

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	55 (1936)
<b>Artikel:</b>	Beiträge der Schweiz zum Arbeitsrecht
<b>Autor:</b>	Silberschmidt, W.
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895712">https://doi.org/10.5169/seals-895712</a>

### 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:** 30.01.2026

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

## **Beiträge der Schweiz zum Arbeitsrecht.**

Vom Geheimen Rat Dr. W. Silberschmidt,  
Rat am Bayr. Obersten Landesgericht i. R., München.

---

Es kann wohl nicht bezweifelt werden, dass nach dem Weltkriege Deutschland die Führung im Arbeitsrecht an sich gerissen hat. Zwar war es schon vorher durch die Einführung der sozialen Versicherung und der Arbeitsschutzgesetze Vorbild für eine Reihe anderer Länder geworden. Nach dem Kriege aber begann, insbesondere nach dem Erscheinen von Kaskels Buch „Das neue Arbeitsrecht“, 1920, in Deutschland eine Entwicklung, die sich die Pflege des Rechts der Arbeit als Sonderwissenschaft zum Ziele setzte und die man in ihren zunächst noch wenig beachteten Anfängen bis auf das Erscheinen von Endemanns Buch über „Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht“, 1896<sup>1</sup>), zurückverfolgen kann, dem das grosse Werk Philipp Lotmars, Professors in Bern, „Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches“ (Bd. I 1902, Bd. II 1908)<sup>2</sup>), folgte. Bis dahin hatte man den Arbeitsvertrag in Deutschland nach dem gemeinen Recht im Rahmen des Dienstvertrages behandelt, ähnlich wie in Frankreich, etwa vom Jahre 1895 ab, in dem das Werk von Hubert-Valleroux, *Le contrat de travail*, erschien (ebenso 1895 die von Pascaud, Stocquart und 1897 von Didion mit gleichem Titel), vom *contrat de travail* gesprochen wird, bis dahin aber von Aduet, Armirail, Vidry, Dortsopoulos, Labourel<sup>3</sup>) „Louage de services“ als Titel für die

---

<sup>1)</sup> Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht Bd. I (1926) S. 36 f., 39.

<sup>2)</sup> Ebenda S. 39.

<sup>3)</sup> Ebenda S. 41.

Thesen gewählt worden war. Während sich besonders nach Erscheinen des Entwurfes eines „Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes“<sup>4)</sup> in Deutschland das Arbeitsrecht immer mehr als selbständiges Sonderlehrfach vom Rechte des BGB und dem allgemeinen Privatrecht loslöste, welche die neuere Entwicklung, insbesondere den Gesamtarbeitsvertrag, noch nicht berücksichtigt hatten, war im schweizerischen Obligationenrecht Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag schon geregelt, so dass die Behandlung des Arbeitsrechts in der Schweiz in viel weiterem Umfang wie in Deutschland innerhalb des allgemeinen bürgerlichen Rechts erfolgen konnte. Arbeiten wie die von Abt, Der Dienstvertrag<sup>5)</sup>, Birchmeier, Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweiz. OR<sup>6)</sup>, Hafner, Der gewerbliche Dienstvertrag<sup>7)</sup>, Schweingruber, Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis<sup>8)</sup>, würden an sich der deutschen Entwicklung vor Entstehung des neuen Arbeitsrechts entsprechen, nur dass eben das OR dieses neue Arbeitsrecht in sich aufgenommen hat. Daneben stehen aber Arbeiten wie die ausgezeichnete von Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht<sup>9)</sup>, Giezendanner, Die Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der AG.<sup>10)</sup>, Hug, Das Kündigungsrecht, 2 Bde, Zürcher Diss. 1926, besonders im allgemeinen Teil, und Hug, Grundfragen des Arbeitsrechts, Chur 1927, Hans Karrer, Eigenart und systematische Stellung des abhängigen Arbeitsverhältnisses im schweizerischen und deutschen Recht<sup>11)</sup>, Richard, Le contrat de travail en

---

<sup>4)</sup> (= EAAVG). Ebenda S. 59 f. Vgl. 28. Sonderheft z. RArBBl. 1924.

<sup>5)</sup> Basel 1923.

<sup>6)</sup> Zürcher Diss. 1926.

<sup>7)</sup> Z. f. S. R. N. F. Bd. 23 S. 306.

<sup>8)</sup> Z. des Bernischen Juristenvereins Bd. 68 H. 5/6 (1932).

<sup>9)</sup> Zürcher Diss. 1914.

<sup>10)</sup> Zürcher Diss. 1928.

<sup>11)</sup> Zürcher Diss. 1933

droit suisse<sup>12)</sup>), Richard, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail<sup>13)</sup>), Schönberger, Das Verhältnis des Arbeiterschutzrechts zum Dienstvertrag<sup>14)</sup>), Spörri, Der Einfluss der Betriebsstockung auf bestehende Arbeitsverträge (unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts)<sup>15)</sup>), Wyss, Das Recht auf Zuweisung von Arbeit im Arbeitsvertrag<sup>16)</sup>), die vollständig im Geiste des modernen Arbeitsrechts gehalten sind. Und schon im Jahre 1898 konnte die Zürcher Dissertation von Cesana-Geibel über „Die Terminologie des Arbeitsrechts“ handeln. Was nun die weitere Entwicklung des Arbeitsrechts in Deutschland betrifft, so können wir dem „neuen“ Arbeitsrecht ein „neueres“ und ein „neuestes“ gegenüberstellen. Das „neue“ Arbeitsrecht stand unter dem Einflusse der Umwälzung von 1918, vgl. etwa Görrig, Das Arbeitsrecht des neuen Deutschland, 1. Band, Das Recht des Arbeitnehmers, während der 2. Band, Das Recht des Arbeitgebers, sich schon mehr von diesen Einflüssen befreit. So hat denn das „neuere Arbeitsrecht“, wenn auch vielfach noch unter dem Einfluss der Gewerkschaften, gegen den aber auch andererseits mannigfach Widerspruch und Gegnerschaft sich erhob, einen gewissen Ausgleich in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre zu erreichen gesucht, in der Gesetzgebung mannigfach gehemmt durch die Parteidifferenzen, in der Rechtsprechung unter zum Teil schweren Kämpfen<sup>17)</sup> zwischen Reichsarbeitsgericht und seinen Instanzgerichten, während die Lehre in den abschliessenden und abgeschlossenen Werken von Kaskel-

<sup>12)</sup> Thèse Genève 1914.

<sup>13)</sup> Z. f. S. R. Bd. 52 (1933) S. 105a ff.

<sup>14)</sup> Ebenda Bd. 52 (1933).

<sup>15)</sup> Zürcher Diss. 1934.

<sup>16)</sup> Desgl. 1917.

<sup>17)</sup> Silberschmidt, Das Reichsarbeitsgericht und seine Instanzgerichte, Deutsche Richterztg. Jahrg. 25 (1931) S. 261 f. Kahn-Freund, Das soziale Ideal des RAG, 1931, dazu Silberschmidt in Krit. Vjschr. N. F. Bd. 26 (1933) S. 455—472.

Dersch und Hueck-Nipperdey, aber auch in den Forschungen von Jacobi, Sinzheimer, Potthoff, Richter und anderen einen sehr hohen Stand erreichte. Das „neuste Arbeitsrecht“<sup>18)</sup> musste demgegenüber neue Aufgaben stellen, vor allem aber diese neuen Ziele selbst durchführen: die Grundsätze des neuen, autoritären, einheitlichen Staates, Führer- und Rassegrundsatz, Errichtung der Arbeitsfront unter Auflösung aller Einzelverbände und Gestaltung der Betriebe mit Führer, Vertrauensräten und Gefolgschaft, mit Ehrengerichtsbarkeit und Überwachung durch Treuhänder der Arbeit, welche die Aufgaben der Tarifverträge zu übernehmen haben<sup>19)</sup>), endlich Durchführung des schon im „Neuen Arbeitsrecht“ aufgestellten Planes der Verbindung von Arbeits- und Wirtschaftsräten, Umgestaltung des früher freiwilligen Arbeitsdienstes in Pflichtarbeitsdienst, zugleich als Vorstufe der Wehrpflicht, usw. Das deutsche Arbeitsrecht steht jetzt mitten in der Durchführung dieser grossen Aufgaben, nach deren Erledigung auch die Systematik und Dogmatik neu ans Werk gehen muss. In dieser Zeit des Umbaus und Neubaus muss das deutsche Arbeitsrecht dankbar sein, wenn die Schweiz, die durch solche organisatorische Tätigkeit nicht berührt wird, einstweilen besonders tätig ist, die dogmatischen Untermauerungen weiterzuführen.

Prüfen wir diese Hilfen an einigen Grundbegriffen und beginnen wir mit dem für das Arbeitsrecht

I. wirklich grundlegenden Begriffe, der abhängigen Arbeit. Hier hat die zu Anm. 11 genannte Arbeit von Karrer von selbst eine neuerliche Prüfung nahegelegt. Wenn diese Arbeit und etwa die zu Anm. 15 genannte von Spörri, beide Zürcher Dissertationen, sich der Rechtsvergleichung bedienen, die eine das deutsche, die andere

---

<sup>18)</sup> Vgl. darüber Goerrig, Das neue deutsche Arbeitsrecht in Z. f. S. R. N. F. Bd. 53 H. 1.

<sup>19)</sup> Man vergleiche z. B. die 1933 unter meinem Referat entstandene Münchner Dissertation von Karl Jos. Woerle, Die Entlohnung unter Tarif, die heute grosser Veränderungen bedürfte.

in erster Linie das österreichische Recht zur Klarstellung heranziehend, so ist das kein Zufall und keine Laune der beiden Doktoren. Denn ihr gemeinsamer Lehrer Lautner, der Verfasser des ausgezeichneten, leider noch unvollendeten Werkes: „Geltendes und künftiges Angestelltenrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, I. Teil, Graz 1927“ ist aus dem österreichischen und deutschen Arbeitsrecht in das schweizerische gekommen. Freilich haben beide Arbeiten auch das eine gemeinsam, dass ihnen die Vergleichung mit dem „neusten“ deutschen Arbeitsrecht nicht gelungen ist, Karrer sagt es im Vorwort und Spörri im Nachwort. Und so rufen eigentlich beide Arbeiten nach einer Ergänzung von seiten des deutschen Arbeitsrechts.

1. Kehren wir damit wieder zu der Karrerschen Arbeit über „Eigenart und systematische Stellung des abhängigen Arbeitsverhältnisses im schweizerischen und deutschen Recht“ zurück, so musste zunächst der Begriff des abhängigen Arbeiters oder auch der abhängigen Arbeit festgestellt werden, während man wohl von den „Rechtsverhältnissen der abhängigen Arbeit“ sprechen, ein Rechtsverhältnis aber schon deshalb nicht abhängig nennen kann, weil in ihm auch die Beziehungen des Arbeitgebers enthalten sind und es sowenig „ein abhängiges Arbeitsverhältnis“ wie einen „abhängigen Arbeitgeber“ gibt. Das sollte man um so mehr beachten, wenn man richtig im § 2 vom „Arbeitsverhältnis in der Rechtssprache“ ausgeht. In der Tat gebraucht Karrer im Text der Arbeit meist nur die Bezeichnung „Arbeitsverhältnis“ und erörtert, wieweit es sich dabei um abhängige Arbeit handelt. Ehe wir an diese Frage und damit an die Begriffsbestimmung der abhängigen Arbeit herantreten, sei, nachdem wir zunächst im allgemeinen deutsches und schweizerisches Arbeitsrecht geschieden hatten, die Wirkung dieser Scheidung auf die besondere, uns hier beschäftigende, Frage gezeigt. Nachdem wir gesehen haben, dass im bürgerlichen Recht der Schweiz das Arbeitsrecht in der Hauptsache

im Dienstvertragsrecht aufgegangen ist<sup>20)</sup>, muss es als eine selbstverständliche Feststellung betrachtet werden, dass in der Schweiz der Rechtsbegriff des Arbeitsrechts, wenn auch nicht „nur“, so doch hauptsächlich im Arbeitsverwaltungs- und Arbeitsvölkerrecht eine Rolle spielt<sup>21)</sup>, in ersterer Beziehung nicht nur in dem früheren Arbeitsamt, welches „die Geschäfte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und des Arbeitsverhältnisses vorzubereiten und zu behandeln“ hatte, sondern vor allem auf dem Gebiete der Sozialversicherung und auf dem volkswirtschaftlichen Gebiete der in der Schweiz seit langem vorbildlichen Fabrikgesetzgebung. Diese Dreiteilung zeigt auch das ausgezeichnete Quellenwerk, das im Auftrage des Bundesrats vom eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement 1925 herausgegeben wurde: „Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz“ in seinem Titel. Aber einen weiteren tiefgehenden Unterschied zwischen dem deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht, der, wie wir sehen werden, selbst auf die Begriffsbestimmung einwirkt, berührt Karrer, wenn er gerade die Heranziehung des deutschen Rechts damit begründet, dass die bisherigen Haupt-Anreger und später auch häufig Hauptträger der Sozialpolitik, die sozialistischen und kommunistischen Parteien, international eingestellt gewesen seien, weshalb Sozialpolitik und Arbeitsrecht der europäischen Länder starke gemeinsame Züge trügen. „Vor allem war aber in den letzten dreissig Jahren der grosse Gestalter auf diesem Gebiete Deutschland, von wo auch die schweizerische Sozialdemokratie entscheidende Anregungen empfangen hat.“ Demgegenüber dürfen für Deutschland die ausschlaggebenden Verdienste des „Vereins für Sozialpolitik“, der sog. Kathedersozialisten, um die Inangriff-

<sup>20)</sup> Schönenberger, Das Verhältnis des Arbeitnehmer-schutzrechts zum Dienstvertrag; Richard, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, Z. f. S. R. N. F. Bd. 52 (1933) S. 2a, 108a.

<sup>21)</sup> Karrer a. a. O.

nahme der Sozialpolitik, des Kaisers Wilhelm I. um die Begründung der Sozialversicherung und des Kaisers Wilhelm II. um die Einführung des Arbeitsschutzrechts, gemeinsam mit der Schweiz, nicht vergessen werden, während nicht unerheblichen Teilen des Sozialismus diese „Beruhigungspillen“ für den Arbeiter nicht immer willkommen waren. Auf die Kämpfe im deutschen Arbeitsrecht, mit dem Einfluss der Gewerkschaften, wurde bereits hingewiesen. Gerade für den Begriff der abhängigen Arbeit werden wir sehen, dass der gewerkschaftliche Einfluss die Wohltat des Arbeitsrechts nur den organisierten Arbeitern und Angestellten zukommen lassen wollte und gegen eine objektive Bestimmung und damit Ausdehnung des Begriffs der abhängigen Arbeit eintrat<sup>22)</sup>. Im „neuesten deutschen Arbeitsrecht“ ist selbstverständlich jeder Einfluss des Marxismus verschwunden. Wenn wir aber auch bei Karrer von dieser Frage völlig absehen und zu einer objektiven Würdigung seiner Arbeit übergehen, so vermissen wir bei ihm die einfache Zurückführung des Rechtsbegriffs Arbeitsrecht auf den tatsächlichen Begriff Arbeit, die für Karrer aus der ihm bekannten Arbeit von Lutz Richter<sup>23)</sup> hätte entnommen werden können. In der neusten Zeit erklärt Klotz<sup>24)</sup>, dass „die Arbeit als solche im Kern des ganzen Arbeitsverhältnisses steht“. — „Nicht Vertrag über Arbeit, sondern Arbeit selbst muss Rechtsgrundlage sein.“ Statt dessen geht Karrer

<sup>22)</sup> Potthoff in seinem Arbeitsrecht Jahrg. 1927 Sp. 179 f., 1930 Sp. 125; dagegen Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht, 2. Band (1929) S. 12 f., und „Das Arbeitsrecht auf Grund der Lehre vom Arbeitnehmer und von der arbeitnehmerähnlichen Person“, in NZfArbR. 1932 Sp. 401 f., 416.

<sup>23)</sup> Arbeitsrecht als Rechtsbegriff (Schriften d. Instit. f. Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig), 1923, und meine dortselbst S. 20 Anm. 31 angeführten Arbeiten, insbesondere die Arbeit als Gegenstand des Arbeitsrechts, RArbBl. N. A. T. 1921 S. 704 f., wo ich schon die Arbeit als physikalische Kraft behandelte.

<sup>24)</sup> Grundformen werdenden Arbeitsrechts, in Deutsches Arbeitsrecht 1935 S. 226 f., 229.

2. vom Arbeitsverhältnis aus, das er sofort durch den Begriff des Betriebes vervielfältigt. Arbeitsverhältnis oder der gewöhnlich als Betrieb bezeichnete Inbegriff von Arbeitsverhältnissen ist für ihn — nach Klotz<sup>25)</sup> ist der Betrieb „für ein Recht der Arbeit“ nicht der Inbegriff sachlicher und persönlicher Mittel zur Erreichung eines Zwecks, sondern „Lebensraum und Lebensquelle“ — einmal derjenige Grundtatbestand, auf welchen sich unmittelbar oder zum mindesten mittelbar alle Rechtssätze des Arbeitsrechts beziehen, und dann auch derjenige Inbegriff von Rechtsfolgen, von dem aus jede einzelne Vorschrift erst verständlich und sinnvoll wird<sup>26)</sup>). So entfernt sich Karrer, immer weiter in Allgemeinheiten ausschweifend, immer mehr von dem Grundtatbestand Arbeit, insbesondere wenn er

a) in § 3, „Das Arbeitsverhältnis als Rechtstatbestand“<sup>27)</sup>, in zwei „Hauptgedanken“ die Rechtssätze zusammenstellt, welche das Arbeitsverhältnis leiten, einmal „die Belastung des Arbeitgebers mit den Beanspruchungen und Schäden, die es für Dritte mit sich bringt“ und dann „der Schutz und die Förderung des Arbeitnehmers auf Kosten des Arbeitgebers“. Vorzüglich in Deutschland sei man weiter fortgeschritten. Zunächst hätten die Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vielfach die Aufgaben des Staates übernommen und auf kollektivem Boden die Gleichheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern wiederhergestellt, insbesondere durch Tarifvertrags-, Betriebsrätegesetz und die Vorschriften über die Bildung des vorläufigen<sup>28)</sup> Reichswirtschaftsrats, Mittel, die durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 30. Januar 1934, freilich nicht so

<sup>25)</sup> Ebenda S. 230.

<sup>26)</sup> Karrer a. a. O. S. 25.

<sup>27)</sup> Ebenda S. 7.

<sup>28)</sup> Gerade jetzt ist er in endgültige Arbeits- und Wirtschaftsräte umgewandelt worden, durch Vereinbarung von Arbeits- und Wirtschaftsminister, mit Genehmigung des Führers und Reichskanzlers.

ganz, wie Karrer glaubt, aufgehoben worden seien. Dagegen versteht er die heutige Entwicklung gut, wenn er sagt, während bisher der Arbeitnehmer nur (?) als Betriebsangehöriger oder als vermögensloser Proletarier betrachtet worden sei, müsse der Arbeitnehmer, auf den die neuen Rechte und Pflichten zugeschnitten seien, „getragen sein von einer sich als Einheit erlebenden, geistig geformten und in Machtorganisationen ausgegliederten Volksschicht“. Man wird vielleicht sagen können, dass dieses „neueste Arbeitsrecht“ durch eine immer gesteigerte Ausbildung des Gedankens der Betriebsgemeinschaft<sup>29)</sup> den Gegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuheben und eine innere Einheit in der Betriebsgemeinschaft herzustellen bestrebt ist, hinter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ganz zurücktreten sollen. Wenn Potthoff versucht hat, diese Einheit durch die eigene Rechtspersönlichkeit des Betriebs, auch gegen den Arbeitgeber, herzustellen<sup>30)</sup> und wenn ich das gleiche Ziel durch Vergesellschaftung des Betriebs erreichen wollte<sup>31)</sup>, und wenn Göppert beides vom idealen Standpunkt aus unterstützte, aber ein Scheitern an der Realität der geldlichen Behandlung voraussagte<sup>32)</sup>, so hofft man jetzt, durch Einigkeit zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft sowie innerhalb der Arbeitsfront alles Trennende ausscheiden zu können.

<sup>29)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 36 und das in A. 2 angegebene Schrifttum; Silberschmidt, Die Betriebsgemeinschaft und ihre rechtliche Grundlage, in der Leipz. Z. 1930 S. 409 f., und „Das Reichsgericht und der Begriff des Sozialen“, in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“, Bd. 2 (1929) S. 1 f., sowie Artikel „Arbeitsgemeinschaft, rechtlich“, in Giese, Hdb. d. Arbeitsrechts, Bd. 1 S. 347 f., und „Die Schicksalsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“, Jur. Wochenschr. 1932 S. 1239 f.

<sup>30)</sup> RArbBl. N. A. T. 1925 S. 165.

<sup>31)</sup> Ebenda S. 84 f., 290.

<sup>32)</sup> Ebenda S. 290.

b) Erst nach solchen Untersuchungen geht Karrer dazu über, das „Arbeitsverhältnis als Rechtsfolge eines Arbeitsvertrages“<sup>33)</sup> zu behandeln, wobei er davon ausgeht, grundsätzlich sei für das Arbeitsverhältnis die Rechtsform, heute der schuldrechtliche Vertrag, geboten, und für diesen habe die neue Arbeitsrechtslehre den Typus des „abhängigen Arbeitsvertrages“ geschaffen<sup>34)</sup>). Dagegen ist auch hier zu sagen, dass die Arbeit, von der bei der Frage der abhängigen Arbeit stets auszugehen ist, im Verlaufe der modernen Entwicklung, insbesondere seit Erfindung der Dampfmaschine und Durchführung eingehender Arbeitsteilung, abhängige Arbeit geworden, nicht als solche, als Typus, von der Theorie geschaffen worden ist, soweinig wie etwa früher die Sklaverei. Auch dass grundsätzlich für das Arbeitsverhältnis der schuldrechtliche Vertrag geboten und Voraussetzung sei, ist keineswegs unbestritten. „Wie<sup>35)</sup> ein dingliches Rechtsgeschäft vorgenommen werden kann, ohne dass ein Verpflichtungsverhältnis ihm zugrunde liegt, so ist auch das Beschäftigungsverhältnis<sup>36)</sup>, bzw. Arbeitsverhältnis möglich sowohl in Erfüllung eines Arbeitsvertrages als auch ohne vertragliche Grundlage.“ Auch im letzteren Falle lässt das RAG den Lohnanspruch nicht etwa auf Grund eines stillschweigenden Vertrages, sondern auf Grund der Tatsache entstehen, dass Arbeit geleistet worden ist<sup>37)</sup>), wie eine Reihe von gesetzlichen und tarifvertraglichen Bestimmungen nur an diese Tatsache anknüpft<sup>38)</sup>): „Die wichtigsten Teile (des Arbeitsrechts), wie Sozialversicherung, Arbeitsschutz, Lohnsteuer-

---

<sup>33)</sup> S. 19.

<sup>34)</sup> Ebenda S. 20.

<sup>35)</sup> Klotz a. a. O. S. 228.

<sup>36)</sup> Vgl. dazu Kausen, Molitor, Dersch und Potthoff in NZfArbR 1931 Sp. 145 f., 155 f., 283; Silberschmidt, ebenda 1932 Sp. 405.

<sup>37)</sup> Ebenda Sp. 405; Klotz a. a. O. S. 228; Richard I. c. p. 109a.

<sup>38)</sup> Potthoffs Handbuch, Das deutsche Arbeitsrecht, 1935, S. 12, 51, 52.

abzug, Arbeitsgerichtsbarkeit, Betriebsverfassung, Tarifordnung, gelten für alle Beschäftigungsverhältnisse.“

c) Nun erst gelangen wir zum Begriffe, wieder nicht der abhängigen Arbeit, wohl aber des „abhängigen Arbeitsvertrages“, richtig des Vertrages über abhängige Arbeit, wenn Karrer<sup>39)</sup> nach einer geschichtlichen<sup>40)</sup> Einleitung versucht, den Arbeitsvertrag in das System des heutigen Rechts einzureihen. Bei dieser Gelegenheit schildert er nach Marx und Brentano<sup>41)</sup> die ungünstige Lage des Proletariers, der seine leichtverderbliche Ware Arbeitskraft loszuschlagen gezwungen ist. Abgesehen davon, dass der Ausgangspunkt vom Proletarier einseitig und der von Karrer betonte Gegensatz, ob Kauf, Tausch oder Miete der Arbeitskraft vorliegt, nicht von grosser Bedeutung ist, da nach dem Vorgetragenen die Leistung der Arbeit an sich ursächlich für den Lohnanspruch ist, liegt solche Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts überall da vor, wo jemand seine Arbeitskraft persönlich, im Gegensatze zum Unternehmer, der nur für den Erfolg einsteht, fremdem Willen durch irgendeinen Unterwerfungsvertrag unterstellt<sup>42)</sup>. Mit Recht tadelt Klotz<sup>43)</sup> die liberalistische Fiktion des freien Arbeitsvertrages, weil sie „nicht die Arbeit des Menschen im Auge hatte, sondern die marktmässigen Beziehungen zwischen zwei einzelnen Geschäftsleuten“ =Unternehmern. Und wenn Karrer<sup>44)</sup> glaubt, die Sachen müssten wir mit unserem Willen beleben, die Arbeitskraft aber sei etwas Vernünftiges, weil die ihrem Träger innwohnende Vernunft ihn befähige, das von uns erstrebte Ziel wie sein

---

<sup>39)</sup> S. 20.

<sup>40)</sup> Vgl. jetzt sehr gut Wilhelm Ebel, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, 1934.

<sup>41)</sup> So auch noch dessen Schüler Wehrle, Der Warencharakter der Arbeit, 1925; dagegen Besprechung Silberschmidts in der Krit. Vjschr. 3. Folge Bd. 23 S. 5 f.

<sup>42)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 8, Bd. II S. 1 f. und in NZfArbR. a. a. O. S. 415.

<sup>43)</sup> A. a. O. S. 229.

<sup>44)</sup> S. 29.

eigenes zu verfolgen, die Sache diene uns durch ihre Gebundenheit, der Mensch durch seine Freiheit, zu der nur die Leitung des Arbeitgebers, laufende und nachträgliche Kontrolle, helfend hinzutrete, so ist das gerade für die abhängige Arbeit nicht zutreffend, bei welcher, wie an sich bei jeder Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts, d. h. der Arbeitnehmer und der arbeitnehmerähnlichen Personen, die den neuen einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers ausfüllen<sup>46)</sup>), der Arbeiter seinen freien Willen dem des Arbeitgebers unterwirft, weshalb man auch nicht sagen kann, dass es sich dabei um einen „von der Sachleistung grundverschiedenen Tauschgegenstand“<sup>45)</sup> handle, wobei der Gedanke des Tauschvertrags immer wieder zum Ausdruck kommt. So leitet, in merkwürdigem Gegensatz, zu

d) § 5 „Das Arbeitsverhältnis im System der Arbeitsverträge des Privatrechts“ der Satz<sup>47)</sup> über: „Das System der Arbeitsverträge ist noch heute, obwohl stets stillschweigend vorausgesetzt, noch nicht gefunden“, wenn freilich gerade das neue OR, 394 II, in sehr dankenswerter Weise einen „allgemeinen, subsidiären Arbeitsvertragstypus, den Auftrag“, geschaffen hat. Wenn sodann die alten Einteilungen: Dienstvertrag — Werkvertrag — Auftrag (Geschäftsbesorgung)<sup>48)</sup>, selbständige und unselbständige Arbeit<sup>49)</sup>, besprochen werden, so tritt bei diesen Erörterungen der Elementarsatz, dass jede Unternehmerarbeit aus dem Gebiete des Arbeitsrechts herausfällt, viel zu sehr zurück<sup>50)</sup>. Diesem untersteht z. B. nur der Dienstvertrags-, nicht der Werkvertragsakkord<sup>51)</sup>). Sehr schwierig ist im schweizerischen Recht die Abgrenzung des Auftrags, und

---

<sup>45)</sup> Ebenda.

<sup>46)</sup> Silberschmidt in NZfArbR. a. a. O. Sp. 415, 416.

Vgl. Richard l. c. p. 108a.

<sup>47)</sup> Ebenda S. 30.

<sup>48)</sup> S. 31 f., 36.

<sup>49)</sup> S. 38.

<sup>50)</sup> Vgl. z. B. S. 35.

<sup>51)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 325 f.

auch Karrer ist sie nicht gelungen. Wenn Karrer bei der Unterscheidung zwischen dem Handlungsgehilfen und dem Handlungsagenten<sup>52)</sup> sagt: „Hier ist also das Merkmal der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit ausdrücklich für die Abgrenzung zweier gesetzlicher Arbeitsverhältnisse verwendet“, so ist dagegen zu sagen<sup>53)</sup>: Ist derjenige, dem der Arbeitsauftrag zuteil wird, selbst Unternehmer, insbesondere selbständiger Kaufmann, ist der Auftrag nicht ein solcher auf Leistung persönlicher Kraft, sondern ein Auftrag an das Unternehmen, der kraft der Organisationsmöglichkeit des Unternehmers weitergegeben und vom Dritten erfüllt werden kann, dessen Gefahr aber den Empfänger des Auftrags trifft, dann haben wir es nicht mehr mit einem Arbeitnehmer zu tun. „Ein Arbeitsverhältnis liegt . . . dann vor, wenn unter wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit des Arbeitenden von seinem Dienstherrn (Über- und Unterordnungsverhältnis) Arbeit gegen Entgelt in einem persönlichen Verhältnis gegenseitiger Verantwortung geleistet wird.“<sup>54)</sup> Wenn im schweizerischen Recht der Dienstvertrag begriffsnotwendig Dauerverhältnis ist<sup>55)</sup>, so habe ich von Anfang an darauf hingewiesen<sup>56)</sup>, dass das Arbeitsverhältnis je nachdem Gegen-

<sup>52)</sup> Vgl. ebenda Bd. II S. 66; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I 3.—5. (1931) S. 42.

<sup>53)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. 2 S. 66; dazu Silberschmidt, Die abhängige Arbeit im Licht der neusten Forschung und „Begriff des Arbeitnehmers“, je in Leipz. Zeitschr. Bd. 1927 S. 286 f., 300 und 1928 S. 1505 f., 1520 f., dazu NZfArbR. a. a. O. S. 413 und die dort in A. 73 angeführte Abhandlung von Dorn, Die Versicherungsgeneralagenten und das neue Arbeitsrecht, Z. f. d. g. VW. Bd. 22 (1922) S. 196 f.; dagegen Silberschmidt, Versicherungsrecht und Arbeitsrecht, ebenda Bd. 23 (1923) S. 29 f.

<sup>54)</sup> Klotz a. a. O. S. 230; für persönliche (betriebliche) und wirtschaftliche Abhängigkeit vgl. Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 5 f., 13 f., 18 f., 21 f., 27 f.

<sup>55)</sup> Karrer a. a. O. S. 44.

<sup>56)</sup> Arbeitsrecht Bd. I S. 12 f., schon vorher „Neues Schrifttum zur Theorie des Arbeitsrechtes“ und „Begriffsbestimmung

stand eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Dauer-verhältnisses ist, und zwar als Gattung wie in seinen einzelnen Arten, Zeitlohnvertrag und Akkordvertrag, sein kann. Bei der

e) hier einsetzenden Kritik Karrers an dem, insbesondere schweizerischen, „System der Arbeitsverträge“<sup>57)</sup> scheidet er nicht genügend zwischen abhängiger und unabhängiger Arbeit, behandelt die Arbeit des praktischen Arztes, die wohl auf Grund eines Dienstvertrages erfolgen kann, auch als Gegenstand eines Arbeitsvertrages, allerdings nach dem Vorgange Lotmars, der auch den Lehrling als Arbeitgeber des Lehrherrn auffasst<sup>58)</sup>). Heilmittel ist nicht der Gedanke Rümelins<sup>59)</sup>), Dienstvertrag und Werkvertrag gegenseitig auszugleichen, der für Karrer bestechend ist, sondern die Scheidung zwischen dem Werkvertrag der Unabhängigen und dem Dienstvertragsakkord der Abhängigen<sup>60)</sup>). Damit geht Karrer

3. in systematisch nicht ganz übersichtlicher Weise zur „Besprechung des Tatbestandes des Arbeitsverhältnisses“ über, und zwar zunächst

a) „des Ergebnisses der bisherigen Lehre und Rechtsprechung im Sozialrecht und bürgerlichen Recht“<sup>61)</sup>. Zuerst ertönt die auch in Deutschland von Peter Dihm<sup>62)</sup> angestimmte Klage, dass das Wort Arbeit vieldeutig und deshalb wissenschaftlich unverwendbar sei, so dass

---

des Arbeitsvertrages“, je im Jahrb. d. ArbR. Bd. 8 (1921) S. 43 f. und Bd. 6 (1919) S. 70 f.

<sup>57)</sup> S. 42 f.

<sup>58)</sup> Der Arbeitsvertrag Bd. I (1902) S. 79; vgl. Trachsel, Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gemeinem Recht und neueren Gesetzen, 98. Heft der Abhandl. z. schweiz. Recht 1923.

<sup>59)</sup> Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.

<sup>60)</sup> Rücker, Der Unterschied zwischen dem Dienstvertrag in Akkordform und dem Werkvertrag, Breslauer Diss. 1919; Silberschmidt, Arbeitsrecht Bd. I S. 325.

<sup>61)</sup> S. 51 f.

<sup>62)</sup> Eine neue Auffassung vom Arbeitsrecht, 1931, S. 18; dagegen meine Besprechung in Krit. Vjschr. Bd. XXV S. 332f., 342.

es der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben müsse, den vom Gesetzgeber „aus der Umgangssprache erborgten“, richtiger: dem Leben entnommenen, Tatbestand erst zu erarbeiten, was natürlich stets Pflicht der Rechtslehre und Rechtsanwendung ist. Dass dabei z. B. im bürgerlichen Recht für den gleichen Begriff Arbeit andere Voraussetzungen und Folgerungen gegeben sein können als im öffentlichen, z. B. Straf- oder Steuer-Recht, ist ebenso natürlich<sup>63)</sup>, und dass das öffentliche Recht das Beschäftigungsverhältnis ohne Rücksicht auf ein bestehendes Vertragsverhältnis erfasst, haben wir auch schon gehört<sup>64)</sup>. Entscheidend ist eben der jeweilige Zweck der Bestimmung, so dass z. B. die Zwangsversicherung nur an ein bestehendes wirkliches Arbeitsverhältnis, ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung, anschliesst, während das Steuerrecht unabhängige und abhängige Arbeit, und zwar in verschiedenem Mass ergreifen wird. Aber gerade die Untersuchung Karrers zeigt uns<sup>65)</sup>, wie z. B. die deutsche, die französische und die schweizerische Sozialversicherung übereinstimmend an die persönliche und die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers anknüpft. Ja „die Formel von der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit hat weit über das Sozialversicherungsgesetz hinaus eine fast herrschende Stellung sowohl auf den älteren wie auf den neueren Gebieten des Sozialrechts und auch bis in das Handelsrecht hinein erlangt“<sup>66)</sup>. Trotzdem glaubt Karrer<sup>67)</sup> Schwierigkeiten zu sehen. Gewiss ist es keine, dass zur richtigen Unterscheidung von abhängiger und unabhängiger Arbeit, also z. B. des Agenten vom Handlungsgehilfen, oft eine grosse Anzahl von Punkten geprüft werden muss<sup>68)</sup>.

<sup>63)</sup> Vgl. Silberschmidt, Los vom bürgerlichen Recht! in der Öst. RichterZ. 1926 S. 156.

<sup>64)</sup> Vgl. oben zu Anm. 36.

<sup>65)</sup> S. 56 f.

<sup>66)</sup> Ebenda S. 57.

<sup>67)</sup> S. 59.

<sup>68)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 43f., 47.

Noch weniger richtig ist es, dass das bürgerliche Recht „ein dem bisherigen grundsätzlich entgegengesetztes Verfahren verfolge“<sup>69)</sup>, wofür Karrer sich auf Lotmar bezieht, obwohl diesem gerade jetzt in diesem Punkte nahezu von allen Seiten entgegengetreten wird. „Lotmar hat zunächst das Gebiet des Arbeitsvertrags zu weit gespannt, indem er sich mit dem Namen des Vertrages begnügte und nicht fragte, ob stets Leistung von Arbeit durch Kraft zugesagt war.“<sup>70)</sup> Wenn er unmittelbar nach Einführung des BGB noch nicht den Blick dafür hatte, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer des heutigen Rechts regelmässig nicht auf dem Boden volliger Gleichheit verhandeln, so darf man deshalb nicht heute behaupten, das bürgerliche Recht stelle beide völlig gleich. Gerade die Vorschriften des BGB zugunsten des Dienstverpflichteten<sup>71)</sup>, der im Zweifel die Dienste *in Person*<sup>72)</sup> zu leisten hat, weisen auf das Recht der abhängigen Arbeit hin.

Wenn endlich die Auslegung des Art. 55 OR in der Schweiz an der Hand der französischen Praxis über die Haftung des préposé auf Grund seiner Befehlsgewalt erfolgt<sup>73)</sup>, so hat das mit unserer Frage sehr wenig zu tun. Soweit aber hier überhaupt ein Gegensatz zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht gesucht wird, so ist es gerade ein Verdienst des schweizerischen Schrifttums der neusten Zeit, wie wir unter III sehen werden, das Gegenteil dargetan zu haben. Von Karrer<sup>74)</sup> wird geltend gemacht, dass das öffentliche Recht den Faktor Abhängigkeit notwendig brauche, während er dem bürgerlichen Recht wesensfremd sei; auch das wird sich als irrig herausstellen. Dass das bürgerliche Recht den Gegensatz ebenso notwendig braucht, zeigen die Gegensätze

<sup>69)</sup> S. 60.

<sup>70)</sup> Silberschmidt, Deutsch. Arb.R., Bd. II S. 4, ferner im RArbBl. N. F. Bd. II (1922), N. A. T. S. 704.

<sup>71)</sup> §§ 612, 615—618.

<sup>72)</sup> § 613.

<sup>73)</sup> Karrer S. 62.

<sup>74)</sup> Ebenda.

zwischen dem Angestellten und dem Agenten<sup>75)</sup>, zwischen dem selbständigen, dem angestellten und dem arbeitnehmerähnlichen Handwerker, zwischen dem Hausgewerbetreibenden und dem Abhängigen in eigener Werkstatt, den einzelnen Lohnhandwerkern<sup>76)</sup>, zwischen Personen, die ihre Dienste der Allgemeinheit anbieten (Hausmetzger, Dienstmann, Fremdenführer usw.) und den doch abhängigen Teilen von ihnen<sup>77)</sup>). Damit sind wir bereits

f) bei Karrers Stellung zum Ergebnis der Arbeitsrechtslehre angelangt. Wenn er die Unentschiedenheit der herrschenden Lehre tadelt, die nur eine persönliche Abhängigkeit gelten lasse, und dann fortfährt: Kaum besser als dieses Verfahren der herrschenden Lehre ist das Silberschmidts, der zwar die wirtschaftliche Abhängigkeit in die Begriffsbestimmung aufnimmt, aber mit ihr dann nichts anzufangen weiss und in der Folge nur die betriebliche und sonstige persönliche Abhängigkeit erörtert, so brauche ich nur auf das zu e) a. E. Vorgetragene zu verweisen. Wenn ich den grossen Nachdruck auf die Frage der arbeitnehmerähnlichen Person<sup>78)</sup> lege und in dem Arbeitnehmer und ihr die wirklich abhängigen Arbeiter vereinige, so ist es die wirtschaftliche Abhängigkeit von wenigen, meist unter sich wieder verbundenen, Arbeitgebern, welche diesen Typus erst schafft. Dazu kommt, dass für mich der Arbeitnehmer im Gegensatz steht zum wirtschaftlichen Unternehmer und da endet, wo dieser beginnt, und dass ich ausdrücklich der betrüblichen Abhängigkeit, der ich den

<sup>75)</sup> Vgl. oben zu Anm. 67 und 68.

<sup>76)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 49—51.

<sup>77)</sup> Ebenda S. 52 f.

<sup>78)</sup> Ausser NZfArbR a. a. O. S. 40, „Arbeitnehmer-ähnliche Personen“ im ZBH. 1928 S. 43 f., „Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen“ in der LeipZ. 1928 S. 1505 f., vorher 1927 S. 280 f.; „Arbeitnehmerähnliche Personen“, NArbKartei vom 1. Februar und 1. März 1931 (6 Blätter); Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 50 f.; Schulte, Arbeitnehmerähnliche Personen im AGG, Bonner Rechtsw. Abhandlungen H. 11, 1930, Gros, Arbeitskartei Nr. 388.

Haushalt anreihe, die persönliche und wirtschaftliche gegenüberstelle, die betriebliche überwiegen lasse, während regelmässig unter die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit Gesellschafterinnen, Privatsekretäre, Vorleser usw. fallen können, „die ohne jede Beziehung zur Haushaltung, die fehlen kann, nur in persönlicher und allenfalls wirtschaftlicher Abhängigkeit stehen können“<sup>79)</sup>, ebenso die Störbeziehungen, die nur ausnahmsweise sich als betriebliche darstellen können<sup>80)</sup>. Die Hausgewerbetreibenden „haben die wirtschaftliche Abhängigkeit (arbeitnehmerähnlich!) mit den Lohnarbeitern, die persönliche Selbständigkeit mit den Gewerbetreibenden gemein“<sup>81)</sup>, ebenso die Zwischenmeister<sup>82)</sup>, das Lohnhandwerk, soweit es arbeitnehmerähnliche Personen darstellt<sup>83)</sup>, Stundenbuchhalter, Zeitschriftenausträger<sup>84)</sup>, Winzer, Bannwarte<sup>85)</sup>, Schreibstuben, Arbeitsstuben<sup>86)</sup> usw. je unter gleichen Bedingungen, ebenso die „verlagsmässigen Heimwerker“<sup>87)</sup>, und zum Schlusse habe ich der Betriebsgebundenheit gegenüber ausdrücklich noch einmal als wirtschaftlich abhängig die arbeitnehmerähnlichen Personen<sup>88)</sup> zusammengestellt. Die ganze Stellung des Arbeitnehmers ergab sich für mich als Folge der kapitalistischen Unternehmerstellung, „der wirtschaftliche Einfluss auf den Begriff der Abhängigkeit ist nicht auszuschliessen“<sup>89)</sup>. Erst das neueste Arbeitsrecht vereinigt in der Betriebsseinheit Arbeitgeber und Arbeitnehmer; ich habe bereits darauf hingewiesen, dass Deutschland gerade jetzt in

---

<sup>79)</sup> Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 55.

<sup>80)</sup> Ebenda.

<sup>81)</sup> Ebenda S. 49.

<sup>82)</sup> Ebenda S. 50.

<sup>83)</sup> Ebenda S. 51/2.

<sup>84)</sup> Ebenda S. 53.

<sup>85)</sup> Ebenda S. 54.

<sup>86)</sup> Ebenda.

<sup>87)</sup> Ebenda S. 58.

<sup>88)</sup> Ebenda S. 65.

<sup>89)</sup> Ebenda S. 67.

diesem Umbildungsprozess begriffen ist. Inzwischen habe ich bereits im allgemeinen die Beiträge der verhältnismässig unberührten Schweiz zum Arbeitsrecht begrüsst und begrüsse nun insbesondere Karrers weitausholende, gross angelegte, auf ungemein schätzenswerter Kenntnis nicht nur des Arbeitsrechts, sondern vor allem auch der Soziologie, beruhende Ausführungen, mit denen er

3. einen neuen Aufbau der arbeitsrechtlichen Theorie versucht. Wenn in verschiedenen, nicht unwesentlichen, Punkten Widerspruch zu erheben sein wird, so sind doch gerade diese Punkte für die Zukunft von Bedeutung, insbesondere aber für die soziologische Stellung des Arbeitsverhältnisses, die allerdings von der juristischen deutlicher abzuheben sein wird. Juristisch haben wir bisher schon die Bedenken Karrers über einen Zwiespalt des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts hinsichtlich des Faktors Abhängigkeit so wenig teilen können wie diejenigen innerhalb dieses Faktors: es besteht eine persönliche und betriebliche Abhängigkeit. Die deutsche Lehre<sup>90)</sup> ist von Lotmar ausgegangen, der nur das Abhängigkeitsverhältnis des § 825 BGB erklärt, es aus dem Direktionsrecht ableitet, aber zugibt, dass die Unterordnung auch ausserhalb des Arbeitsverhältnisses vorkommen und bei ihm fehlen könne. Demgegenüber hat dann das neue Arbeitsrecht, vor allem Potthoff, Sinzheimer und Kaskel, aber auch Herz<sup>91)</sup>, den Standpunkt vertreten, dass nur Arbeiter, Angestellte und Lehrlinge abhängige Arbeit leisten, der dann auch, allerdings unter Hinzufügung der arbeitnehmerähnlichen Personen, in die Gesetzgebung<sup>92)</sup> übergegangen ist. Engländer<sup>93)</sup> hat dann mit Recht die

---

<sup>90)</sup> Vgl. für das Folgende Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 21 f.

<sup>91)</sup> Jherings Jahrb. Bd. 74 (1924) S. 1 f., 24 f.

<sup>92)</sup> AGG 25 und EAAVG.

<sup>93)</sup> Die Angestellten-Erfindung nach geltendem Recht, 1925, S. 55; Lech tape, Die menschliche Arbeit als Objekt der wissenschaftlichen Sozialpolitik, 1929, S. 15, 40, 45. Vgl. Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 36 f.

Abhängigkeit in „mehrere verschiedenartige und auf verschiedene individuelle und sozialpsychologische Ursachen zurückgehende Abhängigkeiten“ aufgelöst, und wenn nun da und dort die betriebliche, die persönliche oder die gesellschaftliche mehr hervortritt, so kann man darin nicht ein Schwanken oder gar eine Unrichtigkeit der Theorie finden, so wenig es einen Unterschied ausmacht, wenn der eine vom Direktionsrecht des Arbeitgebers, der andere von der Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers ausgeht<sup>94)</sup>, der dritte darauf hinweist, dass der Arbeitsvertrag regelmässig diese Leitungsbefugnis voraussetzt<sup>95)</sup>), vor allem die Aufnahme in den Betrieb die Unterwerfung unter seine Bedingungen selbstverständlich erfordert: wie das schuldrechtliche Spezifikationsrecht aus dem Kaufvertrag, Werkvertrag usw., so wächst aus dem Arbeitsvertrag das Recht der Überwachung und Leitung, deren Notwendigkeit beim Tätigkeitsvertrag anders liegt wie beim Erfolgsvertrag. Wenn freilich Karrer glaubt<sup>96)</sup>, die Ergänzung des unbestimmt gebliebenen Vertragsinhalts könne ebenso folgerichtig für den Arbeitnehmer beansprucht werden und auch das eben genannte Spezifikationsrecht schaffe keine abhängige Arbeit, so zeigen gerade diese Beispiele den engen Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher und betrieblicher Abhängigkeit, die regelmässig im Kaufrecht fehlt, nicht ohne dass der z. B. grösseren Kredit in Anspruch nehmende Kunde ungünstigere Bedingungen erhielte, im Arbeits- und Betriebsrecht aber zur notwendigen Unterordnung des Arbeitnehmers führen muss; die günstigere Stellung der leitenden Angestellten, Prokuristen usw., die Karrer als Ausnahme ansieht<sup>97)</sup>, ist nur eine starke Bestätigung der Regel.

---

<sup>94)</sup> Karrer S. 64; Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 228 f., 244, Bd. II S. 26 f.

<sup>95)</sup> Karch, Die Leitungsbefugnis des Arbeitgebers, Münchener Diss. 1930 und Silberschmidt, N. Z. a. a. O. Sp. 405, 406.

<sup>96)</sup> S. 65.

<sup>97)</sup> S. 67.

Und wenn der Nachweis der Betriebseingliederung, wie oben<sup>98)</sup> derjenige der Arbeitnehmerschaft, manchmal nicht ganz einfach zu führen ist<sup>99)</sup>, so haben diese Beweisfragen mit der Begriffsbildung so wenig zu tun („das Wesen der Abhängigkeit aufzuklären und in mehr beschreibender Weise darzustellen“ habe ich im zweiten Teil des Arbeitsrechts versucht<sup>100)</sup>) wie die natürlich schon längst erfüllte<sup>101)</sup> Forderung, dass das Arbeitsrecht auch die Sozialversicherung zu umfassen hat und auf dem Begriffe des Sozialen aufzubauen ist<sup>101)</sup>; dem trägt aber gerade der Aufbau des Arbeitnehmerbegriffs auf dem Gegensatze zum Unternehmer Rechnung<sup>102)</sup>). Wenn daher vom Standpunkte des bisherigen Schrifttums aus ein Bedürfnis zu einer Neubearbeitung des „Wesens des Arbeitsverhältnisses“ nicht anzuerkennen ist, so wird es doch sehr lehrreich sein, die Gedankengänge des schweizerischen jungen Juristen nachzuprüfen.

Er geht von dem liberalistischen Begriff der Volksgemeinschaft als freier Markt sowie des Arbeitsverhältnisses als Tauschverhältnis aus<sup>103)</sup> und stellt ihm eine gegebene Rangordnung zwischen Arbeit-Geber und -Nehmer gegenüber entweder auf Grund des Vermögens und Einkommens (Marxismus) oder des Geldwerts der vermögensrechtlichen Verpflichtungen behufs Anteilnahme am Wirtschaftsleben (konservative Anschauung)<sup>104)</sup>. Aus ihr entsteht nach Karrer das Arbeitsverhältnis als Organisationsverhältnis, das Schuldverhältnis erhält eine personenrechtliche Seite durch einen ihm eingebauten, für die abhängige Arbeit

<sup>98)</sup> Vgl. oben zu Anm. 68.

<sup>99)</sup> Karrer S. 69.

<sup>100)</sup> Vgl. oben zu Anm. 74—89.

<sup>101)</sup> Vgl. meine Besprechung von Dersch-Kaskels Arbeitsrecht in der Krit. Vjschr. Bd. XXVI S. 426—431.

<sup>102)</sup> Vgl. meine schon wiederholt genannte Arbeit über „Der Begriff des Sozialen und das Reichsgericht“.

<sup>103)</sup> S. 71.

<sup>104)</sup> S. 73.

kennzeichnenden, Unterwerfungsvertrag<sup>105)</sup>) und wird einerseits insbesondere von Sinzheimer, als Gewaltverhältnis<sup>106)</sup>, andererseits als amtsähnliches Ordnungsverhältnis, insbesondere für den Betrieb, mit autonomen Satzungen, angesehen<sup>107)</sup>). Wenn das auch bisher schon gewürdigt wurde, so ist für das „neueste Arbeitsrecht“ bezeichnend die Lehre von der doppelten Natur der Arbeit: neben der Wirtschaftsordnung erhebt sich die Dienstordnung, in die jeder eingegliedert ist<sup>108)</sup>), nach Oswald Spengler „gross im Pathos des Dienens, in der Demut des Befehlens, nicht Rechte von andern, Pflichten für sichfordernd“<sup>109)</sup>).

Nun geht aber Karrer wieder einen Schritt zurück. Statt von dieser hohen Auffassung der Arbeit als Dienst aus ihre Bezeichnung und Geltung als Ware zurückzuweisen<sup>110)</sup>), glaubt er beide Gedankengänge dualistisch feststellen zu müssen<sup>111)</sup>), wie er schon die Arbeit im öffentlichen der im bürgerlichen Recht gegenüberstellte, statt den Arbeitsbegriff einheitlich aus beiden Rechten herauszuentwickeln und dem von ihm mit Recht gerühmten Beispiel Eugen Hubers zu folgen und sowohl den Individualismus wie den Kollektivismus als System zu verwerfen „zugunsten eines stets lebendigen, oszillierenden, nach einer Harmonie strebenden Gleichgewichts dieser Bestrebungen“<sup>112)</sup>). Gehen wir von einer teils betrieblichen, teils persönlichen, teils wirtschaftlichen Abhängigkeit der Arbeit aus, nachdem Arbeit zwischen Gleichstehenden ausserhalb des Gebietes der eigentlichen Arbeit liegt, so mag uns das Pathos des Dienens und „die Demut des Befehlens“ zur wirklichen Betriebseinheit führen.

---

<sup>105)</sup> S. 76 und Anm. 9.

<sup>106)</sup> Zu S. 77 und Anm. 15 vgl. aber Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 282.

<sup>107)</sup> S. 77.

<sup>108)</sup> S. 81.

<sup>109)</sup> S. 82.

<sup>110)</sup> Vgl. oben zu Anm. 41.

<sup>111)</sup> S. 85.

<sup>112)</sup> S. 87.

Statt dessen stellt Karrer der Thesis der Freiheit und Gleichheit die Antithesis der Abhängigkeit gegenüber mit staatlichem Schutz der Schwachen und Zugehörigkeit der Abhängigen zu einer besonderen Klasse, die im Sinne Max Webers soziologisch bestimmt wird<sup>113)</sup> und Karrer dazu führt, den meist verworfenen Standpunkt, das Arbeitsrecht sei Klassenrecht, während es das Recht der richtig verstandenen abhängigen Arbeit ist, wieder aufzunehmen. Die so in erster Linie betonte wirtschaftliche Unabhängigkeit wird wieder dualistisch bestimmt durch Vermögen und Beruf (Unternehmer), was für Deutschland und die Schweiz zu zeigen versucht wird<sup>114)</sup>, je mit dem Massstabe des Vermögens oder des Berufs für die Schutzbedürftigkeit, wobei umgekehrt, als Begrenzung der Belastung des Unternehmers, der Lotmarsche<sup>115)</sup> Satz verwendet wird<sup>116)</sup>, dass Werkverträge, die vom Arbeitgeber als Unternehmer geschäftsmässig geschlossen werden, dem Dienstvertragsrecht unterstehen, ein sehr richtiger und wichtiger Satz<sup>117)</sup>, der gerade dem Schutze der betrieblichen Abhängigkeit dient. Mag die schweizerische Sozialversicherung mehr auf dem Vermögen, die deutsche mehr auf dem Beruf aufgebaut sein, für die Bestimmung der abhängigen Arbeit ist das gleichgültig. Wenn daher Karrer den Begriff des Arbeitnehmers in These und Antithese hinsichtlich der Abhängigkeit je mit „nicht ausreichenden Mitteln“, bzw. „durch andere, nicht in der Stellung des Unternehmers geleistete entgeltliche Arbeit ohne Erreichung eines durchschnittlichen Erwerbseinkommens“ begründet<sup>118)</sup>, so lässt sich die wirtschaftliche Abhängigkeit wohl, wie wir schon betont haben<sup>119)</sup>,

---

<sup>113)</sup> S. 90.

<sup>114)</sup> S. 92/3.

<sup>115)</sup> A. a. O. Bd. II S. 896; Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 330.

<sup>116)</sup> S. 97.

<sup>117)</sup> Vgl. Anm. 115; vgl. Karrer S. 97/8.

<sup>118)</sup> S. 103/4.

<sup>119)</sup> Oben zu Anm. 93.

in einzelne Abhängigkeiten zerlegen, die aber zusammen die wirtschaftliche und mit andern Faktoren (Betrieb, persönliches Verhältnis) die Abhängigkeit überhaupt bilden. Eine ganz andere Frage ist es, an welche Faktoren bei den einzelnen Sparten der Sozialversicherung und der Fürsorge überhaupt in Deutschland und der Schweiz angeknüpft wird, welche Ereignisse den Versicherungsfall begründen usw.; in dieser Hinsicht bringt die Vergleichung Karrers vieles Treffende. Er erkennt hier auch an, dass diejenigen Begriffsbestimmungen, welche die Abhängigkeit des Arbeitnehmers in der blossen Gliedstellung in dem „Organismus des Unternehmens oder Betriebs“ erblicken, durchaus den richtigen Kern treffen<sup>120)</sup>). Und von diesem Standpunkt aus ist es zu begrüßen, dass Karrer auch in das Wesen der Unternehmung, welches den Blick für die Abhängigkeit schärft, einzudringen sucht und dabei die zwei Grundsätze der Universalität und der Souveränität betont<sup>121)</sup>), auf die wir hier nicht mehr eingehen können. Dass die Stellung des Unternehmers in der Volkswirtschaft nur ein Sonderfall eines allgemeinen gesellschaftlichen Tatbestands der Selbständigkeit der Lebensstellung überhaupt bildet, ist sicher richtig, aber sagt doch zu wenig, und Ähnliches gilt wohl für die Begriffsbestimmung<sup>122)</sup> des Selbständigen als desjenigen, der beruflich einen wegen seiner „Intensität, Irrationalität oder sozialen Gebundenheit besonderen Aufwand erfordernden gesellschaftlichen Bedarf durch universalen und souveränen Einsatz zu befriedigen unternimmt“, eine Begriffsbestimmung, die, abgesehen von der Fassung, für die Selbständigkeit zuviel, für die Unternehmertätigkeit zuwenig enthält, vor allem nicht ihr Wagnis<sup>123)</sup>). Aber viel wichtiger ist, dass Karrer mit seiner Klassenabhängigkeit sowohl vom Standpunkte des Ver-

<sup>120)</sup> S. 107.

<sup>121)</sup> S. 107—110.

<sup>122)</sup> S. 111 f.

<sup>123)</sup> Vgl. Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 30 f., für die wirtschaftlichen Grundformen Bd. I S. 305 f., 325 f.

mögens wie Berufs gegenüber den Reichen und Freien Schwierigkeiten sucht und findet, die gar nicht vorhanden sind. Gesetz und Richter sorgen schon, wenn man nur den Begriff Arbeitnehmer richtig fasst und ihn auf Arbeiter, Angestellte und arbeitnehmerähnliche Personen samt Lehrlingen begrenzt, dahin, dass nicht die leitenden Angestellten, Prokuren usw. als schutzbedürftig anerkannt, wirklich Schutzbedürftige hinter ihnen zurückgesetzt und fälschlich als solche nicht anerkannt sowie der Arbeitsgerichtsbarkeit entzogen werden. Schwierigkeiten würden nur durch das vorgeschlagene Klassensystem entstehen, welches eine staatliche Klassenfürsorge ohne richtige Begrenzung vortäuscht, während nur vom Arbeitgeber für bestimmte Folgen der Abhängigkeit Fürsorge verlangt wird. Genau ebenso ist im Sozialrecht der Schutz streng auf die „wirklich schutzbedürftigen“ Volksgenossen beschränkt<sup>124)</sup>). Nicht durch Klassensystem und nicht nach den Vorschlägen von Rümelin und Molitor<sup>125)</sup>), sondern nur durch richtige Ergänzung des Arbeitsvertrags je nach Dienstvertrags- oder Werkvertragsrecht kann Abhilfe erfolgen<sup>126)</sup>).

Was endlich die betriebliche Abhängigkeit betrifft, so hat Karrer ihre Bedeutung bereits anerkannt<sup>127)</sup>). Er zeigt auch die Wirkungen in der „persönlichen Abhängigkeit“, die wir hier besser „betriebliche Abhängigkeit“ nennen, während wir die allgemeinen Folgen nach der Schilderung eines Nervenarztes s. Z.<sup>128)</sup> dargestellt haben. Der „Kampf um Arbeitsfreude“ und um Arbeitsschönheit ist von Hendrik de Man<sup>129)</sup> eröffnet und inzwischen durch „Doppo lavoro“ und „Kraft durch Freude“ weitergeführt worden. Dazu kommt, dass an sich Betriebsführer und Ge-

---

<sup>124)</sup> S. 127.

<sup>125)</sup> S. 128.

<sup>126)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. I S. 327, 328.

<sup>127)</sup> Vgl. oben zu Anm. 120.

<sup>128)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. II S. 37, Anm. 1.

<sup>129)</sup> 1927, dazu Silberschmidt a. a. O. Bd. II, S. 37a 1, Rosenstock, Werkstattaussiedlung, 1922, Karrer, S. 131.

folgschaft als Einheit erscheinen, ihre Rechte und Pflichten ausgeglichen sein sollen. Karrer sieht „ein Zusammenwirken der Beteiligten zur Förderung des Betriebszwecks mit den übrigen Beteiligten“, das würde der von uns ins Auge gefassten willkürlichen Betriebsgesellschaft<sup>130)</sup> entsprechen; aber Karrer rechnet darunter gerade nicht die Arbeiter, da sie sich den Betriebszweck regelmässig nicht zu eigen machen, wohl aber sich mehr oder weniger mit den übrigen Arbeitnehmern vereinigen. Der Betriebsführer vertritt regelmässig den Betrieb<sup>131)</sup>, aber er entscheidet, wie hier hinzuzufügen ist, nach § 2 I des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit auch der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden. Die Befähigung, Führer des Betriebs zu sein, kann aber nach § 38 Ziff. 4 des gleichen Gesetzes vom Ehrengericht aberkannt werden.

Dass der Arbeitnehmer kein Eigentum an den von ihm hergestellten Arbeitsergebnissen erwirbt, hat mit der abhängigen Arbeit nichts zu tun<sup>132)</sup>, sondern, auch wenn die Spezifikation auf Grund eines Werkvertrages erfolgt, erwirbt das Eigentum der Besteller<sup>133)</sup>.

So wird denn durch Karrers dankenswerte Abhandlung weder an dem Begriffe noch an der Art der Abhängigkeit etwas geändert werden können; wohl aber hat die weitumfassende Prüfung Lichter auf manches bisher Dunkle geworfen und unsere Kenntnis der abhängigen Arbeit erweitert.

II. Auch der Begriff der Arbeitsverhinderung aus Betriebsgründen ist durch eine neuere schweizerische Arbeit, die oben<sup>134)</sup> erwähnte von Max Spörri, weiter geklärt worden. Ein Teilgebiet, die Arbeitsstockung durch Teilstreik, ist in Deutschland Gegenstand lebhafter Er-

---

<sup>130)</sup> Vgl. oben zu Anm. 30 f..

<sup>131)</sup> S. 137.

<sup>132)</sup> S. 141.

<sup>133)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. I S. 280.

<sup>134)</sup> Zu Anm. 15.

örterung gewesen und wird noch besonders zu besprechen sein. Der Ausgangspunkt von Spörris Arbeit, das Wesen des Arbeitsvertrags, bedarf keiner weiteren Erörterung, da diese Darlegungen durch Karrers Arbeit überholt sind.

1. So wäre mit Art. 332 OR zu beginnen, der die Entgeltzahlung bei Betriebsstockungen, aber kraft nachgiebigen Rechts, anordnet<sup>135)</sup>). Einzelvereinbarung, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung können primär eingreifen, die Fabrikordnung ist, wie richtig dargelegt wird<sup>136)</sup>), keine Betriebsvereinbarung über das Arbeitsverhältnis. Lehrreich sind die Bestimmungen der 102 benutzten schweizerischen Gesamtarbeitsverträge, die den Ausfall bald dem Arbeitnehmer zur Last legen, bald das Gesetz bestätigen, bald Auswege wählen (Verwendung des Maschinensetzers im Handsatz usw.)<sup>137)</sup>), am häufigsten aber die Sätze enthalten, dass nur wirklich geleistete Arbeit im Stundenlohn bezahlt wird<sup>138)</sup> und dass regelmässig bei Mangel an Arbeit und an Material die Arbeitszeit verkürzt<sup>139)</sup> wird.

2. Bei der Besprechung der gesetzlichen Regelung werden die Art. 332 und 119 OR den §§ 615, 323 BGB und § 1155 ABGB (nach der III. Teilnovelle 1916) gegenübergestellt, wobei im OR und BGB von Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung, im ABGB davon ausgängen wird, ob die Verhinderungsgründe solche im Sinne des Gesetzes sind, so dass hier z. B. die Lohnzahlung entfällt, wenn das verhindernde Ereignis zugleich die Leistung des Dienstnehmers unmöglich macht. Die beiden andern Rechte bestimmen die Anwendung der Unmöglichkeitslehre für den Fall, dass der Gläubiger Arbeitgeber ist, und mit der Wirkung, dass der Schuldner nicht zur Nach-

<sup>135)</sup> S. 23.

<sup>136)</sup> S. 24.

<sup>137)</sup> S. 25—27.

<sup>138)</sup> S. 27. Vgl. Lotmar a. a. O. Bd. II S. 847, 889 Anm. 2, Silberschmidt a. a. O. Bd. I S. 268 f., 308 f., 315.

<sup>139)</sup> Ebenda S. 177 f., 188.

leistung, die hier ein aliud wäre, verpflichtet ist<sup>140)</sup>). Wenn Spörri meint, es spielt keine Rolle, dass der Arbeitnehmer der schwächere Teil ist, so ist das nicht richtig, sondern das ist der Hauptgrund und keinesfalls der, dass die Verhinderung in der Sphäre des Arbeitgebers bei vielen, wenn nicht bei allen, Arbeitnehmern des Betriebes sich auswirke<sup>141)</sup>, und auch nicht der Grund Hedemanns<sup>142)</sup>, dass man im Augenblick der Gesetzgebung nicht an Strom-, Kohlen-Mangel als solche Gründe gedacht habe. Vielmehr ist der ausschlaggebende Grund, dass dem auf seine Arbeitskraft angewiesenen Arbeitnehmer der Arbeitgeber als der Inhaber des Betriebs und der Betriebsmittel für das regelmässige Funktionieren des Betriebs einzustehen hat, soweit nicht höhere Gewalt, Krieg, Umsturz usw., in Betracht kommt<sup>143)</sup>). Wenn Kaskel<sup>144)</sup> die Vornahme der Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers als vertragliche Leistungspflicht zur Beschaffung dieses normal funktionierenden Betriebs betrachtet, so ist diese Mitwirkung nur Obliegenheit als Voraussetzung der Rechtsausübung<sup>145)</sup>, nicht vertragliche Pflicht, wie der Arbeitgeber auch nicht vom Arbeitnehmer auf das Funktionieren des Betriebs belangt werden kann, sondern nur selbst diese Voraussetzungen schaffen muss, wenn er Ansprüche gegen die Arbeitnehmer erheben will. Und er gerät den letzteren gegenüber, die zu beschäftigen er sich vertraglich verpflichten kann, dann durch Betriebsstockung (ohne höhere Gewalt) in Gläubigerverzug hinsichtlich der Arbeitsleistung und Schuldnerverzug hinsichtlich der Beschäftigung, die Unterlassung der zum Verzug führenden Handlungen

<sup>140)</sup> S. 32/3.

<sup>141)</sup> S. 34 Anm. 14.

<sup>142)</sup> Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, S.A. aus der Festschrift für Eduard Rosenthal S. 37.

<sup>143)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. I S. 265, 271, 272.

<sup>144)</sup> Arbeitsrecht, herausgeg. in 4. Aufl. von Dersch, S. 188 Anm. 4, gegen diese frühere Ansicht Kaskels. Vgl. Spörri S. 36 und Anm. 2.

<sup>145)</sup> Im Sinne der Obliegenheiten des Versicherungsrechts.

(Verweigerung der Mitwirkung) ist aber nur eine Nichtausübung des Rechts, solange der Arbeitgeber sich nicht zur Beschäftigung des andern verpflichtet, womit auch die Verpflichtung zu Vorbereitungshandlungen oder zur Kraftbeschaffung usw. ausnahmsweise Vertragspflicht werden kann. Aber auch hier hat Heck<sup>146)</sup> mit vollem Recht vorgeschlagen, dass Leistungshindernisse, die auch dem Gläubiger nicht zuzurechnen sind, vor allem wieder Krieg, Umsturz usw., zur Anwendung des § 323 BGB führen soll. Wenn das schweizerische Recht<sup>147)</sup> trotz Widerspruchs Dorers im allgemeinen ein Verschulden für den Gläubigerverzug als nicht notwendig erachtet, so fordert Art. 91 OR Verweigerung der Annahme „ungerechtfertigterweise“, und man kann nicht schlechthin mit Spörri<sup>148)</sup> das Wort für „überflüssig“ erklären. Dann muss doch ein gewisses Verschulden geprüft werden, und es rechtfertigt jedenfalls höhere Gewalt die Nichtannahme. Gut ist die Begriffsbestimmung Spörris<sup>149)</sup> für die Leistungsbereitschaft des Schuldners: „Der Schuldner ist dann leistungsbereit, wenn die Möglichkeit seines weiteren vertragsmässigen Verhaltens gegenüber dem Gläubiger allein von dessen Mitwirkung abhängt.“ Wann die Leistung des Arbeitnehmers unmöglich wird, ist sehr bestritten. Wenn diese Unmöglichkeit erst dadurch eintritt, dass die vorauszusetzende Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers fehlt, ist letzteres entscheidend. Dadurch kommt der Arbeitnehmer, z. B. bei Kohlen- oder Strom-Mangel, den der Arbeitgeber zu vertreten hat, gar nicht mehr in die Lage, seine Arbeitsleistung zu bewirken, auch wenn und weil er an den stillstehenden Maschinen nicht arbeiten kann, was Spörri<sup>150)</sup> für

<sup>146)</sup> Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 89 f., 115 f.; Spörri S. 37 f.

<sup>147)</sup> Dorer, Die Elemente des Gläubigerverzugs, Zürcher Diss. 1906, und G. Meyer, Der Verzug des Gläubigers im OR, Zürcher Diss. 1906.

<sup>148)</sup> S. 39 zu A. 14.

<sup>149)</sup> S. 40.

<sup>150)</sup> S. 47, aber auch S. 34.

entscheidend hält. Aber er gibt zu, dass der Arbeitnehmer trotz der Betriebsstockung seine Leistung anbieten kann<sup>151)</sup>, und fügt nur dann die weitere Pflicht hinzu, diese Leistung zu betätigen, wenn das Angebot angenommen wird<sup>152)</sup>. „Unmöglichkeit der Leistung schliesst Gläubigerverzug nur dann aus, wenn damit zugleich die Leistungsbereitschaft des Schuldners beeinträchtigt wird.“<sup>153)</sup> Während nach dem deutschen EAAVG Art. 78 die fristlose Entlassung aus dem Grunde, der zugleich das Arbeitshindernis bildet, ausschliesst, können nach Art. 352 OR die Parteien immer dann das Arbeitsverhältnis vorzeitig auflösen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und ein solcher kann die Betriebsstockung sein<sup>154)</sup>. Es ist allein Sache des Richters, zu entscheiden, ob und wann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten<sup>155)</sup> ist. Auch hier wird natürlich von Bedeutung, ob die Betriebsstörung eine solche ist, dass sie vom Arbeitgeber irgendwie verhütet und getragen werden konnte. Das wird bei Krieg, Umwälzung, plötzlicher Aufhebung des Betriebs durch Gesetz<sup>156)</sup> sicher nicht der Fall sein; zweifelhafter schon ist der sonst auch in gleicher Richtung angeführte Brand<sup>157)</sup>, da hier unter Umständen Brand- und Chômage-Versicherung helfend eingreifen. Ob die schematische Zubilligung des halben Entgelts an den Arbeitnehmer im § 76 II deutschen EAAVG bei Stockungen in ganzen Berufszweigen oder Landstrichen, soweit nicht Verursachung durch Kampfmassnahmen der Arbeitgeber vorliegt, billig erscheint<sup>158)</sup>, ist recht zweifelhaft<sup>159)</sup>. Was endlich den

---

<sup>151)</sup> S. 49.

<sup>152)</sup> S. 50.

<sup>153)</sup> S. 55.

<sup>154)</sup> S. 71.

<sup>155)</sup> Silberschmidt, Die Zumutbarkeit als Ausgleichsmittel zwischen Recht und Gerechtigkeit, Östr. RichterZ. 1931 S. 81f., 83.

<sup>156)</sup> S. 76 und Anm. 27.

<sup>157)</sup> Ebenda S. 76, 77.

<sup>158)</sup> S. 79 und Anm. 34.

<sup>159)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 272, 273.

Teilstreik als Betriebsstörung betrifft, so habe ich diese Frage ausführlich in der Abhandlung über „Das Reichsgericht und der Begriff des Sozialen“ in der „Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts“<sup>160)</sup> erörtert und erlaube mir, im allgemeinen darauf Bezug zu nehmen. Die Berücksichtigung der „sozialen Verhältnisse“, deren Ergebnis „sich ohne Schwierigkeit den Vorschriften des BGB einfügen lasse“, braucht freilich nicht „eine bewusste Abwendung vom geltenden Recht“ durch das Reichsgericht zu bedeuten<sup>161)</sup>, sondern nur die Forderung einer eingehenden Berücksichtigung dieser Verhältnisse im Tatbestand und nur auslegungsweise in den Gründen. Aber die Idee der Betriebsgemeinschaft als einer vermögensrechtlichen Betriebsgesellschaft liess sich damals noch nicht verwenden. „Wenn für den Betrieb eine rechtliche Form gefunden ist, welche das Zusammenwirken der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers zu einem gemeinsamen Zweck ermöglicht, dann und nur dann kann an Stelle des Machtgedankens der Unternehmung, der keineswegs mit der Wirtschaftsführung des Unternehmers innerlich gebunden sein muss, und an Stelle des Schwächegefühls und der proletarischen Zusammenfassung der Arbeitnehmer der wahre Gemeinschaftsgedanke treten.“<sup>162)</sup> Heute wäre eine Bezugnahme auf die Betriebseinheit etwas ganz anderes, da kommt aber der Teilstreik nicht mehr in Frage. Und auch der Gedanke der Solidarität hat heute weitere Fortschritte gemacht, so dass z. B. Wilh. Kisch<sup>163)</sup> aus der Tatsache der Gefahrengemeinschaft im Versicherungswesen schliesst, dass die Versicherung Gemeinschaftsgeschäft ist im Sinne der Solidarität, kraft deren alle Versicherten sich in den Scha-

---

<sup>160)</sup> Bd. II (1929) S. 1 f.

<sup>161)</sup> S. 82.

<sup>162)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. II S. 134.

<sup>163)</sup> Die Ethik im Versicherungswesen, 1935, Silberschmidt, Interessengemeinschaft und Rechtsgemeinschaft, Z. Bl. f. d. jur. Pr. 1935 (LIII) S. 609 f., 629.

den zu teilen und deshalb auch die Interessen aller Versicherten zu wahren haben. Bei der bestehenden Betriebs-einheit würde man heute auch die Einsicht verlangen können, dass nicht einzelne Arbeitnehmer den Betrieb schädigen, und erst recht nicht, dass sie dann andere Vorteile allein für sich ziehen dürfen. Für das schweizerische Recht ist gewiss die auf dem bisherigen Recht beruhende Lösung<sup>164)</sup>, ob wirkliche oder nur scheinbare Leistungsbereitschaft vorliegt, zutreffend.

So hat auch die Arbeit von Spörri gerade vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus manche Blicke in das Arbeitsrecht des Betriebs eröffnet.

III. Diesen Arbeiten aus dem Kreise der Junioren seien nun noch zwei Arbeiten aus dem Kreise der Meister zugesellt, die wir den Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1933 verdanken:

1. Prof. Dr. W. Schönenberger, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag<sup>165)</sup>, und

2. Prof. Dr. Alb. Richard, *Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail*<sup>166)</sup>, die uns, abgesehen von den reifen Erkenntnissen, die sie uns vermitteln, zeigen, wie in der Schweiz das Recht und die Auffassungsweise ihrer verschiedenen-sprachlichen Glieder sich zu schöner Einheit zusammenfinden.

Wir haben auf die Arbeiten, ohne sie ausdrücklich zu nennen, bereits oben<sup>167)</sup> gelegentlich der Frage hingewiesen, ob zwischen dem bürgerlich- und dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht ein Gegensatz insbesondere auch darin besteht, dass das öffentliche Recht den Begriff der Abhängigkeit notwendig brauche, während er dem bürgerlichen Arbeitsrecht wesensfremd sei. Unsere verneinende Ansicht kann sich vor allem auf die beiden, von verschiedenen Ausgangspunkten aus zu den gleichen Ergebnissen

---

<sup>164)</sup> S. 85.

<sup>165)</sup> Z. f. S. R. N. F. 52. Band (1933) S. 1a—104a.

<sup>166)</sup> Ebenda S. 105a—140a.

<sup>167)</sup> Vor Anm. 74.

gelangenden Arbeiten stützen. Die Arbeit von Schönenberger geht mit deutscher Gründlichkeit I. vom Dienstvertragsverhältnis als Ausgangspunkt der arbeitsrechtlichen Ordnung<sup>168)</sup>, II. von den Entwicklungslinien und Gestaltungsmitteln des heutigen Arbeitsrechts<sup>169)</sup>, III. von den arbeitsrechtlichen Grundverhältnissen<sup>170)</sup>, IV. dem Grundverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im besonderen<sup>171)</sup> aus, um dann V. das Grundverhältnis zwischen Staat und Arbeitgeber, bzw. Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitnehmerschutzrechts<sup>172)</sup> zu erörtern und dann das Verhältnis dieses Rechts zum Dienstvertrag im allgemeinen<sup>173)</sup> und des bundesrechtlichen insbesondere<sup>174)</sup> darzulegen und eidgenössisches und kantonales Recht, insbesondere das Verhältnis zwischen kantonalem Arbeitnehmerschutzrecht und Bundeszivilrecht, gegeneinander abzuwägen<sup>175)</sup>. Dagegen behandelt die Arbeit von Richard mit französischer Klarheit nach einer kurzen Einleitung je in einem Kapitel Natur und Gegenstand des Arbeitsvertrags<sup>176)</sup>, bzw. der Arbeitsschutzgesetzgebung<sup>177)</sup>, um dann in einem dritten die Beziehungen beider in der Schweiz zu erörtern<sup>178)</sup>.

1. Wenn wir zunächst die vorbereitenden, grundlegenden Fragen, also bei Schönenberger (= A) die Punkte I—IV, bei Richard (= B) die Einleitung und § 1 über den Platz des Arbeitsvertrags in der Arbeitsgesetzgebung<sup>179)</sup>, ins Auge fassen, soweit wir nicht schon davon

<sup>168)</sup> S. 2a.

<sup>169)</sup> S. 8a.

<sup>170)</sup> S. 18a.

<sup>171)</sup> S. 19a.

<sup>172)</sup> S. 20a.

<sup>173)</sup> S. 29a.

<sup>174)</sup> S. 37a.

<sup>175)</sup> S. 69a.

<sup>176)</sup> S. 107a.

<sup>177)</sup> S. 115a.

<sup>178)</sup> S. 131a.

<sup>179)</sup> S. 107a.

gesprochen haben, so setzt der Ausgangspunkt vom schweizerischen OR bei beiden Arbeiten auch den Ausgangspunkt vom Schuldrecht voraus<sup>180)</sup>), aber bei A wird die persönliche Seite, dass der Arbeitnehmer während der ganzen Dauer der Arbeit mit seiner Person „dabei sein muss“, als Unterscheidungsmerkmal von andern Dauerschuldverhältnissen scharf betont, und auch bei B<sup>181)</sup> wird die Abhängigkeit des Teils, der mit seiner Arbeitskraft leistet, und deshalb die Verwandtschaft mit dem Rechte der Person stark hervorgehoben und entsprechend unserem Standpunkt, dass die abhängige Arbeit die eigentliche Arbeit des Arbeitsvertrags darstellt<sup>182)</sup>), erklärt, man könne sich schwer einen Arbeitsvertrag ohne das Element der Abhängigkeit vorstellen, selbst im Falle des Sprach-, Musiklehrers usw. Bei A wird noch sehr bedeutsam hervorgehoben<sup>183)</sup>), dass der Dienstnehmer während des Verweilens an der Arbeitsstätte weiteren Einwirkungen ausgesetzt ist, die von der Arbeitsumgebung, den Arbeitsgegenständen, den Arbeitsumständen, von Nebenarbeitern und Vorgesetzten, von der Eingliederung in einen fremden Betriebskreis ausgehen. Diese persönlichkeitsberührenden Momente — „der Mensch ist grundsätzlich anders zu behandeln als Ware und Güter“ — neben der Tatsache, dass die Arbeit für den Arbeiter und seine Familie, für weite Kreise, die einzige Grundlage des Unterhalts bilde, also die rechtliche und die wirtschaftliche Abhängigkeit, machten die Schaffung einer vom sonstigen Schuldrecht verschiedenen Ordnung notwendig. Damit kommen wir

2. zum eigentlichen Gegenstand der beiden Arbeiten. Sie kommen übereinstimmend, entgegen dem Standpunkt Karrers, zu dem Ergebnis, dass unter dem Einfluss der

---

<sup>180)</sup> S. 3a, 107a.

<sup>181)</sup> S. 108a; vgl. dagegen Richard, *Le contrat de travail en droit suisse*, 1913, p. 81 s., wo besonders das Dauerverhältnis betont wird.

<sup>182)</sup> Vgl. oben.

<sup>183)</sup> S. 5a.

Abhängigkeit sowohl das private wie das öffentliche Arbeitsrecht zu Schutzmassregeln gekommen seien, die der gleichen Grundlage entstammen, so dass das Arbeitsrecht als Ganzes Schutzrecht zugunsten des Arbeiters sein müsste<sup>184)</sup>.

Damit ist das Arbeitsrecht als einheitliches, teils privates, teils öffentliches Recht zu betonen, wie das Arbeitsverhältnis selbst ein Dauerverhältnis einerseits des bürgerlichen, andererseits des öffentlichen Rechts darstellt<sup>185)</sup>, wie auch das Handelsrecht einen Teil des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts bildet, wie insbesondere das Versicherungsrecht, mit dem einheitlichen Begriffe der Versicherung wie hier der Arbeit, in ein privates und ein öffentliches zerfällt<sup>186)</sup>.

Und es ist nun ungemein aufschlussreich, wie bei A<sup>187)</sup> über „zwingendes Privatrecht“, bei B<sup>188)</sup> über „les règles impératives du contrat de travail“ mit einer Reihe von festen, der Parteivereinbarung entzogenen, Normen gehandelt wird, wie Richard einerseits den ausschliesslich privaten Charakter dieser zwingenden Normen hinsichtlich des Einschreitens betont: „Le jus cogens ne donne pas à l'autorité la faculté d'intervenir“, und dass auch nicht alle Schutznormen zwingend seien, andererseits aber gegenüber von Tuhr, der das Schuldrecht von jeder Berührung mit dem öffentlichen Recht ausschliessen will, hervorhebt<sup>189)</sup>, dass gewisse Regeln des Arbeitsvertrags „dépendent de

<sup>184)</sup> S. 7a.

<sup>185)</sup> Silberschmidt a. a. O. Bd. I S. 12.

<sup>186)</sup> Silberschmidt, Das Privat- und das öffentliche Versicherungsrecht usw., Versicherungsarchiv 2. Jahrg. Nr. 7 S. 39 f., und „Das Wesen der Privatversicherung und der Einfluss des öffentlichen Rechts auf die Privatversicherung“, ebenda 6. Jahrgang (1935) S. 106 f.

<sup>187)</sup> Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts, in der Festschrift für das RG. a. a. O. Bd. IV S. 203.

<sup>188)</sup> S. 8a.

<sup>189)</sup> S. 110a.

<sup>189)</sup> S. 111a.

l'ordre public, d'autres, en grand nombre, relèvent de la morale et plusieurs assurent le respect des droits de la personnalité<sup>190)</sup>. So ergeben sich<sup>190)</sup> die eigentlichen zwingenden Normen, die jeden Ungehorsam bei Strafe der Nichtigkeit ausschliessen und andere, zum Schutze der Sitte und der Persönlichkeit aufgestellt, deren Verletzung, je nach Lage des Falls, zum gleichen Ergebnis führen kann, die aber auch unabdingbar sind. Diesen zwingenden Normen des Privatrechts stehen kollektive Regelungen zur Seite, welche die privatrechtlichen ergänzen und heute, besonders in Deutschland, immer mehr öffentlich-rechtlichen Charakter annehmen, und daneben stehen die rein öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften mit staatlichem Zwang gegenüber Arbeitgeber und allenfalls Arbeitnehmer<sup>191)</sup>, einschliesslich der Sozialversicherung, aus welcher aber auch Ansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber entstehen können<sup>192)</sup>. Richard gibt zunächst eine gute Übersicht über die Entwicklung der Lehre in Deutschland<sup>193)</sup> im Gegensatz zu Frankreich<sup>194)</sup>. Aber gegen seine Ansicht ist in Deutschland die Ansicht herrschend, dass das Schutzrecht einen Teil des Arbeitsrechts bildet, wie denn Nipperdey ausdrücklich davon ausgeht, dass die gemeinsame Grundlage die Abhängigkeit bildet und die Vorlesung an den meisten deutschen Hochschulen sich in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil des Arbeitsrechts scheidet, während ich vom einheitlichen Arbeitsrecht ausgegangen bin und das privat- und öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht als ersten,

<sup>190)</sup> S. 112a f. und Oser-Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht 2. Aufl. 1932/33, Vorbem. zu Art. 319—362 N. 16.

<sup>191)</sup> Dagegen jetzt RGSt. Bd. 55 S. 70, wenigstens für Arbeitszeitdelikte.

<sup>192)</sup> „Sozialversicherungsanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber“, in der „Ortskrankenkasse“ vom 11. Mai 1935.

<sup>193)</sup> S. 117a, mit besonderer Berücksichtigung der in Anm. 186 genannten Schrift Nipperdeys. Vgl. auch S. 24a f.

<sup>194)</sup> S. 116a.

die Sozialversicherung als zweiten Teil des Sozialrechts, je für ein Halbjahr, behandelt habe. Für das Recht der Schweiz nimmt Richard mit vollem Recht die Bestimmung des Arbeitsrechts durch die unter dem Titel „*La Suisse économique et sociale*“ erschienene amtliche Veröffentlichung an: „comme un domaine particulier du droit, formé par un amalgame de droits et d’obligations dérivant, pour une part, du droit privé et, pour l’autre, du droit public.“<sup>195)</sup> „Trennungsmauern zwischen öffentlichem und Privatrecht lassen sich hier nicht mehr aufrechterhalten.“<sup>196)</sup> Und so ergibt sich aus den beiden Referaten, wie das öffentliche Schutzrecht vom Arbeitstatbestand, wenn auch nicht vom Arbeitsvertrag, so doch vom Beschäftigungsverhältnis<sup>197)</sup>, ausgeht<sup>198)</sup>, wie es den Inhalt des Vertrages bestimmen kann, wenigstens negativ<sup>198)</sup>, wie bei Übertretung der Schutzvorschriften der Arbeitnehmer seine Arbeit zurückhalten kann<sup>199)</sup>. Auf Einzelbestimmungen kann hier, da es sich nur um grundsätzliche Feststellung arbeitsrechtlicher Begriffe handelt, nicht eingegangen werden.

Mit vollem Recht geht Richard bei der Betrachtung der Beziehungen zwischen Arbeitsrecht und Schutzrecht von Zweck, Gegenstand und Mitteln des Arbeitsrechts aus. Der Zweck des Arbeitsrechts und der Schutzbestimmungen ist Verbesserung der Lage des abhängigen Arbeiters. Wenn dabei hervorgehoben wird, dass für viele es sich um ein wirkliches Klassenrecht handelt, „d’un droit qui régit l’état des travailleurs dépendants“, so sind nach unserer Auffassung der deutschen Verhältnisse die Abhängigen eben die Arbeitnehmer, einschliesslich der arbeitnehmerähnlichen Personen, für Richard: „les ouvriers d’abord, les employés, en sens large de ce terme,

---

<sup>195)</sup> S. 126a.

<sup>196)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 13.

<sup>197)</sup> Vgl. oben Anm. 36.

<sup>198)</sup> S. 31a f., 33a f., 134a f.

<sup>199)</sup> S. 35a.

ensuite.“<sup>200)</sup> Er betrachtet als Gegenstand des Arbeitsrechts die Gesamtheit der Vorschriften, die den Abschluss des Arbeitsvertrags und das Arbeitsverhältnis regeln, wobei freilich auch die Arbeitsvermittlung als Vermittlung des Abschlusses<sup>201)</sup> und die Arbeitslosigkeit als Verlust der Arbeit<sup>202)</sup> einzubeziehen ist. Als juristische Mittel kommen für Richard Normen des Privatrechts für den Arbeitsvertrag, Normen des privaten und des öffentlichen Rechts für das Schutzrecht in Betracht; Schönenberger teilt nicht ausdrücklich, sondern erklärt, dass die dienstvertraglichen Normen allein das Ziel des Arbeitsrechts nicht erreichen lassen<sup>203)</sup>). Freilich darf man auch nicht mit Richard glauben, das Arbeiterschutzrecht, das aus sozialpolitischen Gründen eingeführt sei, werde auf einen zweiten Platz verwiesen, wenn man es einer Einrichtung des bürgerlichen Rechts anfüge<sup>204)</sup>). Nein, es muss immer von der Einheit des Arbeitsrechts ausgegangen werden, in die auch das Arbeiterschutzrecht so gut wie gewisse Massregeln zugunsten beider Parteien einzufügen sind. Es mag richtig sein, dass in den meisten Fällen ein Arbeitsvertrag vorhanden ist. Aber es führt zur Zweideutigkeit, zu sagen, einerseits müsse die Lehre streng zwischen der Arbeitsschutzregelung des öffentlichen Rechts und der privatrechtlichen Regelung des Arbeitsvertrags unterscheiden, andererseits sei es aber unmöglich, vom Gesetzgeber eine genaue Trennung der beiden Gebiete zu fordern<sup>205)</sup>). Vielmehr muss stets vom einheitlichen Arbeitsrecht ausgegangen werden, auch wenn z. B. in der Schweiz die so frühzeitig und ausgezeichnet geregelte Fabrikgesetzgebung eine Sonderstellung einzunehmen scheint, wenn es sich bald um gegenseitige Rechte handelt,

---

<sup>200)</sup> S. 126a.

<sup>201)</sup> Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht Bd. I S. 118.

<sup>202)</sup> Ebenda S. 177.

<sup>203)</sup> S. 7a.

<sup>204)</sup> S. 127a.

<sup>205)</sup> S. 140a.

welche die Parteien untereinander zu regeln und zu fordern haben, bald um die einseitigen Beziehungen des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers zum Staat, die dieser mit seiner Zwangsgewalt zu ordnen hat. Aber über allem steht das Recht der Werte schaffenden, segenbringenden Arbeit.

---