es sich auch in diesem Falle so verhalten solle[36]).

Aber auch, wo grundsätzlich Nichtigkeit eintritt, besteht keine Einigkeit über deren Folgen. Dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigern darf, ist ebenso sicher, wie dies, dass auch der Arbeitgeber sich jederzeit auf das nichtige Verhältnis berufen kann. Wie steht es aber, wenn Arbeit geleistet wurde, bezüglich der Vergütung? Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer aus einem nichtigen Vertrag keinen Lohnanspruch, sondern nur eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Mag nun auch dieser Bereicherungsanspruch oft dem ortsüblichen oder angemessenen Lohn gleichkommen, so gibt es doch nicht selten Fälle, wo er geringer ist; er wäre auch der Privilegien nicht teilhaftig, die für Lohnforderungen z. B. nach SchKG bestehen. Niedriger ist der Anspruch, wenn die Leistung des Arbeiters geringwertiger war, als dem Lohn entsprechen würde. Die Frage hat also doch praktische Bedeutung und die Verweisung auf den Bereicherungsanspruch kann für den Arbeitnehmer eine Härte in sich schliessen. Dies hat nun Nipperdey[37]), der zwar auch Anhänger der Nichtigkeitsfolge ist, bestimmt, Nichtigkeit zu verneinen, „soweit ein Lohnanspruch für die Vergangenheit erhoben wird" mit der Begründung, dass der Zweck der Verbote, derartige Beschäftigung zu verhindern, die Nichtigkeit nur ex nunc, für die Zukunft, aber nicht ex tunc, von Anfang an fordere. Die Verhinderung verbotener Arbeit sei durch das öffentliche Recht, weniger durch zivilrechtliche Gestaltung der Rechtslage anzustreben und über dem Prinzip der unbedingten Beachtung der Arbeitnehmerschutzvorschriften stehe der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer zu schützen

[36]) Dies ist auch die Auffassung des Herrn Prof. Dr. Germann in Basel, wie ich einer dankenswerten Mitteilung entnehme.

[37]) Vgl. Nipperdey S. 210/11.

sei. — Demgegenüber ist aber doch zu beachten, dass der Gesetzgeber die verbotene Beschäftigung schlechtweg verhindern will. Dieses Ziel wird wohl am besten erreicht, wenn auch der Arbeitnehmer einen Nachteil zu gewärtigen hat, was der Fall ist, wenn der Lohnanspruch verneint und nur ungerechtfertigte Bereicherung zugegeben wird. Die Aussicht, gleichwohl die Lohnforderung zu behalten, könnte sonst für den Arbeitnehmer einen Anreiz zur Verletzung der Vorschrift bilden. Bei diesen Abschlussverboten handelt es sich zudem um Momente, welche in der Person des Arbeitnehmers liegen, während z. B. das Verbot zur Haltung von Lehrlingen in der Person des Arbeitgebers seinen Grund hat, der der Gegenpartei nicht sicher bekannt ist, was zu verschiedenen Rechtsfolgen führen kann. Setzt sich der Arbeitnehmer über jene Verbote hinweg, so kann er sich kaum beklagen, wenn ihn ein Nachteil trifft[38]).

Indessen kommt man auch bei dieser grundsätzlichen Einstellung auf anderm Wege doch zu einem praktisch ähnlichen Ergebnis wie Nipperdey. Man wird dem Arbeitgeber etwa entgegenhalten können, dass er gegen Treu und Glauben verstosse, wenn er aus einem solchen bloss tatsächlichen Arbeitsverhältnis die Leistung annimmt, aber den Lohn verweigert und daraus seinen Vorteil zieht, trotzdem das Verbot sich gerade an ihn richtet; dies zumal dort, wo man dem Arbeitnehmer keinen ernstlichen Vorwurf machen kann[39]). Auch kann Schadenersatz gemäss Art. 41 OR in Frage kommen, wenn sich der Arbeitnehmer auf die Gültigkeit des Vertrages verliess, von dem der

---

[38]) Vgl. in diesem Sinn Hueck bei Hueck-Nipperdey 1 § 28 III S. 139/40, weitere Hinweise für die herrschende Ansicht bei Nipperdey S. 209 N. 31, vgl. auch Oser-Schönenberger, Art. 325 N. 5 mit weitern Zitaten betr. die gleichen Folgen bei Nichteinhaltung der Schriftform und daheriger Nichtigkeit des Lehrvertrages.

[39]) So Hueck a. a. O. § 30 II S. 149 f. mit weitern Angaben, Nipperdey S. 210 unter b und Staudinger-Nipperdey § 611 IV 3 c δ.

Arbeitgeber wissen musste, dass er ungültig sei. Doch führt dies nur zum Ersatz des negativen Interesses und wird dann nichts einbringen, wenn der Arbeitgeber nicht dartun kann, dass er anderwärts Arbeit oder gleichbezahlte Arbeit gefunden hätte. Eventuell kann auch ein Verstoss gegen die guten Sitten nach Art. 41 Abs. 2 vorliegen.

Angesichts dieser sehr diskutabeln Resultate betr. die zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung der Abschlussverbote erscheint de lege ferenda eine Bestimmung von der Art des § 52 des deutschen Entwurfes eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nicht unbegründet. Danach soll bei Nichtigkeit des Vertrages der Arbeitnehmer für die geleistete Arbeit Entgelt zu beanspruchen haben, wie aus gültigem Vertrage, ausgenommen bei arglistiger Täuschung durch den Arbeitgeber oder wo die Arbeitsleistung gegen die guten Sitten verstösst. Man sollte aber, wie Hueck[40]) es begründet, richtiger den Lohnanspruch für geleistete Arbeit immer dann, aber auch nur dann gewähren, wenn der Arbeitnehmer im Glauben an das Bestehen eines Arbeitsvertrages leistet. Dagegen besteht, abgesehen von dieser Modifikation bezüglich des Lohnanspruchs, kein Grund, im übrigen die Nichtigkeit des Dienstvertrages bei Verstoss gegen Abschlussverbote zu verneinen.

b) Eine andere Kategorie von Arbeitnehmerschutzbestimmungen stellt Unterlassungspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Gemeinwesen hinsichtlich des zeitlichen Umfanges oder der Art der Beschäftigung auf. Hieher gehören vor allem die zahllosen Bestimmungen des Arbeitszeitschutzes mit den Vorschriften über Höchstdauer und zeitliche Lage der Arbeit, Ruhepausen, Ruhezeiten, Sonntagsruhe, Freizeit, jährliche Ferien. Dem Arbeitgeber wird aus gesundheitlichen, kulturellen, religiösen Erwägungen eine öffentlichrecht-

---

[40]) Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925, S. 151.

liche, durch Zwang und Strafe gesicherte Verpflichtung auferlegt, die Beschäftigung der Arbeitnehmer zu bestimmten Zeiten oder über ein bestimmtes Mass hinaus zu unterlassen.

Die privatrechtliche Bedeutung solcher Unterlassungspflichten ist mannigfaltig:

1. Derartige öffentlichrechtliche Unterlassungspflichten beschränken zugleich den zulässigen Inhalt des Dienstvertrages. Sie müssen schon deshalb dienstvertraglicher Abrede entzogen sein, weil sie gegenüber dem Staat bestehen. Allerdings könnte man sich fragen, ob die Widerrechtlichkeit entgegenstehender Abrede nicht zu verneinen sei, weil die Pflicht nur auf dem Arbeitgeber lastet, also bloss einseitig sei. Allein gerade für die innerhalb dieser Kategorie der Unterlassungspflichten wichtigsten Arbeitszeitbeschränkungen ist die Widerrechtlichkeit der Abmachung und die grundsätzliche Nichtigkeit derselben nicht zu bezweifeln, weil die Beschränkungen in der Regel, wie übrigens schon ihr Zweck vermuten lässt, sich an beide Teile richten. Art. 45 des Fabrikgesetzes bestimmt in Abs. 2 generell: „Ausserhalb der gesetzlich zulässigen Arbeitsdauer dürfen die Arbeiter in der Fabrik auch freiwillig nicht arbeiten". Eine gleiche Tendenz verfolgt auch das Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit, indem es in Art. 13 den Arbeitnehmern untersagt, während der Ruhezeit Berufsarbeiten für Dritte auszuführen. Daraus ergibt sich die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 19 OR und grundsätzlich Nichtigkeit der Klausel, wie z. B. auch BGE 51 I S. 58/60 hervorhebt. Auch im deutschen Recht nimmt man in diesen Fällen Nichtigkeit derartiger Abreden an[41]).

Gleiches gilt auch für Verbote gewisser Beschäftigungsarten. Wenn z. B. gemäss Fabrikgesetz Art. 65 Abs. 2, bezw. 71 Abs. 3 und Vollzugsverordnung Art. 183,

---

[41]) Vgl. Nipperdey S. 212, Hueck bei Hueck-Nipperdey 1 S. 117, 146, 155/9, Kaskel-Dersch S. 166, 171, Sinzheimer S. 182/3.

189 und 189bis gewisse Verrichtungen durch Frauen oder Jugendliche verboten werden, so wird dadurch wohl in erster Linie dem Arbeitgeber eine Pflicht überbunden, aber indirekt auch der Arbeitnehmer betroffen. Ich bin daher der Meinung, dass die Folgen hier grundsätzlich gleichartig sind. Der Gesetzgeber will solche Beschäftigung schlechtweg verhindern.

So gelangt man dazu, die widerrechtliche Abrede zivilrechtlich als nichtig zu erklären gemäss Art. 20 Abs. 2 OR. Falls anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne die nichtige Klausel nicht abgeschlossen worden wäre, ergibt sich aber hier ein eigentümliches Resultat. Da stände man vor der Tatsache, dass ausgerechnet wegen einer Vorschrift, die den Arbeitnehmer schützen will, der ganze Vertrag dahinfallen würde und der Arbeitnehmer keine dienstvertraglichen Ansprüche hätte. Damit würde man aber den Arbeiter trotz aller Schutzabsichten in Nachteil bringen. Die Arbeitnehmerschutzvorschriften würden damit ins Gegenteil verkehrt. Es wird daher in der Regel richtiger sein, den Vertrag einfach ohne rechtswidrige Klausel aufrecht zu erhalten, was gegenüber Art. 20 Abs. 2 OR eine in der Natur der Sache begründete Modifikation bedeutet[42]).

2. Hat der Dienstpflichtige entgegen diesen öffentlichrechtlichen Bestimmungen Arbeit geleistet, so hätte er grundsätzlich nur eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, soweit die Vergütung für den verbotenen Teil der Arbeitsleistung in Frage steht. Wäre somit ein Lohnanspruch in diesem Umfang zu verneinen, so ergeben sich dieselben Folgen, wie sie für Abschlussverbote erörtert wurden[43]). Anders wäre es nur dort, wo Unterlassungspflichten in Frage stehen, die sich nicht gegen beide Teile richten. Aber gerade für die Arbeitszeit-

---

[42]) So auch die deutsche Lehre, vgl. Hueck-Nipperdey 1 § 30 I 4 mit weitern Angaben N. 9, ferner § 8 des deutschen Entwurfs zu einem allg. Arbeitsvertragsgesetz.

[43]) Oben sub a) S. 41a—43a.

beschränkungen liegt die Sache so, dass sie beide Teile treffen[44]). Man könnte sogar, wie übrigens auch bei den Abschlussverboten, die Frage aufwerfen, ob nicht einer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung Art. 66 OR entgegenstehe, weil der Zweck der Beschränkung der ist, Arbeitsleistung dieser Art, in dieser bestimmten Zeit usw. überhaupt zu verhindern. Es ist kaum in Abrede zu stellen, dass die Aussicht, trotz Verletzung dieser Bestimmungen gleichwohl die Forderung auf Lohn oder Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung zu behalten, der Versuchung zur Missachtung dieser Vorschriften rufen würde, worauf insbesondere Oertmann[45]) hinweist. Allein Art. 66 OR verbietet nur die Rückforderung von etwas, das mit der Absicht geschah, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen. Man wird daher die Rückforderung sicher da zulassen, wo dem Leistenden nicht bewusst war, dass die Abrede und die Leistung gegen das Recht verstosse und daher ungültig sei[46]). Kritischer liegt die Sache, wenn der Leistende die Ungültigkeit der Abrede, die Rechtswidrigkeit seines Versprechens kannte. Allein ich finde, dass die Negierung des Bereicherungsanspruchs auch in diesem Falle eine kaum zu begründende Härte für den Arbeitnehmer bedeuten würde, den man doch schützen will. Man stösst sich namentlich hieran, wenn man bedenkt, dass z. B. bei behördlicher Bewilligung Mehrarbeit doch wieder zulässig ist. Allerdings soll der Arbeitnehmer nicht wider besseres Wissen Arbeit leisten, die man in seinem Interesse verboten oder beschränkt hat.

---

[44]) Vgl. Fabrikges. Art. 45, Ruhezeitgesetz Art. 13 und oben S. 44a; vgl. indessen für das deutsche Recht Hueck-Nipperdey 1 § 30 N. 23, wonach es mit dem Verbot der Überzeitarbeit eine andere Bewandtnis hat; beachte für unser Recht aber auch das oben zitierte Urteil BGE 51 I S. 58/60.

[45]) Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 103/4, vgl. auch Staudinger-Nipperdey § 611 IV 3 c *a*, und in ähnlicher Weise noch Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319/62 N. 23 und dortige Zitate.

[46]) Vgl. von Tuhr OR § 52 VI 1.

Aber mir scheint doch, dass er mit der Verweisung auf den weniger vorteilhaften Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hinreichend in Nachteil gesetzt ist. Es wird übrigens auch hier, genau wie bei der Verletzung von Abschlussverboten[47]) Fälle geben, wo man die Verweigerung des vereinbarten Lohnes als offenbaren Verstoss gegen Treu und Glauben erklären und dem Dienstpflichtigen den vollen Lohn zuerkennen muss. Dies umsomehr, als es doch entschieden stossend ist, dass der Arbeitgeber einen Vorteil davon trägt, wenn er gegen ein gerade an ihn gerichtetes Verbot des Arbeitnehmerschutzrechtes verstösst; allerdings hat er ja auch Strafe zu gewärtigen[48]). De lege ferenda wird man auch hier einen Lohnanspruch dann, aber auch nur dann befürworten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit im Glauben an das Bestehen eines Arbeitsvertrages bezw. einer gültigen Klausel geleistet hat.

3. Eine weitere zivilrechtliche Wirkung der Unterlassungspflichten beruht darin, dass der Dienstpflichtige auf alle Fälle die verbotene Arbeit verweigern kann, auch dort, wo sich das Verbot nur an den Arbeitgeber richten sollte. Das folgt schon aus dem Zweck der Arbeitnehmerschutzbestimmungen im allgemeinen und der Arbeitszeitbeschränkungen oder des Verbots bestimmter Beschäftigung im besondern. Der Arbeitnehmer kommt durch solche Weigerung nicht in Verzug. Natürlich ist dieses Leistungsverweigerungsrecht beschränkt auf den Fall, wo durch Nichteinhaltung dieser Arbeitnehmerschutzbestimmungen die Lage des sich Weigernden betroffen wird.

---

[47]) Siehe oben S. 42a.

[48]) Den Lohnanspruch für geleistete Dienste schlechtweg zuzugestehen, geht doch wohl dort nicht an, wo auch der Arbeitnehmer sich des Verstosses gegen das Verbot bewusst ist. Erwägungen, wie man sie z. B. hinsichtlich des Schutzes des Unmündigen nach Art. 18 ZGB (vgl. dazu Egger, spez. N. 13) vorbringen kann, lassen sich nicht ohne weiteres auf diese Fälle, an denen Mündige beteiligt sind, übertragen.

4. Kommt der Arbeiter infolge der Verletzung der Unterlassungspflicht zu Schaden, so hat der Arbeitgeber gemäss Art. 41 ff. OR Ersatz zu leisten, weil diese Unterlassungspflichten allgemeine Schutzbestimmungen sind, deren Verletzung Widerrechtlichkeit nach Art. 41 begründet. Natürlich bleibt hier Mitverschulden des Arbeitnehmers zu beachten, wenn er die Vorschriften gekannt hat. Doch wird man dabei berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit weniger in der Lage ist, gegen die Nichteinhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen zu reagieren[49]).

5. Zu verneinen ist aus verschiedenen Gründen eine zivilrechtliche Klage des Dienstnehmers auf Einhaltung dieser Verpflichtungen. Dies einmal grundsätzlich, weil es sich doch um Arbeitnehmerschutzbestimmungen handelt, welche ihre Durchsetzung durch öffentlichrechtliche Kontrolle und Strafen erfahren sollen. Anderseits besteht auch praktisch kein Bedürfnis dafür, weil es sich um reine Unterlassungspflichten handelt, denen gegenüber die Leistungsverweigerung zweckmässiger ist. Für den Hauptfall, die Beschränkung der Arbeitszeit nach Fabrikgesetz etc. kann sich die Frage überhaupt nicht erheben, weil auch den Arbeitnehmer eine Unterlassungspflicht trifft[50]).

6. Die gesetzlichen Bestimmungen über Arbeitszeit können, abgesehen von der besprochenen negativen Bedeutung, auch positiv für den Inhalt des Dienstvertrages Einfluss haben. Soweit nämlich über die Arbeitszeit von den Parteien keine Abrede getroffen wurde, darf man vermuten, dass diese gesetzliche normale Arbeitszeit auch als vertragliche gewollt wurde. Das wird meistens der Verkehrssitte entsprechen; es kann aber auch ein anderes gewollt sein. — Eine andere Bewandtnis hat es

---

[49]) Vgl. über ähnliche Erwägungen betr. Mitverschulden im Rahmen des Art. 339 OR, Oser-Schönenberger, Art. 339 N. 17.

[50]) In gleichem Sinn für das deutsche Recht Nipperdey S. 214 und dortige Zitate.

mit der Frage, ob der Arbeitnehmer auch zur Arbeit im Ausmasse der nach öffentlichem Recht etwa zulässigen Überzeitarbeit verpflichtet sei. Diese Vorschriften betr. Gestattung von Überzeitarbeit betreffen das Verhältnis von Gemeinwesen zum Arbeitgeber in dem Sinn, dass sie lediglich unter gewissen Voraussetzungen gestatten, länger arbeiten zu lassen. Aber sie enthalten keine privatrechtliche Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Mehrarbeit überhaupt oder in dem gesetzlich zulässigen Masse. Denn Arbeitnehmerschutzvorschriften können keine Leistungspflichten des Arbeitnehmers im Dienstvertrag begründen. Ja, diese Bestimmungen begründen auch nicht einmal eine dahingehende Vermutung für den Umfang der Dienstpflicht. Diese Frage ist rein privatrechtlicher Art und erfährt ihre Beantwortung durch Parteiabrede und die Vorschrift des Art. 336 OR[51]).

c) Eine praktisch bedeutsame Kategorie von Arbeitnehmerschutzpflichten besteht in positiven Handlungspflichten des Arbeitgebers zum Schutz vor Betriebsgefahren. (Von weitern Handlungspflichten wird unter d) die Rede sein.) Es werden dem Arbeitgeber Pflichten auferlegt in der Absicht, eine derartige Gestaltung der Beschäftigung der Arbeitnehmer herbeizuführen, dass die Gefahren für Leib und Leben, Gesundheit und Sittlichkeit beseitigt oder nach Möglichkeit gemindert werden. So sind z. B. Verpflichtungen ausgesprochen, Massnahmen zur Unfallverhütung zu treffen, für hygienischen Betrieb, Arbeits- und Unterkunftsräume, für gefahrlose Ordnung des Betriebsganges zu sorgen etc. Vgl. z. B. Art. 5 des Fabrikgesetzes und Art. 30—46 der Vollzugsverordnung. Derartige Pflichten des Arbeitgebers bilden grundsätzlich Verbindlichkeiten gegenüber dem Gemeinwesen, das für ihre Einhaltung durch staatliche Kontrolle, Zwang und Strafe sorgt.

[51]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 336 N. 2, Sinzheimer S. 174 ff., Hueck-Nipperdey 1 § 31 VI, Nipperdey S. 212, jetzt auch Kaskel-Dersch S. 171.

Fragen kann man sich aber, ob diese Pflichten nicht auch positiv zum Inhalt des Dienstvertrages werden in dem Sinn, dass sie gleichzeitig auch privatrechtliche Verpflichtungen des Dienstherrn gegenüber dem Dienstnehmer darstellen. Von der Antwort hängt ab, ob der Dienstnehmer auf Erfüllung dieser Verpflichtungen zivilrechtlich klagen, allenfalls vorsorgliche Massnahmen beim Zivilrichter erwirken kann, ferner, ob bei Schädigung des Arbeiters infolge Nichteinhaltung dieser Pflichten ein vertraglicher oder bloss ein ausservertraglicher Schadenersatzanspruch besteht, ob der Dienstherr für Hilfspersonen nur nach Art. 55 oder nach Art. 101 OR einstehen muss. Für die durch die obligatorische Unfallversicherung gedeckten Arbeitnehmer spielt die Schadenersatzfrage, da die Liquidation des Schadens durch die Versicherung erfolgt, nur bezüglich des Schadens eine Rolle, der über die Leistung der Anstalt hinaus ungedeckt verbleibt, sofern nicht Art. 129 Abs. 2 KUVG der Belangung des Arbeitgebers im Wege steht. Für den Arbeitgeber bleibt trotzdem das Risiko aus der Subrogation (Art. 100/129 Kranken- und Unfallversicherungsgesetz)[52]).

Von einzelnen Autoren, z. B. von Sinzheimer[53]) wird die Meinung ausgesprochen, dass die positiven Schutzpflichten des Arbeitgebers, soweit sie öffentlichrechtlich geregelt sind, allgemein auch eine entsprechende privatrechtliche Schutzpflicht in sich schliessen, also zugleich öffentlichrechtlich und privatrechtlich wirken (wobei Sinzheimer die privatrechtliche Klagemöglichkeit verneint). Diese doppelte Sicherung sei notwendig zu wirksamem Schutz des besonders wertvollen Rechtsgutes der menschlichen Arbeitskraft. Wie indessen schon Nipperdey dargetan hat, geht diese Ansicht Sinzheimers zu weit. Zahlreiche öffentlichrechtliche Arbeitnehmerschutzpflichten eignen sich ihrer Natur nach gar nicht dazu, in einen Dienstvertrag einzugehen. Anderseits fusst Sinz-

[52]) Siehe hiezu unten S. 57a/58a.

[53]) Sinzheimer, Grundzüge S. 162.

heimer darauf, dass die Arbeitnehmerschutzvorschriften Beschränkungen der Gewaltherrschaft des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag seien, was nicht zutrifft[54]). Eine ähnliche Auffassung vertrat schon Otto von Gierke[55]), indem er ausführte, dass durch die dem Arbeitgeber auferlegten Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen, „insoweit sie sein Verhalten gegenüber dem Arbeiter betreffen, der Inhalt der Dienstverträge auch in positiver Weise bereichert" werde. „Denn zweifellos steht dem Dienstverpflichteten auf Grund des Dienstvertrages auch ein privatrechtlicher Anspruch auf Erfüllung derartiger Verpflichtungen und im Falle ihrer Verletzung auf Schadenersatz zu." — Nachdrücklich hat Nipperdey diese Auffassung verfochten[56]). Dies indessen mit einer wesentlichen Beschränkung. Nach Nipperdey haben privatrechtliche Wirkung nur die Normen mit arbeitsvertraglichem Charakter, d. h. solche, welche geeignet sind, im Arbeitsvertrag vereinbart zu werden und ebenso gut im Arbeitsvertrag vereinbart sein könnten, die also im engsten Zusammenhang mit der Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten stehen und sich einwandfrei als Ausfüllung der Rahmenbestimmungen der §§ 618 BGB, 62 HGB, 120a Gewerbeordnung (= 339 OR) darstellen. Nipperdey verneint die privatrechtliche Wirkung daher für alle Handlungspflichten, die zwar im Interesse des Arbeitnehmers bestehen, aber sich zunächst gegen ihn richten[57]), ferner für jene Pflichten, die mit dem Dienstvertrag nichts zu tun haben (z. B. Führung von Kontrollbüchern), ferner für die reinen Solidarnormen, d. h. für jene Normen, die ausgesprochen nur den Schutz der Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft bezwecken, ohne zugleich einen individuellen Schutz zu enthalten (z. B. Bestimmungen über die Zusammen-

---

[54]) Nipperdey S. 217 N. 61 und das hier im Text folgende.

[55]) Gierke S. 63.

[56]) Nipperdey S. 215 ff., 217, 219, Staudinger-Nipperdey § 618 VI 2 c.

[57]) Beispiele oben S. 25a bei N. 15.

setzung der Arbeiterschaft)[58]). Dagegen wären nicht auszuscheiden Solidarnormen, die zugleich individuelle Schutznormen sind, z. B. die Verpflichtung zur Errichtung einer Bauhütte, Anbringung von Schutzvorrichtungen an Maschinen, betr. Ordnung und Reinhaltung, Beleuchtung der Betriebsräume, überhaupt alle gewerbehygienischen Massnahmen. Nipperdey stützt seine Ansicht auf das Wesen der positiven Schutzpflichten, anderseits auf die ausdrücklichen Vorschriften des deutschen Rechts.

Eine allgemeine Antwort lässt sich hier ebenso wenig wie für andere Kategorien von Arbeitnehmerschutzbestimmungen geben. Man muss die einzelnen Bestimmungen des positiven Rechts gesondert prüfen. Was ergibt sich hier nun für das schweizerische Recht?

Zunächst sei gerade für diese Frage darauf hingewiesen, dass Arbeitnehmerschutzvorschriften grundsätzlich nur Verpflichtungen zwischen Arbeitgeber und Staat schaffen. Soll es anders sein und will man gleichzeitige privatrechtliche Wirkung annehmen, so müssen dafür besondere Gründe vorliegen. In diesem Zusammenhang sei weiter erinnert an die Tatsache, dass es keine gemischten Rechtssätze gibt[59]). Nur das ist möglich, dass in einer Gesetzesbestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers zwei Normen enthalten sind, eine öffentliche und eine privatrechtliche. Dann handelt es sich aber nicht um reine Arbeiterschutznormen. Ob dieser Fall vorliegt, muss durch Auslegung, insbesondere unter Beachtung des mit einer bestimmten Norm verfolgten Zweckes ermittelt werden. Hinweise dafür oder dagegen lassen sich gewinnen aus dem Inhalt der aufgestellten Verpflichtung selbst, aus der Geschichte der Bestimmung, aus der frühern Ordnung des Verhältnisses, aus den für die Zuwiderhandlung vorgesehenen Folgen. Es ist nun gerade eine Eigen-

---

[58]) Über das Wesen der Solidarnormen, welche auch beim Gesamtarbeitsvertrag eine Rolle spielen, siehe Oser-Schönenberger, Art. 322 N. 38.

[59]) Siehe oben S. 30a, 34a und unten S. 77a.

tümlichkeit unserer Arbeitnehmerschutzgesetzgebung, dass sie sich nicht bloss auf Arbeitnehmerschutzvorschriften beschränkt, sondern daneben vielfach privatrechtliche Bestimmungen bringt, wie z. B. Fabrikgesetz, Art. 21 ff.[59a]). Angesichts dieser Tatsache kann man die Möglichkeit doppelter Normierung in ein und derselben Vorschrift oder ein und demselben Gesetz für unser Recht gerade für die positiven Schutzpflichten nicht ohne weiteres von der Hand weisen.

Unter dem hervorgehobenen Gesichtspunkt sind nun als Grundtypus der positiven Handlungspflichten die Pflichten des Betriebs- oder Gefahrenschutzes zu untersuchen. In Betracht kommen hier vor allem die Fabrikhygiene und Unfallverhütung, über welche Art. 5 des Fabrikgesetzes bestimmt[60]). Dazu kommen Art. 6—9 betr. Genehmigung der Fabrikanlagen, Bewilligung der

---

[59a]) Vgl. dazu schon Sten. Bull. 1913 NR S. 465/7, 577, 621, 830 über die mangelnde klare Ausscheidung, und die Kritik von Ständerat Böhi über das Verhältnis von OR und Bundesgesetz betr. die berufliche Ausbildung, Sten. Bull. StR 1930 S. 25 ff., ferner Oser-Schönenberger Vorbem. zu Art. 319/62 N. 17, 26, 28.

[60]) Fabrikgesetz Art. 5: „Der Fabrikinhaber hat zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar sind.

Die Arbeitsräume, Maschinen und Werkgerätschaften sind so herzustellen und zu unterhalten, dass Gesundheit und Leben der Arbeiter nach Möglichkeit gesichert werden.

Die Räume, in denen Arbeiter sich aufhalten oder verkehren, sind nach Möglichkeit rein zu halten; sie sollen gut beleuchtet sein, und es sind zweckentsprechende Massnahmen zu treffen, um die Luft zu erneuern und von Staub, schädlichen Gasen und Dämpfen tunlichst zu befreien. Die Arbeitsräume sind in der kalten Jahreszeit zu heizen, sofern ihre Bestimmung es gestattet.

Der Fabrikinhaber kann verhalten werden, durch Anschlag in den Arbeitsräumen deren Masse und die Höchstzahl der darin zu beschäftigenden Arbeiter bekanntzugeben.

Erfordern es die Umstände, so sind den Arbeitern ausserhalb der Arbeitsräume passende, in der kalten Jahreszeit geheizte Essräume unentgeltlich zur Verfügung zu stellen."

Betriebseröffnung, Beseitigung nachträglich erkannter Übelstände, in welchen Fragen die kantonalen Instanzen für die Durchführung der verschiedensten Gefahrenschutzvorkehrungen zu wachen haben. Ferner kommt hier unter gewissen Richtungen auch die Pflicht zum Erlass einer obrigkeitlich zu genehmigenden Fabrikordnung über Arbeitsordnung und Fabrikpolizei in Betracht. Alle diese Bestimmungen haben in der Vollzugsverordnung ihre Präzisierung erhalten. Der Gefahrenschutz ist aber auch in Art. 339 OR geregelt[61]).

In welchem Verhältnis stehen diese Bestimmungen und welche privatrechtliche Bedeutung haben event. die erwähnten Vorschriften des Fabrikgesetzes? Gilt neben Art. 5/9 FabrGes. mit der öffentlichrechtlichen Verpflichtung auch Art. 339 über die privatrechtlichen Schutzpflichten? Schon diese erste Frage wird verschieden beantwortet. Oser[62]) sprach sich für modifizierte Weitergeltung des Art. 339 aus. Andere nehmen an, dass Art. 339 für Fabrikarbeitsverhältnisse nicht mehr gelte[63]). Im letztern Falle frägt sich dann sofort, ob die Bestimmungen des Fabrikgesetzes rein öffentlichrechtlich seien oder zugleich privatrechtliche Pflichten aufstellen. Ich bin der Meinung, dass Art. 339 auch für die dem Fabrikgesetz unterstehenden Dienstverhältnisse gilt (vgl. schon Art. 20 Fabrikgesetz über das Verhältnis dieses Gesetzes zum OR). Die beiden Arten von Vorschriften können wohl nebeneinander bestehen, weil die eine öffentlich, die andere privatrechtlich ist und sie einander nicht widersprechen,

---

[61]) Dort ist bestimmt: „Der Dienstherr hat, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung ihm billigerweise zugemutet werden darf, für genügende Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren, für angemessene und gesunde Arbeitsräume und, wo Hausgemeinschaft besteht, für gesunde Schlafräume zu sorgen".

[62]) Oser, Kommentar, 1. Aufl., Art. 362 Bem. 4.

[63]) So anscheinend Becker, Kommentar zu OR Art. 362 N. 3, Lang, Kommentar zum Dienstvertrag, 2. Aufl. 1930 Art. 362 Bem. 2a.

sich vielmehr ergänzen. Entscheidend ist doch, dass der Gesetzgeber gerade in diesen Punkten einen wirksamen Schutz unter allen Umständen anstrebt. Dies wird erreicht durch Aufstellung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Pflichten. Im alten OR fehlte eine Bestimmung von der Art des Art. 339. Aber was diese Bestimmung vorschreibt, hat man schon damals unter Berufung auf die Regeln von Treu und Glauben aus dem Wesen des Dienstvertrages in der Gerichtspraxis abgeleitet, sodass Art. 339 bloss deren Bestätigung wurde[64]). Die daneben bestehenden öffentlichen Pflichten, wie sie schon nach altem Fabrikgesetz Art. 2 ff. anerkannt waren, verstärken diesen privatrechtlichen Schutz. In Anbetracht der grossen Gefahren und der gefährdeten Güter ist es durchaus angezeigt, alle tauglichen Mittel einzusetzen, öffentlichrechtliche wie privatrechtliche. Auch wer annimmt, dass die Bestimmungen des Fabrikgesetzes dem Art. 339 vorgehen, kommt fast zwangsläufig dazu, eine entsprechende privatrechtliche Schutzpflicht aus dem Fabrikgesetz abzuleiten, indem er annimmt, dass Art. 5 ff. einfach eine doppelte Normierung enthalte, welche in privatrechtlicher Beziehung Art. 339 verdränge. Die gesetzlichen Bestimmungen, Zweck und Charakter des Fabrikgesetzes stehen einer solchen Annahme nicht im Wege. — Man kann aber auch annehmen, dass Art. 5 ff. FabrGes. nur eine Erläuterung und konkretisierende Ausfüllung der Rahmenvorschrift des Art. 339 OR bedeute. Denn inhaltlich, hinsichtlich Art und Umfang der geforderten Massnahmen gehen diese Bestimmungen nicht über jene allgemeine Klausel des Art. 339 hinaus. Art. 339 ruft geradezu einer solchen Ausgestaltung und einer Erläuterung darüber, in welcher Weise diese Schutzpflichten zu erfüllen sind. Daher wird man auf die spezielleren öffentlichrechtlichen Vorschriften greifen, weil anzunehmen ist, dass die privatrechtliche Schutzpflicht mindestens den gleichen Umfang haben soll wie jene ausführlicheren Arbeitnehmerschutz-

[64]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 339 N. 1.

vorschriften. Es trifft hier für Art. 339 zu, was Nipperdey[65]) für die entsprechenden Bestimmungen des § 618 BGB und § 62 HGB annimmt.

Man sieht also, dass die verschiedenen Lösungen zum gleichen Ergebnis führen, nämlich zur Annahme, dass neben den öffentlichrechtlichen Pflichten des Fabrikgesetzes inhaltlich gleiche privatrechtliche Pflichten bestehen müssen. Ob man diese privatrechtlichen Verpflichtungen so oder anders begründet, erscheint mir angesichts des zweckmässigen Ergebnisses aller Lösung belanglos.

Darnach ergibt sich Folgendes: Die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Pflichten ist durch die staatlichen Organe garantiert. An sie kann sich auch der Arbeitnehmer wenden. Daneben bestehen auf Grund der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Ordnung folgende Rechtsbehelfe:

1. Als wichtigstes Mittel ergibt sich das Recht des Arbeitnehmers, die Leistung zu verweigern, bis der Arbeitnehmer den Schutzpflichten Genüge getan hat. Das folgt sowohl aus den Anforderungen an Treu und Glauben, als auch unter dem Gesichtspunkt eines obligatorischen Rückbehaltungsrechts und unabhängig davon schon aus dem Zweck der öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzpflichten. Soweit wenigstens durch die Nichterfüllung der positiven Pflichten die Lage des einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar betroffen wird, bildet die Nichtbeachtung dieser Pflichten die Unterlassung einer für die Bewirkung der Arbeitsleistung notwendigen Mitwirkungs- und Vorbereitungshandlung des Dienstherrn, zieht also Gläubigerverzug nach sich. Denn schon nach Sinn und Zweck der öffentlichrechtlichen Betriebsschutzvorschriften soll der Arbeiter nicht gezwungen sein, unter Verhältnissen zu arbeiten, welche im Widerspruch stehen zu den Anforderungen des Arbeitnehmerschutzrechts. Die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Pflicht ist also privat-

[65]) Nipperdey S. 217, Staudinger-Nipperdey § 618 VI 2 c.

rechtlich Voraussetzung für die Erfüllung der Dienstpflicht. Dasselbe ergibt sich bei Betrachtung der dienstvertraglichen Schutzpflicht. Die Tatsache, dass diese Schutzvorkehren nach Art. 339 OR auch Vertragspflichten sind, hindert nämlich nicht, dass ihre Nichterfüllung unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistung zugleich Annahmeverzug im Sinne von Art. 332 OR bewirkt, weil die Vorkehr von Schutz zugleich eine Mitwirkungshandlung ist, die der Dienstherr zum Vollzug der Arbeitsleistung zu treffen hat[66]).

2. Als weitere Folge der Verletzung der Schutzpflichten ergibt sich die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers, und zwar handelt es sich um Schadenersatz für Verletzung einer Vertragspflicht, sei es, dass man auf Art. 339 basiert oder diese privatrechtlichen Pflichten aus den Fabrikgesetzbestimmungen ableitet. Massgebend ist also Art. 97 ff., was für die Beweispflicht und die Haftung für Hilfspersonen von Bedeutung ist[67]). In Konkurrenz damit bildet die Verletzung der Schutzpflicht zugleich einen Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach Art. 41 ff. OR. Dies folgt aus dem öffentlichrechtlichen Charakter der Schutzpflicht und privatrechtlich aus dem Gesichtspunkt der Anspruchskonkurrenz[68]).

Was indessen die Schadenersatzpflicht angeht, ist darauf zu verweisen, dass diese durch die Gesetzgebung über die Unfallversicherung modifiziert ist, vgl. Art. 128, 129, spez. Abs. 2, 130, 100 des Gesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (mit Ergänzungen vom 18. Juni 1915/9. Okt. 1920). Gemäss Art. 129 Abs. 2 KUVG ist insbes. die obligationenrechtliche Haftbarkeit des Dienstherrn beseitigt, wenn er die dort er-

---

[66]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 339 N.14, 22, Art.332 N. 2, weitere Angaben Vorbem. zu 319/62 N. 27 am Ende.

[67]) Hierüber und über die Frage des Mitverschuldens des Arbeitnehmers vgl. im einzelnen Oser-Schönenberger, Art. 339 N. 17/8.

[68]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 339 N. 15.

wähnten Prämien geleistet hat, es sei denn, dass er den Unfall grobfahrlässig oder absichtlich herbeigeführt hat[69]).

3. Weiter kann sich der Rücktritt vom Vertrag aus wichtigem Grunde rechtfertigen; dies sowohl wegen Verletzung einer dienstvertraglichen, als einer öffentlichrechtlichen Pflicht.

4. Neben diesen meist einzig praktischen Folgerungen aus der Verletzung der Schutzpflicht steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Arbeitnehmer unter privatrechtlichem Gesichtspunkte die Möglichkeit zu Gebote, auf Einhaltung der dienstvertraglichen (nicht aber der öffentlichrechtlichen) Pflicht zu Schutzvorkehren zu klagen. Dies ist indessen bestritten und braucht hier im Zusammenhang mit der öffentlichrechtlichen Verpflichtung nicht erörtert zu werden[70]).

5. Eine Wegbedingung oder Beschränkung der Schutzpflicht ist ausgeschlossen. Es gilt hier dasselbe, was hinsichtlich einer Wegbedingung der Verpflichtung oder Haftung aus Art. 339 OR zutrifft[71]).

Ausser im Fabrikgesetz und in OR Art. 339 sind bundesrechtliche Unfallverhütungspflichten auch im Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung aufgestellt, vgl. z. B. Art. 65[72]) und die Strafbestimmungen

---

[69]) Vgl. über diese bedeutsame Haftungsbeschränkung Näheres bei Oser-Schönenberger, Art. 339 N. 20, Sauser, Das besondere Haftpflichtrecht der Schweiz. Unfallverordnung, Zürcher Diss. 1919, Lang, Kommentar zum Dienstvertrag des schweiz. OR, 2. Aufl. 1930, Art. 339 N. 10.

[70]) Vgl. darüber Näheres bei Oser-Schönenberger Art. 339 N. 21.

[71]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 339 OR N. 13.

[72]) Art. 65 KUVG lautet: „In jedem der in Art. 60 bezeichneten Betriebe hat der Betriebsinhaber oder sein Stellvertreter zur Verhütung von Krankheiten und Unfällen alle Schutzmittel einzuführen, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar sind.

Art. 66, Verordnung II über die Unfallversicherung vom 3. Dezember 1917, Art. 10 ff., auch Bundesratsverordnung vom 3. April 1933 über die Verhütung von Unfällen bei Caissonarbeiten. — Diese durch die Unfallversicherungsgesetzgebung aufgestellten Pflichten zur Unfallverhütung treffen den Betriebsinhaber und bestehen grundsätzlich gegenüber der Unfallversicherungsanstalt als der speziell beauftragten staatlichen Anstalt. Es sind ebenfalls öffentlichrechtliche Pflichten. Wie ein Vergleich dieser Bestimmungen mit den Gefahrenschutzbestimmungen des Fabrikgesetzes und des OR zeigt, sind inhaltlich gleiche Massnahmen und Vorkehren verlangt, nämlich jene, die nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stande der Technik und den gegebenen Verhältnissen anwendbar erscheinen. Diese Unfallverhütungsvorschriften unterscheiden sich allerdings von den bisher besprochenen Gefahrenschutzpflichten. Sie haben in erster Linie den Zweck, die Inanspruchnahme der Versicherung zu vermindern und erstreben damit zugleich die Entlastung des Gemeinwesens und der Prämienpflichtigen. Dieser Umstand hat z. B. das deutsche Reichsgericht und die Doktrin dazu geführt, diese Unfallverhütungsvorschriften nicht einmal als allgemeine Schutzgesetze im Sinne des § 823 BGB (= Art. 41 ff. OR) anzuerkennen; ihre Wirkung wird auf das öffentliche Recht beschränkt, und eine Schadenersatzpflicht auch unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung in ihrem Zusammenhang wird verneint. Für unser schweizerisches Recht bin ich aber der Meinung, dass diese Unfallverhütungsvorschriften neben dem erwähnten Hauptzweck doch auch das weitere Ziel

---

Die Anstalt ist befugt, nach Anhörung der Beteiligten entsprechende Weisungen zu erlassen; gegen solche Weisungen kann binnen zwanzig Tagen an den Bundesrat rekurriert werden.

Der Bundesrat ordnet die Mitwirkung der eidgenössischen Fabrikinspektoren bei der Unfallverhütung, sowie die Anwendung dieses Artikels auf solche Betriebe, die bezüglich der Unfallverhütung besondern bundesrechtlichen Vorschriften unterstehen".

haben, den Arbeitnehmer zu schützen[73]). Ich liesse sie daher als allgemeine Schutznormen, deren Verletzung nach Art. 41 OR schadenersatzpflichtig machen kann, gelten. Die Frage hat aber praktisch keine Bedeutung; denn die Liquidation eines solchen Schadens wird schon auf Grund der oben[73a]) erwähnten Bestimmungen möglich sein und auch für diesen Fall gelten die dort namhaft gemachten Beschränkungen[74]).

d) Positive Handlungspflichten gemäss Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung. Dieses Gesetz und die Vollziehungsverordnung I vom 23. Dez. 1932 regeln für Lehrlinge zu den Berufen des Handwerks, der Industrie, des Verkehrs, des Handels und verwandter Wirtschaftszweige einlässlich die Pflichten des Lehrmeisters. Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes ist, dass der Lehrling noch als minderjähriger in eine der-

---

[73]) Mir scheint, dass nach schweizerischem Recht überhaupt eine strenge Scheidung nicht statthaft ist, da ein Teil der Vollziehung des Gefahrenschutzes im Fabrikbetrieb der Kranken- und Unfallversicherung übertragen ist. Nach Art. 10 der Verordnung II über die Unfallversicherung ist nämlich das Verhältnis zwischen Fabrikgesetz und KUVG so geregelt, dass der Erlass von Krankheits- und Unfallverhütungsvorschriften, die bei Errichtung einer Fabrik oder bei der Einrichtung bestehender Räume zu Fabrikzwecken zu befolgen sind, den Vollzugsbestimmungen zum Fabrikgesetz zugewiesen ist. Die Vorschriften über Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, soweit es die in Betrieb befindlichen Unternehmungen betrifft, sind dagegen der Vollziehung zum KUVG zugeschieden, vgl. auch Giorgio und Nabholz, Die schweizerische obligatorische Unfallversicherung, 1918, S. 101 f. Dies führt dazu, diesen an sich öffentlichrechtlichen Vorschriften zum mindesten die Bedeutung allgemeiner Schutzvorschriften zuzuerkennen, was für die Anwendung von Art. 41 ff. OR von Bedeutung sein könnte.

[73a]) Ziff. 2 S. 57a.

[74]) Über das deutsche Recht vgl. Hueck-Nipperdey § 78 I, Kaskel-Dersch S. 260, spez. N. 1, S. 261 mit Bedenken gegen die Reichsgerichtspraxis, ferner S. 299. Dass diese Verpflichtungen gemäss Sozialversicherungsrecht keine dienstvertraglichen Pflichten sind, hat bereits Gierke S. 64/5 hervorgehoben.

artige Berufslehre von mehr als einem Jahr Dauer eintritt, vgl. Art. 1/2 des Gesetzes und Art. 10 der Verordnung. Für die übrigen Lehrlingsverhältnisse gilt OR und kantonales Recht wie bisher.

In Art. 13—16 sind die Pflichten betr. berufliche Ausbildung, Besuch des beruflichen Unterrichts, zur Ablegung der Lehrlingsprüfung, zur Rücksicht auf Gesundheit und persönlichen Schutz des Lehrlings etc. als öffentlichrechtliche Pflichten, zumeist als Handlungspflichten umschrieben. Diese Pflichten sind gesichert durch behördliche Aufsicht (Art. 17/8) und Strafdrohungen an die Adresse des Lehrmeisters (Art. 57/9), ausserdem durch die in Art. 3 vorgesehene Möglichkeit, dem Betriebsinhaber das Recht zur Haltung von Lehrlingen zu entziehen.

Neben diesen öffentlichrechtlichen Pflichten des Lehrmeisters gegenüber dem Gemeinwesen im Interesse des Lehrlings bleiben die schon bisher angenommenen entsprechenden privatrechtlichen Pflichten, wie sie in Art. 337 OR allgemein umschrieben sind, bestehen. Das geht einmal aus dem Bundesgesetz selbst hervor, vgl. Art. 23, wonach die allgemeinen Bestimmungen des OR und die Bestimmungen über den Lehrvertrag anwendbar sind, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt; ferner aus Art. 16, wo die Schadenersatzpflicht des Betriebsinhabers wegen ungenügender Ausbildung des Lehrlings bestätigt wird. Man kann nun annehmen, dass im Bundesgesetz eine doppelte Normierung des Lehrverhältnisses getroffen sei, nach der öffentlichen wie nach der privatrechtlichen Seite. Man kann aber auch die Meinung vertreten, dass das Bundesgesetz in der Hauptsache die öffentlichrechtlichen Pflichten regelt, die nach OR bestehenden privatrechtlichen nur präzisiert, ohne sie zu beseitigen. Man kann auch die allgemeine Vorschrift des Art. 337 OR nur als Rahmenbestimmung betrachten, welche ihre Präzisierung durch die einlässlicheren öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Spezialgesetzes er-

hält. Immer gelangt man zum Ergebnis, dass neben der öffentlichrechtlichen eine inhaltsgleiche privatrechtliche Verpflichtung besteht, ähnlich wie für die positiven Schutzpflichten nach Fabrikgesetz[74a]), sodass auch die Folgen im allgemeinen dieselben sind[75]).

e) Eine weitere Kategorie von Arbeitnehmerschutzpflichten besteht auf dem Gebiete des allgemeinen Vertragsschutzes[76]). Es handelt sich dabei zum Teil um Handlungs-, zum Teil um Unterlassungspflichten, die jedoch wegen ihrer Eigenart besonders zu erörtern sind.

1. Darunter gibt es zunächst Pflichten, welche den Schutz des Vertragsabschlusses, die Klarstellung des Vertragsinhaltes bezwecken. Weitgehend steht dabei formeller Vertragsschutz in Frage.

Hieher gehört einmal der Erlass einer Arbeits- oder Fabrikordnung. So ist nach Fabrikgesetz Art. 11 der Fabrikinhaber verpflichtet, eine Fabrikordnung zu erlassen, und zwar über die Arbeitsordnung, die Fabrikpolizei und die Auszahlung des Lohnes. Darin können u. a. Bestimmungen enthalten sein, wonach der Verkehr mit geistigen Getränken und der Genuss solcher im Bereiche der Fabrik während der Arbeitszeit eingeschränkt oder gänzlich untersagt wird. Die Verhängung von Bussen ist bloss zulässig zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Arbeitsordnung und der Fabrikpolizei und nur unter der weitern Voraussetzung, dass sie in der Fabrikordnung vorgesehen ist. Diese Fabrikordnung muss gedruckt, in den Fabrikräumen angeschlagen und jedem Arbeiter beim Dienstantritt zu eigen übergeben werden (Art. 16). Die Fabrikordnung, deren Erlass eine öffentlichrechtliche

---

[74a]) Vgl. oben c S. 55a.

[75]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 337 spez. N. 4, Vorbem. zu Art. 319/62 N. 28, Art. 319 N. 38, Botschaft des Bundesrates vom 9. Nov. 1928 BBl 1928 II S. 751, 756/7 und Sten. Bull. St.R. 1930 S. 25 ff.

[76]) Über dessen Wesen und Zweck vgl. oben S. 29a.

Pflicht ist, steht im Gegensatz zur Arbeitsordnung nach Art. 321 OR[77]). Sie ist obligatorisch, kommt in vorgeschriebenem Verfahren zustande (Fabrikges. Art. 14/9), bedarf insbesondere der Genehmigung der Kantonsregierung, ist für den Fabrikinhaber und die Arbeitnehmer verbindlich, gleichgültig, ob sich der einzelne ihr unterworfen oder vor Dienstantritt von ihr Kenntnis hatte, beruht also nicht auf einem Vertrag. Sie schafft als einseitiger, von der Behörde kontrollierter Erlass des Fabrikinhabers Recht für die Dienstverhältnisse im Fabrikbetrieb[78]).

Der Erlass einer Fabrikordnung ist eine öffentlichrechtliche Pflicht. Ihr Inhalt aber hat privatrechtliche, das Verhältnis der Parteien betreffende Wirkung, soweit darin nicht Bestimmungen enthalten sind, welche ohnehin als öffentlichrechtliche Pflichten bestehen[79]).

Der Klarstellung des Vertragsinhalts dienen öffentlichrechtliche Vorschriften über bestimmte Form von Verträgen, Pflicht zur Festlegung von Abmachungen über bestimmte Punkte, Verpflich-

---

[77]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 321 N. 1—4.

[78]) Oser-Schönenberger, Art. 321 N. 4, Merz, Die Fabrikordnung nach dem schweizerischen Fabrikgesetz, 1923, S. 6 ff. und dortige Zitate, Schild, Die Fabrikordnung, vom öffentlichrechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet, Zürcher Diss. 1924, S. 23, Hug, Kündigungsrecht, Zürcher Diss. 1926, 1 S. 128 ff., Jacobi S. 328 N. 30.

[79]) Vgl. Schild S. 41/3, der für diese Anschauung auf die Strafbestimmungen des Art. 88 hinweist, wonach der Fabrikinhaber mit Strafe bedroht wird für Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des Gesetzes oder der Fabrikordnung, „sofern sie nicht zivilrechtlicher Natur sind", was gerade für den Verstoss gegen die Fabrikordnung in Betracht fallen muss. Es wäre allerdings denkbar, dass die Bestimmungen einer Fabrikordnung selbst als öffentlichrechtliche aufgefasst würden, vgl. z. B. die Fabrikordnung nach dem Glarner Gesetz über Arbeiterschutz von 1923, worüber unten S. 103a. Aber für das Fabrikgesetz scheint mir dies nicht der Fall zu sein. Vgl. zu dieser Frage allgemein auch Otto von Gierke S. 64 bei N. 1.

tung zur Einreichung gewisser Verträge an Behörden. — So schreibt neben Art. 325 OR das Bundesgesetz über berufliche Ausbildung in Art. 6 Schriftlichkeit für Lehrverträge vor (ausgenommen, wenn dem Betriebsinhaber die elterliche Gewalt über den Lehrling zusteht). Dies ist eine öffentlichrechtliche Bestimmung, wie aus den in Art. 57 lit. a enthaltenen Strafbestimmungen hervorgeht und wie die Botschaft des Bundesrates bestätigt[80]). Art. 7 sieht zwecks Klarstellung der Bedingungen ausserdem vor, dass der Lehrvertrag über gewisse Abreden Aufschluss geben muss, z. B. über die Namen der Beteiligten, den zu erlernenden Beruf, Beginn und Dauer der Probe- und Lehrzeit, über die Arbeitszeit, über die gegenseitigen Leistungen, wobei die Behörde, der ein Vertragsexemplar innert Frist einzureichen ist, prüft, ob der Vertrag den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Auch für diese Pflichten bestehen die erwähnten Sanktionen. Daraus erhellt die gleichzeitige privatrechtliche Bedeutung dieser öffentlichrechtlichen Vertragsschutzbestimmungen ohne weiteres.

Die öffentlichrechtliche Pflicht, den Lehrvertrag schriftlich abzufassen, seinen Inhalt festzulegen, den Behörden ein Exemplar des Vertrages einzureichen, ist nun, abgesehen von den erwähnten Bestimmungen, weiter dadurch gesichert, dass gemäss Art. 9 die Unterlassung des vorgeschriebenen Vertragsabschlusses oder der vorgeschriebenen Anzeige nicht von den Vorschriften des Gesetzes befreit, falls die Voraussetzungen eines Lehrverhältnisses gemäss Art. 2 tatsächlich erfüllt sind. Man kann sich dazu die Frage stellen, welche Bedeutung daneben das in Art. 325 OR aufgestellte privatrechtliche Requisit der Schriftlichkeit der Lehrverträge noch be-

---

[80]) BBl. 1928 II S. 747: „Es folgt daraus ohne weiteres, dass der Abschluss des Vertrages in der vorgeschriebenen Form . . . eine Pflicht darstellen, zu deren Erfüllung die Parteien verhalten werden können, deren Unterlassung durch den Betriebsinhaber denn auch unter Strafe gestellt wird".

sitzt. Man könnte vielleicht die Meinung vertreten, dass für die unter das Spezialgesetz fallenden Lehrverträge die Bestimmung des Art. 325 beseitigt sei oder dass das privatrechtliche Erfordernis der Schriftlichkeit höchstens noch Ordnungsvorschrift sei, so wie es etwa die Bestimmungen von Art. 325 Abs. 2 über den Inhalt des Vertrages ist[81]). Ich habe mich s. Zt. zu dieser Auffassung bekannt (a. a. O.). Man könnte hiefür auf die Tatsache hinweisen, dass die Unterlassung der Schriftform von den Vorschriften des Berufsbildungsgesetzes ja nicht befreit, womit praktisch der privatrechtlichen Formvorschrift und der daraus folgenden Nichtigkeit des Vertrages ihre Bedeutung doch wohl genommen ist. Man braucht indessen nicht so weit zu gehen, sondern kann einfach unterscheiden[82]) zwischen einem zivilrechtlich ungültigen Lehrvertrag und einem bloss tatsächlichen Lehrverhältnis, auf das zwar nicht die zivilrechtlichen Bestimmungen über den Lehrvertrag, wohl aber die öffentlichrechtlichen Vorschriften des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung anwendbar sind, einschliesslich der eidgenössischen und kantonalen Arbeitnehmerschutzvorschriften[83]). Dies scheint mir in der Tat dem Grundgedanken des Berufsbildungsgesetzes besser zu entsprechen. Denn dieses unterscheidet die öffentlichrechtliche Regelung und die privatrechtliche Seite des Lehrverhältnisses. Praktisch allerdings ist auch dann die Formvorschrift und die privatrechtliche Nichtigkeit des Lehrverhältnisses aus den angeführten Gründen nur noch von geringer Bedeutung.

---

[81]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 325 N. 6.

[82]) Wie ich dies z. B. in den von Herrn Prof. Dr. Germann in Basel anlässlich der Redaktion des Lehrlingsgesetzes gemachten und mir freundlich zur Verfügung gestellten Notizen finde. Vgl. über die Folgen der zivilrechtlichen Nichtigkeit des Lehrvertrages wegen Nichtbeachtung der Schriftform Oser-Schönenberger, Art. 325 N. 5 mit weitern Hinweisungen.

[83]) Vgl. Art. 62 Abs. 2 des Gesetzes, ferner oben S. 26a und unten S. 72a/73a.

2. Schutz des Vertragsinhaltes. Öffentlichrechtliche Pflichten, den Vertragsinhalt bei Vermeidung von Strafen oder andern öffentlichrechtlichen Sanktionen, positiv in bestimmter Weise festzulegen, sind auch in unserm Rechte spärlich. Es kämen hier eigentlich nur solche Vorschriften in Betracht, durch welche die Parteien zur Aufnahme bestimmter Bedingungen in den Dienstvertrag verpflichtet würden. Dass Arbeitnehmerschutzvorschriften durch vertragliche Abrede nicht beseitigt werden können und sich insofern als Schranke des Vertragsinhaltes auswirken, bedeutet im Grunde etwas anderes. Beim Schutz des Vertragsinhaltes handelt es sich um selbständige Pflichten zu bestimmter inhaltlicher Gestaltung, wobei gerade diese Pflicht ihrerseits eigene Sanktionen hat und gerade die abweichende Vereinbarung an sich unter Strafe stünde, nicht bloss die unzulässige Erfüllung und wobei nicht bloss zivilrechtliche Nichtigkeit entgegenstehender Abrede eintritt. Beim Truckverbot z. B. hat nicht schon die widersprechende Vertragsabrede Strafe im Gefolge, sondern nur die unzulässige Zahlung selbst. Als Schutz des Vertragsinhaltes könnten gesetzliche Lohnansätze in Betracht kommen, z. B. Mindestlohnbestimmungen, wenn deren Unterbietung strafbar wäre. Regelmässig ist aber eine solche Bestimmung nur in dem Sinne gegeben, dass bloss ihre tatsächliche Nichteinhaltung bei der Lohnzahlung strafbar ist. So fasse ich z. B. die Bestimmungen des Vertrages zwischen der Schweiz und Österreich über Sanierungsmassnahmen für die Stickereiindustrie vom 18. März 1933, Ziffer 3, auf, wonach für beide Staaten allgemeinverbindliche Mindeststichpreise für die Schifflilohnstickerei bestehen, deren Einhaltung nach Anlage I zu diesem Abkommen durch öffentlichrechtliche Sanktion, Kontrolle, Strafe usw., gesichert ist[84]). Die privatrechtliche Bedeutung solcher Bestimmungen ist klar.

---

[84]) Vgl. Eidg. Ges.Samml. 49, 1933, S. 186 ff., 189 ff.

Ein indirekter öffentlichrechtlicher Schutz eines bestimmten Vertragsinhalts ergibt sich auf dem Wege über eine obrigkeitlich zu genehmigende Fabrikordnung, soweit diese nicht bloss die Punkte bezeichnet, über welche eine Bestimmung zu treffen ist, sondern materiellrechtliche Vorschriften gibt. Ein gewisser Schutz des Vertragsinhalts liegt auch in den Bestimmungen über einen bestimmten Lohnzuschlag bei Überzeitarbeit. Doch ist die Zusicherung desselben (25%) z. B. nach Art. 27 des Fabrikgesetzes nur Voraussetzung für die behördliche Bewilligung der Überzeitarbeit.

3. Schutz der Vertragserfüllung besteht wesentlich in Lohnschutz. Es wird z. B. eine gewisse Art der Lohnzahlung (Barzahlung, in gesetzlicher Währung), der Ort oder die nähere Zeit der Auszahlung festgelegt, und zwar als öffentlichrechtliche Pflicht, auf deren Nichteinhaltung Strafe steht. So haben wir ein Truckverbot nach Bundesgesetz betr. Lohnzahlung und Bussenwesen von 1902, das nach Art. 2—4 sowohl öffentlichrechtliche wie privatrechtliche Wirkung hat. Ein inhaltlich übereinstimmendes Verbot findet sich in Fabrikgesetz Art. 25, das indessen nach herrschender Ansicht, wie die Bestimmungen von Art. 21—28 des Fabrikgesetzes überhaupt nur zivilrechtlichen Charakter aufweist, ebenso wie die Bestimmung des Art. 25 über den Ort und die Zeit der Auszahlung und die Aushändigung einer Lohnabrechnung (Lohnzettel) und das Verbot übermässiger Lohneinbehaltung oder Verrechnung. Man kann aber doch ernsthafte Erwägungen für die Verstärkung der privatrechtlichen Vorschriften durch öffentlichrechtliche Ordnung geltend machen, was dazu führen würde, jene Bestimmungen als doppelte Normierung zu betrachten. Darin bestärkt mich gerade Art. 1 des Bundesgesetzes betr. Lohnzahlung und Bussenwesen, wonach die gleichzeitig öffentlich- und privatrechtliche Ordnung dieses Gesetzes nur die entsprechende Anwendung und Übertragung der Art. 7 und 10 des alten Fabrikgesetzes (= Art. 11—19, 25 und 28

des heutigen Fabrikgesetzes) wäre, was ebenfalls auf solchen Doppelcharakter des Fabrikgesetzes in diesen Punkten schliessen liesse. Auch ist nicht recht einzusehen, warum nur bei einem Teil der Betriebe eine öffentlichrechtliche Ordnung neben der privatrechtlichen bestehen sollte, nämlich nur bei jenen, auf welche das Spezialgesetz von 1902 anwendbar ist, nicht aber bei den dem Fabrikgesetz unterworfenen.

4. Öffentlichrechtliche Schutzbestimmungen betr. Beendigung des Dienstvertrages. Darunter fällt der sog. Kündigungsschutz und die Vorschriften betr. Folgen der Vertragsauflösung. Die in Betracht fallenden bundesrechtlichen Bestimmungen über die Kündigung sind indessen nach geltender Ansicht bloss privatrechtlicher Art, spez. Art. 21/3, 26 des Fabrikgesetzes[85]). Soweit öffentlichrechtlicher Kündigungsschutz bestünde, liegt auf der Hand, dass diese Bestimmungen auch privatrechtlich wirken müssen in dem Sinn, dass gegenteilige Abmachung und widersprechende Kündigung nichtig und geeignet wäre, Gläubigerverzug des kündigenden Dienstherrn herbeizuführen. — Das Gegenstück zum Kündigungsschutz bildet der Entlassungszwang. Auch derartige Bestimmungen kennt unser Recht kaum. Es könnte hier einzig hingewiesen werden auf die im Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung, Art. 21 lit. c, vorgesehene Befugnis der Behörden, aus wichtigen Gründen ein Lehrverhältnis aufzulösen.

f) Selten sind öffentlichrechtliche Pflichten, welche dem Arbeitnehmer gegenüber dem Gemeinwesen auferlegt werden, vor allem mit Rücksicht auf Nebenarbeiter, auf die Betriebssicherheit. Zu denken wäre etwa an ein Rauchverbot, ein Alkoholverbot, Verbot des Betretens bestimmter Räume, insbesondere die Verpflichtung, die zum Schutz von Gesundheit und Leben der Ar-

---

[85]) Vgl. Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319/62 N. 29.

beiter getroffenen Vorkehren zu benützen, Vorschriften über das Verhalten im Betrieb zu befolgen. Die Bundesgesetzgebung kennt eine Verpflichtung des Arbeitnehmers in diesen Belangen nur auf dem Weg der Anordnung in der Fabrikordnung, die zwar auch für die Arbeiter verbindlich ist, deren Nichteinhaltung durch sie aber nicht unter Strafe gesetzt ist (FabrGes. Art. 88), sondern nur privatrechtliche Folgen nach sich zieht. Was die Benützung von Gefahrenschutzmitteln angeht, so versteht sich auch ohne besondere öffentlichrechtliche Vorschrift an die Adresse des Arbeitnehmers, dass der Arbeitnehmer privatrechtlich dazu verpflichtet sein muss, soweit wenigstens der Arbeitgeber ein Interesse daran hat und es sich um ein Verhalten handelt, das auch in einem Vertrag zugesichert sein könnte. Denn wenn neben der öffentlichrechtlichen Pflicht des Arbeitgebers auch eine gleichlautende privatrechtliche Pflicht zu Gefahrenabwehr nach OR Art. 339 besteht, so ergibt sich schon daraus, dass dem eine Gegenverpflichtung des Arbeitnehmers gegenüberstehen muss[86]). Da indessen nach schweizerischem Recht Beispiele derartiger Pflichten sozusagen fehlen, erübrigt sich ein weiteres dazu. Man könnte allerdings den Art. 45 Abs. 2 des Fabrikgesetzes hier erwähnen, der bestimmt: „Ausserhalb der gesetzlich zulässigen Arbeitsdauer dürfen die Arbeiter in der Fabrik auch freiwillig nicht arbeiten". Die Bedeutung dieser Vorschrift ist indessen bereits in anderm Zusammenhang erörtert worden[87]).

VIII. Eidgenössisches und kantonales Recht, insbes. das Verhältnis zwischen kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht und Bundeszivilrecht.

a) Die Frage nach der Kompetenz zum Erlass von Vorschriften betr. Dienstvertrag und Arbeitnehmerschutz

[86]) Vgl. in diesem Sinn einlässlich Nipperdey S. 227/8.
[87]) Vgl. oben S. 44a.

bildet nur einen Anwendungsfall des allgemeinen Problems des Verhältnisses von öffentlichem Recht des Bundes und der Kantone einerseits, des kantonalen öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht anderseits. Indessen kann diese spezielle Untersuchung dazu beitragen, das Verhältnis von Dienstvertrag und Arbeitnehmerschutzrecht nach einer besondern Richtung abzuklären.

b) Hinsichtlich des öffentlichen Rechts ist dem Bund weitgehende, wenn auch nicht abschliessende Kompetenz übertragen worden. Gemäss Art. 34 Abs. 1 BV ist der Bund befugt, einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in Fabriken und über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen in denselben aufzustellen. Ebenso ist er berechtigt, Vorschriften zum Schutze der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb zu erlassen. Nach Art. 34ter BV ist der Bund ganz allgemein befugt, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen.

Das Gebiet der Fürsorge beschlagen Art. 34bis betr. die Kompetenz des Bundes zur Einrichtung der Kranken- und Unfallversicherung und Art. 34quater betr. die Alters- und Hinterlassenenversicherung.

Gestützt auf diese verfassungsmässige Befugnis bestehen an einschlägigen Bundesgesetzen: Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (mit Änderungen gemäss Bundesgesetz betr. die Arbeitszeit in den Fabriken vom 27. Juni 1919 und mit weitern Änderungen gemäss BGes. vom 31. März 1922 über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben und gemäss BGes. vom 11. Juni 1928 über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege); Vollzugsverordnung zum Fabrikgesetz vom 3. Oktober 1919/7. September 1923; das Bundesgesetz über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben vom 31. März 1922 mit Vollzugsverordnung

vom 15. Juli 1923; das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930, mit Vollzugsverordnung I vom 23. Dezember 1932; das Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. September 1931[87a]). Auf Art. 64 BV stützte sich das BGes. vom 26. Juni 1902 betr. Lohnzahlung und Bussenwesen bei den nach BGes. vom 26. April 1887 haftpflichtigen Unternehmungen, das nachträglich seine Grundlage durch Art. 34ter BV erhalten hat. Neben diesen für die vorliegende Abhandlung speziell in Betracht kommenden Gesetzen sind zu erwähnen das BGes. betr. die Arbeitszeit beim Betrieb der Eisenbahnen und anderer Verkehrsanstalten vom 6. März 1920 mit Vollzugsverordnung I und II vom 12. August 1921 und Verordnung betr. die Beschäftigung jugendlicher Personen bei den Transportanstalten vom 5. Juli 1923; das Bundesgesetz vom 30. August 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten mit der zugehörigen Beamtenordnung I und II vom 24. Oktober 1930.

Die vorerwähnten Gesetze bringen in der Hauptsache Arbeitnehmerschutzrecht, enthalten aber gleichzeitig, zum Teil in besondern Bestimmungen, zum Teil mit öffentlichrechtlichen Bestimmungen verknüpft, auch privatrechtliche Normen. Die Aussonderung der öffentlichrechtlichen von den dienstvertraglichen Bestimmungen in diesen Gesetzen bietet manche Schwierigkeit[88]).

Die Abgrenzung der eidgenössischen und kantonalen Kompetenz auf dem Gebiet der Arbeitnehmerschutzgesetzgebung bietet keinen Anlass zu besondern Bemerkungen. Das Verhältnis hat praktisch wenig Diskussionen hervorgerufen. Ob kantonales Arbeitnehmerschutzrecht neben der bundesrechtlichen Ordnung zulässig ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Für die wichtigsten Fälle besteht Klarheit.

[87a]) Noch nicht in Kraft; Referendumsvorlage BBl. 1931 II S. 261 ff.

[88]) Vgl. Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 319/62 spez. N. 17, 26, 28 und oben N. 59a.

Soweit das Fabrikgesetz gilt, bleibt für kantonales Recht kein Raum. Es gilt heute als feststehend, dass das Fabrikgesetz einheitliches Recht schafft und dass für abweichendes kantonales öffentliches Arbeitnehmerschutzrecht kein Platz mehr ist.[89])

Andern Charakter hat das Gesetz vom 31. März 1922 über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben, welches nur Mindestvorschriften enthält und weitergehende kantonale Normen ermöglicht, weil dieses Gesetz nur die Ausführung der internationalen Übereinkommen betr. das Mindestalter für die Zulassung von Kindern zur gewerblichen Arbeit, betr. die gewerbliche Nachtarbeit der Jugendlichen und betr. die Nachtarbeit der Frauen bringen wollte, aber keine abschliessende eidgenössische Regelung[90]).

Für das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930 gilt gemäss Art. 62, dass kantonale Vorschriften auf dem Gebiete, das dieses Gesetz regelt, aufgehoben sind, womit auch neue Bestimmungen in dieser Materie ausgeschlossen werden. Nach Art. 62 Abs. 2 bleiben indessen, was gerade für unsere Fragen von Bedeutung ist, die eidgenössischen und kantonalen Arbeiterschutzvorschriften vorbehalten. Die Botschaft[91]) des Bundesrates vom 9. November 1928 erläutert dies dahin:

---

[89]) Vgl. Antwort des Bundesrates vom 23. Dezember 1890, BBl 1890 V S. 520/1, und Kreisschreiben des eidg. Volkswirtschaftsdepartementes vom 10. Juli 1923, BBl. 1923 II S. 654; über den Anwendungsbereich ist im Nähern zu beachten die Vollzugsverordnung vom 3. Oktober 1919, Art. 3 lit. c betr. Personen, die dem Fabrikgesetz überhaupt unterstehen und Art. 2 Abs. 3 über den Kreis der Personen, welche für ihr Rechtsverhältnis zum Fabrikinhaber ausschliesslich dem OR, daneben aber den öffentlichrechtlichen Vorschriften des Fabrikgesetzes unterworfen sind.

[90]) Vgl. das erwähnte Kreisschreiben des eidg. Volkswirtschaftsdepartementes vom 10. Juli 1923, BBl. 1923 II S. 654.

[91]) BBl. 1928 II S. 779.

„Von den kantonalen Lehrlingsgesetzen bleiben diejenigen Bestimmungen vorläufig in Kraft, die sich auf Verhältnisse beziehen, welche durch dieses Gesetz nicht berührt werden. Das gilt insbesondere für die Bestimmungen über Lehrlings- und Arbeiterschutz; diese werden erst mit dem Erlass entsprechender eidgenössischer Bestimmungen (vorgesehen im dritten Teil der eidgenössischen Gewerbegesetzgebung) aufgehoben werden"[92]).

Für das neueste Bundesgesetz, dasjenige vom 26. September 1931 über die wöchentliche Ruhezeit liegt die Sache gemäss Art. 28 folgendermassen: „Kantonale Vorschriften über die wöchentliche Ruhezeit in den von diesem Gesetz erfassten Betrieben sind aufgehoben. Vorbehalten bleiben die kantonalenVorschriften über Arbeitszeit, über Betriebs- und Ladenschluss, sowie über die Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeit. Die Kantonsregierungen bezeichnen die Vorschriften, die unter Abs. 2 fallen und in Kraft bleiben. Diese Ausscheidung unterliegt der Genehmigung des Bundesrates"[93]).

Abschliessend ergibt sich über das Verhältnis der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Kantone zum Erlass öffentlichrechtlicher Vorschriften, dass die Kantone zum Erlass von Arbeitnehmerschutzvorschriften befugt sind, soweit nicht dem Bund die Kompetenz übertragen ist oder soweit der Bund von seiner Kompetenz noch keinen Gebrauch gemacht hat oder soweit er diese nicht abschliessend ausgeübt hat. Auf dieser Basis bestehen eine grosse Zahl von kantonalen Arbeitnehmerschutzgesetzen, die hier nicht angeführt werden können[94]), die aber später nach Bedürfnis erwähnt werden.

---

[92]) Vgl. im übrigen auch den Bundesratsbeschluss vom 24. März 1933 über den vorläufigen Fortbestand des kantonalen Rechts im Gebiete der beruflichen Ausbildung (Eidg. Ges.Samml. 49, 1933 S. 133).

[93]) Vgl. auch die Begründung in der Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1930, BBl. 1930 I S. 528.

[94]) Diese Gesetze sind für die Zeit bis 1924 abgedruckt in dem vom eidg. Volkswirtschaftsdepartement herausgegebenen

c) Was das Zivilrecht angeht, so ist davon auszugehen, dass der Bund nach Art. 64 BV die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Zivilrechtes besitzt. In Ausübung dieser Befugnis hat der Bund das Privatrecht in seinem ganzen Umfang vereinheitlicht. Eine Befugnis der Kantone zur Gesetzgebung über zivilrechtliche Materien kommt nur noch soweit in Frage, als dies ausdrücklich vorbehalten wurde. Für das Gebiet des Dienstvertrags spielt dieser Vorbehalt keine Rolle. Das Verhältnis zwischen Dienstherr und Dienstpflichtigem ist im OR als zivilrechtliches Verhältnis hingestellt, als solches geregelt und der kantonalen Gesetzgebung entzogen. Art. 362 enthält lediglich einen selbstverständlichen „Vorbehalt des öffentlichen Rechts", und zwar in Abs. 1 dahin, dass die öffentlichen Beamten und Angestellten unter dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone stehen. Abs. 2 behält die Bundesgesetzgebung über die Arbeit in den Fabriken und über das Gewerbewesen vor. Diese in Abs. 2 vorbehaltene Bundesgesetzgebung ist im wesentlichen Arbeitnehmerschutzrecht, enthält aber nebenbei auch privatrechtliche Sonderbestimmungen, wie sich bereits gezeigt hat.

d) Praktisch wichtig ist schliesslich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem im erwähnten Umfange[95]) möglichen kantonalen öffentlichen Recht und dem Bundeszivilrecht.

Ausgangspunkt bildet Art. 6 ZGB. Demgemäss werden die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Nach dieser

---

Werk: „Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung", Bd. 2 (1925) und systematisch dargestellt in Bd. 1 (1925) S. 401 ff. Ergänzungen dieser Sammlung sind erschienen in Form der Sonderhefte Nr. 2 (1928), 6 (1929), 8 (1930) und 12 (1931) der „Wirtschaftlichen und sozialstatistischen Mitteilungen" und in „Die Volkswirtschaft", Sonderheft 14 (1932), herausgegeben vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement.

[95]) Siehe lit. b oben S. 72a/73a.

Bestimmung ist die Abgrenzung zunächst eine formelle, indem der Bundesgesetzgeber durch Aufnahme ins ZGB bezw. OR oder andere zivilrechtliche Gesetze alle jene Rechtsgebiete bezeichnet hat, die er als privatrechtlich betrachtet. Dieses so umschriebene Zivilrecht ist der kantonalen Ordnung entzogen.

Mit dieser formellen Ausscheidung ist indessen nicht auszukommen. Die Feststellung der kantonalen Kompetenz bedarf, wenn sie durchgreifend sein soll, der Ergänzung durch eine materielle Abgrenzung. Da weder die Bundesverfassung noch das ZGB ein Kriterium hiefür namhaft machen, muss die Abgrenzung nach Gewohnheitsrecht und Herkommen, unter Berücksichtigung bewährter Lehre und Überlieferung erfolgen.

Auf dieser Basis ergibt sich nun, dass auch bei uns das Zivilrecht grundsätzlich und nach altüberkommener Auffassung jene Rechtsnormen umfasst, welche das Gebiet der Privatinteressen regeln. Öffentliches Recht bilden jene Vorschriften, die dem Schutz der öffentlichen Interessen, den Interessen der Gesamtheit, dienen. Allein diese Umschreibung, wie sie die sog. Interessentheorie gibt, ermöglicht noch keine scharfe Unterscheidung. Denn alle Rechtssätze, gleichgültig welcher Art, dienen stets zugleich öffentlichen und privaten Interessen. Sie können sich im gleichen Rechtsverhältnis sehr nahe berühren, was eine überzeugende Ausscheidung unmöglich macht. Diese Abgrenzungsweise kann auch deswegen nicht genügen, weil man damit auf eine Abwägung von an sich ganz unterschiedlichen, miteinander nicht vergleichbaren Zweckmomenten angewiesen ist.

Zweckmässiger ist die Berücksichtigung der Rechtssubjekte, die an dem von einer Norm geregelten Rechtsverhältnis beteiligt sind (Subjektstheorie). Danach sind dem öffentlichen Recht zuzuweisen die Normen über Rechtsverhältnisse, an denen ein Gemeinwesen (Staat, Gemeinde) beteiligt ist, und zwar gerade in seiner spezifischen Eigenschaft als Träger der Gemeininteressen, als

Vertreter der über die individuellen Zwecke hinausgehenden Zwecke der Gesamtheit, in der Verfolgung staatlicher Aufgaben. Demgegenüber gehören zum Privatrecht jene Normen, welche Rechtsverhältnisse regeln, an denen kein öffentliches Gemeinwesen als solches, d. h. in seiner besondern, qualifizierten Stellung beteiligt ist. Wie man sieht, kommt auch bei dieser Unterscheidungsweise das geschützte Interesse in Betracht, aber nicht für sich allein, wie nach der Interessentheorie, welche lediglich auf den Zweck einer Norm abstellt.

Dass der Staat an einem durch bestimmte Norm geregelten Verhältnis als solcher beteiligt ist, zeigt sich in der Regel an den besondern Rechtsformen, die für dieses Rechtsverhältnis vorgesehen sind, nämlich an der besondern Ausgestaltung, an der Verwendung anderer Mittel und anderer Sanktionen, als sie für Rechtsverhältnisse unter Privaten vorgesehen sind. Öffentlichrechtliche Verhältnisse erhalten ihre Durchsetzung durch Zwang und Strafe[96]).

Diese Abgrenzung steht im Einklang mit der herkömmlichen, auch der schweizerischen Gesetzgebung zugrundeliegenden Auffassung. Im Hinblick auf unsere Fragen hat man indessen auf eine Präzisierung bedacht zu sein. Die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses nach Art öffentlichrechtlicher Verhältnisse, die Tatsache, dass für die Durchsetzung eines Verhältnisses Zwang und Strafe vorgesehen sind, kann für die öffentlichrechtliche Natur einer Norm für sich allein noch nicht entscheidend sein, sondern nur unter der Voraussetzung, dass tatsächlich der Staat als Staat, also als Repräsentant der allgemeinen Interessen, der Belange der Volksgemeinschaft in einem Rechtsverhältnis auftritt. Dies liegt aber durchaus im Sinne einer richtig verstandenen Subjektstheorie. Jedenfalls aber ist dies so nach hergebrachter

---

[96]) Ich stimme damit überein mit Jacobi S. 379/80 und Egger, Art. 6 N. 5—8.

Meinung bezüglich der Unterscheidung von öffentlichem Recht der Kantone und Zivilrecht des Bundes.

Und weil nun diese Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ausschliesslich auf die Stellung der beteiligten Subjekte sieht, ist diese Abgrenzung auch für unser schweizerisches Recht durchgreifend. Ein Rechtssatz gehört entweder dem einen oder dem andern Gebiete an. Es gibt keine gemischten Rechtssätze und Rechtsverhältnisse, weil der Staat an einem Rechtsverhältnis nicht als Staat beteiligt und nicht beteiligt sein kann. Nur dies ist möglich, dass das einzelne Lebensverhältnis mehrere Beziehungen, das einzelne Rechtsinstitut mehrere Rechtsverhältnisse umfasst, von denen das eine öffentlich, andere privatrechtlich sind. Dagegen ist denkbar, dass gelegentlich in ein und derselben Gesetzesbestimmung zwei Rechtsnormen enthalten sind, zwei Rechtsverhältnisse geregelt werden, von denen das eine öffentlich, das andere privatrechtlich aufgefasst wird. Dann handelt es sich aber in Wirklichkeit nicht um eine, sondern um zwei Normen. Ob dies so ist, muss durch Auslegung ermittelt werden[97]).

Für die Feststellung der Kompetenz der Kantone zur öffentlichrechtlichen Regelung von Verhältnissen kommt schliesslich noch der allgemeine Gesichtspunkt in Betracht, der sich aus der Einheit der Rechtsordnung auch in einem Bundesstaat ergibt. Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, von Bundesrecht und kantonalem Recht muss ihren letzten Sinn und ihr Mass finden an der Einheit der Rechtsordnung, an der innern Abstimmung der einzelnen Teile, welche das Rechtsganze ausmachen. Diese Einheit muss bei Ausübung kantonaler und eidgenössischer Kompetenz wegleitend sein. Dieser Umstand verbietet, dass die beiden oder die vielen Gesetzgeber unabhängig voneinander, jeder

---

[97]) Vgl. oben S. 34a, 52a/53a, ferner Oser-Schönenberger, Vorbem. Art. 319/62 N. 26, Egger, Art. 6 N. 7—9, Jacobi S. 382/3, Hueck-Nipperdey 1 S. 117, Lutz Richter S. 4/5, 11/2.

in seinem Gebiet ohne Rücksicht auf die Gesetzgebung des andern Normen erlässt. Es ergibt sich hieraus, dass die Befugnis der Kantone zum Erlass öffentlichrechtlicher Normen nur so weit gehen kann, aber auch so weit statthaft ist, als diese Einheit bestehen kann, d. h. so weit, als nicht Bundeszivilrecht vereitelt wird. Bundesrecht und kantonales Recht sind bestimmt, ein Ganzes zu bilden[98]).

Kantonales Arbeitnehmerschutzrecht ist demnach zulässig unter 3 Voraussetzungen:

1. Es muss sich um eine Regelung von Rechtsverhältnissen handeln, an welchen der Staat als solcher, d. h. als Träger staatlicher Aufgaben und hoheitlicher Gewalt beteiligt ist. Dies ist nur der Fall, wenn eine Norm tatsächlich die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit verfolgt.
2. Es muss sich um eine Norm handeln, welche ein Verhältnis anders ausgestaltet als ein Privatrechtsverhältnis. Es kommen also nur Normen in Frage, welche Pflichten und Rechte gegenüber dem Staat schaffen und deren Vollzug durch die staatlichen Mittel des Zwanges oder der Strafe sichergestellt wird. Dies im Gegensatz zu einer Normierung, welche Rechte und Ansprüche einzelner einander gegenüber entstehen lässt und deren Durchsetzung die zivilrechtliche Klage seitens des Berechtigten dient. Darnach sind kantonale Bestimmungen ausgeschlossen, welche selbst zivilrechtlichen Charakter haben.

   Die Ordnung eines Verhältnisses nach Art öffentlichrechtlicher Verhältnisse genügt aber nicht zur Begründung kantonaler Kompetenz, wenn die Voraussetzung nach Ziffer 1 nicht erfüllt ist. Es wäre also eine kantonale Norm ausgeschlossen, welche zwar öffentlich-

[98]) Vgl. Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Zeitschr. des bern. JurVereins 68, 1932 S. 305—325, spez. S. 319 bis 325, Burckhardt, Komm. S. 587/8, Egger, Art. 6 N. 14, 16.

rechtliche Mittel verwendet, aber in Wirklichkeit bloss private Interessen schützen würde.

3. Es muss der Einheit der gesamten Rechtsordnung Rechnung getragen werden. Damit sind Normen ausgeschieden, welche zwar öffentlichrechtliche Ausgestaltung aufweisen und Angelegenheiten regeln, an deren Ordnung die Gesamtheit ein Interesse hat, die aber das eidgenössische Zivilrecht vereiteln würden.

Über diese Voraussetzungen besteht im wesentlichen Einigkeit. Die Schwierigkeiten beginnen bei Beurteilung konkreter Fragen. Das zeigt sich schon aus der Art der Formulierung dieser Voraussetzungen, sowohl der vorstehenden, wie ähnlicher Umschreibungen, die man in der schweizerischen Literatur findet. So führt Burckhardt[99]) aus, es müssen öffentlichrechtliche Vorschriften der Kantone, „wo sie zu sehr dem Geiste des eidgenössischen Zivilrechts widersprechen, ungültig werden, trotzdem sie nicht begrifflich mit ihnen in Widerspruch stehen; . . . Die Glocken des kantonalen Geläutes müssen auf die des eidgenössischen abgestimmt sein, sonst ergibt sich ein unerträglicher Missklang". — Dasselbe bringt Fleiner[100]) zum Ausdruck: „Soweit jedoch der Bund das kantonale öffentliche Recht unberührt gelassen hat, sind die Kantone nicht gehindert, vom Standpunkt des öffentlichen Rechts aus und unter Androhung von Zwang und Strafe das öffentliche, polizeiliche Interesse auch gegenüber solchen Verhältnissen zur Geltung zu bringen, für die der Bund zivilrechtliche Bestimmungen aufgestellt hat. Doch gilt dies alles nur unter einer Voraussetzung: die Kantone dürfen ihren „Vorbehalt" nie dazu missbrauchen, um unter öffentlichrechtlicher Flagge in das Bundeszivilrecht einzubrechen". — Ebenso Egger[101]): „Die Kantone dürfen nicht durch ihr öffentliches Recht das Bundes-

---

[99]) Burckhardt S. 588.

[100]) Fleiner, Bundesstaatsrecht 1923 S. 424/5.

[101]) Egger, Art. 6 N. 14, vgl. dort auch N. 16.

zivilrecht vereiteln". — Gmür[102]) rechnet unter den Vorbehalt des Art. 6 u. a. „Die Sätze des kantonalen Staats-, Polizei- und Verwaltungsrechtes, welche namentlich dazu bestimmt sind, die Institute des Bundeszivilrechts zu ergänzen und zu verstärken, so z. B. Polizeivorschriften, Vorschriften über das Lehrlingswesen, über Arbeiterschutz . . .". — Wertvolle Hinweise brachten bereits die Erläuterungen zum Vorentwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches[103]): „Das Privatrecht bedarf nach den verschiedensten Richtungen der Ergänzung durch das öffentliche Recht. Prozessuale Bestimmungen, polizeiliche Anordnungen, Wohlfahrtseinrichtungen vervollständigen die Wirkung, die der Gesetzgeber bei der Ordnung der Privatrechtsverhältnisse im Auge hat, und zu solchen Massregeln des öffentlichen Rechtes sollen die Kantone zuständig bleiben, auch wenn es sich um die Ergänzung bundesrechtlicher Institute handelt, wenngleich stets nur im Rahmen des öffentlichen Rechtes und ohne Änderung am Zivilrecht als solchem. So wird dies beispielsweise geschehen . . . durch Erlass von Polizeivorschriften über das Lehrlingswesen, über Schutzvorrichtungen für Arbeiter . . . Hier überall, und in vielen andern Dingen erschliesst sich der kantonalen Tätigkeit ein überaus vielgestaltiges und fruchtbares Arbeitsfeld. Die Bestimmung, wie sie in Art. 4 Abs. 1 (= ZGB Art. 6 Abs. 1) hierüber aufgestellt worden ist, kann für die sozialen Reformen die grösste Tragweite erhalten. Sie verweist auf ein Gebiet, auf dem die kleineren Kreise zu einer Arbeit aufgerufen werden, die ihnen auch unter dem einheitlichen Zivilrecht nach der Natur der Sache gewahrt bleiben wird".

Was ergibt sich nun für die hier zu diskutierende Frage des Verhältnisses von kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht und Dienstvertragsrecht an Folgerungen auf dieser Grundlage?

---

[102]) Gmür, Komm. 2. Aufl. 1917 Art. 6 N. 8, auch N. 12.
[103]) 2. Aufl., Bd. 1 1914 S. 39 f.

Wie bereits ausgeführt wurde[103a]), haben Arbeitnehmerschutzbestimmungen gewisse privatrechtliche Wirkungen, z. B. weil ihnen die Bedeutung einer allgemeinen Schutznorm zukommt, deren Verletzung nach Art. 41 ff. OR schadenersatzpflichtig machen kann, oder weil ihre Erfüllung der Natur der Sache nach eine Voraussetzung der Erfüllung der Arbeitspflicht des Dienstnehmers ist wie bei Betriebsschutzpflichten, oder weil es sich etwa um öffentlichrechtliche Verbote oder Beschränkungen der Arbeitszeit handelt, welche sich privatrechtlich als Schranken für den Vertragsinhalt auswirken können. Allein solche oder ähnliche zivilrechtliche Begleitwirkungen oder indirekte Folgen einer öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutznorm bedeuten an sich noch keinen Verstoss gegen die 3 oben genannten Voraussetzungen, weil sie nicht notwendigerweise das Dienstvertragsrecht vereiteln. Unzulässig sind sie nur dort, „wo sie zu sehr dem Geist des eidg. Zivilrechts widersprechen"[104]), wo solche Normen das Bundeszivilrecht vereiteln würden, d. h. „wenn der kantonale Gesetzgeber in der Form des öffentlichen Rechts Zwecke verfolgt, welche im Sinne der eidgenössischen Gesetzgebung als zivilrechtliche angesprochen werden müssen, aber auch, wenn er seine öffentlichrechtlichen Zwecke mit Mitteln zu erreichen versucht, welche Anwendung oder Durchführung des Zivilrechts verunmöglichen oder ungebührlich erschweren"[105]). Wie schon die Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB anerkannten, bedarf das Zivilrecht nach den verschiedensten Richtungen hin der Ergänzung durch das öffentliche Recht. Solange eine Rückwirkung von Seite des Arbeitnehmerschutzrechts sich nur als blosse Ergänzung, Verstärkung, Vervollkommnung der zivilrechtlichen Regelung und nicht als Verunmöglichung oder ungebührliche Erschwerung

[103a]) Vgl. oben S. 32a—36a
[104]) Burckhardt S. 588.
[105]) Egger, Art. 6 N. 14.

der durch das Zivilrecht verfolgten Zwecke und der Durchführung der dazu bestimmten zivilrechtlichen Regelung erweist, ist kantonales Arbeitnehmerschutzrecht zulässig, immer vorausgesetzt, dass der Staat dabei wirklich Interessen der Allgemeinheit verfolgt und diese Normen mit Mitteln öffentlichrechtlicher Rechtsgestaltung arbeiten.

Entgegen gewissen Tendenzen[106]) zur Zeit des alten OR von 1881 hat sich die Literatur und Praxis, wie schon die obigen Zitate dartun, zur Auffassung bekannt, dass kantonales Arbeitnehmerschutzrecht sich auch auf Fragen und Verhältnisse erstrecken dürfe, welche (unter privatrechtlichem Gesichtspunkte) im Dienstvertragstitel geregelt sind[107]). Man hat damit zugegeben, dass eine kantonale öffentlichrechtliche Ordnung zulässig ist, trotzdem sie offensichtlich gewisse Rückwirkungen auf das Zivilrecht hat und dieses berührt. Diese Ansicht vertrat namentlich schon allgemein Eugen Huber in den zitierten Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB. Für den Dienstvertrag und das Arbeiterschutzrecht speziell sprach dies nachhaltig Bundesrichter Hafner aus[108]). Seine vortrefflichen Ausführungen, in denen auch das Wesen des Arbeiterschutzrechts im Gegensatz zum Zivilrecht klar umschrieben ist, seien hier widergegeben: „Nicht berührt durch Tit. XI OR werden die eidgenössischen und kantonalen gewerbepolizeilichen (also öffentlichrechtlichen) Bestimmungen, insbesondere über die den Angestellten (gewerblichen Arbeitern usw.) zu gewährende Ruhe an Sonn- und Festtagen, über den Schutz der Angestellten (Arbeiter) vor betrügerischer Ausbeutung bei der Lohnzahlung (durch das sog. Trucksystem und übermässige Lohneinbehaltungen zur Aufbringung von

[106]) Vgl. Angaben VAS 1 S. 497 N. 1.

[107]) Vgl. namentlich BGE 37 (1911) I S. 48/9, wonach schon nach älterer Bundesgerichtspraxis öffentlichrechtliche Bestimmungen der Kantone möglich sind, durch welche indirekt auf ein zivilrechtliches, insbesondere obligationenrechtliches Verhältnis eingewirkt wird.

[108]) Hafner, Das schweiz. Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 2. Aufl. 1905 Bem. 2 zu Art. 338 S. 176.

Kautionen und dgl.) und vor Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit, über die Verhütung von Überanstrengung, namentlich von jugendlichen und weiblichen Arbeitern, Pflicht des Arbeitgebers zur Ausstellung von Zeugnissen usw. und über die Kontrolle dieser Vorschriften durch hiezu bestellte Beamte, wenn auch durch diese gewerbepolizeilichen Vorschriften die Freiheit des Dienstvertrages eingeschränkt wird und die Arbeitgeber wegen deren Nichtbeobachtung zivilrechtlich haftbar werden können, jene Vorschriften somit auch zivilrechtliche Bedeutung haben. Auch bezüglich des Lehrvertrags . . . können durch eidgenössische und kantonale gewerbepolizeiliche Vorschriften dem Lehrherrn öffentlichrechtliche Pflichten auferlegt werden, welche zugleich auch zivilrechtliche Bedeutung haben. Soweit öffentlichrechtliche Beschränkungen nicht existieren und abgesehen von Art. 17 (= OR Art. 19) besteht Freiheit des Dienstvertrags".

Nur bei einer Lösung, die gewisse Rückwirkungen zivilrechtlicher Art anerkennt, ist die notwendige Mitarbeit der Kantone am zeitgemässen Ausbau der Rechtsordnung möglich.

Dies hat denn auch das Bundesgericht schon sehr früh ausgesprochen und in einem bedeutsamen Entscheid vom 30. März 1911 i. S. Fierz gegen Kanton Zürich[109]) in der Frage nach der Zulässigkeit eines kantonal-rechtlichen Verbotes von Konkurrenzklauseln in Lehrverträgen unter Anführung weiterer Beispiele hervorgehoben. Das Bundesgericht führte damals aus: „In weitaus den meisten Fällen aber, und so auch im vorliegenden Falle, handelt es sich bei jenen kantonal-rechtlichen Bestimmungen im Gegenteil um die Verwirklichung sozialer Ziele, die sich der Staat als volkswirtschaftliche Einheit setzt und durch öffentlichrechtliche Normen zu verwirklichen sucht, bis sie in die allgemeine, auch für die Beziehungen der Privaten unter sich massgebende Rechts-

[109]) BGE 37 I S. 43—50, spez. S. 50.

ordnung übergehen, wofür z. B. gerade das Verbot der Konkurrenzklausel in Lehrverträgen ein typisches Beispiel ist, da nunmehr auch in Art. 356 Abs. 3 des revidierten OR solche Konkurrenzklauseln direkt nichtig erklärt werden". Das Bundesgericht schliesst mit der Bemerkung: War aber eine Verletzung des Prinzips der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts sogar da nicht anzunehmen, wo durch prozessrechtliche Vorschriften des kantonalen Rechts ein vom eidgenössischen Zivilrecht angestrebter Fortschritt mehr oder weniger vereitelt wird und könnten ähnliche Fälle sogar noch in Zukunft vorkommen, so erscheint die Berufung auf jenes Prinzip a fortiori da unzulässig, wo umgekehrt das kantonale Recht — innerhalb der ihm gezogenen formellen Schranken — gegenüber dem Bundeszivilrecht einen Fortschritt realisiert, wie dies gerade im vorliegenden Falle zutrifft.

So wie gewisse Eingriffe in das Prozessrecht oder Verwaltungsrecht der Kantone durch den Bundesgesetzgeber mit Rücksicht auf einen sachgemässen Ausbau und die Durchführung des Zivilrechts getroffen werden durften, ebenso müssen im Interesse einer wirksamen Rechtsordnung auch gewisse zivilrechtliche Rückwirkungen mit Rücksicht auf einen zeitgemässen Ausbau der Gesamtrechtsordnung durch kantonales öffentliches Recht grundsätzlich als zulässig, wenn nicht gar als zweckmässig hingenommen werden, solange sie nicht schlechtweg Bundeszivilrecht vereiteln, welches nach unserer Bundesverfassung den Vorrang hat. Eine starre, zum voraus gegebene Abgrenzung kann auch hier dem Rechtsganzen nicht dienlich sein. Sie kann nur von Fall zu Fall erfolgen und immer nur für einen bestimmten Stand der Gesetzgebung gültig sein. Die folgenden Beispiele sollen denn auch nur zur Illustration dienen und wollen nicht abschliessend sein.

Unter der Herrschaft des alten OR war nicht zweifelhaft, dass die Kantone durch kantonale Lehrlingsgesetze

dem Lehrmeister die öffentlichrechtliche Pflicht auferlegen konnten, Lehrverträge schriftlich abzufassen, trotzdem der Lehrvertrag schon nach der Praxis des Bundesgerichtes (wie jetzt nach OR 319 Abs. 3) als Dienstvertrag zu behandeln war, für den keine Form vorgeschrieben ist. Diese durch öffentliches Recht zum Schutz des Lehrlings und zur Ermöglichung der Kontrolle des Lehrverhältnisses durch die Behörden getroffene Bestimmung beseitigte die Formlosigkeit des Lehrvertrages gemäss Zivilrecht praktisch, trotzdem damit nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit des formlosen Lehrvertrages statuiert wurde, sondern nur eine durch Strafdrohung gesicherte öffentlichrechtliche Pflicht des Arbeitgebers.

Der Kanton Zürich bestimmte im Lehrlingsgesetz von 1906, die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel zur Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Lehrlings nach beendigter Lehre sei „nicht zulässig" und verlangte die Beseitigung einer in einem Lehrvertrag enthaltenen Klausel unter Androhung von Strafe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung. Das Bundesgericht erklärte[110]), dass der Kanton zwar solche bundesrechtlich nicht verbotene Klauseln nicht mit zivilrechtlicher Wirkung für ungültig erklären könne, dass aber die Einhaltung dieser Bestimmung, deren öffentlichrechtlicher Charakter zutreffend bejaht wurde, durch Androhung von Disziplinarmassregeln befohlen und die Streichung verlangt werden könne und bemerkte dazu: „Wenn nun auch mit einem solchen Befehl offenbar das gleiche Resultat erstrebt werden will und in Wirklichkeit wohl meist ungefähr die gleiche Wirkung erzielt wird wie durch eine eigentliche Nichtigerklärung der beanstandeten Konkurrenzklausel, so kann doch eine Missachtung der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht oder ein Übergriff der Administrativbehörde in das Gebiet der richterlichen Gewalt darin ebenso wenig erblickt werden, wie in zahlreichen Geboten

[110]) BGE 37 I S. 44 ff.

und Verboten, durch die ebenfalls indirekt auf ein zivilrechtliches, insbesondere obligationenrechtliches Verhältnis eingewirkt, aber doch nicht direkt ein bestehendes Forderungsrecht aufgehoben, bezw. als nicht existierend erklärt oder ein nicht bestehendes geschaffen, bezw. als existierend erklärt wird". Dieser Entscheid erscheint mir materiell als richtig, weil die angefochtene Bestimmung noch keine Vereitelung des Bundesrechts bedeutet, trotz der offensichtlichen, wenn auch bloss indirekten Wirkung auf das Zivilrecht[111]). Es zeigt sich gerade an diesem Beispiel, dass eine befriedigende Ordnung unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Interesses, des öffentlichen Rechts nur erreichbar ist, wenn man gewisse zivilrechtliche Rückwirkungen in Kauf nimmt.

Ein gleiches ist zu sagen von kantonalen Arbeitszeitbeschränkungen. Wenn z. B. ein Kanton für Arbeiter und Arbeiterinnen in bestimmten Berufen, z. B. für Ladenpersonal die tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit regelt, so ist auch damit in das Prinzip der Vertragsfreiheit eingegriffen. Eine widersprechende Abmachung im Dienstvertrag muss vernünftigerweise ungültig sein. Der Arbeitnehmer darf doch nicht das versprechen oder leisten, was durch öffentliches Recht für beide Teile verboten ist. Bundesrechtliche Arbeitszeitbeschränkungen, z. B. nach Fabrikgesetz, haben ohne Zweifel solche privat-

---

[111]) Man kann sich sogar fragen, ob es nicht überhaupt richtiger wäre, auch die zivilrechtliche Ungültigkeit einer widersprechenden Klausel zu bejahen. Im Ergebnis bedeutet es ja das gleiche und man ruft nur materiell unbefriedigenden Differenzen. Wie steht es, wenn der Zivilrichter diese Klausel als gültig anerkennt, der Strafrichter aber nach dem gleichen Tatbestand Strafe ausfällt? Könnte der Zivilrichter wirklich Schadenersatz zusprechen wegen Verletzung der Konkurrenzklausel, oder diese durchsetzen lassen, wenn sie durch öffentlichrechtliche Bestimmung als unzulässig erklärt ist? Steht hier die Vertragsfreiheit, trotzdem sie materiell nicht befriedigen kann, höher als das im Interesse des Lehrlings und eines tüchtigen Gewerbestandes aufgestellte öffentlichrechtliche Verbot?

rechtliche Wirkung[112]). Warum sollen kantonale sie nicht haben, wenn sie materiell doch dieselbe Begründung aufweisen? Im Grunde bedeuten solche Bestimmungen, deren privatrechtliche Auswirkung offenbar ist, doch keine Vereitelung des Bundesrechts in einem erheblichen Punkte, sondern richtig gesehen eine Ergänzung desselben durch öffentliches Recht. Auch die zivilrechtliche Vertragsfreiheit wird ja schon durch das ZGB und OR, durch öffentliches Recht des Bundes beschränkt. Soll dies nicht auch dem kantonalen Recht möglich sein, wenn Interessen der Allgemeinheit nur durch Arbeitszeitbeschränkungen geschützt werden können? Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch den Bund ist m. E. nicht abschliessend und kann es nicht sein, wenn eine vernünftige Ordnung durch die Gesamtheit des Rechts, zu dem auch kantonales Recht gehört, sich ergeben soll[113]). Das Bundesgericht erklärt demgemäss neuerdings in BGE 58 I S. 32/3 in diesem Sinne: „So hat man denn auch von jeher im allgemeinen angenommen, dass das eidgenössische Obligationenrecht gewerbepolizeilichen Vorschriften der Kantone nicht im Wege stehe, auch wenn dadurch die Freiheit des Dienstvertrages eingeschränkt wird". Schliesslich steht doch der öffentlichrechtliche Zweck und Charakter solcher Bestimmungen im Vordergrunde. Die privatrechtliche Auswirkung ist lediglich eine Rückwirkung.

Haltbar erscheinen mir auch kantonale Bestimmungen im Interesse des Arbeiterschutzes, welche ein Truckverbot aufstellen, d. h. die Verpflichtung, das Entgelt in bar und in gesetzlicher Währung auszuzahlen. Allerdings haben kantonale Vorschriften dieses Inhalts praktisch nur noch geringe Bedeutung, weil diese Verpflichtung schon im Fabrikgesetz Art. 25 ausgesprochen ist und für nicht fabrikmässige Betriebe, welche den Voraussetzungen

---

[112]) Vgl. oben S. 43a/44a.

[113]) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 20 N. 15, Burckhardt S. 587.

der Unterstellung unter das ehemalige erweiterte Haftpflichtgesetz entsprechen, im Bundesgesetz vom 26. Juni 1902 betr. Lohnzahlung und Bussenwesen festgelegt ist. Immerhin bestehen einige derartige kantonale Bestimmungen[114]). Soweit für bestimmte Kategorien mit Rücksicht auf ihre Schutzbedürftigkeit das Interesse der Allgemeinheit an Barentlöhnung bejaht werden kann, steht nichts im Wege, eine solche öffentlichrechtliche, durch Strafen sanktionierte Verpflichtung aufzustellen, trotzdem auch für die Festsetzung des Entgelts grundsätzlich die Freiheit der vertraglichen Abrede nach OR besteht. Denn dadurch wird der Zweck des OR nicht vereitelt[115]). Gegenteilige Meinungen sind mir denn auch nicht bekannt. Dagegen wäre ein für alle Dienstverträge gedachtes Verbot dieser Art nicht zulässig, weil das öffentliche Interesse und Bedürfnis zu so weitgehender Beschränkung der Vertragsfreiheit nicht vorhanden ist[116]).

Als zulässig gelten auch öffentlichrechtliche Bestimmungen, welche für gewisse, im Dienste des öffentlichen Verkehrs stehende Gewerbe (z. B. Dienstmänner etc.) zum Schutz der Allgemeinheit gegen Überforderung die Aufstellung von Preistarifen vorgesehen haben[117]). Bezeichnenderweise hat bisher niemand an solchen Vorschriften, die man durchaus nicht als blosse Festlegung des üblichen Lohnes im Sinn von Art. 330 OR betrachten kann, Anstoss genommen, trotzdem sie wiederum einen Einbruch in die Vertragsfreiheit bedeuten und indirekt zivilrechtliche Bedeutung haben. Es zeigt sich hier, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Dienstvertrag auch bezüglich der Lohnabrede nicht absolut ist. Es liegt keine

---

[114]) Vgl. VAS 1 S. 573, Oser-Schönenberger, Art. 319 N. 28.

[115]) So bereits Hafner, Art. 319 Bem. 2 S. 176.

[116]) Vgl. Birchmeier, Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweiz. OR, Zürcher Diss. 1928 S. 21.

[117]) So auch BGE 26 I S. 326 Erw. 3/4, BGE 37 I S. 49, vgl. Oser-Schönenberger, Art. 330 N. 6.

Vereitelung des Bundesrechtes vor, sondern eine sehr angebrachte Ergänzung durch öffentliches kantonales Recht.

Wie verhält es sich mit kantonalen Arbeitnehmerschutzgesetzen, welche über das Mass des Lohnzuschusses bei Mehrarbeit Bestimmungen treffen? OR Art. 336 bestimmt mit zivilrechtlicher Wirkung: „Für diese Mehrarbeit hat er Anspruch auf einen Lohnzuschuss, der nach dem Verhältnis zum vereinbarten Lohn und unter Würdigung der besondern Umstände zu bemessen ist". Bereits das Fabrikgesetz verfügt hinsichtlich des Lohnzuschusses im nähern durch Art. 27 Abs. 1: „Die Verlängerung der Dauer der normalen Tagesarbeit sowie die vorübergehende Nacht- und Sonntagsarbeit darf nur bewilligt werden, wenn der Fabrikinhaber den beteiligten Arbeitern einen Lohnzuschlag von 25% zusichert". Diese bundesrechtliche Lohnbestimmung hat nach herrschender Meinung zivilrechtliche Bedeutung, gibt dem Arbeitnehmer einen näher fixierten Lohnanspruch. Sie hat aber auch öffentlichrechtliche Bedeutung, insofern die öffentlichrechtliche Bewilligung für Überzeitarbeit etc. an die Voraussetzung geknüpft ist, dass eine privatrechtlich wirkende Zusicherung eines bestimmten Zuschlages vorliege[118]).

Wie steht es um kantonale Bestimmungen dieser Art? Das öffentliche Interesse daran, eine Überzeitbewilligung nur unter der Voraussetzung einer besondern Vergütung an den Arbeitnehmer zu erteilen, ist zu bejahen aus den gleichen Gründen, welche die Beschränkung der Arbeitszeit selbst rechtfertigen. Ich halte Bestimmungen, welche die Gewährung der Bewilligung an die Zusicherung eines bestimmten Zuschlages knüpfen (also eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Staat begründen, dem Arbeiter einen bestimmten Zuschuss auszurichten und gesichert dadurch, dass die Bewilligung an diese Voraussetzung geknüpft wird oder abgesehen hievon, unter Strafdrohung die Zahlung verlangt, ohne indessen dem Arbeiter einen zivilrechtlich

[118]) Vgl. oben S. 67a.

klagbaren Anspruch zu gewähren) für gültig. Bestimmungen, wie sie das Zürcher Arbeiterinnenschutzgesetz von 1894 § 11 und das bernische Arbeiterinnenschutzgesetz Art. 13, das Baselstädtische Arbeitszeitgesetz von 1920 § 15 letzter Absatz (Zuschuss je ¼), das Ausserrhodische Arbeiterinnenschutzgesetz von 1908 Art. 13 (1/3) enthalten, sind also wirksam, insoweit sie öffentlichrechtliche Wirkung haben. Denn OR Art. 336, der einen Anspruch auf Zuschuss gewährt, welcher nach dem Verhältnis zum vereinbarten Lohn und unter Würdigung der besondern Umstände zu bemessen ist, wird m. E. nicht vereitelt, sondern nur präzisiert im Sinn und Geist des Bundeszivilrechts, unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und Auffassungen, welche im kantonalen Gesetz besser zum Ausdruck kommen. Wenn der Kanton unbestritten die Befugnis hat, Arbeitszeitbeschränkungen im allgemeinen Interesse aufzustellen, so muss er auch die Kompetenz haben, nötige Ausnahmen an besondere Bedingungen zu knüpfen, welche wiederum die Interessen der Allgemeinheit und des Arbeitnehmers wahren, was durch solche Bestimmungen über Lohnzuschüsse eben geschieht, obschon die indirekte Wirkung auf das Verhältnis der Dienstvertragsparteien gar nicht zu bestreiten ist[119]).

Problematischer ist die Zulässigkeit von kantonalen Bestimmungen über Lohneinbehaltung, Lohnabzüge und Lohnverrechnung.

Lohneinbehaltung (Standgeld, Décompte, auch etwa Zurückbehaltung genannt) besteht darin, dass ein bestimmter Teil des Lohnes vorläufig nicht ausbezahlt, sondern reserviert wird als Sicherheitsleistung für allfällige Schadenersatzansprüche wegen Vertragsbruches, wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen, für schlechte Arbeit, verdorbenes Material. Nach OR Art. 159 wäre diese Lohneinbehaltung grundsätzlich statthaft. Es ist lediglich bestimmt, dass sie mangels anderer Abmachung nicht als Konventionalstrafe, sondern nur als Hinterlage

[119]) So auch H. Abt, Der Dienstvertrag 1923, S. 29.

zur Deckung eines Schadens des Dienstherrn zu gelten hat. Dass der Dienstherr ein Interesse hat an solchen Einbehaltungen, welche oft die einzige praktische Möglichkeit sind, sich für Schaden zu decken, ist unbestritten, wie anderseits auch die Gefahr übersetzter Lohneinbehaltungen offenbar ist. Dem hat der Bundesgesetzgeber in Art. 159 Abs. 2 durch die Bestimmung vorzubeugen versucht, dass solche Abzüge nur insoweit zulässig sein sollen, als die Ersatzforderung an die Lohnschuld verrechnet werden darf, womit dem Arbeitnehmer gemäss Art. 340 Abs. 1 OR der zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie unbedingt erforderliche Lohnbetrag gesichert bleibt, wenn er nicht die Zustimmung zur Einbehaltung gibt, was jedoch unter dem Druck der Verhältnisse wohl meistens der Fall sein wird. In Art. 25 Abs. 3 des Fabrikgesetzes wird ausserdem bestimmt, dass nicht mehr als der Lohn für die letzten 6 Arbeitstage, bei Akkordarbeit nicht mehr als ein dem Lohn der letzten 6 Arbeitstage ungefähr entsprechender Betrag ausstehen bleiben darf[120]). Kann nun ein Kanton z. B. für nicht dem Fabrikgesetz unterworfene Verhältnisse durch öffentlichrechtliche Bestimmung Beschränkungen vorsehen, z. B. dahin, dass eine Lohneinbehaltung nur bis zur Höhe eines halben Wochenlohnes zulässig sei? Einer solchen Bestimmung kommt zwar auf alle Fälle keine direkte zivilrechtliche Wirkung zu; sie läuft jedoch indirekt auf eine Beschränkung der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit hinaus. Das Interesse der Allgemeinheit an solchen Bestimmungen liegt nach meiner Auffassung aber vor. Gerade wegen der tatsächlichen Abhängigkeit wird der Arbeitgeber sich nicht widersetzen, womit der gutgemeinte Schutz nach Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 340 OR faktisch versagt. Dass hier im Interesse des Arbeitnehmers und seiner Familie kräftiger eingegriffen wird, scheint mir

[120]) Vgl. dazu Art. 105 Abs. 3 der Vollzugsverordnung, wonach die Zahl der Tage, für welche der Lohn ausstehen bleibt, in der Fabrikordnung angegeben werden soll.

daher gute Gründe zu haben. Schon der Bundesgesetzgeber hat namentlich im Fabrikgesetz, abgesehen von OR Art. 159 und 340, zum Schutz des Arbeiters weitere Beschränkungen aufgestellt, wenn auch bloss durch zwingende privatrechtliche Norm. Es liegt nun aber offenbar in derselben Linie, wenn ein Kanton ähnliche Beschränkungen durch öffentliches Recht aufstellt und deren Einhaltung durch Strafen sichert. Die Tatsache, dass in fast allen kantonalen Arbeitnehmerschutzgesetzen solche Bestimmungen enthalten sind, spricht doch dafür, dass man allgemein der Ansicht ist, dass die Allgemeinheit an solcher Lösung interessiert ist. Ich halte derartige Bestimmungen daher nicht im Widerspruch zu der zivilrechtlichen Ordnung, bin aber der Meinung, dass ein gänzliches Verbot, wie es z. B. das Neuenburgische Arbeiterinnenschutzgesetz von 1901 in Art. 14 Abs. 4 vorsieht, zu weit geht und daher ungültig ist.

Lohnabzüge werden regelmässig zwecks Verrechnung gemacht. Über die Verrechnung bestimmt nun Art. 340 OR: „Soweit der Lohn des Dienstpflichtigen zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie unbedingt erforderlich ist, darf eine Verrechnung gegenüber der Lohnschuld nur mit dessen Zustimmung stattfinden" (Abs. 1). „Die Verrechnung ist jedoch stets zulässig in bezug auf Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden" (Abs. 2). Daneben enthält Fabrikgesetz Art. 28 die Vorschrift, dass dem Fabrikherrn gegenüber dem Arbeiter keinerlei Ansprüche für Überlassung des Arbeitsplatzes, Beleuchtung, Heizung und Reinigung, Benutzung von Werkzeug und Lieferung von Betriebskraft erwachsen. Für Lieferung von Waren und Furnituren darf nur der Betrag der Selbstkosten verlangt werden, wobei die Verrechnung nicht auf dem Wege des Lohnabzuges stattfinden darf. Lohnabzüge für mangelhafte Arbeit oder verdorbenes Material sind zulässig; indessen darf für letzteres nur der Ersatz der Selbstkosten gefordert werden. „Abzüge zu Versicherungszwecken

richten sich nach den Vorschriften der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung".

Kantonale Bestimmungen befassen sich nun mit gleichen Punkten und in ähnlicher Weise, wie das Fabrikgesetz, gehen aber bezüglich des Verbotes der Lohnabzüge für vorsätzlich oder grobfahrlässig verdorbenes Material oder schlechte Arbeit weiter, indem sie z. B. bei fahrlässig verursachtem Schaden wegen verdorbenen Materials oder schlechter Arbeit nur einen Teil des gewöhnlichen Lohnabzuges erlauben[121]), oder ihn nur für absichtlich oder grobfahrlässig verursachten Schaden gestatten[122]).

Ob Verrechnungsverbote, welche über Art. 340 hinausgehen, neben dem Bundeszivilrecht haltbar sind, kann bezweifelt werden. Lohnabzüge und Verrechnung von Schadenersatzforderungen oder Guthaben aus Lieferung von Waren etc. sind, wie die Verrechnung überhaupt, vom Bund als zivilrechtliche Angelegenheit hingestellt. Immerhin hat der Bundesgesetzgeber erkannt, wie OR Art. 340 und Fabrikgesetz zeigt, dass hier wie bei den oben besprochenen Lohneinbehaltungen Missbräuche möglich und zu bekämpfen sind und dass der Unterhalt des Arbeitnehmers und seiner Familie als dringend zu gelten hat. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass in den erwähnten Bestimmungen des OR auf das Schutzbedürfnis des Dienstpflichtigen und seiner Angehörigen ebenfalls Bedacht genommen wurde, sodass fraglich sein möchte, ob daneben noch ein unbefriedigtes Schutzbedürfnis vorhanden ist, welches kantonales öffentliches Recht rechtfertigen würde. Indessen scheint mir, dass eine zivil-

---

[121]) Arbeiterinnenschutzgesetz des Kantons Bern vom 23. Februar 1908 Art. 28 Abs. 2: nur 50% des Schadens im Falle von Fahrlässigkeit, Arbeiterinnenschutzgesetz des Kantons Luzern vom 29. November 1895 § 8 Abs. 4: abgesehen von Fällen der Arglist höchstens die Hälfte des Wochenlohnes.

[122]) Appenzell A.-Rh. Arbeiterinnenschutzgesetz vom 26. April 1908 Art. 17 Abs. 2, St. Gallisches Gesetz über den Schutz der Arbeiterinnen und der Bediensteten der Laden- und Kundengeschäfte vom 15. Mai 1925 Art. 17 Abs. 2.

rechtliche Bestimmung von der Art des Art. 340, der die Verrechnung auch für den zum Unterhalt des Arbeitnehmers und seiner Familie nötigen Teil des Lohnes bei Zustimmung des Dienstpflichtigen gestattet, praktisch ihren Zweck nie erreicht, weil der Dienstpflichtige wegen seiner Abhängigkeit eben zustimmen muss. Eine befriedigende Ordnung ist überhaupt wohl nur auf dem Wege des öffentlichen Rechts zu erreichen, solange nicht der Zivilgesetzgeber den der Verrechnung entzogenen Teil des Lohnes unabänderlich und ziffernmässig bestimmt. Wenn ich also solche kantonale Bestimmungen schliesslich neben dem Bundesrecht gelten lasse[123]), so geschieht es, abgesehen vom Gesagten, aus der weitern Überlegung, dass auch kein überzeugender Grund dagegen vorhanden ist, und namentlich auch keine positiv verbietende Bestimmung des Zivilrechts, welche solche Vorschriften ausschliessen würde. Und in solchen Zweifelsfällen verdient jene Lösung den Vorzug, welche materiell das befriedigendere Resultat ergibt, was für die kantonalen Bestimmungen spricht[124]). Ich sehe nicht ein, was praktisch gewonnen wäre, wenn man solche Bestimmungen, die altem Herkommen und Bedürfnis entsprechen, als hinfällig erklären würde. Es ist interessant zu sehen, dass sich gegen diese doch sehr zahlreichen Bestimmungen unserer kantonalen Rechte, selbst neueren Datums[125]), nie Widerspruch erhoben hat, was doch beweist, dass sie einem Bedürfnis entsprechen[126]).

Aus gleichen Erwägungen heraus erscheinen mir auch Beschränkungen der Verhängung von Bussen gerechtfertigt. Der Bund hat solche im Fabrikgesetz Art. 13 aufgestellt, ebenso im Bundesgesetz vom 26. Juni 1902

[123]) So auch schon Hafner, Art. 328 Bem. 2 S. 176.

[124]) Gleiche Erwägung finde ich bei Vetter, Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht, Zürcher Diss. 1922 S. 103.

[125]) Vgl. das in N. 122 zitierte St. Galler Gesetz von 1925.

[126]) Vorausgesetzt, dass die Bestimmungen nicht bloss auf dem Papier stehen.

betr. Lohnzahlung und Bussenwesen[127]), und zwar hier durch doppelte Normierung, nämlich unter Festlegung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Sanktionen. Hat damit schon der Bund das öffentliche Interesse an solchen Beschränkungen bejaht, so darf man dies auch für kantonalrechtliche Vorschriften annehmen. Dagegen halte ich ein gänzliches Bussenverbot, wie übrigens auch von Lohnabzügen, wie einzelne Kantone es vorsehen, nicht mehr für zulässig und begründet. Dem Interesse der Allgemeinheit und dem Schutz des Arbeitnehmers genügt eine Beschränkung.

Verschiedene kantonale Arbeitnehmerschutzgesetze haben nach dem Vorbild des Fabrikgesetzes und des Bundesgesetzes betr. Lohnzahlung und Bussenwesen von 1902 Bestimmungen aufgenommen, welche die Fälligkeit des Lohnes regeln[128]). Soweit diese Gesetze längere Fristen vorsehen, als Art. 333 OR, sind sie in offenem Widerspruch zum OR und unwirksam. Wie aber, wenn kantonales Recht im Interesse des Arbeitnehmers und seiner Familie und damit der Allgemeinheit für gewisse Kategorien kürzere Lohnzahlungstermine vorsehen, z. B. für gewisse Angestellte 14tägige Lohnzahlung? Art. 333 OR gestattet allerdings die Vereinbarung kürzerer als der im Gesetz genannten Fristen und erklärt ausserdem die üblichen kürzeren Fristen als massgeblich. Im Fabrikgesetz (Art. 25) ist Auszahlung spätestens alle 14 Tage vorgeschrieben, ebenso im Bundesgesetz betr. Lohnzahlung und Bussenwesen, hier sogar in privat- und öffentlichrechtlicher Normierung, womit neben dem Arbeitnehmerinteresse auch ein gewisses Allgemeininteresse an der Einhaltung der bestimmten Zahltage zum Ausdruck kommt. Aber ich glaube, entgegen Landmann[129]) nicht, dass

[127]) Art. 1 lit. b: „Bussen dürfen nur auf Grund eines genehmigten Reglements gefällt werden. Dieselben sollen unter keinen Umständen die Hälfte des Taglohnes des Gebüssten übersteigen und sind im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen zu verwenden."

[128]) Beispiele VSA 1 S. 576/7.

[129]) VAS 1 S. 576.

kürzere, als die in Art. 333 OR aufgestellten Fälligkeiten nach kantonalem Recht zulässig sind, wenn ich auch eine öffentlichrechtliche Sanktion zur Verstärkung der zivilrechtlichen Ordnung nicht ohne weiteres ablehnen würde. Nach meiner Ansicht steht Art. 333 einer abweichenden kantonalen Norm im Wege, denn dort sind doch sehr kurze Fristen vorgesehen: 14 Tage für Arbeiter, 1 Monat für Angestellte, längere nur für Dienstboten in Hausgemeinschaft und bei landwirtschaftlichen Betrieben. Durch diese zwingende und zugunsten des Dienstpflichtigen ausdrücklich und abschliessend lautende Regelung und durch die Vorschusspflicht nach Art. 334 scheint mir materiell für den Arbeitnehmer und seine Familie hinreichend gesorgt zu sein, weshalb ich ein Bedürfnis nach kürzeren Fristen gemäss kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht verneine. Ausserdem spricht die ziffernmässige Regelung der Zahltage dafür, dass der Bund hier eine abschliessende Ordnung hat geben wollen. — Dagegen können diese kantonalen Bestimmungen gemäss Art. 5 ZGB doch Bedeutung haben, nämlich als Ausdruck einer nach Art. 333 OR vorgehenden Übung, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist. Damit gelangt man praktisch häufig zu einem ähnlichen Ergebnis, wie man es mit der abgelehnten Normierung erreichen wollte.

Zulässig sind kantonale Vorschriften, die über den näheren Zeitpunkt der Auszahlung (z. B. Auszahlung während der Arbeitszeit etc.) oder über den Ort der Auszahlung (z. B. Verbot der Zahlung in Wirtschaften) Vorschriften enthalten[130]), weil hier Missbräuchen vorgebeugt werden will und kein ernsthafter Eingriff in zivilrechtliche Verhältnisse vorliegt.

Ein interessanter Fall zur Frage nach dem Umfang öffentlichrechtlicher Kompetenz der Kantone in Arbeitnehmerschutzfragen und der zulässigen Eingriffe in private Rechtsbeziehungen ist vom Bundesgericht am 22. Januar 1932 i. S. Rapp gegen Basel-Stadt[131]) entschie-

[130]) Vgl. VSA a. a. O.

[131]) BGE 58 I S. 26 ff.

den worden. Er betrifft das Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 18. Juni 1931 betr. die Gewährung jährlicher Ferien. Dieses Gesetz bestimmt[132]) unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung (Fabrikgesetz usw.), dass dem Angestellten unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf näher umschriebene, bezahlte Ferien zustehe. Die Zulässigkeit einer Bestimmung, dass der Dienstherr dem Dienstpflichtigen Ferien von bestimmter Dauer zu gewähren habe, ist unter öffentlichrechtlichem Gesichtspunkt zu bejahen, wie sowohl die Rekurrenten als das Bundesgericht angenommen haben[133]). Bezüglich der Lohnzahlungspflicht dagegen wurde eingewendet, sie sei durch Bundeszivilrecht im Sinne der Freiheit vertraglicher Abrede ausschliesslich durch Bundesrecht geregelt, welches abschliessend (in Art. 335 betr. Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung und Art. 341 betr. Gewährung der üblichen freien Stunden oder Tage) die Fälle der Pflicht zur Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung festgelegt habe. Das Bundesgericht hat, wie schon das Gutachten des eidg. Justizdepartementes[134]), diese Pflicht zur Lohnzahlung als statthaft angesehen, eben weil eine Gewährung von Ferien in aller Regel einen Sinn nur hat, wenn der Dienstpflichtige auch die Mittel dazu bekommt. Die Statuierung einer öffentlichrechtlichen (dem Staat gegenüber bestehenden), durch Strafdrohung gesicherten Pflicht, dem Arbeitnehmer den Lohn während der Ferien

[132]) Wie übrigens schon ähnlich das Berner Arbeiterinnenschutzgesetz vom 23. Februar 1908 Art. 14: „Jede Arbeiterin, die mehr als ein Jahr im gleichen Geschäft angestellt ist und die nicht Akkord- oder Stundenbelöhnung bezieht, hat Anspruch auf 6 Tage zusammenhängender Ferien, die ihr vom Arbeitgeber wie gewöhnliche Arbeitstage anzurechnen und zu bezahlen sind, wenn sie nicht eine Anstellung oder Beschäftigung übernimmt, welche ihr Verdienst bringt etc."

[133]) Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung bringt in Art. 14 auch eine Ferienbestimmung.

[134]) Abgedruckt im Ratschlag und Entwurf des Regierungsrates von Basel-Stadt vom 23. Januar 1930 zu einem Gesetz betr. die Gewährung jährlicher Ferien, Anhang 2 spez. S. 81 f.

auszurichten, erscheint als ein unerlässliches Mittel zur Realisierung des Zweckes: Gewährung von Ferien aus gesundheitlichen und andern Rücksichten. Ich teile diese Auffassung. Fraglich konnte nur sein, ob dies nicht mit der Ordnung des Dienstvertrags betr. Lohn in Widerspruch stehe. Das ist, wie ich die Sache ansehe, zutreffend verneint worden. Das Ausmass der Lohnleistungspflicht ist im OR nicht abschliessend bestimmt. Wie oben bemerkt wurde, können auch obrigkeitlich festgesetzte Taxen u. U. bestehen. Die Ferienbestimmungen sind im Grunde nicht anderes, als Arbeitszeitbeschränkungen allgemeiner Art, wie z. B. die Festsetzung von Ruhetagen usw. Art. 335 OR behandelt nur die Lohnzahlungspflicht für den Fall einer Verhinderung des Dienstpflichtigen an der Arbeitsleistung, was hier nicht in Frage kommt. Art. 336 befasst sich nur mit dem Lohnzuschuss bei Mehrarbeit. Art. 341 bestimmt über die Freizeit: „Der Dienstherr hat dem Dienstpflichtigen die üblichen freien Stunden oder Tage zu gewähren". Dabei wird ja in aller Regel der Lohnanspruch bestehen bleiben[135]). Diese Vorschrift über die übliche Freizeit, welche schon ihrerseits auf die Übung abstellt, erscheint mir keine abschliessende und keine ausschliessliche Bestimmung zu sein. Wenn kantonales Recht im öffentlichen Interesse die Freizeit näher umschreibt und die Lohnpflicht vorschreibt, kann man nicht sagen, dass dies dem Geist des OR zuwider sei. Die wirtschaftlichen Bedingungen sind von Gegend zu Gegend verschieden; die Kantone vervollständigen, ergänzen durch derartige Bestimmungen vielmehr zutreffend die Ordnung nach Zivilrecht. Gerade dies sind sozialpolitische Vorschriften, von denen schon die Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB gesagt haben, dass die Kompetenz zu ihrem Erlass den Kantonen verbleiben solle. Man kann nicht sagen, dass der Zweck unserer dienstvertraglichen Ordnung vereitelt werde, wenn der Vertragsfreiheit in Lohnfragen auf diese Weise nahegetreten wird. Unser

[135]) Vgl. Becker, Komm. zu OR Art. 341 N. 4.

gesamtes Dienstvertragsrecht ist ja ausgesprochen Schutzrecht, wie einleitend[136]) ausgeführt wurde.

Über die Pflicht zur Ausstellung eines Zeugnisses trifft OR Art. 342 Bestimmungen. Dass ein Kanton ein Verbot geheimer Kennzeichnung von Dienstzeugnissen aufstellen kann[137]), ist sicher. Dies ist im öffentlichen Interesse, zur Förderung des Fortkommens des Dienstpflichtigen begründet und kann neben dem OR wohl bestehen.

Wie sind kantonal-rechtliche Bestimmungen über die Kündigung beim Dienstvertrag auf Probe und die ordentliche Kündigung zu beurteilen?

OR Art. 350 enthält eine dispositive Regel, wonach bei Ausbedingung einer Probezeit bei Anstellung auf längere Zeit während der ersten zwei Monate mit wenigstens sieben Tagen Kündigungsfrist auf das Ende einer Woche gekündigt werden kann; ferner für Gesellen- und Dienstbotenverträge die Vorschrift, dass mangels anderer Abrede die ersten 2 Wochen als Probezeit gelten in dem Sinn, dass jeder Teil auf 3 Tage kündigen kann. Art. 24 des Fabrikgesetzes, eine privatrechtliche Norm, sieht eine 14tägige Frist vor, welche durch schriftliche Abrede, Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag geändert werden kann. Ebenso regelt Art. 20 des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung privatrechtlich die Probezeit. — Können daneben kantonale Bestimmungen, welche die Dauer der Probezeit oder Vermutungen für deren Dauer festlegen oder für die Abänderung schriftliche Vereinbarung verlangen, bestehen[138])? Man kann ein gewisses Interesse, den Arbeitnehmer vor Ausbeutung durch zu lange Probezeit zu schützen oder eine baldige Beendigung der wirtschaftlichen Unsicherheit infolge bloss probe-

[136]) S. 7a.

[137]) Vgl. z. B. Berner Arbeiterinnenschutzgesetz von 1908 Art. 20 Abs. 4: „Den Arbeitgebern ist untersagt, die Zeugnisse mit Merkmalen zu versehen, welche den Zweck haben, die Arbeiterin in einer aus dem Wortlaut des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen".

[138]) Beispiele VAS 1 S. 512.

weiser Anstellung herbeizuführen, bejahen. Aber kann dies hinreichen in einer Frage, die der Bundesgesetzgeber, selbst im Fabrikgesetz als rein zivilrechtliche, den Parteien anheimgegebene Angelegenheit geordnet hat?

Ebenso fraglich erscheint mir die Zulässigkeit der in gleichem Zusammenhang zu erörternden ordentlichen Kündigungsbestimmungen kantonaler Arbeitnehmerschutzgesetze. Landmann[139]) erklärt: „Die Bestimmungen des OR über Kündigung werden ergänzt durch das Fabrikgesetz und die kantonalen Arbeiterinnenschutzgesetze"; er bemerkt indessen, dass die Gültigkeit solcher Bestimmungen bestritten werde[140]). Ebenso erklärt Hug[141]) bezüglich solcher kantonaler Bestimmungen über Probezeit und Kündigungsfrist, dass diese Vorschriften als Spezialregeln den Vorschriften des OR vorgehen[142]).

Allein mir scheint, dass wohl die meisten dieser kantonalen Kündigungsbestimmungen unzulässig sind. (Im Rahmen dieser Arbeit ist es natürlich nicht möglich, alle einzelnen Bestimmungen zu untersuchen.) Wie VAS 1 S. 512 feststellt, können diese gesetzlichen Kündigungsfristen überall durch Arbeitsordnung oder Vertrag (für welchen, ausser in Zürich und Bern, schriftliche Form verlangt wird) abgeändert werden. Wenn ein kantonales Arbeitnehmerschutzgesetz in einer derartigen Frage nur so eingreift[143]) und in erster Linie die Parteivereinbarung

---

[139]) VAS 1 S. 511.

[140]) Dies mit der Begründung, dass das Kündigungsrecht des OR abschliessend sei und dass insbesondere Art. 347 Abs. 2 OR („Ist hiefür weder durch Vertrag noch durch Gesetz eine andere Frist festgestellt, so gilt...") nur Bundesrecht vorbehalte.

[141]) Hug, Das Kündigungsrecht 1926, Bd. 1 S. 114.

[142]) Egger, Art. 1 N. 17 verweist auf diese beiden Zitate, ohne sich selber zu äussern.

[143]) Das Zürcher Arbeiterinnenschutzgesetz z. B. hat in § 30 ausdrücklich die Kündigungsvorschriften von der Strafandrohung ausgenommen. Lang bemerkte in der Expertenkommission für das OR (Protokoll, 25. Sitzung S. 10), dass man sich im Zürcher Grossen Rate bei der Beratung des Gesetzes beständig darüber gestritten habe, ob die betr. Bestimmungen

als massgeblich hinstellt, so kommt damit doch zum Ausdruck, dass die Frage im Grunde nur als privatrechtliche, bloss das gegenseitige Verhältnis der Parteien betreffende Angelegenheit betrachtet wird, und für eine privatrechtliche Regelung fehlt den Kantonen die Kompetenz. Auch hat der Bundesgesetzgeber im OR mit wenigen Ausnahmen das Kündigungsrecht nachgiebig geregelt mit Rücksicht auf die besondern Bedürfnisse des einzelnen Falles. Er ist im Fabrikgesetz von 1914, trotz der ausgesprochenen Tendenz, den Arbeitnehmer zu schützen, sogar so weit gegangen, die Kündigungsfrist selbst für überjährige Verhältnisse auf 14 Tage anzusetzen, wobei aber durch schriftliche Festsetzung im Dienstvertrag oder durch Gesamtarbeits- oder Normalarbeitsvertrag die Kündigungsfrist sogar wegbedungen oder andere Fristen aufgestellt werden können, die lediglich in allen Fällen für beide Teile gleich sein müssen. Das bestimmt mich zur Annahme, dass auf dem Gebiet des Kündigungsrechts (einschliesslich Kündigung bei Probezeit) die Vertragsfreiheit positiv gewollt ist. Soweit Schranken vorhanden sein sollen, hat der Bundesgesetzgeber sie aufgestellt wie z. B. durch die zwingenden Bestimmungen des Art. 348 OR für überjährige Dienstverhältnisse. Dass vom OR abweichende kantonale Kündigungsbestimmungen für überjährige Dienstverträge gegen das Bundeszivilrecht verstossen, scheint mir klar zu sein, weil in diesen Punkten eine abschliessende und genaue Regelung von Seiten des Bundes vorliegt, die durch derartige Bestimmungen vereitelt würde. Ich halte nach dem Gesagten aber auch dafür, dass anderweitige kantonale Kündigungsbestimmungen nicht zulässig sind, sowohl an sich, als insbesondere in der besprochenen heutigen Gestalt nachgiebigen Rechts.

Wie steht es schliesslich mit Bestimmungen des kantonalen Arbeitnehmerschutzrechts betr. Voraussetzung

---

sich nicht im Widerspruch zum Bundesrecht befänden. Zweifel in diesen Punkten erscheinen mir begründet.

und Folgen der Vertragsauflösung aus wichtigem Grunde?

Einzelne dieser Gesetze begnügen sich damit, die Bestimmungen von OR Art. 352 ff. zu wiederholen, ohne öffentlichrechtliche Bestimmungen zu treffen. Derartige Vorschriften haben keine selbständige rechtliche Bedeutung.

Dagegen findet sich z. B. im Aargauischen Arbeiterinnenschutzgesetz vom 26. Mai 1903 unter § 12 u. a. die Bestimmung, dass die Arbeiterin für den dem Geschäfte sowohl absichtlich als durch grobe Fahrlässigkeit zugefügten Schaden haftet und dass sie in beiden Fällen sofort entlassen werden kann. Dass ein kantonales Gesetz den in Art. 328 enthaltenen, mit dem allgemeinen Vertragsrecht übereinstimmenden Grundsatz der Haftung für jegliches Verschulden nicht beseitigen, also z. B. die Haftung für leichtes Verschulden nicht ausschliessen kann, bedarf keiner Ausführung. Unstatthaft erscheint mir aber auch eine Bestimmung, dass ein Arbeitnehmer bei einer absichtlich oder durch grobe Pflichtvernachlässigung herbeigeführten Schädigung sofort entlassen werden kann. Dies verstösst gegen Art. 352 ff. OR. Die Voraussetzungen zum Rücktritt aus wichtigen Gründen sind in Art. 352 abschliessend geregelt und der zivilrichterlichen Kognition anheimgestellt, wie auch die Folgen des Rücktrittes im OR abschliessend geordnet sind, sodass kantonales Recht hier als unzulässig bezeichnet werden muss, ganz abgesehen von der Frage nach einem hinreichenden allgemeinen Interesse des Kantons an einer Regelung unter öffentlichrechtlichem Gesichtspunkte.[144])

Weiter finden sich im kantonalen Arbeitnehmerschutzrecht Vorschriften, dass für bestimmte Betriebe eine Ar-

[144]) Vgl. hiezu auch VAS 1 S. 514, ferner auch BGE 51 I S. 423 ff., wonach es einen unzulässigen Einbruch in das eidg. Zivilrecht bedeutet, wenn ein Kanton Verkehrsbewilligungen für Fahrzeuge nur erteilt, wenn die Verpflichtung übernommen wird, für Motorfahrzeugunfälle Schadenersatz in einem über OR Art. 41 ff. hinausgehenden Umfange zu leisten.

beitsordnung aufzustellen sei[145]). Ein Beispiel hiefür (gleichzeitig auch für eine klare Abgrenzung zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht) gibt das Glarner Gesetz über Arbeiterschutz vom 6. Mai 1923. Dieses Gesetz, das für die nicht den Bundesgesetzen unterstehenden Betriebe gilt, bestimmt in § 3: „Die Militär- und Polizeidirektion ist berechtigt, den Inhabern solcher Betriebe, welche wenigstens 10 Arbeiter beschäftigen, eine Arbeitsordnung vorzuschreiben, welche Bestimmungen des öffentlichen Rechtes aufstellt. Diese ist im Arbeitslokal oder auf dem Arbeitsplatz anzuschlagen. Jede Arbeitsordnung unterliegt der Genehmigung des Regierungsrates". § 4: „Das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern richtet sich ausschliesslich nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes". Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, dass diese Arbeitsordnung öffentlichrechtlichen Charakter hat.

Die Berechtigung eines Kantons zu solchen Vorschriften ist m. E. zu bejahen. Abgesehen von Arbeitnehmerschutzinteressen kommen dabei noch allgemeine Interessen anderer Art, z. B. feuerpolizeiliche Gesichtspunkte, das Interesse an der Sicherheit der Umgebung in Betracht. Mit dem OR ist eine solche Bestimmung nicht im Widerspruch. Möglich ist, dass eine solche Arbeitsordnung zugleich, wenn sich ein dahingehender Wille der Parteien ergibt, auch als vertraglich vereinbarte Arbeitsordnung Wirkung bekommt im Sinne von Art. 321 OR, welcher verlangt, dass eine obligationenrechtliche Arbeitsordnung schriftlich aufgesetzt und dem Arbeitnehmer vor seiner Anstellung zur Kenntnis gebracht worden ist[146]). Mit der Zulassung des vom kantonalen Recht geforderten Erlasses einer Arbeitsordnung ist natürlich über die Statthaftigkeit einzelner Bestimmungen wegen ihres Verhältnisses zum Dienstvertragsrecht nichts

---

[145]) Vgl die Angaben in VAS 1 S. 537/8.

[146]) Betr. nachträgliche stillschweigende Annahme, vgl. Oser-Schönenberger, Art. 321 N. 10.

gesagt. Diese Frage ist für jede Bestimmung einer Arbeitsordnung gesondert zu prüfen.

Fast in allen kantonalen Gesetzen finden sich schliesslich Bestimmungen über Betriebs- oder Gefahrenschutz, wobei es sich zum Teil um blosse Wiederholungen der Bestimmung von Art. 339 OR, zum Teil aber um öffentlichrechtliche Verpflichtungen handelt, deren Innehaltung behördlich kontrolliert wird und deren Verletzung unter Strafe gestellt ist. Sie sind zulässig. Art. 339 gibt ohnehin nur eine allgemeine Norm, welche für den einzelnen Fall näherer Präzisierung bedarf. Die Aufstellung kantonaler Bestimmungen ist nicht bloss unter dem Gesichtspunkt des blossen Arbeiterschutzes begründet, sondern regelmässig auch aus dem Interesse der Allgemeinheit oder der nähern Umgebung an der Gefahrlosstellung der Betriebe und an der Sicherheit unter bau-, feuer- oder gesundheitspolizeilicher Hinsicht. Solche Bestimmungen haben, genau wie die öffentlichrechtlichen Bestimmungen über Gefahrenschutz nach Fabrikgesetz, die Bedeutung von Rechtsschutznormen, deren Verletzung Schadenersatzpflichten nach Art. 41 ff. OR auslöst. Dagegen kommt ihnen nicht die Bedeutung von dienstvertraglichen Verpflichtungen zu, weil sich diese nach Art. 339 OR richten. Indirekt allerdings kann der Zivilrichter bei Feststellung dessen, was der Arbeitgeber billigerweise an Schutzmassregeln gemäss Art. 339 OR vorzukehren hat, auf solche Bestimmungen abstellen, weil sie regelmässig nur Ausdruck dessen sind, was an bestimmten Orten, in bestimmten Verhältnissen als angemessen und zumutbar betrachtet wird. Sie können also zur Erläuterung der zivilrechtlichen Bestimmung des Art. 339 OR dienen, weil diese sich auf eine allgemeine Klausel beschränkt und anzunehmen ist, dass diese allgemein umschriebene Schutzpflicht mindestens den gleichen Umfang haben soll wie die spezielleren kantonalrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften.