

DER
ARBEITSVERTRAG

NACH DEM
PRIVATRECHT DES DEUTSCHEN REICHES.

VON
PHILIPP LOTMAR.

IN ZWEI BÄNDEN.

ERSTER BAND.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLLOT.
1902.

Inhalt.

	Seite
Einleitung	1—31
I. Aufgabe. Anwendungsgebiet des Arbeitsvertrags. Arbeit außerhalb desselben. Frequenz im Vergleich mit anderen Verträgen	1
II. Eigenart des Arbeitsvertrags gegenüber Miete und Kauf. Rechtliche Bedeutung dieser Eigenart	6
III. Bedeutung als Subsistenzmittel des Besitzlosen	10
IV. Fehlen einer Bearbeitung des Gesamtgebiets. Erklärung aus der Beschaffenheit der Rechtsquellen. General- und specialrechtliche Regelung, mangelhafte Abgrenzung der Herrschaftsgebiete (Landarbeiter). Ungleichmäßigkeit der specialrechtlichen Regelung, Vernachlässigung der proletarischen Arbeitsverträge	13
V. Notwendigkeit des Thatsachenstudiums, Beispiele. Lohnende Aufgabe der Jurisprudenz	24
VI. Plan der Untersuchung	27

Erster Abschnitt.

Wesen, Typen und Grundformen.

Erstes Kapitel. Begriff und Terminologie	32—68
---	-------

I. Definition. Positive und negative Begriffsmerkmale 32. — II. Der Arbeitsvertrag als Vertrag. Einseitiges Arbeitsgeschäft, Gesetzliche Arbeitspflicht 33. — III. Der Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag. Unentgeltliche vertragsmäßige Arbeitsleistung. Entgeltliche nichtvertragliche Arbeitsleistung 34. — IV. Abgrenzung vom Gesellschaftsvertrag. Bedeutung der Gewinnbeteiligung 37. — V. Abgrenzung vom Kauf. Arbeit nicht Kaufobjekt. Nationalökonomische Auffassung des Arbeitsvertrags als Kauf der Ware Arbeitskraft oder Arbeit. Erklärung der Verschiedenheit der Auffassung 41. — VI. Abgrenzung von der Miete und Pacht. Arbeitsvertrag kein Gebrauchsüberlassungsvertrag. Gemeinschaft der Bezeichnung für Arbeitsvertrag und Miete im germanischen und im römischen Recht 47. — VII. Terminologie: „Arbeitsvertrag“. Anwendung in Gesetzen und in der Litteratur. Identifizierung mit „Dienstvertrag“ 53. — VIII. Terminologie: „Arbeitsverhältnis“, als Rechtsverhältnis 58. — IX. Terminologie: „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“. Verwendung der Aus-

drücke ausschließlich zur Bezeichnung der Rechtsstellung. Arbeiter und Arbeitnehmer. Unternehmer und Arbeitgeber. Zwischenmeister. Rechtliche Hineinziehung Dritter in das Arbeitsverhältnis 60.

Zweites Kapitel. Arbeit 69—118

I. Arbeitszusage, ausdrückliche und stillschweigende. Zusage im Vollzug gelegen 69. — II. Arbeit als prinzipale Leistung 71. — III. Definition der Arbeit als möglichen Gegenstands des Arbeitsvertrags: Thätigkeit, menschliche Thätigkeit, fähig, ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen, entgeltbare 72. — IV. Motive der Arbeit für den Begriff gleichgültig. Kinderarbeit 76. — V. Berufsvorbereitung nicht Arbeit. Lehrverhältnis, eigentliches und uneigentliches 79. — VI. Nationalökonomische Definitionen. Die Arbeit im Rechtssinn für den Verrichter kein Vermögensaufwand. Verhältnis zu den „Aufwendungen“ 81. — VII. Arten der Arbeit 88. — VIII. Seiten der Arbeit: Arbeit an sich, Arbeit samt Ergebnis. Realisierung dieses Unterschieds durch die Grundformen des Arbeitsvertrags 90. — IX. Direktion der Arbeit. Gegenstände der Direktion im einzelnen. Subjekte der Direktion 93. — X. Verrichter der Arbeit. Verrichtung und Leistung. Verrichtung durch Gehülfen des Arbeitnehmers. Rechtsverhältnis des Gehülfen zu Arbeitnehmer und Arbeitgeber 97. — XI. Empfänger der Arbeit. Empfang durch den Arbeitgeber; durch einen anderen Arbeitnehmer des Arbeitgebers; durch Dritte. Rechtliche Stellung des Empfängers 106. — XII. Negative Erfordernisse der Arbeit. Rechtswidrige Arbeit. Moralwidrige Arbeit, z. B. Streikarbeit 110.

Drittes Kapitel. Entgelt 118—176

I. Bezeichnungen 118. — II. Im Vollzug enthaltene Vereinbarung 120. — III. Vom Vollzug getrennte Vereinbarung. Insbesondere stillschweigende Vereinbarung, voraussetzend 1. Vereinbarung der Arbeit, 2. Umstände, nach welchen die Arbeit nur gegen Vergütung zu erwarten ist 121. — IV. Fehlen und Unvollständigkeit der Vereinbarung. Ergänzung 128. — V. Natur des Entgelts. Entgelt nicht Schadensersatz 135. — VI. Entgelt nicht Ersatz von Aufwendungen oder Auslagen. Im Entgelt begriffener Auslagenersatz, Ausscheidung desselben. Natur des Entgelts bei Leistung der Arbeit mittels Dritter, Folgerungen für Beschlagnahme und Aufrechnung. Gehülfenlohn als ersparte Aufwendung bei Nichtleistung der Arbeit 136. — VII. Entgelt ist Gegenleistung. Schadensersatzfunktion der sogenannten Vergütung bei Nichtleistung der Arbeit 147. — VIII. Leibrente kann nicht Entgelt im Arbeitsvertrag sein 150. — IX. Vergütung als Vermögenszuwendung. Geldvergütung 153. — X. Arten der Vergütung. „Unterlassen. Geben und Thun. Bedeutung der Arbeit als Vergütung, „Gegenarbeit“. Arbeit als Entgelt nicht möglich bei Dienst- und Werkvertrag. Bestimmung der Vergütungsart. Naturalvergütung 155. — XI. Umfang der Vergütung. Lohnsatz, Quote. Zahlungszeit. Empfänger und Entrichter 164. — XII. Ungültigkeit der Entgeltzusage: 1. Größenmifsverhältnis zur Arbeitsleistung,

2. gesetzlich unverbindliche Entgeltzusage, 3. unmoralischer Kausalverband zwischen Arbeit und Entgelt 170.

Viertes Kapitel. Sachleistung neben Arbeit 176—217

I. Bedeutung für den Begriff des Arbeitsvertrags. Verhaltensweisen des Rechts: Kumulation, Absorption, Kombination 176. — II. Die Sachleistung entweder Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung (Verkäufer- oder Vermieterleistung). Anwendung 178. — III. Gesetzliche Fälle von Absorption der Sachleistung 182. — IV. Gesetzlich nicht geregelte Fälle. Entscheidung derselben. Einheit der Zeit oder des Entgelts nicht maßgebend. Inneres Verhältnis der entgoltenen Leistungen maßgebend: relative Selbständigkeit oder Unselbständigkeit. Fälle mit Veräußerung, Fälle mit Gebrauchsüberlassung. Sachherstellung zur Gebrauchsüberlassung 188. — V. Zusammenfassung. Ergänzung der Definition des Arbeitsvertrags. Fragestellung für das Folgende 200. — VI. Natur des absorbierenden Vertrags bei Gebrauchsüberlassung neben Arbeit, insbesondere bei Gebrauchsüberlassung einer herzustellenden Sache 201. — VII. Natur des absorbierenden Vertrags bei Veräußerung neben Arbeit. Insbesondere Werklieferungsvertrag, ein qualifizierter Werkvertrag. Unerklärlicher Ausschluss des Pfandrechts des Bauhandwerkers. Vertretbare und unvertretbare Sachen 206.

Fünftes Kapitel. Unwesentlicher Inhalt. Herkunft des Inhalts. Verhältnis der Rechtsfolgen zum Inhalt 217—246

I. Verhältnis des unwesentlichen zum wesentlichen Inhalt 217. — II. Ausführungsbestimmungen 218. — III. Änderungsbestimmungen 219. — IV. Zusatzbestimmungen, insbesondere Ermächtigung des Arbeitnehmers. Umfang der Vollmacht weitern Sinnes 220. — V. 1. Bestimmung des Inhalts durch die überwiegende Partei. Einseitiges Vertragsformular. Einfluß Dritter. 2. Gesetzliche Taxen und Inhaltsrubriken. Arbeitsordnung, insbesondere obligatorische. Vereinbartes Vertragsformular. Tarifvertrag 227. — VI. Dem Inhalt konforme und nicht konforme Rechtsfolgen, z. B. Schutzpflicht des Arbeitgebers. „Vertragswidriges Verhalten“, „vertragsmäßige Leistung“ 236.

Sechstes Kapitel. Eingehung 246—264

I. Übersicht 246. — II. Schriftform 247. — III. Handlungsunfähigkeit eines Kontrahenten. Vertretung: 1. Stellvertretung, 2. Einwilligung, 3. Ermächtigung 249. — IV. Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten als Hindernis der Eingehung eines Arbeitsvertrags. Gemeindevertreter. Gerichtsvollzieher. Ehegatten und Verwandte 254. — V. Rechtspflicht zur Eingehung oder Nichteingehung, durch Gesetz oder durch Vertrag begründet 259.

Siebtendes Kapitel. Gesetzliche Typen 264—344

I. Der Gattungsbegriff aus den gesetzlichen Typen abstrahiert. Merkmale des Typus 264. — II. Dienstvertrag 265. — III. Werkvertrag. Beweis seiner Natur als Arbeitsvertrag. Werklieferungs-

vertrag 269. — IV. Dienst- und Werkvertrag über Geschäftsbesorgung. Begriff der Geschäftsbesorgung 274. — V. Mäklervertrag. Die Arbeit des Mäklers in obligatione 281. — VI. Entgeltlicher Verwahrungsvertrag. Verhältnis zum unentgeltlichen, zum Auftrag, zum Dienst- und Werkvertrag (insbes. über Geschäftsbesorgung) 285. — VII. Typen des HGB. Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen, Lehrvertrag, Agenturvertrag, Mäklervertrag, Kommission, Spedition, Lagergeschäft, Frachtgeschäft, Heuervertrag. Nichttypische handelsrechtliche Arbeitsverträge 289. — VIII. Verlagsvertrag, einfacher und qualifizierter 297. — IX. Gewerblicher Arbeitsvertrag. 1. Art der Arbeit. 2. Persönlichkeit des Arbeitgebers, Gewerbetreibender, „selbständiger“. 3. Persönlichkeit des Arbeitnehmers, „gewerblicher Arbeiter“; Unterschied vom Gehülfen beim Betrieb eines Gewerbes; Heimarbeiter; Zwischenmeister; gewerbliche Arbeiter als Arbeitgeber. Unvollständigkeit der Regelung des gewerblichen Arbeitsvertrags in der GewO.: S. 298. — X. Arbeitsvertrag mit dem Rechtsanwalt 315. — XI. Heuervertrag der Seemannsordnung 316. — XII. Arbeitsverträge des Binnenschiffahrtsgesetzes 317. — XIII. Arbeitsverträge des Flößereigesetzes 319. — XIV. Beförderungsvertrag des Auswanderers 321. — XV. Arbeitsverträge mit der Post 322. — XVI. Eisenbahntransportvertrag 323. — XVII. Bildung von Arten aus den Typen. Dienst- und Werkvertrag nicht Arten oder Oberarten. Art der Arbeit als Einteilungsprinzip unverwendbar 323.

Achtes Kapitel. Grundformen 328—344

I. Ausgehen von den Thatbeständen. Aus der Verschiedenheit der Beziehung zwischen Arbeit und Entgelt ergeben sich die beiden Grundformen: Zeitlohnvertrag und Akkord 328. — II. Akkord und Zeitlohnvertrag als Formen des Arbeitsvertrags. Einheitsakkord. Stücklohnvertrag (beschränkter und unbeschränkter) 332. — III. Unterschied zwischen Zeitlohnvertrag und Akkord als innerer Formunterschied. Begriffliche Rolle der Zeit, lohnmessender Zeitabschnitt. Andere Zeitbestimmungen 335. — IV. Tragweite der Unterscheidung der Grundformen. Kombinationen von Zeitlohnvertrag und Akkord. Fundamentaler Unterschied der Rechtswirkung. Zeitlohnvertrag entsprechend der *locatio operarum*, Akkord der *locatio operis* 339. — V. Unterschied der Grundformen ein rein thatbeständlicher. Verhältnis der gesetzlichen Typen, insbesondere des Dienst- und Werkvertrags, zu den Grundformen 341.

Zweiter Abschnitt.

Zahlungszeit.

Erstes Kapitel. Begriff und Bedeutung 345—360

I. Begriff. Zahlungsperiode. Abrechnungsperiode 345. — II. Unterscheidung von Arbeitszeit, Vertragszeit, lohnmessendem Zeitabschnitt. Bedeutungen von „Wochenlohn“ 348. — III. Zahlungszeit bei Akkord wie bei Zeitlohnvertrag 353. — IV. Ökonomische

Bedeutung. Absolute und relative Lage der Zahlungszeit. Bedeutung für den Arbeitnehmer, für den Arbeitgeber 355.

Zweites Kapitel. Regelung der Zahlungszeit 360—371

I. Gesetzliche und private Regelung 360. — II. Fälligkeit mit ihren Folgen. Wirkung der Nichtgewährung der fälligen Vergütung 362. — III. Gesetzliche Bestimmungen. Regel der Postnumeration. Ausnahmen. Vereinbarung von Pränumeration. Einfluß der Art der Vergütung 365. — IV. Vergütung fällig am Ende des Arbeitsverhältnisses 368.

Drittes Kapitel. Kreditierung 371—395

I. Arbeitnehmer regelmäßig vorleistungspflichtig. Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausgeschlossen 371. — II. BGB. § 320 Abs. 2 gilt auch vom Arbeitsvertrag trotz regelmäßiger Postnumeration der Vergütung 373. — III. Der Arbeitnehmer kreditiert die Vergütung nur im ökonomischen Sinn. Stundung der fälligen Vergütung. Kreditgefahr 375. — IV. Abschwächung der Kreditgefahr durch Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers wegen der fälligen Lohnforderung 377. — V. Desgleichen durch Suspendierung der Vorleistungspflicht 381. — VI. Desgleichen durch Vorzugsrecht im Konkurs des Arbeitgebers 382. — VII. Desgleichen durch gesetzliches Pfandrecht oder Pfandrechtstitel 383. — VIII. Desgleichen durch Vorschufs- oder Abschlagszahlung. Begriff derselben. Konsequenzen 387.

Viertes Kapitel. Aufrechnung 395—423

I. Postnumeration bietet dem Arbeitgeber Deckung. Methoden der Realisierung dieser Deckung 395. — II. Aufrechnung als Deckungsmittel für eine der Lohnforderung gleichartige Gegenforderung. Umfang der Anwendbarkeit. Einschränkungsbefürfnis 397. — III. Aufrechnungsverbot des § 394 BGB.: S. 401. — IV. Aufrechnungsverbot des § 115 Abs. 1 GewO., Vergleichung mit BGB. § 394. Bekämpfung engerer Auslegung. Fortgeltung von GewO. § 115 gegenüber BGB. § 394. Verhältnis von BGB. § 394 zu den Ausnahmen in GewO. § 115 Abs. 2: S. 411. — V. Aufrechnung ausgeschlossen gegenüber Vorschufs- und Abschlagszahlung 420.

Fünftes Kapitel. Zurückbehaltung 423—432

I. Zurückbehaltung als Deckungsmittel des Arbeitgebers. Begriff, verglichen mit Aufrechnung 423. — II. Differenz der Anwendungsgebiete und der Wirkungen von Zurückbehaltung und Aufrechnung 425. — III. Bedeutung bei gleichartiger Forderung des Arbeitgebers 428. — IV. Analoger Ausschluss der Zurückbehaltung, soweit Kompensation ausgeschlossen. Zulässigkeit der Zurückbehaltung wegen ungleichartiger Forderung, jedoch nicht wegen der Arbeitsforderung 430.

Sechstes Kapitel. Einbehaltung 432—452

I. Technischer Sinn 432. — II. Drei Fälle gesetzlich gewährter Einbehaltung 433. — III. Vertragsmäßiges Einbehaltungs-

rech. Unterscheidung von Aufrechnung und Zurückbehaltung 435. — IV. Einbehaltungsvertrag. Einschränkung der Vertragsfreiheit 437. — V. Einbehaltung nur wegen nicht fälliger Forderung 440. — VI. Einbehaltungszwecke: 1. im Interesse des Arbeitnehmers, 2. zur Bequemlichkeit des Arbeitgebers, 3. zur Sicherung des Arbeitgebers 440. — VII. Beschränkung der kautionalen Einbehaltung durch § 119^a GewO.: S. 444. — VIII. Unzulänglichkeit jener Beschränkung 447. — IX. Verhältnis zur Beschränkung von Aufrechnung und Zurückbehaltung. Einbehaltung behufs Verwirkung 449.

Siebentes Kapitel. Verwirkung 452—466

I. Begriff 452. — II. Vergleich mit Aufrechnung, Zurück- und Einbehaltung 453. — III. Verwirkung als Privatstrafe. Vergleichung mit der gewöhnlichen Konventionalstrafe. Gegenstand der Verwirkung ist nur rückständiger Lohn 455. — IV. Kautionale Einbehaltung behufs Verwirkung, einzuschränken nach Analogie von GewO. § 119^a: S. 460. — V. Beschränkung der Verwirkung durch GewO. § 134 Abs. 2. Fernere Beschränkungen. Verwirkung des Einbehaltenen nur dort statthaft, wo deutlich zum Zweck der Verwirkung einbehalten wird 460. — VI. „Abzüge“. Rückblick. Gemeinsame sociale Bedeutung von Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung und Verwirkung 464.

Dritter Abschnitt.

Arbeitszeit.

Erstes Kapitel. Begriff, Arten und Bedeutung 467—474

I. Begriff, Vergleichung mit Zahlungszeit, lohnmessendem Zeitabschnitt, Vertragszeit 467. — II. Lieferzeit und Arbeitszeit engeren Sinnes 470. — III. Ökonomische und juristische Bedeutung 473.

Zweites Kapitel. Regelung 474—497

I. Begriff der Regelung. Gesetzliche Ermächtigung und Verpflichtung zur Regelung, insbesondere der Gewerbetreibenden hinsichtlich der erwachsenen Arbeiter 474. — II. Gesetz, Gewohnheitsrecht, Arbeitsordnung, Tarifvertrag und dergleichen 478. — III. Regelung den Umständen zu entnehmen. Vereinbarung der Parteien. Einseitige Festsetzung durch den Arbeitnehmer, durch den Arbeitgeber (Instverhältnis, Gesindeverhältnis) 481. — IV. Mittelbare Ordnung (gesetzliche und vertragliche) 485. — V. Totale und partielle, absolute und relative Regelung 487. — VI. Grade der Bestimmtheit der Arbeitszeit. Arbeitsperiode. Fixierung der Arbeitszeit durch Längenangabe innerhalb der Arbeitsperiode. Frage der Einrechnung des Hin- und Rückwegs in die Arbeitszeit. Fixierung durch Angabe der Lage innerhalb der Arbeitsperiode. Ruhezeit. Pausen. Gleichzeitig verschiedene Arbeitsperioden beim nämlichen Arbeitsverhältnis 489.

	Seite
Drittes Kapitel. Unterzeit und Überzeit	497—507
I. Negative Nichteinhaltung der Arbeitszeit. Unterzeit, vorläufiger Hinweis auf die Rechtsfolgen 497. — II. Positive Nichteinhaltung der Arbeitszeit. Überzeit. Begriff derselben. Unerheblich ihre Länge und Lage, der Umfang der Arbeitsperiode und des lohn-messenden Zeitabschnitts. Irregularität als Kennzeichen. Art, Ort und zeitliche Lage der Überarbeit im Verhältnis zur Normalarbeit 499. — III. Vorläufiger Hinweis auf die Rechtsfolgen der Überzeit 506.	

Vierter Abschnitt.

Vertragszeit.

Erstes Kapitel. Begriff. Verhältnis zu den Grundformen. Regelung	508—515
---	---------

I. Definition. Terminologie. Begrenzung des Themas 508. — II. Verhältnis zu Zahlungs- und zu Arbeitszeit 510. — III. Verhältnis zu den Grundformen. Zeitlohnvertrag: Korrespondenz von lohn-messendem Zeitabschnitt und Kündigungsfrist. Akkord: Vorkommen bestimmter und unbestimmter Vertragszeit 510. — IV. Urheber der Bestimmung der Vertragszeit 514.

Zweites Kapitel. Anfang. Bestand. Natürliche Be-grenzung	515—537
---	---------

I. Suspensivbedingung. Anfangstermin 515. — II. Mangel der Vollwirksamkeit, Wirksamkeit in der Zwischenzeit 516. — III. Kündigung vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins 518. — IV. Bedeutung des Anfangs der Vertragszeit 521. — V. Dem Anfang nach bestimmtes, dem Ende nach unbestimmtes Arbeits-verhältnis mit Festsetzung einer Minimaldauer. Unmittelbare und mittelbare Bestandsicherung. Verhältnis zur Endbestimmung 522. — VI. Natürliche Begrenzung, Verhältnis zur Endbestimmung. Vor-kommen bei Zeitlohnvertrag und Akkord. Praktische Bedeutung des Daseins oder Fehlens natürlicher Begrenzung 525. — VII. Möglichkeit vertraglicher Endbestimmung bei natürlicher Begrenzung: beim Zeitlohnvertrag, beim Akkord. Lieferzeit 530. — VIII. Möglichkeit der Kündigung bei natürlicher Begrenzung: sie ist bald absolut zulässig, bald dispositiv zulässig, bald dispositiv unzulässig 532. — IX. Umwandlung eines natürlich begrenzten Arbeitsverhältnisses in eines von unbestimmter Vertragszeit 536.

Drittes Kapitel. Gesetzliche und vertragliche End-bestimmung	537—561
---	---------

I. Arten der Endbestimmung 537. — II. Gesetzliche Endbestimmung 538. — III. Vertragliche Endbestimmung. Begriff der „vertragsmäßigen Zeit“ 539. — IV. Rechtliche Bedeutung der Länge der vertragsmäßigen Zeit. Fortgeltung des § 124^a GewO. „Dauerndes Dienstverhältnis“ 543. — V. Keine Kündigung erforderlich bei ver-traglicher Endbestimmung. Die Ausbedingung des Kündigungs-erfordernisses reduziert die vertragliche Endbestimmung auf die Be-

deutung einer Bestandsicherung 547. — VI. Möglichkeit der Kündigung bei vertraglicher Endbestimmung in der Regel ausgeschlossen. Ausnahmen. Paritätserfordernis bei vertraglichem Vorbehalt der Kündigungsmöglichkeit 553.

Viertes Kapitel. Kündigung im Allgemeinen 561—581

I. Verhältnis zur vertraglichen Endbestimmung 561. — II. Terminologie 562. — III. Begriff. Legitimation des Kündigenden 564. — IV. Empfang 566. — V. Konversion einer ungültigen Kündigung 568. — VI. Unwiderruflichkeit der Kündigung. Rückgängigmachung durch Übereinkunft 571. — VII. Bedingter Widerruf. Bedingte Kündigung. Zulässigkeit der suspensiv bedingten Kündigung. Rechtswirkung derselben. Ausschluss der Rückziehung 575.

Fünftes Kapitel. Befristete Kündigung 581—602

I. Begriff. Unterscheidung von Frist der Unkündbarkeit und zeitlicher Kündigungsbeschränkung 581. — II. Arten der Befristung 583. — III. Ursprung der Befristung. Gesetzliche Befristung 584. — IV. Gesetzliche Schranken privater Befristung 587. — V. Schranken privater Befristung in der GewO. Paritätserfordernis nach GewO. § 122: S. 588. — VI. Schranken privater Befristung in HGB. §§ 67—69. GewO. §§ 133^{aa}—133^{ac}. Nachträgliche Reduktion der Kündigungsfrist gemäß KO. § 22: S. 592. — VII. Privatdisposition als Quelle der Befristung. Einseitige Änderung der Befristung 595. — VIII. Vereinbarte Ersetzung unbefristeter Kündigung durch befristete 598. — IX. Einseitige Ersetzung unbefristeter Kündigung durch befristete 600.

Sechstes Kapitel. Unbefristete Kündigung 602—635

I. Allgemeine Vergleichung mit der befristeten 602. — II. Gesetzlich verliehene unbefristete Kündigung: Personen, Zeit, Voraussetzungen 604. — III. Änderung der persönlichen Zuständigkeit. Vereinbarung des Entzugs unzulässig 607. — IV. Vereinbarung zeitlicher Schmälerung oder Erweiterung 611. — V. Vereinbarung sachlicher Beschränkung des sachlich unbeschränkten Kündigungsrechts 614. — VI. Disposition über das sachlich beschränkte Kündigungsrecht, erste Gruppe: bei „wichtigem Grund“ überhaupt 616. — VII. Desgleichen, zweite Gruppe: bei speciellen gesetzlichen Gründen. Zusatz zu solchen, Wegbedingung und Ersetzung 618. — VIII. Desgleichen, dritte Gruppe: bei solchen Voraussetzungen, die nicht Kündigungsgründe sind 624. — IX. Durch Privatdisposition verliehene unbefristete Kündigung. Bedeutung des „Kündigungsausschlusses“. Entfristung und gesetzliche Befristung. Kündigungsausschluss einseitig nur mittelst Arbeitsordnung möglich. Verhältnis der entfristeten zur gesetzlich unbefristeten Kündigung 625.

Siebentes Kapitel. Rechtsfolgen der Endigung 635—653

I. Rechtliche Bedeutung der Endigung überhaupt 635. — II. Aufhebung der Arbeits- und Vergütungspflicht. Scheinbares Überdauern der Vergütungspflicht 636. — III. Fernere Rechtsfolgen

hinsichtlich der Vergütung: Fälligkeit der Vergütung und des Auslagensatzes, Rückerstattung des Pränumerierten, Einbuße bis dahin verdienter Vergütung wegen Wegfalls des Interesses 641. — IV. Schadensersatzpflicht bei unbefristeter Kündigung. Singuläre Natur dieser Rechtsfolge 646. — V. Zeugnispflicht. Konkurrenzklause. Endigung eines Mietverhältnisses. Rückerstattungspflicht des Arbeitnehmers. Endigung seiner Vollmacht. Endigung seiner Anzeigepflicht und dergleichen 651.

Fünfter Abschnitt.

Naturalvergütung.

Erstes Kapitel. Die Naturalvergütung in den Gesetzen 654—675

I. Systematische Bedeutung der Naturalvergütung. Verbreitung. Geschichtliche Stellung 654. — II. Vorkommen im BGB. Häusliche Gemeinschaft (§ 617), Verhältnis zur Naturalvergütung. Erfordernisse. Häusliche Gemeinschaft bei juristischen Personen. „Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ ist nicht Naturalvergütung 657. — III. BGB. § 618 Abs. 2. Rechtsfolgen der häuslichen Gemeinschaft. Nichterfüllung der durch § 618 cit. gesetzten Pflichten 663. — IV. Handelsgesetzbuch 667. — V. Seemannsordnung, Flößereigesetz, Arbeiterversicherungsgesetze 669. — VI. Nichterwähnung in GewO. und BiSchG. Indirekte Berücksichtigung in Reichsgesetzen 672. — VII. Mängel der gesetzlichen Regelung. Wichtiges Prinzip der Seemannsordnung 674.

Zweites Kapitel. Abgrenzung 675—689

I. Naturalleistung überhaupt 675. — II. Unterscheidung der Naturalvergütung von Leistung an Erfüllungsort. Truckverbot der GewO. ist nicht Verbot der Naturalvergütung 676. — III. Unterscheidung von der Naturalleistung zur Ermöglichung oder Förderung der Arbeit 680. — IV. Unterscheidung von der Wohlfahrtseinrichtung 684. — V. Miete mit Arbeit als Mietzins einerseits, Arbeitsvertrag mit Sachnutzung als Naturalvergütung andererseits: Unterscheidungsmerkmale 686.

Drittes Kapitel. Konsumtililien 689—697

I. Konsumtililien und Erwerbsgelegenheit als Hauptarten der Naturalvergütung. Begriff der Konsumtililien. Wohnung, Nahrung, Kleidung, Bedienung, freie Fuhren, Heizung und Beleuchtung 689. — II. Berufliche Ausbildung des Lehrlings 692. — III. Teilnahme Angehöriger. Verbrauch im Bereich des Arbeitgebers. Zeitliche und räumliche Beschränktheit der Verwendung und Verwertung. Entnahme aus dem Arbeitsprodukt, partiarische Löhnung 694.

Viertes Kapitel. Erwerbsgelegenheit 698—716

I. Erwerb und Erwerbsgelegenheit 698. — II. Durch den Arbeitgeber verfügbarer Empfang der Vergütung aus dritter Hand ist nicht Erwerbsgelegenheit. Hiervon wesentlich verschieden die Trinkgelderwerbsgelegenheit 699. — III. Erwerbsgelegenheit ist

realisierbare, nicht konsumierbare Leistung 700. — IV. Gelderwerbsgelegenheit: Verlagsvertrag, Trinkgelderwerb. Einfluß des Arbeitgebers auf letzteren. Falsche Deutung als Pacht. „Tonnenpacht“ 702. — V. Gelegenheit zum Erwerb von Lebensmitteln: Landnutzung. Landnutzung als Arbeitslohn oder als Verpächterleistung. Instverhältnis 709. — VI. Realisierung der Erwerbsgelegenheit außerhalb des Vertragsvollzugs 713. — VII. Desgleichen anlässlich des Vertragsvollzugs 714.

Fünftes Kapitel. Verhältnis zu den Grundformen . . . 716—722

I. Indirekter Einfluß der Naturalvergütung auf die Form des Arbeitsvertrags. Ausdrückliche Entscheidung im Vertrag. Kriterien in den anderen Fällen: 1. nebenher Vergütung, die als Zeitlohn feststeht, 2. Beschaffenheit der gegebenen Naturalvergütung (Periodicität) 716. — II. Akkordlohn kombiniert mit naturalem Zeitlohn 719. — III. Historisches Verhältnis der Naturalvergütung zum Zeitlohnvertrag 721.

Sechstes Kapitel. Vergütungsrecht und Naturalvergütung 722—733

I. Begrenzung der Aufgabe 722. — II. Zahlungszeit: Post- und Pränumeration, Sicherstellung, Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung, Verwirkung 723. — III. Herabsetzung und Teilung 723. — IV. Naturalvergütung und Kündigung 730.

Siebentes Kapitel. Vergleichung von Geld- und Naturalvergütung 733—754

I. „Patriarchalischer“ Charakter der Naturalvergütung 733. — II. Quantitative Unbestimmtheit der Naturalvergütung 735. — III. Qualitative Unbestimmtheit der Naturalvergütung. Mangel genügender gesetzlicher Regelung. Möglichkeit und Bedürfnis solcher. Vorkommen schlechter Behausung. Störung des Arbeitsverhältnisses durch die quantitative und die qualitative Unbestimmtheit 736. — IV. Geringere Umsetzbarkeit der Naturalvergütung 742. — V. Naturalvergütung als Anlaß längerer Arbeit oder von Regellosigkeit der Arbeitszeit 743. — VI. Mit den meisten Arten der Naturalvergütung ist Verringerung der Freiheit und Selbständigkeit des Arbeitnehmers verknüpft. Seine gesetzliche Heranziehung zu außerberuflicher Arbeit. Rechte des Arbeitgebers gegenüber dem in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer. Äußerungen der Freiheitsbeschränkung, namentlich Aufsicht 744. — VII. Geschichtliches Verhältnis von Natural- und Geldvergütung. Zurückweichen der Natural- vor der Geldvergütung. Erhaltung der Naturalvergütung auf einigen Gebieten 750.

Sechster Abschnitt.

Tarifvertrag.

Erstes Kapitel. Thatbestand 755—773

I. Wesen und Zweck der kollektiven Vertragschließung. Voraussetzungen und Vorkommen. Verhältnis zur gesetzlichen

Regelung; Ausbreitung; Gegenstand deutscher Gewerkschaftspolitik; nationalökonomischer und juristischer Behandlung 755. — II. Inhalt des Tarifvertrags. Schranken des Inhalts. Unterschiede im Inhalt. Transitorische Bestimmungen. Den Tarifvertrag selbst betreffende Bestimmungen. Das Arbeitsverhältnis betreffende Bestimmungen, den wesentlichen Inhalt des Tarifvertrags bildend. Bestimmungen, die auf kollektive Vertragsschließung angewiesen sind 759. — III. Form des Tarifvertrags, Zweiseitigkeit. Kontrahenten die Parteien der durch den Tarifvertrag zu regelnden Arbeitsverträge. Arbeitgeberseits Einzelne, oder koalierte Mehrheit. Arbeitnehmerseits nur koalierte Mehrheit 764. — IV. Der Tarifvertrag ist kein Arbeitsvertrag. Er ist kein Vorvertrag zu solchem. Unterschied von der Arbeitsordnung. Der Tarifvertrag ist kein Vergleich. Er ist keine Koalition. Ähnlichkeit und Unähnlichkeit gegenüber der Handelsübsance 767.

Zweites Kapitel. Rechtswirkung 773—788

I. Die Rechtswirksamkeit des Tarifvertrags verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen Gesetze. Sie ist parallel der anderer genereller Regelungen des Arbeitsvertrags und wird von den Kontrahenten des Tarifvertrags intendiert 773. — II. Die von seinen Urhebern erstrebten faktischen und Rechtswirkungen, für die Arbeitsverträge ergänzend und für die Arbeitsverhältnisse maßgebend zu sein. Mittel der Selbsthilfe zur Einhaltung des Tarifvertrags 775. — III. Ergänzende Rechtswirkung in doppelter Hinsicht 778. — IV. Maßgebende Rechtswirkung, durchgreifend gegenüber abweichendem Arbeitsvertrag. Sie steht im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen, sie findet ein Analogon an der durchgreifenden Rechtswirkung der obligatorischen Arbeitsordnung gegenüber abweichenden Arbeitsverträgen, sie entspricht der socialpolitischen Aufgabe des Tarifvertrags. Gesetzliches Übergewicht der obligatorischen Arbeitsordnung über den Tarifvertrag 780.

Drittes Kapitel. Geltungsbereich 788—799

I. Begriff. Beim Tarifvertrag anders als beim Gesetz neben dem räumlichen und dem zeitlichen ein persönlicher Geltungsbereich zu unterscheiden 788. — II. Räumlicher Geltungsbereich, Verschiedenheiten im Umfang, Bestimmung desselben 789. — III. Zeitlicher Geltungsbereich. Endigung des Vertragsverhältnisses durch die Bestimmung der Parteien und in Ermangelung solcher Bestimmung 791. — IV. Persönlicher Geltungsbereich. Arbeitsvertrag eines Tarifunterthanen mit einem Außenstehenden. Die persönliche Geltung nicht ohne Zuthun der Person möglich. Eingehung eines Tarifvertrags mittelst Stellvertretung. Vollmacht, anfängliche Genehmigung. Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs durch Beitritt oder nachträgliche Genehmigung 795.

Berichtigungen und Nachträge.

(Der Druck dieses Bandes ist Ende Juli 1901 angefangen worden.)

S. 14¹. Siehe auch noch v. Blume in Verwaltungsarchiv VII, 491.

S. 17. Ein anderes merkwürdiges Beispiel von Unsicherheit der Grenze general- und specialrechtlicher Regelung bietet der berufliche Arbeitsvertrag von Gärtnergehülfen: Albrecht, Die socialen Rechtsverhältnisse der gewerblichen Gärtner in Deutschland, Denkschrift des Allgemeinen deutschen Gärtnervereins an den Reichstag, 1901. Derselbe in Sociale Praxis XI, 32 fg., 809 fg.

S. 18. 19. Hierher Nufsbaum, Zur rechtlichen Lage der Landarbeiter, in Schmollers Jahrbuch 25. Jahrgang S. 195—219.

S. 19 bei Note *. In den S. 229¹ erwähnten Kontraktformularen verspricht der ländliche Arbeitnehmer, daß er, „soweit dieser Vertrag nichts bestimmt, in jeder Beziehung den Bestimmungen der am Orte geltenden Gesindeordnung unterworfen sein soll“.

S. 19. Das lippe-detmoldische Gesetz, betr. den Vertragsbruch ländlicher Arbeiter, vom 24. März 1899, verfügt in § 1 geradezu die Anwendung einer Reihe von Bestimmungen der (für das Gesinde selbst durch eine neue Gesindeordnung ersetzten) Gesindeordnung vom 29. Februar 1864 auf landwirtschaftliche Arbeitnehmer, darunter obrigkeitlichen Zwanges zur Antretung oder Fortsetzung des Dienstverhältnisses, während nach CPO. § 888 zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage verurteilte Arbeitnehmer zur Vollziehung des Urteils nicht durch Strafen angehalten werden können. Die „zwangsweise Zuführung“ durch die Polizeibehörde erklärt bei ländlichen Arbeitnehmern auch das anhaltische Gesetz betr. den Vertragsbruch in landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnissen, vom 16. April 1899, § 2, für zulässig.

S. 59⁴. Hinter „Gerichtsverfassungsgesetz“ ist einzufügen: § 23 Nr. 2.

S. 72 Nr. III. Bei dieser Definition ist im Auge zu behalten, daß die Worte „irgend wann oder wo“ sich immer nur auf ein gegebenes Rechtsgebiet beziehen.

S. 78 Anmerkungen Zeile 1 von oben lies „und“ statt „sind“.

S. 92 Zeile 10 von oben. Die Wörter „im Hinblick“ sollten nicht gesperrt sein.

S. 93² füge bei: HGB. § 512 Abs. 2. 3: „Anweisung des Rheders“.

S. 129¹. Übereinstimmend Bernau in Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 281¹.

S. 148² Zeile 7 lies „§ 36“ statt „§ 35“.

S. 153¹ am Ende lies „SeemO. § 41“.

S. 165 Zeile 2 von oben füge bei: SeeUVG. § 10 Abs. 2. § 12 Abs. 3.

S. 168 Text Zeile 4 von unten lies „107“ statt „171“.

S. 181² am Ende lies „Kapitel 3“ statt „Kapitel 4“.

S. 212—14. Die Schwierigkeit, welche die Versagung der Sicherungshypothek durch BGB. § 651 Abs. 1 a. E. bereitet, ergibt sich auch aus zwei Urteilen bei Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte I, 433—35 und II, 382/83: Das letztere nimmt von § 651 und seiner Ausschließung des § 648 Umgang; das erstere begründet die Versagung der Hypothek mit der Möglichkeit, das Zurückbehaltungsrecht zu gebrauchen. Allein diese Möglichkeit ist nicht gegeben und würde kein Grund sein, die Hypothek zu versagen, falls nicht refinanziert wird.

S. 218¹ am Ende füge bei: HGB. § 63 Abs. 2 Satz 2.

S. 229². Hierher auch Domanielpachtverträge, welche den Domänenpächter anweisen, wie er seine Arbeitnehmer zu stellen hat. Vgl. Weber in Schriften des Vereins für Socialpolitik Bd. 56 S. 84.

S. 231 am Ende. Der Hinweis auf GewO. § 134^a Abs. 4 soll nicht besagen, daß der Ablauf der zweiwöchigen Frist hinreiche. Vielmehr muß die Arbeitsordnung oder ihr Nachtrag selbst den Geltungsanfang bestimmen. Vgl. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz S. 791 Nr. 12.

S. 253³ lies „des Abschlusses“ statt „den Abschlufs“.

S. 263 Text Zeile 4 von unten lies „Aussperrung“ statt „Sperrre“.

S. 263⁴. Füge noch bei: Bericht über die Arbeitsnachweiskonferenz zu Leipzig, herausgegeben vom Arbeitgeberverband Hamburg-Altona (1898) S. 46 fg. Sociale Praxis VIII, 1037—38. Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit kennzeichnet in einer Darstellung der bergischen Kleinindustrie (1901) S. 148: Arbeitgeberverband im Wupperthal und im Bergischen. Maier, Verband der Glacéhandschuhmacher (1901) S. 304/5. S. 385 (§ 13 der Satzungen des Vereins deutscher Lederhandschuhfabrikanten).

S. 264². Im Tarifvertrag für das Maurer- und Zimmerergewerbe in Grabow (vom 12. April 1901) findet sich folgende Bestimmung: „Kein Geselle darf ohne Genehmigung und ohne Bescheinigung seines Meisters auf eigene Rechnung Arbeiten nach Feierabend resp. am Sonntag übernehmen. Wird mit Genehmigung gearbeitet, so zahlt der Geselle pro Stunde 10 Pf. Meistergeld.“

S. 274—81. Gegenüber der von Lenel in Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 31—42 entwickelten Ansicht vom Werkvertrag über Geschäftsbesorgung, der ich mich nicht anschließen kann, sei einstweilen auch noch auf S. 269 bis 273 verwiesen; in Bd. II wird darauf zurückzukommen sein.

S. 275¹ am Ende. Fernere Opponenten bei Lenel a. a. O. S. 41/42 und bei Bernau ebenda S. 234/35.

S. 348¹. In Zeile 1 lies „Kap. 6 Nr. VI, 2“ statt „Kap. 6 Nr. III“.

S. 368 Zeile 14 von oben lies „Kap. 6 Nr. II“.

S. 392² Zeile 3 lies „S. 48“ statt „S. 11“.

S. 395—466. Die reichhaltige Schrift: H. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag auf rechtsrechtlicher Grundlage (1902) erschien so kurz vor Abschluß des Druckes, daß sie auch nicht mehr in diesen Nachträgen berücksichtigt werden konnte. Auf einige von ihren Aufstellungen einzugehen, wird in Bd. II Gelegenheit sein.

S. 400. Im Text haben die Notenziffern zu lauten 1 statt 2, 2 statt 3, 3 statt 4.

S. 414¹. S. ferner Dernburg § 309 unter V, 1 („ebenso ist Aufrechnung ausgeschlossen“).

S. 416 Zeile 3 von unten ist der Gedankenstrich zu tilgen, da der folgende Absatz noch der nämlichen Ausführung angehört.

S. 463. 464. Über das Verhältnis dieser Erörterung zu der S. 460 stehenden sei zusammenfassend noch folgendes bemerkt: An der früheren Stelle wurde erörtert, daß Einbehaltung zur Verwirkung nur im Maß der kautionalen Einbehaltung zulässig sei. Damit aber in der That Verwirkung des so Einbehaltenen zulässig sei, muß schon bei der Abrede der Einbehaltung deutlich gemacht worden sein, daß gerade zum Zweck der Verwirkung einbehalten werde. Dieses zweite Erfordernis behandelt die vorliegende Stelle.

S. 500². Bekanntmachung betr. Beschäftigung von Gehülfen und Lehrlingen in Gast- und Schankwirtschaften, vom 23. Januar 1902 (RGBl. S. 33) Nr. 5 Abs. 2 und Nr. 8 Abs. 2: „Überarbeit“.

S. 529⁴. S. auch Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit S. 102: „Andererseits ist auch der Auftraggeber durch nichts — weder durch Kündigungszwang noch durch sonstige Pflichten — an den Hausindustriellen, der für ihn arbeitet, gebunden. Geht das Geschäft schlecht, so muß dieser ohne vorhergegangene Kündigung und ohne jede Entschädigung einfach feiern.“

S. 532⁴. Ebenso Bernau in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 243 al. 3. 4.

S. 540¹. Füge bei: HGB. § 243 Abs. 4.

S. 563/64. Für Kündigung kommt der Ausdruck „von dem Vertrage zurücktreten“ auch vor in HGB. § 428 Abs. 2. § 667. § 669.

S. 575². S. auch Bernau a. a. O. S. 262⁴.

S. 586² am Ende lies „Kap. 6 Nr. IV“ statt „Kap. 5“.

S. 600². Vgl. S. 274¹.

S. 650². Hinter „Kommentare“ füge ein: S. auch S. 546 Nr. 5.

S. 651 Zeile 9 von oben: S. auch S. 547.

S. 738². S. fernere Anordnungen von Verwaltungsbehörden über von Arbeitgebern gestellte Wohnungen in den Nachträgen zur citierten Zusammenstellung: Landesbehördliche Arbeiterschutzzvorschriften, Berlin 1902, besonders S. 55—58. 95 fg.

Abkürzungen.

- AuswG. = Gesetz über das Auswanderungswesen.
BauUVG. = Bau-Unfallversicherungsgesetz.
BeschlG. = Gesetz, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes.
BiSchG. = Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt.
Depotgesetz = Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere.
EinfGes. = Einführungsgesetz.
EisenbahnVO. = Eisenbahnverkehrsordnung.
FIG. = Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei.
GenossenschG. = Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
GerVerfG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
GewGerGes. = Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte, und (von S. 245 an) Gewerbegerichtsgesetz (in der vom 1. Januar 1902 ab geltenden Fassung).
GewUVG. = Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz.
InvVG. = Invalidenversicherungsgesetz.
KrVG. = Krankenversicherungsgesetz.
Land- u. forstwirtsch. UVG. = Unfallversicherungsgesetz für Land und Forstwirtschaft.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung.
SeemO. = Seemannsordnung (vom 27. Dezember 1872).
SeeUVG. = See-Unfallversicherungsgesetz.
StGB. = Strafgesetzbuch.
Verlagsges. = Gesetz über das Verlagsrecht.
-

Einleitung.

I. Auf Grund der deutschen Reichsgesetze und an der Hand der wirtschaftlichen Thatsachen eine privatrechtliche Darstellung des Arbeitsvertrags zu liefern, ist die Aufgabe dieses Buches. Sie erwächst aus der Bedeutung, zu der sich der Arbeitsvertrag historisch erhoben hat, einer Bedeutung, die auf dem gewaltigen Umfang und der Mannigfaltigkeit seiner Anwendung, wie auf der ihn vor andern Kontrakten auszeichnenden Eigenart beruht.

Dafs der Arbeitsvertrag eine Massenerscheinung ist, täglich in zahllosen Exemplaren geschlossen, vollzogen und aufgelöst wird, um durch neue Anwendungen ersetzt zu werden, ergibt schon ein kurzer Gang durch die Wirklichkeit. Nur ist dieses Verfahren nicht ohne weiteres zulänglich, wenn es sich darum handelt, der Frequenz des Arbeitsvertrags, als der einen Wurzel seiner Bedeutung, inne zu werden. Die Beobachtung und Abschätzung, die wir dabei im Auge haben, setzt vielmehr einen Arbeitsvertrag von gewissem Umfang des Begriffs voraus, bei dem der Vertrag nicht auf Handarbeit beschränkt ist, über die Unterschiede der beteiligten Personen weggesehen wird, und die Fälle eingeschlossen werden, in denen die zugesagte Arbeit nicht vom Promittenten selbst, sondern von Gehülfen zu verrichten ist. Ob eine Wohnung oder ein Pferd vermietet, eine eigene oder eine fremde Sache verkauft wird, ist gewifs nicht einerlei und bezeichnet auch rechtlich erhebliche Unterschiede, aber wo dem Vorkommen von Miete und Kauf nachgefragt wird, darf man sich um derlei Distinktionen nicht kümmern. Im Mafsstab solcher Abstraktion ist unser Arbeitsvertrag gehalten: der Arbeitsvertrag, der dem zweiseitigen Vertrag gleichkommt, in welchem Arbeit gegen Entgelt versprochen wird. Dieser inhaltreiche Thatbestand realisiert sich unvergleichlich öfter, als der Zeitungsleser meint, der bei „Arbeitsvertrag“ nur an den „Arbeitsmarkt“, an die „Dienstgesuche“ und „Arbeitsangebote“ denkt. Eine unmittelbare Statistik

seiner Häufigkeit giebt es freilich nicht. Allein sowohl mittelbare statistische Angaben, wie einiges Nachdenken über sichere und verbreitete Erfahrungen vermögen doch eine ungefähre Vorstellung vom Anwendungsgebiet des Arbeitsvertrags und vom Verhältnis seiner Ausdehnung zu der anderer gangbarer Verträge zu erwecken. Auf beides ist im nächstfolgenden hingewiesen.

Von der ungeheuren Menge von Arbeit jeglicher Art, die nicht bloß Tag um Tag, sondern ununterbrochen Tag und Nacht verrichtet wird, um ein Kulturvolk bei seinem Bestande zu erhalten und in ihm herrschende Bedürfnisse zu befriedigen, spielt sich allerdings ein Teil außerhalb des Arbeitsvertrags ab. Da ist zunächst die Arbeit, die rechtlich überhaupt nicht einem anderen geleistet wird, indem der Arbeiter sie freiwillig und in eigenem Namen verrichtet. Denn der forschende Gelehrte oder der für den Verkauf malende Künstler, der im Kontor rechnende Herr, der seinen Boden pflügende Bauer, wie der Schuher oder Töpfer erzeugende Handwerker, der mit diesen seinen Waren den Markt befahren will, sie alle vollziehen mit ihrer Arbeit keine Arbeitsverträge, leisten sie keinem Gläubiger. Eine zweite nicht geringe Sphäre von Arbeit ohne Arbeitsvertrag ist die in der Familie, von ihren Angehörigen einander geleistete. Die hervorragendste und für die Gattung unentbehrliche, die von der Mutter bei Aufzucht der Nachkommen verrichtete, erfüllt zwar eine privatrechtliche Pflicht, aber nicht eine durch Arbeitsvertrag begründete. Auch die aus dem nachbarlichen Verkehr oder aus der Freundschaft hervorgehende, sie befestigende Arbeit, die einer dem anderen leistet, vollzieht nicht einen Arbeitsvertrag und, wenn überhaupt einen Vertrag, möglicherweise einen Auftrag, der jedoch um seiner Unentgeltlichkeit willen vom Arbeitsvertrag nicht befaßt wird. Endlich stellt auch die Arbeit des Heeres von öffentlichen, Staats- oder Gemeindebeamten und die friedliche des eigentlichen Heeres zu Lande und zu Wasser keine Leistung aus Arbeitsvertrag dar, wiederum nicht wegen ihrer Beschaffenheit — denn der Turn- oder Schießunterricht, die Herstellung eines Gesetzturfs oder die Entscheidung eines Interessenkonflikts kann so gut den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden, als die mütterliche Pflege durch die Kinderwärterin — sondern darum, weil die Verleihung eines öffentlichen Amtes, die Einstellung ins Heer, oder die Erteilung einer Charge nicht als Eingehung eines Arbeitsvertrags gilt.

Gewiß ist, wenn man die eben erwähnten vier Schichten überdenkt, der Betrag der Arbeit, die ohne Arbeitsvertrag, wenn auch nicht außerhalb des Rechts, vollbracht wird, ein sehr bedeutender,

und doch muß er nach der Zahl der Urheber, nach dem Umfang des Ergebnisses oder der bewältigten Widerstände weit zurückstehen hinter derjenigen Arbeit, welche in Vollziehung von Arbeitsverträgen geleistet wird. Diese steht demnach im Vordergrund, daß bei Kennzeichnung der modernen kapitalistischen Gesellschaft nicht selten von jener Arbeit abgesehen und erklärt wird, daß die Gesellschaft durch Lohnarbeit erhalten werde, wobei man freilich nicht den Gegensatz zur erstbetrachteten Arbeit, sondern zur Arbeit von Sklaven, Hörigen oder Erbunterthanen ausdrücken will. Denn unter Lohnarbeit wird die aus dem rechtlich freien Arbeitsvertrag geleistete verstanden. Daß aber diese als die Ernährerin der modernen Gesellschaft gilt, ist darin begründet, daß weit überwiegend sie die Lebensmittel, nämlich die Nahrungs-, Kleidungs- und Wohnungsmittel produziert und daß fast allein sie den Menschen- und den Warentransport, damit den Verkehr und die Verteilung vollführt.

Der Arbeit, die die Millionen benutzbarer und verzehrerbarer Güter zur Entstehung bringt und zum Genuß bereit stellt, tritt man gewöhnlich mit physiologischem, mit technologischem oder mit ökonomischem Interesse gegenüber. Im vorliegenden Zusammenhang hingegen ist die Erwägung unerlässlich, daß jener Entstehung und Bereitstellung tausende von Arbeitsverträgen zu Grunde liegen. Die Milch und der Zucker, der Rock und der Schuh, die Cigarre und die Zeitung, mit denen etwa ein männlicher Kulturmensch täglich in Berührung kommt, könnten von vielen Arbeitsverträgen erzählen, in deren Vollziehung sie ins Leben gerufen und bis an sein Gebiet geführt worden sind. Der Übergang von einer Produktionsstufe zur anderen kann durch einen Kaufvertrag markiert sein, und jedenfalls steht am Ende ihrer Produktionslaufbahn ein Kaufvertrag, der jene Güter in den Konsumtionsbereich überführt. Jener Unsumme von Arbeitsverträgen, die dem Konsumenten mittelbar zu Gute kommen, indem sie die Erzeugung und Verteilung rechtlich einleiten, tritt nun noch eine nicht geringe Zahl von Arbeitsverträgen zur Seite, durch die der Konsument sich unmittelbar in die Lage eines solchen versetzt, während er in den vorigen Fällen zu diesem Zweck einen Kaufvertrag schließen mußte. Wir meinen die Arbeitsverträge, die er zur Bedienung, Pflege, Beförderung, Belehrung und Unterhaltung seiner Person oder Sache, zur Erlangung eines Postens, zur Wahrung oder Ausbesserung seiner Güter, z. B. mit einem Rechtsanwalt, Stellenvermittler, Dienstboten, Krankenschwäger, mit einem Lehrer, Theater- oder Auswanderungsunternehmer abschließt.

Wenn man sich von der subjektiven Veranschlagung, auf welche

tägliche Erfahrung — etwa der Anblick eines Hafengeetriebes, rauchender Fabrikschlöte oder großstädtischen Strafsenverkehrs — und kurze Überlegung führen, den Quellen zuwendet, die objektive, obzwar nur mittelbare statistische Aufschlüsse liefern, so erstreckt sich die Reihe von Arbeitsverträgen, die auch nur für den Zeitraum eines Jahres anzunehmen ist, ins Riesenhafte. Welche gewaltige Summen solcher Kontrakte finden wir in der Berufsstatistik, der Ein- und Ausfuhrstatistik, der Produktionsstatistik angedeutet. Bei einer Statistik des Bergbaus gedenken wir der tausende von Bergleuten, welche die dort angegebenen Mengen der Kohlen und Erze in Vollziehung von Arbeitsverträgen der Erdrinde entnommen und gefördert haben. Bei der Erntestatistik erinnern wir uns wohl, daß sie Quanta von Getreide enthält, die ohne Arbeitsvertrag hergestellt worden sind, aber die weit überwiegende Masse rührt von der Arbeit von Knechten und Mägden, Gutstagelöhnern und Wanderarbeitern her, die damit ihre durch Arbeitsvertrag begründete Pflicht erfüllten. Die Ein- und Ausfuhrstatistik stellt uns eine Legion von physischen und juristischen Personen vor Augen, die als Spediteure, Frachtführer, Rheder, Kapitäne, Schiffsmänner, Lootsen, Stauer, Schauerleute u. s. w. an den Transporten beteiligt waren und damit Arbeitsverträge vollzogen haben. Endlich führt uns eine Berufsstatistik, wie die auf der Berufs- und Gewerbezahlung vom 14. Juni 1895 beruhende, an zweihundert Berufsarten vor, manche mit tausenden von Inhabern, deren Berufsausübung, juristisch genommen, gänzlich oder teilweise in der Eingehung und Vollziehung von Arbeitsverträgen besteht.

Die vorstehenden Hinweise auf statistische Erhebungen und persönliche Veranschlagungen stecken nicht bloß ein gewaltiges Anwendungsgebiet des Arbeitsvertrages aus, sondern machen es auch wahrscheinlich, daß seine Frequenz, verglichen mit der anderer Kontrakte, eine hervorragende ist. In der Reihe der Kontrakte muß er das Darlehen, die Leihe, die Schenkung, die unentgeltliche Hinterlegung, den Auftrag und die Gesellschaft weit hinter sich lassen. Denn es fällt nicht schwer, sich Lebensläufe vorzustellen, in denen auch nicht einer von den eben genannten Kontrakten jemals abgeschlossen wird, während man die seltensten, unwahrscheinlichsten Lebensumstände voraussetzen müßte, um glaubhaft zu machen, daß jemand zwischen Wiege und Grab niemals, weder als Arbeitgeber noch als Arbeitnehmer, einen Arbeitsvertrag eingegangen sei. Auch von der Miete kann man nicht wohl zweifeln, daß sie in der Häufigkeit des Vorkommens vom Arbeitsvertrag übertroffen werde. Gewiß

ist sie als Kontrakt, der Obdach oder Schlafstelle verschafft und damit ein Elementarbedürfnis deckt, eine alltägliche Erscheinung, und man darf dabei absehen von den Fällen, da einer dieses Bedürfnis unter eigenem Dach, oder unter fremdem, aber ohne Miete befriedigt, wie beim Hausgesinde und der Schiffsmannschaft der Fall ist. Aber das muß dem Arbeitsvertrag einen numerischen Vorsprung vor der Miete verschaffen, daß er massenhaft im Bereich der Produktion und der Verteilung vorkommt, eigentlich das rechtliche Knochengestütz dieser Organisationen bildet, während die Miete, soweit sie nicht die Arbeitsstätte (z. B. Werkstube, Laden, Pachtgut) und Werkzeuge verschafft, außerhalb jener ausgedehnten Sphären bleibt und in ihrer häufigsten Anwendung, als Wohnungsmiete, nur unmittelbar dem Konsumenten dient. So bleibt denn von den gangbaren und danach hier allein zu berücksichtigenden Kontrakten nur der Kauf übrig. Er ist der einzige, der, wo eine Rangordnung nach der Frequenz stattfinden soll, mit dem Arbeitsvertrag konkurrieren kann. Es gibt wahrscheinlich Menschen, die niemals dazu gelangen, weder als Verkäufer noch als Käufer, einen Kauf abzuschließen — jenes, weil ihr Besitz nur für sie selbst hinreicht, oder weil sie gar nichts besitzen, dieses, weil ihr Besitz ihre Bedürfnisse deckt, oder weil sie, der Mittel bar, nichts kaufen können — aber wie groß auch ihre Zahl sei, sie muß verschwindend sein in einer Gesellschaft, deren Signatur die Warenproduktion, d. h. die Produktion für den Verkauf, ist. Denn diese Gestalt der Volkswirtschaft involviert zahllose, gliederreiche Ketten von Kaufverträgen, die die Produktionsstätten miteinander und mit den Verkaufsstätten für das Publikum verbinden, und deren letztes Glied nicht einmal immer der Kaufvertrag des Konsumenten ist, der die Ware sich zum Genuß verschafft; denn nach diesem Verbrauch erlebt manche noch eine Nachgeschichte, indem sie eine zeitlang mittelst Kaufverträgen im Trödel umgeht, oder als bloßer Stoff in Öfen, Papiermühlen oder Schmelztiiegeln mit ihresgleichen versammelt im Kreislauf der Materie neue Gestalt annimmt, vielleicht der Produktion ganz anderer Waren dienstbar gemacht wird. Dazu kommen nun Massen von Waren, die überwiegend Naturprodukte sind, in den Kleinverkehr der Märkte gelangen und verkauft werden, ohne je mit einem Arbeitsvertrag in Berührung gekommen zu sein. Ferner ist der Kaufvertrag so geartet, daß das durch ihn begründete Rechtsverhältnis oft nur geringe Zeit in Anspruch nimmt, indem es durch die momentane Vertragserfüllung alsbald wieder erlischt, also daß die nämliche Person an einem Tage, in einer Stunde Dutzende von Kaufverträgen einzugehen vermag. Eine solche successive Häufung ist

dem Arbeitsvertrag meistens verschlossen, weil die Vollziehung des einzelnen den Arbeitnehmer oder auch den Arbeitgeber zeitlich dermaßen okkupiert, daß er sich der Begründung weiterer Arbeitsverhältnisse vorläufig enthalten muß. Andererseits kommt auch gleichzeitiger Vollzug eines Haufens von Arbeitsverträgen vor, indem der Rheder oder der Eisenbahnunternehmer tausend Auswanderer oder Passagiere auf einmal befördert, der Theater- oder Zirkusdirektor tausend Zuschauer auf einmal ergötzt.

Alles in allem wird man nicht fehlgehen, wenn man den Kauf als den häufigsten Kontrakt ansieht und dem Arbeitsvertrag die zweite Stelle zuweist. Wenn dieser aber an Frequenz mit dem Kauf verglichen werden kann und hierin die anderen gangbaren Kontrakte weit hinter sich läßt, so ist damit die eine Seite seiner Bedeutung hinlänglich zum Ausdruck gebracht.

II. Die andere Seite dieser Bedeutung hängt ursächlich mit der ihm eigentümlichen, ihn von anderen zweiseitigen Kontrakten trennenden Natur zusammen. Diese Eigentümlichkeit ist zwar auch einer der Gründe seiner im vorausgehenden besprochenen Frequenz, sie muß aber hier zunächst unter Absehen von dieser Folge betrachtet werden. Bei den anderen zweiseitigen Kontrakten, von denen sich der Arbeitsvertrag absondert, ist an den Kauf einschließlich des Tausches und an die Miete, einschließlich der Pacht, nicht auch an die Gesellschaft zu denken. Denn was den Arbeitsvertrag von der Gesellschaft scheidet, ist nicht etwas, das diese mit den anderen Kontrakten gemein hat, da vielmehr umgekehrt die Arbeitsleistung, die den Arbeitsvertrag im Gegensatz zum Kauf und zur Miete charakterisiert, auch bei der Gesellschaft als prinzipale Leistung vorkommen kann. Was den Arbeitsvertrag von der Gesellschaft trennt, ist nichts dem Arbeitsvertrag eigentümliches, braucht daher hier nicht verfolgt zu werden. Die Besonderheit des Gesellschaftsvertrags — nämlich der „gemeinsame Zweck“ — sondert sie auch vom Kauf und von der Miete.

Das nun, worin die Eigentümlichkeit des Arbeitsvertrags besteht, was ihm zum Unterschied von den anderen Kontrakten wesentlich ist, wovon er daher den Namen trägt, ist die Arbeit, d. h., daß in ihm Arbeit gegen Entgelt vereinbart werden muß. Dieser ihm wesentliche Thatbestand unterscheidet seinen Begriff namentlich von dem des Kaufs und dem der Miete. Freilich können Kauf und Miete vorkommen, bei welchen der Verkäufer oder Vermieter Arbeit zu leisten übernimmt. Aber diese Leistung ist hier rechtlich untergeord-

net, eine Nebenleistung, nicht im Kauf- oder Mietbegriff enthalten und bleibt der Mehrzahl seiner Anwendungen fern.

Andererseits besitzt die Hauptleistung des Verkäufers oder Vermieters eine wesentliche Eigenschaft, die der Arbeit nicht anhaftet, obwohl sie mit der Arbeit einhergehen kann. Beim Kauf und bei der Miete ist die zu entgeltende Leistung ohne einen Vermögensaufwand nicht möglich, sie bildet einen Vermögensaufwand. In Wirklichkeit können viele Verkäufer und Vermieter ihre Kontrakte nicht vollziehen, ohne ein gewisses Maß von Energie zu entfalten, in den Fällen nämlich, wo es nicht dem Käufer oder Mieter überlassen ist, sich des Objektes zu bemächtigen. Allein diese eingreifende Energie tritt in den Thatbeständen nicht als das zu Entgeltende auf, dieses ist vielmehr ein Vermögensaufwand. Der Verkäufer, der Vermieter soll etwas aus seinem Vermögen hergeben, mag es zur Zeit der Vertragschliessung schon seinem Vermögen angehören, als demselben angehörig gedacht sein, oder erst in der Folge in sein Vermögen eintreten; diese Verträge sind darauf gerichtet, daß es aus dem Vermögen heraustrete. Sie sind daher seitens des Verkäufers oder Vermieters vollzogen, sobald der ökonomische Stellenwechsel des Gutes vollbracht ist, mag es auf die Dauer und gänzlich, oder nur vorübergehend und dem Gebrauch nach die Vermögensstelle wechseln.

Dagegen ist dem Arbeitsvertrag ein solcher Stellenwechsel nicht wesentlich, der Vollzug des Arbeitsvertrags braucht daher für den Arbeitgeber nicht eine ökonomische Succession zu sein. Denn es gehört nicht zum Wesen des Arbeitsvertrags, daß der Arbeitnehmer etwas seinem Vermögen Angehöriges aufgabe und überliefere, sondern daß er Arbeit leiste. Diese ist nicht etwas, das er zur Zeit der Arbeitszusage künftig haben wird, oder zur Zeit ihrer Erfüllung gegenwärtig hat, überhaupt nichts, das zur Habe einer Person gehören kann, da es vielmehr ihrem Sein entspringt. Denn die Arbeit ist eine von der Person des Arbeitnehmers ausgehende Thätigkeit, bei der nichts von ihrem Vermögen veräußert zu werden braucht. Wohl mag der Arbeitsleistung eine Vermögensaufwendung des Arbeitnehmers vorausgehen, die ihn zur Arbeit ausrüstet und in Stand setzt, oder eine Vermögensaufwendung in Gestalt von Auslagen (für Stoffe, Werkzeuge, Gehülfen) mit der Arbeit verbunden sein: es bleibt doch dabei, daß die Arbeit selbst, von der hier die Rede ist, keinen Vermögensaufwand bildet. Im essentiellen Thatbestand, den man Arbeitsvertrag nennt, liegt auf Seiten des Arbeitnehmers nicht ein Einsatz von Vermögen, sondern ein Einsatz der Person, mag die zu leistende Arbeit nur vom Arbeitnehmer, oder auch auf seinen Antrieb

von anderen verrichtet werden, mag also der Arbeitnehmer die eigene Person einsetzen oder die des Gehulften, durch den er die Arbeit leistet.

Man wende nicht ein, die Haftung des Schuldners sei bei allen Schuldverträgen — beim Kauf und bei der Miete nicht anders als beim Arbeitsvertrag — etwas persönliches, indem der Arbeitnehmer so gut ein Schuldner sei, wie der Verkäufer und der Vermieter. Denn diese Gemeinsamkeit ist die Einheit der Rechtsfolge, die hier gar nicht in Frage steht, die zum Vorschein kommt, wenn auf die Haftung zu rekurrieren ist, weil die Leistung ausbleibt. Hier dagegen handelt es sich um die Vergleichung der Thatbestände, also der Abreden hinsichtlich der verabredeten Leistungen. Daher haben wir hier die Leistungen als wirklich erfolgende zu denken, wie sie auch bei der Eingehung des Vertrags gedacht, in Aussicht genommen werden. Und da besteht nun der angegebene Unterschied, daß beim Kauf und bei der Miete eine sächliche, beim Arbeitsvertrag eine persönliche Leistung ausbedungen wird, einerlei für diesen Unterschied, ob die Arbeit, diese persönliche Leistung, auch vom Arbeitnehmer selbst gänzlich verrichtet wird, oder Dritte für ihn eintreten. Mit diesem Unterschied ist die eigentümliche Natur des Arbeitsvertrages bezeichnet, die andere Quelle seiner Bedeutung. Diese Bedeutung hängt mit der besagten Natur ursächlich zwiefach zusammen.

Insofern — nach der heute herrschenden Rechts- und Moraltheorie — dem Menschen der Mensch näher und höher steht als die Sache, muß er die Hingabe der Person, die zur Arbeit gehört, höher achten als die Sachleistung. Er mag eine gegebene Arbeitsleistung ökonomisch geringer schätzen, als eine gegebene Sachleistung, weil jene ihm einen geringeren Vermögenszuwachs verschafft als diese, aber gattungsmäßig muß er den Kraftaufwand des Arbeitnehmers höher stellen, als den Vermögensaufwand des Verkäufers oder Vermieters. Und die Rechtsordnung, als Produkt und Werkzeug der menschlichen Gesellschaft, muß sich dieser Gradation anpassen, für sie muß daher die Arbeit die vornehmste obligatorische Leistung, und der Arbeitsvertrag, der diese gegen Entgelt verspricht, der subtilste Gegenstand der Regelung im Vertragsrecht sein.

Bei der Leistung Arbeit ist der Schuldner, persönlich oder in Person seines Vertreters, vom Anfang bis zum Ende der Leistung mit ihr verwachsen, sie macht einen Teil seines Lebens aus, so daß jede Bestimmung der Arbeit, die das Recht ihr giebt, oder von den Parteien geben läßt — ob sie bei Tag oder bei Nacht, zu Wasser oder zu Land, daheim oder in der Fabrik, mit der Hand

oder maschinell, im Chor oder solo zu verrichten ist —, unmittelbar den Arbeitnehmer ergreift. Seine Person oder die seines Gehülfen ist in den Vertragsvollzug verflochten und damit Anstrengungen, Unbilden oder Gefahren ausgesetzt, die der sächlichen Leistung fern zu bleiben pflegen.

Da es bei keinem zweiseitigen Kontrakt so sehr wie beim Arbeitsvertrag auf die Person ankommt, die die Leistung macht, so spielt auch die Fülle der Unterschiede unter den Personen beim Arbeitsvertrag eine unvergleichlich gröfsere Rolle als sonst, für seinen Vollzug und daher schon für seinen Abschluss. Beim Kauf und bei der Miete sind für die Verkäufer- wie für die Vermieterleistung Alter, Geschlecht, Ausdauer, Kraft, Geschicklichkeit und Talent des Verkäufers oder Vermieters im ganzen gleichgültig; denn Veräußerung wie Gebrauchsüberlassung bringen die persönlichen Eigenschaften ihrer Urheber nur selten zum Ausdruck und werden wenig von denselben beeinflusst. Dagegen für die aus dem Arbeitsvertrag zu machende Leistung, nämlich die Arbeit, fallen jene Qualitäten der Person meistens schwer ins Gewicht, weil hier die Leistung unter Einsatz der Person erfolgt, eine That ist. Für den Abschluss von Kauf und Miete kommt es wegen der Handlungsfähigkeit einigermaßen auf den Familienstand und das Alter an; beim Arbeitsvertrag aber treten zu diesen noch andere Unterschiede, des Alters, des Geschlechts, der Herkunft und der Gesundheit, nach denen die Eingehung gewisser Arbeitsverträge rechtlich statthaft oder unstatthaft ist, im Hinblick auf ihren Vollzug.

Kauf und Miete können ein jedes sich differenzieren nach den Differenzen unter den Kaufobjekten und unter den Mietobjekten, aber Differenzen, die so tief gehen, daß sie auch rechtliche Beachtung fordern, giebt es hier kaum mehr, als sich an den Fingern aufzählen lassen: man kann etwa körperliche und unkörperliche Sachen unterscheiden und auf jeder Seite noch ein paar Unterarten finden — z. B. bewegliche und unbewegliche, speciell und generisch bestimmte Sachen, Schiffe, Forderungen, Erbschaft, Vieh, Wertpapiere — alles übrige ist rechtlich belanglos. Dagegen die unendliche Reihe verschiedener Arbeitsarten führt zwar nicht notwendig zu einer unendlichen Reihe verschiedener Arten von Arbeitsvertrag: immerhin giebt es hier den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber in Mitleidenschaft ziehende Differenzen unter den Arbeitsarten von solcher Menge und Gröfse, daß eine einigermaßen ihrer Aufgabe bewusste Rechtsordnung mit so wenigen Distinktionen wie beim Kauf oder bei der Miete nicht auskommen kann. Sie muß, wenn sie den durch die

Arbeitsart begründeten Unterschieden gerecht werden will, Regeln enthalten, die besonders angepaßt sind der Arbeit z. B. des Seemannes, des Frachtführers zu Lande, in der Binnen- und der Seeschifffahrt, des Spediteurs, des Maklers in Civil- und Handelssachen, des Kommissionärs, des Verwahrers und des Lagerhalters, des Rechtsanwaltes, des Handlungsagenten und des Handlungsgehilfen, des Lehrlings in Handel und Gewerbe, des gewerblichen Arbeiters und muß hier wiederum specialisieren die des Gesellen, des Fabrikarbeiters und des höheren Angestellten, und zu äußerst unterscheiden die Arbeit des Bäckers, des Cigarrenarbeiters, des Arbeiters in der Kleider- und Wäschekonfektion, in der Ziegelei, in der Zündholz-, Zucker-, Bleifarbenfabrikation, von einem Dutzend fernerer Distinktionen zu schweigen. Selbst bei diesen zahlreichen Unterscheidungen kann es die Gesetzgebung nicht bewenden lassen. Die wachsende Erkenntnis von Arbeitseigenheiten und das Aufkommen neuer Arbeitsarten muß zu einer reicheren, feineren Verzweigung des Regelsystems auffordern, die Zunahme der gesellschaftlichen Fürsorge für den Arbeitsvertrag muß sich in steigender Differenzierung seiner Rechtsordnung kundgeben, womit die Rechtskultur vorschreitet. Wie hierdurch der gerechte Anspruch befriedigt wird, das Ungleiche ungleich zu behandeln, so müssen, nach dem nämlichen Maßstab, überlieferte Sonderregeln — wie das Gesinderecht — fallen gelassen werden, wenn sie durch Unterschiede der Arbeit oder andere nicht mehr begründet erscheinen.

III. Zum andern (S. 8) ist die auf der Natur des Arbeitsvertrags beruhende Bedeutung desselben darin gegründet, daß er mehr nicht als Arbeit und nicht überdies einen Vermögensaufwand dem Arbeitnehmer auferlegen muß. Hiermit ist seine weite Zugänglichkeit gegeben. Denn damit bietet er sich als rechtlich geschütztes Subsistenzmittel allen denen an, die nicht imstande sind, einen Vermögensaufwand zu machen oder ein Kapital einzusetzen, um am Erwerbsleben teilzunehmen. Daß sich diesen Personen der Arbeitsvertrag anbietet, bedeutet ein doppeltes: einmal, daß sie ihn abschließen können, nämlich weder rechtlich noch ökonomisch daran verhindert sind, und ferner, daß sie ihn abschließen müssen, wenn sie mit den Ihrigen leben wollen, und weder von anderer Seite für sie gesorgt wird, noch der Weg rechts- oder moralwidrigen Erwerbs für sie gangbar ist. Die ökonomische Zwangslage, die zur Eingehung von Arbeitsverträgen führt, kommt natürlich in verschiedenen Graden vor: sie kann fortwährend oder nur zeitweise, etwa periodisch, vor-

handen sein, sie kann als absolute bestehen, indem wörtlich die Existenz des Arbeitnehmers und seiner Angehörigen durch die Begründung des Arbeitsverhältnisses ökonomisch bedingt ist, oder er wird nur dadurch zu dessen Begründung getrieben, daß er die Befriedigung von Lebensansprüchen sucht, die über dem Existenzminimum liegen.

In diesem Zustand der Besitzlosigkeit, der zum Abschluß von Arbeitsverträgen drängt, befinden sich bekanntermassen nicht etwa Einzelne, sondern Millionen. Für Millionen bedeutet daher der Arbeitsvertrag eine ökonomische Zufluchtsstätte, die zwar nicht vom Recht bereit gehalten, aber insofern garantiert wird, als innerhalb ihrer Grenzen der Kampf ums Dasein mit den geringsten Mitteln und in anerkannten Formen geführt werden kann. Diese Natur des Arbeitsvertrags ist eine Ursache seiner Häufigkeit und damit auch seiner Bedeutung. Denn es ist zwar bei zahlreichen Arbeitsverträgen der Arbeitnehmer ein Kapitalist und kann die Arbeitsverträge nicht ohne bedeutende kostspielige Arbeitsmittel, z. B. Beförderungsmittel, eingehen. Noch viel zahlreicher aber sind die Arbeitsverträge, bei denen der Arbeitnehmer von Arbeitsmitteln entblößt und auf den Entgelt gewährenden Arbeitsvertrag angewiesen ist, den er auf Grund seiner bloßen Arbeitskraft einzugehen vermag. Da seine Existenz in solchen Fällen an den Empfang des Entgeltes geknüpft ist, so ist sein Interesse, den Entgelt nicht, auch nicht teilweise oder zeitweise vorenthalten zu sehen, seiner Lage nach das dringendste. Und da seine Arbeitskraft, als Teil seiner Lebenskraft und als Quelle seiner Arbeit, ihm Zweck und Mittel zugleich ist, so ist sein Interesse an Hintanhaltung ihres Brachliegens wie ihrer Vergeudung, ihres Mißbrauchs wie ihrer Gefährdung ebenfalls das dringendste. Beide Interessen stehen für ihn bei der Vollziehung des Arbeitsvertrags auf dem Spiel, auf ihre Wahrung kann die rechtliche Ordnung des Arbeitsvertrags großen Einfluß haben.

Die gewaltige Zahl derer, welche in der gedachten Weise auf den Arbeitsvertrag angewiesen sind, wirkt wie auf seine Frequenz, auch auf seinen Inhalt ein. Sie konkurrieren bei den Arbeitsverträgen, die der Besitzer der Arbeitsmittel zu schließen willens ist. So lange sie sich nicht verbünden, um ein Herabgehen unter eine gewisse Grenze bei den Vertragsbedingungen zu verhindern, befindet sich jeder in der Gefahr, von einem Konkurrenten unterboten zu werden. Für den Unterbieter bedeutet dies eine Verschlechterung des Vertrags behufs Ausschließung des Mitbewerbers. Dem Arbeitgeber aber kommt diese Konkurrenz der Arbeitnehmer zu gute. Der

Arbeitsvertrag, bei dem Besitzlose als Arbeitnehmer beteiligt sind, die ihre Konkurrenz nicht eingedämmt haben, bietet daher dem Arbeitgeber Gelegenheiten, seine Interessen auf Kosten des Mitkontrahenten zur Geltung zu bringen. Der Spielraum, den die vorliegende Anwendung des Arbeitsvertrags dieser Art von Ausbeutung gewährt, und andererseits die mannichfaltigen Schranken, welche ihr teils die moderne Gesetzgebung, teils die Autonomie in Gestalt des Tarifvertrags gezogen hat, liefern der juristischen Betrachtung ebenso zahlreiche als bedeutungsvolle Objekte.

Endlich begegnet man dem Arbeitsvertrag dieser Anwendung auch in Regionen, die sozusagen unterhalb der Schwelle des Rechts liegen, wenigstens des an den Kulturstätten geübten. Denn wo das wirtschaftliche Übergewicht des Arbeitgebers zusammentrifft mit persönlicher Wehrlosigkeit des Arbeitnehmers, die von seinem Kindesalter, seiner Körperschwäche, von Fremdsprachigkeit oder Bildungslosigkeit herrührt, und wo gar solche Arbeitsverhältnisse sich an weltentlegenen Orten abspielen, da empfängt man oft nicht den Eindruck, daß hier Rechtsverhältnisse bestehen, in denen Mein und Dein auch für die letzten, kümmerlichsten Glieder der Gesellschaft von Gesellschaftswegen geschieden sind. Von einem Rechtsbewußtsein, dem Bewußtsein einerseits, daß dem Arbeitgeber nicht grenzenlose Ansprüche zukommen, und daß der Arbeitnehmer jenem nicht völlig unterthan, nicht jede Zumutung zu erfüllen, nicht jede Niedertretung oder Einpferchung schweigend zu dulden verpflichtet sei, und andererseits dem Bewußtsein, daß der Arbeitnehmer den einmal eingegangenen Vertrag, falls dieser gültig ist, auch vollziehen und aushalten müsse, sind in den Sphären, die wir im Auge haben, nur schwache Spuren wahrzunehmen: hier herrscht der Absolutismus, gemildert durch Kontraktbruch. Diese, besonders in der dörflichen Hausindustrie, aber auch in der der Großstadt, in Ziegeleien und in ländlichen Arbeiterverhältnissen mancher Gegenden auftretenden Erscheinungen muten den modernen Juristen an, wie etwa die Kunstgebilde eines Indianerstammes einen Renaissancekünstler berühren mochten. Freilich handelt es sich hierbei vielfach nicht um etwas Primitives, sondern um etwas Rudimentäres. Immer aber sind es Erscheinungen, die mit um sich greifendem und erstarkendem Rechtsgefühl — das freilich kein Erzeugnis bloßer Überlegung ist — verschwinden werden. Einstweilen bezeugen sie, daß das geltende Recht nicht überall herrscht, und erinnern den Juristen daran, wie schwach die Mittel des Privatrechts und selbst des Strafrechts sind, wo Kontrahenten von äußerster

Ungleichheit der Macht bei Abschluss und Vollzug von Arbeitsverträgen einander gegenüberstehen¹.

Die Bedeutung des Arbeitsvertrags — um das Gesagte zusammenzufassen — besteht in der Menge und Mannichfaltigkeit seiner Anwendung, die ihn als Schwungrad in der rechtlichen Maschinerie der modernen Wirtschaft erscheinen lassen, und ferner darin, daß er vermöge der ihn kennzeichnenden Leistung, der mit dem Einsatz der Person verwobenen Arbeit, dem Recht eine schwere, vielseitige Aufgabe stellt, eine Aufgabe, deren Schwierigkeit sich noch dadurch steigert, daß jene Arbeit massenhaft von solchen übernommen wird, die keine andere Leistung gegen Entgelt zu bieten haben und für den Streit der Interessen nicht mit dem vollen Rüstzeug ausgestattet sind.

IV. Nach der im Vorstehenden skizzierten gewaltigen Bedeutung, die der Arbeitsvertrag im Ablauf des Einzel- wie des Gemeinlebens besitzt, und nach der Zahl und Tragweite der Aufgaben, welche er der Rechtswissenschaft darbietet, sollte man erwarten, daß er einen bevorzugten Gegenstand der Jurisprudenz bilde, daß diese sich sowohl seiner einzelnen Teile bemächtigt, als einen Aufbau des Ganzen wieder-

¹ Vgl. einerseits Grofsmann, in Verhältnisse der Landarbeiter in Deutschland II, 498/99 (Schriften des Vereins für Socialpolitik Bd. 54): „Die gesamten Bedingungen, unter denen der Tagelöhner mit seiner Familie zu arbeiten hat, sind nicht selten durch schriftliche Kontrakte formuliert. Manche jedoch legen gar keinen Wert auf solche Kontrakte und teilen daher die Arbeitsbedingungen den Tagelöhnern nur mündlich mit, betrachten auch die Arbeiter . . . gar nicht als kontraktlich gebunden. Sie sagen, der Kontrakt verpflichte doch nur den Arbeitgeber, es sei besser, einen Arbeiter, der nicht arbeiten wolle, laufen zu lassen, als ihn zu zwingen, die Arbeit zu verrichten. An vielen Orten weigern sich auch die Arbeiter, einen Kontrakt zu unterschreiben . . .“ Fiebelkorn, Die Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie (1899) S. 24: „Von schwerwiegender Bedeutung für die Arbeitgeber in der Ziegelindustrie ist ihre fast völlige Rechtslosigkeit gegenüber den Arbeitern.“ Andererseits M. Weber in Verhältnisse der Landarbeiter III, 774 (Schr. des Vereins f. Socialpolitik Bd. 55): „Auch ist ersichtlich, daß keine Form der Erledigung von Streitigkeiten über alle diese Verhältnisse weniger geeignet ist, sachgemäße Resultate zu zeitigen, als die Anrufung der Gerichte. Die verwaltungsrechtliche Normierung dessen, was dem Arbeiter observanzmäßig zukommt . . . war den historischen Grundlagen des ländlichen Arbeitsverhältnisses wesentlich angemessener. Wo eine solche Regelung zufolge der Zersetzung der alten Organisationen nicht mehr möglich ist, entscheidet die jeweilige Machtlage und sind die Formen des Privatrechts für die Masse der nicht grundbesitzenden Landbevölkerung indifferent und von äußerst geringer praktischer Bedeutung . . . Auch diese indifferente Stellung zum Privatrecht ist ein typischer Zug in der Lage des modernen Proletariats.“

holt unternommen habe. Allein diese Erwartung wird nicht erfüllt, und namentlich ist eine das Gesamtgebiet des privatrechtlichen Arbeitsvertrags umschliessende Monographie in der deutschen Litteratur nicht aufzuweisen. Da dieser Befund nicht bloß an sich sehr bemerkenswert ist, sondern auch die Entstehung des gegenwärtigen Buches veranlaßt und dessen unten anzugebenden Plan beeinflusst hat, so müssen wir hier bei jenem Befunde und seinen Ursachen etwas verweilen.

Eine negative Thatsache wie die behauptete, läßt sich zwar nicht unmittelbar, aber doch durch Zeugnisse beweisen. Und wahrscheinlich ist sie schon darum, weil eine Konzeption von dem Umfang, den wir im Auge haben, nämlich der Arbeitsvertrag ohne Unterschied der Personen, die ihn abschließen, und der Art von Arbeit, die darin ausbedungen wird, wenngleich nicht unerhört, doch keineswegs geläufig ist. Eine Abstraktion dieses Grades ist zwar in der Natur der Dinge begründet, in anderen Bezirken der Wissenschaft durchgeführt und von unverkennbarer Nützlichkeit, allein ihr Ergebnis gehört nicht zu den überlieferten Beständen der Jurisprudenz, bietet sich nicht von selbst zum Thema, muß vielmehr hierzu erst geformt und begrenzt werden.

Ungefähr in dem hier gewählten Mafsstab hat in seiner der „Behandlung der Arbeit im Privatrecht“ geltenden Schrift (1896) W. Endemann den Gegenstand gedacht und im Anschluß an einen historischen Rückblick die Befassung mit diesem Thema empfohlen. Er unterläßt dabei nicht, von der Rechtswissenschaft die Verwertung volkswirtschaftlicher Erkenntnisse zu verlangen, da sie „teilweise noch geradezu verschmäht, teilweise nur sporadisch und schüchtern sich dazu versteht, für die Ordnung des Verkehrsrechtes die Hauptgrundlage in den wirtschaftlichen Zuständen und Begriffen zu finden.“ Jener historische Rückblick erstreckt sich sowohl auf die Regelung, die die Arbeit im Privatrecht einiger Kulturvölker, als auf die Bearbeitung, die diese Regelung in der zugehörigen juristischen Litteratur gefunden hat. Nicht bloß ergibt sich hieraus für die heutige Zeit und unser Rechtsgebiet ein Manko, nämlich ein starkes Mißverhältnis zwischen Umfang und Gewicht der Sache und andererseits der ihr von der Forschung gewidmeten Aufmerksamkeit und Mühe, sondern es wird auch der negative litterarische Befund bezeugt, von dem wir vorhin ausgegangen sind. Weiter bestätigen denselben Aussprüche von Autoren, die entweder die juristische Theorie des gewerblichen Arbeitsvertrags¹

¹ z. B. das Gewerbegericht (Mitteilungen, seit Oktober 1899 Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte) II, 70/71 („auf dem von der Rechts-

oder gar des Arbeitsvertrags überhaupt vermissen¹. Indessen scheinen nach ihrem Zusammenhang auch die letzteren Erklärungen nur im vorigen engeren Sinn gemeint zu sein, d. h. sich nur auf den gewerblichen Arbeitsvertrag zu beziehen. Dafs die Urteile und Klagen in dieser Richtung gehen, hängt wohl teils damit zusammen, dafs der Erfahrung ihrer Urheber der gewerbliche Arbeitsvertrag näher lag, als z. B. der landwirtschaftliche oder der seemännische, teils mit dem Aufkommen der Gewerbegerichte; denn die damit gegebene Erleichterung der Rechtsverfolgung hat die Praxis für diesen Teil des Feldes vermehrt und damit das wissenschaftliche Bedürfnis geweckt oder belebt. Wahrscheinlich haben aber auch die Konzentration und Energie, die von den gewerblichen Arbeitern im Verlangen nach gesetzlicher Regelung ihres Arbeitsvertrags an den Tag gelegt worden sind, im Verein mit der Kritik, welche die politische Ökonomie jenem Vertrag zugewandt hat, manche Juristen zu mehrerer Beachtung desselben angeregt. Ist doch von einem sogar das Mißverständnis geäußert worden, dafs der zunehmenden Bewegung der Industriearbeiter nichts anderes zu grunde liege, als das Streben nach einer gesetzlichen Reform des Arbeitsvertrags.

Da immerhin der gewerbliche Arbeitsvertrag ein großes und wichtiges Stück vom Gesamtgebiet des Arbeitsvertrags ausmacht, so

wissenschaft so arg vernachlässigten Gebiete des gewerblichen Arbeitsvertrags²), Unger, Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin (1898) S. III, Cuno in der Anzeige des Ungerschen Buches: Gewerbegericht III, 84, J. Jastrow in Jahrbücher für Nationalökonomie, 3. Folge, XIV, 802, am ausführlichsten Flesch in Gewerbegericht V, 69—73. — Seitdem die Gewerbegerichte eine formell einheitliche Rechtsprechung für den gewerblichen Arbeitsvertrag in Gang gebracht haben, sind einzelne Seiten seines Rechts litterarisch erörtert worden. Auch sind mehrere populäre, nämlich zur Belehrung der gewerblichen Arbeiter bestimmte Darstellungen des ganzen Gegenstandes erschienen. Von solchen sei hier genannt Stadthagen, Das Arbeiterrecht, da hierin nach Cuno in Gewerbegericht V, 227. 228 „die umfassendste Darstellung des Rechts des gewerblichen Arbeitsvertrags enthalten ist, die wir in der Litteratur besitzen“. Seitdem ist erschienen Burchardt, die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter (1901), eine sehr übersichtliche Zusammenstellung; jenseits der Praxis scheint freilich dem Verfasser juristische Wahrheit nicht gedeihen zu können.

¹ z. B. Ofner, Über das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes (1884) S. 4. 5, Loewenfeld in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung III, 387/88, Kohler in Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht XXIII, 221. Nach Jacobi in Archiv für bürgerl. Recht IV, 137 hat die Lehre vom Dienstvertrag sich „bisher keiner besonderen Pflege zu erfreuen gehabt“. Der Dienstvertrag befaßt offenbar mehr als den gewerblichen Arbeitsvertrag; ob er diesen ganz befaßt, muß hier dahin gestellt bleiben.

kann man nicht zweifeln, daß die vorhin bezeichnete litterarische Lücke vorhanden, und eine systematische Bearbeitung jenes Gebietes zu vermissen ist. Die verdienstlichen Aufsätze, in denen 1874 und 1875 Dankwardt „endlich einmal die Arbeitgeschäfte einigermaßen umfassender, dazu nicht ohne Mitbeachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gegenwart darzustellen suchte“, sind ohne Nachfolge geblieben¹. Damit wird nicht in Abrede gestellt, daß einzelne und bedeutende Typen oder Arten des Arbeitsvertrags bald in den Kommentaren ihrer Quellen und in Kompendien, bald monographisch in dem nämlichen Grad wissenschaftlich ausgebildet worden sind, der auf anderen Punkten des Privatrechts längst beansprucht oder erreicht wurde; manche von diesen Leistungen wird gelegentlich zur Sprache kommen. Umsomehr darf hier gefragt werden, was der einheitlichen theoretischen Erfassung im Wege gestanden hat, und woher die Ungleichmäßigkeit rührt oder warum gewisse Teile des Gebietes vernachlässigt worden sind.

Für den unbefriedigenden Stand der Litteratur des Arbeitsvertrags ist in erster Linie die Beschaffenheit seiner Rechtsquellen verantwortlich, die historische, vorzüglich ökonomische Ursachen hat. Diese Beschaffenheit besteht teils in der Zersplitterung oder Zerstreutheit der Quellen, teils in der Ungleichmäßigkeit der Regelung, die den verschiedenen Arbeitsverträgen gewährt ist, teils wohl auch darin, daß die gesetzliche Regelung im letzten Menschenalter viele, mitunter schnell eintretende Wandlungen erfahren hat, was einer Versenkung in die Quellen nicht förderlich ist. Bei jener Zersplitterung oder Zerstreutheit ist nicht an die Äußerlichkeit zu denken, daß die Ordnung der Arbeitsverträge nicht in einem Buche versammelt ist, sondern an die gewichtigere Thatsache, daß im Gebiet des deutschen Reiches die Arbeitsverträge gemein- und partikularrechtlich, general- und specialrechtlich geregelt sind. Die Beherrschung des so komplizierten Stoffes erfordert daher eine beständige Beachtung der Herrschaftsgrenzen dieser Regeln.

Eine gemeinrechtliche und generalrechtliche Regelung liegt nunmehr in den Titeln des BGB. vom Dienstvertrag und vom Werkvertrag vor, generalrechtlich insofern, als sie nicht nach der Persönlichkeit der Parteien und nicht nach der Art der Arbeit fragt. Indessen wird ihre praktische Bedeutung dadurch beeinträchtigt, daß

¹ W. Endemann, Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 64. 69: „Obwohl die Dankwardtsche Bearbeitung reichlich Raum liefs, hat sich seitdem keine Monographie mit dem Arbeitsvertrag beschäftigt.“

eine große Zahl, wenn nicht die Mehrzahl der Arbeitsverträge specialrechtlich geordnet ist. Nur die übrigen unterfallen gänzlich jenen generellen Regeln. Außerdem kann der Arbeitsvertrag, soweit die specialrechtliche Regelung nicht reicht, ergänzungsweise vom Recht des Dienst- oder des Werkvertrags gedeckt werden, vorausgesetzt daß er auch für einen Dienst- oder einen Werkvertrag angesehen werden kann. Für die Ergänzung ist es gleichgültig, ob das zu ergänzende Specialrecht Reichsrecht (z. B. Gewerbeordnung) oder Landesrecht (z. B. Gesindeordnung) ist¹.

Zu der erwähnten Beeinträchtigung des Anwendungsgebietes der generalrechtlichen Regeln tritt eine gewisse Unsicherheit seiner Grenzen, indem es von vielen Arbeitsverträgen keineswegs feststeht, ob sie primär diesen Regeln oder aber einem Specialrecht unterfallen. Das mag an einem Beispiel von großer Tragweite erläutert werden, das durch Art. 95 des Einführungsgesetzes zum BGB. geliefert wird. Danach bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören. Diese Vorschriften regeln den Arbeitsvertrag des Gesindes; er ist specialrechtlich geregelt, sei es wegen der Person des Arbeitnehmers, sei es wegen der Art oder der Umstände der Arbeit. Von den in Rede stehenden generalrechtlichen Vorschriften des BGB. über den Arbeitsvertrag finden nach dem citierten Art. 95 nur die §§ 617–619, 624 unbedingte Anwendung, alle übrigen nicht, diese nämlich bloß in Ermangelung specialrechtlicher Regelung. Wenn aber, von jenen Vorbehalten des Art. 95 abgesehen, der Arbeitsvertrag des Gesindes einem Specialrecht unterliegen und dem Generalrecht des BGB. entzogen sein soll, so sollte feststehen, wann ein Arbeitsvertrag des Gesindes gegeben ist, d. h. es müßte der Begriff von Gesinde feststehen. Dies ist auch noch darum geboten, weil dieses Specialrecht, das Gesinderecht, als Landesrecht aufrecht erhalten ist und neue landesgesetzliche Vorschriften darüber erlassen werden können. Da weder das BGB. noch ein anderes Reichsgesetz den Gesindebegriff bestimmt hat und derselbe auch in der Litteratur nicht feststeht² — es läßt sich nur sagen, daß gewisse Personen sicherlich dazu gehören, andere sicherlich nicht dazu gehören — so können ihn die Landesgesetze

¹ Wenn in Art. 95 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum BGB. einige Paragraphen des BGB. genannt sind, die auf das Gesindeverhältnis „Anwendung finden“, so ist damit nicht die Anwendung noch anderer Paragraphen ausgeschlossen, sondern gesagt, daß Landesgesetze die Anwendung der genannten nicht ausschließen können.

² Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht (1896) S. 128–131.

verschieden bestimmen, wodurch der Geltungsbereich des BGB. territorial verschieden wird¹. Und ferner kann die Gesetzgebung des nämlichen Landes den Begriff im Lauf der Zeit verschieden bestimmen, was die Grenzen des bürgerlichen Rechts vom Arbeitsvertrag schwanken macht. Aber auch ohne an die räumliche Varietät und den zeitlichen Wechsel des Gesindebegriffs zu denken, wird man es als eine Beeinträchtigung der Sicherheit reichsrechtlicher Regelung betrachten müssen, daß diese ihre Herrschaftsgrenzen nicht vom Reichsgesetzgeber empfängt, daß daher ein Landesgesetz nicht bloß den Arbeitsvertrag des Gesindes ordnen, sondern auch bestimmen kann, wer zum Gesinde gehört, wessen Arbeitsverhältnis danach den engeren und strengeren Vorschriften des Partikularrechts oder den weiteren und mildereren des Reichsrechts untersteht².

Das ist vorzüglich für die Landarbeiter von unermesslicher Bedeutung. Zu diesen gehört anerkanntermaßen das ländliche Ge-

¹ Unterschiede im Gesindebegriff haben schon vor der Geltung des BGB. in den damaligen Gesindeordnungen bestanden (Kähler a. a. O. S. 131—135) und finden sich auch in den wegen des BGB. revidierten Gesetzen. Zum Arbeitsvertrag des Gesindes ist nach manchen erforderlich, daß der Vertrag auf einen bestimmten, oder auf einen längeren, oder auf einen längeren „ununterbrochenen“ Zeitraum geschlossen werde; nach anderen kann er auch auf unbestimmte Zeit geschlossen werden. Nach manchen Gesindeordnungen ist Verköstigung durch den Arbeitgeber erforderlich, nach anderen nicht. Zum Gesinde gehören nach der lübischen Gesindeordnung auch die Ammen, nicht dagegen nach bayrischem Recht. H. Jastrow, in *Sociale Praxis* VI, 1255, macht darauf aufmerksam, daß die Durchführung der auf das Gesinde anwendbaren Schutzvorschriften des § 618 BGB. mittelst unbefristeter Kündigung seitens des Gesindes durch diejenigen Gesindeordnungen verhindert wird, welche diese Kündigung da nicht zulassen, wo sie den einzigen Ausweg für den bedrohten Arbeitnehmer bildet: „Das Reich hat Schutzvorschriften für das Gesinde aufgestellt. Aber die Landesgesetze dürfen bestimmen, daß, wenn die Schutzvorschriften nicht eingehalten werden, das Gesinde dennoch im Dienst bleiben muß.“

² Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890) S. 105, findet, „daß kein Teil unseres Privatrechtssystems so zurückgeblieben ist und so sehr an die Leibeigenschaft und an ähnliche gewaltthätige Herrschaftsverhältnisse der feudalen Gesellschaftsordnung erinnert wie das Gesinderecht“. So kann auch noch nach den neueren Revisionen dieses Rechts geurteilt werden. Vgl. Fuld in *Archiv für öffentl. Recht* XIV, 94. 111. Eine besonders hervorhebenswerte landesrechtliche Zurücksetzung des Gesindes gegenüber der reichsrechtlichen Behandlung anderer Arbeitnehmer liegt darin, daß das Verbot der Aufrechnung gegen die Lohnforderung im BGB. durchgedrungen ist, während partikuläre Ausführungsgesetze, wie das preussische und das bayrische, die Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Gesindes gestatten.

sinde, ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeit dem Arbeitgeber für seine Produktion oder für seine Haushaltung geleistet wird. Aber innerhalb der Landarbeiterschaft das Gesinde auszusondern ist mangels eines allgemein anerkannten, durchgreifenden Kriteriums nicht ausführbar. Kenner der Verhältnisse erklären es für schwierig, ja für unmöglich, die Kategorien der Landarbeiter, welche die Theorie unterscheidet, in der Praxis auseinanderzuhalten¹. Zwar die Wanderarbeiter wird man schwerlich jemals zum Gesinde zählen, dagegen die kontraktlich gebundenen Arbeiter, die Hoftagelöhner, Lohngärtner, Instleute und wie sie sonst heißen, und die Deputanten lassen sich, da die Lage des so genannten Gesindes, der Knechte, Mägde, Schäfer Kutscher, Vögte, Kämmerer, Hofmeister u. s. w., höchst mannigfaltig und stellenweise mit eigener Beköstigung oder Wohnung verbunden ist², oft nicht vom Gesinde unterscheiden; und in manchen preussischen Provinzen weiß man die Anwendung der Gesindeordnung auf die Instleute dadurch zu ermöglichen, daß man sie nach Art der Knechte dingt³. Wenn sich nach diesen Hinweisen die privatrechtliche Lage der Landarbeiter vom hybriden Begriff des Gesindes abhängig zeigt, so darf wohl gesagt werden, daß durch Art. 95 des Einführungsgesetzes zum BGB. die Landarbeiter dem landesgesetzlichen Gesinderecht ausgeliefert worden sind.

Die generalrechtliche Regelung des Arbeitsvertrags, die das BGB.

¹ z. B. Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande (1895) S. 18: „daß eine genaue Scheidung zwischen den einzelnen Klassen der ländlichen Arbeiter nicht möglich ist, daß in der Praxis unzählige Übergänge und Abstufungen bestehen“. — Es wird kein positives Merkmal des Gesindes angegeben, das nicht auch bei einer anderen Klasse von Landarbeitern anzutreffen wäre, und umgekehrt lassen zu dem Gesinde gerechnete Arbeiter eines oder das andere Gesindemerkmal vermissen. Am weitesten reicht das negative Merkmal, daß Tagelohn (in Geld) beim Gesinde ausgeschlossen ist. Vgl. v. d. Goltz, Landwirtschaftliche Arbeiter, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Hier werden zuoberst Gesinde und Tagelöhner unterschieden; zu den letzteren gehören aber nicht bloß im Tagelohn stehende Arbeiter.

² Vgl. z. B. Kähler a. a. O. S. 2. 134. Asmussen in Arbeiterfreund, 37. Jahrgang S. 19, Weber in Landarb. in Deutschland III, 508. 546. Frankenstein, Arbeiterfrage in der deutschen Landwirtschaft (1893) S. 20. Fiedler a. a. O. S. 20 („wenn das Gesinde außerhalb des Hofes in einer Arbeiterfamilie beschäftigt wird und bis auf die wöchentlich neu aufziehende Stallwache vielleicht nicht einmal auf dem Hofe selbst wohnt“).

³ Weber in Landarbeiter in Deutschland III, 18 Anm. 1. — Die Hofgänger werden von der Gesindeordnung für Mecklenburg § 61 zum Gesinde gerechnet, da sie doch vom Tagelöhner nur für die Arbeit gehalten werden, die dieser dem Gutsbesitzer zu leisten verpflichtet ist, ohne selbst zu dessen Gesinde zu gehören.

bietet, wird nicht blofs von ausen beeinträchtigt, nach Umfang und Bestimmtheit ihres Geltungsbereichs, sie ist auch für sich betrachtet oder innerlich nicht in dem Mafs ausgebildet, wie es für diejenigen Arbeitsverträge zu wünschen wäre, die ihre Regelung allein aus dem BGB. beziehen. Wiederum dürfen beispielsweise die Landarbeiter angeführt werden. Ihre Arbeitsverträge, soweit sie nicht unter die partikularen Gesinderechte fallen, sind auf die Regeln des BGB. über den Dienst- und den Werkvertrag angewiesen, da ihnen kein reichsrechtliches Specialrecht zukommt. Das BGB. nimmt sich der Besonderheiten des ländlichen Arbeitsverhältnisses nicht an. Hier sind daher Erscheinungen als rechtmäfsig anzutreffen, welche — wie die unbeschränkte Ausbedingung der Lohneinbehaltung — im Sonderrecht des gewerblichen Arbeitsvertrags ausgeschlossen sind. Auf Einzelheiten und auf andere Unzulänglichkeiten der generalrechtlichen Regelung des Arbeitsvertrags kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es kam nur darauf an, einige ihrer Mängel anzudeuten, welche dem Entwurf einer den ganzen Arbeitsvertrag umfassenden Rechtstheorie von seiten seiner generellen Rechtsquellen hinderlich sein mögen.

Die specialrechtliche Regelung des Arbeitsvertrags — die den Unterschieden der Arbeit und der Arbeitnehmer Rechnung trägt — ist, auch soweit sie dem Reichsrecht angehört, nicht nur einer Quelle zu entnehmen, vielmehr in einer Mehrheit von Gesetzen und Verordnungen enthalten, von denen einstweilen das BGB., das HGB., die GewO., das Binnenschiffahrts- und das Flöfsereigesetz, die Seemannsordnung und die Rechtsanwaltsordnung hervorgehoben werden. Die Zerstretheit der Rechtsquellen war einer theoretischen Zusammenfassung nachtheilig, indem sie zur Aufsuchung des Gemeinsamen nicht einlud und dessen Erkenntnis erschwerte. Wichtiger und folgenreicher sowohl für die Beteiligten als für die Jurisprudenz ist die Ungleichmäfsigkeit der specialrechtlichen Behandlung der verschiedenartigen Arbeitsverträge in jenen Quellen. Es läfst sich nämlich nicht verkennen, dafs die Arbeitsverträge, zu deren Vollzug der Arbeitnehmer eines gewissen Kapitalbesitzes bedarf, die daher nur von solchen Arbeitnehmern eingegangen werden können, denen einige ökonomische Widerstandskraft zukommt, eine weit mehr ins einzelne gehende Regelung erlangt haben. Dies beruht nicht auf einer unbewussten höheren Wertschätzung der Interessen dieser Arbeitnehmer durch den Gesetzgeber, sondern auf dem Einflufs, den solche Arbeitnehmer auf die Gesetzgebung auszuüben im stande sind, sei es unmittelbar auf diese, sei es, wie besonders im Handelsrecht,

zunächst auf den Gerichtsgebrauch, der von der Gesetzgebung aufgenommen wird. Wo es sich hingegen um Arbeitsverträge solcher Arbeitnehmer handelt, die mit geringem oder ohne Kapitalbesitz in das Arbeitsverhältnis zu treten vermögen, oder um Arbeitsverträge über solche Arbeit, die nur ökonomisch Kraftlose zu übernehmen pflegen, zeigt sich die gesetzliche Regelung weit weniger auf detaillierte Ausbildung bedacht. Man wird des erwähnten Unterschiedes alsbald gewahr, wenn man etwa die Regelung, die dem Kommissions-, dem Speditions- oder dem Frachtgeschäft für die Land-, Binnengewässer- oder Seebeförderung im HGB. und im Binnenschiffahrtsgesetz zu teil geworden ist, mit derjenigen vergleicht, welche der gewerbliche Arbeitsvertrag oder der Heuervertrag in der GewO., der Seemannsordnung und dem Binnenschiffahrtsgesetz erhalten haben. Man setze nicht entgegen, daß die Arbeitsverhältnisse der letzteren Klasse um ihrer größeren Einfachheit willen mit einer gröberen gesetzlichen Regelung auskommen können, da vielmehr durch tausendfältige Erfahrung bewiesen wird, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag zu juristischen Komplikationen führen kann, die an Zahl und Schwierigkeit den durch den Frachtvertrag hervorgerufenen nicht nachstehen. Es sind das Verwicklungen, die oft gerade daher rühren, daß die Specialgesetze eine Reihe wichtiger Punkte, wie wir in der Folge sehen werden, gänzlich unberücksichtigt gelassen haben. Damit sind sie dem allgemeinen Civilrecht zur subsidiären Entscheidung überlassen; aber diese Hülfe ist oft nicht zu erlangen, weil das Civilrecht den Arbeitsvertrag nur in großen Zügen behandelt und seine generellen Vorschriften über die Schuldverhältnisse meist auf die Sachleistung zugeschnitten sind. Lehrt also die Erfahrung, daß es keineswegs die Geringfügigkeit des juristischen Bedürfnisses ist, welchem man die legislative Zurücksetzung einer Anzahl von Arbeitsverträgen zuzuschreiben hat, so bietet der vorhin angenommene Zusammenhang eine ausreichende Erklärung jenes Defektes. Wo die Arbeitnehmer gewisser Arbeitsverträge den nichtbesitzenden Klassen anzugehören pflegen, muß ihr Einfluß auf eine diese Verträge mit Rechtsregeln versorgende, die Rechtsunsicherheit vermindernde und die Willkür beschränkende Gesetzgebung um so geringer sein, je mächtiger die Arbeitgeber sind, die ihnen gewöhnlich gegenüberstehen; denn diesen muß die legislatorische Zurückhaltung zum Vorteil gereichen.

Die vorstehende Auffassung ist völlig verträglich mit zwei Erscheinungen, die nur auf den ersten Blick sich ihr nicht anpassen.

Das sog. Auswanderungsgesetz regelt den Beförderungsvertrag,

in dem die Auswanderer Arbeitgeber sind, mit sehr ins Detail gehender Bestimmung der Leistung. Zwar sind diese Arbeitgeber nichts weniger als kapitalkräftige und mit Einfluß auf die Gesetzgebung begabte Personen, da sie vielmehr in beidem von den Arbeitnehmern weit übertroffen werden. Allein es handelt sich auch bei der gedachten Regelung nicht um eine Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen für Kollisionen mit denen des Arbeitgebers — wie in der vorhin zuerst erwähnten Kategorie von Arbeitsverträgen, z. B. dem Frachtvertrag —, sondern um Bekämpfung eines als öffentlich empfundenen Übelstandes, um Fürsorge für wehrlose Personen, die von der Heimat losgelöst und in ein ihnen fremdes, passageres Verhältnis versetzt, aufser stande sind, ihre Interessen zu vertreten; was das Gesetz für diesen Arbeitsvertrag, seinen Abschluß und Vollzug thut, ist gewissermaßen die letzte Gabe von Armenpflege, die die Heimat den Scheidenden reicht. — Die zweite Erscheinung besteht in den gesetzgeberischen Eingriffen, mit denen in den beiden letzten Jahrzehnten der gewerbliche Arbeitsvertrag und die Arbeitsverträge anderer ökonomisch schwacher Arbeitnehmer, wie der Handlungsgehülfen, der Binnenschiffs- und der Flosmannschaft, bedacht worden sind, während die Reform der Seemannsordnung bevorsteht¹. Denn da die hier gemeinten Neubildungen offenbar mit einer Zunahme der Bedeutung der fraglichen Arbeitnehmer in den Augen des Gesetzgebers Hand in Hand gehen — selbst wo es sich, wie in GewO. § 124^b, vorzüglich um privatrechtliche Bekämpfung derselben handelt —, so wird durch die gedachten Eingriffe der vorhin erwähnte ursächliche Zusammenhang nur bestätigt. Die juristische Thatsache selbst, daß die specialrechtliche Regelung des Arbeitsvertrags ungleichmäßig ist, und daß dabei die proletarischen Arbeitsverträge (wenn man sie so nennen darf) zu kurz kommen, bleibt trotz der modernen Nachträge und Zusätze bestehen.

Die legislativ-privatrechtliche Vernachlässigung derjenigen Arbeitsverträge, welche von besitzlosen Arbeitnehmern geschlossen zu werden pflegen, tritt endlich auch noch darin hervor, daß ganzen und großen Kategorien solcher Arbeitsverträge die reichsgesetzliche Specialregelung entweder gänzlich versagt, oder nur mit einzelnen Bestimmungen gewährt worden ist, also daß sie entweder sich mit den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu begnügen haben, oder größserenteils nur partikularem Specialrecht unterfallen. So werden

¹ Vgl. Bericht des Arbeitgeber-Verbandes Hamburg-Altona über das Jahr 1900 S. 2—9.

die zahllosen Arbeitsverträge der Heimarbeiter von der Gewerbeordnung fast gar nicht berührt, und während die daraus entspringenden Konflikte dem Gewerbegerichtsgesetze unterfallen, muß ihre materiellrechtliche Entscheidung hauptsächlich im allgemeinen bürgerlichen Recht gesucht werden. Ferner sind die in der advokatorischen und der Notariatspraxis, sowie im Gewerbebetrieb der Eisenbahnen einschließlic der Straßenbahnen angestellten Arbeitnehmer — die der Bahnen, soweit sie am Fahrdienst teilnehmen — von der Gewerbeordnung eximiert. Von den in der Urproduktion, nämlich der Fischerei, dem Bergbau und der Landwirtschaft thätigen Arbeitern gilt dies naturgemäfs fast vollständig. Auf den Arbeitsvertrag des Bergmannes finden nur wenige Bestimmungen der GewO. Anwendung; im übrigen ist er auf das Landesrecht verwiesen, dem die Vorschriften über das Bergrecht vorbehalten sind. Die Arbeitsverträge der zu landwirtschaftlicher Arbeit verpflichteten Arbeitnehmer sind in Ansehung ihrer privatrechtlichen Regulierung problematische Thatbestände. Denn wie sich in anderem Zusammenhang gezeigt hat, kommt es hier auf die landesrechtliche Entscheidung an, ob solche Arbeitnehmer zum Gesinde gehören oder nicht. Ersterenfalls unterliegen jene Arbeitsverträge hauptsächlich einem Specialrecht, und zwar einem partikularen, während anderenfalls der ländliche Arbeitsvertrag mit den gesetzlichen Bestimmungen auskommen muß, die das BGB. enthält.

Die Ansicht von der Beschaffenheit der Rechtsquellen des Arbeitsvertrags, die im Vorausgehenden geäußert worden ist, wird in der folgenden Darstellung des Arbeitsvertrags noch manchen Beleg erhalten. Für den hier verfolgten Zweck mag das Urteil begründet erscheinen. Denn überdenkt man die berührten Einzelheiten, so kann man weder die Zersplitterung oder Zerstretheit, noch die Ungleichmäfsigkeit der gesetzlichen Regelung des Arbeitsvertrags in Abrede stellen. Dafs aber dieser Zustand der Quellen des Gegenstandes, wie vorhin angenommen wurde, seiner litterarischen Behandlung Eintrag thut, ist nicht nur vereinzelt anerkannt worden, sondern auch im allgemeinen so einleuchtend, dafs man dabei nicht länger zu verweilen braucht; je mehr die gesetzliche Ordnung einer Materie zu wünschen übrig läfst, um so weniger kann sich die Theorie auf die Wiedergabe jener Ordnung beschränken, um so schwieriger gestaltet sich ihre Aufgabe. Nur für den Arbeitsvertrag über gewerbliche Arbeit, da dieser sich verhältnismäfsig am meisten in wissenschaftlichem Rückstand befindet, möchten wir auf eine Kundgebung hinweisen, wonach „zur Behandlung wissenschaftlicher Probleme, zur juristischen

Begriffsbestimmung und Konstruktion die GewerbeGesetze nach ihrem Inhalt nur geringe Veranlassung geben“, daß ihre Anordnungen „zu einer theoretischen Entwicklung nicht geeignet sind, weil sie nicht auf allgemeinere Rechtsprinzipien zurückzuführen sind“, daß demgemäß „die Litteratur über diese Gesetze nicht im strengen Sinn wissenschaftlich ist“¹. Zwar können wir dieser Meinung, soweit die Regelung des Arbeitsvertrags durch die „GewerbeGesetze“ erfolgt, nicht beipflichten und gedenken die Fähigkeit dieser Gesetze, zur juristischen Begriffsbestimmung und Konstruktion Veranlassung zu geben, durch die That zu bewähren. Allein die im Vorausgehenden charakterisierte Unzulänglichkeit jener Quellen mag allerdings ihre litterarische Isolierung mitverschuldet und der vergleichenden Heranziehung der übrigen Quellen des Arbeitsvertrags, die zur wissenschaftlichen Durchdringung der „GewerbeGesetze“ unerläßlich ist, im Wege gestanden haben.

V. Ein weiterer Grund der Unvollständigkeit, deren die rechtswissenschaftliche Litteratur des Arbeitsvertrags zu zeihen ist, liegt in dem Erfordernis der Einsicht in die thatsächlichen Zustände und Vorgänge, die den Arbeitsvertrag umgeben und seinen Vollzug begleiten. Ohne die Kenntnis der faktischen Umwelt ist freilich kaum eine Vertragsart verständlich. Aber wenn die Behandlung des Arbeitsvertrags sich auf dessen ganzen Bereich erstrecken soll, so muß sich diese Kenntnis auf so disparate und für den, der nicht Partei des Vertrags zu sein pflegt, so abgelegene Regionen beziehen, daß sie ohne besondere, auf die Kenntnisnahme gerichtete Bemühung nicht zu erlangen ist. Für die juristische Darstellung von Besitz oder Eigentum, von Darlehen oder Vermächtnis, von Verjährung oder Verwandtschaft mag man auskommen mit der Thatsachenkenntnis, die die Rechtsschule gewährt, und mit den Erfahrungen, die bei gemeiner Aufmerksamkeit auf das umgebende Leben zuströmen. Für den Arbeitsvertrag im gedachten Umfang ist eine solche überwiegend zufällige Vorbereitung nicht ausreichend und um so weniger, je mehr seine gesetzliche Regelung abstrakt und farblos ist, je weniger ihr von dem faktischen Stoff anhaftet, den sie meistern soll. So spielt, um einige Beispiele zu geben, die Naturalvergütung, der Gegensatz der Geldvergütung, mag sie in Gewährung von Naturalien oder in Einräumung einer Erwerbsgelegenheit bestehen, in der Wirklichkeit

¹ Laband in Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 254.

eine gewaltige Rolle, sowohl nach der Zahl von Fällen, in denen sie vorkommt, als nach der ökonomischen Bedeutung, die sie im einzelnen Fall besitzt. An dieses für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich wichtige Institut knüpfen sich nicht wenige Rechtsfragen des Arbeitsvertrags. Aber man kann von seiner Stellung im Arbeitsvertrag aus den ihn regelnden Gesetzen keine Vorstellung gewinnen, da diese Gesetze seiner kaum Erwähnung thun. Zur gerichtlichen Kognition kommende Streitigkeiten um die Naturalvergütung sind selten. Das Material für ihre juristische Bearbeitung muß daher eigens aufgesucht, und die für die Geldvergütung bestimmten Regeln müssen dem abweichenden Thatbestand angepaßt werden. Ein weiteres Beispiel liefern die Accorde in der Heimarbeit, wofern sie als Dienstverträge anzusprechen sind. Für die als solche zu behandelnden Accorde, die zu den nämlichen Rechtsfragen Anlaß geben wie die im Werkvertragsrecht beantworteten, ist im Dienstvertragsrecht so gut wie keine Vorsorge getroffen. Dieses breiten Vakuums kann man erst dadurch inne werden, daß man die wirklichen Hergänge verfolgt. Wer nur von den Gesetzen und von der Spruchpraxis aus die juristische Darlegung des Arbeitsvertrags unternimmt, wird bedeutende Erscheinungen und Probleme übersehen. Dies giebt sich am deutlichsten beim Tarifvertrag kund, dem Vertrag, der von einem oder mehreren Unternehmern mit einer Mehrheit von Arbeitern über die Bedingungen künftiger Arbeitsverträge abgeschlossen wird. Dieses unzählige Arbeitsverträge beeinflussende und unzählige Konflikte aus solchen hintanhaltende Gebilde gehört dermaßen zum Arbeitsvertrag, daß es mitunter fälschlich als Arbeitsvertrag oder kollektiver Arbeitsvertrag bezeichnet wird. Allein in den Rechtsquellen wird seiner nicht gedacht, und die Rechtsprechung hat sich noch wenig mit ihm befaßt. Über seinen Thatbestand und seine Leistungen informieren nur die außerhalb der Gesetze und der Spruchsammlungen liegenden Vorkommnisse, die in den letzten Jahren einen unübersehbaren Umfang angenommen haben.

Die Kenntnis der faktischen Unterlage, deren man zur Entwicklung des Rechts vom Arbeitsvertrag bedarf, ohne welche Maß und Richtung seiner Wirksamkeit nicht vollständig zu begreifen sind, kann großenteils nicht durch die Einbildungskraft ersetzt oder aus den Gesetzen gewonnen werden. Das hieraus folgende Erfordernis, der Welt der Thatachen eine eigene Aufmerksamkeit zuzuwenden, macht sich besonders gegenüber denjenigen Arbeitsverträgen geltend, an denen die Besitzlosen als Arbeitnehmer beteiligt sind. Denn hier

handelt es sich oft um Interessen, die dem theoretischen Juristen, da er gewissermaßen einer „anderen Nation“ angehört, von Haus aus nicht verständlich zu sein pflegen. Was in dieser Hinsicht dem rechtsgelehrten Gewerberichter die sachverständigen Beisitzer leisten, muß sich der darstellende Theoretiker durch Benutzung beschreibender Litteratur oder durch sonstige Erkundigung zu beschaffen suchen. Man darf annehmen, daß auch diese im Gegenstand liegende Schwierigkeit nicht ohne Einfluß auf die verhältnismäßige Unbegangenheit gewesen ist, in der die Rechtswissenschaft beträchtliche Teile unseres Gebietes belassen hat¹.

Es bedeutet aber diese Beschäftigung mit den Vorgängen des Arbeitsverkehrs für den Juristen nicht bloß eine unerläßliche Vorbereitung auf die Anwendung seiner Methode, es ist auch nichts geeigneter, sein Interesse an ihrer Anwendung zu erwecken und sein Vertrauen in ihre Anwendbarkeit zu verstärken. Wohl mag er dabei in Sphären gelangen, in denen er das Gewicht seiner privatrechtlichen Gebote der Wucht ökonomischer Thatsachen erliegen sieht. Allein dies kann ihn nicht bewegen, seine wissenschaftliche Aufgabe im Stich zu lassen. Er wird vielmehr bis zu dem Punkte vorgehen, an dem er die fernere Leitung dem Politiker überlassen muß. Dem Juristen kann die Angabe anderer als der vom Recht gewährten Mittel nicht zugemutet werden; und wenn es im Anwendungsgebiet des Arbeitsvertrags „Grundübel“ gibt, denen man „auch mit gesetzlichen und Verwaltungsmaßregeln nicht beikommen kann“², so muß man erst recht der Grenzen eingedenk bleiben, die der Heilkraft der Jurisprudenz gezogen sind.

Andererseits gibt es nicht wenige Arbeitsverträge und Situationen in Arbeitsverträgen, deren bestehende privatrechtliche Ordnung noch niemals zur Geltung gebracht wurde, so daß die Probe auf ihre Realisierbarkeit hier erst noch zu machen ist; dieser Probe kann durch die theoretische Darlegung jener Ordnung vorgearbeitet werden. Und wenn von den Rechtsbrüchen, die von der Jurisprudenz noch unerkannt und von den Betroffenen noch unverklagt sich am hellen Tage sehen lassen, auch nur eine oder die andere Art einmal theoretisch gebrandmarkt wird, so vermag schon dies einen Nutzen zu stiften.

¹ Die erwähnte Schwierigkeit wird dadurch vergrößert, daß bei der Aufnahme und Darbietung des faktischen Materials den Ansprüchen an die Klarstellung der juristisch relevanten Thatsachen oft nicht genügt wird.

² Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik. Verhandlungen Nr. 9 (1896) S. 3.

Denn manches Unrecht kann den Verlust seines Inkognitos nicht überleben.

Von dem *minima praetor non curat* hat sich der praktische Jurist bisher nicht bestimmen lassen; der theoretische Jurist würde als solcher abdanken, wenn man ihm dergleichen nachsagen könnte. Es ist daher nicht anzunehmen, daß etwa die absolute Geringfügigkeit der Werte oder der Beträge, die in ganzen Klassen von Arbeitsverträgen auf dem Spiele stehen, den Juristen von einer theoretischen Befassung mit Gebilden abgehalten habe, die längst von dem Nationalökonom sehr beachtet werden. Wird doch schon die menschliche Teilnahme vollauf dadurch begründet, daß der kleine Streitgegenstand sehr groß sein kann für die besitzlose Partei, und ferner dadurch, daß die juristische Differenz, die um geringen Betrag sich dreht, eine Massenerscheinung ist, also daß die von der Theorie zu gebende Konstruktion oder Entscheidung tausendfältige Frucht zu tragen vermag.

VI. An die litterarische Thatsache anknüpfend, daß das Gebiet des Arbeitsvertrags einer juristischen Behandlung entbehrt, die dem Umfang des Gegenstandes und seiner eingangs geschilderten Bedeutung entspricht, bestrebt sich die nachfolgende Erörterung, einen Beitrag zur Lösung der Aufgaben zu liefern, welche mit dem Arbeitsvertrag der heutigen Privatrechtswissenschaft gestellt sind.

Von den Rechtsquellen werden die Landesrechte nicht einbezogen, sondern nur hin und wieder da erwähnt werden, wo dies zur Erläuterung nützlich scheint. Den Arbeitsverträgen des Gesindes und der Bergleute wird daher nicht gefissentlich nachgegangen, aber sie sollen auch keineswegs ausgeschlossen werden.

Dem römischen Recht wurde nicht aus dem Wege gegangen, — an der juristischen „Los von Rom-Bewegung“ möchten wir uns nicht beteiligen. Nur daß die Bezugnahme auf dieses Recht im Hintergrund, und im Dienst der gegenwärtigen Aufgabe steht, daß sie bloß ausnahmsweise zu dem ferneren Zweck erfolgt, die römisch-rechtliche Ordnung der Sache zu beleuchten.

Im Vordergrund steht die reichsrechtliche Regelung. Bei ihrer Darlegung wird überall da nach Vollständigkeit getrachtet, wo hiervon ein Vorteil zu erwarten war, wo die Quellen des Reichsrechts Aufschlüsse über das Wesen, die Terminologie, die Arten, die Grundformen oder die Rechtswirkungen des Arbeitsvertrags gewähren.

Das Thema selbst anlangend sollen die Fragen ausgeschlossen bleiben, die nicht gerade beim Arbeitsvertrag, sondern bei jedem Ver-

trag oder gar bei jedem Rechtsgeschäft auftauchen oder aufgeworfen und beantwortet werden können. Es würde eine nicht die juristische Erkenntnis des Arbeitsvertrags fördernde Ausdehnung der Untersuchung ergeben, wenn z. B. auf die Störungen der normalen Willenserklärung durch Irrtum, Betrug oder Zwang, auf den Abschluss des Arbeitsvertrags unter Abwesenden oder mittelst Stellvertretung eingegangen würde, da die Regeln des „allgemeinen Teils“, die von solchen Vorkommnissen gelten, nicht dadurch alteriert werden, daß sie auf einen Arbeitsvertrag anzuwenden sind. Was von Verträgen oder von Rechtsgeschäften überhaupt gilt, bei der Behandlung des Arbeitsvertrags zur Sprache zu bringen, ist nur dann gerechtfertigt, wenn es vorzugsweise beim Arbeitsvertrag zur Anwendung kommt, oder seine Anwendung hier Besonderheiten aufweist.

Ein wichtigeres Merkmal der nachfolgenden Untersuchung ist, daß sie systematisch bei der Gattung „Arbeitsvertrag“ stehen bleibt. Nicht daß sie nicht auf die in den Quellen vorliegenden Artunterschiede Rücksicht nähme, was sich schon aus der Befolgung des wissenschaftlichen Gebotes beständiger Föhlung mit den Quellen ergeben muß. Die quellenmäßige Regelung des Arbeitsvertrags gilt nämlich nicht seiner Gattung. Vielmehr findet sich, wie seines Ortes näher darzulegen, der Arbeitsvertrag durch die gesetzliche Ausbildung von Typen geregelt, wobei freilich der Dienstvertrag und der Werkvertrag infolge davon, daß sie sich dem sonst herrschenden Einteilungsprinzip nicht fügen, einigermassen aus der Reihe treten. Da sie überdies selber, wie der zweite Band nachweisen soll, vom Gesetz nicht eigentlich, nämlich nicht nach dem Thatbestand, sondern nur den Rechtsfolgen nach, unterschieden sind — wie denn auch fast alle Trennungsversuche der Doktrin in den Bereich der Rechtsfolgen übergreifen —, so ist es unmöglich, diese zwei an die Stelle der Gattung „Arbeitsvertrag“ zu setzen und etwa in diesen beiden Provinzen alle Arten des Arbeitsvertrags als kleinere Bezirke unterzubringen. Es bleibt vielmehr nur übrig, den Dienstvertrag und den Werkvertrag als zwei freilich ausgezeichnete, nämlich durch eine gewisse Indifferenz der Personen- und Arbeitsbeschaffenheit ausgezeichnete Typen des Arbeitsvertrags mitzuführen. Das systematische Stehenbleiben bei der Gattung „Arbeitsvertrag“ bedeutet, daß hier nicht eine und die andere Art, etwa der Anstellungsvertrag des Handlungsgehülfen, der Heuervertrag des Seemannes, der Theaterbesuchsvertrag oder der Frachtvertrag, zu besonderer Behandlung herausgegriffen, noch weniger alle vorkommenden Arten nacheinander zur Darstellung gebracht werden. Ein solcher vom Ganzen des Arbeitsvertrags ablenkender

Weg wird hier schon darum gemieden, weil er bei denjenigen Arten des Arbeitsvertrags, die einer litterarischen Behandlung bereits theilhaftig sind, zu vielen Wiederholungen führen würde. Bei dem hier angewandten Verfahren kommen zwar alle Typen des Arbeitsvertrags, die als solche von den Quellen dargeboten werden, zur Sprache, aber keiner ex professo und in dem Zusammenhang der Regelung, den das Gesetz gegeben hat. Diese Regeln liefern vielmehr die Bausteine für ein die Typen überragendes Ganzes. Ein solches Verfahren verschafft auch die Freiheit, bisher weniger beleuchtete Arten, wie den gewerblichen Arbeitsvertrag, mehr hervorzuziehen, mit den bisher bevorzugten zu vergleichen und auf gleicher Linie zu behandeln. —

Bei dem Arbeitsvertrag überhaupt verharrend haben wir im ersten Abschnitt sein Wesen zu bestimmen, indem wir ihn von anderen Kontrakten abgrenzen und seine Bestandteile einzeln ins Auge fassen. Der sich anschließende Überblick über die gesetzlichen Typen enthält, da die Unterscheidung derselben unmittelbar den Quellen entstammt, eine diesen folgende Übersicht über die Quellen des Arbeitsvertrags und die Überleitung zu derjenigen Einteilung des Stoffes, zu welcher eine auf den Arbeitsvertrag überhaupt gerichtete Untersuchung gelangen muß. Es ist die Unterscheidung der beiden Grundformen des Arbeitsvertrags: Zeitlohnvertrag und Accord (wovon der Stücklohnvertrag eine Species bildet). Diese wichtigste, folgenreichste Differenz im Thatbestand des Arbeitsvertrags überhaupt drängt sich einer von den Thatsachen statt von den Gesetzen ausgehenden und damit nicht präoccupierten Untersuchung des Arbeitsvertrags dermaßen auf, daß ihr die Herrschaft über den Stoff eingeräumt werden muß. Diese Einteilung zu Grunde zu legen ist wie ein praktisches, nämlich durch die Thatsachen gegebenes, so auch ein theoretisches Postulat, weil sie aufer der Sammlung und Ordnung der meisten Einzelheiten die umfanglichste Abstraktion erlaubt. Sie steht über den Grenzen der gesetzlichen Typen — indem jeder dieser Typen gänzlich der einen, oder zum Teil der einen, zum Teil der anderen Grundform angehört — und bildet damit die höhere Einteilung. Sie steht dem Begriff des Arbeitsvertrags am nächsten, weil die nächste logische Stufe nach der Gegenüberstellung von Arbeit und Entgelt die ist, daß im Arbeitsvertrag der Entgelt entweder nach der Dauer der Arbeit bemessen ist (Zeitlohnvertrag) oder nicht (Accord). Diesem Unterschied muß, wie man von vornherein sieht, eine umfassende Verschiedenheit der Rechtsfolgen entsprechen. Denn wo der Entgelt mit der Zeit der Arbeit verknüpft wird, tritt für den

Entgelt das Ergebnis der Arbeit zurück, und wo der Entgelt mit dem Ergebnis der Arbeit verknüpft wird, tritt für den Entgelt die Zeit der Arbeit zurück. Die beiden Grundformen des Arbeitsvertrags — Zeitlohnvertrag und Accord —, sowie einige Mischgebilde werden im zweiten Bande dargestellt werden. Außer von den Begriffen, den mannigfaltigen Lebensäußerungen und den Komplikationen jeder dieser beiden Grundformen ist dort die Rede von ihrer Rechtsstellung, d. h. von ihren Stellungen gegenüber den im BGB. ausgezeichneten Typen des Dienstvertrags und des Werkvertrags. Da — um nur ein Beispiel anzuführen — zwar der Arbeitnehmer des Dienstvertrags, nicht aber der Arbeitnehmer des Werkvertrags aus wichtigem Grunde unbefristet kündigen kann, so muß entschieden werden, ob ein Zeitlohnvertrag und ob ein Accord, der keinem anderen gesetzlichen Typus angehört, dem Recht des Dienstvertrags oder dem Recht des Werkvertrags unterstehe. Hiernach ist die Ermittlung jener Rechtsstellung für die Rechtswirkung von der größten Bedeutung. Sie bildet eines der schwierigsten Probleme in der Rechtslehre des Arbeitsvertrags.

Der zunächst vorgelegte erste Band wendet sich, nachdem er im I. Abschnitt das Wesen des Arbeitsvertrags, dessen gesetzliche Typen und den in der Folge maßgebenden Formunterschied erörtert hat, in den weiteren fünf Abschnitten Gegenständen zu, welche über diesen Unterschied erhaben sind. Denn die Zahlungszeit, die Arbeitszeit und die Vertragszeit (II.—IV. Abschnitt) sind Bestimmungen des Arbeitsvertrags, die ebensowohl beim Zeitlohnvertrag als beim Accord eine Rolle spielen, die daher, soweit sie von diesem Formunterschied nicht beeinflusst werden, im ersten Bande erledigt werden können. Dasselbe gilt von dem die Naturalvergütung darstellenden V. Abschnitt, der als ein Exkurs zum Kapitel vom Entgelt angesehen werden kann. Auch der letzte (VI.) Abschnitt — Tarifvertrag — behandelt ein Stück unseres Gebietes, bei dem es auf den bewussten Formunterschied insofern nicht ankommt, als der Tarifvertrag — wie das bekannteste Beispiel, der deutsche Buchdruckertarif, zeigt — für den Accord nicht minder als für den Zeitlohnvertrag maßgebend sein kann. Der Tarifvertrag ist ein jüngerer Bruder der wohlbekannten Arbeitsordnung, der in noch weiterem Maße als diese auf den Arbeitsvertrag einwirkt und zu einer noch größeren Zukunft berufen ist. Zwar beschränkt sich zur Zeit seine praktische Bedeutung auf den Arbeitsvertrag des Gewerbes und den der Seeschiffsmannschaft, aber sein Zusammenhang mit diesen weitgreifenden Anwendungen des Arbeitsvertrags ist ein so inniger, daß ohne ihn der Arbeits-

vertrag nicht vollständig erörtert werden kann. Da überdies die juristische Würdigung dieses interessanten Gebildes kaum in Gang gebracht und viel weniger geläufig ist als die der Arbeitsordnung, so mußte ihm eine eigene Betrachtung gewidmet werden. Sie bildet wie den äußeren so auch — durch die vielfache Beziehung auf die vorher verhandelten Punkte — einen gewissen inneren Abschluß der Erörterungen dieses Bandes.

Erster Abschnitt.

Wesen, Typen und Grundformen.

Erstes Kapitel.

Begriff und Terminologie.

I. Als Arbeitsvertrag bezeichnen wir den gegenseitigen obligatorischen Vertrag, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren. Was unter Leistung von Arbeit und von Entgelt zu verstehen ist, soll im 2. und 3. Kapitel erörtert werden. Die Vereinbarung besteht in vielen und wohl in den meisten Fällen in gegenseitiger Zusage, indem der Zusage der Arbeitsleistung die Zusage der Entgeltleistung gegenübertritt, wobei die Reihenfolge gleichgültig ist. Es wird in den genannten Kapiteln zu zeigen sein, daß jene Vereinbarung auch in anderer Weise aufkommen kann.

Die geschilderte Vereinbarung von Arbeit und Entgelt macht den wesentlichen Inhalt des Arbeitsvertrags aus. Dem „Arbeitsvertrag“ zu nennenden Thatbestand ist jene Vereinbarung unentbehrlich, während er einer ferneren Vereinbarung nicht bedarf. Was außerdem von den Parteien vereinbart wird, ist für den Arbeitsvertrag, d. h. für das Dasein eines solchen, unwesentlich. Insbesondere gehört es nicht, wie bisweilen gelehrt wird, zum Wesen des Arbeitsvertrages, daß er auf eine bestimmte Zeit eingegangen, d. h. eine Zeit vereinbart werde, welche das durch den Vertrag zu begründende Rechtsverhältnis wahren soll. Vielmehr kann die Dauer dieses Verhältnisses bei Abschließung des Arbeitsvertrags von den Parteien unbestimmt gelassen werden und auch sonst unbestimmt sein.

Damit ein Arbeitsvertrag entstehe, muß nicht bloß der angegebene wesentliche Inhalt vorhanden sein, sondern es ist auch erforder-

derlich, daß gewisse Leistungen nicht neben der Arbeit zugesagt seien. Es ist daher für den Arbeitsvertrag auch die Abwesenheit eines gewissen Inhalts wesentlich. Von dieser negativen Seite des Inhalts, wenn man so sagen darf, soll nach der Betrachtung seiner positiv wesentlichen Stücke (Arbeit und Entgelt) in Kapitel 4 die Rede sein.

II. Der Arbeitsvertrag ist als Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Er umfaßt daher nicht die Auslobung, obwohl auch bei dieser ein Entgelt, nämlich „eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges“ (BGB. § 657) zugesagt wird, und die Vornahme einer Handlung, insbesondere die Herbeiführung eines Erfolges, Arbeit sein kann. Die Auslobung ist jedoch eine einseitige Verfügung, sie ist nicht Vereinbarung von Arbeit und Entgelt. Aus diesem Grunde gehört dem Arbeitsvertrag auch nicht an die Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwar kann diese Geschäftsführung oder Geschäftsbesorgung (BGB. § 677) eine Arbeit sein; sonst wäre es nicht möglich, daß ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“ (§ 675). Aber zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn wird weder Arbeit noch Entgelt ausbedungen. — Ebenso wenig liegt da ein Arbeitsvertrag vor, wo jemand ohne Übereinkunft von rechts wegen zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung kann sich auf Privatrecht gründen¹: so die der Ehefrau zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens, zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes (§ 1356), des Kindes, den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten (§ 1617), des Vaters oder der Mutter, für die Person oder das Vermögen des Kindes zu sorgen; die Sorge für die Person erscheint vorzüglich als Erziehung und Beaufsichtigung². Eine von rechts wegen bestehende Verpflichtung zur Arbeit kann sich auch auf öffentliches Recht gründen: so die des Rechtsanwaltes zur Anleitung der im Vorbereitungsdienst bei ihm beschäftigten Rechts-

¹ Dies hat im Auge BGB § 845 mit den Worten: „wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war.“

² BGB §§ 1627. 1631. 1634. 1635. 1686. 1707. Daß die Sorge für die Person des Kindes „zusteht“ (z. B. §§ 1629. 1635), bedeutet, da es sich nicht bloß um Recht, sondern auch um Pflicht handelt, auch daß sie obliegt. — Dadurch, daß dem Finder einer Sache vom Gesetz auferlegt wird, den Fund anzuzeigen und die Sache zu verwahren (§§ 965. 966), wird der Finder gesetzlich zu einer Arbeit verbunden. — Solche Verbindlichkeit auch in § 663.

kundigen¹. In die Klasse öffentlicher Arbeitspflichten gehört auch die des Besitzers von Zugtieren und Wagen zur Vorspannleistung an die bewaffnete Macht, welche Leistung die Stellung eines Gespannführers umfaßt², sowie die eines Landwirtes zur Leistung von Gemeindearbeiten³. Auch der Schöffe, der Geschworene, der Soldat, der Rechtsanwalt, der zur Verteidigung bestellt oder zur Wahrnehmung ihrer Rechte einer Partei beigeordnet ist, erfüllen mit ihrer Arbeit eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die durch einseitige Verfügung einer Behörde in Kraft gesetzt wird.

III. Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag, weil er Vereinbarung gegenseitiger Leistungen ist, einerseits von Arbeit, andererseits von Entgelt. Die Bedeutung der Entgeltleistung als Gegenleistung rechtfertigt diese Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags, wie im 3. Kapitel dargethan werden soll. Gemäß dieser Gegenseitigkeit ist kein Arbeitsvertrag der mit dem Volontär abgeschlossene. Der Vertrag, den z. B. ein Gutsherr, Prinzipal, Fabrikant, Inhaber eines Laboratoriums oder einer Klinik mit einem Volontär schließt, ist kein Arbeitsvertrag, wenn auch von Letzterem Arbeit zugesagt, und diese Leistung wie etwa auch die Dauer des Verhältnisses in gleicher Art, wie bei einem Arbeitsvertrag möglich ist, bestimmt wird. Den Volontär macht nicht die Freiwilligkeit (welche fehlt, insofern er Arbeit versprochen hat), sondern die Un-

¹ Rechtsanwaltsordnung § 40.

² Gesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden (RGBlatt 1898 S. 361) § 3, ferner § 15: Verpflichtung der Eisenbahnen zur Truppenbeförderung. Militärtransportordnung für Eisenbahnen vom 18. Januar 1899 und Bekanntmachung betr. ihre Vervollständigung vom 11. Juni 1901.

³ Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 1 Abs. 4 („die kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung von Unternehmern land- oder forstwirtschaftlicher Betriebe für Gemeindegzwecke geleisteten Arbeiten zur Herstellung oder Unterhaltung von Gebäuden, Wegen, Kanälen, Dämmen und Wasserläufen“). Siehe ferner Gesetz betr. Unfallfürsorge für Gefangene (vom 30. Juni 1900) § 1 Abs. 2: „Die zur Forst- oder Gemeindearbeit oder zu sonstigen Arbeiten auf Grund gesetzlicher oder polizeilicher Bestimmung zwangsweise angehaltenen Personen.“ Deutsche Kauffahrteischiffe sind unter Umständen gesetzlich verpflichtet, deutsche Seeleute, „welche im Auslande sich in hilfsbedürftigem Zustande befinden“, behufs ihrer Zurückbeförderung nach Deutschland mitzunehmen: Gesetz betr. die Verpflichtung deutscher Kauffahrteischiffe u. s. w. vom 27. Dezember 1872. Verpflichtung, die Wahrnehmung eines gestrandeten oder in Seenot befindlichen Schiffes dem Strandvogt oder der Gemeindebehörde mitzuteilen: Strandungsordnung §§ 4. 5, siehe auch §§ 20. 21. Strafgesetzbuch § 360 Nr. 10.

entgeltlichkeit der Arbeit¹. Auch das sich der Prinzipal, Gutsherr, Fabrikant, Chemiker, Chefarzt zur Gewährung von Arbeitsgelegenheit an den Anderen anheischig macht, schafft nicht einen Arbeitsvertrag. Das Versprechen, solche Gelegenheit zu gewähren, ist nicht Versprechen der Entgeltung, sondern der Ermöglichung der Arbeit. Entgelt wird dem Volontär nicht zugesagt. Verschieden vom Volontär ist derjenige Lehrling, welchem als Entgelt für die von ihm zu leistende Arbeit Ausbildung im Berufe vom Lehrherrn zugesagt wird (V. Abschnitt, 3. Kapitel). — Mangels der Gegenseitigkeit ist ferner kein Arbeitsvertrag der Auftrag oder Auftragsvertrag des BGB. Denn in diesem verspricht der Beauftragte, das ihm übertragene Geschäft unentgeltlich zu besorgen (§ 662). Der Auftraggeber kann als solcher keinen Entgelt für die Arbeit des Beauftragten zusagen. Das der Auftraggeber verbunden ist, dem Beauftragten für bevorstehende Aufwendungen Vorschuss und für gemachte Aufwendungen Ersatz zu leisten (§§ 669, 670), gründet sich nicht auf eine Zusage des Auftraggebers, und eine solche Zusage würde nicht Versprechen eines Entgeltes sein². — Auch derjenige Verwahrungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag, in welchem die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen wird. Die Leistung der Aufbewahrung kann gegen Entgelt versprochen werden, und solchenfalls ist ein Arbeitsvertrag gegeben (Kapitel 7). Der Ersatz der Aufwendungen des Verwahrers steht

¹ Das das kaufmännische Volontärverhältnis „den Regeln des allgemeinen Dienstvertrages untersteht“ (Horrwitz, Recht der Handlungsgehülfen S. 18), kann nicht angenommen werden, denn dem „allgemeinen Dienstvertrag“, d. h. wohl dem Dienstvertrag des BGB. ist die Vergütung wesentlich. Auch läßt sich nicht sagen (Staub, Kommentar zu HGB § 59 Anm. 7), das sich der Volontär „ohne Gegenleistung in die Stellung eines Handlungsgehülfen begeben hat“; denn die Stellung eines Handlungsgehülfen erfordert nach HGB. § 59, das einer „gegen Entgelt“ angestellt worden sei.

² In mehreren Reichsgesetzen (z. B. CPO. §§ 166. 167. 753—55. 826, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, desgleichen für Gerichtsvollzieher, Rechtsanwaltsordnung, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz), wie im gewöhnlichen Leben wird der Ausdruck „Auftrag“ und seine Ableitungen sehr oft gebraucht, wo Entgeltlichkeit vorliegt. Siehe z. B. Rottmann, rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers (1900) S. 29. Man spricht von „Auftrag“, auch wo es sich um entgeltliche Arbeit und wo es sich um einen Kauf handelt (Ordre, Bestellung). In dieser Schrift wird „Auftrag“ im Sinn des BGB. angewandt. Und selbst hier, nämlich in § 775 soll nach der Meinung von Isay, die Geschäftsführung S. 19 Anm. 1 „Auftrag“ auch eine entgeltliche Einigung bezeichnen. Siehe auch Dernburg, Bürgerliches Recht II § 293 sub I.

aufserhalb des Gegensatzes von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit der Verwahrung. — Der Testamentsvollstrecker leistet Arbeit. Aber es ist nicht wesentlich, daß er sie gegen Entgelt leistet (BGB. § 2221), und obwohl er sein „Amt“ nicht hat ohne Annahmeerklärung (§ 2202), so beruht doch sein Rechtsverhältnis nicht auf einem Vertrag: weder mit dem Erblasser, noch mit dem Nachlaßgericht, noch mit den Erben hat er einen Vertrag geschlossen¹. — Unzweifelhaft liegt ferner unser Arbeitsvertrag nicht vor bei der Arbeit, die geleistet wird von den Revisoren, die den Hergang der Gründung einer Aktiengesellschaft zu prüfen und darüber zu berichten haben², von den Revisoren einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft, die deren Einrichtung und Geschäftsführung zu prüfen haben³, von den Kommissaren, welche die staatliche Beaufsichtigung der Hypothekenbanken ausüben, und von den Treuhändern der Hypothekenbanken⁴. In diesen Fällen stehen zwar Arbeit und Entgelt einander gegenüber, aber diese Leistungen sind von denen, welchen sie obliegen, nicht durch gegenseitigen Vertrag vereinbart worden, indem namentlich die Vergütung an eine Person zu entrichten ist, deren Arbeit nicht der Vergütungspflichtige sich ausbedungen hat: er hat sie einem Gläubiger zu entrichten, den ein Dritter zur Arbeit bestellt hat. — Endlich ist auch die Anordnung und Übernahme einer Vormundschaft oder einer Pflegschaft kein Arbeitsvertrag. Allerdings sind die Sorge für die Person des Mündels oder Pfleglings, seine Erziehung und Körperpflege, wie die Sorge für sein Vermögen oder die Geldanlage Arbeitsleistungen, die in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden können und oft vereinbart werden. Auch wäre es möglich anzunehmen, daß der Vormund, indem er „durch Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft“ vom Vormundschaftsgericht bestellt wird (BGB. § 1789), dem Gericht damit diese Führung, also jene Arbeiten zusage, und daß durch die Annahme dieser Zusage ein Vertrag geschlossen werde. Indessen kann von einem gegenseitigen Verträge sicherlich nicht die Rede sein, denn die Vormundschaft und ebenso die Pflegschaft wird unentgeltlich geführt (§§ 1836, 1915). Wenn das Vormundschaftsgericht, wie es kann, eine Vergütung und damit einen Entgelt bewilligt, so wird damit doch keine verbindlich sein sollende Zusage abgegeben, da ja die Vergütung jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden kann. Hierdurch ist die Annahme eines

¹ Übereinstimmend Isay, Geschäftsführung (1900) S. 17. 18.

² HGB. §§ 192—194.

³ Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften §§ 51—62.

⁴ Hypothekenbankgesetz §§ 29—34. 36.

Arbeitsvertrags ausgeschlossen. In BGB. § 832 wird derjenige, welcher die Führung der Aufsicht über eine minderjährige oder sonst wegen ihres Zustandes aufsichtsbedürftige Person durch Vertrag übernimmt, von demjenigen unterschieden, welcher kraft Gesetzes zu solcher Aufsichtsführung verpflichtet ist. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß zur letzteren Art der Vormund und der Pfleger gehören. Das BGB. führt deren Verpflichtung nicht auf einen Vertrag zurück¹. Wenn es die Vormundschaft und die Pflegschaft als etwas hinstellt, das vom Vormundschaftsgericht „anzuordnen“ ist, so bleibt kein Raum für Vertragschließung. Hingegen wäre allerdings mit einem Vertragsverhältnis vereinbar, daß die Übernahme der Vormundschaft gesetzliche Pflicht ist, und daß deren Erfüllung, sowie die Befolgung von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts durch öffentliche Strafen erzwungen werden kann (§§ 1785, 1788, 1837). Denn man kann zur Eingehung eines Arbeitsvertrags gesetzlich verpflichtet sein (Kapitel 6 Nr. V), und die Vollziehung eines Arbeitsvertrags kann durch öffentliche Strafen garantiert sein². „Anordnungen“ kommen auch in den durch Arbeitsvertrag begründeten Verhältnissen vor³.

IV. Der gegenseitige Vertrag, der ein Arbeitsvertrag ist, unterscheidet sich von anderen gegenseitigen Verträgen durch die in ihm vereinbarten Leistungen, welche Arbeit und Entgelt sind.

Hierdurch unterscheidet sich der Arbeitsvertrag zuvörderst vom Gesellschaftsvertrag. Dieser Unterschied ist unabhängig davon, ob man im Gesellschaftsvertrag einen gegenseitigen Vertrag erblickt. Die Möglichkeit, ihn als solchen zu betrachten, wird durch den den „gegenseitigen Vertrag“ behandelnden Titel des BGB. (§§ 320—327) nicht ausgeschlossen. Und wenn § 705 sagt: „durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig“, so wird durch diese Ausdrucksweise jene Betrachtung nahe gelegt. Indessen finden wir in Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts den gegenseitigen Vertrag so definiert, daß er den Gesellschaftsvertrag nicht einbegreifen kann. Denn z. B. nach Endemann I, § 124 beruhen die gegenseitigen Schuldverträge „auf dem Austausch wechselseitiger

¹ So auch Isay, Geschäftsführung S. 16. 17.

² So die des Heuervertrags: Seemannsordnung §§ 81. 84. 86.

³ BGB. § 618 Abs. 1: „Dienstleistungen, die unter seiner (des Dienstberechtigten) Anordnung vorzunehmen sind.“ GewO. § 121: „Gesellen und Gehülfen sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber . . . Folge zu leisten.“

Leistungsversprechen, so daß jeder Beteiligte zugleich Gläubiger und Schuldner sein muß und jede Leistung das Äquivalent der Gegenleistung bildet.“ Die letztere Konsequenz ist dem Gesellschaftsvertrag fremd. Bei Cosack I, § 86, I, 2a heißt es von den gegenseitigen Verträgen: „Hier ist nämlich jede Leistung, welche eine der Parteien verspricht, geradezu das Ziel und der Zweck der von der anderen Partei versprochenen Gegenleistung.“ Und gerade dieses Ziel- oder Zweckverhältnis findet beim Gesellschaftsvertrag nicht statt¹.

Lassen wir — weil die Entscheidung nicht erforderlich ist — hier dahingestellt, ob der Gesellschaftsvertrag dem BGB. als gegenseitiger Vertrag gilt, so müssen wir doch seinen Unterschied vom Arbeitsvertrag feststellen, der zweifellos ein gegenseitiger Vertrag ist. Vom Gesellschaftsvertrag sagt BGB. § 705: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.“ Mit diesen Worten wird nicht unmittelbar der Thatbestand definiert, sondern es werden unmittelbar nur seine Rechtsfolgen angegeben: „durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich.“ Dies geht auch daraus hervor, daß von Verpflichtung, die „vereinbarten“ Beiträge zu leisten, gesprochen wird, da doch vereinbarte Beiträge einmal vereinbart worden sein müssen. Wie nun diese Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage selbst vor sich geht, so besteht dieser (der Thatbestand) in der gegenseitigen Zusage, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in bestimmter Weise zu fördern, insbesondere

¹ Vorgänger der obigen Begriffsbestimmungen ist Windscheid, Pandektenrecht II § 320, wo gelehrt wird, daß „die gegenseitigen Verträge darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragschließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, ihrerseits ein Äquivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein.“ Verträge, die diesen Inhalt nicht haben, nenne man einseitige Verträge. Da nach Windscheid § 405 der Gesellschaftsvertrag diesen Inhalt nicht hat, so würde er zu den einseitigen Verträgen zu zählen sein. Diesem Ergebnis läßt sich nicht durch die Erklärung vorbeugen, der Gesellschaftsvertrag sei ein gegenseitiger Vertrag „besonderer Art“ (Windscheid § 405 Anm. 1 a). — Manche identifizieren mit dem gegenseitigen Vertrag des angegebenen Sinnes den synallagmatischen oder das Synallagma, während die Römer (19 D 50, 16) unter den Beispielen von Synallagma die *societas* anführen. — Nach Brinz, Pandekten II S. 56. 143. 144 besteht die Gegenseitigkeit der Verträge nur in der Gegenseitigkeit der Obligierung. Aus diesem Grunde wird die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags des BGB. angenommen von Planc k, Kommentar zum BGB. 14. Titel unter II, 3 al. 1. 2, Oertmann, Kommentar zum BGB. § 705 Nr. 3.

mittels Leistung von Beiträgen. Solche Beiträge sagen die Kontrahenten einander im Gesellschaftsvertrage zu. Nach § 706 Abs. 3, § 733 Abs. 2 kann der Beitrag in der Leistung von Diensten bestehen, und ein solcher Beitrag kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden sein. Dienste sind Arbeit (näheres im 7. Kapitel, Nr. II). Die Vereinbarung von Arbeit, die dem Arbeitsvertrag wesentlich ist, ist beim Gesellschaftsvertrag möglich¹. Ein Gesellschaftsvertrag, in dem ein Teil Arbeit zusagt, kommt insoweit mit dem Arbeitsvertrag überein. Und wodurch unterscheiden sie sich?

Erstens dadurch, daß im Gesellschaftsvertrag die Arbeit als Beitrag zugesagt wird, als Beitrag nämlich zur Förderung des gemeinsamen Zweckes. Ein gemeinsamer Zweck ist nicht schon ein Zweck, d. h. ein Zweck, den sowohl der Eine als der Andere sich gesetzt hat, wie z. B. der Zweck der Erlangung eines Hauses, den A verfolgt, und den mit ihm zusammen sein Baumeister B verfolgt: beide verfolgen den nämlichen Zweck, daß auf dem Boden des A ein Haus entstehe. Sondern ein gemeinsamer Zweck ist einer, an dem Mehrere teil haben, indem er, mag es ein ideeller oder ein materieller sein, nicht bloß dem Einen, sondern den Mehreren zu gute kommt².

Zweitens wird im Arbeitsvertrag dem Promittenten der Arbeit ein Entgelt für sie versprochen, ihm eine Leistung gewidmet, die in sein Vermögen eingehen soll, die er dem Vertrag nach ganz für sich behalten darf. Im Gesellschaftsvertrag dagegen wird ihm wiederum ein Beitrag zugesagt, nämlich eine Leistung, die nicht für ihn bestimmt ist, sondern der Förderung eines gemeinsamen Zweckes dienen soll, des nämlichen Zweckes, der auch durch die Arbeit gefördert werden soll. Während beim Arbeitsvertrag die Arbeit ökonomisch auf die Leistung des Gegners, den Entgelt, gerichtet ist, ist sie beim Gesellschaftsvertrag nicht auf die Leistung

¹ Unter einer gewissen Bedingung kann auch bei der Aktiengesellschaft „im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden“: HGB. § 212. Zu solchen Leistungen gehört auch die Arbeit. Vgl. Staub, Kommentar zu HGB. § 212 Anm. 2.

² Beispiel: „Zum Bau eines Wagens vereinigen sich häufig Wagner, Schmied, Tapezierer und Lackierer oder wenigstens zwei oder drei dieser Handwerker. Der Wagner hat die meiste Arbeit an einem Luxuswagen, dem Wertbetrage nach ist der Anteil des Schmiedes der größte . . . Wird der Wagen verkauft, so wird der Gewinn nach Verhältnis der Forderungen geteilt.“ Voigt, Das Kleingewerbe in Karlsruhe (Schriften des Vereins für Socialpolitik Bd. 64, Lage des Handwerks in Deutschland III, 149).

des Gegners, sondern beide Leistungen sind auf das nämliche Ziel gerichtet¹. Wer beim Gesellschaftsvertrag Arbeit beiträgt, muß den Entgelt derselben in der Erreichung des Gesellschaftszweckes oder im außerdem abfallenden Gewinn erblicken². Aber weder jener Zweck, noch dieser Gewinnanteil ist eine Gegenleistung oder Entgeltleistung des Mitkontrahenten³.

Damit, daß zu einem gemeinsamen Zwecke von den Kontrahenten eines Gesellschaftsvertrages beigetragen wird, ist zugleich gesagt, daß entweder schon durch die Beiträge oder doch durch Gewinn und Verlust, der bei Verfolgung des Gesellschaftszwecks entsteht, eine Vermögensgemeinschaft unter den Gesellschaftern begründet wird (BGB. §§ 718, 722)⁴, während die Kontrahenten eines Arbeitsvertrags nicht in eine solche gelangen. Ihre Vermögenssphären — wenn wir einen auf das wesentliche beschränkten Arbeitsvertrag voraussetzen — berühren sich nicht weiter, als daß der eine dem anderen zu einer Leistung (von Arbeit oder Entgelt) verbunden wird: mit der vollständigen Erfüllung dieser Verbindlichkeiten tritt die ursprüngliche Getrenntheit der Kontrahenten wieder ein. Die Vermögensgemeinschaft, die als Mittel oder als Zweck mit dem Gesellschaftsvertrag verbunden, hingegen dem Arbeitsvertrag fremd ist, liefert auch das Kriterium gegenüber demjenigen Arbeitsvertrag, welcher außer der Arbeit, die im Gesellschaftsvertrag vorkommen kann, noch ein zweites Merkmal mit dem letzteren gemein hat: die Gewinnbeteiligung⁵. Das Dasein oder Fehlen einer auf Vermögensgemeinschaft gerichteten Willenserklärung entscheidet die Frage, ob ein Gesellschaftsvertrag gegeben ist, oder ein partiarischer Arbeitsvertrag, d. h. ein Arbeitsvertrag, bei dem eine Quote

¹ Ähnlich Jhering, Zweck im Recht I², 125. 208.

² Der Gewinn kann der Gesellschaftszweck sein.

³ Nicht bloß „wirtschaftlich betrachtet“, wie Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (1900), S. 2, sagt, sondern auch rechtlich ist der Gesellschaftsvertrag „nicht auf einen Austausch, sondern auf eine Vereinigung von Leistungen gerichtet“. Daß die eine Verbindlichkeit „als Entgelt“ für die andere begründet werde, ist mit der Verneinung des Austausches unvereinbar.

⁴ Nicht schon durch die Beiträge wird eine Vermögensgemeinschaft begründet, falls alle Beiträge in Arbeit bestehen. Viele Beispiele liefert der im 2. Bande behandelte Gruppenakkord. — Man denke hier z. B. an wandernde Musiker, die zusammen aufspielen und die Einnahme teilen.

⁵ Eine praktische Bedeutung ihres Unterschiedes liegt z. B. in Folgendem: Die nicht für eine bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft kann von jedem Gesellschafter jederzeit gekündigt werden. Von dem durch Arbeitsvertrag begründeten Verhältnis läßt sich dies nicht sagen.

des Ertrages, oder des Gewinnes als Entgelt ausbedungen ist¹. Wenn z. B. A sich von B die Erbauung eines Hauses zusagen läßt, zu dem er selbst Bauplatz und Baumaterialien hergiebt, und wenn B ein Drittel des Verkaufspreises erhalten soll, so ist der Vorgang ein Arbeitsvertrag, falls B das Drittel erst durch die Zuteilung des A aus dem nur diesem gehörigen Erlös oder durch sonstige Zahlung des A erhalten soll. Wenn hingegen schon das Haus oder doch der Erlös aus seinem Verkauf Gemeingut und B mit A anteilsberechtigt werden soll, so liegt ein Gesellschaftsvertrag vor².

V. Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich wesentlich vom Kauf oder Kaufvertrag. Könnte man die Distinktion von Arbeitsvertrag und Gesellschaft darein setzen, daß diese kein gegenseitiger Vertrag oder kein gegenseitiger Vertrag in dem Sinne sei, in dem es der Arbeitsvertrag ist, so ist hingegen der Kaufvertrag unbestritten ein gegenseitiger Vertrag und seine Gegenseitigkeit keine andere als die beim Arbeitsvertrag obwaltende. Die beiderseitigen Leistungen stehen auch beim Kauf im Entgeltverhältnis. Der Entgelt ist beim Kauf wesentlich eine Geldleistung; da beim Arbeitsvertrag der Entgelt zwar nicht wesentlich Geldleistung ist, aber in zahllosen Fällen des Arbeitsvertrags Geld zur Vergütung verwandt wird, so kann hierauf eine Unterscheidung der zwei Verträge nicht gegründet werden. Diese Unterscheidung ist auf der anderen Seite des Thatbestandes zu finden. Während nämlich die zu entgeltende Leistung beim Arbeitsvertrag immer und wesentlich Arbeit, ist sie dies beim Kaufvertrag niemals; Arbeit kann nicht Kaufobjekt sein. Der Arbeitsvertrag unterfällt daher nicht dem Kaufvertrag, und der Kaufvertrag unterfällt nicht dem Arbeitsvertrag.

¹ Daß „in der Wirklichkeit nicht selten eine Vermischung eintritt“ (Planck, Kommentar zum BGB. 14. Titel II, 1 al. 2), würde den schweren Vorwurf bedeuten, daß das Gesetz die Thatbestände nicht geschieden habe. Wir halten die „Vermischung“ für ausgeschlossen. — Der in Gewerbegericht V, 200. 201 mitgeteilte Thatbestand ist ein Arbeitsvertrag und kein Gesellschaftsvertrag, wie das Gewerbegericht angenommen hat.

² Vgl. . . . si quis . . . passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa (sc. insula) vel pretium, erit societas: 13 § 1 D 19, 5. Fürs römische Recht stellt hingegen Pernice in Zeitschrift der Savigny-Stiftung III, 55. 56 auf das persönliche Verhältnis der Gleichberechtigung, der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ebenbürtigkeit ab. S. auch Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 9—11. 24. Allein das jus quodammodo fraternitatis (63 p. D. 17, 2) ist nicht eine Voraussetzung, sondern eine Folge der Societät (in se habeat).

Diese begriffliche Sonderung wird von den Bearbeitern des neuen bürgerlichen Rechts teils ausdrücklich, indem die Arbeitsleistung von den Kaufgegenständen ausgeschlossen wird, teils stillschweigend anerkannt, indem der Kauf so definiert wird, daß der Arbeitsvertrag außerhalb seiner Grenzen liegen muß¹. Daß Arbeit kein Kaufobjekt ist, findet sich im BGB. nicht gesagt. Auch folgt es nicht ohne weiteres daraus, daß das BGB. nur den Kauf von Sachen und Rechten regelt. Wohl aber sind dem BGB. Grenzen des Kaufs zu entnehmen, angesichts deren es nicht angeht, irgend einen Thatbestand, der aus der Zusage eines Preises und der Zusage einer Gewährung oder Verschaffung von irgend etwas, namentlich von Arbeit, besteht, für einen den Kaufregeln des BGB. unterliegenden Kaufvertrag zu erklären.

Eine von den gedachten Grenzen besteht darin, daß kein vom BGB. neben dem Kauf umschriebener, eigens geregelter und mit Namen versehener Vertrag als Kaufvertrag betrachtet werden darf; das gilt z. B. von dem Vertrag, in dem jemand einen bestimmten Preis für die Verschaffung einer Arbeitsstelle verspricht; ein solcher Vertrag ist als ein Mäklervertrag (eine Art des Arbeitsvertrags) anzusehen. Eine zweite Grenze läßt sich den §§ 445 und 493 BGB. entnehmen. Wenn hiernach gewisse vom Kauf geltende Vorschriften „auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes (d. h. einer Sache) gegen Entgelt gerichtet sind“, entsprechende Anwendung finden, so ist damit ausgedrückt, daß der Kauf selber für das Gesetz ein Vertrag ist, der auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichtet ist. Hierauf hat man bei der Bestimmung dessen, was Kaufobjekt sein kann, Rücksicht zu nehmen. Endlich geben auch Sachen und Rechte als die alleinigen Kaufobjekte des BGB. insofern Grenzen der analogen Ausdehnung ab, als andere Kaufobjekte die zur Analogie erforderliche Ähnlichkeit mit jenen gesetzlichen haben müssen.

Grenzen der vorstehenden Art sind schon fürs bisherige Recht anerkannt gewesen². Denn für den gemeinrechtlichen Kauf stellt

¹ Siehe z. B. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (1897) S. 7, wo der Kauf zu den Veräußerungsverträgen gezählt wird, „durch welche sich der eine Kontrahent (was auf den Verkäufer zu beziehen ist) zur Aufgabe eines Vermögensbestandteiles und zu seiner Übertragung auf einen anderen verpflichtet“. Endemann, Lehrbuch I § 159 nach Anm. 4: „Arbeitsleistungen werden dagegen als Kaufgegenstand nicht anerkannt.“ Cosack, Lehrbuch I § 121 I. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag (1899) S. 2. 5. Anm. Dernburg, Bürgerliches Recht II § 168 Nr. II.

² Daß operae und opera nicht Objekte der *emptio venditio* werden

Bechmann fest¹, daß nur solche Güter, bei welchen sich Eigenschaften oder Analogien der Sachen finden, Kaufobjekte sein können. Solche Eigenschaften seien Selbständigkeit und Abgeschlossenheit, als welche das Nehmen und Behalten möglich machen. Hierin unterscheide sich die Sache von ihren Kräften, Qualitäten, Wirkungen. Der Kauf sei auf Haben (habere), nicht bloß auf Gebrauchen (uti) gerichtet. Was bloß als Funktion des Menschen vorgestellt wird, wie die Arbeit, sei nicht Kaufgegenstand. Ein solcher muß ein rechtlich geschütztes Gut sein. Wo es hieran fehlt, ist für das Recht kein Objekt, sondern nur eine Funktion vorhanden. „Darum sind der ‘Dienst’, die ‘Arbeit’ keine Kaufobjekte.“

Ist die civilistische Jurisprudenz, wenn auch nicht über alle Grenzen des Kaufs, so doch darüber einig, daß der Arbeitsvertrag außerhalb jener Grenzen liegt, so sollte sie doch nicht achtlos und wortlos an der Erscheinung vorübergehen, daß in ihrer nächsten Nachbarschaft, im Felde der Nationalökonomie, eine andere Auffassung Platz gegriffen und sich in gewissem Maße erhalten hat. Denn die dort obwaltende Auffassung der Arbeit oder Arbeitskraft als Ware und ihrer entgeltlichen temporären Hingabe als Kauf ist für die Erkenntnis sowohl des Arbeitsvertrags als des Verhältnisses der Jurisprudenz zur Nationalökonomie von großer Bedeutung.

Daß es sich bei jener ökonomischen Auffassung nicht um den Arbeitsvertrag in seinem ganzen Umfang handelt, sondern nur Arbeit in Frage steht, die von dem, der sie zusagt, auch zu verrichten ist, und daß als Verkäufer Personen vorausgesetzt sind, die außer ihrer Arbeit oder Arbeitskraft nichts ihr eigen nennen, zeigt schon von vornherein, daß wir es hier nicht etwa bloß mit einer wissenschaftlichen Metapher oder mit einer Ausdehnung des Sprachgebrauchs zu thun haben, welcher die Terminologie des Kaufs zu der des Synallagmas erweitert, vom Umsatz von Sachen auf den Handel um Arbeit oder Arbeitskraft überträgt². Vielmehr erweist sich die Einbeziehung des

konnten, erklärt Brinz, Pandekten II § 325 Anm. 23 historisch, und zwar daraus, daß gegenseitiges Geben und Nehmen und nicht gegenseitiges Versprechen den Ausgangspunkt für *emptio venditio* gebildet hat.

¹ Der Kauf nach gemeinem Recht II, 117—146.

² Wie man von Verkauf der Ehre, des Lebens spricht, oder Cic. de off. I, 42 sagt: *Inliberales autem et sordidi quaestus mercennariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur.* — In der altnorwegischen Rechtssprache wird *kaupa*, das etymologisch unserem „kaufen“ entspricht, auch mit Bezug auf Arbeit gesagt: *kaupa verk.* Dies ist jedoch nicht rechtliche Unterschiedenheit der Geschäfte, sondern nur Ausdehnung des Wortgebrauchs. Der Eigentumserwerb um Geld heißt bloß *kaupa*, andere mit diesem Wort

gedachten Arbeitsvertrags in den Begriff des Kaufs als der adäquate Ausdruck realer Verhältnisse und zwar einer Wirklichkeit, die sich erst in langem Prozeß herausgebildet hat, mit einem Wort: einer historischen Entwicklungsstufe. Das Kennzeichen der Ware, wenn man dieses Wort nicht farblos und dogmatisch mit Kaufobjekt identifiziert — was hier einer *petitio principii* gleichkäme —, ist, für den Verkauf, d. h. nicht zum unmittelbarem Verbrauch des Erzeugers, erzeugt zu sein. Die Ware hat demnach für den Warenbesitzer keinen spezifischen Gebrauchswert, ihre ausschließende, wesentliche Funktion ist es, im Umsatz verwertet zu werden. Solange nun der Besitzer der Arbeitskraft selber mit den Produktionsmitteln versehen ist, kann er mit beidem Waren schaffen. Erst wenn er der Produktionsmittel entblößt, wenn ihm nur noch die Arbeitskraft verfügbar ist, wird die Arbeitskraft selbst etwas, das er für fremde Produktion hergeben, somit ausschließlich für den Umsatz in Geld haben und erneuern muß. Unter diesen Umständen verliert seine Arbeitskraft für ihn den spezifischen Gebrauchswert. Nur noch als Tauschobjekt verwertbar wird sie für ihn und für ihren Abnehmer zur Ware, und daher muß sich ihre entgeltliche Hinnahme und Hergabe als Kauf und Verkauf der Arbeit oder Arbeitskraft darstellen. Es handelt sich hier also nicht um verschiedene Betrachtung des nämlichen, unverändert gebliebenen Hergangs, sondern um die zutreffende Bezeichnung einer neuen Formation der politischen Ökonomie. Kauf und Verkauf der Arbeitskraft des freien und besitzlosen Arbeiters (*labouring poor*) als Massenerscheinung ist ein Kennzeichen der kapitalistischen Produktionsweise¹.

Wie sehr dieses Kauftheorem dem Kapitalismus auf den Leib geschnitten ist, zeigt sich an dem Gebrauch, den davon die Kapitalisten

bezeichnete Erwerbsgeschäfte haben daneben eigene Namen. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht II, 283 fg. 677. 772; vgl. I, 542 zu 6. — Die EisenbahnVO. sagt § 13 „Verkauf der Fahrkarten“, § 17 „Einzelne bestimmte Plätze werden nicht verkauft.“ AuswG. § 26 „Der Verkauf von Fahrscheinen an Auswanderer“ — obwohl es sich hier um Arbeitsverträge und nicht um Kaufverträge handelt, so wenig als bei dem Billetkauf fürs Theater: vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht S. 221.

¹ Ricardo, Principles of Political Economy ch. 5: Labour, like all other things which are purchased and sold — has its natural and its market price. Marx, Kapital I⁴, 129—139 („Kauf und Verkauf der Arbeitskraft“): „Was also die kapitalistische Epoche charakterisiert, ist dafs die Arbeitskraft für den Arbeiter selbst die Form einer ihm gehörigen Ware, seine Arbeit daher die Form der Lohnarbeit erhält.“ Vgl. auch Rodbertus, Kapital (ed. Kozak 1884) S. 202: „Die Arbeit . . . kommt um ihr persönliches Recht und wird als Sache, als Ware, verhandelt . . .“

und ihre Wortführer machen. Als sich während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der jugendliche, sozusagen in den Flegeljahren befindliche Kapitalismus zu krasser Ausbeutung der Arbeiter hinreißend lief, indem er die Arbeitszeit, also den Verbrauch der von ihm gekauften Arbeitskraft, ins Ungemessene ausdehnte, und als hiergegen wenigstens Frauen und Kinder durch den Staat geschützt werden sollten, konnte man die freihändlerischen Gegner solchen Schutzes eben jenes Kauftheorem für sich anrufen hören¹. Dies aber mußte wiederum den Anhängern des Schutzes Anlaß geben, die neue Kaufspecies näher ins Auge zu fassen, und immer noch festhaltend an der gegebenen Voraussetzung, daß die Arbeit oder Arbeitskraft unter den bewußten Umständen Ware sei, gelangte man dahin, stets neue Unterschiede ihres Verkaufs von dem anderer Waren hervorzuheben. Die gemeinsame Wurzel dieser Unterschiede findet Brentano „in der absolut unlösbaren Verbindung der Arbeit und ihres Verkäufers“². Dieselbe verschaffe dem Käufer die Herrschaft nicht bloß über die gekaufte Ware, sondern auch über den verkaufenden Menschen, dem jene anhaftet. Das physische, intellektuelle und moralische Dasein des Verkäufers dieser Ware sei dem Käufer anheimgegeben. Und wo dieser Verkäufer keinen Rückhalt findet an der Fürsorge von seinesgleichen, ist er genötigt, seine Ware vorbehaltlos um einen Schleuderpreis dahinzugeben³. So wurde der nachdrücklich und beharrlich betonte Unterschied zwischen dem Verkauf der Ware Arbeit oder Arbeitskraft und dem anderer Waren zu einer starken Stütze für die Forderungen des Arbeiterschutzes und der Koalitionsfreiheit ausgebildet.

Zugleich bedeutet aber dieser Hinweis auf die Differenz der Thatbestände für juristische Augen wieder eine Annäherung an das, Kauf

¹ Bei der Diskussion der Zehnstundenbill im englischen Parlament legt Macaulay in seiner befürwortenden Rede den Gegnern die Worte in den Mund: „On the same grounds on which you leave the seller of gloves and the buyer of gloves to make their own contract, you ought to leave the seller of labour and the buyer of labour to make their own contract.“ *Speeches of Macaulay* (ed. Tauchnitz) II, 200.

² Brentano, Arbeitergilden II, 2—19. Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht S. 182 fg.

³ Brentano, Arbeitsverhältnis S. 194 fg. Loewenfeld in Brauns Archiv III, 416 und die dort citierte Äußerung des konservativen Reichstagsabgeordneten Wagener gegen die Verteidiger der Koalitionsverbote, wonach der Arbeiter „so frei geworden ist, daß er nun von der Spekulation des Geldkapitals gerade wie ein Ballen Baumwolle oder ein Sack Kaffee behandelt wird.“

und Arbeitsvertrag trennende System, welches vor etwa zweitausend Jahren im Recht der Römer geschaffen und von der Jurisprudenz fortgepflanzt worden ist. Wenn die Alten dem Arbeitsvertrag seinen Platz neben dem Kauf, nicht innerhalb desselben angewiesen haben, so muß schon ihnen irgend ein tiefgreifender Unterschied deutlich und bestimmend gewesen sein¹. Und wenn dagegen die moderne Nationalökonomie, nicht ohne Kenntnis der juristischen Distinktion und im Bewußtsein der spezifischen Merkmale des Verkaufs von Arbeit oder Arbeitskraft, an ihrer der kapitalistischen Wirtschaft entsprechenden Auffassung festhält², so müssen wir dies auf einen tieferen, mit einem wesentlichen Unterschied beider Wissenschaften zusammenhängenden Grund zurückführen. Dieser Grund liegt in Folgendem.

Die Nationalökonomie interessiert sich weniger für das vom Arbeitsvertrag gebotene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung,

¹ Nach Brentano im Handwörterb. d. Staatswissenschaften IV, 612 „haben schon die römischen Juristen hervorgehoben, daß dieselben Regeln wie für den Kaufvertrag für den Arbeitsvertrag des Freien oder die Dienstmiete maßgebend seien.“ Er beruft sich auf 2 p. D. 19, 2 (Gaius): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit*. Allein zur Begründung der Identität der Rechtsregeln führt der Römer nur an, daß beide Verträge mit der Übereinkunft über die Vergütung zu stande kommen; daß sie, worauf es ankäme, in Ansehung der anderen Leistung gleich geregelt seien, sagt der Römer nicht. In Inst. III, 142 ist er mit „*similibus regulis*“ maßvoller. Seine Übertreibung kennzeichnet schon Ulpian's Wort: *non similiter locationes ut venditiones fiunt* (63 D. 21, 2). Und man braucht sich bloß zu erinnern, daß es bei *locatio* keine Eviktions-, wie keine ädilische Haftung giebt, von kleineren Unterschieden zu schweigen.

² S. z. B. noch Roscher, System der Volkswirtschaft I §§ 160. 164—166. Kleinwächter in Schönbergs Handbuch I², 221 (die Unternehmung „als ständiger Käufer von Rohstoffen und Arbeitskräften“). Mithoff ebenda S. 628: „Der Arbeiter ist somit nach der heutigen Erwerbsordnung Verkäufer seiner Arbeitskraft, der Arbeitgeber ist Käufer. Die Arbeitskraft ist eine Ware, um die sich ein Preiskampf zwischen Käufer und Verkäufer entspinnt, dessen Ergebnis der Arbeitslohn ist. Derselbe ist hiernach der für die Ware Arbeit gezahlte Preis.“ Tönnies im Archiv f. öffentl. Recht X, 135: „Wenn aber dieser (der moderne Arbeitsvertrag) konstruiert wird als das, wofür ihn jeder politische Ökonom ansieht, sc. als Kauf . . .“ Vgl. auch Rosin, Arbeiterversicherung I, 140. 141. Andererseits nach L. v. Buch, Intensität der Arbeit, Wert und Preis der Waren (1896) S. 73 „leuchtet ein, daß die Arbeitskraft in keinem Falle als Ware bezeichnet werden kann: diese beiden Begriffe haben miteinander nichts gemein, insofern nämlich die Arbeitskraft Energie ist, welche in mechanische Arbeit noch nicht verwandelt ist, die Ware aber die in mechanische Arbeit bereits verwandelte Energie ist“. Auf diese Argumentation, die uns nicht schlüssig zu sein scheint, hier näher einzugehen, würde zu weit führen.

d. h. für das Entgeltverhältnis an sich, als für die Größe dieser beiden Leistungen und ihr Größenverhältnis. Darum richtet sie ihr Augenmerk nicht bloß auf das, was mit der Arbeit zugewendet, sondern auch auf das, was mit der Arbeit aufgewendet wird. In ihren Augen wird nämlich mit der Arbeit, die gewährt, oder der Arbeitskraft, die überlassen wird, ein Vermögensaufwand gemacht, der in eine Größenbeziehung zum Entgeltaufwand, zum Preise tritt.

Die quantitative Relation von Arbeit und Entgelt ist für das Recht im ganzen gleichgültig, und die Rechtslehre pflegt ihr nur ausnahmsweise nachzufragen. Demgemäß braucht auch der Austausch, den die Rechtslehre im Arbeitsvertrag findet, kein Warenaustausch zu sein, wie er der Nationalökonomie erscheint. Sie kann vielmehr den Kaufvertrag vom Arbeitsvertrag gerade dadurch unterscheiden, daß sie sagt, im Kaufvertrag werde ein Vermögensaufwand entgolten, im Arbeitsvertrag nicht. Die für Geld oder Gut zu erlangende Arbeit ist zwar für den, der sie ausbedingt und erlangen soll, etwas vermögenswertiges, indem sie für ihn die Zuführung eines wirtschaftlichen Gutes bedeutet, die er entgelten kann. Hingegen für den, der die Arbeit zusagt — wenn wir bei dem einfachen Fall stehen bleiben, daß er die eigene Arbeit zusagt — ist die Arbeit nicht ein Vermögensaufwand, sondern ein Kraftaufwand. Sie fließt nicht aus seinem Vermögen im Rechtssinn, und dieses Vermögen erleidet nicht im geringsten dadurch eine Schmälerung, daß Arbeit aufgewendet wird. Die Entfaltung der Arbeitskraft oder der Aufwand von Nerven- und Muskelsubstanz ist für das Recht kein Vermögensaufwand (Kapitel 2 Nr. VI).

Daß nun Recht und Rechtslehre diejenige Zuwendung, welche Vermögensaufwand ist, anders behandeln als diejenige, welche Kraftaufwand ist, an beiderlei Vereinbarung verschiedene Rechtswirkungen knüpfen, ist ebenso einleuchtend, wie dass sich die Nationalökonomie auf diese Distinktion nicht einläßt, darum nicht einläßt, weil ihr die Arbeit, sobald sie nicht als Vermögensaufwand gilt, für den Austausch mit Geld inkommensurabel wird, und es gerade diese Gleichung, diese quantitative Vergleichung der beiderseitigen Aufwendungen ist, welche das nationalökonomische Interesse erregt und fesselt.

VI. Der Arbeitsvertrag ist auch von der Miete und der Pacht verschieden, welche gegenseitige Verträge im gleichen Sinne sind wie der Arbeitsvertrag. Der Unterschied knüpft sich, wie der vom Kauf, nicht an die Entgeltleistung. Man nimmt gewöhnlich an, daß weder bei der Miete noch bei der Pacht der Entgelt eine Geldleistung sein

müsse¹. Da diese Notwendigkeit auch beim Arbeitsvertrag nicht besteht, und andererseits die Geldleistung ebensowohl bei Miete und Pacht als beim Arbeitsvertrag ungemein häufig vorkommt, so sind die Thatbestände nicht nach der Entgeltleistung zu unterscheiden. Wohl aber scheidet sie die entgeltlose Leistung. Bei Miete und Pacht wie beim Kauf wird das Zugewandte vom Zuwender getrennt, beim Kauf der Substanz, bei den anderen dem Gebrauch nach, die Miet- oder Pacht- wie die Kaufsache gelangt in den Besitz des Mieters, des Pächters oder des Käufers. Dagegen beim Vollzug eines Arbeitsvertrags, aus dem der Arbeitsschuldner die Arbeit zu verrichten hat, ist und bleibt die Arbeit mit seiner Person verbunden und nur ihr Erfolg oder ihr Ergebnis ist von ihm abgelöst. Die Leistung des Vermieters oder Verpächters ist ferner wie die des Verkäufers stets ein Vermögensaufwand: indem der Vermieter oder Verpächter sich der Möglichkeit des Gebrauchs begiebt oder sich einer Beschränkung des Gebrauchs unterzieht, leistet er aus seinem Vermögen, dem die Möglichkeit und Freiheit des Gebrauchs angehört. Dagegen, wer im Arbeitsvertrag die Zusage von Arbeit macht, verspricht, sofern es sich um eigene Arbeit handelt, nichts aus seinem Vermögen, sondern er verspricht einen Kraftaufwand. Er verspricht damit eine Thätigkeit, während der Vermieter ein Gebrauchenlassen verspricht, was keine Thätigkeit ist².

In dem einen Punkte nähert sich der Arbeitsvertrag der Miete wie der Pacht und ist er mit diesen vom Kauf entfernt, daß der Kauf durch seine Struktur stets ein transitorisches Rechtsverhältnis der Kontrahenten begründet, während durch den Arbeitsvertrag wie durch Miete oder Pacht sehr oft ein dauerhaftes Rechtsverhältnis geschaffen wird, indem der Thatbestand auf diesen Effekt zugerichtet ist. Demgemäß verträgt zwar nie die Verkäuferleistung, wohl aber die Gebrauchsgewährung (aus Pacht oder Miete) und die Arbeitsleistung (aus dem Arbeitsvertrag) im Kontrakt eine Bemessung nach der Zeit und eine ihrem zeitlichen Umfang sich anpassende Bemessung des Entgeltes. Beides ist bei Miete oder Pacht wie beim Arbeitsvertrag möglich, keineswegs wesentlich.

Gegenstand der Miete sind nur Sachen, Gegenstand ihres Seitenstückes, der Pacht, nur Sachen und Rechte. Das BGB. nennt nur

¹ z. B. Mittelstein, Die Miete (1900) S. 12. 13. Das BGB. hat bei Mietzins, Mietzinsforderung und Aufrechnung gegen dieselbe (§§ 535. 543. 551. 552. 554. 555. 557. 559. 563. 565. 573—576. 196 Nr. 6. 197) sowie bei Pachtzins (§§ 581. 584. 585. 597. 197) wahrscheinlich Geld und Geldforderung vor Augen.

² Vgl. auch Riezler, Der Werkvertrag (1900) S. 48.

diese Gegenstände, und man ist darüber einig, daß damit die Miet- und die Pachtobjekte vollständig angegeben sind. Der Mensch kommt nicht darunter vor, er ist nicht mögliches Miet- oder Pachtobjekt. Die entgeltliche Überlassung des Gebrauchs eines Menschen, des überlassenden selbst oder eines fremden Menschen, ist weder Miete noch Pacht. Auch die menschliche Arbeitskraft und die menschliche Arbeit können nicht Miet- oder Pachtobjekte sein. Nicht bloß darum, weil sie weder Rechte noch Sachen, nämlich körperliche Gegenstände (BGB. § 90) sind, sondern auch darum, weil sie durch den Gebrauch und soweit dieser reicht, aufgebraucht werden. Gegenstände von Miete oder Pacht können aber nur unverbrauchbare Dinge sein, weil das Miet- oder Pachtobjekt zurückgegeben werden muß: die von ihm gebrauchte menschliche Arbeit oder Arbeitskraft würde der Mieter nicht zurückgeben können. Die Wasserkraft eines Baches oder Flusses gilt als mietbar, weil sie durch den Gebrauch nicht verbraucht wird.

Ist nach alledem der Arbeitsvertrag keine Miete, so könnte man daran denken, ihn als sogen. *Gebrauchsüberlassungsvertrag* der Miete an die Seite zu stellen, unter dem letzteren auch die Miete zu begreifen¹. „Gebrauchsüberlassungsvertrag“ bezeichnet weder eine gesetzliche, noch eine sonst feststehende Kategorie. Es fragt sich, ob der Arbeitsvertrag ihr unterfallen könne. Als zum Gebrauch überlassen würde beim Arbeitsvertrag die Arbeitskraft gelten. Da sie jedoch, anders als die Mietsache, im Gebrauch verzehrt wird, für einen neuen Gebrauch erneuert werden muß, so kann von ihrer Überlassung zum Gebrauch im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden. Ferner macht bei der Miete den Gebrauch zweifellos der Mieter, dem der Gebrauch überlassen ist. Beim Arbeitsvertrag hingegen ist zu bezweifeln, daß der Gebrauch der Arbeitskraft von dem gemacht wird, dem die Arbeit zugesagt worden ist². Man kann zugeben, daß dieser die Arbeit, die ihm geleistet wird, zu seinen Zwecken verwenden könne (indem er z. B. Ort und Zeit, Stoff und Form bestimmt), muß aber Menschen gegenüber dabei bleiben, daß nur der Inhaber der Arbeitskraft selber diese seine Arbeits-

¹ So, wie es scheint, Schollmeyer, *Recht der einzelnen Schuldverhältnisse* S. 34. 35. S. 57: „Es handelt sich bei beiden (Dienstvertrag und Sachmiete) um zeitweiligen Gebrauch fremder Güter.“ Für das römische Recht erklärt Windscheid, *Pandektenrecht* II § 405: „Der Vermieter sagt dem Mieter den Gebrauch einer Sache oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner) Arbeitskraft zu, der Mieter verspricht dafür dem Vermieter Geld.“

² Vgl. W. Endemann, *Behandlung der Arbeit im Privatrecht* S. 72: „denn die Arbeitskraft ist und bleibt lediglich dem freien Arbeiter, geht nicht in den Gebrauch des Arbeitgebers über.“

kraft gebrauchen, d. h. in Arbeit umsetzen könne, also daß ihre Gebrauchsüberlassung unmöglich wäre: in dem Sinn wie der Mieter die Sache, kann der Arbeitgeber die menschliche Arbeitskraft nicht gebrauchen. Man müßte daher Gebrauchsüberlassung bei ihr das nennen, daß der Arbeiter rechtlich gehalten ist, seine Arbeitskraft in gewisser Weise zu gebrauchen, nämlich nach den Anweisungen dessen, dem er ihre Entfaltung, die Arbeit, zugesagt hat. Die Gebrauchsüberlassung würde hier darin bestehen, daß einem Anderen ein Einfluß auf den Selbstgebrauch der Arbeitskraft durch ihren Träger eingeräumt wird. Allein abgesehen davon, daß die Einräumung solcher rechtlichen Verfügung weniger ist als die Gebrauchsüberlassung bei der Miete, ist ein solcher Einfluß weitaus nicht bei allen Arbeitsverträgen anzutreffen und dem Arbeitsvertrag nicht wesentlich (Kap. 2 Nr. IX). Den Arbeitsvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag auffassen, deckt daher, auch wenn man Gebrauchsüberlassung im engeren Sinn von Einräumung der rechtlichen Verfügung nimmt, längst nicht das ganze Gebiet des Arbeitsvertrags.

Für die Auffassung des Arbeitsvertrags als Miete oder als Gebrauchsüberlassungsvertrag findet sich im BGB. so wenig ein Anhaltspunkt, daß ihm vielmehr die Ablehnung dieser Ansicht zu entnehmen ist. Denn es hat die von ihm geregelten Arten von Arbeitsvertrag nicht im Titel von der Miete und Pacht, sondern getrennt davon (durch die Titel von der Leihe und vom Darlehen gesondert) und in eigenen Titeln behandelt. Ferner sagt das BGB. wiederholt (§§ 642, 649, 615) von demjenigen, welcher aus dem Arbeitsvertrag Arbeit zu leisten hat, er könne „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft“ oder „seiner Dienste“ etwas erwerben, womit es ausdrückt, daß er selbst es ist, der seine Arbeitskraft oder seine Dienste beim Vollzug des Arbeitsvertrags verwendet. Auch rechnet das BGB. selbst (in § 618) mit der Möglichkeit von Dienstverträgen, bei denen Dienstleistungen vorkommen, die nicht nach Anordnung oder unter Leitung des Dienstberechtigten vorzunehmen sind. In solchen Fällen könnte nur uneigentlich von diesem gesagt werden, daß ihm der Gebrauch der Arbeitskraft überlassen worden sei. Endlich werden in § 733 Abs. 2 „Leistung von Diensten“ und „Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes“, in § 346 „geleistete Dienste“ und „Überlassung der Benutzung einer Sache“ von einander gesondert, als zweierlei betrachtet.

Der ungeheure Abstand, der zwischen Miete und Arbeitsvertrag durch die Verschiedenheit der in diesen Verträgen gegen Entgelt zugesagten Leistungen hervorgebracht ist, wird durch eine gewisse Ge-

meinsamkeit, sowohl der römischen als der germanischen Terminologie beider Verträge nicht im geringsten verhüllt oder vermindert. Da nämlich die gemeinsamen technischen Namen sich gar nicht auf die Leistungen des Vermieters und des Arbeiters beziehen, so gestatten sie weder fürs germanische noch fürs römische Recht die Annahme, daß jene Leistungen miteinander verwandt und in der Gebrauchsüberlassung eins seien.

Das deutsche „miete“, mit dem griechischen *μισθός* urverwandt, bedeutet nach Grimms Wörterbuch „Lohn, Gegengabe, Gegenzahlung“; „mieten“ oder Lohn für eine Leistung gewähren specialisiert sich in: dingen für eine Verrichtung, einen Dienst und: gegen Entgelt die Verfügung über eine Örtlichkeit erlangen¹. Es besteht daher die Gemeinschaft z. B. von Gesindemiete und Hausmiete für die Sprache auf seiten der Entgeltleistung, und die Übertragung dieser Gemeinschaft auf die entgoltenen Leistungen wird durch die Sprache nicht erlaubt, wie sie durch die Sache ausgeschlossen ist. Das abgeleitete „vermieten“ bezeichnet die Leistungen des Sachgebrauchsüberlassers wie des Arbeiters nicht nach ihrem eigenen Inhalt, sondern nach der Gegenleistung².

Die lateinischen Ausdrücke *locare* und *conducere* werden bekanntlich ebensowohl für die Miete als für den Arbeitsvertrag in den beiden Formen der *l. c. operarum* und der *l. c. operis* verwendet. Die vielen litterarischen Bemühungen um die Erklärung dieser Terminologie³ gehen von der Annahme aus, daß sie für gleichartige Vorgänge sich gebildet hat. Am meisten durchführbar scheint diejenige Erklärung

¹ Ebenso werden nach v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I, 610. 630. 632. 633. 636. 649. II, 740. 771. 787 Pacht, Sachmiete, Dienstmiete und Werkmiete sprachlich zusammengehalten durch die Entgeltleistung, altschwedisch „*legha*“, altnorwegisch „*leiga*“, was sowohl den Pacht- oder Mietzins als den Lohn, nämlich das Geld oder die Sachen bedeutet, „wofür man Gebrauch oder Nutzung einer Sache einem Anderen überläßt oder wofür man einem Anderen einen Dienst oder ein Werk verrichtet“.

² Wenn Riezler, Der Werkvertrag S. 30, den Ausdruck „Werkmiete“ (statt Werkvertrag) für „der juristischen Natur des Vertrages widerstrebend“ erklärt, so wird dabei das Wort „Miete“ nicht auf die Entgeltleistung bezogen, sondern wohl an die Gebrauchsüberlassung des Sachvermieters gedacht, was dem heutigen Sprachgebrauch entsprechen mag. Allein es zeigt gerade die Bildung des Ausdrucks „Werkmiete“, daß die „juristische Natur des Vertrags“ nicht in der Gebrauchsüberlassung erblickt wurde.

³ Kritische Berichterstattung und Fortführung bei Burckhardt, Zur Geschichte der *locatio conductio* (1889) S. 26—33. Neuerdings Riezler a. a. O. S. 7—14, Bücher in Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV², 371, Voigt, Römische Rechtsgeschichte II, 980. 931.

zu sein, welche sich an die sinnliche Bedeutung als ursprüngliche haltend, das *locare* als Plazieren oder Verstellen und das *conducere* als Wegführen oder Holen faßt. Nach dieser einleuchtenden, obzwar nicht einwandfreien Erklärung schildern die *Termini* den äußeren Hergang, nämlich den beginnenden Vollzug der *locatio conductio* unterfallenden Verträge, ohne die Leistung des *locator*, die Überlassung des *uti*, irgendwie zu bezeichnen und ohne im geringsten bemerken zu lassen, daß die Leistung des *locator operum* oder des *conductor operis*, der z. B. *vinum transportandum conduxit*, von derselben Art, nämlich eine Gebrauchseinräumung sei, wie die des *locator* beim *domum locare*. Von solcher Gebrauchseinräumung aus, als Sinn von *locare*, hätte man es auch nie dahin bringen können, von einem „*factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas*“ (5 § 2 D. 19, 5) zu sprechen, da eine Handlung nicht zum Gebrauch überlassen werden kann¹. Sieht man aber von der Etymologie ab und bleibt man dabei stehen, daß die Leistung des *locator* beim *rem locare* eine Gebrauchseinräumung ist, d. h. daß mit Bezug auf solche Leistung *locare* gesagt wird, so ist es unmöglich, zu einer entsprechenden Leistung bei dem Arbeitsvertrag zu gelangen, der *locatio operis* ist, weil derjenige, der hier Arbeit leistet und für diese *opera* Entgelt empfängt², als *conductor* bezeichnet wird, somit nicht als Gebrauchsüberlasser erscheint.

Die lateinische Terminologie liefert demnach keinen Anhalt für die im Vorausgehenden bekämpfte Meinung, daß *Miete* und *Arbeitsvertrag* durch die Leistungen, die in ihnen entgeltlich ausbedungen werden, innerlich zusammenhängen³.

¹ Siehe auch 2 I. 3, 14: — *locatus tibi usus rei videtur*.

² z. B. 2 § 1 D. 19, 2 (*mercede pro opera constituta*). 34 p. D. 34, 2 (*mercedem praestaturus pro opera aurifici*).

³ E. Löning, *Arbeitsvertrag*, Handwörterbuch der Staatswissenschaften I², 986 sagt dem römischen Recht nach, es habe den Arbeitsvertrag als eine Art des Mietvertrags behandelt und den fundamentalen Unterschied von *Miete* und *Arbeitsvertrag* nicht berücksichtigt. Dieses Urteil ist trotz seiner Unwahrscheinlichkeit herkömmlich und verbreitet. Allein es läßt sich nicht begründen. Denn das römische Recht behandelt zwar, wie die Namen zeigen, *locatio operis* und *locatio operum* als Arten der *locatio*, allein mit dem Wort *locatio* verbindet es unverkennbar nicht unseren Begriff von *Sachmiete*, an welche man bei uns denkt, wenn von „*Miete*“ gesprochen wird. Demgemäß ist die Äußerung von Hachenburg, *Dienstvertrag* und *Werkvertrag* (1898) S. 3: „Der Römer bezeichnete jede Benützung fremder Arbeitskraft, einerlei ob ihm diese als solche oder nur in ihrem Resultate wertvoll war, verächtlich als *Miete*,“ sowohl im Ausdruck als im Inhalt verfehlt. Auch von der Verächtlichkeit der angeblichen Bezeichnung findet sich keine Spur.

VII. Der im Vorausgehenden definierte Gattungsbegriff des Arbeitsvertrags ist aus den Typen oder den Arten von Arbeitsvertrag abstrahiert, welche in den Rechtsquellen enthalten und geregelt sind (Kapitel 7). Seine wesentlichen Bestandteile (Arbeit und Entgelt) sollen in den Kapiteln 2 und 3 besonders betrachtet werden. Zunächst ist, schon zur Vereinfachung der Darstellung, die mit jenem Begriff zusammenhängende Terminologie von Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitgeber und Arbeitnehmer festzustellen.

Der von unserem Gegenstand getragene Name „Arbeitsvertrag“ kommt in den Quellen selten und in engerer Bedeutung vor. Er findet sich im BGB. gar nicht und von den übrigen Reichsgesetzen nur in GewO. § 123 Abs. 1 Nr. 1 und 3, § 124, Abs. 1 Nr. 5, § 134^b Abs. 1 Nr. 5, § 134^c Abs. 2, § 139^k Abs. 3, Invalidenversicherungsgesetz § 151 Abs. 1 Nr. 2, Krankenversicherungsgesetz (Fassung vom 10. April 1892) § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 1—3, § 3^a Abs. 3, § 49 Abs. 1, § 59, Gesetz, betreffend die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen (vom 5. Mai 1886), § 136 Abs. 4, § 137 Abs. 1¹.

Wo an diesen Orten der Name „Arbeitsvertrag“ gebraucht wird, deckt er nicht unseren Begriff von Arbeitsvertrag, welcher ohne Rücksicht auf die Person der Parteien, die Art der Arbeit, die Art und den Umfang der Vergütung vorhanden ist. Vielmehr bezieht sich der Name „Arbeitsvertrag“, wo ihn die Quellen verwenden, auf die Arbeitsverträge nur gewisser Personen von Arbeitnehmern und damit nur auf gewisse Arten von Arbeit, namentlich auf die Arbeitsverträge der Gesellen und Gehülfen im Gewerbebetrieb, der Fabrikarbeiter, der Gehülfen und der Lehrlinge in offenen Verkaufsstellen und bestimmter, durch die genannten Versicherungsgesetze für versicherungspflichtig erklärter Personen. Zu den Letztgenannten zählen außer jenen Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeitern beispielsweise die Dienstboten, die gewerblichen Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker, die

Nach Riezler, *Werkvertrag* S. 48, „steht die Parallele zwischen einer Sache und der menschlichen Arbeitskraft, die einem anderen zum Gebrauche überlassen würde, mit der heutigen nationalökonomischen und ethischen Bedeutung der Arbeit . . . nicht mehr im Einklange“. Allein, daß diese Parallele im römischen Recht zu finden sei, ist eine Legende. S. 30: „Der bei Miete und Pacht vorherrschende Gesichtspunkt der Gebrauchsüberlassung spielt beim modernen Werkvertrage keine entscheidende Rolle mehr“; daß er jemals beim Werkvertrage eine Rolle gespielt habe, soll erst noch bewiesen werden!

¹ Diese beiden Stellen gehören dem die Krankenversicherung betreffenden Abschnitt B des Gesetzes an, welchen das Gesetz, betr. die Abänderung der Unfallversicherungsgesetze (vom 30. Juni 1900), § 1 stehen gelassen hat.

Handlungsgehülfen, Handlungslehrlinge, Hausdiener, Küfer, Packer u. dgl., die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter und Betriebsbeamten, die Bergarbeiter, die Angestellten der Anwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Versicherungsanstalten, Lehrer und Erzieher, welche Lohn oder Gehalt beziehen, Personen, die in der Post-, Telegraphen-, Marine- oder Heeresverwaltung gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt sind.

Wie in den Reichsgesetzen, so ist auch in der Litteratur der Sprachgebrauch von „Arbeitsvertrag“ nicht einfach und nicht fest. In der Litteratur wird dieser Name überwiegend nicht auf unsern Gattungsbegriff, sondern auf engere Begriffe angewandt, — eine Einengung, für welche nicht eine allgemein anerkannte Übung, sondern ein gewisses Belieben maßgebend ist. Bisweilen wird unter „Arbeitsvertrag“ bloß der gewerbliche, wohl gar nur der großindustrielle nebst dem hausindustriellen Arbeitsvertrag verstanden¹. Dann wieder bedeutet „Arbeitsvertrag“ den Arbeitsvertrag folgender Arbeitnehmer: des groß- und des hausindustriellen Arbeiters, des ländlichen Tagelöhners, des Gesellen, des Lehrlings und des Gesindes². Ungefähr auf das Nämliche kommt man hinaus, wenn man bei „Arbeitsvertrag“ nur den Kapitalisten als Arbeitgeber und den Proletarier als Arbeitnehmer im Auge hat³. Eine größere Geltung scheinen dem Namen „Arbeitsvertrag“ diejenigen zu gewähren, welche den Arbeitsvertrag mit dem Dienstvertrag des BGB. identifizieren, damit aber auch nur diesen Dienstvertrag als Arbeitsvertrag gelten lassen⁴. Eine

¹ Holdheim, Der Arbeitsvertrag in seiner systematischen Stellung: Zeitschr. für die ges. Staatswissenschaft 30, 247—64. In den Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 10 (1896) heißt es S. 44 mit Bezug auf Kleider- und Wäschekonfektion: „Bei Gestaltung des Arbeitsvertrags ist zu unterscheiden das Vertragsverhältnis des Fabrik- und Werkstattarbeiters zu seinem Arbeitgeber von dem des Hausgewerbetreibenden zum Arbeitgeber.“ Hier hat „Arbeitsvertrag“ jedenfalls den im Text angegebenen Begriffsumfang; möglicherweise wird ihm vom Verfasser des Satzes ein noch größerer beigemessen.

² Schmoller, Die Natur des Arbeitsvertrags: Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft 30, 449—527.

³ Vgl. Brentano, Über Arbeitseinstellungen und Fortbildung des Arbeitsvertrags: Schriften des Vereins für Socialpolitik Bd. 45 S. XVIII. XIX. Flesch, Zur Kritik des Arbeitsvertrags (1901) S. 1: „Die freie Vereinbarung zwischen Unternehmer und Arbeiter“.

⁴ Cesana-Giebel, Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrages (Zürich 1898) S. 5—7. 19—21. 27 und sonst. E. Löning in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Artikel „Arbeitsvertrag“. Hier wird jedoch die Identifizierung insofern nicht festgehalten, als nach S. 988 „nicht jedes Arbeits-

Ausdehnung gegenüber den vorigen Definitionen und den zuerst erwähnten gesetzlichen Anwendungen ist hier gewifs insofern gegeben, als sich das BGB. bei der Regelung seines Dienstvertrags nicht kümmert um die Person der Parteien und um die Art der übernommenen Arbeit. Es verhält sich indifferent gegen die ökonomische oder sociale Stellung der Parteien: jeder Mensch (wenn nur etwaigem Mangel der Geschäftsfähigkeit abgeholfen ist) kann Dienstberechtigter und kann zur Dienstleistung Verpflichteter sein¹. Fast ebenso indifferent ist das BGB. bei seinem Dienstvertrag gegen die Art der Arbeit. Es zeichnet zwar „Dienste höherer Art“ aus (§§ 622. 627), allein dieser Unterschied kommt nicht für das Dasein des Dienstvertrags in Betracht. Denn es verfügt § 611 Abs. 2: „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.“ Mit diesen Worten wird jeder Unterschied in der Arbeitsart für irrelevant erklärt, denn die hier genannten Dienste sind nichts anderes als Arbeit. Hierauf wird Kapitel 7 zurückkommen, wo dargelegt wird, daß der Dienstvertrag ein Arbeitsvertrag ist. An gegenwärtiger Stelle handelt es sich — unter Voraussetzung dieser leicht einzuräumenden Thatsache — nur darum, zu prüfen, inwiefern es gerechtfertigt und empfehlenswert ist, Arbeitsvertrag und Dienstvertrag einander gleichzusetzen². Folgende Einwände lassen sich geltend machen.

verhältnis auch ein Dienstverhältnis“ sein soll; es müßten alle vom Dienstherrn angeordneten Arbeiten auszuführen sein. Danach würde der Dienstvertrag weniger umfassen als der Arbeitsvertrag. Siehe ferner Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB. S. 45 und Stenographische Berichte des Reichstags über die zweite Beratung des Entwurfs, 1896 111. Sitzung S. 2792. Es war beantragt worden, im Gesetz statt „Dienstvertrag“ zu sagen „Arbeitsvertrag“. Flesch 'a. a. O. S. 2: „Unser neues BGB. hat für den Arbeitsvertrag, den es 'Dienstvertrag' nennt, nur wenige Paragraphen übrig.“ Vgl. auch noch unten Kap. 7 Nr. II.

¹ Stadthagen, Arbeiterrecht (1900) S. 3, stellt die Ausdrücke „Lohnvertrag“, „Dienstvertrag“ und „Arbeitsvertrag“ als gleichbedeutend nebeneinander. Indem er jedoch bei dem so benannten Begriff einen Arbeitnehmer voraussetzt, dessen Arbeitskraft „sein einziger Reichtum ist“, d. h. einen Proletarier, entfernt er sich vom Dienstvertragsbegriff des BGB., als welcher gegenüber der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers indifferent ist. Eine andere Einengung hat er S. 9. 10 beim „eigentlichen Arbeitsvertrag“ im Auge, der sich nur auf diejenigen Arbeiten bezieht, „die für das Gewerbe oder die Wirtschaft eines anderen geleistet werden“.

² R. Löning in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Artikel „Arbeitsvertragsbruch“ unterscheidet „Arbeitsvertrag im allgemeinen“, welcher den Dienst- und den Werkvertrag des BGB. umfaßt, und „Arbeitsvertrag im engeren Sinn“. Letzterer wird auf körperliche Arbeit eingeschränkt, überdies auf solche, „die durch einen dauernden wirtschaftlichen Zweck fortlaufend

Erstens wird damit einem gesetzlich definierten Begriff außer dem ihm gesetzlich verliehenen und ihm allein zukommenden Namen „Dienstvertrag“ mit „Arbeitsvertrag“ noch ein zweiter Name gegeben, der wieder nur ihm zukommen soll, was einen Überfluß bildet. — Zweitens bedeutet die fragliche Identifikation — mag sie gleich nach einer Seite das Anwendungsgebiet des Ausdrucks „Arbeitsvertrag“ vergrößern: S. 54/55 — eine Einschränkung der Verwendbarkeit unseres Terminus, die weder sprachlich geboten, noch wissenschaftlich zweckmäßig ist. Zwar gehen die Vertreter der Gleichsetzung nicht so weit, mit „Arbeitsvertrag“ nur Dienstverträge zu begreifen, die allein vom BGB. geregelt sind, vielmehr werden irgendwie auch in anderen Gesetzen, z. B. der GewO., dem HGB., geregelte einbezogen. Greift man jedoch über das BGB. hinaus, so muß man zu beweisen imstande sein, daß die anderwärts geregelten Verträge Dienstverträge des BGB. sind, was die Brauchbarkeit dieser Nomenklatur sehr beeinträchtigt. Während die vorhin (S. 54) angeführten Terminologien den Arbeitsvertrag an der ökonomischen Stellung der Parteien oder der einen von ihnen erkennen, mag Dienstvertrag vorliegen oder nicht, muß, wer nur den Dienstvertrag des BGB. als Arbeitsvertrag gelten lassen will, ein dem sonstigen Thatbestand angehöriges Unterscheidungsmerkmal besitzen. Es ist z. B. der erwähnten ökonomischen Stellung nach der mit dem Heimarbeiter geschlossene Vertrag zweifellos ein Arbeitsvertrag. Dagegen wird demselben der Charakter des Dienstvertrags oft abgesprochen, wonach er von der in Rede stehenden Terminologie nicht als Arbeitsvertrag bezeichnet werden könnte¹. — Dazu kommt in dritter Linie, daß die Reichsgesetze selber, indem sie manchmal „Dienst“ und „Arbeit“ oder „Dienstverhältnis“ und „Arbeitsverhältnis“ nebeneinander stellen²,

gefordert wird“. Der fordernde Zweck ist einer des Arbeitgebers; die Dauer bleibt unbestimmt. Es wird nicht angegeben, wie dieser Arbeitsvertrag „engeren Sinns“ sich zum BGB. verhalte, und in welcher Rechtsquelle er geregelt ist. Vgl. Loewenfeld in Brauns Archiv f. sociale Gesetzgebung III, 405 f.

¹ z. B. vom Berichterstatter der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfs des BGB.: Stenograph. Berichte des Reichstags, 1896, 111. Sitzung S. 2800 („in Wahrheit Werkverträge“).

² z. B. Beschlagnahmengesetz § 1: „Die Vergütung für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden . . . nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt . . .“ BGB. § 113: „Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung

auf den Schluß führen — nicht daß der Dienstvertrag kein Arbeitsvertrag, auch nicht daß „Dienst“ oder „Dienstleistung“, wo sie allein stehen, immer oder nur auf einen Dienstvertrag hinweisen, wovon seines Orts (zunächst in Kapitel 7) die Rede sein wird — wohl aber, daß der Dienstvertrag dem Arbeitsvertrag nicht kongruent ist, daß der Arbeitsvertrag den Dienstvertrag überragt, daß „Arbeitsvertrag“ nicht ein mit „Dienstvertrag“ gleichbedeutender, sondern ein umfassenderer Name ist als „Dienstvertrag“. Demgemäß würde es eine willkürliche und zu unhaltbaren Ergebnissen führende Auslegung bilden, wenn man da, wo Reichsgesetze allein von „Arbeit“ (als Forderungs- oder Erwerbgrund) oder von „Arbeitsverhältnis“ reden¹, ohne weiteres nur Dienstvertrag annehmen würde. Diese Willkür kann aber nur dann vermieden werden, wenn man die Identifizierung von Arbeitsvertrag und Dienstvertrag fallen läßt. — Viertens fällt auch ins Gewicht, daß der Name „Arbeitsvertrag“ sich vorzüglich dazu eignet, noch andere Verträge als den Dienstvertrag zu bezeichnen, die mit dem Dienstvertrag gemein haben, daß sie gegenseitige Verträge sind, in denen ein Teil Arbeit und der andere für dieselbe eine Vergütung verspricht. Für den wissenschaftlichen Gattungsbegriff von Arbeitsvertrag ist der Terminus „Arbeitsvertrag“ darum geeignet, weil ihn der Sprachgebrauch noch nicht für bestimmte Typen okkupiert hat, und weil er durch Beiwörter oder Zusätze für einzelne Typen specialisiert werden kann, sofern das Bedürfnis nicht schon durch Specialnamen (z. B. Frachtvertrag, Heuervertrag) gedeckt ist.

In der Litteratur finden sich denn auch Ansätze zur Verwendung des Namens „Arbeitsvertrag“ für den umfänglichen Begriff, mit dem wir uns befassen. Am meisten ist dies der Fall bei Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts IV, § 248, wo es heißt: „Arbeitsverträge sind es, durch welche das Gesinde, die Tagelöhner, die Fabrikarbeiter und -beamten, die Gesellen und Gehülfen angenommen werden; Arbeitsverträge sind es, auf Grund deren der Fabrikant und der Handwerker, der Baumeister, der Künstler, der Schriftsteller, der Verleger, der Arzt, der Lehrer, der Anwalt, der Kommissionär und der Mäkler für andere thätig werden; Arbeitsverträge sind es, durch welche die Transportanstalten, Eisenbahnen und Rhedereien sich zur Beförderung von Personen und Gütern ver-

eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses . . . betreffen.“ § 1822 Nr. 7, § 1827 Abs. 1. Gerichtsverfassungsgesetz § 202 Nr. 4^a.

¹ z. B. BGB. §§ 196 Nr. 1, 1967, 1427 Abs. 2, 1578 Abs. 1, 1585 Abs. 1, 1602 Abs. 2, 1651 Nr. 1, Invalidenversicherungsgesetz § 97.

pflchten.“¹ In diesen hier nicht vorbehaltlos übernommenen Sätzen findet man Verträge zusammengestellt, die neben dem, was sie in den Augen des Laien wie des Juristen unterscheidet, gemeinsame Züge tragen, wegen deren einer wie der andere „Arbeitsvertrag“ heißen darf. Damit ist aber die Möglichkeit begründet, einem aus den gemeinsamen Zügen gebildeten Vertrag, d. i. dem im Vorausgehenden definierten Begriff, den Namen „Arbeitsvertrag“ beizulegen.

VIII. Unter Arbeitsverhältnis wird hier das durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags unter den Parteien begründete Vertragsverhältnis verstanden; es ist ein Rechtsverhältnis. Das Dasein desselben ist, eben weil es ein Rechtsverhältnis ist, nicht durch das Bestehen des entsprechenden faktischen Verhältnisses bedingt, d. h. nicht davon abhängig, daß thatsächlich Arbeit geleistet wird. Das Arbeitsverhältnis genannte Rechtsverhältnis kann mit diesem thatsächlichen verbunden sein, und es kann ohne dieses bestehen. Das Rechtsverhältnis kann existieren, weil nämlich ein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist, während sein Vollzug, der Eintritt in die Arbeit oder der Antritt der Stelle, noch hinausgeschoben ist. Das thatsächliche Verhältnis kann zeitweise aufgehoben und wiederhergestellt werden, während das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis ununterbrochen fort dauert, indem z. B. das Arbeitsverhältnis des Schülers und des Lehrers, in welchem wöchentlich zwei Unterrichtsstunden erteilt werden, als Rechtsverhältnis auch außerhalb dieser zwei Stunden existent bleibt. Es kann endlich definitiv die Arbeit verlassen worden oder der Ausschluss von der Arbeit erfolgt sein, während gemäß dem Arbeitsvertrag das Rechtsverhältnis, d. i. das Arbeitsverhältnis, noch fortbesteht.

Als Rechtsverhältnis kann das Arbeitsverhältnis nur durch vom

¹ Siehe ferner Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I, 149. 151/52: „im allgemeinsten juristischen Sinne ist Arbeitsvertrag schlechthin jeder Vertrag, dessen Gegenstand eine Arbeitsleistung ist.“ Hier wird jedoch des Entgeltes nicht gedacht und damit die Gegenseitigkeit nicht für erforderlich erklärt. Der Vertrag über unentgeltliche Arbeit hat im Leben nur eine untergeordnete Bedeutung. Ein Begriff von Arbeitsvertrag ohne das Entgeltmerkmal würde des praktischen Wertes entbehren, da sich an den Entgelt und sein Verhältnis zur Arbeit der größte Teil des juristischen Interesses knüpft. — Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 172, stellt die „Arbeitsverträge“ des BGB. zusammen, nimmt aber dazu neben Dienstvertrag, Werkvertrag und Maklervertrag die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Auslobung, die beide nicht Verträge sind, und den Auftrag, der sich durch die Unentgeltlichkeit unterscheidet, während er dagegen den entgeltlichen Verwahrungsvertrag nicht einrechnet. — Vgl. unten Kapitel 4 Nr. VII.

Recht anerkannte Gründe geündigt werden. Danach ist seine Auflösung selbstverständlich eine rechtmäßige und ist seine rechtswidrige Auflösung eine Unmöglichkeit. Indessen bedient sich die GewO. auch einer laxeren Ausdrucksweise. Da nämlich das Arbeitsverhältnis zwar in der Mehrzahl der Fälle mit dem ihm entsprechenden faktischen Verhältnis verbunden ist, aber das letztere unter Fortbestand des ersteren aufhören kann, was vom Arbeitnehmer ausgehend Kontraktbruch zu heißen pflegt, so wird vereinzelt dieser abnorme Fall als widerrechtliche, unrechtmäßige oder rechtswidrige Lösung oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezeichnet¹ und andererseits der normale Fall pleonastisch als rechtmäßige Auflösung oder Beendigung hingestellt².

Gebrauchen wir den Ausdruck „Arbeitsverhältnis“ für das durch den Arbeitsvertrag begründete Rechtsverhältnis der Parteien, so ist er anwendbar ohne Unterschied des zu Grunde liegenden Arbeitsvertrags. Damit ist nicht die Möglichkeit verschlossen, das durch einen Arbeitsvertrag von gewisser Art oder von gewissem Typus begründete Rechtsverhältnis mit einem dieser Besonderheit angepaßten Namen zu bezeichnen. So läßt sich das durch einen Dienstvertrag geschaffene Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis und auch als Dienstvertragsverhältnis oder Dienstverhältnis bezeichnen.

In den Rechtsquellen des Arbeitsvertrags kommt der Ausdruck „Arbeitsverhältnis“ nicht selten vor, jedoch nicht in dem vorhin angegebenen, hier geltenden allgemeinen Sinn, da sich ja die Quellen nicht mit dem Arbeitsvertrag im allgemeinen, sondern mit Typen oder mit Arten desselben befassen. Es findet sich der Ausdruck „Arbeitsverhältnis“ an den in der Anmerkung³ angeführten Stellen. Er bezieht sich danach in den Quellen auf eine Reihe verschiedener Arbeitsverträge, was seine allgemeinere Verwendung rechtfertigt. Auch in der oft anzutreffenden Verbindung „Arbeits- oder Dienstverhältnis“⁴ darf man dem Ausdruck „Arbeitsverhältnis“ nicht unseren

¹ GewO. § 119^a Abs. 1, § 125 Abs. 2, § 134 Abs. 2.

² GewO. § 107 Abs. 1, § 124^b, § 125 Abs. 1.

³ HGB. § 88, GewO. §§ 107. 111. 119^a. 122. 123 Abs. 1 Nr. 1. 124^a. 124^b. 125^a Abs. 1, 2. 134 Abs. 2. Bundesrätliche Bekanntmachungen in RGBl. 1891 S. 401. 1892 S. 333, III, 4. 1893 S. 219, § 11 Nr. 1. 1895 S. 6, III. Invalidenversicherungsgesetz § 97. Krankenversicherungsgesetz § 52 Abs. 2. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz § 142. Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz § 153. See-Unfallversicherungsgesetz § 140. Gewerbegerichts-gesetz § 3 Abs. 1 Nr. 1. 2 Abs. 2, § 71 Abs. 1.

⁴ BGB. §§ 113 Abs. 1. 1822 Nr. 7. 1827 Abs. 1, Gerichtsverfassungsgesetz § 202 Nr. 4^a, Gesetz über die Zwangsversteigerung § 10 Nr. 2. Beschlagnahme-

generellen Sinn beimessen. Da nämlich „Dienstverhältnis“ für sich gewöhnlich ein durch einen gewissen Arbeitsvertrag begründetes Arbeitsverhältnis bezeichnet, so wird, wo „Arbeitsverhältnis“ durch „oder“ mit „Dienstverhältnis“ verbunden ist, es in dieser Verbindung schwerlich eine auch das Dienstverhältnis umfassende Bedeutung besitzen, obwohl natürlich die Kombination mehr besagt als das einfache „Dienstverhältnis“ (Kapitel 7)¹.

IX. Die Parteien des Arbeitsvertrags wie des Arbeitsverhältnisses werden in diesem Buche „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ genannt. Und zwar heißt Arbeitnehmer derjenige Teil, der im Arbeitsvertrag die Arbeit zusagt, und Arbeitgeber derjenige Teil, der im Arbeitsvertrag den Entgelt zusagt. In diesem Sinn, mit dieser Verteilung sind die angegebenen Namen gebräuchlich. Wenn man an diesem Sprachgebrauch anstößig findet, daß derjenige als Nehmer von Arbeit bezeichnet wird, der die Arbeit zu leisten verspricht, und derjenige als Geber von Arbeit, dem die Arbeit geleistet werden soll², so ist zu erwidern, daß in den Zusammensetzungen „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ das Wort „Arbeit“ die Arbeitsgelegenheit bedeutet³. Da derjenige, der die Arbeitsgelegenheit nimmt, im Arbeitsvertrag Arbeit zusagt, und derjenige, der die Arbeitsgelegenheit giebt, im Arbeitsvertrag den Entgelt zusagt, so lassen sich die obigen Bezeichnungen der Parteien des Arbeitsvertrags rechtfertigen. Dieser Sprachgebrauch wird hier darum festgehalten, weil es keine anderen allgemein anwendbaren Termini für die Parteien des

nahmegesetz § 1, Unterstützungswohnsitzgesetz (Fassung vom 12. März 1894) § 29 Abs. 1. 4. Invalidenversicherungsgesetz §§ 14 Abs. 3, 30 Abs. 1, 46 Abs. 1, 141 Abs. 2, 191 Abs. 1. 2 Nr. 1, bundesrätliche Bekanntmachung in RGBl. 1894 S. 324 Nr. 1 c und RGBl. 1899 S. 725 Nr. 2.

¹ Die in den vorigen Noten citierten Stellen zeigen, daß unter Arbeitsverhältnis und Arbeits- oder Dienstverhältnis ein Vertragsverhältnis verstanden wird. Es ist daher unrichtig, wenn Meyer, Recht der Beschlagnahme (1900) S. 24 es für nicht erforderlich erklärt, daß die in Beschlagnahmegesetz § 1 genannten Arbeiten oder Dienste aus einem Vertrag geleistet werden, und zu ihnen auch die Geschäftsführung ohne Auftrag rechnet. Sodann setzen Arbeiten oder Dienste, „welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden“, ein solches Verhältnis voraus; während jene Geschäftsführung höchstens selbst ein solches begründen könnte, was sie aber, weil nicht Vertrag (S. 33), auch nicht thut.

² Engels im Vorwort zu Marx, Kapital I⁴ S. XX.

³ Ebenso wie in den Verbindungen „Arbeitsnachweis“, „arbeitslos“, „Jemandem Arbeit verschaffen“, wobei der Jemand als künftiger Arbeitnehmer gedacht ist. Vgl. unten S. 72 Anm. 3.

Arbeitsvertrags, nämlich des Arbeitsvertrags in genere, giebt. Dafs sie demgemäfs für die Parteien jeder Art des Arbeitsvertrags verwendbar sind, schließt natürlich nicht die Möglichkeit aus, statt ihrer bei diesem oder jenem Typus oder Fall von Arbeitsvertrag die besonderen Parteinamen zu gebrauchen, die vor der Generalisierung den Parteien solchen Arbeitsvertrags teils in den Rechtsquellen, teils im Leben beigelegt werden.

Um zu belegen, dafs sich die Rechtsquellen specieller Parteinamen bedienen, wird hier erinnert an folgende Ausdrücke, mit denen in verschiedenen Gesetzen verschiedenartige Arbeitgeber bezeichnet werden: Dienstberechtigter, Besteller, Prinzipal, Geschäftsherr, Bauherr, Fabrikant, Besitzer der Fabrik, Gewerbetreibender, Gewerbe-, Betriebs-, Zwischenunternehmer, Schiffseigner, Rheder, Befrachter. Und für verschiedenartige Arbeitnehmer bieten die Gesetze Ausdrücke wie: Bediensteter, zur Dienstleistung Verpflichteter, Vergütungsberechtigter, Angestellter, Unternehmer, Rechtsanwalt, Verfrachter, Frachtführer, Mäkler, Lehrer, Erzieher, Gesellschafterin, Privat-, Betriebs-, Aufsichts-, Rechnungsbeamter, Handlungsgehilfe, Handlungsagent, Arbeiter, Lohn-, Tage-, Fabrik-, Berufs-, Facharbeiter, Lotse, Betriebs-, Arbeiteraufseher, Werkmeister, Maschinen-, Bautechniker, Chemiker, Zeichner, Geselle, Gehülfe, Schiffer, Schiffsmann, Seemann, Flosführer, Flosmann.

Und dafs die Sprache des Lebens noch mehr Namen für die Parteien der Arbeitsverträge bereit hat, bedarf keiner Belege. Jedoch mag zum Überflufs erinnert werden an: Klient, Patient, Direktor, Werksbesitzer, Herr, Brotherr, Gutsherr, Meister, Baas, Chef, Hotelier, die Werft, die Firma, die Herrschaft — welche Ausdrücke für den Arbeitgeber, wie an: Advokat, Arzt, Buchhalter, Commis, Mitglied (der Bühne), Kandidat, Provisor, Faktor, Inspektor, Koch, Kellner, Matrose, Bergmann, Inste, Scharwerker, Schnitter u. s. w., welche Ausdrücke für den Arbeitnehmer gewisser Arten oder Fälle von Arbeitsverhältnis gebraucht werden.

Bei unserer Terminologie von Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelt es sich um die bewährte und verbreitete Methode, das für die Erörterung Unwesentliche auszuschalten und das gemeinsame Wesentliche unter ständigen Namen zusammenzufassen. Dieses Verfahren steht hier im Dienste der juristischen Präzision. Da die zu verwendenden Namen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ die in jedem Arbeitsvertrag vorkommenden Personen nur nach der Parteilstellung bezeichnen, die sie bei der Vertragsschließung und im Arbeitsverhältnis einnehmen, so mufs man sich gegenüber diesen

Namen aller nichtjuristischen Associationen enthalten und folgendes anerkennen:

1. Es ist für die privatrechtliche Diskussion des Arbeitsvertrags gleichgültig, ob die Ausdrücke „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ in den Rechtsquellen oder im Leben zur Bezeichnung der Parteien einer gewissen Art oder eines gewissen Falles von Arbeitsvertrag üblich sind oder nicht, und warum sie es nicht sind. In einem landgerichtlichen Urteil wird gesagt, es entspreche nicht dem allgemeinen Sprachgebrauche, den Kunstreiter, Kunstgymnastiker als Arbeiter des Cirkusbesitzers, diesen als Arbeitgeber zu bezeichnen¹. Die Wahrheit dieser sprachlichen Bemerkung kann hier dahingestellt bleiben. Ihre Anerkennung hindert keineswegs, in einer juristischen Erörterung den Kunstreiter und den Cirkusbesitzer, insofern sie Parteien eines Arbeitsvertrags sind, in welchem jener diesem Berufsarbeit versprochen hat, als Arbeitnehmer bzw. als Arbeitgeber zu bezeichnen. Juristische Termini, die Gattungsbegriffen dienen, brauchen nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entsprechen, der sich nach anderen als juristischen Zwecken richtet. Wohl niemals werden Schulkinder ihren Vater als ihren Gewalthaber bezeichnet haben oder von diesem als seine Gewaltunterthanen bezeichnet worden sein, ebensowenig wie jemals eine Köchin ihren Herrn den Dienstberechtigten genannt hat.

2. Wenn nur die Parteistellung beim Arbeitsvertrag oder bei einem gegebenen Arbeitsvertrag durch die Ausdrücke „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ gekennzeichnet wird — wie durch die Namen „Käufer“ und „Verkäufer“ die Parteien eines Kaufvertrags — so ist es für die Anwendbarkeit und das Zutreffen jener Parteinaamen gleichgültig, welche Rechtsstellung außerhalb des Arbeitsverhältnisses dessen Parteien einnehmen. Arbeitgeber oder Arbeitnehmer können sowohl natürliche als juristische Personen sein: natürliche Personen als einzelne oder in den mannigfaltigen Gruppen verbunden, die das Privatrecht kennt und regelt (z. B. Rhederei); juristische Personen sowohl als private (z. B. Bergbau-Aktiengesellschaft) wie als öffentliche, indem z. B. der Fiskus, der eine Eisenbahn bauen läßt, in den Bauverträgen die Stellung des Arbeitgebers, und der Fiskus, der eine Eisenbahn betreibt, in den Beförderungsverträgen die Stellung des Arbeitnehmers

¹ Blätter für sociale Praxis II, 2, 224 (vgl. Unger, Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin S. 191. 192). Ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen XVII, 91: „Zu keiner Zeit hat man die Sänger, Schauspieler, Balletttänzer und Orchestermitglieder als die Arbeiter des Theaterunternehmers, letzteren als den Arbeitgeber der Bühnen- und Orchestermitglieder bezeichnet.“

bekleidet. Dieses Beispiel zeigt nebenbei, daß die Parteinamen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ Platz greifen ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Maße der Arbeitgeber die Arbeit thatsächlich entgegennimmt, der Arbeitnehmer die Arbeit thatsächlich verrichtet. Wo eine juristische Person Arbeitnehmer ist, ist die Verrichtung der Arbeit durch den Arbeitnehmer in Person natürlich ausgeschlossen, ebenso wie sie als Arbeitgeber die Arbeit nicht thatsächlich entgegennehmen kann (Kapitel 2 Nr. VIII. IX).

3. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können einander gegenüberstehen unabhängig von den socialen oder ökonomischen Positionen, welche die so Bezeichneten an sich oder gegenseitig innehaben. Es ist einerlei, ob sie beide im Erwerbsleben der Selbständigkeit theilhaftig sind oder beide ihrer entbehren, oder ob der eine als selbständig, der andere als unselbständig zu betrachten ist, und ob die eine oder die andere Eigenschaft dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer zukommt. Sie können beide Kapitalisten oder beide Proletarier oder der eine dies, der andere jenes oder auch keines von beiden sein. Demgemäß fallen auch die Begriffe des Arbeitgebers und des Unternehmers ebensowenig zusammen¹, als die Begriffe des Arbeitnehmers und des Arbeiters. Denn der Arbeitgeber braucht nicht Unternehmer zu sein (z. B. die Hausfrau gegenüber der auf der Stör arbeitenden Näherin), und der Unternehmer kann Arbeitnehmer sein (z. B. der Fuhrhalter gegenüber dem Kunden); der Arbeitnehmer braucht nicht Arbeiter zu sein (z. B. der Theaterdirektor gegenüber dem Theaterbesucher) und der Arbeiter kann Arbeitgeber sein (z. B. gegenüber dem Flickschuster). „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ bezeichnen rein rechtliche und zwar privatrechtliche Begriffe, während „Unternehmer“ und „Arbeiter“ ökonomische Begriffe ausdrücken und zwar bald ausschließlich, bald vorwiegend².

4. „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ bezeichnen nur relative und vorübergehende Qualitäten, nämlich solche, die durch den Abschluß eines Arbeitsvertrags erworben werden, und die ein Paciscent nur gegenüber dem anderen, nur im Hinblick auf den anderen besitzt. Daher kann jemand gleichzeitig eines anderen Arbeitnehmer und eines dritten Arbeitgeber sein. Es ist z. B. der Baumeister, der dem Besitzer einer mechanischen Weberei ein Haus zu bauen versprochen hat, in dem hiermit geschlossenen Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer

¹ Wird doch in dem Arbeitsvertrag, der ein Werkvertrag ist, mit „Unternehmer“ der Arbeitnehmer bezeichnet.

² Siehe auch Schmieder in Sociale Praxis VIII, 272.

des Webereibesitzers. Der Proletarier, der sich dem letzteren zur Fabrikarbeit verpflichtet hat, ist diesem gegenüber Arbeitnehmer, während er Arbeitgeber ist gegenüber dem Arzte, den er zu seinem kranken Kinde hat rufen lassen. Und der Arzt ist wiederum Arbeitgeber gegenüber seinem Kutscher, der ihn zur Wohnung jenes Proletariers geführt hat, wie die Maurergesellen des erwähnten Baumeisters, wenn sie sich durch die Strafsenbahngesellschaft zum Bauplatz befördern lassen, auf dem sie als Arbeitnehmer thätig zu sein haben, ihrerseits durch den Beförderungsvertrag Arbeitgeber der Strafsenbahngesellschaft geworden sind.

5. Bei der in Rede stehenden juristischen Terminologie ist es möglich, daß für verschiedene Arbeitsverträge jemand gleichzeitig eines anderen Arbeitnehmer und eines Dritten Arbeitgeber sei, nicht bloß — wie sich eben unter Nr. 4 gezeigt hat — für verschiedene Arbeiten, sondern auch für die identische Arbeit. Wenn z. B. der Kunde den Friseurladen betritt, um sich die Haare schneiden zu lassen, und sich zu diesem Zweck im Einverständnis mit dem Meister auf dem Arbeitssessel niederläßt, so schließt er mit dem Meister einen Arbeitsvertrag über die Arbeit des Haarschneidens, und in diesem Arbeitsverhältnis ist der Meister der Arbeitnehmer. Wird die Arbeit des Haarschneidens nicht vom Meister in Person, sondern auf seine Anordnung vom Gesellen verrichtet, so geschieht dies in Vollziehung des vom Gesellen mit dem Meister geschlossenen Arbeitsvertrags, in dem der Meister aber Arbeitgeber ist, also daß bei zwei Arbeitsverträgen in Ansehung einer und derselben Arbeit (des Haarschneidens) die nämliche Person (der Meister) gegenüber dem Mitpaciscenten im einen Arbeitsvertrag Arbeitnehmer und gegenüber dem Mitpaciscenten im anderen Arbeitsvertrag Arbeitgeber ist. —

In den (geltenden) Gesetzen kommt der Ausdruck „Arbeitnehmer“ selten vor¹, um so öfter der Ausdruck „Arbeiter“. Beide Ausdrücke beziehen sich auf die Arbeitnehmerpartei, jedoch nicht des Arbeitsvertrags überhaupt, sondern nur gewisser Arten desselben. Auch bezeichnet „Arbeiter“ nicht selten den Arbeitnehmer in potentia, d. h. denjenigen, der vermöge seiner ökonomischen Lage Arbeitsverträge gewisser Art als Arbeitnehmer abzuschließen pflegt, insofern den Arbeitnehmer von Beruf und zwar den Angehörigen der Arbeiter-

¹ Invalidenversicherungsgesetz §§ 62, 155, 157, Gesetz, betr. Abänderung der Unfallversicherungsgesetze, § 17, Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz § 10, Verordnung, betr. das Verfahren vor den Schiedsgerichten für Arbeiterversicherung vom 22. November 1900, § 16.

klasse oder des Arbeiterstandes¹. In diesen beiden Hinsichten (spezieller Arbeitsvertrag, potentieller Arbeitnehmer) kommt dem „Arbeiter“ der Gesetze teils ein engerer, teils ein weiterer Sinn zu als unserem „Arbeitnehmer“. Zum Belege genügt es zu verweisen auf das BGB.², die Versicherungsgesetze³, die GewO.⁴ und das Gewerbegerichtsgesetz⁵. Da die Kompetenz der Gewerbegerichte auf bestimmte Streitigkeiten gewisser Arbeitnehmer beschränkt ist, so bemühen sich diese Gerichte bei der Prüfung ihrer Kompetenz um die Frage, ob die Arbeitnehmerpartei die Eigenschaft eines Arbeiters habe, wie sie das Gesetz verlangt. Diese Frage ist nicht schon mit der Feststellung entschieden, daß die fragliche Person Arbeitnehmer ist, da sie vielmehr Arbeitnehmer eines gewerblichen Arbeitsvertrags sein muß, und die Feststellung des letzteren Punktes nötigt zur Verwendung des Gewerbebegriffs der GewO. (unten Kapitel 7 Nr. IX)⁶.

¹ „Arbeiterstand“: Gesetz betr. Abänderung der Unfallversicherungsgesetze § 11 Abs. 3. Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz § 122 Abs. 1.

² BGB. § 196 Nr. 9. Hier stehen dem „Arbeitgeber“ gegenüber als aus dem Arbeitsvertrag zur Lohnforderung berechnigte Arbeitnehmer die „gewerblichen Arbeiter“, nämlich „Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter“, und die „Tagelöhner und die Handarbeiter“.

³ Krankenversicherungsgesetz §§ 2. 69; Invalidenversicherungsgesetz § 1 Nr. 1, § 24, § 34 Nr. 4, § 48 Nr. 4; vgl. § 5 Abs. 3; Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz z. B. §§ 1. 4. 12. 30. 37 Nr. 8, 52. 113. Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz z. B. §§ 1. 3. 10—13. 26. 27. 30. 38. 53. 55. 57. 109. Bau-Unfallversicherungsgesetz §§ 1. 3. 10. 45. See-Unfallversicherungsgesetz §§ 99. 119—121. Gesetz betr. die Unfallfürsorge für Gefangene § 1. Bundesrätliche Bekanntmachung RGBl. 1899 S. 722 Nr. 3. Vgl. auch Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I, 144—155.

⁴ GewO. §§ 18. 41. 41^a. 81^b. 83 Nr. 10. 90. 91. 105—105^c. 105^f. 105^g. 105ⁱ. 106—108. 110—115. 116. 117. 119^a. 119^b. 120—120^e. 124. 134—134^e. 134^h. 136. 138. 139—139^c. 142. 148. Nr. 11. 150 Nr. 1. 152. 154^a. Arbeiterinnen: §§ 137—139^a. 154^a. In der Litteratur besteht kein Zweifel, was auch nach dem Gesetz nicht möglich wäre, daß zu den „gewerblichen Arbeitern“ des Titels VII der GewO. die höheren Angestellten der §§ 133^a—133^f gehören und diese, wo unter I jenes Titels von „Arbeitern“ schlechthin die Rede ist, inbegriffen sind. Diese höheren Angestellten sind jedoch mitunter nicht Angehörige der Arbeiterklasse. Dasselbe gilt von den in § 119^b genannten Personen, die unter den §§ 114^a—119^a bezeichneten „Arbeitern“ auch verstanden werden.

⁵ Gewerbegerichtsgesetz §§ 1—3. 11—14. 16. 22. 61—63. 67. 70. 76—78.

⁶ z. B. Unger, Entscheidungen Nr. 159—178 und Gewerbegericht IV, 96. 97. 135/36, V, 162/63. Bei dieser Operation durfte nicht, wie z. B. in Gewerbegericht III, 115/16 geschehen, mit der Arbeitereigenschaft auch die Arbeitnehmerstellung negiert werden.

Auch der Ausdruck „Arbeitgeber“, der in den Gesetzen häufig vorkommt, wird von ihnen nur bei gewissen Arten von Arbeitsvertrag gebraucht, und ferner (als Gegenstück zu „Arbeiter“) oft zur Bezeichnung nicht bloß der Parteistellung in einem gegebenen Arbeitsvertrag¹, sondern auch der persönlichen Eigenschaft, gewöhnlich oder berufsmäßig Arbeitsverträge gewisser Art als Arbeitgeber abzuschließen². Zum Belege genügt wiederum der Hinweis auf BGB. § 196 Nr. 9 (S. 65³), die Versicherungsgesetze³, die GewO.⁴ und das Gewerbegerichtsgesetz⁵. Demgemäß verlangen die Gewerbegerichte für ihre Kompetenz, daß die Arbeitgeberpartei gebildet werde durch einen Arbeitgeber, der dem gewerblichen Arbeiter von Titel VII der GewO. entspricht, einen Gewerbetreibenden, einen selbständigen und einen, der den Arbeitsvertrag als einen Bestandteil seines Gewerbebetriebes geschlossen habe⁶.

Es giebt auch Personen, die in dem nämlichen Gewerbe infolge verschiedener Verträge zugleich die Stellungen von Arbeitnehmern und von Arbeitgebern einnehmen. Bei ihnen eröffnen unter gewissen weiteren Voraussetzungen die Versicherungsgesetze die Möglichkeit,

¹ GewO. § 154 Abs. 4: „Werkstätten, in welchen der Arbeitgeber ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen beschäftigt . . .“ Dieser Sachverhalt kann vorliegen, ohne daß überhaupt ein Arbeitsvertrag von diesem „Arbeitgeber“ geschlossen worden ist.

² Demgemäß „Stand der Arbeitgeber“: Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz § 122 Abs. 2. Verordnung betr. den Geschäftsgang und das Verfahren des Reichsversicherungsamtes (vom 19. Oktober 1900) §§ 12. 14. Invalidenversicherungsgesetz § 92.

³ Krankenversicherungsgesetz z. B. §§ 3^a. 3^b. 21. 31. 38. 38^a. 39. 49. 50—52^a. 53. 53^a. 54. 55. 58. Invalidenversicherungsgesetz z. B. §§ 2. 4. 27. 34. 61. 62. 64. 65. Gesetz betr. Abänderung der Unfallversicherungsgesetze §§ 4. 5. 11—14. 16—18. 22. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz §§ 3. 30. 142. Land- und forstwirtschaftliches Unfallversicherungsgesetz §§ 2. 10. 122. 153. Bau-Unfallversicherungsgesetz § 2. See-Unfallversicherungsgesetz §§ 2. 140.

⁴ GewO. §§ 107. 111—113. 114^a. 120. 121—124. 124^b. 125. 127^c. 127^g. 133^a b. 133^c. 133^d. 134. 134^b. 134^c. 138. 138^a. 139^b. 154. Nach § 123 ist „ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen“, dem früheren Arbeitgeber mitverhaftet. Wahrscheinlich ist der Arbeitgeber, welcher verleitet, nicht überhaupt als Arbeitgeber, sondern als späterer Arbeitgeber des Verleiteten gedacht.

⁵ Gewerbegerichtsgesetz §§ 1. 3. 4. 11—14. 16. 22. 61—63. 67. 70. 77. 79.

⁶ Unger, Entscheidungen Nr. 179—185. Gewerbegericht IV, 135. V, 76. 163. 164. Vgl. Schmieder in Sociale Praxis VIII, 273 und Rosin, Arbeiterversicherung I, 177 ff. (eine Erörterung, welche bestimmungsgemäß die Grenzen des Civilrechts überschreitet).

dafs die Arbeitgeber dieser Personen gegenüber den Arbeitnehmern derselben als die zur Erfüllung der Versicherungspflicht Verpflichteten behandelt werden, dafs also jene Personen insofern (d. h. hinsichtlich der Versicherungspflicht) nicht als Arbeitgeber gelten¹. Ein wichtiges und häufiges Beispiel solcher Personen liefern die Zwischenmeister (beiderlei Geschlechts) in der Kleider- und in der Wäschekonfektion². In den von ihnen mit den Fabrikanten oder den Konfektionären abgeschlossenen Arbeitsverträgen nehmen sie die Rechtsstellung von Arbeitnehmern ein. Sie sind rechtlich nicht etwa Stellvertreter anderer Arbeitnehmer, sondern versprechen in eigenem Namen und nur so Arbeit, nämlich die Bearbeitung der ihnen übergebenen Stoffe zu Wäsche- oder Kleidungsstücken. Andererseits sind sie in den von ihnen mit den Büglern, den Steppern und Stepperinnen, den Schneidern, den Näherinnen u. s. w. geschlossenen Arbeitsverträgen Arbeitgeber, nicht etwa Stellvertreter anderer Arbeitgeber, sie sagen den Entgelt für die ihnen und nur ihnen von den genannten Büglern u. s. w. versprochenen Arbeiten in eigenem Namen zu. Weil aber der Zwischenmeister nicht selber auf dem Warenmarkt auftritt, um die ihm von seinen Arbeitnehmern gelieferten und etwa von ihm selbst vollendeten Arbeitsprodukte zu verkaufen, weil vielmehr diese Verwertung von seinem Arbeitgeber, dem Konfektionär, vorgenommen wird, und weil dieser die Stoffe zu den Arbeiten geliefert hat, die den Gegenstand der von ihm und der von den Zwischenmeistern geschlossenen Arbeitsverträge bilden, so werden in Erörterungen, die nicht juristisch sind, die beiden wirtschaftlich zusammenhängenden Thatbestände (die zweierlei Arbeitsverträge) ineinander verflochten und demgemäß der Arbeitgeber des Zwischenmeisters auch als „eigentlicher“ Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Zwischenmeisters bezeichnet³. Bei juristischer Behandlung der Thatbestände giebt es keine Unterscheidung eigent-

¹ Krankenversicherungsgesetz § 54 Nr. 2. Invalidenversicherungsgesetz § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2. Andererseits bestimmt letzteres Gesetz in § 89: „Diejenigen Versicherten (§§ 1. 2. 14), welche als Arbeitgeber versicherungspflichtige Personen nicht blofs vorübergehend beschäftigen, werden bei der Bildung der Organe der Versicherungsanstalt den Arbeitgebern zugerechnet.“ Vgl. ferner Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz § 5 lit. b, § 30 Abs. 2.

² z. B. Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 9 S. 4. 11. 13. 14. 17, Nr. 13 S. 4. Erhebungen Nr. 10 S. 47.

³ z. B. Quarck in Neue Zeit II, 368 („Bei der Hausindustrie sind eben die verhältnismäfsig wenigen Grofs Händler die eigentlichen Unternehmer und Arbeitgeber für die verhältnismäfsig zahlreichen Gesellen der sog. selbständigen Hausindustriellen und diese selbst“).

licher und uneigentlicher Arbeitgeber oder Arbeitnehmer¹ und keine Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Arbeitsverhältnis, falls man (S. 58) unter Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien eines Arbeitsvertrags versteht und nur zwischen diesen versteht².

Dieses reine Rechtsverhältnis kann dadurch modifiziert sein, daß einem Dritten, sei es durch Gesetz, sei es durch den Arbeitsvertrag, gewisse Rechte oder Pflichten in Bezug auf das ihm privatrechtlich fremde Arbeitsverhältnis eingeräumt oder auferlegt sind: Rechte wie das, Anordnungen für den Vollzug des Arbeitsvertrags zu treffen (namentlich dem Arbeitnehmer Befehle für die Arbeit zu geben), oder das, dem Arbeitnehmer zu kündigen, Pflichten wie die der Fürsorge für die Person des Arbeitnehmers bei der Arbeit, oder die seiner Versicherung. Solche Theilnahme Dritter an einem fremden Arbeitsverhältnis entspricht wirtschaftlichen Zusammenhängen und thatsächlichen Gewichtsverteilungen. In Ansehung der Rechte ist sie oft ein Rest überlebter Herrschaftsverhältnisse (z. B. Hofgänger), in Ansehung der Pflichten hingegen eine Neuerung oder Erneuerung, die weiterer Ausbildung fähig ist, namentlich in Hinsicht auf die Obligierung des (rechtlich außen, wirtschaftlich innen stehenden) Dritten für die Lohnforderung des Arbeitnehmers³.

Die in Nr. VII—IX erklärte und in der Folge anzuwendende Terminologie von Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitgeber und Arbeitnehmer hält sich an die geltende Rechtsordnung.

¹ Insofern nicht zutreffend der Ausdruck bei Neuhaus in *Sociale Praxis* VIII, 1198 mit Bezug auf den Zwischenmeister in der Berliner Holzbearbeitungsindustrie: „Man wird ihn daher vom Standpunkte eines Juristen als den eigentlichen Arbeitgeber ansehen müssen, obgleich er selbst seine eigene Stellung zum Unternehmer als die eines Arbeitnehmers auffaßt.“

² Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 12 S. 12 (Anregung vorzuschreiben, daß die in der Hausindustrie beschäftigten Personen „nur in unmittelbarem Arbeitsverhältnis zu den Konfektionären stehen“). Bekanntmachung betr. Einrichtung und Betrieb der zur Anfertigung von Cigarren bestimmten Anlagen (RGBl. 1893 S. 218) § 11: „Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter müssen im unmittelbaren Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsunternehmer stehen.“

³ Vgl. Schmieder in *Gewerbebericht* III, 122 mit Bezug auf den Gesetzentwurf über die Sicherung der Bauforderungen: „Was im Rahmen der socialen Gesetzgebung schon längst als Gerichtspraxis besteht, was dem modernen Rechtsgefühl entspricht, daß nämlich derjenige, der wirtschaftlich der wahre Unternehmer ist, auch rechtlich als solcher zu gelten hat, das muß auch für das Privatrecht geltender Grundsatz werden.“

Zweites Kapitel.

Arbeit.

I. Im Arbeitsvertrag sind die Vereinbarung der Arbeit und die Vereinbarung des Entgeltes die wesentlichen Bestandteile. Das vorliegende Kapitel beschäftigt sich mit der ersteren Vereinbarung, zunächst mit ihr selbst und dann mit ihrem Gegenstande.

Die Vereinbarung der Arbeit erscheint in der Mehrzahl der Fälle als Erteilung der Arbeitszusage durch den Arbeitnehmer und Annahme derselben durch den Arbeitgeber, oder — was gleichbedeutend ist — als Ausbedingung der Arbeit durch den Arbeitgeber und Erteilung der entsprechenden Arbeitszusage durch den Arbeitnehmer. Diese Zusage ist als Zusage oder Versprechen etwas von ihrer Erfüllung, d. h. der Arbeit, Getrenntes. Die Arbeitszusage braucht nicht und braucht nicht gänzlich mit Worten gegeben zu werden. Sie kann auch, sei es gänzlich, sei es teilweise, stillschweigend erteilt werden, indem sie statt durch Worte durch Werke erfolgt¹ oder sich aus den Umständen ergibt. In zwei Fällen hat das Gesetz selbst die Umstände bestimmt, aus denen sich die Arbeitszusage ergibt: es sind Fälle, wo die Arbeitszusage nicht Antrag, sondern Annahme eines Antrags ist². Dafs sich die Arbeitszusage aus den Umständen ergibt, kann, statt von der Thatsache, auch blofs vom Inhalt dieser Zusage gelten, nämlich von Art und Umfang der Arbeit. So verfügt HGB. § 59 vom Arbeitsvertrag der Handlungs-

¹ Es wird z. B. die zu bearbeitende oder zu befördernde Sache als solche übergeben und vom Arbeitnehmer entgegengenommen, eigenhändig oder etwa mittelst eines von ihm ausgehängten Briefkastens, dem er die zu befördernden Sachen entnehmen will. Es wird an der Theaterkasse gegen Erlegung des Preises das verlangte Eintrittsbillet verabfolgt und hiermit die Aufführungszusage erteilt.

² HGB. § 362: „Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.“ Die Besorgung von Geschäften ist Arbeit, der Vertrag über entgeltliche Besorgung von Geschäften ein Arbeitsvertrag. Die Annahme des Antrags zu solchem Vertrag ist Zusage der Arbeit. Unter den vom Gesetz bestimmten Umständen wird sie stillschweigend erteilt.

gehülften: soweit nicht besondere Vereinbarungen über Art und Umfang ihrer Dienstleistungen getroffen worden sind und der Ortsgebrauch nichts vorschreibt, „gelten die den Umständen angemessenen Leistungen als vereinbart“. Wichtige Umstände, aus denen sich ein gewisser Inhalt der Arbeitszusage ergibt, sind die einseitigen oder zweiseitigen generellen Festsetzungen von Inhalt künftiger Arbeitsverträge (Kapitel 5 Nr. V); dieser Inhalt teilt sich ohne weiteres den Arbeitszusagen mit, die einen Bestandteil solcher Arbeitsverträge bilden, für welche jene Festsetzungen gemacht worden sind. Zu den Umständen gehört z. B. das Bestehen einer Arbeitsordnung¹.

Die Vereinbarung von Arbeit bedarf nicht einer vom Vollzug getrennten und diesem vorausgehenden Zusage der Arbeit: die Zusage kann in der Vornahme der Arbeit liegen, d. h. in Wirklichkeit fehlen. Dies ist da der Fall, wo die Arbeitsleistung als Vollzug zu betrachten wäre, wenn ihr eine Zusage vorausgegangen wäre. In Wahrheit liegt keine Zusage vor: da aber die Arbeitsleistung unter den wirklichen Umständen als anticipierter Vollzug erscheint, so enthält sie zugleich das logische Prius einer Zusage ihrer selbst. Wer in einen fahrenden Strafsenbahnwagen einsteigt, oder wer einen auf dem Barbiersessel niedergelassenen Kunden einseift, schließt hiermit einen Arbeitsvertrag, obwohl der erstere nicht erst eine Zusage der Beförderungsarbeit erhält, und der letztere nicht erst eine Zusage der Barbierarbeit erteilt. Vielmehr wird in beiden Fällen die Arbeit alsobald geleistet. Da aber die Arbeit beidemal sich als Vollzug einer ihr entsprechenden Zusage darstellt — der Vollzug einer wirklichen Zusage würde gar nicht anders aussehen — so darf die Zusage als Bestandteil des Arbeitsvertrags vorausgesetzt, oder Vereinbarung der Arbeit ohne besondere Zusage derselben als möglich angenommen werden.

In den angeführten Beispielen geht der Arbeit, die als Vollzug einer Zusage gelten kann, eine Ausbedingung der Arbeit durch den Arbeitgeber voraus: das Einsteigen in den Wagen, die Niederlassung auf dem Sessel ist diese Ausbedingung. Hierdurch wird die Arbeit zu einer vereinbarten. Wo initiativ durch den Arbeitgeber die Annahme der Arbeitszusage kund gegeben wird, kann die Zusage übersprungen und sofort die Arbeit als vereinbarte geleistet werden. Die Arbeitsleistung ist hier in Einem Annahme der Vertragsofferte und Vertragsvollzug durch den Arbeitnehmer. Wo hingegen mit der Arbeit

¹ Die kommerzielle Arbeitsordnung der GewO. § 139^k ist gegenüber HGB. § 59 cit. weder „besondere Vereinbarung“, noch „Ortsgebrauch“, sie muß daher zu den „Umständen“ gerechnet werden, nach denen sich z. B. die regelmäßige tägliche Arbeitszeit richtet.

der Anfang gemacht und diese als Vollzug eines Arbeitsvertrags gemeint wird, wo also der Arbeitnehmer offeriert (wie in BGB. § 625), hängt es von dem konsentierenden Verhalten, d. h. der Acceptation der anderen (als Arbeitgeber gedachten) Person ab, ob von vereinbarter Arbeit gesprochen werden kann. Wo dieses Verhalten ausbleibt, kommt kein Arbeitsvertrag zu stande¹. Der verfehlte Versuch zu einem solchen kann jedoch den Thatbestand einer Geschäftsführung ohne Auftrag, oder einer ungerechtfertigten Bereicherung bilden.

Dafs die Arbeit die Zusage der Arbeit involviert, gilt nur da, wo überhaupt keine Zusage, nicht schon da, wo keine des Arbeitnehmers vorliegt. Der Arbeitnehmer braucht nicht in Person zugesagt zu haben. Wenn er eine in seinem Namen von einem andern gemachte Zusage genehmigt, durch Arbeitsleistung genehmigt, so ist diese Arbeit Vollzug einer wirklichen ihr vorangehenden Zusage².

II. Die im Arbeitsvertrag vereinbarten Leistungen kommen darin überein, dafs jede die Gegenleistung für die andere bildet, der Entgelt die Gegenleistung für die Arbeit und die Arbeit die Gegenleistung für den Entgelt. Sie müssen daher beide die Fähigkeit haben, solche Gegenleistung zu sein, eine jede sich in gewisser Weise zu der anderen zu verhalten. Mehr als diese sozusagen relative Eigenschaft wird von der einen Leistung (der des Arbeitgebers) für den Arbeitsvertrag nicht erfordert. Dagegen die andere Leistung (die des Arbeitnehmers) mufs auch eine absolute Eigenschaft haben: sie mufs Arbeit sein. Eine der zwei im Arbeitsvertrag zu vereinbarenden Leistungen mufs Arbeit sein. Hierdurch unterscheidet sich, wie wir früher sahen, der gegenseitige Vertrag, welcher Arbeitsvertrag ist, von anderen gegenseitigen Verträgen. Wegen dieses Unterscheidungsmerkmals verdient er „Arbeitsvertrag“ zu heifsen. Von den zwei ihm wesentlichen Leistungen ist die Arbeit (als wesentliche) ihm eigentümlich; sie kann daher als die prinzipale Leistung betrachtet werden. Wo in anderen Gattungen des gegenseitigen Vertrags Arbeit vorkommt, bildet sie nicht eine ihnen wesentliche Leistung³, möglicherweise nur eine Neben-

¹ Es trifft z. B. jemand auf seiner Wiese Leute an, die mit dem Mähen beschäftigt sind, ohne dazu von ihm gedungen zu sein, und er schickt sie fort.

² Bei Bauten kommt es vor, dafs ein Steinträger in eigenem und im Namen von Berufsgenossen, die er noch bestellen soll, die für den Bau erforderliche Arbeit des Steintragens verspricht, und dafs dann diese anderen Steinträger ohne weitere Verhandlung mit dem Arbeitgeber an die Arbeit gehen, z. B. Gewerbegericht II, 30. 31.

³ z. B. ist Arbeit als Beitrag eines Gesellschafters oder als Entgelt eines Mieters wesentliche Leistung nur des gegebenen Vertrags, nicht der Gattung.

leistung¹, oder überhaupt keine Leistung². Die Arbeit hat für den Arbeitsvertrag nicht bloß die Bedeutung eines Gattungsmerkmals, sie bildet auch eine Quelle von Artunterschieden in der Gattung Arbeitsvertrag. Es soll sich in Kapitel 7 zeigen, daß Unterschiede in der Art der Arbeit rechtlich verschiedene Arbeitsverträge oder Arten des Arbeitsvertrags zur Folge haben können. Diesen Einfluss hat die Verschiedenartigkeit des Entgeltes nicht: es läßt sich nur sagen, daß eine gewisse Art des Entgeltes mit gewissen Arten des Arbeitsvertrags nicht verträglich ist (Kapitel 3). Auch weil nur der Arbeit und nicht dem Entgelt ein artbildender Einfluss in der Gattung Arbeitsvertrag zukommt, ist die Arbeit als die prinzipale Leistung im Arbeitsvertrag zu betrachten. Sie soll nun näher ins Auge gefasst werden.

III. Arbeit als möglicher Gegenstand des Arbeitsvertrags³ ist jede Thätigkeit eines Menschen, die ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag und für welche erfahrungsgemäß irgend wann oder wo ein Entgelt geboten wird.

Vorerst werden diese positiven Merkmale behandelt: was sie ein- und ausschließen und was sie offen lassen. Zum Schluss wird der negativen Erfordernisse gedacht: gewisse Mängel dürfen der Arbeit

¹ z. B. Heimtransport eines gemieteten Klaviers durch den Vermieter, neben der Gebrauchsüberlassung.

² Ein verpachtetes landwirtschaftliches Grundstück ist nach Ablauf der Pacht „in dem Zustand zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt“ (BGB. § 591). Zu solcher Bewirtschaftung gehört Arbeit. Zu dieser Arbeit ist der Pächter nicht unmittelbar verpflichtet, sie ist nur die Voraussetzung des Zustandes, in dem das Grundstück herauszugeben ist. Diese Arbeit ist keine Leistung an den Verpächter, sie setzt nur den Pächter in den Stand, seine Pflicht zu gehöriger Rückgewähr zu erfüllen.

³ Im Gegensatz zu anderen Bedeutungen, nämlich 1. Arbeit im Sinn von Arbeits Gelegenheit: oben S. 60; 2. Arbeit im Sinn von Arbeitsaufgabe, z. B. GewO. § 114^a Abs. 4: „Das Lohnbuch ist von dem Arbeitgeber dem Arbeiter bei der Übergabe der Arbeit auszuhändigen“; 3. Arbeit im Sinn von Arbeitsverhältnis (S. 58 fg.): „in Arbeit treten“ BGB. § 118, „die Arbeit verlassen“ GewO. §§ 123 Nr. 3. 124 Abs. 1. 124^b. 125 Abs. 1, „Austritt aus der Arbeit“ GewO. §§ 124 Abs. 2. 134 Abs. 1 Nr. 3. 139^k Abs. 3; 4. Arbeit im Sinn von Arbeitsbedarf: „aufsergewöhnliche Häufung der Arbeit“ GewO. § 138^a Abs. 1. In GewO. § 139^a Abs. 1 Nr. 4 und z. B. Bundesrätliche Bekanntmachung in RGBl. 1898 S. 35 bedeutet „ein vermehrtes Arbeitsbedürfnis“ einen größeren Arbeitsbedarf. Der „Arbeitsbedarf“ spielt im land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetz eine große Rolle (§§ 51. 53—57. 107. 112. 167). Es ist dies das Maß von Arbeit „gewöhnlicher“ land- oder forstwirtschaftlicher Arbeiter, das für einen Betrieb durchschnittlich im Jahr erforderlich ist.

nicht anhaften, wenn sie in einen Arbeitsvertrag soll Aufnahme finden können.

1. Indem nur menschliche Thätigkeit für Arbeit erklärt wird¹, ist die Unterlassung sammt der Duldung ausgeschlossen². Aber auch nur die reine Unterlassung, nicht schon die Nichtbewegung. Denn wer als Modell oder als lebendes Bild für photographische oder sonstige künstlerische Aufnahme oder Darstellung oder als Objekt für medizinischen Unterricht (Verbandkurs, Augenspiegelkurs) still zu sitzen, zu stehen, oder zu liegen hat, leistet damit Arbeit. Er bedarf dazu einer positiven Anstrengung, mitunter einer Anspannung von Muskeln. Selbst das Hungern eines Hungerkünstlers, das den Wissensdurst eines Forschers oder die Schaulust der Menge zu befriedigen vermag, ist keine reine Unterlassung und kann daher Arbeit sein, auch den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden, den ein solcher Virtuos z. B. mit einem Impresario schließt. — Als menschliche Thätigkeit gilt nur die willkürliche; die unwillkürliche, die z. B. in der Atmung oder im Kreislauf liegt, nennt zwar die Physiologie Arbeit, aber für den Arbeitsvertrag ist sie keine, sie kann auch nicht zugesagt und nicht einem anderen geleistet werden.

2. Nur menschliche Thätigkeit ist Arbeit als möglicher Gegenstand des Arbeitsvertrags. nicht die Thätigkeit von Tieren oder von Kräften der nicht empfindenden Natur (z. B. des Windes, des Dampfes, des Wassers)³. Wer eine solche Thätigkeit zusagt, verspricht nicht

¹ Vgl. BGB. § 1356: „Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, so weit eine solche Thätigkeit . . . üblich ist.“ § 1358: „in Person zu bewirkende Leistung . . . Thätigkeit.“ § 654: „auch für den andern Teil thätig gewesen ist.“ HGB. § 245: „Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsrats für ihre Thätigkeit eine Vergütung . . .“ Ähnlich § 194 Abs. 2, § 88: „Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten.“ Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§ 1. 3. 4. 29. 30 und sonst oft „Thätigkeit“ für Arbeit. Invalidenversicherungsgesetz § 5 Abs. 4 („durch Thätigkeit erwerben . . . durch Arbeit verdienen“). Gesetz betreffend die Patentanwälte § 3 („in praktischer gewerblicher Thätigkeit gearbeitet hat“). Hypothekbankgesetz § 4 Abs. 2 („für die Thätigkeit des Kommissars eine Vergütung“). GewO. § 105^f Abs. 3: „thätig gewesene Arbeiter.“ Auch der Ausdruck „beschäftigt sein“ für Thätigkeit kommt sehr oft in den Gesetzen vor, was keines Belegs bedarf.

² Vgl. Bechmann, Kauf II, 141 Anm. 1: „Die locatio conductio operarum setzt als Inhalt eine positive Thätigkeit voraus.“ Siehe auch oben S. 48 bei Anm. 2 und 1 D. 7,7: Opera in actu consistit.

³ Vgl. Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung „elektrischer Arbeit“ vom 9. April 1900. Ferner GewO. § 105^e: „Betriebe, welche mit Triebwerken arbeiten“. In der Sprache des Kapitalismus „arbeitet“ sogar das Geld, das Kapital. See-Unfallversicherungsgesetz § 105 spricht von der

Arbeit; aber doch nur, wenn er allein solche Tätigkeit zusagt. Wer nämlich menschliche Tätigkeit zusagt, verspricht damit möglicherweise ausdrücklich oder stillschweigend nicht Tätigkeit des bloß mit seinen angeborenen Organen versehenen Menschen, sondern eine, bei der Werkzeuge, Instrumente, Apparate, kurz Arbeitsmittel von unendlicher Mannigfaltigkeit und ferner Tierkräfte und Kräfte der unbelebten Natur in zahllosen Formen und Verbindungen zur Verwendung kommen können oder kommen müssen.

3. Als Arbeit gilt nicht jede menschliche Tätigkeit¹, sondern nur diejenige, welche ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag, und für welche irgend wann oder wo ein Entgelt gewährt wird, weil sie nicht immer und überall zu Gebot steht. Aus diesen Gründen sind die verbreitetsten menschlichen Tätigkeiten, das Essen und das Trinken, nicht Arbeit.

Die genannten zwei Merkmale hängen einigermaßen zusammen, sodafs sie hier zusammen betrachtet werden können. Sie hängen insofern zusammen, als eine menschliche Tätigkeit, die kein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag, auch keinen Entgelt finden wird: was jemandem gewährt wird anlässlich oder behufs einer Tätigkeit, die nur sein eigenes Bedürfnis befriedigt, ist kein ihm gewährter Entgelt. Hingegen kann eine Tätigkeit ein fremdes Bedürfnis befriedigen, ohne doch entgeltbar zu sein. Eine solche Tätigkeit darf als Arbeit angesprochen werden, und kann auch zu einer obligatorischen Leistung werden, nur vom Arbeitsvertrag ist sie ausgeschlossen, weil sie nicht der Entgeltung zugänglich ist und daher nicht Gegenleistung sein kann (S. 71). Diese Eigenschaft der Unentgeltbarkeit besaßen ehemals, in einem anderen Kulturkreis und unter anderen ökonomischen Bedingungen, die Leistungen der artes liberales. Durch die Arbeitsverträge des römischen Rechts konnten sie nicht ausbedungen werden. Die Honorare, die für sie gewährt oder bindend zugesagt werden konnten, hatten nicht die Eigenschaft des Entgeltes oder der Gegenleistung, sondern waren nur dazu bestimmt, die Ausübung der ars liberalis zu ermöglichen oder zu erleichtern, also eine Sustentation

„Unthätigkeit“ von Fahrzeugen. Bei dem „Arbeitsbedarf“ des land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetzes (oben S. 72³) wird in § 51 gesagt, dafs es sich um menschliche Arbeit handelt.

¹ L. v. Buch, Intensität der Arbeit (1896) S. 4: „Vom wissenschaftlichen (sollte heißen: naturwissenschaftlichen) Gesichtspunkte aus unterscheidet sich die physische Arbeit des Handarbeiters in nichts von den Turnübungen eines Gentlemans aus der „guten“ Gesellschaft: sowohl hier wie dort findet einfach Muskelarbeit statt.“ Für die Arbeit als möglichen Gegenstand des Arbeitsvertrags oder im Sinn der Rechtswissenschaft ist dies nicht genügend.

ihres Vertreters zu sein¹. Dagegen in der herrschenden Moral und Ökonomie haben jene Leistungen die Unentgeltbarkeit abgestreift und sind fähig geworden, in Arbeitsverträgen vereinbart zu werden². Denn wenn nach dem BGB. Gegenstand des Dienstvertrags Dienste jeder Art sein können, und Gegenstand des Werkvertrags ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg sein kann, so sind hiervon, wie allgemein gelehrt wird, die Berufsarbeiten der *artes liberales* nicht ausgenommen. Damit sind sie als der Entgeltung fähig anerkannt.

Mit der Aufstellung von Merkmalen der Arbeit als möglichen Gegenstandes des Arbeitsvertrags wird nicht gefordert, daß eine menschliche Thätigkeit auch wirklich den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilde, um als Arbeit gelten zu können. Das Dasein von Arbeit hängt nicht davon ab, daß die Thätigkeit gegen Entgelt zugesagt worden sei, im gegebenen Falle entgolten werde. Eine Thätigkeit kann Arbeit sein, auch wenn sie außerhalb eines Arbeitsvertrags steht oder geübt wird. Und die nämliche Art von Thätigkeit kann bald Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein, bald nicht, ohne darum letzterenfalls des Charakters von Arbeit zu entbehren. Der Bauer, der mit eigener Hand seinen Acker bestellt, verrichtet ebensowohl Arbeit wie der Knecht, der um Lohn den fremden Acker bestellt. Und der Chemiker, der aus eigenem Antrieb eine Untersuchung macht, vollbringt nicht minder Arbeit, als wenn er diese Untersuchung anstellt, nachdem er sie gegen Entgelt zugesagt hat. Wenn A den B konterfeit, so verrichtet A Arbeit, und wenn B stillhält und sich zeichnen läßt, so verrichtet B Arbeit (S. 73). Für diese Entscheidungen, also für das Dasein von Arbeit, ist es gleichgültig, ob A Entgelt dafür empfängt, daß er den B zeichnet³, oder B Entgelt dafür empfängt,

¹ Loewenfeld, *Inästimabilität und Honorierung der artes liberales* nach röm. Recht in Münchener Festgabe für Planck (1887) S. 365—467. Die antike Distinktion von Unterstützung und Entgelt findet sich außerhalb der *artes liberales* noch anerkannt in Bekanntmachung betr. die Befreiung vorübergehender Dienstleistungen von der Versicherungspflicht (RGBl. 1899 S. 725) Nr. 4: „für Dienstleistungen in Verpflegungsstationen oder ähnlichen Einrichtungen, wenn sie gegen eine Geldentschädigung verrichtet werden, welche nicht als Entgelt für die gelieferte Arbeit, sondern als eine Unterstützung zum Zwecke des besseren Fortkommens gewährt wird.“ Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 § 72: „Sie (die Mitglieder des Versicherungsbeirats) verwalten ihr Amt als unentgeltliches Ehrenamt; für ihre Teilnahme an Sitzungen erhalten sie Tagelöhner und Vergütung der Reisekosten . . .“

² Vgl. Lotmar in Brauns Archiv für sociale Gesetzgebung VIII, 19.

³ Meistens — denn sonst wird B nicht leicht zur Entgeltleistung bereit sein — ist hier dieser Entgelt auch für die an B abzuliefernde Zeichnung, als

dafs er sich zeichnen läfst. Im ersten Fall ist A Arbeitnehmer, im zweiten ist B Arbeitnehmer. Aber dafs dem rechtlich so ist, hindert nicht, dafs im ersten Fall auch B Arbeit verrichtet, und dafs im zweiten Fall auch A Arbeit verrichtet: die Thätigkeiten von A und B sind in beiden Fällen die nämlichen. Man denke ferner z. B. an eine Geschäftsbesorgung, die als reine Gefälligkeit, oder auf Grund einer Auslobung, oder als negotiorum gestio, oder in Führung der Vormundschaft, oder in Bethätigung väterlicher Sorge für Person oder Vermögen des Kindes, oder in Vollzug eines Auftragsvertrags vorgenommen werden kann und überall ebenso Arbeit ist, wie wenn sie, was ebenso möglich, gegen Entgelt aus einem Arbeitsvertrag vollführt wird (s. auch oben S. 33).

IV. Wenn die in Rede stehenden objektiven Merkmale einer menschlichen Thätigkeit den Charakter der Arbeit (als möglichen Gegenstand des Arbeitsvertrags) verleihen, so ist die Auffassung, die das Subjekt selbst von seiner Thätigkeit hat, gleichgültig. Dafs sie ihm selber als Arbeit erscheint, er sie etwa wegen der mit ihr verbundenen Anstrengung als Arbeit empfindet, kann sie nicht zur Arbeit machen, wo jene Merkmale fehlen. Demnach ist das reine Nachdenken oder die blofse Beobachtung von Naturerscheinungen, oder die Betrachtung von Kunstwerken, oder das Lesen von Büchern, mit welcher Tiefe, Hingabe und Ausdauer dies auch betrieben werde, nicht Arbeit (im hier gültigen Sinn), da es keines anderen Menschen Bedürfnis zu befriedigen vermag und wohl auch nie und nirgends entgolten wird¹. Und umgekehrt mag jemand seine eigene Thätigkeit statt als Arbeit als Spiel oder Erholung betrachten — wie das Rudern, das Holzhacken, das Herrenreiten (bei Wettrennen) — oder als Verrichtung von Werken der Barmherzigkeit — wie die Krankenpflege —, so muß sie doch, weil sie die erwähnten objektiven Merkmale trägt, als möglicher Gegenstand des Arbeitsvertrags angesehen, als Arbeit angesprochen werden.

Wo jene Merkmale vorhanden sind, kommt es auf die Motive, welche die Thätigkeit hervorrufen oder im Gang erhalten, nicht an. Das Reichsversicherungsamt hat entschieden², ein dreigezeichnetes Blatt, bestimmt; dies schließt aber nicht aus, dafs er auch die Zeichenarbeit entgelt. Zur Erläuterung braucht man nur an den Fall zu denken, dafs dem B gegen Entgelt von A eine fertige Landschaftszeichnung gewährt wird, welchenfalls ihm nicht Arbeit geleistet, sondern eine Sache verkauft wird.

¹ Anders als das Vorlesen, oder das Lesen und Begutachten u. s. w.

² Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 158.

einhalbjähriges Kind, das dem Vater bei der Arbeit hilft, sei kein Arbeiter, weil es nicht Bewußtsein und Absicht gehabt habe, dem Vater zu helfen: „es hat keine Arbeit geleistet, sondern einem Spieltrieb Genüge gethan, indem es die Kohlrabi etwa wie Bälle in die Öffnung zu werfen suchte.“ Es wird nun hier nicht in Frage gestellt oder gar bestritten, daß mit dieser Entscheidung Arbeiter und Arbeit im Sinn des Versicherungsgesetzes richtig bestimmt worden seien. Ebenso wenig beschäftigt uns die Frage, ob ein Kind einen Arbeitsvertrag eingehen könne, was von einem nicht siebenjährigen Menschen wegen seiner Geschäftsunfähigkeit (BGB. § 104) zu verneinen ist. Wohl aber ist zu sagen, daß auch die Thätigkeit eines solchen Kindes den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden, d. h. Leistung aus solchem, somit Arbeit sein könne und zwar ohne Rücksicht darauf, daß das Kind dabei „einem Spieltrieb Genüge gethan hat“. Einem Spieltrieb folgt z. B. auch der Billardspieler, der Klavierspieler, der Schauspieler. Gleichwohl kann sein Spiel als menschliche Thätigkeit, die ein fremdes Bedürfnis befriedigt und irgend wann entgolten wird, Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein und ist als Arbeit zu erachten (vgl. S. 74). Die subjektiven Empfindungen und Vorstellungen, aus denen die Thätigkeit hervorgeht oder von denen sie begleitet wird, sind für die Annahme von Arbeit als möglichen Objektes des Arbeitsvertrags nicht entscheidend, und der Umstand, daß einem Kinde die Einsicht in die wirtschaftliche Bedeutung seiner Thätigkeit fehlt, entzieht dieser nicht den Charakter von Arbeit, wenn die nämliche Thätigkeit, von Erwachsenen geübt, als Arbeit anerkannt ist. Eine solche Einengung des Begriffs würde vor den harten Thatsachen des Lebens nur schlecht bestehen können, und was jetzt schwere Arbeit, aber immerhin Arbeit ist, müßte sich überdies mitunter zum grausamen Spiel herabsetzen lassen. Jedenfalls hat bisher weder die Statistik noch die beschreibende Nationalökonomie den Motiven des beschäftigten Kindes nachgefragt und die Anerkennung seiner Beschäftigung als Arbeit von der kindlichen Einsicht in die wirtschaftliche Bedeutung seiner Thätigkeit abhängig gemacht. Wir wollen hier absehen von der massenhaften Verwendung der Kinder in der Land- und der Forstwirtschaft (z. B. heim Viehhüten, Rübenverziehen, Maikäfersammeln) und nur an die „gewerbliche Kinderarbeit“ erinnern, die außerhalb der Fabriken stattfindet¹. Über diese gewerbliche

¹ In Fabriken, Bergwerken u. dgl. dürfen nach GewO. § 135 Kinder unter 13 Jahren und schulpflichtige Kinder unter 14 Jahren nicht beschäftigt werden. Dieses Verbot ist allein in Preußen im Jahre 1899 bei 271 Kindern übertreten worden. Tabelle 11 der Jahresberichte der preussischen Gewerbe-

Arbeit von Kindern ist 1898 von Reichswegen in den deutschen Bundesstaaten eine (nicht vollständige) statistische Aufnahme gemacht worden, welche 532 283 außerhalb der Fabriken gewerblich thätige Kinder ergab¹. Diese Zählung bezieht sich jedoch nur auf die schulpflichtigen Kinder². Wie es um die gewerbliche Thätigkeit der noch nicht schulpflichtigen Kinder steht, ist zahlenmäÙig aus der Enquete nicht zu ersehen. Aus dem Königreich Sachsen wird berichtet, daÙ in manchen Gewerben, wie der Posamenterie, der Stroh- und Rohrflechtere, der Herstellung von Strümpfen und Handschuhen auch solche Kinder beschäftigt werden. Und aus dem Herzogtum Sachsen-Meiningen heiÙt es, „daÙ in der Regel die Heranziehung der Kinder zu leichteren Arbeiten erst mit dem Eintritt des schulpflichtigen Alters, in einzelnen Fällen indessen sogar schon vom vierten Lebensjahr ab beginnt“. Diesen wenigen Angaben treten private Erhebungen und Untersuchungen zur Seite³. Gegenüber ihren Befunden und Schilderungen muÙ jeder Versuch verstummen, die Annahme von Arbeit des erwerbsthätigen Kindes davon abhängig zu machen, daÙ das Kind selber seine Thätigkeit als Arbeit erkennt. Übrigens ist mit Sicherheit anzunehmen, daÙ Kinder, die vor Tagesanbruch oder nach der Schule bis in die tiefe Nacht sich stundenlang in fremdem Dienste tummeln, oder mit Klöppeln, Häkeln, Spulen, Nähen, Feilen u. s. w. abgeben müssen, frühzeitig jene Erkenntnis erlangen und auf ihre noch nicht schulpflichtigen Geschwister übertragen⁴.

räte für 1899 sind z. B. S. 385 Schulkinder in Glashütten als Einträger, in einer Brauerei mit Flaschenspülen, in Cigarrenfabriken mit Tabakrippen, in Kistenfabriken mit Nageln von Kisten beschäftigt.

¹ Vierteljahrshefte zur Statistik des deutschen Reichs 1900 III, 100: „Jedenfalls dürfte die ermittelte Zahl hinter der Wirklichkeit noch zurückbleiben.“ Besprechung der Ergebnisse von H. Fürth in Neue Zeit, 19. Jahrgang I, 532—35.

² Über die hausindustrielle (nicht die ganze gewerbliche) Thätigkeit der Schulkinder geben auch die Berichte der Fabrikinspektoren Aufschlüsse.

³ z. B. Agard, Die Erwerbsthätigkeit schulpflichtiger Kinder im deutschen Reich (Archiv für sociale Gesetzgebung XII S. 373 ff.), wo einzelnes über die Erwerbsthätigkeit noch nicht schulpflichtiger Kinder vorkommt: S. 380. 396. 401. 402. Stillich, Die Spielwarenindustrie des Meininger Oberlandes (1899) S. 21—24. Rausch, Die Sonneberger Spielwarenindustrie (1901) S. 104. Nach dem S. 77¹ erwähnten preussischen Bericht S. 410 werden in Neheim (Regierungsbezirk Arnberg) in acht Familien „sogar 10 Kinder im Alter von 4 und 5 Jahren“ mit Nägelstampfen und Aufstecken von Schuhknopfplatten auf Papierrollen beschäftigt.

⁴ „Sachsen-Meiningen teilt mit, daÙ die Kinder in der Regel erst nach

V. Die unter 3 (S. 74) angeführten Merkmale der Arbeit als möglichen Gegenstandes des Arbeitsvertrags enthalten eine Schranke, die zur Verdeutlichung dieses Arbeitsbegriffs besonders hervorgehoben werden muß. Zwar braucht, wie sich schon gezeigt hat, die Thätigkeit, um Arbeit zu sein, nicht Ausübung eines Berufs zu sein, weder des Haupt- noch des Nebenberufs, indem auch ein Berufsloser Arbeit leisten, und jemand als Dilettant, oder zu seiner Erholung Arbeit verrichten kann. Hingegen die Thätigkeit, welche nur Vorbereitung auf einen Beruf überhaupt, oder auf einen bestimmten Beruf ist, entbehrt als solche präparatorische Thätigkeit in den meisten Fällen der Merkmale, daß sie das Bedürfnis eines anderen zu befriedigen vermag und irgendwo entgolten wird. Darum ist sie trotz des Ernstes und der Mühe, mit der sie betrieben wird, der Aufnahme in einen Arbeitsvertrag entrückt und daher juristisch nicht für Arbeit zu halten, wie sehr sie der Thätige selber und seine Lehrer, sie von seinen anderen Beschäftigungen unterscheidend, als Arbeit bezeichnen mögen. Schulknabe und Schulmädchen, Student und Kunstjünger sind als solche in der Regel mit Thätigkeiten beschäftigt, die sich nicht zur Befriedigung fremder Bedürfnisse eignen und außerhalb der Entgeltsphäre liegen. Im Lehrverhältnis als Arbeitsverhältnis ist es regelmäsig der Lehrer und nur dieser, der Arbeit im Rechtssinn leistet, der für die Arbeit des Lehrens Arbeitnehmer ist, während die receptive, nachahmende oder nachschaffende Thätigkeit des Schülers nicht selbst Arbeit im Rechtssinn, sondern Voraussetzung oder Erzeugnis der Arbeit des Lehrers ist. Allein in Handel und Industrie finden wir diese ursprüngliche und normale Gestalt des Lehrverhältnisses (das eigentliche Lehrverhältnis) zwar nicht in allen, aber in unzähligen Fällen verändert¹. Es gilt hier die Thätigkeit des Lehrlings, sei es von Anfang oder nach kurzer Frist, als

Beendigung des Unterrichts, von nachmittags 3 Uhr bis gegen 9 Uhr abends mitarbeiten.“ Die dort fast ausschließlichs hausindustrielle Arbeit der Kinder dauert z. B. in 8 Schulgemeinden bis 10 Uhr, in 13 Gemeinden bis 11 Uhr, in 8 Gemeinden bis 12 Uhr nachts. Vierteljahrshefte z. Statistik a. a. O. S. 10.

¹ Für den Handel s. z. B. Adler, Lage der Handlungsgehülfen (1900) S. 55. 56. 141. 142; für das Gewerbe s. z. B. Kommission für Arbeiterstatistik. Verhandlungen Nr. 11 S. 20. 27—29. Verhandlungen Nr. 18 S. 22 (nur in 2,6% der von der Kommission befragten, mit Lehrlingen versehenen Gastwirtsbetriebe wird Lehrgeld bezahlt). Bericht der württembergischen Fabrikinspektion für 1898 S. 10 („gewöhnlich wird in solchen Lehrlingsabteilungen in Fabriken kein Lehrgeld bezahlt; der junge Mann erhält für seine Arbeitsthätigkeit noch einen Lohn“).

fähig, ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen und als entgeltbar, und damit als Arbeit. Der Lehrherr wird zum Arbeitgeber und der Lehrling zum Arbeitnehmer, dessen Arbeit in geringerem Maße oder auf andere Art (namentlich durch Ausbildung: Abschnitt V, Kapitel 3) entgolten wird als die des gelernten Arbeitnehmers¹.

Verschieden von der vorhin erwähnten Thätigkeit, welche nur Vorbereitung zum Beruf und daher nicht Arbeit ist, ist diejenige Thätigkeit, welche nach der Erreichung der Fähigkeit zur Ausübung eines Berufes behufs Übung dieser Fähigkeit oder als Vorbereitung auf die einzelne Berufsleistung vor sich geht. Diese Thätigkeit gehört unserm Gebiet der Arbeit an. So bildet das Memorieren der Rollen durch den Schauspieler, wodurch er sich zur Mitwirkung bei Proben und Vorstellungen in den Stand setzt, einen Bestandteil der Arbeit des Schauspielers, ebenso wie die Übungen, die der Klaviervirtuose für sich anstellt, zur Arbeit desselben gehören. Sind doch auch nicht selten Konzertproben gegen Eintrittsgeld zugänglich, wodurch sich derlei vorbereitende Thätigkeit als möglicher Gegenstand

¹ In der GewO. Titel VII werden daher die Lehrlinge neben Gesellen, Gehülfen, Betriebsbeamten, Werkmeistern, Technikern und Fabrikarbeitern zu den „gewerblichen Arbeitern“ gezählt und diese sind in den Augen der GewO. Arbeitnehmer. Die daselbst unter I „Allgemeine Verhältnisse“ aufgestellten Regeln gelten auch für die Lehrlinge. Die Vorschriften unter VI „Gehülfen, Lehrlinge und Arbeiter in offenen Verkaufsstellen“ behandeln die Lehrlinge auf gleichem Fuß wie die zwei anderen Klassen von Arbeitnehmern. In § 127^a Abs. 2 heißt es: „Binnen neun Monaten nach der Auflösung darf der Lehrling in demselben Gewerbe von einem anderen Arbeitgeber ohne Zustimmung des früheren Lehrherrn nicht beschäftigt werden.“ Der Lehrherr ist hier als Arbeitgeber gedacht. Dieser Auffassung entsprechen die Rechtsätze in § 127^g. Auch der Handlungslehrling wird durch HGB. § 76 Abs. 1 als Arbeitnehmer seines Lehrherrn hingestellt, er wird von letzterem nach Abs. 3 zu „Dienstleistungen“ verwendet (sonst hat das Wort „anderen“ keinen Sinn). Demgemäß kann auf das Lehrverhältnis in Gewerbe und Handel für den Lehrling der Kündigungsgrund der Nichtzahlung des schuldigen Lohnes oder Gehaltes anwendbar sein: GewO. § 127^b Nr. 1, HGB. § 77 Abs. 3. In BGB. § 196 Nr. 9 erscheinen unter den gewerblichen Arbeitern auch die Lehrlinge als solche, welche Ansprüche haben „wegen Lohnes und anderer an Stelle oder als Teil des Lohnes vereinbarter Leistungen“ und ist von „Arbeitgebern“ die Rede, welche auf solche Ansprüche Vorschüsse gewährt haben. S. auch Krankenversicherungsgesetz § 3^b. — Andererseits führt BGB. § 196 Nr. 10 Lehrherren und Lehrmeister auf mit Ansprüchen wegen des Lehrgeldes, und unterscheidet § 1822 unter Nr. 6 und 7 den „Lehrvertrag“ von dem „auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Verträge“. Vgl. § 113 Abs. 1. Hingegen im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 § 9 erscheint der Lehrling als in einem Dienstverhältnis befindlich.

eines Arbeitsvertrags erweist. Selbst der Gang zur Arbeitsstätte, der den Arbeitnehmer in den Stand setzt, dort die Berufsarbeit zu leisten, ist **fähig**, der Arbeit zugerechnet und in den Arbeitsvertrag einbezogen zu werden (Abschnitt III Kapitel 2).

VI. Die unter Nr. III angegebenen und erläuterten Erfordernisse der Arbeit als möglichen Gegenstandes des Arbeitsvertrags bestimmen ihren rechtswissenschaftlichen Begriff. Auf eine überlieferte Abstraktion vermag sich unsere Definition nicht zu berufen, und die in der Nachbarschaft, nämlich von Nationalökonomern gegebenen Begriffsbestimmungen können von der Jurisprudenz nicht ohne weiteres angenommen werden, weil sie die Arbeit nicht mit Rücksicht auf den Arbeitsvertrag definieren. Wir lesen z. B. bei E. v. Philippovich, Grundriss der politischen Ökonomie I § 42: „Arbeit ist die auf ein äußeres Ziel gerichtete Thätigkeit des Menschen. Eine Thätigkeit, welche nur auf die Erlangung innerer Befriedigung gerichtet ist, bezeichnen wir nicht als Arbeit“ . . . „Das Wesentliche ist darin gelegen, daß der Thätige nicht nur seiner inneren Befriedigung oder eines ihm zukommenden Erfolges wegen thätig ist, wie z. B. beim Spiel, daß vielmehr der Erfolg seiner Thätigkeit über ihn hinauswirkt.“ Dagegen ist es für die Arbeit im juristischen Sinn, d. h. als möglichen Gegenstand des Arbeitsvertrags gleichgültig, weswegen die Thätigkeit vorgenommen wird, ob zur Entfaltung des Thätigkeitstriebes, zum Genuß der eigenen Fähigkeiten, zur Erreichung dieser oder jener Wirkung, oder Rückwirkung auf den Thätigen — solche und andere Interna sind unerheblich, wenn nur die früher (Nr. III) beschriebenen äußeren Merkmale vorhanden sind. Nach Schönberg im Handwörterbuch der Staatswissenschaften I², 446 ist „Arbeit als ökonomische Kategorie, Arbeit im wirtschaftlichen Sinn die bewusste menschliche Kraftäußerung, um etwas wirtschaftlich Nützliches, einen wirtschaftlichen Wert hervorzubringen, also etwas, was wirtschaftlichen Bedürfnissen, Zwecken, Interessen der Menschen zu dienen geeignet ist.“ Daß hier wieder so viel Gewicht auf den Zweck der Kraftäußerung gelegt wird, ist vielleicht nicht so gemeint oder Fehler des Ausdrucks. Sodann ist nicht ersichtlich, ob die wirtschaftlichen Bedürfnisse anderen entgegengesetzt sein und etwa die ästhetischen oder religiösen Bedürfnisse ausschließen sollen, welchenfalls die definierte Arbeit weit weniger umfassen würde, als die Arbeit, die Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein kann; denn diese umfaßt die des Musikers, des Schauspielers, des Religionsdieners. Auch daß es bei der „Arbeit im wirtschaftlichen Sinn“ auf das Hervorbringen ankommen soll, er-

giebt einen viel engeren Begriff, als das Recht für die Arbeit des Arbeitsvertrags annehmen kann, d. h. jenes Erfordernis würde zahlreiche Tätigkeiten vom Arbeitsbegriff fernhalten, die doch in zahlreichen Arbeitsverträgen anzutreffen sind¹. Die Jurisprudenz kann sich darum auf diese Begrenzung nicht einlassen.

Definitionen der Arbeit wie die berichteten differieren von der hier aufgestellten und begründeten nur äußerlich, indem sie anerkanntermaßen zur Arbeit gehörige Vorgänge durch gewisse Mängel der Fassung oder der Überlegung von dem dem Recht und der Ökonomie gemeinsamen Gebiet der Arbeit ausschließen. Hingegen giebt es in der That einen dem Innern angehörigen Punkt, in welchem der nationalökonomische und der juristische Begriff der Arbeit auseinander treten. Diese schon S. 7, 47 erwähnte und verwertete Differenz gipfelt in dem Satze: die Arbeit im Rechtssinn ist für den, der sie verrichtet, kein Vermögensaufwand. Von dem möglicherweise ihr vorangehenden oder sie begleitenden Vermögensaufwand wird im Recht die Arbeit unterschieden, während die politische Ökonomie den zur Hervorbringung der Arbeitskraft erforderlichen Vermögensaufwand in der Arbeit wiedererscheidend findet.

Es wird im Recht anerkannt, daß die Arbeit wegen ihrer Fähigkeit, ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen, dem, welchem sie geleistet wird, ein wirtschaftliches Gut gewährt, für ihn meistens eine Vermögenszuwendung bedeutet². Ihre unentgeltliche Zuwendung ohne die Absicht der Freigebigkeit vermag eine ungerechtfertigte Bereicherung zu bewirken³. Sie kann unter die „Vermögensvorteile“ des BGB. § 138 Abs. 2 fallen, also daß ein Arbeitsvertrag, weil der Vermögensvorteil den Entgelt des Arbeitgebers unverhältnismäßig übersteigt, unter den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen nichtig sein kann (Kapitel 3 Nr. XII). Ferner kann beim vertragmäßigen Rücktritt „für geleistete Dienste“ von ihrem Empfänger „der Wert zu vergüten“ sein: § 346. Vermöge ihrer in Rede stehenden Eigen-

¹ So gehören z. B. „die Bewachung der Betriebsanlagen“ und „die Aufsichtigung“ eines Betriebes (GewO. § 105^c Abs. 1 Nr. 3, 5) nach Abs. 2 zur Arbeit, ohne daß hierdurch etwas hervorgebracht wird.

² Vgl. 6 D. 38, 11: *Fabriles operae ceteraque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem (des Gläubigers) transeunt, officiales vero non transeunt.*

³ — *posse condici, quanti operas essem conducturus: 26 § 12 D. 12, 6.* Dies gilt auch vom BGB. In seinem § 812 sind die Worte „auf dessen Kosten“ nicht auf Vermögenskosten zu beschränken. Zustimmend Oertmann, Kommentar z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse (1899) S. 538/39.

schaft kann mittelst Arbeit ein Gesellschaftsbeitrag geleistet werden (S. 39). Endlich ist danach auch „Ersatz für entgehende Dienste“ möglich (§ 845), d. h. für den Vorteil, den die Arbeit ihrem Empfänger gewährt haben würde.

Die Höhe des Entgeltes wird oft durch den Vermögensaufwand bestimmt, der behufs Erlangung der Fähigkeit zu einer gewissen Arbeitsart gemacht werden mußte. In den Augen des Rechts entgelt dieses Mehr von Entgelt nicht einen Vermögensaufwand, der in der Arbeit gemacht wird, sondern den größeren Wert der Zuwendung, die mit der Arbeit empfangen wird. Die Arbeit, welche für den, dem sie geleistet wird, eine Vermögenszuwendung bedeuten kann, ist niemals eine Vermögensaufwendung für den, der sie verrichtet.

Hierin steht die Arbeitsleistung einzig da unter den Leistungen. Als Aufwand von Nerven- und Muskelsubstanz¹, was sie als menschliche Thätigkeit ist, kann sie in den Augen des Rechts kein Vermögensaufwand ihres Verrichters sein. Denn rechtlich ist das Vermögen etwas Aufsermenschliches, d. h. aufser dem Menschen, seinem Subjekt, Liegendes (bei Forderung und Schuld als extern Gedachtes), das ihm anhaftet, erst vom Recht ihm angeheftet wird, während jene Nerven- und Muskelsubstanz das Rechtssubjekt selbst ist. Für das Recht (im Gegensatz zur Nationalökonomie) veräußert der arbeitende Mensch damit, d. h. mit der Arbeit nichts von seinem Vermögen. Die Arbeitskraft, die er hierdurch vorübergehend verringert, bildet keinen Teil seines Vermögens im Rechtssinn, da sie nicht zu den ihm vom Recht verliehenen ökonomischen Mitteln gehört². All dem steht natürlich nicht entgegen, daß der Mensch durch Körperverletzung eine Aufhebung oder Verminderung seiner Arbeitskraft, hiermit der Erwerbsfähigkeit und dadurch einen Vermögensschaden erleiden kann³. Denn dieser besteht eben in Wegfall oder Schmälerung der Möglich-

¹ Hierunter fällt auch „der Aufwand von Mühe“.

² „wie denn die Arbeit oder Arbeitskraft noch nicht Vermögen ist“: Brinz, Pandekten, 1. Aufl. S. 375, vgl. 2. Aufl. II, 34. 35. „Die Arbeitskraft bildet keinen Bestandteil des Vermögens, aber durch ihre Verwendung kann Vermögen erworben werden“: Planck, Kommentar zum BGB. § 324 Nr. 2. Die Arbeitskraft kommt bei den Römern weder unter den *res corporales* noch unter den *res incorporales* vor, aus denen sich das Vermögen zusammensetzt. Anderer Meinung, ohne Beleg, Friedmann, Die unkörperliche Sache (1900) S. 16. 18. — Vgl. auch 4 D. 7, 7: *Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt*. Durch die Ablösung dieser Frucht von der Muttersache wird der Wert der letzteren nicht vermindert.

³ Vgl. BGB §§ 842. 843. Einführungsgesetz Art. 42 Nr. I. III.

keit zu erwerben, vorzüglich Entgelt zu erwerben für die Zuwendungen, die er durch Arbeit würde machen können¹. Dafs er die Fähigkeit einbüfst einen Vermögensaufwand zu machen, wird damit nicht bewiesen, und diese Einbuse würde gleichgültig sein, nicht ersetzt zu werden brauchen.

Wie die Arbeit als Aufwand von Nerven- und Muskelsubstanz oder Mühe kein Vermögensaufwand ist, so kann sie es auch nicht sein als Zeitaufwand. Man kann nicht sagen, der Arbeitende wende Zeit auf, Zeit sei Geld, folglich wende er Geld und damit Vermögen auf. Die Zeit ist kein Ding an sich, kein Vermögensbestandteil, keine *res corporalis* oder *incorporalis*, sondern nur ein Mafs, hier ein Mafs der Arbeit. Wer arbeitet, macht nicht einen Zeitaufwand, den er ohne die Arbeit nicht machen würde, da die Zeit ja auch ohne die Arbeit verfließen würde. Die Zeit misst die Thätigkeit und die Unthätigkeit. Die Zeit ist Geld nur wenn man sie als durch geldbringende Arbeit erfüllt denkt. Die Zeit ist daher kein selbständiges wirtschaftliches Gut, das einer verbraucht, indem er arbeitet und wodurch er die Arbeit zu einem Vermögensaufwand macht. Zeitaufwand ist, falls die Zeit auf Arbeit verwendet wird. Arbeitsaufwand, dieser aber nicht Vermögensaufwand. Die Vergütung für „Zeitversäumnis“ oder „Zeitverlust“ ist ein abgekürzter Ausdruck, er bezeichnet gewöhnlich das Surrogat des Erwerbes, der durch Arbeit (in gewisser nicht mit Arbeit erfüllter Zeit) zu machen gewesen wäre².

Schwerlich wird man entgegenhalten, ein Vermögensaufwand werde von dem, der einem anderen Arbeit verrichtet, doch damit gemacht, dafs er sich den Vermögensvorteil entgehen läfst, den er durch seine Arbeit sich selber verschaffen, oder für einen Dritten arbeitend, in Gestalt von Entgelt des Dritten ziehen könnte. Es ist wahr, dafs es einen solchen Gewinnentgang giebt, und dafs Ersatz für so entgangenen Arbeitsverdienst vorkommt und bedeutungsvoll ist³. Aber dieser Gewinnentgang macht die dem Anderen geleistete Arbeit

¹ Vgl. 7 D. 9, 4 (*mercedes*) *operarum quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est.*

² Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige §§ 2. 3. 5. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz § 44. See-Unfallversicherungsgesetz § 44. GewO § 91 Abs. 4. Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 60.

³ z. B. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz § 114, See-Unfallversicherungsgesetz § 120: „Ersatz für entgangenen Arbeitsverdienst.“ Ebenso Regulativ für die Errichtung einer Kommission für Arbeiterstatistik § 6 (v. Mayr, Allgem. statist. Archiv III, 124). HGB. § 572 („dem Verfrachter entgehender Frachtverdienst“).

nimmermehr zu einem Vermögensaufwand des Arbeiters. Denn der nämliche Gewinnentgang würde eintreten, wenn die gewinnbringende Arbeit unterbleiben würde, ohne daß dem Anderen Arbeit geleistet wird — diese Arbeit kann daher nicht die Ursache des Gewinnentgangs sein. Der Gewinnentgang, der hierin liegende Vermögensaufwand, ist vielmehr eine Folge der Unterlassung der gewinnbringenden Arbeit, d. h. der Unthätigkeit in der einen Richtung, nicht eine Folge der Thätigkeit in der anderen Richtung. Der Gewinnentgang erscheint nur darum fälschlich als ökonomischer Aufwand auf die wirklich verrichtete Arbeit, weil durch ihre Verrichtung die anderweitige gewinnbringende Arbeit ausgeschlossen wird. Es würde aber ein Trugschluss sein, die wirkliche Arbeit (statt des Unterbleibens der hypothetischen) für die Ursache des Gewinnentgangs zu erklären und deswegen in der wirklichen Arbeit einen Vermögensaufwand zu erblicken¹.

Wenn man den Vermögensaufwand des Arbeiters darin erblickt, daß dieser dem Entgelt entsagt, den er für die einem Dritten geleistete Arbeit erworben haben würde, so kommt man zu dem unhaltbaren Resultat, daß der Lohn, den er wirklich von seinem Arbeitgeber erhält, Ersatz der ihm entgehenden Einnahme ist — daß also ein Arbeitnehmer nicht Entgelt bekommt für die Vermögenszuwendung, die er durch seine Arbeit dem Arbeitgeber macht, sondern Ersatz für den Entgelt, den er sonst von einem Dritten erhalten hätte, einen Entgelt, der wieder nur Ersatz des von einem Vierten zu erlangenden sein würde und so in infinitum.

Daß die Arbeit, die jemand einem anderen zuwendet, für den Arbeiter ein Vermögensaufwand sei, muß im Verhältnis dieser beiden bewiesen werden, aus der Arbeit, die wirklich erfolgt. Will man es mit der hypothetischen beweisen, die der Arbeiter sich selber oder einem Dritten zuwenden könnte, so darf man natürlich nicht voraussetzen, daß diese hypothetische Arbeit kein Vermögensaufwand sei, da dann die gleiche Annahme für die wirkliche Arbeit nicht zu versagen wäre. Setzt man daher voraus, daß die hypothetische Arbeit für den Arbeiter ein Vermögensaufwand sein würde, dann kann die wirkliche Arbeit, die den Arbeiter vor diesem

¹ Dies thut mit Bezug auf BGB. § 1835 Abs. 2 (unten S. 86) Isay, Die Geschäftsführung S. 145: „Es liegt darin der Gedanke, daß die Leistung solcher Dienste aus dem Gesichtspunkte des *lucrum cessans* eine direkte Vermögensverminderung des Vormundes bewirkt, da der letztere, insoweit er die Dienste dem Mündel geleistet hat, verhindert worden ist, sie anderen gegen Entgelt zu leisten, diesen Entgelt also aufgewendet hat.“

Aufwand bewahrt, nicht als Etwas betrachtet werden, das ihm einen Vorteil entgehen läßt — denn dieser Vorteil würde nur mittelst jenes Aufwandes zu erlangen gewesen sein. Gerade daß es einen Ersatz für entgangenen Arbeitsverdienst gibt (S. 84⁸), ist ein Beweis, daß die Arbeit kein Vermögensaufwand ist. Denn wäre sie das, so würde der Entgang jenes Verdienstes zugleich die Ersparung eines Aufwandes sein, Entgang und Ersparnis würden einander kompensieren, und von Ersatz des entgangenen Verdienstes könnte nicht die Rede sein. Es wird aber nirgends, wo entgangener Arbeitsverdienst ersetzt wird, ein mit der Arbeit ersparter Vermögensaufwand veranschlagt — weil es einen solchen nicht gibt.

Der Satz, daß die Arbeit im Rechtssinn für ihren Verrichter kein Vermögensaufwand ist, wird auch vom BGB. anerkannt und bestätigt. Einmal dadurch, daß es als Aufwendungen nur die Vermögensaufwendungen betrachtet und zu den Aufwendungen einer Person nicht deren Arbeit rechnet. Dies zeigt sich deutlich z. B. in §§ 669. 670, wo die zur Ausführung des Auftrags gehörigen „Aufwendungen“ nimmermehr die Arbeit des Beauftragten umfassen können, da sonst der „Ersatz“ solcher Aufwendung die Geschäftsbesorgung begriffswidrig zu einer entgeltlichen machen würde¹. Noch deutlicher zeigt die besondere Verfügung in § 1835 Abs. 2, daß vom Begriff der Aufwendung die Arbeit, die einer verrichtet, ausgeschlossen ist².

¹ In § 256 umfassen die Worte „andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind“ nicht die Arbeit des Aufwenders. Vgl. den Sprachgebrauch von „Gegenstand“ in §§ 90. 256 Satz 2. 268. 273 Abs. 2. 292. 302. 304. 351. 434. 500. 733 Abs. 2. — Aufwendungen werden nicht von Verwendungen unterschieden: z. B. § 995.

² § 1835: „Macht der Vormund zum Zwecke der Führung der Vormundschaft Aufwendungen, so kann er nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669. 670 von dem Mündel Vorschuss oder Ersatz verlangen . . . Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormundes oder des Gegenvormundes, die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören.“ Nur solche Dienste — und diese nur kraft besonderer Verfügung des Gesetzes — alle anderen Arbeiten nicht. Ganz richtig deutet Petrazycki, Lehre vom Einkommen II, 362: „Die geleisteten Dienste sind in Wahrheit keine Verwendungen; im betreffenden Falle wird aber eine gesetzliche Fiktion eingeführt, wonach die geleisteten Dienste als Verwendungen zu gelten haben, damit dem Vormund auf diesem Umwege ein Lohn verschafft wird.“ Er fährt jedoch kritisch fort: „Diese Auffassung ist zwar vom Standpunkt der juristischen Logik annehmbar; dann erscheint es aber vom socialwirtschaftlichen Standpunkt aus sehr eigentümlich, daß der Verfasser (des Gesetzes) die operae hominis als Aufwendungen nicht betrachtet. Die römischen Juristen haben einer mehr vorgeschrittenen Anschauung gehuldigt.“ Ob dieselbe „vorgeschritten“ sei, mag dahingestellt bleiben. Aber für die Anschauung der

Wo daher von Ersatz von Aufwendungen gesprochen wird, kann in letzteren nicht vom Aufwender verrichtete Arbeit begriffen sein¹.

Eine zweite Bestätigung liegt in Folgendem. Wenn es wahr wäre, daß der Arbeitnehmer, der Arbeit zu verrichten hat, in der Arbeit einen Vermögensaufwand macht, so würde das Unterbleiben der Arbeit ohne weiteres für ihn eine Vermögensersparnis bilden. Nach § 615 kann der Arbeitnehmer des Dienstvertrags, wenn er wegen des Verzugs des Arbeitgebers die Arbeit nicht leistet, dennoch die dafür vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verbunden zu sein. „Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart.“ Danach müßte, wenn die Arbeit einen Vermögensaufwand und folglich ihr Unterbleiben eine Ersparnis bilden würde, der Arbeitnehmer sich ihren Wert auf die Vergütung anrechnen lassen. Das käme, da man meistens den Wert des Ersparten der Vergütung gleichzusetzen hätte — wie denn § 346 für den Wert geleisteter Dienste die in Geld bestimmte vertragsmäßige Gegenleistung einsetzt — auf den Wegfall der Vergütung hinaus, was gegenüber der gesetzlichen Vorschrift, die sie vorbehält, unannehmbar ist. Das Gesetz muß vielmehr von der Annahme ausgehen, daß das Unterbleiben der Arbeit (d. h. der Thätigkeit) dem, der sie zu verrichten hat, nichts erspart, daß daher in der Vornahme der Thätigkeit oder Arbeit kein Vermögensaufwand gemacht wird. Die Kombination dieses und des vorigen Argumentes ergibt, daß zu dem, was in den Fällen von §§ 642 Absatz 2, 649 der Unternehmer „an Aufwendungen erspart“, nicht gehören kann die von ihm selbst zu verrichtende Arbeit: diese bildet keine Aufwendung, und ihre Nichtverrichtung bedeutet keine Ersparnis².

römischen Juristen wird nur eine Stelle, 26 § 8 D. 17, 1 angeführt und die in ihr vorkommende merces statt vom Lohn für die wirkliche Lehrarbeit, vom Lohn für die hypothetische Schreinerarbeit verstanden. Die den römischen Juristen imputierte Anschauung wird ihnen auf Grund eines Mißverständnisses imputiert. — Auch die genaue Untersuchung von Riccobono in *Archivio giuridico* 58, 61–92 zeigt, daß die Arbeit nicht zu den *impensae* gehört.

¹ z. B. nicht in BGB. § 633 Abs. 3, gegen Riezler, *Werkvertrag* S. 113. Entsprechend verhält es sich mit den „Aufwendungen“ in § 251 Abs. 2. Hingegen könnte der in § 633 Abs. 2 vorkommende „Aufwand“ auch den Aufwand von Arbeit umfassen.

² S. auch Emerich, *Kauf und Werklieferungsvertrag* S. 82. Düringer und Hachenburg, *Kommentar zu HGB.* § 354 Note V, 26. — Eine nicht hierher gehörige Konsequenz der obigen vom BGB. bestätigten Auffassung der Arbeit ist die, daß die unentgeltliche Zuwendung von Arbeit durch den

Die Arbeit, die nach Vorstehendem kein Vermögensaufwand ist, kann doch von solchem begleitet sein. Es kann im Arbeitsvertrag bestimmt oder aus den Umständen ersichtlich sein, daß der Arbeitnehmer im Interesse der Arbeit einen Vermögensaufwand zu machen habe, sei es durch Verwendung seiner Arbeitsmittel oder von ihm beschaffter Arbeitsstoffe oder durch Transport seiner Person u. dgl. Von solchen außerhalb der Arbeit liegenden, aber mit ihr zusammenhängenden Aufwendungen oder Auslagen des Arbeitnehmers kann und braucht hier nicht weiter die Rede zu sein (Kapitel 3 Nr. VI).

VII. Die unter III—V gezogenen juristischen Grenzen der Arbeit schliessen einen beträchtlichen Teil der menschlichen Thätigkeit vom Gebiet der Arbeit aus. Viel umfänglicher ist aber der Teil, der innerhalb jener Grenzen liegt. Denn für den Arbeitsvertrag in genere ist es gleichgültig, von welcher Art die vereinbarte Arbeit ist¹. Es können die variablen Thätigkeiten fast aller der etwa zweihundert Berufe, die 1895 bei der Berufszählung im Deutschen Reich erhoben worden sind, Gegenstände von Arbeitsverträgen bilden, ohne Unterschied, ob sie berufsmäßig vorgenommen werden oder nicht.

In dieser gewaltigen Mannigfaltigkeit ist es einerlei, ob die Arbeit materielle oder immaterielle, d. h. ob sie sich an der Materie, der toten wie der lebenden bethätigt durch Bearbeitung, „Verarbeitung oder Umbildung“ (BGB. § 950), oder Raumveränderung (wie Fördern [von Mineralien], Sammeln, Pflücken, Fangen, Ein- und Ausladen, Transport), oder ob sie ohne solche in die Augen fallende Eingriffe in den Stoff vor sich geht, wie beim Sprechen, Singen, Lehren, Befehlen, Leiten, Zählen, Beaufsichtigen, Bewachen, der Fall ist².

Arbeiter zwar für den Empfänger eine Bereicherung, aber nach BGB. § 516 nicht eine Schenkung ist, weil sie nicht aus dem Vermögen des ersteren herrührt. Anerkannt von Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag (1898) S. 16, nicht anerkannt z. B. von Dernburg, Bürgerliches Recht II § 205 unter II, 2, Enneccerus und Lehmann, Bürgerliches Recht I § 277 unter II.

¹ Verschieden hiervon ist der Satz von Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 172 Anm. 11, daß „civilrechtlich jede Arbeit . . . nach denselben Grundsätzen zu behandeln ist“. Dieser Satz harmoniert nicht mit dem dort vorausgehenden, daß handwerksmäßige und wissenschaftliche Thätigkeit stets ihre „berechtigten“ Unterscheidung finden werden. Ferner giebt es nach der Art der Arbeit gesetzlich geschiedene Arbeitsverträge, welche zeigen, daß nicht jede Arbeit civilrechtlich nach denselben Grundsätzen zu behandeln ist.

² Beim Beaufsichtigen denke z. B. an die Mitglieder des Aufsichtsrates

Ferner macht es hier keinen Unterschied, ob die Arbeit mechanische oder intellektuelle, Hand- oder Kopfarbeit ist. Es ist zu leicht zu beobachten und zu oft ausgesprochen worden, daß es sich bei diesem Gegensatz nicht um Ja und Nein, sondern nur um mehr und weniger, um ein Überwiegen der Muskel- oder der Nervenaktion handelt, als daß hier Nachweis oder Erläuterung vonnöten wäre. Schon weil die Grenze zwischen körperlicher und geistiger Arbeit nicht gradlinig verläuft, kann beim Arbeitsvertrag im allgemeinen eine Ausschließung der einen oder der anderen Arbeitsart nicht versucht werden.

Ebensowenig kommt es hier darauf an, ob die Arbeit produktiv oder unproduktiv ist, mag man unter der produktiven die etwas Körperhaftes, überhaupt etwas Neues hervorbringende oder nur die fruchtbare in dem Sinn verstehen, daß ihr Ergebnis an Wert den zu seiner Erzielung gemachten Aufwand überragt, wofern diese beiden vergleichbar sind. Vielmehr kann die Thätigkeit auch nur eine erhaltende, bewahrende, ordnende, sichtende, reinigende, ausbessernde, schützende, löschende, heilende sein. Und wo sie hervorbringend ist, kann das Erzeugnis von einem gewissen Bestand oder so vorübergehend sein wie bei der Begießung von Straßen und Pflanzen, Heizung von Räumen oder Maschinen, Deklamation, Musik, Claque oder Feuerwerk.

Ferner schlägt es nichts für das Wesen des Arbeitsvertrags, ob die Arbeit gelernte oder ungelernete ist, wenn unter der gelernten nur diejenige verstanden wird, welcher man sich ex professo gewidmet haben muß, um sie verrichten zu können. Zahllose Hüter-, Boten- und Trägerdienste, die jeder vollbringen kann, der nur gesunde Glieder und Sinne besitzt, werden in Arbeitsverträgen vereinbart und nicht minder häufig die Lehrlingsarbeit.

Endlich ist auch das hier gleichgültig, ob die Arbeit gemeine

einer Aktiengesellschaft, beim Bewachen an das Wachegehen der Mannschaft auf Seeschiffen. Vgl. ferner Sander, Lage des Barbier- und Friseurgewerbes S. 43: „Während dieser Arbeitszeit befindet sich der Gehülfe . . . nicht un- ausgesetzt in Thätigkeit . . . es treten an den Wochentagen häufig Pausen ein, die sich bisweilen über ganze Stunden erstrecken und in der Regel durch Zeitunglesen ausgefüllt werden.“ Die Leistung aus dem Arbeitsvertrag besteht während dieser Pausen im Hüten des Lokals und der Werkzeuge und in der Arbeitsbereitschaft. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 17 S. 26 mit Bezug auf Personal von Rheindampfern im Winter: „Zum Teil bleibt es auf den Schiffen, die im Hafen liegen. Die Leute haben dabei nichts weiter zu thun, als anwesend zu sein.“ Adler, Lage der Handlungs- gehülfen S. 66/67.

oder rechtsgeschäftliche ist, wobei unter rechtsgeschäftlicher verstanden wird sowohl die, welche in Vornahme von Rechtsgeschäften jeder Art, auch des Prozesses, als die, welche in der Vermittlung solcher Geschäfte besteht, während jede andere, auch die vornehmste künstlerische Arbeit zur anderen Gruppe gehört. Bei der rechtsgeschäftlichen Arbeit ist zu denken an die Käufe und Verkäufe, Darlehens-, Zahlungs- und Versicherungsgeschäfte der Gastwirtsgehülfen, Handlungsgehülfen, Handlungsagenten, Kommissionäre, Vorstände von Aktiengesellschaften, an die Rechtsgeschäfte der Spediteure, der Handlungs- und anderen Mäkler, an viele Rechtshandlungen der Schiffer zur See und auf Binnengewässern, der Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Rechtsagenten und Gerichtsvollzieher.

Die eben erwähnte rechtsgeschäftliche Arbeit bildet einen beträchtlichen Teil der unter dem Namen der „Geschäftsbesorgung“ zusammengefaßten Arbeit, deren Begriff in Kapitel 7 weiter zu verfolgen sein wird. Von ganz hervorragendem Umfang ist diejenige rechtsgeschäftliche Arbeit, welche in der Abschließung von Verkäufen besteht, einschließlic ihrer Vorbereitung (durch Vorlegen und Anpreisen der Waren) und ihrer Vollziehung (durch Aussondern, Abmessen, Verpacken, Einkassieren). Dafs der Kaufmann im offenen Laden mit dem Verkaufen nicht blofs Rechtsgeschäfte abschließt; sondern auch Arbeit verrichtet, tritt da deutlich hervor, wo er diese Arbeit zum Gegenstand von Arbeitsverträgen macht, sie damit berufsmäßigen Verkäufern und Kassieren auferlegt.

VIII. Für die Arbeit als Gegenstand des Arbeitsvertrags und damit für das Wesen des Arbeitsvertrags ist nicht nur die Art der Arbeit belanglos (Nr. VII), sondern auch innerhalb einer Art die Seite der Arbeit, welche von den Parteien des Arbeitsvertrags in Betracht gezogen wird. Wenn sie über die Art der zu leistenden Arbeit einig sind — z. B. Sprachunterricht, ärztliche Behandlung, schauspielerische Darstellung, Kohlenförderung, Anzünden der Strafsenlaternen, Herstellung einer Mauer, mit weiteren Spezialisierungen — so verschlägt es nichts für das Dasein des Arbeitsvertrags, ob sie bei der Vereinbarung der Arbeit, die doch Thätigkeit ist, das Bewegliche, Verlaufende, Transitorische der Arbeit im Auge haben, oder die während der Bewegung, des Verlaufs erkennbare, mitunter aber erst nach ihrem Ablauf als Ganzes wahrnehmbare Wirkung der Arbeit (die Sprachkenntnis, die Genesung, das mimische Kunstwerk, das Laternenlicht, den Kohlenhaufen, die Mauer). Für den Begriff des Arbeitsvertrags ist es belanglos, ob die Kontrahenten der Arbeit an sich, der

Arbeit als solcher das Augenmerk zuwenden, indem sie das bei gehöriger Arbeit und Fernbleiben zufälliger Hindernisse unausbleibliche Resultat dreingehen lassen, oder ob sie die Arbeit von seiten ihres Ergebnisses in Betracht ziehen, ihre Intention auf dieses Ergebnis richten, indem ihnen die Thätigkeit als verlaufende nur als der unvermeidliche Weg zur Erreichung des bezweckten Ergebnisses erscheint. Denn wenn man letzterenfalls sagen kann, daß sie den durch die Arbeit herbeizuführenden Erfolg, das durch die Arbeit herzustellende Werk vereinbaren, so ist damit immerhin Arbeit vereinbart, da jener Erfolg oder jenes Werk nicht durch Zauber, sondern nur durch Arbeit herbeigeführt werden kann und mit der Zusage dieser Herbeiführung das dafür unentbehrliche Mittel der Arbeit zugesagt wird. Die Herbeiführung selbst ist Arbeit. Wer columnam transportandam verspricht, verspricht die Beförderung einer Säule, einerlei ob er die verlaufende Transportbewegung oder ihr Endresultat, die Versetzung der Säule an eine andere Stelle, sich vorstellt. Das nämliche gilt natürlich vom Menschentransport. Es ist z. B. für das Dasein der Kutscherarbeit und daher eines mit dem Kutscher geschlossenen Arbeitsvertrags irrelevant, ob der Kutscher den Arbeitgeber (Fahrgast) eine halbe Stunde in den Straßen umherführen soll — welchenfalls der Arbeitgeber die Arbeit als solche im Auge hat — oder ob der Kutscher den Arbeitgeber nach dem etwa eine halbe Stunde entfernten Reichstagsgebäude führen soll — welchenfalls der Arbeitgeber nicht die Arbeit als solche, sondern einen durch die Arbeit herbeizuführenden Erfolg im Auge hat. Daß, obgleich der Arbeitgeber hier das Gewicht auf das Resultat der Arbeit legt, auch im letzteren Fall Arbeit vereinbart ist, kann nicht verneint werden. Auch ist die Arbeit in beiden Fällen von der nämlichen Art, d. h. Kutscherarbeit. Niemand kann dem in der Vornahme der Leistung begriffenen (über die Straße fahrenden) Arbeitnehmer anmerken, ob er die Arbeit als solche, oder die Arbeit in Ansehung ihres Ergebnisses vornimmt. Daß er im zweiten Fall noch einer gewissen Aufmerksamkeit und Einschlagung einer gewissen Richtung bedarf, um das gesteckte Ziel zu erreichen, begründet nicht eine andere Art der Arbeit. Und wenn der Kutscher den Fahrgast auf einem großen Umweg oder in gefährlicher Hast oder im langsamsten Tempo ans Ziel bringt, so könnte sich hier oder schon unterwegs leicht zeigen, daß der Arbeitgeber, dem es im zweiten Fall auf das Ergebnis ankommt, durchaus nicht alles Gewicht auf das Ergebnis der Arbeit legt, nicht gänzlich von der Arbeit als solcher Umgang nimmt. That-sachen der Wahrnehmung werden nicht dadurch verändert, daß man

sie das eine Mal so, das andere Mal anders auffasst und etwa auch benennt, und wenn eine menschliche Thätigkeit Arbeit ist, — z. B. Geschäftsbesorgung, Messerschleifen, Transportieren, Näherei, Weberei — so muß sie dies ebenso dann sein, wenn ich in Gedanken und Worten von ihrem Resultate abstrahiere und sie „an sich“ auffasse, als wenn ich umgekehrt in Gedanken und Worten von der Thätigkeit als solcher abstrahiere und mich nur an das Resultat halte.

Für das Dasein von Arbeit und demgemäß des Arbeitsvertrags ist es gleichgültig, ob die Thätigkeit im Hinblick auf ihren Verlauf oder im Hinblick auf ihren Erfolg zugesagt oder ausbedungen wird. Im Hinblick auf ihren Erfolg ist sie Herbeiführung eines Erfolges, z. B. Herstellung oder Veränderung einer Sache, womit augenscheinlich Handlungen und zwar Arbeiten bezeichnet werden. Daher sagt auch BGB. § 657: „eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges,“ erklärt damit die Herbeiführung eines Erfolges für Vornahme einer Handlung, was natürlich auch vom Arbeitserfolg gilt.

Wenn der besprochene Unterschied oder die zweierlei Betrachtung, die die Arbeit zuläßt, nichts am Begriff der Arbeit ändert und daher auch nicht das Wesen des Arbeitsvertrags beeinflusst, indem der Arbeitsvertrag bei der einen wie bei der anderen Betrachtungsweise bestehen kann, so wird damit jener Unterschied weder überhaupt noch für den Arbeitsvertrag als belanglos hingestellt. Um aber hier von Belang zu sein und die Rechtswirkung des Arbeitsvertrags zu beeinflussen, darf die eine oder die andere Betrachtungsweise nicht intern oder ideell bleiben, sondern muß im Thatbestand zum Ausdruck kommen oder realisiert werden. Und da der Thatbestand des Arbeitsvertrags im wesentlichen nichts anderes ist, als die Festsetzung eines Entgeltverhältnisses von Arbeit und Vergütung, so kann jene Realisierung nicht ohne Bezug des Entgeltes vor sich gehen. Die Betrachtung der einen oder der anderen Seite der Arbeit heißt daher für den Arbeitsvertrag nichts anderes als zweierlei Form des Entgeltverhältnisses: die Vergütung wird entweder mit der Arbeit an sich oder mit dem Arbeitsergebnis, d. i. der Arbeit samt Ergebnis verknüpft.

Die Arbeit an sich oder als solche, d. h. die Arbeit mit Abzug ihres Ergebnisses, ihrer Wirkung in der Außenwelt, bedeutet für den Arbeitgeber keinen Vorteil, keine Vermögenszuwendung. Für solche Arbeit (wenn man das noch so nennen darf) würde der Arbeitgeber keinen Entgelt bewilligen, um solche Arbeit würde kein Arbeitsvertrag geschlossen werden. Der Entgelt wird stets im innern Hinblick auf

die Arbeit einschliesslich ihrer Wirkung bewilligt. Dagegen kann sehr wohl im Äusseren, nämlich im Arbeitsvertrag, bei der Aufstellung des Entgeltverhältnisses von der Wirkung der Arbeit abstrahiert werden, weil ihre Wirkung als regelmässig unvermeidliche Begleiterin der Arbeit angesehen wird¹. Dieses im Thatbestand vor sich gehende oder unterbleibende Abstrahieren von jener Wirkung ergibt die zwei Grundformen des Arbeitsvertrags, die in Kapitel 8 zu unterscheiden sein werden: den Zeitlohnvertrag und den Accord. Diese Grundformen realisieren den Unterschied von Arbeit an sich und Arbeit schlechthin (oder Arbeit samt ihrem Ergebnis). Da nun die Gesetze an die Distinktion jener Grundformen die wichtigsten Rechtsfolgen knüpfen, so ist damit auch den hier besprochenen zwei Seiten, nach denen die Arbeit in Betracht kommen kann, die rechtliche Bedeutung gesichert. Nur für das in Rede stehende Wesen des Arbeitsvertrags überhaupt ist es gleichgültig, ob die Arbeit, sein einer wesentlicher Bestandteil, von der einen oder von der anderen Seite, die er der Betrachtung bietet, ins Auge gefasst wird.

IX. Für die Arbeit als Gegenstand des Arbeitsvertrags ist es gleichgültig, das Wesen des Arbeitsvertrags ist nicht davon abhängig, wem die Entscheidung über seinen Vollzug durch den Arbeitnehmer, d. h. wem die Leitung der Arbeit zusteht. Diese Direktion der Arbeit kommt in den Quellen unter verschiedenen Namen vor, als: Bestimmung, Befehl, Weisung, Anweisung, Anordnung, Leitung, Regelung, Vorschriften erlassen². Sie betrifft blofs die Leistung der

¹ Das für solches Abstrahieren anzuwendende Mittel, nämlich die Abstellung auf die Zeit oder Dauer der Arbeit kann hier noch nicht erörtert werden.

² z. B. BGB. § 316: „Bestimmung“ des Umfanges der Gegenleistung. GewO. § 134^b Abs. 3: „Die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeiter im Betriebe betreffende Bestimmungen.“ SeemannsO. § 32: „befohlene Hilfe“. §§ 30. 32 Abs. 2: „Anordnungen des Schiffers.“ BGB. § 618 Abs. 1: „Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln.“ § 618 Abs. 2: „Anordnungen zu treffen.“ Ebenso HGB. § 62 Abs. 2. GewO. § 121: „Anordnungen der Arbeitgeber.“ EisenbahnVO. § 2: „Dienstliche Anordnungen der Bediensteten.“ HGB. § 62 Abs. 1. GewO. § 120^a Abs. 1: „Regelung des Betriebs, des Geschäftsbetriebs, der Arbeitszeit.“ BGB. § 645: „Für die Ausführung erteilte Anweisung.“ HGB. § 456: „Anweisung des Verfügungsberechtigten.“ § 493: „Anweisungen“ vom Korrespondentrheder dem Schiffer erteilt. § 560: „von sämtlichen Befrachtern angewiesener Platz,“ „Anweisung“. EisenbahnVO. § 17: den Reisenden „Plätze anweisen“. § 64. Binnenschiffahrtsgesetz § 7. GewO. § 120^a Abs. 4: „Vorschriften über die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeiter.“ BGB. § 665 (§ 675): „Weisungen“, vgl. § 855 („Weisungen“).

Arbeit¹, kann sich aber innerhalb der von Recht und Moral gezogenen Schranken (Nr. XII) erstrecken auf alle möglichen Bestimmungen der Arbeit, namentlich Art und Umfang, Zeit und Ort, Stoff, Mittel und Verfahren, die Person des Verrichters und die des Empfängers der Arbeit.

Vom Verrichter wird unter Nr. X, vom Empfänger unter Nr. XI die Rede sein. Von größter sanitärer, ökonomischer und rechtlicher Wichtigkeit ist die Zeit der Arbeit. Ihre Länge beeinflusst den Umfang der Arbeit, ihre Länge, Lage und Verteilung wirken vorzüglich auf den Verrichter der Arbeit ein. Diese Arbeitszeit bedarf einer besonderen Betrachtung; sie soll im III. Abschnitt angestellt werden. An die zahlreichen Modalitäten, welche der Umfang im übrigen, sowie Ort, Stoff, Mittel und Verfahren der Arbeit beim Vollzug des Arbeitsvertrags zulassen und erhalten, braucht hier, da es sich um weit bekannte Dinge handelt, nur im allgemeinen erinnert zu werden. Endlich giebt auch die Art der Arbeit der Direktion Raum. Denn der Artbegriff ist nicht so fest, daß nicht, obwohl der Arbeitsvertrag über eine gewisse Art von Arbeit geschlossen worden ist, beim Vollzug die Anordnung dieser oder jener Unterart Platz fände, also daß selbst die Art der Arbeit der Direktion unterfallen kann. Zur Erläuterung braucht man nicht weit zu greifen. Das sogenannte Mädchen für alles schuldet Dienstbotenarbeit, aber die Herrin kann Waschen oder Kochen, Nähen oder Frisieren anordnen, Arbeiten, die in Anbetracht ihrer beruflichen Separierung gewiß als von verschiedener Art bezeichnet werden können. Nicht viel weniger disparat sind die Arbeitsarten, mit deren Vornahme der Arbeitnehmer, der zu landwirtschaftlicher Arbeit gedungen worden ist, den Arbeitsvertrag vollzieht, man denke nur an Melken und Pflügen, Mähen und Dreschen. Und der Mime, der heute den Papageno und morgen den Sekretär Wurm zu spielen hat, vollbringt damit heterogene Arbeiten.

¹ Es gehören daher nicht hierher z. B. „Vorschriften über das Verhalten der Arbeiter bei Benutzung der zu ihrem Besten getroffenen, mit der Fabrik verbundenen Einrichtungen, sowie Vorschriften über das Verhalten der minderjährigen Arbeiter außerhalb des Betriebs“: GewO. § 134^b Abs. 3, oder „Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die häuslichen Einrichtungen“: GewO. § 121, oder die Bestimmung einer in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Hausordnung eines Berliner Theaters: „Kein Mitglied darf in Zeitungen oder Zeitschriften Urteile über das Theater oder dessen Leistungen veröffentlichen.“ Hingegen wird die Leistung der Arbeit betroffen von Vorschriften gedachter Hausordnung wie diese: „Die Herren dürfen keine Bärte tragen.“ „Jedes Mitglied, das sich auf länger als zwei Stunden aus seiner Wohnung entfernt, hat zu hinterlassen, wo es bestimmt anzutreffen ist.“ „Ohne Erlaubnis der Direktion darf kein Mitglied die Stadt verlassen.“

Die Direktion der Arbeit, die sich auf alle angeführten Bestimmungen der Arbeit erstrecken kann, wird dadurch gänzlich, mehr oder weniger ausgeschlossen, daß der Vollzug des Arbeitsvertrags durch den Arbeitsvertrag vollständig, mehr oder weniger fixiert ist. Soweit dies geschehen, ist für Leitung, fremde Leitung oder Selbstleitung kein Spielraum, sondern die Arbeit in allen, mehreren oder einzelnen von den angeführten Bestimmungen gerade so vorzunehmen, wie es dem Arbeitsvertrag entspricht¹. Die Einschränkung oder Ausschließung der Direktion kann unmittelbar und ausdrücklich im Arbeitsvertrag enthalten sein, indem dieser in Ansehung der Arbeit Ausführungsbestimmungen giebt (die zu dem nicht wesentlichen Inhalt des Arbeitsvertrags gehören: Kapitel 5). Solchen ausdrücklichen stehen die aus den Umständen folgenden Festsetzungen gleich, und zu beiden treten die generellen, nicht für den gegebenen Arbeitsvertrag erlassenen, schon vordem vorhandenen, namentlich Tarifverträge und Gesetze, welche den von den Paciscenten für die Direktion der Arbeit freigelassenen Raum einengen; man denke z. B. an das gesetzliche Verbot der Sonntagsarbeit (wonach der Arbeitsvertrag nicht an Sonntagen vollzogen werden darf), oder an die Vorschrift der Verwendung gewisser Vorrichtungen bei der Herstellung von Zündhölzern mit weißem Phosphor².

Nur selten wird der Arbeitsleistung eine so intensive Fixierung zu teil, daß dem Vollzug keinerlei Spielraum bleibt, vielmehr werden viele Bestimmungen erst bei Beginn des Vollzugs und im Lauf desselben getroffen, sei es durch Übereinkunft der Parteien, sei es durch einseitige Verfügung. Die Macht zu solcher Verfügung kann durch den Arbeitsvertrag eigens eingeräumt sein³, oder aus den Umständen, namentlich aus der Art der Arbeit folgen, oder durch eine außerhalb des Vertrags stehende Autorität, insbesondere das Gesetz, einer Partei verliehen sein⁴. Zustehen kann hiernach die Leitung oder Anordnung

¹ Eine Ausnahme macht BGB. § 665 (§ 675) für den Dienst- und den Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

² Siehe ferner den Tarifvertrag Bremer Rheder und Seeleute in *Sociale Praxis* X, 887, nach welchem die Heizer nicht mehr zu Diensten an der Maschine herangezogen werden dürfen.

³ S. z. B. den Kontrakt von einer Domäne im Regierungsbezirk Hildesheim, *Verhältnisse der Landarbeiter* II, 589: „Sie haben mich in jeglicher Beziehung als Ihren Vorgesetzten anzuerkennen und meinen Anordnungen unbedingt Folge zu leisten. Sie haben ferner auch den Anordnungen der von mir dazu angestellten Personen, Verwalter, Lehrlinge, Hofmeister u. s. w. Folge zu leisten. Dieselben sind ebenfalls Ihre Vorgesetzten.“

⁴ s. z. B. Stellen auf S. 93.

entweder dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer oder einem Dritten, woneben noch Kombinationen dieser Möglichkeiten vorkommen, nämlich mehrere selbständige Leiter oder gemeinschaftliche Direktionen oder Verteilungen der Direktion unter mehrere nach Ort, Zeit oder Gegenständen¹.

Für das Dasein des Arbeitsvertrags ist es belanglos, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich der Direktion der Arbeit einander koordiniert sind oder nicht, indem ersterenfalls die Ausführungsmodalitäten nur im Einvernehmen oder von dem einen allein so gut wie von dem anderen bestimmt werden können. Letzterenfalls, wo die Parteien nicht koordiniert sind, verschlägt es nichts für das Wesen des Arbeitsvertrags, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer der Leiter der Arbeit ist. Im Arbeitsverhältnis des Prinzipals zum Handlungsgehilfen, des Kapitäns zur Schiffsmannschaft, des Fabrikanten zum Fabrikarbeiter, des Haushaltungsvorstandes zum Diensthofen, des Gutsherrn zum Landarbeiter steht die Direktion der Arbeit vorwiegend dem Arbeitgeber zu. Im Arbeitsverhältnis des Theaterbesuchers zum Theaterdirektor, des Passagiers zum Eisenbahnunternehmer oder Rheder, des Versenders zum Spediteur, des Schülers zum Lehrer, des Patienten zum Arzte, des Klienten zum Rechtsanwalte steht die Direktion vorwiegend dem Arbeitnehmer selbst zu. In anderen Fällen endlich steht sie einem Dritten, d. h. keiner der zwei Parteien zu. Ein solcher Dritter kann ein Angestellter des Arbeitgebers (z. B. Betriebsbeamter, Regisseur, Werkführer, Oberkellner)², oder des Arbeitnehmers (z. B. Direktor oder Kapitän einer Transport-Aktiengesellschaft) und gerade mit der Direktion betraut sein³. Der Dritte kann aber auch ein extraneus, d. h. nicht seiner-

¹ z. B. allgemeine Anordnungen des Arbeitgebers, speciellere des Werkführers, die übrigen speziellsten dem Arbeitnehmer überlassen.

² Nach Binnenschiffahrtsgesetz § 23 ist der Schiffsmann (ein Arbeitnehmer des Schiffseigners) verpflichtet, in Ansehung des Schiffsdienstes den Anordnungen des Schiffers (der auch Arbeitnehmer des Schiffseigners ist) Folge zu leisten. — HGB. § 493 Abs. 4 sagt mit Bezug auf den Korrespondenrheder, den Angestellten einer Rhederei: „Der Schiffer hat sich nur an dessen Anweisungen . . . zu halten.“

³ Nach HGB. § 665 ist der Reisende (Arbeitgeber im Überfahrtsvertrage) verpflichtet, alle die Schiffsordnung betreffenden Anweisungen des Schiffers (Angestellten des Arbeitnehmers) zu befolgen. Nach EisenbahnVO. § 2 „ist das Publikum (der Arbeitgeber der Eisenbahn) den dienstlichen Anordnungen der in Uniform befindlichen oder mit Dienstabzeichen oder mit Legitimation versehenen Bediensteten (Angestellten des Arbeitnehmers) Folge zu leisten verpflichtet.“

seits Arbeitnehmer einer Partei des Arbeitsvertrags sein. So steht z. B. ein beträchtlicher Teil der Direktion derjenigen Arbeit, welche der Gastwirtsgehilfe im Arbeitsvertrag dem Gastwirt zugesagt hat, den Gästen zu; in den offenen Verkaufsstellen werden die Kunden von den Handlungsgehilfen „bedient“ (GewO. § 139^e Abs. 1)¹, womit gesagt ist, daß die Kunden in gewissem Maß Herren über die Arbeit sind, welche der Handlungsgehilfe dem Prinzipal im Arbeitsvertrag zugesagt hat².

Steht im Arbeitsverhältnis einer Partei oder einem Dritten die Leitung der Arbeit zu, so kann hieraus eine persönliche Subordination folgen, womit ein „Abhängigkeitsverhältnis“ (BGB. § 825) gegeben ist. Ein solches kommt nicht bloß beim Arbeitsverhältnis vor und braucht nicht beim Arbeitsverhältnis vorzukommen.

X. Für das Dasein oder Wesen des Arbeitsvertrags ist es gleichgültig, ob die in ihm vereinbarte Arbeit, die der Arbeitnehmer zu leisten hat, als eine vom Arbeitnehmer zu verrichtende vereinbart worden ist oder nicht, und ob sie als eine gänzlich oder nur teilweise vom Arbeitnehmer zu verrichtende vereinbart worden ist³.

Wo der Arbeitnehmer eine juristische Person ist (S. 62), kann die Arbeit, deren Leistung er im Arbeitsvertrag zugesagt hat, nicht von ihm verrichtet werden und darum auch nicht als eine von ihm zu verrichtende zugesagt sein. Hier versteht es sich von selbst, daß die Arbeit als eine von Dritten (Beamten, Bediensteten, Gehilfen) zu verrichtende zugesagt wird⁴. Ebenso kann es, auch wenn der Arbeitnehmer

¹ Ebenso Bekanntmachung, betr. die Einrichtung von Sitzgelegenheit für Angestellte in offenen Verkaufsstellen (vom 28. November 1900, RGBl. S. 1033) „offene Verkaufsstellen, in welchen die Kundschaft bedient wird“ ... „Die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Personen“, sowie Bekanntmachung vom 13. Juli 1900 (RGBl. S. 566) Nr. 5 al. 6 „Bedienung des Publikums“.

² S. auch HGB. § 434, wonach der Empfänger eines auf Grund eines Frachtvertrags beförderten Gutes berechtigt ist, dem Frachtführer die „Anweisungen“ zu erteilen, die zur Sicherstellung des Gutes vor dessen Ankunft notwendig sind.

³ Nach BGB. § 613 hat „der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten“. Von dieser Rechtsfolge des Dienstvertrags, die im Zweifel anzunehmen ist, wird in Bd. II die Rede sein. Mit der obigen Erörterung des Thatbestandes des Arbeitsvertrags hat dies nichts zu thun.

⁴ Mit den Worten „die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbsthätigkeit unentbehrlichen Gegenstände“ hat CPO. § 811 Nr. 5 als Gegensatz die unpersönliche, d. h. mittelst anderer Personen entfaltete Erwerbsthätigkeit im Auge.

eine physische Person ist, nach deren Alter, Geschlecht oder Gesundheitszustand selbstverständlich sein, daß die Arbeit nicht als eine vom Arbeitnehmer zu verrichtende vereinbart ist. Man denke z. B. an die Fälle, daß ein nicht sieben Jahre altes Kind oder ein entmündigter Geisteskranker durch Vertretung des Vormundes als Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, aus welchem Personentransport zu leisten ist¹, oder daß die Witwe eines Schornsteinfegermeisters, die das Geschäft des Mannes weiter betreibt, in einem von ihr geschlossenen Arbeitsvertrag Berufsarbeit versprochen hat. Das Wesen des Arbeitsvertrags wird hiervon nicht berührt.

Wo der Arbeitnehmer eine physische Person ist, kann er die Arbeit als eine von ihm allein zu verrichtende zugesagt haben, oder es kann sich dieser Sinn seiner Zusage aus den Umständen ergeben². Seine Zusage kann aber auch — vorzüglich nach der Art oder dem Umfang der Arbeit — den Sinn haben, daß die von ihm zu leistende Arbeit nur teilweise durch ihn selbst vollbracht zu werden braucht oder vollbracht werden soll, und daß sie im übrigen von Dritten verrichtet werden kann oder soll. Und dieser von Dritten zu verrichtende Teil kann als dermaßen überwiegend gedacht sein, daß die vom Arbeitnehmer zu verrichtende Arbeit nur in der Betrauung Dritter mit der Arbeit oder in der Leitung Dritter bei der von ihnen zu verrichtenden Arbeit bestehen soll, wozu etwa noch ihre Ausstattung mit den erforderlichen Arbeitsmitteln tritt. Der Arbeitsvertrag, den der Schaulustige mit dem Theaterdirektor schließt, und worin dieser als Arbeit die Aufführung des Fidelio zusagt, oder der Arbeitsvertrag, den ein Auswanderer mit einem Rheder eingeht, worin dieser den überseeischen Dampfschifftransport verspricht, und der Arbeitsvertrag, den der Bauplatzeigentümer mit einem Bauunternehmer abschließt auf Erbauung eines Hauses durch letzteren auf dem Bauplatz des Arbeitgebers: diese drei Arbeitsverträge können nach der Art und dem Umfang der Arbeit nicht den Sinn haben, daß der Arbeitnehmer allein die Arbeit, deren Leistung er versprochen hat, verrichten soll. Vielmehr kann es für selbstverständlich erklärt werden,

¹ z. B. Lohnkutscherei. — Gesetz über das Auswanderungswesen § 9: „Nach dem Tode des Unternehmers sowie im Falle einer Vormundschaft oder Pflegschaft kann der Geschäftsbetrieb noch längstens sechs Monate durch Stellvertreter fortgesetzt werden.“

² So soll nach dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer alleiniger Verrichter der Arbeit sein, wo der Arbeitnehmer Handlungsgehilfe, Schauspieler, Lehrer, Arzt, Droschkenkutscher ist, ebenso der Schuhputzer auf der StraÙe.

daß die Arbeit als eine größserenteils durch Dritte zu verrichtende vereinbart worden ist.

Es kommt ferner nicht selten vor, daß bei der Schließung des Arbeitsvertrags die Verrichtung der Arbeit durch Dritte ausdrücklich ausbedungen wird, so daß die Mitwirkung der Dritten beim Vollzug des Arbeitsvertrags nicht als eine aus den Umständen, namentlich aus Umfang oder Art der Arbeit sich ergebende erscheint. Es bedingt sich entweder der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer Arbeit von einem gewissen, aber so großen Umfang aus, daß der Arbeitnehmer zu ihrer Vollbringung der Hülfe Dritter bedarf, und deren Mitwirkung wird in [bestimmtem Mafß im Arbeitsvertrag vereinbart¹. Oder das Mafß der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit wird im Arbeitsvertrag nicht genau, aber als ein über die Kraft des Arbeitnehmers hinausgehendes dadurch bestimmt, daß ihm die Heranziehung von Gehülfen ausdrücklich auferlegt wird².

Daß es für das Dasein des Arbeitsvertrags keinen Unterschied macht, ob der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeit gar nicht, oder nur teilweise, oder gänzlich verrichten soll, bedeutet, daß unabhängig von diesen Unterschieden die Leistung der Arbeit stets vom

¹ Ein Ende 1898 zwischen einem Berliner Ziegeleibesitzer und einem lipper Ziegelmeister geschlossener Arbeitsvertrag besagt: „Der genannte Ziegelmeister verpflichtet sich, pro 1899 den Betrieb der Ziegelei II auf dem Schöneicherplan zu leiten und die zur Anfertigung und zum Brennen von Ziegelwaren nötig werdenden Arbeiten mit seinen Leuten auszuführen. Derselbe findet sich mit den benötigten Gehülfen — mindestens 60 Mann — so zeitig auf der Ziegelei im Frühjahr ein, als mit der Fabrikation begonnen werden kann . . . Es ist in Aussicht genommen, daß für dies Betriebsjahr 6000 Mille Steine angefertigt werden . . . Was das Arbeits- und Rechnungsverhältnis betrifft, so hat es die Herrschaft nur mit dem Meister zu thun und leistet nur an diesen alle Barzahlungen.“

² Weber in Verhältnisse der Landarbeiter in Deutschland III, 12: „jetzt verpflichtet sich der Instmann regelmäsig, aufer sich selbst noch eine, oft auch noch zwei arbeitsfähige Personen, sogenannte Scharwerker oder Hofgänger, dem Gutsherrn zur Verfügung zu stellen, und ist die Frau meist wenigstens für die Erntezeit zur Arbeit zu kommen gehalten. Hat der Instmann erwachsene, d. h. nicht mehr schulpflichtige Kinder, so stellt er diese als Scharwerker, andernfalls muß er einen Dienstboten zu diesem Behufe mieten, sodafs er dem Gutsherrn gegenüber Arbeitnehmer, dem Scharwerker gegenüber zugleich Dienstherrschaft ist.“ — Die Übernahme der Verpflichtung, Scharwerker zu stellen (welcher innerhalb der Landarbeiterfrage große Bedeutung zukommt, s. z. B. Stieger, Zur Landarbeiterfrage [1898] S. 5. 7. 39—42) ist im heutigen Privatrecht nichts anderes als Zusage von Arbeit durch den Instmann als Arbeitnehmer, Arbeit von solchem Umfang, daß die Leistung von ihm nur mittelst Gehülfen bewirkt werden kann.

Arbeitnehmer und nur von diesem, also ganz von diesem zugesagt wird. Die Arbeit ist daher eine ihm obliegende, auch wo er weit davon entfernt ist, selbst Hand anzulegen und sie zu verrichten¹. Die Arbeit ist so weit geleistet, als sie verrichtet worden ist, auch wenn sie nicht vom Arbeitnehmer verrichtet worden ist². Und da nur er aus dem Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber zur Arbeit verbunden ist, die geschuldete Leistung nur von ihm dem Arbeitgeber geschuldet wird und nicht von den Dritten, die die Arbeit verrichten oder bei ihrer Verrichtung mitwirken, so ist es rechtlich der Arbeitnehmer und nur dieser, welcher die Arbeit leistet, auch wenn er sie mittelst Dritter leistet, welche die Arbeit verrichten³.

Wenn und soweit der Arbeitnehmer die ihm obliegende Arbeitsleistung nicht durch eigene Thätigkeit bewirkt, sind die Dritten, die er zu jener Leistung verwendet, welche statt seiner oder neben ihm die Arbeit verrichten, „Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“: BGB. § 278⁴. Wenn und soweit nach dem

¹ z. B. Binnenschiffahrtsgesetz § 42: „Der Frachtführer hat die ihm hinsichtlich der Beladung obliegenden Arbeiten mit thunlichster Beschleunigung auszuführen.“ So wird gesagt, obwohl der Kapitän eines großen Bodensee-, Rhein- oder Elbdampfers bei der Beladung nicht eigenhändig zugreifen braucht. Zutreffend spricht Weber a. a. O. S. 15 mit Bezug auf Instleute von „kontraktlich ihnen obliegender Arbeit“, indem er die von der Frau des Instmannes und vom Scharwerker zu verrichtende Arbeit einbegreift.

² Nach BGB. § 645 kann der Unternehmer „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“, nach § 648 der Unternehmer eines Bauwerks die Einräumung einer Sicherungshypothek „für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ verlangen. Die Arbeit und zwar die vom Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag versprochene Arbeit ist hier geleistet, auch wenn sie nicht allein vom Arbeitnehmer, sondern teilweise und etwa größserenteils von Dritten verrichtet worden ist. So sagen schon die Römer (55 § 1 D. 19, 2) vom Mieter eines Hauses, der eine notwendige oder nützliche bauliche Änderung vorgenommen hat, er habe dies sua opera gethan, ohne vorauszusetzen, dafs er oder er allein die Arbeit verrichtet habe. In 11 § 4 D. 47, 10 wird die Haftung dessen, der einen anderen zur Begehung einer injuria gedungen hat, mit den Worten begründet: quia mea opera facta sit injuria.

³ „Sein (des Hofgängers) Erscheinen bei der Arbeit ist eine Leistung des Instmannes“: Weber a. a. O. S. 771.

⁴ S. auch HGB. § 431: „Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.“ Eisenbahn-Verkehrsordnung § 9: „Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei Ausführung der Beförderung bedient.“ § 68 Abs. 3: „Die (von der Eisenbahn bestellten) Rollfuhrunternehmer gelten als Leute der Eisenbahn im Sinn des

Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeit durch Dritte verrichten kann oder soll, bildet die Bestimmung dieser Dritten einen Teil der Direktion der Arbeit (oben Nr. IX). Der Arbeitgeber kann sich im Arbeitsvertrag ausbedingen, daß die Verrichtung der Arbeit durch gewisse Dritte geschehe oder nicht geschehe: damit wird eine Ausführungsbestimmung (Kap. 5) getroffen¹. Beim Theaterbesuchsvertrag kontrahiert der Arbeitgeber (Theaterbesucher) auf Darstellung der Hauptrollen durch bestimmte Personen (z. B. einen Gast) und der Arbeitnehmer (Theaterdirektor) macht sich anheischig, die künstlerische Arbeit durch bestimmte Personen verrichten zu lassen².

Die Dritten oder Gehülfen, deren sich der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, können in verschiedenen Rechtsverhältnissen zum Arbeitnehmer stehen. Vor allem können sie sich in einem Arbeitsverhältnis befinden, d. h. Arbeitnehmer des Arbeitnehmers sein und durch den von ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag verbunden sein, Arbeit zu leisten; ihre Arbeitsleistung wirkt im Verhältnis ihres Arbeitgebers zu dessen Arbeitgeber als Leistung der von dem letzteren ausbedingenen Arbeit³. Das Arbeitsverhältnis der Gehülfen zum Arbeitnehmer kann begründet sein durch einen Arbeitsvertrag von der gleichen Art, wie der vom Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer geschlossene, oder durch einen Arbeitsvertrag anderer Art, z. B. einen Dienstvertrag, während der Arbeit-

§ 9. „Hilfspersonen“ und „Hilfspersonal“ von Hausgewerbetreibenden: RGBl. 1891 S. 396—98.

¹ z. B. die Vervielfältigungsarbeit, die aus dem Verlagsvertrag dem Verleger obliegt, soll durch eine bestimmte Druckerei verrichtet werden.

² Vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht S. 232. 243. 244. Wegen der Bildhauerei s. Kobel, Verträge des Bildhauers (1900) S. 40. 45, § 3 Nr. 1.

³ z. B. HGB. § 486 „Erfüllung eines von dem Rheder abgeschlossenen Vertrags . . . sofern die Ausführung des Vertrags zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehört“. Beispiel aus der Mützenfabrikation in Lage des Handwerks in Deutschland II, 380. 381: „Der Großhändler steht in dauernder geschäftlicher Beziehung mit einer größeren Zahl von Meistern, sog. Stückmeistern. Die letzteren sitzen in ihren Wohnungen und haben zwei, drei auch noch mehr Gesellen und eine entsprechende Anzahl von Nähmädchen. Das Rohmaterial giebt der Großhändler, mitunter auch die Mützenblöcke. Der Stückmeister schneidet die Mützentteile zu“, die übrige Arbeit verrichten die Gesellen und die Mädchen. „Der Großhändler giebt beispielsweise dem Stückmeister für das Fertigen von einem Dutzend Façonmützen 3,50 Mk., der Geselle erhält davon 2,50 Mk., hat jedoch seine Näherin selbst zu bezahlen.“ Hier ist die Näherin Gehülfe des Gesellen, der Geselle Gehülfe des Stückmeisters und nur dieser ist Arbeitnehmer des Großhändlers. Die Näherin ist als Gehülfe des Gesellen auch Gehülfe des Stückmeisters, aber Näherin und Stückmeister haben nicht einen Arbeitsvertrag miteinander geschlossen.

nehmer dies durch einen Frachtvertrag geworden ist. — Die Gehülfen brauchen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitnehmer zu stehen. Sie können nämlich als Ehegatten oder Kinder dem Arbeitnehmer gesetzlich zur Arbeit verbunden sein (S. 33). Sie können ferner auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses, in dem sie zum Arbeitnehmer stehen, oder als Beauftragte des Arbeitnehmers auf Grund eines Auftragsvertrags die dem Arbeitnehmer obliegende Arbeit verrichten, letzteres, wenn sie damit ein ihnen übertragenes Geschäft unentgeltlich besorgen. Sie brauchen sich endlich auch gar nicht in einem Rechtsverhältnis zum Arbeitnehmer zu befinden.

Wo immer der Arbeitnehmer einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch auf die Arbeit des Dritten hat, mittelst deren er die ihm obliegende Arbeit leistet, macht er durch Realisierung dieses Anspruchs, d. h. indem er die ihm geschuldete Arbeit des Dritten zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit verwertet, einen Vermögensaufwand. Während die Arbeit für den, der sie verrichtet, d. h. die persönliche Arbeitskraft entfaltet, rechtlich keinen Vermögensaufwand bildet (S. 82), liegt ein solcher in der Verwendung fremder Arbeit. Dadurch, daß der Arbeitnehmer eine zu seiner Verfügung stehende, ihm vom Dritten zuzuwendende Arbeit seinem Arbeitgeber zuwendet, macht er einen Vermögensaufwand, er lenkt die von ihm selbst (durch die Arbeit des Dritten) erlangbare Vermögenszuwendung auf seinen Arbeitgeber ab und befreit sich diesem gegenüber von einer Verbindlichkeit. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er die Arbeit des Gehülfen zu entgelten hat oder nicht. Der Vermögensaufwand besteht nicht im Entgelt (den er dem Dritten zu entrichten hat), sondern in der Verwertung der fremden, zu seiner Verfügung stehenden Arbeit für seinen Arbeitgeber.

Was endlich das Verhältnis des Arbeitgebers zum Dritten oder Gehülfen des Arbeitnehmers anlangt, so ist der Dritte einerseits nicht selbst Arbeitnehmer des Arbeitgebers, andererseits aber an der Erfüllung der diesem gegenüber bestehenden Arbeitsverbindlichkeit beteiligt. Um Arbeitnehmer zu sein, müßte er entweder unmittelbar einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber geschlossen haben, oder er müßte als Arbeitnehmer vertreten worden sein, indem der Arbeitnehmer teils in eigenem Namen, teils im Namen des Dritten¹ oder sowohl in eigenem Namen als im Namen des Dritten² mit dem Arbeitgeber kontrahiert hätte. Im Leben macht

¹ z. B. oben S. 71².

² HGB. § 432. § 469. EisenbahnVO. § 74, sog. Samtfrachtführer: Cosack, Handelsrecht § 89, I, 2^b. § 90, I, 2.

es mitunter Schwierigkeit, wenn eine Arbeit vereinbart worden ist, die nur von mehreren verrichtet werden kann, und wo doch nur einer als Kontrahent aufgetreten ist, zu entscheiden, ob die übrigen, die sich an der Vollbringung der Arbeit beteiligen, auch selbst Arbeitnehmer oder nur Gehülfen des einen Arbeitnehmers sind, der als Kontrahent dem Arbeitgeber gegenübergetreten ist. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes ist offenbar¹. — Das andere Extrem, daß der Dritte keine dem Arbeitgeber geschuldete Arbeit verrichtet und darum nicht Gehülfe des Arbeitnehmers ist, würde dann gegeben sein, wenn die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit eine Geschäftsbesorgung und zwar der Abschluß eines Vertrags mit einem Dritten ist, den der Dritte zu vollziehen hat. Einen solchen Fall bietet das Speditionsgeschäft: hier übernimmt jemand gewerbsmäÙig oder sonst im Betrieb seines Handelsgewerbes die Besorgung einer Güterversendung durch einen Frachtführer oder Verfrachter. Die ihm danach obliegende Arbeit besteht darin, daß er in eigenem Namen den Frachtvertrag schließt und dem Frachtführer oder Verfrachter das zu transportierende Gut übergibt. Einen anderen Fall bietet der Vertrag mit einem Annoncenbureau: dieses übernimmt die Besorgung einer Insertion, d. h. den Abschluß des Druckvertrags mit dem Verleger oder Drucker einer Zeitung. Hier verrichtet der Arbeitnehmer allein die im Arbeitsvertrag bedungene Arbeit, die Arbeit der Geschäftsbesorgung, verrichtet sie, indem er mit einem Dritten einen Vertrag schließt. Damit ist die dem Arbeitnehmer obliegende Arbeit der Geschäftsbesorgung vollbracht. Wenn der Dritte² den Vertrag (der selbst ein Arbeitsvertrag sein kann) vollzieht, so ist er keineswegs Mitarbeiter oder Gehülfe unseres Arbeitnehmers; seine Arbeit bildet keinen Teil der Erfüllung der gegenüber dem ersten Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverbindlichkeit.

Das Verhältnis des Arbeitgebers zum Dritten als Gehülfen seines Arbeitnehmers besteht immer darin, daß dieser Gehülfe an der Erfüllung der Arbeitsverbindlichkeit des Arbeitnehmers beteiligt ist und manchmal noch in einigen anderen Beziehungen. Jene Beteiligung hat die schon erwähnte Bedeutung, daß die Arbeit des Gehülfen als Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gilt. Sie gilt so z. B. für den Annahmeverzug, indem die Nichtannahme der Arbeit des Gehülfen Nichtannahme der Leistung ist, obwohl der Gehülfe nicht Schuldner des

¹ Auf obiges Problem wird im zweiten Bande, bei der Behandlung des Accordes, eingegangen werden, da es thatsächlich zumeist in dessen Gebiet vorkommt.

² In den Beispielen der Frachtführer, der Drucker oder Verleger.

Arbeitgebers ist; ferner für die Fälligkeit der Entgeltverbindlichkeit, wo die Fälligkeit durch die Vornahme der Arbeitsleistung bedingt ist. Ist der Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag, wo die Leistung der Arbeit als Leistung von Diensten oder Dienstleistung bezeichnet wird, so könnten diese Namen auch auf die vom Gehülfen verrichtete Arbeit anwendbar sein. Die Nichtannahme der Arbeit des Gehülfen durch den Arbeitgeber kann daher unter BGB. § 615 fallen: der Arbeitnehmer des Dienstvertrags leistet dem Arbeitgeber Dienste, auch soweit die Arbeit auf seine Veranlassung durch einen Dritten verrichtet wird. Zu dem, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart und dessen Wert er sich anrechnen lassen muß, kann die Arbeit des Gehülfen gehören (Kapitel 3 Nr. VI). Sie gehört nicht dazu, wenn er diese dem Arbeitgeber zugedachte Arbeit für sich zu verwenden nicht in der Lage ist. Unter die „anderweitige Verwendung seiner Dienste“ fällt auch die Arbeit der Gehülfen.

Wird so die Arbeit des Gehülfen als Arbeit des Arbeitnehmers behandelt, so kann es kein Bedenken haben, dem gesetzlichen Ausdruck „Arbeitskraft“, wo er vom Arbeitnehmer gebraucht wird, einen entsprechend weiteren Sinn beizumessen. Wenn nämlich wiederholt (BGB. §§ 324. 642. 649) von dem die Rede ist, was jemand „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft“ erwirbt, erwerben kann oder zu erwerben böswillig unterläßt, so meinen wir unter seiner Arbeitskraft nicht bloß die seinem Körper innewohnende, sondern auch die sonst ihm zur Verfügung stehende begreifen zu sollen¹. Anderenfalls wären die Fälle nicht gedeckt, in denen der Arbeitnehmer keine Arbeitskraft im ersteren Sinne hat, weil er eine juristische Person, oder ein Geisteskranker, oder ein zweijähriges Kind ist. Es wären aber auch nicht die Fälle gedeckt, in denen der Arbeitnehmer, der die ihm obliegende, nun ausfallende Arbeit durch Gehülfen leisten wollte, in die Lage kommt, durch die anderweitige Arbeit von Gehülfen zu erwerben. —

Das Verhältnis des Arbeitgebers zum Dritten als Gehülfen seines Arbeitnehmers besteht, wie gesagt, manchmal noch in anderen Beziehungen, als der Teilnahme des Gehülfen an der Erfüllung der Arbeitsverbindlichkeit des Arbeitnehmers. Der Gehülfe braucht bei der Verrichtung der Arbeit nicht in persönliche Beziehungen zum Arbeitgeber zu treten, indem er z. B. daheim oder in der Werkstätte des Arbeitnehmers arbeitet. Er kann aber auch in persönliche Be-

¹ „Wenn ich sechs Hengste zahlen kann,
Sind ihre Kräfte nicht die meine?“

ziehungen zum Arbeitgeber treten, etwa dadurch, daß er die Arbeit in dessen Bereich verrichtet. Die unter Voraussetzung solcher Beziehung dem Arbeitgeber thatsächlich mögliche Direktion der Arbeit des Gehülfen kann ihm auch rechtlich zustehen, durch den Arbeitsvertrag eingeräumt sein oder sich aus den Umständen ergeben¹. Andererseits muß er dann auch — im Einklang mit dem S. 104 Gesagten — die Einrichtungs-, Unterhalts- und Regelungspflicht des BGB. § 618 Abs. 1 gegenüber dem Gehülfen erfüllen, obwohl dieser für ihn nicht „der Verpflichtete“ des Gesetzes ist². Es kann sodann dem Arbeitgeber durch den Arbeitsvertrag das Recht eingeräumt sein, den Gehülfen von der Erfüllung der Arbeitsverbindlichkeit auszuschließen, ja das Arbeitsverhältnis des Gehülfen zum Arbeitnehmer durch Kündigung aufzuheben, also den Gehülfen zu entlassen, obwohl dieser nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht (unten Abschnitt IV, Kapitel 4 Nr. III). Ferner kann der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet sein, Versicherungsprämien für den Gehülfen zu entrichten „obwohl dieser nicht sein Arbeitnehmer ist“ (S. 68). Und es kann endlich im Arbeitsvertrag ausbedungen worden sein, daß der Arbeitgeber eine gewisse Vergütung für die Arbeit des Gehülfen entrichte, d. h. es wird die dem Arbeitnehmer, als welchem allein die Arbeitsleistung obliegt, zukommende Vergütung im Arbeitsvertrag so spezialisiert, daß sie teilweise auf die vom Gehülfen zu verrichtende Arbeit bezogen wird, weil der Gehülfe an der Erfüllung der Arbeitsverbindlichkeit teilnimmt. So wird aus Westpreußen, wo die Instleute mit 60 Prozent „noch den Grundstock der ländlichen Arbeiterklasse ausmachen“, berichtet: „Der Inste erhält gewöhnlich aufser der Wohnung 25 a Garten-, 25 a Kartoffelland und noch 25 a Kartoffelland für den Scharwerker, als festes Deputat etwa noch 14 Centner Roggen im Sommer und für je 50 Arbeitstage des Scharwerkers 1¹/₂ Centner⁴.“ Den Geldlohn des Instmannes anlangend, der mit Gehülfen (Frau oder Scharwerker) die Arbeit leistet, so wird der der Gehülfenarbeit entsprechende Entgeltteil ausgeschieden,

¹ Dies gilt z. B. für das Verhältnis des Landwirts zum Hofgänger oder Scharwerker, das doch nicht auf einem zwischen diesen Personen geschlossenen Arbeitsvertrag beruht. Der Arbeitgeber des Instmannes bestimmt für diesen wie für den Hofgänger z. B. die Art der Arbeit. Der Tapezierer-, Schreiner- oder Friseurmeister, der einen Gesellen dem Kunden ins Haus schickt, überläßt einen Teil der Direktion der Arbeit dem Kunden, d. i. dem Arbeitgeber.

² Ebenso entscheidet Hahn in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 45. Jahrg. S. 218.

³ Vgl. InvVG. § 2 Abs. 2. Land- und forstwirtschaftl. UVG. §§ 1. 33.

⁴ Fiedler, Die Arbeiterfrage auf dem Lande (1895) S. 66.

indem für diese ein niedrigerer Tagelohnsatz gilt, als für die vom Instmann verrichtete Arbeit, während doch „die Tagelöhne der sämtlichen von dem Instmanne gestellten Arbeitskräfte, auch der Scharwerker, ihm zufließen und er seinerseits die von ihm gemieteten Scharwerker in Lohn und Kost zu halten hat¹.“ Im Arbeitsvertrag des Ziegeleibesitzers mit dem Ziegelmeister wird diesem für die von ihm zu leistende, größserenteils durch Gehülfen zu verrichtende Arbeit als Entgelt versprochen Wohnung auf der Ziegelei nebst Mobiliar und Feuerung nicht blofs für den Arbeitnehmer selbst, sondern auch für dessen Gehülfen. Die im Vertrag vereinbarte Vergütung wird hier, soweit sie Naturalvergütung, auf die Gehülfen bezogen, obwohl dieselben nicht Arbeitnehmer des Promittenten der Vergütung sind.

Die S. 104—106 erwähnten besonderen Beziehungen des Arbeitgebers zu den Gehülfen seines Arbeitnehmers setzen kein Arbeitsverhältnis zwischen jenem und diesen voraus und ändern auch nichts an der Thatsache, daß es für das Wesen des Arbeitsvertrags gleichgültig ist, ob die Arbeit vom Arbeitnehmer oder statt seiner von anderen Personen verrichtet wird, die überdies Arbeitnehmer des Arbeitnehmers sein können (vgl. auch S. 67).

XI. Wie der Arbeitnehmer nicht Verrichter der Arbeit oder nicht Verrichter der ganzen Arbeit, so braucht der Arbeitgeber nicht Empfänger der Arbeit oder nicht Empfänger der ganzen Arbeit zu sein. Durch Übereinkunft der Parteien, durch die Natur der Arbeit oder überhaupt durch die Umstände kann bestimmt sein, daß die Arbeit, welche rechtlich dem Arbeitgeber — als dem Gläubiger aus dem Arbeitsvertrag — geleistet wird, thatsächlich (ganz oder zum Teil) einem Dritten zugewandt, von einem Dritten empfangen werde,

¹ Weber in Verhältnisse der Landarbeiter III, 15. Siehe auch S. 27: „Mehrfach wird jetzt der Scharwerker unmittelbar von der Herrschaft abgelohnt, sodafs dem Tagelöhner nur die Beköstigung obliegt, zu welcher er teilweise Zuschüsse erhält.“ Aber „selbst in dem Fall, daß der Lohn dem Hofgänger von der Herrschaft unmittelbar gezahlt wird, steht er selbst in keinem Kontraktverhältnis zu ihr“: S. 771. Daß die Arbeit des Hofgängers als Leistung des Instmannes als des Arbeitnehmers und demgemäfs der Entgelt als diesem geschuldet gilt, zeigt besonders deutlich ein Kontraktsformular aus dem ritterschaftlichen Amt Lübz (Mecklenburg) mit den Worten (a. a. O. S. 739/40): „Sollte es dem Tagelöhner nicht möglich sein, einen Hofgänger zu halten, so fallen an der sub § 2 genannten Ackerkompetenz 8 a 67 qm weg . . . und da die Berechtigung zur Haltung einer Kuh wenigstens zur Hälfte wegen des Hofgängers gewährt wird, so hat der Tagelöhner jede Woche für dieselbe 1,25 Mk. Futtergeld zu bezahlen.“

indem ihre faktischen Wirkungen in der Person, an den Sachen, im Bereich eines Dritten eintreten sollen. Solche Dritte sind z. B. der Theaterbesucher für den Arbeitsvertrag des Theaterdirektors mit dem Opersänger, die Kunden für den Arbeitsvertrag des Barbiers mit dem Barbiergehülfen oder des Schlossermeisters mit dem Gesellen (wenn zu einer Reparatur in der Wohnung des Kunden der Schlosser in Anspruch genommen wird), das Kind für den Arbeitsvertrag des Vaters mit dem Lehrer oder Lehrmeister, der Empfänger des Gutes für den Frachtvertrag des Absenders mit dem Frachtführer. Wo, wie in diesen und zahlreichen anderen Fällen, der Empfänger der Arbeit verschieden ist von dem, dem sie rechtlich geleistet wird, dem Arbeitgeber¹, kommt es auf die Geschäftsfähigkeit des Empfängers für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags nicht an, wie denn der blofse Empfänger der Arbeit keine Partei des Arbeitsvertrags ist, beim Abschluss desselben nicht vertreten wird. Er ist vielmehr nur für den Vollzug des Arbeitsvertrags, nämlich die Arbeit, bedeutend, indem seine faktische Teilnahme zu diesem Vollzug gehört²; und darüber hinaus können noch rechtliche Beziehungen zwischen ihm und den Parteien bestehen oder eintreten. Hier ist zunächst an folgende Unterschiede zu erinnern:

1. Entweder ist der Empfänger selber Arbeitgeber des Arbeitgebers, dieser letztere also sein Arbeitnehmer, der die Arbeit nicht selbst verrichtet, sondern durch denjenigen, der sein Arbeitnehmer ist, verrichten läfst. So ist der Theaterbesucher, der die Arbeit des Mimen empfängt, Arbeitgeber des Theaterdirektors, der Kunde, der die Arbeit des Gehülfen oder Gesellen empfängt, Arbeitgeber des Barbiers, des Schlossermeisters.

2. Oder der Empfänger der Arbeit ist auch Arbeitnehmer und zwar des nämlichen Arbeitgebers, dem die Arbeit geleistet wird. So ist z. B. der Schauspieler, der die Arbeit des Theaterfriseurs oder des Souffleurs empfängt, die diese zwei als Arbeitnehmer des Theaterdirektors leisten, auch seinerseits Arbeitnehmer dieses Direktors; die Fabrikarbeiter, die als Patienten die Arbeit des Fabrikarztes empfangen, sind wie dieser Arbeitnehmer des Fabrikherrn; die Dienstboten, die

¹ Es können natürlich auch Kombinationen vorkommen, indem der Arbeitgeber neben einem Dritten die Arbeit empfängt, z. B. der Gastgeber, der neben seinen Gästen die Arbeit des Kochs und des Aufwärters empfängt.

² Er dürfte *solutionis causa adjectus* heißen wenn seine Teilnahme an der Erfüllung nicht erforderlich wäre, also daß sie auch nicht im Belieben des Schuldners (d. i. des Arbeitnehmers) steht.

die Kocharbeit der „Gesindeköchin“ oder „Leuteköchin“ empfangen, sind, wie diese Köchin, Arbeitnehmer des Gutsherrn¹.

3. Oder der Empfänger der Arbeit ist weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer des Arbeitgebers, dem die Arbeit geleistet wird. Dies findet statt, wenn jemand für sein Kind mit dem Zahnarzt oder dem Privatlehrer, für seine Frau mit der Hebamme oder der Krankenschwester einen Arbeitsvertrag abschließt², und ist gewöhnlich beim Frachtgeschäft der Fall, wo zwischen dem Absender und dem Empfänger des Gutes kein Arbeitsverhältnis zu bestehen pflegt.

Die Teilnahme des Empfängers der Arbeit an der Erfüllung der Arbeitsverbindlichkeit setzt ihn in faktische Verbindung mit dem Arbeitnehmer oder dem Verrichter der Arbeit³. Die Empfangnahme der Arbeit durch den Dritten, der nicht Arbeitgeber hinsichtlich dieser Arbeit ist, hat aber nicht bloß die Bedeutung, daß dadurch die Arbeitsverbindlichkeit erfüllt wird, sondern folgeweise auch, daß der Dritte durch Nichtempfang der Arbeit Annahmeverzug bewirken kann. Der Arbeitgeber oder Gläubiger kann durch das Verhalten des Dritten, der durch den Arbeitsvertrag als Empfänger der Arbeit bestimmt worden ist, in Annahmeverzug versetzt werden; denn es wird die Arbeit dem Arbeitgeber angeboten, indem sie dem Dritten angeboten wird. Daher greifen z. B. die Rechtsfolgen des § 615 BGB. Platz, auch wenn nicht der Dienstberechtigte persönlich die Annahme der Dienste abgelehnt hat, sondern dies vom destinierten Empfänger geschehen ist. Ebenso kann der Besteller eines Werkes in Annahmeverzug geraten mit der Rechtsfolge des § 642, wenn der Empfänger eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterläßt, die, falls der Besteller auch Empfänger wäre, der Besteller vornehmen müßte; diese Handlung gehört zur Teilnahme am Vollzug, die dem Dritten eingeräumt worden ist. — Es besteht ferner für den Unternehmer eines landwirtschaftlichen Betriebes⁴ die gesetzliche Unfall-

¹ z. B. Verhältnisse der Landarbeiter III, 165. 211. 254. 344. 345. 457. 716.

² Wo wie in Offenbach a. M. sog. unentgeltliche Geburtshilfe eingerichtet ist, besteht das rechtliche Arbeitsverhältnis zwischen der Stadtgemeinde und der Hebamme, die für die Entbindung mit 10 Mk. belohnt wird. Die Empfängerin der Arbeit ist weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer.

³ Daher sagt man auch vom Kunden in offenen Verkaufsstellen, der doch nicht Arbeitgeber, sondern Käufer ist, aber die vom Handlungsgehilfen dem Prinzipal geschuldete Arbeit empfängt, daß er „bedient wird“: GewO. § 139^e Abs. 1 und die S. 97¹ im Anf. citierte Bekanntmachung.

⁴ Nach § 1 des land- und forstwirtschaftl. UVG. werden alle in land- oder forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Arbeiter gegen die Folgen von Betriebsunfällen versichert, und zwar nach § 33 durch die Unternehmer

versicherungspflicht gegenüber dem Scharwerker, obwohl ersterer nur Empfänger der Arbeit, welche der Scharwerker dem Instmann zu leisten hat, und nicht Arbeitgeber des Scharwerkers ist. — Ein besonders wichtiger Empfänger der aus Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeit ist der auch so genannte „Empfänger“ beim Frachtvertrag¹; hierher gehört er nur unter der Voraussetzung, daß er nicht mit dem Absender identisch ist². Zwischen ihm und dem Frachtführer, d. i. dem Arbeitnehmer jenes Vertrags, besteht ein Rechtsverhältnis; es beginnt mit der Übernahme des Frachtgutes durch den Frachtführer, welche zum Vollzug der Arbeitsvertrags gehört³.

Auf etwas ähnliches stoßen wir im Gebiet des Mäklervertrags. Wenn der Civilmäkler, d. h. der Mäkler des BGB., den Nachweis (der Kontrahierungsgelegenheit) oder die Vermittlung (des Kontraktsschlusses) bethätigt, so kommt diese Arbeit ebensowohl seinem Arbeitgeber als dem Dritten zu Gute, man kann sie daher beide als Empfänger seiner Arbeit betrachten. Der Dritte wird durch diesen Empfang nicht Arbeitgeber des Mäklers, es wird kein Arbeitsverhältnis unter ihnen begründet. Anders beim Handelsmäkler. Seine Vermittlerthätigkeit, die beiden Parteien zu gute kommt, wird als beiden Parteien geleistete Arbeit behandelt. Wenn er auch nur von einer den Anstoß oder „Auftrag“ erhalten hat, so tritt doch die andere, indem sie sich die Vermittlerarbeit gefallen läßt, sie annimmt, auch ihrerseits zu ihm in ein Arbeitsverhältnis, wird aus bloßem Empfänger der Arbeit zum Arbeitgeber des Handelsmäklers. Denn wie der Handelsmäkler beiden Parteien auskunftspflichtig (HGB. § 101) und schadensersatzpflichtig (HGB. § 98) ist, so sind andererseits beide Parteien zusammen den Entgelt für die Mäklerarbeit zu entrichten schuldig. Haben diese beiden nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, und bestimmt auch der Ortsgebrauch nichts Abweichendes,

jener Betriebe, und „als Unternehmer gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb erfolgt“, auch wenn er nicht der Arbeitgeber des in seinem Betrieb beschäftigten Arbeiters ist. Als in seinem Betrieb beschäftigt hat der Unternehmer denjenigen Arbeiter zu betrachten, dessen Arbeit er empfängt.

¹ HGB. § 426 Nr. 3. §§ 433—437. 440. 442. 446. In § 438 Abs. 4 heißt er „Empfangsberechtigter“. Vgl. S. 97² und Einführungsgesetz zum HGB. Art. 12 Nr. 1.

² „Absender und Empfänger können die nämliche Person sein, ein versetzter Beamter schickt z. B. seine Möbel nach dem neuen Wohnort“: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 87. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 479.

³ Hellwig a. a. O. S. 477. 478 erklärt hiernach den Frachtvertrag für einen Vertrag zu Gunsten Dritter.

so hat jeder Arbeitgeber die Hälfte zu entrichten (HGB. § 99), was der Regel des BGB. § 420 entspricht¹.

XII. Damit, daß eine menschliche Thätigkeit den unter Nr. III erörterten positiven Erfordernissen der Arbeit entspricht, somit Arbeit ist, ist noch nicht entschieden, daß sie den Gegenstand eines Arbeitsvertrags, die Leistung eines Arbeitnehmers, ihre Vereinbarung gegen Entgelt einen Arbeitsvertrag bilden könne. Sie muß vielmehr außerdem gewissen negativen Ansprüchen genügen, von gewissen Mängeln frei sein, nämlich weder rechtswidrig noch moralwidrig sein. Das sind die oben S. 72/3 vorbehaltenen negativen Erfordernisse der Arbeit.

Die Zusage rechts- oder moralwidriger Arbeit ist nicht bindend, eine solche Zusage gegen Entgelt ist kein Arbeitsvertrag oder ein nichtiger Arbeitsvertrag. Wenn es in BGB. § 611 Abs. 2 heißt: „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein“, so ist doch sowohl von vornherein als nach dem Verhalten des BGB. zu dem wider das Gesetz oder die guten Sitten verstößenden Geschäft außer Zweifel, daß von „Diensten jeder Art“ die rechts- wie die moralwidrigen Dienste ausgeschlossen sind. Wenn BGB. § 631 Abs. 2 sagt: „Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache, als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein“: so kann wiederum aus den angedeuteten Gründen nicht zweifelhaft sein, daß ein durch rechts- oder moralwidrige Arbeit herbeizuführender Erfolg nicht den Gegenstand eines Werkvertrags zu bilden vermag.

Betrachten wir zunächst die rechtswidrige Arbeit. Die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrags, in dem eine rechtswidrige Arbeit vereinbart wird, folgt aus BGB. § 134². Denn ein Rechtsgeschäft, in dessen Thatbestand sich die Zusage einer gegen ein gesetzliches Verbot verstößenden Arbeit befindet, ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Zwar ist die Zusage solcher Arbeit nur ein Teil des Arbeitsvertrags, aber nach § 139 ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil desselben nichtig ist, es sei denn anzunehmen, daß das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil würde vorgenommen worden sein. Dieser Vorbehalt kann nicht die Entgeltzusage retten, da der Entgelt gerade für die ungültig zugesagte rechtswidrige Arbeit zugesagt worden ist. Hingegen braucht nicht die

¹ „Schulden mehrere eine teilbare Leistung . . . so ist im Zweifel jeder Schuldner zu einem gleichen Anteile verpflichtet.“

² „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

ganze Arbeitszusage nichtig zu sein; die Nichtigkeit kann auch nur einen Teil jener Zusage treffen¹, und dann braucht nicht der ganze Arbeitsvertrag nichtig zu sein, indem hier leicht die Annahme statthaft ist, der Arbeitsvertrag würde auch ohne den nichtigen Teil der Arbeitszusage abgeschlossen worden sein. In einem solchen Falle wird die Entgeltzusage von der partiellen Nichtigkeit der Arbeitszusage beeinflusst, indem der Umfang des Entgeltes herabgesetzt wird.

Als gegen ein gesetzliches Verbot verstossend und darum rechtswidrig ist nicht blofs diejenige Arbeit anzusehen, die einem Gesetz im staatsrechtlichen Sinn widerstreitet, sondern auch diejenige, welche ein Gebot oder Verbot verletzt, das von einer öffentlichen Gewalt innerhalb ihrer Kompetenz erlassen worden ist, namentlich vom Bundesrat oder von einer Verwaltungsbehörde eines Bundesstaates². Wo Gesetze und dergleichen eine Arbeit, oder, wie es gewöhnlich heifst, eine gewisse Beschäftigung oder Verwendung bestimmter Personen verbieten — indem sie Befehl und Strafsanktion an denjenigen richten, der die Arbeit veranlafst oder zulafst — ist es den Gesetzen blofs um die Hintanhaltung der Thätigkeit, dieses faktischen Vorganges zu thun, während sie auf die privatrechtliche Seite, nämlich dafs die Thätigkeit gegen Entgelt zugesagt und diese Zusage ungültig ist, fast keine Rücksicht nehmen. Eine privatrechtliche Untersuchung wie die vorliegende hat sich dagegen nur um die privatrechtliche Seite zu kümmern, ohne sich darum verhehlen zu müssen, dafs der sie angehende Thatbestand enger ist als der, welchen die Gesetze im Auge haben; diese gelten nämlich auch, wo die Eingehung eines Arbeitsvertrags nicht versucht, z. B. kein Entgelt versprochen worden ist, oder wo ein Arbeitsvertrag mangels gesetzlicher Vertretung der geschäftsunfähigen Partei nicht zustande kommen kann.

Von der nachfolgenden Distinktion der rechtswidrigen Arbeit, die zur Erläuterung der These und zur Gewinnung einer Übersicht unternommen wird, ist selbstverständlich diejenige menschliche Thätigkeit ausgeschlossen, welche gar nicht als Arbeit angesprochen werden kann,

¹ z. B. es ist Arbeit über ein gesetzlich zulässiges Mafs hinaus zugesagt.

² z. B. Polizeiverordnungen zur Einschränkung der gewerblichen Arbeit von Schulkindern in der schulfreien Zeit (wie Austragen von Backwerk, Milch oder Zeitungen, Kegelaufstellen, Aufwarten, Blumenhandel, gewerbliche Produktion) bei Agahd in Archiv für sociale Gesetzgebung XII, 420. 421 und Gewerbegericht V, 68; ferner die Verfügung der anhaltischen Regierung gegen den Mißbrauch von Kindern in der Landwirtschaft bei Agahd l. c. S. 423. Sociale Praxis IX, 278. X, 224. 1199. Hierher auch Landesbehördliche Arbeiterschutzvorschriften, zusammengestellt im Reichsamt des Innern (Berlin 1897):

weil sie schon den positiven Erfordernissen der Arbeit nicht entspricht. Eine menschliche Thätigkeit, die ein rechtlich verpöntes Bedürfnis befriedigt, kann nicht im Gebiet der Arbeit liegen. Darum kann die Tötung eines Menschen, die Körperverletzung, die Sachbeschädigung, der Diebstahl, der Raub, die Freiheitsentziehung, die Beleidigung nicht als Arbeit in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden¹. Durch die Tötung, die der Scharfrichter, die Amputation, die der Arzt, die Niederreißung einer fremden Mauer, die der Bauunternehmer, die Fällung fremder Bäume, die der Waldarbeiter, die Verhaftung, die der Polizeidiener vornimmt, wird unter gewissen Voraussetzungen ein nicht verpöntes Bedürfnis befriedigt, sodafs solche Thätigkeit Arbeit sein kann.

Die allgemein und ohne besondere Voraussetzungen als Arbeit anerkannte Thätigkeit ist rechtswidrige Arbeit und insoweit einem Arbeitsvertrag nicht zugänglich bald mit Rücksicht auf die Personen, von denen und die Zeit, während deren sie vorgenommen wird, bald mit Rücksicht blofs auf die Personen, bald ohne Rücksicht auf Zeit und Personen, somit nur wegen ihres Gegenstandes oder Zweckes. Es lassen sich danach drei Gruppen rechtswidriger Arbeit unterscheiden:

1. Rechtswidrig ohne Rücksicht auf Zeit und Personen ist z. B. die Arbeit der Geschäftsbesorgung, wenn ein rechtswidriges oder moralwidriges Geschäft besorgt werden soll²; ferner die Arbeit, die in der Öffnung eines Zimmerschlusses besteht, wenn sie der Schlosser ohne obrigkeitliche Anweisung oder Genehmigung des Wohnungsinhabers vornimmt (StGB. § 369 Nr. 1), oder des Schreibers, der einem anderen, um Dritte zum Zweck des besseren Fortkommens des anderen zu täuschen, ein falsches Legitimationspapier anfertigt (StGB. § 363), oder des Fuhrmanns, der den Urheber eines Vergehens oder Verbrechens zu Wagen über die Grenze führt (StGB. § 257), oder des Graveurs, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten zum Zwecke eines Münzverbrechens anfertigt (StGB. § 151). Nach dem Auswanderungsgesetz § 23 ist verboten die Beförderung nach ausserdeutschen Ländern „sowie der Abschluß von Verträgen über die Beförderung“ gewisser Personen, wie Wehrpflichtiger, gerichtlich oder

¹ Vgl. Lange, Die Arbeiterfrage, 3. Aufl. S. 302 und Riehl, Die deutsche Arbeit S. 219—22 („Die Gaunerei als negative Arbeit“).

² Soweit Börsenterminhandel unstatthaft ist, kann auch die Besorgung eines Börsentermingeschäftes nicht den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden. Siehe Börsengesetz §§ 50. 51. 66 (was hier „Auftrag“ heifst, braucht kein eigentlicher zu sein: oben S. 35²).

polizeilich Verfolgter, einerlei wer den Vertrag abschließt. Nach § 50 der Eisenbahnverkehrsordnung sind gewisse Gegenstände von der Bahnbeförderung ausgeschlossen, z. B. solche, „deren Beförderung aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist“. Ein Arbeitsvertrag auf Beförderung derselben durch die Eisenbahn ist ungültig. — Soweit der Postzwang reicht¹, ist die Beförderung von Briefen und politischen Zeitungen gegen Bezahlung verboten; hier ist nicht die Arbeit rechtswidrig, sondern der Arbeitsvertrag. Die Arbeit wird rechtswidrig durch ihre Aufnahme in einen Arbeitsvertrag. Da seit dem 1. April 1900 der Betrieb von Anstalten zur gewerbsmäßigen Einsammlung, Beförderung und Verteilung unverschlossener Briefe u. dgl. verboten und strafbar ist, so würde auch ein Arbeitsvertrag ungültig sein, in dem jemand einer solchen Anstalt die Arbeit der Einsammlung, Beförderung oder Verteilung verspricht.

2. Rechtswidrig mit Rücksicht auf die Personen sind zunächst manche von den Arbeiten, durch welche die Gesundheit ihrer Verrichter beeinträchtigt oder gefährdet wird². Das gilt von Kindern (deutschen) unter vierzehn Jahren für den Schiffsdienst auf Seeschiffen³, von Kindern unter 13 Jahren und von schulpflichtigen Kindern über 13 Jahren für Fabrikarbeit, Arbeit in der Kleider- und Wäschekonfektion, in Werkstätten mit Wasserbetrieb und in Werkstätten mit Motorbetrieb, in denen regelmäßig weniger als zehn Arbeiter beschäftigt werden⁴; von Personen, deren gesundheitliche Eignung nicht auf die vorgeschriebene Weise ärztlich bescheinigt oder besonders mangelhaft ist, für gewisse Arbeiten bei der Anfertigung von Phosphorzündhölzern, für Herstellung von Bleifarben und Bleizucker, für Arbeiten in Chromatbetrieben, für Herstellung von Akkumulatoren⁵; von Frauen für die Untertagarbeit in Bergwerken,

¹ Gesetz über das Postwesen (vom 28. Oktober 1871) §§ 1. 2 und Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen (vom 20. Dez. 1899) Art. 2. 3.

² Es ist also nicht schlechthin die der Gesundheit ihres Verrichters schädliche oder für seine Gesundheit oder sein Leben gefährliche Arbeit rechtswidrig ohne Unterschied der Person und der Art der Arbeit.

³ SeemO. § 5 Abs. 2.

⁴ GewO. § 135. Verordnung betr. Ausdehnung der §§ 135—139 und des § 139^b GewO. auf die Werkstätten der Kleider- und Wäschekonfektion (vom 31. Mai 1897) §§ 1. 2. Bekanntmachung betr. die Ausführungsbestimmungen des Bundesrats über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Arbeiterinnen in Werkstätten mit Motorbetrieb (vom 13. Juli 1900). S. ferner Gesetz betr. die Anfertigung von Zündhölzern (vom 13. Mai 1884) §§ 2. 4.

⁵ S. die einschlägigen Bekanntmachungen im Reichsgesetzblatt 1893 S. 209 § 12, S. 213 § 8. 1897 S. 11 § 10. 1898 S. 176 § 16. § 18.

Brüchen, Gruben¹; von Frauen und Kindern unter 14 Jahren für Arbeiten oder gewisse Arbeiten in bestimmten Metall-, Walz- und Hammerwerken, sowie für die Herstellung von Draht in bestimmten Drahtziehereien², endlich von Frauen und von Jugendlichen für gewisse Arbeiten in Rohzuckerfabriken, Zuckerraffinerien, Gummiwarenfabriken, Ziegeleien, Chamottefabriken und Zinkhütten³. — Auf einem anderen als dem sanitären Grunde beruht es, daß Personen, die die bürgerlichen Ehrenrechte nicht besitzen, die Arbeit der Anleitung von Arbeitern unter 18 Jahren oder der Haltung oder Anleitung von Lehrlingen nicht übernehmen können⁴.

3. Rechtswidrig mit Rücksicht auf die Personen und die Zeit sind Arbeiten, indem sie von bestimmten Personen an gewissen Tagen, zu gewissen Tageszeiten, über eine gewisse Dauer hinaus oder unter Nichteinhaltung gewisser Pausen nicht vorgenommen werden dürfen⁵. Dies gilt vornehmlich von gewerblichen Arbeitern für die Sonntagsarbeit: „Zum Arbeiten an Sonn- und Festtagen können die Gewerbetreibenden die Arbeiter nicht verpflichten⁶.“ Es gilt ferner [z. B. von Frauen und Jugendlichen für die Nachtarbeit in Fabriken, Werkstätten der Kleider- und Wäschekonfektion, sowie Werkstätten mit Motorbetrieb oder Wasserbetrieb⁷; und was den zeitlichen Umfang der Arbeit anlangt, von Kindern, jungen Leuten und Frauen für die Fabrikarbeit und die eben erwähnte ihr gleichgestellte⁸, von Gehülfen, Lehrlingen und Arbeitern in offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Kontoren und Lagerräumen, denen nach der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von wenigstens zehn Stunden zu gewähren ist⁹. Hierher gehört auch

¹ GewO. § 154 a. Bekanntmachung in RGBl. 1900 S. 33 § 9. Dazu kommen noch einige landesbehördliche Vorschriften (oben S. 111² a. E.).

² Bekanntmachungen in RGBl. 1892 S. 602 Nr. I, S. 324 Nr. I.

³ Bekanntmachungen in RGBl. 1892 S. 334 Nr. I, 1888 S. 219, 1898 S. 1061 Nr. I, 1900 S. 32 §§ 9. 10. 12.

⁴ GewO. §§ 106. 126. HGB. § 81.

⁵ Da es sich hierbei hauptsächlich um die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit handelt, so wird ausführlicher hiervon in Abschnitt III, Kapitel 2 die Rede sein; obiger Text giebt nur einige Beispiele.

⁶ GewO. § 105 a.

⁷ GewO. §§ 136. 137, Konfektionsverordnung §§ 3. 4. Bekanntmachung vom 13. Juli 1900 (RGBl. S. 566) Nr. 4. 5. 13.

⁸ GewO. §§ 135. 137, cit. Konfektionsverordnung, cit. Bekanntmachung Nr. 3 und 5. Wegen erwachsener männlicher gewerblicher Arbeiter s. z. B. die Bekanntmachung betr. den Betrieb von Bäckereien und Konditoreien vom 4. März 1896.

⁹ GewO. § 139 c.

die Arbeit von Wöchnerinnen, die während vier Wochen nach der Niederkunft schlechthin nicht, in den folgenden zwei Wochen nur mit ärztlicher Zulassung erlaubt ist, wenn es sich um Arbeit in der Fabrik, in der Konfektion oder in Werkstätten mit Motor- oder Wasserbetrieb handelt¹. —

Die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrags, in dem eine moralwidrige Arbeit vereinbart wird, ergibt sich aus BGB. § 138 Abs. 1². Denn ein Rechtsgeschäft, von dessen Thatbestand die Zusage einer gegen die guten Sitten verstößenden Arbeit einen Teil bildet, ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt³. Dafs, obwohl die Zusage der moralwidrigen Arbeit nur einen Teil des Arbeitsvertrags bildet, dennoch dieser ganze Vertrag nichtig ist, erklärt sich ebenso wie beim Arbeitsvertrag, in welchem eine rechtswidrige Arbeit versprochen worden ist: S. 110. Als Beispiel moralwidriger Thätigkeit, deren Zusage gegen Entgelt einen nichtigen Arbeitsvertrag darstellt, kann angeführt werden die lügnerische, d. h. der Überzeugung ihres Urhebers widersprechende Begutachtung, Anpreisung oder Herabsetzung einer gewerblichen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Leistung, des finanziellen Standes eines Unternehmens, einer Mafsregel oder Einrichtung der Politik⁴. Nach dem Beschluss des deutschen Ärztetages von 1896 widerstrebt die Abgabe ärztlicher Gutachten über Handelsartikel, soweit sie der Reklame dient, der Ehre des ärztlichen Standes, selbst wenn das Gutachten nach bestem Wissen abgegeben wird. — Ob die Thätigkeit des Claqueurs und die des Chefs der Claque in die nämliche Reihe gehört, kann zweifelhaft sein. Die Beifallsbezeugung, die unter dem falschen Schein des Spontanen und der inneren Teilnahme erfolgt, mufs wohl als moralwidrige Handlung betrachtet werden. Würde man von diesem Widerspruch von Schein und Wirklichkeit absehen, so müfste der Arbeitsvertrag mit der Claque doch darum für nichtig erklärt werden, weil hier eine Thätigkeit zugesagt wird, die von Moral wegen nicht bindend zugesagt werden kann, da ihr Wesen die

¹ GewO. § 137, cit. Konfektionsverordnung § 4, cit. Bekanntmachung Nr. 5 und 14.

² „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

³ Von der moralwidrigen Unterlassung und Duldung kann hier nicht die Rede sein, da Unterlassung und Duldung nicht Arbeit sein können: S. 73. Die von seiten des Entgeltes unmoralischen Arbeitsverträge gehören in das folgende Kapitel (Nr. XI).

⁴ Des weiteren s. Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896) S. 71 und Anm. 214. Carey, Briefe an die Times (1876) S. 16: „Zeitungskorrespondenten wurden erkaufte.“

volle Freiwilligkeit fordert, oder darum, weil es moralwidrig ist, jene Thätigkeit gegen Entgelt zuzusagen oder auszubedingen¹. Wäre der Vertrag aus einem der beiden letzten Gründe und nicht wegen der Moralwidrigkeit der Arbeit als ungültig anzusehen, so würde er nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören. — Ein weiteres Beispiel liefert die Thätigkeit niederer Polizeiagenten beiderlei Geschlechts, ohne Beamteneigenschaft, die als Vigilanten oder als Lockspitzel Dienste leisten. Soweit sie dabei unter dem Schein der Zugehörigkeit Personen sich zugesellen, über deren Handlungen und Absichten die Polizei informiert zu sein wünscht, um das durch diesen Verkehr in Erfahrung Gebrachte an die Polizei zu verraten, muß ihre Thätigkeit als Vertrauensmißbrauch und Verrat für moralwidrig angesehen werden. Noch mehr gilt dies von den Handlungen des Lockspitzels, der unter dem Schein des Einverständnisses und der Diskretion die Gelegenheit zur Begehung von Delikten macht. Auch die Thätigkeit des Privatdetektivs², insofern sie darin besteht, anderer Leute Vorleben ohne wissenschaftliche Zwecke auszukundschaften, oder ihre Lebensführung zu überwachen, dürfte moralisch anstößig sein. Wenn man nur den Kausalzusammenhang zwischen derlei Beschäftigung und einer Gegenleistung moralisch beanstandet, so würde dieser Vertrag nicht in die vorliegende Reihe gehören, sondern unter Kapitel 3 Nr. XII sub 3.

Wenn, wie im Vorstehenden erörtert wurde, rechts- oder moralwidrige Arbeit nicht Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein kann, so kann sie auch nicht, ohne vereinbart worden zu sein, den Gegenstand nachfolgender Direktion der Arbeit bilden. In Ermangelung ursprünglicher Fixierung des Vollzugs besteht, wie wir unter Nr. IX gesehen haben, ein Spielraum für die Bestimmung des Vollzugs bei seinem Beginn oder in seinem Verlauf. Dieser Spielraum liegt jedoch, wie schon S. 94 bemerkt, innerhalb der Rechts- und Moralschranken³.

¹ Demnach würde der Vertrag über Claquearbeit jeder der drei bei Lotmar a. a. O. S. 68—75 unterschiedenen Formen des unmoralischen Vertrags zugezählt werden können. — Vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht S. 237 Anm. 32.

² Im Gegensatz zu der von Auskunfteien: „gewerbsmäßige Auskunfterteilung über Vermögensverhältnisse oder persönliche Angelegenheiten“. GewO. § 35 Abs. 3.

³ Zu den Rechtsschranken gehört auch das Chikaneverbot des § 226 BGB. Beispiel chikanöser Direktion der Arbeit bei der Rollenzuteilung aus der juristischen Theaterpraxis: Rosenstock, BGB. und Theaterrecht S. 28. 29. Als chikanöse Direktion der Arbeit kann auch zu gelten haben die geflistentliche Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, wo dieser Gelegenheit zur Beschäftigung hat, im Arbeitsverhältnis des Schauspielers die sog. Kaltstellung durch den Direktor.

Es kann daher weder durch Einvernehmen der Parteien, noch durch einseitige Anordnung der einen oder eines Dritten ein Vollzug des Arbeitsvertrags verfügt werden, der wider das Gesetz oder wider die guten Sitten verstößt. Die Anordnung einer Ausführung des Arbeitsvertrags, durch welche ein solcher Verstofs begangen werden würde, ist ungültig, und daher die Weigerung, eine solche Anordnung zu befolgen, gültig, ja solche Weigerung kann rechtlich oder moralisch geboten sein. Es kann demnach z. B. eine Arbeiterin, von welcher durch den Arbeitgeber oder den Werkführer rechtlich unzulässige Überarbeit verlangt wird, sich der Folgeleistung enthalten, ohne eine Verletzung ihrer Vertragspflichten zu begehen¹.

Ein besonders bemerkenswerter Fall wider ein Moralebot verstoßender Arbeit ist diejenige, durch welche eine Koalitionspflicht übertreten wird². Für die Koalitionen der unter die Gewerbeordnung fallenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist die Erfüllung der hier obwaltenden Moralpflichten um so dringender, als diese Koalitionen nicht rechtlich zusammengehalten werden. Das Gewicht dieser Moralpflichten ist über den juristischen Partei- wie über den sozialen Klassengegensatz der Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhaben. Denn zahlreiche Vorkommnisse lehren, daß die auf der Arbeitgeberseite herrschende Moral die Nichterfüllung der mit dem Beitritt zu einer Arbeitgeberkoalition übernommenen Pflichten ebensosehr mißbilligt³, als die Arbeitnehmermoral dem koalierten Arbeiter verbietet, seiner Koalition zu schaden. Das formale Gebot der Erfüllung der Koalitionspflichten ist ein allgemein anerkanntes, nicht einer „partikulären Moral“ angehöriges⁴. Es haben daher koalierte Arbeitgeber gegen einander und koalierte Arbeitnehmer gegen einander die moralische Pflicht, zur Erreichung des Koalitionszweckes — Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen — beizutragen, z. B. durch Aussperrung bzw. durch Streik, selbstverständlich unter der Bedingung, daß der zu Unterstützende nicht etwas Rechtswidriges, z. B. den Bruch eines

¹ Anderes Beispiel: Der Schauspieler „darf die Übernahme von Rollen ablehnen, deren Darstellung ihn zu Verstößen gegen Moral und öffentliche Ordnung nötigen würde“. Opet in Archiv f. civ. Praxis 86, 179 unter b.

² Wegen des Begriffs der Koalition und ihres Verhältnisses zu Recht und Moral s. Lotmar in Brauns Archiv für soz. Gesetzgebung XV, 48—63.

³ Es hat z. B. den „Vorwurf unehrenhaften Handelns“, welcher abtrünnigen Arbeitgebern von ihren Koalitionsgenossen gemacht worden war, ein schöffengerichtliches Urteil für „sachlich begründet“ erklärt: Soziale Praxis IX, 149/50. Vgl. Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs (1898) S. 72. 73.

⁴ Vgl. Knapp, System der Rechtsphilosophie S. 165. 166.

Tarifvertrags, verfolgt. Wie auf der Arbeitgeberseite diese moralisch gebotene Solidarität in der Nichtanstellung von Arbeitern, die durch Koalitionsgenossen ausgesperrt worden sind, so kann sie auf der Arbeitnehmerseite in der Nichtleistung sogenannter Streikarbeit bestehen, d. h. in der Nichtausführung von Arbeiten, die infolge der Arbeitsniederlegung von Koalitionsgenossen deren früherer Arbeitgeber nicht ausführen zu lassen vermag. Wird den stehen gebliebenen Arbeitern eines anderen Betriebes diese Ausführung von ihrem Arbeitgeber zugemutet, so wird damit eine Arbeit von ihnen verlangt, die sie ohne Verletzung einer allgemeinen Moralpflicht nicht leisten können. Die Koalitionsmoral verbietet Handlungen, die den Koalitionsgenossen schädlich sind. Mag immerhin die nämliche Moral dem Arbeitgeber gebieten, den eigenen Genossen zu helfen, indem er die Streikarbeit ausführen läßt, so liegt doch die hierauf gerichtete Anordnung außerhalb der auch von ihm anzuerkennenden Moralschranken; er muß daher den Widerstand seiner Arbeitnehmer gelten lassen. Die Befolgung seiner Direktion kann gültig verweigert werden, es wird damit nicht verweigert, „einer nach dem Arbeitsvertrag obliegenden Pflicht nachzukommen“ (GewO. § 123 Nr. 3), diese Weigerung ist kein Entlassungsgrund¹.

Drittes Kapitel.

Entgelt.

I. Der zweite der beiden wesentlichen Bestandteile, die den Arbeitsvertrag bilden, ist die Vereinbarung des Entgelts oder der Entgeltleistung. Der Entgelt oder die Entgeltleistung ist die dem Arbeitgeber obliegende, von ihm dem Arbeitnehmer zu machende Leistung. Der Name „Entgelt“ für die Entgeltleistung oder ihren Gegenstand kommt in den Gesetzen und im Leben nicht oft vor². Häufiger finden sich andere Bezeichnungen, nämlich Vergütung, Lohn

¹ Anders hat das Reichsgericht entschieden. Das Reichsgericht nimmt aber auf die der Direktion der Arbeit gezogenen Schranken keine Rücksicht, indem es erklärt: „Das Recht kann dem Dienstherrn nicht zumuten, sich der rechtswidrigen Arbeitsweigerung seiner Arbeiter zu fügen.“ Urteil vom 9. November 1900: Gewerbegericht VI, 121. 122. Soziale Praxis X, 417/18. Das Recht kann vielmehr dem Arbeitnehmer nicht zumuten, sich der moralwidrigen Arbeitsanordnung seines Arbeitgebers zu fügen und kann, ohne sich selbst zu untergraben, in der Nichtbefolgung einer solchen Anordnung nicht eine rechtswidrige Arbeitsweigerung erblicken.

² Von den Gesetzen bieten ihn HGB. § 59: „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist

oder Arbeitslohn¹, Gehalt, Provision, Heuer, Fracht, Bezüge, Besoldung, Gebühren, Preis, Geld, Gage, Honorar, Remuneration, Salär, Tantieme. Diese Verschiedenheit der Namen entspricht nicht durchgängig Verschiedenheiten der Entgeltleistung oder des Arbeitsvertrags. So werden z. B. mit Gage, Heuer und Fracht nicht Entgelte verschiedener Art bezeichnet, und Vergütung ist der gesetzliche Name für den Entgelt sowohl beim Dienstvertrag als beim Werkvertrag. Die sprachliche Differenzierung knüpft nur einigermaßen an Unterschiede in der Art des Entgelts² oder in der Art der Berechnung des Entgeltes³, in der Art der entgoltenen Arbeit⁴ oder des Arbeitsvertrages⁵ an. Am indifferentesten sind die Ausdrücke Vergütung und Lohn oder Arbeitslohn, deren wir uns daher vorzugsweise und abwechselnd mit Entgelt bedienen werden, um die Entgeltleistung des Arbeitgebers zu bezeichnen⁶.

(Handlungsgehülfe)“. InvVG. § 3: „Als Lohn oder Gehalt gelten auch Tantiemen und Naturalbezüge . . . Eine Beschäftigung, für welche als Entgelt nur freier Unterhalt gewährt wird . . .“ § 5 Abs. 3: „Personen, welche Unterricht gegen Entgelt erteilen.“ GewO. § 87 Nr. 4. § 100 f Abs. 2. § 100 g Nr. 1: „in landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben gegen Entgelt beschäftigte Handwerker.“ GewO. § 6: „Erziehung von Kindern gegen Entgelt.“ Urheberrechtsgesetz vom 19. Juni 1901 § 27: „die Hörer ohne Entgelt zugelassen werden“ (zur öffentlichen Aufführung eines Musikwerkes). Bekanntmachung betr. die Befreiung vorübergehender Dienstleistungen von der Versicherungspflicht u. s. w. vom 27. Dezember 1899 (RGBl. S. 725) Nr. 1 b. Nr. 4.

¹ In HGB. § 59 wechseln Entgelt und Vergütung, in BGB. § 653 Lohn und Vergütung ab.

² z. B. denkt man bei Heuer und Gage nur an Entgelt, der in Geld besteht.

³ z. B. Provision, Tantieme.

⁴ z. B. Gage für die Arbeit des Bühnenkünstlers, Honorar für die Arbeit des Arztes und in BGB. § 196 Nr. 13 für die der Lehrer, Gebühren für die der Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher nach § 196 Nr. 15. Nach der Art der Arbeit spezialisiert sich der Lohn in Fuhrlohn, Botenlohn (§ 196 Nr. 3), Mäklerlohn (§§ 652—55), Bergelohn, Hilfslohn (HGB. 4. Buch 8. Abschnitt), Schlepplohn (BiSchG. § 104 Abs. 4).

⁵ z. B. Heuer, Fracht.

⁶ Der Name „Vergütung“ kommt im Leben und in den Gesetzen keineswegs nur für die Gegenleistung des Arbeitgebers vor. Er erscheint nicht selten ohne Bezug auf die Arbeit, z. B. BGB. §§ 256. 951 Abs. 1, HGB. §§ 216, 466 Abs. 3, 702 Abs. 2, 705. 710—13. 743. 775. Binnensch.G. §§ 81. 85. Land- und forstwirtschaftl. UVG. § 38 Nr. 9. SeeUVG. § 37 Nr. 8. SeemO. §§ 48. 56. 58. 59 und unten S. 139³. Wo er als Entgelt der Arbeit vorkommt, liegt nicht immer ein Arbeitsverhältnis vor, d. h. ist nicht immer ein Arbeitsvertrag geschlossen. S. z. B. BGB. §§ 1694. 1836. 1987. 2221, Strandungs-

II. Die Vereinbarung des Entgeltes, die zum Arbeitsvertrag gehört, ist in vielen und wohl in den meisten Fällen vom Vollzug dieser Vereinbarung getrennt und demselben vorausgehend. Sie besteht dann darin, daß entweder der Arbeitnehmer sich den Entgelt ausbedingt und der Arbeitgeber die entsprechende Zusage erteilt, oder der Arbeitgeber den Entgelt verspricht und der Arbeitnehmer das Versprechen annimmt. Die Vereinbarung des Entgelts braucht jedoch nicht von ihrem Vollzug getrennt zu sein. Die Entgeltzusage kann (wie die Arbeitszusage: S. 70) mit ihrem Vollzug zusammenfallen, in ihrem Vollzug liegen. Hier kommt die Vereinbarung des Entgeltes durch die Entgeltleistung zu stande. Diese Koincidenz von Zusage und Vollzug findet statt, wo die Entgeltleistung als wirklicher Vollzug zu betrachten wäre, wenn ihr eine Zusage vorausgegangen wäre. In Wirklichkeit liegt keine Zusage vor, da aber die Entgeltleistung unter den obwaltenden Umständen als anticipierter Vollzug erscheint, so enthält sie zugleich das logische Prius ihrer selbst, die Zusage. Wer z. B. an der Kasse wortlos den Eintrittspreis entrichtet für eine ihm zu gewährende musikalische oder mimische Leistung, schließt damit auch in Ansehung des Entgeltes einen Arbeitsvertrag, obwohl er nicht erst den Entgelt vereinbart oder zusagt. Ebenso wer ein Fahrzeug, z. B. eine Fähre betritt und dabei den Fahrpreis zahlt. Da seine Zahlung sich als Vollzug einer Entgeltzusage darstellt, einem solchen gleichkommt, ihn zu realisieren scheint, so darf solche Zusage als durch den Vollzug absorbierter Bestandteil des Arbeitsvertrags vorausgesetzt werden.

Die Entgeltleistung stellt sich als Vollzug der Entgeltzusage stets dann dar, wenn sie einer vorausgehenden (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Ausbedingung des Entgelts durch den Arbeitnehmer entspricht. Ist sie von anderer Art oder von anderem Umfang, als die vom Arbeitnehmer ausbedingene, so kommt der Arbeitsvertrag in Hinsicht auf die Entgeltvereinbarung nur zu stande, wenn der Arbeitnehmer die ihm gemachte Entgeltleistung vorbehaltlos annimmt: er acceptiert dann die ihm gemachte Entgeltofferte. Das nämliche ist zu sagen, wenn der Entgeltleistung keinerlei Ausbedingung durch den Arbeitnehmer vorangegangen ist. Auch hier wirkt die Entgeltleistung als Entgeltzusage, d. h. als Teil der Entgeltvereinbarung nur unter der Bedingung, daß der Arbeitnehmer die Entgeltleistung vorbehaltlos

ordnung §§ 4. 5. 10, Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 165, HGB. § 194 Abs. 2, § 216, Genossenschaftsgesetz § 60, BauUVG. § 27 Abs. 4, Land- und forstwirtschaftl. UVG. § 110 Abs. 2, Hypothekenbankgesetz § 4 Abs. 2, § 34 vgl. § 29 Abs. 2.

annimmt: damit acceptiert er die ihm gemachte Entgeltofferte, wodurch die Vereinbarung des Entgelts perficiert wird.

III. Die zum Arbeitsvertrag gehörige Vereinbarung des Entgeltes kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Unter ausdrücklicher Vereinbarung wird hier diejenige verstanden, welche mittelst der Sprache oder anderer dieser gleichstehender gebräuchlicher Erklärungsmittel geschieht. Die auf diese Weise erfolgende Vereinbarung ist eine ausdrückliche ohne Unterschied, ob beide Parteien sich der Sprache bedienen oder nur die eine. Die Vereinbarung ist daher eine ausdrückliche, wenn auf die wörtliche Ausbedingung des Entgeltes durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber durch Entrichtung des Entgeltes (welche nach Nr. II dessen Zusage involviert) eingeht¹. Wird hingegen die Entgeltleistung ohne solche Ausbedingung gemacht und vom Arbeitnehmer angenommen, so erfolgt die Vereinbarung des Entgeltes nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend.

Stillschweigende Vereinbarung des Entgeltes ist außerdem da gegeben, wo diese Vereinbarung aus den Umständen folgt, aus den Umständen nämlich, unter denen die Vereinbarung der Arbeit vor sich geht. Wo keinerlei Vereinbarung von Arbeit vorliegt, kann nicht von stillschweigender Entgeltvereinbarung die Rede sein. Man kann daher als Umstände, aus denen sich die Vereinbarung des Entgeltes ergibt, anführen:

1. die Vereinbarung der Arbeit und
2. Umstände, welche erkennen lassen, daß die Arbeit gegen Entgelt geleistet werden soll.

ad 1. Die Vereinbarung der Arbeit muß unter denjenigen Personen geschehen, unter welchen die stillschweigende Vereinbarung des Entgeltes erfolgen soll. Es ist aber einerlei, ob die Arbeitsvereinbarung eine wirkliche, nämlich vom Vollzug getrennte, oder ob sie eine im Vollzug eingeschlossene ist (indem die Arbeit ausbedungen und geleistet, oder nur geleistet und angenommen wird: S. 69—71). Ohne Arbeitsvereinbarung sind die Umstände nicht gegeben, aus denen eine Entgeltvereinbarung folgt. Wer spontan ein Geschäft für einen anderen be-

¹ Ebenso ist die Vereinbarung des Entgeltes eine ausdrückliche bei dem Automaten, den Biermann in Iherings Jahrbüchern Bd. 32 S. 293 beschreibt: „Der Apparat ist mit einer Kurbel versehen; dadurch, daß an der Kurbel gedreht wird, wird irgend eine Arbeit verrichtet, nach einer gewissen Anzahl von Drehungen fällt ein Geldstück aus dem Automaten heraus.“ Der Apparat muß mit einer Legende versehen sein, durch welche die Vergütung wörtlich zugesichert wird.

sorgt, oder sonst ohne Abrede eine Arbeit einem anderen leistet, kann dafür vom andern keinen Entgelt als stillschweigend vereinbarten beanspruchen, auch wenn er solchen Entgelt zu bekommen sich versprochen, d. h. erwartet hat, und ebenso Dritte, die ihn haben arbeiten sehen, die Erwartung gehegt haben, seine Arbeit werde durch den andern entgolten werden. Wer auf eigene Faust eine Sache, die er von einem andern verloren weiß, sucht und findet, hat nicht einen Arbeitsvertrag, insbesondere einen Dienst- oder einen Werkvertrag geschlossen. Man kann nicht sagen, die Vergütung gelte als stillschweigend vereinbart, da die Dienstleistung oder Werkleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Vielmehr ist der dem Finder gegen den „Empfangsberechtigten“ zustehende Anspruch auf Finderlohn (BGB. § 971) ein dem Finder vom Gesetz verliehener. Dieser Finderlohn ist kein stillschweigend vereinbarter: denn der Empfangsberechtigte ist zu seiner Entrichtung verpflichtet, auch wenn er nicht geschäftsfähig ist, und auch wenn er die Entrichtung im voraus ausdrücklich abgelehnt hat. Der gemeine oder sonstige Geschäftsführer (*negotiorum gestor*) dagegen hat keinen gesetzlichen Vergütungsanspruch und bringt auch keine Entgeltvereinbarung zu stande, und dies darum nicht, weil es schon an der Vereinbarung der Arbeit fehlt. „Wer ein Geschäft für einen andern besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein“ — so definiert BGB. § 677 den *negotiorum gestor* — kann zwar Ersatz seiner Aufwendungen, nicht aber Vergütung (Arbeitslohn) verlangen¹.

¹ Nach Dernburg, Bürgerliches Recht II § 303 sub II „ist schlechthin als Aufwendung die Leistung von Diensten anzusehen, welche der Geschäftsführer nur gegen Vergütung zu leisten pflegt“, und darum der Geschäftsführer berechtigt, die übliche Vergütung zu fordern. Allein damit wird, von anderem abgesehen, der Ersatz von Aufwendungen mit der Vergütung vermengt (unten Nr. VI), und fälschlich die Arbeit, die einer verrichtet, für einen durch ihn gemachten Vermögensaufwand erklärt (oben Kapitel 2 Nr. VI). „Das Gesetz“, räumt Dernburg ein, „hat dies freilich ausdrücklich nicht bestimmt“: wir fügen bei, auch nicht stillschweigend. Wie Dernburg giebt I say, Geschäftsführung S. 145—48 (vgl. hier oben S. 85¹) dem Geschäftsführer wegen seiner berufsmäßigen Arbeit Anspruch auf Vergütung als Ersatz für „Verwendungen“. „Es wäre auch“, bemerkt er, „im hohen Grade unbillig, wenn der arme Flickschuster, der die Stiefel besohlt hat, sofern die Bestellung etwa wegen Willensmangels nichtig war, umsonst gearbeitet haben sollte.“ Allein in diesem Falle greift die Verpflichtung zur Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung Platz: BGB. § 812 Abs. 1, § 818 Abs. 2 (oben S. 82³). Auch Meyer, Recht der Beschlagnahme (1900) S. 24 spricht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag von Leistungen, „für welche Vergütung zu beanspruchen ist“ und

Anders im Gebiet des Handelsrechts. „Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern“: HGB. § 354. Das Gesetz gewährt den Entgelt, auch wenn keine auf die Geschäftsbesorgung oder die Dienstleistung, insbesondere die Aufbewahrung gerichtete Zusage gemacht und angenommen worden ist; die Entgeltforderung ist begründet, auch wenn es sich nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um eine negotiorum gestio handelt¹. Sie ist begründet, auch wenn derjenige, welchem die Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung erwiesen wird, weder erkannte, noch erkennen mußte, daß ihm jene Arbeit geleistet werde. Das Gesetz weiß nichts von „stillschweigend eingegangener Verpflichtung“². Es kann nicht auf eine solche abstellen, weil es den Provisionsanspruch zwar nicht unabdingbar, aber schlechthin gewährt, nämlich auch wenn der „andere“ aus Mangel an Geschäftsfähigkeit sich zu verpflichten außer stande war. Demgemäß erklärt das Gesetz auch nicht, die Vergütung gelte als vereinbart (was, wie hiernächst vorkommt, das BGB. thut). Das nämliche ist zu sagen von den Ansprüchen auf Bergelohn und auf Hilfslohn, welche in der See- und in der Binnenschifffahrt durch das Bergen oder Retten von Schiff oder Ladung hervorgerufen werden³. Diese Ansprüche sind

unterwirft diese angebliche Vergütung dem § 1 des Beschlagnahmegesetzes, was dem Sinn des § 1 augenscheinlich widerspricht (oben S. 60¹). — S. auch unten S. 128¹.

¹ Abweichend, wie es scheint, Cosack, Handelsrecht § 26, III, 1 („paßt nur für vertragsmäßige Rechtsverhältnisse“); dagegen Düringer und Hachenburg zu HGB. § 354 Note III, 2, a, bb und b, aa. — Nach Staub, Kommentar zu HGB. § 354 Anm. 6 „fällt der Anspruch fort, wenn die Dienste nach der Verkehrssitte nicht vergütet zu werden pflegen. Alsdann greifen die §§ 153, 157 und 242 BGB. ein und beseitigen den gesetzlichen Anspruch auf Vergütung“. Von diesen Paragraphen paßt keiner auf den gesetzten Fall, insbesondere handelt es sich gar nicht um Auslegung eines Vertrags, da keiner gegeben zu sein braucht, und kann die Frage, ob jemand Vergütung schuldig sei, nicht aus einer Vorschrift beantwortet werden, welche bestimmt, auf welche Weise der Schuldner die Leistung zu bewirken habe. Daß der Kaufmann keine Vergütung für Heiratsvermittlung ansprechen kann (Staub Anm. 7), kommt nur daher, daß diese Vermittlung nicht in Ausübung eines Handelsgewerbes vorkommen kann, nicht einmal als „Hilfs- oder Nebengeschäft“ (Staub zu § 343 Anm. 11).

² Anders das Reichsgericht in Seuffert, Archiv Bd. 56 S. 144.

³ HGB. § 740 ff. BiSchG. § 93 ff. Danach bestimmt Burchard, Bergung und Hilfeleistung in Seenot (1897) S. 179 den „Hauptunterschied“ gegenüber der negotiorum gestio zutreffend dahin, daß bei dieser „lediglich ein gesetz-

begründet, auch wo keine Vereinbarung der Arbeit angenommen werden kann, und das Gesetz erklärt sie auch nicht als durch Vereinbarung begründete¹.

Der Regel (S. 121) folgen hingegen die Vergütungen, welche das BGB. in §§ 612. 632. 653. 689 bei Ordnung einiger Arbeitsverträge, nämlich des Dienstvertrags, des Werkvertrags, des Mäklervertrags und des entgeltlichen Verwahrungsvertrags², als stillschweigend vereinbarte hinstellt: „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung (§ 632: „wenn die Herstellung des Werkes“; § 653: „wenn die dem Mäkler übertragene Leistung“; § 689: „wenn die Aufbewahrung“) den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“³.

Die unter Umständen als stillschweigend vereinbart anzusehende Vergütung soll nur einem Arbeitnehmer, d. h. nur auf Grund eines Arbeitsvertrags zustehen. Die Annahme der Entgeltvereinbarung ist daher nur da statthaft, wo der übrige Thatbestand des Arbeitsvertrags gegeben ist. Der Anspruch auf Vergütung setzt Vereinbarung der Arbeit voraus. Dies ergibt sich für alle vier Fälle aus der Titelstellung der vier Vorschriften. Insbesondere für den des § 653 folgt es daraus, daß von dem Mäkler übertragener Leistung die Rede ist, was ein Zuthun des Arbeitgebers einschließt, und für den des § 689 daraus, daß es sich bei der dortigen Aufbewahrung um eine vom Hinterleger übergebene Sache handelt, wodurch eine Mitwirkung des Arbeitgebers ausgedrückt ist. In den §§ 612. 632 findet sich zwar ein solcher besonderer Anhalt nicht. Gleichwohl ist die Annahme ausgeschlossen, daß, wer einem andern Dienste leistet oder ein Werk herstellt, dafür eine Vergütung ansprechen könne, so-

licher Anspruch auf Erstattung des gehaltenen Aufwandes besteht, während bei der Bergung ein den Aufwand in der Regel in sich schließender Lohnanspruch besteht“.

¹ S. ferner Strandungsordnung §§ 4. 10.

² Daß dieselben Arbeitsverträge sind, soll in Kapitel 7 dargethan werden. Hierher gehört ferner Gesetz über das Verlagsrecht § 22 Abs. 1, wenn ein qualifizierter Verlagsvertrag vorliegt (Kap. 7 Nr. VIII), in welchem der Verfasser die Herstellung des zu verlegenden Werkes zusagt.

³ Das Gesetz sagt: „Die Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart.“ Das ist pleonastisch ausgedrückt. Das Gesetz hätte sagen sollen entweder: „Die Vergütung gilt als vereinbart“, oder: „Die Vergütung ist stillschweigend vereinbart.“ Wenn nämlich die Vergütung unter Umständen als vereinbart gelten soll, so ist es (für die Rechtsfolgen, also überhaupt) einerlei, ob sie als ausdrücklich oder als stillschweigend vereinbarte gilt — wie dem auch in den Absätzen 2 der §§ 612. 632. 653 das „stillschweigend“ fortgeblieben ist. Vgl. Lotmar in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung VIII, 21.

bald man sich blofs entgeltlicher Arbeit zu ihm versehen durfte, auch wenn kein Konsens über die Arbeit stattgefunden hat. Damit wäre nämlich die Rechtsordnung von HGB. § 354 überboten — indem hier der Dienst wenigstens in Ausübung eines Handelsgewerbes geleistet sein muß. Diesem Ergebnis ist jedoch im Gesetz vorgebeugt. Eine stillschweigende Entgeltvereinbarung setzt für den Dienst- und für den Werkvertrag, wie für den Mäkler- und den Verwahrungsvertrag ein positives Verhalten einer Person als Dienstberechtigten oder Bestellers voraus. Dafs jemandem ein Dienst geleistet oder ein Werk hergestellt worden ist, reicht nicht hin zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses und damit einer Vergütungspflicht¹. Die stillschweigende Entgeltvereinbarung wird nicht angenommen, wo keine, sei es ausdrückliche, sei es stillschweigende Arbeitsvereinbarung gegeben ist. Wer aber eine von ihm nicht ausbedungene Arbeit sich gefallen läßt und sich ihrer Vorteile nicht begiebt, wo dies möglich ist, nimmt die Arbeit entgegen, thut damit das Seinige, die Arbeit zu einer vereinbarten zu machen (S. 70/71), wodurch dem ersten Erfordernis stillschweigender Entgeltvereinbarung entsprochen wird.

ad 2. Nach dem Gesetz sind Umstände erforderlich, nach welchen die Arbeit „nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“. Solche Umstände sind nicht schon mit vereinbarter Arbeit gegeben, da vereinbarte Arbeit auch unentgeltlich geleistet werden kann, so dafs sie auch als unentgeltliche erwartet werden kann. Als unentgeltliche ist sie zu erwarten einmal wegen der faktischen Beziehungen der Beteiligten, kraft welcher der eine dem andern durch die Arbeit eine Gefälligkeit oder eine Freigebigkeit erweisen oder eine moralische Verwandtenpflicht erfüllen will. Als unentgeltliche ist die Arbeit ferner zu erwarten wegen der rechtlichen Beziehungen der Beteiligten, indem der eine als Ehegatte oder Kind des andern gesetzlich verpflichtet ist, dem andern auch ohne Entgelt Arbeit zu leisten.

Hingegen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist den Umständen nach die vereinbarte Arbeit: a) wo sie auch ohne vereinbart zu sein, vom Gesetz mit Vergütung bedacht ist, wie die in HGB. § 354 erwähnten Arbeiten und die Arbeiten des Bergens oder

¹ Vgl. Planck, Kommentar zu BGB. § 652: „Das blofse Dulden der Vermittelung ist aber nicht als Vertragsabschluss anzusehen.“ Dernburg, Bürgerliches Recht II § 304: „Vergütung gilt als bedungen, wenn Dienste geleistet und angenommen werden.“ Daher kommt es in den Fällen des BGB. § 612. 632. 653. 689 auf die Geschäftsfähigkeit des Entgeltschuldners an, während diese im Fall des HGB. § 354 gleichgültig ist.

Rettens in der Schifffahrt: oben S. 123; b) wo die vorhin erwähnten persönlichen Beziehungen der Beteiligten fehlen, die Arbeit eine solche ist, wie sie der Arbeitnehmer (oder seinesgleichen) auch sonst gegen Entgelt zu leisten pflegt, und im gegebenen Fall kein Grund für Abweichung von dieser Gewohnheit ersichtlich ist. Diese für die Entgeltlichkeit der vereinbarten Arbeit sprechenden Umstände finden sich unzählige Mal zusammen vor, und zahllos sind die Arbeitsverträge, die täglich so geschlossen werden, daß der Entgelt für die vereinbarte Arbeit stillschweigend vereinbart wird, indem wegen jener Umstände die Arbeit nicht als unentgeltliche erwartet werden kann. Wenn jemand sich von einem öffentlichen Fuhrwerk (Droschke, Straßenbahn) befördern läßt, einem Dienstmann Gepäck zu tragen giebt, bei einem Stellenvermittler die Zusendung eines Dienstboten bestellt, einen Schlosser zu einer Reparatur holen läßt, mit einem Lehrer die Erteilung von Unterricht verabredet, ein Inserat aufgiebt, einen Arzt in dessen Sprechstunde konsultiert oder ins Haus ruft, sich auf einem Bau vom Parlier zum Steintragen anstellen läßt, einem Schreiber ein Manuskript zum Kopieren, einem Schuster Stiefel zum Sohlen, einem Holzhacker einen Holzhaufen zum Spalten, einem Spediteur Möbel zur Beförderung, dem Garderobier im Theater Überkleider zur Aufbewahrung übergiebt: so wird in allen diesen Fällen nicht bloß Arbeit vereinbart, sondern auch stillschweigend Entgelt vereinbart¹; denn es bestehen nicht persönliche Beziehungen unter den Parteien, die unentgeltliche Arbeit erwarten lassen, die Arbeit ist keine andere, als der Arbeitnehmer gegen Entgelt zu leisten pflegt, und ein Grund, von dieser Gewohnheit abzuweichen, ist nicht gegeben. Wenn man diese Voraussetzungen überschreitet, läßt sich nicht mehr sagen, daß die Arbeit nur gegen Entgelt zu erwarten ist, d. h. dafür Entgelt erwartet werden muß².

¹ Wer dagegen jemanden als „Tagelöhner“, „Kellner“, „Knecht“, „Kommis“, „Gesellen“ anstellt, vereinbart im Gebrauch dieser Worte nicht stillschweigend, sondern ausdrücklich Entgelt, wie der, welcher einen „Volontär“ annimmt, damit ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart.

² z. B. mit einem praktischen Arzt wird die Abhaltung eines medizinischen Vortrags vereinbart, oder mit nach CPO. §§ 813. 814 zuzuziehenden Sachverständigen eine Abschätzung. Den letzteren „kann“ nach Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher § 16 „eine Vergütung nach dem ortsüblichen Preise einer solchen Leistung gewährt werden“, stillschweigend vereinbart ist sie nicht, wenn der Landwirt oder der Direktor eines „Kostbarkeiten“ enthaltenden Museums die im gegebenen Fall vereinbarte Arbeit der Begutachtung oder Schätzung nicht gegen Entgelt zu leisten pflegt. Wenn Fabrikarbeiter nach dem Ausbruch eines Fabrikbrandes auf die Aufforderung

Durch diese Ausdrucksweise — „nur gegen Entgelt zu erwarten ist“ — bestimmt das Gesetz, daß die wirkliche Erwartung, d. h. ein gewisser psychischer Vorgang bei den Parteien weder erforderlich, noch genügend ist. Daß also der Arbeitnehmer nach den Umständen eine Vergütung erwartet hat, reicht nicht hin für den Thatbestand stillschweigender Vereinbarung der Vergütung; und daß der Arbeitgeber nach den Umständen nicht erwartet hat, die Arbeit werde gegen Entgelt geleistet oder geleistet werden, steht stillschweigender Vereinbarung der Vergütung nicht im Wege. Es kommt nur darauf an, daß nach den angegebenen objektiven Voraussetzungen erwartet werden mußte, die Arbeit erfolge als zu entgeltende¹. Daß eine oder die andere Partei, oder jede die Umstände verkannt, d. h. einen falschen Schluss aus denselben gezogen und danach ihre Absicht bestimmt hat, ist ohne Einfluss auf die vom dritten Beurteiler zu machende Schlussfolgerung. Es kann daher dazu kommen, daß wer die Arbeit zusagte oder leistete, wider Erwarten keine Vergütung oder eine Vergütung anzusprechen hat, und daß wer die Arbeit ausbedang oder empfing, wider Erwarten keine Vergütung oder eine Vergütung zu entrichten hat². Außerdem kommt hundertfältig vor, was aber für den Arbeitsvertrag gleichgültig ist, daß der Arbeitnehmer (z. B. Arzt, Rechtsanwalt) eine den Umständen nach zu erwartende Vergütung nicht erwartet und auch nicht beansprucht³.

Man kann hier die Frage aufwerfen, warum das BGB. wiederholt nur die stillschweigende Vereinbarung der Vergütung, warum es nicht auch die stillschweigende Vereinbarung der Arbeit regelt. Hierauf ist zu erwidern, daß es die stillschweigende Vereinbarung der Vergütung nicht allgemein regelt, nicht erklärt, solche Vereinbarung sei nicht auch sonst anzunehmen (vgl. S. 121), sondern nur einen komplizierten Fall ordnet. Die stillschweigende Vereinbarung der Arbeit ist stets etwas Einfaches, Selbständiges, nämlich vom Entgelt Unabhängiges, das daher keiner besonderen Regelung bedarf. Dagegen eine stillschweigende Vereinbarung des Entgelttes, die durch die Umstände der Arbeit bedingt ist, ist ein ziemlich komplizierter That-

des Fabrikanten bei Löschung des Feuers und Rettung der Vorräte helfen, so ist damit nicht stillschweigend Vergütung vereinbart.

¹ Man kann die Voraussetzungen als Verkehrssitte bezeichnen, vgl. BGB. § 151 („nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist“).

² Vgl. Lotmar in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung VIII, 21 und Thalberg, Der Dienstvertrag nach schweiz. Obligationenrecht (1899) S. 70. 71.

³ z. B. Jahresbericht des Münchener Arbeitersekretariates für 1899 S. 21.

bestand, dessen gesetzliche Definition und Anerkennung wünschenswert ist¹.

IV. Wenn keinerlei Vereinbarung über den Entgelt der Arbeit gegeben ist, auch nicht die zuletzt besprochene aus den Umständen folgende, so ist kein Arbeitsvertrag zu stande gekommen, weil die Vereinbarung des Entgeltes den einen der zwei wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrages ausmacht. Als was die Vereinbarung von Arbeit ohne Vereinbarung von Entgelt juristisch aufzufassen sei, braucht als aufser unserer Aufgabe liegend hier nicht verfolgt zu werden. Nur das sei im Vorbeigehen hervorgehoben, daß eine solche Arbeitsvereinbarung weder eine Schenkung noch ein Auftrag zu sein braucht. Sie kann keine Schenkung sein, falls die Arbeit hauptsächlich von dem verrichtet werden soll, dem sie nach der Vereinbarung obliegt; denn dann kommt die Vermögenszuwendung, die er durch die Arbeit macht, nicht aus seinem Vermögen, was nach BGB. § 516 zur Schenkung gehört (S. 87²). Sie kann ferner kein Auftrag sein, falls die vereinbarte Arbeit nicht in der Besorgung eines Geschäftes besteht, das der eine Teil dem andern übertragen hat, und dieser für jenen besorgen soll. Denn so muß nach BGB. § 662 die Arbeit beschaffen sein, wenn ein Auftragsvertrag vorliegen soll. Von dieser Art von Arbeit wird im Kapitel 7, IV die Rede sein. Indem der Auftragsvertrag eine besonders beschaffene Arbeit erfordert, ist es ausgeschlossen, daß eine beliebige Arbeitsvereinbarung schon darum, weil sie der Entgeltvereinbarung ermangelt und danach auf unentgeltliche Arbeit geht, als Auftrag angesprochen werde². Daß die Gesetze diejenige Vereinbarung von unentgeltlicher Arbeit, welche nicht ein Auftrag ist,

¹ Besonders gegenüber dem Schwanken der Praxis, welches beleuchtet Hartmann in Archiv für civ. Praxis Bd. 72, 239—51. Das römische Recht kannte nicht einen Arbeitsvertrag mit stillschweigender Entgeltvereinbarung. Es liefs auch erst verhältnismäßig spät das novum negotium zu, daß die Parteien die Arbeit vereinbarten und den Entgelt nachträglicher Übereinkunft vorbehielten: 22 D. 19, 5. Die nunmehrige Ordnung des BGB. befriedigt ein bedeutendes Rechtsbedürfnis, während ehemals die Lücke dadurch ausgefüllt wurde, daß man fälschlich dem negotiorum gestor einen Vergütungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der Impensen gewährte, s. z. B. Seufferts Archiv Bd. 46 Nr. 186 und Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 138. Diese auch gegenüber der Geschäftsführung ohne Auftrag des BGB. nicht zutreffende Ansicht hat, wie wir S. 122¹ sahen, Vertretung gefunden.

² In diesem wichtigen Punkte unterscheidet sich das mandatum der Römer vom Auftrag des BGB. Wegen des römischen Rechts s. 13 I 3, 26, 1 § 18. 5 p D. 14, 1. 1 § 4 D. 17, 1. 13 § 1. 22 D. 19, 5. Gai, III, 162,

ungeregelt gelassen haben¹, ist durch die Seltenheit des Vorkommnisses gerechtfertigt.

Wenn keinerlei Vereinbarung über den Entgelt der Arbeit gegeben ist, so kann natürlich auch nicht Art, Umfang, Zeit oder eine andere Modalität des Entgeltes vereinbart sein. Wenn hingegen Entgelt vereinbart ist, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, so brauchen nicht auch Art, Gröfse und sonstige Bestimmungen des Entgeltes vereinbart zu sein — abgesehen natürlich von dem Fall, daß die Vereinbarung in ihrem Vollzuge liegt (oben S. 120—21), da ja die wirklich erfolgende Leistung stets den höchsten Grad von Bestimmtheit besitzt. Daß der irgendwie vereinbarte Entgelt in einer und der andern Hinsicht unbestimmt gelassen worden ist, thut der Gültigkeit des Arbeitsvertrags keinen Abbruch, wie ja auch die Arbeit im Arbeitsvertrag mehr oder weniger unbestimmt geblieben sein kann: oben S. 94 fg.

Auch von den Parteien vereinbarte Bestimmungen des Entgelts können in der Genauigkeit seiner Begrenzung hinter der Bestimmtheit zurückbleiben, die die wirkliche Leistung annimmt. So läßt die Vereinbarung von Naturalvergütung in Gestalt von freier Station dem Arbeitgeber einen gewissen Spielraum im Gegensatz zu der Geldvergütung, und die Zusicherung einer Provisjon oder einer Tantieme bestimmt den Umfang der Vergütung möglicherweise nur relativ, macht seine absolute Gröfse von Umständen abhängig, die im Unwissen sind.

Bestimmungen des Entgelts, die von den Parteien des Arbeitsvertrags nicht vereinbart worden sind, können von einer Partei oder von einem Dritten einseitig getroffen werden, oder sie können ohne Erklärung einer dieser Personen Platz greifen.

Auf die beiden ersten Fälle beziehen sich allgemeine Vorschriften des BGB., die nicht den Arbeitsvertrag im besonderen, sondern den Schuldvertrag überhaupt im Auge haben: §§ 315—319. Sie gelten danach auch vom Arbeitsvertrag, aber in verschiedenem Grade. Die Gesetze enthalten nämlich außerdem für mehrere Typen des Arbeitsvertrags Regeln über die Entgeltbestimmung. Hiernach ist das Verhältnis jener allgemeinen Vorschriften des BGB. zu einander und ihr Verhältnis zu diesen Specialregeln zu unterscheiden.

Betrachten wir zunächst das interne Verhältnis. Hier hat BGB. § 316 voranzustehen². Auf den Entgelt beim Arbeitsvertrag angewandt,

¹ So auch Isay, Geschäftsführung S. 46 Anm. 5.

² „Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.“ Vgl. S. 93¹.

besagt diese Vorschrift, daß, wenn sein Umfang im Arbeitsvertrag unbestimmt geblieben ist, die Bestimmung desselben im Zweifel dem Arbeitnehmer zusteht. Soll sie dagegen dem Arbeitgeber oder einem Dritten zustehen, so müssen die Dispositionen oder die begleitenden Umstände keinen Zweifel darüber lassen, daß dies von den Parteien gewollt ist. Wie es zu halten, wenn die Bestimmung einem Dritten überlassen worden ist, wird durch die §§ 317—319 geordnet, und wie es zu halten, wenn die Bestimmung dem Arbeitgeber eingeräumt worden ist, ergibt sich aus § 315¹. Derselbe § 315 ist auch für den erstgenannten Regelfall des § 316 maßgebend. Denn jener § 316 verfügt nur, wer im Zweifel den Umfang des Entgelts bestimmen kann, nicht wie dies zu erfolgen hat. Dieses Wie kann sich nach § 315 richten, denn „der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung“ (§ 316) ist, da die Gegenleistung eine Leistung ist, auch Umfang einer Leistung, wird darum von § 315 betroffen. Zwar hat § 315 ein durch Privatdisposition, § 316 ein durch das Gesetz bezeichnetes Subjekt der Bestimmung im Auge, allein es ist höchst wahrscheinlich, daß vom Wie der Bestimmung für beiderlei Subjekt das Nämliche gilt, namentlich daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist².

Außer den im vorstehenden erwähnten von den Schuldverträgen überhaupt geltenden Regeln über Bestimmung des Entgelts, der im Arbeitsvertrag unbestimmt geblieben ist, enthalten die Gesetze solche Regeln für eine Reihe von Typen des Arbeitsvertrags. Durch diese letzteren werden Entgeltbestimmungen der S. 129 al. 3 aufgezählten dritten Art geliefert. Sie werden nicht erst von einer Partei oder von einem Dritten für den gegebenen Arbeitsvertrag getroffen, sondern gehören einer schon vorher bestehenden Ordnung an, treten für den gegebenen Arbeitsvertrag nur in Kraft. Wie verhalten sich zu diesen Specialregeln die vorerwähnten allgemeinen, und welches sind diese Specialregeln?

Da der § 316 BGB. nur etwas Negatives voraussetzt, daß nämlich in einem Schuldvertrag der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt sei, so muß diese allgemeine Regel vor denjenigen besonderen zurücktreten, welche für gewisse Arbeitsverträge festsetzen, wie sich der Entgelt in Ermangelung

¹ Denn die Worte: „Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden“ beziehen sich auch auf den Entgelt, als welcher die Leistung der einen Partei des Arbeitsvertrags ist.

² Planck, Kommentar zu § 316 erklärt ohne weiteres: „Auf die Bestimmung (nämlich des Umfangs der Gegenleistung) finden die Vorschriften des § 315 Anwendung.“

einer Vereinbarung bestimmt. Hingegen die Vorschriften des § 315 und der § 317—319 setzen eine positive (ausdrückliche oder stillschweigende) Privatdisposition voraus, durch welche einer Partei oder einem Dritten die Bestimmung der Leistung überlassen wird: sie setzen eine hierauf gerichtete Vereinbarung voraus. Diese Vorschriften müssen daher (vorbehaltlich einzelner Ausnahmen) den Specialregeln vorgehen, welche nur in Ermangelung einer Vereinbarung Platz greifen sollen. Dies wird bei der Betrachtung der Specialregeln erläutert werden. Derlei besondere Regeln bieten¹:

1. HGB. §§ 59. 65. 88. 99. 237. 245. 354. 396. 409. 413. 420. 619. 742.

Von diesen Regeln geben die §§ 65. 88. 354. 396. 409 eine Entgeltbestimmung, indem sie dem Arbeitnehmer als Entgelt Provision gewähren; damit ist festgesetzt, daß die Vergütung in Geld besteht und daß sie eine Quote des in Frage kommenden Wertbetrags bildet. Diese Entgeltbestimmung gilt nur in Ermangelung einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung², und eine solche würde auch die unter BGB. § 315 oder § 317 fallende Abrede sein. Für den Entgelt des Handlungsagenten ist diese Subsidiarität der Provisionsvorschrift besonders ausgesprochen³, in den anderen Fällen ist es ohnedies anzunehmen. Der Handlungsgehilfe kann für von ihm geschlossene oder vermittelte Geschäfte Provision nur verlangen, wenn es bedungen worden ist (HGB. § 65), und ebenso kann der Spediteur bei der Spedition mit fixen Spesen „Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist“ (§ 413 Abs. 1). Für die Höhe der als Provision bestimmten Vergütung giebt § 88⁴ eine Bestimmung, die zunächst den Handlungsagenten und ferner den Handlungsgehilfen (§ 65) trifft. Das Übliche als Maß der Provision hat auch für die Provision des Kommissionärs und des Spediteurs zu gelten⁵. Dies umsomehr, als

¹ Im folgenden sind nicht alle, nämlich diejenigen nicht angegeben, welche sich auf die Zeit und die Art des Entgelts beziehen und in den Abschnitten II und V eine passendere Stelle finden.

² z. B. kann statt einer Provision ein absoluter Betrag zugesagt werden; auch ein solcher wird übrigens bisweilen „Provision“ genannt.

³ HGB. § 88: „Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision . . .“

⁴ Abs. 3: „Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.“

⁵ Wenn „für und gegen Spediteure, insbesondere Verkehrsanstalten, welche ihren Tarif verbreiten, der in diesem Tarif aufgestellte Preis maßgebend ist“ (Staub, Kommentar zu HGB. § 409, Anm. 5), so kommt dies daher, daß hier auf diesen Tarif kontrahiert worden ist, während unser

man es auch in § 354 gesagt finden kann. Denn nach diesem auch für vereinbarte Geschäftsbesorgung und Dienstleistung geltenden Gesetze (S. 123) kann der Arbeitnehmer „auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern“, und die Worte „nach den an dem Orte üblichen Sätzen“ können auch auf die Provision bezogen werden.

Das Ortsübliche ist wie hier (§ 354) für das Lagergeld maßgebend, auch wo mit einem gewerbsmäßigen Lagerhalter Lagerung und Aufbewahrung von Gütern vereinbart worden ist (§ 420)¹. Hier ist die Vergütung vom Gesetz als Geldvergütung bestimmt. Diese Bestimmung tritt beim Fehlen einer vereinbarten ein. Eine ähnliche Bestimmung gilt für das Seefrachtgeschäft zur Beförderung von Gütern (§ 619 Abs. 1)².

Die Entgeltbestimmung des § 99 betrifft die Person, die den Entgelt zu entrichten hat, da beim Mäklerlohn mehr als eine in Frage kommt (S. 109/10). Die vom Gesetz erteilte Bestimmung ist subsidiär in erster Linie gegenüber einer Vereinbarung, in zweiter Linie gegenüber einem Ortsgebrauch.

Die §§ 237 und 245 geben eine Bestimmung für die den Mitgliedern des Vorstandes oder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft zugesagte Vergütung, wenn diese in einem Anteil am Jahresgewinne besteht. Diese Vorschriften begrenzen das Ganze, welchem der Anteil zu entnehmen ist. Sie sind zwingenden Rechts, sind daher auch dann zu befolgen, wenn diese Vergütung nicht im Anstellungsvertrag vereinbart, sondern die Bestimmung der Vergütung (gemäß BGB. § 315 oder § 317) einer Partei oder einem Dritten überlassen worden ist³.

Für den Berge- und Hilfslohn in der Seeschifffahrt, welcher Vergütung für vereinbarte Arbeit sein kann, giebt § 742 eine „in Ermangelung einer Vereinbarung“ Platz greifende Bestimmung: er ist in Geld und „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach billigem Ermessen“ festzusetzen. Die gleichen Regeln stellen BiSchG. § 94 und FIG. § 25 für den Berge- und Hilfslohn in der Binnenschifffahrt und der Flößerei auf, nur daß sie noch besonders aussprechen, daß jene Festsetzung „durch das Gericht“ erfolgt.

Text von den Fällen handelt, in denen die Kontrahenten den Entgelt nicht bestimmt haben.

¹ „Der Lagerhalter hat Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld . . .“

² „Für Güter, die ohne Abrede über die Höhe der Fracht zur Beförderung übernommen sind, ist die am Abladungsorte zur Abladungszeit übliche Fracht zu zahlen.“

³ Vgl. Staub, Kommentar zu HGB. § 237 Anm. 3, zu § 245 Anm. 6.

Für den Arbeitsvertrag, durch den ein Handlungsgehilfe angestellt wird, werden zwei hierher gehörige Regeln durch § 59 aufgestellt: „Soweit nicht besondere Vereinbarungen über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind“, hat der Handlungsgehilfe „die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen“. „In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.“

2. Gesetz über das Verlagsrecht § 22 Abs. 2 (oben S. 124²).

3. SeemO. §§ 25. 27. 40. 41. 69¹.

4. Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Nach § 93 kann der „Betrag der Vergütung“ für die vereinbarte Arbeit des Rechtsanwalts „durch Vertrag abweichend von den Vorschriften dieses Gesetzes festgesetzt werden, jedoch nur, wenn der Rechtsanwalt nicht einer Partei zur Wahrnehmung ihrer Rechte beigeordnet oder als Verteidiger bestellt ist“ — in welchen beiden Fällen auch nicht Arbeitsverträge vorliegen (S. 34). Die durch die Gebührenordnung gegebenen Bestimmungen von Art und Umfang der Vergütung kommen beim Mangel einer Vereinbarung zur Geltung. Dies trifft nicht bloß die Vereinbarung, welche selber die Bestimmung giebt, sondern auch die, welche gemäß BGB. § 315 die Bestimmung einer Partei überläßt. Dagegen BGB. § 317 geht der Gebührenordnung nicht vor, denn diese schreibt in § 93 vor: „Die Festsetzung durch Bezugnahme auf das Ermessen eines Dritten ist ausgeschlossen.“ Nach § 88 hat der Rechtsanwalt für die Ausarbeitung eines Gutachtens mit juristischer Begründung eine „angemessene Vergütung“ zu beanspruchen. Über ihre Höhe hat, nachdem ein Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer eingeholt worden ist, das Gericht zu entscheiden. Auch diese Bestimmung tritt hinter vereinbarter Bestimmung der Vergütung zurück.

5. BGB. § 612 Abs. 2. § 632 Abs. 2. § 653 Abs. 2: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen².“ Für den Entgelt beim

¹ Dazu kommt die einzig dastehende Bestimmung des § 34, wonach der Schiffer gegenüber der Schiffsmannschaft (mit Ausnahme des Steuermannes) das Recht hat, die (vereinbarte) Heuer einseitig herabzusetzen, nämlich „verhältnismäßig zu verringern“, falls „nach Antritt der Reise entdeckt wird, daß der Schiffsmann zu dem Dienste, zu welchem er sich verheuert hat, untauglich ist“. Über die Tauglichkeit entscheidet der Schiffer.

² Der Text von § 653 Abs. 2 weicht unwesentlich ab, indem dort gesagt ist „der taxmäßige Lohn“ und „der übliche Lohn“. S. ferner GewO. § 80 Abs. 2.

entgeltlichen Verwahrungsvertrag ist in § 689 die gleiche Bestimmung nicht gegeben, obwohl doch auch hier Taxen und übliche Vergütungen vorkommen. Darnach greift hier in Ermangelung einer vereinbarten Bestimmung der § 316 unmittelbar Platz (oben S. 130/31), während beim Dienst-, beim Werk- und beim Mäklervertrag § 316, d. h. die Bestimmung des Entgeltumfangs durch den Arbeitnehmer erst dann zulässig ist, wenn keine Taxe und keine übliche Vergütung gegeben sind¹.

Unter Taxe hat man ausschließlich die gesetzliche² und die obrigkeitliche d. h. von der Obrigkeit erlassene, verstehen zu müssen geglaubt. Indessen giebt es keinen zwingenden Grund für diese Deutung; namentlich kann man sich nicht mehr auf die GewO. berufen, da diese in § 75 a von Gesindevermietern und Stellenvermittlern, also von Privaten aufgestellte Taxen kennt, die nur der Polizei einzureichen sind, so daß in § 148 Nr. 8 „die durch die Obrigkeit oder durch Anzeige bei derselben festgelegten Taxen“ unterschieden werden. Von hervorragender Bedeutung unter den Privat-taxen sind die durch die Tarifverträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern vereinbarten. Von ihnen wird in Abschnitt VI gehandelt werden.

Auch die angeführten Regeln des BGB. für den Dienst-, den Werk- und den Mäklervertrag sind dispositiven Rechts. Sie kommen nicht zur Anwendung, soweit die Kontrahenten im Arbeitsvertrag dem einen von ihnen oder einem Dritten die Bestimmung des Entgeltes eingeräumt haben (S. 131). Wenn z. B. ein wohlhabender Mann jahrelang die Liquidationen seines Hausarztes anstandslos honoriert hat, obwohl er annahm, daß sie die Sätze der Gebührenordnung übersteigen, so hat er damit dem Arbeitnehmer die Bestimmung des Umfangs der Vergütung eingeräumt. Er kann dann nicht gegenüber einer neuen Honorarforderung, die die ärztliche Taxe überschreitet, geltend machen, daß, weil die Höhe der Vergütung im Arbeitsvertrag nicht bestimmt worden sei, die taxmäßige Vergütung als vereinbart anzusehen sei³. Auch daß dem Arbeitgeber im Arbeitsvertrag die

¹ Planck, Kommentar zu § 316, Nr. 2. Beim gewerblichen Arbeitsvertrag und zwar beim Accord kommt es nicht selten vor, daß die Höhe des Entgelts nicht vereinbart und weder eine Taxe noch eine Übung vorhanden ist. Von diesem sog. blinden Accord wird in Bd. II die Rede sein.

² z. B. Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher.

³ Daß dem Arzt die Bestimmung des Honorars vertraglich überlassen ist, wird erheblich auch wo er sich innerhalb der Gebührenordnung hält, indem viele ihrer Sätze einen beträchtlichen Spielraum gewähren; z. B. setzt die preussische Gebührenordnung für praktische Ärzte und Zahnärzte vom 15. Mai 1896 für den ersten Besuch bei Nacht 4—60 Mk. fest, für Tracheotomie 20

Bestimmung der Vergütung anheimgestellt wird, kommt vor, wo die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers jenem nicht bekannt ist, und der Arbeitnehmer darauf vertraut, er werde bei dem maßgebenden „billigen Ermessen“ des Arbeitgebers nicht zu kurz kommen. Durch eine solche Abrede wird die taxmäßige Vergütung ausgeschlossen, obwohl im Arbeitsvertrag die Höhe der Vergütung nicht bestimmt worden ist.

V. Was die Natur des Entgelts im Arbeitsvertrag anlangt, der wir uns nach Betrachtung seiner Vereinbarung (Nr. II—IV) im Folgenden zuwenden, so ist dieser Entgelt vor allem kein Schadensersatz, keine Entschädigung, obwohl er nicht selten fälschlich Entschädigung genannt wird, nicht bloß in aufseramtlicher Sprache¹, sondern bisweilen auch in der der Gesetze² — eine Mißnennung, die wahrscheinlich daher kommt, daß der Ausdruck Vergütung, der für jenen Entgelt im Gebrauch ist, auch zur Bezeichnung der Entschädigung verwandt wird (S. 119⁶).

Der im Arbeitsvertrag vereinbarte Entgelt für die Arbeit ist nicht Schadensersatz oder Entschädigung, weil im Rechtssinn gar kein Schaden gegeben ist. Weder hat der Arbeitgeber einen Schaden angerichtet, sei es durch Ausbedingung der Arbeit, sei es durch Annahme ihrer Leistung, einen Schaden, den er durch den Entgelt zu decken zugesagt hätte, noch hat der Arbeitnehmer einen Schaden erlitten, sei

bis 200 Mk. Auch wenn, wie im Zweifel anzunehmen, die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist, so kann doch das billige Ermessen des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber teurer zu stehen kommen, als das von ihm selbst ausgeübte.

¹ z. B. oft im Deutschen Buchdruckertarif, ferner Nothhard, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, in Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch. 55, 364.

² z. B. Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher § 13: „An baren Auslagen werden dem Gerichtsvollzieher vergütet: 5. die Entschädigung der zum Öffnen von Thüren und Behältnissen zugezogenen Personen.“ Umgekehrt bedeutet die Wendung „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragmäßige Vergütung“ in BGB. § 27 Abs. 2, HGB. § 52 Abs. 1, § 231 Abs. 3, § 492 Abs. 2 insofern nichts anderes wie die Wendung „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“ in Genossenschaftsges. § 24 Abs. 3. Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 38 Abs. 1, als es sich beidemale nicht um Entgelt für geleistete Arbeit, sondern um Surrogat des wegen Nichtleistung der Arbeit entgehenden Entgelts handelt. Näheres S. 148/49. — In BGB. § 642 Abs. 2 werden Entschädigung und Vergütung deutlich unterschieden. In der Bekanntmachung betr. die Befreiung u. s. w. vom 27. Dez. 1899 (citirt oben S. 75¹) wird richtig der Entgelt von der Entschädigung ferngehalten, aber der Ausdruck „Geldentschädigung“ ist nicht am Platze.

es durch die Zusage der Arbeit, sei es durch den Vollzug dieser Zusage. Die vereinbarte Arbeit kann eine vom Arbeitnehmer oder eine von einem Dritten zu verrichtende sein. Soweit sie vom Arbeitnehmer verrichtet wird, erleidet er durch die Verrichtung der Arbeit keinen Schaden, sowohl darum, weil sein Vermögen nicht gröfser sein würde, wenn er sie nicht verrichtet hätte, als darum, weil man rechtlich nicht selber sich einen Schaden zufügen kann. Soweit hingegen die Arbeit von einem Dritten verrichtet wird, ist dies zwar ein Vermögensaufwand des Arbeitnehmers, wenn nämlich die dem Arbeitgeber zugewandte Arbeit (eine Vermögenszuwendung) vom Dritten dem Arbeitnehmer geschuldet oder demselben zugedacht war (S. 102): allein diesen Vermögensaufwand macht der Arbeitnehmer selber, während rechtlich niemand sich selber einen Schaden zufügen kann. Schade ist etwas, das man erleidet oder erlitten hat, erfordert ein passives Verhalten des Geschädigten — von dem aber, was man sich selbst zufügt, wird nicht gesagt, dafs man es erleide. Der Entgelt wird im Arbeitsvertrag vereinbart für Arbeit, somit für eine Thätigkeit (S. 73), nicht für ein Leiden, also auch darum nicht für Schaden, welcher erlitten wird.

VI. Der Entgelt im Arbeitsvertrag ist ferner nicht Ersatz von Aufwendungen oder Erstattung von Auslagen des Arbeitnehmers, sondern Entgelt für die vereinbarte Arbeit, und Aufwendungen oder Auslagen sind nicht Arbeit¹. Durch jenen Ersatz oder jene Erstattung wird dem Arbeitnehmer nur wieder verschafft, was vorher in seinem Vermögen gewesen ist und dessen er sich entäußert hat; hingegen mit dem Arbeitslohn macht er einen neuen Erwerb, erlangt er etwas für sein Vermögen, das sich vorher noch nicht in demselben befunden hat.

Um diesen begrifflich reinen Gegensatz auch in der Wirklichkeit deutlich vor uns zu haben, müssen wir uns zunächst an den einfachen Fall halten, dafs der Arbeitnehmer die von ihm zu leistende Arbeit auch selbst verrichtet, und müssen auf dem juristischen Standpunkt verharren. Vom nationalökonomischen nämlich sieht man den Arbeitnehmer seine Arbeitskraft verkaufen und damit einen Ver-

¹ Sie fügen auch dem Arbeitnehmer keinen Schaden im Rechtssinn zu, weil die Einbuse, die er durch sie erleidet, von ihm selbst herrührt. Daher ist der Ersatz solcher Aufwendungen kein Schadensersatz im Rechtssinn: v. Tuhr, *Actio de in rem verso* (1895) S. 34 ff. — In den Worten von HGB. § 428 Abs. 2 „den Frachtführer für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und den zurückgelegten Teil der Reise zu entschädigen“ ist der Ausdruck „entschädigen“ nicht am Platze.

mögensaufwand machen, kann man daher den Arbeitslohn als Ersatz der in der Arbeit ausgegebenen Arbeitskraft betrachten. Die Jurisprudenz hingegen unterscheidet die Arbeit von den für dieselbe gemachten Ausgaben, sie kann die Ausgabe der Arbeitskraft nicht zu den für die Arbeit gemachten Ausgaben rechnen, weil die Ausgabe der Arbeitskraft mit der Arbeit zusammenfällt. Ist ferner juristisch die Arbeit für den, der sie verrichtet, kein Vermögensaufwand (S. 87), macht er damit nicht eine Aufwendung oder Auslage, so kann es für diese Arbeit keinen Ersatz (von Aufwendungen) geben, und der vereinbarte Arbeitslohn nicht Ersatz sein (vgl. S. 85 al. 1).

Dem Arbeitsvertrag ist die Vereinbarung von Lohn wesentlich, die Vereinbarung des Auslagen- oder Spesenersatzes unwesentlich. Die letztere kann dem Arbeitsvertrag fehlen, weil keinerlei Aufwendung in Aussicht steht, oder weil der Auslage des Arbeitnehmers durch den Vorschufs des Arbeitgebers vorgebeugt ist, oder weil die Zusage des Ersatzes vergessen, oder absichtlich unterlassen worden ist, damit der Arbeitnehmer die Auslage trage¹, oder endlich weil auch ohne Zusage der Arbeitgeber zum Ersatz verbunden ist². Umgekehrt findet sich Ersatz von Aufwendungen auf Arbeit, zugesagter oder von Rechts wegen obliegender Ersatz, ohne daß ein Entgelt vereinbart worden ist, welchenfalls kein Arbeitsvertrag vorliegt. So haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für Ersatz der Aufwendungen, die letzterer zur Ausführung des Auftrags macht und für erforderlich halten darf (BGB. § 670), aber das ihm übertragene Geschäft hat der Beauftragte unentgeltlich zu besorgen (§ 662). Und der „Geschäftsführer“ kann unter der Bedingung des § 683 „wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen“, während eine Vereinbarung von Entgelt nicht vorhanden ist³.

¹ z. B. Lexis, Handel in Schoenbergs Handbuch der polit. Ökonomie (4. Aufl.) II, 2, 232: „die höheren Anforderungen, denen sie (die Handlungsgehülfen in Läden) in Bezug auf Kleider und Aufseres genügen müssen, bilden für sie eine besondere Belastung“.

² z. B. BiSchG. § 66: „In Ermangelung einer besonderen Vereinbarung fallen die Unkosten der Schifffahrt . . . dem Frachtführer zur Last; dagegen gehören die Ufer-, Krahn- und Wiegegelder . . . zu denjenigen Auslagen und Aufwendungen, deren Ersatz der Frachtführer verlangen kann.“ BGB. § 670, wenn man einen Dienst- oder einen Werkvertrag voraussetzt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675). Wegen des Handlungsagenten: HGB. § 90.

³ Ebenso wird vom Finderlohn (BGB. § 971), der auch nicht vereinbarter Entgelt ist, der Ersatz von Aufwendungen des Finders unterschieden (§ 970). Auch bei den Revisoren der Genossenschaften und den Revisoren der Aktien-

Die juristische Distinktion von Entgelt und Ersatz kommt in den Gesetzen bei mehreren Typen des Arbeitsvertrags zum deutlichen Ausdruck. Beim Mäklervertrag werden des Mäklers Anspruch auf den Mäklerlohn und sein Anspruch auf den Ersatz von Aufwendungen in BGB. § 654 unterschieden; in § 652 werden sie unterschieden und verschieden behandelt: der Mäklerlohn wird geschuldet erst wenn der Vertrag mit dem Dritten zu stande gekommen ist, der versprochene Ersatz von Aufwendungen, auch wenn jener Vertrag nicht zu stande kommt¹. Der § 689 spricht von Vergütung für die Aufbewahrung, § 693 von Ersatz der zum Zweck der Aufbewahrung gemachten Aufwendungen². Beim Dienstvertrag und beim Werkvertrag, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, wird die jenen Verträgen zugehörige Vergütung (der Entgelt) vom Ersatz der zur Geschäftsbesorgung gemachten Aufwendungen unterschieden: §§ 675. 670. Zahlreiche Fälle, in denen die Auslagen von der Vergütung für die Arbeit gesondert werden, während in Bezug auf die Verjährungsfrist die Ansprüche auf Ersatz der ersteren und auf Gewährung der letzteren gleich behandelt werden, bietet BGB. § 196³. Auch in anderen Gesetzen, die einen Arbeitsvertrag regeln, ist die fragliche Unterscheidung anzutreffen⁴.

gesellschaftsgründung werden Erstattung von Auslagen und Vergütung der Arbeit auseinandergehalten, obzwar beide Mal kein Arbeitsvertrag gegeben ist. Genossenschaftsgesetz § 62. HGB. § 194 Abs. 2. — Bei Planck, Kommentar zu BGB. § 675 heisst es: „Anders liegt die Sache, wenn und soweit der Unternehmer nach dem Werkvertrage neben der Vergütung oder statt derselben Ersatz von Aufwendungen zu fordern berechtigt ist.“ Einen Werkvertrag ohne Vergütung giebt es nicht, und der Ersatz von Aufwendungen kann nicht die Vergütung vertreten, da ihre Funktionen verschieden sind.

¹ Dies folgt daraus, dafs für die Pflicht zum Ersatz nur die Vereinbarung als Erfordernis aufgestellt, dagegen die für die Leistung des Mäklerlohnes in Abs. 1 gestellte Bedingung des Zustandekommens des Vertrags in Abs. 2 nicht wiederholt ist. Satz 2 von Abs. 2 § 652 schliesst nicht den Anspruch auf Auslagenersatz aus für den Fall der Vereitelung des Vertrags, sondern tritt der Annahme entgegen, dafs es im Fall der Vereitelung nicht auf die Vereinbarung des Ersatzes ankomme, eine Annahme, welche vom Billigkeitsgefühl gerade darum gemacht werden könnte, weil solchenfalls der Mäklerlohn nicht zu entrichten ist. Vgl. Protokolle der II. Kommission II 346/47.

² Dieser Ersatz kann geschuldet sein, auch wo keine Vergütung vereinbart und daher kein Arbeitsvertrag gegeben ist (S. 137).

³ Hier werden in Nr. 1. 3. 4. 7—12. 14. 15. 17 die „Auslagen“ oder „Aufwendungen“ unterschieden von dem, was als Entgelt zu beanspruchen ist.

⁴ z. B. HGB. §§ 410. 420: „Der Lagerhalter hat Anspruch auf das . . .

Obzwar nun Arbeitsentgelt und Auslagenersatz verschiedene Funktionen haben, daher begrifflich auseinander treten und rechtlich nicht immer gleich behandelt werden, so werden sie doch im Leben oft miteinander verquickt. Es kommt nämlich oft vor, daß im Arbeitsvertrag der Arbeitgeber nicht bloß Entgelt zusagt, sondern auch Ersatz der Auslagen, welche der Arbeitnehmer zum Behuf der Arbeit machen muß oder wahrscheinlich machen wird, daß aber der Arbeitgeber diese Ersatzzusage nicht besonders erteilt, sondern mit der Entgeltzusage zu einer verbindet, indem er nur eine Leistung verspricht. Die so vereinbarte Leistung ist, sei es ausdrücklich, sei es den Umständen nach, dazu bestimmt, sowohl die Arbeit zu entgelten, als die für sie vom Arbeitnehmer gemachten Aufwendungen zu ersetzen. Diesen Thatbestand schildert ausdrücklich das Beschlagnahmengesetz § 3 Abs. 2: „Ist die Vergütung mit dem Preise oder Wert für Material oder mit dem Ersatz anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen . . .“¹. Ebenso, da der Berge- und Hilfslohn vereinbarter Entgelt für vereinbarte Berge- oder Hilfsarbeit sein kann, HGB. § 743: „Der Berge- oder Hilfslohn umfaßt zugleich die Vergütung für die Aufwendungen, welche zum Zwecke des Bergens und Rettens geschehen“². Da das Wort „Vergütung“ auch zur Bezeichnung allein des Auslagenersatzes verwandt wird³, so eignet es sich vorzüglich für eine Leistung, welche in Einem Arbeitslohn und Ersatz von Aufwendungen ist. Daß dieser Begriff auch dem BGB. nicht fremd ist, ergibt sich aus folgender Betrachtung.

Wir lesen in § 645: „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen“ und in § 648: „für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung

Lagergeld sowie auf Erstattung der Auslagen für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen.“ In der Gebührenordnung für Rechtsanwälte werden die „Gebühren“ für die Thätigkeit des Rechtsanwaltes von seinen Auslagen, z. B. „aufgewendeten Fuhrkosten“ unterschieden. Eisenbahnverkehrsordnung § 60 (einerseits „Frachtsätze und Vergütungen“, andererseits „Auslagen“).

¹ Der Ausdruck „ungetrennte Summe“ ist, da der Begriff der Summe die Ungetrenntheit enthält, pleonastisch, wie das „zugleich“ in der oben folgenden Stelle.

² Fast gleichlautend BiSchG. § 94 Abs. 2. FIG. § 25 Abs. 2.

³ Reichsbeamten-gesetz § 7 („Vergütung für bare Auslagen“). § 23 („Vergütung der Umzugskosten“). Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher § 13 („An baren Auslagen werden dem Gerichtsvollzieher vergütet“). GewUVG. § 44. Land- und forstwirtsch. UVG. § 46. HGB. § 396 Abs. 2.

nicht inbegriffenen Auslagen.“ Der Ausdruck „in der Vergütung nicht inbegriffene Auslagen“ ist eine Abkürzung des umständlicheren aber korrekteren: „in der Vergütung nicht begriffener Ersatz von Auslagen.“ Dieser ist korrekter, denn in der Vergütung können nicht Auslagen selber begriffen sein, da in etwas, was der Arbeitgeber zahlt, nicht etwas stecken kann, das der Arbeitnehmer gezahlt hat, vielmehr kann im ersteren nur der Ersatz des letzteren enthalten sein. Gemeint ist demnach: Ersatz von Auslagen, deren Ersatz nicht in der Vergütung begriffen ist. Folgeweise anerkennt das Gesetz auch die Möglichkeit von Auslagen, deren Ersatz in der Vergütung begriffen ist, es anerkennt als möglich eine „Vergütung“, welche teils Arbeitslohn, teils Auslagenersatz ist.

Nur in dieser indirekten Weise gedenkt das BGB. des in der Vergütung eingeschlossenen Auslagenersatzes, und dies nur im Werkvertragstitel, während es im Dienstvertragstitel den wichtigen Auslagenersatz gar nicht erwähnt! Daraus ist jedoch nicht zu schließen, daß es nicht auch einen Dienstvertrag für möglich hält, in welchem die vom Arbeitgeber zugesagte „Vergütung“ auch zum Ersatz der Auslagen bestimmt ist, die der Arbeitnehmer zur Leistung der Arbeit machen muß.

Da jedoch das Gesetz diesem implizierten Auslagenersatz nirgends besonders Rechnung trägt, vielmehr allenthalben den Auslagenersatz von der Entgeltleistung unterscheidet¹, so sind wir nicht befugt, da, wo das Gesetz schlechthin von Vergütung mit Bezug auf Arbeit redet, unsererseits eine Distinktion vorzunehmen, nämlich in der Leistung des Arbeitgebers den zum Entgelt bestimmten Teil auszuscheiden und, was das Gesetz über die Vergütung verfügt, nur auf diesen Teil zu beziehen². Das gilt von BGB. §§ 614. 641 Abs. 1 (Zeit der Entrichtung der Vergütung³), 641 Abs. 2 (Verzinsung der Geldvergütung), 642 Abs. 2 (Bestimmung der Höhe der Entschädigung nach der „Höhe der vereinbarten Vergütung“). Und es gilt ferner von §§ 645. 648. 615. 616. In den letzteren Stellen handelt es sich darum, eine Por-

¹ BGB. §§ 196. 645. 648. 652. 654. 675 (670). 689. 693. Möglicherweise hat das Gesetz in § 196 bei dem hier mehrmals gebrauchten Ausdruck „mit Einschluss der Auslagen“ auch den Fall im Auge gehabt, daß Entgelt und Auslagenersatz im Vertrag zu einer Leistung vereinigt sind.

² wie hingegen das Beschlagnahmengesetz § 3 Abs. 2 für seinen Bereich vorschreibt mit folgenden, den S. 139 citierten, sich anschließenden Worten: „so gilt als Vergütung im Sinne dieses Gesetzes der Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt.“

³ Übereinstimmend H a c h e n b u r g, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 23.

tion der Vergütung festzustellen. Wenn nun §§ 645 und 648 von „einem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ reden, so ist nicht etwa die im Vertrag vereinbarte Vergütung auf Arbeitsentgelt zu reducieren und dieser zu teilen. Vielmehr nimmt das Gesetz auf etwa beigemischten Auslagenersatz keine Rücksicht. Es kann im Auge haben, entweder dafs eine solche Beimischung gar nicht vorliegt, oder dafs der beigemischte Auslagenersatz geringfügig ist, oder dafs, wenn die Teilung der Vergütung proportional der geleisteten Arbeit geschieht, damit auch der beigemischte Auslagenersatz richtig geteilt wird¹. Sodann nach § 615 kann beim Dienstvertrag der Arbeitnehmer für die infolge des Verzugs des Arbeitgebers nicht geleisteten Dienste „die vereinbarte Vergütung“ verlangen, mag auch die Vergütung zugleich als Ersatz für die notwendigen Aufwendungen des Arbeitnehmers vereinbart worden sein. Ebenso wird in § 616 beim Dienstvertrag der schuldlos an der Dienstleistung persönlich verhinderte Arbeitnehmer „des Anspruchs auf die Vergütung“ für nicht verlustig erklärt: wiederum des Anspruchs auf die vereinbarte Vergütung, ohne dafs hier einem etwa beigemischten Auslagenersatz Rechnung getragen wird.

Obwohl nach vorstehendem, was das BGB. von der Vergütung sagt, auch von derjenigen Vergütung gilt, welcher Auslagenersatz beigemischt ist, so giebt es doch Arbeitsverträge und Situationen in Arbeitsverträgen, bei denen es zur Ausscheidung des Auslagenersatzes vom Entgelte kommt, oder kommen sollte. Wir haben dabei folgende Fälle im Auge:

1. Nach §§ 615. 649 muß sich der Arbeitnehmer anrechnen, nämlich von der vereinbarten Vergütung abziehen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeit „erspart“ oder „an Aufwendungen erspart“. Setzen wir hier eine Vergütung voraus, welcher Auslagenersatz beigemischt ist, so kommen diese Auslagen in Anschlag und ihr Ersatz wird vom Entgelt separiert. Dies ist nicht eine Folge der Beimischung, da auch die rein als Arbeitslohn vereinbarte Vergütung um den Betrag der Auslagenersparnis zu schmälern wäre; denn das Gesetz schreibt die Anrechnung der Ersparnis schlechthin, also auch für den Fall vor, dafs der Ersatz bei Bemessung der Vergütung nicht vorgesehen, nicht in die Vergütung einbezogen worden ist. Selbstverständlich ist der Abzug ausgeschlossen bei denjenigen ersparten Auslagen, deren Ersatz aufser der Ver-

¹ Auch bei „Herabsetzung der Vergütung (Minderung)“ nach BGB. § 634 ist die vereinbarte Vergütung als Minuend zu betrachten, ohne Ausscheidung etwaiger Bestandteile.

gütung zu erfolgen hätte. Diese werden nämlich darum nicht von der Vergütung abgezogen, weil sie ja nicht vom Arbeitnehmer, sondern vom Arbeitgeber erspart werden: er braucht sie nicht zu ersetzen, weil sie nicht gemacht worden sind.

2. Nach § 616 behält der Arbeitnehmer des Dienstvertrags den Vergütungsanspruch, falls er kurze Zeit ohne Verschulden persönlich verhindert ist zu arbeiten. Hier erscheint es billig, daß von der Vergütung, welcher Auslagenersatz beigemischt ist, der Betrag derjenigen Auslagen abgezogen werde, die infolge der Arbeitsverhinderung vom Arbeitnehmer erspart werden.

3. Nach §§ 670. 675 ist beim Dienst- wie beim Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, der Arbeitgeber zum Ersatz gewisser Aufwendungen des Arbeitnehmers verpflichtet. Wo dieser Ersatz im Vertrag mit dem Entgelt zu einer Leistung verschmolzen worden ist, besteht ein einfacher Vergütungsanspruch. Allein dies schließt nicht aus, daß der Arbeitnehmer für die zur Arbeit erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen kann gemäß § 669, dessen Anwendung in § 675 schlechthin, somit auch für den Fall vorgeschrieben ist, daß die Vergütung den Auslagenersatz einbegreift¹.

4. Bei der durch § 628 Satz 1 verfügten Teilung der Vergütung kann man eine besondere Veranschlagung des Auslagenersatzes ausgesprochen finden in den Worten: „so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.“ Hier sind nämlich die „bisherigen Leistungen“ für maßgebend erklärt, und nicht wie in §§ 645. 648 (S. 140/1) einfach die Arbeit. Danach wäre dem Arbeitnehmer, der z. B. für den Anfang der Arbeit unverhältnismäßig größere Auslagen gehabt hat, ein größerer Teil der Vergütung zuzubilligen, als ihm nach Maßgabe der Arbeit zukommen würde². —

Im bisherigen (vgl. S. 136 al. 2) haben wir nur den einfachen Fall vor Augen gehabt, daß der Arbeitnehmer die von ihm zu leistende

¹ Von Planck, Kommentar zu BGB. § 675 Nr. 3 wird dies verneint. Andererseits Staub, Kommentar zu HGB. § 59 Anm. 27 mit Bezug auf den Handlungsreisenden: „Die Spesen sind vom Prinzipal im voraus zu zahlen . . .“

² Vgl. HGB. § 631. BiSchG. § 64 Abs. 2. Die Richtigkeit dieser, der Gerechtigkeit entsprechenden Deutung wird nicht durch BGB. § 699 („einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung“) und § 693 in Frage gestellt, weil § 699 einen Vertrag voraussetzt, in dem die Vergütung nichts weiter als Entgelt für die Aufbewahrung ist, während der Auslagenersatz nebenher geht.

Arbeit auch selbst verrichtet. Einer eigenen Betrachtung bedarf noch der Fall, daß die Arbeit nicht oder nicht gänzlich vom Arbeitnehmer, sondern von Dritten verrichtet wird (Kap. 2 Nr. X). In diesem Fall bedeutet die Leistung der Arbeit für ihren Schuldner, den Arbeitnehmer, nicht bloß einen Kraft-, sondern auch einen Vermögensaufwand (S. 102). Allein hierdurch wird die Natur des Entgeltes nicht geändert, er ist auch in diesem Fall nicht Ersatz eines Vermögensaufwandes. Es versteht sich sozusagen von selbst, daß die wesentliche Leistung des Arbeitgebers nur eine Natur haben kann, daß sie nicht, je nachdem die Arbeit für den Arbeitnehmer einen Vermögensaufwand involviert oder nicht, verschieden ist. Sie steht eben — wie unter Nr. VII zu sagen sein wird — in rechtlichem Konnex nicht zu der Aufwendung, die der Arbeitnehmer macht, sondern zu der Zuwendung, die dem Arbeitgeber gemacht wird; und für dieses Verhältnis ist es belanglos, ob die zu leistende Arbeit vom Arbeitnehmer selbst oder von Gehülften verrichtet wird. Es könnte daher hier nur noch gefragt werden, ob nicht die Vergütung in dem zur Verhandlung stehenden Fall eine solche ist, bei der dem Entgelt Auslagenersatz beigemischt ist, wobei als Auslage der Vermögensaufwand gelten würde, den der Arbeitnehmer durch die Verwendung Dritter macht. Allein auch dies muß verneint werden.

Die im Arbeitsvertrag vereinbarte Vergütung ist der Entgelt für die im Arbeitsvertrag vereinbarte, dem Arbeitgeber zu leistende Arbeit, einerlei von wem sie verrichtet wird (S. 100), denn die Arbeit der Gehülften ist rechtlich Leistung des Arbeitnehmers. Diesen Sinn hat der Ausdruck „vereinbarte Vergütung“ in BGB. § 615, § 642 Abs. 2 und § 649. Ebenso hat man unter dem „der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ in § 645 und § 648, sowie unter dem „seinen (des Arbeitnehmers) bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung“ in § 628 einen Teil der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung zu verstehen, ohne Unterschied, ob die Arbeit vom Arbeitnehmer selbst verrichtet worden ist oder nicht. Daher begreift die „Arbeit“ in §§ 645, 648 auch die von Dritten statt des Arbeitnehmers verrichtete Arbeit (S. 100^a), und begreifen die „bisherigen Leistungen“ in § 628 auch die von Dritten verrichtete Arbeit, da die Vergütung entgelten soll die vom Arbeitnehmer zugesagte, ihm obliegende und dem Arbeitgeber zukommende Arbeitsleistung ohne Rücksicht darauf, durch wen der Arbeitsschuldner diese Leistung bewirkt.

Demgemäß ist die dem Arbeitnehmer zugesicherte Vergütung Arbeitsentgelt und nicht Entgelt mit Beimischung von Auslagenersatz,

auch wenn der Arbeitnehmer, der die Arbeit mittelst Dritter leistet, die Vergütung zur Belohnung dieser Dritten verwendet oder sie sich im Hinblick auf seine Lohnschuld gegen diese Dritten zusagen läßt. Die von Dritten auf Veranlassung des Arbeitnehmers verrichtete Arbeit bewirkt die dem Arbeitnehmer obliegende Arbeitsleistung, auch wenn die Dritten keinen Lohn empfangen, weil sie dem Arbeitnehmer gesetzlich zur Arbeit verpflichtet (S. 102 oben) oder weil sie Volontäre desselben sind. Wenn man nun in diesen Fällen nicht daran denken wird, die dem Arbeitnehmer bewilligte Vergütung als Ersatz von auf die Arbeit gemachten Aufwendungen zu betrachten, weil hier der Vermögensaufwand mit der Zuwendung der Arbeit zusammenfällt, so muß ebenso entschieden werden in dem Falle, wo der Arbeitnehmer seine Gehülfen belohnt. Das interne Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen Gehülfen kann nicht die Vergütung, welche der Arbeitgeber für die ihm geleistete Arbeit entrichtet, bald als reinen Entgelt, bald als Entgelt mit Beimischung von Auslagenersatz erscheinen lassen. Vielmehr ist dieses interne Verhältnis für den Charakter der Vergütung des Arbeitgebers gleichgültig. Der dem Gehülfen geschuldete Lohn kann den dem Arbeitnehmer geschuldeten nicht des Lohncharakters entkleiden, weder gänzlich noch teilweise.

Eine praktische Folge davon, daß der vom Arbeitnehmer den Dritten zu gewährende Lohn nicht einen der ihm selbst geschuldeten Vergütung beigemischten Auslagenersatz bildet, kommt beim Beschlagnahmengesetz § 3 Abs. 2 zum Vorschein. Als Vergütung im Sinn dieses Gesetzes, somit als der Beschlagnahme entzogen, gilt nur „der Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt“. Zu den Auslagen, deren Ersatz der Vergütung beigemischt, hier von ihr abzuziehen und der Beschlagnahme zugänglich ist, kann nicht gerechnet werden der Lohnbetrag, den der Arbeitnehmer (als Arbeitgeber) seinem Gehülfen zu entrichten hat. Der dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag zugesagte Lohn ist reiner Entgelt der ihm allein obliegenden Arbeit, auch wenn sie teilweise von einem Dritten verrichtet wird. Wie der Arbeitnehmer, welcher Unternehmer eines Bauwerks ist, vor dessen Vollendung die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen kann „für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“, auch wenn die Arbeit von Dritten verrichtet worden ist (BGB. § 648), ebenso erstreckt sich der Schutz der Lohnforderung durch Ausschluß der Beschlagnahme auf die vereinbarte Vergütung, mag auch die durch sie entgeltene Arbeit von Dritten verrichtet

werden, welche der Arbeitnehmer aus dieser Vergütung belohnt. Dieses dem Wesen des Lohnes beim Arbeitsvertrag entspringende Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß die hier bekämpfte Auffassung eine nicht erträgliche Konsequenz hat. Sie beeinträchtigt nämlich nicht einfach die Wirksamkeit des Beschlagnahmegesetzes zu gunsten des Gläubigers, indem sie einen gewissen Teil der Vergütung seinem Zugriff frei macht, sondern sie thut dies auf Kosten der Dritten. Denn die Gehülfen, die doch dem pfändenden Gläubiger nichts schuldig sind, würden in der Realisierung ihrer Lohnforderung gehemmt werden, indem so viel, als ihre Forderung beträgt, durch jenen Gläubiger gepfändet werden könnte, während die Gehülfen durch das Gesetz gehindert sind, ihrerseits den Rest zu gunsten ihrer Forderung zu pfänden. Das Gesetz würde ihren Arbeitgeber (den Arbeitnehmer) schützen und sie selbst preisgeben¹.

Da nach BGB. § 394, „soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist“, die Aufrechnung gegen die Forderung nicht stattfindet², so kommt die praktische Bedeutung der vorstehenden Auffassung wie im Verhältnis zum dritten Gläubiger so auch im Verhältnis zum Arbeitgeber als Gläubiger zum Vorschein. Die dem Arbeitnehmer zustehende Entgeltforderung unterliegt (in den Grenzen der Unpfändbarkeit) nicht einer vom Arbeitgeber gewollten Aufrechnung und dies auch nicht so weit, als der vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Entgelt von ihm zur Deckung von Lohnansprüchen seiner Arbeitnehmer (Gehülfen) bestimmt ist. —

Der bisher begründeten These, daß der Vergütung nicht darum Auslagenersatz beigemischt ist, weil der Arbeitnehmer seinerseits einen Aufwand zur Belohnung von Gehülfen machen muß, können nicht die

¹ Eine der Meinung des Textes entgegengesetzte Entscheidung citiert ohne Einspruch G. Meyer, *Recht der Beschlagnahme* S. 51, aus *Zeitschr. f. deut. Civilprozeß* XII, 166: Ein im Arbeitsverhältnis zu einer Bahnverwaltung stehender Arbeiter hat für die Arbeit des Güterverladens Gehülfen angenommen. Ohne Angabe von Gründen hat das Gericht den Lohn jenes Arbeiters nur teilweise als Lohn gelten lassen, zum andern Teil (soweit er zur Bezahlung der Gehülfen verwandt wird) für Auslagenersatz erklärt. — Zahlreiche Fälle der im Text gedachten Art — zu denen nach dem Beschlagnahmegesetz nur solche gehören können, in welchen das Arbeitsverhältnis die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und innerhalb 1500 Mk. für das Jahr — bieten der Schnitter und sein Hintermann (*Verhältnisse der Landarbeiter* II, 577), der Instmann und sein Scharwerker, der Roller und sein Wickler (in der *Cigarrenfabrikation*), der Schlafwagenschaffner und sein Wagenputzer, der S. 101³ erwähnte Geselle in der Mützenfabrikation, der Heimarbeiter und sein Gehülfe.

² Näheres in Abschn. II Kapitel 4.

§§ 615. 649 und 642 Abs. 2 entgegengehalten werden. Ein Arbeitnehmer, der danach die Vergütung bezieht, obwohl er die entsprechende Arbeit nicht zu leisten braucht oder der wegen Annahmeverzugs eine Entschädigung verlangen kann, muß sich anrechnen d. h. als mindernd veranschlagen lassen, was er infolge davon „erspart“ oder „an Aufwendungen erspart“, daß er die Arbeit überhaupt nicht oder zeitweise nicht zu leisten braucht. Zu diesen Ersparnissen oder ersparten Aufwendungen können Löhne gehören, die er andernfalls Dritten zu entrichten gehabt haben würde; sie müssen nicht dazu gehören, weil er trotz der provisorischen oder definitiven Aufhebung seiner Arbeitspflicht zur Entrichtung jener Löhne rechtlich oder moralisch verbunden sein kann¹.

Daß es sich bei der gedachten Veranschlagung des Vermögensaufwandes, namentlich der an Dritte zu entrichtenden Löhne, gar nicht um Abzug eines der Vergütung beigemischten Auslagenersatzes handelt, sieht man ohne weiteres im Fall des § 642. Danach kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch Unterlassung einer zur Werkherstellung erforderlichen Handlung in Annahmeverzug kommt, von diesem Besteller eine angemessene Entschädigung verlangen. Mit der Bestimmung der Höhe dieser Entschädigung befaßt sich Abs. 2 des § 642. Ihre Höhe wird verringert dadurch, daß der Unternehmer infolge des Verzugs Aufwendungen erspart. Die Forderung, die er geltend macht, ist nicht seine Entgeltforderung, sondern eine Schadensersatzforderung. Sein Schade besteht vornehmlich darin, daß er die vereinbarte Vergütung nicht verdienen kann. Daher kommt bei Bestimmung der Höhe der Entschädigung die „Höhe der vereinbarten Vergütung“ in Ansatz, der Vergütung schlechthin, also in dem S. 143/44 angegebenen Sinn; von dieser Vergütung wird nicht etwa der Aufwand abgezogen, der mit der Verwendung Dritter zur Leistung der Arbeit zu machen ist. Wohl aber soll der Entschädigung verlangende Arbeitnehmer nur den wirklich erlittenen Schaden in Anschlag bringen können. Nicht gegenüber seiner Entgeltforderung, sondern gegenüber seiner Schadensersatzforderung kommt bei der Kalkulation in Anschlag, was er infolge der Nichtleistung der Arbeit an Aufwendungen erspart. Aufwandsnatur hat, was der Arbeitnehmer den Gehülfen zu entrichten hat, nicht hinsichtlich der Vergütung, sondern hinsichtlich der Entschädigung; die

¹ Auch da kann nicht von Anrechnung ersparter Löhne die Rede sein, wo der mittelst der Arbeit der Gehülfen anderweitig gemachte Erwerb in Anrechnung kommt: S. 104.

ihm geschuldete Vergütung ist frei von Auslagenersatz. Daß solcher der Vergütung beigemischt sei, kann nicht aus dem von der Vergütung geschehenden Abzug folgen, denn ein solcher Abzug findet gar nicht statt.

Was in § 642 ausgesprochen ist, liegt unausgesprochen auch in §§ 649 und 615 vor. Zwar kann in beiden Fällen der Arbeitnehmer „die vereinbarte Vergütung verlangen“ und muß sich „dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart“, oder „den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart“, allein man bemerkt auch sofort, daß die hier genannte „vereinbarte Vergütung“ nicht die ihr begrifflich zukommende Funktion eines Entgeltes der Arbeit hat, da sie ja trotz Nichtleistung der Arbeit zu entrichten ist (unten Nr. VII). Die hier „vereinbarte Vergütung“ ist eine Leistung von der Art und dem Umfang der vereinbarten Vergütung, aber eine Leistung, welche nicht Entgeltfunktion, sondern Schadensersatzfunktion hat, wie die Entschädigung in § 642. Da nun die Vergütung hier nicht als eigentlicher Entgelt zu entrichten ist, so kann der Umstand, daß von dem zu entrichtenden Betrag Ersparnisse, namentlich ersparte Aufwendungen in Abzug kommen, darunter auch an Gehülften zugesagter Entgelt, nicht beweisen, daß der eigentlichen Vergütung Auslagenersatz da beigemischt ist, wo der Arbeitnehmer die Arbeit durch Dritte verrichten lassen soll.

In den Fällen also, in denen der Arbeitgeber den als Entgelt für die Arbeit bedungenen Betrag zu entrichten hat, ohne daß die Arbeit geleistet wird, kann er verlangen, daß abgezogen werde, was der Arbeitnehmer infolge dieser Nichtleistung erspart, und unter diesem Titel auch der Wert der Arbeit Dritter oder der ihnen zu reichende Lohn. Nimmermehr aber kann der für die Arbeit zugesagte Entgelt darum etwas anderes als Entgelt für Arbeit sein, weil die Arbeit statt vom Arbeitnehmer von Dritten verrichtet wird, mag auch dieser Dritten oder der Kosten ihrer Hülfe im Arbeitsvertrag erwähnt worden sein (oben S. 106).

VII. Die Vergütung im Arbeitsvertrag ist, wie wir gesehen haben (V. VI.), nicht Schadensersatz und nicht Auslagenersatz; sie steht überhaupt innerhalb des Vertrags nicht in logischem, ökonomischem oder rechtlichem Verhältnis zu dem, was der Arbeitnehmer aufwendet, sondern zu dem, was er dem Arbeitgeber zuwendet. Sie ist Gegenleistung des Arbeitgebers: S. 71.

Die Vergütung ist die Gegenleistung des Arbeitgebers für die von

ihm empfangene oder zu empfangende Leistung des Arbeitnehmers. Sie ist Entgelt, da sie eine Leistung vergilt, die dem Vergelter gemacht worden ist oder gemacht werden soll. Sie entgelt die Leistung des Arbeitnehmers nach ihrer dem Arbeitgeber zugekehrten Seite, nämlich als eine ihm gemachte Zuwendung. Denn nur durch das, was die Arbeit dem Arbeitgeber, nicht durch das, was sie dem Arbeitnehmer bedeutet, wird der Arbeitgeber zu einer Gegenleistung bewogen¹. Wo beim Rücktritt von einem Vertrag die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind, ist statt des Wertes der empfangenen Dienste die in Geld bestimmte vertragsmäßige Gegenleistung zu entrichten (BGB. § 346). Diese Geldvergütung kann die Rückgewährung der empfangenen Arbeit nach dem Gesetz vertreten, weil sie schon nach dem Parteiwillen das Empfangene oder Zugewandte wettmachen soll. Dafs die Vergütung die Gegenleistung bildet für die Arbeit als eine dem Arbeitgeber zu kommende Leistung, harmoniert mit dem Ergebnis (S. 143), dafs ohne Rücksicht darauf, ob der Arbeitnehmer die Arbeit allein oder mit Gehülfen verrichtet, die Vergütung den Entgelt der Arbeit ausmacht. Sie korrespondiert dem, was der Arbeitnehmer zuwendet.

Wenn und soweit die im Arbeitsvertrag bedungene Arbeit nicht geleistet wird und doch die bedungene Vergütung gänzlich oder teilweise zu entrichten ist, kann diese in dem Mafse, als ihr Leistung von Arbeit nicht entspricht, nicht Gegenleistung oder Entgelt sein. Sie hat dann gewöhnlich den Charakter des Schadensersatzes (vgl. S. 146—47), und zwar des Ersatzes entgehender Einnahme, entgehenden Verdienstes². Wird sie gleichwohl unter dem nämlichen Titel angeführt wie die, Entgeltfunktion erfüllende Vergütung³, so dient

¹ Diese Bedeutung der Leistung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber bezeichnet BGB. § 628 Satz 2 als „Interesse“.

² So in BGB. §§ 615. 616. 617. 649. HGB. §§ 63 Abs. 1. 75. 89 (jedoch kann die Provision von sog. Nachordres als Entgelt für die Herstellung der Geschäftsverbindung angesehen werden, welche der Agent bewirkt hat: Immer wahr, Recht der Handlungsagenten [1900] S. 140). §§ 548 („als Entschädigung noch die Heuer“). 553 Abs. 3. 555. 580. 582 Abs. 1. 584. 587 Nr. 1. 588. 589. 618 Abs. 1. 638. BiSchG. § 34 („ein Drittel der bedungenen Fracht als Entschädigung“). § 35 Abs. 1. § 37 Abs. 1. § 38 Nr. 2. § 39 Abs. 2. § 65. GewO. § 133^c Abs. 2. SeemO. § 54 Abs. 3. § 59 Abs. 3. § 60. S. auch S. 135².

³ z. B. „vereinbarte Vergütung“, „Anspruch auf die Vergütung“, „für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung“, „seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt“, „das zuletzt von ihm bezogene Gehalt“, „die Provision“, „Anspruch auf Fortbezug der Heuer“, „die Hälfte der bedungenen Fracht“, „die volle Fracht“, „der Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des

dies nicht blofs zur Bezeichnung der Art und des Umfanges der zu machenden Leistung, sondern hat auch noch die weitere praktische Bedeutung, dafs diese Leistung, obwohl ihrem Wesen nach Schadensersatzleistung, doch, soweit möglich, als Entgeltleistung zu behandeln ist, namentlich in Ansehung der Zeit ihrer Fälligkeit¹, sowie ihrer Sicherstellung durch Pfand und Bürgschaft², durch Ausschluss der Pfändung und der Aufrechnung (Abschnitt II, Kap. 4, Nr. III). Hierdurch unterscheidet sich diese Leistung von der durch das Gesetz ausdrücklich statuierten Schadensersatzleistung³.

Für den Arbeitgeber bildet die Vergütung oder ihre Zusage das Mittel zur Erlangung der Arbeit, wie andererseits für den Arbeitnehmer die Arbeit das Mittel ist zur Erlangung des Entgeltes⁴. Für dies Wesen der Sache verschlägt es nichts, dafs in der Minderzahl der Fälle jenes Zweckverhältnis in den Köpfen beider Parteien nicht auftritt oder nicht zum Bewusstsein kommt.

Die Vergütung steht ferner in einem ökonomischen Zusammenhang mit der Arbeit, indem sie dazu bestimmt ist, für das, was durch die Arbeit in das Vermögen des Arbeitgebers eingeht, tauschweise etwas anderes in das Vermögen des Arbeitnehmers eingehen zu lassen. Insofern bildet die Vergütung, ohne Rücksicht auf ihren Umfang, ein dem Arbeitnehmer zugedachtes Äquivalent für die Arbeit. Es wird durch sie die Vermögenszuwendung, die der Arbeitnehmer mittelst der Arbeit dem Arbeitgeber macht, aufgewogen, im Rechtssinn eine Bereicherung des Arbeitgebers ausgeschlossen, indem

Arbeitgebers“, „Fortbezug der Heuer“, „die Heuer für zwei oder vier Monate“, „die ihm ausser der verdienten Heuer gebührende Heuer“ (Belege in vor. Note).

¹ Vgl. HGB. § 64 mit §§ 63 und 71 Nr. 2.

² So auch Planck, Kommentar zu BGB. § 649: „Die für diese Verpflichtung (zur Entrichtung der Vergütung) bestellten Pfandrechte, Bürgschaften und Hypotheken bleiben bestehen.“ — BiSchG. § 35 Abs. 2.

³ BGB. §§ 618 Abs. 3. 628 Abs. 2. 642. HGB. § 70 Abs. 2. § 545. FIG. § 16 Abs. 4. § 21 Abs. 3. BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4. KO. § 22 Abs. 2. GewO. § 123 Abs. 3. § 124^b. S. auch S. 135². — Nach Oertmann, Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (1901) S. 37—42 (mit Hinweis auf Andere) ist der in Rede stehende Anspruch auf die Vergütung von Schadensersatzanspruch dadurch verschieden, dafs er kein Verschulden des Gegners voraussetzt, dafs nur der böswillig, nicht auch der fahrlässig ausgelassene Erwerb den Anspruch vermindert, und dafs dieser Anspruch möglicherweise nicht auf Geld und niemals auf Naturalherstellung geht. Allein die Gesetze reden von Schadensersatz oder Entschädigung, auch ohne Verschulden voraussetzen.

⁴ Vgl. Loewenfeld, Zur Lehre von den sog. entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften (1877) S. 23.

reciprok von ihm dem Arbeitnehmer eine Vermögenszuwendung gemacht wird¹.

Endlich stehen Arbeit und Vergütung im Arbeitsvertrag auch in rechtlicher Verkettung, indem Arbeits- und Vergütungszusage zu einem gegenseitigen Verträge zusammengeschlossen sind. Hiermit sind aber nach BGB. §§ 320—327 schwerwiegende Rechtsfolgen verknüpft sowohl für den Fall, daß die Vornahme einer dieser Leistungen verlangt wird, als für den Fall, daß diese Vornahme unmöglich geworden, als für den Fall, daß ein Verzug dabei eingetreten ist.

Angesichts der hervorragenden ökonomischen und juristischen Bedeutung, die dem Thatbestand zukommt, in welchem sich Arbeitszusage und Entgeltzusage zu einem gegenseitigen Verträge verschränken, ist es praktisch wie theoretisch gleich gerechtfertigt, in das Gebiet des Arbeitsvertrages nicht jeden Vertrag einzubeziehen, in dem Arbeit versprochen wird, sondern unter „Arbeitsvertrag“ nur den geschilderten gegenseitigen Vertrag zu verstehen. In diesem Sinne sind die Begriffsbestimmung und die Terminologie gehalten worden: Kap. 1 Nr. I. III. VII. Es handelt sich bei der Anerkennung dieser Grenzen, wenn man nur die wirklichen Hergänge im Auge behält, nicht etwa um Einengung eines Begriffs oder eines Terminus, sondern vielmehr um Fernhaltung einer Ausweitung, die weder der gemeinen Auffassung noch einem wissenschaftlichen Bedürfnis entspricht².

VIII. Auf daß sie Entgelt in einem Arbeitsvertrag, Gegenleistung im Verhältnis zur Arbeitsleistung sei, ist es für die Vergütung nicht genügend, mit Bezug auf eine dem Urheber der Vergütung zukommende Arbeit versprochen zu werden. Denn wer eine Arbeitsleistung unentgeltlich empfangen hat (ohne ausdrückliche oder stillschweigende Entgeltvereinbarung) und danach mit Bezug hierauf eine Leistung oder wiederkehrende Leistungen dem Urheber der Arbeit zusagt, verspricht damit nicht Entgelt. Seine Zuwendung ist nicht durch den nämlichen Vertrag vereinbart worden, aus welchem er die Arbeitsleistung empfangen hat. Der Konnex dieser Zuwendung und der Arbeit ist kein vertraglicher, kein Synallagma, daher diese Zuwendung nicht Entgelt in einem Arbeitsverträge sein kann. Ihrem Inhalt nach stellt sie sich vielmehr als remuneratorische Schenkung dar oder als Erfüllung einer Anstandspflicht, mag damit Schenkung (BGB. § 534)

¹ Zu diesem und dem vorigen Absatz s. die Vergleichung von Arbeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag oben S. 38—41 und die Distinktion von Entgelt und Sustentation oben S. 74/5.

² Anderer Meinung Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 172 Anm. 12 (vgl. oben S. 58¹).

oder Zahlung einer Naturschuld gegeben sein. Sind es wiederkehrende Leistungen, die in jener separaten Zuwendung versprochen wurden, so hat ein solcher Vertrag bei gehöriger Form als Schenkung (§§ 518. 520), insbesondere als Leibrentenvertrag (§§ 759—761) zu gelten. Die ebenerwähnte Leibrente bedarf aber noch einer besonderen Betrachtung. Denn da ihre Entrichtung anerkanntermassen auch Entgelt oder Gegenleistung sein kann, so kommt hierdurch ihr Verhältnis zur Vergütung beim Arbeitsvertrag in Frage, die ja ein Entgelt ist. Kann diese Vergütung eine Leibrente, kann ein Arbeitsvertrag Leibrentenvertrag sein?

Die im Arbeitsvertrag bedungene Vergütung kann (wie bekannt ist und noch erörtert werden soll: Abschn. II Kap. 1 Nr. I) in periodischen Leistungen bestehen. Diese Periodicität der Leistung ist ein wesentliches Merkmal der Leibrente: „es muß sich um eine bestimmte periodische Abgabe von Geld oder Naturalien handeln.“¹ Geradeso kann die Vergütung im Arbeitsvertrag aussehen. Die Dauer der Leibrentenpflicht ist im Zweifel die Lebensdauer des Gläubigers; aber sie kann auch auf das Leben des Schuldners oder auf eine gewisse Frist, z. B. von drei, fünf, zehn Jahren bemessen sein — ebenso die Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Man kann ferner, wie gelehrt wird, zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet sein, „gleichviel, auf welchem Rechtsgrunde die Verpflichtung beruht“². Möglich ist insbesondere, daß „die Verpflichtung zur Gewährung der Rente auf einem gegenseitigen Verträge beruht“³. Nach alledem sollte es auch möglich sein, die Leibrente gegen Arbeitsleistung zuzusagen, d. h. als Entgelt für Arbeit, in einem gegenseitigen Vertrag. Eine sehr große Zahl von Arbeitsverträgen würden bei schriftlicher Form zugleich Leibrentenverträge sein⁴. So z. B. der Vertrag, in dem der Fürst einen Leibarzt anstellt gegen eine Jahresrente, oder der Vertrag des Bankiers

¹ Dernburg, Bürgerliches Recht II § 201.

² Planck, Kommentar zum BGB., Vorbemerkung zu Buch 2, Abschn. 7, Titel 16. Oertmann, Kommentar, Vorbemerkung z. nämlichen Titel: „Alle überhaupt zur Entstehung eines Schuldverhältnisses ausreichenden Gründe sind auch für sie (die Leibrente) geeignet.“

³ Planck a. a. O. Dernburg a. a. O.: „Die Leibrente wird häufig durch ein Kaufgeschäft oder ein anderes entgeltliches Geschäft begründet . . .“

⁴ Dies gilt nicht von dem bei Stobbe, Deutsches Privatrecht III § 234 Anm. 4 erwähnten Fall, in dem der Rat von Liegnitz im Jahre 1481 einem Maler für Anfertigung eines Altarbildes 270 Gulden zusagt, davon 170 bar und statt der übrigen 100 eine jährliche Leibrente von 8 Gulden; denn hier tritt die Rentenschuld an die Stelle einer Kapitalschuld.

mit dem Buchhalter gegen eine Quartalarrente, oder der Vertrag des Fabrikanten mit dem Werkführer gegen eine Monatsrente. Haben wir es hier mit Leibrenten zu thun, so gilt BGB. § 760, womit merkwürdige Konsequenzen ausgesprochen sind.

Das BGB. steht dieser Annahme insofern nicht im Wege, als es den Begriff der Leibrente nicht bestimmt. Gangbare Definitionen des Leibrentenvertrags, wie die von Planck, Cosack, Stobbe, sind mit dieser Annahme ebenso verträglich¹.

Erst wenn man, für den Fall die Leibrente Gegenleistung ist, eine rentable Leistung an den Rentenschuldner zur Voraussetzung der Rentenschuld macht — die Arbeit ist nicht eine rentable Leistung —, gelangt man zu einem anderen, einleuchtenden Ergebnis. Wenn man das Recht auf die Rente, wo es nicht schenkungsweise gewährt wird, unter Lebenden nur durch Kapitalzahlung oder Übertragung eines Vermögensstückes auf den Rentenschuldner begründet werden läßt, bloß dann ist es möglich, den Arbeitsvertrag mit periodischer Entgeltleistung vom Rentenvertrag so zu unterscheiden, daß sie nicht zusammenfallen können². Dann kann der Arbeitsvertrag niemals Leibrentenvertrag, der Leibrentenvertrag niemals Arbeitsvertrag sein, weil nämlich im Arbeitsvertrag der Entgelt für Arbeit zugesagt wird, wogegen die durch BGB. geregelte Leibrente nicht Entgelt für Arbeit sein kann (vgl. S. 87²)³.

¹ Planck a. a. O.: „Man wird als Leibrentenvertrag den Vertrag bezeichnen können, durch welchen sich jemand verpflichtet, einem anderen für dessen Lebensdauer oder für einen kürzeren, jedoch längstens bis zum Tode des Berechtigten dauernden Zeitraum periodisch wiederkehrende Leistungen (Renten) zu gewähren.“ Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 96^a. Stobbe a. a. O.: „Geht bei einem auf Geben gerichteten Vertrag die Verpflichtung des Gebers nicht auf eine oder einzelne, sondern auf regelmäßige, wiederkehrende, insbesondere regelmäßige Geldleistungen, so liegt ein Rentenvertrag vor.“

² Vgl. Beseler, Deutsches Privatrecht § 129 bei Anm. 21. Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts I § 189 Anm. 2. 3. Der Satz bei Planck a. a. O.: „Regelmäßig wird ferner für die Verpflichtung zur Gewährung einer Rente eine Gegenleistung ausbedungen, die in einer Geldsumme (Rentenkapital) oder in einem in Geldwert angeschlagenen Gegenstande zu bestehen pflegt“ — ist zur Unterscheidung nicht hinreichend.

³ Nach Eccius, Der Leibrentenvertrag des BGB., in Gruchots Beiträgen z. Erläuterung d. deut. Rechts 45, 13, „wird alle Welt darüber einig sein, daß das Versprechen einer periodisch wiederkehrenden Leistung für eine in demselben Zeitraum zu verrichtende Arbeit . . . nicht als Rente bezeichnet werden kann“. Aber auch wenn die periodischen Leistungen der Vollbringung der Arbeit nach folgen, also in einen späteren Zeitraum fallen sollen, liegt kein Rentenversprechen vor. Daher ist nicht zutreffend der Satz (a. a. O. S. 15):

IX. Um Vergütung zu sein, muß die Leistung des Arbeitgebers fähig sein, zu entgelten, muß sie für den Arbeitnehmer eine Vermögenszuwendung sein (S. 149/50). So verschiedenartig die Vergütung ist (wie noch auszuführen sein wird: Nr. X), so besitzt sie doch allenthalben die Eigenschaft, Vermögenswert zu haben. Wo immer der Entgelt für Arbeit sich bei Arbeitsverträgen in den Gesetzen zeigt, ist auch seine Fähigkeit, sich in Geld veranschlagen zu lassen, anzutreffen. Diese Fähigkeit ist darum für eine wesentliche Eigenschaft jenes Entgelts zu halten. Auch wenn sie als Erfordernis von den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgestellt wird, ist sie doch als solches daraus zu erkennen, daß die Gesetze, wo sie von unserer Vergütung reden oder sie regeln, ihren Vermögenswert voraussetzen oder mit demselben operieren.

Dieses Verhalten der Gesetze bezeugen die folgenden Vorkommnisse. Wiederholt sprechen die Gesetze bei Arbeitsverträgen von der Höhe der Vergütung¹, was sich nur auf deren Wert und zwar, da wissenschaftlicher, ethischer oder ästhetischer nicht in Frage kommt, nur auf den ökonomischen Wert der Vergütung beziehen kann. Demgemäß kann die Vergütung taxierbar sein, ein Tarif oder eine Taxe für sie bestehen und danach eine taxmäßige Vergütung vorkommen², ist es ferner möglich, daß auf die Vergütung etwas angerechnet werde, namentlich ein Betrag, ein Wert, Kosten, Ersparnisse, Erwerbungen³, und daß die Vergütung und der auf sie gerichtete Anspruch herabgesetzt, gemindert oder geteilt werde,

„Der Vertrag, durch den eine Leibrente zugesichert wird, kann als Gegenleistung auch eine Arbeitshätigkeit, also auch jahrelang zu leistende Dienste bestimmen.“ Und wenn Eccius „nicht abzusehen vermag, wie man begründen soll, daß der Dienstvertrag mit Pensionsabrede durch diese Zusicherung nicht zugleich ein Leibrentenvertrag wird“, so ist zu erwidern, daß der Dienstvertrag nicht ein Leibrentenvertrag sein, daß aber mit seiner Eingehung die Eingehung eines Leibrentenvertrags verbunden werden kann, daß die Pensionsabrede im gedachten Fall ein solcher Leibrentenvertrag und zwar eine remuneratorische Schenkung ist, „durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird“ (BGB. § 534), daß daher nur die Pensionszusage einer Beurkundung bedarf.

¹ BGB. §§ 612. 632. 642. 653. 655 (hoher Maklerlohn). HGB. § 88 (Höhe der Provision) § 619. § 620 (Höhe der Fracht). § 741 (Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hilfslohnes); vgl. § 742. BiSchG. § 63 (Höhe der Fracht). § 94 (Höhe des Berge- oder Hilfslohnes). SeemO. (Erhöhung der Heuer).

² BGB. §§ 612. 632. 653. HGB. § 461. GewO. §§ 75*—80. KO. § 61 Nr. 4 (taxmäßige Gebührrnisse). EisenbahnVO. §§ 7. 11. 37.

³ BGB. §§ 615. 616. 617 Abs. 1 Satz 3. § 649. HGB. §§ 63. 586 vgl. 584. 588 Abs. 2. GewO. § 115 (Anrechnung bei der Lohnzahlung).

Teile der Vergütung berechnet werden¹. Auf die Vergütung als ökonomische Größe weisen auch hin Ausdrücke wie „feste Bezüge“ und „Betrag“², „Gehalt“, „Unterhalt“ und „Provision“³. Eine Vergütung kann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten sein, es giebt eine Rückerstattung zu viel erhobener Fracht⁴, und in der Vergütung kann (wie wir S. 139—40 gesehen haben) Ersatz von Auslagen begriffen sein, — was alles nicht möglich ist, ohne daß der Vergütung Vermögenswert zukommt. In der Arbeitsordnung festgesetzte Geldstrafen dürfen die Hälfte des durchschnittlichen Tagesarbeitsverdienstes nicht übersteigen; dieser aus der Vergütung bestehende Verdienst muß daher in Geld angeschlagen werden können⁵. Wiederholt finden wir genannt die „Heuer einschließlichs aller sonst bedungenen Vorteile“⁶, womit ökonomische gemeint sind, und das BeschlG. bestimmt in § 3: „Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen.“

Am unzweideutigsten und greifbarsten tritt die ökonomische Natur der Vergütung da hervor, wo die Vergütung in Geldleistung oder Geld besteht, der Inkarnation des wirtschaftlichen Wertes in der bürgerlichen Gesellschaft. In Gestalt des Geldes trifft man nicht bloß im Leben massenhaft die Vergütung an, man begegnet ihr auch unzähligmals in den Gesetzen⁷, wo diese mit Bezug auf die Vergütung in Arbeitsverträgen reden von Geld und Geldern, Lehrgeld, Kostgeld, Fahrgeld, Frachtgeld, Lagergeld, Lotsengeld, Personengeld, Überfahrts-

¹ BGB. §§ 628. 634. 645. 648. 655. 699. GewO. § 133^c Abs. 2. BiSchG § § 34. 39. 95. FIG. § 26. HGB. §§ 99. 580. 583. 584. 616 Abs. 4. 636 Abs. 1. 798. 800. Der Berge- oder Hilfslohn, der vertragliche Vergütung sein kann, kann ein Übermaß haben und auf ein gewisses Maß herabgesetzt werden: HGB. § 741 vgl. §§ 745—749.

² BGB. §§ 622. 627. GewO. § 183^a. — BiSchG. § 94 Abs. 4. FIG. § 25 Abs. 4. HGB. §§ 549. 744. 747. 797. GewO. § 184 Abs. 2. § 184^b Nr. 5. SeemO. §§ 25. 40. 41. 67. Gebührenordnung f. Rechtsanwälte § 93 Abs. 1.

³ HGB. §§ 63. 65. 68. 71 Nr. 2. 75. 88 („der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingang der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben“). 89. 396. 409. 410.

⁴ BGB. § 628 Abs. 1 a. E. HGB. § 470. EisenbahnVO. §§ 61. 62.

⁵ GewO. § 134^b Abs. 2. GewUVG. § 1 (Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt 3000 Mk. nicht übersteigend) vgl. §§ 6. 10. Der Betrag des ortsüblichen Tagelohnes ist fähig, zur Entschädigung, d. h. zur Deckung einer Vermögenseinbuße zu dienen: GewO. § 124^b.

⁶ HGB. §§ 546. 547. 553 Abs. 3. 554 Abs. 1.

⁷ Zur Veranschaulichung dessen im Hinblick auf die in Abschn. V Kap. 1 vorkommenden spärlichen Bestimmungen über Naturalvergütung sind im Folgenden mehr Belege beigebracht, als an sich erforderlich wäre.

geld¹, von Preis und Summe², von Zahlung, Be- und Auszahlung, Fort-, Voraus-, Nach-, Vorschufs- und Abschlagszahlung³. Endlich bei Lohn, Mäkler-, Schlepp-, Fuhr-, Boten-, Leichter-, Berge- und Hilfslohn, bei Gehalt, Honorar, Remuneration, Gebühren, Porto, Fracht, Fautfracht, Distanzfracht, Satz der Beförderungskosten, Heuer, Provision, Anteil am Jahresgewinn ist nach dem Zusammenhang, sei es allein, sei es vornehmlich an in Geld bestehende Vergütung gedacht⁴.

X. Die zuletzt erwähnte Geldvergütung ist zwar die am meisten vorkommende und darum von den Gesetzen vorzugsweise ins Auge gefasste, insofern die regelmässige, aber keineswegs die einzig mögliche Art der Vergütung im Arbeitsvertrag. Es kommen auch andere Arten der Vergütung thatsächlich vor, und es sind auch andere Arten

¹ BGB. § 641 („eine in Geld festgesetzte Vergütung“). § 196 Nr. 3. 10. § 346. BiSchG. §§ 77 Abs. 2. 102 Nr. 3. 104 Abs. 4. 112 Abs. 1. 117 Nr. 3. HGB. §§ 420. 440. 617. 666. 667. 670—672 („neben dem Überfahrtsgelde keine besondere Vergütung“). 677. 754 Nr. 4. 771. AuswG. §§ 28. 29. 32. KO. § 61 Nr. 1. Gesetz über die Zwangsversteigerung § 10 Nr. 2. Gesetz über das Postwesen § 25.

² AuswG. § 22 (Beförderungspreis). Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer (RGBl. 1898 S. 39) § 5 und sonst (Preis der Seebeförderung in Reichswährung, Fahrpreis). HGB. § 461 (Preisermässigung). § 624 (Summe). Beschlg. § 3 (oben S. 139). EisenbahnVO. §§ 7. 11. 12. 20 (Transportpreise, Preisermässigung, Fahrpreise).

³ BiSchG. §§ 24. 62. FIG. § 20. HGB. §§ 64. 75. 426 Nr. 7. 436. 438. 442. 445 Nr. 7. 470. 563 Abs. 3. 614. 616 („Güter für die Fracht an Zahlungsstatt annehmen“). 617. 618. 630. 633. 637. 638. GewO. §§ 115. 115^a. 116. 119^a. 124 Nr. 4. 134 Abs. 3. 134^b Nr. 2. SeemO. §§ 35. 39. 51. EisenbahnVO. § 8.

⁴ BiSchG. §§ 24. 62. 82 Nr. 2. 5. 104 Abs. 4. 117 Nr. 4. FIG. §§ 20. 25. 30 Nr. 5. BGB. § 196 Nr. 3. 8. 9. 13. 15. §§ 652—656. Reichsbeamtenengesetz § 16. HGB. §§ 64. 68 (Gehalt von mindestens 5000 Mk.). 75. 65. 88 (Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen). 245. 413. 426 Nr. 7. 438. 445 Nr. 7. 470. 549. 554. 563 Abs. 3. 582. 589. 614. 617. 630. 637. 638. 706 Nr. 2. Die aus den Dienst- und Heuerverträgen der Schiffsbesatzung herrührenden Forderungen gewähren die Rechte eines Schiffsgläubigers. Ein solcher hat an Schiff und Zubehör ein Pfandrecht, und dieses Pfandrecht gilt für Kapital und Zinsen (BiSchG. §§ 102. 103. 105. HGB. §§ 754. 755. 760). S. ferner HGB. §§ 778 bis 780. 797. 800. GewO. §§ 119^a. 124 Nr. 4. 134 Abs. 2. SeemO. §§ 35. 36. 39. 51. 69. 84. Gebührenordnung f. Rechtsanwälte, wonach die dem Rechtsanwalte zu leistende „Vergütung“ (§§ 1. 92. 93 vgl. § 20: „durch die Gebühr zu vergütende Thätigkeit“) eine Geldvergütung ist. InvVG. §§ 1. 3 (oben S. 18^a). Gesetz betr. die Abänderung der UnfallVG. § 20. Gesetz über das Postwesen § 25 und Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen (vom 20. Dez. 1898) Art. 1 Nr. III: „Zeitungsgebühr“. Vgl. auch oben S. 131 Nr. 1.

rechtlich zulässig. Es giebt wie Arten der Arbeit (S. 88 fg.) so Arten der Vergütung, und obwohl die Wirklichkeit keine so große Mannigfaltigkeit der Vergütung als der Arbeit bietet, so ist doch grundsätzlich das Gebiet der Vergütung größer; denn jede Leistung, welche zu entgelten fähig ist, vermag Vergütung zu sein (S. 71). Während die Leistung des Arbeitnehmers als Arbeit stets eine positive Handlung ist, etwas Aktives (S. 73), kann die Vergütung auch etwas Passives, eine Unterlassung sein. Der Satz 2 des § 241 BGB.: „Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen,“ trifft im Arbeitsvertrag zu nur für die Leistung des Arbeitgebers, nicht auch für die des Arbeitnehmers. Unterlassend kann der Arbeitgeber vergüten — daher solche Vergütung im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann — z. B. durch Nichterhebung einer ihm gegen den Arbeitnehmer zustehenden Schadensersatzklage, durch Nichteinforderung eines dem Arbeitnehmer gegebenen Darlehens oder dadurch, daß er sich der Ausübung einer in seinem Grundeigentum enthaltenen Befugnis zu Gunsten des Arbeitnehmers enthält.

Viel häufiger als die in negativem oder passivem Verhalten des Arbeitgebers bestehenden Vergütungen sind die in positiven Handlungen des Arbeitgebers bestehenden, welche ein Geben oder ein Thun, römischrechtlich ausgedrückt ein dare oder ein facere darstellen¹.

Hervorragend unter den in Geben bestehenden Vergütungen ist die S. 154 erwähnte Geldvergütung (Geldlohn, Gehalt u. s. w.). Diese ist nicht die einzige in Geben bestehende Vergütung; im Leben realisiert und gesetzlich vorgesehen sind noch andere. Gegeben werden als Entgelt können auch andere Sachen als Geld, namentlich Nahrungsmittel, ferner Sachnutzungen, namentlich Wohnung; und gegeben werden als Entgelt kann auch eine Gelegenheit zum Erwerb von Geld oder anderen Sachen, eine Erwerbs- oder Verdienstgelegenheit. Das Geben oder Gewähren solcher Gelegenheit ist von der vorhin angeführten Unterlassung deutlich verschieden, indem diese etwas Negatives, während die Gewährung einer Erwerbsgelegenheit etwas Positives ist, eine Handlung, die in Einräumung oder Erhaltung der faktischen Voraussetzungen des Erwerbs besteht, ohne doch als Arbeit gelten zu können (Abschn. V Kap. 4). In Geben bestehende Vergütung kann ferner sein die vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgende Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldnerverhältnisses, das von ihnen als zwischen ihnen bestehend vorausgesetzt wird. Im ersten

¹ Vgl. Savigny, Obligationenrecht I, 298. 299.

Fall anerkennt der Arbeitgeber, Schuldner des Arbeitnehmers zu sein, im zweiten Fall anerkennt er, nicht Gläubiger des Arbeitnehmers zu sein. Mit beiderlei Anerkennung wird dem Arbeitnehmer eine Leistung gemacht, die die Arbeit zu entgelten vermag¹. Wenn das Schuldverhältnis, dessen Nichtbestehen anerkannt wird, wirklich besteht, so erlischt es durch jene Anerkennung². Hier empfängt der Arbeitnehmer in der Befreiung vom Schuldverhältnis den Entgelt für die Arbeit. Das nämliche ist da der Fall, wo der Arbeitgeber eine ihm gegenüber bestehende Schuld des Arbeitnehmers diesem entgeltlich, d. h. für dessen Arbeit erläßt³. Die Arbeitsverträge, in denen Anerkennung oder Erlaß als Vergütung auftreten, werden — weil Anerkennungen und Erlasse seltener vorkommen denn Arbeit, und das Synallagma von Arbeit mit Anerkennung und Erlaß in der Masse von Arbeitsverträgen eine Rarität bildet — vom Juristen nach der auffallenden Entgeltsart als Anerkennungs- oder Erlaßverträge und nicht als Arbeitsverträge angesprochen werden. Die Entgeltzusage, die in Gestalt des Schuldanerkenntnisses erfolgt, bedarf zu ihrer Gültigkeit einer gewissen Form: BGB. § 781.

Die in Thun bestehende Vergütung stellt sich als Arbeit dar. Dafs Arbeit den Entgelt von Arbeit bilden könne, entspricht den Erfordernissen des Entgelts als einer Vermögenszuwendung (S. 153, vgl. 82 al. 2) und ist mit dem Begriff des Arbeitsvertrags (Kap. 1) vereinbar. Auch ist diese Art der Vergütung im Leben nicht selten anzutreffen. Wo der in Rede stehende Thatbestand vorliegt, lassen sich die Parteien nicht mehr absolut als Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterscheiden; vielmehr ist jeder Teilnehmer beides, er ist Arbeitgeber in Ansehung der Arbeit, die ihm zu leisten ist, und zugleich Arbeitnehmer in Ansehung der Arbeit, die er zu leisten hat. Diese logischen oder terminologischen Konsequenzen können dem Vorkommen und der rechtlichen Wirksamkeit jenes Thatbestandes nichts anhaben. Selbst über das „primäre Erfordernis eines entgeltlichen, auf den Tausch von Leistung um Leistung gerichteten Geschäftes, die quali-

¹ BGB. § 812 Abs. 2: „Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.“

² BGB. § 397 Abs. 2: „Das gleiche (nämlich Erlöschen des Schuldverhältnisses) gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dafs das Schuldverhältnis nicht besteht.“

³ BGB. § 397 Abs. 1: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt.“

tative Verschiedenheit der beiderseitigen Leistungen“¹, kann sich unser Vertrag hinwegsetzen. Denn wenn ein Bauer dem anderen verspricht, ihm bei der Heuernte zu helfen, d. h. Arbeit zu leisten, und sich als Entgelt dafür ausbedingt, daß ihm selbst bei seiner Heuernte der andere behülflich sei, so ist dies ein Arbeitsvertrag — nimmermehr eine Gesellschaft, weil der gemeinsame Zweck fehlt (S. 39) — so gut, wie wenn sich der Bauer für seine Arbeit einen Geldlohn ausbedungen hätte.

So weit wie in diesem Falle braucht die Gleichartigkeit der Arbeiten nicht zu gehen, wenn Arbeit und Arbeit in einem Arbeitsvertrag einander gegenübertreten. Annähernd ist es der Fall, wenn (wie man aus dem Regierungsbezirk Lüneburg berichtet) zwischen Bauern und Tagelöhnern vereinbart wird, daß zum Entgelt für die Handarbeit, die der Tagelöhner dem Bauer verrichtet, letzterer dem Tagelöhner auf dessen Feld Spanndienste zu leisten habe². Ferner übernimmt nicht selten ein Schiffskapitän die Beförderung einer mittellosen Person von einem amerikanischen Hafen nach einem europäischen. Diese Beförderung (nebst dem Unterhalt während derselben) soll nicht unentgeltlich gewährt, sondern von der zu befördernden Person, die anderer Entgeltmittel entbehrt, dadurch entgolten werden, daß sie während der Reise die Dienste eines Schiffsmannes leistet, „sich herüberarbeitet“³. Einen anderen hierhergehörigen Arbeitsvertrag bietet der vom Konzert- oder Theaterunternehmer mit dem Journalisten (Musik- oder Theaterreferenten) geschlossene, in welchem der erstere dem Schriftsteller, wie jedem anderen Konzert- oder Theaterbesucher, die Vorführung von Musik- oder Theaterstücken verspricht, während die Gegenleistung nicht, wie bei den anderen Konzert- und Theaterbesuchern, in Geld, sondern in Arbeit besteht, nämlich in der Abfassung des kritischen Berichts über die Vorstellung, den der Schriftsteller einer Zeitung liefern soll⁴.

Von den in Rede stehenden Arbeitsverträgen mit beiderseitiger

¹ „Denn ist die Leistung der Gegenpartei qualitativ der unserigen gleich, so liegt es näher, das Bedürfnis unmittelbar mit der eigenen als es mittelbar durch die fremde Leistung zu befriedigen.“ Loewenfeld, Zur Lehre von den sog. entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften S. 28.

² Verhältnisse der Ländarbeiter in Deutschland I, 207: „Manchmal ist einfach auch bestimmt, daß der Arbeiter für einen Spanntag zwei Handarbeitstage zu leisten hat.“

³ „Herüberarbeiter, d. h. Leute, die, ohne Seeleute zu sein, nur Dienste nehmen, um freie Überfahrt zu haben.“ Protokolle der Senatskommission für die Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen (1898) S. 169.

⁴ Vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht S. 240 al. 2.

Arbeitsleistung sind Vorgänge ganz verschieden, die man nach dem dafür gebräuchlichen Namen „System der Gegenarbeit“ für besonders zugehörig halten möchte¹. Diese Thatbestände kommen unter kapitalschwachen, aber unternehmungslustigen Handwerkern in manchen deutschen Städten zahlreich vor und haben eine große ökonomische Bedeutung, die hier nicht zu verfolgen ist. Am meisten sind sie im Baugewerbe anzutreffen, wo man den Hergang auch „Bauen auf Gegenrechnung“ oder „auf Gegenseitigkeit“ nennt², finden sich aber auch sonst, namentlich im Gewerbe des Wagenbaus³. Worum es sich beim Baugewerbe handelt, geht aus zwei den citierten Stellen entnommenen Berichten hervor: „Eine andere Art geschäftsmässiger Bauthätigkeit mit unzureichenden Mitteln ist das Bauen der Handwerker auf Gegenrechnung, bei welcher die Bauarbeit mit Arbeit statt mit Geld bezahlt wird. Der bauende Schreiner nimmt dem für ihn arbeitenden Schlosser oder Blechner das Versprechen ab, ihm bei einem zukünftigen, von diesem zu unternehmenden Baue die Arbeit zu übertragen.“ In einer anderen Schilderung der „Gegenarbeit“ im Baugewerbe heisst es: „dafs der Bauschreiner zugleich selbst Bauherr ist, und der Bauherr, dem er liefert, ein Bauhandwerk (Zimmererei, Dachdeckerei, Schlosserei, Klempnerei) betreibt oder Bauziegel fabriziert. Die Rechnung des Bauschreiners wird nur zum Teil in bar beglichen, zum Teil von dem Bauherrn durch geleistete Arbeit in seinem Handwerksbetriebe oder durch Ziegellieferungen gedeckt. Diese Art der Gegenarbeit verschafft dem Bauschreiner Kunden und ist, wofern die Barregulierung immerhin noch für einen erheblichen Bruchteil, z. B. für 75—50%, der Rechnung ausbedungen wird, weniger schädlich und gefährlich. Schädlich wird aber diese Regulierung durch Gegenarbeit, sobald die Barzahlung zurücktritt oder ganz verschwindet, da der Bauschreiner vor allem des Geldes zum Betriebe seines Gewerbes bedarf.“

Aus diesen Schilderungen mufs der Jurist den Eindruck gewinnen, dafs in den gedachten Fällen nicht auf gegenseitige Arbeit kontrahiert, sondern die für den einen Kontrahenten entstandene Geldforderung dadurch gänzlich oder teilweise befriedigt wird, dafs

¹ F. v. Schönebeck, Die Lage des Kleingewerbes in der Kölner Schreinerei, in: Lage des Handwerks in Deutschland (Schriften des Vereins für Sozialpolitik) I, 263. 270. 285. 304.

² A. Voigt, Das Kleingewerbe in Karlsruhe, Lage des Handwerks III, 72.

³ a. a. O. S. 150: „Ein anderes dabei befolgtes System ist das auf Gegenrechnung, wo der Schmied dem Wagner, dieser wieder dem Schmiede zu einem oder mehreren Wagen die Arbeit liefert und nur die Differenzen in bar ausgeglichen werden.“

ihm der Schuldner statt der Geldleistung eine Arbeitsleistung oder eine Lieferung macht. Die sogenannte Gegenarbeit ist dann nicht eine Leistung, zu der ihr Urheber verpflichtet ist, insofern keine Gegenleistung, sondern nur etwas, wozu er berechtigt ist, eine Leistung an Erfüllungsort: BGB. § 364.

Der Arbeit als Arbeitslohn wird in den Gesetzen, die den Arbeitsvertrag regeln, nicht eigens gedacht, auch nicht etwa in den allgemein lautenden Worten des BeschlG. § 3: „Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen.“ Hiermit ist die Arbeit als Vergütung darum nicht befaßt, weil Arbeit nicht mit Beschlag belegt werden kann. Dafs die Arbeit in den Gesetzen nicht besonders als Vergütung genannt ist, bedeutet keineswegs den gesetzlichen Ausschluß dieser Vergütungsart. Auch ist es für ihre Anwendbarkeit nicht von Belang, dafs z. B. beim Dienstvertrag im BGB. § 611 Abs. 2 gesagt ist: „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein,“ nicht aber „Dienste und Vergütungen jeder Art“. Dafs hier der Vergütung nicht gedacht wird, ergibt keine Schranke ihrer Verschiedenartigkeit. Das Gesetz hatte guten Grund, im Gefolge seiner obersten Regel für den Dienstvertrag (§ 611 Abs. 1) nur die prinzipiale Leistung, die Arbeit zu erwähnen, da sich bei der ungeheuren Mannigfaltigkeit der Arbeit Zweifel über das Geltungsgebiet jener Regel einstellen konnten.

Allein die Grenzen mancher Typen des Arbeitsvertrags sind in den Gesetzen so gezogen, dafs der Arbeitsvertrag, in welchem Arbeit und Arbeit als Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen, innerhalb jener Typen keinen Platz findet. Und dies gilt namentlich vom Dienstvertrag und vom Werkvertrag des BGB. Hier sind die zwei Parteien als Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschieden, und zwar sowohl im Thatbestand, nämlich den Leistungen, die sie einander zusagen, als in den Rechtsfolgen, die für jeden aus den Vereinbarungen entspringen. Den zwei Kontrahenten sind im Zusammenhang mit der Verschiedenheit ihrer Leistungen verschiedene Rechtsstellungen zugewiesen. In diesen gesetzlichen Rahmen paßt schlechterdings nicht ein Arbeitsvertrag, in dem jeder Kontrahent vermöge der Gleichartigkeit der von ihm zu machenden und der von ihm zu empfangenden Leistung die nämliche Rechtsstellung bekleidet wie sein Partner. Im „Dienstverhältnis“ des BGB. ist die Rechtsstellung des „zur Dienstleistung Verpflichteten“ in vielen und wichtigen Punkten von der Rechtsstellung des „Dienstberechtigten“ verschieden, und diese Verschiedenheit gehört zu diesem Dienstverhältnis. Hierdurch ist die Möglichkeit

ausgeschlossen, daß der Dienstberechtigte des BGB., der zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist, damit zu Dienstleistung verpflichtet sei: beim Dienstvertrag des BGB. kann die Vergütung nicht in Arbeit bestehen¹. Ebenso ist im Werkvertragsverhältnis des BGB. die Stellung des „Unternehmers“ in vielen und wichtigen Punkten von der des „Bestellers“ verschieden, und diese Verschiedenheit gehört zum Wesen dieses Verhältnisses. Damit ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß ein Werkvertrag des BGB. vorliege, wo die vereinbarten Leistungen gleichartig sind: beim Werkvertrag des BGB. kann die Vergütung nicht in Arbeit bestehen². Dem Werkvertrag wie dem Dienstvertrag des BGB. ist Verschiedenheit der Parteirollen wesentlich, und andererseits erfordern diese Verträge nicht eine bestimmte Art der Arbeit, an der der Arbeitnehmer kenntlich wäre. Wo daher die Unterscheidung der Parteien nicht gemacht werden kann, wo ein Paciscent so gut wie der andere als Arbeitgeber und ein Paciscent so gut wie der andere als Arbeitnehmer angesprochen werden kann, ist die für den Dienstvertrag wie die für den Werkvertrag vom BGB. gegebene Ordnung unanwendbar und undurchführbar³.

Wo hingegen ein Arbeitsvertrag so geartet ist, daß die dem Arbeitnehmer obliegende Arbeit nach dem diesen Vertrag regelnden Gesetz Arbeit von gewisser Art ist — z. B. im Mäklervertrag — besteht die Möglichkeit, denjenigen Kontrahenten, der die Arbeit der gewissen Art, die typische Arbeit zusagt, als den Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag des vorliegenden Typus zu erkennen, auch

¹ Wegen der „Arbeit“ des Dienstverpflichteten s. Kapitel 7 Nr. II.

² Wegen der „Arbeit“ des Unternehmers s. Kapitel 7 Nr. III.

³ Nach Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 142 besteht „kein Hindernis, die Vergütung auch in Gegendiensten auszubedingen“. Gewiß kann so ein gültiger Arbeitsvertrag zu Stande kommen, aber keiner, der ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag des BGB. ist. Düringer und Hachenburg, Kommentar zu HGB. § 76 erblicken im kaufmännischen Lehrvertrag einen Dienstvertrag mit beiderseitiger Verpflichtung zu Diensten. Ein solcher „Dienstvertrag“ ist keiner im Sinn des BGB. Nach Riezler, Werkvertrag S. 37 „kann als Vergütung (im Werkvertrag) selbst wieder ein Werk versprochen oder eine Verpflichtung zu Dienstleistungen übernommen werden“. Ersteres ist nach obigem Text mit dem BGB. unvereinbar. Letzteres würde einen Werkdienstvertrag oder Dienstwerkvertrag ergeben — Kentauren, die das BGB. ebenfalls nicht kennt. Bleibt nur die Annahme zweier Verträge, eines Werk- und eines Dienstvertrags, wobei der Besteller auch Dienstverpflichteter, der Unternehmer auch Dienstberechtigter wäre, jeder gegenüber dem anderen. Doch möchten wir für die Realisierbarkeit solcher Personalunion nicht einstehen.

wenn die ihm zugesagte Gegenleistung in Arbeit, nämlich in Arbeit anderer Art besteht.

Es ist ferner nach dem BGB. zulässig, daß der Dienstberechtigte oder der Besteller nebenbei zu einer Arbeitsleistung verbunden werde, wo dann seine Vergütung nicht in Arbeit besteht¹. Wenn nämlich durch die vom BGB. geforderte Verschiedenheit der Hauptleistungen die Parteien als Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter oder als Besteller und Unternehmer unterschieden sind, so wird dieser wesentliche Unterschied nicht dadurch aufgehoben, daß der Dienstberechtigte oder der Besteller nebensächlich auch Arbeit als Vergütung zu leisten hat. In ländlichen Arbeitsverhältnissen z. B., wo die Parteien als Arbeitnehmer und Arbeitgeber deutlich durch die Verschiedenheit ihrer Hauptleistungen privatrechtlich unterschieden sind — indem der eine nur Landarbeit, der andere Geld oder sonstige Güter zu leisten hat — ist es etwas Gewöhnliches, daß dem letzteren, dem Arbeitgeber, nebenher noch vertragsmäßig obliegt, bestimmte Arbeiten, wie gewisse Führen, Spannhilfe u. dgl. zu leisten: ein solches Rechtsverhältnis widerstrebt nicht dem Dienst- oder dem Werkvertrag des BGB.² —

Unter den Arten der Vergütung haben die Kontrahenten des Arbeitsvertrags in der Regel die Wahl, d. h. sie können bei Abschluss des Arbeitsvertrags vereinbaren, von welcher Art die Vergütung

¹ Wenn nach BGB. § 617 der Dienstberechtigte unter gewissen Voraussetzungen dem kranken Dienstverpflichteten „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ zu gewähren hat, so wird ihm zwar damit eine Pflicht zur Arbeit, wenn auch nicht persönlich zu verrichtender auferlegt, aber es wird in Abschnitt V Kapitel 1 zu zeigen sein, daß diese Arbeit nicht Vergütung ist. — Die nach § 618 Abs. 1. 2 dem Dienstberechtigten obliegenden Leistungen (der Einrichtung, Unterhaltung, Regelung u. s. w.) sind zwar Arbeiten — wie sie ja auch den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden können, den der Dienstberechtigte mit einem Vertreter oder Verwalter, z. B. Gutsinspektor, schließt — aber nicht Vergütungen, weil sie nur einer Beschädigung des Arbeitnehmers und einer Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers vorbeugen sollen. — Die Erteilung eines schriftlichen Zeugnisses durch den Dienstberechtigten (§ 630) ist eine Arbeit, aber keine im Vertrag vereinbarte Vergütung, daher keine Vergütung im hierher gehörigen Sinn. — Die Abnahme des Werkes durch den Besteller (§ 640) kann Arbeit sein; wo sie es ist, ist sie doch nicht Vergütung, schon weil sie nicht Vermögenszuwendung für den Arbeitnehmer ist.

² z. B. Landarbeiter in Deutschland I, 207. 209. II, 719. III, 15: „Es wurde schon erwähnt, daß, während der Instmann dem Gutsherrn seine persönliche Arbeitskraft zur Verfügung stellt, umgekehrt der Herr dem Instmann zur Feldbestellung die Gespannarbeit auf dessen Land leistet.“

sein soll — ihre Art ist eine der S. 129 erwähnten Entgeltbestimmungen. Diese Vertragsfreiheit kann beschränkt sein entweder durch eine gesetzliche Verfügung, vermöge deren (z. B. bei Beförderung von Personen und Gütern durch Eisenbahnen¹) nur Geldvergütung statthaft ist, oder durch einen Tarifvertrag, der den Umfang der Vergütung und damit auch deren Art festsetzt, oder der eine gewisse Art der Vergütung ausschließt².

Soweit die Vertragsfreiheit in Ansehung der Vergütungsart nicht beschränkt ist³, kann die Art der Vergütung auch stillschweigend vereinbart werden, namentlich sich aus den Umständen ergeben. Wer z. B. sich Arbeit auf der Stör ausbedingt, sichert damit dem Arbeitnehmer (neben der ausdrücklich zugesagten Geldvergütung) auch Verköstigung zu. Kost und Wohnung werden dem Arbeitnehmer stillschweigend versprochen, wenn er der vereinbarten Arbeit nach als Wirtschaftlerin, Dienstbote, Gutsinspektor gedungen wird. Wird dem Gastwirtsgehülfen kein Geldlohn oder Geldlohn von gewisser Geringfügigkeit gewährt, so wird damit als Vergütung auch die Gelegenheit zum Trinkgeldverdienst versprochen, selbst wenn diese Einkommensquelle im Vertrag nicht erwähnt worden ist⁴.

Ist von den Parteien keine Bestimmung über die Art der Vergütung (weder ausdrücklich noch stillschweigend) im Vertrag getroffen worden, so muß auch die Höhe der Vergütung unbestimmt geblieben sein: denn ihre Höhe läßt sich nicht ohne Angabe ihrer Art bestimmen. Wo aber die Höhe — sei es allein, sei es samt der Art — im Vertrag unbestimmt geblieben ist, greifen die unter Nr. IV besprochenen Regeln Platz, von denen mehrere auf Taxen, auf das Übliche oder auf den Ortsgebrauch als ergänzende Normen verweisen. —

Man kann alle Arten der Vergütung außer der Geldleistung, nämlich die anderen Gaben (S. 156), die Arbeiten (S. 157—162) und die Unterlassungen (S. 156) der Geldvergütung gegenüberstellen und unter dem Namen „Naturalvergütung“ oder „Naturallohn“

¹ EisenbahnverkehrsO. § 7.

² So ein Tarifvertrag, welcher Gewährung von Kost und Logis durch den Arbeitgeber abschafft.

³ Es soll in Abschnitt V Kapitel 2 gezeigt werden, daß das Truckverbot der GewO. § 115 zu diesen Schranken nicht gehört.

⁴ z. B. eine Münchner Kellnerin, die monatlich 8 Mk. bar und die Kost außer Frühstück erhält, aber monatlich 15 Mk. an das „Wassermädel“, und an den Wirt 6 Mk. für die „Krügelputzfrau“ nebst 2,10 Mk. als Kranken- und Invalidengeld entrichten muß.

zusammenfassen, wengleich in der Nationalökonomie diesen Bezeichnungen ein engerer Sinn beigelegt wird. Von der Unterlassung als Vergütung ist nichts besonderes zu sagen, die Arbeit als alleinige Vergütung ist im Vorausgehenden besprochen worden, und Erlaß wie Anerkennung sind nach dem S. 157 Bemerkten nicht beim Arbeitsvertrag zu erörtern. Zudem kommt diesen viererlei Leistungen nach Maßgabe der Frequenz ihres Vorkommens in Arbeitsverträgen nur ein untergeordnetes Interesse zu. Dagegen der übrige, größere Teil der Naturalvergütung ist wegen des bedeutenden Umfangs seiner praktischen Geltung und wegen gewisser ihn von der Geldvergütung unterscheidender Eigentümlichkeiten einer eingehenderen Betrachtung bedürftig, die ihm in der juristischen und ökonomischen Litteratur noch nicht zu teil geworden ist. Sie würde in den vorliegenden Zusammenhang nicht passen, und wird daher besonders — in Abschnitt V — angestellt werden.

XI. Nicht weniger wichtig als das unter Nr. X erörterte Was oder die Art der Vergütung sind einige andere Bestimmungen derselben, zunächst das Wieviel oder der Umfang der Vergütung. Die hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften sind schon in anderem Zusammenhang angeführt worden (S. 131—35). Was innerhalb der vom Recht gezogenen Schranken die Höhe der Vergütung beeinflusst, gehört nicht mehr dem Recht, sondern der Nationalökonomie an¹. Im Recht sind die zwei folgenden Unterschiede belangreich:

1. Der Betrag der Vergütung kann durch den Vertrag in dem ganzen Umfang bestimmt sein, in welchem sie die Gegenleistung der vereinbarten Arbeit bilden soll². Es kann aber auch der Betrag der Vergütung als Entgelt nur für einen gewissen Betrag der vereinbarten Arbeit festgesetzt sein, mag der Umfang der zu leistenden Arbeit zur Zeit der Vertragschließung feststehen oder nicht, und einerlei, wonach sich der Betrag der Arbeit bemißt, dem der Entgelt angepaßt wird. In diesem zweiten Fall wird die im Vertrag bestimmte Vergütung in ein Entgeltverhältnis nicht zur ganzen vertragmäßigen Arbeit gesetzt, sondern zu einem Bruchteil derselben³. In solchem Fall erscheint die

¹ Sie spricht von den „Bestimmungsgründen“ des Arbeitslohnes.

² z. B. für den ganzen Personen- oder Sachtransport von einem Ort zum andern, für das Haarschneiden, für die Theatervorstellung, für die vom Schiffer zu leitende Reise von Hamburg nach Rio.

³ z. B. Spielhonorar für (je) ein Auftreten während des zweijährigen Engagements, Lohn oder Honorar pro Stunde Maurerarbeit oder Musikunterricht, Lohn für das Nähen einer Jacke, deren eine unbestimmte Zahl während der Saison vom Arbeitnehmer zu nähen sind.

vereinbarte Vergütung als Lohneinheit oder als „Lohnsatz“: GewO. § 114^a Nr. 2.¹

2. Der Umfang der Vergütung wird im Vertrag entweder absolut oder relativ bestimmt. Mit diesen Ausdrücken ist natürlich nicht das Fehlen oder Dasein einer Beziehung zur Arbeit gemeint; denn als Entgelt muß die Vergütung im Verhältnis zur Arbeit bestimmt sein. Absolut bestimmt ist der Umfang der Vergütung, wenn er im Vertrag unabhängig ist von einer anderen Größe (als der Arbeit)²; relativ dagegen, wenn er noch durch eine andere Quantität bestimmt wird³. Diese Relativität kommt in zwei Arten vor. Entweder wird die Vergütung als Quote jener anderen Größe bestimmt, oder sie richtet sich nur sonst nach jener Größe, wie z. B. wenn die Arbeit des Verkaufs einer Sache ausbedungen und als Vergütung der Überschufs über einen gewissen Verkaufspreis zugesagt wird (ein Trödelvertrag). Die erstere Art relativer Bestimmung kommt in vielen Varietäten und unter verschiedenen Namen vor⁴. Da dieser Art der Quantitätsbestimmung des Entgeltes der sog. partiarischen Lohnung, in der letzten Zeit eine eingehende Behandlung zu teil geworden ist, so wird sie hier nicht weiter verfolgt⁵. —

Eine fernere wichtige Bestimmung ist das Wann oder die Zeit der Vergütung. Die Vergütungszeit oder Zahlungszeit ist die Zeit, zu welcher die Vergütung zu vollziehen ist. Sie gehört daher zu den Bestimmungen der Leistung des Arbeitgebers, zu den Entgeltbestimmungen (S. 129). Die Zahlungszeit bildet das Gegenstück der Arbeitszeit, die zu den Bestimmungen der Leistung des Arbeitnehmers gehört (S. 94). Die Zahlungszeit kann innerhalb oder außerhalb des Arbeitsvertrags, sie kann durch die Parteien oder durch eine von ihnen festgesetzt werden oder ohnedies von außen gegeben sein. Die Zahlungszeit ist von so großer, ökonomischer wie juristischer Bedeu-

¹ In dieser Weise auf eine Einheit der zu entgeltenden Leistung bezogen kann die Gegenleistung vorkommen auch beim Kauf (z. B. 200 Centner Kaffee à 100 Mk.) und bei der Miete (z. B. eine Wohnung zu 1000 Mk. per Jahr).

² wie in den S. 164 Anm. ² und ³ angeführten Beispielen der Fall ist.

³ Dieser Gegensatz fällt nicht zusammen mit dem Begriff der „festen Bezüge“ (BGB. §§ 622. 627. GewO. § 133^a) und seinem Gegenteil.

⁴ Vgl. oben S. 40, S. 131. HGB. §§ 237. 245 Abs. 1. SeemO. § 69. Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen, RGBl. 1899 S. 718: „Besteht das Gehalt oder der Arbeitsverdienst ganz oder zum Teil aus Anteilen an der Geschäftseinnahme oder am Geschäftsgewinn“.

⁵ Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 141—364. 396—509. Wegen hierher gehöriger Vorgänge im älteren deutschen Handwerk s. Stahl, Das deutsche Handwerk S. 332—34.

tung, daß sie einer einläßlichen Erörterung bedarf. Diese soll nicht stückweise hier und an anderen Stellen, sondern zusammenhängend im II. Abschnitt erfolgen. —

Was die Personen anlangt, die beim Entgelt in Frage kommen — für seine Vereinbarung und für deren Vollzug — stellt das Recht im allgemeinen nur das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf, und wo die Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, das Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Dieser Einwilligung bedarf es nicht, wo der Minderjährige (und seinesgleichen: BGB. § 114) „unbeschränkt geschäftsfähig“ geworden ist durch die in BGB. §§ 112. 113 geregelten Ermächtigungen, die wir in Kapitel 6 zu besprechen haben¹.

In BGB. § 113 Abs. 1 sind die Rechtsgeschäfte, welche „die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse² ergebenden Verpflichtungen betreffen“, besonders genannt; zu ihnen gehört jedenfalls der Vollzug der Vergütung, also die Mitwirkung bei demselben, die Empfangnahme. Nicht genannt sind die Erfüllungsgeschäfte in § 113 Abs. 4: „Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art“. Es kann jedoch gar nicht fraglich sein, daß sowohl die zweifellos nur für den einzelnen Fall erteilte Einwilligung zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, wie die im Zweifel als (allgemeine) Ermächtigung zur Eingehung derartiger Verhältnisse geltende Einwilligung des Vertreters den Minderjährigen auch zur Empfangnahme der Vergütung ermächtigt, als zu einem Rechtsgeschäft, das die Erfüllung der aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis folgenden Verpflichtung betrifft; denn die Ermächtigung „zur Eingehung von Verhältnissen“ ist Ermächtigung, „in Dienst oder in Arbeit zu treten“ und damit auch zu den Erfüllungsgeschäften.

Die Regeln des BGB. über die Ergänzung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger durch ihre gesetzlichen Vertreter können — soweit es sich um die Empfangnahme des Arbeitslohnes handelt — durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes nach GewO. § 119^a Abs. 2 Nr. 2 außer Kraft gesetzt werden³. Denn diese Behörden können festsetzen: „daß der von

¹ Dortselbst unter Nr. III überhaupt die Vertretung handlungsunfähiger Personen bei der Eingehung von Arbeitsverträgen.

² nämlich „Dienst- oder Arbeitsverhältnis der gestatteten Art“, d. h. der Art, auf die sich die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters bezieht.

³ Die Übertretung eines solchen Statuts ist in GewO. § 148 Nr. 13 mit Strafe bedroht.

minderjährigen Arbeitern verdiente Lohn an die Eltern oder Vormünder und nur mit deren schriftlicher Zustimmung oder nach deren Bescheinigung über den Empfang der letzten Lohnzahlung unmittelbar an die Minderjährigen gezahlt wird.“ Eine solche Festsetzung bezieht sich nur auf diejenigen Minderjährigen, die zu den gewerblichen Arbeitern des siebten Titels der GewO. gehören (nebst den von § 119^b gemeinten Hausindustriellen), und als solche einen Arbeitsvertrag geschlossen haben in einem vom Statut betroffenen Gewerbebetrieb. Wo ein solches Statut besteht, ist die von BGB. § 113 geregelte Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters nicht hinreichend, nämlich die Gültigkeit der Lohnzahlung an den Minderjährigen davon abhängig, daß dessen gesetzlicher Vertreter jener Lohnzahlung schriftlich zugestimmt oder den Empfang des zuletzt gezahlten Lohnes bescheinigt hat. Aufser dieser Erschwerung des Erwerbs der Geschäftsfähigkeit für den Empfang der Vergütung soll das Statut noch vorschreiben, daß der Lohn an den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen entrichtet werden kann, d. h. nicht an den Gläubiger, sondern an einen Dritten¹. Das Statut vermag nur festzusetzen, daß die Vergütung an den Dritten entrichtet werden kann mit der Wirkung der Erfüllung. Es vermag nicht den Minderjährigen seines Forderungsrechts zu Gunsten der Eltern oder Vormünder zu entkleiden, und es vermag auch nicht diese Personen neben dem Arbeitnehmer forderungsberechtigt zu machen².

Die Regel, daß die Vergütung dem Arbeitnehmer zu entrichten ist, wird im erörterten Fall durch eine einseitige (gesetzliche oder gesetzartige) Verfügung durchbrochen. Es kann ebenso durch eine Abrede zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestimmt werden, daß die Vergütung gänzlich oder teilweise an einen Dritten entrichtet werden könne oder entrichtet werden solle. Da hierdurch der Schuldner (Arbeitgeber) in den Stand gesetzt wird, sich durch Zahlung an einen Dritten zu liberieren und ebenso dem Dritten eine Einwirkung auf

¹ BGB. § 362 Abs. 2 gehört nicht hierher; denn die dort in Bezug genommenen Vorschriften des § 185 sind unanwendbar, weil der gesetzliche Vertreter mit seiner Empfangnahme nicht als „Nichtberechtigter“ über den Lohn verfügt.

² Die Zweckmäßigkeit der durch GewO. § 119^a Abs. 2 Nr. 2 zugelassenen statutarischen Bestimmungen ist oft in Abrede gestellt, und daher von dem Recht, solche Bestimmungen zu treffen, selten Gebrauch gemacht worden. Nach Nothhardt in Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft 55, 366 (1899) bestehen solche Bestimmungen in etwa 50 Gemeinden und 7 Kommunalverbänden. S. auch Jahresberichte der preufs. Gewerberäte für 1899 S. 71 (die jungen Leute zwingen ihre Eltern, die schriftliche Bescheinigung auszustellen).

die Schuld ermöglicht wird, so bildet eine solche Abrede eine Verfügung des Gläubigers über seine Forderung. Der Dritte wird durch diese Abrede Empfangsbevollmächtigter, so daß durch die an ihn bewirkte Entgeltleistung die Arbeitgeberverpflichtung erfüllt wird. Dies ist seine Stellung gegenüber dem Verhältnis des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer. Und was das Verhältnis des Dritten zum Arbeitnehmer anlangt, so kann der Dritte entweder verpflichtet sein, das Empfangene dem Arbeitnehmer herauszugeben oder berechtigt sein, das Empfangene zu behalten. Ein solches Recht kann ihm aus verschiedenen Gründen und namentlich darum eingeräumt worden sein, weil er selbst Gläubiger des Arbeitnehmers ist und das Empfangene für Rechnung seiner Forderung behalten soll: es soll zu seiner Sicherstellung oder Befriedigung dienen. In diesem Falle bildet die fragliche Übereinkunft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Verfügung des Arbeitnehmers über seine Lohnforderung zur Sicherstellung oder Befriedigung seines Gläubigers, und eine solche Verfügung kann nach dem BeschlG. § 2 Abs. 2 ungültig und ihre Realisierung durch Zahlung an Dritte nach GewO. §§ 115 a. 148 Nr. 13 strafbar sein¹.

Oft beruht die Gläubigerschaft des Empfangsbevollmächtigten darauf, daß dieser Dritte selber Arbeitnehmer des Arbeitnehmers ist und daher eine Lohnforderung hat². Wenn gar die aus diesem Arbeitsverhältnis zu leistende Arbeit vom Arbeitgeber des ersten Arbeitnehmers empfangen wird, und der erste Arbeitnehmer die ihm obliegende Arbeit von seinem (dem zweiten) Arbeitnehmer verrichten läßt (S. 171, 1), dann liegt die Abrede sehr nahe, daß die dem ersten geschuldete Vergütung an den zweiten verabfolgt werde — weil dies die Liberation zu zweier Schuldner zu bewirken vermag. Es verspricht z. B. der Zimmervermieter dem Mieter Bedienung, also Arbeit, wofür

¹ Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 66. Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie S. 30. — Im Gegensatz hierzu stehen die Fälle, da der empfangsbevollmächtigte Dritte nicht Gläubiger des Arbeitnehmers ist und das Empfangene schenkungsweise oder kreditweise behalten oder aber an den Arbeitnehmer herausgeben soll. Zu eng G. Meyer, Recht der Beschlagnahme S. 35, indem er die Rechtsgeschäfte des Arbeiters über den Lohn für zulässig erklärt nur „wenn über die Forderung selbst nicht verfügt wird, z. B. wenn der Arbeiter einen Dritten mit Erhebung des Lohnes beauftragt“.

² Daß auch in solchem Fall dem Dritten (z. B. einem Gehülfen des Arbeitnehmers) nach dem Beschlagnahmegesetz die Verfügung des Arbeitnehmers nicht zu Gute kommen soll, ist gewiß nicht immer eine billige Lösung der hier vorliegenden Interessenkollision.

der Arbeitgeber zehn Mark pro Monat bezahlen soll. Hier kann ausgemacht werden, daß diese Vergütung dem Dienstboten des Arbeitnehmers entrichtet werde. Der Dienstbote ist Arbeitnehmer des Arbeitnehmers und soll nach Übereinkunft die zehn Mark erhalten, und behalten als Entgelt für die Arbeit, die er seinem Arbeitgeber dadurch leistet, daß er die dessen Arbeitgeber (dem Mieter) geschuldete Arbeit verrichtet. Ein anderes Beispiel¹ bietet der Fuhrunternehmer, der als Vergütung für eine Fahrt sich zwei Beträge ausbedingt, wovon er den einen als Trinkgeld für den Kutscher bezeichnet. Nach der Übereinkunft zwischen ihm und dem Kutscher, mittels dessen er dem Fahrgast die Arbeit leistet, kann der Kutscher den als Trinkgeld bezeichneten, ihm vom Fahrgast entrichteten Betrag behalten für Rechnung der Entgeltforderung, die der Kutscher als Arbeitnehmer des Fuhrherrn gegen diesen hat. — In größerem Maße kommen Fälle der gedachten Art bei Submissionen des Staates oder der Gemeinden vor, indem hier durch allgemeine (namentlich ministerielle) Verfügung oder besondere Abrede diesen Arbeitgebern vorbehalten wird, für den Fall der Unternehmer mit der Belohnung seiner Gehülfen in Rückstand bleibt, diesen Gehülfen zur Tilgung ihrer Lohnforderungen die dem Unternehmer geschuldete Vergütung zu entrichten. Auch hier wird durch eine Leistung eine zwifache Befreiung bewirkt².

Man kann weiter fragen, ob durch die Abrede zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, nach welcher die Vergütung gänzlich oder teilweise einem Dritten entrichtet werden soll, auch ein Recht des dritten Empfangsbevollmächtigten gegen den Arbeitgeber begründet wird, ein Recht nämlich auf Entrichtung der Vergütung an den Dritten. Allein diese an der Hand von BGB. § 328 zu beantwortende Frage liegt außerhalb unseres Themas³. Hier kam es nur darauf an, zu zeigen, daß wie die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit statt vom Arbeitgeber von einem Dritten (S. 106 ff.), so auch der vereinbarte Entgelt statt vom Arbeitnehmer von einem Dritten mit Liberationswirkung in Empfang genommen werden kann.

Wie nun die beiden Leistungen (Arbeit und Vergütung) in Ansehung des Empfängers, d. h. der Person, bei der sie eingehen, oder der Eingangsperson, von der Regel abweichen können, daß die Arbeit vom Arbeitgeber und die Vergütung vom Arbeitnehmer empfangen wird, so können sie es auch in Ansehung der Ausgangs-

¹ auch angeführt bei Hellwig a. a. O. S. 52. 116.

² Arbeiterschutz bei Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen. Bericht des k. k. arbeitsstatist. Amtes (Wien 1900) S. IX. 94. 98. 99. 106.

³ Hierüber Hellwig a. a. O. S. 145—53.

person. Wir haben früher gesehen, daß die Arbeit nicht gänzlich und nicht hauptsächlich vom Arbeitnehmer verrichtet zu werden braucht, daß sie insofern von einer dritten Person ausgehen kann. Und die vorhin (S. 169) angeführten Beispiele können, von einer anderen Seite angesehen, auch zeigen, daß die Vergütung nicht, wie der Regel entspricht, vom Arbeitgeber auszugehen braucht, daß sie anstatt durch ihn, durch einen Dritten (der nicht Arbeitnehmer oder Angestellter des Arbeitgebers ist) entrichtet werden kann¹. Besonders oft kommt dies beim Frachtvertrag vor, indem nicht der Absender, d. i. der Arbeitgeber des Frachtführers, sondern ein Dritter, nämlich der Empfänger des Gutes, dem Frachtführer die Fracht bezahlt². Wo Arbeitnehmer oder Arbeitgeber eine juristische Person ist, z. B. Fiskus, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, ist wie die persönliche Verrichtung der Arbeit durch die juristische Person (S. 97), auch die persönliche Entrichtung und Entgegennahme der Vergütung durch die juristische Person unausführbar.

XII. Wegen der Entgeltzusage, des einen seiner zwei wesentlichen Bestandteile, kann (wie wegen der Arbeitszusage S. 110 ff.) der Arbeitsvertrag ungültig sein, indem er nicht, oder nicht so, wie unternommen, zu stande kommt oder aufrecht bleibt. Diese Ungültigkeit ist nach Umfang, Grad und Grund verschieden. Sie kann sich gründen auf die Größe (die relative oder absolute) der Vergütung, oder darauf, daß das Recht die Zusage einer Vergütung für gewisse Arbeiten nicht als verbindlich anerkennt, oder daß die Moral die Entrichtung einer Vergütung für gewisse Arbeiten, dieses Tauschverhältnis als solches reprobiert, also daß der Vertrag als gegen die guten Sitten verstößend rechtlich unwirksam ist.

1. Der Einfluß der Größe des Entgelts auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrages zeigt sich an folgenden Rechtssätzen:

a. Der Arbeitsvertrag ist nichtig, weil (neben anderen Voraussetzungen) die Vergütung zu klein oder niedrig ist im Verhältnis

¹ Bei der Vergütung kann diese Änderung der Ausgangsperson leichter wie bei der Arbeit vorkommen, weil sie meistens von der Art ist, daß ihre Vollbringung keine besondere Kraft oder Geschicklichkeit und keinen Einsatz der Person erfordert. Es ist danach auch anzunehmen, daß in BGB. § 1822 Nr. 7 unter den „persönlichen Leistungen“ Arbeiten und nicht Vergütungen zu verstehen sind. Vgl. § 1358 „in Person zu bewirkende Leistung“.

² Vgl. HGB. § 436. EisenbahnVO. § 61 Nr. 1. — Daß der Maklerlohn dem Handelsmakler von beiden Parteien, von jeder zur Hälfte, zu zahlen ist (HGB. § 99), gehört nach dem S. 109/10 Gesagten nicht hierher, da hier kein Dritter vorhanden, sondern jede Partei Arbeitgeber ist.

zum Wert der Arbeitsleistung¹. Nach BGB. § 138 Abs. 2 ist nichtig ein Rechtsgeschäft, „durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen“. Im Arbeitsvertrag läßt sich der Arbeitgeber, indem er sich Arbeit versprechen läßt, einen Vermögensvorteil versprechen (S. 82) für eine von ihm zu machende Leistung. Der Wert der letzteren braucht nicht so groß zu sein als der Vermögensvorteil, den ihm die Arbeit gewährt. Dieser Vorteil kann größer sein, worauf ja bei der Warenproduktion der legitime Gewinn des Kapitalisten beruht². Wenn jedoch dieses Übergewicht den vorliegenden Umständen nach ein auffälliges Mißverhältnis darstellt und wenn es daher rührt, daß der Arbeitgeber die Notlage, den Leichtsinns oder die Unerfahrenheit des Arbeitnehmers ausbeutet, so ist der Arbeitsvertrag nichtig. Da die Notlage, der Leichtsinns oder die Unerfahrenheit des einen Kontrahenten vom andern nicht bloß benutzt oder mißbraucht, sondern ausgebeutet werden muß, so ist erforderlich, daß der letztere sich jenes Zustandes des ersteren bewußt sei, ihn bei seiner Übervorteilung in Rechnung ziehe. Hingegen braucht der Übervorteilte selber nicht dessen bewußt zu sein, daß seine Notlage, sein Leichtsinns oder seine Unerfahrenheit vom andern ausgebeutet werde³. Der objektive und der subjektive Thatbestand des § 138 Abs. 2 ist im Gebiet des Arbeitsvertrags meistens da gegeben, wo die Nationalökonomie von Hungerlöhnen spricht⁴. Diese

¹ Soweit der nichtige Arbeitsvertrag vollzogen worden ist, hat die Herausgabe des danach „ohne rechtlichen Grund“ Erlangten zu erfolgen. Von seiten des Arbeitgebers besteht sie im Ersatz des Wertes der Arbeit: BGB. §§ 812, 818, vgl. 346 („der Wert zu vergüten“).

² Vgl. Lotmar, Unmoralischer Vertrag S. 93.

³ Vgl. Hölder, Kommentar zum BGB. § 138 S. 306, 307.

⁴ S. z. B. Lage des Handwerks II, 294: „Eine lediglich auf Ausbeutung spekulierende Institution ist in einem größeren Betriebe die Beschäftigung ‚lernender‘ Stepperinnen oder Vorrichterinnen; man legt frisch eintretenden Mädchen diese grundlose Bezeichnung bei, um sie mit 3—5,50 Mk. die Woche abzuspeisen.“ Blätter f. soz. Praxis v. 24. Mai 1894 S. 182 („Lohnhöhe und Wuchergesetz“). Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 11 S. 55. Unger, Entscheidungen des Gewerbegebers. Nr. 20. Weigert in Soz. Praxis V, 817/18. Frankenstein, Lage der Arbeiterinnen in den deutschen Großstädten (1888) S. 9—19, 27, 28. Hungerlöhne Berliner Heimarbeiterinnen nach dem statist. Jahrbuch der Stadt Berlin 1900 in Soz. Praxis X, 515. Hirschberg, Soziale Lage der arbeitenden Klassen in Berlin (1897) S. 232.

bilden so wenig eine seltene Erscheinung, daß sich vielmehr sagen läßt, ein großer Teil der heutigen wirtschaftlichen Produktion bestehe im Vollzug nach § 138 Abs. 2 nichtiger Arbeitsverträge¹. Demgegenüber könnte man darauf verweisen, daß gemäß dem Gesetz „den Umständen nach“ ein „auffälliges Mißverhältnis“ bestehen muß, woran es fehle, wo die gegebenen Hungerlöhne herkömmlich seien². Wenn aber „auffällig“ ist, was aufzufallen verdient (Hölder), und wenn die „Umstände“ ein dem gegebenen Fall entnommener Maßstab sind, so ist jener Ausweg nicht gangbar³.

b. Der Arbeitsvertrag ist nichtig, weil die Vergütung zu groß oder hoch ist im Verhältnis zum Wert der Arbeitsleistung, falls die übrigen Voraussetzungen des citierten § 138 Abs. 2 BGB. gegeben sind. Auch der Arbeitnehmer läßt sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen. Daß dieser Entgelt den Wert der Arbeit, d. h. dessen, was durch sie zugewendet wird, übersteigt, macht den Arbeitsvertrag nicht nichtig; auch ist zuzusehen, ob nicht dem Entgeltbetrag Ersatz für Auslagen beigemischt ist. Wenn jedoch der Entgelt diesen Wert der Arbeit dermaßen übersteigt, daß ein auffälliges Mißverhältnis entsteht, und wenn dies daher rührt, daß der Arbeitnehmer des Arbeitgebers Notlage, Leichtsinns oder Unerfahrenheit ausbeutet, so ist der Arbeitsvertrag nichtig⁴.

Vorgänge dieser Art sind besonders auf dem Gebiet der Stellenvermittlung anzutreffen, wo z. B. Dienstboten, Seeleute, Gastwirtsgehilfen und Schauspieler durch ihre Arbeitnehmer, die Mäkler, oft im Sinne des § 138 ausgebeutet werden⁵. GewO. § 75 a schließt die Anwendbarkeit des § 138 nicht aus, ebensowenig thut dies der hiernächst anzuführende § 655 BGB. Dieser bezieht sich nur auf die Vermittlung von Dienstverträgen und verfügt nur die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit, erfordert aber nicht die in § 138 beschriebene Ausbeutung⁶.

¹ Vgl. Lotmar, Unmoral. Vertrag Anm. 213. Steinbach, Moral als Schranke des Rechtserwerbs (1898) S. 17/8. Jastrow in Gewerbegericht VI, 137—39 und das nach § 138 Abs. 2 BGB. Nichtigkeit annehmende gewerbegerichtliche Urteil daselbst Sp. 142. 143.

² v. Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik und Lohntheorie (1900) S. 7: „oft genug wird man immer noch der Thatsache begegnen, daß es Hungerlöhne sind, die man als herkömmliche Löhne bezeichnet.“

³ Vgl. Stadthagen, Arbeiterrecht S. 130.

⁴ Hierher auch S. 171 Anm. 1.

⁵ Vgl. z. B. Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 18 S. 23 bis 25. Opet, Theaterrecht § 42 Anm. 18. Rosenstock, BGB. und Theaterrecht (1900) S. 25.

⁶ Nicht hierher braucht zu gehören Börsengesetz § 76. Danach wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geld bis zu 5000 Mk. bestraft, „wer

c. Wo die Merkmale des BGB. § 138 Abs. 2 nicht vorliegen, ist der Arbeitsvertrag wegen Übermäßigkeit des Entgeltes anfechtbar in folgenden Fällen:

α. Nach BGB. § 655¹. Ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn ist einer, der den Wert der Leistung des Maklers dermaßen übersteigt, daß ein Mißverhältnis entsteht; dabei ist etwa dem Maklerlohn beigemischter Auslagenersatz in Anschlag, d. h. in Abzug zu bringen. Für den Wert der Maklerleistung kommt in Anschlag der Vermögensvorteil, den der Dienstvertrag derjenigen Partei desselben gewährt, wegen welcher der Maklervertrag geschlossen wurde; den Maklervertrag kann eine Partei des Dienstvertrags oder ein Dritter (z. B. der Ehegatte) geschlossen haben. Das Mißverhältnis muß wie in § 138 „den Umständen nach vorhanden“, nur braucht es nicht ein „auffälliges“ zu sein und nicht von Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer herzurühren².

β. Nach HGB. § 741³. Wer sich Berge- oder Hilfslohn zusichern läßt, sagt damit seinerseits die Arbeit der Bergung oder Hilfsleistung zu. Auch bei diesem Arbeitsvertrag kommt es für die Anfechtbarkeit auf ein den Umständen nach vorhandenes Mißverhältnis an zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und dem als Entgelt versprochenen Vermögensvorteil. Der letztere muß (nach Abzug des als Ersatz für Aufwendungen zu berechnenden Betrags) ein erhebliches

für Mitteilungen in der Presse, durch welche auf den Börsenpreis eingewirkt werden soll, Vorteile gewährt oder verspricht oder sich gewähren oder versprechen läßt, welche in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen“. Denn der hier beschriebene Arbeitsvertrag wird oft nichtig sein nicht erst wegen des auffälligen Mißverhältnisses der Leistung und des Entgelts, sondern ohnedies wegen Moralwidrigkeit der Arbeitszusage: oben S. 115.

¹ „Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden . . .“

² S. z. B. die Arbeitsvermittlung im Fleischergewerbe: Soziale Praxis X, 338. Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 13 sagt ein Kellner: „Aber der Tarif hängt bloß an der Wand und wird nicht gehalten. Wir sind gänzlich in den Händen der Vermittler.“ Rosenstock a. a. O. S. 30.

³ „Wird noch während der Gefahr ein Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hilfslohns geschlossen, so kann der Vertrag wegen erheblichen Übermaßes der zugesicherten Vergütung angefochten und die Herabsetzung der letzteren auf das den Umständen entsprechende Maß verlangt werden.“ Eingehende, auch kasuistische Erörterung dieses Rechtssatzes bei Burchard, Bergung und Hilfeleistung in Seenot S. 106—170.

Übermaß enthalten. Der Vertrag wird in Seenot geschlossen, also daß jenes Mißverhältnis von Ausbeutung einer Notlage herrühren kann. Aber die Anfechtung des Vertrages führt zu keinem anderen Ergebnis, als seine Nichtigkeit haben würde¹. Denn die Anfechtung führt zur Herabsetzung der Vergütung auf das den Umständen entsprechende Maß. Bei Nichtigkeit des Vertrages würde eine Vereinbarung der Höhe des Berge- oder Hilfslohnes fehlen und danach Platz greifen § 742 (S. 132)².

γ. Nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 93 Abs. 4: „Hat der Rechtsanwalt durch den Vertragsschluß³ die Grenze der Mäßigung überschritten, so kann die durch Vertrag festgesetzte Vergütung im Prozeßwege, nach eingeholtem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer, bis auf den in diesem Gesetze bestimmten Betrag herabgesetzt werden.“ Die Worte „im Prozeßwege“ bedeuten die prozessuale Anfechtung. Die Grenze der Mäßigung ist überschritten, wenn der vom Arbeitnehmer (Rechtsanwalt) ausbedungene Vermögensvorteil den Wert seiner Leistungen dergestalt überschreitet, daß den Umständen nach ein Mißverhältnis im Wert von Leistung und Entgelt vorliegt. Dasselbe braucht nicht von Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Arbeitgebers herzurühren.

d. In den vorigen (unter c angeführten Fällen) ist der Arbeitsvertrag wegen der Größe des Entgelts nicht total, sondern partiell ungültig und zwar anfechtbar. Daneben giebt es Fälle partieller Nichtigkeit der Entgeltzusage:

α. Nach dem Gesetz betreffend Abänderung der Unfallversicherungsgesetze § 20 werden die Gebühren der Rechtsanwälte für deren Thätigkeit vor den Schiedsgerichten und dem Reichsversicherungsamte durch kaiserliche Verordnung festgesetzt. „Eine Vereinbarung über höhere Beträge ist nichtig.“ Die Entgeltvereinbarung ist nichtig, soweit der vereinbarte Betrag den verordnungsmäßigen überschreitet.

¹ Besprechung dieses kontroversen Punktes bei Burchard a. a. O. S. 133—170. Er bekämpft mit starken Gründen die Meinung des Reichsgerichts, daß das Übermaß sich richte nach den zur Zeit der Vertragsschließung obwaltenden und von den Kontrahenten veranschlagten Umständen. Auch unsere obige Darstellung verwirft diese Meinung.

² „In Ermangelung einer Vereinbarung ist die Höhe des Berge- oder Hilfslohns unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach billigem Ermessen in Geld festzusetzen.“ Vgl. §§ 744—747.

³ Gemeint ist der Abschluß eines Vertrags, in dem sich ein Rechtsanwalt, der nicht einer Partei zur Wahrnehmung ihrer Rechte beigeordnet oder als Verteidiger bestellt ist, für seine Berufsthätigkeit eine Vergütung ausbedingt, deren Betrag von dem der gesetzlichen Vergütung abweicht.

β. Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 7 erfolgt die Berechnung der Transportpreise nach Maßgabe der zu Recht bestehenden, gehörig veröffentlichten Tarife. „Jede Preisermäßigung oder sonstige Begünstigung gegenüber den Tarifen ist verboten und nichtig.“ Nichtig ist die Ermäßigung, so daß der Entgelt im größeren, dem Tarif entsprechenden Umfang geschuldet wird.

γ. Die GewO. handelt von Preisen und Taxen, welche von Verwaltungsbehörden oder von Privaten festgesetzt werden und letzterenfalls der Polizeibehörde mitzuteilen sind. Diese Festsetzungen beziehen sich größtenteils auf Vergütungen für gewerbliche Arbeiten, die durch Arbeitsverträge übernommen werden. Und es bestimmt GewO. § 79: „Die in den §§ 73—78 genannten Gewerbetreibenden sind berechtigt, die festgestellten Preise und Taxen zu ermäßigen.“ Indem hiermit eine Ermäßigung für den gegebenen Arbeitsvertrag gestattet wird, wird eine Erhöhung für unstatthaft erklärt. Die Entgeltvereinbarung ist, soweit sie im gegebenen Fall den taxmäßigen Betrag überschreitet, nichtig.

δ. Im VI. Abschnitt, der vom Tarifvertrag handelt, soll gezeigt werden, daß die in einem Tarifvertrage enthaltenen Festsetzungen der Löhne durch Arbeitsverträge von Parteien, die von jenem Tarifvertrag betroffen werden, nicht geändert werden können. Eine Erhöhung oder Erniedrigung des Lohnes gegenüber dem tarifmäßigen ist nichtig. Der dem Tarifvertrag entsprechende teilt sich dem gegebenen Arbeitsvertrag mit, und eine abweichende Vereinbarung kann gegenüber der generellen Festsetzung nicht durchdringen. —

2. Wenn das Gesetz die Entgeltzusage für unverbindlich erklärt, so kann, auch wenn die Arbeit rechtlich zulässig ist und daher unentgeltlich übernommen werden kann, ein Arbeitsvertrag nicht zu stande kommen. Mit der verbindlichen Vereinbarung des Entgelts fehlt dem Arbeitsvertrag ein wesentlicher Bestandteil. Hierher gehört BGB. § 656 Abs. 1 Satz 1: „Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet“¹. — Nach dem Postgesetz § 1 ist die Beförderung verschlossener Briefe zwischen mit Postanstalten versehenen Orten anders als durch die Post gegen Bezahlung verboten. Die Verein-

¹ Vgl. Lotmar, Unmoralischer Vertrag S. 75 mit Anm. 235. 236. S. 57/8. Kohler in Archiv für bürgerl. Recht XII, 317—36. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 389 Anm. 15. 16.

barung der Vergütung ist unverbindlich, danach kann ein Arbeitsvertrag über jene Beförderung nicht zu stande kommen (S. 113). — Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 1 ist den Bediensteten der Eisenbahnen die Annahme von Vergütungen für dienstliche Verrichtungen untersagt. Demgemäß ist die Vereinbarung solcher Vergütung ungültig, wodurch der Abschluss von Arbeitsverträgen über jene Verrichtungen unmöglich gemacht ist.

3. Wenn durch die Entgeltzusage ein unmoralischer Kausalverband (Zweckverhältnis, S. 149) zwischen einer gewissen Arbeit und Entgelt hergestellt wird, so bildet dieses Synallagma einen gegen die guten Sitten verstossenden Arbeitsvertrag¹ und ist darum nichtig, gemäß BGB. § 138 Abs. 1: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ Hier wird die Zusage eines Entgelts vom Gesetz nicht wie in den vorigen Fällen (Nr. 2) unmittelbar, sondern mittelbar reprobiert, nämlich unter Vermittlung der Moral. Denn wenn das Gesetz das gegen die Moral verstossende Geschäft wegen dieses Verstosses nicht anerkennt, so macht es seine eigene Verwerfung abhängig von der Verwerfung durch die Moral, und diese Verwerfung findet da statt, wo es als unmoralisch gilt, für eine gewisse Arbeit einen Entgelt auszubedingen oder zu versprechen. Dahin läßt sich nach S. 115/6 der Vertrag mit dem Claqueur und der mit dem Privatdetektiv zählen. Und den Vertrag eines Gläubigen mit einem Geistlichen auf Verrichtung priesterlicher Funktionen gegen Vergütung könnte derjenige hierherstellen, welcher moralischen Anstofs daran nimmt, dafs sie in das ökonomische und rechtliche Entgeltverhältnis gesetzt werden, das den Arbeitsvertrag ausmacht².

Viertes Kapitel.

Sachleistung neben Arbeit.

I. Die in den zwei letzten Kapiteln erörterten Vereinbarungen der Arbeit und des Entgelts bilden die wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags, weil sie keinem Vertrag fehlen dürfen, der ein Arbeitsvertrag sein soll, und weil andere Abreden zwar außerdem vorhanden sein können (Kap. 5), aber nicht vorhanden sein müssen.

¹ Vgl. Lotmar, Unmoral. Vertrag S. 73 Nr. 3.

² Vgl. Loewenfeld in den Gutachten aus dem Anwaltstand über den Entwurf I, Heft 10 S. 43 des Sonderabdrucks.

Hieran reiht sich die Frage, ob nicht auch gewisse andere Vereinbarungen fehlen müssen, damit ein Arbeitsvertrag gegeben sei. Und es zeigt sich in der That, daß für den Arbeitsvertrag das Dasein einer Vereinbarung von Arbeit gegen Entgelt zwar immer notwendig, aber insofern nicht immer genügend ist, als auch noch die Abwesenheit einer gewissen weiteren Vereinbarung erfordert wird (S. 33).

Der apriorischen Betrachtung bieten sich für das Recht gegenüber Thatbeständen der gedachten Art — daß nämlich gegen Entgelt neben Arbeit noch eine andere Leistung ausbedungen ist — dreierlei Verhaltensweisen dar. Das Recht kann erstens die zwei verschiedenen Leistungen desselben Schuldners als Gegenstände verschiedener Verträge behandeln, somit statt eines Vertrags zwei Verträge annehmen, einerlei, ob der Entgelt in der Übereinkunft auf die zwei Leistungen repartiert worden ist oder nicht; ob dabei die zwei Verträge als gleichgeordnet behandelt werden oder der eine als Nebenvertrag des anderen, bildet einen Unterschied zweiten Ranges. Das Recht kann zweitens, indem es die eine von den zwei verschiedenen Leistungen nur dreingehen läßt, den Thatbestand als einen Vertrag behandeln, und zwar (je nachdem es der Arbeit oder der anderen Leistung den Vorrang beimißt) als Arbeitsvertrag oder als einen der anderen Leistung entsprechenden Vertrag; der Thatbestand hat hier eine einfache Rechtswirkung. Und das Recht kann drittens den zwei verschiedenen Leistungen Rechnung tragen, ohne zwei Verträge anzunehmen, indem es den Thatbestand zwar als einen Vertrag behandelt, ihn aber nicht rein mit den Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags und auch nicht rein mit denen eines anderen Vertrags ausstattet. Bei der ersten Behandlungsweise darf man von Kumulation, bei der zweiten von Absorption, bei der dritten von Kombination reden. Die dritte kann als Abart der zweiten gelten, weil man es bei beiden nur mit einem Vertrage zu thun hat.

Ebenso kann man a priori erwarten, daß für die Wahl des Rechts unter den drei gedachten Behandlungsweisen das Verhältnis der Arbeit zu der anderen, neben ihr ausbedungenen Leistung maßgebend sein werde. Das Recht wird sich zuvörderst danach richten, ob ein innerer Zusammenhang zwischen den zweierlei Leistungen besteht, indem es da, wo nur eine äußere Verknüpfung vorliegt, keinen Anlaß hat, sich von der nächstliegenden Annahme zweier Verträge zu entfernen. Wo hingegen ein innerer Zusammenhang zwischen den Leistungen besteht, der sie gewissermaßen vereinheitlicht, indem die eine die andere ermöglicht oder fördert, wird sich das Recht für die Annahme eines Vertrages entscheiden. Ob es dann reine Absorption oder

Kombination eintreten, und welche von den zwei Leistungen es ersterenfalls durch die andere absorbiert werden, oder welche Rechtswirkung es letzterenfalls überwiegen lassen soll, könnte sich nach der Stellung richten, welche jede von den mehreren Leistungen in dem unter ihnen bestehenden Verhältnis einnimmt.

Ehe wir daran gehen, zu prüfen, inwieweit die vermuteten Entscheidungen von den Gesetzen getroffen werden, haben wir die Thatbestände selbst, um deren rechtliche Determinierung es sich handelt, näher ins Auge zu fassen.

II. Die komplizierten Thatbestände, die es hier näher zu betrachten gilt, haben ihre Komplikation darin, daß von seiten derjenigen Partei, welche die Entgeltzusage empfängt, eine Arbeitsleistung und eine Sachleistung versprochen wird. Würde nur Arbeit versprochen sein, so wäre zweifellos ein Arbeitsvertrag gegeben, und würde nur Sachleistung versprochen sein, so wäre ebenso zweifellos kein Arbeitsvertrag gegeben. Wird ferner der Vertrag mit jemandem geschlossen, der Sachen von der Art der zu leistenden nicht bloß selber aus seinen Stoffen herzustellen, sondern auch (von ihm oder anderen hergestellte) vorrätig und feil zu halten oder anzuschaffen pflegt, so kann ebensowohl Sachleistung und Arbeit als bloße Sachleistung vereinbart sein. Ist das erstere geschehen, dann ist die bloße Sachleistung (z. B. aus dem Vorrat) nur als Leistung an Erfüllungstatt zulässig; jedoch ist die Ablehnung dieser Erfüllungsart durch den Gläubiger nach BGB. § 226 (Chicaneverbot) unzulässig, wo die Erfüllung selber im faktischen Erfolg nicht verschieden sein würde. Der Vertrag kann aber auch so geschlossen werden, daß es dem Schuldner freistehen soll, nur Sachleistung zu machen oder mit Arbeit und Sachleistung zu erfüllen.

Die in diesem Kapitel zu besprechende neben der Arbeit auftretende Sachleistung ist entweder Hingabe einer Sache der Substanz nach, d. h. Verkaufserung, also Übergabe und Übereignung, wodurch der Empfänger Eigenbesitzer und Eigentümer werden soll. Oder die Sachleistung ist Hingabe einer Sache nur dem Gebrauch nach, bloß zum Gebrauch, Gebrauchsüberlassung, wodurch der Empfänger nur Besitzer oder Mitbesitzer werden soll, indem dem anderen der mittelbare Besitz verbleibt. Die Sachleistung wird dem Mitpascienten gemacht, auch wo er nicht ihr Empfänger ist; hierin kommt die Sachleistung mit der Arbeitsleistung überein (S. 106). Die Sachleistung könnte aus dem Vermögen eines Dritten stammen: hier aber wird immer vorausgesetzt, daß sie aus dem Vermögen ihres

Promittenten kommt, was das gewöhnliche ist. Die Sachleistung könnte unentgeltlich zugewandt werden; hier kommen nur die gewöhnlichen und juristisch interessanteren Fälle zur Sprache, wo die Sachleistung entgolten wird, sei es dafs ein besonderer Entgelt für sie festgesetzt wird neben dem für die Arbeit, sei es dafs nur eine Vergütung vereinbart wird, welche sowohl die Arbeit als die Sachleistung zu entgelten bestimmt ist.

Halten wir uns an das gewöhnliche Vorkommnis, dafs die Entgeltzusage in der Zusage einer Geldleistung besteht, so haben wir die neben der Arbeit zugesagte Sachleistung, da wo sie Veräußerung ist, als Verkäuferleistung und da wo sie Gebrauchsüberlassung ist, als Vermieterleistung anzusprechen. Es stehen danach hier Thatbestände in Frage, in denen mit einer Leistung, wie sie dem Arbeitnehmer obliegt, eine Verkäufer- oder eine Vermieterleistung konkurriert¹. Die Sachleistung, wo sie nicht blofs neben, sondern in innerem Zusammenhang mit der Arbeit steht, kann als **A u f w e n d u n g** auf die Arbeit, und danach die auf die Aufwendung bezügliche Vergütung als **E r s a t z** einer Aufwendung betrachtet werden (Kap. 3 Nr. VI); hingegen ist keineswegs jede vom Arbeitnehmer gemachte Aufwendung eine dem Arbeitgeber gemachte Sachleistung und eine hierhergehörige Verkäufer- oder Vermieterleistung². Dies ergibt sich aus der folgenden näheren Bestimmung der letzteren.

Zunächst von Sachleistung als Veräußerung und demgemäß von Verkäuferleistung kann nur da die Rede sein, wo eine Sache, d. i. nach dem BGB. ein körperlicher Gegenstand, zur Hingabe und Übereignung kommt³. Dem steht auch, richtig verstanden, § 651 BGB. nicht entgegen, der eine Konkurrenz von Arbeit und Sachleistung regelt. Freilich spricht § 651 im Eingang von Herstellung eines Werkes aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe und lehrt § 631, dafs die Herstellung eines Werkes durch den Unternehmer nicht die einer Sache zu sein braucht, sondern auch Herbeiführung eines anderern

¹ Man wird nicht einwenden, dafs doch auch das Verkaufen oder Vermieten Arbeit sei, ja nicht selten einen Beruf ausmache (S. 90); denn im vorliegenden Zusammenhang kommen diese Leistungen nur von seiten ihrer Rechtswirkung in Betracht. Darin stehen sie neben oder aufser der Arbeit. Auch das Zahlen ist Arbeit, wie der Kassier zeigt, und doch wird man vom Arbeitgeber, der Lohn verspricht, nicht sagen, er verspreche Arbeit.

² z. B. der Heimarbeiter, der die eigene Nähmaschine, der Schauspieler, der die eigene „moderne Tracht“ benutzt, der Handlungsreisende, der seine Gasthofrechnung bezahlt.

³ BGB. § 90: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.“

Arbeitserfolgs sein kann. Allein, durch den weiteren Inhalt des § 651 wird deutlich gemacht und außer Zweifel gestellt, daß zu der im Eingang des Paragraphen genannten Herstellung des Werkes die Herstellung einer Sache gehört, nur diese gemeint ist¹. Folgeweise kann der vom Unternehmer „zu beschaffende Stoff“, aus „dem das Werk herzustellen“ ist, nur Stoff im materiellen Sinn, seine Veräußerung an den Besteller nur Sachleistung im angegebenen Sinn sein. Wo daher z. B. ein Schriftsteller zusagt, eine Novelle oder ein Drama herzustellen aus einem von ihm selbst zu beschaffenden „Stoffe“, findet die uns beschäftigende Konkurrenz von Arbeitsleistung und Sachleistung nicht statt und kann auch von der Anwendung des § 651 nicht die Rede sein. Unsere Deutung wird durch Abs. 2 bestätigt. Es bezieht sich nämlich der ganze § 651 auf die Herstellung einer Sache, nicht bloß Abs. 1, sondern auch Abs. 2. Letzteres ergibt sich aus den Wendungen „nur“ und „ausschließlich“ in Abs. 2. Beschaffung von „Zuthaten oder sonstigen Nebensachen“ kann nichts anderes als Sachleistung sein; danach muß sich Abs. 1 auf Beschaffung der Hauptsache, somit auf Sachleistung beziehen. Wenn ferner im Fall von Abs. 2 „ausschließlich“ die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden, welche anderen Vorschriften sollten dann ausgeschlossen sein als die vorher genannten Kaufvorschriften, womit Vertrag auf Herstellung einer Sache vorausgesetzt ist, da an Herstellung eines Rechts nicht zu denken ist? So folgt denn auch aus Abs. 2, daß Abs. 1 Herstellung einer Sache und Veräußerung einer Sache als Sachleistung im Auge hat.

Wenn dies, wie gezeigt, für Abs. 2 zutrifft, so muß derselbe unanwendbar sein, „wenn es sich um die Beigabe materieller Zuthaten zu einem in der Hauptsache immateriellen Werke handelt“². In solchem Falle konkurrieren zwar Arbeit und Sachleistung, daß aber letztere absorbiert wird und nur Arbeitsvertrag gegeben ist, wird nicht durch § 651 Abs. 2 vorgeschrieben, sondern ist sonst zu begründen. Im Abs. 2 das Verhältnis von Zuthaten zum Werkvertrag überhaupt zu behandeln, lag kein Anlaß vor. —

Wo ferner zwar eine Gebrauchseinräumung stattfindet zum Zweck

¹ Nach den Worten „die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen“.

² Entgegengesetzter Meinung Riezler, *Werkvertrag* S. 64 mit dem Beispiel: „wenn der Anwalt, von dem ein Gutachten gefordert wird, dieses schriftlich abgibt und auf ihm gehöriges Papier schreibt“. Ein Gutachten ist keine Sache im Sinn des BGB. Wie Riezler schon Oertmann, *Kommentar* zu § 651.

der Arbeit, aber diese Arbeit vom Empfänger des Gebrauchs vollbracht wird, haben wir es mit keiner Komplikation, sondern mit einer einfachen Miete zu thun; so wenn einer vom Backofen des Bäckers gegen Entgelt Gebrauch macht, während die Backarbeit nicht vom Bäcker geleistet wird¹. Umgekehrt findet keine Vermieterleistung statt, wo derjenige, der die Arbeit leistet, im Alleinbesitz der Sache bleibt, die zur Arbeit gebraucht wird. Und dies geschieht tausendfältig, wo der Arbeitnehmer mit eigenen Werkzeugen, als beweglichen Sachen, arbeitet², wie auch in der wirklichen Lohnbäckerei³ und auch in der Kundenmüllerei⁴, wo der Arbeitnehmer überwiegend Immobilien zur Arbeit verwendet. Nicht anders steht es um den Inhaber eines Holzbearbeitungsgeschäfts, der mit seinen Maschinen sog. Maschinenlohnarbeit leistet⁵. Obwohl hier Preise „für Benutzung der verschiedenen Maschinen pro Stunde“ festgesetzt sind, so liegt doch,

¹ Es ist danach unrichtig, wenn Grieshammer in Lage des Handwerks II, 353 sagt: „Als die älteste Betriebsform der Bäckerei ist auch in Leipzig das Lohnwerk anzusehen, und zwar findet sich dasselbe hier noch im 17. Jahrhundert in einer sehr altertümlichen Gestalt: der Bäcker ist nur Eigentümer des Backofens und gestattet anderen gegen Vergütung die Benutzung desselben zum Ausbacken des Brotes, das vorher in den Haushaltungen zubereitet und ausgeformt worden ist.“ Der Bäcker hat hier gar keine Arbeit zugesagt. Unzutreffend ist danach auch die weitere Bemerkung: „Die Bäcker haben um diese Zeit (1453) also zu den Müllern in einem ähnlichen Verhältnisse gestanden wie bei der älteren Form des Lohnwerks das Publikum zu ihnen selbst: sie ließen in der Mühle durch ihre Gesellen das Getreide mahlen, wobei der Müller nur das Werk zur Verfügung stellte.“ Wegen des von ihm so genannten Lohnwerks s. Bücher, Handwörterbuch der Staatswissenschaften Art. Gewerbe § 7.

² z. B. Gewerbegericht IV, 95—97; davon, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber „Werkzeug zur Verfügung stellt“, kann weder in dem streitigen noch in den angeblich parallelen Fällen die Rede sein. Vielmehr behält der Arbeitnehmer allein die Verfügung. Ebenso irrtümlich ist es, hier von „Entschädigung“, „Entgelt“ oder „Vergütung für die Benutzung“ zu reden. Es handelt sich vielmehr nur um Ersatz von Aufwendung: Kapitel 4 Nr. VI.

³ Lage des Handwerks II, 388. III, 23. IX, 211: vor Sonn- und Feiertagen werden von den Kunden zubereitete Kuchen zum Ausbacken oder Fleisch zum Braten dem Bäcker übergeben.

⁴ „Während der Handelsmüller das Getreide zum Tagespreise einkauft und das Mehl, sei es im großen, sei es im kleinen, zum Tagespreise verkauft, mahlt der Kundenmüller das Getreide, welches ihm die Kunden bringen und erhält dafür von den Kunden eine meist ein für allemal feststehende Vergütung“: Kommission f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 4 S. 15. Lage des Handwerks IV, 232.

⁵ Vgl. Thurneysen, Das Münchener Schreinergerber (1897) S. 18. 62. 66. 102—107.

falls die bei jener „Benutzung“ unentbehrliche Arbeit der Maschinenleitung vom Geschäftsinhaber geleistet wird, bloßer Arbeitsvertrag und keine Vermieterleistung vor, weil dieser Inhaber den Besitz der Maschinen vollständig behält. Der Umstand, daß die maschinelle Leistung am Ergebnis einen hervorragenderen Anteil hat als die Arbeit der „Maschinenarbeiter“ (Gehülfen des Inhabers), und daß deren Löhne einen geringeren Teil der Preise ausmachen als die Amortisations- und Abnutzungskosten (Aufwendungen), erklärt es, daß mitunter von „Maschinenleihe“ gesprochen wird und die Preise auf die „Benutzung der Maschinen“ bezogen werden. Das Rechtsverhältnis ist das nämliche wie bei der Kundenmüllerei und daher der Ausdruck „Maschinenlohnarbeit“ zutreffend¹. Es ist nur Arbeit zugesagt, Arbeit besonderer Art, nämlich Verwendung gewisser effektvoller Maschinen. Nur wenn in Ermangelung von Maschinenarbeitern oder aus anderen Gründen dem Kunden selber, d. h. dem Schreiner oder den Schreinergehülfen, die Leitung der Maschinen überlassen wird, liegt Miete, aber dann nur Miete vor.

III. Wo die unter Nr. II näher definierten Thatbestände vorliegen — daß gegen Entgelt Arbeit und außerdem eine Verkäufer- oder eine Vermieterleistung oder beiderlei Leistungen (somit im ganzen drei) vereinbart sind — muß zuvörderst entschieden werden, ob man es mit mehreren Verträgen oder nur mit einem Vertrag zu thun hat. Diese Entscheidung ist für verschiedene hierhergehörige Thatbestände, und zwar die häufigsten und wichtigsten durch die Gesetze getroffen; für die übrigen muß sie generell durch die Wissenschaft und danach im gegebenen Fall durch das Gericht getroffen werden². Die gesetzlichen Entscheidungen können der Wissenschaft eine Wegleitung für die Beurteilung der vom Gesetz nicht geregelten Komplikationen bieten.

Die gesetzlichen Vorschriften kommen darin überein, daß sie nicht wegen der mehreren Leistungen mehrere Verträge, also nicht

¹ Vgl. Bücher a. a. O. § 21: „In der Regel geht bei ihnen das Produkt nicht in das Eigentum des Veredelungsunternehmers über, und man kann darum wohl (im Unterschied von Lohnwerk) von Lohnfabriken sprechen.“

² Womit natürlich nicht ausgeschlossen ist, daß der Richter im gegebenen Fall leiste, was der Wissenschaft obliegt, und danach so entscheide, wie es generell richtig ist. Dagegen die in theoretischen Erörterungen nicht selten anzutreffende Erklärung, der Richter habe nach den Umständen des Falles zu entscheiden, ist nicht bloß ein selbstverständliches Postulat, sondern eine Überwälzung der Aufgabe, wenn nicht gar eine Insolvenzerklärung der Theorie.

kumulativ Arbeitsvertrag und Kauf oder Miete, annehmen; vielmehr lassen sie eine Absorption eintreten, indem sie sich für Einheit des Vertrags entscheiden.

Hier folgt zunächst eine Übersicht der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, in erster Linie derjenigen, welche sich auf die Konkurrenz von Arbeit und Veräußerung (Verkaufserleistung) beziehen:

1. BGB. § 651 Abs. 1 Satz 1 und 2: Wo die Herstellung einer vertretbaren Sache gegen Entgelt dergestalt vereinbart wird, daß von der citierten Vorschrift abgesehen, ein Werkvertrag vorliegen würde, ist, wenn die Stoffbeschaffung dem Arbeitnehmer auferlegt wird, nur ein Vertrag und zwar ein Kauf und kein Arbeitsvertrag anzunehmen¹.

2. HGB. § 381 Abs. 2²: Die Vereinbarung, eine bewegliche Sache gegen Entgelt herzustellen aus einem vom Hersteller zu beschaffenden Stoffe, ist nur ein Vertrag und zwar kein Arbeitsvertrag, sondern ein Handelskauf, falls der Vertrag wenigstens für eine Partei ein Handelsgeschäft ist³.

3. HGB. § 406 Abs. 2: Das Kommissionsgeschäft, in dem ein Kommissionär oder ein anderer Kaufmann die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache verspricht oder ausbedingt, die aus einem vom Lieferanten zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, gilt als ein Vertrag und zwar als Kauf und nicht als Arbeitsvertrag. Demgemäß ist die Kommission zu einem solchen Vertrag eine Verkaufs- oder eine Einkaufskommission. Was hier für die nicht vertretbare Sache vorgeschrieben ist, gilt um so mehr (gemäß Nr. 1 und Nr. 2) von der vertretbaren.

4. BGB. § 675, § 670: Wird eine Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder durch einen Werkvertrag übernommen und dabei

¹ Ein Vertrag, auf den nach dem Gesetz „die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden“, und nur diese, ist ein Kauf.

² „Sie (nämlich die Vorschriften von HGB. Buch 3, Abschnitt 2 über den Warenkauf) finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.“ Hier ist zwar nicht ausgedrückt, daß als Hersteller der Sache der den Stoff beschaffende Unternehmer gemeint ist. Man ist aber über diesen Sinn einig. Grammatisch könnten Unternehmer und Hersteller verschiedene Personen und ersterer der Besteller sein; denn „Unternehmer“ ist im HGB. (s. z. B. § 2. § 3) keineswegs der Arbeitnehmer eines Werkvertrags.

³ Danach umfaßt z. B. der Ausdruck „Verkäufe“ in HGB. § 88 („Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittlung oder Abschließung von Verkäufen“) auch den obigen Thatbestand.

vom Arbeitnehmer eine Veräußerung an den Arbeitgeber zugesagt, die eine Aufwendung zum Zweck der Geschäftsbesorgung bildet, so ist nur ein Vertrag anzunehmen, und zwar nicht ein Kauf, sondern ein Arbeitsvertrag¹.

5. GewO. § 119^b bezieht sich auf den Vertrag des Gewerbetreibenden mit Hausindustriellen oder Heimarbeitern, d. h. mit Personen, welche gegen Entgelt „für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätten der letzteren mit der Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind, und zwar auch dann, wenn sie die Roh- und Hilfsstoffe selbst beschaffen“². Dieser Vertrag ist nur ein Vertrag, und zwar ein Arbeitsvertrag und kein Kauf. Dafür sprechen folgende Gründe: a) daß es nach den angeführten Gesetzesworten für die Rechtsstellung der Heimarbeiter gleichgültig ist, ob sie die Roh- und Hilfsstoffe selbst beschaffen oder nicht, d. h. ob sie neben der Arbeit auch eine Veräußerung machen oder nicht. Im letzteren Fall kann ja nur an Arbeitsvertrag gedacht werden; b) daß GewO. § 119^b „unter den in §§ 114^a bis 119^a bezeichneten Arbeitern“ auch jene Heimarbeiter verstanden wissen will; sie werden also vom Gesetz nur als Arbeitnehmer betrachtet; c) dasselbe ergibt sich aus GewO. § 125 Abs. 3, wonach die Heimarbeiter den Gesellen und Gehülfen für § 125 gleichstehen. — Auch die Versicherungsgesetze (Krankenversicherung § 2 Abs. 1 Nr. 4, Invalidenversicherung § 2 Abs. 1³, Gewerbe-Unfallversicherung § 5 sub b), wo sie von Hausgewerbetreibenden oder Hausindustriellen reden — die sie als „Unternehmer“ oder als „selbständige Gewerbetreibende“ bezeichnen, die in eigenen Betriebsstätten für Rechnung und im Auftrag anderer Gewerbetreibender mit der Herstellung oder Bearbeitung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt werden —, machen

¹ z. B. ein Brauereibesitzer muß seiner Gesundheit wegen ein halbes Jahr sein Geschäft verlassen und ein befreundeter Landwirt übernimmt gegen Entgelt die Fortführung der Brauerei und die Beschaffung der dazu erforderlichen Rohstoffe.

² Gemeint ist: Hauptstoffe und Hilfsstoffe. Denn Roh- und Hilfsstoffe bildet keinen Gegensatz, da die Hilfsstoffe auch Rohstoffe sein können. Die den Hilfsstoffen entgegengesetzten Hauptstoffe brauchen keine Rohstoffe zu sein, z. B. das Leder, das ein Logisarbeiter beschafft, der für ein Schuhkonfektionsgeschäft arbeitet: Lage des Handwerks II, 231 ff.

³ s. auch Bekanntmachung, betr. die Erstreckung der Versicherungspflicht nach dem Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz auf die Hausgewerbetreibenden der Tabakfabrikation, vom 16. Dezember 1891 (RGBl. S. 395). Bekanntmachung, betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung von Hausgewerbetreibenden der Textilindustrie, vom 1. März 1894 (RGBl. S. 324).

keinen Unterschied, ob diese Personen „die Roh- und Hilfsstoffe selbst beschaffen“ oder nicht¹.

6. BGB. § 651 Abs. 2: Wo die Herstellung einer Sache durch Werkvertrag vereinbart und dem Unternehmer die Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen auferlegt wird, ist nur ein Vertrag anzunehmen, und zwar ein Arbeitsvertrag (Werkvertrag) und kein Kauf.

7. BGB. § 651 Abs. 1 Satz 3: Wo die Herstellung einer unvertretbaren Sache gegen Entgelt dergestalt vereinbart wird, daß, von der citierten Vorschrift abgesehen, ein Werkvertrag vorliegen würde, ist, wenn die Stoffbeschaffung dem Arbeitnehmer auferlegt wird, nur ein Vertrag vorhanden, und zwar nicht ein Kauf, sondern ein Arbeitsvertrag, den man Werklieferungsvertrag nennen kann, weil in seiner Wirkung Rechtsfolgen des Kaufs mit solchen des Werkvertrags kombiniert sind².

Auf die Konkurrenz von Arbeit und Gebrauchsüberlassung (Vermieterleistung) beziehen sich die folgenden gesetzlichen Vorschriften:

8. BGB. § 675. § 670: Wird eine Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder einen Werkvertrag übernommen und dabei vom Arbeitnehmer als Sachleistung eine Gebrauchsüberlassung an den Arbeitgeber zugesagt, die eine Aufwendung zum Zweck der Geschäftsbesorgung bildet, so ist nur ein Vertrag anzunehmen und zwar nicht eine Miete, sondern ein Arbeitsvertrag³.

9. HGB. 3. Buch, 6. und 7. Abschnitt. 4. Buch, 4. Abschnitt. Binnenschiffahrtsges. 4. Abschnitt. Eisenbahnverkehrsordnung VIII: Wird ein Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zu Lande,

¹ Das GewGerG. § 4 macht allerdings einen Unterschied. Denn danach unterliegen die Streitigkeiten der Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibenden dem Gewerbegericht ohne weiteres nur, wenn die Rohstoffe oder Halbfabrikate von den Arbeitgebern geliefert werden. Werden sie von den Hausgewerbetreibenden selbst beschafft, so muß die Zuständigkeit des Gewerbegerichts durch das Statut bestimmt sein. Dies ist durch das Ortsstatut für die Stadt Berlin § 1 Nr. II geschehen. Nichtsdestoweniger werden die Verträge der Hausgewerbetreibenden in beiden Fällen nur als Arbeitsverträge angesehen, wie sich aus der Verweisung auf § 3 Nr. 1—3 in § 4 des Gesetzes ergibt.

² Wegen der Einheit des Vertrags (S. 177) ist trotz zweierlei Rechtswirkung dieser Vertrag hier und unten den Fällen der Absorption eingereiht worden.

³ z. B. ein ehemaliger Geschäftsinhaber übernimmt die Leitung eines fremden Geschäfts und überläßt dessen Inhaber aus dem ehemaligen eigenen Betrieb stammende Sachen zum Gebrauch für das Geschäft (Theaterfundus, Werkzeuge u. s. w.).

auf Binnengewässern oder zur See dergestalt geschlossen, daß der Frachtführer, Rheder, Schiffseigner oder die Eisenbahn das Beförderungs- oder Transportmittel¹ stellt und behufs Beladung zur Verfügung stellt, so wird zwar neben der Arbeit eine Gebrauchsüberlassung zugesagt, allein es ist nur ein Vertrag anzunehmen, und zwar nicht eine Miete, sondern ein Arbeitsvertrag.

Daß in den angeführten Thatbeständen die Arbeit der Beförderung zugesagt wird, ist offenbar, und daß daneben eine Vermieterleistung versprochen wird, nämlich die Einräumung des Gebrauchs einer Sache, kommt vielfach zum Ausdruck. Bezieht sich der Wasserfrachtvertrag nicht auf einzelne Güter (Stückgüter), so sagt man geradezu, das Schiff sei verfrachtet, das ganze, ein Bruchteil oder ein bestimmter Raum des Schiffes². Bei jeder Art von Seefrachtvertrag „hat der Verfrachter das Schiff in seetüchtigem Stande zu liefern“³. Beim Eisenbahntransport kann der Arbeitgeber in gewissen Grenzen die Benutzung anderer Wagen fordern, als im Tarif vorgesehen sind⁴. Es gehört zur Überlassung des Schiffsgebrauchs, daß das Schiff an eine vom Befrachter oder Absender bestimmte Stelle gelegt werde zur Aufnahme der Ladung⁵. Mit dieser Gebrauchsüberlassung hängt es zusammen, daß der Verfrachter keine Güter aufzunehmen braucht, die das Schiff in Gefahr bringen⁶. Dem Befrachter ist nicht bloß Beförderung der Güter versprochen, sondern auch der Gebrauch eines bestimmten Fahrzeugs eingeräumt. Daher ist der Verfrachter nicht befugt, auf eigene Faust die Güter in ein anderes Schiff umzuladen⁷, und daher tritt der Vertrag außer Kraft, sobald von diesem Fahrzeug kein Gebrauch gemacht werden kann⁸.

¹ HGB. § 453 Nr. 4. EisenbahnverkehrsO. § 6 Nr. 2.

² HGB. §§ 556—58. 587. 594. 603. 605. 617. BiSchG. §§ 27. 38. Vgl. auch HGB. § 676.

³ HGB. § 559, ebenso wie nach BGB. § 536 „der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen hat“.

⁴ EisenbahnVO. § 57. Decken für offene Wagen können „mietweise überlassen werden“: die Wagen selbst gelten nicht als vermietet, wenngleich sie zur Benutzung überlassen werden.

⁵ HGB. § 560, vgl. § 592. BiSchG. § 27, vgl. § 40. EisenbahnVO. § 56: „Bereitstellung der Wagen für solche Güter, deren Verladung der Absender selbst zu besorgen hat“.

⁶ HGB. §§ 563 Abs. 4. 564. BiSchG. § 45 Abs. 4.

⁷ HGB. § 565. BiSchG. § 44: hier unter der Voraussetzung, daß „die Beförderung mittelst eines bestimmten Schiffes bedungen ist“.

⁸ HGB. §§ 628—30. BiSchG. § 68; s. jedoch auch HGB. § 632 und BiSchG. § 70.

Der Arbeitnehmer, der die Beförderung der Güter versprochen und den Gebrauch seines Fahrzeuges überlassen hat, ist daran interessiert, der Verfügung über dasselbe nicht länger zu entbehren, als zur Beförderung der Güter nötig ist. Daher sind Ladezeit und Löszeit bestimmt ¹, giebt es einen Anspruch auf Liegegeld für Überliegezeit und einen auf Lagergeld oder Wagenstandgeld ², und daher ist der Arbeitnehmer befugt, wenn die Ablieferung der Güter behindert und dadurch die Verfügbarkeit seines Fahrzeugs verzögert wird, sich durch Hinterlegung der Güter den Gebrauch des Fahrzeugs wieder frei zu machen ³.

10. Eisenbahnverkehrsordnung III. HGB. 4. Buch, 5. Abschnitt. Auswanderungsgesetz: Im Vertrag, durch welchen die Beförderung von Personen in Eisenbahnwagen oder Seeschiffen gegen Entgelt übernommen wird, sagt die Eisenbahn oder der Rheder neben der Arbeit der Beförderung die Überlassung des Gebrauchs einer Sache zu; der Rheder überdies die Veräußerung von Sachen, nämlich von Nahrungsmitteln. Der Thatbestand bildet aber nicht eine Mehrheit von Verträgen, sondern nur einen Vertrag, und zwar einen Arbeitsvertrag, nicht eine Miete oder einen Kauf. Dafs im „Überfahrtsvertrag“ der Gebrauch des Schiffes versprochen wird, zeigt sich daran, dafs der Vertrag ausser Kraft tritt, wenn durch einen Zufall das Schiff verloren geht ⁴. Mit dem Gebrauch des Schiffes ist dem Reisenden „Wohnung“ zugesagt; es mufs ihm daher, wenn zur Ausbesserung des Schiffes die Reise unterbrochen wird, einstweilen eine andere Wohnung gewährt werden. [Ausser der Wohnung ist im Überfahrtsvertrag dem Reisenden „Beköstigung“ oder „Kost“ versprochen ⁵. „Verträge über die überseeische Beförderung von Auswanderern müssen auf Beförderung und Verpflegung bis zur Landung im aufereuropäischen Ausschiffungshafen gerichtet sein.“ ⁶ Durch den „Beförderungsvertrag“ ist der

¹ HGB. §§ 567 ff. 594 ff. BiSchG. §§ 29 ff. 38. 48 ff. Vgl. EisenbahnverkehrsO. § 56.

² HGB. §§ 440. 567 ff. 594 ff. BiSchG. §§ 30 ff. 49 ff. EisenbahnverkehrsO. §§ 56. 69.

³ HGB. §§ 437. 601. 604. BiSchG. § 52; s. auch § 36 Abs. 4. EisenbahnverkehrsO. § 70.

⁴ HGB. § 668.

⁵ HGB. § 671.

⁶ AuswG. § 25. Die Verpflegung umfasst z. B. die Überweisung einer „Schlafkoje mit Matratze, Kopfpfuhl und Schlafdecke zur Benutzung“: Bekanntmachung, betr. Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer, RGBl. 1898 S. 39 ff.

Unternehmer verpflichtet, bei einer Verzögerung der Beförderung dem Auswanderer, d. i. dem Arbeitgeber, „ohne besondere Vergütung Unterkunft und Verpflegung zu gewähren“, und die nämliche Verpflichtung hat er, wenn das Schiff die Reise fortzusetzen verhindert oder zu unterbrechen genötigt ist¹. Auch hat der Unternehmer dafür zu sorgen, daß das Schiff, dessen Gebrauch er einräumt, zum Gebrauch gehörig eingerichtet, ausgerüstet und verproviantiert sei². Im Vertrag über Personenbeförderung durch Eisenbahnen kommt neben der Arbeit nur Vermieterleistung in Frage. Hier ist die Rede von Beanspruchung, Anweisung, Bestellung und Einräumung von Plätzen und Wagenabteilungen. „Die Fahrkarten geben Anspruch auf Plätze in der entsprechenden Wagenklasse.“ „Einzelne bestimmte Plätze werden nicht verkauft (oben S. 45³). Eine Ausnahme ist nur für bestimmte Züge mit besonderen Einrichtungen und für besonders ausgestattete Wagen zulässig.“ Der Reisende kann „einen Platz belegen“ und „seines Anspruchs auf diesen Platz verlustig gehen“. In jedem Personenzuge müssen Abteilungen für Nichtraucher vorhanden sein. Dem Reisenden steht „der über oder unter seinem Sitzplatze befindliche Raum zur Unterbringung von Handgepäck zur Verfügung. Die Sitzplätze dürfen hierzu nicht verwendet werden“³. Auf diese und andere Weise findet sich die dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer neben der Arbeit gewährte Gebrauchsüberlassung geregelt.

IV. Die vorstehende Übersicht über die gesetzliche Regelung der Vereinbarung von Sachleistung neben Arbeit leistet der weiteren Verfolgung des Problems zwei wichtige Dienste. Sie liefert nämlich erstens die Erkenntnis, daß die gesetzliche Regelung der fraglichen Thatbestände unvollständig ist, und sie bietet zweitens einen Anhaltspunkt zur Beurteilung derjenigen Thatbestände, welche keiner gesetzlichen Regel unterfallen.

Was zunächst die Unvollständigkeit anlangt, so läßt das BGB., von der Arbeit der Geschäftsbesorgung abgesehen (S. 183 Nr. 4, S. 185 Nr. 8), ohne besondere Regelung die zahlreichen Fälle, in denen verabredet werden:

1. Arbeit und Veräußerung, ohne daß die Herstellung einer Sache vereinbart wird; sei es, daß nicht Herstellung einer

¹ AuswG. §§ 27. 30.

² AuswG. § 33.

³ EisenbahnverkehrsO. §§ 11. 13. 14. 17. 18. 20. 24. 28.

Sache¹. sei es, daß nicht Herstellung einer Sache vereinbart wird²;

2. Arbeit und Veräußerung, nämlich die Herstellung einer Sache aus vom Arbeitnehmer beschafftem Stoffe, wo jedoch, abgesehen von der Veräußerung, ein Dienstvertrag gegeben ist. Es wird schwerlich bezweifelt und seines Orts noch erhärtet werden, daß die Herstellung einer Sache eine durch Dienstvertrag zusagbare Arbeit ist. Daher muß, wo sich diese Möglichkeit verwirklicht, entschieden werden, welche rechtliche Bedeutung hier der Beschaffung des Stoffes (des Haupt- oder des Hilfsstoffes) durch den Arbeitnehmer zukommt;

3. Arbeit und Gebrauchstüberlassung³, namentlich auch Überlassung des Gebrauchs einer erst noch herzustellenden Sache.

Was sodann den Anhaltspunkt betrifft, den die unter III Nr. 1 bis 10 angeführten gesetzlichen Entscheidungen liefern, so hat man sich zu vergegenwärtigen, daß alle die komplizierten Thatbestände, die eine Regelung durch Gesetze gefunden haben, dabei nicht als eine Mehrheit von Verträgen behandelt werden, daß vielmehr nur ein Vertrag angenommen wird. Es werden nicht Arbeitsvertrag und Kauf und es werden nicht Arbeitsvertrag und Miete kumuliert, sondern es findet eine Absorption statt, die nur einen Vertrag übrig läßt. Dieser Quellenbefund gestattet nun keineswegs den Schluss, daß überall, wo für Entgelt Arbeit und Veräußerung oder Gebrauchstüberlassung vereinbart werden, Absorption eintreten müsse und Kumulation ausgeschlossen sei. Vielmehr hat man zuvörderst zuzusehen, ob die gesetzlich geregelten Komplikationen nicht ein gemeinsames Merkmal besitzen, welches den Anlaß zur Absorption giebt und danach für den Grund dieser gesetzlichen Behandlungsweise gehalten werden darf. Dieses Merkmal würde als Kriterium verwendet werden können,

¹ z. B. Vertrag mit einer Erziehungsanstalt über Ausbildung eines Kindes und Gewährung von Nahrung (nebst Wohnung) an dasselbe; Vertrag mit einer Heilanstalt über Heilung oder Operation eines Kranken und Gewährung von Arzneimitteln und Kost (nebst Wohnung). S. ferner oben S. 180.

² z. B. Vertrag mit einem Malermeister über Anstreichen eines Hauses und Beschaffung der dazu nötigen Farben; Verträge mit Veredelungsbetrieben, wie Gerbereien, Bleichereien, Färbereien, Zeugdruckereien, Appreturanstalten über gewisse Bearbeitungen von Fellen, Garnen oder Geweben und Beschaffung der dazu gehörigen Ingredienzien.

³ z. B. Reitunterricht mit vom Lehrer gestellten Pferden; Aufführung von Musik oder Theater mit Gewährung des geeigneten Raums und der Sitzgelegenheit zur Entgegennahme der Darbietung. — Zwei Kategorien solcher Fälle werden allerdings durch Spezialgesetze geregelt: oben S. 185 fg. unter Nr. 9 und 10.

indem man bei den nicht vom Gesetz betroffenen Thatbeständen bald Absorption, bald Kumulation annehmen würde, je nachdem sie jenes Merkmal tragen oder nicht.

Als gemeinsames Merkmal und Unterscheidungsmerkmal kann nicht die Einheit der Zeit betrachtet werden. Es findet freilich in den unter III angeführten Thatbeständen eine gewisse *unitas actus* statt, indem sozusagen gleichzeitig Arbeit und Veräußerung (vorzüglich Stoffbeschaffung) oder Arbeit und Gebrauchsüberlassung vereinbart werden. Auch darf man sagen, daß in vielen Fällen, wenn die Parteien eine Veräußerung oder eine Gebrauchsüberlassung vereinbart haben und nach einem Intervall von Stunden oder Tagen auch noch eine Arbeitsleistung verabreden, zum ersten ein zweiter Vertrag hinzukommt. Allein es kann auch bei Einheit der Zeit eine Mehrheit von Verträgen aufkommen, und wer sich in einem Atem gegen Entgelt die Ausbesserung alter und die Übereignung neuer Schuhe ausbedingt, schließt damit zwei Verträge ab. Auch die Einheitlichkeit des Entgeltes liefert keine zuverlässige Unterscheidung. Denn einerseits kann es sowohl bei Kumulation als bei Absorption vorkommen, daß zweierlei Vergütung oder zwei Vergütungsbeträge derselben Art versprochen werden. So kann dem Gärtner eine besondere Vergütung für die Bearbeitung des Gartens und eine besondere Vergütung für die von ihm zur Besetzung der Beete gelieferten Pflanzen versprochen werden: hier kommt, wie noch zu begründen, ein Kauf neben einen Arbeitsvertrag zu stehen. Ebenso kann aber auch in dem Kauf, den BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2, und in dem Werklieferungsvertrag, den Satz 3 bietet, die Vergütung repartiert, d. h. so bestimmt sein, daß ein gewisser Teil als Entgelt für den Stoff, z. B. den Marmor des Bildhauers, ausgesetzt wird. Das Gesetz schließt diese Kalkulation nicht aus, es macht die Absorption nicht von der Einheitlichkeit der Vergütung abhängig; Kauf oder Werklieferungsvertrag müssen daher auch bei Repartition der Vergütung angenommen werden¹. Andererseits kann sowohl bei Kumulation als bei Absorption einerlei Vergütung und ein einziger Vergütungsbetrag vorkommen. Denn

¹ Nach GewO. § 115 ist es den Gewerbetreibenden gestattet, den Arbeitern „Stoffe zu den ihnen übertragenen Arbeiten für den Betrag der durchschnittlichen Selbstkosten unter Anrechnung bei der Lohnzahlung (also kreditweise) zu verabfolgen“. Daß hier der Lohn repartiert ist, indem ein Teil auf den Stoff gerechnet wird, thut der Einheit des Vertrags keinen Abbruch. Freilich handelt es sich hier auch nicht um Beschaffung des Stoffes durch den Arbeiter, materiell nicht um eine Veräußerung, da er nur den ihm kreditweise verabfolgten zurückzugeben hat.

es sind zwei Verträge, wenn ein möbliertes Zimmer gegen Entgelt zum Gebrauch überlassen und dem Bewohner gegen Entgelt Bedienung versprochen wird, auch wenn Mietgeld und Arbeitslohn in einer Summe ausbedungen werden. Die nämliche Einheit (indem etwa die Summierung der Posten auferhalb des Vertrags und im Kopfe vor sich geht) findet sich gewöhnlich, wo die Absorption der einen Leistung durch die andere erfolgt, z. B. im Vertrag des Privatkunden mit dem Buchbinder¹.

Liefert sonach weder die Einheit der Zeit der Vertragschließung noch die Einheit des Entgeltes — die beide äußerliche Kennzeichen sind — einen brauchbaren Anhaltspunkt für die Entscheidung, ob Kumulation oder Absorption anzunehmen sei, so bietet sich wie von selbst als Kriterium das innere Verhältnis dar, in welchem die entgoltene Leistungen zu einander stehen². Dieses Verhältnis ist entweder das der relativen Selbständigkeit oder das der relativen Unselbständigkeit. Wo die Leistungen, obwohl nebeneinander ausbedungen, jede ihre Selbständigkeit gegenüber der anderen bewahren, bildet jede den Gegenstand eines besonderen Vertrags; wo dies nicht der Fall ist, findet Absorption statt, wie nachher an den maßgebenden, gesetzlich geregelten Fällen gezeigt werden soll.

Die Selbständigkeit der Leistungen, ihre Unabhängigkeit von einander besteht darin, daß die eine der anderen für den Vollzug nicht bedarf, nicht eine durch die andere ermöglicht wird, mag auch der Empfänger oder Gläubiger die eine um der anderen willen sich ausbedungen haben, weil seinem Interesse mit der einen allein nicht gedient ist. Hierdurch wird nichts daran geändert, daß jede isoliert durch den Schuldner vollzogen werden kann.

Diese ihre Selbständigkeit tritt da am unverkennbarsten hervor, wo die Leistungen zeitlich einander folgen: wie wenn jemand an der Theaterkasse sich eine Eintrittskarte zur Oper nebst einem Textbuch verabfolgen, vom Händler eine Nähmaschine oder ein Fahrrad liefern und Unterricht im Gebrauch erteilen, durch den Bauer Brennholz vom Marke vors Haus führen und daselbst zerkleinern und lagern, vom Weinhändler ein Faß Wein liefern und durch denselben (d. h. dessen Küfer) auf Flaschen ziehen, vom Fabrikanten einen Kochherd liefern und unter Fortnahme des alten setzen läßt. Alle die an erster Stelle

¹ Vgl. BeschlG. § 3: „Ist die Vergütung mit dem Preise oder Wert für Material oder mit dem Ersatz anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen . . .“ (oben S. 139).

² Nicht der Parteiwille, worauf Riezler, Werkvertrag S. 49, abstellt.

genannten Leistungen können für sich allein vom Schuldner bewirkt werden, obwohl sie zugleich mit den anderen vereinbart worden sind. Die Selbständigkeit der beiden Leistungen ist auch unabhängig davon, ob für jede ein besonderer Entgelt oder für beide zusammen ein Entgelt ausgemacht worden ist. Ja, auch wenn der Entgelt nur für die Sachleistung ausbedungen und von der anderen erklärt worden ist, daß sie „gratis“ oder „frei“ erfolgen solle¹, kann doch die andere den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bilden, da hier der Entgelt so bemessen zu sein pflegt, daß er ein Äquivalent für die Arbeit umfaßt.

Auch ohne die zeitliche Trennung, die die vorigen Beispiele zeigen, können die zusammen ausbedungenen Leistungen von einander unabhängig und damit Objekte besonderer Verträge sein. Dies ist z. B. der Fall, wenn gegen Entgelt Gärtnerarbeit und die Lieferung von Pflanzen ausbedungen ist, die im Verlauf jener Arbeit in die Beete einzusetzen sind, oder gegen Entgelt die Benutzung eines möblierten Zimmers und die Bedienung des Bewohners zugesagt ist, die also während jener Benutzung stattfinden soll, oder gegen Vergütung im Betrag von 10% des Kaufpreises einem Künstler vom Kunsthändler zugesichert wird die Benutzung der Räume des letzteren zur Ausstellung eines Bildes des Künstlers sowie die Vermittlung des Verkaufes oder der Abschluß des Verkaufs im Namen des Ausstellers. In diesen drei Fällen greifen zwar die Leistungen zeitlich ineinander und werden auch durch das Interesse ihres Empfängers zusammengehalten, allein es bedarf nicht die eine der anderen, jede kann für sich vollzogen werden.

In allen den angeführten Thatbeständen, in denen die faktische Selbständigkeit der konkurrierenden Leistungen die Absorption der einen durch die andere ausschließt, haben wir kumulativ Kauf und Arbeitsvertrag oder Miete und Arbeitsvertrag. Jeder der zwei Verträge hat seine eigenen Gültigkeitsbedingungen und Rechtswirkungen². Da die Absorption ausgeschlossen ist, so kann auch

¹ z. B. ein militärisches Proviantamt kauft Hafer und Stroh und vereinbart „freie Anfuhr“.

² z. B. wird der Mieter, der an der Ausübung des Gebrauchsrechts persönlich verhindert ist, zwar nicht von der Entrichtung des Mietzinses befreit (BGB. § 552), wohl aber braucht er, wenn ihm aus dem nämlichen Hinderungsgrunde die Bedienung nicht geleistet werden kann, die dafür ausgesetzte Vergütung nicht zu entrichten (§ 323). — Wenn wegen Verminderung der Tauglichkeit des Mietobjektes der Mietzins herabgesetzt wird (§ 537), so kann hiervon der für die Arbeit geschuldete Lohn unberührt bleiben. — Das Pfandrecht des Vermieters „an den eingebrachten Sachen des Mieters“ besteht nur „für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis“ (§ 559), nicht für seine

nicht von einer Kombination von Rechtswirkungen die Rede sein, welche anzunehmen der Jurist nicht autorisiert ist¹. Wohl aber können durch ausdrückliche oder durch stillschweigende Abrede die kumulierten Verträge in ein gewisses Korrespondenzverhältnis gesetzt sein². Daher kann z. B. die Wandelung des Weinkaufs zum Rücktritt vom Arbeitsvertrag führen, aus welchem die Abfüllung des Weines geleistet wurde; oder es kann mit der Endigung des Mietverhältnisses stets die Endigung des Arbeitsverhältnisses zusammenfallen, in welchem dem Mieter Bedienung zu leisten ist.

Zur Absorption hingegen der einen Leistung durch die andere oder zur Vereinheitlichung des Vertrags kommt es überall da, wo die Leistungen nicht bloß äußerlich zusammenhängen oder nur zeitlich einander folgen oder nur durch das Interesse des Empfängers zusammengehalten werden, sondern wo unter den Leistungen selbst ein Abhängigkeitsverhältnis (oben S. 191) besteht, die eine zur Vollziehung der anderen bedarf, indem sie durch die andere ermöglicht oder vervollständigt wird, mögen sie zeitlich getrennt sein oder nicht. Denn einen solchen inneren Zusammenhang gewahren wir in den gesetzlichen Fällen der Absorption: zunächst in den unter III Nr. 1—3. 5—7 angeführten Fällen, wo Sachen aus Stoff herzustellen und zu liefern sind, den der Hersteller beschaffen soll. Hier stehen Arbeit und Veräußerung nicht selbständig nebeneinander, sind vielmehr inhaltlich konfundiert, eine ist auf die andere angewiesen: die Arbeit kann nicht vollbracht werden, ohne daß die Stoffveräußerung in sie eingeht; der Stoff wird vom Arbeiter auf die Arbeit verwendet, und der Stoff kann nur in der Gestalt veräußert werden, die er durch die Arbeit erhalten hat. Stoff und Arbeit bilden die Ingredienzien einer einheitlichen Leistung, womit die Absorption des einen Bestandteils und die Annahme nur eines Vertrages indiziert ist. Ganz ähnlich steht es um die unter III Nr. 9 und 10 angeführten Fälle, wo als Arbeit ein Transport und daneben die Überlassung des Gebrauchs eines Fahrzeugs versprochen ist. Da der Transport mittelst dieses Fahrzeugs und die Benutzung des Fahrzeugs während und zum Zweck jenes Transportes geschehen soll, so sind die zwei Leistungen nicht selbständig, vielmehr auf einander angewiesen; die

Forderungen aus dem neben dem Mietverhältnis begründeten Arbeitsverhältnis.

¹ Ein aus Werkvertrag und Sachmiete „gemischter Vertrag“ (Planck, Kommentar zu BGB. § 651, 2, d) ist dem BGB. unbekannt.

² Ein solches ist gegeben, wo der eine Vertrag sich als Nebenvertrag zum anderen verhält (S. 177 al. 2).

erstere bedarf der letzteren, und die letztere wird nur zum Vollzug der ersteren gewährt; sie gehen dermaßen ineinander ein, daß es zur Absorption der einen und dadurch zur Annahme nur eines Vertrages kommt. Eine Unterordnung der einen unter die andere Leistung gewahren wir endlich auch in den Fällen Nr. 4 und 8: indem die Veräußerung oder die Gebrauchsüberlassung nicht bloß neben der Geschäftsbesorgung, sondern als Aufwendung zum Zweck der Geschäftsbesorgung vereinbart wird, ist die Geschäftsbesorgung als eine Leistung hingestellt, die nicht ohne jene Sachleistung zu vollbringen ist, während auch die Sachleistung nicht für sich zu machen, sondern in den Dienst der Geschäftsbesorgung gestellt ist, sie ermöglichen oder fördern soll. Sie wird daher von der Geschäftsbesorgung absorbiert, geht drein, also daß nur der Dienst- oder der Werkvertrag besteht, der die Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Das gleiche Ergebnis, daß nur dieser Arbeitsvertrag vorliegt, haben wir auch da, wo die Sachleistung, ohne als Leistung vom Arbeitnehmer versprochen worden zu sein, als zum Zweck der Geschäftsbesorgung erforderliche Aufwendung gemacht wird. Man darf daher, über die Geschäftsbesorgung hinausgehend, überall da eine Absorption der Sachleistung durch die Arbeit annehmen, wo die erstere sich als Aufwendung auf die letztere darstellt, indem sie diese vorbereitet, ermöglicht, fördert oder vervollständigt¹.

Und nach dem Vorbild der hier analysierten gesetzlichen Thatbestände sind, wie wir S. 189/90 begründet haben, diejenigen zu beurteilen, die gesetzlich nicht geregelt worden sind (S. 188); maßgebend für die Absorption ist das innere oder praktische Verhältnis der Unselbstständigkeit. Demgemäß muß, wenn ein kleines Kind einer sog. Haltefrau zur Pflege, ein Mädchen einem Töchterpensionat zur Er-

¹ z. B. Sachleistungen, die der Verwahrer im entgeltlichen Verwahrungsvertrag auf die Arbeit der Verwahrung macht: vgl. BGB. § 693. Es nimmt z. B. jemand gegen Entgelt ein Pferd für eine Woche in Verwahrung, dem er auch das Futter gewähren soll: es liegt nur ein Vertrag vor; die Verwahrung ist nicht ohne die Veräußerung ausführbar (vgl. 1 § 9 i. f. D. 16, 3: *cibaria praestabat — depositi actio est*). — Die „Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs“ (HGB. § 396 Abs. 2) ist Ersatz von Aufwendungen aus dem Arbeitsvertrag und nicht Mietzins. — Dem Makler sind nach BGB. § 652 Abs. 2 „Aufwendungen“ nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Wohnung, die der Stellenvermittler dem Gastwirtsgehülfen oder dem Schiffsmann gewährt, ist keine Aufwendung auf die Vermittlerarbeit. Hier findet keine Absorption statt: der Mietvertrag steht neben dem Maklervvertrag, die Gebrauchsüberlassung und die Arbeit sind von einander unabhängige Leistungen.

ziehung, ein Kranker einer Heilanstalt übergeben wird — in welchen Fällen neben Arbeit Sachleistung, nämlich die Gewährung von Wohnung und Kost, ausbedungen wird —, nur ein Vertrag angenommen werden, weil die Leistungen nicht selbständig nebeneinander stehen, vielmehr die Arbeiten ohne die außerdem zu machenden Leistungen nicht ausführbar sind. In Fällen dieser Art handelt es sich nicht um Herstellung einer Sache. Und nicht um Herstellung einer Sache handelt es sich einmal, wo Sachen zur Bearbeitung (Vernickelung, Vergoldung, Versilberung, Färbung, Appretur) hingegeben werden; die Veräußerung der diesen Sachen bei der Veredelung einverleibten Stoffe ist eine gegenüber der Arbeit unselbständige Leistung, die als auf die Arbeit gemachte Aufwendung von der Arbeitsleistung absorbiert wird. Nicht um Herstellung einer Sache handelt es sich ferner, wo die Veräußerung einer Sache und als Arbeit eine gewisse Änderung, Anpassung oder Auffrischung der Sache ausbedungen sind; hier soll die Sache nur als bearbeitete veräußert werden, so daß die Arbeit, als zur Vervollständigung der Sachleistung gehörend, dieser gegenüber der Selbständigkeit entbehrt: es findet darum keine Kumulation von Verträgen statt. Dasselbe gilt, wo zur Vervollständigung der Veräußerung der Sache eine Ausscheidung (Zählen, Messen, Wägen, Pflücken, Abschneiden, Fangen), ein Töten (z. B. des Fisches), ein Verpacken, ein Versenden an den Erfüllungsort gehört¹. Alle diese Arbeiten werden von der Sachleistung, die sie erst ermöglichen, oder vorbereiten, oder vervollständigen, absorbiert². Wiederum mit Herstellung von Sachen, nur nicht dem Gläubiger in Person zu übergebenden Sachen, haben wir es zu thun, wo Satz, Druck, Veröffentlichung und Verbreitung einer Annonce in einer Zeitung oder als Plakat vereinbart werden. Hier ist die Lieferung von Papier, Druckerschwärze, Kleister eine Reihe von Aufwendungen auf die zugesagte Arbeit, die durch diese Aufwendungen erst möglich gemacht wird.

¹ BGB. § 448 sagt: „Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens“, rechnet danach, wie im obigen Text geschehen, das Messen und Wägen zur Übergabe.

² Im Gegensatz zu dem Fall, wo die Sache an einen anderen als den Erfüllungsort transportiert werden soll; die damit, ausdrücklich oder stillschweigend, versprochene Arbeit ist zur Veräußerung nicht mehr erforderlich, ist neben derselben eine selbständige Leistung. Sie braucht daher nicht vollzogen zu sein, damit der Entgelt für die Sachleistung einwandfrei gefordert werden könne (BGB. § 320). Vgl. auch Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 160 Nr. 4.

Wenn das mehrerwähnte Abhängigkeitsverhältnis der im Thatbestand konkurrierenden Leistungen für die Absorption der einen entscheidend ist und zur Annahme nur eines Vertrages führt, so muß es für dieses Ergebnis gleichgültig sein, als was für ein Arbeitsvertrag die Ausbedingung entgeltlicher Arbeit anzusprechen sein würde, wenn nur Arbeit und nicht auch Sachleistung vereinbart wäre. Es hat sich ja auch bei den gesetzlich geregelten Fällen gezeigt, daß Gesetze die Absorption nicht bloß unter der Voraussetzung annehmen, daß, abgesehen von der Veräußerung, ein Werkvertrag gegeben ist. Auch ist schon vorhin (S. 194) ganz allgemein die Absorption für die Fälle befürwortet worden, in denen sich die Sachleistung als Aufwendung auf die neben ihr bedungene Arbeit darstellt. Nach alledem wird es nicht zweifelhaft sein, wie die S. 189 unter 2 erwähnte Komplikation zu beurteilen ist, deren das BGB. nicht gedenkt: der Vertrag über Herstellung von Sachen aus vom Hersteller zu beschaffendem Stoff, wo der Vertrag in Ansehung der Arbeit ein Dienstvertrag ist. Wenn es hier wieder, weil die Stoffleistung und die Arbeit von einander abhängig sind, die eine nicht ohne die andere vollzogen werden kann, zur Absorption kommt, so steht dem jener Dienstvertragscharakter nicht im Wege. Ebenso muß man dann aber auch entscheiden, wenn die Arbeit eine andere als die Herstellung von Sachen ist; und wenn zu entscheiden war, daß der Vertrag über die Veredelung hingegebener Sachen, der Vertrag über das Halten von Kostkindern, die Erziehung in Pensionaten, die Krankenpflege in Heilanstalten stets nur ein Vertrag ist, so kann diese Annahme nicht dadurch alteriert werden, daß die Arbeit durch einen Dienstvertrag ausbedungen worden ist. Wann dies der Fall ist, kann in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden. Hingegen die Frage, was für ein Vertrag überhaupt anzunehmen ist, wo es zur Absorption der einen Leistung bei Konkurrenz von Arbeit und Sachleistung kommt, soll nachher (unter V) eigens beantwortet werden.

Hier haben wir schliesslich (S. 189 Nr. 3) noch die Thatbestände zu betrachten, in denen entgeltlich Arbeit und Gebrauchsüberlassung nebeneinander zugesagt sind. Das BGB. gedenkt ihrer nicht (wenn man von der Arbeit der Geschäftsbesorgung absieht), und in den anderen Gesetzen ist nur die Personenbeförderung auf Eisenbahnen und Seeschiffen, sowie die Güterbeförderung berücksichtigt. Man hat daher außer anderweitigem Personentransport alle möglichen anderen Arbeiten in Betracht zu ziehen. Die große Mannigfaltigkeit dieser Vorkommnisse macht sie besonders geeignet zur Illustration unserer Entscheidung und zur Bewährung ihrer Brauchbarkeit.

Wenn der Besitzer eines bespannten Wagens sich darin von einem Anderen befördern läßt, so ist nur Arbeit (Kutschieren) ausbedungen. Wer, um selbst sich damit zu befördern, sich vom Besitzer jenen Wagen einräumen läßt, hat die Zusage nur einer Gebrauchsüberlassung empfangen. Wer aber sich ausbedingt, daß ihn der Wagenbesitzer selbst (oder durch einen Gehülfen) in jenem Wagen befördere, oder wer eine Droschke nimmt, in einen Omnibus, eine Straßenbahn einsteigt, läßt sich damit sowohl Arbeit als Gebrauchsüberlassung versprechen¹. Bei diesem letzten, komplizierten Thatbestand geht, wie in den Fällen unter III Nr. 9 und 10 die Überlassung des Fahrzeuggebrauchs drein², wird von der Arbeitsleistung absorbiert, da der Vollzug der letzteren die Gebrauchseinräumung erfordert, erst durch diese ermöglicht wird. Das Fuhrwerk soll nur während und behufs der Arbeit zum Gebrauch überlassen, die Arbeit nur mittelst dieses Fuhrwerks vollbracht werden. Die eine Leistung ist daher auf die andere angewiesen³. Beim Besuchsvertrag mit dem Theater-, Zirkus-, Konzertunternehmer wird von diesem die Arbeit der Produktion und zugleich die Überlassung eines Steh- oder Sitzplatzes zugesagt, von dem aus die Produktion wahrgenommen werden kann⁴. Es ist aber klar, daß die Darbietung der Produktion im geschlossenen

¹ An der Annahme dieser Komplikation wird man sich durch die Fassung von GewO. § 76 nicht irremachen lassen. Wenn danach die Polizeibehörde befugt ist, „für die Benutzung von Wagen, Pferden, Sänften, Gondeln und anderen Transportmitteln, welche öffentlich zum Gebrauch aufgestellt sind, Taxen festzusetzen“, so ist hier zwar der Arbeit der Kutscher, Pferdeführer, Träger, Gondoliere nicht gedacht, allein 1. war hier, wo es auf die Erteilung der Kompetenz zur Tarifierung ankam, privatrechtliche Vollständigkeit nicht geboten, und 2. ist in der That in den polizeilichen Taxen ein Unterschied gemacht, ob z. B. ein Pferd oder eine Gondel nur zur Benutzung überlassen, oder ob außerdem die Arbeit eines Führers, eines oder mehrerer Gondoliere versprochen wird.

² Der Gebrauch des Pferdes ist dem Fahrgast nicht überlassen, so wenig als der der Peitsche (S. 181 zu Anm. 2).

³ Bei Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 147, I, 4 findet sich folgender Fall angegeben: „A ‘mietet’ von B ein Segelboot zur Fahrt von Konstanz nach Lindau; B soll das Boot steuern.“ Hierzu wird bemerkt: „Ob dieser Vertrag wirklich eine Miete mit einer vom Vermieter übernommenen Nebeneistung und nicht vielmehr ein Werkvertrag ist, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden.“ Der angeführte ist ein „Einzelfall“. Wonach in einem solchen Fall zu entscheiden ist, wird nicht gesagt. Das Verhältnis der zwei Leistungen des B, nämlich der Arbeit (des Steuerns nach dem Wind) und der Gebrauchsüberlassung, ist hier das im obigen Text angegebene.

⁴ Auch die Benutzung noch anderer Teile des Lokals (Foyer, Restauration u. s. w.) wird überlassen.

Raum ohne Einräumung eines zur Entgegennahme geeigneten Platzes unmöglich ist¹, wie andererseits die Gebrauchsüberlassung nur zum Zweck der Assistenz bei der Vorstellung erfolgt, daß daher die eine Leistung im Verhältnis zur anderen unselbständig ist, was zur Absorption der einen führt². Im Vertrag mit dem Reitlehrer, der das beim Unterricht zu benutzende Pferd stellen soll, wird Arbeit und Gebrauchsüberlassung versprochen, ohne daß diese zwei Leistungen unabhängig von einander wären, da der Gebrauch nur zur Erteilung des Unterrichts überlassen wird und der Unterricht hier nicht ohne diese Gebrauchsüberlassung erteilt werden kann.

Im Vertrag mit einer Leihbibliothek werden die Arbeit des Aussehens oder Herbeischaffens des Buches und dessen Gebrauchsüberlassung vereinbart; aber die erstere ist unselbständig, dient zur Vorbereitung und Ermöglichung der letzteren. Wer mit einer Badeanstalt über Gewährung eines Bades in ihren Räumen kontrahiert, läßt sich die Benutzung des Lokals, der Vorrichtungen und des geheizten Wassers sowie die Herrichtung des Bades und dergleichen Arbeiten versprechen; diese Arbeiten sind unselbständig, indem sie dem Vollzug der Gebrauchsleistungen dienen, ihn vorbereiten oder befördern. Wer sich eine möblierte Wohnung zum Gebrauch einräumen läßt und gewisse Arbeiten zu ihrer Anpassung an seine Bedürfnisse ausbedingt (z. B. Umstellung von Möbeln, Dämpfung von Nachbargeräuschen, Reparaturen), läßt sich zwei Leistungen zusagen, von denen die eine im Dienste der anderen steht, nicht selbständig ist, indem sie nur den Vollzug der anderen vorbereitet. Das Nämliche ist von dem Fall zu sagen, wo jemand sich in einem Klaviermagazin die Überlassung des Gebrauchs eines Klaviers ausbedingt, das zu diesem Zweck in seine Wohnung transportiert werden soll. „In den westfälischen Steinkohlengruben mögen sich 3000 Pferde befinden, die zum größten Teil einem einzigen Unternehmer gehören . . . Er vermietet sie um einen bestimmten Preis den Zechen und übernimmt seinerseits Pflege

¹ im Gegensatz zu dem Fall, wo die Produktion im freien, nicht befriedeten Raum (bei Messen oder Märkten) dargeboten wird.

² Wenn dabei die Einräumung der Benutzung des Theaters an den Besucher ein Sekundäres ist (Opet, Theaterrecht S. 220) und darum von der primären Leistung absorbiert wird, so kann nicht eigentlich von „vermieteten Plätzen“ (a. a. O. S. 231 Anm. 9) gesprochen werden. Vgl. hier oben S. 46². — Die Überlassung eines Sitzplatzes kann nur da selbständige Leistung sein, wo schon außerdem die Gewährung der Produktion und eines Platzes zu ihrer Empfangnahme erfolgen muß. Auf einen solchen Fall verweist Riezler, Werkvertrag S. 50 unten.

und Bedienung dieses unterirdischen Pferdeparks¹." Diese neben der Gebrauchsüberlassung zugesagte Arbeit hat gegenüber der Gebrauchsüberlassung keine Selbständigkeit. Wer nämlich beide Leistungen zugesagt hat, kann die eine, die Gebrauchsüberlassung, nicht machen, ohne auch die andere zu vollziehen, da die Pferde nicht brauchbar sind, wenn sie keine Pflege erhalten haben, und wenn sie nicht beim Gebrauch bedient oder beherrscht werden. Dieses innere Abhängigkeitsverhältnis von Arbeits- und Sachleistung muß wieder zur Absorption der einen führen. Sehr in die Augen fallend ist dieses Verhältnis endlich in den Fällen, wo Gebrauchsüberlassung mit solcher Arbeit zusammentrifft, durch welche die zum Gebrauch zu überlassende Sache hergestellt werden soll (S. 189 Nr. 3). Ein derartiger Vertrag wird nicht leicht in der Weise vorkommen, daß der Stoff vom Gläubiger beschafft wird, da dieser, wenn er den Stoff zur Herstellung der Sache beschafft, sich auch die Veräußerung und nicht bloß die Benutzung der hergestellten Sache ausbedingen wird. Wo hingegen der Stoff vom Hersteller beschafft werden soll, kann sehr leicht bloß die Benutzung der von ihm hergestellten Sache eingeräumt werden. Es vereinbart z. B. A mit einem Bauunternehmer, daß dieser aus eigenem Stoff auf eigenem Boden ein Haus baue und es dem A zum Gebrauch überlasse, indem dieser es zunächst durch Wohnen erproben will. Oder es vereinbart der Zirkusdirektor B mit einem Zimmermeister, daß dieser einen Zirkus, aus dem Zimmermeister gehörigem Material erbaue und dem B für die Zeit seines Aufenthalts am Orte für seinen Gewerbebetrieb zur Benutzung überlasse. Oder ein Festkomitee vereinbart mit dem Inhaber einer Maskengarderobe oder mit einem Theaterschneider, daß dieser aus von ihm selbst beschafften Stoffen hundert Landsknecht-kostüme herstelle und dem Komitee für das bevorstehende Fest zum Gebrauch überlasse. In allen diesen Fällen stehen die zwei Leistungen der Arbeit und der Gebrauchsüberlassung wieder im engsten inneren Zusammenhang. Die Gebrauchsüberlassung kann nicht vollzogen werden, ohne daß die Arbeit der Herstellung geleistet worden ist, und diese Arbeit erfolgt nur zum Zweck der Gebrauchsüberlassung an den hergestellten Sachen. Die Gebrauchsüberlassung ist auf die Sachherstellung angewiesen und die Sachherstellung dient der Gebrauchsüberlassung, indem sie diese nicht bloß vorbereitet, sondern allererst möglich macht. Das hier obwaltende Abhängigkeitsverhältnis muß, wie in allen bisherigen gleichartigen Fällen, zur Absorption der einen Leistung führen, also daß nur ein Vertrag anzunehmen ist.

¹ Koepper, In Plutos Reich. Wanderungen durch Schacht und Hütte im rheinisch-westfäl. Industriebezirk (1899) S. 76.

V. Die unter Nr. III und IV angestellten Erörterungen der Thatbestände, in denen Arbeit und Sachleistung zusammen gegen einheitlichen oder gegen repartierten Entgelt vereinbart werden, haben ergeben, daß diese Thatbestände bald für einen einzigen Vertrag, bald für eine Mehrheit von Verträgen zu halten sind. Es hat sich nämlich gezeigt, daß

1. die Gesetze eine Reihe hierher gehöriger Kategorien und zwar in dem Sinn regeln, daß sie sich für Einheit des Vertrags entscheiden, daß aber

2. hieraus nicht zu schliessen ist, daß solche Einheit auch in den diesen Kategorien nicht angehörigen Fällen anzunehmen sei, vielmehr

3. die Annahme der Einheit durch das Obwalten eines Abhängigkeitsverhältnisses unter den konkurrierenden Leistungen bestimmt wird, das in den gesetzlich geregelten Kategorien vorliegt, außerhalb derselben aber bald gegeben, bald nicht gegeben ist. Wo es an demselben fehlt, d. h. die gegen Entgelt vereinbarten Leistungen selbständig nebeneinander stehen, bildet sowohl die Arbeit als die Sachleistung den Gegenstand eines besonderen Vertrags, also daß neben den Arbeitsvertrag ein Kauf oder eine Miete zu stehen kommt.

Da durch eine solche Kumulation von Verträgen die Definition des Arbeitsvertrags, als einer Vereinbarung von Arbeit gegen Entgelt (S. 32), nicht betroffen wird, d. h. sich auch gegenüber solcher Kumulation als zulänglich erweist, so braucht diese Erscheinung im vorliegenden, dem Wesen des Arbeitsvertrags gewidmeten Abschnitt nicht weiter verfolgt zu werden. Wo dagegen bei Vereinbarung einer Sachleistung neben Arbeit, sei es unmittelbar nach den Gesetzen, sei es in Anwendung der Gesetze auf die ähnlichen Thatbestände, nur ein Vertrag anzunehmen ist, hängt das Dasein des Arbeitsvertrags an der alternativen Entscheidung, ob die Sachleistung dreingeht und vom Arbeitsvertrag involviert wird, oder ob die Sachleistung die Oberhand hat und ihretwegen Kauf oder Miete statt Arbeitsvertrags Platz greift. Die Möglichkeit der letzteren Entscheidung macht eine Ergänzung der Definition des Arbeitsvertrags dahin notwendig (S. 33), daß neben Arbeit nicht eine Sachleistung vereinbart sein darf, durch welche die Arbeitsleistung absorbiert und das Aufkommen des Arbeitsvertrags verhindert wird (S. 177).

Die, wie gesagt, hinfort auf die Absorptionsfälle beschränkte Darstellung hat sich nun eigens der bisher nur heiläufig berührten und beantworteten Frage zuzuwenden, welche von den zwei zusammen vereinbarten Leistungen — die Arbeit oder die Sachleistung —

absorbiert wird, oder welcher Rechtscharakter dem einen Vertrag zukommt, mit dem allein man es zu thun hat¹.

Die Antwort auf diese Frage ist für die gesetzlich geregelten Kategorien zugleich mit der Regelung gegeben worden. Die Gesetze kennen danach drei Möglichkeiten:

In den unter III Nr. 1—3 angeführten Fällen ist der komplizierte Thatbestand ein Kauf,

in den unter III Nr. 4—6. 8—10 angeführten Fällen ein Arbeitsvertrag und

in dem unter III Nr. 7 angeführten ein Vertrag, dem Rechtsfolgen des Kaufs und solche eines Arbeitsvertrags, nämlich des Werkvertrags, zukommen, ein Vertrag, der wegen dieser eigenartigen Kombination den besonderen Namen Werklieferungsvertrag führen kann.

Es fragt sich nun, ob und wie weit diese dreifache gesetzliche Ordnung verwendbar ist zur juristischen Bestimmung derjenigen hierher gehörigen Verträge, welche keiner der gesetzlich geregelten Kategorien unterfallen. Die Beantwortung dieser Frage ist dadurch erschwert, daß die erwähnte gesetzliche Ordnung selbst nicht einfach, sondern verwickelt ist, und daß es Fälle giebt, für welche in den gesetzlichen Kategorien kein Vorbild zu finden ist, namentlich für den Vertrag auf Herstellung einer Sache und Überlassung ihres Gebrauchs. Unsere Beantwortung wird zuerst (Nr. VI) die Thatbestände des Zusammentreffens von Arbeit und Gebrauchsüberlassung und sodann (Nr. VII) die des Zusammentreffens von Arbeit und Veräußerung behandeln.

VI. Das Zusammentreffen von Arbeit und Gebrauchsüberlassung führt bei den gesetzlich geregelten Fällen dieser Art (oben unter III Nr. 8—10) zur Bestimmung, daß die Gebrauchsüberlassung drein geht und demnach nur ein Arbeitsvertrag angenommen wird. Der diese Entscheidung bewirkende Grund muß, wo er in den nicht gesetzlich geregelten Fällen zutrifft, zu der nämlichen Entscheidung führen, während bei entgegengesetzter Lagerung des Thatbestandes statt Arbeitsvertrags Miet anzunehmen ist.

Wird eine Geschäftsbesorgung durch Dienst- oder durch Werkvertrag vereinbart und dem Arbeitgeber eine Gebrauchsüberlassung als Aufwendung zum Zweck der Geschäftsbesorgung zugesagt, so bleibt

¹ Die ganze folgende Erörterung bezieht sich also nur auf solche Fälle, für die die Voraussetzung, daß nur ein Vertrag vorliegt, nach der Auseinandersetzung unter Nr. IV von vornherein erfüllt ist.

der Vertrag ein Arbeitsvertrag, nämlich ein Dienst- oder ein Werkvertrag. Der deutliche Grund dieser Entscheidung ist der, daß die Gebrauchsüberlassung hier der Arbeit untergeordnet ist: nicht als ob sie dem Arbeitgeber die geringere Vermögenszuwendung gewähre, da vielmehr diesem Wertverhältnis nicht nachgefragt wird, auch nicht, weil sie praktisch unerheblicher wäre als die Geschäftsbesorgung, da vielleicht die Geschäftsbesorgung ohne die Gebrauchsüberlassung gar nicht ausführbar ist —, sondern allein darum, weil die Gebrauchsüberlassung im Dienst der Geschäftsbesorgung steht, auf das nämliche Ziel wie diese gerichtet ist und dabei als Mittel zur Erreichung desselben dient (S. 194). Dieser Entscheidungsgrund hat offenbar mit dem Unterschied von Dienstvertrag und Werkvertrag nichts zu schaffen, und in der That gilt ja auch die Entscheidung, mag die Geschäftsbesorgung dienst- oder werkvertraglich vereinbart worden sein.

Im gleichen Sinne untergeordnet der Arbeit (der Beförderung) ist die Überlassung* des Gebrauchs des Fahrzeugs beim Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zu Lande oder zu Wasser und beim Vertrag über Beförderung von Personen in Eisenbahnen oder Seeschiffen. Die Gesetze nehmen daher auch nicht Miete an, sondern Arbeitsvertrag. Das Fahrzeug ist für den Arbeitnehmer ein Werkzeug zur Vollbringung der Arbeitsleistung, jedoch eines, das, um zu wirken, einigermaßen dem Gebrauch des Arbeitgebers überlassen werden muß. Diese Gebrauchsüberlassung steht im Dienste der Beförderung, indem sie als Mittel zum Vollzug der Arbeitsleistung dient.

Wo nun in den nicht gesetzlich geregelten Fällen die geschilderte Unterordnung oder Dienstbarkeit besteht, ist der absorptionsweise anzunehmende eine Vertrag ein Arbeitsvertrag und keine Miete, und nach der Natur des Entscheidungsgrundes ist es gleichgültig, als was für ein Arbeitsvertrag der Arbeitsvertrag zu gelten hat: die konkurrierende Gebrauchsüberlassung übt auf diese Unterscheidung keinen Einfluß. Demgemäß, d. h. weil der erläuterte Entscheidungsgrund zutrifft, haben wir in den S. 194/95. 197 fg. behandelten Verträgen (mit Haltefrau, Pensionat, Heilanstalt, Droschke, Omnibus, Straßenbahn, Theater-, Konzertunternehmer, Reitlehrer) Arbeitsverträge und nicht Mieten¹. Welchem Typus von Arbeitsvertrag jeder dieser Verträge angehört, ist eine sekundäre Frage, und bei ihrer Beantwortung spielt der

¹ Dafür ist es natürlich gleichgültig, ob eine einzige oder eine Reihe von Unterweisungen, Beförderungen, Vorstellungen vereinbart wird, das Abonnement bewirkt nicht Kumulation von Verträgen, und z. B. das Theaterabonnement ist so wenig Miete wie der Besuchsvertrag über eine einzelne Vorstellung (gegen ein Urteil bei Mittelstein, Die Miete S. 23 Anm. 17).

Umstand keine Rolle, das auch Gebrauchsüberlassung vereinbart ist; diese für die generelle Bestimmung des Vertrags ausfallende Leistung kann auch für die Spezialisierung nicht maßgebend sein¹.

Nach Planck, Kommentar zum BGB., vor § 631, kann „die Entscheidung zweifelhaft sein, ob Werkvertrag oder Sachmiete vorliegt, z. B. wenn ein Schiff, oder eine Feldbahn, oder eine Dreschmaschine mit der zur Bedienung nötigen Mannschaft ‚gemietet‘ wird“. Vorab wäre zu fragen, warum bei diesen Fällen nur die Alternative: Werkvertrag oder Miete, nicht auch die: Dienstvertrag oder Miete genannt ist. Wenn der Eigentümer die nötige Bedienungsmannschaft stellt, so verspricht er hauptsächlich Arbeit und nebensächlich Gebrauchsüberlassung; Schiff oder Feldbahn ist Mittel der Arbeitsleistung. Das etwa der auf die Arbeit zu beziehende Teil des Entgelts kleiner ist als der der Abnutzung oder Amortisation (des Werk- oder Fahrzeugs) entsprechende, ist rechtlich belanglos². Die Gebrauchsüberlassung ist das Untergeordnete, weil sie ja nur zur Aufnahme der zur befördernden oder zu bearbeitenden Sachen erfolgt, somit nur zur Ermöglichung der Arbeit (des Transports, des Dreschens). Da nun hier, wie in den gesetzlich geregelten Kategorien (S. 201/2), die Gebrauchsüberlassung bloß im Dienste der Arbeit steht, so kann der Vertrag nur Arbeitsvertrag und nicht Miete sein³. Wenn, wie bei der Dreschmaschine wahrscheinlich, der

¹ Es ist z. B. der Beförderungsvertrag des Fahrgastes mit dem Droschkenkutscher immer Arbeitsvertrag, aber bald Dienstvertrag, bald Werkvertrag.

² Wie ja auch der Vertrag des Heimarbeiters mit dem Verleger Arbeitsvertrag ist (S. 184), selbst wenn der Entgelt zum größeren Teil die Auslagen des Arbeitnehmers für den Rohstoff deckt, z. B.: „Ein anderer Holzdrehler hatte einen Festmeter Holz bei Verstrich auf 37 Mk. getrieben. Für die daraus gefertigte Ware erhielt er 50 Mk.“ „Der Rohstoff, das Holz, zehrt mindestens die Hälfte, oft zwei Drittel des Erlöses auf.“ Soziale Praxis X, 513 (Sonneberger Spielwaren-Industrie).

³ Ebenso aus den angegebenen Gründen bei der sog. Kahnmiete und dem sog. Schlepp- oder Bugsiervertrag, wo der Schiffseigner Transport- oder Schlepparbeit verspricht, die er mittelst seines Fahrzeugs und seines Personals oder auch persönlich verrichten soll. Wer die Direktion der Arbeit oder wer den Gewahrsam des geschleppten Schiffes hat, ist für die Entscheidung nicht maßgebend, und auf so schwankende Erscheinungen ist nicht abzustellen. Anders Mittelstein, Miete S. 24 und Riezler, Werkvertrag S. 51. Der Ausspruch: „Miete eines Schiffes bleibt Miete, auch wenn der Vermieter die Bemannung stellt, welche das Schiff nach den Anweisungen des Mieters zu lenken hat,“ (Dernburg, Bürgerl. Recht II § 317 Anm. 4) ist eine petitio principii. Eine oft angezogene Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 25 S. 108 bis 113) nimmt in einem hierher gehörigen Fall Schiffsmiete kumuliert mit Dienstvertrag an. Allein die Gründe sind nicht durchschlagend, und der Thatbestand hindert keineswegs, an der Regel festzuhalten, das die Leistung

Gebrauch des Werkzeugs dem Arbeitgeber gar nicht überlassen wird, sondern ausschließlich der Bedienungsmannschaft des Arbeitnehmers verbleibt, so kann Miete nicht einmal in Frage kommen¹.

Wo hingegen der Thatbestand das umgekehrte Unterordnungsverhältnis darbietet, in dem nicht die Gebrauchsüberlassung, sondern die Arbeit die der anderen untergeordnete Leistung ist, kann der Vertrag nicht für einen Arbeitsvertrag, muß er für einen Mietvertrag gelten. Dies trifft da zu, wo die Arbeit im Dienst der Gebrauchsüberlassung steht, indem sie, auf deren Ziel gerichtet, als Mittel zur Erreichung desselben dient. Wie in den vorigen Fällen die Gebrauchsüberlassung, so bildet in diesen die Arbeit eine Nebenleistung. Sie geht entweder der Gebrauchsüberlassung voran, um diese möglich zu machen, ist vollbracht, sobald die Möglichkeit verwirklicht ist, und scheidet damit aus, oder sie geht mit der Gebrauchsüberlassung einher, indem diese einer wiederholten Erneuerung ihrer Möglichkeit bedarf. Das erstere hat sich gezeigt bei den S. 198 gegebenen Beispielen (Leihbibliothek, Badeanstalt, möblierte Wohnung), das letztere in dem ebendort erwähnten Falle von den unterirdischen Pferden.

Zu der ersteren Gruppe gehören auch die Fälle, in denen die im Dienst der Gebrauchsüberlassung stehende Arbeit in der Herstellung der zum Gebrauch zu überlassenden Sache besteht, was gewöhnlich mit der Maßgabe vorkommt, daß der Überlasser des Gebrauchs und Hersteller der Sache auch den zur Herstellung erforderlichen Stoff beschafft (S. 199)². Die Arbeit der Herstellung steht hier offenbar im Dienst der Gebrauchsüberlassung, ist dieser als der übergeordneten Leistung gewidmet, hat deren Vollzug möglich zu machen. Der Vertrag kann daher nur auf die Hauptleistung gestellt, nur durch diese determiniert sein, und ist, im Einklang mit der dar-

der Gebrauchsüberlassung durch die Arbeitsleistung absorbiert wird, wo immer der Arbeitnehmer den Transport mittelst eines von ihm gestellten Fahrzeuges zu bewirken hat. Im gegebenen Fall ist der Schiffseigner allerdings Gehülfe eines Frachtführers, aber als Unterfrachtführer, der alle ihm in gewisser Frist zugewiesenen Transporte für eine Pauschalsumme auszuführen hat. Daß der Eigentümer seinen Kahn „zu beliebiger Benutzung zur Verfügung stellt“, gilt entsprechend vom Droschkenkutscher und dessen Fuhrwerk, und doch nimmt man hier nur einen Vertrag und keine Sachmiete an.

¹ Ebenso wie in den S. 181—82 betrachteten Fällen, wo keine Gebrauchsüberlassung stattfindet.

² Ferner z. B. soll ein Unternehmer für den Einzug des Landesfürsten Zuschauer- und Rednertribünen u. dgl. aus von ihm geliefertem Material herstellen und der Stadtgemeinde nur zum Gebrauch überlassen

gelegten Entscheidungsweise der Gesetze, als Miete zu betrachten. Da das Objekt der Gebrauchsüberlassung oder Miete zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht existiert, so ist von Miete einer künftigen Sache zu sprechen.

Dafs das BGB. dieses Falles nicht besonders gedenkt, bedeutet nicht seine Ausschließung. Es sind vielmehr alle Regeln des BGB. über die Miete (§ 535 bis § 580) auch auf die Miete künftiger Sachen anwendbar; nur §§ 538. 539. 544 sind, wie sich leicht zeigt, nicht vollständig anwendbar¹, und der Anfang der in §§ 566. 567 vorkommenden Zeiten wird erst von der Entstehung der Mietsache zu rechnen sein. Ist die Miete einer künftigen Sache möglich (z. B. eines Pferdes, dessen Geburt in Aussicht steht), so muß auch eine erst noch herzustellende und vom Vermieter herzustellende Mietobjekt sein können. Und da die Entscheidung für Miete statt für Arbeitsvertrag sich auf das hier obwaltende Verhältnis von Gebrauchsüberlassung und Arbeit, auf die Subordination der Arbeit gründet, so bleibt die Entscheidung von dem Umstand unberührt, dafs der Stoff zur Arbeit vom Vermieter beschafft wird. Man kann auch sagen, der Stoff in der Gestalt, die er durch die Arbeit des Vermieters erhalten hat, werde zum Gebrauch überlassen. Nur scheinbar steht unserer Entscheidung BGB. § 651 Satz 1 im Wege². Die Opposition würde sagen, von Miete könne darum nicht die Rede sein, weil der Unternehmer, der das Werk aus von ihm zu beschaffendem Stoff herzustellen hat, die hergestellte Sache übereignen müsse, eine solche Übereignungspflicht aber mit der Stellung eines Vermieters unvereinbar sei. Allein § 651 cit. setzt voraus, dafs, abgesehen von der durch ihn statuierten Anwendung der Kaufvorschriften, der Thatbestand ein Werkvertrag sein würde. Diese Natur hat aber unser Thatbestand darum nicht, weil der Hersteller der nur zum Gebrauch zu überlassenden Sache, eben weil sie nur zum Gebrauch und nicht definitiv überlassen, nicht veräußert wird, berechtigt sein soll, dieselbe nach Endigung des Gebrauchs wieder an sich zu nehmen oder zu vernichten, ein Recht, das der Unternehmer des Werkvertrags nicht besitzt. Da somit unser Vertrag auch abgesehen von der juristischen Herkunft des Stoffes außerhalb des Werkvertrags liegt,

¹ Dies bildet keinen Grund gegen die Annahme von Miete einer künftigen Sache. Nicht auf jeden Kauf einer künftigen Sache ist § 463 anwendbar; gleichwohl giebt es einen Kauf künftiger Sachen.

² „Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.“

so kann man ihn nicht einer Vorschrift unterwerfen, die einen Werkvertrag wegen gewisser Provenienz des Stoffes zum Kauf stempelt¹.

Wo die behufs der Gebrauchüberlassung herzustellende Sache eine Baulichkeit ist, wird die Miete nicht davon beeinflusst, wem der Boden gehört, auf welchen das Bauwerk zu stehen kommen soll. Dafs er dem Mieter gehört, kann diesen (nach BGB. § 946) vorübergehend zum Eigentümer machen; aber solches Eigentum beruht nicht auf Veräußerung, von Vertrags wegen hat der Mieter blofs Gebrauchsrecht, was beim Ablauf der Mietzeit deutlich zum Vorschein kommt.

VII. Bei Zusammentreffen von Arbeit und Veräußerung muß man nach dem Stand der Gesetzgebung drei Gruppen unterscheiden. In den Gesetzen findet sich nämlich, wie unter III gezeigt wurde, geregelt dasjenige Zusammentreffen von Arbeit und Veräußerung, bei dem die Arbeit

1. in der Herstellung einer Sache besteht, zu welcher der Hersteller Stoff (Hauptstoff oder Zuthaten) beschafft;

2. in einer Geschäftsbesorgung besteht, während die Veräußerung als Aufwendung zum Zweck der Geschäftsbesorgung erfolgt.

Aus diesem gesetzlichen Bestand ist ersichtlich, dafs es

3. noch eine dritte hierhergehörige Gruppe giebt, die Gruppe von Fällen, in denen Veräußerung zusammentrifft mit Arbeit, die weder Herstellung einer Sache noch Geschäftsbesorgung mit der be-

¹ Riezler, Der Werkvertrag S. 53 führt einen Fall an, in dem der Vermieter eines von ihm mit eigenem Material zu erbauenden Zirkus zu dessen Abbruch nicht blofs berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Diese Verpflichtung beruht auf einer dem Mietkontrakt angefügten Abrede, und da durch diese Abrede eine selbständige Leistung zugesagt wird, d. i. eine, die für den Vollzug der im Mietkontrakt übernommenen nicht erforderlich ist und fehlen kann (S. 191), so bildet diese Abrede einen mit der Miete kumulierten Arbeitsvertrag. Riezler erklärt übrigens die erwähnte Miete für „ein als Kauf zu beurteilendes Lieferungsgeschäft. Die Annahme einer konkurrierenden Sachenmiete ist damit natürlich von vornherein ausgeschlossen, da die weitergehende Verpflichtung des Verkäufers die enger begrenzte des Vermieters in sich schließt.“ In Wahrheit divergieren die Verkäuferleistung und die Vermieterleistung. Da im erwähnten Fall nur Gebrauchüberlassung, nicht Veräußerung stattfinden soll, so kann von Kauf nicht die Rede sein (S. 178). Nach Planck, Kommentar zu BGB. § 651 unter 2, d liegt, wenn „der Besteller“ nicht Eigentümer werden soll, „entweder Werkvertrag oder Sachmiete oder ein aus beiden gemischter Vertrag vor“. Ein Kriterium wird nicht angegeben; s. auch oben S. 193¹. Oertmann, Kommentar zum BGB. § 651 a. E. entscheidet sich für Werkvertrag, aber nur, weil er richtig erkannt hat, dafs die Regeln des Kaufs nicht passen, wo blofs die Benutzung gewährt werden soll. Miete zieht er nicht in Frage.

sagten Aufwendung ist. Bei dieser Gruppe läßt das Gesetz die Frage unbeantwortet, ob der eine Vertrag, mit dem allein man es zu thun hat, ein Kauf oder ein Arbeitsvertrag ist.

Es wird nun nicht vermessen erscheinen, wenn die Entscheidung dieser Frage hier aus dem nämlichen Gesichtspunkt getroffen wird, nach welchem im Einklang mit dem Gesetz vorhin unter Nr. VI zwischen Arbeitsvertrag und Miete unterschieden wurde. Wo danach die Arbeit die der Veräußerung untergeordnete Leistung ist, im Dienst der Veräußerung steht, nämlich als Mittel zu deren Vollziehung dient, kann der Vertrag nur ein Veräußerungsvertrag, nur ein Kauf sein. Der Gast, der Speise und Trank im Gasthause bestellt, bedingt sich damit neben der Veräußerung auch die Arbeit aus, welche man Bedienung nennt. Einerlei, ob der Wirt für die Arbeit eine besondere Vergütung beansprucht (Service) oder nicht, ist die Veräußerung die übergeordnete Leistung, der Vertrag ein Kauf¹. Die Arbeit der Bedienung dient der Veräußerung, wie das Messen, Wägen, Zählen, ist insofern zur Tradition gehörig. Das Aufdecken, Teller- oder Besteckwechselln u. s. w. ist offenbare Nebenleistung, die der Wirt nur wegen der Veräußerung der Nahrungsmittel auf sich nimmt und der Gast nur als Käufer in Anspruch nimmt. Die Annahme eines Arbeitsvertrags, der unter Aufwendung der Nahrungsmittel erfüllt wird, würde den Sachverhalt umstülpen². Wo hingegen die Veräußerung die der Arbeit untergeordnete Leistung ist, muß der eine Vertrag für einen Arbeitsvertrag gehalten werden. Untergeordnet ist die Veräußerung, wo diese Sachleistung irgendwie im Dienst der Arbeit steht, indem letztere ohne jene nicht unternommen, fortgeführt oder zu einer verwendbaren Wirkung gebracht werden kann. Man denke hier an die massenhaften Verträge zur Veredelung oder Bearbeitung von Sachen (S. 189². 195), bei welcher die die Arbeit ermöglichende oder fördernde Veräußerung in der Applikation von Metallen, Farbstoffen, Gerbstoffen u. s. w. besteht. Man denke ferner an Stärkungs- oder Betäubungsmittel, die dem zu Operierenden gereicht, an die Lebensmittel und Lehrmittel, die den Insassen einer Erziehungsanstalt gewährt, an die Schreibmaterialien, mit denen die Resultate einer begutachtenden oder statistischen Thätigkeit fixiert werden. In allen diesen Fällen erscheint die Veräußerung als auf die Arbeit gemachte Aufwendung (S. 194); ihre Unterordnung unter die Arbeit

¹ Den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bildet die dem Gast geleistete Arbeit im Verhältnis des Wirtes als Arbeitgebers zum Gastwirtsgehülfen als Arbeitnehmer: S. 107 Nr. 1.

² Andere hierher gehörige Fälle: S. 195.

findet dann einen gesetzlichen Anhalt an der Unterordnung, welche bei der Geschäftsbesorgung den für diese erforderlichen Aufwendungen widerfährt. Wie der Dienst- oder der Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, ein solcher Arbeitsvertrag bleibt, auch wenn zum Zweck der Geschäftsbesorgung eine Veräußerung an den Arbeitgeber gemacht wird, so ist auch in den gesetzlich nicht geregelten Fällen der in Rede stehenden Gruppe stets Arbeitsvertrag und nicht Kauf anzunehmen, wo die Veräußerung, als im Dienst der Arbeit stehend, für eine Aufwendung gelten kann. Und dabei ist es, wie gerade das gesetzliche Vorbild zeigt, gleichgültig, ob der Arbeitsvertrag ein Dienst- oder ein Werkvertrag ist; er kann auch keines von beiden, sondern ein Drittes sein. —

Die erste Gruppe von Fällen des Zusammentreffens von Arbeit und Veräußerung (S. 206 Nr. 1), der wir uns nun schliesslich zuwenden, verdient eine besondere Betrachtung, weil die gesetzliche Regelung, die dieser Gruppe zu teil geworden ist, sich auszeichnet dadurch, daß sie fast alle einschlagenden Fälle umfaßt, ferner durch die Schwierigkeit, welche ihrer Durchführung bereitet ist, und endlich durch die Neuheit eines Gebildes, das bei dieser Regelung geschaffen worden ist, des *Werklieferungsvertrags* (S. 185).

Denn was erstens die Vollständigkeit anlangt, so sind von den hierher gehörigen, d. h. Sachherstellung mit Stoffbeschaffung vereinbarenden Verträgen nur zwei einer gesetzlichen Regelung nicht teilhaftig, nämlich

a. Der Vertrag mit dem gewerblichen Werkstattarbeiter. Daß dieser den Hauptstoff für die von ihm herzustellende Sache zu beschaffen habe, ist gewiß noch ein seltener Fall; um so öfter kommt es vor, daß ihm die Beschaffung von Zuthaten (wie Politur, Garn) obliegt. Und wenn sich einmal Verleger solcher Heimarbeiter, welche den Hauptstoff für die von ihnen herzustellenden Sachen beschaffen, zur Einrichtung von Betriebswerkstätten (d. h. zum Betrieb des Arbeitgebers gehöriger Werkstätten) entschließen und damit jene Heimarbeiter in Werkstattarbeiter umwandeln, dann gewinnt die Frage, ob Kauf oder Arbeitsvertrag vorliegt, noch größere Bedeutung. Bleibt man im Bereich der GewO., so muß man sagen: dadurch, daß sie der Stoffbeschaffung durch den Werkstattarbeiter keinen Einfluß auf dessen Arbeitsvertrag einräumt, macht sie das Dasein des Arbeitsvertrags nicht von der Abwesenheit einer Leistung abhängig, welche in Stoffbeschaffung besteht. Und dieser Schluß wird innerhalb der GewO. bekräftigt durch die für die Heimarbeiter getroffene Entscheidung: § 119^b (S. 184 Nr. 5). Da sich die Aufhebung dieser

Entscheidung weder aus dem BGB. noch aus dessen EinfGes. ergibt, so bleibt sie gemäß Art. 32 EinfGes. bestehen. Daher muß es für den Arbeitsvertrag des Hausindustriellen, selbst wenn er, sei es überhaupt, sei es im gegebenen Falle, als Werkvertrag anzusehen ist, einerlei sein, ob die nach dem Vertrag herzustellende Sache eine vertretbare, oder eine unvertretbare Sache ist. Somit wird der Arbeitsvertrag des Hausindustriellen durch BGB. § 651 gar nicht betroffen.

b. Derjenige Vertrag, welcher, von der Stoffbeschaffung abgesehen, einen Dienstvertrag darstellt (S. 189 Nr. 2). Es fragt sich, ob ein solcher Vertrag für einen Kauf, oder für einen Arbeitsvertrag und dann natürlich für einen Dienstvertrag zu halten ist; an eine Kombination von Rechtswirkungen des Kaufs und des Dienstvertrags ist mangels gesetzlicher Vorschrift nicht zu denken. Diese Frage kann nicht mit der unter a) gegebenen Entscheidung beantwortet werden, weil der Arbeitnehmer weder ein Werkstattarbeiter noch ein Heimarbeiter zu sein braucht, weil ferner noch nicht feststeht, daß der mit letzteren Personen geschlossene Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag ist, und weil endlich sich die Frage nicht bloß auf den gewerblichen Arbeitsvertrag bezieht. Unsere Frage kann auch nicht vollständig aus HGB. § 381 Abs. 2 beantwortet werden, weil dessen Anwendbarkeit voraussetzt, daß der Vertrag wenigstens für eine Partei ein Handelsgeschäft sei (S. 183 Nr. 2.); wo diese Voraussetzung zutrifft, ist der Vertrag als Kauf und nicht als Arbeitsvertrag, also auch nicht als Dienstvertrag zu behandeln; wo nicht, wird vom HGB. keine Antwort erteilt. Auch BGB. § 651 liefert keine Entscheidung. Denn wie Titelstellung und Wortlaut lehren, gelten seine Vorschriften nur für denjenigen Vertrag über Sachherstellung mit Stoffbeschaffung durch den Hersteller, welcher abgesehen von dieser Stoffbeschaffung ein Werkvertrag sein würde. Wenn aber das BGB. nur beim Werkvertrag über Sachherstellung der Stoffbeschaffung einen die normalen Rechtsfolgen alterierenden Einfluß gewährt, so darf man schließen, daß beim Dienstvertrag die Stoffbeschaffung einen solchen Einfluß nicht besitzt, daß es daher, wo kein Handelsgeschäft vorliegt, beim Dienstvertrag bleibt, auch wenn der Arbeitnehmer den zur Herstellung der Sache erforderlichen Stoff beschafft. Und dieses Ergebnis würde mit GewO. § 119^b in Einklang stehen, falls sich herausstellen sollte, was bestritten ist, daß die Arbeitsverträge der Heimarbeiter Dienstverträge sind (wortüber Bd. II).

Was sodann die Schwierigkeit der Durchführung der gesetzlichen Regelung betrifft, so hängt sie damit zusammen, daß die Gesetze an den Thatbestand des Versprechens der Sachherstellung unter Stoff-

beschaffung durch den Hersteller nicht einerlei, sondern vielerlei Rechtswirkung knüpfen, und daß der Unterschied in der Rechtswirkung durch Distinktionen im Thatbestand bedingt ist, die teilweise nicht leicht zu machen sind.

Denn was die Rechtswirkung anlangt, so ist — gemäß der unter III. angeführten gesetzlichen Regelung — der Vertrag auf Herstellung von Sachen unter Stoffbeschaffung durch den Hersteller der Rechtswirkung nach entweder ein Kauf (Nr. 1—3) oder ein Werklieferungsvertrag (Nr. 7), oder ein Werkvertrag (Nr. 6), oder ein Arbeitsvertrag, der weder Werklieferungsvertrag noch Werkvertrag zu sein braucht (Nr. 5). Auf die praktische Bedeutung dieser Verschiedenheit in der Rechtswirkung darf hier nicht eingegangen werden; nur darauf sei verwiesen, daß das Gesetz, wo es den Thatbestand für einen Kauf erklärt, von der Arbeit des Herstellers Umgang nimmt und damit den Anspruch auf Abstellung der Mängel der Sache ausschließt.

Bei der Antwort auf die Frage, welchem von diesen vier Vertragstypen der gegebene Fall angehört, kommt es in gewissem Mafse auf folgende Unterschiede im Thatbestande an:

1. ob der zu beschaffende Stoff Hauptstoff, oder Zuthat der herzustellenden Sache ist;
2. ob die herzustellende Sache eine vertretbare, oder eine unvertretbare Sache ist;
3. ob der Vertrag, abgesehen von der Stoffbeschaffung, ein Werkvertrag ist, oder nicht;
4. ob der Vertrag wenigstens für eine Partei ein Handelsgeschäft ist, oder nicht;
5. ob der Vertrag von einem Gewerbetreibenden mit einem Heimarbeiter geschlossen ist oder nicht.

Daß es, wie gesagt, nur in gewissem Mafse auf die angeführten Unterschiede ankommt, bedeutet, daß nicht in allen Fällen alle diese Unterschiede relevant sind. Denn falls der Vertrag von einem Gewerbetreibenden mit einem Heimarbeiter geschlossen ist, ist die Distinktion unter 1. gleichgültig, und falls der Vertrag für eine Partei ein Handelsgeschäft ist, ist die Distinktion unter 2. gleichgültig. Wenn danach z. B. bei einem bildenden Künstler ein Gemälde oder eine Statue bestellt wird, und der Künstler den zur Herstellung des Kunstwerks erforderlichen Stoff zu beschaffen hat, so ist der Vertrag ein Kauf, wenn der Besteller ein Kunsthändler ist¹, dagegen ein Werk-

¹ Dies übersehen Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 95 al. 6 und Kobel, Die Verträge des Bildhauers S. 31. 122.

lieferungsvertrag, wenn der Besteller als Privatmann kontrahiert, d. h. wenn er nicht Kaufmann ist, oder, falls er Kaufmann ist, das Geschäft nicht zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört und auch nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes geschlossen wird¹.

Die letztere Entscheidung beruht auf der unter 2. angeführten Distinktion. An diesem Unterschied von vertretbarer und unvertretbarer Sache hängt der Begriff des Werklieferungsvertrags, der ein vom BGB. neu geschaffenes Gebilde darstellt (S. 208). Seine praktische Bedeutung wird dadurch vermindert, daß er vorzugsweise auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts anwendbar ist. Er gehört nicht zu den „Gegenständen des Handelsverkehrs“², da nach HGB. § 381 Abs. 2 der Vertrag über Herstellung einer beweglichen Sache aus vom Hersteller zu beschaffendem Stoffe ein Kauf ist, sobald das Geschäft auch nur für einen Teilnehmer ein Handelsgeschäft ist. Demgemäß sind die zahllosen Verträge mit Apothekern über Herstellung von Mixturen, Pillen, Salben nach einem ihnen gegebenen Rezept, obwohl es sich hier um Herstellung unvertretbarer Sachen handelt, Käufe und nicht Werklieferungsverträge³. Und ebenso ist der Vertrag über die Herstellung der vornehmsten unvertretbaren beweglichen Sache, z. B. der Vertrag der deutschen Marineverwaltung mit dem Stettiner Vulkan über den Bau der Panzerkorvette X, wobei Stoff und Arbeit bis zum äußersten spezialisiert und die Schaffung eines Unikums geplaut ist — ein Kauf, ein Handelskauf⁴. Als Handelsgeschäft kann der Werklieferungsvertrag nur vorkommen, wo er auf Herstellung einer unbeweglichen Sache gerichtet ist⁵.

¹ Nach HGB. § 344 gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

² wie die Verträge über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei und Schiffsmiete: HGB. § 93 Abs. 1 vgl. Abs. 2.

³ Vgl. GewO. § 6 „Verkauf von Arzneimitteln“ und Verordnung, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, vom 27. Januar 1890; der Ausdruck „feilgehalten oder verkauft werden“ bezieht sich auch auf erst zuzubereitende Mischungen.

⁴ Fuld, der Streik im BGB. (Soziale Praxis X, 641 fg.) beachtet nicht, daß in der Mehrzahl der von Streik betroffenen Verträge die vom HGB. für den Warenkauf gegebenen Regeln anzuwenden sind. Der nämliche Mangel schon a. a. O. S. 279.

⁵ Denn HGB. § 381 Abs. 2 (wie § 406 Abs. 2) [gilt nur von beweglichen Sachen. Darüber, daß Grundstücksgeschäfte Handelsgeschäfte sein können, sei es hypothetische Grundstücksgeschäfte (HGB. § 2), sei es accessorische Handelsgeschäfte, s. Staub, Kommentar zu HGB. § 343 Anm. 21, 22, a.

Immerhin ist in einer dem Arbeitsvertrag gewidmeten Untersuchung der Werklieferungsvertrag dadurch bedeutungsvoll, daß er von dem umfangreichen Gebiete des Werkvertrags auf Herstellung von Sachen aus vom Unternehmer beschafftem Stoffe, welchen Vertrag BGB. § 651 den Vorschriften über den Kauf unterstellt, einen Teil dem Bereich des Arbeitsvertrags erhält, denjenigen Teil nämlich, welcher die Herstellung einer unvertretbaren Sache betrifft. Der hierauf gerichtete Vertrag mit Stoffbeschaffung durch den Unternehmer wird dem Bereich des Arbeitsvertrags dadurch erhalten, daß er — obwohl für ihn mehrere Kaufregeln gelten¹ — auch den Vorschriften des Werkvertrags unterworfen bleibt. Obzwar demnach seine Rechtswirkung eine Kombination von Kauf- und Werkvertragswirkung aufweist, so zeigt er doch das Überwiegen der Natur des Arbeitsvertrags darin, daß er gerade derjenigen Rechtswirkungen teilhaftig ist, welche den Unternehmer als Arbeitnehmer und das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis kennzeichnen: BGB. § 642 Abs. 2. § 645. § 649².

Davon macht der Ausschluss der §§ 647 und 648 eine schwer begreifliche Ausnahme³. Man denke nur an den Bauhandwerker. Zur Vollziehung des von einem solchen geschlossenen Vertrages gehört in den meisten Fällen⁴ die Einfügung der von ihm hergestellten Sache in den Bau. Diese Leistung führt zur Immobilisierung jener Sache. Bleibt man gleichwohl dabei, der Bauhandwerker habe eine bewegliche Sache herzustellen, so kommt HGB. § 381 Abs. 2 zur Anwendung, und ist Kauf anzunehmen. Entscheidet man sich dagegen für Herstellung einer unbeweglichen Sache, so ist Kauf nach HGB. ausgeschlossen, und Werklieferungsvertrag gegeben, wie auch nach BGB. Wenn nun ein Bauhandwerker (z. B. Zimmermann, Schreiner, Schmied, Schlosser, Spengler, Zinkgießer), der infolge einer Submission Unternehmer „eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes“ geworden ist⁵, die von ihm nach den Zeich-

¹ Dies trifft aber auch zu auf den Werkvertrag überhaupt: BGB. §§ 634 Abs. 4. 639 Abs. 1. 644 Abs. 2.

² Praktische Folge in Kap. 7 Nr. IV, daher hier kein „unfruchtbarer Streit“ (Riezler, Werkvertrag S. 67).

³ Sie wird nicht begrifflich z. B. durch die Erklärung: „Der Werklieferant als Eigentümer der hergestellten Sache braucht kein Pfandrecht an derselben zur Wahrung seiner Interessen.“ (Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 27). Da das Gesetz dem Werklieferanten die Leistung der Über-eignung auferlegt, so sind seine Interessen vorzüglich durch Pfandrecht zu wahren.

⁴ nicht z. B. beim Steinmetzen.

⁵ Daß er dies sei, wird von Planck, Kommentar zu BGB. § 648 Nr. 2, hervorgehoben.

nungen des bauleitenden Architekten herzustellenden unvertretbaren Sachen (z. B. Balkenwerk des Dachstockes, Treppen, Portale, Fenster, Geländer, Schlösser, Beschläge, Dachrinnen, Zinkornamente) aus von ihm zu beschaffendem Stoffe hergestellt und die ihm vom Gesetz (§ 651) auferlegte Leistung der Übereignung durch die Einfügung in den Bau (§ 946) gemacht hat, so soll ihm nach § 651 der Anspruch auf die Sicherungshypothek nicht zukommen. Indem dem Bauhandwerker, welcher Forderungen aus einem Werklieferungsvertrage hat, die Anwendung des § 648 versagt wird, wird dem § 648 ein großer Teil seines ohnehin geringen praktischen Wertes entzogen. Diesem seltsamen Ergebnis möchte man durch die Annahme vorbeugen, daß, wer, wie der Bauhandwerker, die Herstellung der erwähnten, auf dem Grundstück des Bestellers anzubringenden Sachen übernehme, damit einen Werkvertrag und nicht einen Werklieferungsvertrag schliesse und folglich des § 648 teilhaftig sei. Diese Annahme wäre etwa darauf zu gründen, daß jener Bauhandwerker nur „Zuthaten“ zu beschaffen habe, oder daß seine Leistung „Einfügung einer Nebensache in die Hauptsache“ und „als bloße Bearbeitung“ dieser letzteren zu betrachten sei¹. Allein wer allen Stoff zu der Sache, die er neu herzustellen hat, selber beschafft, beschafft nicht bloß Zuthaten. Und daß unser Bauhandwerker allen Stoff zu der bei ihm bestellten Sache beschafft, kann man nicht damit bestreiten, daß man auf die Hergabe des Bodens und des Mauerwerks durch den Besteller verweist. Boden oder Mauerwerk ist kein Stoff, aus dem der Unternehmer die von ihm herzustellende Sache herstellt. Daß ferner das Gebäude einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks bildet, mit dessen Boden es fest verbunden ist (§ 94 Abs. 1), daß die zur Herstellung eines Gebäudes eingefügten Sachen zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören (§ 94 Abs. 2), und daß eine durch Verbindung zu einem wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks gewordene bewegliche Sache vom Eigentum am Grundstück ergriffen wird (§ 946): all dies kann nicht beweisen, daß die erwähnten, vom Bauhandwerker hergestellten Sachen Nebensachen seien. Das Gebäude würde dann nur aus Nebensachen bestehen, die aber alle wesentliche Bestandteile sind! Und wenn der größere Teil der Arbeit gar nicht am Bau und im Bau, sondern in der Werkstatt, in der Schmiede, auf dem Zimmerplatz verrichtet wird,

¹ Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 6. Jedoch wird hier S. 30 unten anerkannt, daß „der selbständige Vertrag auf Lieferung von herzustellenden einzelnen Baumaterialien, soweit diese als nicht vertretbare Sachen zu gelten haben, Werklieferungsvertrag sein kann“.

so geht es nicht an, die vom Bauhandwerker geleistete Arbeit, die mit der Anbringung der fertigen Sachen endigt, als „Bearbeitung der Hauptsache“ zu betrachten, die doch in den neu hergestellten Sachen „wesentliche Bestandteile“ empfängt¹. — Ein Ausweg zur Vermeidung jenes seltsamen Ergebnisses hat sich nicht geboten.

Das Dasein des Werklieferungsvertrags hängt davon ab, daß die herzustellende Sache eine unvertretbare oder, wie das Gesetz sagt, „eine nicht vertretbare“ sei. Vertretbare Sachen sind nach BGB. § 91 „bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“. An dieser Definition ist deutlich und unanfechtbar nur das Requisite der Beweglichkeit. Danach sind alle unbeweglichen Sachen nicht vertretbar, so daß der Vertrag über ihre Herstellung aus vom Unternehmer zu beschaffendem Stoff ein Werklieferungsvertrag ist. Im übrigen ist die gesetzliche Definition unzulänglich und dadurch irreführend. Denn es läßt sich kaum irgend eine bewegliche Sache anführen, die nicht im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt. Daß plastische Werke, wie Bronze- oder Marmorstatuen, nach Gewicht bestimmt werden, mag nur im Zoll- oder Transportverkehr üblich sein, während bei „Verkehr“ in § 91 an kauf- oder mietgeschäftlichen Verkehr gedacht sein wird. Sobald jedoch Silber als Stoff der Plastik in Frage kommt, (man denke an die Kleinkunst), gehört die Gewichtsangabe zu den gewöhnlichen Bestimmungen, wie Auktionskataloge zeigen können. Ebenso ist es ganz selbstverständlich, daß die Bildwerke „nach Zahl

¹ Für die Annahme von Werkvertrag kann man sich auch nicht auf römisches Recht berufen, das allerdings *locatio annimmt*, aber keinen Werklieferungsvertrag kennt, und *locatio annimmt* nach 22 § 2 D 19, 2, weil der Meister seine Arbeit *verdinge*, nach 20 D 18, 1, weil mit dem Bauplatz Stoff vom Bauherrn herkomme; letztere Stelle bietet „nicht einmal den leisesten Anhaltspunkt für die herrschende Ansicht, welche unter ‘*substantia*’ die Hauptsache im Gegensatz zur Nebensache versteht“ (Dniestrzanski, Wesen des Werklieferungsvertrages nach österr. Recht S. 7). Gegen die Annahme von Werkvertrag möchte ich nicht geltend machen, daß BGB. § 651 Abs. 1 „nicht von Herstellung aus einem vom Unternehmer allein zu beschaffendem Stoff spricht“ (ein in anderem Zusammenhang von Riezler S. 65 gebrauchtes Argument). — Die Entscheidung für Werkvertrag oder für Werklieferungsvertrag ist hier nur für die Sicherungshypothek (§ 648) wichtig, nicht in anderen Hinsichten. Denn auch der bloße Unternehmer übereignet durchs Einbauen. Und von den Kaufvorschriften, die auf den Unternehmer des Werklieferungsvertrages anzuwenden sind (§§ 434—444. 446 Abs. 2. 448—455. 465—476. 494—503), geht ein Teil den Bauhandwerker nichts an, ein anderer Teil findet nach § 634 Abs. 4. § 644 Abs. 2 auch auf den Unternehmer des Werkvertrages Anwendung.

bestimmt zu werden pflegen“, auch wenn es nicht jedem Bildhauer wie einem Christian Rauch beschieden ist, daß bei ihm sechs Viktorien auf einmal bestellt werden. Gemälde rechnet man allgemein zu den nicht vertretbaren Sachen, aber daß sie nicht nach Zahl und Maß bestimmt zu werden pflegen, kann nur ein ganz Unerfahrener behaupten. Ihre Maße sind so wichtige Bestimmungen ihrer Individualität, daß sie in keinem guten Verzeichnis zu vermissen sind und auch im Kunsthandel eine Rolle spielen. Bei der Bestellung erst anzufertigender Bilder werden (wegen der Plazierung) oft auch die Maße festgesetzt, und der durch die Maße bestimmte Umfang steht oft in geradem Verhältnis zum Preise. Um zu sehen, daß Gemälde auch nach der Zahl bestimmt werden, braucht man nur in den Zeitungen Versteigerungsanzeigen anzusehen; hier werden die 98 Bilder, die Herr N., die 112 Bilder, die Frau M. hinterlassen hat, zum Kauf angeboten. Steigen wir von den Höhen der Kunst hinab, betreten wir einen Schneiderladen. Der uns hier angemessene, auf den Leib geschnittene Rock hat nicht seinesgleichen und ist so unvertretbar als möglich, und doch wird niemand bestreiten, daß er zu den Sachen gehöre, „die nach Maß bestimmt zu werden pflegen“. Wenn die Gute-Hoffnungs-Hütte in Oberhausen für eine Stadtgemeinde die Herstellung einer eisernen Brücke übernimmt, so sind nicht bloß Länge und Breite der Brücke bemessen, sondern auch alle Bestandteile des Tragwerks, die Träger, Stege, Gurten, Winkeleisen, Rippen, Stäbe u. s. w., nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt. Gleichwohl hat man es hier anerkanntermaßen mit unvertretbaren Sachen zu thun.

So ließen sich noch viele Belege dafür beibringen, daß die Definition der vertretbaren Sachen im BGB. § 91 dem hergebrachten und eingewurzelten Begriffe derselben nicht entspricht¹ und nicht hinreicht, die im Gebiet des Werkvertrags und in anderen Gebieten

¹ Das Gegenteil wird außer in den Motiven zum Entwurf I § 779 (fast gleichlautend mit BGB. § 91) Bd. III S. 33 von vielen angenommen, z. B. von Kipp zu Windscheid § 141, Endemann, Lehrbuch I § 56, Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 21 Anm. 1, Hölder, Kommentar zu BGB. § 91 Nr. 2. Aber nach Ausweis der Wörterbücher ist der Begriff von *res quae pondere, numero, mensura constant, consistunt, continentur* oder *valent* enger und voller als der von „Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“. Man sehe ferner die Definitionen z. B. bei Kierulff, Regelsberger, Bekker, Dernburg, Hölder, Karlowa (näher citiert bei Windscheid), wo überall ein „nur“, „bloß“ oder „ausschließlich“ anzutreffen ist, und Lassalle, System der erworbenen Rechte II, 157: „Dinge, die ihr Wesen im Quantitativen haben“. Endlich Brinz, Pandekten II, 102.

wichtige Unterscheidung der vertretbaren und der nicht vertretbaren Sachen zu liefern. Um vertretbare Sachen zu sein, müssen bewegliche Sachen durch Zahl, Maß oder Gewicht vollständig bestimmt werden, indem die Zahl-, Maß- oder Gewichtsbestimmung zu ihrer Bestimmung für das privatrechtliche Verkehrsbedürfnis genügend ist. Und damit dies zutreffe, müssen Sachen nicht etwa bloß im gegebenen Fall nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt sein, sondern auch einer Gattung von Sachen angehören, die gewöhnlich nur gattungsmäßig bestimmt werden, in Genusgeschäften vorzukommen pflegen, weil der Verkehr für die Unterschiede unter den Angehörigen dieser Gattung kein Auge hat und daher ihre gegenseitige Vertretung zuläßt, also daß sie mit der ferneren Zahl-, Maß- oder Gewichtsbestimmung für jenes Verkehrsbedürfnis vollständig bestimmt sind¹. Diese Definition paßt auf die vorhin beispielsweise angeführten Sachen nicht; sie sind darum nicht vertretbar, was der gemeinen Meinung entspricht, während sie nach BGB. § 91 zu den vertretbaren Sachen gehören würden². Da übrigens — vermöge des Wechsels der Mode und des Fortschritts der Technik — bei Herstellung von Sachen möglicherweise eine neue Gattung von Sachen geschaffen wird (z. B. neues Herrenhutmodell, neues Tapeten- oder Stoffmuster, eine neue Gattung von Bleistiftspitzern oder Stahlfedern, Gewehre Modell 1901), so kann man von Herstellung vertretbarer Sachen genau genommen nur in dem Sinne reden, daß Sachen hergestellt werden, die nach ihrer Herstellung im Verkehr als vertretbare umgehen³.

Von der weiteren Verfolgung des Werklieferungsvertrags (nämlich vom Eingehen auf seine Rechtswirkungen) kann in diesem Zusammenhang so wenig die Rede sein, wie von der anderer Arbeitsverträge. Er ist hier — in der Erörterung des Zusammentreffens von Arbeit und Sachleistung — nur als ein Typus zur Sprache gekommen, der auf dem Übergang vom Werkvertrag zum Kaufe liegt. Es ist daher hier auch nicht der Ort, auf Varianten einzugehen, die gegenüber § 651 erdacht werden können oder vom Leben geboten werden, Varianten, zu denen auch die Kumulation von Sachleistung und Arbeit und demgemäß das Dasein einer Mehrheit von Verträgen

¹ Zum Begriff s. vornehmlich Hölder, Kommentar zum BGB. § 91.

² Auch vom BGB. gilt, was vom römischen Senat Gaius gesagt hat: *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit* (2 § 1 D 7, 5).

³ Daß hingegen „eine individuelle Bestimmung der Sache regelmäßig nicht möglich ist, wenn die Sache erst hergestellt werden soll“ (Emerich a. a. O. S. 21—23), ist nicht anzuerkennen.

gehört¹. Die Kumulation dieser Leistungen stellt, wie eingangs bemerkt, den Arbeitsvertrag nicht in Frage, dies thut nur die Absorption, die bald zur Verdrängung, bald zur Erhaltung des Arbeitsvertrags ausschlägt.

Fünftes Kapitel.

Unwesentlicher Inhalt. Herkunft des Inhalts. Verhältnis der Rechtsfolgen zum Inhalt.

I. Der Arbeitsvertrag hat, wie schon bei seiner Definition gesagt wurde (Kap. 1, Nr. I), zum wesentlichen Inhalt nur die Vereinbarung von Arbeit und die Vereinbarung von Entgelt. Der Arbeitsvertrag kann noch weiteren Inhalt haben; solchem sind wir schon bei der Erörterung der wesentlichen Bestandteile (in Kap. 2 und Kap. 3) wie auch bei der Besprechung dessen begegnet, was fehlen muß, damit der Arbeitsvertrag aufkomme (Kap. 4). Hier wollen wir, im Dienste unserer Aufgabe, bei dem ferneren möglichen Inhalt des Arbeitsvertrags verweilen. Er läßt sich im Gegensatz zu dem angegebenen wesentlichen als unwesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrags bezeichnen. Diese Unwesentlichkeit ist Aufserbegrifflichkeit, bezieht sich daher nur auf den Arbeitsvertrag überhaupt oder als Gattung und weder auf das einzelne, konkrete Exemplar, noch auf jeden gesetzlichen Typus des Arbeitsvertrags. Denn was das erstere anlangt, so ist ohne weiteres einleuchtend, daß die Parteien im gegebenen Fall ihrem Arbeitsvertrag einen über den gattungsmäßig wesentlichen hinausgehenden Inhalt einfügen können, welchem sie die gleiche Bedeutung verleihen, wie dem wesentlichen, so daß sie ohne dies den Vertrag nicht geschlossen haben wollen². Von solcher Wesentlichkeit in concreto ist hier nicht die Rede. Aber auch der oder jener Typus des Arbeitsvertrags ist gesetzlich so geregelt oder de-

¹ z. B. schreibt eine Gemeinde den Bau einer Wasserversorgung aus. Es sind herzustellen an Leitung 8000 m in Cementröhren und 14000 in Gufaröhren, ferner 48 Stück Überflurhydranten und ein Wasserreservoir von 200 m³ Inhalt. Die Herstellung des Reservoirs, da sie hauptsächlich in Ausgrabung besteht und zur Verdichtung nur die Beschaffung von Zuthaten gehört, bildet den Gegenstand eines Werkvertrags. Die Herstellung der Leitung ist, als Herstellung einer unbeweglichen, Herstellung einer unverletzlichen Sache aus Stoff, den der Unternehmer zu beschaffen hat, sie bildet demnach den Gegenstand eines Werklieferungsvertrags, und die Herstellung der Überflurhydranten ist als Kauf zu betrachten.

² Vgl. BGB. § 154 Abs. 1.

finiert, das zu seinem Inhalt mehr gehört, als Vereinbarung von Arbeit und Entgelt. So muß der gewerbliche Lehrvertrag, der nach GewO. § 126^b binnen vier Wochen nach Beginn der Lehre schriftlich abzuschließen ist, „die Angabe der Dauer der Lehrzeit“ enthalten.

Der außerbegriffliche oder unwesentliche Inhalt des Arbeitsvertrags kann ihm wie der wesentliche durch Worte oder durch andere Ausdrucksmittel gegeben werden. Der unwesentliche Inhalt unterliegt wie der wesentliche (S. 110—18 und S. 170—76) den Schranken des Rechts und der Moral¹. Innerhalb der durch Recht und Moral gezogenen Schranken dehnt er sich grenzenlos aus und entzieht sich einer erschöpfenden Fassung und Einteilung. Aber ein gewisser Überblick über seinen Bereich läßt sich dadurch erlangen, daß man aus verschiedenen Gesichtspunkten Gruppen der ihm angehörenden Bestimmungen bildet. Wir unterscheiden: Ausführungsbestimmungen, Änderungsbestimmungen und Zusatzbestimmungen.

II. Mit Ausführungsbestimmungen sind diejenigen gemeint, welche die zwei wesentlichen Leistungen von Arbeit und Entgelt näher bestimmen, als für das Vorhandensein einer Arbeit- oder Entgeltvereinbarung notwendig ist, oder die Beziehung dieser Leistungen zu einander näher bestimmen, als mit der Aufstellung ihres Austauschverhältnisses gegeben ist. So läßt sich die Arbeit näher bestimmen nach Art (Methode, Form, Gegenstand oder Stoff), Zeit ihrer Vornahme und ihres Ergebnisses (Arbeitszeit, Lieferzeit), Ort, Person

¹ Die an den citierten Stellen gegebene Erörterung der Rechts- und der Moralwidrigkeit konnte nicht umhin, auch manche zum unwesentlichen Inhalt gehörige Bestimmung des Arbeitsvertrags in Hinsicht auf Recht und Moral zu behandeln, und ebenso wird uns in den folgenden Abschnitten noch manche begegnen. Eine beim gewerblichen Arbeitsvertrag nicht selten getroffene hierher gehörige Bestimmung besteht in der Ausbedingung, daß der Arbeitnehmer den Berufsvereinen seines Faches fern bleibe, oder die Berufsinteressen seiner Fachgenossen nicht unterstütze, z. B. Soziale Praxis X, 1019, Jahresbericht des Gewerkschaftskartelles in Braunschweig f. 1899 S. 55. Hierüber Loewenfeld in Brauns Archiv f. soz. Gesetzgebung III, 472. 473, Lotmar, Unmoral. Vertrag S. 73 Anm. 226. Wenn das Gesetz den Koalitionen, d. h. Vereinigungen von Gewerbetreibenden oder gewerblichen Arbeitern zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen insofern die Bahn frei gemacht hat, als es alle dawider laufenden Verbote und Strafbestimmungen ausdrücklich aufgehoben hat (GewO. § 152), so muß eine diese Freiheit einengende Bestimmung eines Arbeitsvertrags wenigstens als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden. Dies scheinen sogar Fabrikanten zu gunsten von Arbeitern anzunehmen: Soz. Praxis I. c. — Wegen gesetzwidrigen unwesentlichen Inhalts s. auch SeeUVG. § 139. GewUVG. § 141. KrVG. § 80.

des Verrichters und Person des Empfängers; auch das gehört hierher, daß irgendwie eine Person bestimmt wird, der die Direktion der Arbeit in einer oder der anderen Hinsicht zustehen soll. Ebenso läßt sich die Leistung der Vergütung in verschiedenem Grad präzisieren, nach Art und Umfang, vorzüglich die Naturalvergütung, Ort und Zeit; wie auch Entrichter und Empfänger besonders bestimmt werden können. Verfügungen, die das gegenseitige Verhältnis der zwei Leistungen betreffen, können ihre Zeitfolge näher bestimmen oder, was wichtiger ist, das Quantum von Arbeit, dem ein gewisser Entgeltbetrag entsprechen soll, falls nicht der vereinbarte Entgelt und die vereinbarte Vergütung einander in Bausch und Bogen korrespondieren sollen. Denn damit, daß der Arbeitsvertrag als Vereinbarung von Arbeit und Entgelt vollständig definiert wird, ist noch nicht bestimmt, ob im gegebenen Fall der Entgelt ein Äquivalent ist für eine Arbeit von gewissem zeitlichem Umfang, oder ob die Arbeit nicht nach Maßgabe ihrer Dauer, sondern einfach nach dem, was sie schafft, entgolten wird. — Alle genannten sind Ausführungsbestimmungen, indem sie den definitionsmäßigen Inhalt des Arbeitsvertrags für die gegebenen Bedürfnisse entwickeln oder ausbilden¹.

III. Mit Änderungsbestimmungen sind diejenigen gemeint, durch welche die von den Gesetzen vorgesehene Rechtswirkung des Arbeitsvertrags alteriert wird, so daß der Vertrag eine andere Wirkung erhält, als er ohne solche Bestimmung erhalten würde. Diesen Einfluß können Änderungsbestimmungen nur haben, wo die ohnedies eintretende Rechtswirkung einen dispositiven Rechtssatz zur Quelle hat, d. i. einen Rechtssatz, der den Parteien die Macht giebt, eine andere als die gesetzlich vorgesehene Rechtswirkung eintreten zu lassen. Die Änderung ist entweder Ausschaltung oder nur Modifikation des dispositiven Rechts, d. h. der gesetzlich vorgesehenen Wirkung. Manche gesetzliche Regelung der Wirkung ist so gefaßt, daß sie eine Änderungsbestimmung vorbehält, auf ändernde Privatdisposition reflektiert².

¹ Derlei Ausführungsbestimmungen sind z. B. beim Frachtvertrag, der vom Frachtbrief reproduziert wird (HGB. § 426 und Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 487), die Bestimmung des Empfängers, des Ortes der Ablieferung, des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen, der Fracht, ihres Umfangs, ihrer Vorausbezahlung.

² So z. B. GewO. § 122: „Das Arbeitsverhältnis zwischen den Gesellen oder Gehülfnen und ihren Arbeitgebern kann, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, durch eine jedem Teile freistehende, vierzehn Tage vorher erklärte Aufkündigung gelöst werden.“ SeemO. § 40 („falls nicht ein Anderes bedungen ist“), § 41 („in Ermangelung einer anderweitigen Abrede“).

Andere haben einer Änderungsbestimmung zu weichen, obwohl sie solche Nachgiebigkeit nicht selbst aussprechen¹. Es braucht aber auch, so wenig wie die Nachgiebigkeit, die Unnachgiebigkeit eines Rechtssatzes von ihm selbst ausdrücklich erklärt zu sein, und daraus, daß das Gesetz einzelnen Regeln zwingende Kraft beilegt, kann nicht geschlossen werden, daß nicht noch andere Regeln diese Kraft besitzen². — Von den unter II erwähnten Ausführungsbestimmungen kann eine oder die andere zugleich Änderungsbestimmung sein. Es kann z. B. eine Bestimmung über die Zeit der Entrichtung des Entgelts abweichend vom Gesetz dahin gehen, daß diese Entrichtung gänzlich oder teilweise im voraus zu geschehen habe³.

IV. Mit Zusatzbestimmungen sind diejenigen gemeint, welche nicht (wie die Ausführungsbestimmungen), an den mit dem Arbeitsvertrag gegebenen wesentlichen Inhalt anknüpfend, die Arbeits- oder die Entgeltleistung oder deren gegenseitiges Verhältnis in irgend einer Hinsicht nur näher bestimmen, sondern neue Gegenstände betreffen, namentlich fernere Leistungen festsetzen. Es gehören hierher vorzüglich Bestimmungen über Sachleistung neben Arbeit (Kap. 4), über Ersatz von Aufwendungen (Kap. 3 Nr. VI), über die Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers (Abschn. V Kap. 1), über die Verwahrung seiner Papiere und Werkzeuge durch den Arbeitgeber, über die Stellung von Kauttionen, über Konventionalstrafen, über die Ausschaltung der Kompetenz des Gewerbegerichts und Anerkennung eines Schiedsgerichts⁴, ferner die sogenannte

¹ z. B. BGB. §§ 614. 621. 641. 644 Satz 1. Nach Auerbach, Dispositives Recht, insbesondere des BGB. (Erlanger Dissert. 1900) S. 16, „kann dispositives Recht nur da vorkommen, wo das Recht es ausdrücklich will“. Nach Stammler, Recht der Schuldverhältnisse (1897) S. 74 hat das BGB. „in einer größeren Zahl von Fällen, als es für das zwingende Recht geschehen ist, den nicht zwingenden Charakter der einschlägigen Sätze besonders festgestellt, ohne freilich damit die Gesamtzahl der nicht zwingenden Normen angeben zu wollen“.

² So sind die durch BGB. §§ 617. 618 statuierten Verpflichtungen nach § 619 der Aufhebung oder Beschränkung durch vorgängigen Vertrag entrückt. Daraus folgt nicht, daß nicht auch §§ 616. 626. 629. 630 absolutes Recht enthalten, obwohl sie nicht mit einer hierauf gerichteten Erklärung versehen sind. Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht (1899) S. 84. Kipp, Der Parteiwille unter der Herrschaft des BGB. (1899) Anm. 65.

³ HGB. § 59 macht mit den Worten „soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen getroffen sind“ ändernden Ausführungsbestimmungen Platz.

⁴ Vgl. Ges. zur Änderung des Ges. betr. die Gewerbegerichte (v. 30. Juni 1901) Art. 1 Nr. IV.

Konkurrenzklauseel (Kap. 6 g. E.), die sogenannte Streikklausel¹ und die von Staat oder Gemeinde mit einem Unternehmer getroffene Abrede über die Bedingungen der Arbeitsverträge, die der Unternehmer mit den Gehülfen schließt, durch welche er die von ihm übernommene Arbeit verrichten läßt (Nr. V, 1 a. E.). Da der Arbeitsvertrag nicht wesentlich eine Bestimmung über die Dauer des durch ihn begründeten Rechtsverhältnisses enthält, so ist eine solche den Zusatzbestimmungen beizuzählen. Wo eine Zusatzbestimmung überdies etwas von der gesetzlichen Disposition Abweichendes, innerhalb des vom Gesetz gewährten Spielraumes, verfügt, unterfällt sie zugleich den unter III angeführten Änderungsbestimmungen.

Ein besonders wichtiger und häufig vorkommender, bald den Ausführungs-, bald den Zusatzbestimmungen beizuzählender Inhalt des Arbeitsvertrags ist die Ermächtigung des Arbeitnehmers oder die Erteilung einer Vollmacht weiteren Sinnes an den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber. Diese Vollmacht weiteren Sinnes besteht in der Macht und Befugnis (in Können und Dürfen) zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche zur Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht gehören oder gehören können. Es sind dies Handlungen, durch welche in eine fremde, nämlich in die Rechtssphäre dessen eingegriffen wird, gegenüber welchem die Arbeitspflicht besteht, des Arbeitgebers. Diese Eingriffe sind von der größten Mannigfaltigkeit. Sie stellen sich dar bald (1) als körperliche Einwirkungen auf die Person oder die Sachen des Vollmachtgebers (Arbeitgebers), bald (2) als Ausübung von persönlichen Gewalten, die demselben zustehen, bald (3) als einseitige oder zweiseitige Rechts-handlungen, durch die jener in Rechtsbeziehungen zu Dritten gebracht oder von solchen Beziehungen gelöst, oder dem Bevollmächtigten (Arbeitnehmer) ersatzpflichtig gemacht wird.

Diese Vollmacht weiteren Sinnes erstreckt sich nicht bloß über das Gebiet der Stellvertretung hinaus, weil sie sich auf mehr bezieht als Willenserklärungen, die im Namen des Vertretenen abgegeben

¹ „Diese Klausel bezweckt, die sonst bei Nichteinhaltung der Bautermine den Submissionären aufzuerlegenden Konventionalstrafen in dem Falle außer Anwendung zu bringen, wenn die Fristversäumnis durch den Ausbruch eines Streikes verursacht wurde. Durch Aufnahme einer solchen Klausel in den Submissionsvertrag wird offenbar die Aussicht auf einen Erfolg des Ausstandes wesentlich verringert“: Der Arbeiterschutz bei Vergebung öffentl. Arbeiten und Lieferungen. Bericht des k. k. arbeitsstatist. Amtes (Wien 1900) S. 97, vgl. 98. Die Einführung der Streikklausel in die Bauverträge. Denkschrift des Verbandes der Baugeschäfte von Berlin und den Vororten (Berlin 1900). Bericht des Arbeitgeberverbandes Hamburg-Altöna f. d. J. 1900 S. 33—37.

werden, sondern auch über den Bereich der Verfügungen des BGB., weil sie nicht blofs Handlungen umfaßt, die ein bestehendes Recht beeinflussen ¹.

Zur Veranschaulichung ihrer ungemessenen Ausdehnung sei (ad 1) beispielsweise erinnert an die körperlichen Einwirkungen auf die Person des Arbeitgebers, welche vom Wecken, Rasieren, Massieren, Pflegen bis zum Operieren und Amputieren reichen, während die körperlichen Einwirkungen auf seine Sachen umfassen das Betreten seiner Räume (Wohnung, Werkstätte, Bauplätze, Schiffe, Wiesen, Wälder), die Benutzung seiner Sachen, wie Betten, Kleider (Livree, Bühnengarderobe) und sonstiger Werk- und Fahrzeuge, die unzähligen Veränderungen seiner Sachen durch Schneiden, Fällen, Pflücken, Graben, Verpflanzen, Bemalen, Bauen, Transportieren, und endlich die Aufzehrung seiner Sachen durch Verarbeiten, wie Verfüttern, Verkochen, Verbrennen, Schlachten, Einschmelzen u. s. w. — alles Handlungen, die ebensoviele Eingriffe in die Rechtssphäre des Arbeitgebers bilden, und deren Rechtmäßigkeit eine Ermächtigung durch ihn voraussetzt. Wo sie der Arbeitnehmer nicht persönlich vorzunehmen braucht, sie durch Gehülfen vornehmen lassen kann, werden durch die ihm erteilte Vollmacht auch diese Gehülfen autorisiert.

Es sind ferner (ad 2) die Erziehungsmafsregeln, die der Hauslehrer gegenüber dem Zögling anwendet, die tausendfältigen faktischen Direktiven, welche der Ingenieur, Werkführer, Faktor, Steiger, Regisseur, Gutsinspektor, Betriebsleiter, Schiffskapitän, Steuermann, Gesellschaftsdirektor, Vereinsvorstand im Vollzug der ihnen aus dem Arbeitsvertrag obliegenden Arbeit für die Arbeit anderer Arbeitnehmer ihres Arbeitgebers erlassen (oben S. 93 fg.), lauter Handlungen, durch die sie in eine fremde Rechtssphäre, nämlich die des Arbeitgebers, eingreifen, aber sie mafsen sich damit nicht die Erziehungs-, Leitungs- oder Verfügungsgewalt eines anderen an, da sie vielmehr kraft seiner im Arbeitsvertrag erklärten Autorisation die Macht zu jener Direktion besitzen ².

¹ Vgl. Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (Giefsner Festgabe für Dernburg, 1900) S. 91—93, mit dem Hinweis auf Planck, Kommentar zum BGB., Vorbemerkung zum 3. Abschnitt unter IX, 4 (Verfügungen). Hupka, Die Vollmacht (1900) S. 19. 20. Schlofsmann, Lehre von der Stellvertretung I (1900) S. 294—304.

² Die durch die Arbeitsverträge mit mehreren Arbeitern vereinbarten Leistungen von Arbeit und Entgelt können völlig gleich, und es kann doch der Arbeitsvertrag eines von ihnen dadurch ausgezeichnet sein, dafs dieser Eine zum Kommando bei der Arbeit ermächtigt ist, z. B. Vorarbeiter, Partieführer.

Die Erteilung einer Vollmacht ist endlich (ad 3) auch in den zahllosen Fällen anzutreffen, in denen jemand als Rechtsanwalt, Direktor, Vorstand, Beamter, Korrespondenthrheder, Schiffer, Floßführer, Kassier, Spediteur, Kommissionär, Handlungsgehülfe, Agent, Gerichtsvollzieher, Kellner u. s. w. in Vollzug eines Arbeitsvertrags im Namen oder für Rechnung des Arbeitgebers Rechtshandlungen vornimmt, rechtliche Verfügungen trifft, Anerkennungen, Verzichte und Kündigungen erläßt, Vollmachten und Genehmigungen erteilt, Käufe und Mieten, Darlehens- und Arbeitsverträge schließt, Zahlungen macht und in Empfang nimmt, wodurch er entweder für und gegen sich selbst Rechtswirkungen gegenüber dem Arbeitgeber erzeugt, oder im Fall der Stellvertretung über sich selbst hinweg den Arbeitgeber in neue¹ oder außer alte Beziehung zu Dritten setzt², oder endlich beiderlei Wirkung zugleich (nach innen und nach außen) hervorruft³.

Alle diese und andere nicht vollzählig ausführbaren Eingriffe in die Rechtssphäre des Arbeitgebers gründen ihre Rechtmäßigkeit und ihre Rechtswirksamkeit auf eine durch ihn erteilte Vollmacht weiteren, nämlich nicht auf die Stellvertretung beschränkten Sinnes. Diese Vollmacht ist nicht eine Rechtsfolge des Arbeitsvertrags schlechthin, sondern eines für den Arbeitsvertrag als Gattung aufserwesentlichen Inhalts, einer Ermächtigung. Dafs nicht mit dem Arbeitsvertrag als solchem die Vollmacht als Rechtsfolge verknüpft ist, wird schon dadurch bewiesen, dafs Arbeitsverträge vorkommen, bei deren Vollzug der Arbeitnehmer keinerlei Eingriff in die Rechtssphäre des Arbeitgebers macht und daher zu solchen nicht bevollmächtigt zu sein braucht⁴. Mit dieser Argumentation steht im Einklang, dafs umgekehrt jemand bei Leistungen von Arbeit zu gewissen Eingriffen in den Rechtskreis eines anderen, ja zur Stellvertretung ermächtigt sein kann, ohne dafs er einen Arbeitsvertrag mit dem anderen abgeschlossen hat. „Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt — nach HGB. § 56 — als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager ge-

¹ z. B. der Schiffer, der die Schiffsmannschaft annimmt und damit den Rheder haftbar macht.

² z. B. der Kassier, der eine Schuld seines Arbeitgebers gegenüber einem Dritten durch Zahlung tilgt.

³ So, wenn er namens des Arbeitgebers (z. B. des Wirtes) vom Dritten sich zahlen läßt und hierdurch sowohl den Dritten vom Prinzipal liberiert, als sich selber dem Prinzipal für Herausgabe der Einnahme obligiert.

⁴ z. B. des Dienstmannes, der eine Botschaft auszurichten, des Auskunftsbureaus, das eine Referenz zu geben hat.

wöhnlich geschehen.“ Um „angestellt“ zu sein, braucht man nicht gegen Entgelt angestellt zu sein¹; die gedachte Vollmacht kommt daher auch einem Mandatar oder einem Volontär zu, die doch nicht im Arbeitsverhältnis zum Prinzipal stehen. Wenn die Rechtsfolge der Vollmacht auch ohne Arbeitsvertrag vorkommen kann², so hat man, wo sie neben den begrifflichen Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrags erscheint, einen sie begründenden Thatbestand vorauszusetzen, der außerhalb des begrifflichen liegt. Wo es sich um Vollmacht engeren Sinnes handelt — d. h. um diejenige, die zur Stellvertretung ermächtigt — kann der Thatbestand, auf dem sie beruht, gegenüber dem Thatbestand des Arbeitsvertrags selbständig sein, und danach diese Vollmacht eine gegenüber dem Arbeitsvertrag und seinen Rechtsfolgen selbständige Existenz führen. Es ist nämlich möglich, daß der Arbeitsvertrag aus irgend einem Grunde ungültig ist, während doch die Vollmacht aufkommt³. Und es kann die Vollmacht durch den Widerruf des Vollmachtgebers endigen, während das durch den Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis fort dauert⁴. Dies ist leicht begrifflich, wenn man dem verneinenden Thatbestand des Widerrufs den bejahenden Thatbestand der Bevollmächtigung entsprechen und vorangehen läßt, während es nicht begrifflich sein würde, wenn diese Vollmacht eine Rechtsfolge des im übrigen ferner wirksamen Arbeits-

¹ Vgl. HGB. § 59.

² Die Ehefrau, die Arbeitnehmer ihres Mannes sein kann, ist doch auch, ohne dies zu sein, „berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten“: BGB. § 1357.

³ Hupka, Vollmacht S. 156—162 nimmt dies von jeder Vollmacht i. e. S. an. Er anerkennt zwar, daß, „wer jemanden auf Grund eines bestimmten Vertragsverhältnisses bevollmächtigt, dies normalerweise allerdings unter der stillschweigenden Voraussetzung thut, daß jener Vertrag auch gültig ist“; allein er findet nicht, daß „die Rechtsordnung einem solchen Willen gegen das stärkere Interesse des Verkehrs Wirkung verleiht“. Indessen ist das sog. Interesse des Verkehrs ein Interesse gewisser Personen, welchem kollidierend das Interesse anderer Personen gegenübersteht. Vgl. Krit. Vierteljahresschr. 25, 397. Uns scheint die in Rede stehende Selbständigkeit der Vollmacht durch die Selbständigkeit ihrer Erteilung bedingt, also nur da gegeben zu sein, wo die Bevollmächtigung dem Dritten gegenüber erklärt worden ist, oder auf einer Zusatzbestimmung beruht, die im Vertrag des Prinzipals mit dem Bevollmächtigten getroffen worden ist (s. u.). Ein näheres Eingehen auf die Vollmacht und ihr Recht liegt außerhalb unseres Themas.

⁴ BGB. § 168 Satz 2: „Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des (ihrer Erteilung zu Grunde liegenden) Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt.“ HGB. § 52. Vgl. Hupka a. a. O. S. 410 ff.

vertrages wäre und durch die einseitige Erklärung des Arbeitgebers von diesem Vertrag abgelöst werden könnte.

Die dem Arbeitnehmer zustehende Vollmacht weiteren Sinnes ist hiernach nicht eine Rechtsfolge des Arbeitsvertrags, d. h. der bloßen Vereinbarung von Arbeit und Entgelt. Abgesehen von der Vollmacht engeren Sinnes, die durch Erklärung gegenüber Dritten erteilt werden kann, setzt des Arbeitnehmers Vollmacht einen zwischen ihm und dem Arbeitgeber realisierten Thatbestand voraus. Diese zum auferbegrifflichen Inhalt des Arbeitsvertrags in abstracto gehörige Bestimmung tritt bald als Ausführungsbestimmung, bald als Zusatzbestimmung auf.

Ausführungsbestimmung ist sie in den zahllosen Fällen, in denen die unter II erwähnten Bestimmungen der Art, des Ortes oder des Empfängers der Arbeit die Bevollmächtigung zu all denjenigen Handlungen enthalten, ohne welche die solchergestalt bestimmte Arbeit nicht geleistet werden kann¹. Das gilt nicht bloß von den gemeinen Handlungen, die ad 1 angeführt worden sind, indem z. B. der Arzt zum Untersuchen des Patienten, der Maurergeselle zum Betreten der Baustelle², der Koch zum Töten der Hühner seines Arbeitgebers ermächtigt ist. Es gilt auch von den ad 2 und 3 erwähnten, teils gemeinen, teils rechtsgeschäftlichen Handlungen. Denn wer z. B. einen Hauslehrer engagiert, räumt ihm damit Erziehungsgewalt ein; wer einen Handlungsgehilfen in einem Laden oder offenen Warenlager anstellt, ermächtigt ihn zugleich zu den darin gewöhnlich vorkommenden Verkäufen und Empfangnahmen (HGB. § 56); wer einen Handlungsreisenden anstellt, ermächtigt ihn dabei zur Einziehung der Kaufpreise aus den von demselben geschlossenen Käufen (HGB. § 55). Der Korrespondentrheder, ein Arbeitnehmer der Mitrheder, ist im Verhältnis zu Dritten „kraft seiner Bestellung befugt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Geschäftsbetrieb einer Rhederei gewöhnlich mit sich bringt“, z. B. „den Schiffer anzustellen und zu entlassen“ (HGB. § 493); ebenso ist, wenn sich das Schiff außerhalb des Heimathafens befindet, „der Schiffer Dritten gegenüber³ kraft seiner Anstellung befugt, für den Rheder alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausrüstung,

¹ Vgl. Biermann, a. a. O. S. 104. 105. — Aus dem obigen Grund können auch spätere Direktionen des Arbeitgebers für den Vollzug (S. 95) mit Ermächtigungen verknüpft sein.

² Davon ist das Plakat, das „den beim Bau nicht Beschäftigten den Eintritt untersagt“, die juristisch selbstverständliche Kehrseite.

³ wie dem Rheder gegenüber: HGB. § 534 Abs. 1.

die Bemannung, die Verproviantierung und die Erhaltung des Schiffes, sowie überhaupt die Ausführung der Reise mit sich bringen“¹.

Hingegen Zusatzbestimmung zum Arbeitsvertrag ist die gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgende Bevollmächtigung in den nicht seltenen Fällen, in denen nicht mit den Bestimmungen von Art, Ort oder Empfänger der Arbeit oder mit der Anstellung dem Arbeitnehmer eine Vollmacht erteilt wird, sondern diese Rechtsfolge eine ausdrücklich auf sie gerichtete Willenserklärung des Arbeitgebers (oder seines Stellvertreters) voraussetzt. Diese auserbegriffliche Bestimmung wird hier dem Inhalt des Arbeitsvertrags hinzugesetzt. Denn wer jemanden als Werkführer anstellt, mag ihn damit zu Verfügungen über Stoffe und Werkzeuge bevollmächtigt haben, aber wenn der Werkführer auch zur Eingehung und zur Aufhebung von Arbeitsverhältnissen Dritter zu seinem Arbeitgeber Vollmacht haben soll, so muß ihm solche besonders erteilt sein². Kammerdiener und Köchin sind durch ihre Anstellung zu diesen Diensten zu mancherlei Handlungen bevollmächtigt, hingegen bedürfen sie zur Empfangnahme und zur Leistung mancher Zahlungen einer separaten Vollmachtserteilung. Es kann ferner die ausgedehnte Vollmacht der Prokura „nur mittelst ausdrücklicher Erklärung erteilt werden“ (HGB. § 48); sie muß sich daher auch, wo sie einem Arbeitnehmer des Kaufmannes bei Abschluss des Arbeitsvertrags erteilt wird, vom sonstigen Inhalt dieses Vertrags abheben. Der Handlungsagent wird durch die den Agenturvertrag kennzeichnenden Bestimmungen zu verschiedenen Handlungen ermächtigt, aber zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn, sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen muß ihm die Ermächtigung „besonders“ erteilt sein (HGB. § 86). Der Binnen- und der Seeschiffer wie der Korrespondentrheder ist zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten zu Lasten seines Arbeitgebers nicht schon kraft seiner Anstellung im stande, sondern „nur auf Grund einer ihn hierzu ermächtigenden Vollmacht“, oder wenn „ihm eine Vollmacht hierzu besonders erteilt ist“³. Das Nämliche gilt vom Flossführer hinsichtlich der Einziehung von Frachtforderungen, während der Binnenschiffer hierzu kraft seiner Anstellung bevollmächtigt ist⁴.

¹ HGB. § 527, ähnlich BiSchG. § 15 Abs. 1 („Dritten gegenüber kraft seiner Anstellung befugt“); vgl. § 18.

² Vgl. z. B. Bericht des Arbeitgeber-Verbandes Hamburg-Altona f. 1900 S. 22: bei den Kohlenarbeitern der Hamburg-Amerika-Linie wird den Vizen (Vorarbeitern) das ihnen bisher zugestandene Recht der Entlassung von Arbeitern entzogen.

³ HGB. § 529. BiSchG. § 15 Abs. 2; s. auch § 16. HGB. § 493 Abs. 5.

⁴ FIG. § 15, BiSchG. § 15 Abs. 1.

In den Gesetzen wird bisweilen¹ die Vollmacht des Arbeitnehmers als „gesetzliche Befugnisse“ bezeichnet. Allein da diese den auf besonderer Vollmacht beruhenden entgegengesetzt und den kraft der Anstellung — eines Thatbestandes — zustehenden gleichgesetzt werden, so dürfen auch die „gesetzlichen Befugnisse“ — wie jede Vollmacht des Arbeitnehmers: S. 223 — nur als solche betrachtet werden, die sich auf private Vollmachterteilung gründen²: diese ist hier eine mit der Realisierung eines Arbeitsvertrags von gewissem Inhalt verknüpfte Bestimmung desselben. Und wenn die Erteilung der Vollmacht engeren Sinnes ein einseitiger Akt ist³, so wird damit auch für sie nicht ausgeschlossen, daß sie Ausführungs- oder Zusatzbestimmung in einem Arbeitsvertrag sein könne.

V. Der ganze, bald reiche, bald arme Inhalt eines gegebenen Arbeitsvertrags, der diesen durch Ausführungs-, Änderungs- oder Zusatzbestimmungen aus der Gattung „Arbeitsvertrag“ heraushebt und mit bestimmten Personen verknüpft, ihn spezialisiert und individualisiert — dieser Inhalt braucht großenteils nicht von den Parteien des gegebenen Arbeitsvertrags ausgewählt und vereinbart worden zu sein. Soweit dies nicht der Fall ist, bildet der Inhalt nicht eine gemeinsame Schöpfung der Parteien, da er als ein vorgezeichneter sich ohne ihre darauf gerichtete Zusammenwirkung dem Arbeitsvertrag mitteilt. Diese, die Herkunft des Inhalts treffende Einschränkung ist eine Erscheinung von größter Häufigkeit, Tragweite und Mannigfaltigkeit; im vorliegenden Zusammenhang sind ihre Frequenz und Konsequenz nicht zu verfolgen. Ihre Mannigfaltigkeit beruht zunächst darauf, daß jene Schranke der Selbsttätigkeit der Kontrahenten bei der Inhaltsbestimmung bald bloß den einen, bald beide trifft. Danach kann man unterscheiden:

1. Vermöge des thatsächlichen Übergewichts der einen Partei ist die andere nicht im stande, sich an der Inhaltsbestimmung in gleichem Maß zu beteiligen wie die erstere und den Inhalt gemäß ihren eigenen Wünschen zu beeinflussen. Sie geht infolge ihrer Einflußlosigkeit einen Arbeitsvertrag ein, dessen Inhalt in wichtigen Punkten durch den Mitkontrahenten bestimmt, ihr selbst unerwünscht

¹ z. B. HGB. §§ 486 Nr. 1. 531. 533 Abs. 1. BiSchG. §§ 17. 19.

² Es darf, wie Biermann a. a. O. S. 106 bemerkt, mit der Frage nach der Entstehung der Vertretungsmacht die nach ihrem Umfange nicht verengt werden: ihr Umfang kann gesetzlich bestimmt sein, während ihr Dasein einer privaten Willenserklärung entspringt.

³ Hupka a. a. O. S. 87—89.

oder unbekannt ist¹. Sie läßt sich, indem sie die Proposition des Mitkontrahenten annimmt, den Inhalt des Arbeitsvertrags gefallen, der durch jene Proposition ausdrücklich oder den Umständen nach vorgezeichnet ist. Das Übergewicht der einen Partei, das die andere von der Mitbestimmung des Vertragsinhalts mehr oder weniger ausschließt, gründet sich auf ihre rechtliche oder thatsächliche Monopolstellung: die andere, schwächere, ist dadurch auf jenen Inhalt angewiesen, und zur Fügsamkeit gezwungen. Durch diese Zwangslage werden gesetzliche Eingriffe veranlaßt, welche einen gewissen Inhalt entweder vorschreiben oder ausschließen (unten 2, a) und so das Übergewicht vermindern. Wie jene Monopolstellung zuletzt in der Geringfügigkeit der Konkurrenz, d. h. in der Kleinheit der Zahl der Bewerber um Mitkontrahenten besteht, so wird sie natürlich dadurch noch gestärkt, daß die Zahl der Mitkontrahenten groß ist und damit deren Konkurrenz gesteigert wird. Das eben erklärte Übergewicht findet sich bald auf der Seite dessen, der nach dem Vertrag die Arbeit zu leisten haben soll — man denke an große private Beförderungsunternehmer, wie Rhedereien und Strassenbahngesellschaften, Theater- und Cirkusunternehmer gegenüber dem Publikum —, bald auf seiten dessen, der sich die Arbeit ausbedingt². Beide Male treffen wir die präponderierende Partei in der Lage, den Inhalt des Arbeitsvertrags mehr oder weniger ohne die Mitwirkung der anderen Partei zu bestimmen, mitunter in dem Grad, daß durch die Zustimmung der letzteren nur noch die etwa erforderliche Fixierung der Partei geliefert wird. Dieser Sachverhalt kann auch noch dadurch zum Ausdruck gebracht sein, daß der Vertragsinhalt in seinen Hauptzügen ein für allemal urkundlich formuliert und soweit der kontradiktorischen Herstellung entrückt ist³. — Eine gewisse Stärkung wird einer Partei

¹ Das Mißverhältnis der Kontrahenten ist nicht selten ein solches, daß schon die Erkundigung des schwächeren nach dem ganzen Inhalt des Vertrages das Zustandekommen des Vertrages gefährdet, indem die Erkundigung als Mißtrauensäußerung oder als Anmaßung aufgefaßt wird.

² Steht er als Kapitalist einem Proletarier gegenüber, so ist sein Übergewicht oft so groß, daß dem letzteren „beim Vertragsabschluss jede Einwirkung auf die einzelnen Bedingungen des Arbeitsvertrags entzogen ist“. Motive zum Arbeiterschutzgesetzentwurf von 1890 S. 44. Ferner das Berliner Gewerbegericht bei Unger, Entscheidungen S. 169/70: Der Arbeiter hat „in dem einheitliche Ordnung und Leitung erfordernden Großbetrieb nur die Wahl, ob er zu den vom Arbeitgeber festgesetzten Bedingungen oder überhaupt nicht in Arbeit treten will“. Demgemäß Marx, Kapital I⁴, 536: „Die fictio juris des Kontraktes.“ Nothhardt in Zeitschr. f. Staatswissenschaft 55, 343. Pierstorff, Carl Zeiss-Stiftung S. 24.

³ Derartige Urkunden erscheinen als (fakultative, d. h. nicht gesetzlich

dadurch gewährt, daß ihre Angehörigen sich auf den Gebrauch eines bestimmten Vertragsformulars vereinigen, wodurch sie ihre der anderen Partei zu gute kommende Konkurrenz abschwächen¹. Freilich beschränken hierdurch die Teilnehmer solcher Vereinigung auch sich selber in der Freiheit, dem einzelnen Arbeitsvertrag seinen Inhalt zu verleihen, wodurch dieses Verfahren den unter 2 zu besprechenden Erscheinungen genähert wird. Dasselbe ist endlich von dem Fall zu sagen, in dem ein Paciscent des Arbeitsvertrags durch eine mit einem Dritten, z. B. einer Stadtgemeinde, getroffene Übereinkunft gebunden ist, den von ihm zu schließenden Arbeitsverträgen einen gewissen Inhalt zu verleihen².

2. Die Einschränkung, welcher der Inhalt des Arbeitsvertrags hinsichtlich seiner Herkunft unterliegt, kann auch eine beide Parteien treffende sein. Eine solche Schranke ist keine bloß faktische und nur auf der Monopolstellung einer Partei beruhende. Sie ist eine rechtliche, und zwar eine gesetzliche oder eine autonome. Es

vorgeschriebene) Arbeits-, Werkstatt-, Hausordnungen, Theaterhausgesetze u. dgl. Vgl. z. B. Meili in Deutsche Juristenzeitung V, 121. 122.

¹ Der im Jahre 1890 gegründete „Verband zur Besserung der ländlichen Arbeiterverhältnisse im Gebiete des landwirtschaftlichen Centralvereins der Provinz Sachsen u. s. w.“ hat „Musterarbeitsverträge“, d. h. Formulare aufgestellt, die durch Einsetzung der Parteinamen und Ziffern für die Vergütung u. s. w. zu Arbeitsverträgen werden: Landarbeiter in Deutschland II, 516. 517. 566—76. Ein weiteres Beispiel bildet das Engagementsformular, nach welchem die Mitglieder des deutschen Bühnenvereins die Engagements der Bühnenkünstler abschließen. Abdruck bei Opet, Deutsch. Theaterrecht S. 467—76. Dasselbe bedarf, um zu einem Engagement, d. h. zu einem Arbeitsvertrag zu werden, außer der Datierung und Signierung nur noch der Eintragung von Anfang und Ende der Vertragszeit sowie des Entgeltbetrags und der nach Absolvierung des in I § 8 normierten Probegastspiels vom Arbeitgeber zu erklärenden Einwilligung. Der übrige Inhalt des Vertrags ist im voraus und generell bestimmt. Nach dem Stand der Organisation ist die Verwendung von Formularen nicht zum Bühnenverein gehöriger Theaterunternehmer weit verbreiteter. Wegen solcher Formulare s. Opet a. a. O. S. 476—80 und Wiener Lohnarbeiterinnen (Wien 1897) S. 667—73 vgl. 629.

² z. B. den Arbeitsverträgen, die eine Straßenbahngesellschaft mit den Fahrgästen, den Kutschern und den Schaffnern schließt. Vgl. Lotmar in Brauns Archiv f. soziale Gesetzgebung XV, 7 Anm. 1. 2. Hierher gehört die langsam zunehmende Zahl von Fällen, in denen Unternehmer öffentlicher Arbeiten durch ihre Arbeitgeber verpflichtet werden, gewisse Bedingungen (namentlich Löhne und Arbeitszeit gewissen Umfangs) einzuhalten bei Abschluss der Arbeitsverträge mit den Gehülfen, durch die sie jene öffentlichen Arbeiten verrichten lassen: Der Arbeiterschutz bei Vergabe öffentl. Arbeiten und Lieferungen, Bericht des k. k. arbeitsstatist. Amtes (Wien 1900), wegen des D. Reichs, seiner Bundesstaaten u. s. w. S. 93—109. Soziale Praxis X, 934, 1114.

wird hier durch eine über beiden Parteien des gegebenen Arbeitsvertrags stehende Autorität dafür gesorgt, daß ihm ein gewisser Inhalt zu teil werde, und zwar primär zu teil werde, nicht etwa erst in Ermangelung einer von den Parteien getroffenen Bestimmung¹. Hierdurch wird im allgemeinen zu gunsten des schwächeren Kontrahenten der Spielraum für die Auswahl und Gestaltung des Inhalts vermindert und die Anwesenheit von Bestimmungen im Arbeitsvertrag garantiert, welche die Klarheit des zu begründenden Verhältnisses fördern, oder welche durch das Übergewicht einer Partei hintangehalten werden könnten. Im einzelnen ist, je nach der Gestalt der rechtlichen Schranke, ihre Wirkung verschieden.

a. Die gesetzliche oder gesetzartige Verfügung liefert Vertragsinhalt, indem sie unmittelbar oder mittelbar die Aufnahme gewisser Bestimmungen in den Arbeitsvertrag herbeiführt².

Das erstere thut sie z. B. durch Aufstellung von nicht subsidiären Taxen oder Tarifen (für die Vergütung), deren auf die vereinbarte Arbeit passende Position die sonst zu vereinbarende Vergütung zu vertreten hat, womit sie zum Bestandteil des Arbeitsvertrags wird: so die Tarife für den Personen-, Sachen- und Nachrichtentransport durch öffentliche Eisenbahnen, die Post, den Telegraphen³. Weit zahlreicher sind die Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen Bundesrats in die Beförderungsverträge von Auswanderern aufgenommen werden müssen⁴.

Mittelbar sorgt das Gesetz für die Aufnahme gewisser Bestimmungen, indem es mehr oder weniger präcis und eingehend Inhaltsrubriken vorschreibt, deren Ausfüllung nicht fehlen darf. Dabei ist der folgende Unterschied bedeutungsvoll:

¹ Danach gehören nicht hierher die Taxen, welche z. B. BGB. § 612 Abs. 2 (S. 193) im Auge hat, oder SeemO. § 27.

² Arbeiterschutzgesetze wie die, welche die Beschäftigung gewisser Personen zu gewissen Zeiten verbieten (S. 113—15), liefern nicht statt der Parteien Vertragsinhalt, sondern setzen den von den Parteien oder vielmehr vom Arbeitgeber ausgehenden Inhaltsbestimmungen unüberschreitbare Grenzen. Auch derjenige Vertragsinhalt, welcher sich auf die Zeit nach Endigung des Arbeitsverhältnisses bezieht, kann gesetzlich beschränkt sein, z. B. HGB. § 74. Beiderlei Schranken gehören nicht hierher.

³ z. B. Gesetz über das Posttaxwesen im Gebiete des Deutschen Reichs, vom 28. Oktober 1871 und Gesetz betr. Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen, vom 20. Dezember 1899 Art. 1. EisenbahnVO. §§ 7. 11. 60.

⁴ Bekanntmachung betreffend Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten, vom 14. März 1898 (RGBl. S. 39—56).

α. Die obligatorische Ausfüllung der vom Gesetz vorgeschriebenen Inhaltsrubriken wird vom Gesetz der Übereinkunft der Parteien überlassen. So beim gewerblichen Lehrvertrag nach GewO. § 126^b, wo unter Nr. 1—4 die Bestimmungen rubriziert sind, welche jener Lehrvertrag enthalten muß. Das Nämliche gilt von den Eintragungen in Lohnbücher oder Arbeitszettel, wenn deren Anwendung vom Bundesrat für ein Gewerbe nach § 114^a vorgeschrieben worden ist (S. 248)¹.

β. Die obligatorische Ausfüllung vom Gesetz vorgeschriebener Inhaltsrubriken wird vom Gesetz nur der einen Partei und zwar dem Arbeitgeber überlassen.

Das trifft erstens zu bei den Arbeitsverträgen, die von einer Berufsgenossenschaft mit ihren Genossenschaftsbeamten abgeschlossen werden. Die „Rechtsverhältnisse und allgemeinen Anstellungsbedingungen“ dieser Beamten müssen durch eine von der Genossenschaftsversammlung aufgestellte Dienstordnung geregelt und ihre Gehälter im einzelnen durch den Haushaltplan der Genossenschaft festgestellt werden².

Es trifft zweitens — und mit genauer Angabe der Inhaltsrubriken — da zu, wo das Gesetz dem Arbeitgeber den Erlaß einer Arbeitsordnung auferlegt: GewO. §§ 134^a—134^f. 139^k³. Der Inhalt solcher obligatorischen Arbeitsordnung wird dadurch, daß in ihrem Bereich ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, ohne weiteres zum Inhalt des Arbeitsvertrags, wie sich auch der Inhalt der Arbeitsordnung einem vor ihrer Geltung geschlossenen, in ihren Bereich fallenden Arbeitsvertrag nach gehöriger Frist (§ 134^a Abs. 4) mitteilt⁴.

¹ Auch der Inhalt des Beförderungsvertrags von Auswanderern ist durch die in der vorigen Anmerkung citierte Bekanntmachung teilweise, aber kleinerenteils, durch Aufstellung von Rubriken vorgeschrieben, deren Ausfüllung durch Übereinkunft zu erfolgen hat, z. B. § 5 Nr. 11. 13. 14.

² GewUVG. § 48. SeeUVG. § 48. Land- u. forstwirtsch. UVG. § 50. Die Dienstordnung der Genossenschaftsbeamten „bedarf der Bestätigung durch das Reichsversicherungsamt“.

³ Daß sie vom Arbeitgeber zu erlassen, sowie zu unterzeichnen, einzureichen, auszuhängen und zu behändigen ist, wird vom Gesetz nicht gesagt, ist aber selbstverständlich, und halbwegs zu schliesen aus § 134^b Abs. 3 Satz 1.

⁴ Vgl. oben S. 70. Zu „den nach dem Arbeitsvertrag ihnen (den Arbeitern obliegenden Verpflichtungen“ (GewO. § 123 Nr. 3) gehören auch durch die Arbeitsordnung statuierte. S. ferner Abschn. IV Kap. 5 Nr. V. Diese Auffassung, daß der Arbeitsvertrag den Inhalt der Arbeitsordnung aufnimmt, liegt auch den Worten von KrVG. § 59 zu Grunde: „auf dem Wege des Arbeitsvertrags (durch Fabrikordnung, Reglement u. s. w.)“; denn die Fabrikordnung, d. i. Arbeitsordnung, konnte nimmermehr selbst für einen Arbeitsvertrag angesehen werden, da ja niemand durch sie zur Leistung von Arbeit oder Vergütung verpflichtet wird.

Im Bereich einer Arbeitsordnung geschlossen ist derjenige Arbeitsvertrag, welcher sich auf Arbeit in der Fabrik oder offenen Verkaufsstelle bezieht, für welche die Arbeitsordnung erlassen worden ist.

Der Inhalt des Arbeitsvertrags rührt hier insofern nicht vom Arbeitgeber her, als der Inhalt (wie in den Fällen unter *a.* den Kategorien oder Rubriken nach vom Gesetz vorgeschrieben ist. Es giebt zwei solche Kategorien, die in jeder obligatorischen Arbeitsordnung vorkommen müssen, nämlich erstens Bestimmungen „über Anfang und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit, sowie der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen“ und zweitens „über Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung“¹. Durch GewO. § 134^b Abs. 3 ist dem Urheber der Arbeitsordnung die Möglichkeit gewährt, ihren Inhalt zu erweitern². Die Arbeitsordnungen für Fabriken, die sich mit besonders gesundheitsgefährlicher Produktion abgeben, müssen noch einen weiteren Inhalt haben, nämlich Vorschriften zur Verminderung jener Gefährlichkeit; aber diese Vorschriften stellen sich nicht als Ausfüllung von Rubriken dar, sie reproduzieren gesetzliche Vorschriften³.

Der Arbeitsvertrag, der den von der Arbeitsordnung vorgezeichneten Inhalt aufnimmt, wird hierdurch mit Inhalt versehen, der nicht vom Arbeitnehmer herrührt. Für diesen Erfolg ist es gleichgültig, ob der den Arbeitsvertrag schließende Arbeitnehmer sein Einverständnis mit dem Inhalt der Arbeitsordnung erklärt hat. Der Inhalt der vorschriftsmäßig erlassenen Arbeitsordnung teilt sich den nach Beginn ihrer Geltung geschlossenen Arbeitsverträgen mit, ohne daß nach dem Gesetz die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich ist⁴.

¹ GewO. § 134^b Nr. 1. 2. Die unter Nr. 3—5 angegebenen Rubriken können fehlen, sie sind nur unter einer Bedingung aufzunehmen und auszufüllen; der für sie bestimmte Inhalt kann (wo der Erlaß einer Arbeitsordnung geboten ist) nur mittelst der Arbeitsordnung in den Arbeitsvertrag gelangen.

² Nur Satz 1, nicht auch Satz 2 von § 134^b Abs. 3 findet nach § 139^k Abs. 2 auf die kommerzielle Arbeitsordnung „entsprechende Anwendung“. Das Nämliche gilt von § 134^b Abs. 1 Nr. 5.

³ z. B. Bekanntmachung betr. Einrichtung und Betrieb der Bleifarben- und Bleizuckerfabriken (vom 8. Juli 1893) § 17 a. E. Desgleichen von Anlagen zur Herstellung von Alkali-Chromaten (vom 2. Febr. 1897) § 15 Abs. 3. Desgleichen der Buchdruckereien und Schriftgießereien (vom 31. Juli 1897) I, 13. Desgleichen von Anlagen zur Herstellung elektrischer Accumulatoren aus Blei oder Bleiverbindungen (vom 11. Mai 1898) § 20 Abs. 3. Desgleichen der Roßhaarspinnereien u. s. w. (vom 28. Jan. 1899) § 17 Abs. 6. Desgleichen der Zinkhütten (vom 6. Febr. 1900) § 16 Abs. 3: RGBl 1893 S. 213. 1897 S. 11. 614. 1898 S. 176. 1899 S. 5. 1900 S. 32.

⁴ Der Satz mancher Arbeitsordnungen, welcher deren Geltung von der

Ebensowenig macht das Gesetz die Kenntnis der Arbeitsordnung durch den Arbeitnehmer zur Bedingung¹. Nach GewO. § 134^c Abs. 2 Satz 3 ist „die Arbeitsordnung jedem Arbeiter bei seinem Eintritt in die Beschäftigung zu behändigen“. Dieser Eintritt erfolgt aber gewöhnlich nach dem Abschluss des Arbeitsvertrags².

Die Ausfüllung der (obligatorisch oder fakultativ) in die Arbeitsordnung aufzunehmenden Rubriken und folgeweise die Ausstattung des Arbeitsvertrags mit gesetzlich vorgeschriebenem Inhalt ist vom Gesetz dem Arbeitgeber allein überlassen, wie auch der Erlafs der Arbeitsordnung, der durch Aushang erfolgt, ein einseitiger Akt ist. Demgemäß wird in den Versicherungsgesetzen die „Übereinkunft“ von den „Arbeitsordnungen“ unterschieden³.

Dafs das Gesetz dem Arbeitgeber allein jene Kompetenz zugewiesen und die Arbeitsordnung nicht für ein gemeinsames Werk von Arbeitgeber und Arbeitnehmern erklärt hat, ergibt sich erstens daraus, dafs in GewO. § 134^b Abs. 3 Satz 2 die „Zustimmung“ eines ständigen Arbeiterausschusses nur für gewisse fakultative und nebensächliche Bestimmungen verlangt wird, und zweitens daraus, dafs nach § 134^d vor dem Erlafs der Arbeitsordnung den großsjährigen Arbeitern (wohl auch Ar-

Zustimmung des Arbeitnehmers (z. B. durch Unterschrift) abhängig macht, ist zwar ungültig; andernfalls könnte ja der Arbeitgeber die Geltung durch Nichteinholung der Zustimmung hintanhaltend. Hingegen würde der Arbeitgeber wider Treu und Glauben verstofsen (*exceptio doli*), wenn er selbst sich gegen den Arbeitnehmer auf eine Arbeitsordnung berufen würde, deren Geltung er von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig gemacht hat, falls er diese Zustimmung nicht eingeholt hat. Das Stuttgarter Gewerbegericht (Soziale Praxis IV, 664) scheint die fragliche Bestimmung einer Arbeitsordnung irrtümlich für gültig zu halten. Vgl. auch Gewerbegericht II, 41.

¹ Einverstanden Koehne, Die Arbeitsordnung (1901) S. 32/33.

² So auch Unger, Entscheidungen S. 172 vor al. 1. Man kann nicht sagen, (Unger S. 167, vgl. Gewerbegericht IV, 146) die Kenntnis des Inhalts werde, wenn nur die Publikation in der erforderlichen Weise erfolgt ist, bei den Beteiligten vorausgesetzt. Sie braucht nicht vorausgesetzt zu werden, weil sie nach dem Gesetz nicht erforderlich ist. Aushang und Einhängung der Arbeitsordnung geschehen allerdings zur Beschaffung der Kenntnis. Aber diese Kenntnis soll nur der Befolgung und der Kontrolle der Befolgung förderlich sein. — Eine andere Frage ist es, ob die dargestellte Rechtsordnung löblich ist. Diese Frage muß verneint werden.

³ z. B. InvVG. § 180. SeeUVG. § 139. Die Einseitigkeit der AO äußert sich am stärksten darin, dafs eine neue AO für ein bestehendes Arbeitsverhältnis geltend wird (S. 231 zu 4), auch wenn sie der Arbeitnehmer ablehnt. Er kann ihr nur durch Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entgehen. Wegen der Einseitigkeit s. Apt in Archiv f. öffentl. Recht XV, 332. Loewenfeld in Brauns Archiv III, 439—444. Koehne a. a. O. S. 24—33.

beiterinnen) „Gelegenheit zu geben ist, sich über den Inhalt derselben zu äußern“. Damit ist ihre Zustimmung für überflüssig erklärt¹. Dem Arbeitgeber ist es unbenommen, die Arbeitsordnung inhaltlich mit dem Konsens der Arbeitnehmer zu stande zu bringen². Aber auch eine solche (exceptionelle) zweiseitige Arbeitsordnung fügt ihren Inhalt dem nach dem Eintritt ihrer Geltung geschlossenen Arbeitsvertrag dann ohne Mitbestimmung des Arbeitnehmers ein, wenn dieser bei der Herstellung jener Arbeitsordnung nicht mitgewirkt hatte, etwa weil er damals noch nicht Arbeitnehmer war.

Das Übergewicht des Einflusses auf den Inhalt des Arbeitsvertrags, welches dem Arbeitgeber dadurch eingeräumt ist, daß er die gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltsrubriken ausfüllen darf, wird dadurch etwas verringert, daß 1. der Arbeitgeber die Arbeitsordnung „vorschriftsmäßig“ zu erlassen hat und dabei der Kontrolle und Remedur einer Verwaltungsbehörde untersteht (GewO. § 134^f nebst §§ 134^a Abs. 1—3. 134^d. 134^e. 139^k Abs. 2), 2. der in den Arbeitsvertrag eingehende Inhalt der Arbeitsordnung vor Abschluß des Arbeitsvertrags feststehen muß, und 3. die vorgängige Festsetzung dieses Inhalts eine generelle, d. h. nicht bloß für einen Arbeitsvertrag bestimmte ist, so daß sich der Inhalt der Arbeitsordnung einer unbestimmten Zahl nach Beginn ihrer Geltung abgeschlossener Arbeitsverträge mitteilt; das führt zu einer gewissen inhaltlichen Äqualisierung der Arbeitsverträge. Wie weit eine Ungleichheit aufkommen, überhaupt der Arbeitsvertrag inhaltlich von der Arbeitsordnung abweichen könne, wird im geeigneten Zusammenhang im VI. Abschnitt zur Sprache kommen³.

Die Geltung der obligatorischen Arbeitsordnung widerspricht nicht

¹ Wegen Unterdrückung der Mißbilligung s. Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 201.

² Nach H. Freese, Das konstitutionelle System im Fabrikbetriebe (1900) S. 67—73 ist die Arbeitsordnung für des Verfassers Fabrik durch „freie Vereinbarung entstanden“. Seine Mitkontrahenten waren Vertreter der volljährigen Arbeitnehmer.

³ Aus dem soeben zu 2. und 3. Gesagten ergibt sich, daß die Arbeitsordnung kein Arbeitsvertrag ist, selbst wenn sie vereinbart sein sollte. Die inhaltlich sehr nachahmenswerte Arbeitsordnung der optischen Werkstätte von Carl Zeiss in Jena nennt sich fälschlich Arbeitsvertrag, fügt aber bei, daß sie als Arbeitsordnung im Sinn von GewO. § 134^a gelte. — Wie kein Arbeitsvertrag durch Erlaß einer Arbeitsordnung abgeschlossen wird, so kann auch nicht von „kollektivem Abschluß eines Arbeitsvertrags durch Erlaß einer Arbeitsordnung“ (Cuno in Gewerbegericht V, 208) die Rede sein. — Die Behandlung der in Rede stehenden Begriffe könnte durch Vermeidung unzutreffender Bezeichnungen sehr erleichtert werden, was auch von dem sogleich zu erwähnenden Tarifvertrag gilt.

der Vorschrift von GewO. § 105 („freie Übereinkunft“). Denn hier sind durch Reichsgesetze begründete Beschränkungen vorbehalten. Eine solche Beschränkung liefern die Vorschriften über die Arbeitsordnung¹.

b. Eine beide Kontrahenten des Arbeitsvertrags treffende Schranke für die Beschaffung seines Inhalts kann, wie S. 229 bemerkt, nicht bloß von Gesetzen herrühren. Auch durch *autonome* und zwar vereinbarte Verfügung wird die Inhaltsbestimmung der Kontrahenten beschränkt, indem ihnen ohne ihr Zuthun Inhalt für den gegebenen Arbeitsvertrag durch jene Autonomie geliefert wird. Dies kann in zweierlei Gestalt vorkommen. Einmal so, daß die Berufsorganisationen, denen jede Partei angehört, sich miteinander auf ein Formular geeinigt haben, das beim Abschluß eines Arbeitsvertrags über die Berufsarbeit zu Grunde zu legen, nämlich auszufüllen ist². Soweit nun in diesem Formular der Vertragsinhalt im voraus und generell fixiert, nicht bloß als Muster angeboten ist, bleibt den Kontrahenten des Arbeitsvertrags nur übrig, den vorgezeichneten Inhalt durch Unterzeichnung in ihren Arbeitsvertrag zu übernehmen und nur den nicht vorgezeichneten hinzuzufügen. Die Kontrahenten brauchen den Organisationen, die das Formular vereinbart haben, zur Zeit dieser Vereinbarung noch nicht angehört zu haben. Durch seine jetzige Zugehörigkeit zur Organisation ist der Kontrahent verpflichtet, den beruflichen Arbeitsvertrag als einen mit demjenigen Inhalt erfüllten zu schliessen, welchen das von seiner Organisation mit der des anderen Kontrahenten vereinbarte Formular liefert³.

Von unvergleichlich größerer Bedeutung als die eben erwähnte ist die zweite Gestalt autonomer vorgängiger und genereller Verein-

¹ So auch Blanckenstein in Archiv für öffentl. Recht XIII, 125.

² Ein solches von verschiedenen Parteien vereinbartes Vertragsformular ist augenscheinlich etwas anderes als ein auf der Übereinkunft der Angehörigen nur einer Partei beruhendes, z. B. oben S. 229¹ und ein von einer Innung aufgestelltes Formular für den Lehrvertrag (z. B. Lage des Handwerks in Deutschland II, 339).

³ Die Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger hat ausweislich ihres officiellen Organs „Deutsche Bühnengenossenschaft“ vom 16. Nov. 1900 ein neues „Bühnenvertragsformular“ entworfen. Dieser Entwurf ist jener Nummer ihres Organs beigegeben und wird darin erläutert. Er weicht in wesentlichen Punkten von dem S. 229¹ erwähnten Formular des deutschen Bühnenvereins ab und ist in der Delegiertenversammlung der Genossenschaft nach einigen Änderungen am 13. Dezember angenommen worden. Hiermit ist ein Anlaß zur Vereinbarung eines neuen Formulars durch die beiden Organisationen gegeben. Einige Bühnenleiter haben das der Genossenschaft acceptiert. S. deren Organ vom 18. Januar 1901.

barung des Inhalts künftiger Arbeitsverträge: der Tarifvertrag. Dafs seine Bedeutung so viel gröfser ist, beruht teils auf der gröfseren Frequenz seines Vorkommens, teils auf der Massenhaftigkeit der Arbeitsverträge, die vom Tarifvertrag die wichtigsten Stücke ihres Inhalts empfangen, und endlich darauf, dafs der Tarifvertrag das wirksamste private Mittel bildet, dem schwächeren Kontrahenten eines Arbeitsvertrags einen seinen Interessen mehr entsprechenden Inhalt des Arbeitsvertrags zu verschaffen. Von der vorhin erwähnten Formularvereinbarung unterscheidet er sich hauptsächlich dadurch, dafs er, wie schon sein Name andeutet, auch den für den Arbeitnehmer interessantesten Teil des Inhalts eines Arbeitsvertrags, nämlich die Vergütung, zum Gegenstand der vorgängigen generellen Vereinbarung macht. Hierdurch wird er zu einem erfolgreichen Werkzeug der Beilegung oder Hintanhaltung von Lohnkämpfen, wie er auch oftmals deren Kampfobjekt abgibt. Von dieser Seite ist ihm längst die nationalökonomische Beobachtung und Fürsprache zu Teil geworden. Da indessen das juristische Interesse am Tarifvertrag sich nicht in der Thatsache erschöpft, dafs er unabhängig von den Parteien ihrem Arbeitsvertrag vorher festgestellten Inhalt zuführt, so ist seine Betrachtung an anderer Stelle (Abschnitt VI) wieder aufzunehmen, wo sie zugleich aus der vorangegangenen Behandlung vieler Seiten des Arbeitsvertrags, in deren Regelung der Tarifvertrag einzugreifen pflegt, volleres Licht empfangen wird.

VI. Die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags sind teils solche, welche sich nach dem Inhalt des Arbeitsvertrags richten — indem das, was ausdrücklich oder stillschweigend im Arbeitsvertrag ausbedungen worden ist, unter die Obhut des Rechtszwangs gestellt wird — teils sind es solche, welche das Recht an den Arbeitsvertrag knüpft, ohne dafs ein diesen Rechtsfolgen entsprechender Inhalt in den Arbeitsvertrag aufgenommen worden ist. Damit ist gesagt, dafs, wie bedeutungsvoll immer der Inhalt des Arbeitsvertrags für dessen Rechtsfolgen ist, dennoch die Rechtswirksamkeit des Arbeitsvertrags nicht allein durch seinen Inhalt bestimmt wird.

Der im Vorausgehenden besprochene wesentliche und auferwesentliche Inhalt des Arbeitsvertrags ist dadurch bedeutungsvoll, dafs soweit er gültig dem Arbeitsvertrag angehört, nämlich nicht einem zwingenden Rechtssatz widerspricht, sich nach ihm die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags richten, d. h. konform diesem Inhalt eintreten. Wenn z. B. im Arbeitsvertrag vereinbart, d. h. zum Inhalt desselben gemacht worden ist, dafs die eine Partei Schreinerarbeit leisten solle

an dem vom anderen Kontrahenten bestimmten Orte, mit von diesem geliefertem Holz und Werkzeug und nach den von demselben für die Arbeit gegebenen Weisungen, sowie daß die Arbeit zu leisten sei an allen Werktagen von 7 bis 12 und von 2 bis 8 Uhr mit einer viertelstündigen Vor- und einer halbstündigen Nachmittagspause: so tritt die diesem Inhalt konforme Rechtsfolge ein, daß der Arbeitnehmer zu der im Vertrag näher bestimmten Leistung verpflichtet wird. Ebenso, wenn im nämlichen Vertrag vereinbart, d. h. zum Inhalt desselben gemacht worden ist, daß der Arbeitgeber an Lohn zu entrichten habe pro Arbeitstag 3 Mark und, falls er ausnahmsweise Überarbeit nach 8 Uhr abends verlangen und erhalten sollte, 50 Pf. für die Überstunde, und daß er den schuldigen Lohn an jedem Freitag vor 8 Uhr abends, erstmals am nächsten Freitag, auszahlen solle: so tritt wieder die diesem Vertragsinhalt konforme Rechtsfolge ein, daß der Arbeitgeber verpflichtet wird, den Lohn nach der im Vertrag bestimmten Berechnung und zu der im Vertrag bestimmten Zeit zu bezahlen. Wenn ferner im nämlichen Vertrag vereinbart, d. h. zum Inhalt desselben gemacht worden ist, daß das Rechtsverhältnis endigen solle nur wenn vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer spätestens drei Tage vor dem Zahltag gekündigt worden sei, und daß es solchenfalls mit dem Zahltag endigen solle, so tritt wieder die diesem Inhalt konforme Rechtsfolge ein, daß eine der Vereinbarung gemäße Kündigung nach Ablauf des Zahltages das Rechtsverhältnis endigt. Und wenn schliesslich im Arbeitsvertrag vereinbart, d. h. zum Inhalt desselben gemacht worden ist, daß, falls der Arbeitnehmer den Vertrag bricht, nämlich vor dem Ende des Rechtsverhältnisses die Arbeit einstellt, er dem Arbeitgeber eine Buße von 10 Mark zu entrichten habe, so tritt wieder die solchem Inhalt konforme Rechtsfolge ein, daß der Arbeitnehmer zur Entrichtung einer Konventionalstrafe verpflichtet wird, nämlich zunächst bedingt und bei Eintritt der Bedingung schlechthin verpflichtet wird.

Daß sich die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags nach dem gültigen Vertragsinhalt richten, gilt (wie das Beispiel zeigt) sowohl von dem definitionsmäßigen Inhalt (Kap. 1) als von dem durch Ausführungs-¹, Änderungs-² und Zusatzbestimmungen³ gelieferten (Nr. II—IV). Es

¹ im Beispiel die Bestimmung der Arbeitszeit.

² im Beispiel die Bestimmungen über die Zahlungszeit und über die Kündigung.

³ im Beispiel die Bestimmung über die Konventionalstrafe.

ist dabei einerlei, ob der Inhalt von beiden Parteien und gleichmäßig oder nur von der einen geliefert worden ist, indem sich die andere denselben gefallen liefs. Und es ist einerlei, ob sich die Parteien bei der Inhaltsbestimmung innerhalb des Erlaubten frei ergehen konnten, oder ob rechtliche Schranken in dem Sinne bestanden, daß einzelne Bestimmungen unmittelbar oder mittelbar vom Gesetz oder durch Autonomie geliefert wurden (Nr. V, 2), namentlich von einer obligatorischen Arbeitsordnung, einem vereinbarten Kontraktformular oder einem Tarifvertrag herrührten.

Die dem Inhalt eines Arbeitsvertrags entsprechenden oder konformen Rechtsfolgen können derart sein, daß sie auch ohne eine entsprechende Inhaltsbestimmung eintreten würden, oder derart, daß ihr Eintritt von einer entsprechenden Inhaltsbestimmung abhängig ist. Diesen Unterschied erläutert das Folgende. Wenn in dem beispielsweise angeführten Fall die Arbeit des Schreinergeresellen auf die Werk-tage gelegt ist, so entspricht dem die Rechtsfolge, daß ihm die Sonn- und Feiertage von der Arbeitspflicht frei bleiben; diese Rechtsfolge würde eintreten, auch wenn im Vertrag die Arbeit nicht auf die Werk-tage beschränkt worden wäre (GewO. § 105^a). Hätte ferner im Vertrag sich der Arbeitgeber „als Entschädigung“ für den etwaigen Vertragsbruch des Arbeitnehmers den Betrag des ortsüblichen Tageslohnes für den Tag des Vertragsbruchs und die folgenden bis zu einer Woche ausbedungen, so würde die diesem Vertragsinhalt entsprechende Rechtsfolge eintreten; sie würde aber auch eintreten, wenn der Vertrag diesen Inhalt nicht erhalten hätte (GewO. § 124^b). Andererseits giebt es dem Inhalt des Arbeitsvertrags entsprechende Rechtsfolgen, welche durch einen Inhalt bedingt sind, dem sie korrespondieren können. Wenn z. B. BGB. § 652 Abs. 2 Satz 1 sagt: „Aufwendungen sind dem Makler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist,“ so ist hier die Rechtsfolge der Ersatzpflicht davon abhängig gemacht, daß der Vertrag etwas enthält, dem die Rechtsfolge korrespondiert. In unserem obigen Beispiel kann die Rechtsfolge, daß der Lohn jeden Freitag zu zahlen ist, nur im Anschluß an den entsprechenden Inhalt des Vertrags eintreten. In Ermangelung eines solchen würde — vorausgesetzt, daß wir es mit einem Dienstvertrag zu thun haben — die Vergütung, da sie nach Zeitabschnitten bemessen ist („pro Arbeitstag“), gemäß BGB. § 614 „nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten“ sein. Ebenso tritt die die Endigung des Verhältnisses betreffende Rechtsfolge, welche dem Inhalt des Vertrags konform ist, nur unter Voraussetzung dieses Inhalts ein; sobald wir diesen Inhalt wegdenken, d. h. annehmen, daß der Vertrag über die

Kündigung schweigt, so greift die Rechtsfolge, daß das Verhältnis nur am Freitag durch drei Tage vorher erklärte Kündigung geendigt werden kann, nicht Platz (GewO. § 122). Man kann allgemein sagen, daß eine einer Änderungsbestimmung konforme Rechtsfolge ohne diesen Inhalt (die Änderungsbestimmung) nicht eintreten kann, daß sie durch das Vorhandensein einer solchen Bestimmung bedingt ist. —

Außer den bisher besprochenen, dem Inhalt des Arbeitsvertrags konformen und insofern im Arbeitsvertrag vorgesehenen Rechtsfolgen knüpfen sich, wie gesagt (S. 236. 238), an den Arbeitsvertrag auch Rechtsfolgen, denen kein Teil des Thatbestandes entspricht. Die Rechtswirkung eines Arbeitsvertrags ist nicht allein aus dem ihm von seinen Urhebern oder von dritter Seite ausdrücklich oder stillschweigend gegebenen Inhalt ableitbar, wenngleich manche von den hierhergehörigen Rechtsfolgen sich historisch auf ehemalige Inhaltsbestimmungen, denen sie entsprechen, mögen zurückführen lassen. Dergleichen Rechtsfolgen treten bald kraft dispositiver, bald kraft absoluter Rechtssätze ein. Zur Erläuterung dieser Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags wird hier eine Reihe wichtigerer Beispiele angeführt; sie werden dabei in drei Gruppen geordnet, deren Unterscheidungsmerkmale in der Folge anzugeben sind:

1. Der Handlungsgehilfe ist durch den Arbeitsvertrag, durch welchen er angestellt wird, verpflichtet, sich des Betriebs eines Handelsgewerbes und der Vornahme von Geschäften im Handelszweige des Prinzipals (es sei denn, daß dieser einwilligt) zu enthalten, auch ohne daß dies im Arbeitsvertrag irgendwie ausbedungen oder zugesagt worden ist: HGB. § 60 Abs. 1. Diese Rechtsfolge wird in § 61 Abs. 1 und § 72 Nr. 1 als „die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung“ bezeichnet¹. — Durch den Arbeitsvertrag, der ein Dienstvertrag ist, wird der Arbeitgeber verpflichtet, die von ihm für die Arbeit zu beschaffenden Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, daß der Arbeitnehmer gegen Lebens- und Gesundheitsgefahr geschützt ist. Ebenso ist jener Arbeitgeber verpflichtet, die von ihm anzuordnende oder zu leitende Arbeit so zu regeln, daß der Arbeitnehmer gegen Lebens- und Gesundheitsgefahr geschützt ist. Daß es sich bei diesen durch BGB. § 618 Abs. 1 statuierten Rechtsfolgen wirklich um solche, nämlich um Verpflichtungen des Arbeitgebers handelt, sagt das Gesetz

¹ Benachbart ist die Verpflichtung des Handlungsgehilfen, sich der Mittheilung von Geschäftsgeheimnissen zu enthalten: Fliefs, Verpflichtung der Handlungsgehilfen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (1898) S. 21. 26 fg.

mit deutlichen Worten¹. Diese Rechtsfolgen treten ein, ohne daß der Lebens- und Gesundheitsschutz irgendwie den Inhalt des Vertrages bildet, ohne daß derselbe irgendwie vereinbart worden ist. Man hält vielleicht entgegen, daß Lebens- und Gesundheitsschutz allerdings zum Vertragsinhalt gehöre, da, wer die Beschaffung von Räumen, Vorrichtungen und Gerätschaften verspreche, implicite ungefährliche Räume u. s. w. verspreche². Dieser Schluss und damit der Einwand wäre richtig, wenn die Beschaffung von Räumen u. s. w. als eine dem Dienstberechtigten obliegende, auf Grund seiner Zusage obliegende obligatorische Leistung anzusehen wäre. Man hat dies behauptet und daraufhin angenommen³, vom Dienstberechtigten gelte hier BGB. § 242. Darauf ist jedoch zu erwidern: a) daß der Dienstberechtigte, wenn er Räume zu beschaffen hat, sie nicht als Schuldner, sondern als Gläubiger zu beschaffen hat, nämlich als eine „zur Bewirkung der Leistung“ des Schuldners, hier des Arbeitnehmers, „erforderliche Handlung“ (des Gläubigers oder Arbeitgebers); vgl. BGB. §§ 295. 642. Da nämlich die Dienste dem Arbeitgeber geleistet werden, so dienen die von ihm zu beschaffenden Räume der ihm zu machenden Leistung; ihre Beschaffung ist darum nicht eine Leistung, die er dem Arbeitnehmer zu machen hat, und sich selber kann er nicht zu leisten schuldig sein. Danach ist § 242 unanwendbar. b) Wenn man der gemeinen Meinung gemäß das „zu beschaffen hat“ in § 618 von einer schuldnerischen Leistung des Arbeitgebers versteht, so engt man damit das Anwendungsgebiet des § 618 aufs äußerste ein. Denn dann würde er anwendbar sein nur in dem außerordentlichen Falle, daß die Beschaffungspflicht im Vertrag übernommen worden ist, und unanwendbar sein in der großen Mehrzahl der Fälle, wo die Beschaffung rechtlich freiwillig erfolgt. Allein das „zu beschaffen hat“ drückt in § 618 wie in § 831 Satz 2 auch eine bloß faktische Notwendigkeit aus, nämlich daß die Beschaffung der Räume u. s. w. Vorbedingung der Arbeitsmöglichkeit und deren Erfüllung durch den Arbeitgeber zu erwarten ist. Wo bloß diese faktische Notwendigkeit vorliegt, und das ist weitaus das Gewöhnliche, würde ohne die Vorschrift des § 618 der Dienstberechtigte, 'der die

¹ § 618 Abs. 3: „Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht . . .“ § 619: „Die dem Dienstberechtigten nach §§ 617. 618 obliegenden Verpflichtungen . . .“

² Vgl. Kohler in Archiv für civ. Praxis 84, 22.

³ z. B. Planck, Kommentar zu BGB. § 618 Nr. 2. Hahn in Gruchots Beitr. z. Erl. des deutsch. Rechts, 45. Jahrg. S. 215.

Beschaffung der Räume u. s. w. unterläßt, oder nur gefahrdrohende beschafft, bloß in Annahmeverzug geraten mit der Folge des § 615, und der Dienstverpflichtete würde nach § 285 nicht in Verzug kommen und nach § 626 kündigen können. Erst § 618 Abs. 1 — und dies ist die civilistisch bedeutende Neuerung desselben — legt dem Arbeitgeber beim Dasein jener faktischen Notwendigkeit eine Leistungspflicht, nämlich eine Einrichtungs- und Unterhaltungspflicht auf. Nicht mit der Beschaffung, wohl aber mit der Einrichtung und Unterhaltung hat er dem Arbeitnehmer etwas zu leisten. Nunmehr kann, ohne daß ein Schaden eingetreten ist, auf die seinem Eintritt vorbeugende Erfüllung der Schutzpflichten, d. h. auf die Vornahme jener Leistung geklagt werden¹. — Auch der Prinzipal ist als Prinzipal, d. h. infolge davon, daß er mittelst Arbeitsvertrags einen Handlungsgehilfen angestellt hat, nach HGB. § 61 Abs. 1 verpflichtet, gewisse Vorkehrungen für den Gesundheitsschutz des Handlungsgehilfen und für Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes zu treffen. Diese Rechtsfolge wird als „dem Prinzipal obliegende Verpflichtung“ bezeichnet. Sie richtet sich wie die durch BGB. § 618 Abs. 1 statuierte nicht nach dem Inhalt des Arbeitsvertrags, ist in demselben nicht vorgesehen, die ihren Gegenstand bildende Leistung ist nicht im Arbeitsvertrag vereinbart. Dadurch, daß die Verpflichtung des § 61 HGB. nicht dem Kaufmann als solchem, sondern dem Prinzipal gegenüber dem Handlungsgehilfen obliegt, wie die des § 618 BGB. dem Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten, daß sie also durch einen Arbeitsvertrag begründet wird, unterscheidet sie sich von den durch GewO. §§ 120 a.

¹ S. auch Abschnitt V, Kapitel 1. Es ist hiernach nicht zutreffend, wenn Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 97 den Arbeitgeber bei Verzögerung der ihm durch § 618 auferlegten Vorkehrungen in Annahmeverzug geraten läßt; derselbe gerät vielmehr in Leistungsverzug. Ebenso ist es nicht zutreffend, wenn Planck, Kommentar zu BGB. § 611 unter 3, c mit Hinweis auf CPO. §§ 258. 259 erklärt: „In Fällen dieser Art kann auf Erfüllung nur insoweit geklagt werden, als eine Klage auf Bewirkung einer noch nicht fälligen Leistung zulässig ist.“ Soweit eine Klage auf künftige Leistung nicht zulässig sei, bleibe dem Berechtigten nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Vielmehr ist die Leistung der gesundheitsgemäßen Einrichtung und Unterhaltung der Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften eine gegenwärtige, mit der Beschaffung dieser Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften fällig werdende. (Zwangsvollstreckung greift nach CPO. §§ 887. 888 Platz.) Auch die durch Abs. 2 statuierte Verpflichtung wird mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft fällig.

120^b. 120^c statuierten Verpflichtungen: diese setzen nicht einen Arbeitsvertrag voraus¹.

2. Kommt zu dem Arbeitsvertrag, der ein Dienstvertrag ist, oder durch den ein Handlungsgehilfe angestellt wird, die Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers, so tritt die Rechtsfolge ein, daß letzterer zu einer Leistung, nämlich zum Treffen gewisser Maßregeln im Interesse des Arbeitnehmers verpflichtet wird: BGB. § 618 Abs. 2 (vgl. Abs. 3 und § 619), HGB. § 62 Abs. 2 (vgl. Abs. 3. 4). Auch diese Rechtsfolge knüpft nicht an irgendwelche im Arbeitsvertrag geschehene Vereinbarung jener Leistung an, da ja auch die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft (wie die Beschaffung von Räumen u. s. w. zur Verrichtung der Dienste: Abs. 2) nicht im Arbeitsvertrag vereinbart worden zu sein braucht, sondern rechtlich freiwillig und spontan erfolgen kann, oder precario, oder auf Grund besonderen Vertrags (Abschnitt V Kap. 1). — Geschieht nach der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft eine Erkrankung des Arbeitnehmers, und ist der Arbeitsvertrag von der in BGB. § 617 beschriebenen Art, so tritt die Rechtsfolge ein, daß der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer verpflegen und ärztlich behandeln zu lassen. Diese Rechtsfolge wird in § 617 Abs. 2 und § 619 als „Verpflichtung“ des Arbeitgebers bezeichnet. Auch ihr braucht keine Inhaltsbestimmung des Arbeitsvertrags zu entsprechen. — Wenn nach dem Abschluß des Dienstvertrags ein „wichtiger Grund“ eintritt, aus dem einer Partei die Endigung des Dienstverhältnisses erwünscht wird, so knüpft sich hieran die Rechtsfolge, daß diese Partei das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann: BGB. § 626. Auch diese Rechtsfolge braucht im Inhalt des

¹ Abweichend, nämlich auch hier Vertragspflichten annehmend, unter Hinweis auf gerichtliche Entscheidungen Loewenfeld in Brauns Archiv f. soz. Gesetzgebung III, 394 fg. Die Verpflichtungen der GewO. liegen dem Gewerbeunternehmer als solchem ob, die der §§ 120^a. 120^b jedem, die des § 120^c demjenigen, welcher Arbeiter unter 18 Jahren beschäftigt. Die ersteren bestehen schon vor der Eröffnung des Betriebs, und schon vor Abschluß eines Arbeitsvertrags sind die bewussten Einrichtungen und Vorkehrungen zu treffen (vgl. GewO. § 18), und alle Verpflichtungen greifen Platz, auch wenn der Arbeitsvertrag ungültig ist, oder kein Arbeitsvertrag zwischen dem Unternehmer und dem Arbeiter geschlossen worden ist. — Im Leben kommt es hier, wie die Berichte der Fabrikspektoren lehren, weniger auf die Distinktionen und Konstruktionen des Civilrechts, als auf das Verhalten der Verwaltungsbehörden und der Strafrichter an. Auch ist die praktische Bedeutung eines auf BGB. § 823 Abs. 2 oder auf § 618 Abs. 3 zu stützenden Schadensersatzanspruches durch die abnorme Beschränkung des GewUVG. § 135 (vgl. Stadthagen, Führer durch das UVG. S. 56. 57) allgemein herabgesetzt.

Vertrags nicht im mindesten vorgesehen zu sein. — Wenn ein Geselle, der einen gewerblichen Arbeitsvertrag geschlossen hat, sich eines Diebstahls schuldig macht, so kann er alsbald entlassen werden: GewO. § 123 Nr. 2. Diese Rechtsfolge (ein Recht des Arbeitgebers) braucht keinem Stück des Vertragsinhalts zu korrespondieren. — Nach BGB. § 629 hat nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren. Diese Rechtsfolge ist eine Verpflichtung des Arbeitgebers, welche sich wie die bisher angeführten ohne eine darauf gerichtete Bestimmung im Inhalt des Arbeitsvertrags einstellt¹.

3. An die Endigung des durch den Arbeitsvertrag begründeten Verhältnisses knüpft sich bei manchen Arbeitsverträgen als Rechtsfolge die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer ein schriftliches Zeugnis auszustellen: BGB. § 630. HGB. § 73. GewO. § 113. Auch diese Rechtsfolge braucht keiner Bestimmung im Inhalt des Arbeitsvertrags zu entsprechen. — Ist die Aufhebung eines Dienstverhältnisses durch unbefristete Kündigung bewirkt worden, hat sie dem Urheber der Kündigung Schaden zugefügt, und hat der Empfänger der Kündigung dieselbe durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt, so ist er zum Ersatz jenes Schadens verpflichtet (BGB. § 628), wieder ohne daß diese Rechtsfolge einer Inhaltsbestimmung des Arbeitsvertrags angepaßt wäre. — Wenn das durch den Heuervertrag begründete Arbeitsverhältnis endigt, weil das Schiff durch einen Zufall verloren geht, so hat der

¹ Weitere Beispiele in BGB. § 633 Abs. 2 (Recht des Bestellers, die Beseitigung des Mangels eines Werkes zu verlangen). § 642 (Recht des Unternehmers, Entschädigung zu verlangen bei gewissem Annahmeverzug des Bestellers). Auch § 644 Satz 1 gehört hierher. Die Gefahrtragung durch den Unternehmer ist eine Rechtsfolge des Werkvertrags, welcher keine Vertragsbestimmung zu entsprechen braucht. Es ist daher nicht richtig, wenn Riezler, Werkvertrag S. 44 sagt: „Jeder Werkvertrag enthält für den Unternehmer eben wegen jener Gefahrübernahme einen Verzicht auf Lohn für eine gewisse Eventualität“, und wenn er gar beifügt, der Verzicht müsse klar zum Ausdruck gelangen. Vielmehr gehört der fragliche Verzicht gar nicht zum Thatbestand des Werkvertrags. Ferner lassen sich hier anführen §§ 665—70 nach 675 (Dienstvertrag und Werkvertrag, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben): Pflichten des Arbeitgebers, auf Verlangen des Arbeitnehmers Vorschufs für die Aufwendungen und Ersatz gemachter Aufwendungen zu leisten, Recht des Arbeitnehmers, von den Weisungen des Arbeitgebers abzuweichen, Pflichten des Arbeitnehmers, die Abweichung dem Arbeitgeber anzuzeigen, zur Erteilung von Nachrichten, Auskunft und Rechenschaft, zur Herausgabe und zur Verzinsung.

Schiffsmann Anspruch auf freie Beförderung nach dem Hafen der Ausreise, oder auf entsprechende Vergütung (SeemO. § 56). Auch diese Rechtsfolge braucht nicht im Inhalt des Arbeitsvertrags vorgesehen zu sein, ebensowenig wie die Verpflichtung jedes Arbeitnehmers, Sachen herauszugeben, die ihm wegen des Arbeitsverhältnisses, namentlich zum Vollzug der Arbeit, durch den Arbeitgeber eingeräumt oder übergeben worden sind.

Die vorstehenden drei Gruppen von Beispielen unterscheiden sich dadurch, daß die erwähnten Rechtsfolgen bei den Fällen der ersten Gruppe sich allein an die Eingehung des Arbeitsvertrags knüpfen, bei der zweiten Gruppe auch noch an Vorkommnisse, die nach der Eingehung des Arbeitsvertrags eintreten¹ und mit ihm zusammenhängen, somit an den Arbeitsvertrag nebst solchem Vorkommnis, und bei der dritten Gruppe auch an die Endigung des Arbeitsverhältnisses, somit an den Arbeitsvertrag und an diese Endigung (da diese Endigung nicht möglich ist, ohne daß ein Arbeitsvertrag eingegangen wurde). Einige der ersten Gruppe zugezählte Fälle stehen auf dem Übergang zur zweiten. Denn wenn die Notwendigkeit der Beschaffung von Räumen, Vorrichtungen und Gerätschaften für die Arbeit nicht schon mit dem Abschluß des Arbeitsvertrags gegeben ist, sondern sich erst später einstellt, so knüpft sich die Verpflichtung des Arbeitgebers, jene Räume u. s. w. in gewisser Weise einzurichten und zu unterhalten, nicht schon und allein an den Arbeitsvertrag an.

Weitere Beispiele, deren die Quellen noch viele bieten, bedarf es nicht zur Erläuterung des Satzes, daß nicht alle Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrags in seinem Inhalt vorgesehen zu sein brauchen, konform seinem Inhalt ausfallen. In den angeführten wie in zahlreichen anderen Fällen hat man nicht erst im Thatbestand des Arbeitsvertrags eine Willenserklärung oder sonst ein konkludentes Verhalten einer Partei aufzuweisen als besonderen Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge. Es bildet aber für alle auch nicht durch eigene Inhaltsbestimmungen gedeckte Rechtsfolgen der Arbeitsvertrag den Rechtsgrund, nur daß in den Fällen der unter 2. und 3. besprochenen Art noch eine und die andere Thatsache zum Arbeitsvertrag hinzukommen muß, um ihn zum zureichenden Rechtsgrund oder um die Rechtsfolge fällig zu machen².

¹ z. B. Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, Erkrankung, Aufkommen eines wichtigen Kündigungsgrundes.

² S. auch Cuno in Gewerbebericht IV, 67, ferner V, 255—58 und Stadthagen, Arbeiterrecht S. 187. 335—37: dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag obliegende Leistung („Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis“: GewGerG.

Aus dieser Ordnung ergibt sich auch, daß ein „vertragswidriges Verhalten“ einer Partei¹ nicht bloß dann gegeben ist, wenn sie eine Pflicht verletzt, die sie durch irgend eine Bestimmung im Inhalt des Arbeitsvertrags auf sich genommen hat. Vertragswidrig ist auch dasjenige Verhalten, durch welches eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz, auch ohne daß sie einer Bestimmung des gegebenen Arbeitsvertrags konform ist, generell an Arbeitsverträge von gewisser Art geknüpft hat. Es ist z. B. ein vertragswidriges Verhalten die Nichterfüllung der durch BGB. § 618 Abs. 1. 2 oder § 629 statuierten Handlungs-, oder der durch HGB. § 60 Abs. 1 statuierten Unterlassungspflicht². Demgemäß ist auch unter „vertragsmäßiger Leistung“ nicht bloß diejenige zu verstehen, welche im Vertrag verlaubarbar worden ist, sondern auch jede ohne solche Verlaubarbar vom Gesetz einer Vertragspartei auferlegte³.

Hieran darf man sich nicht dadurch irre machen lassen, daß Rechte und Pflichten, die sich als Rechtsfolgen an einen Arbeitsvertrag anknüpfen, ohne einer Bestimmung seines Inhalts adaptiert zu sein, prägnant als „gesetzliche“ bezeichnet werden können⁴; wird doch auch mit dem Worte „vertragsmäßig“ nicht selten der engere Sinn von „gemäß einer im Vertrag enthaltenen Bestimmung“ verbunden⁵.

§ 3 Nr. 2) ist auch die Herausgabe der ihm auf Grund des Arbeitsvertrags eingehändigten Invalidenversicherungskarte oder anderer Papiere oder Werkzeuge des Arbeitnehmers. Diese Verpflichtung wird mit der Endigung des Arbeitsverhältnisses fällig, ebenso wie andererseits die des Arbeitnehmers zur Herausgabe von Werkzeugen, Stoffen, Behältern u. dgl. Das Dasein der ersteren läßt sich nicht darum bezweifeln, weil nunmehr nach dem Ges. zur Änderung des GewGerG. (v. 30. Juni 1901) im § 3 des letzteren die Rückgabe von Zeugnissen, Gerätschaften, Kleidungsstücken u. dgl., die anlässlich des Arbeitsverhältnisses übergeben wurden, zwar der Kompetenz der Gewerbegerichte zugewiesen, aber von den „Leistungen aus dem Arbeitsverhältnisse“ unterschieden ist. Sind doch auch der Antritt und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses von jenen Leistungen getrennt (§ 3 Nr. 1), obwohl sie sicherlich dazu gehören. Das Gesetz verfolgt den praktischen Zweck einer Klärung der Kompetenzgrenzen, die Genauigkeit der Klassifizierung ist dabei nebensächlich.

¹ BGB. § 628 Abs. 2. HGB. § 70 Abs. 2. § 75 Abs. 1.

² Vgl. Lotmar in Brauns Archiv VIII S. 36 Anm. 2. S. 54/55.

³ GewO. § 133^d Nr. 2 („wenn der Arbeitgeber die vertragsmäßigen Leistungen nicht gewährt“), vgl. § 133^c Nr. 3 („nach dem Dienstvertrag ihnen obliegenden Verpflichtungen“).

⁴ So in GewO. § 112 Abs. 2: „Ein Arbeitgeber, welcher das Arbeitsbuch seiner gesetzlichen Verpflichtung zuwider nicht rechtzeitig ausgehündigt hat“: vgl. § 107 und S. 227 oben.

⁵ z. B. GewO. § 123: „Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung können Gesellen und Gehülfen entlassen werden . . .“ Vgl. Abschnitt IV Kap. 3 Nr. III.

Diese engere Terminologie kann neben der vorher erwähnten umfassenderen Bedeutung von „vertragswidrig“ und „vertragsmäßig“ einhergehen, einer Bedeutung, die konstruktiv gerechtfertigt und praktisch von Nutzen ist.

Sechstes Kapitel.

Eingehung.

I. Unter dem Titel der Eingehung des Arbeitsvertrags wird hier nicht ein neuer, d. h. noch nicht im Vorausgehenden behandelter Gegenstand in Angriff genommen. Schon die Definition des Arbeitsvertrags (Kapitel 1) als eines zweiseitigen Vertrags, der aus Vereinbarung von Arbeit und Entgelt gebildet ist, konnte, da sie den Gegenstand der Eingehung betraf, diese selbst nicht unberührt lassen. Ebenso mußte die Besprechung der positiv wesentlichen Stücke des Thatbestandes, der Vereinbarungen von Arbeit und Entgelt, indem sie sich damit befaßte, daß diese Vereinbarungen durch Worte oder Werke, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen können (Kap. 2 Nr. I, Kap. 3 Nr. II, III) auf dem Gebiet der Eingehung des Arbeitsvertrags gepflogen werden. Endlich gehört auch die im vorigen Kapitel unter Nr. V erörterte Frage nach der Herkunft des Inhalts des Arbeitsvertrags recht eigentlich zu seiner Eingehung. Denn wenn man den Erscheinungen nachgeht, daß der Inhalt eines gegebenen Arbeitsvertrags nicht gleichmäßig von beiden Parteien, ja teilweise überhaupt nicht von seinen Parteien herrührt, und daß die Parteien einen vor ihrer Vertragsschließung mehr oder weniger detailliert, und mehr oder weniger zwingend vorgezeichneten Inhalt durch ihre Vertragsschließung in ihren Arbeitsvertrag nur übernehmen, so erörtert man damit eine ebenso übliche als folgenreiche Methode der Eingehung von Arbeitsverträgen.

Ist hiernach schon bisher von der Eingehung des Arbeitsvertrags die Rede gewesen, so geschah dies stets im Zusammenhang mit dem Inhalt dieses Vertrags. Es bleiben nun aber noch einige das Zustandekommen des Arbeitsvertrags betreffende Punkte übrig, die sich nicht an seinen Inhalt anschließen und daher, wie verschieden sie von einander sind, hier unter dem Titel der Eingehung schlechthin zusammengefaßt werden können. Es sind dies erstens die Frage nach der äußeren Form des Arbeitsvertrags, d. i. die Frage, inwiefern Schriftlichkeit für seine Eingehung erforderlich ist; zweitens die Frage nach der persönlichen Beschaffenheit seiner Urheber, d. i. die Frage,

welchen Einfluss der Mangel der Handlungsfähigkeit und ferner das Vorhandensein einer persönlichen, besonders verwandtschaftlichen oder ehelichen Beziehung unter den Paciscenten auf die Eingehung eines Arbeitsvertrags besitzt; drittens die Frage nach der Freiwilligkeit der Eingehung, oder allgemeiner die Frage, inwiefern eine Rechtspflicht besteht, einen Arbeitsvertrag einzugehen, oder sich solcher Eingehung zu enthalten.

Mit der Behandlung dieser Fragen des Arbeitsvertrags kann die Darlegung seines Wesens, des ersten der drei Themata dieses Abschnittes, abgeschlossen werden.

II. Dem Arbeitsvertrag ist zwar ein gewisser Inhalt, nicht aber auch eine gewisse äußere Form wesentlich. Es giebt freilich einzelne Arten von Arbeitsvertrag, für welche Schriftform, oder eine bestimmte Schriftform gesetzlich vorgeschrieben ist, oder von einer Partei verlangt werden kann. Allein nur bei zweien ist die Beobachtung der Schriftform ein Erfordernis der Gültigkeit des Arbeitsvertrags. Es sind dies der Eisenbahnfrachtvertrag¹ und der Beförderungsvertrag, den der Auswanderer mit dem Auswanderungsunternehmer eingeht². In den übrigen Fällen kommt der Schriftlichkeit nur eine geringere Bedeutung zu. So findet im Anschluss an die Eingehung des Heuervertrages des Seeschiffsmannes die Anmusterung statt (SeemO. §§ 10—14), aber der Heuervertrag ist ohne sie gültig, seine Gültigkeit „ist durch schriftliche Abfassung nicht bedingt“ (§ 24)³. Immerhin giebt, wenn zwei Heuerverträge eines Schiffsmannes zeitlich kollidieren, die Anmusterung, welche auf Grund des späteren stattgefunden hat, ihm den Vorzug vor dem früheren, falls diesem keine Anmusterung gefolgt ist (§ 26). „Die Anmusterung besteht in der Verlautbarung des mit dem Schiffsmann geschlossenen Heuervertrags vor einem

¹ EisenbahnVO. § 54: „Der Frachtvertrag ist abgeschlossen, sobald das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation zur Beförderung angenommen ist.“ Daraus ist zu folgern, dass dieser Frachtvertrag ohne Frachtbrief nicht abgeschlossen werden kann.

² Gesetz über das Auswanderungswesen (9. Juni 1897) § 22: „Der Unternehmer darf den Auswanderer nur befördern auf Grund eines vorher geschlossenen schriftlichen Vertrags.“ Die Widerhandlung gegen diese Vorschrift ist nach § 43 strafbar, und nach BGB. § 125 ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig.

³ Es macht sich nur der Schiffer strafbar, wenn er versäumt, die Anmusterung zu veranlassen (§ 99 Nr. 1), wie sich der Schiffsmann strafbar macht, wenn er „unterlässt, sich gemäß § 10 zur Musterung zu stellen“ (§ 93 Nr. 2).

Seemannsamt“ (§ 11)¹. — Ferner dürfen nach GewO. § 107 Minderjährige als gewerbliche Arbeiter nur beschäftigt werden, wenn sie mit einem Arbeitsbuche versehen sind, und in dieses Buch hat „bei dem Eintritte des Arbeiters in das Arbeitsverhältnis“ der Arbeitgeber „die Zeit des Eintritts und die Art der Beschäftigung“ einzutragen (§ 111). Die Unterlassung solchen Eintrags ist strafbar (§ 150 Nr. 2), aber sie beeinträchtigt nicht die Gültigkeit des Arbeitsvertrags. Dasselbe gilt von den Lohnbüchern oder Arbeitszetteln, die nach § 114^a der Bundesrat für gewisse Gewerbe vorschreiben kann². — Der gewerbliche Lehrvertrag muß innerhalb vier Wochen nach Beginn der Lehre vom Lehrherrn ordnungsmäßig, d. h. schriftlich mit bestimmten Angaben abgeschlossen werden, sonst ist der Lehrherr strafbar (GewO. § 126^b. § 150 Nr. 4^a), aber von dieser Schriftform ist nicht überhaupt die Gültigkeit des Lehrvertrags, sondern nur der Eintritt einzelner Rechtsfolgen dieses Arbeitsvertrags abhängig (§§ 127^d. 127^f)³. Auch beim Handlungslehrling ist durch die Schriftlichkeit des Lehrvertrags nicht dessen Gültigkeit, sondern nur eine einzelne Rechtsfolge bedingt (HGB. § 79). — Für den Frachtvertrag über Güterbeförderung zu Lande oder auf Binnenwasser ist (abgesehen vom oben erwähnten Eisenbahnfrachtvertrag) keine besondere Form vorgeschrieben; daß der Frachtführer die Ausstellung eines bestimmten Frachtbriefes verlangen kann (HGB. § 426), bedeutet nicht, daß der Frachtvertrag ohnedies nicht gültig sei⁴. — Bei der Seefracht, wenn das Schiff gänzlich, teilweise, oder zu bestimmtem Raum verfrachtet wird, kann „jede Partei verlangen, daß über den Vertrag eine schriftliche Urkunde (Chartepartie) errichtet wird“ (HGB. § 557); dieser Frachtvertrag ist jedoch gültig, auch wenn dieses Verlangen nicht erhoben, oder nicht erfüllt wird. — Nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 93

¹ Ohne Ausfertigung und Einhändigung eines Seefahrtsbuchs kann im Bundesgebiet niemand als Schiffsmann in Dienst treten. SeemO. § 5. Aber der Vermerk über die Anmusterung und die Zeit des Dienstantritts, der vom Seemannsamt in dieses Buch einzutragen ist (§ 14), bildet kein Requisit des Heuervertrags.

² Vgl. Schmoller, Zeitschr. f. Staatswissensch. XXX, 470. v. Schulz in Brauns Archiv f. soziale Gesetzgebung XV, 615. — Die Lohnbücher des § 114^a GewO. darf man nicht mit den Lohnzahlungsbüchern des § 184 Abs. 3 GewO. verwechseln, wie Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 27 thut. Die Unterscheidungsmerkmale führt auf Neukamp, die Gewerbeordnung, zu § 134 Anm. 8.

³ Vgl. Gewerbegericht VI, 144 Nr. 46.

⁴ Wegen der rechtlichen, namentlich prozessrechtlichen Bedeutung des Frachtbriefes s. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 485—88.

kann zwischen dem Klienten und dem Rechtsanwalt, welcher der Partei nicht zur Wahrnehmung ihrer Rechte beigeordnet, oder als Verteidiger bestellt ist, der Betrag der Vergütung abweichend vom Gesetze vereinbart werden; der Klient ist „an den Vertrag nur gebunden, soweit er denselben schriftlich abgeschlossen hat“. Auch hier beeinflusst der Formmangel nicht die Gültigkeit des ganzen Arbeitsvertrags.

III. Ein Hemmnis, nicht ein Hindernis der Eingehung von Arbeitsverträgen ist die Handlungsunfähigkeit der Person. Unter handlungsunfähig wird hier sowohl die geschäftsunfähige als die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person verstanden¹. Bei Person kann nur an die physische gedacht werden: Mangel und Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit sind nicht Qualitäten der juristischen Person. Die juristische Person steht, wie hinsichtlich anderer Verträge, so auch des Arbeitsvertrags der handlungsfähigen physischen Person gleich. Wo sie mittelst ihrer Organe einen Arbeitsvertrag eingeht², giebt sich darin nicht ein Hemmnis kund, da so vielmehr die natürliche Lebensäußerung der juristischen Person im Rechtsleben beschaffen ist³.

Indem die Handlungsunfähigkeit (physischer Personen) für ein Hemmnis, nicht für ein Hindernis der Eingehung von Arbeitsverträgen erklärt wird, ist gemeint:

¹ InvVG. § 183: „die gesetzlichen Vertreter handlungsunfähiger Arbeitgeber.“ GewUVG. § 148: „die gesetzlichen Vertreter handlungsunfähiger Betriebsunternehmer.“ Es ist bemerkenswert, daß hier in nach dem BGB. erlassenen Gesetzen die aus jenem verbannte herkömmliche Bezeichnung „handlungsunfähig“ aufgenommen ist. Sie zeigt damit ihre Verwendbarkeit in unserem obigen Sinn. Daß das Empfangen von Willenserklärungen keine Handlung ist (Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts I § 24 Anm. 3), hindert nicht, die Handlungsunfähigkeit auch die Unfähigkeit solchen Empfangens umfassen zu lassen. Zu einwandfreier Terminologie ist schwerlich zu gelangen.

² Dies ist auch da der Fall, wo die Mitgliederversammlung eines Vereins (ein Organ desselben) durch ihren Beschluß einen Vorstand bestellt (BGB. § 27 Abs. 1), wenn nämlich dieser Beschluß Acceptation oder Proposition eines Vertrags ist, in welchem die zum Vorstand bestimmte Person die entgeltliche Führung der Vereinsgeschäfte übernimmt.

³ Loewenfeld in Staudingers Kommentar z. BGB., I. Einl. z. Titel „jurist. Personen“ Nr. V: „Die Folgen, welche das BGB. an die Handlungen der Organe der jur. Person anknüpft, sind auch mit der Annahme einer bloßen Stellvertretung unvereinbar.“ S. auch z. B. Cosack, Lehrb. d. bürg. R. I § 33 Nr. 2. — Wegen der jur. Person als Partei des Arbeitsvertrags oben S. 62/63. 97. 230. 231 und z. B. Pierstorff, Carl-Zeiss-Stiftung S. 33—36. 62. Gewerbegericht VI, 145—48 (Berggewerkschaft), Soziale Praxis X, 771. 773 (Stadtgemeinde oder Krankenkasse gegenüber Ärzten).

1. das sie nicht ein rechtliches Hindernis sei. Ein faktisches Hindernis kann sie dadurch ausmachen, das die die Handlungsunfähigkeit bildende Beschaffenheit einer Person die Verrichtung oder den Empfang der Arbeit durch diese Person thatsächlich unmöglich macht, also das der Arbeitsvertrag, der auf Verrichtung oder Empfang der Arbeit durch jene Person gerichtet ist, ein Arbeitsvertrag über eine unmögliche Leistung und darum ungültig wäre¹. So besteht von seiten der Handlungsfähigkeit kein rechtliches Hindernis, das ein dreijähriges Kind mittelst Vertretung einen Arbeitsvertrag eingehe über Erteilung oder Empfang von Unterricht in der höheren Mathematik durch jenes Kind. Da jedoch der Vollzug solchen Arbeitsvertrags von vornherein unmöglich ist, so kommt er nicht zu stande. Das aber hiervon die Unmöglichkeit der Leistung und nicht die Handlungsunfähigkeit die Ursache ist, das sich dieselbe hier nur als faktisches Hindernis geltend macht, ersieht man daraus, das ein kleines Kind oder ein entmündigter Geisteskranker sehr wohl durch einen in seinem Namen geschlossenen Arbeitsvertrag Arbeitgeber für in seinem Betrieb zu leistende Kellararbeit werden kann: denn diese Leistung wird nicht durch die persönliche Beschaffenheit des Arbeitgebers unmöglich gemacht. Und was die Arbeitnehmerstellung anlangt, so kann sie ein Handlungsunfähiger nicht blofs in solchen Arbeitsverhältnissen haben, bei denen er die schuldige Arbeit nicht zu verrichten braucht — z. B. ein Kind als Inhaber eines Frachtführerbetriebes, vgl. S. 98 — sondern auch in den anderen Arbeitsverhältnissen, wenn ihm nur die Verrichtung faktisch möglich ist. Werden doch zahlreiche, sogar noch nicht sieben Jahre alte Kinder durch Arbeitsverträge zu (von ihnen zu verrichtenden) Arbeiten verpflichtet, die sie trotz ihrer Kindheit zu verrichten im stande sind: S. 77. 78.

2. Das die Handlungsunfähigkeit kein Hindernis, nämlich kein rechtliches Hindernis der Eingehung von Arbeitsverträgen sei, gilt für das allgemeine bürgerliche Recht, nicht für Sonderrecht. Durch specialrechtliche Vorschriften oder durch polizeiliche Verordnungen finden wir Kindern, auch mehr als sieben Jahre alten, die Fähigkeit entzogen, als Arbeitnehmer gewisse Arbeitsverträge einzugehen, z. B. GewO. § 135 (Fabrikarbeit und ähnliche: § 154), SeemO. § 5 (Schiffsdienst) und oben S. 111². 113—14. Allein auch hier läfst sich die Handlungsunfähigkeit nicht eigentlich als Hindernis der Eingehung des Arbeitsvertrags betrachten. Denn die Unfähigkeit der Eingehung von Arbeitsverträgen ist in den Fällen dieser Art nur eine Konsequenz

¹ Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (1900) S. 7. 8.

davon, daß die Arbeit selbst (seitens der gedachten Personen) nicht zulässig ist, auch wenn sie nicht den Gegenstand eines Arbeitsvertrags bildet: S. 111. Der Arbeitsvertrag einer durch ihre Jugend disqualifizierten Person ist ungültig, nicht weil die als Arbeitnehmer kontrahierende Partei mit einer gewissen specialrechtlichen Handlungsunfähigkeit behaftet ist, sondern weil sie in dem Arbeitsvertrag eine Leistung zusagt, die zu machen ihr rechtlich nicht gestattet ist. Es ist also, wie in dem Falle sub 1 die faktische, so hier die rechtliche Unmöglichkeit des Vollzugs, welche den Arbeitsvertrag nicht aufkommen läßt. —

Als Hemmnis erweist sich die Handlungsunfähigkeit bei der Eingehung von Arbeitsverträgen darin, daß sie eine Vertretung der handlungsunfähigen Partei bei jener Eingehung nötig macht. Diese Vertretung ist entweder eigentliche Vertretung, nämlich Stellvertretung, oder Einwilligung, oder Ermächtigung.

Die Macht zu jeglicher Vertretung hat der gesetzliche Vertreter entweder vermöge der elterlichen Gewalt (BGB. §§ 1630. 1676. 1685), oder vermöge der Vormundschaft (BGB. §§ 1793. 1897. 1915).

Die Vertretung ist Ausfluß oder Bestandteil der dem gesetzlichen Vertreter zukommenden und obliegenden Sorge für die Person und das Vermögen des Handlungsunfähigen¹. Er hat daher die Macht zur Vertretung nur insofern er mit der Vertretung diese Sorge bethätigt: wenn er statt für das Kind oder den Mündel zu sorgen, z. B. für sich selbst sorgt, so handelt er nicht als Vertreter.

Zu dieser allgemeinen Schranke kommt für gewisse Arbeitsverträge die besondere, daß der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Das gilt nach § 1822 Nr. 5 (und § 1643 Abs. 1) für einen Vertrag, hier einen Arbeitsvertrag, durch den das Kind oder der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres des Kindes oder Mündels fort dauern soll. Die wiederkehrenden Leistungen können Arbeits- oder Entgeltleistungen sein; es ist also einerlei, ob der Vertretene Arbeitnehmer oder Arbeitgeber werden soll.

Nach § 1645 soll der Vater, nach § 1823 soll der Vormund nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbs-

¹ BGB. § 1630: „Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes.“ Vgl. § 1634. — § 1793: „Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten.“

geschäft im Namen des Kindes bzw. des Mündels beginnen. Zu solchem Beginne kann der Abschluß von Arbeitsverträgen gehören, in denen Kind oder Mündel Partei ist.

In folgenden zwei Fällen bedarf der gedachten Genehmigung nur der Vormund, nicht auch der Inhaber der elterlichen Gewalt¹:

a. „zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird“. Es ist dabei einerlei, ob dieser Lehrvertrag ein eigentlicher ist in dem Sinn, daß der Lehrherr Arbeitnehmer ist, nämlich gegen Lehrgeld die Ausbildung des Mündels als Lehrlings übernimmt (vgl. BGB. § 196 Nr. 10), oder ob der Lehrvertrag die häufig vorkommende Gestalt hat (oben S. 79—80), daß der Lehrling, hier der Mündel, Arbeitnehmer ist²;

b. „zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll.“ Da die Leistung des Entgeltes keine persönliche Leistung ist, so bezieht sich das Erfordernis der Genehmigung nur auf solche Arbeitsverträge, durch welche der Mündel Arbeitnehmer werden soll (vgl. S. 170¹).

Im übrigen unterscheiden sich die drei Vertretungsarten folgendermaßen:

1. Die Vertretung als Stellvertretung bezieht sich auf Handlungsunfähige überhaupt, also was die durch Jugend begründete Handlungsunfähigkeit anlangt, auf Minderjährige sowohl unter als über sieben Jahre. Durch einen namens des Handlungsunfähigen vom gesetzlichen Vertreter geschlossenen Arbeitsvertrag kann der Handlungsunfähige Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, d. h. zur Leistung von Arbeit oder zur Leistung von Entgelt verbunden werden. Diese Art von Vertretung bezieht sich auf den einzelnen Arbeitsvertrag, bei dem sie verwirklicht wird, nicht auf eine unbestimmte Reihe von Arbeitsverträgen.

2. Das Nämliche gilt von der Vertretung, die als Einwilligung erfolgt. Diese Vertretung betrifft nicht, wie die vorige, alle Handlungsunfähigen, sondern nur diejenigen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind; das sind die Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben (BGB. § 106), und einige diesen durch § 114 gleichgestellte Personen. Sie werden hinfort einfach „Minderjährige“ genannt werden. In der Regel bedarf der Minderjährige „zu einer

¹ BGB. § 1822 Nr. 6. 7. § 1827 Abs. 1, vgl. § 1649 Abs. 1 und § 1690.

² Dagegen bezieht sich unsere Stelle (§ 1822 Nr. 6) nicht auf den Fall, da der Bevormundete als Inhaber eines Handelsgewerbes oder anderen Gewerbes durch Lehrvertrag Lehrherr werden soll.

Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters“ (§ 107). Eine derartige Willenserklärung ist der Arbeitsvertrag. Bei der Vertretung, welche Einwilligung ist, nimmt der Vertreter nur durch Einwilligung an der Herstellung des Thatbestandes teil. Im übrigen wird der Thatbestand durch den Minderjährigen und seinen Mitkontrahenten hergestellt, während im vorigen Fall (Nr. 1), der Minderjährige selbst nicht kontrahiert¹. Der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf es z. B. für den Minderjährigen, der einen Reitknecht dingen, einen Musiklehrer engagieren, seinen Wein vom Küfer abfüllen, seine Stiefel vom Schuster sohlen lassen will. Ausnahmsweise bedarf der Minderjährige zur Eingehung eines Arbeitsvertrags nicht der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, soweit er nämlich durch dessen Ermächtigung „unbeschränkt geschäftsfähig“ geworden ist (Nr. 3).

3. Die Vertretung als Ermächtigung bezieht sich, wie die Einwilligung, auf Minderjährige in dem unter 2. angegebenen Sinn. Auch kommt sie mit der Einwilligung darin überein, daß sie den Minderjährigen in Person kontrahieren läßt. Sie unterscheidet sich von der Einwilligung wie von der Stellvertretung dadurch, daß sie nicht bloß für einen Arbeitsvertrag gilt, sondern für mehrere². Diese Ermächtigung kommt in zwei Anwendungen vor: a) als Ermächtigung „zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts“: BGB. § 112, vgl. § 1651 Nr. 1. Für die Arbeitsverträge, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig, einerlei, ob er sie als Arbeitgeber eingeht (z. B. als Prinzipal gegenüber Handlungsgehilfen), oder als Arbeitnehmer (z. B. als Droschkenkutscher mit eigenem Fuhrwerk, als Schornsteinfeger oder sonstiger Handwerksmeister); b) als Ermächtigung, „in Dienst oder in Arbeit zu treten“: BGB. § 113. Diese Ermächtigung³ bezieht sich im Gegensatz zu der sub a) angeführten auf den Minderjährigen nur als Arbeitnehmer. Sie macht ihn unbeschränkt geschäftsfähig für solche Rechtsgeschäfte, „welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst-

¹ Im vorigen Fall wird der Arbeitsvertrag von dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen, vgl. BGB. § 115 Abs. 1 Satz 2.

² BGB. § 113 Abs. 4: „Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art“ würde korrekt zu lauten haben: „Die für einen Fall erteilte Einwilligung gilt im Zweifel als Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art.“

³ In Ansehung des Dienstes auf Seeschiffen und den Abschluss von Heuerverträgen heißt sie in SeemO. § 5 Abs. 2. § 6 „Genehmigung“.

oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen“¹. Indessen kann diese Ermächtigung und damit die Geschäftsfähigkeit vom gesetzlichen Vertreter eingeschränkt werden, anfänglich oder nachträglich, zeitlich, räumlich, in Ansehung einzelner Rechtsgeschäfte oder gewisser Arten von Arbeitsverträgen u. s. w. Hingegen die unter a) erwähnte Ermächtigung kann nicht eingeschränkt werden². Diese kann auch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt (und zurückgenommen) werden. Beide Ermächtigungsfälle kommen wiederum darin überein, daß sie sich nicht auf diejenigen Arbeitsverträge des Minderjährigen beziehen, „zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf“ (§ 112 Abs. 1 Satz 2. § 113 Abs. 1 Satz 2 und oben S. 251/52).

IV. Der Umstand, daß zwischen zwei Personen ein Rechtsverhältnis besteht, hindert im allgemeinen nicht, daß diese Personen einen Arbeitsvertrag miteinander eingehen. Es sind z. B. Personen, die sich als Mieter und Vermieter gegenüberstehen, sehr wohl imstande, sich in einem Arbeitsverhältnis gegenüberzutreten; der Mieter oder der Vermieter vermag als Arzt, Rechtsanwalt, Handwerker einen Arbeitsvertrag mit seinem Vermieter oder Mieter zu schließen. Es kann jedoch das unter den Paciscenten des Arbeitsvertrags vor dessen Eingehung bestehende Rechtsverhältnis von der Art sein, daß Bedenken gegen die Kompatibilität auftauchen. Wenn nämlich dieses Rechtsverhältnis dem einen Teilnehmer eine uneigennützige Wahrung der Interessen des anderen zur Pflicht macht, so könnte die Einnahme der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerstellung, indem sie zur Verfolgung des eigenen Vorteils anreizt, eine Interessenkollision hervorrufen, deren Hintanhaltung durch das Recht zu erstreben wäre. Und ferner gibt es im Gebiet des Familienrechts Rechtsverhältnisse, die mit so intensiven oder innigen persönlichen Beziehungen der Teilnehmer verknüpft sind, daß damit nicht jeglicher Arbeitsvertrag ver-

¹ Vgl. S. 166—67. Man kann zweifeln, ob damit der Minderjährige für fähig erklärt ist, die Konkurrenzklausel zu vereinbaren. Hingegen ist sicher, daß der minderjährige Handlungsgehilfe, der minderjährige Handlungslehrling und der minderjährige Angestellte der in GewO. § 193^a erwähnten Art sie nicht vereinbaren kann: HGB. § 74 Abs. 3. § 76 Abs. 1. GewO. § 193^f Abs. 2. Diese Unmöglichkeit gilt auch im Fall der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (oben Nr. 2) und ist analog anzunehmen für den Fall der gesetzliche Vertreter als Stellvertreter den Arbeitsvertrag schließt (oben Nr. 1).

² Den Grund dieses Unterschiedes erörtert Opet, Verwandtschaftsrecht (1899) S. 220 Anm. 16.

träglich zu sein scheint: sei es, daß durch das Familienverhältnis die Unbefangenheit einer Partei für den Vollzug des Arbeitsvertrags in Frage gestellt wird, sei es, daß sie dieser Vollzug in Lagen versetzt, die ihre Familienstellung beeinträchtigen. Bei den vorstehenden Betrachtungen haben wir die folgenden Einzelheiten im Auge:

1. Im Lauf des letzten Jahrzehnts ist in den Gemeindevertretungen vieler deutschen Städte die Frage behandelt worden, ob und unter welchen Voraussetzungen es statthaft sein solle, daß Gemeindevertreter — die als solche in einem öffentlichen Rechtsverhältnis zur Gemeinde stehen, deren Bürgerschaft sie vertreten — mit der Gemeinde einen Arbeitsvertrag eingehen, durch welchen sie selbst Arbeitnehmer der Gemeinde werden¹. Es kann hier an die Arbeiten des Rechtsanwalts, des Zeitungverlegers (Inserate), des Armenarztes gedacht werden und ist vorzüglich an Bauarbeiten zu denken. In einigen Gemeinden sind durch Ortsstatut die Gemeindevertreter von der Übernahme solcher Arbeiten ausgeschlossen worden². Da nach BGB. § 134 ein gegen ein gesetzliches Verbot verstößendes Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, und Gesetz im Sinne des BGB. „jede Rechtsnorm“ ist (Einf. Ges. zu BGB. Art. 2), so kann ein Arbeitsvertrag, der einem Gemeindestatut des erwähnten Inhalts widerspricht, nicht eingegangen werden, das zwischen den Paciscenten bestehende Rechtsverhältnis ist seiner Eingehung hinderlich.

2. Der Gerichtsvollzieher ist nach Gerichtsverfassungsgesetz § 156 in einer Reihe von Fällen „von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes ausgeschlossen“. In diesen Fällen kann er seinen beruflichen Arbeitsvertrag, der auf Besorgung fremder Geschäfte geht, nicht abschließen. Das Hindernis der Eingehung besteht in den meisten Fällen darin, daß er zum „Auftraggeber“, der sein Arbeitgeber werden soll, in einem gewissen Rechtsverhältnis steht, nämlich im Verhältnis eines gesetzlichen Vertreters, Mitberechtigten, Mitverpflichteten, Schadensersatzpflichtigen, Ehemannes, Verwandten, Schwägerten oder durch Adoption Verbundenen. Das gesetzliche Verbot greift weiter, schon darum, weil es auch die Fälle befaßt, in denen es nicht der „Auftraggeber“, sondern dessen Gegner im Prozeß ist, zu welchem der Gerichtsvollzieher in einem der erwähnten Verhältnisse steht. Immerhin bleibt wahr, daß die Eingehung des fraglichen Arbeitsvertrags durch ein unter den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis behindert wird.

¹ S. die zum Teil ausführlichen Berichte in Soziale Praxis V, 364. 773. 1026. VI, 56. VII, 1018. VIII, 785. X, 361. Vgl. BGB. § 34.

² Ein weitergreifendes holländisches Gesetz in Soz. Praxis V, 1145.

3. Vom Arbeitsvertrag des Gerichtsvollziehers abgesehen, sind Ehe und Verwandtschaft unter den Kontrahenten nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs der Eingehung eines Arbeitsvertrags nicht hinderlich. Es können vielmehr sowohl Ehegatten, als Geschwister, als Eltern und Kinder im Arbeitsverhältnis zu einander stehen. Der Satz: „Dagegen ist ein Dienstverhältnis zwischen Ehegatten durch das Wesen der Ehe ausgeschlossen“¹ ist im geltenden Reichsrecht nicht begründet²; wohl aber ist anzuerkennen, daß das partikularrechtliche Dienstbotenverhältnis unter Ehegatten nicht aufkommen kann. Die anhaltende persönliche Unterwürfigkeit, welche das landesgesetzliche Gesinderecht dem Dienstboten zumutet, ist nicht vereinbar mit der „ehelichen Lebensgemeinschaft“, zu welcher nach BGB. § 1353 die Ehegatten einander verpflichtet sind. Auch das ist anzuerkennen, daß bei Ehe und Verwandtschaft die Arbeit weniger leicht „den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“ (Kap. 3 Nr. III), so daß unter Voraussetzung jener Verhältnisse die Annahme stillschweigender Vereinbarung der Vergütung ferner liegt, wodurch das Aufkommen eines Arbeitsvertrags erschwert wird.

Im Arbeitsverhältnis von Ehegatten kann entweder der Mann oder die Frau Arbeitgeber sein. Ebenso kann das Kind Arbeitnehmer von Vater oder Mutter oder Arbeitgeber von Vater oder Mutter sein. Solche Arbeitsverhältnisse sind nicht bloß rechtlich möglich, sondern auch thatsächlich nicht selten anzutreffen, namentlich im Handelsgewerbe. Auch die Rechtsquellen nehmen auf dieses Vorkommnis Bezug. So nennt KrVG. § 2 Nr. 3 „diejenigen Familienangehörigen eines Betriebsunternehmers, deren Beschäftigung in dem Betriebe nicht auf Grund eines Arbeitsvertrags stattfindet“. Das Gesetz rechnet hier mit dem Falle, daß zwischen dem Betriebsunternehmer und seinen Familienangehörigen Arbeitsverträge abgeschlossen worden sind³. Die

¹ Evert, Handbuch des gewerblichen Arbeiterschutzes (2. Aufl.) S. 11 mit Bezug auf das gewerbliche Arbeitsverhältnis.

² Zustimmend Hahn in Arbeiterversorgung 18. Jahrg. S. 86—88 („Lohnarbeitsverhältnis zwischen Eheleuten“). S. auch Rosin, Arbeiterversicherung I, 168—71.

³ Arbeitsverträge werden nicht vorausgesetzt, jedoch auch nicht ausgeschlossen in Land- u. forstwirtsch. UVG. § 1 Abs. 4: „Familienangehörige, welche in dem Betriebe des Familienhaupts beschäftigt werden“. GewO. § 154 Abs. 4 a. E.: „Werkstätten, in welchen der Arbeitgeber ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen beschäftigt, fallen unter diese Bestimmung nicht.“ Demgemäß ähnlich Verordnung betr. die Ausdehnung der §§ 135 bis 139 und des § 139^b GewO. auf die Werkstätten der Kleider- und Wäschekonfektion (vom 31. Mai 1897) § 8.

bundesrätliche „Bekanntmachung betreffend Einrichtung und Betrieb der zur Anfertigung von Cigarren bestimmten Anlagen“ (vom 8. Juli 1893, oben S. 68²) verlangt, daß Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter „im unmittelbaren Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsunternehmer stehen“, und verbietet „das Annehmen und Ablohnen derselben durch andere Arbeiter oder für deren Rechnung“. Diese Vorschrift findet keine Anwendung „auf Arbeiter, welche zu einander in dem Verhältnis von Ehegatten, Geschwistern oder von Aszendenten und Deszendenten stehen“. In den Arbeitsverhältnissen von Familienangehörigen, deren in den citierten Quellen gedacht wird, handelt es sich nicht um Arbeit „im Hauswesen“ des Arbeitgebers, wohl aber im erstgenannten Falle um Arbeit „im Geschäfte“ des Arbeitgebers.

Nach BGB. § 1356 kann die Ehefrau¹ und nach § 1617 kann das Kind² gegenüber dem Ehemann bzw. gegenüber den Eltern gesetzlich verpflichtet sein, Arbeiten oder Dienste im Hauswesen oder Geschäfte des Ehemannes bzw. der Eltern zu leisten. Diese gesetzliche Verpflichtung schließt die Eingehung eines Arbeitsvertrags nicht aus. Daß im gegebenen Fall die Frau und das Kind auch ohne Zusage zur Arbeit verpflichtet sind, ist kein Grund der Ungültigkeit ihrer Zusage³. Nur wenn Frau oder Kind, ihre gesetzliche Arbeitspflicht kennend, die Erfüllung derselben verweigern und sich erst durch Zusage eines Entgeltes zur Erfüllung oder Zusage der Erfüllung bewegen lassen, würde kein Arbeitsvertrag aufkommen. Denn der Entgelt wäre hier nicht für die Arbeit, sondern für die Erfüllung einer Rechtspflicht versprochen und durch denjenigen versprochen,

¹ „Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Thätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.“

² „Das Kind ist, solange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten.“

³ Nicht bloß das Pandektenrecht kennt gültige Versprechen von Leistungen, zu denen der Promittent dem Promissar ohnehin verbunden ist: man denke z. B. an das *constitutum debiti proprii*, an das *Custodiaversprechen* und vgl. Regelsberger in Jherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 464/65. Auch das moderne Recht liefert Belege. Denn daß es einen gesetzlichen Anspruch auf Berge- und Hilfslohn giebt, schließt nicht aus, daß ein Arbeitsvertrag über Berge- und Hilfsarbeit eingegangen werde, ebensowenig als die Existenz eines gesetzlichen Anspruchs auf Finderlohn einem Arbeitsvertrag über die Finderarbeit im Wege steht. — Rechtlich verbotene, nicht auch rechtlich gebotene Leistungen sind von der Aufnahme in einen Arbeitsvertrag ausgeschlossen.

gegenüber welchem die Rechtspflicht besteht. Ein solcher Vertrag würde moralwidrig und darum nichtig sein¹.

Dafs das über sieben Jahre alte Kind minderjährig ist, hindert nicht den Abschluß des Arbeitsvertrags mit dem Vater (oder der Mutter), dem die elterliche Gewalt zusteht. Indem dieser mit dem Kinde kontrahiert, giebt er demselben die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder erteilt als gesetzlicher Vertreter dem Kinde die Ermächtigung, in Dienst oder in Arbeit zu treten². Dagegen kann er mit seinem noch nicht sieben Jahre alten Kinde keinen Arbeitsvertrag abschließen, weil hier Vertretung im Sinn der Stellvertretung erforderlich ist (oben S. 252 Nr. 1) und er nicht „im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen“ ein Rechtsgeschäft vornehmen kann (BGB. § 181).

Das durch gültigen Arbeitsvertrag begründete Rechtsverhältnis der Frau oder des Kindes ist in Folgendem von dem durch das Gesetz begründeten verschieden: Im Arbeitsvertrag wird die Arbeit für Entgelt zugesagt, während sie ohne den Vertrag unentgeltlich zu leisten wäre. Die Entgeltzusage ist klagbar; dafs sie nicht gemacht zu werden brauchte, ist kein Grund ihrer Unklagbarkeit, wenn sie gemacht worden ist³.

Ferner haben Ehefrau und Kind bei Erfüllung ihrer Vertragspflicht die gleiche Sorgfalt anzuwenden wie ein Fremder, während die Frau ohne Abschluß eines Arbeitsvertrags nach § 1359 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

¹ Lotmar, der unmoralische Vertrag S. 44—46. 73 al. 3.

² BGB. § 113 ist so weit gefasst, dafs er auch den Fall begreift, wo der Minderjährige bei seinem gesetzlichen Vertreter „in Dienst oder in Arbeit“ tritt. Der Fall des Selbstkontrahierens (§ 181) liegt hier nicht vor.

³ Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB. erkennt S. 132. 133 die Entgeltforderung des Kindes höchstens als naturale an und erklärt S. 260 die elterliche Remuneration für eine einfache Schenkung. Er begründet dies damit, dafs bei Klagbarkeit der Entgeltforderung das Retentionsrecht des § 321 anwendbar wäre, was dem „Wesen des Kindschaftsverhältnisses“ widersprechen würde. Allein die Klagbarkeit der Entgeltforderung kann mit der Unanwendbarkeit des § 321 einhergehen. Die hier gewährte Suspendierung der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers (Abschn. II Kap. 3 Nr. V) ist unzulässig gegenüber dem Verlangen der Erfüllung der gesetzlichen Arbeitspflicht. Dieses Verlangen kann trotz des Abschlusses des Arbeitsvertrages gestellt werden. Dafs ferner Frau und Kind als Arbeitnehmer nicht die Garantie der Entgeltforderung haben, welche durch § 321 anderen Arbeitnehmern; gewährt ist, bildet keinen Grund, ihnen auch die Klage auf die ihnen versprochene Vergütung zu versagen.

Nach § 831 ist, wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher es durch Vertrag übernommen hat, für den Geschäftsherrn die Auswahl jenes anderen zu besorgen, Vorrichtungen oder Gerätschaften für die Verrichtung zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten. Diese durch Vertrag begründete Verantwortlichkeit trifft die Ehefrau und das Kind nicht, wenn sie die angeführten Handlungen nur in Erfüllung ihrer gesetzlichen Arbeitspflicht vornehmen, d. h. wenn sie nicht im Arbeitsverhältnis zum Ehemann oder zu den Eltern stehen.

Erleidet die Frau oder das Kind durch die Schuld eines Dritten eine die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigende Körperverletzung, so kann der Ehemann oder der Vater (resp. die Mutter) für die ihm infolge davon in seinem Hauswesen oder Gewerbe entgehenden Dienste des Verletzten Ersatz vom Dritten nur verlangen, wenn die Frau oder das Kind ihm „kraft Gesetzes“ zur Leistung solcher Dienste verpflichtet war (BGB. § 845). War dagegen die Arbeitspflicht des Verletzten nur durch einen Arbeitsvertrag begründet, dann kann nur er selbst Schadensersatz gemäß § 843 verlangen.

Auf die gesetzlichen Arbeitspflichten des Kindes und der Ehefrau sind die Arbeiterschutzvorschriften der GewO. ohne weiteres anwendbar, da dieselben nicht den Abschluss eines Arbeitsvertrags voraussetzen: s. z. B. S. 242 oben. Dagegen werden von den im BGB., im HGB. und sonst für Arbeitsverträge gegebenen Regeln die gesetzlichen Arbeitspflichten des Kindes und der Ehefrau nicht ohne weiteres betroffen. Vielmehr kann hier nur die analoge Anwendung in Frage kommen.

V. Die Eingehung wie die Nichteingehung eines Arbeitsvertrags sind in der Regel Gegenstände rechtlich freien Beliebens, *res merae facultatis*, so dringende und unwiderstehliche Beweggründe anderer als rechtlicher Art zu jener Handlung oder zu dieser Unterlassung treiben mögen. Wo das Belieben besteht, Arbeitsverträge nicht einzugehen, kann nicht von einem Recht zu solcher Nichteingehung gesprochen werden, daher auch nicht von Ausübung eines Rechts zur Nichteingehung von Arbeitsverträgen die Rede sein. Folgeweise kann hier die vom BGB. § 226 definierte *Chikane* nicht vorkommen¹.

¹ „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck

Eingehung und Nichteingehung von Arbeitsverträgen sind ausnahmsweise rechtlich unfreiwillig.

1. Rechtlich unfreiwillige Eingehung eines Arbeitsvertrags ist nur da gegeben, wo jemand verpflichtet ist, entweder den Antrag zu einem Arbeitsvertrag zu stellen oder einen ihm gestellten Antrag zu einem Arbeitsvertrag anzunehmen. Dagegen gehören nicht hierher die Pflicht, den Willen der Ablehnung eines Antrags unverzüglich kund zu geben (BGB. § 663 mit § 675) und die Pflicht, auf einen Antrag unverzüglich zu antworten (HGB. § 362 Abs. 1)¹. Ferner gehört nicht hierher, daß jemand die Annahme eines von ihm gestellten Antrags als Annahme gelten lassen muß. In dieser Rechtslage befindet sich nämlich jeder Handlungsfähige, der eine Offerte gemacht hat; es ist die Rechtsfolge der Offertstellung². Die Acceptation ist nichts, das angenommen werden mußte oder abgelehnt werden könnte. Den angeblichen „Kontrahierungszwang“ eines Beförderungs- oder eines Theaterunternehmers darauf gründen, daß derselbe dem Publikum eine Offerte gemacht habe, heißt jenen Zwang negieren, nicht begründen³. Der Nachweis, daß in solchen Fällen eine Offerte gestellt sei, beweist nicht die Unfreiwilligkeit der Kontrahierung; nur macht jener Nachweis den Kontrahierungszwang überflüssig, weil die Acceptation den Offerenten zur Leistung verbindet⁴.

Die rechtliche Unfreiwilligkeit der Eingehung eines Arbeitsvertrags gründet sich teils auf das Gesetz⁵, teils auf obrigkeitliche Ver-

haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“ Nach Biermann in Jherings Jahrbüchern 32, 320 „handelt derjenige chikanös, der den Abschluss eines Kontraktes verweigert, lediglich in der Absicht, dadurch den anderen zu benachteiligen“. Hiermit kann nicht die durch BGB. § 226 definierte Chikane gemeint sein.

¹ Die moralische Pflicht, als Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag zu schließen, womit sich G. v. Mayr in Zeitschrift für Sozialwissenschaft III, 786 fg. befaßt, steht außerhalb des Civilrechts.

² S. Brinz, Pandekten IV, § 571 Anm. 2.

³ Opet, Deutsches Theaterrecht S. 259—62 betrachtet „als Rechtsgrund des Kontrahierungszwanges eine freiwillige vom Unternehmer übernommene Verpflichtung“, nämlich seine öffentliche Einladung als Offerte gelten zu lassen.

⁴ Daß, wie Biermann a. a. O. S. 310 sagt, mit Theater- und Konzertunternehmern, mit Badeanstalten u. s. w. der Vertrag nicht erst dadurch geschlossen werde, daß das Billet ausgehändigt, sondern bereits dadurch, daß es verlangt wird, dürfte schwer zu beweisen sein.

⁵ Danach sind die öffentlichen Eisenbahnen verpflichtet zur Eingehung von Verträgen auf Beförderung von Personen und Sachen, einschließlic lebender Tiere: HGB. § 453. § 473 Abs. 2. EisenbahnVO. §§ 6. 13 Abs. 1. 20. 49. 55. Internat. Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt.

fügung¹, teils auf Vertrag. Der Vertrag kann ein gemeiner Vorvertrag sein auf künftige Eingehung eines Arbeitsvertrags unter den Kontrahenten des Vorvertrags. Es kann aber auch die eine Partei des Arbeitsvertrags zur Eingehung desselben verpflichtet sein durch ein Rechtsverhältnis, das zwischen ihr und einem Dritten (nicht der anderen Partei des Arbeitsvertrags) begründet worden ist. Dies gilt vom Gerichtsvollzieher, der durch seine Anstellung verbunden ist, mit dem Publikum zu kontrahieren². In einem Tarifvertrag, durch den ein Streik beigelegt wird, wird nicht selten einem gewerblichen Unternehmer auferlegt, gewisse Arbeiter wieder anzustellen³. Bei der Vergebung eines Werkes oder der Verpachtung eines Betriebes durch eine Gemeinde wird von dieser ihrem Mitkontrahenten bisweilen zur Pflicht gemacht, Arbeitsverträge mit gewissen Personen oder Personenklassen abzuschließen, z. B. mit den Ortsansässigen eines gewissen Berufs⁴.

2. Die rechtliche Unfreiwilligkeit der Nichteingehung eines Arbeitsvertrags beruht teils auf Gesetz, teils auf Vertrag. Eine gesetzliche Verpflichtung, einen Arbeitsvertrag nicht zu schließen, läßt sich entnehmen den §§ 125 Abs. 1 Satz 2 und 127^e Abs. 2 der GewO. Für die Zeit, da ein Geselle oder Gehülfe einem Arbeitgeber durch Arbeitsvertrag verpflichtet ist, soll kein anderer Arbeitgeber mit dem Gesellen einen Arbeitsvertrag eingehen. Diese Pflicht ist damit

1890 Art. 5. Postgesetz § 3: „Die Annahme und Beförderung von Postsendungen darf von der Post nicht verweigert werden . . .“ Telegraphengesetz § 5: „Jedermann hat gegen Zahlung der Gebühren das Recht auf Beförderung von ordnungsmäßigen Telegrammen . . .“ Vgl. auch GewO. § 7 Nr. 3. 4 lit. a (Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte, namentlich des Mahlzwanges) und § 144 Abs. 2 (Aufhebung des Zwangs zu ärztlicher Hülfe).

¹ Beispiele bei Biermann a. a. O. S. 273, ferner der „Zwangslotse“, dem in der See- oder der Binnenschifffahrt der Schiffer die Führung des Schiffes überlassen muß.

² Riezler, der Werkvertrag S. 95. 96. Rottmann, Rechtl. Stellung des Gerichtsvollziehers S. 32. Vgl. auch CPO. § 766 Abs. 2. — S. ferner EisenbahnVO. § 37: von der Eisenbahnverwaltung bestellte Gepäckträger, die auf Verlangen der Reisenden deren Gepäck gegen die Tarifgebühr zu besorgen haben.

³ z. B. Tarifvertrag der „Vereinigten Berliner Mörtelwerke“ (Soziale Praxis X, 398): „Der Arbeitgeber verpflichtet sich, die entlassenen und streikenden Arbeiter wieder einzustellen.“

⁴ Biermann a. a. O. S. 283 gründet einen Kontrahierungszwang auf den Besitz eines rechtlichen Monopols, wie es die angestellten Feldmesser, Auktionatoren u. dgl., sowie die approbierten Ärzte haben. Allein sein Grund, „dass andernfalls ein Bedürfnis des Publikums unbefriedigt bleiben könnte“, wird durch das S. 288/9 von ihm Gesagte entkräftet. Gegen Biermann auch Riezler a. a. O. S. 98.

statuiert, daß der neue Arbeitgeber für den Schaden haftbar gemacht ist, den der alte infolge davon erleidet, daß statt seines Arbeitsvertrags der neue vollzogen wird¹. Die zweite Stelle betrifft den Fall, daß ein gewerbliches Lehrverhältnis vorzeitig darum gelöst wird, weil der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder Berufe übergehen soll. Daß solchenfalls der Lehrling während gewisser Frist ohne Zustimmung des früheren Lehrherrn von keinem Arbeitgeber desselben Gewerbes beschäftigt werden darf, involviert die Verpflichtung, keinen Arbeitsvertrag dieses Gewerbes einzugehen². Ähnlich steht es nach HGB. § 78 Abs. 2 um den Handlungslehrling. — In einer Reihe von Fällen hat nach der RAO. § 31 „der Rechtsanwalt seine Berufsthätigkeit zu versagen“. In eben diesen Fällen ist er daher gesetzlich verpflichtet, sich der Eingehung eines Arbeitsvertrags über seine Berufsthätigkeit zu enthalten. Daneben kommen die schon S. 255 berührten Fälle zu stehen, in denen ein Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, ohne daß ihn ein gegenüber dem „Auftraggeber“ bestehendes Verhältnis an der Eingehung des Arbeitsvertrags hindert. — Kein Reichsbeamter darf ohne vorgängige Genehmigung der obersten Reichsbehörde eine Nebenbeschäftigung, mit der eine fortlaufende Remuneration verbunden ist, oder ein Gewerbe betreiben. Damit ist ihm gesetzlich (Reichsbeamtengesetz § 16) die Verpflichtung auferlegt, sich der Eingehung vieler Arbeitsverträge zu enthalten. Einen Interessenkonflikt anderer Art bekämpft der Bann, mit dem der Kursmakler³, der Handlungsgehilfe, der Handlungslehrling und die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft belegt sind⁴ und durch den sie gesetzlich davon abgehalten werden, gewisse Arbeitsverträge zu schließen. — Eine gesetzliche Pflicht, sich der Eingehung von Arbeitsverträgen zu enthalten, wird

¹ „In gleicher Weise haftet ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen annimmt, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist.“ GewO. § 125 cit.

² „Binnen neun Monaten nach der Auflösung darf der Lehrling in demselben Gewerbe von einem anderen Arbeitgeber ohne Zustimmung des früheren Lehrherrn nicht beschäftigt werden.“ GewO. § 127^a cit. Der neue Arbeitgeber wird durch § 148 Nr. 10 mit Strafe bedroht.

³ Börsengesetz § 32 Abs. 2: „Die Kursmakler dürfen . . . kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben . . . ebensowenig dürfen sie zu einem Kaufmann in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen.“

⁴ HGB. §§ 60. 61. 76 Abs. 1. 236: „weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals (bezw. der Gesellschaft) für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen“. S. ferner § 248 Abs. 1. 3.

auch dadurch begründet, daß die Haltung von Lehrlingen untersagt oder auf eine gewisse Zahl beschränkt wird¹.

Die letztere Beschränkung wird nicht selten durch Tarifverträge („Lehrlingsskala“) auferlegt. Damit kommen wir zu den Fällen, in denen die Pflicht zur Nichteingehung von Arbeitsverträgen nicht durch Gesetz, sondern durch Vertrag begründet wird. „Vielfach wird unter dem Titel des Schutzes der heimischen Arbeiter gegen die ausländische Konkurrenz und insbesondere den lohndrückenden Mitbewerb auf geringerer Stufe der Lebenshaltung und Lebensbedürfnisse stehender Ausländer die Verwendung derselben bei öffentlichen Arbeiten verboten oder auf einen bestimmten Prozentsatz eingeschränkt².“ Ferner werden nicht selten durch einen Tarifvertrag Unternehmer verpflichtet, gewisse Personen (mißliebige Meister, Unorganisierte, Ausländer, deren Sprachkenntnis die Verständigung erschwert und dadurch die Arbeitsgefahr steigert) nicht oder nicht wieder anzustellen. Sodann kommt unter den Mitteln zur Erreichung des Koalitionszweckes die Sperre vor³: es verbünden sich Arbeitgeber (z. B. Textilfabrikanten, der deutsche Bühnenverein) dahin, mit Arbeitern, die an einem Streik teilgenommen, oder Schauspielern, die einen Kontrakt gebrochen haben, während gewisser Frist keine Arbeitsverträge zu schließen⁴.

¹ HGB. § 81. GewO. §§ 106. 126. 126^a. 128. 148 Ziff. 9^a.

² Der Arbeiterschutz bei Vergebung öffentl. Arbeiten und Lieferungen, Bericht des k. k. arbeitsstatist. Amtes (Wien 1900) S. VIII. S. 101.

³ Loe w e n f e l d in Brauns Archiv f. soz. Gesetzgebung XIV, 517 fg. — Andere Methoden, arbeitslose Gesellen in der Arbeitslosigkeit zu erhalten, im Fleisergewerbe: Soziale Praxis X, 839. Ein Mittel, die Freiheit des Arbeiters in der Eingehung von Arbeitsverträgen zu beschränken, besteht in der Vereinbarung von Arbeitgebern (so derjenigen von Friedrichsthal im Saargebiet), einen bei einem von ihnen ausgeschiedenen Arbeiter nur anzustellen, wenn die Anstellung auf dem Abgangszeugnis freigegeben worden ist. Unter der Voraussetzung einer solchen Übereinkunft ist ein diese Erlaubnis nicht enthaltendes Zeugnis mit einem Merkmal versehen, das den Zweck hat, „den Arbeiter in einer aus dem Wortlaute des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen“: GewO. § 113 Abs. 3, was nach § 146 Nr. 3 strafbar ist.

⁴ z. B. § 40 der Statuten des Vereins deutscher Tapetenfabrikanten nach Weigert, Arbeitsnachweise S. 12: „Erfolgt bei einem Mitglied ein Streik der Arbeiter, wozu eine komplottmäßige, wenn auch sonst ordnungsmäßige Kündigung zur Erzwingung höherer Löhne oder Abstellung mißliebiger Einrichtungen mitgerechnet wird, so darf kein dem Verein angehöriger Kollege . . . einem Streikenden innerhalb der ersten drei Monate Beschäftigung geben.“ Vorwärts vom 21. Oktober 1900 (Kölner Kartonnagefabrikanten). — Es kommen auch Abreden von Unternehmern vor, wonach, ohne daß ein Streik besteht, ein bei einem von ihnen ausgetretener Arbeiter während gewisser Frist von den anderen nicht angestellt werden darf, z. B. Amtl. Mitteil. aus den Jahresber.

Und umgekehrt verabreden sich Arbeitnehmer, bis zu bestimmten Gewährungen bei gewissen Unternehmern nicht in Arbeit zu treten. — Einige gesetzliche Regelung ist einem hierher gehörigen Vertrag zuteil geworden, der unter dem Namen der Konkurrenzklauselel bekannt ist. Den Namen Klauselel hat er daher, dafsl er meistens nicht als Vertrag für sich, sondern als Bestandteil eines Arbeitsvertrags (oben S. 221) auftritt. Als Vertrag, durch welchen ein Handlungsgehilfe, ein Handlungslehrling oder ein höherer Angestellter eines Gewerbebetriebes „für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird“¹, umfaßt er mehr, als hierher gehört, er kann aber jenen Personen gerade auch die Pflicht auferlegen, gewisse Arbeitsverträge nicht zu schliessen und zwar sei es als Arbeitgeber, sei es als Arbeitnehmer. Eines oder das andere kann zu der „gewerblichen Thätigkeit“ gehören, welche durch die Konkurrenzklauselel beschränkt wird. Einen ähnlichen Zweck wie diese Klauselel verfolgt die in Arbeitsverträgen ländlicher Arbeiter vorkommende Bestimmung, welche denselben die Annahme von Arbeit bei Dritten untersagt und sie damit zur Nichteingehung von Arbeitsverträgen verpflichtet².

Siebentes Kapitel.

Gesetzliche Typen.

I. Der Arbeitsvertrag, dessen Wesen durch die vorangehenden Kapitel bestimmt werden sollte, ist, wie früher (S. 53) bemerkt, ein Begriff, der in dem hier angenommenen Umfang in den Quellen nicht abgeschlossen vorliegt, ihnen daher nicht ohne weiteres entnommen werden kann, wie sich schon daran zeigt, dafsl sie den Namen „Arbeitsvertrag“ nur selten und nicht für den gedachten Gattungsbegriff verwenden. Dieser wird vielmehr, wie mancher andere

der Gewerbeaufsichtsbeamten für 1898 S. 155 unten, Berichte der bayrischen Fabriken- und Gewerbeinspektoren f. 1897 S. 342/43, Vorwärts vom 27. Juli 1900 (Tuchfabrikanten in Kettwig a. R.); oder es werden anläßlich eines Arbeiterausstandes in einem Betriebe alle Arbeiter der anderen Betriebe ausgesperrt, und die Arbeitgeber verpflichten einander mit Konventionalstrafe, keinen Ausgesperrten zuzulassen, bis die Ausständigen die Arbeit wieder aufgenommen haben: Vorwärts vom 12. Juni 1901 (Schiffbauerstreik in Erkner-Müllrose).

¹ HGB. §§ 74. 76 Abs. 1. GewO. § 133 f. Vgl. S. 254¹.

² z. B. Landarbeiter in Deutschland II, 588 (aus einem Arbeitsvertrag): „Fremde Arbeit dürfen Sie ohne meine Erlaubnis nicht annehmen.“ III, 737 (aus einem Kontraktsformular): „Der Tagelöhner ist verpflichtet, nur bei der Guts herrschaft in X auf Arbeit zu gehen.“

juristische Begriff, erst durch eine wissenschaftliche Behandlung der Quellen gewonnen, indem aus den von ihnen gebotenen einzelnen Typen von Arbeitsvertrag der Gattungsbegriff des Arbeitsvertrags abstrahiert oder entwickelt wird. Da die im vorausgehenden gegebene Darstellung des Wesens dieses Arbeitsvertrags sich der Spekulation zu enthalten hatte, so war es für sie unvermeidlich, sich an jene gesetzlichen Typen anzulehnen und die Mehrzahl zur Sprache zu bringen. Die Aufgabe des vorliegenden Kapitels aber besteht darin, alle in den Gesetzen enthaltenen Typen des Arbeitsvertrags vorzuführen, sie im Anschluß an ihre Quellen, somit nach ihren Standorten, aufzureihen und damit die Daten zusammenzustellen, aus denen sich der in diesem Buche untersuchte Arbeitsvertrag aufbaut. Hiermit wird für einzelne im vorausgehenden vorläufig als Arbeitsverträge hingegenommene Typen ihre Zugehörigkeit zur Gattung nachträglich außer Zweifel gestellt, und es wird der weite von der Gattung eingenommene Raum für die spätere Detailbetrachtung umschrieben.

Als Typen des Arbeitsvertrags haben diejenigen gegenseitigen Verträge zu gelten, in denen Arbeit gegen Entgelt vereinbart wird, ohne daß durch eine neben die Arbeitszusage gestellte Zusage einer Sachleistung die Arbeitsleistung absorbiert und dadurch der Kontrakt zum Kauf oder zur Miete gemacht wird (Kap. 4 Nr. V). Und Typen des Arbeitsvertrags sind gemäß den Gesetzen nach zweierlei Merkmal zu unterscheiden, nämlich teils nach dem Eigennamen, den das Gesetz einem Arbeitsvertrag beigelegt hat, teils nach dem Beruf der nach dem Gesetz am berufsmäßigen Arbeitsvertrag beteiligten Personen. Mit anderen Worten: Arbeitsvertragstypus ist der Arbeitsvertrag bald wegen des ihn auszeichnenden gesetzlichen Namens, bald als ein von gewissen Personen in Ausübung ihres Berufs geschlossener. Manche der in solcher Weise bestimmten Typen des Arbeitsvertrags verzweigen sich dadurch, daß sie Varianten im Thatbestand oder in der Rechtswirkung aufzeigen, ohne daß doch auf eine der angegebenen Weisen ein neuer Typus gebildet wird. Ob nicht umgekehrt sich Mehrheiten von gesetzlichen Typen zu umfassenden Kategorien vereinigen lassen, ist eine Frage, die wir nach der nun folgenden reinen Wiedergabe des Quellenbefundes aufwerfen wollen.

II. Macht man mit dem BGB. den Anfang, so darf in erster Linie der Dienstvertrag genannt werden, der in den §§ 611—630. 675 geordnet ist. Einen Typus des Arbeitsvertrags stellt er dar vermöge der Verleihung eines Eigennamens an den vom Gesetz — ohne

Rücksicht auf die Person der Parteien — geregelten Thatbestand. Dafs der Dienstvertrag ein Arbeitsvertrag ist, nämlich dem im ersten Kapitel definierten Begriff entspricht, steht wohl aufser Zweifel¹; hätte es doch sonst nicht dazu kommen können, dafs der Dienstvertrag für den Arbeitsvertrag schlechthin erklärt oder mit dem Arbeitsvertrag identifiziert wurde (S. 54/5). Dem läfst sich nicht entgegenhalten, dafs eine Reihe von Gesetzesstellen (S. 59⁴) die Wendung „Arbeits- oder Dienstverhältnis“ bieten und der Ausdruck „Dienstverhältnis“ im Dienstvertragstitel des BGB.² das durch den Dienstvertrag begründete Rechtsverhältnis bezeichnet (§§ 617. 620. 622 bis 627). Hieraus folgt nicht, dafs dieses Dienstverhältnis kein Arbeitsverhältnis ist, da noch andere Deutungen jener Wendung möglich sind (vgl. unten S. 273¹)³. Vielmehr läfst sich zeigen, dafs das BGB. unter Diensten und Dienstleistungen, die den Gegenstand seines Dienstvertrags bilden, Arbeiten versteht, dafs es somit im Dienstvertrag einen Typus des Arbeitsvertrags aufstellt. Man kann verweisen:

1. auf § 618 Abs. 2. Hier wird von „Arbeits- und Erholungszeit“ gesprochen und Arbeitszeit als die Zeit gedacht, in welcher der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste zu leisten hat; diese müssen demnach für Arbeit gelten.

2. In § 615 a. E. ist von dem Wert dessen die Rede, was der

¹ Wird auch nicht verneint von Dernburg, Bürgerl. Recht II § 306 Nr. 1, wo es heifst: „Der Dienstvertrag steht neben dem Arbeitsvertrag.“ Bei letzterem handle es sich „blofs um Bewirkung vertragsmäfsiger Arbeit“, der erstere „begründet eine persönliche Beziehung zum Dienstberechtigten“. Was er begründet, ist seine Folge. Von welchem Thatbestandsmerkmal diese Folge abhängt, wird nicht gesagt. Sie soll sich in der Treupflicht des Dienstschuldners und in der Fürsorgepflicht des Dienstgläubigers äufsern. Die erstere spricht das Gesetz nicht aus, die letztere besteht nach § 618 auch ohne jene „persönliche Beziehung“. Wegen der ersteren kann man sich natürlich nicht auf § 242 berufen, denn „Treu und Glauben“ sind für die Leistung jedes Schuldners maßgebend, auch dessen, der es durch Delikt geworden ist, z. B. für den Schadensersatz, den der Betrüger schuldet.

² auch anderwärts (z. B. GewO. § 133^a—133^d. 133^f. SeemO. §§ 8. 14 Abs. 2. KO. § 22. FIG. §§ 18. 21. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes § 9), aber nicht allenthalben (z. B. BGB. § 15 Abs. 2. § 1888. Einf. Ges. Art. 80. Gerichtsverfassungsgesetz § 155. Reichsbeamtengesetz §§ 11. 71).

³ Das Nämliche gilt von der Wendung „Leistung der Arbeiten oder Dienste“, die wiederholt im Beschlg. § 1, und von der Wendung „in Dienst oder in Arbeit treten“, die im BGB. § 113 vorkommt. Auch aus der Zusammenstellung „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ in § 631 läfst sich nicht schliessen, dafs Dienstleistung nicht Arbeit sei: unten III, 5.

„Verpflichtete“ (d. i. der Arbeitnehmer) „durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt“. Als Subjekt dieser Verwendung (als Verwender) kann nur der „Verpflichtete“ selbst gedacht sein, da weder mit Bezug auf den Dienstberechtigten, noch mit Bezug auf einen Dritten von anderweitiger Verwendung gesprochen werden könnte. Ist aber der „Verpflichtete“ das Subjekt der Verwendung, dann ist der Ausdruck „Verwendung seiner Dienste“ falsch, denn nicht der Dienstleistende verwendet seine Dienste, sondern diese werden vom Dienstempfänger verwendet. Mit dem falschen Ausdruck „Verwendung seiner Dienste“ wollte der Verfasser des Gesetzes sagen „Verwendung seiner Arbeit“ oder „seiner Arbeitskraft“, wie er auch in § 324 Abs. 1 gesagt hat¹. „Verwendung seiner Dienste“ muß daher diesen Sinn haben, Dienst muß Arbeit bedeuten.

3. In einer Reihe von außerhalb des Dienstvertragstitels vorkommenden Stellen des BGB. — nämlich in den §§ 196 Nr. 7. 14. 346. 631 Abs. 2. 706 Abs. 3. 733 Abs. 2. 845. 1617. 1835 Abs. 2 — findet sich der Ausdruck „Dienste“ oder „Dienstleistungen“ in Zusammenhängen vor, die ihm den Sinn von Arbeit zuweisen². In der Mehrzahl dieser Stellen wird zwar nicht oder nicht bloß ein Dienstvertrag vorausgesetzt³. Aber was das Wort „Dienste“ außerhalb des Dienstvertragstitels bedeutet, muß es in Ermangelung einer Kontraindikation auch im Dienstvertragstitel besagen.

4. In einer Reihe von Stellen des BGB. — nämlich in den §§ 196 Nr. 1. 1367. 1427 Abs. 2. 1578 Abs. 1. 1585 Abs. 1. 1602 Abs. 2. 1651 Abs. 1 Nr. 1 — kommt der Ausdruck „Arbeit“ in Zusammenhängen vor, gegenüber welchen die Annahme unvernünftig wäre, es solle der Dienstvertrag ausgeschlossen sein, so daß die Annahme ge-

¹ „Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung (d. h. Leistungspflicht) erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt . . .“

² Diese Deutung ergibt sich z. B. aus der Vergleichung von § 1617 cit. mit § 1356, und niemand wird annehmen, daß sich § 845 cit. nicht ebenso wohl auf § 1356, als auf § 1617 beziehe.

³ Der Ausdruck „Dienste“ oder „Dienstleistung“ bürgt daher nicht für das Dasein eines Dienstvertrags, auch nicht außerhalb des BGB.: z. B. HGB. §§ 354. 744. 750. GewO. §§ 37. 76. 91 Abs. 5. Die Beziehung auf Dienstvertrag hat jener Ausdruck nach dem Zusammenhang in KO. § 61 Nr. 1. GewUVG. § 2. Land- und forstwirtschaftl. UVG. §§ 2. 53. BauUVG. § 2. SeeUVG. § 2. In GewO. §§ 37. 76 ist die Wendung „ihre Dienste anbieten“ nicht auf Dienstverträge beschränkt, sondern umfaßt auch Werkverträge. In CPO. § 888 Abs. 2 lesen wir „Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag“; es giebt danach Leistung von Diensten ohne Dienstvertrag. S. auch Nr. III, 5 und Nr. VII.

boten ist, die dort genannte „Arbeit“ schliesse die aus Dienstverträgen zu leistenden Dienste ein, womit der Dienstvertrag als Arbeitsvertrag anerkannt wird¹. —

Der Dienstvertrag ist ein Typus von Arbeitsvertrag, der nicht bestimmte Personen von Parteien positiv voraussetzt. In § 622, wo beruflich bestimmter Personen gedacht wird, kommt diese Besonderheit nicht für das Dasein des Dienstvertrags, sondern für die Aufhebung des Dienstverhältnisses in Betracht. Umgekehrt findet sich — wie die weitere Erörterung zeigen wird — der berufsmässige Arbeitsvertrag gewisser Personen der Herrschaft des Dienstvertragsrechts gänzlich oder teilweise entzogen, indem die beruflichen Arbeitsverhältnisse dieser Personen von anderen reichsgesetzlichen oder landesgesetzlichen Regeln beherrscht werden. Das letztere gilt von den Arbeitsverträgen, die die zum Gesinde gehörigen Personen als Arbeitnehmer abschliessen. Das BGB. hält für sie in Art. 95 Abs. 1 seines Einführungsgesetzes das Landesgesinderecht aufrecht; aber indem es in Abs. 2 die Anwendung seiner §§ 617—619. 624 vorschreibt, erklärt es den Arbeitsvertrag des Gesindes für einen Dienstvertrag des BGB., der sich in den Rechtswirkungen von diesem Typus vermöge Landesgesetzes unterscheiden kann. Die Regeln des BGB. vom Dienstvertrag gelten daher teils wie die citierten Paragraphen schlechthin, teils subsidiär, soweit nämlich das Landesprivatrecht schweigt.

Der Typus des Arbeitsvertrags, der im BGB. als Dienstvertrag auftritt, erscheint da, wo er vom Gesetz geregelt wird (§§ 611—630) als unabhängig von der Art der vereinbarten Arbeit (S. 55). Dies folgt nicht bloß daraus, daß keine bestimmte Art vorausgesetzt ist, sondern wird auch in § 611 Abs. 2 mit den Worten vorgeschrieben: „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.“ Es hat jedoch das BGB. beim Dienstvertrag in § 675 eine Art von Arbeit, nämlich die Geschäftsbesorgung, ausgezeichnet und dem Dienstvertrag,

¹ Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 143 Nr. I, 2 lehrt: „Der Dienstvertrag ist ein Arbeitsvertrag. Doch geht er nicht auf Arbeiten aller Art, sondern nur auf ‚Dienste‘, d. h. solche Arbeiten, welche überwiegend im Interesse des Dienstempfängers erfolgen.“ Dieser Meinung sind keine Gründe oder Belege beigefügt. Sie läßt sich nicht begründen oder belegen und läßt sich auch nicht praktisch durchführen. Daß sie unrichtig ist, ergibt sich aus den oben sub 3 und 4 angeführten Stellen. — Der Ausdruck „Dienst“ bezeichnet die Arbeit, ohne eine Subordination des Arbeitnehmers zu bezeichnen. Dies lehren die Stellen, die den Ausdruck gebrauchen, und es gilt auch vom Dienstvertrag. Vgl. S. 96 und unten Nr. III, 5, ferner Cosack a. a. O. Nr. I, 5.

der über diese Art von Arbeit geschlossen wird, einige von den typischen abweichende Rechtswirkungen beigelegt, so daß hier eine von den S. 265 erwähnten Verzweigungen gegeben ist. Da die nämliche Variante beim Werkvertrag vorkommt, so soll sie erst nach diesem, somit zugleich für die zwei Typen, die sie angeht, erörtert werden.

III. Einen zweiten Typus von Arbeitsvertrag hat das BGB. im Werkvertrag aufgestellt und in den §§ 631—651. 675 geordnet. Seine Eigenschaft als Arbeitsvertrag ist nicht in gleichem Maße anerkannt, wie die des Dienstvertrags, zumal manche nur den letzteren als Arbeitsvertrag gelten lassen wollen (S. 54 fg.)¹. Schon äußerlich ist das BGB. einem solchen theoretischen Verhalten nicht günstig, da das BGB. im ganzen Dienstvertragstitel den Terminus „Arbeit“ gar nicht (nur einmal, in § 618, das Wort „Arbeitszeit“) anwendet, während im Werkvertragstitel viermal (§§ 631. 638. 645. 648) der Ausdruck „Arbeit“ und zweimal (§§ 642. 649) der Ausdruck „Arbeitskraft“ vorkommt. Was aber das Innere anlangt, so sprechen

1. die §§ 645 und 648 mit Bezug auf den Werkvertrag von einem „der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ (vgl. S. 100²). Von einem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung kann aber nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß die ganze Vergütung der ganzen zu leistenden Arbeit entspricht, d. h. daß im Werkvertrag Arbeit und Vergütung einander als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, was einen Arbeitsvertrag ausmacht.

2. Vom Unternehmer, der einen Partei des Werkvertrags, wird in § 642 a. E. gesagt, daß er etwas „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann“, in § 649 a. E. „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt“, wodurch deutlich ausgedrückt wird, daß der Unternehmer durch Vollzug des Werkvertrags — das Gegenteil der „anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft“ — ebenfalls eine Verwendung seiner Arbeitskraft vornimmt (vgl. S. 104 al. 1). Findet beim Unternehmer im Vollzug des Werkvertrags eine Verwendung seiner Arbeitskraft statt, so muß der Werkvertrag selbst eine Zusage solcher Verwendung enthalten, und

¹ Nach Dernburg, Bürgerl. Recht II § 318 Nr. V „fällt seiner wirtschaftlichen Natur nach der Werkvertrag wie der Dienstvertrag unter die Arbeitsverträge im weiteren Sinne“. Es wird zu zeigen sein, daß er seiner durch das Gesetz bestimmten rechtlichen Natur nach ein Arbeitsvertrag ist.

da dieser Zusage eine Entgeltzusage gegenübersteht, der Werkvertrag ein Arbeitsvertrag sein¹.

3. Dem entspricht auch § 631. Denn wenn nach dessen Abs. 1 durch den Werkvertrag der Unternehmer „zur Herstellung des versprochenen Werkes“ verpflichtet wird, so wird er zur Werkthätigkeit verpflichtet, und Werkthätigkeit muß er versprochen haben, als er ein „Werk“ versprach, das erst noch hergestellt werden sollte. Werkthätigkeit ist Arbeit. Demgemäß wird in Abs. 2 für möglichen Gegenstand des Werkvertrags erklärt „sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache“ — was beides Arbeit ist — „als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“: ist nämlich Gegenstand des Werkvertrags, d. h. ist gegen Vergütung versprochen worden ein Erfolg, der durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführen ist, so muß Arbeit oder Dienstleistung zur Herbeiführung des Erfolges versprochen worden sein². Man kann hinzufügen, daß nicht bloß Arbeit oder Dienstleistung, sondern Arbeit oder Dienstleistung als Mittel zum versprochenen Erfolg, man kann aber nicht sagen, daß nicht Arbeit oder Dienstleistung versprochen worden ist (vgl. S. 90—93).

4. In § 675 lesen wir: „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat . . .“ Ist eine Geschäftsbesorgung Arbeit, wenn sie Gegenstand eines Dienstvertrags ist — was allgemein anerkannt wird —, so muß sie, die ebensowohl Gegenstand eines Werkvertrags sein kann (BGB. § 675), auch als Gegenstand eines Werkvertrags Arbeit sein. Denn das sinnlich wahrnehmbare Ding, das Geschäftsbesorgung heißt, kann nicht Arbeit oder Nichtarbeit sein, je nachdem es aus einem Dienst- oder aus einem Werkvertrag zu leisten ist. Sollte nicht, was eben von der Geschäftsbesorgung dargethan wurde, auch z. B. vom Kuchenbacken, Mantelnähen, Stiefelputzen, Schornsteinfegen, Rasieren, Transportieren, Bauen zu sagen sein?

5. Wenn, wie sich unter 3 gezeigt hat, Gegenstand des Werkvertrags ein „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ sein kann, so ist mit dieser Alternative nicht gesagt, daß Dienstleistung nicht Arbeit sei (S. 266⁸). „Dienstleistung“ ist der

¹ Da man bei „Arbeitskraft“ nur an physische Personen denkt, der Unternehmer aber auch eine juristische Person sein kann, so wäre es besser gewesen, in §§ 642. 649 citt. (wie auch in § 324) statt von „anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft“, einfach von „anderweitiger Arbeit“ zu sprechen.

² Demgemäß erscheint in BGB. § 657 „die Herbeiführung eines Erfolges“ als ein Fall („insbesondere“) von „Vornahme einer Handlung“.

im Dienstvertragstitel zur Bezeichnung der Leistung des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag vorzüglich gebrauchte Ausdruck¹ und bezeichnet somit zweifellos Arbeit (S. 266 fg). Diesen Sinn hat „Dienstleistung“ oder „Leistung von Diensten“ auch da, wo es nicht auf Vollzug eines Dienstvertrags durch den Arbeitnehmer geht²; und wo von „Dienstleistung“ die Rede ist, braucht nicht ein Dienstvertrag abgeschlossen zu sein (S. 267 Nr. 3). Kein solcher ist abgeschlossen in den zuletzt (in Anm. 2) citierten Stellen. Ebenso wenig braucht einer abgeschlossen zu sein in den eingangs citierten Worten des § 631: „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“. Der Unternehmer des Werkvertrags kann in Ansehung der Leistung, die er, als Unternehmer, einer Person zugesagt hat, nicht zugleich Dienstverpflichteter eines Dienstvertrags gegenüber dieser Person sein. Dagegen bestehen zwei andere Möglichkeiten: er kann als Unternehmer einen durch Dienstleistung gegenüber dem Besteller herbeizuführenden Erfolg zugesagt haben, d. h. einen Erfolg, der dadurch herbeigeführt wird, daß er dem Besteller eine Dienstleistung macht. Es kann aber auch die Dienstleistung (durch welche der nach dem Werkvertrag „durch Dienstleistung herbeizuführende Erfolg“ herbeigeführt wird) gegenüber dem Unternehmer stattfinden, nämlich durch einen Dritten, der sich im Dienstverhältnis zum Unternehmer befindet³. Und auch im ersten Fall ist, so gut wie im zweiten, die Dienstleistung, die den Erfolg herbeiführt, Arbeit.

Kann hiernach „Dienstleistung“ auch im Werkvertrag und als vom Unternehmer ausgehende vorkommen, so ergibt sich folgende Konsequenz: Nach BGB. § 196 Nr. 14 verjähren in zwei Jahren die Ansprüche „der Ärzte, insbesondere auch der Wundärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Tierärzte, sowie der Hebammen für ihre Dienstleistungen“. Unter diesen Dienstleistungen sind, wie gezeigt, nicht notwendig oder ausschließlich Leistungen zu verstehen, die in Vollzug eines Dienstvertrags erfolgen und darum anerkanntermaßen Arbeiten sind. Der Zahnarzt, der die Extraktion eines Zahnes versprochen hat, kann damit einen durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zugesagt, d. h. einen Werkvertrag abgeschlossen haben. Wenn

¹ „Dienstleistung“ in §§ 612. 613. 615. 616. 618. 627. 628, „Leistung der Dienste“ in §§ 611. 614.

² So in §§ 706 Abs. 3. 733 Abs. 2. 845. 1617; ebenso HGB. § 354.

³ z. B. es bestehe der dem A von B zugesagte Erfolg darin, daß A zu Wagen an einen anderen Ort versetzt werde: diesen Erfolg kann B dadurch herbeiführen, daß er durch den in seinen Diensten stehenden Kutscher den A zu Wagen an jenen Ort bringen läßt.

er die ihm dafür zukommende Vergütung fordert, so ist dies ein „Anspruch für seine Dienstleistung“, und die angeführte Bestimmung findet daher auch auf Werkverträge Anwendung. Ähnlich wie eben gegenüber BGB. § 196 Nr. 14 läßt sich auch gegenüber § 346 und GewO. §§ 37. 76 darthun, daß hier „Dienste“ auch auf Werkverträge bezogen werden kann (S. 267^a).

6. Nach BGB. § 196 Nr. 1 verjähren in zwei Jahren die Ansprüche „der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker und derjenigen, welche ein Kunstgewerbe betreiben, für Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte“.

„Besorgung fremder Geschäfte“ ist, wie wir unter 4. gesehen haben, eine Arbeit und kann Gegenstand sowohl von Dienst- als von Werkvertrag sein. Die ihr in § 196 Nr. 1 koordinierte „Ausführung von Arbeiten“ ist auch Arbeit. Sollen die Ansprüche wegen dieser Arbeit der zweijährigen Verjährung nur unterliegen, wenn sie aus einem Dienstvertrag, nicht, wenn sie aus einem Werkvertrag herrühren? Dies wird man nicht gelten lassen wollen. Die Ausführung von Arbeiten, die natürlich selbst Arbeit ist, kann Vollzug eines Dienst- wie eines Werkvertrags, und letzterer muss daher wie ersterer ein Arbeitsvertrag sein.

7. In einer Reihe von Stellen des BGB., nämlich in den §§ 1367. 1427. 1578. 1585. 1602. 1651 Nr. 1, ist von Erwerb „durch Arbeit“ und von „Ertrag der Arbeit“ die Rede. Diese Stellen würden unverwendbar sein im Fall des Werkvertrags, wenn die Vergütung, die jemand für Vollzug eines Werkvertrags erhält, den er als Unternehmer geschlossen hat, nicht als Vergütung für Arbeit anzusehen wäre. Allein man braucht jene Stellen nur zu lesen, um überzeugt zu sein, daß ihre Nichtanwendung auf dieses Einkommen gänzlich ungerechtfertigt und die Annahme ihrer Unanwendbarkeit thöricht sein würde. Damit ist wiederum gesagt, daß der Unternehmer, der einen Werkvertrag vollzieht, Arbeit leistet, und daß auch der Werkvertrag ein Arbeitsvertrag ist¹.

¹ Für die Anhänger der verbreiteten Ansicht, daß der Werkvertrag des BGB. der nämliche Thatbestand sei, wie die *locatio conductio operis* der Römer, könnte unsere These, daß der Werkvertrag des BGB. ein Arbeitsvertrag ist, worin also die Vergütung für Arbeit zugesagt wird, dadurch bewiesen werden, daß gezeigt wird, auch in jener *locatio* werde die *merces* für die Arbeit (*opera*) zugesagt (z. B. 4 J. 3, 24). Das letztere ist richtig, dagegen die erwähnte Identifizierung der *loc. cond. operis* mit dem Werkvertrag des BGB. nicht zutreffend. Da dies jedoch erst in Bd. II bei Bestimmung der Rechtsstellung des Akkordes gezeigt werden kann und dort auch die Beweise für jene Natur der *merces* beizubringen sind, so meinen wir uns der genannten

Gegenüber den unter 1. bis 7. vorgebrachten Thatsachen und Schlüssen läßt sich nicht mehr bezweifeln, daß — und dies ist der Punkt, der allein hier in Frage steht — im Werkvertrag des BGB. Arbeit gegen Entgelt zugesagt wird¹. Man mag noch vorbehalten, daß mit dieser Schilderung der Thatbestand des Werkvertrags nicht vollständig angegeben ist; aber was noch beizufügen ist, hebt die Richtigkeit des Gesagten nicht im mindesten auf².

Der Werkvertrag des BGB., welcher der S. 32 gegebenen Definition des Arbeitsvertrags entspricht, hat nach dem BGB. als ein Typus von Arbeitsvertrag zu gelten, bei dem es auf den Beruf der Kontrahenten nicht ankommt, der vielmehr durch den ihm vom Gesetz beigelegten Eigennamen als Typus gekennzeichnet ist. Partei desselben, sei es Besteller, sei es Unternehmer, kann jede Person sein, die einen Arbeitsvertrag einzugehen vermag, namentlich braucht der Unternehmer nicht eine beruflich oder ökonomisch bestimmte Person zu sein. Wohl aber giebt es, wie wir sehen werden, berufsmäßige Arbeitsverträge gewisser Personen, die dem Werkvertragsrecht entzückt sind. Auch für die Art der Arbeit werden keine positiven Anforderungen gestellt. Dieser Typus von Arbeitsvertrag wird da, wo

Argumentation enthalten und auf die unter 1. bis 7. angeführten, dem BGB. entlehnten Gründe beschränken zu sollen, zumal sie völlig ausreichen.

¹ Man darf danach für möglich halten, daß der Ausdruck „Arbeits- oder Dienstverhältnis“ (S. 59⁴. 266) und die parallelen Ausdrücke „in Dienst oder in Arbeit treten“ (BGB. § 113) und „Leistung der Arbeiten oder Dienste“ (BeschlG. § 1) auch das durch Werkvertrag begründete Rechtsverhältnis, resp. die Eingehung oder Vollziehung eines Werkvertrags umfaßt (was Meyer, Recht der Beschlagnahme S. 23 für das „Beschlagnahmegesetz“ anerkennt). Bei dieser Gelegenheit sei bemerkt, daß in BGB. § 831 die Worte „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt“ auch auf den Arbeitgeber im Werkvertrag, und in BGB. § 1358 die Worte „Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet“ auch auf durch Werkvertrag begründete Verpflichtung bezogen werden können.

² Hingegen sagt Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 174 Nr. I, 2 vom Werkvertrag: „Die zur Herstellung erforderliche Arbeit ist dann lediglich eine begleitende, weder zum Inhalte der Leistungspflicht noch zur Eigenart des Vertrags gehörige Handlung.“ Allein dies widerspricht unserem unter 1—3 gegebenen Quellenbefund. Daß beim Werkvertrag die Arbeit nicht in obligatione sei, widerspricht ferner der a. a. O. Nr. I, 1 vorangehenden richtigen Aussage: „Mit dem Dienstvertrage hat er (der Werkvertrag) gemein, daß beiderseits der Ton auf der Leistung einer Arbeit liegt.“ Und daß die Arbeit nicht zur Eigenart des Werkvertrags gehöre, steht in Widerspruch zu der richtigen Aussage a. a. O. § 172 Anm. 12, wonach der Werkvertrag zu den Arbeitsverträgen gehört: „Sie werden sämtlich bestimmt charakterisiert durch die Eigenart des Inhaltes der Leistung: die menschliche Arbeitsthätigkeit.“

er geregelt wird (§§ 631—651), über die Unterschiede in der Arbeit erhoben, und es wird in § 631 Abs. 2 für möglichen Gegenstand des Werkvertrags erklärt „ein anderer“, also jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg.

Indessen hat, wie wir in Kapitel 4, besonders S. 185. 211 fg. gesehen haben, das BGB. in § 651 mit der Schaffung des sogenannten Werklieferungsvertrags eine durch die Art der Arbeit (Herstellung einer unverletzlichen Sache) und einen andern Umstand bedingte Variante des Werkvertrags aufgestellt; daß es sich hierbei um einen Typus des Arbeitsvertrags handelt, geht aus der früheren Besprechung hervor. Hingegen die beim Dienst- wie beim Werkvertrag vorkommende Variante (S. 268/69), die sich auf BGB. § 675 gründet, bedarf einer besonderen Besprechung ihres Thatbestandes.

IV. Das BGB. regelt in § 675 außerhalb des Dienstvertrags titels einen Dienstvertrag und außerhalb des Werkvertrags titels einen Werkvertrag, womit es diesen Dienstvertrag und diesen Werkvertrag als etwas Besonderes hinstellt. Die Besonderheit dieser Verträge besteht, was ihren Thatbestand anlangt, darin, daß jeder „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“, und was die Rechtswirkung anlangt, darin, daß auf sie „die Vorschriften der §§ 663. 665 bis 670. 672 bis 674“ und unter einer gewissen Bedingung „auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden“¹. Diese entsprechend anzuwendenden Vorschriften sind ursprünglich für den Auftrag gegeben. Auf diesen sind sie so wie sie dastehen, d. h. nicht erst „entsprechend“, und ferner alle unbedingt, d. h. keine unter einer gewissen Bedingung anzuwenden. Daß diese Vorschriften ursprünglich und unmittelbar für den Auftrag gelten, ist zum Anlaß geworden, den besonderen Dienstvertrag und den besonderen Werkvertrag, auf die sie entsprechend anzuwenden sind, innerhalb des Auftrags titels zu regeln. Es hätte auch unter Vorverweisung auf die kommenden Auftragsvorschriften der besondere Dienstvertrag im Dienstvertrags titel und der besondere Werkvertrag im Werkvertrags titel geregelt werden können.

Unter einem Dienstvertrag oder einem Werkvertrag, „der eine

¹ Letzteres gilt jedoch wie überhaupt die zweite Hälfte des § 675 nur vom Dienstvertrag. Nur bei diesem heißt der Arbeitnehmer (dieser muß gemeint sein) „der Verpflichtete“ (§§ 615. 617. 618. 623. 625. 627 Abs. 2. 628 bis 630), beim Werkvertrag heißt er stets „der Unternehmer“. Auch kennt der Werkvertrag keine gesetzliche Kündigung der in § 675 erwähnten Art, an § 643 ist nicht zu denken, auch nicht an vereinbarte unbefristete.

Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“, ist nach dem, was § 611 über den „Gegenstand des Dienstvertrags“ und § 631 über den „Gegenstand des Werkvertrags“ sagen, zu verstehen ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, in dem der Dienstverpflichtete bezw. der Unternehmer eine Geschäftsbesorgung verspricht.

Die Geschäftsbesorgung als Gegenstand eines Dienst- oder eines Werkvertrags ist das nämliche wie die Geschäftsbesorgung als Gegenstand des Auftrags¹. Denn der Ausdruck „Geschäftsbesorgung“ in § 675 muß, teils weil er im Auftrags-titel gebraucht ist, teils weil in § 675 auf benachbarte Auftragsregeln als maßgebende verwiesen ist, das gleiche bedeuten wie bei der Regelung des Auftrags. Und hier sprechen der auf den besonderen Dienst- oder Werkvertrag anzuwendende § 667 von „Geschäftsbesorgung“ und die gleichfalls anwendbaren §§ 663. 671 Abs. 2. 673 von „Besorgung gewisser Geschäfte“, „Besorgung eines Geschäfts“, sowie § 662 von „ein Geschäft besorgen“. Es ergibt sich ferner aus §§ 662. 672. 673, daß die Geschäftsbesorgung hier Besorgung eines dem Besorger übertragenen Geschäfts ist². Wie beim Auftrag die Übertragung vom Auftraggeber, so geht sie bei unserem Dienstvertrag vom Dienstberechtigten, bei unserem Werkvertrag vom Besteller aus. Und endlich handelt es sich in allen drei Fällen um Besorgung des übertragenen Geschäfts für den Übertrager. Dies sagt § 662 für den Auftraggeber und sagt KO. § 23 für den Übertrager beim Dienst- und beim Werkvertrag³.

Indem wir uns dem Zusammenhang gemäß hier auf die Besonderheit des Thatbestandes beschränken⁴, haben wir zu fragen, worin sie besteht, d. h. wie beschaffen die Leistung ist, welche vom Gesetz als Besorgung eines vom Dienstberechtigten oder vom Besteller übertragenen Geschäfts für diesen, oder kürzer als

¹ Die von Oertmann, Kommentar zu BGB. § 675 geteilte Ansicht, daß die Geschäftsbesorgung beim Auftrag enger sei als die andere, ist nach dem oben Folgenden nicht haltbar. Opponenten verzeichnet Isay, Geschäftsführung S. 44 Anm. 2.

² S. auch Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 89: „das dem Rechtsanwalt übertragene Geschäft“. — Der Übertragung entspricht die Übernahme, d. h. das jemanden zur Besorgung übertragene Geschäft ist eines, dessen Besorgung er „übernimmt“: BGB. § 831 Abs. 2.

³ KO. § 23: „— wenn sich jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen“.

⁴ Seine Feststellung ist wegen der vornehmlich in BGB. § 675 und außerdem in KO. § 23 an ihn geknüpften Rechtsfolgen von sehr großer Bedeutung. Vgl. oben S. 142.

Geschäftsbesorgung bezeichnet wird. Hierauf läßt sich dreierlei mit Sicherheit antworten:

1. Die hierher gehörige Geschäftsbesorgung ist Arbeit (S. 90), aber nicht immer nur Arbeit, sondern oft auch Sachleistung, nie nur Sachleistung, und nicht jede Arbeit ist Geschäftsbesorgung. Dafs sie nicht bloße Sachleistung und dafs sie Arbeit ist, geht daraus hervor, dafs sie den „Gegenstand“ eines Dienst- oder eines Werkvertrags bildet, welche zwei Verträge unter II. und III. als Typen des Arbeitsvertrags festgestellt worden sind¹. Dafs sodann nicht jede Arbeit Geschäftsbesorgung ist, geht hervor aus den Zusammenstellungen in HGB. § 354 („einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet“), BGB. § 196 Nr. 1 („Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte“), § 196 Nr. 7 („die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbsmäßig betreiben“). Denn die Dienstleistung ist, wie wir unter II. gesehen haben, Arbeit, und die Geschäftsbesorgung ist als Besorgung eines übertragenen Geschäfts Besorgung eines fremden Geschäfts²: in den citierten Stellen wird aber die Geschäftsbesorgung neben Arbeit und Dienstleistung besonders genannt. Die Geschäftsbesorgung ist nicht immer nur Arbeit, sondern oft auch Sachleistung, nämlich Aufwendung, welche aber, selbst wenn sie bei Schließung des Vertrags vereinbart worden ist, von der Arbeit absorbiert wird (S. 183 Nr. 4. 185 Nr. 8).

2. Die hierher gehörige Geschäftsbesorgung ist vorzüglich, aber nicht ausschliesslich Vornahme von Rechtsgeschäften. Dafs die Ge-

¹ S. auch BGB. § 196 Nr. 15, wo genannt werden die Ansprüche „der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, wegen ihrer Gebühren und Auslagen —“: die Gebühren sind bei diesen Personen (wie bei den Rechtsanwälten, Notaren und Gerichtsvollziehern) Entgelt für Arbeit.

² Nicht auch umgekehrt, denn man kann ein fremdes Geschäft besorgen (BGB. § 687 Abs. 1) oder, was gleichbedeutend ist, ein Geschäft für einen anderen besorgen (BGB. § 677), auch ohne dafs es einem vom anderen übertragen worden ist. Diese Geschäftsbesorgung nennt BGB. §§ 678—681. 683. 684. 686 „Geschäftsführung“, und zwar „Geschäftsführung ohne Auftrag“; ebenso BGB. §§ 450. 547. 601. 775. 994. 1049. 1216. 1978. 2125. Der in den §§ 677 und 687 Abs. 1 gebrauchte Ausdruck „Geschäft besorgen“ und danach „Geschäftsbesorgung“ würde der Terminologie des Auftrags (S. 275) entsprechen haben. Von „Geschäftsführung“ nicht im Sinn der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag reden §§ 27. 710. 712. 714—718. 729. 730. 841. Nach dem konstanten Sprachgebrauch des BGB. steht fest, dafs es unter Geschäftsbesorgung nicht auch die Geschäftsführung ohne Auftrag begreift, dafs man daher für die S. 122 bekämpfte Meinung sich nicht auf § 196 Nr. 1 und 7 berufen kann.

schaftsbesorgung die Vornahme von Rechtsgeschäften umfasst, ist schon daraus zu schliessen, daß ein Rechtsgeschäft ein Geschäft ist¹, und wird wohl von niemandem bestritten. In HGB. § 384 Abs. 2 bezieht sich „Geschäftsbesorgung“ deutlich auf ein Rechtsgeschäft (Kauf oder Verkauf). Wenn der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen diesen ermächtigt, einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag einzugehen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, so ist nach BGB. § 113 (S. 253/54) der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Erfüllung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Zur Geschäftsbesorgung gehört die Vornahme von Rechtsgeschäften, auch solcher in eigenem Namen (z. B. HGB. § 384 Abs. 2. § 383). Der Minderjährige, der zur Geschäftsbesorgung aus dem vom Vertreter autorisierten Arbeitsvertrag verpflichtet ist, ist danach auch fähig zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte.

Daß die Geschäftsbesorgung nicht ausschließlich Vornahme von Rechtsgeschäften ist², ist schon danach wahrscheinlich, daß andernfalls das Gesetz wohl gesagt haben würde: „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstande hat“³. Ferner sprechen gegen jene Beschränkung BGB. §§ 1357 und 831 Abs. 2. Nach dem ersteren ist die Frau berechtigt, „die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt . . .“ Die Hervorhebung der Rechtsgeschäfte deutet darauf, daß die zuerst genannte Geschäftsbesorgung mehr enthält als die Vornahme von Rechtsgeschäften. Und § 831 Abs. 2 spricht von demjenigen, „welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der in

¹ S. z. B. BGB. § 1357 Abs. 1. — Es ist bemerkenswert, daß die *negotiorum gestio* der Römer, die auch Geschäftsbesorgung, daher gewöhnlich Arbeit und Aufwand ist (*amici labor*: 39 § 2 D. 26, 7. 20 p. C. 4, 19 und *impensae, sumptus, erogatio*) und das Vorbild der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ des BGB. abgegeben hat, fast ausschließlich Vornahme von Rechtsgeschäften ist. Wenigstens findet sich in den einschlagenden Digesten- und Codextiteln nur ein Beispiel einer gemeinen oder nichtrechtsgeschäftlichen Handlung (5 § 4 D. 3, 5). Denn auch das wiederholt vorkommende Stützen oder Bauen von Häusern und die Krankenpflege ist nicht bloße Arbeit, sondern ersteres Abschluss von Kontrakten mit Handwerkern, letzteres auch Sachleistung (Arzneimittel, Arzthonorar).

² Auf diese allein wird sie bezogen von Staub, Kommentar zu HGB. § 362.

³ Die Wendung „ein Rechtsgeschäft vornehmen“ oder „Vornahme des Rechtsgeschäfts“ z. B. in §§ 111. 115. 139. 141. 143. 180—184. 1357.

Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt“ (S. 275^a). Die a. a. O. bezeichneten Geschäfte aber — nämlich Auswahl einer Person, Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften, Leitung der Ausführung einer Verrichtung — brauchen nicht Rechtsgeschäfte zu sein.

3. Die hierher gehörige Geschäftsbesorgung umfaßt zwar nach dem soeben Gesagten auch solche Arbeit, die nicht Vornahme von Rechtsgeschäften ist, aber sie umfaßt nicht jede außerhalb der Vornahme von Rechtsgeschäften liegende Arbeit. Andernfalls würde die Hervorhebung der Besorgung fremder Geschäfte neben der Ausführung von Arbeiten oder der Leistung von Diensten in BGB. § 196 Nr. 1 und 7. anstößig sein. Hauptsächlich aber gründet sich jene These darauf, daß „ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“ und „ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“ sowohl in BGB. § 675 als in KO. § 23 Abs. 2 (S. 275^b) abge sondert und mit besonderen Rechtsfolgen bedacht werden. Nach der Fassung der Gesetze hat nicht jeder Dienstvertrag und nicht jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand¹, daher kommen nicht jedem jene besonderen Rechtsfolgen zu². Mit Bezug auf den citierten § 23 Abs. 2 sagt KO. § 27: „ein Dienst- oder Werkvertrag der in § 23 Abs. 2 bezeichneten Art“, erklärt also auch ihrerseits und ausdrücklich diesen vornehmlich durch BGB. § 675 geregelten Dienstvertrag und Werkvertrag für einen besonders gearteten³.

¹ Nach Dernburg, Bürgerl. Recht II § 293 Nr. IV ist, daß alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung enthalten, „unbestreitbar“.

² Die hier abgelehnte Meinung wird vertreten von Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. S. 14—33. Er prophezeit, daß „Versuche, für das BGB. in seiner heutigen Gestalt einen brauchbaren Gegensatz zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung zu finden, vergeblich sein werden“. Jedoch führt er selber S. 21 unten, 23 unten, 24 unten, 30 oben Arbeiten an, die er nicht für Geschäftsbesorgungen hält. Da er aber gleichwohl auf alle Dienst- und Werkverträge die Vorschriften anwendet, welche § 675 auf solche mit Geschäftsbesorgung beschränkt, so setzt er sich bewußt über das Gesetz hinweg und zeigt so, daß er es nicht sowohl wegen Unklarheit als wegen Unzweckmäßigkeit angreift. Auch sein Vorwurf, die Verweisung des § 675 auf § 671 Abs. 2 sei gegenüber § 627 Abs. 2 überflüssig, ist ungegründet, da sich § 627 Abs. 2 nur auf die in Abs. 1 bestimmten Dienstverträge bezieht, dagegen § 675 zwar nur auf solche mit Geschäftsbesorgung, aber dann ohne die erschwerenden Voraussetzungen des § 627 Abs. 1.

³ Dessen ungeachtet stellt Dernburg, Bürgerl. Recht II unter der Rubrik „Geschäftsbesorgungen“ (vierter Titel) den Dienstvertrag und den Werkvertrag überhaupt dar.

Wenn nun nach den Gesetzen unsere Geschäftsbesorgung einerseits zwar vorzüglich, aber nicht ausschließlich die Vornahme von Rechtsgeschäften (Nr. 2) und andererseits nicht jede außerhalb dieser Vornahme liegende Arbeit umfasst, so ist es Aufgabe der Wissenschaft, ein Problem der Interpretation, die Grenzen dieser Geschäftsbesorgung näher zu bestimmen¹.

Zur Lösung dieser Aufgabe stehen drei Anhaltspunkte zu Gebote, über die sich keine Definition hinwegsetzen darf, nämlich: Erstens die gesetzlichen Beispiele, d. h. die in § 831 vorkommenden Geschäfte, deren Besorgung übernommen worden ist (S. 277/78). Zweitens der hierher gehörige Begriff von Geschäftsbesorgung als Besorgung eines vom Geschäftsherrn übertragenen Geschäfts, das, wie die in § 831 vorkommenden, vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zusteht oder obliegt, so daß er durch die Besorgung gewissermaßen ersetzt oder vertreten wird. Letzteres wird ausgedrückt durch den Zusatz „für den Geschäftsherrn“ oder „für diesen“ (BGB. §§ 831 Abs. 2. 602. KO. § 23)²; dieses Moment steckt daher nicht immer in der Übertragung oder Übernahme der Besorgung eines Geschäfts, wie man andererseits auch ohne Übertragung ein Geschäft „für einen anderen“ besorgen kann (BGB. § 677)³. Drittens der gemeine Sprachgebrauch von „Geschäftsbesorgung“, den beobachtet zu haben von einem vernünftigen Gesetzgeber vorausgesetzt werden muß. Und dieser Sprachgebrauch lehrt folgendes:

a. Die Arbeit der Urproduktion pflegt nicht als „Geschäftsbesorgung“ bezeichnet zu werden. Von dem, der pflügt, gräbt, mäht,

¹ Begriffsbestimmungen der Geschäftsbesorgung, die innerhalb der im vorausgehenden abgelehnten Extreme (Staub—Hachenburg) liegen, bei Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 517 (welchem beitrifft Kipp zu Windscheid, Pandekten § 399 S. 675), Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 143, II (welchem sich Isay, die Geschäftsführung S. 44 anschließt), Oertmann, Kommentar zu BGB. § 675, Riezler, Werkvertrag S. 76—78. Die Lehren von Cosack und Hellwig widerlegt Staub, Kommentar zu HGB. § 362 Anm. 2. 3.

² Ebenso in HGB. § 362: „einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt.“ Etwas anders, nämlich getrennt ausgedrückt in BGB. § 1357: „Die Frau ist berechtigt . . . die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten.“

³ Für einen anderen besorgen ihnen übertragene Geschäfte, wie in § 831 Abs. 2, z. B. Regisseur, Schiffskapitän, Gutsinspektor, Hausverwalter, Hoteldirektor, Oberkellner, Polier, Werkmeister, Betriebsbeamte, nicht dagegen der Bühnenkünstler gegenüber dem Theaterdirektor, der Theaterdirektor gegenüber dem Zuschauer (Theaterbesuchsvertrag), der Arzt gegenüber dem Patienten. Dem Einwand von Isay, Geschäftsführung S. 47 gegen Hellmann wird durch das hiernächst unter c. Gesagte begegnet.

drischt, fischt, jagt, Bäume fällt, Kohlen gräbt, sagt man nicht, daß er ein Geschäft besorge. Der mit einem Land- oder Waldarbeiter oder Bergmann abgeschlossene Dienst- oder Werkvertrag hat nicht eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand.

b. Es ist ungebrauchlich von Geschäftsbesorgung zu reden, wo bloß gewerbliche Arbeit im Sinne der Nationalökonomie verrichtet wird, nämlich Formveränderung von Rohstoffen: Stoffumwandlung oder Stoffveredlung¹. Das Schuhmachen, Gewandnähen, Backen, Mahlen, Tischlern, Mauern, die Textilarbeit, Metallurgie, Polygraphie u. s. w. pflegt nicht als „Geschäftsbesorgung“ bezeichnet zu werden. Wo jedoch im Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer die Beschaffung des Stoffes auferlegt ist, wie im Werklieferungsvertrag des BGB. § 651 Abs. 1,² kann diese Beschaffung Besorgung eines dem Arbeitnehmer übertragenen Geschäfts für den Arbeitgeber und danach der nicht bloß gewerbliche Arbeit vereinbarende Vertrag [ein Dienst- oder Werkvertrag sein, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat³.

c. Von „Geschäftsbesorgung“ ist nicht die Rede, wo die Arbeit an oder mit der Person des Arbeitgebers verrichtet wird. Man kann als Barbier einen Kunden, als Arzt einen Patienten besorgen, aber man pflegt nicht das Haarschneiden, das Explorieren oder Operieren, das am Arbeitgeber vorgenommen wird, als Geschäftsbesorgung zu bezeichnen. Ebenso wenig kann man vom Kutscher oder Schiffer, der den Arbeitgeber befördert, oder vom Lehrer, der den Arbeitgeber unterrichtet, sagen, daß er eine Geschäftsbesorgung leiste, geschweige denn, daß er ein ihm vom Arbeitgeber übertragenes Geschäft für diesen besorge⁴. —

¹ Vgl. Bücher, Handwörterbuch der Staatswissensch. Art. Gewerbe.

² Es darf nicht bezweifelt werden, daß BGB. § 675 und KO. § 23 sich auch auf denjenigen Werkvertrag beziehen, der nach BGB. § 651 teilweise den Vorschriften über den Kauf unterliegt. Hier wird es erheblich, daß man wie S. 212 zu Anm. 2 (geschehen) den Werklieferungsvertrag als qualifizierten Werkvertrag auffaßt.

³ „Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“ gehört nach HGB. § 1 zu den „Geschäften“, die den Gegenstand eines Handelsgewerbes bilden, ebenso, unter der gleichen Bedingung, „die Geschäfte der Druckereien“. Damit ist nicht gesagt, daß die Vornahme dieser Geschäfte Geschäftsbesorgung sei. Daher beschränkt sich auch HGB. § 362 auf „die Besorgung von Geschäften für andere“, nämlich den auf solche Besorgung gerichteten Antrag.

⁴ Anders, wenn der Lehrer Kinder oder (als Hilfslehrer) Schüler seines Arbeitgebers unterrichtet, oder der „Vertreter“ des Lehrherrn die Ausbildung des Lehrlings leitet (GewO. §§ 127. 127*).

Das Gebiet der zwei Nebentypen des Dienst- und des Werkvertrags, die das BGB. in § 675 aufgestellt hat, läßt sich — wie im vorausgehenden geschehen — an der Hand der Quellen und des Sprachgebrauchs vielleicht nicht aufs letzte, aber doch so weit begrenzen, daß ihr Verhältnis zum Auftrag hervortritt¹. Ihre Verwandtschaft mit demselben hat ihre Regelung im Auftrags-titel und ihre Unterstellung unter Auftragsvorschriften veranlaßt. Und diese Verwandtschaft besteht darin, daß sie den Gegenstand mit dem Auftrag gemein haben und sich nur durch die Entgeltlichkeit von ihm unterscheiden. Hierdurch wird bestätigt (S. 128), daß nach dem BGB. nicht jeder Arbeitsvertrag, sondern nur der auf Geschäftsbesorgung gehende Dienst- oder Werkvertrag beim Fehlen der Entgeltlichkeit einen Auftrag bildet². Ob es wünschenswert sei, den Auftrag enger zu fassen als das *mandatum* (S. 128³) und dann das Recht des engeren Auftrags nur einem Teil der Dienst- und der Werkverträge zuzuwenden, sind interessante Fragen der Politik, bei denen wir hier nicht verweilen dürfen.

V. Einen dritten Typus von Arbeitsvertrag stellt das BGB. in dem dem Dienstvertragstitel und dem Werkvertragstitel folgenden achten Titel unter der Rubrik Mäklervertrag auf. Es stellt einen Typus auf, indem es einem von ihm bestimmten Thatbestand den nur diesem zukommenden Namen „Mäklervertrag“ beilegt, und es koordiniert den so benannten Vertrag dem Dienstvertrag und dem Werkvertrag, indem es ihn, gleich jenen, in einem besonderen Titel regelt.

Aus diesem System des Gesetzbuchs — dem prägnantesten Ausdrucksmittel des Gesetzgebers — ergibt sich, daß der Mäklervertrag kein Dienstvertrag und kein Werkvertrag ist, ebensowenig als z. B. der entgeltliche Verwahrungsvertrag. Das Gesetz läßt keinen Raum weder für die Meinung, daß der Mäklervertrag stets als Dienstvertrag oder als Werkvertrag zu betrachten sei⁴, noch für die Auffassung, daß er „in gewissem Sinne ein allgemeiner Begriff“ sei, „der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrags oder Werkvertrags annehmen kann, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie

¹ Fernere gesetzliche Schranken der Geschäftsbesorgung des BGB. werden sich unten S. 288 fg. ergeben.

² Die gegenteilige Meinung, die vor BGB. §§ 662 und 675 und deren Begriff der Geschäftsbesorgung offenbar nicht bestehen kann, ist dermaßen verbreitet, daß nicht erst auf Anhänger verwiesen zu werden braucht. Gegner: Isay, Geschäftsführung S. 46 Anm. 5.

³ Düringer und Hachenburg zu HGB., erstes Buch, 8. Abschnitt, Vorbemerkungen Nr. V, 2.

des Mäklervertrages anzugehören“¹. Allein das BGB. gewährt keine Stütze für die Annahme einer so komplizierten Regelung des Mäklervertrags; auch stellen sich Dienstvertrag und Werkvertrag nicht als rechtliche Gewänder dar, die von anderen Verträgen angelegt werden können².

Das Gesetz erklärt ferner von keiner der Dienst- oder der Werkvertragsregeln, daß sie auf den Mäklervertrag anzuwenden sei, wie es in § 675 die Anwendung einiger Auftragsregeln auf einen gewissen Dienst- und einen gewissen Werkvertrag vorschreibt (Nr. IV). Eine solche Übertragung von Auftragsregeln auf den Mäklervertrag (z. B. § 663) ist mangels einer gesetzlichen Vorschrift darum unstatthaft, weil der Beauftragte das Geschäft unentgeltlich zu besorgen hat, während der Mäklerlohn dem Mäklervertrag wesentlich ist. Und die Übertragung von Dienst- oder Werkvertragsregeln auf den Mäklervertrag ist dadurch ausgeschlossen, daß der Mäklervertrag eigens und ohne Bezug auf Dienst- oder Werkvertrag geregelt ist. Ob deren Regeln auf einen gegebenen Fall analog anwendbar seien, läßt sich nur angesichts des gegebenen Falles beantworten.

Der Name „Mäklervertrag“ kommt nur in der Überschrift des diesem Vertrag geltenden Titels, nicht im Titel selbst vor. Innerhalb seines Titels wird der Mäklervertrag einfach als „der Vertrag“ bezeichnet (§ 654). Freilich wird mit „der Vertrag“ und „ein Vertrag“ in § 652 je zweimal derjenige Vertrag bezeichnet, um dessen Nachweis oder Vermittlung durch den Mäkler es sich beim Mäklervertrag handelt. Darum könnte man daran denken, auf jenen (nachzuweisenden oder zu vermittelnden) Vertrag den in § 654 genannten zu beziehen. Allein es liegt doch näher, daß der Inhalt des Mäklervertrags, in dem der Mäkler Paciscent, als daß der Inhalt jenes anderen Vertrags, in dem der Mäkler nicht Paciscent ist, darüber zu entscheiden hat, ob der Mäkler wegen inhaltswidriger Thätigkeit vom Anspruch auf den Mäklerlohn ausgeschlossen sei³.

¹ Staub, Kommentar z. HGB., Exkurs zu § 92 Anm. 2. Bei Durchführung dieser Ansicht würde das BGB. statt eines Mäklervertrages deren drei enthalten, nämlich die allgemeine Kategorie, den Mäklervertrag im Gewand des Dienstvertrags und den Mäklervertrag im Gewand des Werkvertrags.

² Zwar noch nicht diese allgemeine, aber doch die besondere Erkenntnis, daß „das BGB. den Civilmäklervertrag neben dem Werkvertrage zum *contractus sui generis* erhoben hat“, findet sich bei Riezler, Werkvertrag S. 85. Nach Planck, Kommentar zu BGB. ist der Mäklervertrag „als ein Vertrag eigener Art zu behandeln“. Die dortige Begründung dieses richtigen Satzes ist nicht zutreffend.

³ Am Ende von § 654 cit. wäre es besser gewesen zu sagen „für den Dritten“ statt „für den anderen Teil“, weil unter dem „anderen Teil“ sonst,

Aus dem in § 654 gesetzten Fall, daß der Mäkler dem Inhalt des Mäklervertrags zuwider auch für den Dritten thätig gewesen ist, muß man schliessen, daß der Mäkler aus dem Mäklervertrag für denjenigen thätig ist, welcher ihm den Mäklerlohn versprochen hat. Diese Thätigkeit besteht nach § 652 im Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder in der Vermittlung eines Vertrags¹ und ist nach Inhalt und Ausdruck Arbeit (S. 73). Sagt, wie nicht selten der Fall ist, der Mäkler fernere anderweitige Arbeit zu, so ist er in Ansehung derselben nicht Mäkler, und es verbindet sich dann mit dem Mäklervertrag ein zweiter Vertrag. So, wenn der Mäkler den Abschluß des zu vermittelnden Vertrags übernimmt, indem er mit dem Dritten kontrahieren soll, oder wenn er gar die Vorbereitung des Vollzugs des von ihm vermittelten Vertrags übernimmt, indem er den dritten Kontrahenten eines Arbeitsvertrags zu dessen Arbeitgeber befördern soll, für welchen er diesen Arbeitsvertrag vermittelt hat².

Der Mäklervertrag des BGB. muß nicht mit einem Mäkler von Beruf geschlossen werden, sein Thatbestand wird vielmehr durch den in § 652 geschilderten Hergang gebildet, ohne daß es dabei auf die Person der Paciscenten ankäme. Der Mäklervertrag ist ein Arbeitsvertrag, nämlich ein zweiseitiger Vertrag, in welchem vom einen Teil die erwähnte Arbeit, vom andern Teil ein Entgelt dafür zugesagt wird. Daß die Arbeit des Mäklers in obligatione und nicht bloß in condicione ist, ergibt sich aus dem Zusammentreffen folgender That-sachen und Betrachtungen³:

z. B. §§ 160. 177. 179. 182. 329. 349. 357. 358. 359. 361. 391. 610. 611. 628. 630, derjenige verstanden wird, welcher mit einer in Rede stehenden Person an einem in Rede stehenden Vorgang oder Verhältnis beteiligt ist. In § 654 ist von dem Mäkler und seinem Vertrage die Rede; danach wäre „der andere Teil“ derjenige, welcher den Mäklerlohn versprochen hat — was natürlich nicht gemeint sein kann.

¹ Der Handelsmäkler giebt sich nach HGB. § 93 nicht mit dem bloßen Nachweis, sondern mit der Vermittlung von Verträgen ab. Ein allein auf Nachweis gerichteter Mäklervertrag unterfällt danach dem BGB., auch wenn der Mäkler ein Handelsmäkler ist.

² In dieser Weise gestaltet sich die Mäklerarbeit für die Arbeitsverträge der Ziegeleiindustriellen: Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie (1899) S. 18. 19. 20. 29. 31. Von den Arbeitern ist dabei freilich wie von vertretbaren Sachen die Rede! Ein „Posten Leute“ ist zu einem bestimmten Termin zu „liefern“, der Mäkler verfährt nach dem Grundsatz „erst das Geld und dann die Ware“; wenn von den „bestellten Leuten“ einzelne ausbleiben, so leistet er „Schadensersatz durch Stellung neuer Leute“, die Vermittlungsgebühr beträgt 27 Mk. „pro Kopf“ u. s. w. — Vgl. auch oben S. 194¹.

³ Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 415—19, der, gleich uns, die Ansicht bekämpft, daß die Mäklerarbeit bloß in condicione sei, sagt: „Die

1. Nach dem Gesetz (§§ 652, 655) wird dem Makler Lohn versprochen „für den Nachweis“ oder „für die Vermittlung“ und nicht bloß für den Fall des Nachweises oder für den Fall der Vermittlung. Bei letzterer Fassung würde der Nachweis oder die Vermittlung bloßer Bedingungsbestand sein, während die gesetzliche Fassung sie als Leistung erscheinen läßt¹. Denn durch diese Fassung ist dem Maklerlohn der Charakter der Gegenleistung, des Entgeltes verliehen, was den Nachweis und die Vermittlung zu Leistungen stempelt: S. 147/48.

2. In § 653 wird mit Bezug auf den Maklerlohn von Vergütung gesprochen, was hier wie beim Dienst- und beim Werkvertrag auf Gegenleistung geht und hier wie dort eine Leistung als zu Entgeltendes postuliert oder impliziert. Dazu kommt, daß hier wie dort und fast mit den gleichen Worten die stillschweigende Vereinbarung des Lohnes zugelassen wird, und sich früher (Kap. 3 Nr. III) gezeigt hat, daß die Arbeit vereinbart sein muß, wenn sie eine nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwartende sein soll.

3. In § 653 ist sogar unmittelbar „die dem Makler übertragene Leistung“ gesagt. Die dem Makler übertragene ist eine vom Makler übernommene Leistung² und nach der Übertragung dem Makler obliegende Leistung. „Leistung“ bezeichnet im BGB., wie Dutzende von Stellen lehren, etwas in obligatione Befindliches, einem Gläubiger von seinem Schuldner zu Gewährendes.

4. Es ist auch von vornherein unwahrscheinlich, daß derjenige, der den Maklerlohn verspricht und sich selbst damit dem Makler haftbar macht, nicht auch den Makler sich haftbar machen, vielmehr dem Belieben dieses Mitkontrahenten anheimstellen wolle, ob die Arbeit vorgenommen wird oder nicht, und wie sie vorgenommen wird; daß er also bloß auf die Gewissenhaftigkeit des Maklers und auf dessen Wunsch, den Maklerlohn zu verdienen, rechne³. Man

Folge dieser Auffassung ist wiederum die Herausdrängung des Aktes aus dem Rahmen der Vertragsverhältnisse.“ Indessen sind gegenseitige Verträge gemeint. Daß die „Fassung“ des § 652 die Möglichkeit einseitigen Maklervertrags „absichtlich offen lasse“, vermögen wir nicht zu erkennen.

¹ Vgl. BGB. § 615: „Vergütung für die Dienste.“ § 641: „Vergütung für die einzelnen Teile (des Werkes) bestimmt.“ § 689: „Vergütung für die Aufbewahrung“ (S. 287 unten). Der in die Augen fallende Unterschied der obigen Fassungen wird von Staub, Komm. z. HGB., Exkurs zu § 92 Anm. 9 verwischt.

² Vgl. S. 275² und HGB. § 93 („Wer . . . die Vermittlung von Verträgen . . . übernimmt“).

³ „Heutzutage . . . würde es der Gerechtigkeit und der Gleichberechtigung beider Parteien wenig entsprechen, dem Auftraggeber die Vertragsklage gegen den Makler zu versagen.“: Dernburg, Bürgerl. Recht II § 338 Nr. II.

wird nicht entgegnen, daß die einseitige Bindung für den Versprecher des Mäklerlohnes leicht erträglich sei, weil sie ja gesetzlich bedingt ist durch das Zustandekommen des Vertrags mit dem Dritten¹, und der Versprecher dieses Zustandekommen beliebig hintanhaltē könne. Dieses Belieben nämlich darf man nicht anerkennen. Denn was BGB. § 162 von der rechtsgeschäftlichen Bedingung verfügt², das muß gemäß § 157 auch von der gesetzlichen Vertragsbedingung gelten³.

Wird nach alledem der Mäkler durch den Mäklervvertrag zum Schuldner (so daß er auch den §§ 276. 278 BGB. untersteht⁴), dann ist er Arbeitnehmer und der Mäklervvertrag als Arbeitsvertrag zu betrachten.

VI. Nicht so in die Augen fallend wie die drei bisher besprochenen Typen von Arbeitsvertrag ist der folgende letzte, den das BGB. bietet, derjenige, in welchem die Aufbewahrung einer beweglichen Sache gegen Entgelt übernommen wird. Dieser Arbeitsvertrag unterscheidet sich nämlich von den drei vorigen (dem Dienst-, dem Werk- und dem Mäklervvertrag) zuvörderst dadurch, daß ihm im BGB. nicht ein eigener Titel gewidmet ist. Auch hat das BGB. den diesem Vertrag gegebenen Namen zwar keinem anderen Arbeitsvertrag, wohl aber noch einem anderen Vertrag beigelegt. Es werden nämlich unter der Rubrik „Verwahrung“ im zwölften Titel (von Buch 2, Abschn. 7) mit dem einen Namen „Verwahrungsvertrag“ zwei in einem wesentlichen Punkt verschiedene Verträge benannt. Sie kommen darin überein, daß in beiden der eine Paciscent (der Verwahrer) eine ihm vom anderen (dem Hinterleger) übergebene bewegliche Sache auf-

¹ § 652: „... ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt.“

² „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.“

³ Nach Oertmann, Kommentar zu BGB. § 652 ist § 162 hier „offenbar unanwendbar, da es das gute Recht des Betreffenden war, auch ohne besondere Gründe Vertragsofferten abzulehnen.“ Dieses „gute Recht“, — wenn überhaupt von solchem die Rede sein kann: vgl. S. 259 a. E. — hat er unbestreitbar gegenüber dem Dritten. Daß er es darum gegenüber dem Mäkler habe, kann man nicht sagen. „Grundlose Ablehnung“ verträgt sich keineswegs mit dem Vertragsverhältnis, in dem er zum Mäkler steht: vgl. BGB. § 242 und HGB. § 88 Abs. 2.

⁴ „Der Mäkler ist seinem Auftraggeber kontraktlich zu Sorgfalt und Treue verpflichtet“: Dernburg a. a. O. § 339 Nr. I.

zubewahren verspricht; sie unterscheiden sich jedoch dadurch, daß dieses Versprechen beim einen Verwahrungsvertrag unentgeltlich, ohne Gegenversprechen, beim anderen aber gegen eine Entgeltzusage gemacht wird. Dieser Unterschied ist demnach so groß wie der zwischen dem Auftrag einerseits und dem Dienst- oder dem Werkvertrag, der auf Geschäftsbesorgung geht, andererseits. Obzwar nun in den beiden letzteren Verträgen eine Geschäftsbesorgung zugesagt wird, so gut wie im Auftragsvertrag (oben Nr. IV), so wird doch der wesentliche Unterschied, daß die Geschäftsbesorgung beim letzteren unentgeltlich, bei den beiden anderen Verträgen entgeltlich übernommen wird, vom Gesetz dadurch gewürdigt, daß es sie unter verschiedenen Namen führt. Bei dem Vertrag hingegen, in welchem Aufbewahrung versprochen wird, hat das Gesetz dem Unterschied von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit in der Terminologie keine Rechnung getragen. Der Vertrag heißt Verwahrungsvertrag, einerlei ob die Aufbewahrung unentgeltlich oder entgeltlich übernommen wird. Wir werden im letzteren, allein uns angehenden Fall von entgeltlichem Verwahrungsvertrag sprechen. Nur dieser kann nach der früheren Definition als Arbeitsvertrag angesprochen werden, nicht auch der andere, so wenig als der Auftrag: S. 35. 150.

Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist Typus des Arbeitsvertrags nicht durch die Persönlichkeit der Parteien, die vielmehr unerheblich ist, sondern nur durch den ihm vom Gesetz verliehenen Namen, welcher die ihn kennzeichnende eine Leistung, die Arbeit der Verwahrung, kundgibt. Er ist ein Arbeitsvertrag, denn

1. wird mit der Aufbewahrung eine Arbeit zugesagt¹. Das bezeugen nicht bloß die Römer, indem sie in denjenigen Fällen einen *locatio conductio* benannten Arbeitsvertrag annahmen, in welchen bei Ermangelung der *merces* ein *depositum* vorliegen würde². Daß die Aufbewahrung Arbeit ist, erkennen auch die Neueren an. In diesem

¹ Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I § 154 führt als Teil des Inhalts des Verwahrungsvertrags an, daß „der Verwahrer sich zur Aufbewahrung und späterhin zur Rückgabe der Sache verpflichtet“. Allein wer sich zur Aufbewahrung verpflichtet, verpflichtet sich damit zur Rückgabe. Er verpflichtet sich nicht daneben „zur Rückgabe“ oder „späterhin zur Rückgabe“.

² 13 J. 3, 26: *quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur*. In 1 § 8 D. 16, 3 heißt es vom Bademeister, der die Kleider des Badenden in Verwahrung genommen hat: *si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositum teneri . . . quod si accepit, ex conducto*.

Sinne wird von der Obsorge des Verwahrers erklärt: „sie ist eine positive Leistung, der sorgfältige Schutz der übernommenen Sache durch alle zweckentsprechenden Vorkehrungen“¹, oder gesagt: „die vom Übernehmer der Sache geschuldete Thätigkeit besteht im Verwahren“², oder: „die gewöhnliche Arbeit, welche die Aufbewahrung mit sich bringt“³, oder endlich: „bei der Verwahrung handelt es sich keineswegs blofs um die Gewährung eines Raumes, sondern zugleich um eine Thätigkeit des Verwahrers, um Obhut des anvertrauten Gutes“⁴. Demgemäfs findet man in HGB. § 354 neben oder unter dem Besorgen von Geschäften und Leisten von Diensten die Aufbewahrung genannt. Aufbewahrung ist eine Arbeit, die auf Sicherung des Hinterlegten gegen Verbringung oder Entweichung, aber auch gegen Verderb und Untergang gerichtet ist oder gerichtet sein kann⁵. Die hierüber entscheidende Verkehrs-sitte richtet sich nach der Natur der aufzubewahrenden Sache⁶, z. B. ob sie eine Pflanze (Überwintern), ein Tier (oben S. 194¹), ein todtcs Objekt ist; in der Kürschnerei versteht man unter „Aufbewahrung“ von Pelzsachen eine mannigfaltige Arbeit erfordernde Konservierung⁷.

2. tritt der Arbeitszusage eine Entgeltzusage gegenüber — im Gegensatz zu dem Vertrag, in welchem die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen wird. Diese Entgeltzusage wird, wie beim Dienst-, beim Werk- und beim Mäklervertrag, als stillschweigend erteilt betrachtet, wenn die Arbeit, hier die Aufbewahrung, nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten ist: S. 124 fg., vgl. 134 oben. Die Natur dieses Entgelts als einer Gegenleistung kommt auch noch in der Wendung „eine Vergütung für die Aufbewahrung“ (§ 689) zum

¹ v. Schey, Obligationsverhältnisse des österr. allgem. Privatrechts I, 283.

² Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 456. S. 458: die Verwahrung „kann zu allen möglichen Arten positiver Thätigkeit Veranlassung geben“. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 65.

³ Planck, Kommentar zu BGB. § 693 und § 688 Nr. 3, b.

⁴ Dernburg, Bürg. Recht II § 349.

⁵ Diesen Inhalt hat auch die gesetzliche Verwahrungs- oder Aufbewahrungspflicht des Pfandgläubigers einer beweglichen Sache (BGB. § 1215) und des Finders (§§ 966, 980; in § 970 wird die Erhaltung neben der Verwahrung angeführt).

⁶ Die bewegliche Sache, welche das BGB. § 688 verlangt, bildet einen Gegensatz nicht blofs zur unbeweglichen, sondern auch zu dem, was sehr beweglich, aber nicht Sache ist, nämlich kleinen Kindern, die gegen Entgelt einer Kinderkrippe zur Aufbewahrung während des Tages übergeben werden.

⁷ Lage des Handwerks in Deutschland II, 331—34; vgl. v. Schey a. a. O. S. 291 Anm. 19.

Ausdruck (S. 284¹)¹. Nach alledem kann nicht bezweifelt werden, daß der entgeltliche Verwahrungsvertrag ein gegenseitiger Vertrag und zwar ein Arbeitsvertrag ist.

Die Aufbewahrung ist Arbeit, auch wenn sie unentgeltlich zugesagt wird (S. 75). Da der Vertrag über unentgeltliche Aufbewahrung (beweglicher Sachen) ein Verwahrungsvertrag ist, so kann er nicht ein Auftrag sein. Hierin liegt ein weiterer Beweis für die Annahme, daß nicht jeder Vertrag, in dem Arbeit unentgeltlich versprochen wird, ein Auftrag ist: S. 281. Da ferner die im Auftrag zugesagte Arbeit eine Geschäftsbesorgung ist (Nr. IV), so kann das BGB. die Aufbewahrung nicht zur Geschäftsbesorgung rechnen. Es ergäbe sich sonst die nach dem System des BGB. unmögliche Kombination eines Verwahrungsvertrags, der zugleich Auftrag ist; sie divergieren z. B. im Maß der zu prästierenden Sorgfalt. Daraus, daß die Aufbewahrung einer beweglichen Sache für das BGB. nicht eine Geschäftsbesorgung ist, folgt, daß ein Vertrag, in dem gegen Entgelt solche Aufbewahrung versprochen wird, für das BGB. nicht sein kann ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, und daß er ebensowenig ein solcher Werkvertrag sein kann. Der entgeltliche Verwahrungsvertrag kann aber nicht bloß kein derartiger Dienst- oder Werkvertrag sein, sondern er kann überhaupt kein Dienst- oder Werkvertrag sein, eben weil er vom BGB. zum Verwahrungsvertrag gestempelt, d. h. der Vertrag über entgeltliche Aufbewahrung von Dienst- wie vom Werkvertrag ausgeschieden und mit besonderer Rechtswirkung ausgestattet worden ist². Wir haben hier fast den nämlichen systematischen Hergang, der in der Aufstellung des Maklervertrags vorliegt. Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags und Vermittlung eines Vertrags gelten dem BGB. insofern nicht als Geschäftsbesorgung, als die entgeltliche Zusage solcher Arbeit

¹ Hingegen nach Endemann, Lehrb. des Bürg. Rechts I § 185 Nr. 1 „stellt sich die Vergütung nicht als Gegenleistung dar“. Es ist aber nicht ersichtlich, auf welchem Grunde diese mit dem Gesetz nicht vereinbare Annahme beruht. Übrigens rechnet Endemann den entgeltlichen Verwahrungsvertrag nicht zu seinen Arbeitverträgen; vgl. oben S. 58¹, 150².

² Nach alledem unrichtig Cosack, Lehrb. des Bürg. Rechts I § 154, I, 1, c.: „der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist eine Art des Auftrages, der entgeltliche eine Art des Dienstvertrages. Doch ist er mit Rücksicht auf die Eigenart des vom Verwahrer übernommenen Dienstes eigentümlich geregelt.“ Ein eigentümlich geregelter eigenartiger Vertragsthatbestand bildet einen eigenen Vertragstypus. Andernfalls wäre ferner nicht einzusehen, warum hier Art des Dienstvertrags und nicht des Werkvertrags. Unrichtig auch Lotmar in Brauns Archiv für soc. Gesetzgebung VIII, 15.

den Mäklervertrag bildet. Dieser kann danach weder mit einem Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, noch überhaupt mit einem Dienst- oder einem Werkvertrag zusammenfallen, d. h. nicht zugleich Mäklervertrag und Dienst- oder Werkvertrag sein ¹.

Mag immerhin die Mäklerleistung wie die Verwahrerleistung als Dienst oder als durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg bezeichnet werden können, so hat doch das BGB., indem es einen nach Thatbestand und Rechtswirkung auf eigenen Füßen stehenden und eigens benannten Mäklervertrag wie auch einen solchen Verwahrungsvertrag schuf, diese zwei von den Gebieten seines Dienst- wie seines Werkvertrags ausgeschlossen. Indem es in § 611 erklärt: „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein“ und in § 631: „Gegenstand des Werkvertrags kann ein anderer (d. h. jeder andere) durch Arbeit herbeizuführender Erfolg sein“, hat es zwar deutlich gemacht, daß es keine positive Anforderung an die Art der Arbeit stellt, auf daß sein Dienstvertrag oder sein Werkvertrag aufkomme. Es hat aber andererseits durch die Aufstellung des Mäklervertrags und des entgeltlichen Verwahrungsvertrags ebenso deutlich gemacht, daß die Arbeit, um Gegenstand eines Dienst- oder eines Werkvertrags sein zu können, weder Mäklerarbeit noch Aufbewahrung sein dürfe ².

VII. Die Typen des Arbeitsvertrags, welche im Handelsgesetzbuch wurzeln, unterscheiden sich von denen des BGB. darin, daß sie teils gar nicht, teils nicht allein durch Verleihung eines Eigennamens vom Gesetz als Typen ausgezeichnet sind, und daß es bei ihnen auf die Person der Parteien ankommt, in welcher Hinsicht die Arbeitsverträge des BGB. indifferent sind. Bei den Arbeitsverträgen des HGB. kommt es insofern auf die Person der Parteien an, als in allen entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer ein Kaufmann ist, d. h. sein muß.

Dies gilt zunächst vom Arbeitsvertrag, durch welchen ein

¹ Hingegen die unentgeltliche Übernahme des Nachweises oder der Vermittlung ist nicht Mäklervertrag, wohl aber Auftrag.

² Mit den unter II—VI betrachteten Gebilden erschöpft sich die Reihe der vom BGB. gebotenen Typen des Arbeitsvertrags. Der nach den Worten „Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung“ in § 27 (vgl. § 48) anzunehmende Arbeitsvertrag des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins (S. 249²) kann, da der Vertrag nicht näher bezeichnet ist, nicht als ein vom BGB. aufgestellter fernerer Typus angeführt werden. S. weiter Abschn. IV Kap. 7.

Handlungsgehilfe „angestellt“ oder „angenommen“ wird. Dieser Vertrag kann, obwohl das Gesetz ihn nirgends so bezeichnet, für einen Dienstvertrag gehalten werden, weil in ihm gegen Entgelt „Dienste“ versprochen werden (HGB. §§ 59. 62. 71 Nr. 1. 72 Nr. 3 vgl. Nr. 1. 2 und oben S. 267³); auch weist der hier gebrauchte Ausdruck „Dienstverhältnis“ (HGB. §§ 66—70. 73—75) gewöhnlich auf ein durch Dienstvertrag begründetes Arbeitsverhältnis (S. 266). Soweit danach die Regelung, die dieser Vertrag vom HGB. erhalten hat (§§ 59—75), nicht hinreicht, mag sie ergänzt werden von den Dienstvertragsregeln des BGB¹; auch die GewO., wie unter Nr. VIII zu zeigen, greift ergänzend ein.

Der Arbeitsvertrag, durch den ein Handlungsgehilfe angestellt wird, hat vom Gesetz nicht einen Eigennamen erhalten². Das Typische in seinem Thatbestand ist neben der Beschaffenheit der Arbeit — es müssen „kaufmännische“ Dienste zugesagt sein — die Person des Arbeitgebers. Vom Arbeitgeber des Handlungsgehilfen ist im § 59, der die Anstellung sowie die dem Handlungsgehilfen hauptsächlich obliegende und zukommende Leistung bestimmt, gar nicht die Rede. Dieser Arbeitgeber heisst im Verhältnis zum Arbeitnehmer „Prinzipal“ (HGB. §§ 60. 61. 63. 66. 68. 71. 72. 74. 75), wie sich vorzüglich zeigt an den Worten des § 66: „Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen“. Der Prinzipal nun muß ein Kaufmann sein. Dieses Erfordernis liegt darin, daß die Anstellung in einem „Handelsgewerbe“ erfolgen muß (§ 59), daher durch den, der es betreibt (den „Inhaber des Handelsgeschäfts“ oder „Geschäftsinhaber“) oder dessen Bevollmächtigten. Wer aber ein Handelsgewerbe betreibt, ist ein Kaufmann (§§ 1. 2. 3)³. Ob der Arbeitgeber ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist, ist für diesen Arbeitsvertrag belanglos (§ 6). Der Handlungsgehilfe einer Aktiengesellschaft hat diese zum Prinzipal und nicht die Vorstands-

¹ Einführungsges. zum HGB. Art. 2. Für den Dienstvertrag des Handlungsgehilfen können gelten BGB. §§ 613. 615. 616 (teilweise). 617. 619. 620 Abs. 1. 624. 625. 628 Abs. 1. 629.

² In GewO. § 139 k Abs. 3 wird er mit Bezug auf Gehilfen in offenen Verkaufsstellen als Arbeitsvertrag bezeichnet (S. 53).

³ Das Dasein von Handelsgewerbe (worauf die Kaufmannseigenschaft beruht) hängt mitunter (§§ 2. 3 citt.) nicht bloß von seiner Beschaffenheit, sondern auch davon ab, daß die Firma seines Inhabers in das Handelsregister eingetragen ist.

mitglieder¹. Denn zum Vorstandsmitglied steht er nicht im Dienstverhältnis; das Vorstandsmitglied braucht ferner nicht Kaufmann zu sein und endlich ist die Vorstandschaft „jederzeit widerruflich“, was sich mit Prinzipalität nicht verträgt. — Wegen Mangels der Kaufmannseigenschaft liegt der in Rede stehende Typus von Arbeitsvertrag nicht vor, obwohl der Arbeitnehmer kaufmännische Dienste zugesagt hat, wenn der Arbeitgeber z. B. ein Landwirt ist, der nicht in das Handelsregister eingetragen ist, eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, eine Krankenkasse, Berufsgenossenschaft, Invalidenversicherungsanstalt, städtische Sparkasse, ein Rechtsanwalt, ein Notar². Der Arbeitsvertrag, den mit den beispielsweise genannten Personen ein Buchhalter oder anderer Bureagehülfe als Arbeitnehmer geschlossen hat, unterfällt nicht den Regeln des HGB. über den Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen.

Was sodann das HGB. in §§ 76—82 für den Lehrvertrag von Handlungslehrlingen festsetzt, gilt nur für den Lehrherrn, der ein Kaufmann ist; diese Persönlichkeit ist erforderlich für den kaufmännischen Lehrvertrag, einerlei, ob dabei der Lehrherr die Stellung des Arbeitgebers oder die des Arbeitnehmers bekleidet (vgl. S. 79 fg.).

Auch der Arbeitsvertrag, den ein Handlungsagent als solcher, und der Arbeitsvertrag, den ein Handelsmäkler als solcher schließt, sind vom HGB. (§§ 84—92. 93—104) aufgestellte Typen, zu deren Thatbestand gehört, daß eine Partei Kaufmann ist. Der Handlungsagent selbst ist, indem er „die Geschäfte der Handlungsagenten“ und damit ein Handelsgewerbe betreibt, gemäß HGB. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 7 ein Kaufmann³. In einem von ihm geschlossenen Agenturvertrag ist daher der Arbeitnehmer ein Kaufmann. Ferner ist in jedem Agenturvertrag der Arbeitgeber ein Kaufmann, denn es definiert § 84: „Wer, ohne als Handlungsgehilfe

¹ Anders Staub, Kommentar zum HGB. § 231 Anm. 20: „Sie (die Vorstandsmitglieder) sind gegenüber den Handlungsgehilfen der Aktiengesellschaften selbst die Prinzipale.“ Wahrscheinlich ist dies aber doch nur mit Bezug auf die Direktion der Arbeit (oben S. 96) gesagt.

² Fuld, Recht der Handlungsgehilfen (1897) S. 19. S. jedoch auch Staub, Kommentar zu HGB. § 59 Anm. 9.

³ Nach Staub, Kommentar zu HGB. § 1 Anm. 5 gehört zum Handelsgewerbebetrieb, „daß die Geschäfte im Namen der betreffenden Person abgeschlossen werden“. Dies Erfordernis scheint aber nicht gegeben zu sein beim Handlungsagenten, da dieser nach § 84 „für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen“ hat, einen „Geschäftsherrn“ hat. Den Agenturvertrag schließt der Agent in eigenem Namen, nicht die Vollzugsgeschäfte oder „Geschäfte“.

angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen (Handlungsagent) . . .“ Unter dem Anderen, für dessen Handelsgewerbe der Agent betraut ist, dem oftmals so genannten „Geschäftsherrn“, versteht das Gesetz den Mitkontrahenten des Agenten im Agenturvertrag. Das negative Erfordernis der Definition — „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein“ — ist unerfüllbar, nämlich unvereinbar mit den folgenden positiven; denn wenn einer betraut ist mit der Geschäftsvermittlung oder der Geschäftsschließung für das Handelsgewerbe eines Anderen, so hat er „kaufmännische Dienste“ zu leisten. Wenn er mit dieser Arbeit „ständig betraut“ oder zu derselben „bestellt“ (§ 89) ist, so ist er „angestellt“. Er ist ferner angestellt „in einem Handelsgewerbe“, wenn er ständig damit betraut ist, für ein Handelsgewerbe seine Arbeit zu leisten. Und er ist endlich „gegen Entgelt“ angestellt, da ihm nach § 88 eine Vergütung zu gewähren ist. Selbst der in § 88 mangels anderer Vereinbarung vorgeschriebene Modus der Vergütung ist nichts dem Handlungsagenten Eigentümliches, da er auch (nach § 55) beim Handlungsgehilfen vorkommen kann. Aus alle dem ergibt sich, daß zwar nicht jeder Handlungsgehilfe Handlungsagent ist (da nicht jeder Handlungsgehilfe mit Vermittlung oder Abschließung von Geschäften betraut ist), aber jeder Handlungsagent ein Handlungsgehilfe (mit „besonderer Vereinbarung über die Art seiner Dienstleistungen“, gemäß § 59)¹. Diesem Ergebnis wäre vorgebeugt, wenn man aus § 62 Abs. 1 schließen dürfte, daß dem Handlungsgehilfen der Ort seiner Arbeit (die Geschäftsräume des Arbeitgebers) eigentümlich ist. Hierdurch ließe sich der Handlungsagent von ihm unterscheiden; nur könnte dann der Handlungsreisende nur Handlungsagent, nicht Handlungsgehilfe sein².

¹ Daß man ständig betraut sein kann zur bewußten Vermittlung oder Abschließung und zugleich Handlungsgehilfe sein kann, würde man, auch ohne die obigen Belege, schon daraus folgern, daß das Gesetz die Abwesenheit des Gehülfentums neben der Anwesenheit jenes Betrautenseins verlangt. Wäre schon durch jenes Betrautensein die Gehülfenstellung ausgeschlossen, so brauchte dieser Ausschluss nicht eigens gefordert zu werden.

² Immer wahr, Recht der Handlungsagenten (1900) bemerkt S. 4 mit Bezug auf die Definition des § 84: „Diese dauernde Beschäftigung beruht aber auf der anderen Seite nicht auf einem direkten Dienstverhältnis, wie es etwa das des Handlungsgehilfen ist.“ Da hiermit wohl nicht ein indirektes Dienstverhältnis behauptet werden soll, so bleibt fraglich, was die Verneinung des direkten bedeutet. Nach S. 38 a. a. O. ist der Agent „darum nicht Handlungsgehilfe des Geschäftsherrn, weil seine Dienstleistungen für denselben

Der Agenturvertrag ist ein Arbeitsvertrag¹. In §§ 88. 91 ist wiederholt von der „Thätigkeit“ des Handlungsagenten die Rede (S. 73¹). Dafs er für mit derselben „betraut“ erklärt wird (§§ 84. 85), verneint nicht, dafs sie eine ihm obliegende Leistung ist². Andernfalls würden ihm nicht die speciellen Leistungen der Sorgfalt und der Benachrichtigung auferlegt werden. Seinerseits hat er Anspruch auf Entgelt. —

Dafs der Handelsmäklervertrag ein Arbeitsvertrag ist, bedarf keiner Begründung (vgl. S. 109/10). Das Typische an ihm ist neben der durch § 93 bestimmten Art der Arbeit (S. 283¹), dafs der Arbeitnehmer ein Kaufmann ist. Der Vertrag erfordert als Arbeitnehmer einen Handelsmäkler, und wer die Geschäfte eines solchen gewerbmäfsig betreibt, ist Kaufmann: HGB. § 1 Abs. 1 und 2 Nr. 7. —

Das HGB. hat ferner eine Reihe von Arbeitsverträgen geregelt, die sowohl wegen der Kaufmannseigenschaft, die eine Partei besitzen mufs, als wegen des Eigennamens, mit dem diese Verträge ausgezeichnet sind, als Typen des Arbeitsvertrags betrachtet werden müssen. Es sind dies

1. das Kommissionsgeschäft: §§ 383 — 406. Der Kommissionär ist Kaufmann: §§ 383. 406 Abs. 1, vgl. § 1 Nr. 6. Aus § 396 Abs. 2 geht hervor, dafs, soweit die von ihm gegebene Regelung einer Ergänzung bedarf, das HGB. das Kommissionsgeschäft behandelt wissen will als einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (oben Nr. IV). S. auch

eben nicht die eines Handlungsgehülfen, sondern selbständigerer Natur sind.“ Über den Grad der Selbständigkeit der Dienstleistungen spricht sich das HGB. nicht aus. Nach Dernburg, Bürg. Recht II § 340 Nr. I unterscheiden sich von den Handlungsgehülfen die Agenten dadurch, „dafs sie nicht dem Organismus des Geschäftes (des Geschäftsherrn) unmittelbar angehören, also nicht Angestellte seines Hauses i. e. S. sind“. Da aber dem Agenten ohne weiteres eine Provision von den durch ihn perfizierten Geschäften gebührt und er einen Buchauszug über dieselben fordern kann, so gehört er dem Organismus des Geschäftes unmittelbar an als der Handlungsgehülfe.

¹ Auf denselben bezieht sich der Ausdruck „Vertragsverhältnis“ in § 92 Abs. 1. 2. Nach Immerwahr a. a. O. S. 14 „ist der Agenturvertrag als Dienstvertrag nach BGB. zu konstruieren“. Das Bedürfnis einer solchen Konstruktion ist nicht erweislich. Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts I § 143 Nr. I, 5 rechnet den Vertrag des Handlungsagenten zu den von ihm sog. freien Dienstverträgen. Für Riezler, Werkvertrag S. 84 ist der Agenturvertrag ein Werkvertrag. Von seiner Rechtsstellung wird in Bd. II die Rede sein.

² S. auch GewO. § 133a „mit höheren technischen Dienstleistungen betraut“. Die folgenden Paragraphen lehren, dafs wer so „betraut“ ist, als „Angestellter“ bezeichnet werden und in einem Dienstverhältnis stehen kann.

S. 183 Nr. 3. — Eine Variante in diesem Typus begründet das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz) §§ 3—8. 13 für Kommissionsgeschäfte, die sich auf gewisse Wertpapiere beziehen;

2. das Speditionsgeschäft: §§ 407—415, vgl. § 1 Nr. 6 (oben S. 103). Auch dieser Arbeitsvertrag kommt nicht zwischen beliebigen Personen zu stande, vielmehr muß der Arbeitnehmer ein Kaufmann sein. Das gleiche Erfordernis stellt

3. das Lagergeschäft: §§ 416—424, vgl. § 1 Nr. 6. Nach dem S. 286—87 Bemerkten ist es nicht zweifelhaft, daß die dem Lagerhalter obliegende Aufbewahrung eine von ihm zu leistende Arbeit ist. Eine Variante dieses Typus gründet sich auf das vorhin unter 1. erwähnte Depotgesetz. Es giebt in den §§ 1. 2, vgl. 8. 13 besondere Bestimmungen für die Aufbewahrung gewisser Wertpapiere, die einem Kaufmann im Betrieb seines Gewerbes zur Verwahrung übergeben worden sind. Der Verwahrer ist zu gewissen Arbeiten verpflichtet, die der Identifizierung der hinterlegten Papiere dienen;

4. das Frachtgeschäft oder der Frachtvertrag auf Güterbeförderung zu Lande, auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern: §§ 425—450, vgl. § 1 Nr. 5 und §§ 451. 452 (S. 185 Nr. 9). Auch hier hat der Arbeitnehmer ein Kaufmann zu sein. Unter den Frachtführern sind ausgezeichnet die dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen, indem die mit ihnen eingegangenen Frachtverträge auch noch besonderen Regeln des HGB. unterworfen sind: §§ 453 bis 471. 473.

Endlich giebt das HGB. eine Anzahl von Typen des Arbeitsvertrags, die mit dem Seehandel zusammenhängen. Es sind dies

1. der Dienst- oder Heuervertrag, durch den der Rheder (§ 484) oder die ihm nach § 510 Abs. 1 gleichgestellte oder ihn nach § 493 Abs. 4 vertretende Person dem Schiffer (Kapitän) die Führung des Schiffes anvertraut: §§ 511—555. Der Arbeitgeber ist Kaufmann (§ 1 Nr. 5) und ebenso ist der Arbeitnehmer eine Person gewissen Berufs, die von ihr zu leistende Arbeit ihre Berufsarbeit. Der Schiffer gehört zur Schiffsbesatzung (§ 481), aber nur der mit dem Schiffer zu schließende Arbeitsvertrag ist im HGB. ausgebildet. Für die Dienst- und Heuerverträge der Schiffsbesatzung überhaupt giebt das HGB. nur die Lohnforderung des Arbeitnehmers, und zwar ihre Sicherung und ihre Verjährung betreffende Regeln: §§ 487. 754 Nr. 3. 755—58. 760—69. 771—76. 903 Nr. 1;

2. das Frachtgeschäft oder der Frachtvertrag zur Beförderung von Gütern zur See: §§ 556—662. Dieses wie

3. das Frachtgeschäft oder der Frachtvertrag zur Beförderung von Reisenden zur See: §§ 664—75 sind wiederum Arbeitsverträge, zu deren typischer Ausprägung die Kaufmannseigenschaft einer Partei, hier des Arbeitnehmers, gehört. Den letzteren Vertrag bezeichnet das Gesetz als „Überfahrtsvertrag“. S. auch S. 185 Nr. 9. 187 Nr. 10.

Nicht als durch das HGB. aufgestellte Typen sind die folgenden Arbeitsverträge zu betrachten:

1. Der Vertrag über Bergung oder Hilfsleistung in Seenot¹. Zwar kann nach dem HGB. ein Vertrag über Leistung solcher Arbeit und über Vergütung derselben geschlossen werden (oben S. 132. 173)², und sind die vom HGB. (§§ 740—753) über Bergung und Hilfsleistung in Seenot gegebenen Vorschriften auf den erwähnten Vertrag anwendbar. Allein sie sind, eine ausgenommen (§ 741), anwendbar ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines solchen Vertrags, also auch wenn der geschlossene Vertrag ungültig ist, so daß man nicht sagen kann, sie seien auf einen solchen Vertrag gemünzt (S. 123/24). Darum kann hier nicht von durch das HGB. aufgestellten Typen des Arbeitsvertrags, etwa Bergungs- und Hilfeleistungsvertrag die Rede sein. „Bei der Bergung ist in vielen Fällen die zum Vertragsschlusse erforderliche Willenserklärung durch die Umstände ausgeschlossen“³, indem hier Schiff oder Ladung in Seenot der Verfügung der Schiffsbesatzung entzogen oder von ihr verlassen ist. Jedoch bisweilen kann über die Bergung paktiert werden. Bei der Rettung aus Seenot, die nur in Hilfsleistung besteht (wo also Dispositionsverlust oder Verlassung nicht vorliegt), kommt es leichter dazu, daß sich der Schiffer die Hilfsleistung ausdrücklich oder den Umständen nach ausbedingt. Allein über die durch

¹ Nach Burchard, Bergung und Hilfsleistung in Seenot S. 117 braucht dieser Vertrag kein Arbeitsvertrag zu sein. Der Mangel der zur Fortsetzung der Reise für das Schiff erforderlichen Kohlen oder sonstigen Vorräte oder Ausrüstungsgegenstände sei Seenot, der auf Lieferung solcher Sachen gehende Vertrag (der Kauf) ein in Seenot geschlossener, und was über den angemessenen Preis hinaus an Vergütung vereinbart werde, Lohn für die Seehilfe. Allein das Bergen oder Retten ist, wie §§ 745. 744 zeigen, Arbeit, die von Aufwendungen begleitet sein kann. Die in den erwähnten Fällen stattfindende Verkäuferleistung wird nicht dadurch zur Arbeit, daß für sie mehr als der angemessene Kaufpreis vereinbart wird. Die Sachleistung kann von der Hilfsarbeit absorbiert werden, sie kann auch mit ihr kumuliert sein (Kap. 4 Nr. IV. VII), aber ein Vertrag über Bergung oder Hilfsleistung in Seenot muß ein Arbeitsvertrag sein.

² Burchard a. a. O. S. 179, 107 fg.

³ Burchard a. a. O. S. 180.

solche Vereinbarungen begründete Pflicht zur Arbeit der Bergung oder der Hilfsleistung spricht sich das HGB. gar nicht aus. und die Regeln, durch die es den Berge- oder Hilfslohn nach Gegenstand, Umfang und Verteilung, den Ersatz der Aufwendungen, sowie die Sicherung der Bergungs- und Hilfskosten für den Gläubiger bestimmt (§§ 742—49. 751—53), gelten ohne Unterschied, ob die Bergung oder Hilfsleistung auf Grund eines Vertrags oder ohnedies vollbracht wird¹. Auf etwaige Vereinbarungen zwischen dem Notleidenden und dem Berger oder Helfer beziehen sich nur § 741, wonach eine Herabsetzung der zugesicherten übermäßigen Vergütung verlangt werden kann (S. 173 unter β) und § 753, welcher mit den Worten „an sich“ der vertraglichen Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Entrichtung der Bergungs- und Hilfskosten Raum läßt², während ohne solche Ausbedingung nur Sach- oder Pfandhaftung Platz greift.

2. Der Vertrag, in welchem dem Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft für seine Vorstandsthätigkeit (§ 231 Abs. 3) und der Vertrag, in welchem dem Korrespondenthreder für seine Berufsarbeit eine Vergütung versprochen wird (§ 492 Abs. 2). Dafs das Vorstandsmitglied bzw. der Korrespondenthreder durch die Bestellung zur Vertretung und Geschäftsführung ermächtigt und obligiert wird, schließt nicht aus, dafs er die Geschäftsführung in einem Arbeitsvertrag gegen Zusage einer Vergütung verspreche. Gleichwohl kann nicht gesagt werden, dafs HGB. § 231 und § 492 Typen des Arbeitsvertrags geben. Denn der Rechtssatz von der jederzeitigen Widerruflichkeit der Bestellung greift auch dann Platz, wenn kein Arbeitsvertrag vorliegt. Er trifft das etwaige Arbeitsverhältnis nur folgeweise, indem mit dem Widerruf der Bestellung Recht des Arbeitgebers und Pflicht des Arbeitnehmers sistiert werden, er ist nicht zur Regelung eines Arbeitsverhältnisses aufgestellt.

3. Die Wahl oder Bestellung zum Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft (§§ 243. 245) kann unter Zusage einer Vergütung erfolgen, und es kann daher hier ein Arbeitsvertrag vorliegen. Allein fast alle die Rechtsstellung des Aufsichtsrats regelnden Sätze des HGB. sind nicht zur Regelung solchen Arbeitsvertrags bestimmt, gelten auch ohne dafs ein Vergütungsanspruch, also auch ohne dafs ein Arbeitsverhältnis besteht, und unter den die Vergütung regelnden Sätzen des § 245 befindet sich einer, der dem Wesen des Arbeits-

¹ Burchard a. a. O. S. 181 al. 3.

² Burchard a. a. O. S. 187. 189 al. 5. 120.

vertrags nicht angepaßt ist: nach Abs. 2 kann die im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Vergütung durch die Generalversammlung, ohne Zustimmung des Aufsichtsrats, herabgesetzt werden.

VIII. Nach HGB. § 1 Nr. 8 gilt der Gewerbebetrieb, welcher Verlagsgeschäfte zum Gegenstande hat, als Handelsgewerbe. Ein Verlagsgeschäft ist der Verlagsvertrag; dieser Vertrag braucht aber nicht Gegenstand eines Gewerbebetriebs zu sein. Der Verlagsvertrag ist ein durch das Gesetz über das Verlagsrecht (vom 19. Juni 1901) dispositiv geregelter Typus von Arbeitsvertrag. Aus der Angabe der ihm wesentlichen Verpflichtungen, die der Eingangsparagraph macht, ist zu ersehen, daß der Thatbestand des Verlagsvertrags sich zusammensetzt aus der Zusage des Verlegers, ein Werk der Litteratur oder der Tonkunst zu vervielfältigen und zu verbreiten (der Arbeitszusage)¹ und aus der Zusage des Verfassers (oder einer andern Person: § 48), dem Verleger ein Werk der genannten Art zur Vervielfältigung und Verbreitung „für eigene Rechnung“ zu überlassen². Letzteres ist die Entgeltzusage; der Entgelt besteht in der Einräumung einer Erwerbsgelegenheit (S. 156)³. Bei dieser einfachen Gestalt des Verlagsvertrags ist der Verleger nur Arbeitnehmer und der Verfasser nur Arbeitgeber. Indessen regelt das Gesetz auch die verwickelteren Gestalten des Verlagsvertrags, welche vorliegen:

1. wenn das zu verlegende (d. h. zu vervielfältigende und zu verbreitende) Werk zur Zeit der Abschließung des Vertrags noch nicht existiert, sondern erst herzustellen ist. Hier tritt zum einfachen Thatbestand eine Zusage des Verfassers, das Werk herzustellen (§ 11). Er hat dann nicht bloß die erwähnte Vergütung (Erwerbsgelegenheit) zu gewähren, sondern auch Arbeit zu leisten. In Ansehung dieser Leistung wird er ähnlich dem Unternehmer des Werkvertrags behandelt: §§ 30. 31. Daß der Arbeitgeber auch seinerseits

¹ Diese Arbeitszusage wird durch die §§ 13—16. 20 näher bestimmt. Wo sie nicht wenigstens stillschweigend erteilt ist, liegt kein Verlagsvertrag vor: § 47 „Besteller“, nicht „Verleger“.

² Hiernach ist der Verfasser selbstverständlich verpflichtet, „dem Verleger das Werk in einem für die Vervielfältigung geeigneten Zustand abzuliefern“; § 10 spricht diese Verpflichtung ausdrücklich aus.

³ Diese Entgeltzusage ist auch vorhanden (demgemäß auch der Verlagsvertrag als Arbeitsvertrag), wenn die Vervielfältigung für Rechnung des Verfassers und nur die Verbreitung für Rechnung des Verlegers geschehen soll. Soll auch die Verbreitung für Rechnung des Verfassers erfolgen, so liegt, mangels eines Entgeltes für den Verleger, kein Arbeitsvertrag vor.

eine Arbeitszusage dem Arbeitnehmer machen und insofern zugleich Arbeitnehmer sein könne, ist S. 157 bemerkt worden;

2. wenn dem Verfasser für das beim Vertragsschluss „bereits vollendete Werk“ vom Verleger eine Vergütung zugesagt wird. Um diese Vergütung vermindert sich der Wert der Vergütung, die dem Verleger für die Verlagsarbeit durch die Einräumung der Erwerbsgelegenheit gewährt wird;

3. wenn dem Verfasser für das beim Vertragsschluss nicht fertige, sondern erst noch herzustellende Werk vom Verleger eine Vergütung zugesagt wird. Hier kommt dem Verfasser nicht bloß in Hinsicht auf die Herstellung des Werkes (Nr. 1), sondern auch in Hinsicht auf die ihm zu machende Leistung der Vergütung die Stellung eines Arbeitnehmers zu. In diesem Fall verbindet und verschränkt sich mit dem Arbeitsvertrag, in dem der Verleger Arbeitnehmer und der Verfasser Arbeitgeber ist, ein zweiter Arbeitsvertrag, in welchem der Verleger Arbeitgeber und der Verfasser Arbeitnehmer ist. — Man kann die eben unter Nr. 1 bis 3 angeführten qualifizierte Verlagsverträge nennen.

Der Arbeitsvertrag über Herstellung eines litterarischen oder musikalischen Werkes ist kein besonderer Typus des Arbeitsvertrags. Hingegen der Arbeitsvertrag, durch welchen die Verlegerarbeit an einem solchen Werke zugesagt wird, mit oder ohne Zusage der Herstellung des zu verlegenden Werkes durch den Arbeitgeber des Verlagsvertrags, ist ein wegen der Art der Arbeit gesetzlich ausgezeichnete Typus des Arbeitsvertrags.

IX. Von den zahlreichen und mannigfaltigen Rechtssätzen der Gewerbeordnung, die sich auf den Arbeitsvertrag beziehen, vereinigen sich mehrere dergestalt zu einer Gruppe, daß sie einen Typus des Arbeitsvertrags ergeben, den man unter Abstraktion von Artunterschieden als gewerblichen Arbeitsvertrag zu bezeichnen pflegt. Die GewO. selbst hat ihm diesen Titel nicht beigelegt¹ und sie hat auch die Merkmale seines Thatbestandes nicht mit dem Maß

¹ Entweder enthält sie sich der Benennung, indem sie wie in § 105 bloß erklärt, „die Festsetzung der Verhältnisse“ zwischen seinen Parteien sei „Gegenstand freier Übereinkunft“, oder sie gebraucht von der einen oder anderen Art desselben die allgemeine Bezeichnung „Arbeitsvertrag“ (in § 123 Abs. 1 Nr. 1. 3 und § 124 Abs. 1 Nr. 5 vom Vertrag der Gesellen und Gehülfen und in § 134^b Abs. 1 Nr. 5. § 134^c Abs. 2 vom Vertrag der Fabrikarbeiter), oder endlich sie führt eine Art unter dem Namen „Dienstvertrag“ an (§ 133^c Abs. 1 Nr. 1. 3). Vgl. S. 290².

von Deutlichkeit und Vollständigkeit angegeben, welches Zweifel an der Zugehörigkeit von Fällen ausschließt. Bei dieser verhältnismäßigen Unbestimmtheit der Grenzen hat ein Moment bei der Definition des gewerblichen Arbeitsvertrags mit Unrecht Einfluss gewonnen, das für die Typen, welche BGB. und HGB. darbieten, nicht in Betracht kommt, nämlich der gesellschaftliche Rang, den gewisse Arbeitsarten und Arbeitnehmer in der Würdigung der für die Rechtsprechung maßgebenden Kreise einnehmen¹. Diese Neigung, im gewerblichen einen Arbeitsvertrag geringerer Ordnung zu erblicken, ist durch den Umstand befördert worden, daß die aus den gewerblichen Arbeitsverträgen entspringenden Prozesse größtenteils den Gewerbegerichten überwiesen wurden, deren Judikatur vielleicht wegen der Kleinheit der gewöhnlich auf dem Spiel stehenden Beträge noch nicht des Ansehens genießt, mit dem die der ordentlichen Gerichte umgeben ist. Bei der erwähnten socialen Schätzung spielt, wie sich denken läßt, die ökonomische Lage des Arbeitnehmers eine große Rolle. Aber wenn auch für sein Gebiet das (neue) Gewerbegerichtsgesetz in § 3 Abs. 2 den Betriebsbeamten oder höheren Techniker, dessen Jahresgehalt zweitausend Mark übersteigt, nicht als Arbeiter gelten läßt, so ist dies kein Grund, den Arbeitsvertrag eines solchen Angestellten, dessen Jahresgehalt zweitausend Mark übersteigt, nicht als gewerblichen Arbeitsvertrag, d. h. als Arbeitsvertrag im Sinn der Gewerbeordnung gelten zu lassen.

Dieser Typus wird sowohl durch die Art der Arbeit als durch die Person des Arbeitgebers und die des Arbeitnehmers bestimmt.

1. Ihrer Art nach muß die Arbeit gewerbliche Arbeit sein. Von dieser Art ist die Arbeit entweder absolut, oder nur insofern sie einen Bestandteil des Gewerbebetriebs des Arbeitgebers ausmacht. Denn die Arbeit eines Zimmermädchens ist nicht für sich, sondern nur insofern gewerbliche, als sie einem Gastwirt für die Ausübung seines Gewerbes geleistet wird. Ebenso ist die Arbeit eines Künstlers, namentlich eines Musikers oder eines Schauspielers, für sich nicht gewerbliche Arbeit, wohl aber dann, wenn sie einen Bestandteil eines Gewerbebetriebes bildet, z. B. einem Theaterunternehmer geleistet wird.

Was unter gewerblicher Arbeit für den gewerblichen Arbeitsvertrag zu verstehen sei, wird von der GewO. teils stillschweigend vorausgesetzt, teils mehr oder weniger klar beschrieben. Das erstere

¹ S. z. B. Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 70 „höhere sociale Stellung“.

gilt, gemeinem Sprachgebrauch gemäß, von der land- und von der forstwirtschaftlichen Arbeit, indem diese allgemein nicht als gewerbliche angesehen und in GewO. § 100^f Abs. 2 landwirtschaftliche und gewerbliche Betriebe unterschieden werden¹. Das letztere geschieht bald positiv, indem die GewO. zahlreiche Arten von Gewerbebetrieb auführt — z. B. in § 14 den der Buch- und Steindrucker, Buch- und Kunsthändler, Antiquare, Leihbibliothekare, Inhaber von Lesekabinetten, Verkäufer von Druckschriften, Zeitungen und Bildern —, womit unterschieden ist, daß die solchen Gewerbebetrieb bildende Arbeit gewerbliche Arbeit ist. Und negativ beschreibt deren Umkreis § 6. Wenn nach ihrem eigenen Ausspruch in Abs. 1 die GewO. auf gewisse Dinge „keine Anwendung findet“, so ist die Interpretation nicht befugt, Vorbehalte zu machen, nämlich die GewO. so weit doch anzuwenden, als sie sich auf gewerbliche Arbeitsverträge bezieht. Findet also nach seinem Ausspruch das Gesetz keine Anwendung auf die Fischerei, die entgeltliche Kindererziehung, das Unterrichtswesen², die advokatorische und die Notariatspraxis und die Eisenbahnunternehmungen, so kann es auch nicht anwendbar sein auf Arbeitsverträge, die ein Fischer, Kindererzieher, Lehrer, Advokat, Notar, eine Eisenbahnunternehmung (als Beförderungsanstalt), sei es als Arbeitnehmer (gegenüber den Konsumenten, dem Publikum, dem Fahrgast), sei es als Arbeitgeber (gegenüber seinem Gehülften, Unterlehrer, Schreiber, Schaffner) abschließt³. Sodann bezeichnet der nämliche § 6 in Abs. 2 mehrere Arbeitsgebiete, namentlich das Bergwesen und die Ausübung der Heil-

¹ An der Annahme, daß die GewO. die land- und die forstwirtschaftliche Arbeit nicht als gewerbliche Arbeiten betrachtet, braucht man nicht dadurch irre zu werden, daß die GewO. in § 6 ihre eigene Anwendung auf die Fischerei ausschließt. Die Fischerei hat mit jenen zwei Arbeitsarten gemein, daß sie Urproduktion ist. Ihre Exemption von der GewO. beweist nur, daß nicht schon der Begriff der Urproduktion über die Anwendbarkeit der GewO. entschieden hat. Ist doch auch der Bergbau, der Betrieb von Salinen, Brüchen, Gruben nicht ganz von der Anwendung der GewO. ausgeschlossen: §§ 105^b—105^f. 154^a. — Im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sind nach § 1 Abs. 5 „unter gewerblichen Leistungen auch landwirtschaftliche zu verstehen“.

² In § 35 schränkt sich das Gesetz ein, indem es eine Vorschrift giebt über „die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht als Gewerbe“. Auch der von ihm in § 6 verfügte Ausschluss seiner Anwendung auf die „Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaften auf Seeschiffen“ wird durch § 31 etwas eingeschränkt.

³ Demgemäß spricht Krankenversicherungsges. § 1 von „Personen, welche gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt sind“, „in dem Geschäftsbetrieb“ (nicht in dem „Gewerbebetrieb“) der Anwälte, Notare. Wenn hingegen die GewO.

kunde, auf welche „das gegenwärtige Gesetz nur insoweit Anwendung findet, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält“. Solche Bestimmungen, die in die Arbeitsverträge im Bergwesen eingreifen, enthält die GewO. mehrere¹; nicht dagegen in Ansehung der Heilkunde. Zwar ist nach der Rubrik von § 29 sowie nach § 29 Abs. 3 und 5. § 56^a Nr. 1 zweifellos, daß Ärzte und andere dort genannte Medicinalpersonen im Sinn der GewO. ein Gewerbe betreiben oder Gewerbetreibende sind, aber zu ihrem Gewerbebetrieb gehörige Arbeitsverträge werden berührt nur durch die Bestimmungen in § 80 Abs. 2 (S. 133^a. 134^b) und in § 144 Abs. 2 (S. 260⁵). Man kann danach nicht sagen, daß die von ihnen (als Arbeitgebern oder Arbeitnehmern) geschlossenen Arbeitsverträge ihres Gewerbes unter die GewO. fallen. Auch die Arbeitsverträge z. B. des ärztlichen Leiters einer Heilanstalt mit einem Hülfssarzt oder mit einem Gehülfen, der die Patienten beim Gebrauch von Instrumenten zu bedienen hat, oder eines Fabrikbesitzers mit einem Fabrikarzt sind in Ermangelung „ausdrücklicher Bestimmungen“ keine gewerblichen Arbeitsverträge².

Das Handelsgewerbe ist nicht nur im Sinn des HGB. ein Gewerbebetrieb, der es Betreibende (der Kaufmann) ein Gewerbetreibender und die zu solchem Betrieb gehörige Arbeit gewerbliche Arbeit, sondern es entspricht dies auch dem Sinn der GewO. (z. B. § 14. § 15^a. § 16. § 41^a). Gleichwohl werden die dem Handelsgewerbe angehörigen und vom HGB. ausgebildeten und geregelten Typen von Arbeitsvertrag — z. B. Agentur-, Kommissions-, Mäkler-, Speditions-, Lager-, Frachtvertrag — nicht zu den gewerblichen Arbeitsverträgen gezählt, eben weil ihre privatrechtliche Ausbildung und Regelung im HGB. wurzelt, während die GewO. sie nur mit einzelnen Vorschriften, meist polizeilicher Art (z. B. §§ 14—28), bedacht hat. Einen stärkeren Einfluß auf die handlungsgewerblichen Arbeitsverträge übt die GewO. dadurch, daß sie hierfür eine Regelung der Arbeitszeit giebt (§ 105^b Abs. 2. § 105^c Abs. 1 Nr. 2. §§ 139^c—139^f), ferner die Wege zur Durchführung der in HGB. § 62 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze bezeichnet (§§ 139^g. 139^h)³ und die Erlassung einer Arbeitsordnung

von ihrer Anwendung ausschließt „die Befugnis zum Halten öffentlicher Fahren“, so sind damit die zum Halten von Fahren gehörigen Arbeitsverträge nicht ausgeschlossen.

¹ §§ 105^b Abs. 1. 105^c—105^f. 105^h und auf Grund von § 154^a auch die §§ 115—119^a. 135—139^b.

² Vgl. Unger, Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin Nr. 184.

³ Dazu Bekanntm. betr. die Einrichtung von Sitzgelegenheit für Angestellte in offenen Verkaufsstellen (RGBl. 1900 S. 1033).

für grössere offene Verkaufsstellen vorschreibt (§ 139^k)¹. Jedoch gelten alle diese von der GewO. für Arbeitsverträge, die dem Handelsgewerbe angehören, gegebenen Regeln nur für gewisse Arbeitnehmer, nämlich solche, die sie als „Gehülfen, Lehrlinge und Arbeiter“ bezeichnet, und teilweise nur für diejenigen von ihnen, welche „in offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Schreibstuben (Kontore) und Lagerräumen“ thätig sind. Unter den eben genannten Gehülfen und Lehrlingen versteht die GewO. aller Wahrscheinlichkeit nach die nämlichen Arbeitnehmer, welche das HGB. als Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge bezeichnet². Der Arbeitsvertrag der ersteren ist, wie wir (S. 290) sahen, dadurch charakterisiert, daß die Arbeit in „kaufmännischen Diensten“ besteht. Da er seine Regelung hauptsächlich vom HGB. empfängt, so kann er nicht als gewerblicher Arbeitsvertrag gelten, obwohl ihm auch die GewO. einige Regelung zu teil werden läßt³. Das Gleiche ist von den Handlungslehrlingen zu sagen, die auch kaufmännische Dienste leisten oder zu deren Leistung angeleitet werden. Dagegen die neben der „Gehülfen“ und „Lehrlingen“ genannten „Arbeiter“ sind höchst wahrscheinlich Personen, von denen HGB. § 83 sagt, daß sie „in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten“. Insofern kann ihr Arbeitsvertrag ein gewerblicher sein.

¹ S. ferner § 154, wonach gewisse Bestimmungen der GewO. „auf Gehülfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften keine Anwendung finden“. Verfolgt man die hier gegebenen Exemptionen im einzelnen und ebenso die im Text angeführten positiven Eingriffe, so sieht man die GewO. sich fortschreitend des Arbeitsvertrags der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge bemächtigen, d. h. diesem den Schutz angedeihen lassen, der für den gewerblichen Arbeitsvertrag früher erlangt war. Das umgekehrte Verfahren ist bisher nur bei den höheren Angestellten der GewO. §§ 133^a—133^f beobachtet worden.

² Cuno in Gewerbegericht V, 65, wegen anderer Auffassung s. Burchar dt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 12.

³ Demgemäß ist zwar der Setzer in einer Druckerei, deren Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, Gehülfe in einem Handelsgewerbe (HGB. § 1 Nr. 6), aber da er nicht kaufmännische Dienste leistet, so kann sein Arbeitsvertrag ein gewerblicher Arbeitsvertrag sein. Fernere Beispiele bei Staub, Kommentar zu HGB. § 59 Anm. 13, zweifelhafte Fälle bei Cuno a. a. O. Sp. 67. Nach dem Bericht des Berliner Gewerbegerichts für 1897 „entstehen zahllose Kompetenzkonflikte aus der Frage, ob die betreffende Partei als Handlungs- oder als Gewerbegehülfe anzusehen sei“: Gewerbegericht VI, 150/51. — Die bundesrätliche Bekanntmachung in RGBl. 1901 S. 117 spricht gegenüber „einem Betriebe der in § 105^b Abs. 1 GewO. bezeichneten Art“ von „dem etwa mit dem Betriebe verbundenen Handelsgewerbe“.

Auch die dem See-, dem Binnenschiffs- und dem Flößereigewerbe angehörige Arbeitsverträge gehören, obwohl sie gewerbliche Arbeit zum Gegenstand haben, nicht dem Typus des Arbeitsvertrags der GewO. an, da sie ihre Regelung durch andere Gesetze empfangen. Der vorhin citierte § 6 der GewO. schließt „die Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaften auf den Seeschiffen“ ausdrücklich von der GewO. aus¹. Andererseits unterstellen das BiSchG. §§ 20. 21 Abs. 2. 25 und FIG. §§ 16. 17 Abs. 2. 21 einige Arbeitsverträge der von ihnen geregelten Gewerbe gewissen Arbeitsvertragssätzen der GewO. —

2. Im Bisherigen (S. 299 fg.) hat sich gezeigt, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag oder der Arbeitsvertrag der GewO. noch nicht dadurch konstituiert wird, daß gewerbliche Arbeit zum Gegenstand eines Arbeitsvertrags gemacht wird. Solche Arbeit ist erforderlich, aber nicht genügend. Denn obwohl z. B. die Berufsarbeit des Arztes oder des Handlungsagenten als Arbeit eines Gewerbetreibenden zweifellos gewerbliche Arbeit ist, ebenso wie die eines Handlungsgehülfen, so ist doch der über solche Arbeit geschlossene Arbeitsvertrag niemals ein gewerblicher, d. h. dem von der GewO. aufgestellten Typus angehöriger, weil die GewO. selbst sich von der Anwendung ausschließt, oder weil sie einem anderen Gesetz (hier dem HGB.) den Vortritt lassen muß. In allen anderen Fällen aber, in denen nicht bloß gewerbliche Arbeit gegeben, sondern auch die gegebene dem gewerblichen Arbeitsvertrag zugänglich ist, muß, auf daß dieser Typus aufkomme, auch dem zweiten S. 299 al. 1 erwähnten Erfordernis genügt sein, nämlich der Arbeitgeber eine gewisse Persönlichkeit haben.

Die Arbeitsverträge nämlich, die nach der Natur der in ihnen zugesagten gewerblichen Arbeit der GewO. unterfallen und danach sehr wohl als gewerbliche Arbeitsverträge angesprochen werden könnten, bleiben doch aufserhalb dieses Typus und von der GewO. fast unberührt, wenn es sich um gewerbliche Arbeit handelt, die nicht zum Beruf des Arbeitgebers gehört². Mit einer Ausnahme

¹ Der Schiffer (zur See) gehört nach HGB. § 481 nicht zur Schiffsmannschaft. Sein Arbeitsverhältnis wird durch das HGB. geordnet: oben S. 294 Nr. 1.

² z. B. die Verträge des Publikums mit dem Theaterunternehmer, „Schornsteinfeger, Tanzlehrer, Feldmesser (vgl. GewO. §§ 32. 39. 35. 36). Nach Evert, Handb. des gewerbl. Arbeiterschutzes (2. A. 1900) S. 7 beziehen sich in § 105^b die Worte „bei Bauten aller Art“ auch auf „Bauten für eigene Rechnung (Regie- und Eigenbauten, die auf eigenem Grund und Boden und zwar nicht behufs gewerbsmäßiger Wiederveräußerung unternommen werden)“. Allein der Sinn jener Worte und § 105^c, wo in den Ausnahme-

(dem Lehrvertrag) läßt die GewO. fast ungeregelt denjenigen Arbeitsvertrag über gewerbliche Arbeit, bei welchem der Arbeitgeber nicht das Gewerbe betreibt, dem die aus dem Vertrag zu leistende gewerbliche Arbeit angehört¹. Den gewerblichen Lehrvertrag regelt die GewO. allgemein, d. h. auch wenn er ein eigentlicher Lehrvertrag, nämlich ein solcher ist, bei dem der Lehrherr die Rechtsstellung des Arbeitnehmers einnimmt, der die Arbeit der Ausbildung zu leisten hat, während dem Lehrling oder seinem gesetzlichen Vertreter die Rechtsstellung des Arbeitgebers zukommt (S. 79). Solchenfalls wird die aus dem Vertrag zu leistende Arbeit nicht für den Beruf des Arbeitgebers geleistet. Diesem Unterschied und einem sonstigen Zweifel trägt die GewO. nicht Rechnung. Sie weist dem eigentlichen Lehrvertrag keinen besonderen Platz an, zählt den gewerblichen Lehrling stets zu den gewerblichen Arbeitern und stellt den Lehrherrn als dessen Arbeitgeber hin². Nach diesem Hinweis

fallen Gewerbetreibende als Arbeitgeber genannt sind, schliessen eine solche Interpretation aus. Hingegen kann die analoge Anwendung des Gesetzes im gegebenen Falle statthaft und geboten sein. S. ferner Nelken a. a. O. S. 350. 351.

¹ Keine Regelung, sondern nur Erwähnung finden in der GewO. die Arbeitsverträge der in landwirtschaftlichen Betrieben gegen Entgelt beschäftigten Handwerker (§ 87 Abs. 1 Nr. 4. § 100^f Abs. 2. § 100^g Abs. 1 Nr. 1). Solche Handwerker, z. B. Stellmacher, Schmiede, leisten nach dem Arbeitsvertrag gewerbliche Arbeit, bisweilen mittelst Gehülfen, aber sie leisten sie einem Landwirt, also nicht für ein Gewerbe und jedenfalls nicht für eines von der Art ihrer Arbeit. Dagegen enthält etwas von Regelung das Verbot des Gewerbetriebs im Umherziehen an Sonn- und Festtagen. Denn das hiermit verbotene Anbieten „gewerblicher Leistungen“ hindert den Abschluß der betreffenden Arbeitsverträge mit dem Publikum (§ 55*), z. B. den Arbeitsvertrag über Messerschleifen. — Ferner beziehen sich die Bestimmungen der §§ 76—78 über Taxen auf Arbeitsverträge über gewerbliche Arbeit, die nicht im Gewerbebetrieb des Arbeitgebers geschlossen zu sein brauchen (z. B. die Verträge des Publikums mit Lohndienern, Droschkenkutschern).

² Man muß danach annehmen, daß auch das Gewerbegerichtsgesetz, welches der GewO. folgt, nicht zweierlei Lehrvertrag unterscheiden wollte. Wenn es im Eingang von der Entscheidung gewerblicher Streitigkeiten zwischen Arbeitern und ihren Arbeitgebern als der Aufgabe der Gewerbegerichte spricht, so hat es dabei die Masse der Fälle im Auge gehabt und keineswegs die in § 4 Nr. 1 und 2 vorkommenden Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis dann von der Entscheidung des Gewerbegerichts ausschliessen wollen, wenn einmal der seltene Fall vorliegt, daß statt des Arbeiters dessen gesetzlicher Vertreter Partei ist. Die entgegengesetzten Urteile bei Unger, Entscheidungen Nr. 191 haften am Wortsinn des § 1, der hier den Sinn nicht erschöpft. Letzteres wird bewiesen durch § 5. An den

auf den Mangel gesetzlicher Distinktion haben wir nicht mehr einen Einwand aus dem Lehrvertrag zu befürchten, wenn wir für den gewerblichen Arbeitsvertrag der GewO. fordern, daß in ihm nicht bloß eine gewisse gewerbliche Arbeit zugesagt werde, sondern dies auch gegenüber einem Gewerbetreibenden und für dessen Gewerbebetrieb geschehe, so daß jene Arbeit einen Bestandteil seines Gewerbebetriebs bildet¹. Vorzüglich aus diesem Arbeitsvertrag entwickeln sich die „gewerblichen Streitigkeiten“, zu deren Schlichtung die Gewerbegerichte bestimmt sind².

Die typischen Arbeitgeber des gewerblichen Arbeitsvertrags, wo sie nicht unter dem generellen und daher nicht den Typus anzeigenden Namen von „Arbeitgebern“ schlechthin vorkommen (S. 66^{1. 4}), erscheinen als „selbständige Gewerbetreibende“ (§ 105), kürzer als „Gewerbetreibende“ (§§ 105^a Abs. 1. 105^c Abs. 2. 3. 105ⁱ Abs. 2. 106 Abs. 1. 115 Abs. 1. 117 Abs. 2. 119^a Abs. 2 Nr. 3. 119^b. 126^b Abs. 2. 142 Abs. 1. 144 Abs. 1. 146 Abs. 1. 149 Nr. 5. 151 Abs. 1. 152 Abs. 1) oder als „Gewerbeunternehmer“ (§§ 119^a Abs. 1. 120—120^c. 133^a. 133^f), „Unternehmer eines Betriebs“ (§ 129^a), „Unternehmer von Fabriken“ (§ 134), „Besitzer der Fabrik“ (§ 134^b Abs. 3), oder einfach als „Unternehmer“ (§ 105^f Abs. 2), oder als „Lehrherr“ (§§ 126^b Abs. 2. 127—128. 129^a. 129^b. 131^c. 150 Nr. 4^a). Der zuerst angegebene Ausdruck „selbständige Gewerbetreibende“ bedarf einer kurzen Betrachtung, weil er oft gebraucht, auch mißbraucht wird und nicht eindeutig ist. Der damit bezeichnete juristische Begriff ist nicht von nationalökonomischen und sozialen Voraussetzungen abhängig³, sondern ausweislich der Gesetze an einfachen juristischen Merkmalen zu erkennen.

hier genannten Streitigkeiten sind nicht beteiligt „Arbeiter“, wie § 1 sagt, da die beteiligten Arbeitnehmer gemäß § 3 nicht als „Arbeiter im Sinne dieses Gesetzes“ gelten. S. unten Nr. 3 lit. b.

¹ Eine Erörterung dieses Punktes bei Otto, Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Arbeitern (3. A. 1891) S. 18—20.

² GewGerG. § 1. Danach die Fälle bei Unger, Entscheidungen Nr. 180. 182. 183. 186, in welchen allen es sich zwar um Arbeitsverträge handelt, aus denen der Arbeitnehmer gewerbliche Arbeit zu leisten hat, allein wo entweder der Arbeitgeber nicht Gewerbetreibender, oder zwar Gewerbetreibender ist, aber die ihm zu leistende Arbeit nicht einen Bestandteil seines Gewerbebetriebs bildet.

³ Wie nicht bloß die ökonomische Theorie, sondern auch die juristische Theorie und Praxis annehmen, s. z. B. v. Schulz, in Brauns Archiv für sociale Gesetzgebung X, 725. 731. 732 und in Gewerbebericht IV, 29—31. 45. 46. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz S. 15—18 (vgl. 349, b): „Erfordernis der persönlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit.“

Denn derjenige Gewerbetreibende, welcher in eigenem Namen sich zu seinem Gewerbe gehörige Arbeit gegen Entgelt versprechen läßt, ist ein selbständiger Gewerbetreibender. Dafs er die ihm zu leistende Arbeit seinerseits einem Dritten zu leisten hat, ist in der Regel ohne Einfluß auf das Dasein des Begriffs (unten 3, c) und dieser wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dafs dem Dritten ein rechtlicher Einfluß auf das Arbeitsverhältnis zukommt, in welchem der selbständige Gewerbetreibende Arbeitgeber ist (S. 105). Die Arbeitgeberstellung ist ein Erfordernis, die Arbeitnehmerstellung kein Hindernis des „selbständigen Gewerbetreibenden“.

Außerdem kann man auch denjenigen einen selbständigen Gewerbetreibenden nennen, und nennt ihn auch oft so, der als Arbeitnehmer nicht zum Gewerbebetrieb eines anderen gehörige (darum nicht gewerbliche) Arbeitsverträge in eigenem Namen schließt, mag er auch gewerbliche Arbeit zusagen (z. B. der Inhaber eines Alleinbetriebes gegenüber dem Konsumenten). Dieser Fall liegt außerhalb des uns hier angehenden gewerblichen Arbeitsvertrags, es muß daher hier gänzlich von ihm abgesehen werden.

Hingegen das Wesen der Selbständigkeit des Gewerbebetriebs darein setzen, dafs derselbe „für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit“ erfolgt¹, ist unzulänglich und ohne Rückhalt in den Gesetzen. Denn jeder Schuhmachergeselle betreibt die Schuhmacherei für eigene Rechnung, insofern der Lohn definitiv in sein Vermögen kommt, und betreibt sie unter eigener Verantwortlichkeit, insofern er selber seinem Arbeitgeber verantwortlich ist. Nach der vorher gegebenen Definition dagegen ist er nicht selbständiger Gewerbetreibender. Ferner sehen wir in den S. 184 unten citierten Quellenstellen „selbständige Gewerbetreibende“ vor uns, die „für Rechnung anderer Gewerbetreibenden mit der Herstellung oder Bearbeitung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt werden“, wodurch bewiesen wird, dafs Selbständigkeit und Arbeiten für Rechnung anderer wohl vereinbar sind².

Die vorhin gegebene Definition steht im Einklang mit dem Sprachgebrauch der GewO. Nach § 41 „begreift die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes das Recht in sich,

¹ So „nach der ständigen Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe“: Evert, Handb. des gewerbl. Arbeiterschutzes S. 9. Weitere Autoritäten bei Nelken a. a. O. S. 14.

² „Für Rechnung anderer“ bedeutet hier, dafs die anderen die Arbeit zu vergüten verpflichtet sind. — Mit Unrecht wird angenommen, dafs GewO. und Versicherungsgesetze verschiedene Begriffe des selbständigen Gewerbetreibenden haben.

in beliebiger Zahl Gesellen, Gehülfen, Arbeiter jeder Art und . . . Lehrlinge anzunehmen“. Dieses Annehmen des „Arbeits- oder Hilfs-personals“ besteht fast immer im Abschluss von gewerblichen Arbeitsverträgen, bei denen der selbständige Gewerbetreibende der Arbeitgeber ist. Selbständiger Gewerbebetrieb ist jedoch nicht auf stehendes Gewerbe beschränkt, kann vielmehr auch im Umherziehen stattfinden¹, und nicht bloß in der S. 306 al. 1 angegebenen zweiten, sondern auch in der ersten Gestalt (z. B. auf der Stör arbeitender Schuster, der einen Gesellen mitbringt²). Dafs der Begriff des selbständigen Betriebs eines Gewerbes (und demgemäfs des selbständigen Gewerbetreibenden) nach der GewO. nicht auf das stehende Gewerbe beschränkt ist, ergibt sich schon daraus, dafs er nicht erst in Titel II „Stehender Gewerbebetrieb“ (§§ 14. 41. 42), sondern schon in Titel I „Allgemeine Bestimmungen“ (§§ 11. 11^a) vorkommt. Übrigens giebt die GewO. weder an diesen Stellen, noch an den übrigen, wo sie ihn verwendet (§§ 81. 87 Nr. 1 und 3. 100^f Abs. 1. 105. 140. 147 Abs. 1 Nr. 1³), den Inhalt des Begriffes an. Dieser Inhalt mufs dem Zusammenhang entnommen werden, und der Zusammenhang ergibt die obige Begriffsbestimmung (S. 306)⁴.

3. Für den gewerblichen Arbeitsvertrag genügt es nicht, dafs gewerbliche Arbeit einem selbständigen Gewerbetreibenden für sein Gewerbe versprochen werde, sondern es ist dazu endlich noch erforderlich (S. 299 al. 1), dafs der Arbeitnehmer ein „gewerblicher Arbeiter“ sei. Dies ergibt sich aus § 105, wo der gewerbliche Arbeitsvertrag beschrieben wird mit den Worten: „Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern“. Der Arbeitnehmer des gewerblichen Arbeitsvertrags

¹ Vgl. GewO. § 60^d Abs. 4. § 62.

² Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 83.

³ Dazu § 129 Abs. 1 „das Handwerk selbständig ausgeübt haben“.

⁴ Mit ihr harmoniert der Sprachgebrauch anderer Quellen, nämlich: 1. der S. 184 bei und in Anm. 2 citierten, welche die selbständigen Gewerbetreibenden als Arbeitgeber von Hilfspersonen vorführen; 2. InvVG. § 6 Abs. 2, vgl. auch Bekanntm. in RGBl. 1899 S. 721 sub 2, a, wo „als Betriebsunternehmer oder anderweit selbständig erwerben“ dem Erwerben durch Lohnarbeit entgegengesetzt ist; 3. GewGerG. § 16 Abs. 1; 4. BGB. §§ 112. 1367. 1405. 1427. 1452. 1585. 1651 Nr. 1. CPO. § 741. In diesen Stellen ist vom selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts die Rede, was umfassender ist, als selbständiger Betrieb eines Gewerbes. Insofern Arbeitsverträge in Frage kommen, besteht die Selbständigkeit des Betriebs auch hier darin, dafs sein Inhaber diese Verträge als Arbeitgeber schliesst, während die jenem Betrieb entgegengesetzte Arbeit (§§ 1367. 1427. 1585. 1601, sowie 113 gegenüber 112) auf die Arbeitnehmerstellung weist.

braucht nicht beruflich ein gewerblicher Arbeiter zu sein, geschweige denn des Berufs, dem der Arbeitsvertrag angehört: auch die Verkäuferin, die wegen vorübergehender Arbeitslosigkeit zur Aushilfe eine Stelle als Kellnerin oder Konfektionsnäherin annimmt, ist damit gewerblicher Arbeiter. Der gewerbliche Arbeiter von Beruf könnte als Gewerbetreibender bezeichnet werden, wie man ihn ja auch Schneider, Schuhmacher, Maurer, Töpfer, Tapezierer u. s. w. nennt. Allein der Name „Gewerbetreibender“ ist im Gesetz für die Arbeitgeberpartei vorbehalten und wird gleichbedeutend mit selbständigem Gewerbetreibenden gebraucht. Die Sprache des Gesetzes behandelt den Gegensatz von Gewerbetreibendem und gewerblichem Arbeiter (für den nämlichen Gewerbebetrieb) als absoluten, d. h. sie läßt nicht der Möglichkeit Raum, daß jemand gewerblicher Arbeiter als Arbeitnehmer eines selbständigen Gewerbetreibenden und zugleich selbständiger Gewerbetreibender als Arbeitgeber eines gewerblichen Arbeiters sei. Dieser Satz gilt ausnahmslos: unten lit. c.

Die GewO. macht schon in der Rubrik zum Titel VII kenntlich, was aus dessen Inhalt zu entnehmen ist, daß sie unter den gewerblichen Arbeitern — den Arbeitnehmern des gewerblichen Arbeitsvertrags — nicht gewerbliche Arbeiter überhaupt verstehe, sondern daß ihre „gewerblichen Arbeiter“ zusammenfallen mit Gesellen, Gehülfen, Lehrlingen, Betriebsbeamten, Werkmeistern, Technikern, Fabrikarbeitern. Andere gewerbliche Arbeiter kennt sie nicht¹. Den nämlichen Standpunkt nimmt das Gewerbegerichtsgesetz ein².

¹ Auf die Verjährung gewisser Ansprüche der „gewerblichen Arbeiter“ und ihrer „Arbeitgeber“ ist in BGB. § 196 Nr. 9 besonders Rücksicht genommen. Als gewerbliche Arbeiter sind hier konform der GewO. Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter angeführt. Hingegen die nach der GewO. auch zu den gewerblichen Arbeitern zählenden Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker sind nicht angeführt! Ob sie danach unter §§ 196. 201 fallen, ist fraglich; am ehesten könnten sie unter Nr. 7 begriffen werden, aber auch diese Deutung ist anfechtbar. Es besteht hier eine Lücke, indem kein Grund ersichtlich ist, die fragliche Klasse der gewerblichen Arbeiter anders zu behandeln als die übrigen, oder andere in § 196 genannte Kategorien; gilt doch auch für den Binnenschiffer in der Binnenschiffahrt und für den Flossführer, die den Betriebsbeamten des § 193^a GewO. gleichgestellt sind, eine kurze, nämlich einjährige Verjährung (BisSchG. §§ 20. 117. FIG. §§ 16. 30). Jene Lücke stammt nicht aus dem ersten Entwurf des BGB., sondern aus dem zweiten; denn als der erste erschien (1888), hatte die GewO. noch nicht die Fassung, durch welche das Arbeitsverhältnis jener höheren Angestellten als gewerblicher Arbeiter geregelt wird (Gesetz betr. die Abänderung der GewO. vom 1. Juni 1891 Art. 3).

² In seinem ausgesprochenen Sinn sind nach § 3 Arbeiter nur die den Arten der GewO. Titel VII angehörigen. Vgl. S. 65.

Einer der genannten Arten muß der Arbeitnehmer angehören, wenn er Arbeitnehmer eines gewerblichen Arbeitsvertrags sein soll. Was daher die GewO. in Titel VII unter I „Allgemeine Verhältnisse“ festsetzt, bezieht sich nicht auf „gewerbliche Arbeiter“ überhaupt aufser jenen Arten, sondern ausschließlicly auf jene Arten, nämlich die Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter, soweit nicht die GewO. ihre allgemeinen Vorschriften ausdrücklich auf anderweitige Arbeitnehmer ausdehnt, wie es in § 105^b Abs. 2. § 119^b der Fall ist. Demgemäß regelt die GewO. nicht den gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt, sondern nur mit Bezug auf die angegebenen Arten von gewerblichen Arbeiten. Sie behandelt nämlich gesondert¹ nacheinander den gewerblichen Arbeitsvertrag der Gesellen und Gehülfen, sodann der Lehrlinge, ferner der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker und endlich der Fabrikarbeiter, und was sie diesen Ordnungen an allgemeinen Regeln voranstellt, gilt (soweit es nicht durch den Sinn wie bei § 114^a gegenüber § 133^a, oder ausdrücklich wie in § 133^e a. E. ausgeschlossen wird) von den speciellen gewerblichen Arbeitsverträgen. Der gewerbliche Arbeitsvertrag der GewO. existiert nur in diesen Arten.

Aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung des gewerblichen Arbeiters ergibt sich für den gewerblichen Arbeitsvertrag dreierlei:

a. Zwar enthält nach § 41 die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes die Befugnis, „Gesellen, Gehülfen und Arbeiter jeder Art“ anzunehmen, und spricht jener § allgemein von „Arbeits- und Hülfspersonal“. Allein ein gewerblicher Arbeitsvertrag ist nicht schon dann vorhanden, wenn einem selbständigen Gewerbetreibenden in seinen Gewerbebetrieb gehörige Arbeit gegen Entgelt versprochen wird, sondern es muß der Arbeitnehmer einer der bewußten Klassen der gewerblichen Arbeiter angehören; Gehülfen in Apotheken sind durch § 154 ausdrücklich ausgeschlossen. Für andere Arbeitnehmer ergibt sich der Ausschluß daraus, daß sie in keine jener Klassen fallen. Es betreibt z. B. der Zeitungsverleger ein Gewerbe (HGB. § 1 Nr. 8), ist Gewerbetreibender, und so kann man seine Redakteure und Berichterstatter als seine Gewerbegehülfen ansehen (S. 300), aber gewerbliche Arbeiter sind sie nicht: offenbar nicht Lehrlinge oder Fabrikarbeiter, aber auch nicht „mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder einer Abteilung desselben beauftragt“ oder „mit höheren technischen Dienstleistungen betraut“,

¹ wenn auch mit Übertragungen, z. B. § 134 Abs. 1; s. ferner § 154 Abs. 2—4. § 154^a.

da sie vielmehr litterarische Arbeiten zu liefern haben, und endlich sind sie auch nicht „Gesellen und Gehülfen“ der in §§ 121—125 bestimmten Art, wie schon die Betrachtung der Kündigungsgründe in §§ 123. 124 zeigen kann, und sich für die Reporter auch aus dem unter b. anzuführenden Grunde ergibt. — Ein anderes Beispiel liefern die Schauspieler, überhaupt Bühnenkünstler, und die Orchesterkünstler. Gewiß betreibt der Theaterunternehmer ein Gewerbe (§ 32) und hauptsächlich mittelst der ihm von jenen Künstlern geleisteten Arbeit (S. 299). Man kann auch nicht einwenden, daß diese Arbeitnehmer nicht an der Herstellung eines gewerblichen Erzeugnisses mitwirken, da doch der Unternehmer an den Vorstellungen etwas Sicht- und Hörbares gewerbemäßig erzeugt und nur dadurch (nicht schon durch die Arbeit der sog. Theaterarbeiter) zu seinem beruflichen Erwerb kommt. Endlich kann man auch nicht die Schwierigkeit und Dauer der Vorbildung entgegenhalten, da diese beim Arzt, dessen Leistungen zweifellos gewerbliche sind, und beim modernen Chemiker und Maschinentechner (§ 133^a) gewiß weder leichter noch kürzer ist¹. Wohl aber sind die fraglichen Arbeitnehmer — ohne Unterschied des künstlerischen Ranges ihrer Leistung — darum nicht gewerbliche Arbeiter, weil sie weder Lehrlinge sind, noch Fabrikarbeiter, noch Angestellte der in § 133^a geschilderten Art, noch endlich Gesellen und Gehülfen, wie sich wiederum aus den Vorschriften ergibt, welche für diese letzte Klasse in §§ 121—25 enthalten sind. Und weitere gewerbliche Arbeiter kennt das Gesetz nicht².

b. Die gewerblichen Arbeiter sind solche Arbeitnehmer, die die gewerbliche Arbeit an den Arbeitsstätten der Gewerbetreibenden, ihrer Arbeitgeber, verrichten³. Das ist für die Fabrikarbeiter, die

¹ Aus der GewO. ergibt sich keineswegs die „Regel, daß Hilfspersonen, deren Stellung und Thätigkeit eine höhere künstlerische oder wissenschaftliche Ausbildung voraussetzt, nicht unter Titel VII fallen“: Berger-Wilhelmi, Reichsgewerbeordnung, zu GewO. § 105.

² Vgl. Otto, Streitigkeiten S. 21. 22. Opet, Theaterrecht S. 20. Unger, Entscheidungen Nr. 163. Das Gewerbegericht IV, 142—45. V, 57. Vorwärts vom 30. Mai, 28. Juni, 8. Juli 1900. Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 14. 15. Diese und die von ihnen citierten Äußerungen weichen von obigem Text meist darin ab, daß sie einen Rangunterschied unter den Kunstleistungen machen, den das Gesetz hier nicht zuläßt, oder die oben genannten Einwände als Gründe gebrauchen. Hingegen scheint GewO. § 105 i Abs. 2 die Bühnenkünstler und die Musiker allerdings als gewerbliche Arbeiter anzusehen, im Widerspruch zur sonstigen Auffassung der GewO., die wir im Text skizziert haben.

³ Einschließlich z. B. des Monteurs, der auf auswärtige Montage geschickt

Betriebsbeamten und Werkmeister (als mit der Betriebsleitung Beauftragte) selbstverständlich. Für die Lehrlinge, Gesellen und Gehülfen lehren es die von ihnen geltenden Vorschriften (sobald man sie im Hinblick auf die Lokalfrage liest), und für alle gewerblichen Arbeiter ergibt es sich sowohl aus §§ 120^a—120^e, als daraus, daß die „außerhalb der Arbeitsstätten ihrer Arbeitgeber arbeitenden Personen“ in § 119^b besonders, somit als etwas Besonderes erwähnt werden. Diese „Personen“ figurieren ferner nicht in der Rubrik des VII. Titels unter den „gewerblichen Arbeitern“, nur in die §§ 114^a—119^a, nicht in die übrigen für die „gewerblichen Arbeiter“ gegebenen allgemeinen Vorschriften z. B. in §§ 107—114 werden sie einbezogen, und durch § 125 werden sie nur in einem Punkte den Gesellen und Gehülfen gleichgestellt. Demgemäß zählt sie auch Gewerbegerichtsgesetz § 3 keiner der Klassen gewerblicher Arbeiter der GewO. Titel VII zu, sondern führt sie unter den Namen „Heimarbeiter“, „Hausgewerbetreibende“ nachträglich in § 5 und ohne Hinweis auf die GewO. auf¹. Da nun Heimarbeiter weder als gewerbliche Arbeiter in der GewO. stehen, noch ihr Arbeitsvertrag in der GewO. eine besondere Regelung erhalten hat (vgl. S. 309), so ist er kein gewerblicher Arbeitsvertrag. Nur uneigentlich (wegen GewO. §§ 119^b. 125 und Gewerbegerichtsges. § 5) kann er dafür angesprochen werden. Wenn man jedoch nicht aus dem Auge verliert, daß er bloß einigen wenigen Regeln der GewO. unterliegt, so thut es keinen Schaden, ihn einzubegreifen, wo man von gewerblichem Arbeitsvertrag spricht². Und keinesfalls ist mit seinem hier angegebenen Verhältnis zum gewerblichen Arbeitsvertrag entschieden, ob er, außer nach den ihn treffenden Sätzen der GewO., nach dem bürgerlichen Recht des Dienstvertrags oder nach dem des Werkvertrags zu behandeln ist, worüber in Bd. II zu sprechen sein wird (s. einstweilen auch S. 208 sub a)³.

wird, des Dachdeckergesellen, der die Dächer fremder Häuser zu decken, des Kutschers, der die Fuhrwerke des Fuhrherrn zu lenken hat, der Schauerleute, die ihrem Arbeitgeber (Stauer), nicht gehörige Schiffe zu laden oder zu löschen haben. Überall sind Arbeitsstätten gegeben, die der Verfügung des Arbeitgebers (des Gewerbetreibenden) unterstehen; beim Kutscher ist an dessen Hof- und Stallarbeit zu denken.

¹ Daß sie auch im BGB. § 196 Nr. 9 nicht bei den gewerblichen Arbeitern vorkommen, ist wohl ebenfalls historisch zu erklären nach S. 308¹.

² Daß er Arbeitsvertrag ist, auch wo der Arbeitnehmer den Stoff zu den von ihm anzufertigenden Sachen beschafft, ist in Kapitel 4 S. 184—85 gezeigt worden.

³ Eine fernere nicht hierher gehörige Frage ist die nach der Erwünschtheit

c. Dafs der Arbeitnehmer, welcher gewerbliche Arbeit für das Gewerbe seines Arbeitgebers zu leisten hat, dies nicht an dessen Arbeitsstätte thut und darum nach lit. b nicht gewerblicher Arbeiter ist, trifft nicht selten damit zusammen, dafs dieser Arbeitnehmer selber Arbeitgeber eines Dritten ist: oben S. 66 fg. 101 fg. Man denke z. B. an die Zwischenmeister in der Kleider- oder der Wäschekonfektion, welche in eigener Werkstätte die ihnen vom Konfektionär, ihrem Arbeitgeber, übergebenen Stoffe durch ihre Arbeitnehmer zuschneiden, nähen und bügeln, die zugeschnitten übergebenen nähen und bügeln lassen¹. Der Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer des Zwischenmeisters ist ein gewerblicher Arbeitsvertrag. Diese Arbeitnehmer sind gewerbliche Arbeiter². Ihr Arbeitgeber ist selbständiger Gewerbetreibender, er ist nicht gewerblicher Arbeiter, und sein Arbeitsverhältnis zum Konfektionär beruht nicht auf einem gewerblichen Arbeitsvertrag. All dies steht in vollem Einklang mit den früher begründeten Definitionen des selbständigen Gewerbetreibenden, des gewerblichen Arbeiters und des gewerblichen Arbeitsvertrags³, und harmoniert ebenso mit dem Satze (S. 308), dafs man nicht zugleich selbständiger Gewerbetreibender als Arbeitgeber eines gewerblichen Arbeiters und selber gewerblicher Arbeiter sein kann⁴.

vollständiger Regelung des Arbeitsverhältnisses der Hausindustriellen durch die GewO. in einem ihnen gewidmeten Abschnitte; namentlich wäre dabei zu denken an die Aufnahme der unselbständigen Hausindustriellen (auf welche von manchen der Name „Heimarbeiter“ ausschliesslich bezogen wird) unter die gewerblichen Arbeiter der GewO.

¹ Verordnung betr. Ausdehnung der §§ 135—139 und 139*. GewO. auf die Werkstätten der Kleider- und Wäschekonfektion (Konfektionsverordnung). Auch in der Mehrzahl der S. 184 unten citierten Quellenstellen nebst KrVG. § 54 Nr. 2, InvVG. § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Ges. betr. Abänderung des KrVG. vom 30. Juni 1900 haben wir Gewerbetreibende, die als Hausgewerbetreibende Arbeitnehmer und als selbständige Gewerbetreibende Arbeitgeber sind, und denen Gesellen, Gehülfen und Lehrlinge als Hilfspersonen oder Hilfspersonal gegenüberstehen, so dafs sie in dem nämlichen Gewerbe Arbeitnehmer sind und Arbeitnehmer haben. Auf diese Doppelstellung bezieht sich GewGerG. § 16 Abs. 2, wonach das Statut bestimmt, inwieweit solche Hausgewerbetreibende „als Arbeitgeber oder als Arbeiter wahlberechtigt und wählbar sind“.

² In der citierten Konfektionsverordnung sind es Gesellen, Gehülfen und Lehrlinge, denen der Schutz der Fabrikarbeiter gewährt wird.

³ Denn, wie S. 306 oben bemerkt, ist es mit dem selbständigen Gewerbetreibenden vereinbar, dafs er die ihm zu leistende Arbeit selber als Arbeitnehmer einem anderen zu leisten habe, mag sie gleich in den Gewerbebetrieb des anderen fallen.

⁴ Dafs das GewGerG. in § 5 nicht von den Streitigkeiten zwischen dem Hausgewerbetreibenden und seinen bei ihm arbeitenden Arbeitnehmern spricht,

Dagegen bildet eine einfache, naheliegende und leicht verständliche Ausnahme der Fall, daß ein gewerblicher Arbeiter an der Arbeitsstätte seines Arbeitgebers neben sich oder anstatt seiner einen Gehülfen oder einen Ersatzmann hält, z. B. der Ziegler die Ziegler (S. 99¹), der Roller in der Cigarrenfabrikation einen Wickler (S. 145¹), der Putzer (Tüncher) einen Träger, die Kellnerin ein sog. Wassermädchen, der Kellner, der seinen Ausgang hat, einen Vertreter¹. Das Unregelmäßige liegt bei diesen Fällen nur darin, daß wir hier einen Arbeitgeber haben, der nicht selbständiger Gewerbetreibender ist (weil er als Arbeitnehmer an der Arbeitsstätte seines Arbeitgebers selber gewerblicher Arbeiter ist), und daß der Gehülfe zweiter Ordnung oder der Ersatzmann ein gewerblicher Arbeiter ist, obwohl er nicht einen selbständigen Gewerbetreibenden zum Arbeitgeber hat. Dagegen die Regel (S. 308), daß man nicht zugleich gewerblicher Arbeiter nach der einen und selbständiger Gewerbetreibender nach der anderen Seite sein kann, bleibt vollständig aufrecht, indem in den gedachten Fällen der erste Arbeitnehmer, eben weil er zweifellos gewerblicher Arbeiter ist, auch nicht seinem Arbeitnehmer gegenüber als selbständiger Gewerbetreibender angesehen werden kann².

Die hier unter c. erörterten Fragen sind praktisch darum von großer Bedeutung, weil mit der Negation des gewerblichen Arbeitsvertrags die Anwendung der GewO., und mit der Negation des gewerblichen Arbeiters die Jurisdiktion des Gewerbegerichts ausgeschlossen wird, soweit nicht eines oder das andere gesetzlich vorbehalten ist (GewO. §§ 119 b. 125. GewGerG. § 5). —

Der im vorstehenden nach der GewO. definierte gewerbliche Arbeitsvertrag ist in keiner seiner Arten in der GewO. erschöpfend geregelt, und dies gilt natürlich auch von dem in ihr nur einschaltungsweise herbeigezogenen Arbeitsvertrag des Hausindustriellen. Zum Beweis

kommt einfach daher, daß diese Arbeitnehmer zu den in § 3 genannten Arbeitern gehören.

¹ Kommission für Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 6 S. 109/10. Verhandlungen Nr. 16 S. 29. 83. 75: „Da kann kein Kellner ausgehen, ohne daß er einen andern stellt und dem einen Thaler oder vier Mark zahlt.“ „— ein fliegender Kellner, der alle Tage für einen andern arbeitet, so daß jeden Tag einer ausgehen kann.“ Cohen in BraunsArchiv f. soz. Gesetzgebung V, 104. — „Die Maschinisten werden entweder vom Geschäft im Tagelohn bezahlt oder sie stehen im Lohne der Werkstelle und erhalten von jedem Stücke, an dem sie helfen, einen bestimmten Prozentsatz des Lohnes“: Herzberg, Schneidergewerbe in München S. 46. 97. Beispiel aus der Mützenfabrikation: S. 101².

² Übereinstimmend Nelken a. a. O. S. 353.

dieser Unvollständigkeit genügt es beispielsweise anzuführen, daß die GewO. ungeregelt läßt die Zahlungszeit und demgemäß den Leistungs- wie auch den Annahmeverzug des Arbeitgebers (ausgenommen den Fall in § 124 Nr. 4), ferner den Verzug des Arbeitnehmers und die Verspätung des von ihm übernommenen Werkes, die Mangelhaftigkeit der Arbeit, die vorübergehende Unterbrechung der Arbeit, die zufällige Vernichtung oder Verschlechterung des vom Arbeitgeber gelieferten Stoffes, des hergestellten oder in der Herstellung begriffenen Werkes, die Vernichtung, Verschlechterung, Unausführbarkeit des Werkes oder der Arbeit infolge der Beschaffenheit des vom Arbeitgeber gelieferten Stoffes oder Werkzeugs, oder infolge der vom Arbeitgeber erteilten Instruktionen, den Ersatz des Schadens, den eine Partei dadurch erleidet, daß sie durch das vertragswidrige Verhalten der anderen zur gesetzlichen unbefristeten Kündigung veranlaßt wird. Wenn diese oder andere von der GewO. ungeregelt gelassene Punkte¹ in Frage kommen, so sind in Ermangelung einer im Arbeitsvertrag, in der Arbeitsordnung oder im Tarifvertrag enthaltenen Bestimmung, in der Regel die Rechtssätze des BGB. zur Antwort heranzuziehen². Vorzugsweise gilt dies von seinen unter den Titeln „Dienstvertrag“ und „Werkvertrag“ aufgestellten Rechtssätzen. Da nämlich der gewerbliche Arbeitsvertrag wie sein Annex (der Heimarbeitsvertrag) charakterisiert ist sowohl durch die Art der zugesagten Arbeit als durch die Persönlichkeit der Parteien, während Dienstvertrag und Werkvertrag in Ansehung der Parteien völlig, in Ansehung der Arbeitsart fast völlig indifferent sind, so eignen sich diese zwei Typen des Arbeitsvertrags vorzüglich zur Ergänzung der nur partiellen Regelung der GewO. Die Aushilfe insbesondere des Dienstvertragsrechts ist bei dem Arbeitsvertrag der höheren gewerblichen Arbeiter (Betriebsbeamten u. s. w.) dadurch geboten, daß in der GewO. selbst dieser Arbeitsvertrag als „Dienstvertrag“ und das durch ihn begründete Arbeitsverhältnis als „Dienstverhältnis“ bezeichnet wird (§§ 133 a—133 d. 133 f, oben S. 266²). Bei den übrigen gewerblichen Arbeitsverträgen (wie bei den Arbeitsverträgen der Hausindustriellen) ist keines von beiden geschehen. Wie es danach mit den übrigen Arbeitsverträgen der GewO. zu halten sei, ob sie nämlich subsidiär sowohl von dem Dienst- als von dem Werkvertragsrecht und wann von dem einen, wann von

¹ Wegen der Verjährung s. BGB. § 196 Nr. 9 und oben S. 308¹.

² In § 123 Abs. 3 wird auf die „allgemeinen gesetzlichen Vorschriften“ verwiesen. — Diese Aushilfe des BGB. greift nicht bloß beim gewerblichen Arbeitsvertrag Platz, s. S. 290¹ (Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen), S. 293 Nr. 1 (Kommissionsgeschäft).

dem anderen beherrscht werden, oder ob sie allein dem einen unterstellt werden können — das sind Fragen, deren Beantwortung nicht in diesen Zusammenhang gehört; wie sie auch die Erledigung mehrerer Vorfragen voraussetzt. — Vorläufig wird daher mit der Möglichkeit gerechnet, daß beide, das Recht des Dienstvertrags und das des Werkvertrags, hier anwendbar sind.

X. Der Arbeitsvertrag, den der Rechtsanwalt mit dem Klienten schließt, stellt sich vermöge der Regelung, die er teils in der Rechtsanwaltsordnung (§§ 30—32), teils in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte erhalten hat, als ein eigener Typus von Arbeitsvertrag dar. Das letztere Gesetz befaßt sich nur mit der Leistung der einen Partei, des Arbeitgebers, nämlich mit der Vergütung, aber keineswegs nur mit ihrem Umfang, wie die §§ 2. 3. 15. 50. 51. 84—86 lehren. Als Typus unterscheidet sich dieser Arbeitsvertrag von anderen nicht durch einen gesetzlichen Eigennamen, denn der ihm hin und wieder in Gesetzen beigelegte Name „Auftrag“ ist ihm keineswegs eigentümlich (S. 35²). Vielmehr besteht das ihn auszeichnende im Beruf und damit in der Berufsarbeit des Arbeitnehmers. Da durch die angeführten Gesetze der rechtsanwaltliche Arbeitsvertrag nicht erschöpfend geregelt wird, so muß der fernere Bedarf an Rechtsregeln durch das BGB. gedeckt werden, weil dessen Regelung des Arbeitsvertrags, indem sie von der Persönlichkeit des Arbeitnehmers abstrahiert, auch den Arbeitsvertrag des Rechtsanwalts als Arbeitnehmers zu umfassen vermag. Es fragt sich nun, welche Arbeitsvertragsregeln des BGB. maßgebend sind. Dies hängt zunächst von der Art der vereinbarten Arbeit insofern ab, als die Arbeitsverträge des BGB., wie wir gesehen haben, zum Teil Arbeit gewisser Art erfordern, nämlich der Mäklervertrag Nachweis oder Vermittlung (Nr. V), der entgeltliche Verwahrungsvertrag Aufbewahrung (Nr. VI). Zwar können diese Arbeiten mit einem Rechtsanwalt vereinbart werden, da sie aber nicht die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts bilden — wie etwa die in der Gebührenordnung angeführten Berufsarbeiten — so kann der über jene Arbeiten mit einem Rechtsanwalt geschlossene Vertrag zwar ein Mäklervertrag oder ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag sein, nicht aber dem in Rede stehenden Typus von Arbeitsvertrag angehören. Andererseits können die Regeln des Mäklervertrags und des Verwahrungsvertrags nicht zur Regelung des rechtsanwaltlichen Arbeitsvertrags herangezogen werden¹. Hier sind viel-

¹ Wenn z. B. der Rechtsanwalt nach Empfang der Information dem Klienten geraten hat, sich mit dem Gegner zu vergleichen und es auf Ver-

mehr nur die Regeln des Dienst- und des Werkvertrags verwendbar. Und da die rechtsanwaltliche Berufsthätigkeit Geschäftsbesorgung ist, so ist die Regelung des rechtsanwaltlichen Arbeitsvertrags durch diejenigen Rechtssätze zu ergänzen, welche vom Dienstvertrag und vom Werkvertrag gelten, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben: BGB. § 675 (oben Nr. IV). Ob aber beiderlei Rechtssätze in abstracto anwendbar sind und wonach sich entscheidet, ob ein gegebener Arbeitsvertrag des Rechtsanwalts als Dienst- oder als Werkvertrag zu behandeln ist, sind Fragen, auf die wir uns hier noch nicht einlassen können. Ihre Beantwortung ergibt sich aus der Abgrenzung der zwei Verträge, welche im zweiten Bande zu erfolgen hat¹.

XI. Durch die Seemannsordnung wird ein Typus von Arbeitsvertrag geliefert, obzwar dieses Gesetz Regeln auch noch für einen weiteren dem HGB. angehörigen Arbeitsvertrag enthält. Der von der SeemO. ausgebildete Typus ist der Arbeitsvertrag, den sie meistens „Heuervertrag“² und bisweilen „Dienst- oder Heuervertrag“³ nennt. Zu diesem Eigennamen kommt typhbildend der Beruf der Parteien, die den berufsmäßigen Arbeitsvertrag schliessen. Arbeitgeber ist ein Rheder eines Kauffahrteischiffes, welches das Recht zur Führung der Reichsflagge ausüben darf. Dieser Arbeitgeber wird — wenn er nicht selbst das Schiff führt (HGB. § 510) — beim Vollzug des Vertrags durch den Schiffer (Führer des Schiffes oder Kapitän) vertreten; auch bei der Eingehung und der Auflösung des Vertrags findet diese Vertretung statt; des Rheders selbst wird im Gesetze fast nicht gedacht⁴. Arbeitnehmer ist jede zur Schiffsmannschaft gehörige (d. h. mittelst des Vertrags in sie eintretende) Person,

langen des Klienten übernommen hat, den Abschluss des Vergleichs zu vermitteln, so finden auf das Verhältnis des Rechtsanwalts zum Klienten nicht die Regeln des Mäklervertrags Anwendung.

¹ S. einstweilen z. B. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 173 Nr. I, 1 (vgl. § 174 Anm. 14) und Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 143 Nr. II, 1 lit. a (vgl. § 144 Nr. II, 5 lit. a), welche unsern Vertrag für einen Dienstvertrag erachten. Planck, Kommentar zu BGB. läßt in den Vorbemerkungen zum Dienstvertragstitel III, 3 und zum Werkvertragstitel II, 2 die Wahl: „meistens wird aber die Annahme eines Dienstvertrags den Verhältnissen (welchen?) mehr entsprechen“. Hingegen Riezler, Werkvertrag S. 85: „Ein Dienstvertrag ist nicht unmöglich, wird aber der bei weitem seltenerer Ausnahmefall sein.“

² §§ 6. 11. 12. 24. 25. 26. 28. 33. 54. 56. 57. 59. 81.

³ §§ 42. 82. 105. § 68 ist durch Einf. Ges. zu HGB. Art. 8 Nr. 3 aufgehoben worden.

⁴ §§ 3 a. E. 38. Zu § 68 s. vorige Anm.

mit Ausnahme des Schiffers, aber mit Einschluß der Offiziere, somit nicht bloß die Jungen, die Leicht- und die Vollmatrosen, sondern auch die Steuerleute, die Zimmerleute, die Segelmacher¹. Die Arbeit, zu der sich diese Schiffsleute „verheuern“ (§ 62), ist „Schiffsdienst“ (§§ 5. 28), „Arbeiten für Schiff und Ladung“ (§ 30). Der Thatbestand des Heuervertrags ist außer durch die Vereinbarung dieser Art von Arbeit und durch den Beruf der beteiligten Personen auch dadurch ausgezeichnet, daß ihm seine schriftliche Verlautbarung vor einem Seemannsamt („Anmusterung“) folgen muß: S. 247. Das Gesetz bestimmt teils absolut, teils dispositiv (z. B. S. 219²) die Rechte und die Pflichten der Parteien²; die des Arbeitgebers dadurch, daß es die des Schiffers bestimmt.

Indem das Gesetz die Stellung des Schiffers gegenüber dem Schiffsmann regelt, greift es auch — vorausgesetzt, daß der Rheder nicht zugleich der Schiffer ist — in das hauptsächlich durch das HGB. (S. 294) geordnete Rechtsverhältnis des Schiffers zu dessen Arbeitgeber, dem Rheder, ein, bestimmt es die dem Schiffer durch dessen Anstellung verliehene Rechtsstellung (z. B. §§ 30. 34. 46); es giebt aber auch (in § 42) eine die innere Seite jenes Rechtsverhältnisses, nämlich die Lohnforderung des Schiffers betreffende Vorschrift.

XII. Das Binnenschiffahrtsgesetz regelt Arbeitsverträge, indem es teils dem BGB., teils dem HGB. entnommene Typen von Arbeitsvertrag in einigen Punkten für das Binnenschiffahrtsgewerbe ändert oder den Regeln der GewO. unterstellt. Dies gilt zunächst von dem Frachtgeschäft: §§ 26—77; hier wird der im HGB. ausgebildete und so benannte Typus von Arbeitsvertrag (S. 294 Nr. 4) zu Grunde gelegt und in mehreren Punkten den Besonderheiten der Güterbeförderung auf Binnengewässern angepaßt. Ähnliche Entlehnung kommt bei der Regelung der Arbeitsverträge der

¹ Außerdem haben nach § 3 auch die übrigen auf dem Schiff angestellten Personen, selbst wenn sie nicht zur Schiffsmannschaft gehören, die vom Gesetz bestimmten Rechte und Pflichten der Schiffsmannschaft, z. B. Aufwärter, Maschinist, Heizer. Es wird aber, wie der Schlufssatz zeigt, vorausgesetzt, daß sie vom Rheder oder vom Schiffer „angenommen“, d. h. angestellt worden sind. Die Musterung ist nicht entscheidend. Mit Unrecht wird daher der Kellner, welcher Arbeitnehmer des Schiffsrestaurateurs ist, von der Kompetenz des Gewerbegerichts ausgeschlossen, weil er angemustert worden sei: Gewerbegericht VI, 80.

² Für die Heuerforderung gelten außerdem die Regeln des HGB., oben S. 294 Nr. 1 a. E.

Schiffsbesatzung vor. Diese Schiffsbesatzung besteht nach § 3 Abs. 2 aus dem Schiffer, der Schiffsmannschaft und allen übrigen auf dem Schiff angestellten Personen, ausgenommen den Zwangslotsen. Eine auf dem Schiff angestellte Person braucht nicht durch einen Arbeitsvertrag angestellt zu sein¹. Die Arbeitsverträge, in denen Personen der Schiffsbesatzung Arbeitnehmer sind, und der Schiffseigner (§ 1) Arbeitgeber ist, werden von dem Gesetz als Dienstverträge bezeichnet: § 102 Nr. 2. § 104 Abs. 2. § 106 Abs. 2. § 117 Nr. 2². Danach gehören sie dem vom BGB. aufgestellten und als Dienstvertrag bezeichneten Typus an. Was sie im Thatbestand abzweigt oder specialisiert, ist der Beruf einer Partei und die dadurch (wenigstens nach Ort und Zweck) bestimmte Arbeit³. Im einzelnen werden unterschieden

1. der Arbeitsvertrag des Schiffers. Sein Arbeitsverhältnis wird in § 20 als „Dienstverhältnis“ bezeichnet, wohl weil es durch einen Dienstvertrag begründet ist (S. 266). Es untersteht nach § 20, soweit im Gesetze nichts Besonderes bestimmt ist, den Vorschriften, welche für die in § 133^a GewO. bezeichneten Personen gelten. Wenn der Arbeitgeber ein Gewerbetreibender ist⁴, so ist jenes Arbeitsverhältnis ein gewerbliches und der Kapitän ein gewerblicher Arbeiter. Besondere Bestimmungen für den Arbeitsvertrag des Schiffers — welche also sowohl der GewO. als dem BGB. vorgehen — giebt das BiSchGes., aufer in § 20, in §§ 5. 7—11 und in den für die Schiffsbesatzung überhaupt geltenden Paragraphen.

2. die Arbeitsverträge der Schiffsmannschaft. Zu dieser gehören nach § 21, abzüglich des Schiffers, nur „die zum Schifffahrtsdienste auf dem Schiffe angestellten Personen der Schiffsbesatzung,

¹ So nicht der Restaurateur, dem die Schiffsrestauration verpachtet worden ist.

² Das Gesetz spricht allgemein von den aus den Dienstverträgen herührenden Forderungen der Schiffsbesatzung, womit der Dienstvertrag umfasst wäre, den der Schiffskellner mit dem Schiffsrestaurateur geschlossen hat. Wahrscheinlich ist hier zu restringieren, dafür auch § 5.

³ In der Binnenschifffahrt, die größtenteils Saisonbetrieb ist, können die Schiffer, wenn ihr Arbeitsverhältnis in der toten Zeit rechtlich und thatsächlich fortbesteht, andere Arbeit als die suspendierte Schiffsführung leisten müssen, z. B. Schiffsbau, Holzarbeit: Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 17 S. 44.

⁴ Diese Eigenschaft hat er nicht notwendig. Der Arbeitgeber kann Schiffseigner sein als Eigentümer eines zur Fahrt auf Binnengewässern bestimmten und hierzu von ihm verwendeten Schiffes (§ 1), ohne dass er das Schiff zum Erwerb verwendet. (Vgl. Förtsch, Binnenschifffahrt und Flößerei² S. 15). Solchenfalls ist er nicht Gewerbetreibender.

insbesondere die Steuerleute, Bootsleute, Matrosen, Schiffsknechte, Schiffsjungen, Maschinisten und Heizer“. Diese Schiffsmannschaft untersteht nach § 21 der Gewerbeordnung, selbst in dem Fall, daß ihr Arbeitgeber, der Schiffseigner, nicht Gewerbetreibender ist. Sie untersteht der GewO., indem nicht nur ihr Arbeitsverhältnis durch die GewO. geregelt wird (z. B. GewO. §§ 152. 153)¹. Dieser Regelung geht die speciellere des BiSchGesetzes (§§ 5. 22—25) vor, wie sie andererseits durch die im BGB. für den Dienstvertrag gegebene ergänzt wird².

XIII. Auch die im Flößereigesetz geregelten Arbeitsverträge des Floßführers (§ 1) und der Floßmannschaft (§ 17) sind Typen von Arbeitsvertrag, die im wesentlichen nicht allererst in diesem Gesetze aufgestellt, sondern durch Anpassung anderwärts ausgebildeter Typen an die Eigentümlichkeit der Flößerei gewonnen sind. Auch unterfallen die Arbeitsverträge der Flößerei nicht bloß dem Flößereigesetze, vielmehr sind auch, zum Teil nach Vorschriften dieses Gesetzes, Rechtssätze der GewO., des HGB. und des BGB. zur Regelung heranzuziehen.

1. Die Floßmannschaft, zu der mit Ausnahme des Floßführers alle zum Flößereidienst auf dem Floße angestellten Personen gehören, untersteht nach § 17 der GewO. Soweit daher das Flößereigesetz nichts Specielleres bestimmt, regelt sich der Arbeitsvertrag, durch den ein Floßmann angestellt wird, nach den für den gewerblichen Arbeitsvertrag geltenden Sätzen der GewO., und auf einige wird in § 21 Abs. 2 besonders verwiesen. Für die Regelung dieses Arbeitsvertrags ist es belanglos, ob der Arbeitgeber des Floßmannes ein selbständiger Gewerbetreibender ist oder nicht. Dieser Arbeitsvertrag wird in § 18 (siehe auch § 30 Nr. 2) als „Dienstvertrag“ bezeichnet, worunter der Dienstvertrag des BGB. zu verstehen ist; dessen Regeln haben daher in zweiter Linie, nämlich hinter der GewO. auszuhelfen.

2. Für den Arbeitsvertrag des reinen Frachtflößers³ — so

¹ Förtsch a. a. O. S. 81.

² Was BiSchG. §§ 93—101 über Bergung und Hülfeleistung bei der Binnenschifffahrt festsetzt, kann nicht als Aufstellung zweier Typen von Arbeitsvertrag betrachtet werden, und zwar aus den nämlichen Gründen, die S. 295—96 gegenüber den Vorschriften des HGB. über Bergung! und Hülfeleistung in Seenot angeführt worden sind.

³ Den Ausdruck „Frachtflößer“ hat das Gesetz in §§ 1. 4. 7. 22. 23. 30 Nr. 5 und es erläutert damit die Worte „Unternehmer, welcher die Beförderung des Floßes übernommen hat“ (§ 1).

nennen wir zur Deutlichkeit den Arbeitsvertrag desjenigen, der ohne das Floß zu führen, also ohne Floßführer zu sein, dessen Beförderung gegen Entgelt übernommen hat — hat das Flößereigesetz nur wenig bestimmt¹. Wenn der reine Frachtfloßer den erwähnten Vertrag „gewerbsmäßig“ oder als Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat, so untersteht der Vertrag hinter dem Flößereigesetz dem HGB. und ist als Frachtvertrag zu betrachten. Ist hingegen unser Arbeitnehmer weder (gewerbsmäßiger) Frachtführer noch Kaufmann, so untersteht der Arbeitsvertrag hinter dem Flößereigesetz nicht dem HGB., sondern dem BGB., und hier ist dann zu entscheiden, ob das Recht des Dienst- oder das des Werkvertrags Platz greift. Wenn, wie möglich, das Gesetz in § 1 (S. 319^a) mit „Unternehmer“ den Arbeitnehmer des Werkvertrags gemeint hat, so greift im gedachten Fall nur Werkvertragsrecht Platz. Daß das Gesetz ausschließlich den Werkvertrag gemeint habe, ist unmöglich, da, wie gezeigt, der Frachtfloßer Frachtführer sein kann, also sein Arbeitsvertrag Frachtvertrag sein kann. Der Frachtvertrag aber ist nicht ein Werkvertrag des BGB.

3. Nach § 1 ist Floßführer, „wer ein Floß auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern führt“. In der Mehrzahl der Fälle ist der Floßführer Arbeitnehmer, hat er die Stellung eines Floßführers auf Grund eines Arbeitsvertrags. Diesen gewöhnlichen Sachverhalt hat das Gesetz im Auge, ihm läßt es seine Regelung angedeihen. Dabei unterscheidet es zwei Verträge, durch welche die Rechte und Pflichten eines Floßführers begründet werden, nämlich

a. einen Dienstvertrag, den der Floßführer mit dem Eigentümer des Floßes oder mit dem Frachtfloßer (oben Nr. 2) geschlossen hat,

b. einen Arbeitsvertrag, durch welchen der Floßführer Frachtfloßer geworden ist. Was für ein Vertrag das ist, sagt das Gesetz nicht. Es bestimmt nur, wie wir unter 2. sahen, den Frachtfloßer als einen „Unternehmer, welcher die Beförderung des Floßes übernommen hat“. Der Vertrag ist ein Frachtvertrag des HGB., wenn der Floßführer ein Frachtführer ist oder wenn er als Kaufmann in seinem Gewerbebetrieb die Beförderung übernommen hat. In den übrigen Fällen liegt es nahe, an einen vom Floßführer geschlossenen Werkvertrag zu denken: es paßt zu der angeführten Wortfassung. Wo der Frachtführer Floßführer ist, ist er nicht wie unter 2. reiner Frachtfloßer.

¹ In § 4 Abs. 2. § 22. § 30 Nr. 5. Zur letztangeführten Stelle s. Förtsch a. a. O. S. 431 Anm. 3.

Beim Dienstvertrag unter a. ist Arbeitgeber des Floßführers entweder der Eigentümer des Floßes oder der Frachtfloßer (reiner Frachtfloßer). Beim Arbeitsvertrag unter b. wird der Arbeitgeber vom Gesetz (§ 1) nicht bezeichnet. Als Arbeitgeber kann auch hier gedacht werden der Eigentümer des Floßes oder ein Frachtfloßer¹, aber auch ein Spediteur oder noch eine andere Person.

Das Gesetz enthält eine Reihe von Bestimmungen für den Floßführer, die sich auf jeden Floßführer beziehen, einerlei ob er Frachtfloßer oder aber Dienstnehmer des Eigentümers oder eines Frachtfloßers ist: §§ 2. 3. 4. 8—14. 27. 28. 32. Wo hier vom „Dienstherrn“ des Floßführers die Rede ist (§§ 2. 8—10), tritt beim Frachtfloßer dessen gewöhnlicher Arbeitgeber, der Absender, ein, was für §§ 5. 6 in § 7 eigens vorgeschrieben ist². Hingegen bezieht sich § 15 ausschließlich auf denjenigen Floßführer, der dies durch Dienstvertrag (mit dem Eigentümer oder dem Frachtfloßer) geworden ist (den Dienstfloßer), und das nämliche ist von § 16 zu sagen nach dessen Zusammenhang, obwohl sein erster Absatz den Floßführer schlechthin nennt³. Ein solcher Dienstfloßer untersteht den Vorschriften, welche für die in GewO. § 133^a bezeichneten Personen gelten, auch wenn sein Arbeitgeber nicht selbständiger Gewerbetreibender sein sollte. Sein „Dienstvertrag“ (§ 30 Nr. 2) wird hinter dem Floßereigesetz (auch denjenigen Sätzen, die jeden Floßführer treffen) durch die GewO. und dann erst durch BGB. geregelt⁴.

XIV. Eine eigene gesetzliche Regelung ist dem Arbeitsvertrag zu teil geworden, in welchem die Beförderung von Auswanderern nach außerdeutschen Ländern, vorzüglich die überseeische Beförderung nach aufereuropäischen Ländern zugesagt wird. Dieser Arbeitsvertrag wird von den Quellen „Beförderungsvertrag“ genannt⁵. Als Typus des Arbeitsvertrags erweist er sich teils durch diesen Eigennamen, teils durch den Beruf des Arbeitnehmers, der ein Gewerbetreibender, bei überseeischer Beförderung ein Rheder ist. Den

¹ indem der Floßführer als Frachtfloßer des ersten ein Unterfrachtführer ist.

² Hierdurch wie durch § 30 Nr. 5 vgl. Nr. 2 wird bestätigt, daß das Gesetz in § 1 eine maßgebende Distinktion im Auge hat.

³ Zustimmend Förtsch a. a. O. zu § 16 des Gesetzes.

⁴ Wegen §§ 24—29 (Bergung und Hülfeleistung) s. oben S. 319².

⁵ Gesetz über das Auswanderungswesen (vom 9. Juni 1897) §§ 11. 25. Bekanntmachung betr. Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten (vom 14. März 1898. RGBl. S. 39) §§ 21. 28. S. auch oben S. 295 Nr. 3.

Arbeitnehmer bezeichnet das Gesetz als „Unternehmer“. Da der Unternehmer den Auswanderer nur befördern darf „auf Grund eines vorher abgeschlossenen schriftlichen Vertrags“ (Gesetz § 22, vgl. oben S. 247²), so kann er ohne solchen Vertrag nicht verpflichtet sein; der Beförderungsvertrag bedarf daher zu seiner Gültigkeit der Schriftlichkeit. Auch durch diese Form ist er ausgezeichnet. Eingreifend wird ferner sein Inhalt geregelt, besonders eingehend für den Fall der „überseeischen Auswanderung nach aufereuropäischen Ländern“ (Gesetz § 25. Bekanntmachung §§ 5—9. 13). Die an diesen typischen Arbeitsvertrag sich knüpfenden Rechtsfolgen sind zum Teil der Privatbeliebung entrückt. Von seinen Rechtsfolgen wird am gelegenen Ort die Rede sein. Im Interesse der Arbeitgeber, nämlich der Auswanderer, die bei diesem Arbeitsvertrag der schwächere und hilfbedürftige Teil zu sein pflegen, trifft das Gesetz Vorkehrungen, durch die die Erfüllung der Vertragspflichten des Arbeitnehmers garantiert werden soll; namentlich haben von den Unternehmern und den Agenten zu stellende Kautionen „für alle anlässlich ihres Geschäftsbetriebs . . . gegenüber den Auswanderern begründeten Verbindlichkeiten“ zu haften (Gesetz §§ 5. 14. 20, Bekanntm. §§ 26—30; s. ferner Gesetz § 32 und Bekanntm. § 14).

XV. Einen weiteren reichsgesetzlich besonders geregelten Arbeitsvertrag haben wir an dem „Vertrag zwischen der Postanstalt und dem Absender beziehungsweise Reisenden“¹ und an dem Vertrag zwischen der Postanstalt und dem Zeitungsabonnenten — soweit letzterer Vertrag nicht ein von der Post vermittelter Kaufvertrag zwischen dem Abonnenten und dem Zeitungsverleger ist. Die mit der Post geschlossenen, durch besondere Rechtswirkungen ausgezeichneten Arbeitsverträge können größtenteils nur mit der Post geschlossen werden². Sie stellen sich als eigene Typen des Arbeitsvertrags dar nicht sowohl auf Grund ihnen zukommender Eigennamen — denn einen solchen führen nur wenige, z. B. Postanweisung — als wegen der Person des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer in diesen Verträgen ist die Reichspost

¹ Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, vom 28. Okt. 1871 § 50 Abs. 2. Hiervon ist auf ein vom Reichskanzler zu erlassendes Reglement verwiesen, dessen Vorschriften als „Bestandteil“ des erwähnten Vertrags gelten, d. i. die Postordnung (jüngste Fassung vom 20. März 1900). — S. ferner den Weltpostvertrag und die ihn begleitenden internationalen Übereinkünfte: RGBl. 1898 S. 1079—1184.

² Gesetz über das Postwesen §§ 1. 2. Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen (vom 20. Dez. 1898) Art. 2. 3.

oder die bayrische oder die württembergische Post. Diese Arbeitnehmer sind juristische Personen und zwar besonderer Art, Bestandteile des Fiskus¹.

XVI. Unter dem Namen „Eisenbahntransportvertrag“ lassen sich mehrere reichsgesetzlich geordnete Arbeitsverträge zusammenfassen. Die EisenbahnVO. (letzte Fassung vom 26. Okt. 1899) enthält die Regeln für die von der Eisenbahn zu schließenden Verträge über Beförderung von Personen (und der von diesen mitgenommenen Hunde und Handgepäckstücke)², Reisegepäck, Expresgut, Leichen, lebenden Tieren und Gütern. Der letzte Vertrag heißt „Frachtvertrag“ oder „Eisenbahnfrachtvertrag“³. Für den Abschluss wie für die Wirkungen aller dieser Arbeitsverträge gelten eigentümliche und größtenteils zwingende Rechtssätze (z. B. S. 247¹). Die erwähnten Verträge stellen sich als Typen des Arbeitsvertrags dar, indem sie durch einen bestimmten, durch den Beruf bestimmten Arbeitnehmer, nämlich die Eisenbahn, ausgezeichnet sind. Arbeitgeber hingegen kann, wie bei den mit der Post zu schließenden Verträgen, in der Regel jedermann sein. — S. auch S. 185 Nr. 9. 187 Nr. 10.

XVII. Im Vorstehenden sind die von den Reichsgesetzen gebotenen Typen des Arbeitsvertrags beigebracht und nach ihren Quellen einzeln aufgereiht worden⁴. Wie man einerseits von diesem gesetzlichen Urmaterial durch Abstraktion zu dem in allen diesen Typen waltenden Begriff des Arbeitsvertrags gelangt als einem zweiseitigen Vertrag, in welchem Arbeit gegen Entgelt zugesagt wird, (S. 53), so erhebt sich andererseits die eingangs (S. 265) vorbehaltene

¹ Nach HGB. § 452 gelten die Postverwaltungen auch nicht als Kaufleute im Sinn des HGB.

² HGB. § 472: „Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen.“

³ Auf diesen beziehen sich auch HGB. §§ 453—471 und subsidiär (§ 454) die Bestimmungen über das Frachtgeschäft in HGB. 3. Buch 6. Abschnitt (vgl. S. 294 Nr. 4). Für die internationale Güterbeförderung durch Eisenbahnen ist das hierin mit der EisenbahnVO. sehr übereinstimmende internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 (RGBl. 1892 S. 793) maßgebend.

⁴ In einigen Kommentaren (z. B. Planck, Oertmann) wird unter den Reichsgesetzen, durch welche Dienst- oder Werkvertragsverhältnisse außerhalb des BGB. geregelt werden, die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 angeführt. Allein dieses Gesetz enthält überhaupt keine Regeln über den Arbeitsvertrag, es handelt von gesetzlichen, nicht von vertraglichen Pflichten und Ansprüchen. Vgl. S. 34³ a. E.

Frage nach der Spezialisierung der alle jene Typen umfassenden Gattung. Es fragt sich m. a. W., inwiefern man von den gesetzlichen Fundstätten jener Typen absehend zu einer Zusammenfassung verwandter Typen und dadurch zu einer Einteilung des Arbeitsvertrags gelangen könne. Im Rückblick auf die vorgetragenen Einheiten ist daher hier zu prüfen, ob sich der eine oder der andere der zwei wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags — Entgelt und Arbeit — zum Prinzip der Unterscheidung und Gruppierung machen läßt.

Fragt man zunächst, ob die vorgeführten Arbeitsverträge in der Vergütung Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufweisen, nach denen sie sich ordnen lassen, ob etwa verschiedenen Arten der Vergütung verschiedene Gruppen oder Arten von Arbeitsverträgen entsprechen: so muß dies verneint werden. Denn wir finden keinen von den gesetzlichen Arbeitsverträgen so gestaltet, daß ihm eine gewisse Art der Vergütung eigentümlich wäre, daß er aus dem Gesichtspunkt der Vergütung von anderen unterschieden und mit seinesgleichen koordiniert werden könnte. Die wahrscheinlich am meisten vorkommende Vergütungsart, die Geldvergütung, kann in Arbeitsverträgen jeder Art Platz finden. Die Arbeitsverträge sind fast alle unempfindlich gegen den Unterschied in der Art der Vergütung, d. h. fast alle jeder Art derselben zugänglich. Nur von der Arbeit als Vergütung hat sich S. 160–61 gezeigt, daß sie mit den gesetzlichen Thatbeständen des Dienst- und des Werkvertrags nicht verträglich ist. Allein in Anbetracht dessen, daß die praktische Bedeutung dieser Vergütungsart verhältnismäßig gering ist, würde eine Einteilung der Arbeitsverträge nach ihrem Verhalten zu dieser Vergütungsart sich nicht verlohnen. Von seiten der Vergütung ist hier nach nicht zu einem System der Arbeitsverträge zu gelangen.

Um so eher scheint dieses Ziel von der anderen Seite her erreichbar zu sein, indem man von der im Arbeitsvertrag zugesagten Arbeit ausgeht. Da schon die Gattung Arbeitsvertrag die Arbeit als wesentliches Merkmal im Namen kundgibt, so liegt es nahe, ihre fernere Einteilung nach der Art der Arbeit eintreten zu lassen. Vergegenwärtigt man sich die gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags, so sieht man in ihnen gesondert die gewerbliche Arbeit (außerhalb des Handels und der Schifffahrt), den Schiffsdienst auf See- und Binnenschiffen und den Flosdienst, die Beförderung von Menschen und Sachen zu Wasser und zu Land, die Arbeit der Handlungsgehülfen und Handlungsagenten, die Kommissions- und die Speditionstätigkeit, die Aufbewahrung oder Lagerung, die Mäklerthätigkeit

und die Rechtsanwaltschaft. Es geht nun wohl an, Verträge, die je eine dieser in der Art verschiedenen Arbeiten zum Gegenstand haben, als aus einem Gesichtspunkt koordinierte verschiedene Arbeitsverträge zu betrachten, und dieser Einteilungsgrund bietet auch die Möglichkeit, manche in den Gesetzen unterschiedene Vertragstypen, weil sie im Merkmal der Arbeitsart übereinkommen, zu einer Art von Arbeitsvertrag zusammenfassen, z. B. den Mäklervertrag des BGB. und des HGB., den entgeltlichen Verwahrungsvertrag des BGB. und das Lagergeschäft des HGB., die Transportgeschäfte des HGB., Binnenschiffahrts-, Auswanderungs-, Postgesetzes, der Eisenbahnverkehrsordnung.

Indessen haftet diesem gewifs plausiblen Unternehmen, die gesetzlichen Phänomene des Arbeitsvertrags nach der Art der zugesagten Arbeit zu ordnen und zu gruppieren, der große Mangel an, daß es für den Dienstvertrag und den Werkvertrag des BGB. keine Stellen hat. Sobald man von der Art der Arbeit ausgeht, lassen sich diese beiden Arbeitsverträge den anderen nicht koordinieren, weil weder dem Dienst- noch dem Werkvertrag eine Art der Arbeit eigentümlich ist. Denn das BGB. erfordert nicht positiv gewisse Dienste, auf daß ein Dienstvertrag oder ein gewisses Werk, auf daß ein Werkvertrag vorliege, es schließt nur gewisse Thätigkeiten, wie die des Mäklers und die des Verwahrers, von jenen beiden Typen aus (oben S. 288—89). Dieses passive Verhalten des BGB., daß es hier nicht eine gewisse Arbeit postuliert, hat aber nicht bloß die Bedeutung, die Einteilung nach der Arbeitsart gegenüber Dienst- und Werkvertrag zu eng erscheinen zu lassen. Es wird auch noch dadurch, daß diesen zwei Verträgen nicht wie den anderen ein eigentümliches Arbeitsgebiet vorbehalten ist, ihnen die logische Möglichkeit eröffnet, in die Stellen anderer Typen einzudringen und diese damit gewissermaßen für sich in Anspruch zu nehmen. Dazu werden sie bei manchen gesetzlich autorisiert. Denn z. B. der Arbeitsvertrag der Schiffsbesatzung mit dem Schiffseigner in der Binnenschiffahrt, der Arbeitsvertrag des Werkmeisters mit dem Gewerbeunternehmer werden von den Gesetzen selbst für Dienstverträge erklärt (S. 318. 314). Und auch ohne solchen gesetzlichen Anhalt macht sich in Theorie und Praxis das Bestreben geltend, in die Rechtsordnung, welche für den Dienst- oder für den Werkvertrag gegeben ist, Arbeitsverträge einzubeziehen, die in den Gesetzen schon ihre specielle Regelung gefunden haben und bei Anwendung des in Rede stehenden Einteilungsprinzips als besondere Arten des Arbeitsvertrags angesprochen werden müßten. Ausdrücklich kommt dieses Bestreben darin zum Vorschein,

dafs man das einzelne Glied in der Reihe unserer Typen zugleich für einen Dienstvertrag oder zugleich für einen Werkvertrag erklärt (z. B. S. 281. 288 und 289).

Dieses Verfahren müfste mit den Anforderungen der Logik dadurch in Einklang gebracht werden, dafs man den Dienstvertrag und den Werkvertrag von der Koordination mit den anderen Typen des Arbeitsvertrags löst und ihnen eine höhere Stufe anweist, sie als Oberarten betrachtet, in denen die anderen Typen als Unterarten enthalten sind. Eine solche Rangordnung ist zwar einigermaßen möglich und auf diese Möglichkeit ist bei einer Reihe von Typen hingewiesen worden (z. B. S. 290. 314. 316 oben). Allein durchführbar ist diese Rangordnung keineswegs. So ist z. B. den Seefrachtvertrag für eine Unterart des Werkvertrags zu erklären schon dadurch unmöglich gemacht, dafs jener Vertrag auch in der Form des Zeitlohnvertrags vorkommt, womit er, wie in Bd. II zu zeigen, aus dem Rahmen des Werkvertrags herausfällt. Dafs ferner der Mäklervertrag und der entgeltliche Verwahrungsvertrag im System des BGB. nicht dem Dienst- oder dem Werkvertrag unterfallen, ist früher (Nr. V. VI.) erörtert worden. Hätte man im Mäklervertrag einen besonders gearteten Dienst- oder Werkvertrag (eine Unterart des einen oder des anderen) zu erblicken, so würde die Unanwendbarkeit des Mäklerechts bei Vereinbarung entgeltlicher Mäklerthätigkeit noch nicht den Ausschluß der übergeordneten Regelung bedeuten, ebensowenig als die Negation des gewerblichen Arbeitsvertrags (beim Hausindustriellen) auch die Negation des Dienst- oder des Werkvertrags bedeutet (S. 311). Es kann aber doch keinem Zweifel unterliegen, dafs, wenn BGB. § 656 das Versprechen des Mäklerlohnes an den Ehemäkler für unverbindlich erklärt, die Klagbarkeit dieses Versprechens aus jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen ist. Wer dies für zweifellos hält, mufs das Gesetz die Annahme machen lassen, dafs es den Vertrag über entgeltliche Mäklerarbeit im Mäklervertragstitel vollständig geregelt, dafs es denselben nicht auch für einen Dienst- oder einen Werkvertrag angesehen und damit dem Ehemäkler die Möglichkeit offen gelassen habe, den Mäklerlohn aus dem Dienst- oder dem Werkvertrag einzuklagen, für die sich seine Unklagbarkeit nicht ausgesprochen findet. Indem das Gesetz die Unklagbarkeit nur im Mäklervertragstitel aussprach, hat es diesen für die Rechtsordnung des Mäklervertrags erklärt, hat es die Mäklerarbeit vom Gebiet des Dienst- wie des Werkvertrags ausgeschlossen, und ein Vertrag, den das Gesetz keiner Regel eines anderen unterstellt, kann nicht für eine Art dieses anderen gehalten werden.

Ohne Mifsachtung oder Zerrüttung des gesetzlichen Systems läßt sich das Hindernis nicht beseitigen, welches Dienst- und Werkvertrag einer auf die Art der Arbeit gegründeten Gruppierung der Arbeitsverträge bereiten. Wollte man ungeachtet dieses Hindernisses Dienst und Werkvertrag als Oberarten betrachten, so würde sich eine neue Schwierigkeit daraus ergeben, daß Dienst- und Werkvertrag miteinander verglichen darin übereinkommen, daß sie gleichermaßen (nicht absolut) gegen den Unterschied in der Art der Arbeit indifferent sind, so daß die auf die Art der Arbeit gegründete Einteilung schon hier, d. h. bei der Distinktion dieser zwei Verträge, nicht realisierbar ist.

Nach BGB. § 675 kann die Geschäftsbesorgung, eine Art der Arbeit, Gegenstand sowohl des Dienst- als des Werkvertrags sein (Nr. IV). Ein Arbeitsvertrag, in welchem Geschäftsbesorgung vereinbart ist, kann daher nicht vermöge der Arbeitsart dem Dienst- oder dem Werkvertrag zugeteilt werden. Aber nicht bloß die gleiche Arbeitsart, wie im eben erwähnten Fall, sondern auch die identische Arbeit kann, sogar gleichzeitig, den Vollzug eines Dienst- und eines Werkvertrags bilden. Denn wenn das Haarschneiden, das sich der Kunde vom Friseur durch einen Werkvertrag ausbedungen hat, vom Friseurgehülften auf Anordnung des Prinzipals vorgenommen wird, so kann mit dieser einen Arbeit sowohl die Werkvertragsleistung des Friseurs gegenüber dem Kunden als eine Dienstvertragsleistung des Gehülften gegenüber dem Prinzipal vollbracht werden. Endlich würde ohne die übereinstimmende Indifferenz von Dienst- und Werkvertrag gegenüber der Arbeitsart nicht darüber gestritten werden, ob der Arbeitsvertrag z. B. über die Berufsthätigkeit des Handlungsagenten oder des Schauspielers ein Dienst- oder ein Werkvertrag sei¹.

Wegen der eben besprochenen Indifferenz des Dienst- und des Werkvertrags kann die Zuteilung der einzelnen gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags an jene beiden als Oberarten gedachten Verträge nicht auf die Species der Arbeit gegründet werden. Es gewährt die Art der Arbeit z. B. im Arbeitsvertrag zwischen dem Rechtsanwalt und dem Klienten, oder im Arbeitsvertrag zwischen dem Konfektionär und dem Hausindustriellen keinerlei Anhaltspunkt für die Entscheidung, ob dieser Arbeitsvertrag der einen oder der anderen von den zwei angeblichen Oberarten angehört.

¹ z. B. Staub, Kommentar zu HGB. § 84 Anm. 4, Riezler, Werkvertrag S. 84, Opet, Theaterrecht S. 162. Vgl. oben S. 293¹.

Die Art der Arbeit hat hiernach zwiefach den Dienst eines Einteilungsprinzips versagt, sie ist aus zwei Gründen hierzu untauglich. Erstens geht es nicht an, alle Typen von Arbeitsvertrag auf dem Doppelgebiet des Dienst- und des Werkvertrags unterzubringen — selbst wenn dabei von der internen Scheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag abgesehen wird — weil eine Reihe von Typen außerhalb jenes Gebietes liegen, nämlich einer selbständigen, vollständigen Regelung teilhaftig sind. Und zweitens, auch wenn ein Typus nach der Art seiner Arbeit innerhalb jenes Doppelgebietes liegen kann, hört doch die Art der Arbeit auf als Einteilungsgrund zu wirken, sobald man von diesem Prinzip den ferneren Dienst verlangt, den gedachten Typus dem Dienst- oder dem Werkvertrag zuzuweisen.

Es ergibt sich aus allem Vorstehenden, daß sowohl die Einordnung von Dienstvertrag und Werkvertrag in die Reihe der gesetzlichen Typen, als die Überordnung jener beiden über alle anderen bei einer Einteilung des Arbeitsvertrags nach der Art der Arbeit auf Hindernisse stößt, und daß eine restlose Unterscheidung und Zusammenfassung der in den Gesetzen vorliegenden Typen von Arbeitsvertrag wie aus dem Gesichtspunkt der Vergütung, so auch aus dem der Arbeit nicht zu liefern ist. Schon dieses Ergebnis legt die Vermutung nahe, daß eine einwandfreie und erschöpfende Einteilung des Stoffes sich eines anderen Prinzips bedienen und unter Wahrung der gesetzlichen Schranken zu einer ganz anderen Anordnung greifen muß.

Achtes Kapitel.

Grundformen.

I. Die *Maxime divide et impera* ist auch für die wissenschaftliche Beherrschung eines Gegenstandes unentbehrlich. Um uns des Arbeitsvertrags im ganzen zu bemächtigen, müssen wir eine Teilung oder Schichtung seines Gebietes vornehmen, welche alle seine Angehörigen unter einem Gesichtspunkt ordnet, d. h. sammelt und scheidet. Und dieser Gesichtspunkt muß nicht bloß der durchgreifendste sein, indem auf ihn ausnahmslos alle möglichen Arbeitsverträge reagieren, aus ihm ihre systematische Stelle empfangen, sondern er muß auch der juristisch eingreifendste sein, indem die von ihm geleitete Distinktion den fundamentalen Unterschied für die rechtliche Regelung der Arbeitsverträge liefert und damit die größte Menge von Einzelheiten der juristischen Formel unterwirft.

Eine solche nach Umfang und Tiefe dem weitesten Anspruch

genügende Einteilung kann nicht bei den von den Gesetzen gebotenen und damit vorweg fixierten Gebilden einsetzen. Denn die von den gesetzlichen Typen ausgehende und auf die Unterschiede in der Art der Arbeit gegründete Einteilung läßt sich, wie wir sahen, weder aus einem einfachen Gesichtspunkt vollziehen, noch auch restlos durchführen, weil sie an den Typen des Dienstvertrags und des Werkvertrags unüberwindliche Hindernisse findet. Demgemäß wird ein System, das für das ganze Gebiet des Arbeitsvertrags gültig sein und allen Typen der Gesetze wie allen Fällen des Lebens aus dem nämlichen Prinzip ihren Platz bestimmen soll, einen anderen Ausgangspunkt und einen anderen Einteilungsgrund nehmen müssen.

Da ferner die gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags auch durch ihre Rechtswirkungen gesondert sind und gerade um dieser Differenzen willen unterschieden werden — denn nur weil das Gesetz an den Arbeitsvertrag z. B. des Maklers, des Handlungsgehilfen, des Frachtführers, des gewerblichen Arbeiters eigenartige Rechtswirkungen knüpfen will, stellt es diese Thatbestände heraus, hebt es sie durch besondere Merkmale von anderen Arbeitsverträgen ab — so bedeutet eine nicht von den gesetzlichen Typen ausgehende Einteilung auch ein völliges Absehen von der Rechtswirkung als maßgebendem Faktor und ermöglicht damit die der Aufgabe allein entsprechende Systematisierung, nämlich die rein auf die Thatbestände gestellte Ordnung. Und erst dieses Verfahren sichert, wie sich bewähren soll, die wissenschaftliche Unbefangenheit gegenüber den von den Gesetzen gebotenen abstrakten und den vom Leben vorgelegten konkreten Thatbeständen des Arbeitsvertrags.

Eine nicht durch die Gesetze präoccupierte, bloß auf den Thatbestand gegründete und den ganzen Bereich des Arbeitsvertrags durchziehende Einteilung könnte a priori sich nach einem der beiden wesentlichen Stücke des Arbeitsvertrags, der Entgeltzusage, oder der Arbeitszusage richten. Sie könnte nämlich sämtliche Arbeitsverträge in solche scheiden, in denen Geld-, und in solche, in denen Naturalvergütung zugesagt wird. Nun ist zwar diese Distinktion in der Vergütung, wie der V. Abschnitt zeigen soll, keineswegs nur von national-ökonomischem Interesse, sondern auch juristisch nicht belanglos und darf darum in unserer Darstellung des Arbeitsvertrags nicht übergangen werden. Da jedoch die gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags für diesen Unterschied unempfindlich sind (S. 324), und keine weittragenden Rechtsfolgen durch ihn ausgelöst werden, so ist er zur Systembildung gänzlich ungeeignet. Ähnliches ist von dem Gegenstück, der Arbeitszusage auszusprechen. Unabhängig von den gesetz-

lichen Typen könnten sämtliche Arbeitsverträge nach der in ihnen vereinbarten Arbeit gruppiert werden. Sie ließen sich scheiden in Arbeitsverträge über körperliche oder geistige, über unproduktive oder gewerbliche, über produktive oder distributive Arbeit, ferner nach der Art der Bedürfnisse, die durch die Arbeit befriedigt werden, z. B. ob es wirtschaftliche oder ästhetische sind. Solcher Distinktionen ließen sich noch viele anführen — man braucht nur an den Ort der Verrichtung, oder an die Personen der Verrichter der Arbeit zu denken — und von nicht wenigen wäre anzuerkennen, daß sie auch juristisch erheblich sind, ja man müßte zugeben, daß die Mehrzahl der gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags gegen Unterschiede in der Art der Arbeit nicht indifferent ist, daß insofern die Arbeit sich zum systembildenden Gesichtspunkt anbietet. Gleichwohl kann eine juristische Erörterung des Arbeitsvertrags die Unterscheidung der Arbeitsverträge nach der Art der zu leistenden Arbeit nicht zur maßgebenden machen, einmal weil bei der Unbestimmtheit des Begriffs der Arbeitsart eine präzise Abgrenzung schwer zu erbringen ist, sodann weil es der Artunterschiede so viele giebt, daß ein erschöpfendes System nicht auf einen allein zu bauen ist, während die Berücksichtigung mehrerer zu einander durchkreuzenden Einteilungen führen muß, und endlich, weil viele in anderen Hinsichten wichtige Differenzen der Arbeit für die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags irrelevant sind; denn einerseits stehen z. B. die Rechtsfolgen des Dienstvertrags Arbeitsverträgen offen von so disparater Arbeit wie des Advokatenschreibers und des Heldenentors, des Tauchers und des Zeitungsredakteurs, und andererseits unterfällt die eine Arbeit der Geschäftsbesorgung den Rechtsfolgen gänzlich verschiedener Arbeitsverträge, z. B. des Dienst-, Werk-, Mäkler- oder Speditionsvertrags.

Muß nach alledem eine auf die Thatsachen gestellte und leistungsfähige Einteilung des Arbeitsvertrags unterlassen, einen seiner zwei Bestandteile für sich zum Einteilungsgrund zu machen, so bleibt ihr als einwandfreier und fruchtbringender die Beziehung übrig, die zwischen diesen Bestandteilen obwaltet, d. h. die Beziehung, in welche Arbeit und Vergütung im Arbeitsvertrage gesetzt werden. Diese Beziehung ist zwar allenthalben das Entgeltverhältnis, aber mit dem folgenden in die Augen fallenden bereits S. 92. 93 berührten Unterschied:

Entweder ist die Vergütung im Vertrag bestimmt zur Gegenleistung für die Arbeit samt dem (begrifflich und von Hindernissen abgesehen, auch wirklich) mit ihr verbundenen, sie begleitenden oder abschließenden Erfolg, so daß dieser — die Wirkung oder das Er-

gebnis der Arbeit — einen Bestandteil des vertragsmäßigen Entgeltverhältnisses bildet, indem er in der Arbeitszusage wie in der Entgeltzusage (als zu Entgeltendes) eingeschlossen ist, schon weil er nicht ausgeschlossen ist. So wenn die im Vertrag bestimmte Vergütung versprochen worden ist vom Theaterbesucher für die Lohengrinführung, vom Klienten für die rechtsanwaltliche Verteidigung, vom Zechenbesitzer für hundert Hektoliter Kohlenförderung, vom Handschuhfabrikanten für das Schneiden eines Dutzends Handschuhe, vom Fabrikanten in der Schiffchenstickerei für das Tausend Stiche, vom Hauseigentümer für die Vermittlung eines Hypothekendarlehens.

Oder aber die Vergütung ist im Vertrag bestimmt zur Gegenleistung für die Arbeit unter Abzug des ihr begrifflich und real anhaftenden Erfolgs. Dieser Abzug, diese im Vertrag selbst für das Entgeltverhältnis geschehende Abstraktion von der Arbeitswirkung, vom Arbeitsergebnis kann nur dadurch erfolgen, daß die Vergütung für die Arbeit einer gewissen Zeit, d. h. einer gewissen Dauer versprochen wird, und giebt sich am deutlichsten darin kund, daß solchenfalls die Vergütung statt für die Arbeit oder für die Arbeit schlechthin geradezu für einen Zeitabschnitt, nämlich für einen durch die Arbeit mehr oder weniger auszufüllenden Zeitabschnitt versprochen wird. So wenn die Vergütung für die Arbeit im Vertrag versprochen wird für die Stunde, den Tag, die Woche, den Monat, das Vierteljahr, das Jahr. Hier wird, und zwar allein durch das Abstellen auf den Zeitabschnitt, der Arbeitserfolg in das Entgeltverhältnis nicht einbezogen, er ist darin nicht als zu Entgeltendes eingeschlossen. Das Entgeltverhältnis nimmt von ihm Umgang.

Hat das Entgeltverhältnis die erste Gestalt, so hat der Arbeitsvertrag die Form des Akkordes, ist er ein Akkord. Hat das Entgeltverhältnis die zweite Gestalt, so hat der Arbeitsvertrag die Form des Zeitlohnvertrags, ist er ein Zeitlohnvertrag¹.

¹ Der Name „Akkord“ statt „Werklohnvertrag“, was dem „Zeitlohnvertrag“ mehr korrespondieren würde, ist gewählt worden 1. weil er durch seine Farblosigkeit Vorurteile hintanhält: „Werklohnvertrag“ liefse an Werkvertrag denken, während doch die Begriffe inkongruent sind, und beim Werkvertrag dessen Rechtswirkung mitgedacht wird, welche Association auszuschließen und bei „Akkord“ ausgeschlossen ist; 2. weil der Name „Akkord“ bereits für einen großen Teil des nicht dem Zeitlohnvertrag angehörigen Gebiets in Gebrauch ist, so daß hier nur eine nicht in der Sache liegende Schranke des Sprachgebrauchs aufgegeben wird. Von den für den Akkord verwendeten deutschen Ausdrücken ist „Verdung“ nicht geläufig, und „Gedinge“ nur bei der Bergwerksarbeit üblich.

II. Akkord und Zeitlohnvertrag sind als Formen des Arbeitsvertrags anzusehen und zu bezeichnen, weil das, was jedem von ihnen wesentlich und eigentümlich ist, was sie also und was allein sie von einander unterscheidet, nicht durch die Materie des Arbeitsvertrags bedingt ist. Denn was zunächst die Vergütung für sich anlangt, so ist die Form des Arbeitsvertrags unabhängig von der Gröfse der Vergütung, unabhängig davon, dafs die Vergütung absolut oder relativ bestimmt ist, und endlich auch unabhängig von ihrem Gegenstande. Das bedarf für die Gröfse keiner Erläuterung, doch sei daran erinnert, dafs es z. B. Stundenlöhne im Betrag von zwanzig Pfennig und im Betrag von zwanzig Mark giebt, dafs der Entgelt im Akkord mit der Strafsenbahn zehn Pfennig, im Akkord mit einem Architekten ebenso viele Tausende von Mark betragen kann. Es kann ferner beim Zeitlohnvertrag wie beim Akkord der Entgelt ein bestimmtes Quantum oder eine bestimmte Quote, überhaupt absolut oder relativ bestimmt sein (S. 165). Für den absoluten Lohn ist dies ohne weiteres einleuchtend, für den relativen, insbesondere die partiarische Löhnung, genügen folgende Hinweise. Wird dem Arbeitnehmer als Entgelt für seine Jahresarbeit, seine Monatsarbeit, seine Tagesarbeit ein Teil (Tantieme) des Umsatzes oder des Gewinnes (der innerhalb einer gewissen Frist erzielt wird) und damit eine Vergütung für einen Zeitabschnitt (das Jahr, den Monat, den Tag) zugesichert, so liegt ein Zeitlohnvertrag vor. Wird ihm dagegen ein Teil des Wertes oder Preises der von ihm verkauften Waren versprochen als Entgelt für die Arbeit, die er bei den Verkäufen leistet, so ist ihm dieser Entgelt nicht für einen Zeitabschnitt zugesagt und es liegt daher ein Akkord vor. Die quotative Bestimmung des Entgelts kann bei beiden Formen des Arbeitsvertrags getroffen werden. Auch der Gegenstand der Vergütung ist für den Formunterschied des Arbeitsvertrags insofern gleichgültig, als Geld- wie Naturalvergütung ebensowohl beim Zeitlohnvertrag als beim Akkord vorkommen kann. Es läfst sich nicht sagen, dafs eine gewisse Art der Vergütung der einen oder der anderen Form des Arbeitsvertrags wesentlich und eigentümlich sei¹.

Wie die Vergütung für sich, so ist auch die Arbeit für sich

¹ Allerdings wird sich bei der in Abschn. V anzustellenden Untersuchung der Naturalvergütung zeigen (Kap. 5), dafs, obwohl die Naturalvergütung in beide Formen des Arbeitsvertrags Eingang findet, doch zwischen manchen Naturalvergütungen und dem Zeitlohnvertrag eine Wahlverwandtschaft stattfindet, also dafs wegen jener — indem sie die Beziehung auf einen Zeitabschnitt involvieren — die letztere Form des Arbeitsvertrags anzunehmen ist.

und damit die Persönlichkeit der Parteien nichts den Unterschied von Akkord und Zeitlohnvertrag Bedingendes. Denn nicht bloß können verschiedenartige Arbeiten in der Form des Zeitlohnvertrags und ebenso des Akkordes zugesagt werden, sondern es können auch gleichartige Arbeiten ebensowohl in einem Zeitlohnvertrag als in einem Akkord bedungen werden. Beide Erscheinungen sind zwar ganz geläufig, doch mögen einige Beispiele sie hier vergegenwärtigen. Es sei daran erinnert, daß die ungeheure Setzerarbeit, welche in den Druckereien geleistet wird, im Verhältnis des Setzers zum Prinzipal teils in Vollzug von Zeitlohnverträgen, teils in Vollzug von Akkorden verrichtet wird: ersteres von dem in „gewissem Gelde“ stehenden, letzteres von dem „berechnenden“ Gehülfen, indem die Setzerarbeit jenem mit 24 Mark pro Woche, diesem mit 36 Pf. pro tausend Buchstaben Fraktur eines gewissen Kegels entgolten wird. Es ist die nämliche Kutscherarbeit, die die Droschkenkutscher den Fahrgästen leisten, wenn sie „nach der Zeit“ gelohnt Zeitlohnverträge, und wenn sie „für die Tour“ genommen Akkorde vollziehen. Der Opernsänger, der am Stadttheater für 400 Mk. per Monat engagiert, in Vollziehung dieses Zeitlohnvertrags singt, leistet keine andere Arbeit, wenn er ein auswärtiges Gastspiel absolvierend, sich dreimaliges Auftreten mit 150 Mk. entgelten läßt und damit Arbeit aus einem Akkorde leistet. Wenn der Barbiergehülfe, dessen Arbeitsverhältnis zum Meister durch einen Zeitlohnvertrag begründet worden ist, einen Kunden rasiert und damit die Arbeit verrichtet, zu welcher der Meister aus dem mit dem Kunden geschlossenen Akkord verpflichtet ist, so ist es die nämliche Arbeit, durch welche gleichzeitig ein Zeitlohnvertrag und ein Akkord vollzogen wird. Auch aus den Gesetzen ist zu ersehen, daß die gleiche Art von Arbeit durch Akkord oder durch Zeitlohnvertrag ausbedungen werden kann. So handelt BGB. § 699 Abs. 1 vom entgeltlichen Verwahrungsvertrag. Aus den Worten „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen“ ergibt sich, daß ein Zeitlohnvertrag gemeint ist. Zugleich ergibt sich hieraus, daß die Arbeit der Aufbewahrung durch Zeitlohnvertrag oder durch Akkord zugesagt werden kann. Das Nämliche ersieht man für die Arbeit des Schiffskapitäns von Seeschiffen aus HGB. § 549, wo es heißt: „War die Heuer nicht zeitweise, sondern in Bausch und Bogen für die ganze Reise bedungen.“ Zeitweise bedungen ist die Heuer, wenn sie für einen Zeitabschnitt, Woche, Monat, Quartal, bemessen ist, welchenfalls ein Zeitlohnvertrag vorliegt. Anderenfalls, wo sie in Bausch und Bogen für die ganze Reise bedungen ist, haben wir einen Akkord: die Arbeit selbst ist nicht verschieden. Dasselbe gilt vom Heuervertrag des See-

mannes, in welchem die Heuer „nach Zeit“ („zeitweise“) oder „in Bausch und Bogen für die ganze Reise“ bedungen sein kann: SeemO. §§ 41. 67. 84. Beim Frachtgeschäft im Seehandel kommt „Zeitfracht“ vor, d. h. kann „die Fracht nach Zeit bedungen“ sein (HGB. § 622), was einen Zeitlohnvertrag ergibt, im Gegensatz zu den Fällen, in denen die Fracht „in Bausch und Bogen“ oder „nach Maß, Gewicht oder Menge der Güter bedungen“ ist, womit Akkorde abgeschlossen sind. Die Transportarbeit ist beidemale die nämliche.

Dafs im Leben für die eine Art von Arbeit die eine Form, für die andere Art von Arbeit die andere Form des Arbeitsvertrags gewählt, und dafs für die nämliche Art von Arbeit bald die eine und bald die andere Form des Arbeitsvertrags vorgezogen wird — indem z. B. das Arbeitsverhältnis des Heimarbeiters zum Gewerbeunternehmer, des Bergarbeiters zum Werksbesitzer, des Arztes zum Patienten, des Rechtsanwalts zum Klienten, der Strafsenbahn zum Fahrgast, des Zeitungsverlegers zum Inserenten bald durchgängig, bald in der Mehrzahl der Fälle auf Akkord beruht — scheint freilich auf das Bestehen eines gewissen Zusammenhanges zwischen der Art der Arbeit und der Form des Arbeitsvertrags zu deuten. Indessen soll sich bei der gesonderten und eingehenden Betrachtung, welche der zweite Band den Grundformen widmet, ergeben, dafs nicht sowohl die Art der Arbeit als die begleitenden Umstände bei dieser oder jener Arbeit zur Wahl gerade der einen Form führen. Keinenfalls tastet diese Erscheinung die Wahrheit des Satzes an, dafs die Art der Arbeit, eine materielle Bestimmung des Arbeitsvertrags, unterhalb des Gegensatzes von Zeitlohnvertrag und Akkord liegt, indem diese Formen für verschiedenartige Arbeiten brauchbar sind, und die gleiche Arbeit durch Zeitlohnvertrag oder durch Akkord vereinbart werden kann.

Auch der Umfang der Arbeit oder Arbeitsaufgabe wird von dem Unterschied zwischen Zeitlohnvertrag und Akkord nicht berührt. Ist die Vergütung für einen Zeitabschnitt bestimmt, so kann die Arbeitsaufgabe auf diesen Zeitraum oder gar auf einen kürzeren beschränkt sein; es kann aber auch eine längere Zeit, nämlich eine bestimmte oder unbestimmte Zahl jener Abschnitte für sie in Aussicht genommen sein. Und ganz entsprechend kann der Akkord so geschlossen werden, dafs er nur die Arbeit umfassen soll, für welche der Entgelt im Vertrag bestimmt ist, also dafs nur ein einziges oder einmaliges Ergebnis zu liefern ist, was man wegen dieser Einheit einen

Einheitsakkord nennen darf; man denke z. B. an den, der sich vom Stiefelputzer auf der Straße die Stiefel reinigen, oder vom Scherenschleifer sein Messer schleifen, oder vom Zahnarzt einen Zahn ziehen, oder vom Bauunternehmer einen Eisenbahntunnel erbauen, oder sich vom Rheder nach New-York transportieren läßt¹. Der Akkord kann aber auch, analog dem vorhin vom Zeitlohnvertrag Gesagten, so geschlossen sein, daß er nicht auf die Arbeit beschränkt ist, für welche der Entgelt im Vertrag bestimmt ist, daß vielmehr eine Mehrheit durch ihre Ergebnisse unterschiedener Arbeiten zu liefern sind. Eine solcher, eine Mehrheit von Arbeiten zulassender oder vorsehender Akkord könnte darum, im Gegensatz zum erstgenannten, Mehrheitsaccord heißen. Wir wollen ihn Stücklohnvertrag nennen, womit hier also eine Art des Akkordes bezeichnet wird. Dieser Stücklohnvertrag kann ein unbeschränkter sein, indem die Zahl der zu liefernden Arbeiten oder Stücke im Vertrag nicht beschränkt ist, wie z. B. bei dem Setzer einer Druckerei, dem für je tausend Lettern, oder dem Adressenschreiber, dem für je tausend Adressen, dem Schiffchensticker, dem für je tausend Stiche eine gewisse Vergütung zugesichert ist, ohne daß im Vertrag eine Grenze der zu erbringenden Ergebnisse gesetzt wäre. Es kann aber auch eine solche Schranke im Vertrag gezogen sein — beschränkter Stücklohnvertrag — sei es ausdrücklich, indem der Schreiner Geselle zwei Dutzend Stühle anzufertigen übernommen hat, den Stuhl um 6 Mk., oder die Wäscherin vom Junggesellen zehn Taschentücher à 10 Pf. zu waschen, oder der Rheder den Transport von vierhundert Centner Kaffee, den Centner zu 5 Mk.; sei es stillschweigend, indem z. B. Kohlenarbeiter die Kohlenbeladung eines Dampfers übernommen haben, die Tonne zu 1 Mk., oder Putzer den Fassadenputz eines Hauses, den Quadratmeter für 40 Pfg. In den zwei letztgenannten Akkorden ist die Anzahl der Stücke im Vertrag dadurch beschränkt, daß die Arbeitszusage auf die Füllung des Kohlenbunkers des bestimmten Schiffes, oder auf den Verputz des bestimmten Hauses gerichtet ist.

III. Im vorstehenden hat sich gezeigt, daß die Distinktion von Akkord und Zeitlohnvertrag über wichtige materielle Bestimmungen des Arbeitsvertrags erhoben ist. Dieser Unterschied erscheint daher als einer der Form des Arbeitsvertrags und zwar seiner inneren Form, indem er die Beziehung seiner wesentlichen Bestandteile zu einander,

¹ S. auch S. 333 die für die ganze Reise in Bausch und Bogen bedungene Heuer.

ihr internes Verhältnis betrifft, nicht etwa die äußere Form wie die Verwendung gewisser Äußerungsmittel, Schriftlichkeit oder sonstige Solennität; vielmehr werden in dieser Hinsicht Akkord und Zeitlohnvertrag nicht verschieden behandelt, und alle Besonderheiten, die von der Eingehung des Arbeitsvertrags gelten, namentlich die generelle Fixierung seiner Bedingungen durch Formulare, Taxen, Arbeitsordnungen und Tarifverträge, gelten vom Arbeitsvertrag ohne Unterschied, ob er Akkord oder Zeitlohnvertrag ist.

Wenn man den Gegensatz von Akkord und Zeitlohnvertrag für einen inneren Formunterschied erklärt, so meint man damit die innerhalb des Arbeitsvertrags liegende Beziehung von Arbeit und Entgelt, und will nicht in Abrede stellen, daß der Gegensatz im Thatbestand zum Ausdruck komme. Daß es sich um einen im Thatbestand obwaltenden Gegensatz handle, war ja der Ausgangspunkt (S. 329).

Es versteht sich von selbst, daß der Arbeitgeber, der im Akkord die Vergütung verspricht, wohl weiß, daß während der von ihm zu vergütenden Arbeit Zeit verfließt, es ist auch möglich, daß er nach dem Umfang dieser Zeit seinerseits die Vergütung bemißt, aber im Vertrag selbst bringt er diesen Maßstab nicht an, stellt er eine solche Beziehung zwischen Arbeitszeit und Vergütung nicht her — er verspricht die Vergütung, ohne dabei auf die Dauer der Arbeit Bezug zu nehmen. Wenn er somit die Vergütung für die Arbeit schlechthin verspricht, und diese von dem, was dabei herauskommt, real unabtrennbar ist, so kann man von ihm auch sagen, er verspreche die Vergütung für das Arbeitsergebnis; denn dieses ist, wenn es nicht ausgeschlossen wird, immer eingeschlossen, in der Arbeitszusage wie in der Entgeltzusage.

Es versteht sich ebenso von selbst, daß der Arbeitgeber, der im Zeitlohnvertrag Vergütung für in einen gewissen Zeitabschnitt fallende Arbeit (z. B. Tagesarbeit, Jahresarbeit) oder für einen gewissen Zeitabschnitt verspricht, obwohl er damit und allererst damit vom Arbeitsergebnis für das Entgeltverhältnis Umgang nimmt, darauf rechnet, daß die Arbeit des gewissen Zeitabschnitts nicht ergebnislos sein werde, da ja die Arbeitswirkung von der Arbeit als Thätigkeit real unzertrennlich ist. Es ist auch möglich, daß er gerade nach dem Umfang des Ergebnisses, das er von der während jenes Zeitabschnitts zu leistenden Arbeit erwartet, den Entgelt für diesen Abschnitt bemißt. Im Vertrag aber, bei Aufstellung des Entgeltverhältnisses, macht er nicht das Ergebnis zum Maßstab des Entgeltes, verspricht er nicht für die Arbeit schlechthin die Vergütung,

sondern er abstrahiert von ihrem Ergebnis, indem er im Vertrag den Entgelt zum Zeitabschnitt in Beziehung setzt; denn damit macht er sich anheischig, den Entgelt für die Arbeit des Tages, Jahres u. s. w. zu entrichten, ohne Rücksicht darauf, ob sie vom erwarteten Erfolg begleitet ist.

Vom Akkord ist anerkannt, daß in ihm die Vergütung nicht in Beziehung zur Arbeitszeit gesetzt, nicht für einen Zeitabschnitt der Arbeit bestimmt ist. Es enthält demnach der Thatbestand des Zeitlohnvertrags ein Mehr gegenüber dem des Akkordes, nämlich die eben genannte Bestimmung der Vergütung für einen Zeitabschnitt¹.

Wenn also Arbeit gegen Entgelt vereinbart wird, wenn z. B. A gegen Vergütung ihm übergebene Baumwolle verspinnen, d. h. in Garn verändern, oder ihm übergebene Tabakblätter wickeln, d. h. in Cigarrenwickel verändern, oder von einem Manuskript eine Abschrift anfertigen, oder auf dem Boden des B für diesen einen Bau herstellen, oder mit seinem Wagen den Transport des B nach N ausführen, oder dem B die französische Grammatik beibringen soll: so sind alle diese mit A als Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsverträge nur dann Zeitlohnverträge, wenn die dem A im Vertrag zugesagte Vergütung nach der Zeit bemessen, d. h. für einen Abschnitt der bei der Arbeit verfließenden Zeit festgesetzt worden ist. Ohne dies oder anderenfalls sind die mit A geschlossenen Arbeitsverträge Akkorde².

Indem der Arbeitsvertrag erst durch das Hinzutreten einer gewissen Bestimmung zum Zeitlohnvertrag wird, ist diese Bestimmung, welche dem Zeitlohnvertrag wesentlich ist, auch als ihm eigentümlich bezeichnet. Denn er selbst kann ihrer nicht entraten, und andererseits eignet sie nicht auch dem Akkord.

Die besprochene thatbeständliche Beziehung von Arbeit und Vergütung im Zeitlohnvertrag ist nicht bloß ein wesentliches und eigentümliches, sondern das wesentliche und eigentümliche Merkmal des Zeitlohnvertrags gegenüber dem Akkord. Daß also die Vergütung im Zeitlohnvertrag auf einen Zeitabschnitt bezogen, für einen solchen

¹ Ob ihm diese Bestimmung durch die gegebenen Paciscenten ausdrücklich oder stillschweigend eingefügt wird, ist eine den Thatbestand des Zeitlohnvertrags für sich und nicht seinen thatbeständlichen Unterschied vom Akkord angehende Frage, die daher bei der besonderen Erörterung des Zeitlohnvertrags in Bd. II zu behandeln ist.

² Inwiefern auch durch positive Äußerung der Akkord im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag vereinbart werden könne, muß, gleich anderen Einzelheiten, wiederum der besonderen Behandlung der zwei Formen in Bd. II vorbehalten bleiben.

bedungen ist, bildet die einzige Rolle der Zeit, die dem Zeitlohnvertrag wesentlich und eigentümlich ist. Jede andere Zeitbestimmung ist ihm nicht wesentlich, da er auch ohne sie aufkommen und bestehen kann. Und jede andere Zeitbestimmung ist ihm nicht eigentümlich, da sie auch beim Akkord vorkommen kann. Die gemeinten anderen Zeitbestimmungen lassen sich bezeichnen als Zahlungszeit, Arbeitszeit und Vertragszeit. Die erste bestimmt die Zeit der Entrichtung der Vergütung, die zweite bestimmt Anfang und Ende, Länge und zeitliche Lage der Arbeit, die dritte bestimmt die Dauer des Vertragsverhältnisses (Arbeitsverhältnisses). Zur vorläufigen Erläuterung diene das Beispiel eines Kellners, der gedungen worden ist:

1. für einen Lohn von 80 Mk. pro Monat;
2. die Zahlung dieses Lohnes soll am Anfang und in der Mitte jedes Monats erfolgen;
3. die Arbeit soll auf Verlangen des Arbeitgebers jederzeit verrichtet werden; nur muß in jedem Kalendertag eine neunstündige ununterbrochene Pause stattfinden und jeder zweite Sonntag von Arbeit frei bleiben;
4. der Vertrag ist für ein Jahr geschlossen worden.

Von den vier Zeitbestimmungen dieses Vertrags ist es die erste, die den Zeitlohnvertrag als solchen kennzeichnet, die einzige, die ihm als solchem wesentlich und eigentümlich ist. Die zweite Zeitbestimmung betrifft die Zahlungszeit, die dritte die Arbeitszeit und die vierte die Vertragszeit¹. Da die drei letzteren (Nr. 2—4) auch beim Akkord vorkommen können, so ist ihre Erörterung in diesem Band am Platze, der den Arbeitsvertrag im allgemeinen und nicht bloß die eine oder die andere Grundform desselben behandelt, während der für den Lohn maßgebende Zeitabschnitt (Nr. 1) beim Zeitlohnvertrag, dem allein er angehört, zu erörtern sein wird. Zwar können die drei erwähnten Zeitbestimmungen (Nr. 2—4) oder einige von ihnen zusammenfallen und selbst mit dem für den Zeitlohn maßgebenden Zeitabschnitt in einem gegebenen Arbeitsvertrag koinzidieren. Allein ihre stets gegebene und für die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags wichtige begriffliche Sonderung erfordert ihre besondere Behandlung (II.—IV. Abschnitt), wobei sich auch zeigen wird, daß ihre Funktion in den Gebieten der beiden Formen des Arbeitsvertrags anzutreffen ist.

¹ Der „konkret bestimmte Zeitraum“, mit dem R. Loening in Handwörterbuch der Staatswissenschaften I² s. v. Arbeitsvertragsbruch S. 993 für seine Zwecke operiert, und der von den vier obigen Zeitbestimmungen verschieden sein soll, ist etwas Unverständliches.

IV. Akkord und Zeitlohnvertrag sind nicht blofs Formen des Arbeitsvertrags, sie verdienen auch als seine beiden Grundformen angesprochen zu werden. Als solche erweisen sie sich durch den Umfang der Herrschaft und durch die Tiefe der Wirkung dieses Formunterschieds. Denn was den Umfang betrifft, so giebt es im ganzen Umkreis der Erfahrung keinen Arbeitsvertrag, der nicht von dem gedachten Einteilungsprinzip betroffen würde. Die Einteilung ist insofern erschöpfend, als sie keinen Arbeitsvertrag ausschließt. Der einen oder der anderen Grundform ist jeder Arbeitsvertrag angepaßt. Damit wie mit der Reinheit des Formunterschieds ist es völlig vereinbar, daß Arbeitsverträge vorkommen, welche beide Formen nebeneinander zeigen. Gerade daß bei solchen Kombinationen das Walten der einen und der anderen Form aufgezeigt zu werden vermag, liefert die stärkste Probe von der Reinheit des Gegensatzes. Der zweite Band wird nach der Betrachtung des bloßen Zeitlohnvertrags und des bloßen Akkordes auch die Kombinationen beider ins Auge zu fassen haben. Dabei soll sich ergeben, daß die Kombination bald nur in Succession besteht, indem aus dem nämlichen Arbeitsvertrag nacheinander Arbeiten geleistet werden, für die der Entgelt in der Form des Zeitlohnvertrags, und solche, für die der Entgelt in der Form des Akkordes vereinbart ist¹; bald aber besteht die Kombination in Kumulation, indem gleichzeitig die beiden Formen in Gebrauch sind, sei es, daß die nämliche Arbeit sowohl mit Zeitlohn als mit Akkordlohn entgolten wird², sei es, daß die verschiedenen Maßstäbe nebeneinander bereitstehen³. Ausgiebige Belege, sowie fernere Möglichkeiten der Kombination und Varianten sind ihres Ortes anzuführen und zu entwickeln; zunächst beschränken wir uns auf die beiden Grundformen als getrennt auftretende.

Die Distinktion dieser Formen ist nicht blofs eine alle Arbeitsverträge ergreifende, sondern auch eine, die bei jedem Arbeitsvertrag auf den Grund geht. Denn so mannigfaltig und schier unabsehbar, so folgenreich für Privat- und Volkswirtschaft, für Gesundheit und Bildung wie für viele andere Interessen die Unterschiede in der

¹ Vorzüglich in der Landwirtschaft kommt es vor, daß auf Verfügung des Arbeitgebers gemäß den Bedingungen des Arbeitsvertrags Tagelohnarbeiten und Akkordlohnarbeiten (Arbeiten im Verdung) abwechseln.

² z. B. es empfängt ein Schauspieler eine Gage pro Monat und ein Spielgeld für jedes Auftreten, oder ein Handlungsreisender Monatsgehalt und eine Provision für jedes von ihm geschlossene Geschäft.

³ z. B. der Arbeitnehmer empfängt Tagelohn und eine Prämie für ein Arbeitsergebnis gewisser Größe.

Vergütung (nach Gegenstand und Umfang) und in der Arbeit sind (mit Einschluß der Arbeitszeit nach Lage und Dauer), so berührt doch keiner dermaßen das Mark des Arbeitsvertrags, nämlich das Entgeltverhältnis, wie der Unterschied, ob die Vergütung für die Arbeit schlechthin, d. i. die Arbeit samt ihrem Erfolg, oder ob sie bloß für die Arbeit einer gewissen Länge, für einen Zeitabschnitt vereinbart wird. Dafs man es hier mit einem fundamentalen Unterschied zu thun hat, muß in den Wirkungen und auch in den Rechtswirkungen zum Vorschein kommen. Was der Akkord im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag für diejenigen Arbeitnehmer bedeutet, die man unter den „Arbeitern“ zu verstehen pflegt, geht nicht so sehr aus den prozessualen Zweikämpfen hervor, die der gewerbegerichtlichen Rechtsprechung unerschöpflichen Stoff liefern, als aus den zahlreichen Massenkämpfen, nämlich den Lohnbewegungen ganzer Arbeiterschaften, in denen die Abschaffung des Akkordsystems oder die Beschränkung ausbeuterischer Nebenwirkungen (durch Garantie des Zeitlohnes) verlangt und auf seine furchtbaren Folgen für Leben und Gesundheit der Arbeiter hingewiesen wird; denn nur beim Akkord gerät der Arbeiter in Versuchung, gegen sein eigenes Fleisch zu wüten. Natürlich handelt es sich bei den dort verklagten und bekämpften Akkorden zwar um Akkorde im Gegensatz zu Zeitlohnverträgen, aber nicht um alle möglichen Akkorde, vielmehr fast nur um Stücklohnverträge. Eine totale Beseitigung der Akkordform des Arbeitsvertrags ist wohl niemals ins Auge gefafst worden und wäre wenigstens mit der geltenden Volkswirtschaft nicht vereinbar. Schon die Akkorde in der Hausindustrie — welches weite, qualerfüllte Gebiet des Arbeitsvertrags der später zu erläuternden Natur des Akkordes gemäß mit Akkorden besetzt ist — würden nur mit der Hausindustrie selbst abzuschaffen sein.

Was die privatrechtliche Wirkung anlangt, so läßt sich voraussehen, dafs hier, dem Unterschied der Thatbestände folgend, eine beträchtliche und mehrfältige Differenzierung Platz greifen muß. Denn — um einige Beispiele anzuführen — nur wo der Entgelt im Vertrag in unmittelbare Beziehung zum zeitlichen Umfang der Arbeit gesetzt ist, kann eine Schmälerung oder Ausdehnung dieses Umfanges zur unmittelbaren Quelle der Vergrößerung oder Verkleinerung der Entgeltforderung werden; wo dagegen jene unmittelbare Relation fehlt, wird die zeitliche Gröfse der Arbeit für den Umfang des schuldigen Entgeltes nicht maßgebend sein. Es kann ferner nur da, wo der Erfolg der Arbeit beim Entgeltverhältnis nicht ausgeschaltet ist, die Erfolglosigkeit oder der Mißerfolg der Arbeit von unmittel-

barem Einfluß auf die Vergütung sein. Insbesondere wird es, wo die Entgeltzusage auf die Arbeit von gewisser Dauer gestellt ist, für die Entgeltforderung nichts verschlagen, daß ein Zufall das Resultat der Arbeit vereitelt; wo dagegen in das Entgeltverhältnis das Ergebnis der zu entgeltenden Arbeit einbezogen ist, kommt der Arbeitnehmer in Gefahr, umsonst, nämlich ohne Anspruch auf Entgelt, gearbeitet zu haben, wenn ein Zufall den Eintritt des Ergebnisses seiner Arbeit hintanhält. Wo, wie im Zeitlohnvertrag, der Entgelt zu der Zeit der aufgewandten Arbeit in Beziehung gesetzt ist, kann nur die vom Arbeitnehmer selbst geleistete Arbeit im Entgeltverhältnis stehen und nicht von Associierung der Arbeitnehmer die Rede sein: es kann nur isolierte Lohnberechnung aufkommen, ein jeder muß für seine Leistung den nach der Zeit auf sie treffenden Entgelt vom Arbeitgeber in Anspruch nehmen. Wo dagegen die Arbeit samt ihrem Ergebnis entgolten wird, kann für eine durch das eingeschlossene Ergebnis zusammengehaltene Leistung einer Mehrheit von Arbeitnehmern ein Entgelt zugesagt werden, den sie repartiren mögen. — Daß die Rechtsordnung des Akkordes von größerer Mannigfaltigkeit ist und darum der Erkenntnis eine größere Aufgabe stellt als die des Zeitlohnvertrags, ergibt sich schon aus den vorstehenden Andeutungen und soll durch die spätere Darstellung bewährt werden.

Niemand wird erwarten, daß eine thatbeständliche Differenz, die so dringend nach einer Verschiedenheit der Rechtswirkung ruft, von den Römern ignoriert worden sei. Und in der That entspricht der Gegensatz von Akkord und Zeitlohnvertrag dem von *locatio operis* und *locatio operarum*. Die meisten Neueren, indem sie sich auf die Distinktion von *opus* und *operae* warfen und den Unterschied im Entgeltverhältnis für gleichgültig erachteten, haben dies nicht eingesehen, und der Beweis für die behauptete Korrespondenz ist noch nicht geliefert worden. Im Zusammenhang mit dem Nachweis, daß jene beiden römischen Geschäfte mit dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag des BGB. nicht kongruent sind, soll ihr Zusammenfallen mit den beiden Grundformen des Arbeitsvertrags in Bd. II gezeigt werden.

V. Die Einteilung des Arbeitsvertrags nach den beiden Grundformen von Akkord und Zeitlohnvertrag erfüllt auch die letzte der unter I erhobenen Forderungen, daß sie rein auf den Thatbestand gestellt ist und nicht von den gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags ausgeht, woran sie schon dadurch gehindert wird, daß die

Mehrzahl dieser Typen nicht auf eine Form beschränkt ist. Eben weil sie nicht von den gesetzlichen Typen ausgeht, ist die besagte Einteilung wie keine andere geeignet, einer juristischen Untersuchung des Arbeitsvertrags zum Leitfaden zu dienen. Mit dem Gedanken nämlich an einen gesetzlichen Typus des Arbeitsvertrags, sei dieser nur auf eine gewisse Arbeit gerichtet, wie der Makler- oder der Verwahrungsvertrag, der Frachtvertrag oder der gewerbliche Arbeitsvertrag, sei er fast jeder Arbeit zugänglich, wie der Dienst- oder der Werkvertrag, — mit dem Gedanken an einen solchen Typus verbindet sich unvermeidlich die Vorstellung gewisser vom Gesetz mit den Typen verknüpfter Rechtswirkungen. Dagegen hält sich die von Zeitlohnvertrag und Akkord ausgehende Betrachtung, weil diese zwei Formen des Arbeitsvertrags in solcher Allgemeinheit im Gesetz nicht abgegrenzt sind, von der Einnischung der Rechtswirkung frei. Diese Formen stellen reine Thatbestände dar, wie sie das Leben liefert; denn in Wirklichkeit realisieren die Parteien in den meisten Fällen nur das Faktum, indem sie, Arbeit und Entgelt vereinbarend, ausdrücklich oder implicite die besondere Form ihrer Beziehung festsetzen — Entgelt für einen gewissen Zeitabschnitt oder nicht — und es dem Recht wie der Jurisprudenz überlassen, die zugehörigen Rechtsfolgen anzuschließen und zu erkennen.

An den Gegensatz der beiden Grundformen müssen sich, wie schon angedeutet, tiefgreifende Unterschiede in der Rechtswirkung knüpfen. Diese lassen sich aber weder vollständig übersehen noch für die Anwendung als Konsequenzen der thatbeständlichen Differenz würdigen, wenn man von den gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags den Ausgang nimmt.

Allerdings tragen auch die Gesetze bei Ausbildung dieser Typen jenem Formunterschied Rechnung, nicht bloß beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag, beim Heuervertrag des Seeschiffers wie des Schiffsmannes und beim Seefrachtvertrag (S. 334), sondern auch beim gewerblichen Arbeitsvertrag (z. B. GewO. § 124 Nr. 4) und beim Dienstvertrag (BGB. § 623). Aber da sie überwiegend darauf gerichtet sind, die Rechtsordnung des Arbeitsvertrags für gewisse Personen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern oder für gewisse Arten der Arbeit zu schaffen, so brauchten sie das Bedürfnis einer das ganze Gebiet des Arbeitsvertrags durchdringenden Unterscheidung nicht zu empfinden und zu befriedigen. Der Arbeitsvertrag als Gattung ist nicht ein von den Gesetzen geschaffenes Gebilde, sie haben daher auch keinen Anlaß, gattungsmäßig auf seine beiden Grundformen abzustellen.

Wo jedoch der Gesetzgeber sich über die Unterschiede in der Person der Parteien und in der Art der Arbeit erhebt, wo er den Anlauf nimmt, generelle Typen aufzustellen, wo er als in beidem indifferent den Dienstvertrag und den Werkvertrag definiert, ist er über eine unvollständige Scheidung von Akkord und Zeitlohnvertrag nicht hinausgekommen und hat es dadurch einer Untersuchung über den Arbeitsvertrag unmöglich gemacht, von jenen zwei allgemeineren Arbeitsverträgen (dem Dienst- und dem Werkvertrag) auszugehen. Denn er hat zwar unter dem Dienst- und dem Werkvertragstitel radikal verschiedene Komplexe von Rechtswirkungen zusammengestellt und insofern die Titelscheidung gerechtfertigt. Um so mehr mußten die mit so disparaten Wirkungen ausgestatteten Thatbestände greifbar gesondert werden. Allein deren Definitionen sind so geraten, daß sie eine sichere Subsumtion der Fälle nicht etwa nur erschweren, sondern geradezu unausführbar machen. Denn es giebt keinen Fall, in dem man nicht sagen kann, daß jemand, der „einen durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg“ verspricht, damit nicht eine Dienstleistung verspreche, wonach also jeder Werkvertrag auch ein Dienstvertrag wäre. Den Werkvertrag auf die Akkordform zu beschränken, ihm somit die Form des Zeitlohnvertrags fernzuhalten, ist — wie seines Ortes zu zeigen sein wird — dem Gesetzgeber gelungen. Sollten danach die Thatbestände von Dienst- und Werkvertrag auseinandergehalten werden, so mußte entweder, wie der Werkvertrag nur als Akkord vorkommen kann, der Dienstvertrag nur auf die Form des Zeitlohnvertrags zugeschnitten werden; oder, wenn das Recht des Dienstvertrags auch dem Akkord zugeteilt werden sollte, wenn also — was wirklich geschehen ist und hier keineswegs beanstandet wird — der Dienstvertrag sowohl in der Form des Akkordes als in der des Zeitlohnvertrags sollte erscheinen können, somit die Akkordform nicht dem Werkvertrag vorbehalten bleiben sollte, so mußte das Gebiet des Akkordes so geteilt werden, daß ersichtlich ist, welcher Teil dem Dienst- und welcher dem Werkvertrag angehört; so aber giebt das BGB. keine Möglichkeit, denjenigen Akkord, welcher Dienstvertrag ist, von demjenigen, welcher Werkvertrag ist, zu unterscheiden. Und ferner hätte dem unter das Dienstvertragsrecht gestellten Akkord ebenso eine der Akkordnatur entsprechende Regelung gewährt werden müssen, wie sie der Werkvertrag erhalten hat, während jetzt der Akkord als Dienstvertrag der von der Akkordform geforderten Regelung entbehren muß, was ein auf die Dauer unerträglicher Mangel des Gesetzes ist.

Da nun Zeitlohnvertrag und Akkord sich nicht mit Dienstvertrag

und Werkvertrag decken und das erste Paar dem zweiten nicht entspricht, so kann eine auf den ersten Gegensatz, weil auf die Thatbestände gestellte Untersuchung des Arbeitsvertrags überhaupt (nicht allein eines gesetzlich gegebenen Typus) nicht vom Dienst- und vom Werkvertrag des Gesetzes ihren Ausgang nehmen. Sie muß vorläufig von diesem thatbeständlich unreinen Gegensatz absehen und kann erst, nachdem die Grundformen mit den für sie geltenden Rechtsordnungen dargelegt worden sind, zu der praktisch ungemein wichtigen Frage nach ihrer Rechtsstellung gelangen, hauptsächlich zu der Frage nach ihrem Verhältnis zu den gesetzlichen Typen des Dienst- und des Werkvertrags. Dann soll sich zeigen, daß durch die Würdigung des Unterschiedes der Grundformen auch die Erkenntnis dieser beiden Typen gefördert wird.

Da endlich der Unterschied von Zeitlohnvertrag und Akkord nicht bloß gegenüber den zwei genannten Typen eine Rolle spielt, sondern von viel größerer Tragweite ist, indem jeder gesetzliche Typus von Arbeitsvertrag, wenn er auch nicht in jenen beiden Grundformen vorkommt, doch nach seinem Verhältnis zu beiden gefragt und in jedem Anwendungsfall als Zeitlohnvertrag oder als Akkord angesprochen werden kann, so war es auch durch den Umfang der gestellten Aufgabe geboten, mit einem Unterschied im Arbeitsvertrag einzusetzen, der sich durch sein ganzes Gebiet durchführen läßt. —

Der im vorstehenden beleuchtete Sachverhalt enthält die Erklärung für die Methode, welche bei der Behandlung unseres Gegenstandes zu befolgen war.

Zweiter Abschnitt.

Zahlungszeit.

Erstes Kapitel.

Begriff und Bedeutung.

I. Zahlungszeit ist die Zeit der Entrichtung der Vergütung. Entrichtung der Vergütung ist ein Stück des Vollzugs des Arbeitsvertrags, nämlich eine Leistung und zwar die Hauptleistung des Arbeitgebers¹.

Zahlungszeit als Zeit der Entrichtung der Vergütung ist sowohl die Zeit, da die Vergütung faktisch entrichtet wird, als die Zeit, da sie dem Recht nach zu entrichten ist.

Unter Zahlungszeit versteht man nicht nur die Zeit der Entrichtung der Vergütung, sondern auch die Bestimmung dieser Zeit, eine Zeitbestimmung. Die Zahlungszeit als Zeitbestimmung ist eine die Zeit der Vergütung festsetzende, eine die Hauptleistung des Arbeitgebers zeitlich festsetzende Bestimmung.

Die Zahlungszeit als Zeitbestimmung ist entweder ein Stück des Thatbestandes, den man Arbeitsvertrag nennt, indem sie ausdrücklich oder stillschweigend in denselben aufgenommen ist; oder sie steht außerhalb des Thatbestandes, gehört zu den gesetzlichen oder ge-

¹ S. 165/66. Vgl. BGB. § 271 („eine Zeit für die Leistung“). §§ 299. 789 („Leistungszeit“). Da die Entrichtung der Vergütung in den meisten Fällen Zahlung, und die Leistung der Arbeit (vom Kassier abgesehen: S. 179¹) niemals Zahlung ist, so eignet sich der Ausdruck Zahlungszeit zur Bezeichnung der Zeit der Erfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden Verbindlichkeit. Vgl. dies pecuniae im Gegensatz zu dies operis in der lex parieti faciendo Puteolana III, 14 (CJL 10 p. 218), sowie mercedes suis temporibus solventur, mercedem per tempora accipere debet, in den locationes operarum in CJL 3 p. 948. 949 (Bruns fontes⁵ p. 273. 269. 270).

wohnheitsrechtlichen Normen, welche die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags regeln, indem sie vorschreibt, wann die Vergütung zu erfolgen hat, z. B. die Vorschrift, daß die Vergütung nach der Leistung der Arbeit zu entrichten ist (vgl. S. 239).

Für den Begriff der Zahlungszeit ist die Art der Vergütung gleichgültig. Von Zahlungszeit im angegebenen Sinn kann die Rede sein, einerlei, ob die zu entrichtende Vergütung in Geld oder in etwas anderem besteht. Die Zeit der Entrichtung der Vergütung kommt sowohl bei Geld- als bei Naturalvergütung in Frage.

Die Zahlungszeit als die Zeit, in der die Vergütung entrichtet wird oder zu entrichten ist, kann sein Zahlstunde, Zahltag, Zahlwoche u. s. w., nämlich die Stunde, der Tag, die Woche u. s. w., an oder in der die Vergütung entrichtet wird oder zu entrichten ist¹. Diese die Zahlungszeit specialisierenden Ausdrücke werden vornehmlich da gebraucht, wo Zahlungsperioden vorkommen. Wo im nämlichen Arbeitsverhältnis wiederholt Entrichtung von Vergütung vorkommt, d. h. wiederholt Lohnzahlungen stattfinden², folgen sie einander in Intervallen, die man Lohnzahlungsperioden (Löhnungs- oder Lohnperioden) nennt. Das sind Zeitabschnitte, die „durch die einzelnen Lohnzahlungen gebildet werden“³. Ihre Gleichheit gehört nicht zu den Merkmalen dieses Begriffs⁴. Sie können einander gleich sein⁵, ebenso wie die an den Zahlungszeiten, z. B. Zahltagen, entrichteten Vergütungen⁶. Sie können einander gleich sein, während die Vergütungen ungleich sind (z. B. weil Akkordarbeit von wechselnder Ergiebigkeit⁷ oder Überarbeit geleistet worden, oder weil Arbeits-

¹ z. B. ist für den Arbeitgeber, der an jedem Quartalschluss vergütet, der Monat, in den die Zahlung fällt, der Zahlmonat.

² z. B. GewO. § 134 Abs. 3 „bei jeder Lohnzahlung“.

³ Rosin, Arbeiterversicherung I, 199. Anders, aber unhaltbar das Gewerbegericht bei Unger, Entscheidungen Nr. 213.

⁴ Nach Rosin a. a. O. „setzt der Begriff nicht unbedingte Gleichheit voraus“.

⁵ Das ist der Fall, wo die Vorschrift des § 614 BGB. befolgt wird: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.“ Die einzelnen Zeitabschnitte sind einander gleich. Zahlung nach ihrem Ablauf ergibt gleiche Zahlungsperioden.

⁶ z. B. der Schauspieler oder der Handlungsgehülfe, der alle Monate 100 Mk. als Vergütung empfängt.

⁷ Man denke an einen Gedingehäuer, dem monatlich nach dem Gewicht der geförderten Kohlen bezahlt wird, oder an den Gotthardtunnelunternehmer: dessen 48 Millionen Franken betragende „Vergütung war in monatlichen, nach Verhältnis der Ausführung zu bemessenden Zahlungen zu leisten“: Regelsberger in Jherings Jahrbüchern 40, 452.

zeit ausgefallen ist). Die „festen Fristen“ in GewO. § 119^a sind gleiche Lohnzahlungsperioden¹. Die Zahlungsperioden können aber auch ungleich sein, während die Vergütungsbeträge gleich bleiben² oder auch ihrerseits ungleich geraten³.

Nach Vornahme einer Zahlung beginnt, falls das Arbeitsverhältnis fort dauert, eine neue Zahlungsperiode, und diese erstreckt sich bis zu der Zeit, da eine neue Zahlung geleistet wird. Die Zahlungsperiode ist wichtig nicht bloß wegen ihres offenbaren Zusammenhanges mit der uns beschäftigenden Zahlungszeit, sondern auch für die Anwendung des InvVG. §§ 142. 144 und des KrVG. §§ 53. 65. 72. 73. 82. Denn nach diesen Gesetzen erstreckt sich das Einbehaltungs-, Abzugs- oder Anrechnungsrecht, das der Arbeitgeber wegen der auf den Arbeitnehmer fallenden Versicherungsbeiträge hat (unten Kapitel 6, Nr. II), auf die Lohnzahlungen nur der letzten und der vorletzten Zahlungsperiode, so daß, wenn der Abzug bei einer früheren (z. B. der drittletzten) Zahlung unterblieben ist, er nicht mehr vorgenommen werden kann⁴. Für diese Gesetze erheben sich die hier nicht zu verfolgenden Fragen: 1. ob eine Zahlungsperiode auch mit einer Abschlagszahlung oder nur mit einer Hauptzahlung endigen könne; 2. wie es zu halten sei, wenn aus einem Arbeitsverhältnis nebeneinander verschiedene Vergütungen geschuldet sind, welche zu verschiedenen Zeiten entrichtet werden⁵.

Die Zahlungsperiode ist nicht dasselbe wie die Abrechnungsperiode, und sie können zeitlich auseinanderfallen. Wo ein Arbeitgeber eine Mehrheit von Vergütungen zu leisten hat, sei es an den nämlichen Arbeitnehmer, sei es an eine Mehrheit in ähnlichen Arbeitsverhältnissen zu ihm stehender Arbeitnehmer, können die in gewissen Fristen verdienten Vergütungen jeweilen für die Frist, also periodisch durch Rechnung festgestellt werden. Die Zahlungszeit pflegt dann

¹ Dagegen die „festen Bezüge“ in GewO. § 133^a, BGB. §§ 622. 627 sind unabhängig von der Zahlungszeit.

² z. B. der Arbeitnehmer hat im nämlichen Arbeitsverhältnis gleichartige Akkordarbeiten zu machen, die gleich große Lohnforderungen ergeben; die Bezahlung geschieht jeweilen nach der Vollendung, aber diese erfordert (z. B. wegen Verschiedenheit des Materials) verschiedenen Zeitaufwand.

³ z. B. weil Akkordarbeiten von ungleichem Umfang übertragen worden sind, die jeweilen nach ihrer Vollendung vergütet werden.

⁴ S. Unger, Entscheidungen Nr. 214. 215. Stadthagen, Arbeiterrecht S. 150. Gewerbebericht IV, 108.

⁵ Zur Frage Nr. 1 s. S. 395⁴. — Die Frage, wodurch sich die periodische Entrichtung der Vergütung von der auch periodischen Ausrichtung einer Leibrente unterscheidet, ist S. 151. 152 beantwortet worden.

mit Rücksicht auf die Zeit, welche diese rechnerische Feststellung in Anspruch nimmt und zur Bequemlichkeit des Arbeitgebers, dem Ende jener Frist (der Abrechnungsperiode) nachzufolgen. Hier fällt folgerweise die Zahlungsperiode nicht mit der Abrechnungsperiode zusammen¹.

II. Die Zahlungszeit kann und darf nicht verwechselt werden mit anderen „Zeiten“, welche bei Arbeitsverträgen vorkommen. Sie ist verschieden

a. von der Arbeitszeit, d. h. von der Zeit oder Zeitbestimmung, die sich auf die Arbeit, die Hauptleistung des Arbeitnehmers, bezieht. Wann diese beginnt oder endigt, welche Lage in der Kalenderzeit sie hat und wie lange sie sich ausdehnt, ist augenscheinlich etwas anderes als die Zeit der Leistung des Arbeitgebers und hat an und für sich mit der Zahlungszeit nichts zu thun. Die Zahlungszeit wird daher nicht davon beeinflusst, daß innerhalb einer z. B. wöchentlichen, zweiwöchentlichen, monatlichen Zahlungsperiode ein Ausfall an Arbeitszeit stattfindet, mag dieser Ausfall die Vergütung verkleinern oder nicht. Ein einfallender Feiertag verlängert nicht die Zahlungsperiode, verschiebt nicht die Zahlungszeit; nur die Thatsache, daß die Zahlungszeit auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, kann eine Verschiebung der Zahlungszeit bewirken². Hat die Arbeitszeit an und für sich mit der Zahlungszeit nichts zu thun, so können sie doch von außen zu einander in Beziehung gesetzt sein, indem z. B. im Arbeitsvertrage ausgemacht ist, daß die Zahlung der Vergütung stets nach Erteilung von zwölf Unterrichtsstunden zu erfolgen hat, deren eine wöchentlich erteilt werden soll;

b. von der Vertragszeit, d. h. von der Dauer oder Bestimmung der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Die Verschiedenheit dieses Begriffes von dem der Zahlungszeit ergibt sich schon aus dem vorhin erörterten Wesen der Zahlungsperiode. Wenn in ein und dem-

¹ Unten S. 360¹ und Kap. 6 Nr. III. HGB. § 88 Abs. 4: „Die Abrechnung über die (dem Handlungsagenten) zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres statt.“ Immerwahr, Recht der Handlungsagenten S. 149. 155. „Abrechnungsperiode“ in Bekanntmachung betr. die Erstreckung u. s. w., RGBl. 1891 S. 397 Nr. 7 al. 2.

² BGB. § 193. GewO. § 134^b Abs. 1 Nr. 2 in der Fassung des Gesetzes vom 30. Juni 1900: „Die Arbeitsordnung muß Bestimmungen enthalten über Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung mit der Maßgabe, daß die regelmäßige Lohnzahlung nicht am Sonntage stattfinden darf.“ Ebenso, jedoch den Feiertag dem Sonntag gleichstellend, Bühnengagementsformular des deutschen Bühnenvereins I § 3.

selben Arbeitsverhältnis mehrere Lohnzahlungen einander folgen, also daß mehrere Zahlungszeiten stattfinden, während die Vertragszeit nur eine ist und die Zahlungszeiten überdauert, so müssen die Dinge wie die Namen verschieden sein. Man denke an einen Handlungsgehilfen, dessen Arbeitsverhältnis mehrere Jahre währt und der alle Monat sein Gehalt empfängt. Freilich kann auch das Ende der Vertragszeit mit der Zahlungszeit zusammenfallen — indem etwa die Zahlung zu einer gewissen Zeit erfolgt, gerade weil in derselben das Arbeitsverhältnis endigt¹ —, und es kann bereits bei der Vertragsschließung die Zahlungszeit auf das schon im Vertrag bestimmte Ende der Vertragszeit gelegt sein². Endlich kann auch die Vergütung schon am Anfang des Arbeitsverhältnisses entrichtet werden³, also daß die Vertragszeit erst noch nachfolgt. In jedem Fall ist die Zeit der Leistung des Arbeitgebers von der dem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zukommenden Zeit deutlich verschieden.

c. von dem für die Vergütung maßgebenden Zeitabschnitt beim Zeitlohnvertrag. Im Zeitlohnvertrag wird die Vergütung in Entgeltbeziehung gesetzt zu einem der gebräuchlichen Zeitabschnitte, der Stunde, dem Tage, der Woche, dem Monat, dem Quartal, dem Jahre u. s. w. Der Zeitabschnitt entspricht nämlich einem gewissen während desselben geleisteten Quantum von Arbeit. Insofern kann der Zeitlohn als Vergütung für die Stunde, den Tag u. s. w., kurz für den Zeitabschnitt betrachtet werden. Dadurch nun, daß im Zeitlohnvertrag ein gewisser Betrag als Vergütung für einen gewissen Zeitabschnitt ausgesetzt wird, wird dieser Zeitabschnitt zu einem für die zu entrichtende Vergütung maßgebenden gemacht. Mit diesem lohnmessenden Zeitabschnitt wird nicht selten die Zahlungszeit verwechselt, weniger in der Praxis⁴ als in der Theorie, aber hier selbst von Praktikern.

¹ z. B. der Arbeitnehmer wird entlassen und empfängt in diesem Zeitpunkt die schuldige Vergütung.

² z. B. empfängt der Baumeister nach Ablieferung des Bauwerks die Vergütung.

³ z. B. bei Abschließung des Theaterbesuchsvertrags.

⁴ z. B. nicht in dem Urteil bei Unger, Entscheidungen Nr. 22 II: „Zur Entscheidung des Anspruchs war die Vorfrage zu beantworten, ob der Kläger gegen Wochenlohn, d. h. gegen ein für die Wochenarbeit zu gewährendes Pauschquantum angenommen oder ob er gegen Stunden- bzw. Tagelohn beschäftigt war, dessen Betrag pro Tag bzw. pro Stunde berechnet und nur am Schlusse der Woche der Einfachheit halber ausgezahlt werden sollte.“ Hier sind die Woche als Zeitabschnitt, nach dem die Vergütung bemessen

Der § 133^a GewO. sagt im Eingang: „das Dienstverhältnis der von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen“. Im Regierungsentwurf standen hinter dem Wort „feste“ noch die Worte „mindestens monatweise bemessene“. Damit war der Monat als Frist für die Bemessung, nicht für die Zahlung der Vergütung gesetzt. Gleichwohl hat das Landgericht I in Berlin gegen das Gewerbegericht wiederholt entschieden, daß wöchentlich gezahlter Lohn nicht zu den „festen Bezügen“ des § 133^a gehöre, indem es bei der Begründung die längere Frist des Entwurfs im Auge behielt und monatlich bemessenen mit monatlich gezahltem Bezug fälschlich identifizierte¹. Die nämliche Gleichsetzung verschiedener Dinge wird bei dem nämlichen Anlaß in einer Petition des deutschen Werkmeisterverbandes begangen; auch hier wird ein für kürzere als Monatsfrist bemessenes Gehalt als gleichbedeutend hingestellt mit einem Gehalt, das in solcher kürzeren Frist bezogen oder bezahlt wird².

Die Verwechslung des für die Vergütung maßgebenden Zeitabschnittes mit der Frist, auf die sich die gezahlte Vergütung oder die Lohnzahlung bezieht, d. h. mit dem Zeitabschnitt, der durch die Lohnzahlung gebildet wird, sonach mit der Zahlungszeit, wird durch einen gewissen Sprachgebrauch gefördert. Denn z. B. in der Zusammensetzung „Wochenlohn“ erscheint die Woche bald in der einen,

wird, und als Zeitabschnitt, nach dessen Ablauf die Vergütung bezahlt wird, richtig, wiewohl etwas umständlich unterschieden.

¹ S. das Urteil in Soziale Praxis V Sp. 379, wo immer von der Zahlung des Lohnes die Rede ist. Von der Zahlungszeit ist weder im Entwurf noch in § 133^a etwas gesagt.

² Gewerbegericht III Sp. 135. Im Jahresbericht der bayerischen Fabrikinspektoren für 1897 wird (S. 341) aus Unterfranken gemeldet: „Die Art der Lohnzahlung hat insoferne Veränderungen erfahren, als in einigen Betrieben vom Taglohn zum Akkordlohn übergegangen wurde.“ Wenn hier wirklich von Lohnzahlung die Rede, also mit „Taglohn“ täglich gezahlter Lohn gemeint wäre, so würde „Akkordlohn“ keinen Gegensatz bilden, da auch täglich gezahlter Akkordlohn vorkommt. Wenn aber, wie nach dem Zusammenhang sicher ist, mit „Taglohn“ Zeitlohn, nämlich für den Tag bemessener Zeitlohn gemeint ist, dann sollte statt „Art der Lohnzahlung“ gesagt sein „Art der Lohnbemessung oder -berechnung“. In der Einleitung a. a. O. S. XXIX/XXX ist die eben besprochene Angabe „hinsichtlich der Lohnzahlungsformen“ berichtet und damit die irrige Ausdrucksweise wiederholt. Der fragliche Fehler ist in der ökonomischen Literatur nicht selten anzutreffen. Selbst ein Gesetz, die SeemO. § 35 sagt: „Die Heuer ist in Ermangelung einer anderweitigen Abrede vom Zeitpunkte der Anmusterung an zu zahlen.“ Unter „zahlen“ ist hier zu verstehen „berechnen“. Von der Zahlung der Heuer handelt § 36.

bald in der anderen Bedeutung, bald als Maßstab des Lohnes, bald als Frist, mit deren Ende die Zahlungszeit da ist. Es bedeutet nämlich Wochenlohn

1. den im Arbeitsvertrag für die Arbeitswoche festgesetzten oder bemessenen Lohn, — das ist etwas dem Zeitlohnvertrag Eigentümliches. In diesem Sinn wird in der Folge von Wochenlohn und von Wochenlohnvertrag gesprochen werden;

2. den wöchentlich zahlbaren oder gezahlten Lohn, — das ist etwas dem Zeitlohnvertrag nicht Eigentümliches, sondern etwas, das sowohl beim Akkord als beim Zeitlohnvertrag vorkommen kann.

Ein Zeitlohnvertrag kann, wie noch ausgeführt werden wird, ein Wochenlohnvertrag in beiderlei Sinn sein.

Außer in diesen zwei Bedeutungen erscheint der Ausdruck „Wochenlohn“ noch in einer dritten¹, worin er bezeichnet

3. den während einer Woche verdienten Lohn. Ein solcher braucht nicht im Arbeitsvertrag festgesetzt zu sein und kann danach sowohl beim Akkord als beim Zeitlohnvertrag vorkommen. Hierdurch unterscheidet er sich von dem unter 1. angegebenen Wochenlohn. Ein solcher Wochenlohn braucht ferner nicht wöchentlich zahlbar oder gezahlt zu sein; hierdurch unterscheidet er sich von dem unter 2. angegebenen Wochenlohn. Diesen (dritten) Sinn hat „Wochenlohn“ z. B. in GewO. §§ 119^a. 134, wo von „durchschnittlichem Wochenlohn“ die Rede ist. Denn dieser Wochenlohn umfaßt Akkordlohn so gut als Zeitlohn, und vom Zeitlohn so gut den Tage- als den Wochen- oder Zweiwochen- oder Monatslohn u. s. w. Auch braucht dieser Wochenlohn nicht ein wöchentlich zahlbarer oder gezahlter Lohn zu sein. Es handelt sich vielmehr um die Einbehaltung oder um die

¹ Eine dritte ist nicht die von Cuno in Soziale Praxis V, 380 an zweiter Stelle aufgezählte, worin Wochenlohn „eine Umschreibung für wöchentlich zahlbaren Stundenlohn“ sein soll. Diese Dreiteilung ist schon logisch unmöglich. Ein Wochenlohn, der so heißt, weil er „wöchentlich zahlbar“ ist, ist ein Wochenlohn im Sinn unserer Nr. 2, mag er zugleich Wochenlohn im Sinn von Nr. 1 oder Monatslohn oder Tagelohn oder Stundenlohn sein. Da in dem von Cuno beschriebenen Thatbestand der Lohn nicht pro Stunde festgesetzt ist, sondern pro Woche, so ist er ein Wochenlohn auch im Sinn von Nr. 1, mit der Besonderheit, daß die Arbeitszeit durch Fixierung der auf die Woche treffenden Stundenzahl geregelt ist. Diese Regelung ist für das Dasein von Wochenlohnvertrag wie überhaupt für die in Rede stehende Einteilung gleichgültig. Im gedachten Fall hat sie nach Parteiwillen die Bedeutung, zur Vergrößerung oder Verkleinerung des für die Woche bemessenen Lohnes zu führen wegen Überzeit oder wegen Unterzeit.

Verwirkung des durchschnittlich während einer Woche verdienten Lohnes¹.

Die hier allein interessierende Unterscheidung des Wochenlohnes in der ersten und in der zweiten Bedeutung ist, wie nicht ausgeführt zu werden braucht, mutatis mutandis auch beim Stundenlohn, Tagelohn, Monatslohn u. s. w. zu machen².

Die Zweideutigkeit des Sprachgebrauchs, die mitunter zur Verwechslung des für den Lohn maßgebenden Zeitabschnittes mit der Zahlungsperiode oder mit der Zahlungszeit führt, wird ihrerseits dadurch befördert, daß diese beiden Zeiten oder Zeitbestimmungen oft zusammenfallen, einander decken, sei es nur thatsächlich, sei es kraft einer im voraus dahin getroffenen Verfügung. Nicht leicht wird dies der Fall sein beim Stundenlohn, mögen wir an den Maurer denken, dem 50 Pf., oder an den Klavierlehrer, dem 5 Mk. für die Stunde zugesagt worden sind. In beiden Fällen pflegt die Entrichtung der Vergütung nicht nach jeder Stunde der Arbeit zu geschehen, sondern später, wie umgekehrt ein Jahresgehalt gewöhnlich nicht erst nach Ablauf des für den Lohn maßgebenden Jahres, sondern teilweise schon nach Ablauf von Jahresteilen (z. B. monatlich, vierteljährlich) entrichtet wird. Dagegen beim Tage-, Wochen- und Monatslohn ist das Zusammenfallen des lohnmessenden Zeitabschnittes mit der Zahlungszeit so oft anzutreffen, daß es bald ohne weiteres angenommen³, bald von der Zahlungszeit auf den für den Lohn maß-

¹ Man spricht nicht selten von „Schichtlohn eines Gedingehäuers“, was keineswegs widerspruchsvoll ist und nicht etwa Zeitlohn eines Akkordarbeiters bedeutet. Jener Schichtlohn ergibt sich, indem der monatlich zahlbare Gedingelohn durch die Zahl der während des Monats verfahrenen Schichten dividiert wird. Er ist also der für eine Schicht berechnete, während einer Schicht durchschnittlich verdiente Lohn.

² Der „ortsübliche Tagelohn“ der GewO. § 124^b, des KrVG. und der UVGG. ist weder der für den Tag bemessene Lohn, so daß ein Zeitlohnvertrag und zwar ein Tagelohnvertrag vorausgesetzt wäre, noch der täglich zahlbare oder gezahlte Lohn, so daß der aus Zeitlohnvertrag oder Akkord täglich zahlbare oder gezahlte Lohn gemeint wäre, sondern ortsüblicher Tagelohn ist der Lohn, welcher an einem Orte durch Zeitlohnarbeit oder durch Akkordarbeit während eines Tages verdient zu werden pflegt. Dieser Tagesverdienst kann bei Stundenlohn, bei Wochenlohn ebenso wie bei Akkordlohn ermittelt werden. Das Nämliche gilt vom „durchschnittlichen Tagesarbeitsverdienst“ in GewO. § 134^b Abs. 2. S. ferner BeschlG. § 4 Nr. 4, InvVG. § 34, Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten § 28 und SeemO. § 84 Abs. 4. Vgl. auch Rosin a. a. O. I, 206 aa.

³ z. B. Brinz, Pandekten II § 332 Anm. 2^a.

gebenden Zeitabschnitt geschlossen wird¹. Auf dieses Zusammenfallen gerichtete gesetzliche Verfügungen haben wir in BGB. § 614 für denjenigen Zeitlohnvertrag, der ein Dienstvertrag, und in § 699 für denjenigen Zeitlohnvertrag, der ein Verwahrungsvertrag ist, in den übereinstimmenden Worten: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.“ Die Bemessung der Vergütung nach Zeitabschnitten und die Entrichtung der Vergütung sind hier deutlich unterschieden, obwohl die Zahlungszeit mit dem Ablauf des lohnmessenden Zeitabschnitts zusammentrifft. Die Verfügung dieses Zusammentreffens ist nicht zwingendes Recht, Privatdisposition und Verkehrssitte setzen sich der Koincidenz entgegen, und in unzähligen Fällen treten die Zahlungszeit und der Ablauf des lohnmessenden Zeitabschnitts auseinander, indem jene diesem vorausgeht oder nachfolgt².

III. Durch nichts wird der begriffliche Unterschied von Zahlungszeit und lohnmessendem Zeitabschnitt deutlicher gezeigt als dadurch, daß erstere ebensowohl beim Akkord als beim Zeitlohnvertrag vorkommt, während von einem für den Lohn maßgebenden Zeitabschnitt beim Akkord als solchem nicht die Rede sein kann. Jenes Vorkommen ist schon im vorausgehenden beiläufig erwähnt worden und als selbstverständlich anzusehen, da die Entrichtung der Vergütung, die doch auch dem Akkord angehört, natürlich in die Zeit fällt, ihre Zeit hat.

Die Zahlungszeit als Zeitbestimmung ist nichts dem Zeitlohnvertrag Wesentliches und Eigentümliches. Sie ist keine dem Zeitlohnvertrag wesentliche Zeitbestimmung, da zahllose Zeitlohnverträge abgeschlossen werden, in die eine solche Zeitbestimmung nicht, auch nicht stillschweigend, aufgenommen wird, indem die Parteien, ohne auf die gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Regelung der Zahlungszeit für den Konfliktfall zu verzichten, die Zeit der Entrichtung der Vergütung späterer Übereinkunft oder dem Belieben anheimstellen³.

¹ z. B. Stahl, Das deutsche Handwerk S. 330.

² Bei Staub, Kommentar zum HGB. § 64 Anm. 1 heisst es: „Überdies wird in der Vereinbarung eines Wochenlohns schon nach richtiger Auslegung des Parteiwillens die Vereinbarung wöchentlicher Lohnzahlung liegen.“ Dies ist so ausgedrückt, als ob „nach richtiger Auslegung des Parteiwillens“ ein Grund wäre; allein diese Auslegung bedarf selbst der Begründung.

³ Vgl. z. B. Bayr. Fabrikinspektorenbericht für 1897 S. 282/3: „Nur in drei Bierbrauereien, fünf Bäckereien und zwei Schreinereien wurde keine feste Löhnungsfrist angetroffen, sondern der Lohn nach Bedarf und Wunsch des Arbeitnehmers abgegeben.“ S. 423: „In zwei Schreinereibetrieben wird auf Wunsch der Gehülfen zu beliebigen Zeiten ausbezahlt.“

Sie ist auch keine dem Zeitlohnvertrag eigentümliche Zeitbestimmung. Denn erstens werden zahllose Akkorde abgeschlossen, in die eine solche Zeitbestimmung aufgenommen wird¹, wie wir auch unzählige Akkorde antreffen, bei denen gewisse Zahlungszeiten eingehalten werden, was auf eine mindestens stillschweigende Vereinbarung schließen läßt². Zweitens giebt es gesetzliche Vorschriften über die Zahlungszeit, die sich gerade auf Akkorde, und solche, die sich unterschiedslos auf Zeitlohnverträge und auf Akkorde beziehen. Zu den ersteren gehört z. B. die Regel für denjenigen Akkord, der ein Speditionsvertrag ist, in HGB. § 409: „Der Spediteur hat die Provision zu fordern, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist;“ ferner für denjenigen Akkord, der ein Werkvertrag ist, in BGB. § 641: „Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme zu entrichten.“ Zu den gesetzlichen Vorschriften über die Zahlungszeit, welche sich unterschiedslos auf Zeitlohnverträge und auf Akkorde beziehen, gehören z. B. BGB. § 614 Satz 1: „Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten.“³ Ebenso gilt, was die GewO. verfügt in § 119^a über Lohneinbehaltung, durch welche die Zahlungszeit für einen Teil des Lohnes verschoben wird, und über statutarische Bestimmungen fester Zahlungsfristen, ferner in § 124 Nr. 4 über unbefristete Kündigung im Fall der Arbeitgeber den Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt, wozu auch die Zahlungszeit gehören kann, und in § 134^b Nr. 2 über den Inhalt der obligatorischen Arbeitsordnung, nämlich die Aufnahme einer Bestimmung über die Zeit der Lohnzahlung — alle diese Vorschriften gelten ohne

¹ Zum Beweis liefse sich hier eine Menge von Arbeitsordnungen und von Kontraktformularen anführen, in denen Zahltag festgesetzt sind, die entweder sowohl für Zeitlöhne als für Akkordlöhne oder speziell für Akkordlöhne gelten sollen. So z. B. unterscheidet das Engagementsformular des Deutschen Bühnenvereins Gehalt (Zeitlohn) und Spielgeld (Akkordlohn). Ersterer ist „zahlbar am Schlusse eines jeden Monats postnumerando“. Von letzterem heisst es: „Der monatliche Betrag des Spielgeldes ist am Ersten des folgenden Monats zahlbar.“

² z. B. Drucksachen der Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10 S. 112: monatlich gezahlter Akkordlohn. S. 119: wöchentlich gezahlter Akkordlohn. Verhandlungen Nr. 11 S. 26: alle vierzehn Tage gezahlter Akkordlohn. Übliche Zahlungszeiten bei Akkorden, die mit Bildhauern geschlossen werden: Kobel, Verträge des Bildhauers S. 38. 39.

³ Satz 2 betrifft — s. oben S. 353 — ausschliesslich den Zeitlohnvertrag.

Unterschied, ob der Lohn Zeitlohn oder Akkordlohn ist. Die Zahlungszeit wird durch den Gegensatz von Zeitlohnvertrag und Akkord nicht berührt.

IV. Die Zahlungszeit ist, wie ein paar Hinweise in Erinnerung bringen mögen, von großer ökonomischer Bedeutung für den Arbeitnehmer wie für den Arbeitgeber. Dabei wird nur an die Beziehung der Zahlungszeit zum Arbeitsverhältnis gedacht, die relative Lage der Zahlungszeit, d. h. das zeitliche Verhältnis der Zahlung zur Arbeit, nicht an die absolute Lage der Zahlungszeit, d. h. nicht an das zeitliche Verhältnis der Zahlung zu irgendwelchen außerhalb des Arbeitsverhältnisses bestehenden Einrichtungen und Gewohnheiten. Diese absolute Lage der Zahlungszeit nämlich, wie wichtig sie in anderen Hinsichten sein mag, ist privatrechtlich fast gleichgültig. Denn belanglos ist es für das Privatrecht, ob die Entrichtung der Vergütung im Monat Juli oder im Monat August, ob sie am ersten oder fünfzehnten oder letzten Tag eines Monats, am ersten, zweiten, dritten u. s. w. Wochentage, vormittags um 10 Uhr oder nachmittags um 5 Uhr erfolgt. Alle diese Unterschiede erlangen privatrechtlich nur dadurch Bedeutung, daß die Zahlung, indem sie zu der einen oder der anderen Zeit erfolgt, damit in eine verschiedene Lage zur Arbeit gerät, nämlich ihrem Beginn oder Ende länger oder kürzer vorangeht oder nachfolgt. Es ist z. B. für das Recht des Arbeitsvertrags gleichgültig, ob die Vergütung an einem Montag oder an einem Samstag zur Entrichtung kommt oder kommen soll, während es natürlich privatrechtlich sehr relevant ist, ob die am Samstag endigende Wochenarbeit an diesem Samstag oder am folgenden Montag vergütet wird, und noch mehr, ob eine am Samstag endigende Wochenarbeit an diesem Samstag, an dem sie endigt, oder schon am vorangehenden Montag, wo sie begonnen wird, vergütet wird. Außerhalb des Privatrechts dagegen hat auch die absolute Lage der Zahlungszeit große Bedeutung. Darauf beziehen sich z. B. die Bestrebungen, statt des Samstags einen anderen Werktag zum Zahltag zu machen, etwa weil mit dem gezahlten Lohne zu machende Einkäufe sich sonst nicht leicht bewirken lassen. Hingegen ist „im Bergrevier Ost-Beuthen an der Gewohnheit, die Lohnzahlung möglichst auf Sonnabend oder andere Tage vor Feiertagen zu legen, festgehalten worden, weil erfahrungsmäßig an dem der Löhnung folgenden Tage ein Teil der Belegschaft zu feiern pflegt. Das Gleiche wird aus dem Bergrevier Tarnowitz berichtet. Auch im Bezirke Württemberg III soll die Verlegung des Zahltages auf den Freitag, so wertvoll

sie für die verheirateten Arbeiter thatsächlich ist und mittelbar auch die Durchführung der Sonntagsruhe im Handelsgewerbe erleichtert, nach einzelnen Mitteilungen den Nachteil im Gefolge gehabt haben, daß die jungen Leute gegen früher häufiger, z. B. auch Samstags, Blauen machen¹. Um die absolute Zahlungszeit, d. h. um deren Lage in der Kalenderzeit, kümmert sich das Privatrecht fast gar nicht. Das BGB. enthält bloß die oben S. 348 erwähnte Vorschrift des § 193. Diese Vorschrift ist nach § 186 eine Auslegungsvorschrift. Sie schließt nicht aus, daß die Vergütung gültig an einem Sonntag entrichtet wird, und hindert auch die Parteien nicht, als Zahlungszeit bewußt den Sonntag bindend zu vereinbaren. Auf Handelsgeschäfte, daher nur auf solche Arbeitsverträge, die Handelsgeschäfte sind², bezieht sich die Vorschrift des § 358 HGB., daß die Leistung, auch die Entrichtung der Vergütung, „nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden kann.“ Die GewO. enthält nur die oben S. 348² citierte Vorschrift, daß die obligatorische Arbeitsordnung Bestimmungen über die Zeit der Lohnzahlung enthalten muß „mit der Maßgabe, daß die regelmäßige Lohnzahlung nicht am Sonntage stattfinden darf. Ausnahmen können von der unteren Verwaltungsbehörde zugelassen werden.“ Wenn die regelmäßige Lohnzahlung nicht an Sonntagen stattfinden darf, so darf diese Zahlungszeit nicht in der Arbeitsordnung bestimmt werden. Mehr schreibt aber das Gesetz nicht vor. Es läßt daher den Sonntag als Zahlungszeit für alle die Gewerbe zu, für die keine Arbeitsordnung zu erlassen ist. Seine Bestimmungen über die Sonntagsruhe beziehen sich auf die Arbeitszeit, nicht auf die Zahlungszeit.

An der (hier allein in Rede stehenden) relativen Zahlungszeit ist der Arbeitnehmer insofern interessiert, als ihm daran gelegen ist, die Vergütung, welche ihm im Arbeitsvertrag zugesagt worden ist, möglichst bald nach der Schließung des Arbeitsvertrags und, wenn immer möglich, im Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütungsschuld zu erhalten. Dieses ökonomische Interesse an der Zahlungszeit ist um so größer, je mehr der Arbeitnehmer für die Bestreitung seiner eigenen Bedürfnisse und derjenigen seiner von ihm zu unterhaltenden Angehörigen auf den Empfang der Vergütung angewiesen ist. Das Interesse ist daher in der Regel größer beim Arbeitnehmer, der

¹ Amtl. Mitteilungen aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten, Jahrg. 1898 S. 143.

² z. B. Engagement eines Handlungsgehülfen: Staub, Kommentar zu HGB. § 349 Anm. 11. 14.

Proletarier ist, als z. B. bei dem kapitalkräftigen Rheder, der als Arbeitnehmer Güter zur See zu befördern hat.

Wenn der Arbeitnehmer die Vergütung in einem späteren statt in einem früheren Zeitpunkt empfängt, so kann er hierdurch genötigt sein, sich Entbehrungen aufzuerlegen oder Kredit in Anspruch zu nehmen¹, und letzteres ist für ihn mit Kosten verbunden, wenn auch nur mit denen, die in den Preiszuschlägen kreditierter Waren stecken.

Eine nicht minder weit reichende ökonomische Folge der Hinausschiebung der Zahlungszeit kann der Zeitverlust sein. Der Arbeitnehmer, der die Vergütung in einem gewissen Zeitpunkt zu erhalten rechnen durfte, bringt die Zeit bis zur Entrichtung möglicherweise mit Warten zu², was aufer der psychischen Beschwerde einen ökonomischen Aufwand bedeuten kann (vgl. S. 84). Die Häufigkeit dieser Verzögerung und ihre Auffassung durch die davon betroffenen oder bedrohten Arbeiter ergeben sich daraus, daß in mehreren neueren Tarifverträgen ausbedungen und in Propositionen zu solchen postuliert wird, die Entrichtung der Vergütung habe auf der Arbeitsstätte selbst und innerhalb der Arbeitszeit oder vor Feierabend zu geschehen³. Die Arbeitnehmer, welche Handlungsgehilfen sind, werden durch die S. 356 erwähnte Vorschrift rechtlich behütet. Arbeitnehmern, die als Vergütung einen größeren Geldbetrag zu fordern haben, kommt das Gebot der Verzinsung wegen Verzugs — welcher beim in Rede stehenden Fall vorliegt — zu gute (BGB. § 288), und wo die Parteien des Arbeitsverhältnisses Kaufleute sind, leistet dem Arbeitnehmer HGB. § 353 Hilfe (S. 363). Gewerblichen Arbeitern hingegen, z. B. Bau-

¹ Dies wurde auf Bergarbeiterkongressen wiederholt (Helmstädt 1897, Dortmund 1898) geltend gemacht: „Des weiteren muß auch die achttägige Lohnzahlung Gesetz werden. Die langen Lohnperioden (vielfach müssen die Arbeiter drei Wochen auf den Lohn warten) führen zum Borgsystem und schädigen die Arbeiter.“ Dortmunder Protokoll S. 36. Schlimmeres in Landarbeiter in den evangel. Gebieten Norddeutschlands ed. M. Weber (1899) II, 172: „Dieses Borgsystem ist zum großen Teil durch die nur im Herbste stattfindende Löhnung verursacht.“

² Blätter f. soz. Praxis II, 1 S. 32: Lohnzahlung an städtische Arbeiter in München „nicht mehr an einer Stelle, an welcher die Arbeiter dann stundenlang warten müssen, bis an jeden einzelnen die Reihe kommt“.

³ z. B. Deutscher Buchdruckertarif (1896) § 35: „Das Auszahlen des Arbeitslohnes geschieht wöchentlich und zwar innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit.“ Tarifvertrag für das Maurergewerbe zu Frankfurt a. M. in Gewerbegericht IV, 28: „Die Auszahlung des Lohnes erfolgt auf der Baustelle vor Feierabend.“ Postulat der Steinsetzer in Eilenburg (Vorwärts vom 17. Dez. 1898): Sonnabends vor Feierabend auf der Arbeitsstelle, statt Sonntags in der Wohnung des Meisters.

arbeitern, Heimarbeitern der Konfektion, ist bei Geldbeträgen von weniger als hundert Mark und bei einem Verzug von Stunden oder wenigen Tagen mit dem Gebot der Verzinsung nicht gedient. Hier müßte das Gesetz in anderer Weise helfen¹. Einstweilen haben organisierte Arbeitnehmer erstrebt und mitunter erreicht, daß ihnen die nach der Fälligkeit ihrer Lohnforderung für die Empfangnahme des Lohnes geopfert freie Zeit (Wartezeit) als Überzeit angerechnet, d. h. so behandelt werde, als ob sie mit Überarbeit verbracht worden wäre².

Noch bedeutungsvoller ist das Warten auf die Entrichtung des Lohnes, wo es zu einer Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit führt³, sei es, daß der Arbeitnehmer sich in der Nähe des Arbeitgebers zu halten wünscht, um bald und sicherer die Vergütung zu empfangen, sei es, daß er ohne sie außer stande ist, den Ort zu wechseln und sich anderwärts eine Verdienstgelegenheit zu verschaffen⁴.

Wenn der Arbeitnehmer, der die Vergütung in einem späteren statt in einem früheren Zeitpunkt empfängt, auch Arbeitgeber ist, so kann er oft darum, weil er selbst später empfängt, die Vergütung an seine Arbeitnehmer erst später entrichten. Die Zahlungszeit der von ihm zu empfangenden Vergütungen wirkt dann nicht bloß (S. 356) auf seine Konsumtions-, sondern auch auf seine Produktionswirtschaft ein. Und wenn an letzterer eine Mehrheit von Arbeitnehmern beteiligt ist, so erstreckt sich die Wirkung der Zahlungszeit, die nur einen Lohnempfänger zu treffen scheint, durch ihn, weil er andererseits Arbeitgeber ist, möglicherweise noch auf viele Arbeitnehmer⁵.

¹ Auch ohnedies hat das Berliner Gewerbegericht (Vorwärts vom 5. Juli 1898) einen Arbeitgeber zur Zahlung von Lohn für eine Stunde verurteilt, die der Arbeitnehmer dadurch versäumt hatte, daß er nach Feierabend einen Gang machen mußte, um den schuldigen Lohn sich zu holen.

² Entscheidung des Tarifausschusses der Buchdrucker in Deutscher Buchdruckertarif nebst Kommentar (1899) zu § 35. Tarifpropositionen der Zimmerer in Mannheim (Badische Fabrikinspektion f. 1897 S. 58) und der Bauschlosser in Mannheim (Vorwärts vom 11. Mai 1897).

³ Blätter für soz. Praxis (1893) I, 2 S. 160.

⁴ Laubünger berichtet in Gewerbebericht IV, 15 aus Stettin, mit polnischen Arbeitern, die bei Eisenbahnbauten beschäftigt sind, werde von den Unternehmern vereinbart, daß auch bei plötzlicher Entlassung der Lohn erst am Lohntag (der alle 14 Tage eintritt) gezahlt werde. Diese Vereinbarung „enthält eine erhebliche Härte, da sich der Arbeiter aus diesem Grunde oft nutzlos an einem Orte aufhalten muß und nicht in die Heimat reisen kann“. S. ferner den Bericht des Fabrikinspektors von Oberelsaß in Amtl. Mitteilungen aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten für 1898 S. 152.

⁵ Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen

Endlich ist die Zahlungszeit für den Arbeitnehmer wichtig nicht blofs bei der einzelnen oder einmaligen Zahlung. Wo ihrer mehrere vorkommen, sei es, daß die ausgemachte Vergütung in Raten entrichtet wird, sei es, daß dem Umfang der Arbeit entsprechend die Vergütung mehrmals innerhalb des nämlichen Arbeitsverhältnisses bezahlt wird, da ist die Zahlungszeit ökonomisch bedeutend nicht nur gegenüber der Arbeit, die durch die Zahlung entgolten werden soll, sondern auch für das Verhältnis der Zahlungen zu einander. Denn der Arbeitnehmer, der eine successive Mehrheit von Zahlungen zu erwarten hat, entwirft daraufhin einen Wirtschaftsplan, in welchem auf gewisse Zahlungs- d. h. Empfangszeiten gerechnet wird. Die Nichteinhaltung der dabei veranschlagten Intervalle hindert die Verwirklichung jenes Wirtschaftsplanes und kann dadurch die Wirtschaft in Unordnung bringen¹.

Selbstverständlich ist auch für den Arbeitgeber die Zahlungszeit von ökonomischer Wichtigkeit, da es sich ja um die Zeit einer von ihm zu machenden Leistung handelt. Sein Interesse tritt darin hervor, daß er die Zahlung zu verschieben oder die Zahlungsperioden zu verlängern oder eine im Interesse der Arbeitnehmer liegende Regelung hintanzuhalten strebt². Es läßt sich denken, daß dieses Verhalten oft ökonomische Ursachen hat, wie schlechten Geschäftsgang oder Geringfügigkeit der Betriebsmittel³. Für den Arbeitgeber hat die Zahlungszeit eine von der für den Arbeitnehmer geltenden verschiedene Bedeutung auch insofern, als der einzelne Arbeitnehmer nur eine Vergütung zu empfangen, hingegen der Arbeitgeber, dem eine Mehrheit von Arbeitnehmern gegenübersteht, eine Mehrheit von

Nr. 10 S. 145, wo diese Verkettung für das Konfektionsgewerbe anschaulich geschildert ist.

¹ Nach der preussischen Denkschrift über die Arbeiter- und Betriebsverhältnisse in den Steinkohlenbezirken (1890) S. 9 gehört zu den Beschwerdepunkten der Arbeiter, daß Unregelmäßigkeit in der Lohnzahlung bestehe, insbesondere nicht ein für allemal bestimmte Lohntage festgesetzt seien.

² Vgl. z. B. Bayr. Fabrikinspektion für 1897 S. 185, allgemeiner S. XXX: „Immer kehren die Klagen über verspätete Abrechnung oder Auszahlung der Löhne . . . wieder, ein Mißstand, der von dem Arbeitnehmer schwer empfunden wird und vom Arbeitgeber doch so leicht zu beseitigen wäre.“ Nur hängt die Beseitigung nicht immer nur vom guten Willen des Arbeitgebers ab.

³ „Ein schwerer Mißstand ist die Unregelmäßigkeit der Lohnzahlungen bei den kapitalschwachen Meistern, nicht immer aber tragen diese, sondern die saumseligen Kunden daran schuld“. Zur Lage der Arbeiter im Schneider- und Schuhmachergewerbe in Frankfurt a. M. Schriften des freien deutschen Hochstifts VIII, 41.

Leistungen zu entrichten hat. Hierdurch vervielfältigt sich das Interesse des Arbeitgebers an der Zahlungszeit, mögen die mehreren Zahlungen zu gleicher Zeit erfolgen oder nicht. Die Vielheit der Zahlungen und der für sie erforderlichen Kalkulationen nimmt Zeit in Anspruch und kann darum zu einer Verschiebung der Zahlungszeit führen¹.

Zweites Kapitel.

Regelung der Zahlungszeit.

I. Wegen der im Vorausgehenden in Erinnerung gebrachten vielfachen ökonomischen Wichtigkeit der Zahlungszeit ist dieselbe nicht dem Belieben der Parteien — des Arbeitgebers, wann er die Vergütung entrichten, und des Arbeitnehmers, wann er ihre Entrichtung verlangen wolle — überlassen, sondern in gewissem Maß rechtlich geordnet worden². Teils hat sich das Recht unmittelbar ihrer angenommen, teils wird sie von den Parteien unter die Gegenstände ihrer Disposition aufgenommen. Infolgedessen ist die Zahlungszeit nicht mehr nur von ökonomischer Bedeutung, sondern sie bildet eine rechtlich relevante Zeit und Zeitbestimmung. Art und Umfang dieser rechtlichen Relevanz sind verschieden. Die ganze folgende Erörterung ist dieser Relevanz gewidmet.

Innerhalb des Rechts sind es vorzüglich reichsgesetzliche Regeln, die die rechtliche Bedeutsamkeit der Zahlungszeit begründen, Regeln, die in der Folge einzeln anzuführen sind. In einem der einschlagenden Reichsgesetze, der GewO., werden überdies Gemeinde und weitere Kommunalverbände ermächtigt, durch statutarische Bestimmungen eine gewisse rechtliche Regelung der Zahlungszeit vorzunehmen³.

¹ Württemberg. Fabrikinspektion f. 1898 S. 120: „Die Einführung acht-tägiger Lohnperioden an Stelle der vierzehntägigen hat keine Fortschritte gemacht. Es ist eben die mit der Lohnberechnung verbundene erhebliche Mehrarbeit, welche die meisten größeren Betriebe abhält, die achttägige Lohnzahlung einzuführen.“ Ferner erfolgt z. B. nach der Arbeitsordnung des Norddeutschen Lloyd für Bremerhaven S. 6 die Berechnung der verdienten Löhne von 14 zu 14 Tagen und zwar von Sonnabend morgen bis zum zweiten Freitag abend. „Die Auszahlung geschieht am dritten Freitag.“

² Hierin kommt die Entgeltleistung des Arbeitsvertrags mit anderen obligatorischen Leistungen überein. Vgl. BGB. § 271.

³ GewO. § 119^a Abs. 2: „Durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes (§ 142) kann für alle Gewerbebetriebe oder gewisse Arten derselben festgesetzt werden: 1. daß Lohn- und Abschlagszahlungen in festen Fristen erfolgen müssen, welche nicht länger

Die reichsgesetzlichen Regeln ordnen die Zahlungszeit nicht erschöpfend und sind nicht alle zwingend. Soweit sie danach, sei es extensiv, sei es intensiv, der Privatdisposition Raum lassen, kann diese Platz greifen, und soweit die Privatdisposition den ihr gelassenen Raum nicht ausfüllt, sind Gewohnheitsrecht, namentlich Ortsgebrauch, und Gesetze zur Ausfüllung berufen. Die Privatdisposition kann eine individuelle oder eine generelle sein. Sie ist eine individuelle, wo sie durch Abrede dieses individuellen Arbeitgebers und dieses individuellen Arbeitnehmers für ihren einzelnen Arbeitsvertrag getroffen wird. Sie ist eine generelle — gleich der vom objektiven Recht getroffenen Disposition —, wo sie entweder Bestandteil eines Tarifvertrags ist, somit auf kollektiver Vertragsschließung beruht (z. B. S. 357^a. 358^a) oder Bestandteil einer vom Arbeitgeber erlassenen Arbeitsordnung (Werkstattordnung u. dgl.) ist. Beide Male handelt es sich um eine Zeitbestimmung, die nicht bloß für einen einzelnen, gegebenen Arbeitsvertrag gilt, sondern für eine unbestimmte Mehrheit von Arbeitsverträgen und ohne Rücksicht auf die Individualität der Parteien oder doch der Arbeitnehmer; sie gilt für den einzelnen Arbeitsvertrag, wie wenn sie in demselben getroffen worden wäre (S. 231 al. 4)¹. Wo nach GewO. §§ 134^a. 139^k und 154 Abs. 2 eine Arbeitsordnung zu erlassen ist, muß sie nach § 134^b Nr. 2 Bestimmungen enthalten „über Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung“, d. h. über die Zahlungszeit. Wie weit diese Bestimmungen zu gehen haben, sagt das Gesetz nicht (vgl. S. 360¹).

Die Zahlungszeit, soweit sie nicht vom objektiven Recht zwingend geregelt ist, gehört zu den Bestimmungen des Arbeitsvertrags, die der Kontroverse der Paciscenten ausgesetzt sind. Denn da es sich um die Zeit einer Leistung handelt, welche die eine Partei zu machen, die andere zu empfangen hat, so werden ihre Interessen an der Zeit — wie an dem Umfang der Leistung, d. h. der Höhe des Lohnes, obzwar in geringerem Maße als hier — auseinandergehen. Daher gehört die Zahlungszeit zu denjenigen Bestimmungen des Arbeitsvertrags, um welche sowohl von den einzelnen Kontrahenten eines gegenwärtigen Arbeitsvertrags gefeilscht, als von den durch das gleiche Parteiinteresse vereinigten Kontrahenten künftiger

als einen Monat und nicht kürzer als eine Woche sein dürfen.“ Diese Vorschrift bezieht sich auf Lohnzahlungsperioden (S. 346), setzt also Arbeitsverhältnisse voraus, in denen mehrmalige Zahlung vorkommt.

¹ Mit Bezug auf die obligatorische Arbeitsordnung sagt GewO. § 134c: „Der Inhalt der Arbeitsordnung ist, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich.“

Arbeitsverträge gekämpft wird. Eine dem künftigen Arbeitnehmer oder dem künftigen Arbeitgeber genehme d. h. seinem Interesse entsprechende Zahlungszeit gehört zu den „günstigen Lohn- und Arbeitsbedingungen“ der GewO. § 152¹. Zur Erlangung derselben dürfen sich sowohl Gewerbetreibende, das sind hier die künftigen Arbeitgeber, als gewerbliche Gehülfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter, das sind die künftigen Arbeitnehmer, verabreden und vereinigen d. i. koalieren und jenen Koalitionszweck mittelst Arbeiterentlassung oder Arbeits-einstellung zu erreichen suchen (S. 117²).

Da auch in den Fällen, in denen die Zahlungszeit in einer Arbeitsordnung einseitig durch den Arbeitgeber festgesetzt worden ist, diese Bestimmung für den abzuschließenden Arbeitsvertrag Geltung gewinnt erst durch den Abschluß (vgl. S. 231 al. 4), so kann man dem objektiven Recht die vertragsmäßige Festsetzung der Zahlungszeit zur Seite stellen und damit die Quellen ihrer rechtlichen Regelung vollständig angeben. Dies geschieht im BeschlG. § 1 mit den Worten: „der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war“³.

II. Mag die Regelung der Zahlungszeit von objektivem Recht oder von irgendwelcher (ausdrücklicher oder stillschweigender) Privatdisposition herrühren, am wichtigsten ist diejenige Regelung, die geradezu bestimmt, wann die Zahlung zu erfolgen hat. Damit wird ihre Fälligkeit, die Fälligkeit der Hauptleistung des Arbeitgebers bestimmt. Erst in diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger d. i. der Arbeitnehmer die Entrichtung der Vergütung verlangen, sie braucht ihm erst in diesem Zeitpunkt entrichtet zu werden, kann ihm jedoch (falls nicht das Gegenteil ausgemacht ist oder sich aus den Umständen ergibt) auch vorher entrichtet werden³. Obzwar der Arbeitnehmer nicht verlangen kann, daß ihm die Vergütung vor der im voraus bestimmten Zahlungszeit entrichtet werde, und er eine solche vorzeitige Entrichtung nicht rechtlich erzwingen kann, so kann er doch, falls sein Arbeitsverhältnis zu periodischer Leistung von Entgelt führt,

¹ Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 30, 396–398.

² Daß eine Bestimmung der Zahlungszeit während eines Arbeitsverhältnisses durch eine neue Arbeitsordnung oder einen Nachtrag zur alten in Kraft gesetzt wird, auch wenn der Arbeitnehmer widerspricht, falls er nur im Arbeitsverhältnis geblieben ist, kann eigentlich nicht als vertragsmäßige Festsetzung betrachtet werden: S. 233³.

³ BGB. § 271 Abs. 2: „Ist eine Zeit bestimmt (nämlich für die Leistung, einerlei, wodurch bestimmt), so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.“

auch wegen erst nach Erlassung des Urteils fällig werdender Vergütungen auf deren künftige Entrichtung klagen¹.

Der Arbeitnehmer, der mit dem Eintritt der bestimmten Zahlungszeit die Vergütung fordern kann, kann nunmehr diese seine Forderung auch zur Aufrechnung gegen eine dem Gegenstand nach gleichartige verwenden, welche wider ihn seinem Arbeitgeber zusteht (BGB. § 387)².

Ferner ist mit der durch die Zahlungszeit bestimmten Fälligkeit eine Voraussetzung des Verzugs des Schuldners, d. i. hier des Arbeitgebers, und, falls die Zahlungszeit nach dem Kalender bestimmt und daher die Mahnung überflüssig ist, der Verzug selbst gegeben³. Eine einzelne Verzugsfolge, nämlich die Zinsleistungspflicht, falls die Vergütung in Geld besteht, knüpft sich schon an die Nichteinhaltung der gesetzlichen Zahlungszeit beim Werkvertrag⁴; die anderen Voraussetzungen des Verzugs (Mahnung und Verschulden) brauchen nicht erfüllt zu sein. Dieselbe Zinspflicht tritt mit der Fälligkeit ein, falls Arbeitgeber und Arbeitnehmer Kaufleute sind, und der Arbeitsvertrag, aus dem die Vergütung fällig ist, für beide Teile ein Handelsgeschäft ist (HGB. § 353). — Der Eintritt der bestimmten Zahlungszeit ist weiter maßgebend für den Beginn der Verjährung des Vergütungsanspruchs. Regelmäßig nämlich beginnt seine Verjährung in dem Zeitpunkt, da die Leistung der Vergütung fällig wird, also „verlangt werden kann“ (vgl. BGB. §§ 199. 201. 271). Schiebt das Gesetz (§ 201) den Verjährungsanfang bei einer Reihe von Vergütungsansprüchen hinaus (denselben, deren Verjährungsfrist es in § 196 auf zwei Jahre beschränkt), so bleibt doch der Eintritt der Zahlungszeit für den Beginn „maßgebend“⁵.

¹ CPO. § 258. § 323. Vielleicht ist jedoch dem hier vorkommenden Ausdruck „wiederkehrende Leistungen“ nach dem Vorbild von BGB. 520 §§ 1088. 1126. 1386. 1822 Nr. 5 vgl. 7. 1902. 2295 ein engerer Sinn beizulegen, bei welchem er nicht die Vergütung für Arbeit umfassen kann. Vgl. S. 152.

² Dafs der Schuldner der Lohnforderung (der Arbeitgeber) gegen sie nicht aufrechnen kann (Kapitel 4), hindert den Gläubiger (den Arbeitnehmer) nicht, seine Lohnforderung zur Aufrechnung zu verwenden.

³ Wenn z. B. die Zahlungszeit nur dadurch bestimmt ist, dafs vorgeschrieben oder ausgemacht ist, die Vergütung solle nach der Leistung des Dienstes oder nach der Rückkehr des Arbeitgebers von der Reise entrichtet werden, so tritt der Verzug nicht schon mit der Fälligkeit ein, sondern es ist auch eine Mahnung erforderlich.

⁴ BGB. § 641 Abs. 2: „Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen . . .“ Die Nichtzahlung der Vergütung ist selbstverständliche Voraussetzung.

⁵ Das Gleiche gilt für die Heuerforderung der Seeschiffsbesatzung: HGB.

Endlich wirkt die gesetzliche oder private Bestimmung der Zahlungszeit auch auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses ein, und zwar insofern, als die Nichtgewährung der fälligen Vergütung den Arbeitnehmer zur unbefristeten Kündigung des Arbeitsverhältnisses befugt. Durch solche Kündigung wird das Arbeitsverhältnis ex nunc d. h. vom Zeitpunkt der Kündigung an aufgehoben, während der Anspruch auf die fällige Vergütung bestehen bleibt¹. Nach GewO. § 124 Nr. 4 können Gesellen und Gehülfen im Gewerbe — nach § 127^b Abs. 3 Nr. 1 ebenso gewerbliche Lehrlinge und nach § 134 Abs. 1 ebenso Fabrikarbeiter (vorbehaltlich abweichender Bestimmung der Arbeitsordnung: § 134^b Nr. 3) — die Arbeit alsbald verlassen, „wenn der Arbeitgeber den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt“. Zur bedungenen Weise gehört auch die bedungene Zahlungszeit². Das Nämliche gilt von den höheren Angestellten der Gewerbetreibenden, namentlich den Betriebsbeamten, Werkmeistern, Technikern, indem diese nach GewO. § 133^d Nr. 2 die Auflösung des Dienstverhältnisses verlangen können, „wenn der Arbeitgeber die vertragsmäßigen Leistungen nicht gewährt“. Zu den vertragsmäßigen Leistungen, die der Arbeitgeber zu gewähren hat, gehört hauptsächlich die Entrichtung der Vergütung zur irgendwie bestimmten Zahlungszeit (vgl. S. 245³). Ferner ist nach HGB. § 71 Nr. 2 der Handlungsgehülfe und ebenso nach § 77 Abs. 3 der Handlungslehrling (dieser nach Ablauf der Probezeit) zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, „wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt“. Diese Nichtgewährung ist mit der Nichteinhaltung der Zahlungszeit gegeben. Nach der Ansicht von Staub, Kommentar zu HGB. § 71 Anm. 3, „wird man aber“ unter jener Nichtgewährung „nur eine wirkliche Verweigerung verstehen können“³. Allein, bei dieser Ansicht ist uner-

§ 903 Nr. 1. S. ferner BiSchG. §§ 117. 118 und FIG. § 30 Abs. 2: „Die Verjährung beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Forderung fällig geworden ist.“ Vgl. auch S. 908¹. 311¹.

¹ Hierdurch unterscheidet sich diese Aufhebung vom Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag, den BGB. § 326 und § 361 gestatten. Allein, es ist im Fall des Rücktritts nach § 346 „für geleistete Dienste“ dem Arbeitnehmer, „falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten“, also daß hier der Anspruch des Arbeitnehmers nicht verschieden ist von dem ihm nach der Kündigung zustehenden.

² Der Ausdruck „bedungene“ umfaßt nicht die gesetzliche, die statutarische (GewO. § 119^a Nr. 1, S. 360³) und die gewohnheitsrechtliche Zahlungszeit. Es kann aber nicht wohl bestritten werden, daß die Nichteinhaltung auch einer solchen Zahlungszeit zur unbefristeten Kündigung berechtigt.

³ Gegen diese oben bekämpfte Ansicht kann angeführt werden was

klärlich, warum das Gesetz nicht statt seines Ausdrucks „nicht gewährt“ den Ausdruck „verweigert“ gebraucht hat; dies ist um so unerklärlicher, als es in der sich anschließenden Nr. 3 § 71 wirklich „verweigert“ sagt. Hieraus darf man schließen, daß es sich des Unterschiedes von „nicht gewährt“ und „verweigert“ bewußt ist. Dagegen gestattet der Vorbehalt, den das Gesetz der Anführung der wichtigen Gründe zur unbefristeten Kündigung voranstellt, nämlich: „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen“, den Ursachen Rechnung zu tragen, welche zur Nichtgewährung des Gehalts oder des gebührenden Unterhalts geführt haben. Wegen dieser Ursachen kann der Nichtgewährung in einem oder dem anderen Fall die Eigenschaft eines wichtigen Grundes zu versagen sein. Dies ist selbst dann möglich, wenn die Nichtgewährung eine Verweigerung ist.

III. Eine gesetzliche Bestimmung der Zahlungszeit haben wir für den Dienstvertrag in BGB. § 614, den Werkvertrag in § 641 (§ 646), den Maklervertrag in § 652¹, den entgeltlichen Verwahrungsvertrag in § 699, für den Arbeitsvertrag mit dem Handlungsgehilfen in HGB. §§ 64. 65², mit dem Handlungsagenten in § 88, dem Kommissionär in § 396, dem Spediteur in § 409, dem Lagerhalter in § 420, für den Frachtvertrag zu Lande in §§ 435. 436. 440—442, den Frachtvertrag zur See §§ 563. 578. 582. 588. 614 u. s. w., den Verlagsvertrag mit Honorar für den zur Werklieferung verpflichteten Verfasser in Ges. über das Verlagsrecht § 23 (S. 298 Nr. 2. 3), für den Heuervertrag mit dem Seeschiffsmann in SeemO. §§ 36. 42, mit dem Binnenschiffsmann in BiSchG. § 24, mit dem Flosmann in FlG. § 20, für den Arbeitsvertrag des Rechtsanwaltes mit dem „Auftraggeber“ in Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 85.

Staub zu § 64 Anm. 6 sagt: „Auch verletzt der Prinzipal durch Nichtzahlung an diesem Tage den § 71 Nr. 2; dies auch dann, wenn der Handlungsgehilfe sich mit der Nichtauszahlung einverstanden erklärt hat . . .“, welchenfalls doch keine „wirkliche Verweigerung“ vorliegt.

¹ Danach ist der Arbeitgeber im Maklervertrag „zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Maklers zu stande kommt“. Diese gesetzliche (aufschiebende) Bedingung involviert eine Zeitbestimmung nach Analogie von § 158: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.“ Übrigens ist diese Vorschrift so allgemein ausgedrückt, daß sie die gesetzliche Bedingung umfaßt.

² Eine Zahlungszeit für den dem Handlungslehrling versprochenen Gehalt ist im HGB. nicht bestimmt. Hingegen erstreckt sich § 71 Nr. 2 nach § 77 Abs. 3 auch auf Handlungslehrlinge: S. 364. Wegen § 64 cit. s. unten S. 367.

Diese gesetzlichen Bestimmungen der Zahlungszeit beziehen sich teils nur auf Zeitlohnverträge, teils nur auf Akkorde, teils auf beide Formen des Arbeitsvertrags. Sie kommen alle darin überein, daß sie die Fälligkeit der Vergütung nach der Arbeitsleistung, der ganzen oder eines Teils, eintreten lassen. Der Arbeitnehmer muß die ihm obliegende Leistung gemacht haben, wenn er den Entgelt für dieselbe soll fordern können. Die Postnumeration der Vergütung oder Pränumeration der Arbeit ist eine für die Zahlungszeit beim Arbeitsvertrag geltende Regel. Diese Regel gilt nicht ausnahmslos.

Vorab gibt es reichsrechtliche Ausnahmen. Es bestimmt nämlich das Auswanderungsgesetz¹: „Den Auswanderern darf nicht die Verpflichtung auferlegt werden, den Beförderungspreis oder einen Teil desselben . . . nach ihrer Ankunft am Bestimmungsorte zu zahlen.“ Der Beförderungspreis ist die Vergütung, die der Arbeitgeber, d. i. hier der Auswanderer, nach dem „Beförderungsvertrag“ (§ 11 des Gesetzes) für seine Beförderung zu entrichten hat. Aus diesem Akkord wäre er nach *jus commune*² verpflichtet, die Vergütung erst nach Vollbringung der Arbeit, nämlich der Beförderung an den Bestimmungsort, zu entrichten. Wenn er nun nach der angezogenen gesetzlichen Vorschrift zu dieser Postnumeration nicht verpflichtet werden darf, so ist damit vorgeschrieben, daß Pränumeration der Vergütung vereinbart werde; denn ohne diese Vereinbarung würde die gesetzliche Pflicht zur Postnumeration eintreten. — Nach der bundesrätlichen Eisenbahnverkehrsordnung ist bei den Verträgen zur Beförderung von Personen und Reisegepäck das Fahrgeld und die Gepäckfracht im voraus zu entrichten; ebenso kann für die Beförderung gewisser anderer Sachen die Vorausbezahlung des Frachtgeldes gefordert werden³. — Ferner kommen lokalpolizeiliche Verordnungen vor, die für gewisse Arbeitsverträge, namentlich über Transport durch öffentliche Fuhrwerke, unter Umständen (z. B. wenn die Fahrt zum Bahnhof geht) Pränumeration vorschreiben. Dieselbe ist bei Theaterbesuchsverträgen und sonstigen Verträgen über künstlerische und quasi-künstlerische Darbietungen, bei denen das Publikum Arbeitgeber ist, dermaßen herkömmlich⁴, daß die entsprechende Zahlungszeit ohne weiteres als Vertragsbestimmung anzusehen ist.

¹ Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897 § 22 Abs. 2. Bestrafung der Zuwiderhandlung in §§ 43. 44.

² Vgl. HGB. §§ 666. 667. 670. 671. 674.

³ EisenbahnVO. §§ 13. 32. 42 Nr. 4. 44 Nr. 6. 61.

⁴ Nicht auch bei Vorstellungen, die auf Jahrmärkten in nicht geschlossenem Raum (durch Seiltänzer, Puppen, Affen) gegeben werden.

Ebenso kann sie sich auch aus den Umständen ergeben. Überhaupt aber sind alle die S. 365 angeführten Gesetze, welche die Entrichtung der Vergütung nachfolgen lassen, dispositiven Rechts. Sie lassen nicht blofs die Entrichtung der Vergütung vor Leistung oder vollständiger Leistung der Arbeit zu, sondern gestatten auch die Übereinkunft, dafs die Entrichtung im voraus zu erfolgen habe¹. Manche Gesetze — so SeemO. § 36 Abs. 1, BiSchG. § 24 und FIG. § 20 — räumen der Vereinbarung der Zahlungszeit (somit auch der der Pränumeration) den Vorrang ausdrücklich ein. Aus HGB. § 64 Satz 2 — „eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehaltes später (nämlich als am Schlusse jedes Monats) erfolgen soll, ist nichtig“ — folgt, dafs eine Vereinbarung, die einen früheren Termin, z. B. den Anfang des Monats, setzt, gültig ist². — Dafs beim Frachtvertrag die Vorauszahlung der Fracht stattfinden und auch verabredet werden kann, ergibt sich aus HGB. §§ 426. 445, wonach Frachtbriefe und Ladescheine Vermerke über die etwaige Vorauszahlung der Fracht enthalten sollen; vorausgezahlter Seefracht gedenkt § 617. — Dafs BGB. § 614 nur dispositives Recht setzt, wird allgemein anerkannt und geübt und wird durch BGB. selbst bestätigt, das in § 628 einen Fall von Pränumeration setzt: „ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet“³. Es ist bemerkenswert, dafs die Rückerstattung der im voraus entrichteten Vergütung im § 628 nur für den Fall geregelt ist, dafs das Dienstverhältnis nach §§ 626. 627 geendigt wird, während Vorausentrichtung und Rückerstattung der Vergütung natürlich auch in Frage kommen, wo das Dienstverhältnis durch vertragsmäfsige unbefristete Kündigung und wo es durch befristete Kündigung geendigt wird⁴. S. ferner Abschn. IV Kap. 7 Nr. III.

¹ Beim Mäklervertrag, welcher Stellenvermittlung bezweckt, ist partielle Vorauszahlung der Vergütung (als Einschreibgebühr u. dgl.) üblich. Wegen sonstiger Vorauszahlung s. S. 381 Nr. V.

² Nach Staub, Kommentar zum HGB. § 64 Anm. 1 richtet sich § 64 Satz 1 hauptsächlich gegen BGB. § 614 Satz 2 (oben S. 353). Danach würde zu Gunsten des Handlungsgehilfen, dessen Gehalt nach Viertel-, halben oder ganzen Jahren bemessen ist, durch § 64 Satz 1 eine gewisse Pränumeration vorgeschrieben sein.

³ Damit ist nicht blofs die der Entrichtung überhaupt, sondern insbesondere auch die der unbefristeten Kündigung folgende Zeit gemeint: Lotmar in Brauns Archiv VIII, 62.

⁴ Auch in den vier Fällen, in denen das durch Werkvertrag (§§ 645 Abs. 1 Satz 1 und 2. 649. 650 Abs. 1), und in dem Fall, da das durch entgeltlichen Verwahrungsvertrag (§ 699 Abs. 2) begründete Arbeitsverhältnis abgebrochen wird, ist der Pränumeration der Vergütung nicht Rechnung getragen. Das Gesetz sorgt für die regelmäfsige Postnumeration (der Arbeitnehmer kann

Andererseits kann die Pränumeration nach der Natur der Sache d. h. nach der Art der Bemessung der Vergütung nicht oder nur schwer ausführbar sein. Dies ist da der Fall, wo der Betrag der Vergütung von dem noch ungewissen oder unbekanntem Umfang des Arbeitsergebnisses abhängt¹, oder wo die Vergütung dem Arbeitsergebnis entnommen, nicht bloß danach bemessen wird².

Endlich kann weder von Prä- noch von Postnumeration die Rede sein, wo die Vergütung Naturalvergütung ist, die entweder in Gewährung von Kost besteht, welche täglich gereicht wird, oder in Einräumung einer Erwerbsgelegenheit, die unter der Arbeit realisiert wird (wie die Gelegenheit zum Erwerb von Trinkgeld). In solchen Fällen kann man nicht sagen, daß die Vergütung der Arbeit vorausgehe oder daß sie ihr nachfolge, eher daß beide nebeneinander hergehen (Näheres in Abschnitt V, Kapitel 5 Nr. III).

IV. Die durch Gesetz oder Privatdisposition bestimmte Zahlungszeit gilt, in Ermangelung anderer Übereinkunft, unter der Voraussetzung, daß nach ihrem Eintritt das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder sein Ende mit ihrem Eintritt zusammenfällt. Wenn hingegen das Arbeitsverhältnis vor jener Zahlungszeit endigt, so tritt mit diesem Ende die Bestimmung der Zahlungszeit außer Kraft, es sei denn etwas anderes ausgemacht oder aus den Umständen zu entnehmen (Kapitel 6 Nr. VI sub 2). Es wird somit die Vergütung in der Regel fällig mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses³, — selbstverständlich nicht, wenn es bloß faktisch abgebrochen wird, welchenfalls es rechtlich fort dauert, und natürlich auch dann nicht, wenn es rückgängig gemacht oder gewandelt wird⁴. Die Vergütung

die Vergütung „verlangen“); bei der exceptionellen Pränumeration ist zurückzuerstatten, was bei Postnumeration nicht würde verlangt werden können.

¹ z. B. die Vergütung besteht in einer Tantieme vom Jahresgewinn oder in einer Provision von dem durch den Arbeitnehmer zu stande gebrachten und demnächst ausgeführten Geschäfte (HGB. § 88 Abs. 1). Verlagsges. § 23 Satz 2 (Vergütung abhängig „von dem Umfange der Vervielfältigung, insbesondere der Zahl der Druckbogen“). § 24 (Vergütung sich bestimmend „nach dem Absatze“).

² z. B. der Schnitter, der den zehnten Haufen des von ihm geschnittenen Wiesengrases, der Drescher, der den zwölften Scheffel des von ihm gedroschenen Getreides als Vergütung zu empfangen hat.

³ Der Fabrikinspektor für Oberelsaß vermißt eine nach seiner Schilderung praktisch wichtige „Bestimmung, die den Arbeitgeber verpflichtet, den fälligen (soll heißen: verdienten) Lohn sofort oder innerhalb einer kurz bemessenen Frist nach Lösung des Arbeitsvertrags auszuzahlen“. Amtl. Mitteil. aus den Jahresber. der Gewerbeaufsichtsbeamten f. 1898 S. 152. Eine solche Bestimmung gehört dem geltenden Recht an; nur ist sie nicht zwingend. Vgl. S. 358⁴.

⁴ Vgl. BGB. §§ 327. 634. 636.

kann nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses verlangt werden, auch wenn die ehemals bestimmte Zahlungszeit des geendigten Arbeitsverhältnisses nicht gekommen ist. So ist beim Werkvertrag nach BGB. §§ 641. 646 die Vergütung bei der Abnahme oder Vollendung des Werkes zu entrichten: dies ist die gesetzlich bestimmte Zahlungszeit. Wenn es aber nicht zur Abnahme oder Vollendung des Werkes kommt, indem das Arbeitsverhältnis abnormer Weise vorher endigt, rechtmäßig abgebrochen wird — in den Fällen der §§ 645 Abs. 1 Satz 1 und 2. 649. 650. 673 (675) — so kann der Arbeitnehmer die ihm zukommende Vergütung alsbald fordern. — Ist ein Verwahrungsvertrag für drei Monate geschlossen und dabei bedungen worden, daß die Vergütung nach Ablauf dieser drei Monate entrichtet werde, so muß der Hinterleger, wenn er die Sache vorzeitig, z. B. nach zwei Monaten zurücknimmt (BGB. § 696 Satz 2), die Vergütung alsbald, nämlich bei der Beendigung der Aufbewahrung entrichten (BGB. § 699 Abs. 2. Abs. 1 Satz 1). — Wenn ein Dienstverhältnis auf Grund der §§ 626. 627 oder gemäß vereinbarter Ausschaltung der Kündigungsfrist unbefristet gekündigt und damit aufgehoben wird, so kann der Arbeitnehmer den seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung alsbald verlangen. Die Fälligkeit der Vergütung beim Ende des Arbeitsverhältnisses findet aber auch statt, wenn dieses Ende infolge befristeter Kündigung eintritt. — Es hat ferner nach HGB. § 64 die Zahlung des dem Handlungsgehilfen zukommenden Gehalts am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. „Jeder Monat“ ist jeder Monat der Dienstzeit oder Vertragszeit, nicht der Kalenderzeit. Wenn aber das Arbeitsverhältnis im Laufe, z. B. in der Mitte eines solchen Monats endigt — sei es infolge von Übereinkunft unter den Parteien, sei es infolge von Kündigung¹ — so kann der Handlungsgehilfe die schuldige Vergütung alsbald fordern, wie er nach HGB. § 73 „bei der Beendigung des Dienstverhältnisses“ ein schriftliches Zeugnis fordern kann, wann immer die Beendigung erfolgt. Die Vorschrift, daß die Zahlung des Gehaltes am Schlusse jedes Monats zu geschehen hat, bezieht sich auf die Fälle, daß das Arbeitsverhältnis über diese Zeit hinaus fortbesteht oder in dieser Zeit zu Ende geht. Wenn es dagegen vorher endigt², so ist gar keiner von den Monaten

¹ Der unbefristeten der §§ 70—72 oder der befristeten des § 66; da letzterenfalls das Dienstverhältnis mit dem Schluß eines Kalendervierteljahrs, also eines Kalendermonats endigt, so kann es hiermit im Lauf eines Dienstmonats endigen, wenn es z. B. in der Mitte eines Kalendermonats begonnen hat.

² z. B. am 31. Dezember, während es am 15. März begonnen hatte, vgl. Note 1.

mehr da, gelangt keiner der Monate mehr zum Schluß, die das Gesetz bei den Worten „am Schlusse jedes Monats“ im Auge hat, also daß die Zahlung am Ende des Arbeitsverhältnisses zu leisten ist¹. — Ebenso bezieht sich BGB. § 614 Satz 2² nur auf die Fälle, daß das Dienstverhältnis nach Ablauf des einzelnen Zeitabschnittes fortdauert oder mit dem Ablauf endigt; denn der Zeitabschnitt (während dessen die Arbeit zu leisten ist) kommt gar nicht zum Ablauf, wenn das Arbeitsverhältnis schon nach dem Beginn des Zeitabschnittes endigt. In Ermangelung anderweitiger Festsetzung ist bei Abbruch des Arbeitsverhältnisses im Lauf eines Zeitabschnittes, wie im vorigen Fall des Handlungsgehilfen, der Anspruch auf die Vergütung mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses fällig. — Nach diesem Grundsatz ist auch beim Handlungsagenten zu verfahren. „Die Abrechnung über die (ihm) zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres statt“ (HGB. § 88 Abs. 4). Mit der Abrechnung wird der Provisionsanspruch fällig³.

¹ Anders Staub, Kommentar zu HGB. § 64. Er bezieht zwar die Vorschrift „nur auf den Fall, daß das Verhältnis am Schlusse des Monats noch besteht“, hält aber bei vorzeitiger Endigung durch unbefristete Kündigung den Monatsschluß als Zahlungszeit fest: „weil dieselbe (womit wohl jene Endigung gemeint ist) den Handlungsgehilfen nicht schädigen, ihn aber auch nicht besser stellen soll, als wenn das Verhältnis seinen vereinbarten Abschluffs fände“. Dagegen kommt in Betracht: 1. der Handlungsgehilfe, dessen Arbeitsverhältnis im Lauf eines Monats endigt, hat nur einen Teil des ganzen Gehalts zu beanspruchen, welchen er am Monatsschluß bekommen haben würde. Daß ihm dieser Teil erst am Monatsschluß bezahlt werden soll, kann man nicht damit rechtfertigen, daß er diesen Betrag als Bestandteil des Ganzen nicht früher erhalten haben würde. Die Postnumeration noch über die Zeit hinauszuschieben, da das zu Zahlende durch Arbeit verdient ist, läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn in der Folgezeit (durch Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) Verdienstgelegenheit geboten wird. Eine Karenzzeit zu schaffen, hatte das Gesetz keinen Grund; 2. ist nicht abzu sehen, warum die unbefristete Kündigung hier anders behandelt werden soll, als die befristete, beide sind einseitige Endigungserklärungen, von „vereinbartem Abschluff“ ist auch bei der letzteren nicht zu reden. Die Unbilligkeit der differentiellen Behandlung an Beispielen zu erläutern, ist überflüssig. — Nach Horowitz, Recht der Handlungsgehilfen (1897) S. 62, wird, wenn das Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen „vor Schluß des Monats beendet wird, das Gehalt sofort fällig, ausgenommen, wenn der Gehilfe ohne Grund vorzeitig vom Verträge zurücktritt“. Allein bei solchem grundlosen Rücktritt wird das Arbeitsverhältnis nicht beendet, daher auch keine Fälligkeit begründet.

² „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.“

³ Immerwahr, Recht der Handlungsagenten S. 149.

Endigt jedoch das Agenturverhältnis im Lauf eines Kalenderhalbjahrs, so kann der Handlungsagent alsbald die Abrechnung verlangen. An den in § 88 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen seines Provisionsanspruchs (Ausführung des Geschäfts, Eingang des Kaufpreises) wird hierdurch nichts geändert, und daß die Abrechnung mit dem Ende des Agenturverhältnisses verlangt werden kann, schließt nicht aus, daß zu dieser Zeit noch nicht ganz begründete Provisionsansprüche später geltend gemacht werden können.

Der zuletzt gedachte Fall lehrt, daß die Fälligkeit des Entgeltes, welche regelmäßig mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses eintritt, zu dieser Zeit noch suspendiert sein kann. Im gedachten Fall sind es gesetzliche Bedingungen (Ausführung des Geschäfts, Preiseingang), die die Schweben und den Aufschub bewirken. Die nämliche Wirkung kann sich aus der Natur der Sache, nämlich des in Frage kommenden Entgeltes ergeben. Wo der Arbeitnehmer als Vergütung die Quote eines Ertrages anzusprechen hat, der zur Zeit der Endigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht feststeht, muß sich die Zahlungszeit trotz der Endigung des Arbeitsverhältnisses bis zu der Zeit verschieben, in welcher der Betrag der Quote festgestellt werden kann. Denn vor dieser Feststellung kann er nicht entrichtet werden¹.

Drittes Kapitel.

Kreditierung.

I. Dem Wesen des Arbeitsvertrags ist keine Bestimmung der Zahlungszeit zu entnehmen; namentlich ergibt der Thatbestand, der aus Zusage von Arbeit und Zusage von Vergütung für die Arbeit besteht, nichts über die Reihenfolge, in der die Leistungen vor sich zu gehen haben. Damit daß die zugesagte Vergütung den Entgelt für die zugesagte Arbeit bilden soll, ist es ebenso verträglich, daß zuerst die Arbeit und dann die Vergütung, wie daß zuerst die Vergütung und dann die Arbeit geleistet werde. Denn es kann ein Entgelt gewährt werden, sowohl wenn das zu Entgeltende noch zu erfolgen hat, als wenn es bereits erfolgt ist. Die Vergütung als Entgelt der Arbeit setzt diese nicht zeitlich voraus. So kann man denn sagen, daß, wie die zwei Zusagen des Arbeitsvertrags, auch die zwei Hauptleistungen, zu denen sie führen, von vornherein einander die Wage halten, und nicht die eine der anderen vorangehen muß.

¹ Vgl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 215—20. 245—51. 332—36. Thalberg, Der Dienstvertrag S. 82. Oben S. 368^{1, 2}.

Von seiten des Begriffs steht nichts im Wege, daß die zwei Zusagen rechtlich der Zeit nach gleich behandelt und faktisch gleichzeitig vollzogen werden. Allein bei der Ausführung muß es zu einer Verschiebung zwischen Leistung und Gegenleistung und zu einer Rückständigkeit der einen gegenüber der anderen in vielen Fällen dadurch kommen, daß die eine, nämlich die Vergütung als Geldzahlung, bei weitem weniger Zeit beansprucht als die Arbeit, also daß sie bei gleichzeitigem Anfang der beiderseitigen Leistungen längst vollbracht ist, wann die Arbeit noch rückständig ist. In anderen, S. 368^{1. 2} schon erwähnten Fällen wird die Gleichzeitigkeit des Vollzugs dadurch beeinträchtigt, daß beim Beginn der Arbeit der Betrag der Vergütung ungewiß oder diese noch nicht vorhanden ist.

Obzwar nun der Begriff des Arbeitsvertrags der zeitlichen Gleichbehandlung der zwei Leistungen nicht hinderlich ist, so hat doch das Recht, wie wir sahen (S. 366), die Zahlungszeit so geregelt, daß die Leistungen nicht Zug um Zug erfolgen, sondern die Arbeit Vorleistung, die Vergütung Nachleistung ist¹. Die Gründe, welche zur Aufstellung dieser Regel geführt haben, können hier unerörtert bleiben; um so mehr müssen wir uns mit ihrer Wirkung befassen und zusehen, worin die Gleichgewichtsstörung rechtlich und thatsächlich zum Vorschein kommt.

Zunächst ist, soweit diese Regel gilt, beim Arbeitsvertrag die Einrede des nichterfüllten Vertrags ausgeschlossen. Denn es bestimmt BGB. § 320 Abs. 1: „Wer aus einem gegenseitigen Verträge verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist“. Eben die mit „es sei denn“ gesetzte Ausnahme ist die Regel für den Arbeitsvertrag. Da hier der Arbeitnehmer regelmäÙig mit seiner Arbeit vorzuleisten hat, so kann er dieselbe nicht bis zur Bewirkung der Gegenleistung, d. h. bis zur Entrichtung der Vergütung verweigern. Diese Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers wird natürlich nicht davon berührt, daß er früher dem nämlichen Arbeitgeber Arbeit geleistet und die Vergütung dafür noch nicht erhalten hat. Wenn er die ihm jetzt obliegende Arbeit nicht bis zur Entrichtung der für diese bestimmten Vergütung verweigern darf, so kann er sie noch weniger verweigern wegen einer für eine frühere Arbeit bestimmten Vergütung. Hieran ändert auch

¹ In BGB. § 615 bedeutet der Ausdruck „Nachleistung“ etwas Spezielleres, nämlich die Leistung der Dienste, nachdem die dafür bestimmte Zeit verstrichen ist.

nichts der Umstand, daß sowohl die Vergütungen als die Arbeiten dem nämlichen Arbeitsverhältnis angehören. Hingegen macht es solchenfalls einen Unterschied, ob die für die frühere Arbeit zu entrichtende Vergütung zu der Zeit, da die spätere Arbeit zu leisten ist, fällig ist oder nicht. Ist sie nicht fällig — was, da doch die Arbeit bereits geleistet worden ist, daher kommt, daß die Vergütung gestundet wurde und die Stundungsfrist noch nicht abgelaufen ist — so wird von diesem Ausstehen der Vergütung die nunmehrige Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeit gar nicht berührt. Ist sie dagegen fällig, so kann der Arbeitnehmer die ihm obliegende Arbeit verweigern, bis ihm die fällige Vergütung für die frühere Arbeit entrichtet worden ist. Er hat demnach ein Zurückbehaltungsrecht nach BGB. § 273 Abs. 1,¹ sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt². Auch kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts vom Arbeitgeber durch Sicherheitsleistung abgewandt werden (§ 273 Abs. 3)³. Es ist einerlei, ob die nun zu leistende und die früher geleistete Arbeit beide Zeitlohnarbeiten oder beide Akkordarbeiten, oder die eine Zeitlohnarbeit, die andere Akkordarbeit ist.

II. Von der in § 320 Abs. 1 aufgestellten Regel, daß beim gegenseitigen Vertrag die Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zulässig ist, werden die Arbeitsverträge, insofern hier der Arbeitnehmer vorzuleisten hat, ausgenommen. Da nun in § 320 Abs. 2 jene Regel eingeschränkt wird⁴, so entsteht die Frage, wie sich diese Einschränkung zu der in Abs. 1 vorbehaltenen Ausnahme verhält. Man könnte ohne logischen Verstoß sagen: Wenn der Arbeitsvertrag (soweit bei ihm eine Partei vorleisten muß) von der in Abs. 1 aufgestellten Regel nicht betroffen wird, so wird er auch von der in Abs. 2 aufgestellten Schranke nicht berührt. Mit

¹ Oertmann, Kommentar zum BGB. § 273 Nr. 2 erklärt das Zurückbehaltungsrecht für ausgeschlossen, „wenn Schuldner vorleisten muß“, bezieht dies jedoch, wie er bei § 614 zeigt, nur auf die Zurückbehaltung der Vorleistung gegenüber der Nachleistung, während ihm die Zurückbehaltung in Fall des Textes „zweifellos“ Platz greift.

² z. B. Gewährung von Verpflegung oder Heilung.

³ Der Schauspieler, dem die am Monatsschluss zu zahlende Monatsgage nicht bezahlt wurde, braucht, wenn er sie nicht gestundet hat, nicht wieder aufzutreten, bis die Bezahlung erfolgt oder sichergestellt worden ist.

⁴ „Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstößen würde.“

anderen Worten: wenn der Arbeitnehmer nach Abs. 1 überhaupt seine Leistung nicht bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern darf, so kann er sich auch nicht berufen auf die Ausnahme von der Zulässigkeit der Verweigerung, welche Abs. 2 aufstellt. Ist ihm die *exceptio non adimpleti contractus* versagt, deren die Parteien in anderen gegenseitigen Verträgen teilhaftig sind, wie sollte er sie ausnahmsweise in dem Falle haben, in dem sie ausnahmsweise den anderen versagt ist? Danach d. h. wenn Abs. 2 den Arbeitsvertrag nicht trifft, dürfte dem Arbeitnehmer die Vergütung vollständig vorenthalten werden, bis die Arbeit vollständig geleistet ist, auch wenn nach den Umständen, insbesondere wegen Geringfügigkeit des rückständigen Teils der Arbeit, die Verweigerung partieller Vergütung wider Treu und Glauben verstofsen würde.

Bedenkt man jedoch, daß nach § 242 jeder Schuldner (also auch der Arbeitgeber in Bezug auf die Vergütung) verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so muß einer anderen möglichen Deutung von § 320 Abs. 2 der Vorzug gegeben werden. Dieses „so bewirken“ (des § 242) umfaßt auch die Zeit der Leistung. Man würde dann sagen, der Abs. 2 § 320 gelte von jedem gegenseitigen Vertrag, nicht bloß von demjenigen, regelmäßigen, für welchen in Abs. 1 die Verweigerung der eigenen bis zur Bewirkung der fremden Leistung zugelassen ist. Für diese Annahme — daß § 320 Abs. 2 von jedem gegenseitigen Verträge gilt — liesse sich noch anführen, daß ausweislich der Sprache in Abs. 2 die Frage *ex integro* (nicht nur in Bezug auf die regelmäßigen gegenseitigen Verträge) behandelt wird, indem als das zu Verweigernde in Abs. 1 die „Leistung“, in Abs. 2 die „Gegenleistung“ hingestellt wird (da ja die Leistung als teilweise gemacht vorausgesetzt wird). Bei dieser Deutung würde § 320 Abs. 2 auch für diejenigen gegenseitigen Verträge gelten, in welchen eine Partei vorzuleisten hat. Danach dürfte, falls der Arbeitnehmer teilweise geleistet hat, der Arbeitgeber die Vergütung insoweit nicht verweigern, als diese Verweigerung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstofsen würde, insbesondere weil der rückständige Teil der Arbeit im Verhältnis zur ganzen geringfügig ist¹.

¹ Die praktische Bedeutung dieses Ergebnisses wird noch vergrößert, wenn man mit Dernburg, Bürgerliches Recht II § 94 Anm. 3. 4 und dort Citirten BGB. § 320 Abs. 2 analog von der partiellen Rückständigkeit auf die Fehlerhaftigkeit der Leistung anwendet.

III. Dem Arbeitnehmer, der mit seiner Leistung vorangehen muß, ist damit die Kreditierung oder Stundung der Vergütung gesetzlich auferlegt. Diese Kreditierung umfaßt die ganze Vergütung, also auch denjenigen in ihr begriffenen Betrag, welcher vom Arbeitnehmer für die Arbeit gemachte Auslagen ersetzen soll (Abschn. I S. 138—141)¹. Soweit dagegen der Anspruch auf Ersatz der Auslagen neben dem Vergütungsanspruch steht, ist er in Ansehung seiner Fälligkeit selbständig und nicht von der Vollbringung der Arbeit abhängig².

Nachdem einmal das Gesetz den Arbeitnehmer zur Vorleistung verhalten hat, ist die dadurch dem Arbeitnehmer auferlegte Kreditierung im ökonomischen Sinne nicht mehr eine Kreditierung oder Stundung im Rechtssinn. Eine solche liegt nur dort vor, wo der Arbeitnehmer in einen Aufschub der Entrichtung der fälligen (fällig werdenden oder fällig gewordenen) Vergütung willigt, wenn er, wie man auch sagt, das Geld beim Arbeitgeber stehen läßt. Dieser Kreditierung im Rechtssinn gedenkt beim Werkvertrag BGB. § 641 Abs. 2: „Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.“ Die Stundung, eine Willenserklärung des Gläubigers der Vergütung, unter Lebenden ein Vertrag zwischen ihm und dem Schuldner, verschiebt den Eintritt der Fälligkeit, oder suspendiert die eingetretene Fälligkeit samt deren Rechtsfolgen³, d. h. macht die fällig gewordene Leistung wieder zu einer nicht fälligen. Daß es hierfür einer Willenserklärung bedarf, bedeutet, daß die bloße Unterlassung oder das Stehenlassen in diesem Sinne die eingetretene Fälligkeit nicht aufhebt.

Die Stundung setzt eine durch Gesetz oder durch Privatdisposition bestimmte Zahlungszeit voraus, da sie in der Hinausschiebung der Zahlungszeit besteht. Die Stundung kann vor oder nach dem Eintritt der bestimmten Zahlungszeit erfolgen. Aus BGB. § 509 Abs. 1⁴ ist zu schließen, daß die Stundung nicht ein Nebengeschäft, ein Neben-

¹ Ausnahme für den Dienst- wie den Werkvertrag, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben: S. 142 Nr. 3.

² Unter den Lagerkosten, die dem Lagerhalter zu entrichten sind, unterscheidet HGB. § 420 das Lagergeld und die baren Auslagen. Letztere sind sofort zu erstatten, erstere, die Vergütung, ist bei der Rücknahme oder nach je drei Monaten zu entrichten, also nicht sofort, sondern postnumerando.

³ z. B. BGB. § 201 und Aufhebung des Verzugs.

⁴ „Ist dem Dritten in dem Verträge — nämlich dem Kaufverträge — der Kaufpreis gestundet worden . . .“

vertrag sein muß, daß daher von Stundung auch zu sprechen ist, wenn bei Abschließung des Arbeitsvertrags die Zahlungszeit hinter die sonst gesetzlich eintretende verlegt wird¹. Mit Bezug auf den Dienstvertrag verfügt § 614²: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.“ Wird daher bei Eingehung eines Stunden- oder Tagelohnvertrages ausgemacht, daß die Vergütung alle zwei Wochen entrichtet werden soll, so enthält nach obigem dieser Zeitlohnvertrag eine Stundung. Eine solche ist beim Stundenlohnvertrag gewöhnlich, indem Zahlung nach jeder Stunde nicht vorzukommen pflegt. Die Stundung bezieht sich entweder auf eine einzelne Zahlung, deren Fälligkeit bevorsteht oder schon eingetreten ist, oder sie bezieht sich, wie in den angeführten Beispielen, auf die Zahlungszeit überhaupt, d. h. auf alle kommenden Zahlungen. Wenn HGB. § 64 eine gesetzliche Zahlungszeit giebt³, so bezieht sich dieselbe natürlich auf alle Gehaltzahlungen des nämlichen Arbeitsverhältnisses. Man sollte daher annehmen, daß, wenn das Gesetz im unmittelbar folgenden Satz die Vereinbarung des Zahlungsaufschubs für nichtig erklärt⁴, es damit eine generelle Stundung im Auge hat. Wenn hingegen das Verbot auch auf die specielle, namentlich die nach Eintritt der Fälligkeit vorgenommene Stundung bezogen worden ist⁵, so mag man zwar anerkennen, daß sich de lege ferenda Gründe für diese Einschränkung der Vertragsfreiheit anführen lassen; aber wenn es sich dabei um Schutz der „schwächeren Position“ handelt, so kann man fragen, wieso dieser gerade dem Handlungsgehilfen und nicht auch anderen gleich schwachen Arbeitnehmern zu teil geworden ist⁶. —

¹ Besser ins System und in die Koordination zum Erlaß würde eine Stundung passen, die ein Geschäft für sich, ein Nebengeschäft ist, durch das eine anderweitig bestimmte Zahlungszeit geändert, nämlich verschoben wird.

² wörtlich ebenso § 699 Abs. 1 Satz 2 für den entgeltlichen Verwahrungsvertrag.

³ „Die Zahlung des dem Handlungsgehilfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen.“

⁴ „Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.“

⁵ von Staub, Kommentar zum HGB. § 64 Anm. 4 unter Hinweis auf die abweichende Auffassung. Fuld, Recht der Handlungsgehilfen S. 35 gestattet dem Gehilfen die spezielle Stundung, jedoch nur des fällig gewordenen Gehalts und erst nachdem er dem Gehilfen „thatsächlich zur Verfügung gestellt worden ist.“

⁶ In Ansehung der GewO. liesse sich freilich replicieren, daß diese keine Bestimmung der Zahlungszeit giebt (oben S. 365 Nr. III und S. 314) und sich selbst der generellen Stundung des Lohnes nicht widersetzt.

Dafs dem Arbeitnehmer vom Gesetz die Kreditierung der Vergütung (im ökonomischen Sinne) auferlegt ist, bedeutet nicht blofs, dafs er, während er sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit widmet, des Entgeltes entbehrt — was die S. 357—59 erwähnten wirtschaftlichen Folgen haben kann — sondern bedeutet auch, dafs er die mit jeder Kreditierung verbundene Gefahr zu tragen hat. Diese Gefahrtragung besteht darin, dafs, nachdem er die Arbeit geleistet und damit Mühe und vielleicht auch Kosten aufgewandt hat, er die nun fällige Vergütung nicht erhält oder die Vergütungsforderung nicht realisierbar ist¹. Man weifs aus täglicher Erfahrung, dafs diese Gefahr nicht eine eingebildete ist, sondern sich nicht selten verwirklicht; man denke nur an die Bauarbeiter². Die nämliche Gefahr besteht, wo die Zahlungszeit durch Privatdisposition so bestimmt ist, dafs die Vergütung der Arbeit nachfolgt.

Zur Abschwächung oder Bekämpfung der Kreditgefahr, welcher der Arbeitnehmer ausgesetzt ist, dienen Zurückbehaltungsrecht, Suspendierung der Vorleistungspflicht, Vorzugsrecht im Konkurs, Pfandrecht, Vorschufs- oder Abschlagszahlungen: Nr. IV—VIII³.

IV. Des Zurückbehaltungsrechts wegen der fälligen Lohnforderung, im Gegensatz zur Einrede des nichterfüllten Vertrags, ist bereits S. 373 gedacht worden. Dieses Zurückbehaltungsrecht

¹ Diese Gefahr wiegt schwerer als die, welche der Arbeitgeber zu tragen hat, falls er die Vergütung voraus entrichtet. Denn Geldzahlung ist keine persönliche Leistung wie die Arbeit.

² Vgl. auch Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10 S. 147. 144/5 (mit Bezug auf Kleiderkonfektion): „Die Arbeiterinnen . . . fangen an zu arbeiten, arbeiten 14 Tage, bekommen keinen Lohn, klagen den Lohn beim Gewerbegericht ein, bekommen auch ein obsiegendes Urteil und hinterher stellt sich heraus, dafs der Mann nicht zu pfänden ist.“ Marx, Kapital I⁴, 136/37: „In allen Ländern kapitalistischer Produktionsweise wird die Arbeitskraft erst gezahlt, nachdem sie bereits während des im Kaufkontrakt festgesetzten Termins funktioniert hat, z. B. am Ende jeder Woche. Überall schiefst daher der Arbeiter dem Kapitalisten den Gebrauchswert der Arbeitskraft vor; er läfst sie vom Käufer konsumieren, bevor er ihren Preis bezahlt erhält, überall kreditiert der Arbeiter dem Kapitalisten. Dafs dieses Kreditieren kein leerer Wahn ist, zeigt nicht nur der gelegentliche Verlust des kreditierten Lohns beim Bankrott des Kapitalisten, sondern auch eine Reihe mehr nachhaltiger Wirkungen.“

³ Eine bisher nur bei Vergebung öffentlicher Arbeiten angewandte Mafsregel zum Schutz von Arbeitnehmern gegen die erwähnte Kreditgefahr besteht darin, dafs der Staat oder die Gemeinde als Arbeitgeber die von ihnen dem Unternehmer geschuldete Vergütung, falls derselbe in der Belohnung seiner Gehülfen säumig ist, an diese letzteren entrichten: oben S. 169.

ist nur das im ersten Absatz von BGB. § 273 bestimmte, nicht das des zweiten Absatzes; denn in letzterem wird „das gleiche Recht“ verliehen demjenigen, dem „ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht“, was offenbar vom Lohnanspruch verschieden ist. Ist dieser fällig — was voraussetzt, daß die zu entgeltende Arbeit bereits geleistet worden ist — so kann der Arbeitnehmer, wenn sich nicht ein anderes aus dem Schuldverhältnis ergibt, jede weitere Leistung provisorisch verweigern, zu der er aus demselben rechtlichen Verhältnis verpflichtet ist, dem sein Lohnanspruch entspringt, und dies ist hauptsächlich Arbeitsleistung. Mag er die fernere Arbeit persönlich oder durch Dritte zu verrichten haben, er kann sie verweigern, „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird“¹. Freilich ist die Verweigerung neuer Arbeit, bis die fällige Vergütung für die alte entrichtet ist, ein Mittel, das da versagt, wo das Arbeitsverhältnis zu Ende gegangen ist, und daher der Arbeitgeber ohnehin nicht neue Arbeit beansprucht. Wo hingegen das Arbeitsverhältnis noch besteht, hat das Zurückbehaltungsrecht, das durch Arbeitsweigerung geltend gemacht wird, noch die fernere Bedeutung, daß diese Arbeitsweigerung nicht Unrecht ist und daher nicht einen der gesetzlich definierten Entlassungsgründe abgeben kann. Nach GewO. §§ 123 Nr. 3. 127^b Abs. 2. 134 Abs. 1. 133^c Nr. 3 kann gegenüber Gesellen, Gehülfen, Lehrlingen, Fabrikarbeitern und höheren Angestellten unbefristete Kündigung stattfinden, wenn sie den aus dem Arbeitsvertrage „ihnen obliegenden Verpflichtungen nachzukommen beharrlich verweigern“. Selbstverständlich nur, wo diese Verweigerung rechtswidrig ist². Ebenso unterliegt nach HGB. § 72 Nr. 2 und § 77 Abs 3 der Handlungsgehilfe und der Handlungslehrling unbefristeter Kündigung, wenn er „sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen“. Der Bedingung der Unrechtmäßigkeit giebt der Vorbehalt Raum: „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen“.

Da die Verweigerung der Arbeit als Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, d. h. als Mittel, die fällige Vergütung für die geleistete Arbeit zu erlangen, da gegenstandslos ist, wo eine Verpflichtung zu fernerer Arbeit nicht besteht, so ist es für den Arbeitnehmer sehr wichtig, daß er das Zurückbehaltungsrecht, das ihm § 273 wegen des fälligen Lohnanspruchs gewährt, auch noch auf andere Art und demnach

¹ Wegen der prozessualen Durchführung s. BGB. § 274.

² Vgl. S. 117 oben.

auch in dem Falle ausüben könne, wo er nicht weiter zur Arbeit verpflichtet ist.

Wenn der Arbeitnehmer wegen seiner fälligen Lohnforderung die (fernere) Arbeit und damit seine Hauptleistung verweigern darf, so muß er um so mehr jede Nebenleistung verweigern dürfen. Außer zur Arbeit kann er aus dem Arbeitsvertrag verbunden sein zur Herausgabe von Werkzeugen, Fahrzeugen, Stoffen, Plänen, Mustern, Modellen, Kleidungsstücken, Schlüsseln, Behältern, Wohnräumen, die er wegen des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erhalten hat (S. 244). Die Ablieferung solcher Gegenstände, diese „geschuldete Leistung“, kann nun der Arbeitnehmer verweigern, bis die ihm gebührende Leistung des fälligen Entgeltes bewirkt wird¹. Eine Ausnahme macht nur die Rückgabe der Vollmachtsurkunde, indem ihretwegen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht (BGB. § 175).

Diesem Zurückbehaltungsrecht unterfallen nicht diejenigen Gegenstände, deren Ablieferung zu der dem Arbeitnehmer obliegenden Hauptleistung gehört oder erst seine Arbeit vollendet, es sei denn dafs schon vor jener Ablieferung die Entgeltforderung fällig wird. Danach kann zwar die Herausgabe von Sachen, die zur Aufbewahrung übergeben worden sind, retentionsweise verweigert werden, weil hier die Vergütung nach BGB. § 699 Satz 1 „bei Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten“ ist, nicht erst nach der Rückgabe. Aber nicht dasselbe gilt von Sachen, deren Überlieferung an den Arbeitgeber zu der vom Arbeitnehmer übernommenen Geschäftsbesorgung gehört, oder von Sachen, deren vereinbarte Herstellung oder Veränderung erst mit ihrer Versetzung in den Bereich des Arbeitgebers beschafft ist². In derartigen Arbeitsverträgen ist die Fälligkeit der Vergütung durch die Ablieferung bedingt, und darum kann nicht mittelst Verweigerung jener Ablieferung ein Zurückbehaltungsrecht wegen der (noch nicht fälligen) Entgeltleistung ausgeübt werden. Anders als bei den vorher erwähnten Nebenleistungen.

Gegen den hier angenommenen Umfang des Zurückbehaltungsrechts des Arbeitnehmers kann man nicht den Abs. 2 des § 273 geltend

¹ Stadthagen, Arbeiterrecht S. 155. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 307 Nr. III. Hier ist dieses Zurückbehaltungsrecht beim Dienstvertrag vortragen. Es besteht aber kein Grund, es auf diesen Arbeitsvertrag zu beschränken.

² z. B. es habe der Arbeitnehmer ein im Gebäude des Arbeitgebers angebrachtes Läute- oder Uhrwerk abzunehmen, in der Werkstätte zu reparieren, im Gebäude wieder anzubringen und in Gang zu setzen.

machen. Danach hat „wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist“ das Zurückbehaltungsrecht, „wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht“. Man kann nun nicht einwenden, daß es sich in den vorhin angeführten Fällen der Verweigerung der Nebenleistung überall um Herausgabe eines Gegenstandes handle, zu der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, und daß in solchen Fällen (nach § 273 Abs. 2) die Zurückbehaltung nicht wegen eines Lohnanspruchs, sondern nur wegen eines Ersatzanspruchs statthaft sei¹. Denn damit wird das Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 2 des § 273 verkannt. Es giebt Abs. 2 nicht eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber Abs. 1, indem er für den Fall der Verpflichtung zur Herausgabe eines Gegenstandes die Zurückbehaltung nur zu Gunsten eines mit dem Gegenstande zusammenhängenden Ersatzanspruchs gewährt. Vielmehr enthält Abs. 2 eine Ausdehnung oder einen weiteren Fall des Zurückbehaltungsrechts. Nach Abs. 1 steht dasselbe dem Schuldner zu, der irgend einen fälligen Anspruch (gegen den Gläubiger) hat, welcher „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ herrührt wie seine Verpflichtung. Nach Abs. 2 überdies² einem Schuldner, bei dem die angegebene Konnexität nicht obwaltet. Daß also der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete diese Herausgabe verweigern kann wegen eines fälligen Anspruchs, der aus Verwendung oder Beschädigung und nicht aus dem Rechtsverhältnis herrührt, auf dem die Herausgabepflicht beruht, ist nimmermehr ein Grund, die Zurückbehaltung da zu versagen, wo die Verpflichtung zur Herausgabe des Gegenstandes dem nämlichen Arbeitsvertrag entspringt wie die fällige Entgeltverpflichtung (S. 244 al. 2).

In weiterem als dem bisher geschilderten Umfang wird das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung des Vergütungsanspruchs außerhalb des BGB. gewährt, nämlich

1. wenn die Parteien des Arbeitsverhältnisses Kaufleute sind und die Vergütungsforderung aus einem Arbeitsvertrag stammt, der für

¹ Fuld, Recht der Handlungsgehülfen S. 35. Horowitz, Recht der Handlungsgehülfen S. 64: „Ein Zurückbehaltungsrecht hat der Gehülfe nur hinsichtlich der fälligen Ansprüche wegen Verwendungen auf die betreffenden Sachen oder wegen eines ihm durch letztere verursachten Schadens, so der Reisende an den Musterkoffern wegen der für dieselben gemachten Aufwendungen.“

² Gemäß den Worten „hat das gleiche Recht“; andernfalls würde es heißen: „hat dieses Recht nur“.

beide ein Handelsgeschäft ist: HGB. §§ 369 — 372. Dieses kaufmännische Retentionsrecht ist nur insofern enger, als das Zurückbehaltungsrecht des BGB., als jenes bloß „Gegenstände“ (nämlich bewegliche Sachen und Wertpapiere), nicht wie dieses auch Leistungen zurückbehalten läßt. Aus dem HGB. und seinem Einführungsgesetz ergibt sich nicht, daß die Vorschriften des BGB. über die Zurückbehaltung einer Leistung in Handelssachen nicht zur Anwendung kommen. Sie sind daher anwendbar¹. Es kann also ein Kaufmann als Arbeitnehmer, z. B. ein Handlungsagent, während des Arbeitsverhältnisses die Leistung von Arbeit verweigern, bis einem ihm wider den Arbeitgeber zustehenden konnexen Gegenanspruch genügt worden ist, wenn sich nicht aus dem Arbeitsverhältnis ein anderes ergibt;

2. wenn der Arbeitsvertrag ein Vertrag über Bergung ist: HGB. § 751 Abs. 1 a. E.; BiSchG. § 97 Abs. 1, FlG. § 28 Abs. 1;

3. dem Rechtsanwalt in Ansehung der Handakten, die er vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren dem Auftraggeber nicht herauszugeben braucht: RAO. § 32.

V. Die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers wird gemäß BGB. § 321 suspendiert, wenn nach dem Abschluß des Arbeitsvertrags in den Vermögensverhältnissen des Arbeitgebers eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Vergütung gefährdet wird. Die Suspension der Vorleistungspflicht besteht darin, daß der Arbeitnehmer die Arbeit verweigern kann, bis ihm die Vergütung gewährt oder Sicherheit dafür geleistet wird. Diese Maßregel zum Schutz gegen die Kreditgefahr ist, anders als die unter Nr. IV erörterte, eine prophylaktische: sie sucht den Arbeitnehmer dadurch zu schützen, daß sie ihm die Pflicht abnimmt, sich in die Kreditgefahr zu begeben. Da sie auch nach dem Beginn der Arbeitsleistung anwendbar ist, darf sie unter die Mittel zur Verminderung der Kreditgefahr eingereicht werden.

Gewiß braucht der Arbeitnehmer von der ihm hiermit eingeräumten Rechtswohlthat keinen Gebrauch zu machen und kann vorleistend den Zuwachs der Gefahr, den der ökonomische Verfall des Arbeitgebers herbeiführt, auf sich nehmen². Allein man nimmt ferner allgemein an, daß die Bestimmung des § 321 durch die Parteien in

¹ Einf. Ges. zum HGB. Art. 2.

² Der Arbeitnehmer, welcher auch gesetzlich zur Leistung der Arbeit verbunden ist, kann die Rechtswohlthat des § 321 nicht beanspruchen: oben S. 258².

voraus außer Kraft gesetzt werden könne¹. Dem gegenüber muß aber gefragt werden, ob ein solcher Ausschluss nicht wider die guten Sitten verstößt und darum ungültig ist. Es dürfte in der That nicht der Moral anständiger Leute entsprechen, daß der Arbeitgeber sich für den künftigen Fall der Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse vom Arbeitnehmer den Verzicht auf ein diesem für solchen Fall vom Gesetz gewährtes Schutzmittel ausbedinge². Wir sehen dabei ab von etwaiger mala fides des Arbeitgebers, d. h. davon, daß er zur Zeit jener Ausbedingung selber ein Mißtrauen in den Fortbestand seiner gegenwärtigen Wirtschaftslage hegte, und lassen außer Rechnung, daß ein Arbeitnehmer nicht leicht ohne Notlage, Leichtsinns oder Unerfahrenheit sich auf jenen Verzicht einlassen wird. Unser moralisches Urteil nötigt uns zu der Annahme, daß § 321 für die Parteien eines Arbeitsvertrags zwingendes Recht setzt³.

VI. Ein fernerer Schutz gegen die Kreditgefahr, die sich an die Pränumeration der Arbeit knüpft, wird gewährt durch ein Vorzugsrecht im Konkurs des Arbeitgebers, indem die Vergütungsforderungen mancher Arbeitnehmer eines Vorzugs vor anderen Konkursforderungen genießen. Den ersten Rang haben nach KO. § 61 Nr. 1 die „Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienst-

¹ sei es durch besondere Erklärung, sei es daß ihr Wille aus den Umständen erhelle: Regelsberger in Jher. Jahrb. 40, 477 fg. und dort Genannte, sowie Ehrlich, Zwingendes und nicht zwingendes Recht S. 50.

² Vgl. Lotmar, Unmoralischer Vertrag S. 71 Nr. 2.

³ Hieran wird durch BGB. § 610 nichts geändert. Wenn es dort heißt: „Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn . . .“: so ist damit gesagt, daß der Promittent im Zweifel das Widerrufsrecht habe. Der Zweifel kann nur Zweifel des Richters sein, Zweifel darüber, ob der Promittent dieses Recht habe oder nicht habe. In diesem Zweifel soll der Richter dieses Recht anerkennen, zusprechen. Aber es ist gar nicht gesagt, worauf sich der Zweifel gründet, aus welchen dubiosen Thatsachen er herrührt. Man nimmt an: wenn ein deutlicher Verzicht vorliege, sei das Recht abzusprechen, wenn ein undeutlicher Verzicht vorliege, sei es zuzusprechen. Wir aber halten jeden im Voraus vereinbarten Verzicht für ungültig und beziehen die Worte „im Zweifel“ auf das Dasein der im Gesetz aufgestellten Bedingungen des Widerrufsrechts. Damit ist gesagt: wenn der Richter darum im Zweifel ist über das Dasein des Widerrufsrechts, weil er dessen faktische Voraussetzungen — eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder eine dadurch verursachte Gefährdung — nicht entschieden gegeben findet, dann soll er das Widerrufsrecht anerkennen. Also bei dieser zweifelhaften Sachlage kann der Promittent widerrufen. — Durch die vorstehende Deutung wird die Annahme ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber einen Verstofs gegen die guten Sitten sanktioniert habe.

bezüglich der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdingen hatten“, insofern diese Forderungen für das Jahr vor der Eröffnung des Konkurses oder vor dem Ableben des Gemeinschuldners rückständig sind. Den vierten Rang nehmen ein nach KO. § 61 Nr. 4 die „Forderungen der Ärzte, Wundärzte, Tierärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebühnisse nicht übersteigt“. Die Apothekerforderungen können auch durch Kaufverträge entstanden sein; in unsere Erörterung gehören nur die durch Arbeitsverträge entstandenen (S. 211 zu ²)¹.

VII. Auch durch Pfandrecht, vorzüglich gesetzliches Pfandrecht an Sachen des Arbeitgebers, sucht das Gesetz den Arbeitnehmer gegen die bewusste Kreditgefahr zu schützen.

1. Nach BGB. § 647 hat der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Werkvertrag, also auch für die in Rede stehende Vergütungsforderung „ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind“.

Was die hergestellten Sachen anlangt, so scheiden diejenigen aus, die aus einem vom Arbeitnehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen waren und aus einem von ihm beschafften Stoffe hergestellt worden sind. Denn diese unterliegen nach § 651 den Vorschriften über den Kauf, somit nicht dem § 647, und falls sie unvertretbar sind, ist die Anwendung des § 647 durch § 651 ausdrücklich ausgeschlossen². Diejenigen Sachen dagegen, welche der Arbeitnehmer aus einem nicht von ihm selbst, sondern durch den Arbeitgeber beschafften Stoff hergestellt hat, unterfallen dem Pfandrecht des Arbeitnehmers nur, wenn der Stoff dem Arbeitgeber gehört hat, und

¹ Konkursrechtlichen Schutz kann auch die Kündigung (KO. § 22) gewähren.

² Siehe auch S. 183—85, besonders HGB. § 381 Abs. 2. Wenn der Arbeitsvertrag des Hausindustriellen ein Werkvertrag ist (was hier dahin gestellt bleiben muß: S. 311), so unterliegt er, wo die Stofflieferung durch den Arbeitnehmer erfolgt, nicht dem § 651 BGB.: S. 184. 209 oben. Allein hier ist die Anwendung des § 647 dadurch ausgeschlossen, daß der Arbeitnehmer Eigentümer der von ihm hergestellten Sache wird, weil er selbst den Stoff derselben beschafft hat. Und auch wo er nicht Eigentümer wird (weil der Stoff einem Dritten gehörte und nicht Spezifikation erfolgte), kann doch nicht von Pfandrecht gegenüber dem Besteller die Rede sein, da dieses nur an Sachen des Bestellers stattfindet.

die Sachen nicht durch die Herstellung — gemäß § 950 — ins Eigentum des Arbeitnehmers gekommen sind: denn an seinen eigenen beweglichen Sachen kann dieser kein Pfandrecht haben. Hiernach sind drei Fälle zu unterscheiden:

a. Die Arbeit ist nicht Herstellung einer neuen Sache (z. B. Druckbogen werden gefalzt, geheftet und mit Umschlag versehen, oder broschirierte Druckschriften werden gebunden): hier erlangt der Unternehmer Pfandrecht an den von ihm hergestellten Sachen des Bestellers.

b. Wird durch Verarbeitung oder Umbildung des dem Besteller gehörigen Stoffes eine neue Sache hergestellt, bei welcher der Wert dieser Arbeit erheblich geringer ist als der des Stoffes (z. B. ein Kleid wird aus Sammt oder Seide angefertigt), so gehört die neue Sache dem Besteller, und der Unternehmer erlangt an ihr Pfandrecht.

c. Ist dagegen dieses bedeutende Übergewicht des Stoffwertes bei der neuen Sache nicht vorhanden (z. B. ein plastisches Kunstwerk wird aus Holz oder Stein gebildet), dann erwirbt der Unternehmer das Eigentum an der neuen Sache¹, mag er die Arbeit selbst verrichten oder durch Gehülfen verrichten lassen², und als Eigentümer kann er nicht Pfandrecht an der neuen Sache haben, ist also gegen den Besteller für seine Entgeltforderung nicht durch die Sache gesichert. Im Werkvertragsverhältnis ist nach dem BGB. die Herstellung einer Sache stets Leistung des Unternehmers; man kann daher nicht vom Besteller sagen, dieser stelle die neue Sache her und werde darum ihr Eigentümer³.

¹ ohne Vergütung nach § 951 schuldig zu werden.

² Vgl. S. 104. 143. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 109 Nr. 4. Straufs, Stoff und Arbeit (1899) S. 58: „Sodann gilt nach der Auffassung des Verkehrs auch der als Hersteller, der zur Ausführung fremde Hülfe in Anspruch nimmt.“

³ Kober in Staudingers Kommentar zum BGB. § 950: „Die Arbeit des Unternehmers gilt z. B. als Arbeit des Bestellers.“ Von dieser Übertragung der Parteirolle weiß das Gesetz nichts, sie ist mit demselben unvereinbar. Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts II § 84 a. E.: „Die z. B. auf Grund eines Werkvertrages vollzogene Verarbeitung schafft Eigentum nur für den Besteller — er mag Eigentümer des hierzu gelieferten Stoffes sein oder nicht — nicht für den Unternehmer.“ Zunächst ist nicht begreiflich, wie der Besteller das Eigentum erlangen sollte, wenn er zur neuen Sache weder das Eigentum am Stoffe, noch die Arbeit beigetragen hat. Aber auch wenn ihm der Stoff gehörte, kann ihm das Eigentum an der neuen Sache nach § 950 nur zufallen, wenn der Wert der Spezifikation erheblich geringer ist als der des Stoffes. Sonst weist § 950 das Eigentum dem Hersteller zu, ohne einer Vertretung Raum zu lassen. Abweichend von den obigen Aufstellungen auch Riezler, Werkvertrag S. 27—29 und Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 7. Das durch v. Tuhr (Deut. Jur. Z. VI, 425) zu Gunsten des Eigentumserwerbs

Was sodann die ausgebesserten Sachen anlangt, so hat an ihnen der Unternehmer ein Pfandrecht nur, wenn sie zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Es ist aber fraglich, ob der Unternehmer, in dessen thatsächlicher Gewalt sich diese Sachen befinden, Besitz habe. Nimmt man nämlich an, daß auf sein Verhältnis § 855 zutrefte, d. h. daß er die thatsächliche Gewalt für den Besteller ausübe in einem dem Haushalt oder dem Erwerbsgeschäft „ähnlichen Verhältnis“, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern (d. i. des Bestellers) Folge zu leisten hat, so ist der Besitz des Unternehmers zu verneinen. Daß er sich in einem Verhältnis befinden könne, worin ihm die gedachte Folgeleistung obliegt, muß anerkannt werden (vgl. S. 93 fg. z. B. § 645). Ob das Verhältnis dem eines Haushalts oder eines Erwerbsgeschäfts ähnlich sei, läßt sich nicht allgemein entscheiden.

Nimmt man hingegen im Hinblick auf § 868 an, der Unternehmer übe die thatsächliche Gewalt ähnlich einem Mieter oder Verwahrer aus, indem er dem Besteller gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sei, so hat man ihm damit den Besitz zugesprochen. Es entscheidet nämlich § 868 nicht, daß der Unternehmer Besitzer ist, sondern daß, wenn er als Besitzer zu gelten hat, auch der Besteller Besitzer ist.

2. Die Schiffsbesatzung eines der Binnenschiffahrt wie eines dem Seehandel dienenden Schiffes¹ hat für die aus ihren Arbeitsverträgen herrührenden Gehalts- oder Lohnforderungen gegen den Schiffseigner oder den Rheder die Rechte eines Schiffsgläubigers². Damit hat sie an dem Schiffe nebst Zubehör ein Pfandrecht³.

3. Die Forderung von Berge- und Hilfslohn, die durch einen Arbeitsvertrag begründet sein kann (oben S. 295), ist durch Pfandrecht gesichert in den Fällen der See-, der Binnenschiffahrt und der Flößerei⁴.

4. Wegen der ihnen zukommenden Vergütung (Provision, Fracht, Lagergeld, Überfahrtsgeld) haben ein Pfandrecht der Kommissionär, der Spediteur, der Frachtführer, der Lagerhalter, der Verfrachter zur See beim Güter- und beim Personentransport, und der Schiffseigner in der Binnenschiffahrt beim Transport von Reisegepäck am Kom-

des Bestellers aus BGB. § 651 gezogene arg. e contr. ist aus mehr als einem Grunde unsicher.

¹ BiSchG. § 3 Abs. 2. HGB. § 481.

² BiSchG. § 102 Nr. 2. HGB. § 754 Nr. 3.

³ BiSchG. §§ 103 fg. HGB. §§ 487. 755 fg. Vgl. SeemO. § 68.

⁴ HGB. §§ 751. 754 Nr. 4. 755. BiSchG. §§ 97. 102 Nr. 3. 103. FIG.

missionsgut bezw. an dem zu versendenden oder zu befördernden Gut, am Lagergut, am Frachtgut, an den Effekten der Reisenden¹.

5. Zwar nicht ein Pfandrecht, aber doch einen Pfandrechts-titel gewährt einem Arbeitnehmer BGB. § 648. Danach hat der Unternehmer eines Bauwerks oder eines Teils eines solchen für seine Forderungen aus einem Werkvertrag, den er über die Herstellung des ganzen Bauwerks oder des Teiles geschlossen hat, Anspruch auf die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstücke des Bestellers. Wo, wie oft der Fall, dieses Grundstück schon vor der Befriedigung des erwähnten gesetzlichen Anspruchs mit Hypotheken belastet ist (z. B. zu gunsten des Kaufgeldes oder des Baugeldes), da ist der praktische Wert jener Sicherungshypothek nicht groß², selbst wenn der Unternehmer sich den Anspruch auf ihre Einräumung durch Vormerkung gesichert hat (§ 883).

Fernere Anwendungen der gesetzlichen Pfandsicherung zur Verringerung der Kreditgefahr des Arbeitnehmers hat die *lex lata* nicht³. Der viel kritisierte „Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Sicherung der Bauforderungen“ (1897)⁴ nimmt eine weitere Ausdehnung dieser Garantie in Aussicht. Nach der Erfahrung würde es sich empfehlen, zu gunsten der Lohnforderung vom Institut des Pfandrechts noch den Gebrauch zu machen, daß von gewissen Personen, die gewerbemäßig als Arbeitgeber eine größere Zahl von Arbeitsverträgen schliessen, Kautions für die Erfüllung ihrer Vergütungspflicht verlangt würde⁵.

¹ HGB. §§ 397. 410. 421. 440. 441. 623. 627. 674. BiSchG. § 77. S. auch HGB. § 578, wonach der Verfrachter im Seehandel, wenn er auf Verlangen des Befrachters die Reise ohne die volle bedungene Ladung antritt, soweit ihm durch die Unvollständigkeit der Ladung die Sicherheit für die volle Fracht entgeht, die Bestellung einer anderen Sicherheit fordern kann. Ebenso im Verhältnis von Frachtführer und Absender in der Binnenschifffahrt nach BiSchG. § 35 Abs. 2.

² Vgl. Endemann, Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts I § 174 Anm. 25. Oertmann in Brauns Archiv XII, 38 fg. und die Motive zu dem im folgenden Text erwähnten Gesetzentwurf S. 11 (Heymanns Verlag, Berlin 1897). Stadthagen, Arbeiterrecht S. 156. 157. Karrer, Der Bauschwindel (1900) S. 3—9.

³ Die Sicherheitsleistungen des Arbeitgebers (nach BGB. § 273 Abs. 3 § 321) können nicht vom Arbeitnehmer beansprucht, sondern vom Arbeitgeber bewirkt werden zur Hintanhaltung der unter Nr. IV und V erwähnten Schutzmittel des Arbeitnehmers; sie sind Surrogate derselben.

⁴ Neuerdings durch zwei andere Entwürfe ersetzt.

⁵ Vgl. Lotmar in Brauns Archiv VIII, 29/30. Im März 1896 verhandelte das preussische Abgeordnetenhaus über den Antrag (eines Mitgliedes) zu einem Gesetzentwurf, der unter anderem das Recht betraf, vom einem Bauunternehmer bei Bedenken über seine Zuverlässigkeit oder Zahlungsfähigkeit

In Wirklichkeit werden die Kauttionen, die im Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern häufig vorkommen, nicht von den ersteren, sondern von den letzteren gestellt¹. Die nämlichen Personen, die vom Gesetz zur Kreditierung der ihnen zugesagten Vergütung verhalten werden, müssen sich (unter dem Zwang der Lage) überdies dazu verstehen, den Arbeitgeber für dessen Forderungen sicher zu stellen, was nur da gerechtfertigt ist, wo ihnen große Werte anvertraut sind. Es widerfährt ihnen dann nicht selten, daß ihnen nicht bloß die Vergütung für die geleistete Arbeit vorenthalten, sondern auch die geleistete Kauttion entzogen wird — durch sogenannte Kautionschwindler. Ein ärgerer Hohn auf das Institut des Pfandrechts als eine zu solchem Ausgang führende Anwendung ist nicht denkbar.

VIII. Schutz gegen die Kreditgefahr wird dem Arbeitnehmer gewährt auch durch Vorschufs- oder Abschlagszahlungen. Die Bedeutung dieser Ausdrücke ist nicht feststehend; auch werden mehrere Sinne mit ihnen verbunden. Die Abschlagszahlung ist stets eine Teilzahlung, die Vorschufszahlung kann Ganzzahlung oder Teilzahlung sein. Vorschufs- wie Abschlagszahlung sind hier:

a. Lohnzahlungen, gemäß dem zur Verhandlung stehenden Thema, der Zahlungszeit. Hieran darf man sich nicht irre machen lassen durch GewO. §§ 115^a und 119^a, wo es heißt: „Lohn- und Abschlagszahlungen . . .“ Auch diese Abschlagszahlungen sind Lohnzahlungen. Die GewO. folgt wahrscheinlich einem partikulären Sprachgebrauch, der zwar der juristischen Präcision, aber nicht der Einsicht in den Sachverhalt ermangelt (unten S. 395). Zahlungen zum Ersatz vergangener oder künftiger Auslagen des Arbeitnehmers

Sicherheit für die Bezahlung der Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter zu verlangen. (Mifsstände im Baugewerbe, Hamburg 1897 S. 17.) Nach dem Entwurf eines österreichischen Theatergesetzes kann die Theaterkonzession dem Unternehmer verweigert werden, der nicht in Höhe eines Drittels des voraussichtlichen Jahresetats der Unternehmung Sicherheit stellt. Diese dem Wohl der Schauspieler und Autoren dienende Kautel wird von Opet in Grünhuts Zeitschr. XXIV, 631 mit Gründen der Manchestertheorie bekämpft. Es handelt sich auch nicht um Einführung eines gesetzlichen Pfandrechts, sondern einer gesetzlichen Kautionspflicht, ein Unterschied gleich dem von *cessio legis* und *cessio necessaria*.

¹ Eine über die privatrechtliche Sicherung des Arbeitgebers hinausgehende Bedeutung haben die Kauttionen, zu deren Stellung die Unternehmer und Agenten der Beförderung von Auswanderern nach außerdeutschen Ländern gesetzlich verpflichtet sind: AuswG. §§ 5. 14. 20. 31 und Bundesrätliche Bekanntmachung vom 14. März 1898 (RGBl. S. 39) §§ 26—31, s. auch § 14. Vgl. oben S. 366.

sind keine Lohn- und daher keine hierher gehörigen Vorschufs- oder Abschlagszahlungen¹. Wo jedoch der Ersatz der Auslagen in der Vergütung begriffen ist², ist selbst eine mit Bezug auf diese Auslagen gemachte Zahlung möglicherweise eine hierher gehörige Vorschufs- oder Abschlagszahlung, weil sie Lohnzahlung ist;

b. nur solche Lohnzahlungen, welche die Kreditgefahr des Arbeitnehmers (die ihm aus der Erfüllung seiner Vorleistungspflicht erwächst) vermindern, gemäß der S. 377 geschehenen Einreihung der Vorschufs- oder Abschlagszahlung.

Demnach ist keine solche die Zahlung der ganzen Vergütung pränumerando, d. h. nach Abschluss des Arbeitsvertrags, aber bevor der Arbeitnehmer mit seiner Leistung begonnen hat. Durch diese, die ganze Vergütung umfassende Vorleistung wird der Arbeitnehmer vor jeglicher Kreditgefahr bewahrt, die der ihm gesetzlich obliegenden Vorleistungspflicht entspringt; er wird der Vorleistungspflicht enthoben. Man kann dies Vorschufszahlung nennen, aber da durch sie der Arbeitnehmer gänzlich vor der Kreditgefahr behütet wird, so kann nicht von einer Verminderung derselben die Rede sein; es liegt keine hierher gehörige Vorschufszahlung vor. In solchem Fall ist vielmehr die Kreditgefahr nur auf seiten des Arbeitgebers, indem ihm die entgeltete vertragsmäßige Arbeit ausbleiben kann³.

Nach alledem haben wir es hier mit Vorschufs- oder Abschlagszahlung nur in den folgenden drei Fällen zu thun:

1. Nach Eintritt der Fälligkeit wird eine Teilzahlung gemacht. Das ist eine Abschlagszahlung und keine Vorschufszahlung. Zwar wird damit, daß der Arbeitnehmer nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung für einen Teil nicht befriedigt wird, die bisherige Gefahr teilweise realisiert, allein andererseits wird sie auch teilweise aufgehoben. Der Arbeitnehmer braucht (wenn es nicht ausgemacht worden ist) die Teilzahlung nicht anzunehmen, ohne in Annahmeverzug zu geraten, denn der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht

¹ Vgl. BGB. §§ 669. 675. Oben S. 137. 138. 142¹.

² Dies kann der Fall sein bei den Vorschüssen in BGB. § 196 Nr. 8. 9. 16. §§ 669. 675. RAO. § 38. GebührenO. für Rechtsanwälte § 84. Vgl. oben S. 139—41.

³ Von solcher Avancierung spricht 15 § 6 D. 19, 2, indem sie vom Arbeitnehmer (Frachtführer) sagt: *vecturam quam pro mutua acceperat*, wie in 19 § 6 eod. vom vorausleistenden Mieter *pensionem prorogavit* gesagt wird. Es liegt hier kein Darlehen vor, wie z. B. Ihering, Zweck im Recht I, 163 Anm. und Huschke, Darlehen S. 14/5 für die erstere Stelle annehmen: unten S. 393 Nr. 2. In BGB. § 628 können sich die Worte: „Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet“ auch auf unsern Fall beziehen.

berechtigt (BGB. § 266). Die Annahme der Teilzahlung geschieht entweder in dem Sinn, daß der Arbeitnehmer in eine Verschiebung der Zahlungszeit für den übrigen Teil der Vergütung willigt, sie zu diesem Teil stundet; dann endigt die bisherige Kreditgefahr, die seiner Vorleistungspflicht entsprang, vollständig, und es beginnt eine neue, durch die Stundung begründete, sich auf den rückständigen Teil der Vergütung erstreckende¹. Oder der Arbeitnehmer stundet nicht, er nimmt die Teilzahlung an, um wenigstens einen Teil zu erhalten, da ihm nicht das Ganze angeboten wird; es dauert die bisherige Kreditgefahr durch die Teilzahlung vermindert fort².

2. Vor Eintritt der Fälligkeit, aber nachdem der Arbeitnehmer seine Leistung gänzlich oder teilweise gemacht hat, wird die ganze Vergütung entrichtet. Das ist keine Abschlagszahlung, weil es nicht Teilzahlung, sondern Ganzzahlung ist. Es ist Vorschufszahlung, weil vor Eintritt der Fälligkeit gezahlt wird, sei es, daß die Arbeit erst teilweise geleistet, sei es, daß sie zwar ganz geleistet, aber die durch Privatdisposition gesetzte Zahlungszeit noch nicht gekommen ist. Diese Vorschufszahlung bewirkt eine Verminderung der Kreditgefahr, obwohl sie dieselbe für die Folge gänzlich aufhebt, weil bis zur Zahlung die mit Beginn der Arbeit entstandene Gefahr bestanden hat. Die Vorschufszahlung bewirkt, daß diese Gefahr nicht ausgehalten zu werden braucht.

3. Vor Eintritt der Fälligkeit wird ein Teil der Vergütung entrichtet, mag zu dieser Zeit die Arbeit gänzlich³, teilweise oder gar nicht⁴ geleistet sein. Diese Zahlung ist eine Abschlagszahlung als

¹ Es erlischt zugleich der etwaige Verzug des Schuldners, des Arbeitgebers, vgl. oben S. 375³.

² Diesen Fall hat im Auge Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 183 mit den Worten: „häufig muß sich der Arbeiter auch mit einer Abschlagszahlung begnügen und den Rest stunden, weil der Meister den vollen Lohn nicht zahlen kann.“

³ z. B. Arbeitsordnung f. d. kgl. Steinkohlenbergwerk Reden (Saarbrücken 1892) § 39: „Die Auszahlung des Lohnes erfolgt in barem Gelde während des auf die Ausführung der Arbeit folgenden Monates in der Weise, daß in der ersten Hälfte eine Abschlagslohnung, in der zweiten Hälfte die Hauptlohnung stattfindet.“ Hier ist zur Zeit der Abschlagszahlung die zu vergütende Arbeit vollständig geleistet.

⁴ Dies kommt besonders oft vor bei den Arbeitsverhältnissen der Seeschiffsmannschaft. Nach dispositivem Recht (SeemO. § 36 Abs. 1) wird die Heuer fällig nach Beendigung der Reise oder des Dienstverhältnisses. Allein schon bei Abschluß des Heuervertrages wird häufig abschlags- und vorschufsweise eine Zweimonatheuer bezahlt. — Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Draufgabe entrichtet, was vor Vollzug der Arbeitszusage zu

Teilzahlung, und sie ist zugleich eine Vorschufszahlung, weil sie vor der Fälligkeit erfolgt¹. Durch diese Vorschufs- und Abschlagszahlung wird die Kreditgefahr des Arbeitnehmers extensiv und intensiv verringert, indem sie sich nicht auf die ganze Zeit erstreckt, die sie ohnedies dauern würde, und nicht auf den ganzen Betrag erstreckt, der andernfalls auf dem Spiele steht. Wo in Arbeitsordnungen² oder in kommunalen Statuten (GewO. § 119^a Abs. 2 Nr. 1) dem Arbeitgeber die Leistung von Abschlagszahlungen aufgegeben wird, sind nicht die unter 1. erwähnten nach der Fälligkeit erfolgenden Teilzahlungen, sondern die in Rede stehenden gemeint, die zugleich Vorschufszahlungen sind. Es wird dem Arbeitgeber nicht das Recht eingeräumt, von der fälligen Vergütung einen Teil zu entrichten, sondern die Pflicht auferlegt, von der noch nicht fälligen Vergütung einen Teil zu entrichten.

Es ist nicht erforderlich, daß zur Zeit der Vorschufs- und Abschlagszahlung der Betrag der ganzen Vergütung gewiß und bekannt sei. Die Vorschufs- und Abschlagszahlung braucht nicht einen bestimmten Teil der ganzen Vergütung auszumachen. Ihr Betrag kann nach einem anderen Maßstab bemessen sein, als der der ganzen Vergütung, indem etwa ihr Betrag dem zeitlichen Umfang der Arbeit angepaßt ist, während der Gesamtbetrag der Vergütung auf das Arbeitsergebnis gerichtet ist³; es ist aber ebenso möglich, daß für

geschehen pflegt, so ist diese Draufgabe nach BGB. § 337 „im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen“, d. h. als Vorschufs- und Abschlagszahlung anzusehen. Hartenstein in Gewerbebericht VI, 73—75 würdigt nicht die Worte „im Zweifel“ und kommt dadurch zu einer, wie er sagt, „merkwürdigen Folgerung“.

¹ z. B. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10 S. 146: „ja die Coulanz der Konfektionäre geht so weit, daß, wenn z. B. . . 60 Stück geliefert werden sollen und der Schneider nur 30 Stück liefert, er auf diese 30 Stück . . . sogar einen gewissen Vorschufs erhält.“

² z. B. Arbeitsordnung der Bierbrauerei z. goldenen Hecht in Ulm (1892) § 16: „Jeder Arbeiter erhält seinen Lohn in monatlichen Fristen bar ausbezahlt, mit der Maßgabe jedoch, daß ihm in der Hälfte der Lohnperiode entsprechender Vorschufs gewährt wird.“ Arbeitsordnung für die Berliner städt. Gasanstalten: „Während der Dauer eines Akkords, welcher durch mehr als eine Lohnwoche hindurchgeht, erhalten die Beteiligten angemessene Abschlagszahlungen.“

³ z. B. „ihr (der in Bauschreinereien beschäftigten Schreiner) Lohn schwankt durchgehends zwischen 3,50 und 3,75 Mk. für den Tag. Dies ist indessen nur der wöchentlich und zwar Samstags zur Auszahlung kommende Lohn; da stets im Akkord gearbeitet wird, so ist die Einrichtung getroffen, daß erst nach vollständiger Ablieferung der Arbeit abgerechnet wird und

beiderlei Betrag ein gleichartiger Maßstab gebraucht werde, indem z. B. dem Arbeitnehmer, dem nach Vollbringung eines Bauwerks die Vergütung zu entrichten ist, vorher Teile derselben nach Maßgabe des Vorschreitens des Werkes, etwa ein Teil nach der Fundamentierung, ein anderer nach Vollendung des Rohbaus, gezahlt werden¹.

Die Gewährung von Vorschufs- und Abschlagszahlungen ist regelmäßig Sache der Privatdisposition und oft nicht vor der Gewährung selbst festgesetzt. Allein auch nicht selten ist diese Gewährung durch eine Arbeitsordnung (S. 390²) oder einen Tarifvertrag generell vorgesehen², oder wird erst für den gegebenen Arbeitsvertrag ausgemacht. Außerdem kann diese Gewährung durch Ortsgebrauch³ oder durch Gesetz geboten sein⁴.

Wo die Vorschufs- und Abschlagszahlung nicht bloß im Arbeitsvertrag oder sonstwie vorgesehen oder geboten ist, sondern dafür auch eine Zahlungszeit und etwa gar eine Zahlungsperiode bestimmt ist (z. B. GewO. § 119^a Nr. 1), kommt sie äußerlich mit der Lohnzahlung schlechthin überein, ist aber innerlich durch ihre Relativität von derselben verschieden, indem ihr Betrag sich als Teil auf ein Ganzes bezieht, und auf die Zahlungszeit dieses Ganzen bezogen sie selbst eine vorzeitige oder Vorschufszahlung ist. Noch größer wird die Ähnlichkeit zwischen der vorzeitigen Teilzahlung und der rechtzeitigen Ganzzahlung, wenn der vorschufs- und abschlagsweise gezahlte Betrag umfänglich dem zur Zeit seiner Zahlung ver-

der Schreiner dann den über den Tagelohn hinausgehenden Verdienst auf einmal erhält⁵: Lage des Handwerks I, 284.

¹ Verschieden von dem Fall in BGB. § 641 Abs. 1 Satz 2, wo Vergütungen für die einzelnen Teile eines Werkes bestimmt sind und jede nach ihrer Fälligkeit entrichtet wird.

² In einer Tarifvertragsproposition von Bergarbeitern des Plauenischen Grundes wird beantragt (Vorwärts vom 13. August 1899): „Acht tägige Lohnzahlung. Wenn es bei den vierwöchentlichen Abschnitten bleiben soll, so soll mindestens alle acht Tage und zwar Freitags, ein entsprechender Abschlagslohn gezahlt werden.“

³ SeemO. § 37, vgl. Soziale Praxis V, 696 und Nocht in Brauns Archiv f. soz. Gesetzgeb. XII, 168/69.

⁴ SeemO. § 36 Abs. 2: „Der Schiffsmann kann jedoch bei Zwischenreisen in dem ersten Hafen . . . die Auszahlung der Hälfte der bis dahin verdienten Heuer verlangen . . .“ Vgl. HGB. § 903 Nr. 1. S. auch RAO. § 38: „Im Falle des § 33 kann der beigeordnete Rechtsanwalt die Übernahme der Vertretung davon abhängig machen, daß ihm ein nach den Vorschriften der GebührenO. zu bemessender Vorschufs gezahlt wird.“ GebührenO. für Rechtsanwälte § 84: „Der Rechtsanwalt kann von seinem Auftraggeber angemessenen Vorschufs fordern.“ GewO. § 119^a Nr. 1.

dienten Teil der Vergütung entspricht, weder größer noch kleiner ist¹. Wo die Vorschufs- und Abschlagszahlung nach demselben Maßstab gemessen wird wie die im Vertrag festgesetzte Vergütung, kann diese Korrespondenz (zwischen gezahltem und verdientem Lohn) wohl eingehalten werden, indem z. B. bei einem Zeitlohnvertrag mit monatlicher Zahlung nach je zehn Tagen ein Drittel und nicht ein Viertel oder Fünftel entrichtet wird², oder bei einem Akkord „ein der geleisteten Arbeit“ oder „den bisherigen Leistungen entsprechender Teil der Vergütung“³, etwa nach Absolvierung der Hälfte die Hälfte der Vergütung entrichtet wird. Wo hingegen bei einem Akkord ohne Rücksicht auf den Stand oder das Resultat der Arbeit nach jeder Woche ein gewisses Kostgeld bezahlt wird⁴, findet die erwähnte Gleichheit des vorschufs- und abschlagsweise gezahlten und des verdienten Teiles der Vergütung nicht leicht und nur zufällig statt. Wo endlich die Vorschufs- und Abschlagszahlung zu einer Zeit erfolgt, da noch nichts oder so gut wie nichts von der durch jene Zahlung zu vergütenden Arbeit geleistet ist (S. 389⁴), kann natürlich nicht von Gleichheit des gezahlten und des verdienten Teils der Vergütung die Rede sein⁵. —

¹ Kleiner: z. B. Arbeitsordnung f. d. kgl. Steinkohlenbergwerk Reden § 39: „Abschlag wird etwa bis zur Hälfte des verdienten reinen Lohnes gegeben.“

² z. B. Engagementsformular des Deutschen Bühnenvereins I § 13: „Hat das Mitglied für längere Zeit mit der Bühne nach einem anderen Orte überzusiedeln, so ist ihm auf Verlangen das bis zum Tage der Abreise verdiente Gehalt an diesem Tage auszuzahlen“ — während sonst das Monatsgehalt am Monatschluss postnumerando bezahlt wird.

³ Ausdrücke der §§ 645. 648. 628. 699 BGB.

⁴ z. B. Landarbeiter in Deutschland II, 90 (aus einem Vertrag einer Gutsheerrschaft mit Wanderarbeitern): „Die Leute können wöchentlich pro Kopf 5 Mk. Vorschufs erhalten auf Akkordarbeiten; der Rest wird ihnen nach jedesmal beendeter Arbeit ausgezahlt.“

⁵ Nur auf diesen Fall läßt sich die folgende Äußerung beziehen, die auf der Arbeitsnachweis-Konferenz zu Leipzig (1898) der Sekretär des Verbandes Berliner Metallindustrieller (nach S. 11 des Berichts, herausg. vom Arbeitgeberverband Hamburg-Altona) gethan hat: „Eine häufige Begleiterscheinung bei Kontraktbruch oder Nichtbeendigung von Akkordarbeiten pflegt die zu sein, daß der Betreffende sich auf seine zu leistende Arbeit einen Vorschufs zahlen läßt, aber es dann unterläßt, diesen Vorschufs abzugeben oder abzuarbeiten. Diese Begleiterscheinung kommt meiner Erfahrung nach so oft vor, daß man geradezu von einer Klasse der ‘Vorschufspreller’ sprechen kann.“ S. auch daselbst S. 53. — StGB. § 298: „Ein Schiffmann, welcher mit der Heuer entläuft . . . wird . . . mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.“ SeemO. § 81 Abs. 3.

Nachdem wir im vorstehenden den Begriff der Vorschufs- und Abschlagszahlung und damit ihr Verhältnis zur Lohnzahlung schlechthin, nämlich zur rechtzeitigen Ganzzahlung kennen gelernt haben, sind schliesslich noch einige durch jenen Begriff nahe gelegte Fragen zu behandeln, die zum Teil von grosser praktischer Bedeutung sind:

1. Ist im voraus eine Zeit für die Vornahme der Vorschufs- und Abschlagszahlung bestimmt, so wird diese mit Eintritt jener Zeit fällig, und es kann hinsichtlich dieser Teilleistung der Schuldner ebensowohl in Verzug kommen wie bei der Lohnzahlung schlechthin. Dafs nach BGB. § 641 Abs. 2 der Arbeitgeber des Werkvertrags eine Geldvergütung von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen hat, gilt zwar ebenso für die Teilvergütung bei der Teilabnahme, gilt aber nicht von der Vorschufs- und Abschlagszahlung, da bei dieser keine Abnahme stattfindet. — Die vorherige Bestimmung einer Zeit für die Lohn- und Abschlagszahlung giebt, da diese Zahlung ausschliesslich im Interesse des Gläubigers verabredet wird, dem Schuldner kein Recht zur Teilleistung¹, und die Ablehnung der Vorschufs- und Abschlagszahlung versetzt den Gläubiger nicht in Verzug. Daher hat hier der Schuldner nicht das Recht der Hinterlegung aus § 372.

2. Die Vorschufs- und Abschlagszahlung ist kein Darlehen²: offenbar nicht, soweit der gezahlte Teil der Vergütung durch Arbeit bereits verdient ist (S. 389 Nr. 3. S. 392), da ja hier selbst von Kreditierung nur im Hinblick auf die in der Zukunft liegende Fälligkeit der ganzen Vergütung die Rede sein kann (S. 391 al. 2). Aber auch wenn und soweit das Gezahlte noch nicht verdient ist, liegt kein Darlehen vor, weil auch hier die Zahlung nicht obligandi animo, sondern solvendi animo gemacht wird. Dafs eine Schuld vor ihrer Fälligkeit „bezahlt“ werden könne, anerkennt BGB. § 272³. Wird nun

¹ Die Regel *diei adjectio pro reo est* gilt auch nach BGB. § 271 Abs. 2 im Zweifel. Sie bezieht sich aber nicht auf die Teilleistung. Die Worte in BGB. § 1223 Abs. 2 „sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist“ zeigen, dafs dem BGB. die Annahme eines Rechts des Schuldners zur Leistung und einer späteren Entstehung dieses Rechts nicht fremd ist.

² Gegen Darlehen: v. Schey, *Obligationsverhältnisse des österr. Privatrechtes* I, 48. 49. Schalhorn in *Soziale Praxis* VIII, 797. 798. — Dafs „Vorschüsse“ Darlehen oder Quasidarlehen sein können, wird mit dem Obigen nicht in Abrede gestellt, vgl. HGB. §§ 397. 410. 440.

³ „Auch im voraus gezahlter Lohn — ‘Vorschufs’ — ist ‘bezahlt’: Gewerbegericht V, 64 und 10 unten. Hingegen in dem daselbst Sp. 156. 157

die Vorschufs- und Abschlagszahlung nicht obligandi animo gemacht, so kann sie nicht eine Forderung des Arbeitgebers erzeugen, die neben die durch den Arbeitsvertrag begründete, auf die Arbeitsleistung gehende treten und gegen die fällig gewordene Lohnforderung aufgerechnet werden könnte und, soweit Aufrechnung unstatthaft, durch Zahlung getilgt werden müßte. Wäre ferner die Vorschufs- und Abschlagszahlung ein Darlehen, so könnte sie einem Minderjährigen nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gemacht werden, auch wenn dieser jenen ermächtigt hat, in Dienst oder in Arbeit zu treten, da zu den Rechtsgeschäften, für welche hiernach der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig ist (BGB. § 113), das Darlehen nicht gehört. Wohl aber gehört hierzu jede Lohnzahlung, auch die Vorschufs- und Abschlagszahlung. Dafs die in Rede stehende Vorschufs- und Abschlagszahlung (gleich den S. 388 al. 2 und S. 389 Nr. 2 erwähnten Vorschufszahlungen) kein Darlehen ist, ergibt sich endlich auch aus der Behandlung, die § 196 Nr. 8. 9 vgl. 16 der Verjährung der Ansprüche der Arbeitgeber wegen der den Arbeitnehmern auf deren Vergütungsansprüche gewährten Vorschüsse zu teil werden läßt. Es verjähren nämlich diese Ansprüche der Arbeitgeber (auf Rückerstattung, soweit die vorgeschossene Vergütung nicht verdient worden ist) ebenso in zwei Jahren wie die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer. Das hat guten Sinn, wenn der Arbeitgeber seine Leistung aus dem Arbeitsvertrag zurückfordert, und hat nicht guten Sinn, wenn der Darleiher die fremde Darlehnsleistung fordert.

3. Dafs nach BGB. § 208 die Verjährung unterbrochen wird, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch „Abschlagzahlung“ anerkennt, bezieht sich nicht auf unsere Vorschufs- und Abschlagszahlung, weil diese vor der Fälligkeit der Vergütungsforderung, somit vor dem Beginn ihrer Verjährung stattfindet. Vielmehr ist mit jener Abschlagzahlung die S. 388 Nr. 1 erwähnte, nach Eintritt der Fälligkeit erfolgende gemeint.

4. Wo Vorschufs- und Abschlagszahlung zwar im voraus vereinbart, auch eine Zahlungszeit dafür bestimmt, aber die Höhe dieser Partialvergütung unbestimmt geblieben ist, richtet sich ihre Höhe,

mitgeteilten Fall liegt deutlich Darlehen vor, da obligandi animo geleistet wurde, wie die Abrede über die Rückerstattung des Vorgeschossenen zeigt. — Wo durch den Vorschufs nicht so weit möglich der ganze verdiente Lohn, sondern nur ein Teil oder successive Teile desselben beglichen werden sollen, ist Darlehn anzunehmen. Daher ist unrichtig die Entscheidung in Gewerbegericht VI, 170.

wie bei der Vergütung überhaupt (§§ 612 Abs. 2. 632 Abs. 2¹⁾ nach dem Üblichen²⁾.

5. Ebenso sind, einen Dienstvertrag vorausgesetzt, auf die vereinbarte Vorschufs- und Abschlagszahlung die Vorschriften der §§ 615 und 616 anzuwenden. Es besteht kein Grund, einen Teil der Vergütung derjenigen Regelung zu entziehen, die für die ganze Vergütung getroffen worden ist³⁾.

6. Andererseits besteht kein Grund, in den Fällen, in denen die Gesetze die Lohnzahlung als epochemachend behandeln, ihre Verfügungen auf eine andere als die Hauptzahlung zu beziehen, also daß die Vorschufs- und Abschlagszahlung ausgenommen ist. Die oben S. 387 Nr. 1 erwähnte Ausdrucksweise der GewO. deutet auf eine gewisse Inferiorität dieser zwischenzeitlichen, vorzeitigen, partiellen Zahlung, da dieselbe von der „Lohnzahlung“ unterschieden wird. Nicht selten, z. B. bei der Bergarbeit, ist die Hauptzahlung dadurch ausgezeichnet, daß ihr eine umständliche Kalkulation vorausgeht, deren man sich bei der Interimszahlung zu entschlagen pflegt. Aus diesen Gründen nehmen wir an, daß für die Zahlungsperioden des Kranken- und des InvVG. die Zahlungszeiten nur der Hauptzahlungen maßgebend sind⁴⁾.

Viertes Kapitel.

Aufrechnung.

I. Die regelmässige Rechtsordnung, daß der Arbeitnehmer vorzuleisten und der Arbeitgeber die Vergütung erst zu entrichten hat, nachdem die Arbeit geleistet worden ist, hat aufer der im vorigen Kapitel erörterten Bedeutung, dem Arbeitnehmer Kreditierung aufzuerlegen und ihn dadurch der Kreditgefahr auszusetzen, sowie aufer der selbstverständlichen Folge, daß der Arbeitgeber den für die Vergütung er-

¹⁾ Oben S. 131⁴⁾. 132¹⁾. ²⁾ 133²⁾.

³⁾ z. B. SeemO. § 37: „inwieweit vor dem Antritt der Reise Vorschufszahlungen auf die Heuer zu leisten . . . sind, bestimmt in Ermangelung einer Vereinbarung der Ortsgebrauch des Hafens, in welchem der Schiffsmann angemustert wird“. Nach dem Berliner Gewerbegericht (Vorwärts v. 7. Dez. 1898) soll es in Ermangelung einer Abrede über den Umfang der Abschlagszahlung bei einem Akkorde dem Arbeitgeber freistehen, die Zahlung nach den Fortschritten der Arbeit zu bemessen.

⁴⁾ S. auch GewO. § 115. 119^{a)} Abs. 2. § 123 Nr. 4. § 134 Abs. 3. § 134^{b)} Nr. 2: alle diese Bestimmungen sind auch auf die Vorschufs- und Abschlagszahlungen zu beziehen. Hierin darf nicht beirren, daß der Abschlagszahlung neben der Lohnzahlung nur in §§ 115^{a)} und 119^{a)} Nr. 1 ausdrücklich gedacht ist.

⁴⁾ oben S. 347 und besonders Unger, Entscheidungen Nr. 215.

forderlichen Vermögensaufwand erst später zu machen braucht, daher namentlich die dazu gehörigen Mittel, wenn er sie hat, inzwischen bis zur Fälligkeit seiner Schuld verwerten kann, auch noch die folgende Konsequenz. Dafs der Arbeitnehmer die Vergütung, um derentwillen er den Arbeitsvertrag eingegangen hat, nicht schon bei dessen Eingehung, sondern erst nachdem er die daraus ihm obliegende Leistung gemacht hat, beanspruchen kann, wird für den Arbeitnehmer einen Beweggrund zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit abgeben. Der Arbeitgeber kann bei einer gewissen wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers darauf rechnen, dieser werde sich nicht blofs durch den ethischen Grund, dafs er die Arbeit vertraglich zugesagt hat, sondern auch durch den wirtschaftlichen Grund, dafs er erst durch die Vornahme der ihm obliegenden Leistung und nicht schon durch den Empfang der Vergütungszusage zur Vergütung gelangen wird, bestimmen lassen, die Arbeit zu leisten und bis zur Zahlungszeit im Arbeitsverhältnis auszuharren. Insofern gewährt die ihm zustehende Postnumeration dem Arbeitnehmer eine gewisse Sicherheit für die Befriedigung seiner Arbeitsforderung¹. Der durch Verschiebung der Zahlungszeit auf den Arbeitnehmer ausübbare Druck zur Arbeit und zur faktischen Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses läfst sich durch Verbindung mit anderen Mitteln verstärken². Im allgemeinen nimmt er mit der Entfernung der Zahlungszeit zu: wenn die Frist bis zur Fälligkeit der Vergütung gröfser ist, ist oft auch die Vergütung selbst gröfser, und das Verlangen, dieses gröfseren Betrags teilhaftig zu werden, kann im Arbeitsverhältnis eher festhalten, als wenn nur eine geringfügige Vergütung in Aussicht steht³. Natürlich

¹ z. B. „Die Auszahlung des Lohnes erfolgt in der Regel Samstag Nachmittag, oft genug aber auch erst am Sonntag, um den Gehülfen zu nötigen, auch an Sonn- und Feiertagen zur Arbeit in der Werkstatt zu erscheinen.“ Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 183. Jahresberichte der preussischen Regierungs- und Gewerberäte für 1899 S. 599 (Weber einer Aachener Tuchfabrik sollen durch Verschiebung der Zahlungszeit von Arbeitsniederlegung abgehalten werden).

² z. B. „Speziell bei den Knechten finden sich vielfach Klagen über den Kontraktbruch. (Gemeint sind Klagen der Arbeitgeber über Kontraktbruch der Knechte.) Es darf daher nicht Wunder nehmen, dafs gerade bei diesen verschiedene Mafsregeln zum Schutze gegen Kontraktbruch üblich sind. So wird öfter bei den Knechten im Jahreslohn ausbedungen, dafs der Lohn nur in steigenden Raten ausbezahlt wird. Dann wird z. B. bei einem Lohnsatz von 210 Mk. gegeben in den ersten beiden Vierteljahren je 40, dann 50, zuletzt 80 Mk.“ Landarbeiter in Deutschland II, 506, s. auch das Kontraktformular S. 576. Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande (1895) S. 22.

³ Eine Auskunftsperson der Wäschekonfektion, wegen der langen, näm-

lich kann auch umgekehrt eine gewisse grössere Entfernung der Zahlungszeit für einen Arbeitnehmer statt eines Spornes ein Hemmnis sein, indem sie ihn bewegt, sich baldern faktisch einem Arbeitsverhältnis zu entziehen, das ihm eine längere Entbehrung des Entgeltes auferlegt.

Gewährt sonach im allgemeinen die Postnumeration der Vergütung dem Arbeitgeber eine gewisse Deckung für seine Arbeitsforderung — eine Deckung freilich, die von prekären wechselnden Umständen, nämlich einer gewissen Bestimmbarkeit des Arbeitnehmers abhängt¹, — so verschafft sie ihm ferner eine viel weiter greifende und leichter anwendbare Deckung für andere Forderungen gegen den Arbeitnehmer. Dafs der Arbeitgeber in der Lage ist, die Vergütung erst leisten zu müssen, nachdem die ihm aus dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung vollzogen worden ist, gewährt ihm — abgesehen einstweilen von gesetzlicher Beschränkung — die Möglichkeit, seine Leistung anstatt der bereits erledigten Arbeitsleistung anderen ihm noch geschuldeten Leistungen des Arbeitnehmers entgegenzusetzen, d. h. dank der zu seinen Gunsten geregelten Zahlungszeit in der noch ausstehenden Zahlung Deckung zu suchen für irgendwelche Ansprüche, die er gegen den Arbeitnehmer hat oder zu haben glaubt, oder etwa künftig erlangen wird.

Im Dienste solcher Deckung stehen die Aufrechnung und die Zurückbehaltung und können stehen die Einbehaltung und die Verwirkung. Diese Wirksamkeit der genannten Vorgänge beruht darauf, dafs die Zahlungszeit hinter die Arbeitsleistung verlegt ist, sei es vom Recht, sei es durch Abrede. Denn in der Zwischenzeit d. h. vor jener Zahlungszeit können sich aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses, mit welchem oft erst eine Beziehung zwischen seinen Teilnehmern entsteht, neue Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer entwickeln.

Von den vier genannten Vorgängen behandelt dieses Kapitel den ersten, die Aufrechnung in der gedachten Anwendung durch den Arbeitgeber.

II. Diese Aufrechnung ist dazu bestimmt und geeignet, dem Arbeitgeber für eine ihm gegen den Arbeitnehmer zustehende

lich vierzehntägigen Lohnperiode zur Rede gestellt, antwortet: „Es ist das eine Vorsichtsmafsregel gewesen, die vor zwanzig Jahren eingeführt wurde, um das Weglaufen ohne Kündigung zu verhindern.“ Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 11 S. 20.

¹ In früherer Zeit liefs sich der Geselle durch Darlehen des Meisters fesseln, nämlich zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bewegen, um das Geborgte abzuverdienen! Stahl, Das deutsche Handwerk (1874) S. 344.

Forderung, die am Lohnzahlungstag fällig und der Lohnforderung im Gegenstand gleichartig ist, namentlich wie diese auf Geld geht, dadurch Befriedigung zu verschaffen, daß der Arbeitgeber seine Forderung mit der Lohnforderung verrechnet. Die Aufrechnung als Thatbestand besteht hier in der vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer gerichteten (einseitigen) Erklärung des Willens, jene Rechenoperation vorzunehmen, nämlich den Betrag seiner Forderung von dem der Lohnforderung zu subtrahieren, oder umgekehrt, falls die Lohnforderung weniger beträgt als seine Forderung. Die Rechtswirkung dieses Verfahrens besteht darin, daß der Arbeitgeber, soweit seine Forderung und die Lohnforderung einander gleichkommen, für seine Forderung befriedigt und von seiner Lohnschuld befreit wird. Diese Aufrechnung findet thatsächlich nur bei Postnumeration der Vergütung Raum. Denn wo die Vergütung im voraus zu entrichten ist, hat der Arbeitgeber nicht leicht eine gegen die schon anfänglich fällige Lohnforderung aufrechenbare, nämlich fällige Gegenforderung; und wenn er die Vergütung im voraus durch Aufrechnung entrichtet, so versetzt er den Arbeitnehmer in die Lage, ohne reale Gegenleistung die Arbeit leisten zu müssen, wodurch dessen Interesse am Arbeitsverhältnis geschwächt wird¹.

Die Aufrechnung, die sich vorzugsweise zur Anwendung auf den regelmäßigen Fall der Postnumeration eignet, bietet dem Arbeitgeber einen offenbaren Vorteil. Einmal damit, daß der Arbeitgeber, soweit die Lohnzahlung wegfällt, keine oder nur weniger Mittel dafür aufzubringen braucht und den Zahlungsakt unterlassen kann. Ferner den wichtigeren Vorteil, daß er die Befriedigung für seine Forderung durch eine bloße Willenserklärung, also leichter und sicherer erreicht, als wenn er sie selbständig, d. h. ohne Bezugnahme auf seine Lohnschuld geltend machen und eintreiben müßte.

Die Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers ist anwendbar ohne Unterschied des Grundes, aus dem die Gegenforderung des Arbeitgebers entstanden ist. Diese Gegenforderung kann entstanden sein z. B. aus Darlehen, Kauf, Mieta², Strafvertrag (Konventionalstrafe), Vorschüssen auf Auslagen, irrtümlicher Zuvielzahlung von Lohn, oder aus Beschädigung, die der Arbeitnehmer anläßlich des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zufügt, sei es, daß

¹ Ähnlich, mit Bezug auf die Beschlagnahme noch nicht verdienten Lohnes, Schlesinger, Rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (1869) S. 5.

² Zum Kauf gehört z. B. die entgeltliche Verabreichung von Dienstkleidung, zur Mieta z. B. die entgeltliche Überlassung einer Wohnung.

er Werkzeuge oder Stoffe des Arbeitgebers verdirbt oder veruntreut, sich schuldhaft in die Unmöglichkeit versetzt, die ihm obliegende Leistung zu machen (BGB. §§ 325. 635), in Verzug gerät (§§ 286. 326), sei es, daß er die Arbeit rechtswidrig verläßt (GewO. § 124^b) oder durch vertragswidriges Verhalten dem Arbeitgeber Anlaß zu unbefristeter Kündigung giebt und durch diese Aufhebung des Dienstverhältnisses den Arbeitgeber schädigt (BGB. § 628 Abs. 2).

Die Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers ist anwendbar auch ohne Unterschied der Form des Arbeitsvertrags, somit beim Akkord nicht minder als beim Zeitlohnvertrag, und ebenso bei jedem Typus des Arbeitsvertrags, also bei Dienst- und Werkvertrag, bei Mäklervertrag und entgeltlichem Verwahrungsvertrag, bei gewerblichem Arbeitsvertrag und Heuervertrag, bei allen handelsrechtlichen Arbeitsverträgen, z. B. dem Vertrag mit dem Spediteur (HGB. § 414 Abs. 3), dem Frachtvertrag mit der Eisenbahn (HGB. § 469 Abs. 3).

Die in Rede stehende Aufrechnung ist endlich anwendbar ohne Rücksicht auf die ökonomischen Faktoren, durch welche sich Arbeitsverhältnisse voneinander unterscheiden. Die Aufrechnung ist nämlich anwendbar, wie groß oder wie klein die Beträge der Forderungen seien, die als kompensable einander gegenüberreten, und ebenso ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien, sei es gegenüber Dritten, sei es im Verhältnis zu einander. Eben diese begrifflich gegebene Anwendbarkeit der Aufrechnung ohne Rücksicht auf die erwähnten ökonomischen Faktoren hat Anlaß gegeben, auf die wirtschaftlichen Folgen ihrer Anwendung zu achten. Es kann nicht übersehen werden, daß die Aufrechnung die Lohnforderung gänzlich oder teilweise aufzehrt, daß daher durch sie der Arbeitnehmer in die Lage kommt, nachdem er die ihm obliegende Arbeitsleistung gemacht hat, den versprochenen Entgelt gar nicht oder nur zum Teil zu erhalten und sich gleichwohl als befriedigt betrachten zu müssen, weil er von einer Schuld gänzlich oder teilweise befreit worden ist. Wenn er diese Schuldbefreiung nicht als Einnahme empfindet, so muß er sich umsonst oder um geringeren als den versprochenen Lohn gearbeitet zu haben scheinen. Dazu kommt, daß er beabsichtigt haben kann, die Schuld, von der ihn die Aufrechnung befreite, zu einer in seinen Wirtschaftsplan passenden Zeit freiwillig zu tilgen, während er nun durch die Aufrechnung wie durch Exekution genötigt worden ist, jene Schuld ohne Rücksicht auf seine Wirtschaftslage zu begleichen¹. Setzt man zu alle dem

¹ Andererseits verweisen die Motive zu Entwurf I des BGB. Bd. II, 113

einen der unzähligen Arbeitnehmer voraus, deren Existenz an den Lohnempfang geknüpft ist, während sich die Schuldbefreiung nicht zum Lebensunterhalt verwenden läßt², dann sieht man zwar, wie stark das Interesse des Arbeitgebers ist, sich mittelst Aufrechnung Befriedigung für eine sonst schwer realisierbare Forderung zu verschaffen, man sieht aber auch deutlich die Härte und Rücksichtslosigkeit, mit der dieses Verfahren den Arbeitnehmer angreifen kann³.

Zur Vermeidung solcher Härte und Rücksichtslosigkeit muß die Aufrechnungsfreiheit eingeschränkt werden⁴. Die Aufrechnung sollte dem Arbeitgeber nur ausnahmsweise gestattet sein, denn sie bringt den Arbeitnehmer gänzlich oder teilweise um die durch Arbeit verdiente Vergütung, während es sich für den Arbeitgeber um Realisierung einer nicht durch seine Arbeit begründeten Gegenforderung zu handeln pflegt. Die Versagung der Aufrechnung kann für den Arbeitgeber dem Entzug seines Gegenanspruchs gleichkommen, wenn der schuldige Arbeitnehmer nicht gutwillig zahlt und durch Klage nicht erreichbar oder zahlungsunfähig ist. Aber dieser in der Realisierung gefährdete Anspruch ist gewöhnlich nicht durch eine persönliche Leistung des Berechtigten erworben worden, wie es

aufden Zwang, welchem bei Aufrechnung Jemand hinsichtlich seiner Forderung unterliegt: „Es macht sich diesfalls der Charakter der Aufrechnung als einer auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhenden, dem Gläubiger aufgezwungenen Befriedigung, gewissermaßen als Selbstexekution, geltend.“

¹ „Aufrechnung ist nicht Zahlung. Sie ist ihr auch keineswegs völlig gleichwertig. Denn dem Gläubiger giebt das Erlangen barer Mittel wirtschaftlich eine größere Macht, da es Verwendung zu beliebigen Zwecken ermöglicht“: Dernburg, Das bürgerl. Recht II § 124 al. 2.

² z. B. wird aus Goslar von Gutstagelöhnern, die beim Rübenbau beschäftigt sind, berichtet: „Diese sind arg verschuldet, allein bei der Gutsheerrschaft bis zu 5–600 Mk. Sie können im Orte nichts mehr geborgt erhalten und holen es von auswärts. Dazu sind sie gezwungen, weil der Gutsherr, um sich einigermaßen schadlos zu halten, fortwährend starke Lohnabzüge, wöchentlich 3–6 Mk. macht, so daß im Winter eine Familie mit ca. 6 Mk. (wöchentlich) leben muß“: Die Landarbeiter in den evang. Gebieten Norddeutschlands (ed. Weber 1899) II, 173. Die Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers setzt diesen möglicherweise außerstande, seinen Arbeitnehmern den Lohn zu zahlen: Vorwärts vom 6. Mai 1899 (Verein der Plätterinnen in Berlin).

³ Vgl. die Argumente gegen die Statthaftigkeit der Beschlagnahme noch nicht verdienten Lohnes bei Schlesinger a. a. O. S. 13. 14. Gleichwohl ist durch das preussische Ausführungsgesetz z. BGB. Art. 14 § 1 Abs. 3 und das bayrische Art. 21 die Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Gesindes in weitem Maß zugelassen worden. Vgl. oben Einleitung S. 18².

bei dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers der Fall zu sein pflegt. Diesen schwerwiegenden Unterschied zwischen der Forderung des Arbeitnehmers und der Gegenforderung des Arbeitgebers muß man sich stets gegenwärtig halten und namentlich dann, wenn man wegen des deliktischen Ursprungs der Gegenforderung — man denke an Sachbeschädigung oder Betrug des Arbeitnehmers — in Versuchung kommt, die Kompensation zu befürworten und damit ihren durch ökonomische Rücksicht diktierten Ausschluss von der moralischen Würdigkeit des Arbeitnehmers abhängig zu machen¹.

Das Postulat der Beschränkung der Aufrechnungsfreiheit wird durch drei gesetzliche Bestimmungen verwirklicht, die einzeln unter Nr. III, IV und V zu besprechen sind. Wie sich die zweite zur ersten verhält, wird bei der zweiten, und wie sich die dritte zu den zwei ersten verhält, bei der dritten gesagt, somit jede zunächst ohne Rücksicht auf die Modifikation behandelt werden, die sie durch die folgenden erfährt.

III. BGB. § 394 Satz 1 bestimmt: „Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt.“ Was der Pfändung nicht unterworfen ist, ergibt sich teils aus dem BGB., teils aus anderen Reichsgesetzen, namentlich aus CPO. § 850. Mit einer Ausnahme handelt es sich allenthalben nicht um Vergütungsforderungen, die durch einen Arbeitsvertrag begründet worden sind². Es gehört darum nur jener Ausnahmefall hierher. Als der Pfändung nicht unterworfen wird in CPO. § 850 unter Nr. 1 aufgezählt: „Der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869“³. Wenn und soweit die Vergütungsforderung nach dem erwähnten

¹ Vgl. z. B. Wolff in Gewerbebericht II, 118: „Zumal bei größeren Schäden sieht der Arbeitgeber die Unexequierbarkeit durch Urteil ein. Soll darum ein Privileg für leichtfertiges Arbeiten geschaffen werden?“ Burchardt, Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 264 vor Nr. 4.

² Das dürfte auch von CPO. § 850 Nr. 8 gelten („das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen sowie der Ärzte und Lehrer an öffentlichen Anstalten“).

³ Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes. Dazu die Änderungen in Art. 1 des Gesetzes wegen Abänderung des Gesetzes betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes und der CPO. vom 29. März 1897 (RGBl. S. 159) und in Art. III des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze betr. Änderungen der CPO. vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 333).

Reichsgesetz nicht mit Beschlag belegt werden darf, ist sie nach CPO. § 850 cit. der Pfändung nicht unterworfen, und findet nach BGB. § 394 Aufrechnung gegen sie nicht statt¹. Dieser Rechtssatz gilt von der Vergütungsforderung aus einem „Arbeits- oder Dienstverhältnis“ (S. 59⁴. 60¹. 266. 273¹) ohne Unterschied

1. der Art des Arbeitsvertrags, der dieses Verhältnis begründet hat;

2. der Form des Arbeitsvertrags (ob Zeitlohnvertrag oder Akkord)²;

3. der Art der Vergütung, ob sie Geld- oder Naturalvergütung ist³. Für den Ausschluß der Aufrechnung ist diese Indifferenz von geringer Bedeutung. Denn die Aufrechnung ist nur bei Gleichartigkeit der Leistungen der Forderung und der Gegenforderung möglich (BGB. § 387), und an dieser Gleichartigkeit wird es, wo die Lohnforderung Naturallohnforderung ist, fast immer fehlen, so daß schon aus diesem Grunde die Aufrechnung unterbleiben muß;

4. der Person des Gläubigers der Vergütungsforderung. Er braucht namentlich nicht ein Arbeiter im Sinn der Nationalökonomie zu sein⁴;

5. ob der Arbeitnehmer die Arbeit in Person oder durch Gehülfen verrichtet und diese aus der ihm zukommenden Vergütung bezahlt: S. 143—145;

6. des Grundes der Forderung, wegen deren in Beschlag genommen oder aufgerechnet werden soll. Sie braucht nicht aus einem Arbeitsverhältnis zu stammen, geschweige aus dem nämlichen wie die Lohnforderung. Sie kann einem der S. 398 angegebenen Gründe ent-

¹ Denn: „es wäre schon an sich eine Inkonsequenz, wenn, obwohl das Gesetz eine Forderung der Exekution entzieht, dem Schuldner gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Exekution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen.“ Motive zu Entw. I BGB. Bd. II. S. 113.

² gemäß den Worten in § 2 des BeschlG.: „Auch macht es keinen Unterschied, ob dieselbe (die Vergütung) nach Zeit oder Stück berechnet wird.“

³ gemäß den Worten in § 2 cit.: „Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen.“

⁴ gemäß den Worten in § 1 BeschlG.: „Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.)“. — Die Argumentation eines Gewerbegerichts (Gewerbegericht III, 80), daß die Pfändung ungültig sei, „denn Kläger ist kein selbständiger Gewerbetreibender“, ist unhaltbar; das Verbot der Pfändung und Aufrechnung setzt nicht einen unselbständigen Gewerbetreibenden voraus. Daß es ferner auch Handlungsgehülfen zu gute kommt, wird übersehen von Horowitz, Recht der Handlungsgehülfen S. 55.

springen, z. B. Darlehen¹, Miete, Strafversprechen, Delikt². Dafs die Gegenforderung des Arbeitgebers aus einem vorsätzlichen Delikt des Arbeitnehmers herrührt, schliesst nach BGB. § 393 die Aufrechnung gegen sie aus (S. 363 al. 1); aber dafs eine solche Gegenforderung der Lohnforderung gegenübertritt, die ihrerseits auch keine Kompensation verträgt, eröffnet nicht die Möglichkeit der Aufrechnung gegen diese Lohnforderung³.

Dahingegen macht es einen Unterschied:

1. ob die Vergütung reine Vergütung ist, oder ob ihr Auslagenersatz beigemischt ist: S. 139—141. Wo nämlich das letztere der Fall ist, gilt für die Anwendung des Beschlagnahmegesetzes und demnach auch des Aufrechnungsverbotes nur dasjenige als Vergütung, was nach Abzug des für den Ersatz der Auslagen bestimmten Betrages von dem Nominalbetrag der Vergütung übrigbleibt;

2. ob das Arbeitsverhältnis ein die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes ist, oder ob es dies nicht ist. Nur im ersteren Fall greift der Ausschluss der Beschlagnahme und demgemäfs der Aufrechnung Platz⁴;

¹ Nach Blendermann in Soziale Praxis VI, 278 werden von der Bremer Lagerhausgesellschaft „in Notfällen unverzinsliche Darlehen unter Umständen bis zu 500 Mk. gewährt, die dann allmählig durch Lohnabzüge zurückbezahlt werden“. Diese Abzüge unterfallen dem § 394 BGB., d. h. sie sind ungültig. — Mit Darlehen oder Vorschüssen sind Vorschusszahlungen nicht zu verwechseln: bei letzteren kann von Aufrechnung oder „Abzug“ gar nicht die Rede sein, da ja infolge der Vorauszahlung die Lohnforderung getilgt ist oder nur einen kleineren als den vertragsmäfsigen Umfang annimmt: oben S. 393 Nr. 2 und dort Genante, sowie Wolff in Gewerbebericht II, 117 al. 7, Oertel in Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht VIII, 611, Cuno in Gewerbebericht V, 64 al. 1.

² Hierher die häufigen Gehaltsabzüge wegen zerbrochener oder sonst verdorbener Sachen bei Kellnern und Kellnerinnen, Verkäufern und Verkäuferinnen, z. B. Corvey, Arbeitsverhältnisse der Verkäuferinnen in „Arbeiterfreund“ 38. Jahrg. S. 13. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 49. Erhebungen Nr. 6 S. 121/22. 126.

³ wie ein Gewerbebericht (noch unter Berufung auf die Logik und den hier unverwendbaren Satz *dolo facit qui petit quod redditurus est*) angenommen hat: Gewerbebericht V, 155. Auch der Hinweis auf „Treu und Glauben“ (ebenda VI, 39 al. 2) ist unangebracht.

⁴ z. B. kann ein Hausindustrieller, Handwerker, Arzt, Lehrer, Rechtsanwalt, Handlungsagent, Baumeister gleichzeitig Arbeitnehmer in mehreren Arbeitsverhältnissen sein, von denen keines überwiegt, also dafs nicht durch eines seine Erwerbsthätigkeit vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird. Das Mafs der Occupation der Erwerbsthätigkeit wird durch die Zeit bestimmt. Danach kann es geschehen, dafs ein Arbeits-

3. der Jahresbetrag der Vergütung. Es findet nämlich der Ausschluss der Beschlagnahme wie der Aufrechnung nicht statt, insoweit der Gesamtbetrag der Vergütung (Gehalt und Dienstbezüge) die Summe von 1500 Mk. für das Jahr übersteigt¹, d. h. in Ansehung des diese Summe übersteigenden Betrags sind Pfändung und Aufrechnung statthaft. Nach diesem Maßstab bestimmt sich der pfändbare Teil einer fälligen Vergütung, welche nicht deren „Gesamtbetrag“ bildet. —

Nach dem Beschlagnahmegesetz § 1 ist die Beschlagnahme der Lohnforderung (und demgemäß nach dem BGB. § 394 die Aufrechnung gegen die Lohnforderung) zulässig nur beim Dasein der drei folgenden Voraussetzungen:

- a. daſs die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt ist;
- b. daſs der Tag, an dem die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist, und
- c. daſs dieser Tag abgelaufen ist, ohne daſs der Arbeitnehmer die Vergütung eingefordert hat.

Betrachten wir diese Voraussetzungen einzeln, so ergibt sich ad a. daſs man nicht bei dem Wortsinn stehen bleiben darf, wenn man nicht zu unerträglichen Konsequenzen gelangen will. Wir haben oben S. 148—49 (Abschn. I Kap. 3) gesehen, daſs die Gesetze in einer Reihe von Fällen dem Arbeitnehmer die Vergütung zubilligen, obwohl die entsprechende Arbeit nicht geleistet worden ist. Es sind dies Fälle, in denen es nicht am Arbeitnehmer lag, daſs die ihm obliegende Leistung nicht erfolgt ist. Die dem Arbeitnehmer solchenfalls zugebilligte Vergütung hat dann zwar nicht das Wesen des Entgeltes, sondern des Ersatzes für den entgehenden Entgelt, aber indem die Gesetze diese Leistung als vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Vergütung, Heuer, Gehalt, Provision hinstellen, geben sie deutlich den Willen kund, daſs diese Leistung, vorbehaltlich gesetzlicher Beschränkung, in jeder Hinsicht als Vergütung (Heuer, Gehalt u. s. w.) behandelt werde, obwohl die entsprechende Arbeit nicht geleistet worden ist. Die hier in Frage stehende Hinsicht ist die Pfändung solcher Vergütung und die Aufrechnung gegen dieselbe. Wenn man das Beschlagnahme- und das Aufrechnungsverbot nicht

verhältnis die Erwerbsthätigkeit vollständig in Anspruch nimmt und doch dem Arbeitnehmer den größten Teil des Tages frei läſst, während dessen er nicht erwerbsthätig ist. S. auch Meyer, Recht der Beschlagnahme S. 28.

¹ Gemäß der Änderung des BeschlG. durch Art. III des S. 401² cit. Gesetzes vom 17. Mai 1898 nicht mehr nur bei den dauernd Angestellten, wie noch Schicker, Gewerbeordnung (4. A. 1901) I, 633 al. 7, sagt.

auch auf sie erstreckt, somit die sub a. genannte Voraussetzung blofs wörtlich nimmt, wenn man also der Leistung der Arbeit nicht ihre Nichtleistung gleichsetzt, wo es gesetzlich ebenso zur Vergütung kommt, wie wenn geleistet worden wäre, so gerät man in die Lage, zwischen den folgenden zwei Konsequenzen wählen zu müssen. Entweder ist dann die Vergütung, welche die Gesetze für nicht geleistete Arbeit¹ dem Arbeitnehmer zubilligen, unter allen Umständen, gänzlich und immerdar der Pfändung wie der Aufrechnung entzogen, weil die Voraussetzung, „dafs die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt ist“, nicht zutrifft, und die Pfändung „erst dann“ zulässig ist, — ein Ergebnis, das man wohl als sinnlos bezeichnen darf. Oder aber umgekehrt, jene Vergütung ist der Pfändung und Aufrechnung schrankenlos zugänglich, indem die gesetzlichen Schranken nur auf diejenige Vergütung bezogen werden, welche wirklich Entgelt für geleistete Arbeit ist und nicht blofs vom Gesetz als solcher behandelt wird, — ein Ergebnis von so schreiender Unbilligkeit, dafs man ihm wohl ebenso den Sinn absprechen darf. Denn wenn die Gesetze es für geboten erachtet haben, dem Arbeitnehmer in gewissen Fällen die ihm zugesagte Vergütung zuzuwenden, obwohl er die entsprechende Arbeit nicht geleistet hat, so würde es ungereimt sein, wenn sie die Mittel zur Durchführung des Gebotenen verweigert hätten. Wo der Arbeitnehmer die Vergütung auch ohne Arbeit darum beanspruchen kann, weil es nicht an ihm oder weil es am Arbeitgeber liegt, dafs die Vergütung nicht durch Arbeit verdient werden konnte, würde durch die Zulassung der Pfändung und der Aufrechnung die dem Arbeitnehmer zugegedachte Wohlthat zu Gunsten eines Dritten oder des Arbeitgebers wieder aufgehoben werden können.

Zur Vermeidung der zwei angeführten Konsequenzen hat eine nicht dem rigor dienende Auslegung anzunehmen, dafs die sub a. erwähnte gesetzliche Voraussetzung von dem gewöhnlichen Fall ausgeht, und dafs der seltenere gleichwertige nicht hat ausgeschlossen werden sollen².

¹ z. B. infolge des Verzugs des Arbeitgebers (BGB. § 615) oder unverschuldeten Unglücks des Arbeitnehmers (HGB. § 63 Abs. 1) oder der Kündigung des Arbeitgebers (BGB. § 649) u. s. w.: S. 148².

² G. Meyer, Recht der Beschlagnahme S. 42—48, befürwortet zwar allgemein, das Beschlagnahmegesetz „als ein die Pfändbarkeit von Forderungen einengendes Ausnahmegesetz strikt auszulegen“, und will es unter Hinweis auf die Überschrift und die oben sub a. bezeichnete Voraussetzung nur auf die, Arbeit voraussetzende Vergütung angewandt wissen, allein im einzelnen gelangt er zu Ergebnissen, welche mit der im obigen Text (wie schon S. 149)

ad b. Ohne den § 394 BGB. würde die Aufrechnung gegen die Lohnforderung statthaft sein, sobald der Arbeitgeber die ihm gebührende Leistung fordern kann, auch wenn die Zahlungszeit für die Vergütung noch nicht gekommen ist: denn er kann die Vergütung schon vorher entrichten (BGB. §§ 387. 271 Abs. 2)¹. Allein nach dem BeschlG. § 1 ist die Beschlagnahme der Lohnforderung zulässig erst, nachdem die Leistung der Arbeit erfolgt und der Tag, an dem dafür die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist. Da nun nach BGB. § 394 die Aufrechnung gegen die Forderung unstatthaft ist, „so weit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist“, so ist die Aufrechnung bis zum Ablauf des Zahlungstages unzulässig. Es genügt also für die Beschlagnahme wie für die Aufrechnung nicht, daß der Lohn verdient sei, d. h. daß die Arbeit geleistet sei, die durch den zu zahlenden Lohn vergütet werden soll, sondern es muß auch der davon oft durch einen beträchtlichen Zeitraum getrennte Zahltag verfließen sein.

ad c. Nach dem Beschlagnahmengesetz ist die Beschlagnahme der Lohnforderung statthaft nur, wenn der Zahlungstag abgelaufen ist, „ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe (die Vergütung) eingefordert hat“. In demselben Maße ist die Aufrechnung unstatthaft. Wenn daher der Zahlungstag abgelaufen ist, ohne daß der Arbeitnehmer die Vergütung eingefordert hat, so kann gegen seine Vergütungsforderung vom Arbeitgeber aufgerechnet werden². Es ist einerlei, aus welchem Grunde der Arbeitnehmer nicht eingefordert hat, ob er nicht wollte oder ob er nicht konnte³. Um daher der Statthaftigkeit der

vertretenen Auffassung im Einklang sind. Pick, Lohnbeschlagnahme (1900) S. 36. 37, indem er die Exemption auf diejenigen Bezüge beschränkt, welche „ökonomischer Erfolg der Arbeit“ sind, nimmt auf BGB. und HGB. keine Rücksicht. S. ferner v. Frankenberg und Sigel in Gewerbebericht IV, 104. V, 168. 203. VI, 30. 81, welche im Ausschluss von Pfändung und Aufrechnung gegenüber der Vergütung des § 616 BGB. einig sind, gegenüber derjenigen des § 615 auseinandergehen, indem Sigel (mit Recht) sie gleich behandelt, d. h. der Pfändung und Aufrechnung entzieht.

¹ Planck, Kommentar zu BGB. § 387 unter 1 e.

² Cuno in Gewerbebericht V, 63 sagt „abgehoben“ statt „eingefordert“. Diese Ausdrücke sind nicht gleichbedeutend. Der Lohn kann eingefordert, ohne abgehoben worden zu sein. Daß er nicht abgehoben wurde, kann am Arbeitgeber liegen. Dieser vermag aber nicht durch Nichtzahlung des Lohnes zu bewirken, daß gegen die Lohnforderung aufgerechnet werden kann. Die Aufrechnung wird vielmehr schon durch die Einforderung ausgeschlossen.

³ Er sei denn durch den Arbeitgeber abgehalten worden. — Zu weit geht: „Praktisch gestaltet sich demnach nach Inkrafttreten des BGB. die Rechtslage derart, daß den gewerblichen Arbeitern Abzüge von ihrer Lohn-

Aufrechnung vorzubeugen, muß der Arbeitnehmer (auf den das Beschlagnahmengesetz zutrifft) die Vergütung vor Ablauf des Zahlungstages einfordern, sei es am Tage selbst, sei es vorher¹. Die Aufrechnung ist an diesem Tage wie an einem früheren unzulässig (mangels der Voraussetzung sub b); sie ist es auch an einem späteren, wenn der Zahlungstag nicht abgelaufen ist, ohne daß der Arbeitnehmer die Vergütung eingefordert hatte.

Wenn der Arbeitnehmer, nachdem er die Vergütung vor Ablauf des Zahlungstages eingefordert und dadurch bewirkt hat, daß Pfändung wie Aufrechnung ausgeschlossen sind, am Zahlungstag selbst oder später in eine Stundung willigt, so wird dadurch die bereits eingetretene Wirkung nicht wieder aufgehoben², da die die Unpfändbarkeit setzenden Bestimmungen des § 1 des Beschlagnahmengesetzes nach § 2 „nicht mit rechtlicher Wirkung durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden können“ und hierbei nicht unterschieden wird, wann solche Abrede stattfindet, und ob die Suspension des § 1 als nächste Folge des Vertrags erstrebt wird oder nur die mittelbare Folge sein würde³. Dagegen die vor dem Eintritt jener Wirkung, also gewöhnlich vor dem Zahltage vorgenommene Stundung schiebt die Zahlungszeit hinaus und verlängert dadurch die Zeit, während deren die Lohnforderung der Pfändung wie der Aufrechnung entrückt ist. —

Daß gegen die Lohnforderung, weil sie unpfändbar ist, Aufrechnung nicht stattfindet, bedeutet nach dem Bisherigen, daß der Arbeitgeber einseitig nicht aufrechnen kann, daß also der Arbeitnehmer auf der Entrichtung der ganzen fälligen Vergütung bestehen kann und sich nicht darauf einzulassen braucht, wenn der Arbeitgeber wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung, diese aufrechnend, die Vergütung gar nicht oder nur in geringerem Betrag (mit Abzug) entrichten will⁴.

forderung gegen ihren Willen überhaupt nicht gemacht werden können.“
Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 225.

¹ Karlsruher Gewerbegericht in Blätter für soz. Praxis vom 4. Okt. 1893 S. 127 und (für die Cession der Lohnforderung) Gewerbegericht I, 72. 73.

² wie Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 165 annimmt.

³ Daß die erwähnte Stundung der Aufrechnung nicht wieder stattgiebt, verfißt auch Oertel in Sächsisches Archiv f. bürgerl. Recht VIII, 611/12.

⁴ Es ist danach solchenfalls der Arbeitgeber auf den Weg der Klage, insbesondere der Widerklage, verwiesen, CPO. §§ 33. 145. 301. Ein solcher Fall in Gewerbegericht VI, 75. 76 (Nr. 22); die „Anm. d. Red.“ ist nur in ihrem zweiten, prozessrechtlichen Teil zutreffend.

Dieser die einseitige Aufrechnung des Arbeitgebers ausschließende Rechtssatz spricht nicht die Ungültigkeit des Aufrechnungsvertrags aus. Aufrechnungsvertrag ist hier die Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch welche für die Fälle, in denen das Gesetz die einseitige Aufrechnung versagt, dem Arbeitgeber gestattet wird, jede oder eine gewisse Forderung, die er wider den Arbeitnehmer hat oder haben wird, gegen dessen Lohnforderung aufzurechnen, d. h. sich selbst dadurch zu befriedigen, daß er nach Maßgabe seiner Forderung keinen oder geringeren Lohn zahlt. Wäre ein solcher Vertrag gültig, so würde dieser Erfolg (kein Lohn oder Lohnreduktion) in vielen Fällen eintreten und gewöhnlich da, wo dem Arbeitnehmer die wirtschaftliche Widerstandskraft fehlt, die Proposition zu einem solchen Aufrechnungsvertrag abzulehnen¹, und dies würde gerade der Arbeitnehmer sein, der an der Erlangung des Lohnes und des vollen Lohnes wirtschaftlich besonders interessiert ist, derselbe, dem BGB. § 394 vorzüglich zu gute kommt. Allein der erwähnte Aufrechnungsvertrag kann nicht als gültig angesehen werden². Das BeschlG. § 2 steht seiner Gültigkeit entgegen. Dafür kann man sich vielleicht nicht auf Abs. 1 berufen³: aus demselben würde folgen, daß dem Arbeitgeber das (vom Gesetz entzogene) Recht einseitiger Aufrechnung gegen die Lohnforderung nicht durch Vertrag eingeräumt werden kann. Aber jedenfalls wird durch Abs. 2 ein Aufrechnungsvertrag der gedachten Art ausgeschlossen⁴: denn er ist eine „durch

¹ Was Wolff in Gewerbegericht II, 118 mit den Worten ausdrückt: „Der billig denkende Arbeiter wird nichts gegen Abzüge in Raten einzuwenden haben.“

² Unschlüssig ist die amtsgerichtliche Argumentation (Gewerbegericht VI, 123 Nr. 42), das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. beruhe „auf sozialpolitischen Gründen“ und sei daher zwingenden Charakters. Auf sozialpolitischen Gründen beruhen die meisten Vorschriften des BGB., darunter viele anerkannt dispositive. — Ungültig wie der Aufrechnungsvertrag ist auch die Bestimmung einer Arbeitsordnung, welche die Arbeiter verpflichtet, sich Lohnabzüge, z. B. wegen von ihnen verursachten Schadens, gefallen zu lassen: Gewerbegericht V, 154. 155. VI, 98 Nr. 31. Arbeitsordnungen mit solcher ungültiger Bestimmung scheinen nicht selten zu sein; es liegen mir mehrere vor. Ungültig ist auch die Bestimmung der AO. f. d. kgl. Steinkohlenbergwerk Reden in § 42 Nr. 5, wonach Abzug vom Lohn zugelassen wird für „Kapitalrückzahlungen auf gewährten Hausbauvorschufs“.

³ „Die Bestimmungen des § 1 können nicht mit rechtlicher Wirkung durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.“

⁴ „Soweit nach diesen Bestimmungen die Beschlagnahme unzulässig ist, ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.“

ein anderes Rechtsgeschäft“ getroffene „Verfügung“ über die unpfändbare Lohnforderung¹. Ist daher ein solcher Aufrechnungsvertrag geschlossen und vollzogen worden, so kann der Arbeitnehmer seine Lohnforderung, soweit sie infolgedessen unbezahlt geblieben ist, einwandfrei geltend machen, wie andererseits dem Arbeitgeber seine Gegenforderung ganz erhalten bleibt².

Wo der Arbeitnehmer ein Minderjähriger ist, der von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt worden ist, in Dienst oder in Arbeit zu treten, muß ein von solchem Arbeitnehmer geschlossener Aufrechnungsvertrag der gedachten Art auch darum ungültig sein, weil der Minderjährige nur „für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig ist, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen“ (BGB. § 113), der Aufrechnungsvertrag dagegen nicht die Erfüllung betrifft. Erfüllung ist eines der Mittel, ein Schuldverhältnis zum „Erlöschen“ zu bringen; das Gesetz nennt hier nur dies eine Mittel. Stundung ist ein „die Erfüllung betreffendes Rechtsgeschäft“, Erlaß nicht, ebensowenig der Aufrechnungsvertrag³. —

Der Ausschluß der Aufrechnung — innerhalb der S. 401—404 angegebenen gesetzlichen Grenzen — durch BGB. § 394 ist insofern großer praktischer Bedeutung fähig, als aus zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen⁴ und aus anderen Quellen⁵ hervorgeht, eine

¹ Übereinstimmend Soetbeer in Gewerbebericht II, 35, Boeckh ebd. VI, 82 und Oertel in Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht VIII, 609 (unten lies: Aufrechnungsverträge). Nach Oertel S. 610 schließt § 2 Abs. 2 auch die einseitige Aufrechnung des Arbeitgebers aus. Meyer, Recht der Beschlagnahme S. 39. Staub, Kommentar zu HGB. § 59 Anm. 34 Nr. 4. Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 35. Hingegen hat der preufaische Eisenbahnminister in einem Erlaß den Rechtssatz des BGB. § 394 Satz 1 ohne Angabe des Grundes für nicht zwingend erklärt: Gewerbebericht VI, 30.

² Ungültig ist z. B. im Engagement des deutschen Bühnenvereins, Allgem. Bestimmungen § 20: „Jedes Mitglied ist verpflichtet, sich die von der Bühnenteilung verhängten Ordnungsstrafen von seiner Gage abziehen zu lassen.“

³ Ungültig ist z. B. der Vertrag, in dem die sechzehnjährige Arbeiterin einer Hausgewerbetreibenden, weil sie den für diese von deren Arbeitgeber gezahlten Lohn beim Holen des Geldes verloren hat, sich anheischig macht, zum Ersatz des angerichteten Schadens eine Reihe von Lohnabzügen zu erdulden (Vorwärts v. 18. Apr. 1895). — Vgl. S. 166. 167. 253/54.

⁴ S. statt vieler anderer Unger, Entscheidungen Nr. 31, I und II. Gewerbebericht IV, 93. 110. V, 9. 10. 56—58. 124—26. 154. 155. 195. 196.

⁵ Aufser der im Vorausgehenden citierten Literatur s. z. B. Bericht der bayr. Fabrikinspektion f. 1897 S. 377/78: „Denjenigen Arbeitern, welche von

wie starke Verbreitung dieses für den Arbeitgeber bequeme und unfehlbare Mittel, sich Befriedigung zu verschaffen, besitzt. Dieses Mittel kommt gewöhnlich in Lohnabzügen zum Ausdruck und fungiert so zuverlässig, daß es auch zur Realisierung von Forderungen Dritter gegen den Arbeitnehmer gebraucht oder mißbraucht wird¹, sei es, daß der Dritte seine Forderung dem Arbeitgeber abgetreten hat, sei es, daß der Arbeitgeber ohnedies im Interesse des Dritten dem Arbeitnehmer einen Abzug macht und das solchergestalt Nichtbezahlte dem Dritten für Rechnung des Arbeitnehmers zahlt. Freilich handelt es sich im letzteren Fall juristisch nicht um Aufrechnung, sondern um Anweisung, aber um eine, die nach dem BeschlG. § 2 Abs. 2 (S. 408⁴) so unzulässig ist als die Beschlagnahme².

Der nunmehr vom BGB. innerhalb der angegebenen Schranken verfügte Ausschluss der Aufrechnung gegen die Vergütungsforderung ist, trotz der erwähnten, mit den Verhältnissen gegebenen Versuchung zu häufiger Anwendung der Kompensation, nicht zu bedeutender Wirkung bestimmt. Nicht sowohl darum, weil er nur privatrechtlich sanktioniert³ und nicht wie die unter IV zu besprechende Reprobation durch Strafdrohung unterstützt ist, als darum, weil die that-

der Fabrik Räder erhielten, wird bei den Lohnzahlungen ein Betrag von 5—10 Mk. monatlich gekürzt.“ „Gekürzt“ wird nicht der Betrag, sondern der Lohn, und zwar mittelst Aufrechnung.

¹ „Lohnabzüge für Forderungen Dritter wurden in Ober-, Mittel- und Unterfranken . . . festgestellt.“ Amtl. Mitteilungen aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten f. 1898 S. 145.

² In einem mir vorliegenden Engagementsformular einer dem Bühnenverein angehöriger Bühne heisst es: „Jedes Mitglied, welches der Genossenschaft deutsch. Bühnenangehöriger angehört, ist verpflichtet, sich die statutenmäßigen Beiträge monatlich von Gage bez. Spielgeld abziehen zu lassen . . . Die den Agenturen zukommenden Provisionsbeträge sind . . . seitens der Theaterkassen in Abzug zu bringen.“ Vgl. Opet, Theaterrecht S. 451. 476. 480. S. und B. Webb, Theorie und Praxis der engl. Gewerkvereine (deutsch von Hugo) I (1898) S. 187. 188: „Die Unternehmer ziehen ihren Arbeitern monatlich einige Pence, als Beitrag zu dem Gewerkverein, ab.“ Bericht über die Verhandlungen der Arbeitsnachweis-Konferenz zu Leipzig (Hamburg 1898) S. 33: Vorschlag zur Überweisung von Arbeitern durch einen Arbeitsnachweis an einen anderen auswärtigen gegen einen Revers des Arbeiters, „daß ihm das Reisegeld inkl. Zehrgeld vorschufweise gegeben sei und er sich einen Abzug von seinem Lohne in dieser Höhe gefallen lassen wolle, falls er weniger als drei Monate bei der zugewiesenen Firma arbeiten sollte“. Gewerbegericht V, 162: ein Arbeitgeber will gegen das Lohn Guthaben des Arbeitnehmers eine Forderung der Fabrikkrankenkasse aufrechnen. Vorwärts vom 30. April 1898 (Kompensation mit cedierter Gegenforderung). Gewerbegericht VI, 78 Nr. 24.

³ Hierzu ist auch das Recht unbefristeter Kündigung zu zählen.

sächliche Duldung der Aufrechnung vielen Arbeitnehmern als der Preis erscheint, um den allein sie zu einer Fortsetzung oder Erneuerung des Arbeitsverhältnisses gelangen können¹. Es ist doch wohl kein Zufall, daß ein Widerstand gegen die Kompensation und der Streit um deren Zulässigkeit vorwiegend nach Lösung des Arbeitsverhältnisses zur Kognition der Gerichte kommt.

IV. Eine zweite, jedoch spezialrechtliche Beschränkung der Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers bietet GewO. § 115 Abs. 1:

„Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung zu berechnen und bar auszuzahlen.“

Diese Vorschrift ist im Verhältnis zu dem unter III. behandelten Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. insofern

1. enger, als sie sich nur auf gewisse Arbeitgeber und gewisse Arbeitnehmer bezieht (vgl. S. 402 Nr. 1 und 4);

2. schärfer, als sie nicht bloß civilrechtlich, sondern auch strafrechtlich sanktioniert ist;

3. weiter greifend², als sie nicht an die Schranken gebunden ist, welche durch Vermittelung von CPO. § 850 Nr. 1 und des BeschlG. für BGB. § 394 gelten: oben S. 403. 404.

Da nach dem unter 2. und 3. Angeführten der Vorschrift von GewO. § 115, soweit sie die Aufrechnung trifft, nach Thatbestand und Wirkung auch ein eigener Bereich zukommt, so läßt sich schon von vornherein annehmen, daß sie in diesem Bereich durch BGB. § 394 nicht aufgehoben worden sei.

ad 1. Während BGB. § 394 auf Lohnschuldner jeder Art anwendbar ist, bezieht sich GewO. § 115 nur auf Gewerbe-

¹ Vgl. Frankenberg in Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 92: „Gegen die Umgehung giebt es für den Richter Mittel genug, aber es wird oft an Klägern fehlen.“

² Das bezieht sich hier natürlich nur auf die Aufrechnung. Das Gebot der Barzahlung umfaßt ja mehr als das Verbot der Aufrechnung, weil das Gebot der Barzahlung nicht nur die Aufrechnung, sondern auch alle anderen Mittel, eine Schuld zum Erlöschen zu bringen, außer der Barzahlung, ausschließt, namentlich die Hingabe an Erfüllungstatt (BGB. § 364), die Hinterlegung unter Ausschluss der Rücknahme des Hinterlegten (§ 378), den Schuldnerlaß (§ 397 Abs. 1) und die Anerkennung des Nichtbestehens der Schuld (§ 397 Abs. 2). Da im obigen Zusammenhang nur von der Aufrechnung die Rede ist, so kommt gegenüber § 394 BGB. der § 115 GewO. nur als Aufrechnungsverbot in Frage.

treibende¹, aber auf Gewerbetreibende jeder Art innerhalb der durch GewO. § 6 gezogenen Grenzen, nach § 154^a auch auf die Besitzer von Bergwerken u. dgl., ferner auch auf die ein Handelsgewerbe Betreibenden, hier jedoch nur gegenüber den Arbeitnehmern des § 83 HGB. Denn auch nicht auf jeden Lohngläubiger bezieht sich (im Gegensatz zu BGB. § 394) GewO. § 115, nämlich nicht auf Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und in Handelsgeschäften nach GewO. § 154 Abs. 1, und überhaupt nicht auf andere als die gewerblichen Arbeiter des Titels VII GewO., das sind Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker und Fabrikarbeiter, nebst den Arbeitern in Bergwerken u. dgl. (nach § 154^a). Dazu kommen nach § 119^b die Hausindustriellen, sowie nach anderen Gesetzen der Schiffsführer und die Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt, der Flossführer und die Flossmannschaft in der Flößerei².

ad 2. Die in Rede stehende Vorschrift (GewO. § 115) ist gemäß GewO. § 117 Abs. 1 zwingenden Rechts, kann daher durch keinerlei Privatdisposition aufser Kraft gesetzt werden³. Die vorschriftswidrig geschehene Aufrechnung ist gleich der wider BGB. § 394 verstößenden (oben S. 408. 409) ungültig; es kann darum trotz der einseitig vom Arbeitgeber erklärten oder der vertraglich vorgenommenen Aufrechnung der Arbeitnehmer seine Lohnforderung in vollem Umfang geltend machen und der Arbeitgeber seine zur Aufrechnung verwandte Gegenforderung verfolgen⁴. Ferner ist vom Arbeitgeber, welcher gegen die Lohnforderung aufrechnet, zu sagen, daß er „den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt“ (§ 124 Nr. 4) oder „die vertragsmäßigen Leistungen nicht gewährt“ (§ 133^d Nr. 2), und hieraus folgt für den Arbeitnehmer das Recht zu unbefristeter Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Endlich werden durch GewO. § 146 Nr. 1 die Gewerbetreibenden, welche dem § 115 GewO. zuwiderhandeln, mit Geldstrafe, eventuell mit Gefängnisstrafe bedroht; die Geldstrafe fließt der im § 116 bezeichneten Kasse zu.

¹ und gewisse ihnen durch § 119 gleich geachtete Personen.

² BiSchG. §§ 20. 21. FIG. §§ 16. 17.

³ S. auch Gewerbegericht IV, 95.

⁴ GewO. § 116: „Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtet worden sind, können zu jeder Zeit Zahlung nach Maßgabe des § 115 verlangen.“ Wenn hier beigefügt ist „ohne daß ihnen eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann“, so könnte gemäß der noch zu begründenden Unzulässigkeit der Aufrechnung hinter „Gegebenen“ eingeschaltet werden: „oder aus der Aufrechnung“.

ad 3. Für das Aufrechnungsverbot der GewO. sind die Form des Arbeitsvertrags (ob Akkord oder Zeitlohnvertrag) und der Grund der Gegenforderung des Arbeitgebers so gleichgültig wie für das Aufrechnungsverbot des BGB. (S. 402 Nr. 2. 6). Dafs sich GewO. § 115 nur auf Geld-, nicht auch auf Naturallohnforderungen bezieht (Abschnitt V Kap. 2 Nr. II), anders als BGB. § 394, ist nach dem S. 402 Nr. 3 Gesagten ein Unterschied von sehr geringer Bedeutung, — nicht so der folgende. Denn auf die Art des Arbeitsvertrags, dem die Lohnforderung entspringt, kommt es für GewO. § 115 im Gegensatz zu BGB. § 394 insofern an, als die Art des Arbeitsvertrags durch die Person der Parteien bestimmt wird und (wie wir ad 1 sahen) GewO. § 115 sich nur auf gewisse Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezieht. Mit Rücksicht hierauf und unter Einbeziehung von Hausindustrie, Binnenschifffahrt, Flößerei, Bergbau u. dgl. ist zu sagen, dafs GewO. § 115 nur die Lohnforderung aus gewerblichen Arbeitsverträgen trifft (einerlei, ob das Arbeitsverhältnis noch besteht oder nicht). Zur Bestimmung des Anwendungsgebietes s. auch S. 299 bis 313.

Zu dieser Besonderheit des Personals und damit des Arbeitsvertrags kommen nun noch folgende vier beträchtliche Unterschiede zwischen den Aufrechnungsverboten des § 115 GewO. und des § 394 BGB.:

a. Für GewO. § 115 ist es gleichgültig, ob dem Lohn, gegen dessen Forderung nicht aufgerechnet werden darf, Auslagenersatz beigemischt ist oder nicht, während nach BGB. § 394 die Aufrechnung so weit statthaft ist, als die geforderte Vergütung Auslagenersatz befreift. Vgl. S. 403 Nr. 1.

b. Für GewO. § 115 im Gegensatz zu BGB. § 394 ist es gleichgültig, ob das Arbeitsverhältnis die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, oder ob dies nicht der Fall ist¹. Vgl. S. 403 Nr. 2.

c. Für GewO. § 115 im Gegensatz zu BGB. § 394 ist gleichgültig der Jahresbetrag der Vergütung, die der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis zieht, das seine gegenwärtige Lohnforderung begründet. Während BGB. § 394 insoweit nicht Platz greift, als das Arbeitsverhältnis eine Gesamtvergütung von mehr als 1500 Mk. für

¹ z. B. ein Hausindustrieller, der in Arbeitsverhältnissen zu drei verschiedenen Fabrikanten steht, so zwar, dafs seine Erwerbsthätigkeit von keinem dieser Verhältnisse vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, kann sich einer Aufrechnung gegen seine Lohnforderung nicht mit BGB. § 394, wohl aber mit GewO. § 115 erwehren.

das Jahr gewährt (S. 404 Nr. 3), findet GewO. § 115 auch ohne diese Schranke Anwendung.

d. Während das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. hinfällig wird, sobald der Zahltag abgelaufen ist, ohne daß der Arbeitnehmer den Lohn eingefordert hat (S. 406 ad c), ist diese Unterlassung ohne Einfluß auf das Aufrechnungsverbot der GewO. § 115; das Gebot der Barzahlung gilt unbedingt und unbefristet. —

Daß das Gebot der GewO. § 115, die Löhne bar auszuzahlen, die Aufrechnung gegen die Lohnforderung verbietet, und daß dieses Aufrechnungsverbot den im Vorausgehenden angegebenen Umfang hat, ist nicht allgemein anerkannt. Man findet gewöhnlich durch das Gebot der Barzahlung nicht jede andere Art der Schuldtilgung, sondern nur die Hingabe an Zahlungsstatt verboten. Unbestreitbar ist aber Aufrechnung nicht Zahlung oder Barzahlung¹; die Aufrechnung sollte danach als ausgeschlossen gelten durch das Gebot der Barzahlung. Gleichwohl setzt man dem entgegen:

1. eine Berufung auf die Geschichte des § 115 GewO. Diese kann lehren, daß mehrere Teilnehmer an der legislativen Schaffung der Vorläufer des § 115 mit denselben den engeren, nämlich nur die Hingabe an Zahlungsstatt ausschließenden Sinn verbunden haben. Allein hieraus ergibt sich keine verbindliche Auslegung des jetzigen § 115. Der historische Hergang müßte zu Rate gezogen werden, um über den Sinn der Vorschrift Aufschluß zu geben, wenn § 115, wie er vorliegt, und als Bestandteil des gegenwärtigen Rechts, zweideutig wäre oder einen unannehmbaren Sinn darböte. Allein dem ist nicht so: die Vorschrift, bar auszuzahlen, ist unzweideutig, und der darin liegende Ausschuß der Kompensation ist so wenig unannehmbar, daß er vielmehr durch BGB. § 394 mit gewissen Schranken zum *ius commune* gemacht worden ist.

2. Man wendet ein: § 115 GewO. schreibe nur vor, bar, nicht schreibe er vor, ohne Abzug auszuzahlen. Buchstäblich gewifs. Allein wenn (wie der Einwand sicherlich gemeint ist) unter Abzug nicht ein willkürlicher, sondern ein rechtmäßiger, definitiver, am fälligen vertragsmäßigen Lohn erfolgender zu verstehen ist, so kann nur an einen Abzug gedacht sein, der das Ergebnis einer Aufrechnung ist, sich auf Aufrechnung gründet. Da nun die Aufrechnung nicht Barzahlung ist, so schließt das Gebot der Barzahlung

¹ Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 124 al. 2 (oben S. 400²) und § 128 II, 1, wonach in dem Versprechen, „bar zu zahlen“, der Verzicht auf das Kompensationsrecht liegen kann.

das Verbot des Abzugs ein, der durch die Aufrechnung zu stande kommt.

3. Man beruft sich ferner darauf, daß GewO. § 115 die Aufrechnung noch besonders (d. h. in den den streitigen folgenden Worten) und hier für ein engeres Gebiet hintanhält, dies daher nicht in unserem Satze allgemein gethan haben könne. Es sagt nämlich Abs. 2 Satz 1: „Sie (die Gewerbetreibenden) dürfen den Arbeitern keine Waren kreditieren.“ Unter Kreditierung ist hier nicht zu verstehen die Übereignung von Sachen mit der Auflage, daß Sachen der gleichen Gattung und Menge zurückübereignet werden; denn dies würde nicht zu mehreren in Satz 2 ausnahmsweise zugelassenen Kreditierungen passen. Vielmehr bedeutet Warenkreditierung die Übereignung von Waren gegen Begründung einer Geldforderung für den Arbeitgeber¹. Das Kreditierungsverbot hat nun nicht nur den Zweck, den Arbeitnehmer davor zu bewahren, Kreditschuldner des Arbeitgebers zu werden, sondern auch den, den Arbeitgeber zu hindern, eine Geldforderung gegen den Arbeitnehmer zu erlangen, auf daß er nicht imstande sei, mit solcher Forderung gegen die Lohnforderung aufzurechnen. Es soll also zur Unterstützung des in Abs. 1 erlassenen Gebots der Barzahlung eine Gelegenheit zur Kompensation vereitelt werden, indem ein Weg zum Erwerb von Gegenforderungen verlegt wird. Daß es bei dem Kreditierungsverbot dem Gesetz auch um die Hintanhaltung der Aufrechnung zu thun ist, ersieht man daraus, daß alsbald in Satz 2 adversativ („doch ist es gestattet“) Fälle angeführt werden, in denen Kreditierung mit nachfolgender Kompensation zulässig sein soll²; und ferner daraus, daß in GewO. § 118 den wider § 115 entstandenen Kreditforderungen neben der Klagbarkeit noch besonders die Kompensabilität versagt wird³. Daß das Gesetz nur eine Anwendung der Aufrechnung ausdrücklich hintanhält, nämlich die Kompensation mit einer durch Warenkreditierung erlangten Gegenforderung, gestattet nicht, zu schließen, daß es jede

¹ S. GewO. § 118: „Forderungen für (nicht: von) Waren, welche dem § 115 zuwider kreditiert worden sind . . .“

² gemäß den Worten: „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung“.

³ „Forderungen für Waren, welche dem § 115 zuwider kreditiert worden sind, können von dem Gläubiger weder eingeklagt noch durch Anrechnung oder sonst geltend gemacht werden . . .“ Was GewO. hier „Anrechnung“ nennt, heißt im BGB. „Aufrechnung“, während „anrechnen“ in BGB. §§ 324. 615—618. 649, HGB. § 63 nicht die Kompensation bezeichnet. Dies wird von BGB. § 617 in Abschn. V Kap. 1 gezeigt werden; an den anderen Stellen ist es offenbar. Wegen „Anrechnung“ in GewO. § 115 Abs. 2 s. auch Abschn. V Kap. 2.

andere Aufrechnung habe zulassen wollen. Vielmehr bieten sich bessere Wege zur Erklärung. Die Warenkreditierung mit Verwertung der Kreditforderung gegen die Lohnforderung ist ein dem Gewerbetreibenden naheliegendes und oft eingeschlagenes Verfahren. Wenn das Gesetz im Hinblick auf diese Erfahrungsthatfache eine Hauptanwendung der Kompensation dadurch ausschließt, daß es eine gewisse Gegenforderung versagt, so hat es damit nicht andere Anwendungen für zulässig erklärt, zumal es vorher generell die Barzahlung angeordnet hat. Und man darf hinzufügen: wenn § 115 Abs. 1 nicht auch das Aufrechnungsverbot enthielte, so wäre es überflüssig, in § 115 Abs. 2 Satz 2 die Anrechnung, d. i. auch Aufrechnung, besonders zu gestatten. Es würde ja dann genügen, die Kreditierung zu erlauben; die überhaupt statthafte Aufrechnung würde dem Kreditgeber danach ohnehin zustehen.

Zu Gunsten der hier bekämpften, den klaren und zweckmäßigen Wortsinn von GewO. § 115 Abs. 1 einschränkenden Deutung könnte man sich nur auf einen anderen, nämlich den § 116 berufen, in den Worten: „ohne daß ihnen (den Arbeitern) eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann“¹. Indem hier, würde man sagen, das Gesetz nur dieser Einrede gedenkt und nicht auch der auf die geschehene Aufrechnung zu gründenden, gewährt es eine Stütze für die Annahme, daß GewO. § 115, soweit darin nicht von der Erlangung einer Gegenforderung die Rede, d. h. daß Abs. 1 des § 115 sich auf die Kompensation nicht bezieht. Allein diese Argumentation aus dem Schweigen des § 116 besitzt nicht genügende Beweiskraft. Es wird nämlich bei Tilgung der Lohnschuld durch Hingabe an Zahlungsstatt dem Lohngläubiger etwas Greifbares zugewendet, und demgegenüber war es geboten, auszusprechen, daß der Empfang des Hingegebenen dem Verlangen der Lohnzahlung nicht im Wege stehe. Bei der Aufrechnung hingegen bekommt der Lohngläubiger nichts in die Hand, für sie war es daher überflüssig auszusprechen, daß dem Verlangen der vorgeschriebenen Barzahlung nicht die geschehene Aufrechnung entgegengesetzt werden könne. Darum wird der einen „Einrede“ gedacht, der anderen nicht. —

Nach der hier vertretenen Ansicht schließt die GewO. für ihren (oben S. 412. 413 beschriebenen) Kreis von Arbeitsverträgen die Auf-

¹ Unter „dem an Zahlungsstatt Gegebenen“ ist die Hingabe an Zahlungsstatt zu verstehen. Es sollte daher heißen: „Einrede aus der Hingabe an Zahlungsstatt.“

rechnung gegen die Lohnforderung schlechthin, d. h. ohne Unterschied des Grundes der Gegenforderung aus. Nach der hier bekämpften Ansicht kann nur nicht mit Gegenforderungen aus gewissem Grunde, nämlich aus Warenkreditierung entstandenen, aufgerechnet werden¹. Beide Ansichten kommen wieder darin überein, daß die Aufrechnung für ausnahmsweise zulässig erklärt wird bei den in GewO. § 115 Abs. 2 Sätze 2 und 3 angeführten Fällen. —

Es fragt sich nun, welchen Einfluß das unter Nr. III erörterte Aufrechnungsverbot des BGB. § 394 auf das der GewO., mag man dieses in unserem oder im engeren Sinn auffassen, geübt hat². Art. 32 des Einführungsgesetzes zum BGB. bestimmt: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem BGB. oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.“ Das Einführungsgesetz selbst läßt, wo es die Änderungen der GewO. angeht (Art. 36), unseren § 115 unerwähnt. Hingegen BGB. § 394 hat

1. auf das Aufrechnungsverbot der GewO. in dem hier vertretenen Sinn keinen Einfluß. Dieses Specialrecht erfährt durch das Generalrecht des BGB. § 394 keine Einschränkung. Für die Personen und Arbeitsverträge, die von GewO. § 115 betroffen werden (S. 412. 413), gilt das Aufrechnungsverbot der GewO. frei von den S. 413/4 dargelegten Schranken, welche BGB. § 394 mit sich bringt, und darin liegt sein praktischer Wert für die gewerblichen Arbeiter, der praktische Wert seiner Fortgeltung.

2. Nimmt man das Aufrechnungsverbot der GewO. im hier bekämpften engeren Sinn, so hat das Aufkommen von BGB. § 394 die Bedeutung, daß gegen Lohnforderungen der gewerblichen Arbeiter von den Gewerbetreibenden, ihren Arbeitgebern, nunmehr (nämlich nach § 394) auch nicht mit anderen als Warenkreditforderungen kompensiert werden kann. Während aber der Ausschluss der Aufrechnung mit diesen Kreditforderungen in dem S. 413/4, a—d beschriebenen Umfang weiter gilt, weil er sich auf die GewO. gründet,

¹ Jedoch versagt Neukamp, Die Gewerbeordnung (1901) zu § 115 a Anm. 2 sub d a. E., die Kompensation ohne Unterschied des Grundes der Gegenforderung, wenn diese vom Arbeitgeber durch Abtretung erworben worden ist.

² Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 253, der dem Aufrechnungsverbot der GewO. § 115 den engeren Sinn beimißt, erklärt es für „gänzlich beseitigt“ durch BGB. § 394. Dagegen Cuno in Gewerbebericht V, 83—85. Andererseits Stadthagen, Arbeiterrecht S. 142. 143.

ist die Kompensation mit anderen Gegenforderungen nur insofern unzulässig, als überhaupt nach BGB. § 394 nicht aufgerechnet werden kann.

Machen wir uns die Rechtsordnung an einigen Beispielen klar:

a. Mit einem Schlosser, der oft in die Umgegend zur Montierung geschickt wird, ist monatlich zahlbarer Tagelohn von 4 Mk. und für die Tage auswärtiger Arbeit 6 Mk. (einschließlich des Spesenersatzes) vereinbart. Soweit der Spesenersatz reicht, ist nach BGB. § 394 die Aufrechnung gegen die Lohnforderung zulässig. Nach der GewO. hingegen, in dem hier verfochtenen Sinn ihres § 115, ist die Kompensation gänzlich ausgeschlossen.

b. Lohnforderung eines Werkmeisters, der einen Monatslohn von 200 Mk. hat, so daß „der Gesamtbetrag seiner Vergütung 1500 Mk. für das Jahr übersteigt“. Sein Arbeitsvertrag fällt unter die von GewO. § 115 betroffenen. Nach der hier vertretenen Ansicht kann gegen seine Lohnforderung gemäß GewO. § 115 schlechthin nicht kompensiert werden. Nach der hier bekämpften Ansicht ist zu unterscheiden. Soll nämlich mit einer Kreditforderung kompensiert werden — indem dem Werkmeister „Waren“ vom Prinzipal kreditiert worden sind — so ist die Aufrechnung nach GewO. § 115 ausgeschlossen; soll dagegen mit einer Schadensersatzforderung kompensiert werden, so kann nicht GewO., sondern nur BGB. § 394 angerufen werden. Aber der Ausschluss der Kompensation greift nach BGB. § 394 insofern nicht Platz, die Aufrechnung ist insofern zulässig, als die Gesamtvergütung 1500 Mk. fürs Jahr übersteigt. Dieselbe Entscheidung hat man zu treffen — und zwar auch für den Fall, daß mit der Kreditforderung kompensiert werden soll — wenn man das Aufrechnungsverbot der GewO. überhaupt für beseitigt hält.

c. Lohnforderung eines Aushülfskellners, der an Werktagen Schneiderei betreibt und Sonntags Kellnerarbeit verrichtet. Der Wirt setzt der Lohnforderung eine Schadensersatzforderung für zerbrochenes Geschirr entgegen, nicht eine Kreditforderung. Der Arbeitsvertrag fällt unter die von GewO. § 115 betroffenen. Nach der hiesigen Ansicht ist die Aufrechnung gemäß diesem § 115 ausgeschlossen. Nach der bekämpften Deutung des § 115, oder wenn man das Aufrechnungsverbot der GewO. überhaupt für aufgehoben hält, ist die Kompensation zuzulassen. Denn BGB. § 394, welcher nach diesen beiden hier angefochtenen Ansichten allein maßgebend ist, gewährt den Ausschluss der Aufrechnung nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis, dem die Lohnforderung entspringt, die Erwerbsthätigkeit des Arbeit-

nehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, was beim Aushülfskellner nicht zutrifft. —

Es fragt sich endlich noch, wie es gegenüber BGB. § 394 um die Fälle steht, in denen nach GewO. § 115 Abs. 2 Aufrechnung gegen die Lohnforderung statthaft ist. Nach der hier vertretenen Ansicht hat schon die GewO. für ihr Gebiet in § 115 Abs. 1 ein Aufrechnungsverbot gegeben, und bilden die erwähnten Fälle Ausnahmen wie von dem Gebot der Barzahlung und dem Verbot der Kreditierung, so auch von dem Verbot der Aufrechnung. Wenn nun, wie wir gesehen haben, die Regel der GewO. zwar nur für gewerbliche Arbeitsverträge i. w. S. gilt, aber in diesem Gebiet von der des BGB. abweicht und damit einen eigenen Wirkungskreis besitzt, und wenn dieser Bereich durch BGB. § 394 nicht angetastet wird, sondern neben demselben besteht, so müssen auch die von der GewO. zugelassenen Ausnahmen fortbestehen, sich also als specialrechtliche Ausnahme gegenüber dem Generalrecht des BGB. behaupten. Dieses Ergebnis steht wiederum mit dem Auslegungsgrundsatz in Einklang, den Art. 32 Einf.-Ges. z. BGB. als leitenden aufstellt. Denn weder hebt dieses Gesetz selbst den § 115 Abs. 2 GewO. an irgend einem Teil auf, noch ist der Fortbestand der Ausnahmen von dem älteren und schärferen Aufrechnungsverbot der GewO. daraus zu entnehmen, daß BGB. § 394 die Aufrechnung auch außerhalb des gewerblichen Arbeitsvertrags unter gewissen Voraussetzungen ausschließt.

Teilt man dagegen die hier bekämpfte Ansicht, daß die GewO. auch für ihre Thatbestände kein allgemeines Aufrechnungsverbot enthält, daß sie in § 115 Abs. 2 nur Ausnahmen vom Kreditierungsverbot giebt, in welchen die allgemein zulässige Aufrechnung nicht erst eingeräumt wird, dann hat man es bei den bewussten Fällen nicht mit Ausnahmen von einem Aufrechnungsverbot zu thun, dann wird allgemein erst durch BGB. § 394 die Aufrechnung ausgeschlossen, und vor deren allgemeinem Ausschluss kann die nach der GewO. statthafte Aufrechnung nicht fortbestehen, weil diese Statthaftigkeit nicht auf spezialrechtlicher Gewährung beruht und daher gegenüber dem Generalrecht nicht vorbehalten sein kann.

Die Anwendung der Aufrechnung in den Fällen von GewO. § 115 Abs. 2 Satz 2 und 3 ist dermaßen herkömmlich, durch die Umstände nahegelegt und daher verbreitet, daß sie nicht leicht abzuschaffen sein wird, um so weniger, als doch die Kreditierung im Umfang von Satz 2 und 3 nicht angefochten wird¹. Unserer Meinung nach würde der

¹ Vgl. auch GewO. § 114^a Nr. 3.

Fortbestand dieser Aufrechnung dem geltenden Recht entsprechen. Aber es ist anzuerkennen, daß diese Ordnung eine Quelle von Lohnabzügen rechtlich offen hält, deren Verschleifung im Interesse der Arbeiter zu liegen scheint¹.

Ob den mannigfaltigen Übertretungen des § 115 Abs. 2 durch ausnahmslosen Ausschluss der Aufrechnung gesteuert werden kann, ist sehr zu bezweifeln².

V. Der Arbeitgeber kann gegenüber der Forderung einer Vorschufs- und Abschlagszahlung (S. 390—92) regelmäßig nicht aufrechnen, d. h. von derselben wegen einer Gegenforderung keinen Abzug machen.

Die unter Nr. III und IV erörterten Aufrechnungsverbote des BGB. § 394 und der GewO. § 115 sind Verbote, die zwar durch die Wirkung der Kompensation veranlaßt sind (S. 399. 400), aber nicht ihrem Wesen entspringen, vielmehr in Abweichung vom allgemeinen Kompensationsrecht utilitatis causa, im Interesse gewisser Personen,

¹ Es kann geschehen, wie viele Vorkommnisse beweisen, daß ein minder geschickter Arbeitnehmer sich für ihm vom Arbeitgeber kreditweise verabfolgte Haupt- und Hilfsstoffe Abzüge vom Lohn gefallen lassen muß, die vom Lohn wenig übrig lassen, s. z. B. den Bericht über die Porzellanmalerei in „Gleichheit“ vom 14. März 1900 S. 46.

² S. z. B. Amtl. Mitteilungen aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten f. 1898 S. 145. 146. — Indem das Gesetz (GewO. § 115 Abs. 2) von Miet- und Pachtpreisen nur bei Wohnung und Landnutzung, nicht bei den Werkzeugen und Stoffen redet, die es mit Feuerung, Beleuchtung, Beköstigung, Arzneien und ärztlicher Hülfe zusammenstellt und für die durchschnittlichen Selbstkosten, unter Umständen auch für einen höheren Preis verabfolgt werden läßt, macht es deutlich, daß unter Verabfolgung der Werkzeuge (z. B. von Nadeln, Stiften) deren Verkauf, nicht deren Vermietung zu verstehen ist. Der bayrische Fabrikinspektionsbericht für 1897 sagt S. 134: „In einem großen Teil der Schuhfabriken findet sich noch die Unsitte, daß den Stepperinnen für Benutzung der Steppmaschinen Lohnabzüge von 50 Pf. bis 1 Mk. pro Woche gemacht werden.“ Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 189: Bei Stepperinnen Abzüge „für die Benutzung der Dampfkraft, mit der die Nähmaschinen getrieben werden“. Schon gegenüber der GewO. sind solche Lohnabzüge ein Unrecht. Auf daselbe kann hinauskommen der Vertrag, von dem in Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 11 S. 29, die Rede ist: der Arbeitgeber verkauft den Arbeitnehmerinnen Nähmaschinen für 57 Mk. das Stück, gegen wöchentliche Teilzahlungen von 50 Pf., die durch Lohnabzug berichtigt werden, übergibt die Maschine unter Eigentumsvorbehalt und nimmt sie ohne Rückerstattung der Teilzahlungen wieder an sich, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der 114 Wochen gelöst wird, die zur vollen Preiszahlung nötig sind.

der Arbeitnehmer, eingeführt worden sind. Dagegen ist die nunmehr darzulegende Schranke eine, die mit dem Begriff der Aufrechnung und mit dem Begriff der Vorschufs- und Abschlagszahlung regelmäßig gegeben ist. Denn nach BGB. § 387 kann jeder Teil aufrechnen, „sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann“. Er „kann“ sie bewirken bedeutet, daß der Gläubiger durch Nichtannahme in Verzug kommt. Der Schuldner, d. i. hinsichtlich der Vergütung der Arbeitgeber, ist zwar „zu Teilleistungen nicht berechtigt“ (§ 266), aber es ist allgemein anerkannt, daß er zur Teilaufrechnung befugt ist¹. Ebenso steht fest, daß, wenn eine Zeit für die Leistung bestimmt ist, der Schuldner im Zweifel „sie vorher bewirken kann“ (§ 271 Abs. 2).

Dagegen gilt regelmäßig etwas anderes von der vorzeitigen Teilleistung, die man Vorschufs- und Abschlagszahlung nennt. Diese wird ausschließlich im Interesse des Gläubigers verabredet, und eine Zeit für dieselbe wird regelmäßig nur zu Gunsten des Gläubigers, des Arbeitnehmers, festgesetzt. Der Arbeitgeber hat darum (falls nicht ausnahmsweise anderes vereinbart worden) kein Recht, die Vorschufs- und Abschlagszahlung zu machen; ihre Ablehnung versetzt den Arbeitnehmer nicht in Verzug (S. 393 Nr. 1). Dem Wesen dieser Zahlung entsprechend kann sie der Schuldner nur mit Einverständnis des Gläubigers machen. Demgemäß läßt sich nach dem Sprachgebrauch des BGB. vom Arbeitgeber nach Eintritt der für die Vorschufs- und Abschlagszahlung bestimmten Zeit nicht sagen, daß er „die ihm obliegende Leistung bewirken kann“. Folglich ist es ihm nach BGB. § 387 verwehrt, seine Gegenforderung gegen die Vergütungsforderung aufzurechnen. Er kann dies vielmehr erst dann thun (die Aufrechnungserklärung des § 388 BGB. abgeben), wenn der Arbeitnehmer in die Vorschufs- und Abschlagszahlung willigt; solange es an dieser Einwilligung fehlt, der Arbeitnehmer von der Vorschufs- und Abschlagszahlung Umgang nimmt, kann die Vergütungsforderung nicht durch Aufrechnung gänzlich oder teilweise zum Erlöschen gebracht werden. Wenn aber der Arbeitnehmer selber zur bestimmten Zahlungszeit die Vorschufs- und Abschlagszahlung einfordert, so ist die Aufrechnung wiederum durch BGB. § 394 (in dessen Umfang) ausgeschlossen.

Der Satz, daß der Arbeitgeber gegenüber der Forderung einer Vorschufs- und Abschlagszahlung nicht aufrechnen kann, wird noch einleuch-

¹ F. Leonhard, Die Aufrechnung S. 153. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 145 Anm. 3.

tender, wenn man sich erinnert, daß von Vorschufs- und Abschlagszahlungen auch die Versicherungsbeiträge nicht abgezogen werden können (S. 395). Auch läßt sich leicht einsehen, daß der Zweck, der mit den früher behandelten Aufrechnungsverboten verfolgt wird, nämlich den Arbeitnehmer nicht um verwendbaren Entgelt für die Arbeitsleistung zu bringen (S. 399. 400), bei vorzeitigen Teilzahlungen leicht besonders dringend der Wahrnehmung bedürfen kann: man denke nur an den Namen „Kostgeld“, den derartige Vergütungen bei Akkordverhältnissen tragen.

Die eben betrachtete Schranke der Aufrechnung hat im Vergleich mit den unter Nr. III und IV behandelten insofern einen kleineren Bereich, als sie sich nicht gegenüber der Vergütungsforderung überhaupt, sondern nur der auf Vorschufs- und Abschlagszahlung gerichteten geltend machen kann.

Andererseits aber ist sie viel weiter greifend als die der GewO., weil sie Lohnforderungen aus allen Arbeitsverträgen, nicht bloß aus gewerblichen betrifft; und weiter greifend als die des BGB. § 394, weil sie gilt:

1. auch insoweit der Gesamtbetrag der Vergütung 1500 Mk. für das Jahr übersteigt;

2. auch wenn das Arbeitsverhältnis die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt;

3. auch bei Nichteinforderung der Vorschufs- und Abschlagszahlung bis zum Ablauf des dafür bestimmten Zahlungstages. Während solche Nichteinforderung der Hauptzahlung die Vergütung der Aufrechnung zugänglich macht, ist dies bei der Vorschufs- und Abschlagszahlung nicht der Fall. Der Arbeitnehmer kann die Teilvergütung bis zum Hauptzahlungstag stehen lassen, ohne Aufrechnung befürchten zu müssen; sie wird alsdann als Bestandteil der Hauptvergütung behandelt.

Daß hiernach der Arbeitgeber trotz Eintritts des Zahlungstages für die Vorschufs- und Abschlagszahlung und trotz ihrer Nichteinforderung durch den Arbeitnehmer gegen sie nicht aufrechnen kann, ist der Kern der in Rede stehenden Kompensationsschranke. Denn daß die Aufrechnung vor jenem Tag ausgeschlossen ist, würde sich (vorbehaltlich des sub 1 und 2 Gesagten) schon daraus ergeben, daß vorher jene Partialvergütung nicht gepfändet werden kann¹. Daß sie nach diesem Tag gepfändet werden kann, möchten wir

¹ Die „Vergütung“ des BeschlG. umfaßt auch die Vorschufs- und Abschlagszahlung. Dies folgt sowohl aus einer gewissen Gemeinschaft des Zweckes dieser Zahlung und der Absicht jenes Gesetzes, als aus GewO. § 115^a.

nach dem Beschlagnahmegesetz nicht in Abrede stellen, — natürlich nur, soweit die Arbeit geleistet ist. Um so wertvoller ist danach für den Arbeitnehmer der Rechtssatz, daß die Aufrechnung gegen Vorschufs- und Abschlagsforderung auch nach dem Zahlungstag ausgeschlossen ist, trotzdem der Lohn nicht eingefordert worden ist.

Die in Rede stehende Schranke der Aufrechnungsfreiheit ist (im Gegensatz zu Nr. III und Nr. IV) dispositiven Rechts, da sie sich nur auf den gewöhnlichen Sinn der Bestimmung einer Zahlungszeit für die Vorschufs- und Abschlagszahlung gründet. Ist diese Bestimmung ausnahmsweise in dem Sinn getroffen worden, daß der Schuldner jene Zahlung zur bestimmten Zeit machen kann, so muß ihm zu dieser Zeit auch die Aufrechnung freistehen.

Fünftes Kapitel.

Zurückbehaltung.

I. Die Zurückbehaltung der Vergütung ist S. 397 neben der im vorigen Kapitel abgehandelten Aufrechnung als Deckungsmittel des Arbeitgebers genannt worden. Beide dienen dem Arbeitgeber zur Deckung von Ansprüchen außer dem Anspruch auf die Arbeitsleistung; denn für diesen letzteren — d. h. dafür, daß ihm nicht nach Entrichtung der Vergütung die dadurch entgeltene Arbeit ausbleibe — bedarf der Arbeitgeber nicht der Zurückbehaltung der Vergütung, weil er hier ja ohnehin nachleistungsberechtigt ist. Durch dieses Nachleistungsrecht ist (für jene Arbeitsforderung) dem Bedürfnis der Deckung vorgebeugt; der Arbeitgeber braucht sich gar nicht zu exponieren. Das Recht nachzuleisten ist kein Zurückbehaltungsrecht im Sinn des BGB. § 273, den allein wir im Auge haben, weil die Leistung des Retinierenden fällig ist, die des Nachleistungsberechtigten nicht, weil ferner die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann, die des Nachleistungsrechts nicht, und weil endlich zwar die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, nicht aber die des Rechts zur Nachleistung die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug herbeiführt (BGB. § 274)¹. Daß der Arbeitgeber sich für jene anderen An-

¹ In dieser Verurteilung kommt das in Rede stehende Zurückbehaltungsrecht, das sich nicht auf Leistung und Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag bezieht, mit dem aus solchem Vertrag entspringenden Weigerungsrecht (BGB. § 320) überein, während es sich in den Voraussetzungen und in der sonstigen Wirkung (Abwendbarkeit durch Kautio) wesentlich von dem letzteren unterscheidet.

sprüche (außer dem auf Arbeitsleistung) durch Zurückbehaltung der Vergütung decken kann, rührt gerade davon her, daß die Zahlungszeit beim Arbeitsvertrag regelmäßig zu Gunsten des Arbeitgebers geordnet, nämlich der Arbeitnehmer verpflichtet ist, mit der Arbeit voranzugehen. Durch diese Lage der Zahlungszeit ist der Arbeitgeber in die Lage versetzt, noch nachdem die Arbeit geleistet worden ist, wie gegen die Vergütungsforderung aufzurechnen, so die Vergütung zurückzubehalten.

Zur Aufrechnung wie zur Zurückbehaltung ist man von Rechts wegen befugt und nicht erst auf Grund einer Privatdisposition, eines Kompensations- oder Retentionsvertrages. Aber während dem Arbeitgeber, als Schuldner der Vergütung aus dem Arbeitsvertrag, durch gesetzliche Bestimmungen, nämlich BGB. § 394 und GewO. § 115, die Aufrechnung gegen die Vergütungsforderung verwehrt oder nur in engen Schranken gestattet ist, ist die Zurückbehaltung der Vergütung durch kein gesetzliches Verbot ausgeschlossen oder eingeschränkt. Das Retentionsrecht ist gegeben, wenn seine allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen (BGB. § 273) vorliegen. Selbst gegenüber dem Anspruch auf Vorschufs- und Abschlagszahlung ist die Zurückbehaltung statthaft, im Gegensatz zur Aufrechnung (S. 420—23). Da hierbei die Unstatthaftigkeit der Aufrechnung, wie wir sahen (S. 421), nicht auf einem besonderen Verbot beruht, so muß die Verschiedenheit des Verhaltens von Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber dem Anspruch auf Vorschufs- und Abschlagszahlung in einem Unterschied von Kompensation und Retention begründet sein; dieser Unterschied ist der folgende. Die Retention ist ein Nichtthun, ein negatives Verhalten; sie besteht in einer Verweigerung — der berechtigte Schuldner „kann die geschuldete Leistung verweigern“¹ —, und diese Verweigerung ist möglich, sobald der Tag für die Vorschufs- und Abschlagszahlung gekommen ist. Dagegen die Kompensation ist ein Thun, ein positives Verhalten; sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger-Schuldner, aber der Kompensierende kann sie erst abgeben, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirken kann, und das hängt bei Vorschufs- und Abschlagszahlung nicht von ihm ab und ist hier nicht mit dem Eintritt der Zahlungszeit gegeben (S. 421).

Der Ausschluss der Aufrechnung gegen die Lohnforderung, soweit er auf Verbot beruht, ist anerkanntermassen der Privatdisposition

¹ Daß er seiner Weigerung in Worten, also durch eine Handlung Ausdruck geben kann und dies oft thut, wird damit nicht in Abrede gestellt. Vgl. BGB. § 202 Abs. 2 „Einrede des Zurückbehaltungsrechts“.

entzogen (S. 408—09). Die Zurückbehaltung der Vergütung ist dispositiven Rechts¹. Die Parteien können durch Übereinkunft das Retentionsrecht ausschließen; sie können seine Voraussetzungen vermindern und dadurch sein Aufkommen erleichtern, seine Ausübung unterstützen², oder sie können seine Voraussetzungen vermehren und dadurch sein Aufkommen erschweren. Dagegen sind sie nicht imstande, das Retentionsrecht so zu gestalten, daß dadurch das Kompenisationsverbot umgangen wird, welches eine *lex perfecta* ist. Und ein Resultat, das die Parteien nicht schaffen können, weil es dem Gesetz widerstreitet, kann auch der Richter nicht herbeiführen.

Wenn nun ein und dasselbe Gesetzbuch dem Arbeitgeber die Aufrechnung gegen die Lohnforderung, soweit sie unpfindbar ist, versagt und dem Arbeitgeber die Zurückbehaltung des Lohnes nicht versagt, so kann man schon im vorhinein annehmen, daß hier Kompensation und Retention nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden sind, indem anderenfalls ein arger Widerspruch im Gesetzbuch enthalten und damit ein grobes Versehen des Gesetzgebers begangen wäre.

II. In der That differieren die Anwendungsgebiete von Aufrechnung und Zurückbehaltung schon dadurch, daß die Kompensation ohne Unterschied des Grundes der Gegenforderung Platz greift, während retinieren kann nur, wer „aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat“. Durch dieses Erfordernis der Konnexität wird das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitgebers beträchtlich eingeengt. Er kann nicht retinieren wegen der Ansprüche aus einem Darlehen, aus einem Kauf, einer Miete, mag immer Darlehen, Kauf, Miete im faktischen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis begründet worden sein, indem der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer als solchem, d. i. weil dieser sein Arbeitnehmer war, ein Darlehen gegeben, Sachen verkauft, eine Wohnung vermietet hat³. Wohl aber

¹ Ehrlich, *Zwingendes und nicht-zwingendes Recht* S. 87 Anm. 53. S. 91 Anm. 75. Ehrlich zählt hier freilich auch die Aufrechnungsregeln zum nicht-zwingenden Recht. Aber die Natur der in BGB. § 394 Satz 1 gegebenen hängt von CPO. § 850 und von BeschlG. § 2 Abs. 2 ab.

² z. B. gegen § 273 Abs. 3 paktieren, daß durch Sicherheitsleistung die Ausübung nicht abgewandt werde.

³ Mit Bezug auf ländliche Kontraktarbeiter im preussischen Regierungsbezirk Erfurt heißt es in *Landarbeiter in den evangel. Gebieten Norddeutschlands* (ed. Weber) I, 70: „Für die Gutswohnung werden häufig 30—45 Mk. berechnet, die entweder ratenweise abgezahlt oder im Sommer zur Zeit der

kann er retinieren wegen der Ansprüche auf Rückgabe von Plänen, Mustern, Stoffen, Werkzeugen, die der Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsverhältnisses herauszugeben hat¹, oder wegen der Ansprüche auf Rechnungslegung oder auf Mitteilung von Wahrnehmungen, die der Arbeitnehmer in Vollzug des Arbeitsvertrags gemacht hat und nach dem Sinn desselben dem Arbeitgeber zu überliefern verpflichtet ist, oder wegen des Anspruchs auf Vertretung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die der Arbeitnehmer (oder sein Gehülfe) bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit begangen hat.

Ein die Wirkungen betreffender Unterschied von Kompensation und Retention ist der, daß die Ausübung des Kompensationsrechts unabwehrbar ist — es werde denn vor seiner Ausübung seine eine Voraussetzung, die Gegenforderung selbst getilgt — wogegen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann. Freilich ist dem Arbeitnehmer, dem der Lohn zurückbehalten wird, oft nicht damit gedient, daß er durch Sicherheitsleistung die Zurückbehaltung aufheben und sich den Lohn verschaffen kann; er wird in vielen Fällen vorziehen, die Leistung selbst zu bewirken, wegen deren der Lohn zurückbehalten wird. Indessen legt die ebenerwähnte Differenz in der Abwendbarkeit andere wichtigere Unterschiede von Kompensation und Retention offen.

Die Kompensation ist etwas Definitives, die Retention ist etwas Provisorisches. Die Aufrechnung ist im BGB. beim „Erlöschen“, dagegen die Zurückbehaltung beim „Inhalt“ der Schuldverhältnisse geregelt². Sobald der Kompensationsberechtigte die „Erklärung gegenüber dem anderen Teile“ abgegeben hat, ist das Erlöschen der konkurrierenden Schulden bewirkt, und diese Wirkung ist definitiv. Hingegen der Retentionsberechtigte kann seine Verweigerung nur so lange aufrechterhalten, „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird“. Die Zurückbehaltung bringt nichts zum Erlöschen, sie führt nur zu einem Aufschub³. Wer zurückbehalten zu wollen erklärt, gebraucht eine dilatorische Einrede.

Akkordarbeit, weil der Verdienst dann größer ist, nach und nach vom Lohn zurückbehalten werden.“ Was hier „zurückbehalten“ genannt wird, ist Aufrechnung und ist als solche nach BGB. § 394 ungültig. Das gleiche Vorkommnis a. a. O. S. 101.

¹ Hat der Arbeitnehmer seinerseits nach BGB. § 273 wegen solcher Gegenstände ein Retentionsrecht (S. 377 fg.), dann kommt es darauf an, wer Kläger ist, und findet die Regelung nach BGB. § 274 statt.

² Vgl. Crome, System des deutsch. bürgerl. Rechts I § 124 Anm. 6.

³ Daher widerspricht die Retention nicht dem Gebot barer Auszahlung der Löhne (GewO. § 115), wie es die Kompensation thut: S. 414.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann durch Sicherheitsleistung abgewandt werden, auch wenn die Ausübung schon begonnen hat; sie wird dann für die Folge sistiert, während die durch Aufrechnung einmal erloschenen Schulden nicht wieder entzündet, d. h. ins Leben gerufen werden können. Demgemäß ist auch das richterliche Urteil bei Kompensation und Retention verschieden. Wer außerprozessual aufgerechnet hat und sich im Prozeß hierauf beruft, oder wer im Prozeß aufrechnet, der wird, falls jene Berufung begründet oder diese Aufrechnungserklärung zulässig ist, wegen der Aufrechnung freigesprochen, sei es gänzlich, sei es teilweise, — letzteres wenn und soweit seine Gegenforderung (wie er sie hatte oder geltend machte) die eingeklagte Forderung nicht deckt. Wer dagegen das Zurückbehaltungsrecht geltend macht, wird verurteilt, und zwar in vollem Maß; nur nicht schlechthin, sondern zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung.

Da es sich bei der Aufrechnung um die viel eingreifendere Wirkung des Erlöschens von Schulden handelt, so kommt es auf das Größenverhältnis der aufzurechnenden Schulden oder Forderungen an. Sie erlöschen, „soweit sie sich decken“ (BGB. § 389). Bei der Retention hingegen, wo kein Erlöschen, sondern nur ein Aufschub in Frage steht, kommt es auf das Größenverhältnis der „geschuldeten Leistung“ und der ihrem Schuldner „gebührenden Leistung“ ganz und gar nicht an¹. Wenn einer überhaupt retinieren darf, darf er in beliebigem Umfang retinieren. Wenn also die retinierbare Leistung, wie die uns hier angehende Vergütung des Arbeitgebers, teilbar ist, so kann er ohne Rücksicht auf das Wertverhältnis der zwei in Frage kommenden Leistungen die Vergütung sowohl ganz als zu irgend einem Teile zurückbehalten. Wer „die geschuldete Leistung“ verweigern kann, kann sie auch teilweise verweigern, demnach auch teilweise machen. Der Arbeitgeber, welcher

¹ Wenigstens stellt der das Zurückbehaltungsrecht regelnde § 273 BGB. kein Erfordernis hinsichtlich dieses Größenverhältnisses auf, auch nicht in den Worten „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Wenn aber für den Fall, da Leistung und Gegenleistung aus gegenseitigem Vertrag einander gegenüberstehen (§ 320 Abs. 2), die Verweigerung der einen dadurch bedingt ist, daß diese Weigerung nicht „wegen unverhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles“ der „anderen gegen Treu und Glauben verstößt“ (vgl. S. 373. 374), so wird es auf Analoges auch bei unserem Zurückbehaltungsrecht ankommen. Oder sollte die Bezahlung des vierzehntägigen Lohnes verweigert werden können bis zur Rückgabe eines in Händen des Arbeitnehmers befindlichen Hammers, dessen Wert nicht einen halben Tagelohn ausmacht?

die Vergütung teilweise retiniert, macht damit von der Vergütung einen „Abzug“, der sich aber von dem bei der Aufrechnung herauskommenden „Abzug“ dadurch unterscheidet, daß er nicht wie der letztere ein endgültiger, sondern nur ein vorübergehender ist.

III. Da es sich bei der Kompensation um Erlöschen einander wirklich deckender Forderungen handelt, so müssen sie unmittelbar vergleichbare Größen darstellen, d. h. die Leistungen in jenen Forderungen müssen „ihrem Gegenstande nach gleichartig“ sein (BGB. § 387). Das ist nur da der Fall, wo die Gegenstände Mengen vertretbarer Sachen sind. Bei der Retention dagegen handelt es sich nicht um Erlöschen, sondern um Aufschub; das Verhältnis der Größe der zurückbehaltenen Leistung zur Größe der Leistung, wegen deren zurückbehalten wird, ist prinzipiell gleichgültig, sie brauchen nicht unmittelbar vergleichbar, sie brauchen daher im Gegenstande nicht gleichartig zu sein: die Geldvergütung kann zurückbehalten werden wegen der Leistung irgend einer Species und wegen der Vornahme einer anderen Handlung. Ist das Qualitätsverhältnis der zwei bei der Retention in Frage kommenden Leistungen gleichgültig, so muß die Retention zulässig sein, auch wenn die Leistung, wegen deren retiniert wird, von der gleichen Art ist wie die zu retinierende. Die Retention ist also möglich auch in den Fällen, in denen dem Gleichartigkeitserfordernis der Kompensation entsprochen ist.

Diese Möglichkeit ist gerade dann von Bedeutung, wenn die Aufrechnung aus Gründen, die außer ihr liegen, versagt ist. Gegen die Lohnforderung kann (in den bekannten Grenzen: Kap. 4 Nr. III) nicht aufgerechnet werden. Dagegen kann der Lohn, wenn die Retentionsvoraussetzungen vorliegen (namentlich Konnexität), zurückbehalten werden. Die Zurückbehaltung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der fällige Anspruch des Arbeitgebers der Lohnforderung gleichartig ist, namentlich wie diese auf Geld geht, z. B. auf Schadensersatz aus einem der S. 398/99 angegebenen Gründe. Der Arbeitgeber, der nicht aufrechnen kann, ist auf die Erfüllung durch den Arbeitnehmer angewiesen. Die ihm mögliche Retention bildet für ihn ein Pressionsmittel: er entrichtet den Lohn ganz oder teilweise nicht, bis ihm jene Erfüllung beschafft worden ist. Von Fällen dieser Art äußert nun Dernburg¹: „Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten.“ Die Aufrechnung müsse hier „Surrogat der Zurück-

¹ Das bürgerl. Recht II § 59 Nr. III. § 128 zu Anm. 4.

behaltung“ sein. Allein daß Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn haben, trifft nur unter der Voraussetzung zu, daß der Arbeitgeber kompensieren kann. Wenn er durch Aufrechnung des Geldes, das er zu fordern hat, gegen das Geld, das von ihm gefordert werden kann, sich Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen im stande ist, dann ist es sinnlos, auf der Zahlung an ihn als Bedingung seiner eigenen Zahlung zu bestehen. Aber gerade jene Voraussetzung wird hier nicht gemacht; es wird im Gegenteil vorausgesetzt, daß er nicht aufrechnen, daher nur durch Zahlung seitens des Arbeitnehmers befriedigt werden könne. Unter diesen Umständen — und namentlich, wenn der Arbeitnehmer nicht leicht geneigt oder in der Lage ist, zu zahlen — hat es nicht bloß Sinn, sondern einen den Arbeitgeber begünstigenden, den Arbeitnehmer benachteiligenden Sinn, wenn der Arbeitgeber die Lohnzahlung verweigern kann, bis die ihm gebührende Zahlung gemacht wird; und ebendiesen Sinn hat es, daß der Arbeitgeber, wenn ihn der Arbeitnehmer auf die Lohnzahlung verklagt, zwar verurteilt wird, aber nur zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung, d. h. zur Erfüllung Zug um Zug. Warum sich hier das Zurückbehaltungsrecht — soll heißen die Zurückbehaltung — zur Aufrechnung gestalten müsse, ist nicht einzusehen. Es ist vielmehr zu behaupten, daß es sich dazu nie und nimmermehr gestalten könne, weil Aufrechnung und Zurückbehaltung weit und gründlich voneinander verschieden sind, weil die Aufrechnung gegen die Lohnforderung, soweit sie verboten ist, ausnahmslos verboten ist, daher niemals ein Surrogat der nicht verbotenen Zurückbehaltung sein kann und nicht auf einem Umweg, d. h. unter Umgehung des Gesetzes, eingeführt werden kann¹. Wo das Gesetz (nämlich BGB. § 394 und unserer Meinung nach auch GewO. § 115) die Aufrechnung ausschließt, schließt es sie aus ohne Unterschied des Grundes der Gegenforderung; es macht keinen Vorbehalt für konnexe Gegenforderungen. „Der Dienstherr,“ sagt Dernburg, „kann . . . den schuldigen Lohn ‘zurückbehalten’, wenn er auf Grund des Dienstvertrags Schadenersatzansprüche hat, und es muß zur Aufrechnung auf den Lohn kommen.“ Nicht im Sinn rechtlicher, nur im Sinn faktischer Notwendigkeit ist letzteres anzuerkennen, d. h. der Arbeitnehmer wird sich unter dem Zwang der Umstände bereit finden lassen, statt seine Ersatzzschuld zu zahlen, um zu dem ihm geschuldeten Lohn zu gelangen, lieber in den ihm propozierten Aufrechnungsvertrag zu willigen, um den Lohn mit Abzug des

¹ S. auch das Amtsgericht Köln in Gewerbebericht VI, 124.

Betrages der Ersatzschuld anzunehmen¹. Dieser Aufrechnungsvertrag ist zwar ungültig (S. 408), aber seine Ungültigkeit wird vom Arbeitnehmer nicht geltend gemacht werden, denn wenn er das Abgezogene als schuldigen Lohn fordert, so wird es wegen der von ihm noch geschuldeten Ersatzleistung zurückbehalten werden, bis die Ersatzleistung „bewirkt wird“.

IV. Hieraus ersieht man aber auch, daß der Zweck, den das Gesetz mit dem Ausschluß der Kompensation gegen die Vergütungsforderung erreichen will — nämlich dem Arbeitnehmer den durch die geleistete Arbeit verdienten Lohn ungeschmälert zu verschaffen, ohne Rücksicht auf irgendwelche noch so begründeten gleichartigen Gegenforderungen des Arbeitgebers —, vereitelt werden kann, sobald der Arbeitgeber den geschuldeten Lohn zurückbehalten könnte wegen eines fälligen Anspruchs auf eine gleichartige Leistung. Es ist daher eine analoge und als solche unerläßliche Anwendung des Kompensationsverbots, es geschieht im Geist desselben und zur Vermeidung einer Auslegung in fraudem legis, wenn man in diesen Fällen, sofern die Kompensation ausgeschlossen wäre, auch die Zurückbehaltung nicht zuläßt. Zur Unterstützung solcher Analogie kann man sich auch darauf berufen, daß nach BGB. § 273 das Zurückbehaltungsrecht gar nicht unbedingt, d. h. nicht ohne Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses Platz greift, sondern nur, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Das Arbeitsverhältnis ist nun ein Schuldverhältnis, aus dem sich angesichts des dafür geltenden Kompensationsverbots ein anderes ergibt, nämlich ergibt, daß der Arbeitgeber, der den Lohn schuldet, nicht um einer gleichartigen Schuld des Arbeitnehmers willen den Lohn zurückbehalten darf, darum nicht zurückbehalten darf, weil die Zurückbehaltung in diesem Falle leicht zu dem faktischen Ergebnis führen kann, welches vom Kompensationsverbot hintangehalten werden soll².

¹ Wohl nur diese Sachlage hat Sinzheimer in Gewerbegericht V, 139 im Auge mit den Worten: „Es widerspräche aller Vernunft und aller durch den Rechtsverkehr erworbenen Erfahrung, wenn man annehmen wollte, daß der den Lohn Retinierende die Lohnsumme nur gegen Empfang des ihm zukommenden Schuldbetrags seines Gläubigers, also Zug um Zug, herausgeben würde, und nicht einfach dadurch, daß er aufrechnet und damit die beiderseitigen Forderungen tilgt.“

² Zustimmend v. Franckenberg in Soziale Praxis IX, 366, ein Urteil in Gewerbegericht V, 125 al. 2, Sinzheimer ebenda Sp. 137—141, mit der Betonung, „daß der Gesetzgeber das Mittel nicht wollen kann, wenn er den

Der hiernach abgeleitete Rechtssatz, der die Retention beschränkt, ist so zwingend wie der die Kompensation hemmende, von dem er abgeleitet ist.

Hingegen kann man nicht auf dem Wege der Analogie gelangen zu einer Hintanhaltung der Retention wegen einer ungleichartigen Leistung. Eine solche Retention ist vielmehr unabhängig vom Kompensationsverbot zulässig, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Ein „anderes Ergebnis“ liefert nun aber gerade das Schuldverhältnis, welches Arbeitsverhältnis ist, wenn die ungleichartige Leistung, wegen deren retiniert werden soll, Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist¹. Dafs nicht um der schon bewirkten Arbeitsleistung willen retiniert werden kann, ist selbstverständlich; auf diese hat ja auch der Arbeitgeber nicht „einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger“ (BGB. § 273), d. i. den Arbeitnehmer. Aber auch wenn zur Zahlungszeit der Arbeitgeber, weil das Arbeitsverhältnis noch besteht, einen fälligen Anspruch auf Arbeit hat, kann nicht davon die Rede sein, dafs er um dessentwillen die Vergütung (der bereits geleisteten Arbeit) zurückbehalten könne. Denn es liegt auf der Hand, dafs anderenfalls, solange das Arbeitsverhältnis währt, die Zahlungszeit und insofern die Zahlung ganz im Belieben des Arbeitgebers stehen würde. Dieser hat nämlich während des Arbeitsverhältnisses, im Lauf desselben, auch wenn er zur Entgeltung vergangener, ihm geleisteter Arbeit verpflichtet ist, sehr häufig einen fälligen Anspruch auf weitere Arbeit. Es würde aber wider den Sinn des Arbeitsverhältnisses verstofsen, wenn er um künftiger Arbeit willen die Bezahlung für vergangene beliebig ver-

Zweck, zu dem die Anwendung des Mittels führt, reprobiert. Aus diesem Grunde hat auch das gemeine Recht ganz konsequent die Retentionsbefugnis gegen Forderungen, gegen die es die Aufrechnung ausschlofs, nicht zugelassen.“ Dadurch bewies es zugleich, dafs ihm die Retention wegen gleichartiger Forderungen nicht als sinnlos, sondern als leistungsfähig erschien. Ferner Fröhlich a. a. O. Sp. 168, Wagler, Sigel, Landmann und Soetbeer a. a. O. VI, 36. 39. 41. 42. 43. — Anderer Meinung Cuno in Gewerbebericht V, 64, Burchardt in Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 264 (der dort angeführte Grund ist nicht stichhaltig), Staub, Kommentar zu HGB. § 59 Anm. 34 Nr. 5, ein landgerichtliches Urteil in Gewerbebericht VI, 104 und ein gewerbegerichtliches daselbst Sp. 117.

¹ Wenn es eine andere, wenn es eine von den S. 426 oben erwähnten Leistungen ist, so ergibt sich aus dem Arbeitsverhältnis nichts gegen das Retentionsrecht. Ebenso auch nicht, wenn ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers auf Herstellung des früheren Zustandes geht (BGB. §§ 249—251). Vgl. Gewerbebericht VI, 37 und Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 38.

tagen könnte. Die Zurückbehaltung ist daher hier unmittelbar auf Grund von BGB. § 273, d. h. nach dessen Voraussetzungen ausgeschlossen. Bei dieser Entscheidung ist es gleichgültig, ob das Schuldverhältnis, das rechtlich noch besteht, auch faktisch vom Arbeitnehmer eingehalten wird. Der Arbeitgeber kann den Entgelt für vergangene Arbeit nicht um der künftigen Arbeit willen retinieren, auch wenn er Grund zu der Annahme hat, daß ihm diese künftige Arbeit nicht werde geleistet, sogar rechtswidrig werde vorenthalten werden; denn der Ausschluss der Retention beruht hier allein darauf, daß es wider den Sinn des Arbeitsverhältnisses verstößt, wenn der Arbeitgeber ohne weiteres, d. h. ohne daß ihm das Recht hierzu eingeräumt worden, den Entgelt für eine bereits empfangene Arbeit zurückbehalten könnte wegen einer annoch zu empfangenden. Man käme ja damit zu dem absurden Ergebnis, daß der zur Vorleistung verpflichtete Arbeitnehmer behufs Erlangung des Entgelts nicht bloß die zu entgeltende Leistung beschafft, sondern auch darüber hinaus noch mit einer neuen Leistung begonnen haben müsse.

Soll dem Arbeitgeber die geschuldete Vergütung diesen Dienst einer Kaut ion für künftige Arbeit leisten¹, so muß er die Befugnis dieser Verwendung besonders erworben haben: als Recht der Einbehaltung zur Kaut ion. Im Zurückbehaltungsrecht ist sie nicht enthalten.

Dies führt uns zur Einbehaltung.

Sechstes Kapitel.

Einbehaltung.

I. Die Aufrechnung und die Zurückbehaltung sind gesetzlich definierte, verschiedene Begriffe und werden daher in Litteratur und Judikatur mit jenen Namen bezeichnet und unterschieden. Ein nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen eigentümliches Gebilde ist die Einbehaltung. Untechnisch gebraucht man ihren Namen nicht selten für die Aufrechnung oder deren faktisches Ergebnis, und für die Zurückbehaltung. Da jedoch Gesetze mit „Einbehaltung“ oder „Lohneinbehaltung“ etwas von Aufrechnung wie von Zurückbehaltung Verschiedenes bezeichnen, so sollte man hier einen technischen Sprachgebrauch anerkennen und walten lassen, somit „Einbehaltung“ für einen eigenen, von denen der Aufrechnung und der Zurück-

¹ im Gegensatz zu der uneigentlichen Kaut ion, welche die nicht fällige Vergütung, nämlich ihre Nachleistung gewährt: S. 396.

behaltung verschiedenen Begriff reservieren. Die folgende Erörterung desselben rechtfertigt zugleich die befürwortete Terminologie.

Von der Einbehaltung ist hier nur als einem Rechtsbegriff und als etwas Rechtmäßigem die Rede, wovon sich die nur faktischen und unrechtmäßigen Einbehaltungen unterscheiden. Wo die Einbehaltung nicht die ganze zahlbare Vergütung trifft — und dies ist meistens der Fall —, kommt sie als Abzug zur Erscheinung. Es hat sich in den zwei vorausgehenden Kapiteln gezeigt, daß auch die Aufrechnung und Zurückbehaltung sich thatsächlich als Abzüge geltend machen können, dort nämlich, wo durch die Aufrechnung nicht die ganze Lohnforderung erlischt, oder wo nicht der ganze Lohn zurückbehalten wird. Man erkennt hieraus, daß der nur auf die äußere Erscheinung gerichtete Ausdruck „Abzug“ mehrdeutig ist und daher den juristischen Ansprüchen auf Präcision nicht genügen kann.

Während die Aufrechnung und die Zurückbehaltung von Rechtswegen zustehen, Aufrechnungsrecht und Zurückbehaltungsrecht gesetzliche Befugnisse sind, ist das Einbehaltungsrecht, von drei Anwendungen abgesehen, eine auf Vertrag beruhende Befugnis: Einbehaltung, die nicht vertraglich eingeräumt wurde, ist unrechtmäßig. Wir erledigen vorab die drei Anwendungen des Einbehaltungsrechts, in denen es auf gesetzlicher Verfügung beruht.

II. Die gesetzlich gewährte Einbehaltung findet sich im Krankenversicherungsgesetz (vom 10. April 1892) und im Invalidenversicherungsgesetz (vom 13. Juli 1899). Nach § 53 des erstgenannten (s. auch §§ 65 Abs. 3. 72 Abs. 3. 73 Abs. 1) „sind die Versicherten verpflichtet, die Eintrittsgelder und Beiträge, letztere nach Abzug des auf den Arbeitgeber fallenden Drittels (§ 51), bei den Lohnzahlungen sich einbehalten zu lassen“. Dieser Pflicht, sich einbehalten zu lassen, entspricht das Einbehaltungsrecht der Arbeitgeber. Nach dem Invalidenversicherungsgesetz § 131 ist, wenn der Versicherte mit einer Quittungskarte nicht versehen ist oder deren Vorlegung ablehnt, „der Arbeitgeber berechtigt, für Rechnung des Versicherten eine solche anzuschaffen und den verauslagten Betrag bei der nächsten Lohnzahlung einzubehalten“. Nach § 142 des nämlichen Gesetzes sind die Versicherten verpflichtet, bei den Lohnzahlungen die Hälfte der Beiträge und in einigen besonderen Fällen den auf sie entfallenden höheren Betrag „sich einbehalten zu lassen“. Auch hier entspricht dieser Pflicht der Versicherten ein Einbehaltungsrecht der Arbeitgeber.

Statt von Einbehaltung sprechen die gedachten Gesetze mit

Bezug auf die erwähnten Vorgänge auch von „einziehen“, „in Anrechnung bringen“, „in Abzug bringen“, „Abzug bewirken“, „sich den entsprechenden Lohnabzug gefallen lassen“.¹ Allein diese auch im Kompensations- wie im Retentionsgebiet verwendbaren allgemeinen Ausdrücke können den besonderen Rechtscharakter der vorliegenden Einbehaltung nicht verwischen.

Diese gesetzliche Einbehaltung ist von der Zurückbehaltung dadurch verschieden, daß sie etwas Definitives, letztere aber etwas Provisorisches ist (S. 426). Auch kann man vom einbehaltenden Arbeitgeber nicht sagen, er dürfe die geschuldete Leistung verweigern. „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird“.

Die gesetzliche Einbehaltung ist auch von der Aufrechnung weit entfernt aus folgenden Gründen². Erstens nämlich hat der Arbeitgeber regelmäsig keine klagbare Forderung, wie solche für die Aufrechnung erforderlich ist³. Denn, wie die Versicherungsgesetze sagen, „die Arbeitgeber dürfen nur auf diesem Wege (nämlich dem der Einbehaltung) den auf die Versicherten entfallenden Betrag wieder einziehen“.⁴ Zweitens kann der Arbeitgeber das ihm nach den Versicherungsgesetzen Gebührende nur bei der Lohnzahlung, d. h. nur gegenüber der Lohnforderung, geltend machen⁵, während ein Kompensationsberechtigter seine Gegenforderung gegen jede Forderung aufrechnen kann. Die im 4. Kapitel erörterten Kompensationsverbote verwehren dem Arbeitgeber die ihm außerdem zustehende Auf-

¹ KrVG. §§ 53. 82. 82^b. InvVG. §§ 142. 181 Nr. 1 und 2. 182. Bekanntmachung zum § 6 dieses Gesetzes: RGBl. 1899 S. 722 Nr. 3. S. auch GewUVG. § 141 Abs. 3, UVG. f. Land- u. Forstwirtsch. § 152 Abs. 3: „Die gleiche Strafe trifft Betriebsunternehmer oder Angestellte, welche Beiträge zur Unfallversicherung den Versicherten ganz oder teilweise auf den Lohn in Anrechnung bringen oder eine solche Anrechnung wissentlich bewirken.“

² Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I, 548 Nr. III nimmt hier Kompensation an, betrachtet jedoch die „Erstattung durch Abzug“ „als eigenartige Rechtsform“.

³ Dernburg, Bürgerl. Recht II, § 126, II, 3: „Nur mit einer gültigen klagbaren Forderung kann man aufrechnen.“

⁴ Ausnahmen nach KrVG. § 53 Abs. 2: Rosin a. a. O. S. 551 Anm. 26. — Wo der Lohn nicht Geldlohn, sondern nur Naturallohn ist, während der Versicherungsbeitrag stets in Geld geleistet wird, kann zwar nach gemeiner Annahme (Rosin S. 550/51) die Wiedereinziehung anders als durch Einbehaltung erfolgen, allein von Aufrechnung kann hier darum nicht die Rede sein, weil die beiderseits geschuldeten Leistungen (Lohnschuld und Erstattungsschuld) nicht, wie die Aufrechnung verlangt (BGB. § 387), „ihrem Gegenstande nach gleichartig sind.“

⁵ Unger, Entscheidungen Nr. 211.

rechnung nur gegenüber der Lohnforderung; die in Rede stehenden Versicherungsgesetze erlauben umgekehrt die Einbehaltung nur gegenüber der Lohnforderung: hier wäre also schon logisch nicht das Verhältnis von Regel und Ausnahme gegeben. Drittens kann aufgerechnet werden mit einer Forderung bis zu ihrer Verjährung, ja noch darüber hinaus (BGB. § 390), während das von den Versicherungsgesetzen dem Arbeitgeber verliehene Recht nur bei der nächsten oder noch der übernächsten Lohnzahlung, dagegen später in der Regel nicht mehr geltend gemacht werden kann (S. 347).

III. Die eben besprochenen gesetzlichen Einbehaltungen kommen zwar gemäß der großen Zahl der Versicherten massenhaft vor, allein sie bieten doch darum ein geringeres privatrechtliches Interesse als alle anderen Einbehaltungen, weil sie nur einem Zwecke dienstbar sind, nämlich der Erstattung von Auslagen des Arbeitgebers. Sie haben ihren Anlaß oder Grund in der Vergangenheit. Das vertragliche Einbehaltungsrecht, dem wir uns nun und ausschließlich zuwenden¹, steht dem gesetzlichen in der Häufigkeit des Vorkommens wohl nicht viel nach und bietet dadurch ein größeres Interesse, daß seine Anwendung mannigfaltiger ist. Diese Einbehaltung dient mehreren, sehr verschiedenen Zwecken, und einbehalten wird hier nicht wegen vergangener Aufwendungen, sondern um gewisser künftiger Wirkungen willen: wo die Vergütung einen Abzug erleidet zur Deckung bereits vorhandener Lücken im Vermögen des Arbeitgebers, haben wir es nicht mit Einbehaltung zu thun.

Auch diese (die vertragsmäßige) Einbehaltung ist von der Aufrechnung deutlich verschieden, und zwar dadurch, daß sie nur ein Provisorium schafft: die einbehaltene Vergütung ist damit der Verfügung des Arbeitnehmers keineswegs für immer entrückt, nämlich nicht schon durch die Einbehaltung, während seine Vergütungsforderung, soweit sie von der Aufrechnung ergriffen wird, definitiv erlischt². Auch setzt diese Einbehaltung nicht wie die Aufrechnung voraus, daß der Arbeitgeber eine Gegenforderung gegen den Arbeitnehmer habe — man denke an die Einbehaltung, die nur zur Speisung eines

¹ wie auch der Name „Einbehaltung“ hinfort nur mit Bezug hierauf gebraucht werden wird.

² Die Abrede oder die Bestimmung einer Arbeitsordnung, daß bei den Lohnzahlungen „einbehalten“ werden sollen gewisse Teile von, dem Arbeitnehmer geliehenen Baukapitalien, verleiht kein Einbehaltungsrecht, da das angeblich Einbehaltene unbedingt und dauernd dem Arbeitgeber zukommen und verbleiben soll. Hier ist vielmehr Aufrechnung verfügt. Vgl. oben S. 408².

für den Arbeitnehmer angelegten Sparfonds bestimmt ist¹ —, und wenn der Arbeitgeber eine Gegenforderung hat, so braucht die Einbehaltung nicht ihretwegen zu erfolgen und kann dieselbe unangetastet lassen, im Gegensatz zur Aufrechnung.

Auch von der Zurückbehaltung ist die Einbehaltung verschieden, während beide darin übereinkommen und gemeinsam von der Aufrechnung abweichen, daß sie nur Provisorien schaffen. Das Einbehaltene kann dereinst definitiv dem Arbeitnehmer entzogen werden, aber die Einbehaltung für sich hat diese Wirkung nicht, so wenig als die Zurückbehaltung. Von dieser ist die Einbehaltung dadurch verschieden, daß für sie nicht die Voraussetzung gilt, die allein zur Zurückbehaltung berechtigt, nämlich daß „der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger“ habe (BGB. § 273). Denn der Arbeitgeber braucht, um einbehalten zu können, überhaupt keinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer zu haben, und wenn die Einbehaltung wegen eines solchen Anspruchs gewährt ist, so braucht er nicht fällig und braucht nicht konnex zu sein. Wenn z. B. die mit Endigung des Arbeitsverhältnisses fällig werdende Vergütung einbehalten wird bis zum nächsten ordentlichen Zahltag (oben S. 358⁴), so ist von einem Anspruch des Arbeitgebers gar nichts zu bemerken; und wenn die Vergütung teilweise einbehalten wird zur Deckung eines eventuellen Schadens, so ist wenigstens kein fälliger Anspruch des Arbeitgebers wahrzunehmen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann durch Sicherheitsleistung abgewandt werden; ob hingegen der zur Einbehaltung Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will, steht nur in seinem Belieben. Ferner — zu weiterer Unterscheidung von Zurück- und Einbehaltung — haben wir schon S. 431—32 gesehen, daß die Zurückbehaltung, obwohl ihre vorhin genannte gesetzliche Voraussetzung vorliegt, nach dem Sinn des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen sein kann, während die Einbehaltung gerade Platz greift.

Von Aufrechnung und Zurückbehaltung zugleich unterscheidet sich die Einbehaltung

¹ z. B. Freese, Das konstitutionelle System im Fabrikbetriebe (1900) S. 72, § 52 der Arbeitsordnung für die Fabrik des Verfassers: „Neben den vorgedachten freiwilligen Einlagen sind durch Beschluß der Arbeitervertretungen vom 3. Januar 1887 Sparabzüge eingeführt worden, die die Ansammlung eines kleinen Sparbetrages zum Weihnachtsfeste für jedes Fabrikmitglied bezwecken. Diese Sparabzüge betragen wöchentlich 50 Pf.“ Siehe hierüber S. 439.

1. dadurch, daß sie sich nur auf einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gründen kann, daß sie nicht gesetzlich gewährt, aber auch — mit einer Ausnahme — nicht gesetzlich verboten ist, weder direkt noch analogisch;

2. dadurch, daß sie nicht wegen einer schon zur Zeit der Einbehaltung fälligen Geldforderung statthaft ist und

3. dadurch, daß sie zu mehreren verschiedenen Zwecken vorgenommen werden kann, während mit der Aufrechnung und Zurückbehaltung immer nur ein Zweck verfolgt wird.

Diese drei Unterschiede sollen im folgenden näher betrachtet werden.

IV. Der dem Arbeitgeber die Einbehaltung gestattende Vertrag kann bei der Eingehung des Arbeitsvertrags geschlossen werden und somit einen Bestandteil desselben bilden, oder später, namentlich anlässlich der Lohnzahlung, wo dann dieser Vertrag einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag ausmacht. Einen Bestandteil des Arbeitsvertrags bildet die Concession der Einbehaltung immer dann, wenn diese in der Arbeitsordnung oder im Tarifvertrag vorgesehen ist. Die Einbehaltung kann für jede Zahlung oder für mehrere oder nur für eine eingeräumt werden. Ferner kann im Vertrag der einbehaltbare Betrag, und endlich auch der Zweck oder die Zwecke bestimmt werden, derentwegen allein soll einbehalten werden können; die Dauer der Einbehaltung kann festgesetzt werden oder in der Setzung des Zweckes mitbestimmt sein. Das Zugeständnis der Einbehaltung ist stets ein Verzicht auf die Einhaltung derjenigen Zahlungszeit, die für die übrige Vergütung gilt¹. Es wird dem Arbeitgeber gestattet, den einbehaltenen Betrag nicht zu der Zeit zu entrichten, da er ohne die Einräumung zu entrichten wäre, sondern zu einer anderen, späteren. Insofern ist diese Einräumung stets eine Kreditierung des Arbeitnehmers (vgl. S. 375)², und gewöhnlich eine, die ihm nicht entgolten wird³. Sie ist aber möglicherweise noch mehr, namentlich

¹ Durch diesen Verzicht wird der Pfändbarkeit der Lohnforderung in Ansehung des einbehaltenen Betrags vorgebeugt, indem dadurch „der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war“ (BeschlG. § 1), für die einbehaltene Vergütung hinausgeschoben wird, was deren Fälligkeit vertagt: S. 407 al. 1 a. E.

² Auf diese Steigerung der Kreditgefahr wird gegenüber dem Verlangen der Unternehmer „bei Akkordarbeiten 25 Pf. pro 1000 Steine vom Lohn einzubehalten bis zur Fertigstellung der Arbeit“ in einer Berliner Versammlung von Bauarbeitern hingewiesen. Vorwärts vom 5. Aug. 1899.

³ Ausnahme in Jahresberichte der preufs. Regierungs- und Gewerbeberäte

Bestellung einer Sicherheit für den Arbeitgeber, wie unter Nr. VI bei Besprechung der Einbehaltungszwecke auszuführen sein wird. Zur Begründung des Einbehaltungsrechts ist ein wirklicher Vertrag des angegebenen Inhalts erforderlich, und nicht genügend ein Scheinvertrag. Ob der Arbeitgeber einseitig eigenmächtig einbehält, unter dem Widerspruch des Arbeitnehmers einbehält, ob ein Widerspruch des letzteren nur darum nicht laut wird, weil der Arbeitnehmer nichts von der Einbehaltung weiß, oder die einseitige Einbehaltung für gerechtfertigt hält, oder die Unrechtmäßigkeit der Einbehaltung erkennend sich schweigend fügt, die Einbehaltung duldet, um sich nicht noch einen unverhältnismäßig größeren Nachteil zuzuziehen, all dies macht keinen Unterschied: wenn die Einbehaltung oder ihre Einräumung in der angedeuteten Weise zu stande kommt, so ist ein Einbehaltungsrecht nicht begründet worden¹. Eine Einbehaltung ohne wirklichen Einbehaltungsvertrag versetzt den Arbeitgeber in Leistungsverzug und gewährt dem Arbeitnehmer unter Umständen das Recht zu unbedingter Kündigung des Arbeitsverhältnisses (BGB. § 286. GewO. § 124 Nr. 4. § 133^d Nr. 2. HGB. § 71 Nr. 2 u. s. w.)². Dahingegen die Einbehaltung, welche mit erklärter Einwilligung des Arbeitnehmers erfolgt, ist in der Regel gültig, verstößt namentlich nicht wider GewO. § 115.³ Denn das Gebot der baren Auszahlung der Löhne verpönt nur den definitiven Abzug (S. 414 Nr. 2), d. h. denjenigen, bei dem die Schuld im Umfang des abgezogenen Betrages als erloschen gelten soll, verpönt jede Methode der Berichtigung oder Tilgung der Lohnforderung, die nicht Barzahlung ist⁴. Hingegen bei

für 1899 S. 7: „Lohneinbehaltung bis zu 50 Mk., die allerdings verzinst wurden.“

¹ Vgl. z. B. „Manche Rübenbauer behalten freilich den Lohn des Abends inne, aber nicht, um die Kinder zur Sparsamkeit zu veranlassen, sondern sie zu zwingen, daß sie am andern Tage wiederkommen und nicht vom einem anderen Rübenbauer weggeschnappt werden“: Blätter für soziale Praxis vom 28. Juni 1894 S. 225 („Schulkinder beim Rübenverziehen“). — „Es werde von ihnen (den Kesselreinigern, meist jungen Leuten mit Tagelohn von 2 Mk.!) ein Betrag von 1 Mk. vom Tagelohn einbehalten, der als Sicherheit dafür diene, daß der Arbeiter die übernommene Nacharbeit (nach der Tagesarbeit!) auch antrete.“ Bericht der Senatskommission für die Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen (1898) S. 79 (nach Auskunft der Kesselreinigerbaase). Blätter für soziale Praxis vom 24. Mai 1894 (S. 183).

² Berliner Gewerbebericht in Vorwärts vom 30. Juni 1899.

³ wie Fuld, Lohneinbehaltung und Sparzwang (in Soziale Praxis VIII, 5. 6) wegen „des legislatorischen Motivs“ der §§ 115—119^a GewO. anzunehmen scheint.

⁴ Gemäß GewO. § 116: „Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtet worden sind . . .“

der Einbehaltung, die nichts weiter als Einbehaltung ist, findet keine Berichtigung statt und ist auch keine intendiert. Es wird nur die Barzahlung gänzlich oder teilweise hinausgeschoben. Der Vollzug einer Stundung wird durch GewO. § 115 so wenig als durch BGB. ausgeschlossen.

Anders allerdings, wenn kein Aufschub, also nicht eine bloße Einbehaltung, sondern eine Berichtigung der Lohnforderung im Maß des Nichtbezahlten vereinbart wurde, indem das sogenannte Einbehaltene hinfort als Darlehen beim Arbeitgeber stehen oder von diesem einem dritten Fonds zugeführt werden soll. In solchen Fällen wird eine Schuldumwandlung oder für Rechnung des Arbeitnehmers eine Zahlung vorgenommen. Die Lohnforderung soll als getilgt gelten, es soll so angesehen werden, wie wenn der Arbeitnehmer den geschuldeten Lohn empfangen und wiederum zur Gewährung eines Darlehens, zur Einzahlung in eine Spar- oder Pensionskasse, einen Bibliotheks- oder Vergütungsfonds verwandt hätte. Eine solche über den Einbehaltungsvertrag hinausgehende und nicht mehr dafür anzusehende Vereinbarung verstößt allerdings gegen das Gebot barer Auszahlung der Löhne. Auch kann man es verstehen, daß derart in die Konsumtionsfreiheit des Arbeitnehmers eingreifende Übereinkünfte nicht schlechthin anerkannt werden. Sie gelten bei gewerblichen Arbeitsverhältnissen nur in beschränktem Umfang, nämlich nur soweit sie sich auf GewO. § 117 Abs. 2 stützen können¹. —

Von der Regel, daß dem Arbeitgeber die Lohneinbehaltung durch Vertrag gestattet werden kann, macht nicht die GewO., wohl aber HGB. § 64 eine Ausnahme. Hier ist zur Sicherung der Vorschrift, daß die Zahlung des dem Handlungsgehilfen zukommenden Gehalts am Schlusse jedes Monats zu erfolgen hat, bestimmt: „Eine Verein-

¹ GewO. § 117 Abs. 2 lautet: „Dasselbe (nämlich Nichtigkeit) gilt von Verabredungen zwischen den Gewerbetreibenden und den von ihnen beschäftigten Arbeitern über die Entnahme der Bedürfnisse der letzteren aus gewissen Verkaufsstellen, sowie überhaupt über die Verwendung des Verdienstes derselben zu einem anderen Zwecke als zur Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien.“ Man darf hieraus schließen, daß Abreden über die Verwendung des Verdienstes zu Wohlfahrtseinrichtungen gültig sind. Auch wenn man diese „Verwendung“ parallel der zuvor genannten „Entnahme“ als Verwendung durch den Arbeiter denkt, so kann man schwerlich dem Resultat entgehen, daß eine Abrede gültig ist, welche dem Arbeitgeber gestattet, unter eigener Liberierung Lohnbeträge in Arbeitersparkassen u. dgl. zu zahlen. Die Gültigkeit wird von Fuld a. a. O. bestritten, vom Gewerbegericht V, 162 ohne weiteres angenommen. Vgl. oben S. 436¹.

barung, nach der die Zahlung des Gehaltes später erfolgen soll, ist nichtig.“ Diese schon S. 376 behandelte Bestimmung schließt auch die Einräumung partieller Einbehaltung aus. Da für Handlungsgehilfen GewO. § 115 nicht gilt, so ist hier die Umwandlung der Gehaltsschuld in eine Darlehensschuld möglich: BGB. § 607 Abs. 2. Aber das Verbot der Einbehaltung darf nicht durch Schuldumwandlung umgangen werden.

V. Das zweite Unterscheidungsmerkmal der Einbehaltung gegenüber der Aufrechnung und der Zurückbehaltung besteht darin, daß diese beiden nur wegen eines bereits fälligen Anspruchs des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer möglich sind, während die Einbehaltung nicht bloß diese Fälligkeit nicht voraussetzt, sondern im Gegenteil ihre Abwesenheit erfordert. Der Satz, daß die Einbehaltung nicht zu Gunsten einer zur Zeit der Einbehaltung fälligen Geldforderung statthaft ist (S. 435 al. 1 a. E. 437), hat nicht bloß die theoretische Bedeutung, daß andernfalls die Unterscheidbarkeit der Einbehaltung von der Aufrechnung und von der Zurückbehaltung oft wegfallen würde; und eine solche Begriffsvermengung pflegt die theoretische Verständigung zu erschweren und dadurch mittelbar der richtigen Rechtsanwendung nachteilig zu sein. Es hat der aufgestellte Satz auch die unmittelbar praktische Bedeutung, zu verhindern, daß ein Abzug, der durch das direkte Verbot der Aufrechnung und das analogische Verbot der Zurückbehaltung ausgeschlossen ist, unter dem Titel der Einbehaltung introduciert werde. Wo z. B. von „Einhalten des ganzen gerade rückständigen Lohnes“ zur Deckung des durch den Kontraktbruch des Arbeitnehmers entstandenen Schadens gesprochen wird¹, liegt keine Einbehaltung im technischen Sinn vor, sondern Aufrechnung, und zwar eine ungültige.

VI. Die Verschiedenheit des Zweckes der Einbehaltung (S. 435, 437) verleiht derselben eine hervorragende Wichtigkeit. Schon diese Bedeutung würde eine Erörterung der Einbehaltungszwecke rechtfertigen. Dazu kommt, daß sich an eine Art des Zweckes eine gesetzliche Beschränkung des Umfangs der Einbehaltung knüpft, was diese wiederum von Aufrechnung und Zurückbehaltung unterscheidet. Denn die Aufrechnung gegen die Lohnforderung, sofern Kompensation im gegebenen Fall zulässig ist, kann im vollen Umfang der Gegenforderung oder in einem geringeren, nach Belieben des Arbeitgebers stattfinden. Ebenso kann der Retentionsberechtigte die

¹ Bericht der badischen Fabrikinspektion für 1897 S. 51.

refinierbare Leistung (die Vergütung) nach seiner Wahl ganz oder teilweise zurückbehalten (S. 427). Dagegen bei der Einbehaltung ist der Umfang der Einbehaltung nicht überall dem Ermessen des Arbeitgebers anheimgestellt, hier kommt es auf die auch sonst bedeutungsvolle Verschiedenheit des Einbehaltungszweckes an. In Hinsicht auf diesen lassen sich mehrere Arten der Einbehaltung unterscheiden:

1. die Einbehaltung, welche im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt, daher nicht zur Deckung des Arbeitgebers bestimmt, wenn auch dienlich ist¹. Der Arbeitnehmer willigt hier in einen Aufschub der ganzen Zahlung oder von Teilen derselben, sei es um eine gröfsere Summe auf einmal zu erlangen, etwa zu einer Zeit, wo er gröfsere Ausgaben zu bestreiten haben wird, sei es um sich gegen die Versuchung zu überflüssigen Ausgaben zu schützen, oder weil er das Geld besser beim Arbeitgeber aufgehoben glaubt. In derartigen Fällen, in denen der Arbeitnehmer die Einbehaltung im eigenen Interesse bewilligt, überlässt es das Gesetz den Parteien, den Umfang des Einbehaltenen zu bestimmen. Dies gilt auch von der uneigentlichen Einbehaltung, die S. 439 al. 1 vorkam, soweit dieselbe überhaupt gültig ist.

2. die Einbehaltung, die im Interesse des Arbeitgebers und zwar zu seiner Bequemlichkeit geschieht; auch seiner Deckung kann sie dienstbar werden. Wo ein Betrieb umfangreich ist, wo der nämliche Arbeitgeber eine gröfsere Zahl von Arbeitsverträgen so abgeschlossen hat, dass er gleichzeitig in vielen gleichartigen Arbeitsverhältnissen steht, und wo überdies die Berechnung der bis zu einem gewissen Tag geschuldeten oder verdienten Vergütungen, sei es wegen ihrer Menge, sei es wegen des Kalkulationsverfahrens oder aus anderen Gründen beträchtliche Zeit erfordert, pflegt auch am bestimmten Zahlungstag dem Arbeitnehmer nicht die bis dahin, sondern nur die bis zu einem gewissen früheren Tag verdiente Vergütung bezahlt zu werden². Es wird hier, weil es dem Arbeitgeber schwer fällt, den

¹ Bei dem „Wege des Sparzwanges“, der im Bericht des Arbeitgeberverbandes Hamburg-Altona f. d. J. 1899 S. 40/1 empfohlen wird, handelt es sich, wie der Name vermuten lässt und der Zusammenhang beweist, nicht um ein Interesse des Arbeitnehmers.

² z. B. Arbeitsordnung der Spinnerei F. in Forchheim: „Der Lohn wird von Mittwoch bis Mittwoch berechnet und am Samstag ausbezahlt.“ Arbeitsordnung des Bremer „Vulkan“: „Die Lohnzahlung geschieht jede 14 Tage am Donnerstag mittags und wird der Lohn bis zum vorhergehenden Sonnabend ausgezahlt.“ Arbeitsordnung der Rheinischen Gummi- und Celluloidfabrik in Neckarau § 28: „Jeden zweiten Samstag wird abgerechnet und erhält jeder

Betrag der Lohnschuld für die Zahlungszeit festzustellen, dem Arbeitgeber gestattet, sie nicht ganz zu berichtigen, die Fälligkeit für einen Teil hinauszuschieben, einen nicht festgestellten Betrag einzubehalten und dem Arbeitnehmer auferlegt, diesen Betrag (zinslos) zu kreditieren¹.

Unter ähnlichen Voraussetzungen pflegt sich der Arbeitgeber auszubedingen, namentlich durch Arbeitsordnung, daß er die vor der normalen Zahlungszeit durch und mit Endigung des Arbeitsverhältnisses fällig gewordene Vergütung (S. 368 ff.) doch erst zur bestimmten Zahlungszeit zu entrichten brauche². Auch durch diese Festsetzung wird dem Arbeitgeber eine Einbehaltung des Lohnes im technischen Sinn eingeräumt. Diese Einbehaltung dient der Bequemlichkeit des Arbeitgebers, sie erspart ihm oder seinen Angestellten, eine Lohnberechnung und Lohnzahlung für einen ehemaligen Arbeitnehmer extra ordinem vorzunehmen. Für den Arbeitnehmer hingegen ist diese Einbehaltung nicht mit erkennbaren Vorteilen verknüpft. Er findet sich vielmehr beeinträchtigt, indem er bei Festhaltung der bisherigen Zahlungszeit trotz früherer Endigung des Arbeitsverhältnisses zur Zahlungszeit nur eine kleinere Vergütung (als die gewohnte) er-

Arbeiter den bis zu diesem Tage verdienten Lohn nach Schluß der Abrechnung am folgenden Samstag ausbezahlt.“

¹ Bericht des Arbeitgeberverbandes Hamburg-Altona f. d. J. 1899 S. 32: „Die Einbehaltung von Lohn erfolgte bisher nur aus Rücksicht auf die Lohnrechnung, weil diese in vielen Betrieben nicht imstande ist, die Lohnrechnung bis zur Lohnzahlungsstunde fertig zu stellen.“ Amtl. Mitteil. aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten für 1898 S. 155. Oben S. 348 zu Anm. 1. S. 368, IV.

² z. B. fährt die S. 441² citierte Forchheimer Arbeitsordnung fort: „Aufser diesen Auszahlungstagen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, Lohnguthaben auszuzahlen.“ Arbeitsordnungen der königl. Bergwerksdirektion zu Saarbrücken § 41: „Arbeitern, welche aus der Arbeit ausscheiden, wird zunächst ein Abschlag, der Restbetrag des Lohnes aber erst bei der nächsten Hauptlohnung ausgezahlt.“ Amtl. Mitteil. (Anm. 1) S. 144: „In Minden kam es an mehreren Stellen dadurch zu Meinungsverschiedenheiten, daß den Arbeitern der Lohn nicht bei Ablauf der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist, sondern erst am darauffolgenden Lohntage ausgezahlt wurde.“ — Andererseits kommen Arbeitsordnungen und Tarifverträge vor, die den Arbeitnehmern die Bezahlung des Lohnes für das Ende des Arbeitsverhältnisses zusichern, auch wenn die für das frühere Arbeitsverhältnis bestimmte Zahlungszeit noch nicht gekommen ist. Eine dahin gehende Entscheidung des Berner Gewerbegerichts in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 34, 342. Die S. 441² citierte Arbeitsordnung der Rheinischen Gummifabrik bestimmt: „Der vom Abrechnungstage bis zum Auszahlungstage noch erübrigende Rest des Lohnes wird bei ordnungsmäßiger Lösung des Arbeitsverhältnisses unmittelbar beim Verlassen der Arbeit ausbezahlt.“

hält, und trotz Endigung seiner Arbeitsverpflichtung möglicherweise in seiner Bewegungsfreiheit gehemmt bleibt: oben S. 358.¹ Da die in Rede stehende Einbehaltung Vorteil nur dem Arbeitgeber, Nachteil nur dem Arbeitnehmer bringt, so sollte sie blofs dann statthaft sein wenn die Endigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer herührt, ohne durch den Arbeitgeber veranlaßt zu sein. Um den Arbeitgeber davor zu bewahren, vor der bestimmten Zahlungszeit zahlen zu müssen — zugleich auch um rechtswidrige Einbehaltungen ferner zu rücken — wird bisweilen vereinbart, daß die ordentliche Kündigung nur so vorgenommen werden darf, daß das Ende des Arbeitsverhältnisses mit der bestimmten Zahlungszeit zusammenfällt².

3. Der häufigste Zweck der Einbehaltung ist der Kautionszweck. Auch die Einbehaltung zu diesem Zweck liegt im Interesse nur des Arbeitgebers, und diese Einbehaltung ist zur Deckung des Arbeitgebers bestimmt (S. 397). Sie ist, wie sich zeigen wird, nichts Einheitliches, jedoch wollen wir von ihrer Gliederung einstweilen absehen. Das wesentliche Merkmal aller Einbehaltung, das Provisorische oder der Aufschub der Zahlung, zeigt sich hier darin, daß die Zahlung des einbehaltenen Betrags nachträglich zu erfolgen hat, sobald die Einbehaltung gegenstandslos geworden ist. Sie wird gegenstandslos, wenn das Arbeitsverhältnis endigt, ohne daß die wirtschaftliche Gefahr sich verwirklicht, gegen welche sich der Arbeitgeber durch die Einbehaltung geschützt hat.

Die Gefahr, gegen die sich der Arbeitgeber durch die ausbedungene Einbehaltung schützen will, liegt in der Zukunft, muß eine sein, die sich erst nach der Einbehaltung verwirklichen kann (oben S. 432. 440). Die Gefahr muß eine vom Arbeitnehmer drohende sein, das Kautions-

¹ In den zwei dort (Note 4) citierten Berichten wird darauf hingewiesen, daß durch eine solche Lohneinbehaltung auch hinsichtlich der Kündigung eine Benachteiligung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber thatsächlich herbeigeführt werden kann. S. ferner Jahresberichte der preussischen Regierungs- und Gewerberäte f. 1899 S. 161: „Das an sich gerechtfertigte Bestreben des Unternehmers, die Arbeiter bis zum Ablaufe der Lohnperiode zu halten, sollte (im gegebenen Falle) auch noch dadurch gefördert werden, daß ausgeschiedene Arbeiter den Lohn erst am Löhnungstage erhielten.“

² Deutscher Buchdruckertarif § 36: „Die Aufkündigung kann nur am regelmäßigen Zahltag geschehen.“ Dieser ist alle acht Tage, und die Kündigungsfrist beträgt vierzehn Tage. Vgl. auch Schweizer. Fabrikges. Art. 9. — Daß die GewO. die in Rede stehende Einbehaltung nicht regelt, ist eine große Lücke. Vgl. S. 368³. Nach dem soeben in Anm. 1 citierten preuss. Fabrikinspektionsbericht S. 426 hat ein Gewerbegericht die diese Einbehaltung gewährende Bestimmung einer Arbeitsordnung für „ungesetzlich“ erklärt.

mittel wird gegen ihn angewandt. Die Gefahr besteht meistens darin, daß der Arbeitnehmer eine ihm gegenüber dem Arbeitgeber obliegende Leistung, namentlich eine aus dem Arbeitsvertrag obliegende, nicht vollzieht. Eine Sicherung gegen diese Gefahr gewährt die Einbehaltung für sich, insofern sie beim Arbeitnehmer das Bestreben wecken oder fördern kann, durch Beseitigung der Gefahr die Einbehaltung gegenstandslos zu machen, wonach er die Zahlung des Einbehaltenen erlangen kann. Wie aber im Fall der Verwirklichung der Gefahr? Der Arbeitgeber, der einbehalten kann wegen der ihm drohenden Gefahr, der herausgeben muß beim Wegfall der Gefahr, sollte der auch herausgeben müssen, wenn sich die Gefahr verwirklicht? Gerade dann, wann er des Schutzes am meisten bedarf? So scheint doch die Einräumung der Einbehaltung zur Kautions nicht gemeint zu sein. Vielmehr soll wohl mit solcher Einräumung dem Arbeitgeber zweierlei gestattet werden: so lange einzubehalten, als die Gefahr besteht, und definitiv zu behalten, wenn die Gefahr sich verwirklicht. Dann wäre freilich der Arbeitnehmer, der in die Einbehaltung zur Kautions gewilligt hat, dem doppelten Nachteil ausgesetzt, daß sein fälliger Lohnanspruch vorläufig nicht befriedigt wird, und daß derselbe möglicherweise dauernd unbefriedigt bleibt, welchenfalls er die Arbeit teilweise umsonst geleistet hat.

Für diese Auffassung der Einbehaltung mit Kautionszweck spricht die Thatsache, daß die Einbehaltung zur Sicherung die einzige Einbehaltung ist, welche das Gesetz einer Regelung gewürdigt hat: sie wird zu Gunsten gewisser Arbeitnehmer durch GewO. § 119^a Abs. 1 quantitativ begrenzt, womit die Vertragsfreiheit dieser Arbeitnehmer in ihrem eigenen Interesse beschränkt wird. Man darf nämlich aus solchem Verhalten der Gesetzgebung schliessen, daß es sich bei dem fraglichen Einbehaltungsvertrag um einen besonders starken Eingriff in das wohlverworbene Recht des Arbeitnehmers handelt, um mehr als um zeitlichen Aufschub seines Lohnempfanges.

VII. Die Schranke des § 119^a GewO. gilt nur für gewerbliche Arbeitsverträge (Abschn. I Kap. 7 Nr. IX), d. h. hier die Arbeitsverträge der gewerblichen Arbeiter¹ einschliesslich der Hausindustriellen (§ 119^b), jedoch ausschliesslich der höheren Angestellten (§ 133^e),

¹ Auf Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und in Handelsgeschäften ist sie nicht anwendbar: GewO. § 154 Abs. 1, wohl aber auf die „Besitzer und Arbeiter“ von Bergwerken u. dgl.: § 154^a Abs. 1. Handlungsgehülfen sind durch HGB. § 64 gegen Ausbedingung jeder Einbehaltung geschützt: oben S. 439/40.

demgemäß auch des Binnenschiffers und des Flosführers¹. Indem die GewO. die höheren Angestellten von der Vorschrift des § 119^a exemtierte, hat sie dem Umstand Rechnung getragen, daß diese Personen des gesetzlichen Schutzes weniger bedürfen, weil sie in der Lage sind, entweder ein Vertragsanerbieten, das ihnen die Duldung einer weitgehenden Einbehaltung zumutet, zurückzuweisen² oder eine solche Einbehaltung leichter zu ertragen. Diese Personen gehören aber doch zu den gewerblichen Arbeitern, denen nach GewO. § 115 die Löhne bar auszuzahlen sind (S. 412). Wenn daher die GewO. die Einbehaltungsverträge dieser Personen unbeschränkt gelten läßt, so ist anzunehmen, daß sie die vertragsmäßige Einbehaltung zur Sicherung des Arbeitgebers nicht dahin auffaßt, daß die Einbehaltung zu einer Berichtigung der Lohnforderung führt (S. 438—39). Danach bleibt trotz der Sicherungseinbehaltung die Lohnforderung in Ansehung des Einbehaltenen als Lohnforderung aufrecht. Was vom Arbeitgeber verlangt werden kann, wenn die Sicherung gegenstandslos wird, ist nicht Rückgabe einer Kaution, sondern Lohnzahlung, für welche nach wie vor das Gebot der Barzahlung des § 115 GewO., das Konkursprivileg der KO. § 61 Nr. 1 und die Unpfändbarkeit des BeschlG. (S. 437¹) gelten. — Eine weitere Konsequenz aus der Auffassung, welche die GewO. von der fraglichen Einbehaltung hat, ist die, daß sie diese Einbehaltung für die unter ihren § 119^a fallenden gewerblichen Arbeiter nur im Umfang des Einbehaltenen regelt, im übrigen aber frei läßt. Mit anderen Worten: aus GewO. § 119^a ist nicht zu schließen, daß jede Lohninbehaltung, die nicht zur dort genannten Sicherung ausbedungen wird, ungültig ausbedungen wird³, sondern nur, daß allein diese kautionale in ihrem Maße beschränkt ist, jede andere dagegen ungemessen verabredet werden kann⁴. Es gehören zu den anderen z. B. Einbehaltungen zur „Garantie

¹ BiSchG. § 20 Abs. 1. FIG. § 16 Abs. 1.

² Die gleiche Widerstandsfähigkeit wird den gewöhnlichen Arbeitern „in Zeiten geschäftlichen Aufschwungs“ zu teil, wo „kein Arbeiter sich mehr auf Lohninbehaltung (sic) einläßt“: Jahresberichte der preufs. Gewerberäte f. 1899 S. 131.

³ wie in Gewerbegericht IV, 86 angenommen wird, dagegen Evert, Handb. d. gewerblichen Arbeiterschutzes (1900) S. 53.

⁴ Der Gewerbeinspektor in Essen berichtet (Jahresber. der preufs. Gewerberäte f. 1899 S. 505): „An den Lohntagen wird bei sämtlichen Lehrlingen der Firma (Eisengießerei von Friedr. Krupp) nur die Hälfte des Lohnes ausgezahlt, die zweite Hälfte erhalten sie nach ordnungsmäßiger Beendigung der Lehrzeit mit 5% Zinseszinsen.“ Dieser das gesetzliche Maß von „ein Viertel des fälligen Lohnes“ überschreitende Betrag wird gültig einbehalten nur wenn dabei nicht der im Gesetz angegebene Sicherungszweck verfolgt wird.

für das Werkzeug¹ oder zur Sicherung einer Konventionalstrafe, die für Übertretung eines Konkurrenzverbotes², für Verletzung eines Fabrikgeheimnisses, für Verderbung von Stoffen, für Verspätung der Lieferung u. s. w. vereinbart worden ist. —

Die GewO. beschränkt in § 119^a „Lohneinbehaltungen, welche von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden“.³

1. Dieser Thatbestand umfaßt nicht die zahlreichen Ausbedingungen von Einbehaltung zur Sicherung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu einer gewissen Zeit — einer Einbehaltung, die den Arbeitnehmer, der nicht verpflichtet ist, das Arbeitsverhältnis bis zu jener Zeit fortzusetzen, sondern es durch ordentliche Kündigung vorher endigen kann, zur Fortsetzung bestimmen soll und damit sein Kündigungsrecht ökonomisch beeinträchtigt⁴. Ein solcher Einbehaltungsvertrag verstößt auch nicht etwa gegen GewO. § 122, da die hiernach jedem Teil „freistehende“ Kündigung eine von Rechtswegen freistehende ist, die aber durch Vertrag einem Teil ökonomisch erschwert werden kann. Dagegen halten wir einen solchen Vertrag für einen unmoralischen und darum ungültigen. Es scheint uns gegen die guten Sitten zu verstößen, daß sich der Arbeitnehmer zur Erduldung eines Vermögensnachteils verpflichte für den Fall er von seiner Kündigungsfreiheit Gebrauch macht, während die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers unbeschränkt bleibt. Dies alles gilt nicht bloß für die Arbeitnehmer, auf welche sich GewO. § 119^a bezieht.

2. Ausbedingung von Lohneinbehaltung zur Sicherung einer für den Kontraktbruch verabredeten Strafe ist nur da vorhanden, wo eine solche Strafe verabredet worden ist. Es gehört z. B. nicht hierher eine Bestimmung wie die folgende: „Von diesem Lohn darf die Beklagte eine Mark wöchentlich zur Ansammlung einer Kautiön

¹ Bericht der bayr. Fabrikinspektion für 1897 S. 19.

² Blätter f. soz. Praxis vom 22. Nov. 1894.

³ Wegen des Ausdrucks „widerrechtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses“ s. S. 59.

⁴ z. B. Gleichheit 1900 Nr. 1 S. 7: Kaffeeverleserinnen bei einer Firma in Lübeck. Einbehaltung von 25% des Wochenverdienstes bis Weihnachten; wer vorher ausscheidet, geht des Einbehaltenen verlustig. Ebenso Gärtnerinnen in Stendal: Gleichheit vom 23. Nov. 1898, Steinsetzer in Herford nach Vorwärts vom 14. April 1897 Gewerbebericht I, 4/5.

bis zur Höhe von 75 Mark einbehalten, welche die Erfüllung der Bedingung über die Dauer des Lehrvertrags sichern soll.“¹ Denn die Erfüllung dieser Bedingung ist nicht gleichbedeutend mit der Leistung einer Konventionalstrafe, und von Verabredung einer Kontraktbruchsstrafe ist nichts wahrzunehmen, kein Betrag einer solchen ist angegeben.

3. Ausbedingung von Lohneinbehaltung zur Sicherung des Ersatzes eines aus dem Kontraktbruch erwachsenden Schadens ist nicht gleichbedeutend mit Ausbedingung von Lohneinbehaltung zur Sicherung gegen Eintritt eines Schadens aus Kontraktbruch. Es kommt sehr häufig vor, daß sich der Arbeitgeber Lohneinbehaltung ausbedingt (d. h. Einbehaltung durch Arbeit verdienten fälligen Lohnes), um den Arbeitnehmer zu bestimmen, seine Arbeitszusage zu erfüllen, indem der Arbeitnehmer das Einbehaltene nur bekommen soll, wenn er die ihm nach dem Arbeitsvertrag noch obliegende Leistung macht². Hier ist es dem Arbeitgeber darum zu thun, dem Schaden, den er durch das Ausbleiben der Arbeit erleiden würde, vorzubeugen, dadurch vorzubeugen, daß er den Arbeitnehmer für den Fall dieses Ausbleibens mit einem Nachteil bedroht; nicht will er sich den Ersatz des Schadens sichern, den er durch den Kontraktbruch des Arbeitnehmers erleiden würde. Wo der Arbeitgeber sich die Lohneinbehaltung nicht zur Sicherung des Ersatzes seines eventuellen Schadens ausbedingt (Sicherung von Schadensersatz), sondern ausdrücklich zur Sicherung des Vertragsvollzugs durch den Arbeitnehmer (Sicherung von Arbeit), ist der in GewO. § 119^a zuerst angeführte Thatbestand („Einbehaltung zur Sicherung des Ersatzes eines aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens“) nicht gegeben. Auch Verabredung einer Kontraktbruchsstrafe als einer vom Arbeitnehmer zu machenden Zahlung liegt nicht vor, so daß auch nicht von Sicherung solcher Strafe durch Einbehaltung gesprochen werden kann. Ob nicht gleichwohl GewO. § 119^a anwendbar sei, kann erst im folgenden Kapitel erörtert werden.

VIII. Nach dem soeben unter 1—3 Bemerkten, ferner angesichts der persönlichen Grenzen des Anwendungsgebietes des § 119^a GewO.

¹ Soziale Praxis IV, 606, vgl. 607 g. E.

² Im Gebiet der Landwirtschaft s. z. B. Landarbeiter in den evangel. Gebieten u. s. w. I, 45: „Manche Besitzer machen, um sich gegen Kontraktbruch zu sichern, wöchentliche Lohnabzüge und erstatten am Ende des Jahres die einbehaltene Summe zurück.“ Ebenda II, 74. 132. S. ferner oben S. 438¹. Fiebelkorn, Arbeitervermittelung in der Ziegelindustrie S. 31: „Um sich gegen das Fortlaufen der Leute zu sichern, darf der Ziegeleibesitzer den Lohn der beiden ersten Monate bis zum Schlusse der Campagne zurückbehalten.“

(nur gewerbliche Arbeiter und nicht alle), endlich bei dem Mangel einer Strafsanktion für dieses Gebot der GewO.¹ muß man den gesetzlichen Schutz, den der Arbeitnehmer aus GewO. § 119^a gegen Lohninbehaltungen genießt, die der Arbeitgeber sich zu seiner Sicherung gegen den Arbeitnehmer ausbedingen kann, für äußerst geringfügig erklären. Dem unparteiischen Betrachter dieser Rechtsordnung und der wirklichen Vorkommnisse wird die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer mittelst ausbedingener Einbehaltung einen Teil des durch Arbeit verdienten und fälligen Lohnes einstweilen vorzuenthalten, als eine Ungerechtigkeit erscheinen. Gewiß kann es vorkommen, daß der Arbeitnehmer durch Nichtleistung der ferneren Arbeit, zu der er verpflichtet ist, oder durch eine andere Pflichtverletzung dem Arbeitgeber kleinen oder großen Schaden zufügt, aber dadurch wird nicht ungeschehen, daß er durch Arbeit Lohn verdient hat. Wenn ihm dieser Verdienst im Hinblick auf solche mögliche Schadenstiftung vorenthalten wird, so läßt sich dieses Verfahren nur daraus erklären, daß dem Arbeitnehmer die Mittel nicht zu Gebote stehen oder nicht zugetraut werden, den etwaigen Schaden durch Zahlung zu ersetzen. Während ihm angesichts solcher Mittellosigkeit der verdiente Lohn gerade dergestalt gesichert sein sollte, daß er ihn unverzüglich nach der Fälligkeit erhält, so wird im äußersten Gegensatz zu diesem Postulat hier seine Mittellosigkeit zum Grund, ihm den Verdienst vorzuenthalten, und ihn vorzuenthalten nicht wegen vergangener Handlungen oder Unterlassungen, sondern wegen künftiger und daher ungewisser. Daß er gearbeitet hat, ist sicher, daß er vertragswidrig nicht arbeiten, Werkzeuge verderben oder unterschlagen, Geheimnisse verraten werde, ist unsicher. Sonst — im übrigen Privatrecht — hat man, wenn man den Mitkontrahenten vertragstreu erhalten will, ihm möglichst günstige Bedingungen zu gewähren, seinen Vorteil zu engagieren. Hier dagegen begeht man den fehlerhaften Zirkel, ein dem Arbeitnehmer nicht zusagendes Arbeitsverhältnis durch ein Mittel faktisch zu befestigen, welches die Anziehungskraft jenes Verhältnisses vermindern muß. Denn die in Rede stehende Lohninbehaltung liefert dem Arbeitgeber ein ebenso bequemes als billiges Mittel, nicht durch eigene Konzessionen, sondern auf Kosten des mittellosen Arbeitnehmers selbst, dessen Ausharren im Arbeitsverhältnis und die Erfüllung des Arbeitsvertrags sicher zu stellen. Der Arbeitgeber, der sich eine Lohninbehaltung zu eigener Sicherheit

¹ Das zu viel Einbehaltene kann eingeklagt werden und die übermäßige Einbehaltung berechtigt zu unbefristeter Kündigung. Vgl. Bericht der Württemb. Fabrikinspektion für 1898 S. 123.

ausbedingt, macht seinem Interesse nicht bloß die Arbeitskraft, sondern auch den Arbeitslohn dienstbar, und für den Arbeitnehmer wird der verdiente Lohn, statt seine Freiheit zu steigern, durch die Einbehaltung zu einer selbstgeschmiedeten Fessel.

Das Dasein des unzulänglichen § 119^a Abs. 1 GewO. zeigt, daß in den Augen des Gesetzgebers viele Arbeitnehmer nicht die Kraft besitzen, ihnen nachteilige Einbehaltungsverträge von sich fern zu halten¹. Und zahlreiche Vorkommnisse des Lebens zeigen, daß die Tendenz, welcher § 119^a entspringt, eine Ausdehnung seines Thatbestandes und eine Verstärkung seiner Sanktion verlangt.

IX. Dringender als die soeben berührte politische ist für uns die juristische Frage, wie sich die Ausbedingung der totalen oder partiellen Einbehaltung einer Vergütung behufs Sicherung des Arbeitgebers zu der weitgehenden Beschränkung verhält, welche Aufrechnung und Zurückbehaltung durch BGB. § 394 teils unmittelbar, teils analogisch erfahren haben (S. 411 fg. 430 fg.).

Die Ausbedingung dieser Einbehaltung ist nach deren Begriff Ausbedingung einer Vertagung der Zahlung oder eines Aufschubs der Zahlungszeit. Aber mit diesem Provisorium, das als solches einmal endigt, ist der Arbeitgeber noch nicht gesichert für Erlangung von Schadensersatz oder einer verabredeten Vertragsbruchstrafe. Die Einbehaltung zur Sicherung muß also dem Arbeitgeber mehr gewähren als Stundung, wenn sie ihm jene Sicherheit gewähren soll. Die einfache Einbehaltung ist hier in der That nur als ein Glied in einem Verfahren gemeint, das mehr umfaßt. Man hat gesagt, es handle sich „um eine vertragsmäßige Sicherheitsleistung des Arbeiters, die dieser dem Arbeitgeber mit einem Teile seines Lohnes, also mit einer Barsumme, in der Weise bestellt, daß die Sicherheit bei dem Arbeitgeber hinterlegt wird (vgl. § 232 BGB.)“². Allein gemäß der Einbehaltung empfängt der Arbeitnehmer das Einbehaltene nicht und kann es daher auch nicht hinterlegen. Das vom Arbeitgeber einbehaltene Geld kann dem Arbeitgeber keine Sicherheit gewähren, da es sein eigenes Geld ist. Es nützt auch nichts, es als fremdes Geld zu betrachten, da durch solche Betrachtung die Wirklichkeit nicht

¹ Daher kollektive Opposition, nämlich Tarifvertragsproposition und Ausstand z. B. der Holzarbeiter in Karlsruhe: „Wöchentliche Lohnzahlung ohne Abzug einer Kautions“: Bericht der badischen Fabrikinspektion f. 1897 S. 56. Malzfabrikarbeiter in Niendorf: Vorwärts vom 22. Nov. 1898.

² Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 226, vgl. v. Schicker, Die GewO. f. d. deutsche Reich (4. Aufl. 1901) zu § 119 a: „Ansammlung einer Kautions.“

geändert wird. Dazu kommt, daß bei der Einbehaltung zur Sicherung der Arbeitgeber das einzubehaltende Geld keineswegs bereit haben, ja daß er es überhaupt nicht haben muß. Er braucht nur das zu Zahlende zu haben, das einbehaltene Geld braucht nur auf dem Papier zu stehen oder nur gedacht zu werden; und doch kann es im Gefolge der Einbehaltung, also einer Unterlassung, zu einer Sicherung des Arbeitgebers kommen. Wie nicht von Hinterlegung, kann auch nicht von Pfandbestellung gesprochen werden (wie in den S. 387 erwähnten Fällen). Es werden keine Geldstücke hingegeben, der Arbeitgeber braucht keine für die Pfandhaftung ausgesondert zu haben, die überdies seine eigenen sein würden. Auch an Verpfändung der Lohnforderung im eigentlichen Sinn kann nicht gedacht werden, da die gegen ihn selbst gehende Lohnforderung dem Arbeitgeber nicht zum Pfand gesetzt werden kann.

Die Sicherung des Arbeitgebers wird vielmehr dadurch beschafft, daß er für den Fall der Verwirklichung der Gefahr, gegen die er gesichert werden soll — der Gefahr nämlich, daß seine Ersatz- oder seine Strafforderung unbefriedigt bleibt —, das einbehaltene Geld zu seiner Deckung verwenden, oder, juristisch ausgedrückt, daß er aufrechnen oder zurückbehalten kann. Durch die Einbehaltung der Vergütung hat er sich die Position geschaffen, in der allein er aufrechnen oder zurückbehalten kann. Dank der Einbehaltung, die er sich durch Vertrag ermöglicht hat, ist die Vergütungsforderung des Arbeitnehmers noch zum Teil vorhanden¹. Auf sie vermag nun der Arbeitgeber aufzurechnen, wenn er nach der Einbehaltung eine fällige Forderung gegen den Arbeitnehmer erworben hat; und ebenso vermag er wegen solchen fälligen Anspruchs die noch von ihm geschuldete, d. h. die einbehaltene Vergütung zurückzubehalten, bis jener Anspruch befriedigt wird. Gerade hierzu, nämlich zu Aufrechnung oder Zurückbehaltung, ihn in den Stand zu setzen, ihm damit Deckung zu verschaffen, ist der Sicherungszweck, zu welchem ihm die Einbehaltung eingeräumt wurde. Zur Zeit, da die Vergütung (von der Einbehaltung abgesehen) fällig wird, hat er vorausgesetztermaßen keinen fälligen Geldanspruch (vgl. S. 440, V), und wegen des damals schon fälligen

¹ Dieser oben S. 445 beleuchteten Thatsache trägt Sigel in Gewerbe-gericht VI, 40 nicht Rechnung. Ihm ist „die vertragsmäßige Sicherheitsleistung nichts anderes als ein bedingter Kompensationsvertrag“. Wenn aber „die Forderung des Arbeiters auf Auszahlung des einbehaltenen Lohnes keine Lohnforderung, sondern eine Forderung auf Auszahlung einer geleisteten Sicherheit, einer gestellten Kautions“ ist, so ist das BeschlG. wie BGB. § 394 unanwendbar, da diese eine Lohnforderung voraussetzen.

Anspruchs auf Arbeit kann er weder aufrechnen noch die Vergütung für die schon geleistete Arbeit retinieren (S. 432). Dagegen empfängt er eine Handhabe zur Kompensation oder Retention durch die Einbehaltung, die er sich ausbedungen hat, indem diese die Vergütungsforderung aufrecht erhält¹.

Soweit nun aber Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber der Vergütungsforderung nach den beiden vorigen Kapiteln ausgeschlossen sind, kann der Sicherungszweck durch Einbehaltung nicht mehr kompensations- oder retentionsweise verfolgt werden. Einbehaltung ausbedingen und die ausbedungene Einbehaltung vollziehen darf der Arbeitgeber — HGB. § 64 ausgenommen, und innerhalb der Grenzen von GewO. § 119^a — so viel er mag, wie sehr er damit auch in die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers eingreift, wofern nur solche Ausbedingung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Aber Sicherung einer Forderung kann er mittelst der Einbehaltung nur in dem Sinn erreichen, daß der Arbeitnehmer durch die Einbehaltung bewogen werden kann, die zu sichernde Forderung zu erfüllen, um die Einbehaltung eher gegenstandslos zu machen (S. 444) oben. Wenn er dagegen diese Erfüllung unterläßt, so kann der Arbeitgeber mittelst Aufrechnung oder Zurückbehaltung nur so weit zur Deckung gelangen (also im Hinblick auf dieselben gesichert sein), als ihm Aufrechnung oder Zurückbehaltung gestattet ist. Das ist z. B. der Fall bei einem Bauherrn, der von der fälligen Vergütung von dreißigtausend Mark nach Vereinbarung ein Sechstel einbehält zur Sicherung der Schadensersatzforderung, die er nach BGB. § 635 haben kann. Hingegen in den Fällen, auf die sich GewO. § 119^a bezieht, und bei den Arbeitsverhältnissen der Landarbeiter sind Aufrechnung und Zurückbehaltung in der Regel ausgeschlossen; daher muß hier trotz Kontraktbruchs des Arbeitnehmers der sicherungshalber einbehaltene Lohn bezahlt werden. Damit ist den hunderten von Kauttionen, die durch vertragsmäßige Einbehaltung zustande kommen, um eine Straf- oder eine Ersatzforderung zu sichern, durch BGB. § 394 zwar nicht die Gültigkeit entzogen, aber der grössere Teil ihrer praktischen Spitze abgebrochen worden. Da hiervon auch durch Privatdisposition

¹ „Daß die Arbeitgeber im Wege der Lohneinbehaltung sich außergerichtliche Hilfe schaffen können und auch schaffen“, (wie, im Anschluß an J. Jastrow in Jahrb. f. Nationalök. III. Folge 14, 373, v. Schulz in Soziale Praxis VIII, 325 sagt), setzt die Verwendung der Kompensation oder Retention voraus und erfolgt unter solcher Verwendung. — Wie dergestalt die einbehaltene Vergütung Schaden des Arbeitgebers, kann die vorgeschossene Vergütung Schaden des Arbeitnehmers decken: SeemO. § 59.

nichts abgedungen werden kann, so darf man in Erinnerung an die Ergebnisse dieses und der beiden vorigen Kapitel jenen § 394 im Verhältnis zu seinem Umfang als einen der inhaltreichsten, und in Anbetracht der durch ihn begünstigten Personen als einen der zweckmäßigsten des BGB. bezeichnen.

Innerhalb der im vorstehenden erörterten Einbehaltung zur Kautio, insbesondere von der Einbehaltung zur Sicherung einer verabredeten Strafe läßt sich noch unterscheiden die Einbehaltung zur Ermöglichung einer verabredeten Strafe, wo nämlich diese Strafe in Verwirkung besteht. Die im Dienste der Verwirkung stehende Einbehaltung kann erst im folgenden, von der Verwirkung handelnden Kapitel zur Darstellung kommen; durch ihre Erörterung wird die der kautionalen Einbehaltung vervollständigt werden.

Siebentes Kapitel.

V e r w i r k u n g .

I. Die Verwirkung, nämlich die Verwirkung der Vergütung oder Lohnverwirkung¹ hängt mit allen in den drei vorigen Kapiteln abgehandelten Gegenständen — Aufrechnung, Zurückbehaltung und Einbehaltung — den Voraussetzungen nach in einem Punkte zusammen, der ihre hiesige Koordination rechtfertigt. Die gemeinsame Voraussetzung der Möglichkeit oder der Wirksamkeit dieser vier Phänomene ist eine gewisse Lage der Zahlungszeit, und zwar ihre regelmäßige Lage, m. a. W. die Regel, daß der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitsleistung vorangehen muß, daß für die Vergütung Postnumeration gilt (S. 397).

Mit Verwirkung bezeichnet man nicht, wie mit Aufrechnung, Zurückbehaltung und Einbehaltung, einen Thatbestand von gewisser Rechtswirkung, sondern nur eine gewisse Rechtswirkung. Die Verwirkung ist totale oder partielle Vernichtung der Lohnforderung ohne einen Aufwand des Arbeitgebers und ohne den Willen des Arbeitnehmers. Wenn bei der Vollziehung des Arbeitsvertrags der Arbeitgeber mit seiner Leistung, der Lohnzahlung, vorangehen müßte, so könnte diese Verwirkung nicht eintreten, da dann die mit dem Vertragsschluß entstandene Lohnforderung durch die Zahlung alsbald getilgt wäre, so daß von späterer Vernichtung der Lohnforderung

¹ Von anderen Anwendungen und von der allgemeinen Natur der Verwirkung handelt Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung (Bern 1901).

nicht die Rede sein könnte. Da aber der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitsleistung vorangehen muß und erst dadurch eine klagbare Lohnforderung erhält, so kann ihm der Nachteil zugefügt werden, daß er ohne Entgelt oder nicht für den vollen vertragsmäßigen Entgelt gearbeitet hat, indem man ihm die Lohnforderung vor oder nach ihrer Fälligkeit gänzlich oder teilweise abspricht, sie total oder partiell vernichtet werden läßt.

Betrachtet man um des eben erwähnten Nachteils willen die Verwirkung als Strafe, als Privatbuse, so tritt die Bedeutung, welche die Postnumeration für die Verwirkung hat, auch darin hervor, daß andere Privatbusen sehr wohl auch bei Pränumeration bestehen können. Denn sowohl die gesetzliche Buse, welche GewO. § 124^b und § 133^e wegen Kontraktbruchs des Arbeitnehmers zuläßt¹, als die zahlreichen Busen, die durch Arbeitsvertrag, Haus-, Werkstatt- oder Fabrikordnung auf mannigfaltige Übertretungen der Arbeitnehmer gesetzt sind, haben keinen Zusammenhang mit der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers, können ebensowohl Platz greifen, wenn der Arbeitgeber mit der Entrichtung der Vergütung vorangeht.

II. Die Verwirkung, mit Aufrechnung, Zurückbehaltung und Einbehaltung darin einig, daß sie Postnumeration der Vergütung voraussetzt, unterscheidet sich von den zwei ersten dadurch, daß sie keines Gegenanspruchs bedarf, von einem solchen nicht abhängig ist. Um gegen die Lohnforderung aufzurechnen, muß der Arbeitgeber eine Gegenforderung haben; die geschuldete Lohnzahlung dilatorisch verweigern (im Sinn der Zurückbehaltung) kann der Arbeitgeber nur, wenn er einen fälligen Gegenanspruch hat. Auch die Einbehaltung, wenn wir uns auf die schon erörterte Art, die Einbehaltung zur Sicherung beschränken, kann ausbedungen und ausgeübt werden nur wegen künftiger Ansprüche des Arbeitgebers. Dagegen die Verwirkung tritt ein, ohne daß der Arbeitgeber jetzt einen Anspruch haben, und ohne daß ihm eine Forderung in Aussicht stehen müßte. Die Verwirkung tritt vielmehr ein, weil sich ihre Bedingung erfüllt hat, weil ihre faktischen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen sich eine Forderung des Arbeitgebers nicht zu befinden braucht. Die (geschehene) Verwirkung braucht dem Arbeitgeber nicht den Dienst der ökonomischen Befriedigung oder Deckung zu leisten, wie die Aufrechnung, und sie kann nicht wie Zurückbehaltung und Ein-

¹ Man darf sie als Buse darum bezeichnen, weil sie, nicht an den Nachweis eines Schadens gebunden, einen solchen wohl auch nicht voraussetzt. Neukamp, Die Gewerbeordnung, zu § 124^b Anm. 4.

behaltung den Effekt haben, daß der Arbeitnehmer zur Befriedigung des Arbeitgebers bewogen werde. Vielmehr gewährt die Verwirkung dem Arbeitgeber einen Vorteil unmittelbar dadurch, daß sie die ihm obliegende Lohnschuld verringert, d. h. nicht zu ihrem normalen Umfang gelangen oder sie wieder untergehen läßt¹.

Während sodann Aufrechnung, Zurückbehaltung und Einbehaltung vom Arbeitgeber vorgenommen werden müssen, durch Erklärung oder durch willentliche Unterlassung, geht die Verwirkung ohne Zuthun des Arbeitgebers vor sich. Eine Erklärung des Arbeitgebers ist nicht erforderlich, wenn sie nicht unter die Voraussetzungen der Verwirkung aufgenommen wurde. Sonst und gewöhnlich hat die Erklärung des Arbeitgebers nur deklarative Bedeutung, sie konstatiert, daß eine Verwirkung eingetreten ist, oder sie giebt kund, daß er von dem Vorteil Gebrauch machen wolle, den die ohne sein Zuthun eingetretene Verwirkung ihm gewährt hat.

Von der Aufrechnung und der Zurückbehaltung unterscheidet sich die Verwirkung dadurch, daß jene beiden auf gesetzlicher Verleihung beruhen, diese regelmäßig nicht. Der Arbeitgeber, welcher aufrechnen oder zurückbehalten will, bedarf nicht einer ihn dazu ermächtigenden Privatdisposition, er kann aufrechnen oder zurückbehalten ohne hierauf gerichtete Ausbedingung. Dagegen die Geltendmachung der Verwirkung steht dem Arbeitgeber nur in wenigen Ausnahmefällen von Rechts wegen zu, kraft Gesetzes². In allen anderen Fällen, also in der Regel, kommt es zur Verwirkung nur auf Grund einer sie festsetzenden Privatverfügung. Diese bestimmt die tatsächlichen Voraussetzungen und den Umfang der Verwirkung. Hierin

¹ z. B. Fabrikordnung des „Bremer Vulkan, Schiffbau und Maschinenfabrik“ § 7: „Es darf kein Arbeiter ohne schriftliche Erlaubnis des Meisters die Werft während der Arbeitszeit verlassen. Zuwiderhandlungen werden mit Cassierung des Tagesverdienstes bestraft.“ — Vgl. Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 226.

² Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute u. s. w. (Depotgesetz) § 6: „Der Kommissionär, welcher den in § 5 ihm auferlegten Pflichten nicht genügt, verliert das Recht, für die Ausführung des Auftrages Provision zu fordern.“ SeemO. § 82: „In den Fällen der beiden letzten Absätze des § 81 verliert der Schiffsmann, wenn er vor Abgang des Schiffes weder zur Fortsetzung des Dienstes freiwillig zurückkehrt, noch zwangsweise zurückgebracht wird, den Anspruch auf die bis dahin verdiente Heuer...“ § 105: „Der Schiffsmann darf den Schiffer vor einem fremden Gericht nicht belangen. Handelt er dieser Bestimmung zuwider, so ist er nicht allein für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, sondern er wird außerdem der bis dahin verdienten Heuer verlustig.“

kommt die Verwirkung mit der Einbehaltung überein, nur daß diese ausnahmslos ausbedungen sein muß (S. 433 vgl. 435¹). Die die Verwirkung festsetzende Privatverfügung kann der individuelle Arbeitsvertrag sein, oder die generelle Disposition einer Arbeitsordnung oder eines Tarifvertrags, aus denen die die Verwirkung betreffende Bestimmung sich ohne weiteres dem Arbeitsvertrag mitteilt¹. Die einseitige Erklärung des Lohnschuldners, d. i. des Arbeitgebers, kann nicht die Folge der Verwirkung haben, während er durch einseitige Erklärung aufrechnen oder zurückbehalten kann. Die Verwirkung kann sich nur auf einen Vertrag von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gründen, auch wenn dieser Vertrag den auf die Verwirkung sich beziehenden Inhalt durch die einseitige Arbeitsordnung des Arbeitgebers erhalten hat. Außerdem kann die einseitige Erklärung des Arbeitgebers, welche Verwirkung ausspricht, sich nur auf die bereits eingetretene Verwirkung beziehen und nur die S. 454 al. 1 erwähnten Bedeutungen haben. Wenn wir von einem Arbeitgeber lesen², daß er „sich wegen des Kontraktbruches dadurch schadlos gehalten hatte, daß er einen durchschnittlichen Wochenverdienst für verwirkt erklärt hatte“: so kann das nur entweder den eben angegebenen Sinn haben, oder bedeuten, daß er die ihm aus dem Kontraktbruch gegen den kontraktbrüchigen Arbeitnehmer nach GewO. § 124^b zustehende Forderung geltend gemacht hat². Dagegen des Arbeitnehmers Forderung eines Wochenverdienstes kann nicht einseitig vom Arbeitgeber für verwirkt erklärt werden, d. h. eine solche Erklärung hat nicht die Rechtsfolge der Verwirkung.

Von der Zurückbehaltung und von der Einbehaltung unterscheidet sich die Verwirkung dadurch, daß jene nur dilatorisch wirken, indem der Zurückbehaltende wie der Einbehaltende die Entrichtung des Lohnes nur einstweilen verweigert oder hinausschiebt, wogegen die Verwirkung definitiv oder peremptorisch in die Lohnforderung eingreift, sie (gänzlich oder teilweise) vernichtet.

III. Die Verwirkung des Lohnes ist für den Arbeitnehmer ein Übel, ein Vermögensnachteil, der ihn für den Fall eines gewissen von ihm ausgehenden Verhaltens trifft, und sie ist andererseits in

¹ Auf den Ursprung der Verwirkung aus Arbeitsordnung oder aus Arbeitsvertrag nimmt Bezug GewO. § 134^b Nr. 5: „Die Arbeitsordnung muß Bestimmungen enthalten: 5. sofern die Verwirkung von Lohnbeträgen nach Maßgabe der Bestimmung des § 134 Abs. 2 durch Arbeitsordnung oder Arbeitsvertrag ausbedungen wird . . .“

² Bericht der badischen Fabrikinspektion für 1897 S. 51.

³ Letzteres setzt nach GewO. § 134 Abs. 2 einen kleineren Betrieb voraus.

gleichem Maß für den Arbeitgeber ein Vermögensvorteil. Ferner setzt dieser Vorteil nicht voraus, daß das verwirkende Verhalten des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber einen Schaden oder einen dem Vorteil umfänglich entsprechenden Schaden zugefügt habe. Endlich ist es mit dem Begriff der Verwirkung vereinbar, daß der Arbeitgeber, der durch das verwirkende Verhalten des Arbeitnehmers geschädigt worden ist, den Ersatz des Schadens fordere, dessen Betrag über den Vorteil hinausgeht, den die Verwirkung dem Arbeitgeber gewährt¹. Aus diesen Gründen darf man die Verwirkung als Verfall einer Strafe oder Buße bezeichnen, und da sie dem Arbeitgeber zum Vorteil gereicht, als Privatstrafe ansprechen. Je nachdem die Verwirkung ausnahmsweise auf Gesetz (S. 454) oder der Regel nach auf Privatdisposition beruht, ist sie gesetzliche oder aber Konventionalstrafe². Vertragsstrafe ist sie zwar nicht nach BGB. § 339, weil nicht die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen wird, aber doch im Sinn von BGB. § 342: „Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen.“ Wenn nämlich der Arbeitnehmer einwilligt, bei einem gewissen von ihm ausgehenden Verhalten seine Lohnforderung zu Gunsten des Arbeitgebers einzubüßen, so verspricht er damit implicite, für einen gewissen Fall sich den Lohnabzug des Arbeitgebers gefallen zu lassen, und dies kann man als Versprechen einer Leistung betrachten; er verspricht zwar nicht eine Handlung, aber eine Unterlassung, nämlich eine Duldung (*patientia*), eine Duldung fremden Lassens (der Nichtzahlung), zu fremdem Vorteil, auf eigene Kosten³.

¹ Die nach SeemO. § 82 verwirkte Heuer (S. 454³) kann zur Deckung der Schadenersatzansprüche des Rheders aus dem Heuer- oder Dienstvertrage in Anspruch genommen werden. Soweit sie dazu nicht erforderlich ist, kommt sie der Seemanns- oder einer Armenkasse oder einem ähnlichen Zwecke zu Gute (§ 107). Auch die Konventionalstrafe kann den Dienst der Schadendeckung leisten: BGB. § 340 Abs. 2.

² „Streitigkeiten über eine in Beziehung auf das Arbeitsverhältnis bedungene Konventionalstrafe“, danach auch über eine Lohnverwirkung gehörten (beim Dasein der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen) zur Kompetenz der Gewerbegerichte nach dem alten GewGerG. § 3 Nr. 2. Da nach der neuen vom 1. Januar 1902 geltenden Fassung das Gesetz in § 4 Nr. 4 nur von „Zahlung einer Vertragsstrafe“ spricht, und doch nicht Einengung der Kompetenz gewollt ist, so muß das neue Gesetz extensiv interpretiert werden.

³ Wendt in Archiv f. civ. Praxis 92, 16 fg. spricht bei der Duldung nur von Duldung der Vornahme einer Handlung. Die *lex commissoria* beim Kauf, die dem Käufer die Duldung der Nichttradition oder der Nichtrückzahlung des Angezahlten, also einer Unterlassung auferlegen kann, ist nach Wendt, Pandekten S. 199 ein Strafvertrag, ein „Verwirkungsvertrag“.

Da die Zuteilung der vertragsmäßigen Verwirkung zur Konventionalstrafe nicht auf der Hand liegt, und da doch auch beträchtliche Unterschiede zwischen der Verwirkung und der gewöhnlich so genannten Konventionalstrafe obwalten, so ist es wohl begreiflich, wie die GewO. dazu kommt, beide so auseinanderzuhalten, daß die Verwirkung gar nicht als Strafe erscheint¹.

Von der gewöhnlichen Konventionalstrafe unterscheidet sich die durch die Verwirkung dargestellte dadurch, daß, wenn bei letzterer die Strafbedingung eintritt, der Arbeitgeber deswegen nicht eine positive Leistung vom Arbeitnehmer zu fordern hat, wohl aber ohne weiteres von seiner Lohnschuld frei oder nur in geringerem Maß von ihr belastet wird. Wo daher bei einem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers entweder das Gesetz oder eine Privatdisposition zu Gunsten des Arbeitgebers eine Forderung auf Zahlung eines gewissen Betrags gegen den Arbeitnehmer entstehen läßt, kann nicht von Verwirkung die Rede sein. So liegt das durch GewO. §§ 124^b und 133^e dem Arbeitgeber verliehene Recht, wenn der Arbeitnehmer rechtswidrig die Arbeit verläßt, von demselben den mehrfachen Betrag des ortsüblichen Tagelohnes zu fordern, außerhalb des Gebietes der Verwirkung: der Arbeitgeber wird nicht entlastet, sondern mit einer Forderung beliehen. Der Arbeitgeber, welcher geltend machen würde, der Arbeitnehmer habe seinen Lohn in jenem Betrage verwirkt und müsse sich daher jenen Betrag abziehen lassen, würde etwas rechtlich Unhaltbares erklären; er hat den unverwirkten rückständigen Lohn zu zahlen und kann seinerseits die durch GewO. §§ 124^b, 133^e ihm bewilligte Forderung geltend machen. Ebenso erwächst daraus, daß eine Haus- oder eine Arbeitsordnung für Verspätung, Abwesenheit oder sonstige Ordnungswidrigkeiten Geldstrafen festsetzt (z. B. 50 Pf., ein Viertel des Wochenverdienstes, die Hälfte der Monatsgage), dem Arbeitgeber eine Forderung auf Zahlung dieser Beträge, während seine Lohnschuld dadurch nicht vermindert wird: es kann daher auch hier nicht von Verwirkung die Rede sein, ein Abzug vom Lohne nicht auf Verwirkung gegründet werden².

Das Verfallen dieser anderen Konventionalstrafen wie der gesetzlichen Busse der §§ 124^b, 133^e GewO., d. h. die Entstehung dieser

¹ GewO. § 134^b: „Die Arbeitsordnung muß Bestimmungen enthalten: 4. sofern Strafen vorgesehen werden . . . 5. sofern die Verwirkung von Lohnbeträgen . . . ausbedungen wird . . .“ Vgl. auch GewO. § 148 Nr. 11 („Strafgelder oder die in § 134^b Nr. 5 bezeichneten Beträge“).

² Im Gegensatz zu dem in Gewerbegericht II, 106 berichteten Fall.

Geldstrafforderungen ist völlig unabhängig vom Stand des Lohnguthabens des Arbeitnehmers. Auch wenn er noch keinen Lohnanspruch oder einen solchen nicht mehr hat, weil etwa seine Lohnforderung gerade vor dem Eintritt der Straffbedingung befriedigt worden ist, kann er durch sein Verhalten wider sich eine Strafforderung begründen. Hingegen hängt die Verwirkung davon ab, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung mache und damit das Seinige zur Hervorbringung der Lohnforderung thue, die durch die Verwirkung gänzlich oder teilweise vernichtet werden soll; auch ist die Verwirkung ausgeschlossen, sobald der Lohn bezahlt worden ist. Die Verwirkung kann sich daher durchsetzen nur gegenüber ausstehendem oder rückständigem Lohn¹: wenn der Arbeitnehmer keine Arbeit leistet, so erlangt er ohnehin regelmäsig keine Lohnforderung, es kann daher keine verwirkt werden, und wenn er seinen Lohn empfangen hat, so ist die Lohnforderung getilgt und damit der Verwirkung entrückt. Ausstehender oder rückständiger Lohn ist verdienter und nicht bezahlter Lohn, dagegen braucht er nicht fällig zu sein; z. B. ist vor dem Zahltag der verdiente Lohn zwar nicht fällig, aber ausstehend oder rückständig, und vermöge der letzteren Eigenschaft kann er verwirkt werden². Ebenso ist der Lohn, auch wenn er infolge von Stundung aufgehört hat fällig zu sein, ausstehender oder rückständiger Lohn und der Verwirkung zugänglich. Und das nämliche gilt von dem einbehaltenen Lohne; dessen Fälligkeit ist durch den Einbehaltungsvertrag verschoben worden³.

¹ Vgl. S. 454² „die bis dahin verdiente Heuer“.

² z. B. Arbeitsordnung der Rheinischen Gummi- und Celluloidfabrik in Neckarau § 28: „In dem Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist . . . verwirkt der Arbeiter den rückständigen Lohn bis zum Betrage seines durchschnittlichen Wochenlohnes zu Gunsten der Krankenkasse des Betriebes.“

³ Ohne Anhalt im Gesetz giebt Willner in Gewerbegericht VI, 19 dem „rückständigen Lohn“ der GewO. § 134 Abs. 2 einen engeren Sinn als den obigen, womit er das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift in unwahrscheinlicher Weise beschränkt. Als rückständig läßt er nur gelten 1. den fälligen Lohn, welcher zur Zahlungszeit nicht entrichtet worden, sondern einfach stehen geblieben ist, und 2. den einbehaltenen Lohn (den er im Gegensatz zu der im vorigen Kapitel vertretenen Ansicht als fällig betrachtet). Infolge von Willners Deutung kann die Verwirkung nicht einbehaltenen Lohnes in beliebigem Umfang, d. h. über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes hinaus ausbedungen werden, da W. die Schranke des Gesetzes nur auf den rückständigen, d. i. nach ihm stehengebliebenen oder einbehaltenen Lohn bezieht. Für Willner: Koehne, Arbeitsordnungen S. 195. Wie im obigen Text wird „rückständiger Lohn“ gedeutet von Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze S. 778 Nr. 12.

IV. Da der Lohn durch die Zahlung aufhört der Verwirkung ausgesetzt zu sein, so hat der Arbeitgeber, der sich Verwirkung ausbedungen hat, bei einem nach der Zahlung fortbestehenden Arbeitsverhältnis ein Interesse am Vorhandensein rückständigen Lohnes, damit die Verwirkung nicht gegenstandslos oder wenig empfindlich sei, wenn etwa ein verwirkendes Verhalten erfolgt, bevor neuerdings Lohn oder Lohn von größerem Umfang verdient worden ist. Diesen Dienst, für die Verwirkung Grund zu legen, kann die Lohninbehaltung leisten. Damit kommen wir auf diejenige Art der Lohninbehaltung zu sprechen, welche wegen ihres Zusammenhanges mit der Verwirkung am Schluss des vorigen Kapitels dem gegenwärtigen vorbehalten worden ist. Dafs die Einbehaltung mit Kautionszweck, die kautionale Einbehaltung nichts Einheitliches sei, ward schon bei ihrer Einführung (oben S. 443) bemerkt. Ihre früher behandelte eine Art, die Einbehaltung zur Sicherung einer Forderung des Arbeitgebers umfaßt, wie wir sahen, auch die Einbehaltung zur Sicherung einer Strafforderung. Aber verschieden von der Einbehaltung zur Sicherung einer verabredeten Strafe (GewO. § 119^a, vgl. S. 446 Nr. 2) ist die Einbehaltung zur Ermöglichung der Verwirkung oder der verabredeten Verwirkungsstrafe; etwas anderes ist die Einbehaltung zur Sicherung einer auch ohne die Einbehaltung möglichen Strafe (S. 457/58), etwas anderes die Einbehaltung, durch welche die Strafe (die Verwirkung) allererst möglich gemacht wird. Während jene Einbehaltung zur Sicherung, da die Sicherung in Aufrechnung oder Zurückbehaltung mündet, soweit diese zwei unzulässig sind, des grössten Teils der Wirksamkeit entbehrt (S. 451), bleibt die Verwirkung von den Kompensations- und Retentionsschranken unberührt. Der einbehaltene Lohn kann verwirkt werden, wo er weder zurückbehalten noch der Aufrechnung ausgesetzt werden kann. Damit scheint der Einbehaltung behufs Verwirkung ein unbegrenzter Geltungsbereich gesichert zu sein. Denn die Verwirkung einbehaltenen Lohnes setzt mehr nicht als Ausbedingung sowohl der Einbehaltung wie der Verwirkung voraus. Zwar ist selbst der nicht vertragsmäfsig einbehaltene Lohn ein rückständiger und damit der Verwirkung fähig. Allein wenn nicht Treu und Glauben gröblich verletzt werden sollen, so kann sich die Ausbedingung der Verwirkung rückständigen Lohnes niemals auf solchen beziehen, der durch Schuld des Arbeitgebers rückständig ist. Dafs nämlich der Arbeitgeber aus seinem Verzug in der Entrichtung fälligen Lohnes den Vorteil zöge, sich auf die Verwirkung dieses durch seine Schuld zum rückständigen gewordenen Lohnes zu berufen, würde ein unannehmbares Ergebnis sein.

Die Handhabe nun, welche die vertragsmäßige Einbehaltung des Lohnes der Verwirkung desselben bietet, ist ein weiterer Grund für die Ausdehnung des gesetzlichen Schutzes gegen Einbehaltung, die S. 449 befürwortet worden ist. Inzwischen möchten wir die Behauptung wagen, daß schon heute auch die Einbehaltung zur Verwirkung nicht unbegrenzt statthaft, sondern nach Analogie der Einbehaltung zur Sicherung, also nach Maßgabe von GewO. § 119^a eingeschränkt ist. Ob nämlich Einer zur Sicherung einer Strafforderung oder zur Ermöglichung der Verwirkung den Lohn einbehält, beidemale hat er es — wenn wir die Retention fallen lassen und nur an die Aufrechnung denken — schließlic auf Vernichtung der Lohnforderung, auf ihre Verzehrung zu eigener Deckung abgesehen, und dieses eine praktische Ziel, das nur auf zwei juristischen Wegen erreicht wird, wird beidemale durch den nämlichen Akt, die Einbehaltung, vorbereitet, sie bereitet der Aufrechnung wie der Verwirkung den Boden; darum wird auch so oft ohne Unterscheidung der zwei Wege das Einbehaltene schlechthin als Kautio bezeichnet. Hieraus nun möchten wir schließlic, daß die Einbehaltung zur Verwirkung, wenn es sich um Verwirkung für den Fall des Vertragsbruchs des Arbeitnehmers handelt, nur in den Massen statthaft ist, welche GewO. § 119^a für die Einbehaltung zur Sicherung einer für jenen Fall verabredeten Strafe vorschreibt¹. Die Beschränkung der ersteren ist um so mehr zu befürworten, als die Verwirkung an sich, anders als die Aufrechnung, wenig beschränkt ist.

V. Von der Einbehaltung behufs Verwirkung kehren wir zur Verwirkung selbst zurück. Da die Verwirkung, mit und ohne Einbehaltung, zur Einbuße verdienten Arbeitslohnes führt, so muß sie für den auf Arbeitsverdienst angewiesenen Arbeitnehmer sehr empfindlich sein. Zwar kann sie ihn nicht so leicht angreifen, als die Aufrechnung, weil sie vereinbart worden sein muß (S. 455). Aber der Arbeitnehmer, für den sie besonders empfindlich ist, ist meist auch

¹ Den folgenden Passus eines Arbeitsvertrags, den die Arbeiter der Zwickauer Malzfabrik von A. Sieber eingehen — Arbeiter, die vom 1. Sept. bis 15. Juni pro Monat 75 Mk. und 3 Mk. Biergeld, in den übrigen 2¹/₂ Monaten 35 Pf. pro Stunde bekommen — halten wir daher in analoger Anwendung des § 119^a GewO., weil deren Einbehaltungsschranken überschreitend, für ungültig: „5. Ich willige ein, daß mir an den ersten sechs Lohntagen je 5 Mk. in Abzug gebracht werden, und sollen diese alsdann angesammelten 30 Mk. als Kautio liegen und sofort verfallen sein, wenn ich meine Versprechungen nicht erfülle, oder wenn eine sofortige Entlassung . . . vorgenommen werden mußte.“ Vorwärts vom 9. Sept. 1900. S. auch S. 463^a.

ein solcher, dem die Widerstandskraft fehlt, durch welche die Ausbedingung der Verwirkung gehindert werden kann¹. In der GewO. findet sich bloß eine solchem Arbeitnehmer zu Hülfe kommende Bestimmung, und diese hat sachlich und persönlich nur ein geringes Anwendungsgebiet. Nach GewO. § 134 Abs. 2 kann „für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter“ Verwirkung nur bis zum Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes (S. 351 Nr. 3) ausbedungen werden. Selbstverständlich kann die im gesetzlichen Höchstmaß ausbedungene Verwirkung im gegebenen Fall nicht weiter realisiert werden, als der rückständige Lohn reicht, da die Ausbedingung der Verwirkung, und danach die Verwirkung, nur den rückständigen Lohn treffen kann. Ist außer der Verwirkung auch Einbehaltung vereinbart und diese Einbehaltung realisiert worden, so trifft die Verwirkung in erster Linie den einbehaltenen Lohn, einerlei, zu welchem Zweck einbehalten worden ist. Nur soweit der einbehaltene Lohn den Betrag des verwirkten nicht erreicht, kann auch sonstiger rückständiger Lohn zur Verwirkung kommen.

Die erwähnte gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall des rechtswidrigen Abbruchs des Arbeitsverhältnisses, nicht auf die vielen anderen möglichen Verwirkungsgründe; für die anderen läßt sie das Maß der ausbedingbaren Verwirkung frei². Ferner gilt die Vorschrift nur für gewisse Arbeitgeber und Arbeitnehmer: sie gilt nur für die Unternehmer von Fabriken, in welchen in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, und nur für die Fabrikarbeiter³, nicht für die höheren Angestellten der Fabrik; ferner nicht für die übrigen gewerblichen Arbeiter der GewO., einschließlic der Hausindustriellen, vielmehr greift hier die „freie Übereinkunft“ des § 105 GewO. Platz, ebenso wie bei den Arbeitnehmern, die nicht unter der GewO. stehen (z. B. Landarbeitern, Schauspielern, Handlungsgehilfen). Was die GewO. außerdem über die Verwirkung verfügt in § 134^b Nr. 5 (mit Strafsanktion in § 148 Nr. 11), bietet dem Arbeitnehmer (Fabrikarbeiter) keine Hülfe gegen deren Ausbedingung. Wenn nämlich die Arbeitsordnung Bestim-

¹ Bei geringerem Arbeitsangebot kehrt sich das Verhältnis zu Gunsten der Arbeiter um: Preufs. Gewerbeinspektion f. 1899 S. 326.

² Daher verstößt z. B. die Verwirkungsklausel der S. 454¹ angezogenen Arbeitsordnung bei aller Härte nicht gegen die GewO. S. ferner Gewerbegericht V, 131 fg.

³ Den genannten Arbeitgebern und Arbeitnehmern werden die in GewO. § 154 Abs. 2 aufgeführten gleichgehalten.

mungen über die Verwendung der verwirkten Beträge enthalten muß — was sich nur auf die durch § 134 Abs. 2 geregelte Verwirkung wegen Kontraktbruchs bezieht —, so ist damit nichts über die Art ihrer Verwendung geboten. Es kann auch eine zum Besten des Arbeitgebers geschehende Verwendung in der Arbeitsordnung vorgesehen werden; und wenn das Verwirkte zum Besten der im Arbeitsverhältnis auch faktisch gebliebenen oder später eingetretener Arbeitnehmer verwendet wird, so bedeutet dies für den, dem die Verwirkung widerfahren soll, keine ökonomische Erleichterung.

Außerhalb der GewO. findet sich nur eine Bestimmung, die als besondere Schranke der Verwirkung geltend gemacht werden kann. Betrachtet man nämlich die Verwirkung als Konventionalstrafe (S. 456), so unterliegt sie der Möglichkeit richterlicher Herabsetzung nach BGB. § 343. Diese Herabsetzung ist „nach der Entrichtung der Strafe“ ausgeschlossen. Es fragt sich daher (besonders nach S. 454, al. 1), worin die Entrichtung der Strafe bei der Verwirkung besteht. Seitens des Arbeitgebers besteht sie in einer Vorenthaltung oder einem Abzug, d. h. darin, daß er mit Hinweis auf die Verwirkung die Lohnzahlung versagt oder nicht den ganzen verdienten, nämlich bis zum Abrechnungstag verdienten Lohn bezahlt. Außerdem ist ein gewisses Verhalten des Arbeitnehmers erforderlich. Er braucht Teilzahlung nicht anzunehmen. Unterläßt er, sich gegen den Abzug und damit gegen die Verwirkung zu verwahren, so ist dies seinerseits Entrichtung der Strafe, und danach wäre eine Herabsetzung ausgeschlossen. Ebenso, wenn er sich mit der Nichtzahlung einverstanden zeigt. Wenn er dagegen sich wider die Vorenthaltung verwahrt, oder den Teil zwar annimmt, aber gegen den Abzug protestiert, so hat er die Strafe nicht entrichtet, und die Möglichkeit ihrer richterlichen Herabsetzung besteht fort.

Eine allgemeine Schranke für die Ausbedingung der Verwirkung kann dem § 138 Abs. 2 BGB. entnommen werden. Wer nämlich unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen für die Leistung von Lohn sich Arbeit vom anderen versprechen läßt, aber mit der Maßgabe, daß er die geleistete Arbeit unter Umständen nicht oder nicht mit dem zugesagten Betrag zu entgelten braucht, weil er die Verwirkung der Lohnforderung vorgesehen hat, schließt damit möglicherweise ein als wucherisch nichtiges Rechtsgeschäft. Vgl. S. 170—72. —

Die vorstehenden Hinweise auf Schranken für die Ausbedingung der Verwirkung sind aus folgendem Grunde von praktischem Belang. Wir wissen, daß das Recht der Aufrechnung gegenüber der Lohn-

forderung sehr eingeengt ist. Allein mittelst ausbedungener Verwirkung kann die Vernichtung der Lohnforderung ebensowohl erreicht werden. Der Arbeitgeber, dem der Weg der Aufrechnung verlegt ist, ist daher veranlaßt, einen anderen einzuschlagen und sich die totale oder partielle Verwirkung der Lohnforderung für die Fälle auszubedingen, in denen er sich gegen ein ihm vom Arbeitnehmer drohendes oder zugefügtes Unrecht durch jene Liberation decken will. Und hieraus entsteht für ihn die Versuchung, die Lohneinbehaltung, die nicht in den Dienst der Kompensation gestellt werden kann (S. 451), zur Grundlage einer die letztere vertretenden Verwirkung zu machen. In diesem Sinn haben sie, wie es scheint, Arbeitgeber einander empfohlen¹, und ist sie auch nicht selten angewandt worden². Übermäßiger Einbehaltung behufs Verwirkung kann die S. 460 erörterte analoge Anwendung der GewO. für ihr Gebiet Schranken ziehen. Und wo eine kausionale Lohneinbehaltung ausbedungen wird, ohne daß sich erkennen läßt, welcher juristische Weg zur Erreichung des vollen Kautionszweckes gemeint, ob es auf Kompensation mit einer Gegenforderung oder auf Verwirkung der Lohnforderung abgesehen sei³,

¹ „Da die Einbehaltung von Lohn aber eines der Mittel ist, welche die kontraktwidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erschweren geeignet scheinen, dürfte es im Interesse der Arbeitgeber liegen, möglichst überall auf die Einbehaltung von Lohn hinzuwirken.“ Bericht des Arbeitgeberverbandes Hamburg-Altona f. d. J. 1899 S. 32.

² z. B. Landarbeiter in Deutschland II, 90 und 585: „Die sämtlichen Arbeiter lassen jeder als Kautio für diesen Kontrakt von ihrem Frühjahrslohn 30 Mk. stehen, welche erst am Schlufs der Arbeit ausgezahlt werden und dem Besitzer der Gutswirtschaft . . . verfallen, falls jemand vorher die Arbeit verläßt u. s. w.“ Vgl. Schmoller, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 30, 519. S. auch oben S. 438¹ und das „Gutgeld“ oder „Sinn geld“ in der Schuhfarikation, z. B. Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 190. Nähmaschinen-Reisende (Handlungsagenten), denen zur Aufbringung einer Kautio von 1600 Mk. Teile der Provisionen einbehalten werden (Vorwärts vom 16. November 1898). Gewerbegericht IV, 122/23 (Verfallen einbehaltenen Lohnes zu Gunsten der Fabrikkrankenkasse, wenn das Lehrverhältnis durch Schuld des Lehrlings vorzeitig gelöst wird). Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie S. 39: „Manchen Meister (Ziegelmeister) lockt bei seinen Chikanen (gegenüber den Ziegelerbeitern) wohl auch der Umstand, daß der einbehaltene Lohn kontraktlich dem Meister verfällt, wenn der Arbeiter vor Beendigung der Campagne die Arbeit verläßt.“

³ z. B. Arbeitsordnung der Glasfabriken von Gebr. E. & Co. zu Bischofswerda i. S. § 4: „Für die Innehaltung der vereinbarten Kündigungsfrist kann dem Arbeiter eine Kautio in der Höhe des Wochenverdienstes abverlangt und selbige bei der erstmaligen Lohnauszahlung innegehalten werden.“ Daß der Betrag des Wochenverdienstes schon bei einmaliger Lohn-

geht es nicht an, weil die Aufrechnung gemäß S. 451 ausgeschlossen ist, die Realisierung der Kautio mittelst Verwirkung des rückständigen Lohnes herbeizuführen. Vielmehr ist die Annahme, mit der Ausbedingung der Kautio sei die Abrede der Verwirkung getroffen worden, nur da zulässig, wo unzweifelhaft die Strafe der Verwirkung ausbedungen worden ist, mag sie so oder anders (z. B. Kassierung, Einbuße, Verfall) genannt werden.

So lange also bis die Gesetzgebung durch mehrere singuläre Vorschriften sich den Abreden von Verwirkung gerade der Lohnforderung entgegenstellt, ist die Jurisprudenz auf die generellen Hülfsmittel angewiesen, die dem Mißbrauch der hier (d. h. außerhalb von GewO. § 134 Abs. 2) noch bestehenden Vertragsfreiheit zu steuern vermögen. Hingegen der Umstand allein, daß die Verwirkung einem Zweck dienstbar gemacht werden kann, den auf dem Wege der Aufrechnung zu erreichen gesetzlich nicht angeht, ist kein juristisch hinreichender Grund, den Charakter der Verwirkung zu verwischen, und sie dann schlechthin dem Aufrechnungsverbote zu unterstellen¹.

VI. Die Verwirkung in der Anwendung auf den Arbeitslohn kommt mit der Einbehaltung, der Aufrechnung und der Zurückbehaltung darin überein, daß sie sich wie diese in einem Abzug vom Lohne zu äußern pflegt. Der Vorgang des Abzugs ist danach von großer juristischer Mannigfaltigkeit². Sie wird noch dadurch gesteigert, daß Abzug auch in den folgenden, von den angeführten verschiedenen Fällen vorkommt und als Abzug vom Lohne teils gesetzlich, teils sonst bezeichnet wird: 1. in den S. 433—35 behandelten Fällen; 2. in den S. 439 erwähnten; 3. in Fällen, wo der am Zahlungstag gewöhnlich zur Entrichtung kommende Lohnbetrag dadurch reduziert ist, daß Vorschusszahlung stattgefunden hat³; 4. in Fällen, wo der Arbeitnehmer hinter seinem gewöhnlichen Verdienst

zahlung einbehalten werden könne, dürfte wider GewO. § 119^a verstößen, der direkt oder, falls Verwirkung in Frage steht, analog anwendbar ist: S. 444 fg. 460. Ob die erwähnte „Kautio“ der Aufrechnung oder der Verwirkung dienstbar sein soll, ist nicht kundgegeben.

¹ wie Sigel in Gewerbegericht VI, 40. 41 thut.

² Wenn nach dem „Allgemeinen Berggesetz für die preussischen Staaten“ § 80^b Nr. 3 die Arbeitsordnung Bestimmungen enthalten muß „über die Fälle, in denen wegen unzulänglicher oder vorschriftswidriger Arbeit Abzüge gemacht werden dürfen“, so ist damit die juristische Konstruktion dieses Vorganges offen gelassen.

³ z. B. Arbeitsordnung der optischen Werkstätte von Carl Zeiss in Jena § 13.

zurückbleibt infolge exceptioneller Nichtleistung der Arbeit, welche nicht unter BGB. § 616 fällt (z. B. blauer Montag); 5. in Fällen, in denen gewisse Beträge auf die vereinbarte Vergütung „angerechnet“ werden, z. B. BGB. §§ 615. 616. 649 (S. 415⁸); 6. bezeichnet man allgemein als Lohnabzug auch die vereinbarte oder die vom Arbeitgeber proponierte Herabsetzung eines bisher angewandten Lohnsatzes für künftige Arbeitsverträge.

Seiner Mehrdeutigkeit wegen kann der Ausdruck „Abzug“ mit Bezug auf die Vergütung in juristischen Erörterungen des Arbeitsvertrags nur mit Vorsicht gebraucht werden. Diese Vorsicht ist auch darum erwünscht, weil nicht einmal die Distinktionen von Verwirkung, Einbehaltung, Zurückbehaltung und Aufrechnung, welche im Anschluss an die Sprache der Quellen in diesem und den drei vorausgehenden Kapiteln dargelegt sind, in der Literatur und der Judikatur bisher beachtet wurden, woraus manche Verwirrung entstanden ist. Der Beachtung dürfen sie aber nicht entbehren, wenn nicht praktisch bedeutende Differenzen verkümmern sollen.

Die vier genannten verschiedenen Phänomene haben, worauf schon hingewiesen wurde, zur gemeinsamen Grundlage die regelmäßige Postnumeration der Vergütung, eine Nachträglichkeit, die durch die Einbehaltung noch über die vom dispositiven Recht vorgesehenen Grenzen hinaus erstreckt wird.

Wo es sich um Arbeitsverträge mittelloser Arbeitnehmer handelt, treffen jene vier Gebilde auch in einer sehr bemerkenswerten Gemeinschaft des Zweckes zusammen. Der ökonomische Vorteil nämlich, welchen dem mit Kapital ausgestatteten Arbeitgeber der Vollzug des Arbeitsvertrags gewährt, den er mit dem kapitallosen Arbeitnehmer geschlossen hat, ist an dessen Mittellosigkeit gebunden. Hierin zeigt diese Mittellosigkeit dem Arbeitgeber ihre Lichtseite. Sobald dagegen der Arbeitsvertrag nicht normal funktioniert, indem der Arbeitnehmer durch faktischen Abbruch des Verhältnisses oder durch fahrlässigen Vollzug des Vertrags oder durch böswilligen Mißbrauch der Gelegenheit, in die Vermögenssphäre des Arbeitgebers einzugreifen, diesem einen Schaden zufügt, und bestände der Schade auch nur in der Vereitelung ferneren Gewinns: allsobald kehrt sich die Mittellosigkeit des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, zeigt sie ihm ihre Schattenseite. Denn nun muß er zu seinem Nachteil empfinden, daß er sich mit einem Kontrahenten der besitzlosen Klasse, mit einem insolventen Schuldner eingelassen hat. Die Mittellosigkeit, der er jenen ihm nach Bedingung und Erfolg günstigen Arbeitsvertrag zu verdanken hatte, so lange derselbe normal vollzogen wurde, wird jetzt zum Hindernis,

wenn es gilt, den Schaden zu ersetzen, der ihm abnormer Weise zugefügt wurde. In dieser ökonomischen „Notlage“, wenn man so sagen darf, greift nun der Arbeitgeber, um den Schaden möglichst von sich abzuwenden, zum einzigen in seinen Händen befindlichen Gut des Arbeitnehmers, zu dessen Lohnforderung, wie er sich auch im voraus diesen Zugriff im Hinblick auf die gedachte Notlage erleichtert oder offen hält. In solchem Zusammenhang steht es, daß er danach trachtet, die Lohnzahlung vorläufig zu verweigern (Zurückbehaltung), gegen die Lohnforderung aufzurechnen, den sonst fälligen Lohn einzubehalten, oder die Lohnforderung als verwirkt zu behandeln. So sucht er den Schatten der geltenden Wirtschaftsordnung von sich fern zu halten, der von dem Lichte, das sie ihm spendet, nicht getrennt werden kann.

Hat man sich einmal diesen größeren ökonomischen Zusammenhang klar gemacht, so kommt man nicht mehr in Versuchung, mit moralischen Bedenken, die im gegebenen Fall einmal angebracht sein können, oder mit juristischen Winkelzügen, die niemals angebracht sind, die neuere gesetzgeberische Aktion zu bekämpfen, die, allerdings durch Mitgefühl mit dem Arbeitnehmer angeregt, ernsthaft darauf bedacht ist, den Arbeitgeber die Gefahr der Mittellosigkeit des Arbeitnehmers tragen zu lassen, da er doch in der Lage ist, sich ihren Nutzen zu verschaffen.

Dritter Abschnitt.

Arbeitszeit.

Erstes Kapitel.

Begriff, Arten und Bedeutung.

I. Die Arbeitszeit ist das Gegenstück der im vorigen Abschnitt erörterten Zahlungszeit. Wie diese sich auf die Leistung der Vergütung, so bezieht sich die Arbeitszeit auf die Leistung der Arbeit, eine jede also auf die eine der zwei wesentlichen und Hauptleistungen aus dem Arbeitsvertrag. Sie sind in der Sprache des BGB. „Leistungszeiten“ (S. 345¹). Mittelst der Vergütung erfüllt der Arbeitgeber, mittelst der Arbeit erfüllt der Arbeitnehmer seine Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag: Zahlungszeit und Arbeitszeit sind danach Erfüllungszeiten.

Unter Arbeitszeit versteht man nicht nur die Zeit der Arbeit (d. h. die Zeit zu der die Arbeit faktisch erfolgt oder rechtlich erfolgen muß), sondern auch die Bestimmung dieser Zeit, eine Zeitbestimmung¹. Als solche ist sie entweder ein Stück des Thatbestandes, den man Arbeitsvertrag nennt, indem sie ausdrücklich oder stillschweigend in denselben aufgenommen ist, zu seinem unwesentlichen Inhalt gehört, eine Ausführungsbestimmung bildet (S. 218. 229². 232 fg.). Oder sie steht außerhalb dieses Thatbestandes, gehört zu den gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Normen, welche die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags regeln (S. 230²), indem sie vorschreibt, wann die Arbeit zu leisten oder nicht zu leisten ist, z. B. nicht an Sonn- und Feiertagen, d. h. nur an Werktagen. Oder endlich die Bestimmung der Arbeitszeit ist weder im Arbeitsvertrag getroffen,

¹ Wie schon der römische dies sowohl Zeit (Termin, Frist) als Zeitbestimmung ist.

noch dem objektiven Recht angehörig, sondern eine nach und aufer dem Vertragschluss für den Vollzug des Vertrags vereinbarte oder einseitig angeordnete Bestimmung (S. 93—97).

Arbeitszeit und Zahlungszeit betreffen zwar verschiedene Leistungen und sind danach deutlich verschiedene Begriffe (S. 348, a), aber wenn sie die Leistungen des nämlichen Arbeitsvertrags bestimmen, so treten sie in Beziehung zu einander. Die Zahlungszeit kann vor den Anfang, in den Lauf, auf oder hinter das Ende der Arbeitszeit gesetzt werden, (S. 366—68). Zahlungszeit und Arbeitszeit können auch zusammenfallen, indem Leistung der Arbeit und Leistung der Vergütung Zug um Zug erfolgen, nebeneinander her oder Hand in Hand gehen sollen (S. 368 al. 2). Bei der Arbeitszeit steht nicht bloß, wie bei der Zahlungszeit, ihre Lage, sondern auch ihre Länge in Frage; wo die Vergütung Geldvergütung ist, pflegt die Dauer ihrer Entrichtung oder die Länge der Zahlungszeit bedeutungslos zu sein. Bei der Lage der Arbeitszeit kommt, wie bei derjenigen der Zahlungszeit (S. 355. 356), sowohl ihre absolute Lage, d. h. ihre Lage innerhalb der allgemeinen Zeitabschnitte (z. B. Kalendertag, Kalenderjahr), als auch ihre relative Lage, d. h. ihre Lage gegenüber anderen Vorgängen, namentlich gegenüber der Zahlung, in Betracht.

Die Arbeitszeit ist begrifflich verschieden von dem Zeitabschnitt, der beim Zeitlohnvertrag für den Umfang der Vergütung maßgebend ist. Diese Verschiedenheit erhellt erstens daraus, daß die Arbeitszeit nicht bloß beim Zeitlohnvertrag vorkommt, sondern auch beim Akkord, wo doch von einem lohnmessenden Zeitabschnitt nicht die Rede ist. So gilt z. B. die neunstündige tägliche Arbeitszeit des deutschen Buchdruckertarifs für den Arbeitstag eines Setzers, einerlei, ob er „gewisses Geld“ erhält oder ob er „berechnet“. Andere Akkorde mit bestimmter Arbeitszeit haben wir an den Theaterbesuchsverträgen mit ihren Bestimmungen von Aufführungstag, Anfang und Ende der Vorstellung, sowie an den Personentransportverträgen der Eisenbahnen mit ihren Bestimmungen der Abgangs- und der Ankunftszeit des Zuges durch den Fahrplan. — Ferner ist der lohnmessende Zeitabschnitt immer ein solcher, ein Zeitraum; die Arbeitszeit kann auch ein Zeitpunkt sein, z. B. nächsten Montag um acht Uhr als Anfang oder Ende der Arbeit. Aber auch wo die Arbeitszeit als Zeitabschnitt bestimmt ist, ergibt sich ihre Verschiedenheit vom lohnmessenden Zeitabschnitt daraus, daß beide sowohl zusammen- als auseinanderfallen können. Ersteres trifft z. B. zu beim Arbeitsvertrag mit dem Lehrer, der werktäglich von sieben bis acht Uhr abends Unterricht erteilen und pro Stunde 5 Mk. erhalten soll, letzteres beim Arbeitsvertrag mit dem

Maurer, der für einen Stundenlohn von 50 Pf. werktäglich von sechs bis sechs Uhr zu arbeiten hat. Beidemale beträgt der lohnmessende Zeitabschnitt eine Stunde; aber der die Arbeitszeit bildende Zeitabschnitt (die Schicht) weicht im zweiten Falle ab, ist länger als der lohnmessende, wie er dagegen kürzer ist, wo z. B. für einen Jahreslohnvertrag die Arbeitszeit dahin bestimmt ist, daß nur vormittags, vier Stunden, zu arbeiten ist. Derlei Divergenzen verhindern die Begriffsvermischung. Ist doch auch damit, daß durch Abschluß eines Zeitlohnvertrags ein lohnmessender Zeitabschnitt gesetzt wird, überhaupt noch nicht angegeben, wann die Arbeit zu leisten ist; die Arbeit ist hier noch zeitlich unbestimmt, der lohnmessende Zeitabschnitt gehört zur Bestimmung des Lohnes oder des Entgeltverhältnisses (S. 219).

Was endlich das Verhältnis der Arbeitszeit zu der in Abschnitt IV zu betrachtenden Vertragszeit, d. i. der Dauer des Arbeitsverhältnisses, anlangt, so giebt es zwar Fälle, in denen beide Zeiten zusammenfallen: denn die „bedungene Lagerzeit“ in HGB. § 422 ist zugleich Arbeitszeit (als Zeit der Lagerung) und Vertragszeit (als Zeit des Bestandes des Vertragsverhältnisses), und das Nämliche gilt von der für die Aufbewahrung eines hinterlegten Gegenstandes bestimmten Zeit in BGB. §§ 695. 696. Ferner muß selbstverständlich die Arbeitszeit in die Vertragszeit fallen, kann nicht vor deren Anfang beginnen, nicht nach deren Ende aufhören¹. Dagegen begrifflich sind Arbeitszeit und Vertragszeit weit und klar unterschieden, da eine Zeit oder Zeitbestimmung der einen Vertragsleistung nicht verwechselt werden kann mit der Dauer des Vertragsverhältnisses oder einer dieses Verhältnis zeitlich begrenzenden Bestimmung. Daher kann das Arbeitsverhältnis nicht bloß in beiden Hinsichten bestimmt oder unbestimmt sein, sondern es kann auch beim nämlichen Arbeitsverhältnis Unbestimmtheit der Arbeitszeit mit Bestimmtheit der Vertragszeit und Unbestimmtheit der letzteren mit Bestimmtheit der Arbeitszeit zusammentreffen.

Der in Rede stehende Begriff der Arbeitszeit erscheint unter diesem ihm zukommenden und ihn von der Vertragszeit sondernden Namen in den Rechtsquellen². In BGB. § 618 Abs. 2, HGB. § 62

¹ Der Anfang der Arbeitszeit kann dem der Vertragszeit nachfolgen. S. auch S. 233 zu Anm. 2 und Abschn. IV Kap. 2 Nr. I. II.

² Im Leben wird statt „Arbeitszeit“ mitunter „Dienstzeit“ gesagt, z. B. bei Kutschern und Schaffnern einer Strafsenbahn. Für juristische Erörterungen ist diese Ausdrucksweise nicht zu empfehlen, weil unter „Dienstzeit“ auch die von der Arbeitszeit wesentlich verschiedene Dauer des Dienstverhältnisses

Abs. 1. 2 macht der Zusammenhang, besonders die Verbindung mit „Erholungszeit“ deutlich, daß unter „Arbeitszeit“ nicht die Vertragszeit verstanden wird. Dies ist auch der Sprachgebrauch der GewO.¹ und der sich an sie anschließenden Verordnungen. Stets bezeichnen diese Quellen mit „Arbeitszeit“ die effektive Arbeitszeit oder Beschäftigungszeit², ausschließlich der Pausen³, und zwar entweder die tägliche oder die wöchentliche, im Gegensatz zur Ruhezeit⁴. Von diesem Sprachgebrauch von Arbeitszeit weichen nur ab InvVG. § 145 Abs. 2⁵ und die GewO. selbst in § 124^{b 6}.

II. Nach Betrachtung des Begriffs der Arbeitszeit und nach seiner Vergleichung mit den anderen Rollen, die der Zeit beim Arbeitsvertrag zukommen können, gelangen wir zu einer Unterscheidung innerhalb des Begriffs, die mit dem Unterschied der Grundformen des Arbeitsvertrags zusammenhängt. Obgleich nämlich, wie schon bemerkt wurde (S. 468), beide Grundformen der Bestimmung der Arbeitszeit zugänglich sind, so kommt dieser doch bei einer großen, durch ein gemeinsames Merkmal ausgezeichneten Gruppe von Akkorden noch eine besondere, im Wesen des Akkordes wurzelnde Funktion zu. Denn

verstanden werden kann, und in diesem letzteren Sinn der Ausdruck auch in Gesetzen gebraucht wird: Abschn. IV Kap. 1 Nr. I.

¹ GewO. §§ 120^a Abs. 3. 134^b Abs. 1 Nr. 1. 136 Abs. 1 Satz 5. 138 Abs. 2. 138^a Abs. 1. 2. 139 Abs. 2. 139^a Abs. 1 Nr. 4. Abs. 2 u. 4. 139^c Abs. 1 u. 3.

² GewO. §§ 105^b Abs. 2. 105^c Abs. 2. 105^f Abs. 3. 137 Abs. 2.

³ indem der Pausen als außerhalb der Arbeitszeit liegender neben der Arbeitszeit gedacht wird: Anm. 1. Vgl. auch §§ 136 Abs. 1 Satz 2—4. 137 Abs. 3. 4. Abweichend der neue § 139^c Abs. 3.

⁴ GewO. §§ 105^b Abs. 1. 105^e Abs. 4. 139^c. RGBI. 1899 S. 273. 1901 S. 117—19.

⁵ In den Worten „der Anspruch auf Erstattung der Hälfte der für die Dauer der Arbeitszeit entrichteten Beiträge“ bedeutet „Arbeitszeit“ die Vertragszeit, da der Versicherungsbeitrag für die Beitragswoche entrichtet wird, d. i. nach § 30 „jede Woche, in welcher der Versicherte in einem die Versicherungspflicht begründenden Arbeits- oder Dienstverhältnisse gestanden hat“ — was eine Woche der Vertragszeit ist. Es sollte daher heißen: „Dauer des Arbeitsverhältnisses.“

⁶ „Hat ein Geselle oder Gehülfe rechtswidrig die Arbeit verlassen, so kann der Arbeitgeber als Entschädigung für den Tag des Vertragsbruchs und jeden folgenden Tag der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Tagelohns fordern.“ Es bedarf wohl keines weiteren (logisch wie historisch zu führenden) Beweises, daß hier „Arbeitszeit“ (so gut wie Lehrzeit im entsprechenden § 127^g) die Vertragszeit bedeutet, allerdings nur die Tage derselben, an denen Arbeit zu leisten ist.

da beim Akkord im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag nicht vom Arbeitsergebnis abstrahiert wird, dieses vielmehr in den Arbeitsvertrag einbezogen bleibt (S. 331), so kann im Akkord für das Arbeitsergebnis eine eigene Zeitbestimmung getroffen sein. Hier wird nicht bestimmt der zeitliche Verlauf der Arbeit, nämlich ihre zeitliche Länge und Lage, nicht festgesetzt die Zeit, welche mit Arbeit auszufüllen oder von Arbeit frei zu lassen ist, sondern die Zeit, zu welcher die Arbeitsaufgabe vollbracht oder das Arbeitsergebnis hergestellt sein soll. Solche Festsetzung kann geschehen durch Angabe einer Frist, innerhalb deren die Arbeit zu vollenden, namentlich das Resultat zu liefern ist, oder durch Angabe eines Termins, an dem die Arbeit vollbracht sein, namentlich das Resultat zu liefern sein soll. Diese Lieferzeit, nämlich Lieferungsfrist oder Lieferungstermin¹, ist zweifellos eine Bestimmung der Arbeitszeit, nur faßt sie die Arbeit nicht als fließende, sondern als vollbrachte oder von seiten ihres Ergebnisses (S. 90—93). Das innerhalb einer Frist oder an einem Termin zu beschaffende Ergebnis kommt zwar nur durch Arbeit von gewisser zeitlicher Lage, von gewissem zeitlichem Umfang und oft nur mit gewissen Unterbrechungen zustande, aber diese Seite der Arbeit bleibt hier undefiniert, es ist dem Arbeitnehmer anheimgestellt, die Arbeit zeitlich so zu legen, auszudehnen und zu verteilen, daß er die Frist oder den Termin für ihre Vollbringung oder für die Lieferung des Ergebnisses einhalten kann.

Gegenüber der Bestimmung der Arbeitszeit in Gestalt der Lieferzeit kann man die auf den zeitlichen Verlauf der Arbeit bezügliche als Arbeitszeit im engeren Sinn bezeichnen. —

Geht aus dem Gesagten zwar hervor, daß die Lieferzeit eine dem Akkord eigentümliche Bestimmung der Arbeitszeit darstellt und beim Zeitlohnverhältnis keinen Raum findet², so ist sie andererseits insofern dem Akkord nicht wesentlich, als sie (worauf

¹ BGB. § 634 „der für die Ablieferung bestimmten Frist“. „Lieferzeit“ und „Lieferfrist“ beim Gütertransportvertrag der Eisenbahn: EisenbahnVO. §§ 36. 47. 55. 86. 87. „Lieferzeit“: HGB. § 429. „Lieferfrist“: HGB. § 466 Abs. 1. 4. S. ferner HGB. § 426 Nr. 8 „Zeit, innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll“. § 428 „Zeit, binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll“, ähnlich BiSchG. § 42 Abs. 2. Vgl. auch noch HGB. §§ 414. 430. BiSchG. § 62. BGB. § 636 „wird das Werk nicht rechtzeitig hergestellt“. Fürs römische Recht s. *Lex parieti faciendo Puteolana* III, 12: *dies operis*: k. Novembr. primeis, neben *dies pequn(iae)*, der Zahlungszeit (S. 345¹).

² Anders, wo eine Kombination von Zeitlohn- und Akkordverhältnis vorliegt: von solchen Erscheinungen wird in Bd. II gesprochen werden.

schon S. 470 hingewiesen wurde) innerhalb dieser Grundform nur einer bestimmten, obzwar verbreiteten Gruppe von Akkorden zukommt. Den Akkorden dieser Gruppe ist gemeinsam, daß die Direktion der Arbeit für den Vollzug (S. 93 fg.) dem Arbeitnehmer zusteht, namentlich die Arbeitszeit engeren Sinnes seiner Bestimmung überlassen ist. Hier ersetzt die Lieferzeit dem Arbeitgeber den ihm fehlenden Einfluß auf den zeitlichen Verlauf der Arbeit. Nehmen wir z. B. die Konfektionsverordnung (vom 31. Mai 1897), durch welche besonders die Arbeitszeit für die in Werkstätten der Kleider- und Wäschefabrikation zu verrichtende Arbeit geregelt wird. Diese Arbeit kann eine aus Akkorden zu leistende sein und findet sich als von Arbeiterinnen zu verrichtende nach Länge, Lage und Verteilung im Kalendertag gesetzlich bestimmt. Denken wir aber die nämlichen Akkorde, d. h. Akkorde über die nämliche Näharbeit, als mit der Maßgabe geschlossen, daß die Arbeit nicht in einer der Disposition des Arbeitgebers unterstehenden Werkstätte, sondern etwa in der eigenen Wohnung des Arbeitnehmers vollbracht werden soll, so gelten nicht bloß nicht die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen, sondern es werden auch von den Parteien keinerlei Bestimmungen über die Arbeitszeit i. e. S. aufgestellt. Die zeitliche Direktion ist dem Heimarbeiter überlassen, ihm anheimgestellt, auf welche Wochentage, in welche Tages- oder Nachtzeit er die Arbeit legen, wie lange er sie ausdehnen, mit welchen Pausen er sie unterbrechen will¹. Nicht anders steht es um die Akkorde, die z. B. ein Stauer über die Beladung eines Schiffes mit einem Rheder, ein Ingenieur über die Herstellung einer Brücke, ein Spediteur über die Beförderung von Waren abschließt. Hier findet sich etwa der Anfang der vom Arbeitnehmer aus diesen Akkorden zu leistenden Arbeit zeitlich festgesetzt², dagegen ist der weitere zeitliche Verlauf der Arbeit im Vertrag gar nicht bestimmt. Diese Arbeitszeit ist in allen möglichen Beziehungen dem Arbeitnehmer überlassen, und nur soweit er die zu leistende Arbeit durch Dritte verrichten läßt, die seine Arbeitnehmer sind, kann er durch seinen eigenen Arbeitgeber oder durch das Gesetz verhalten sein, bei der Verrichtung eine gewisse Arbeitszeit zu beobachten (unten S. 487).

Wo dagegen für die Akkordarbeit die Arbeitszeit engeren Sinnes bestimmt und damit die zeitliche Direktion dem Arbeitnehmer ent-

¹ z. B. Lage des Handwerks II, 229. Molkenbuhr in Brauns Archiv XV, 659. 660.

² So spricht mit Bezug auf den Akkord über Beförderung von Auswanderern AuswG. § 27 von „dem vertragsmäßig bestimmten Abfahrtstag“.

zogen ist, und je mehr dies der Fall ist, kann eine Bestimmung der Lieferzeit unterbleiben. Denn durch Fixierung des zeitlichen Verlaufs der Arbeit, ihrer Lage und ihres Umfangs wird von selbst der zeitliche Spielraum für die Erbringung ihres Resultates dermaßen verringert, daß das Bedürfnis der zeitlichen Fixierung dieses Resultates zurücktritt.

Die Lieferzeit, als bloß Akkorden, ja nur gewissen Akkorden eigentümlich, kann in diesem die Grundformen nicht gesondert darstellenden Bande nicht weiter verfolgt werden. Im folgenden Abschnitt (Kap. 2 Nr. VI) werden wir ihr noch einmal begegnen, da die Lieferzeit bei manchen Akkorden auch noch die Funktion einer Endbestimmung der Vertragszeit ausüben kann. Ihre fernere rechtliche Bedeutung als Voraussetzung oder Anlaß des Verzugs zu behandeln, muß dem zweiten Bande vorbehalten bleiben. Hier und in der Folge fassen wir unter dem Namen der Arbeitszeit schlechthin nur die Arbeitszeit engeren Sinnes ins Auge, denn diese ist, wie gesagt, eine Zeitbestimmung, welche sowohl im Zeitlohnvertrag als im Akkord eine Stätte findet.

III. Die Arbeitszeit ist in mehr als einer Hinsicht bedeutungsvoll. Ihre faktische Bedeutung kommt vorzüglich bei ökonomischer oder politischer Erörterung ihrer gesetzlichen Beschränkungen zur Sprache und wird in einer umfangreichen Litteratur allseitig beleuchtet¹. Hier findet man im Hinblick auf den Arbeitnehmer die Arbeitszeit nach Dauer und Verteilung untersucht mit Bezug auf die Gesundheit (Überanstrengung und Unfallgefahr) und die Freiheit (Disposition über die Zeit), auf die Güte und Größe des Ergebnisses, die Höhe des Lohnes. Die meisten dieser Seiten machen die Arbeitszeit auch für den Arbeitgeber bedeutungsvoll; außerdem ist er an der Einhaltung einer gewissen Arbeitszeit da interessiert, wo er einer Mehrheit von Arbeitnehmern gegenübersteht, deren Kooperation zur Erreichung der Arbeitswirkungen erforderlich ist², oder wo er das Ergebnis der vom Arbeitnehmer verrichteten Arbeit zu bestimmter Zeit einem Dritten zuzuwenden verbunden ist. — Zur Kennzeichnung der juristischen Bedeutung der Arbeitszeit mag vorläufig auf folgendes verwiesen werden. Im Zweifel ist anzunehmen (BGB. § 271 Abs. 2), daß der

¹ S. Handwörterb. d. Staatswiss. Artikel Arbeitszeit, Normalarbeitstag, Sonntagsarbeit.

² z. B. Webb, Theorie und Praxis der englischen Gewerkvereine I, 293/94. Gnauck-Kühne, Lage der Arbeiterinnen in der Berliner Papierwarenindustrie S. 50.

Arbeitgeber die Arbeit nicht vor oder außerhalb der für sie bestimmten Zeit verlangen kann, demnach ein solches Verlangen ungültig ist und ohne Rechtswirkung unbefolgt bleiben darf. Ist aber die Arbeitszeit da, so ist die Arbeitsleistung fällig, der Arbeitnehmer kann durch Nichtleistung bald mit, bald ohne Mahnung in Verzug geraten und noch schwerere Rechtsfolgen begründen, wie den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den Verfall einer Konventionalstrafe oder ein Kündigungsrecht des Arbeitgebers. Andererseits kann der Arbeitgeber in Verzug geraten, wenn er die fällige Leistung der Arbeit ablehnt. Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Arbeitnehmer die Arbeit auch vor oder außerhalb der bestimmten Arbeitszeit leisten, der Arbeitgeber daher, ohne in Verzug zu kommen, die außerhalb jener Zeit fallende Arbeit nicht ablehnen kann. Wo hingegen diese im Zweifel geltende Annahme unstatthaft ist, indem die Bestimmung der Arbeitszeit zweifellos auch den Arbeitnehmer beschränken soll, ist die solcher Zeitbestimmung nicht entsprechende Arbeit nicht ohne weiteres Leistung aus dem Arbeitsvertrag, sie löst daher nicht die Entgeltforderung aus, und die dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag erteilte Vollmacht (S. 221 fg.) bezieht sich nur auf diejenige Arbeit, welche auch ihrer Zeit nach Vollzug des Arbeitsvertrags ist.

Zweites Kapitel.

Regelung.

I. Sehr häufig spricht man von geregelter und von ungeregelter Arbeitszeit und verwendet damit den Begriff ihrer Regelung. Nicht jede Bestimmung der Arbeitszeit ist als Regelung derselben anzusprechen. Wenn z. B. der Theaterdirektor oder sein Vertreter die Leseprobe für das neue Schauspiel auf nächsten Samstag 9 Uhr anberaunt, so trifft er damit eine Bestimmung der Arbeitszeit für die Schauspieler, ohne daß wir es mit einer Regelung der Arbeitszeit zu thun haben.

Sprechen wir von Regelung erst da, wo eine über das einzelne Vorkommnis hinausreichende Norm vorliegt, die in einer Mehrheit von Fällen oder für wiederkehrende Vorgänge gilt, so kann sie schon dann angenommen werden, wenn auch nur ein Arbeitsvertrag gegeben ist, aber ein solcher, welcher wiederholt zu Arbeitsleistungen führt. In einem engeren, vorerst (unter I und II) festzuhaltenden Sinn hat man es mit Regelung der Arbeitszeit nur da zu thun, wo die Arbeitszeit für eine unbestimmte Mehrheit von Arbeitsverträgen oder generell geordnet ist. Da das Gesetz und überhaupt die Satzung

des objektiven Rechts, vermöge der ihr einwohnenden Generalisierung, den angegebenen Erfordernissen einer Regel entspricht, so haben wir gewiß überall, wo das Gesetz die Arbeitszeit ordnet, eine Regelung derselben. Aber einerseits erschöpft das Gesetz nicht die Mittel oder Quellen der Regelung der Arbeitszeit; vielmehr ist ihre Normierung, wie alsbald noch auszuführen sein wird, auch auf anderen Wegen möglich. Andererseits geht es nicht an, in einer auf die Leistung eines Arbeitnehmers oder gar überhaupt eines Schuldners gerichteten gesetzlichen Vorschrift schon darum eine Regelung der Arbeitszeit zu erblicken, weil jene Vorschrift allgemein genug ist, um auch die Zeit der Arbeitsleistung zu umfassen. So ist z. B. gesetzlich vorgeschrieben, daß der Spediteur die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, daß der Schiffer bei allen Dienstverrichtungen und der Flossführer bei seinen Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers bzw. eines ordentlichen Flossführers anzuwenden habe (HGB. §§ 408. 511. BiSchG. § 7. FIG. § 2). Die hier auferlegte Sorgfalt umfaßt auch die Wahl der Zeit und den Aufwand an Zeit für die obliegende Arbeit. Ferner ist nach BGB. § 242 der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; dies bezieht sich auch auf den Arbeitnehmer und die ihm obliegende Arbeit, umfaßt die zeitliche Seite derselben, die Arbeitszeit. Wo endlich der Arbeitsvertrag so gestaltet ist, daß der Umfang der Arbeitsleistung durch die Länge der Arbeitszeit bedingt wird, kann im Zweifel nach BGB. § 316 der Arbeitgeber, welcher in der Arbeit die Gegenleistung für seine Vergütung zu fordern hat, die Länge der sonst nicht bestimmten Arbeitszeit seinerseits bestimmen. Allein in diesen und ähnlichen Rechtssätzen hat man, weil sie sich nicht speciell mit der Arbeitszeit befassen, sondern diese nur auch umfassen, keine Regeln über die Arbeitszeit zu erblicken. Dies muß auch die gemeine Meinung sein, denn anderenfalls könnte es gar keinen Arbeitsvertrag geben, für welchen die Arbeitszeit nicht geregelt wäre.

Da man ferner nur da von Regelung der Arbeitszeit sprechen kann, wo innerhalb der durch die Natur gezogenen Grenzen zeitlicher Arbeitsmöglichkeit die Arbeitszeit normiert ist, so kann selbst ein sich speciell auf die Arbeitszeit beziehendes Gesetz nicht zur Regelung der Arbeitszeit gehören, wenn es nichts über Lage, Umfang oder Verteilung der Arbeitszeit vorschreibt, sondern gerade die Schrankenlosigkeit verfügt. Formell ist es eine Regel für die Arbeitszeit, inhaltlich gibt es keine Regelung derselben. Dies ist zu sagen von BGB. § 271 Abs. 1: wenn danach unter gewissen Bedingungen der

Arbeitgeber die Arbeit sofort verlangen kann, so kann er sie auch später und jederzeit verlangen, solange sie noch zu leisten ist. Wenn sodann nach SeemO. § 30 und BischG. § 23 der See- wie der Binnenschiffsmann „verpflichtet ist, jederzeit alle für Schiff und Ladung ihm übertragenen Arbeiten zu verrichten“, und ebenso nach dem FlG. § 19 der Flossmann „verpflichtet ist, jederzeit alle für die Flößerei ihm übertragenen Arbeiten zu verrichten“, so wird durch derlei Vorschriften den Arbeitnehmern kein Aufschub eingeräumt, keine Ruhezeit vorbehalten; alle Tage der Kalenderwoche und alle Stunden des Kalendertages gehören gesetzlich zu ihrer Arbeitszeit; die ihnen obliegende Arbeit kann jederzeit gefordert werden. Jene Vorschriften bedeuten nicht eine Regelung der Arbeitszeit, sondern das Gegenteil, — sie geben die Ungeregeltheit gesetzlich frei.

Auch das ist endlich, obwohl vom Gesetz ausgehend, nicht eine Regelung der Arbeitszeit, daß das Gesetz einen anderen ermächtigt oder auch verpflichtet, seinerseits die Regelung vorzunehmen; indem das Gesetz selbst keine Schranke aufstellt, höchstens auf den Zweck der Regelung hinweist, enthält es sich der Regelung der Arbeitszeit. Einer solchen außerhalb der Regelung liegenden mittelbaren Fürsorge begegnen wir

1. in GewO. § 120^e Abs. 3, wo der Bundesrat ermächtigt wird, „für solche Gewerbe, in welchen durch übermäßige Dauer der täglichen Arbeitszeit die Gesundheit der Arbeiter gefährdet wird“, eine gewisse Regelung dieser Arbeitszeit vorzunehmen;

2. in GewO. § 134^b Nr. 1 nebst § 139^k Abs. 2, wonach die obligatorische Arbeitsordnung Bestimmungen enthalten muß zur Regelung der Arbeitszeit;

3. in BGB. § 618 Abs. 2, wonach der Arbeitgeber beim Dienstvertrag, wenn er den Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen hat, „in Ansehung . . . der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen hat, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion“ des Arbeitnehmers erforderlich sind;

4. in HGB. § 62 Abs. 2, wo das Nämliche dem Prinzipal für den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen vorgeschrieben ist;

5. in HGB. § 62 Abs. 1, wonach der Prinzipal verpflichtet ist, die Arbeitszeit des Handlungsgehilfen so zu regeln, daß Gesundheitsgefährdung und andere Mißstände hintangehalten werden. Diese wie die unter 4. angeführte Bestimmung gilt auch für Handlungslehrlinge: § 76 Abs. 1;

6. in BGB. § 629, wonach der Arbeitgeber „nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses“ dem Arbeitnehmer „auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren hat“. Die vom Arbeitgeber zu gewährende Zeit fällt in die Arbeitszeit, da die Erholungszeit ohnedies zur Verfügung des Arbeitnehmers steht. Es wird hier dem Arbeitgeber eine Beschränkung der Arbeitszeit zur Pflicht gemacht.

Hierher glauben wir auch BGB. § 618 Abs. 1 stellen zu müssen¹, obwohl darin nicht, wie in HGB. § 62 Abs. 1 (oben Nr. 5), ausdrücklich von der Arbeitszeit die Rede ist. Denn nach der Erfahrung ist es nicht bestreitbar, daß Leben oder Gesundheit des Arbeitnehmers dadurch gefährdet werden kann, daß die Arbeit zu lange ausgedehnt, oder nicht angemessen unterbrochen, oder auf ungeeignete Stunden verlegt wird. Diese Gefahr kann dadurch hintangehalten werden, daß der Arbeitgeber, wo ihm die Anordnung oder Leitung der Arbeit zusteht (S. 93 fg.), die Arbeitszeit in den angegebenen Beziehungen regelt. Wird ihm daher überhaupt die Regelung der Arbeit („Dienstleistungen“) behufs Abwendung abwendbarer Lebens- oder Gesundheitsgefahr zur Pflicht gemacht, so begreift diese Regelung auch die der Arbeitszeit.

Ebenso ist in § 120^a und § 120^c GewO.² die Regelung des Betriebes auch auf die Regelung der Arbeitszeit zu beziehen. Dies hat die wichtige Konsequenz, den Gewerbeaufsichtsbeamten gemäß GewO. §§ 139^b, 147 Nr. 4 den gesetzlich gegründeten Einfluß auf die vom Arbeitgeber zu bewirkende Regelung der Arbeitszeit erwachsener Arbeiter zu verschaffen, den jene Beamten vermissen³.

¹ „Der Dienstberechtigte hat . . . Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“

² GewO. § 120^a: „den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit so weit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebes gestattet“. § 120^c „bei der Regelung des Betriebs diejenigen besonderen Rücksichten auf Gesundheit und Sittlichkeit zu nehmen, welche durch das Alter dieser Arbeiter geboten sind“.

³ Bericht der badischen Fabrikinspektion für 1899 S. 24 gegenüber Beschwerden von Arbeitern über Nötigung, wöchentlich mehrmals 24- und 36-stündige Schichten zu machen: „Es läßt sich hiergegen bei dem Mangel an Vorschriften über die Arbeitszeit erwachsener männlicher Arbeiter nicht einschreiten“. Amlt. Mitteil. aus d. Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten f. 1898 S. 121: Arbeiter, die 17stündige und längere tägliche Arbeitszeit haben und „die Inspektionsbeamten fragten, ob hiergegen nicht von Gesetzes wegen eingeschritten werden könnte, worauf sie nach dem gegenwärtigen Stande

II. Die im vorausgehenden definierte Regelung der Arbeitszeit erfolgt vor allem, aber nicht allein durch Gesetz¹ und durch Verordnung². Man wird bei Gesetz zunächst an das BGB. denken: allein bei keinem seiner Typen oder Arten von Arbeitsvertrag findet sich eine Regelung der Arbeitszeit. Auch läßt sich nicht sagen, daß durch die Auslegungsvorschrift des § 193 BGB. jedem Arbeitnehmer die Sonntagsruhe gewährleistet sei. Danach kann, wer an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Arbeit zu leisten hat, falls jener Tag oder der letzte Tag dieser Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, die Arbeit auf den nächstfolgenden Werktag verlegen oder diesen in die Frist einbeziehen. Wer aber während einer Monatsfrist täglich Arbeit zu leisten hat, wird durch § 193 nicht von der Pflicht frei, die Arbeit auch an den in jene Frist fallenden Sonn- oder Feiertagen zu leisten.

Den gesetzlichen Regeln stehen die des Gewohnheitsrechts zur Seite. Diese kommen hier in der Verkehrssitte zum Vorschein. Solche Verkehrssitte wechselt nach Raum („Ortsgebrauch“, z. B. HGB. § 59) und Zeit, nach den Personen der Arbeitnehmer und den Gattungen der Arbeit. Hier bringen die Gegensätze von Stadt und Land, von Klein- und Großstadt, von Binnen- und Seestadt Verschiedenheiten hervor, ebenso die Kulturentwicklung³ und der Wandel in den Lebensansprüchen⁴. Ferner differenziert sich die Arbeitszeit

der Sache abschlägig beschieden werden mußten“. Dieser Bescheid war nach der GewO. nicht zutreffend.

¹ Reichsgesetz oder Landesgesetz, z. B. GewO. § 105^b.

² Mit Zustimmung des Bundesrats erlassene kaiserliche Verordnung (z. B. GewO. § 105^g), Bundesratsbeschluss (z. B. GewO. § 139^a), statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes (z. B. GewO. § 105^b Abs. 2), Ortsstatut (GewO. § 139^c). Etwas den Verordnungen Nahekommendes sind die autonomen „Unfallverhütungsvorschriften“ von Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung. Durch dieselben können die Berufsgenossen angehalten werden, „Anordnungen“ zur Verhütung von Unfällen in ihren Betrieben zu treffen, und solche Anordnungen können sich auch auf die Arbeitszeit beziehen, da deren Regelung die Unfallgefahr beeinflusst. Vgl. GewUVG. § 112, Land- und forstw. UVG. § 120.

³ wie die Erleichterung oder die Verbesserung der künstlichen Beleuchtung: Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 194, ferner die Berührung ländlicher Arbeiter mit der Industrie: Weber in Verhältnisse der Landarbeiter III, 40. 537. S. auch S. 594 und 202 („die durch die Rübenkultur herbeigeführte lange Arbeitszeit“). Landarbeiter in den evang. Gebieten II, 34. 70. 196. 197.

⁴ Einstweilen erheben noch weite Kreise von Konsumenten den Anspruch, bei Tagesbeginn Backwerk zu haben, das in der vorangehenden Nacht hergestellt worden ist. Vgl. Lage des Handwerks VII, 163. 164. Ferner gilt es

gewohnheitsrechtlich nach Alter, Geschlecht und Konfession der Parteien und nach den Gattungen der Arbeit, namentlich nach dem Ort ihrer Verrichtung: auf der Stör oder in der Werkstätte, im Freien oder im geschlossenen Raum, unterirdisch oder über Tag, an festem Standort oder auf in Bewegung zu erhaltendem Fahrzeug (Verkehrsgewerbe). In altem Herkommen wurzelnde, von religiösen Geboten gestützte, mit Sonnenauf- und Sonnenuntergang wie mit dem Wechsel der Jahreszeiten und mit traditionellen Mahlzeiten zusammenhängende Normen der Arbeitszeit fehlen fast nirgends¹. Erst der Kapitalismus in Industrie, Verkehr und Urproduktion, die Maschinerie und der Großbetrieb haben jene alten Schranken vielerorts niedergelegt, den Feierabend hinausgeschoben, die Nacht zum Tag gemacht, die Sonntage und Feiertage in Beschlag genommen, Pausen gestrichen oder auf das Notdürftige verkürzt, bis neuerdings wieder unter dem Titel des Arbeiterschutzes sich die Gesetzgebung der Arbeitszeit angenommen und die eingerissene Regellosigkeit zu Gunsten einzelner Klassen von Arbeitnehmern einigermaßen bekämpft hat. Diese Protektion ist in letzter Zeit auf Gewerbe erstreckt worden, bei denen die „übermäßige Dauer der täglichen Arbeitszeit“ nicht modernen Ursprungs ist (Bäckerei, Müllerei).

Endlich kommt es zu einer generellen Ordnung der Arbeitszeit einseitig auf dem Wege der Arbeitsordnung oder zweiseitig auf dem Wege des Tarifvertrags. Die für grössere Fabriken (nebst solchen gleichstehenden Anlagen) und für grössere offene Verkaufsstellen vom Arbeitgeber zu erlassenden Arbeitsordnungen sind obligatorisch auch nach dem Inhalt (S. 232). Sie müssen Bestimmungen enthalten über Anfang und Ende der regelmässigen täglichen Arbeitszeit — der wöchentlichen ist nicht genügend —, sowie über Anfang und Ende der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen. Die Pausen der übrigen Fabrikarbeiter, nämlich der jugendlichen und der Arbeiterinnen, auch der nicht unter obligatorische Arbeits-

manchenorts noch für selbstverständlich, das das Bedürfnis nach Geselligkeit und Alkohol jederzeit, auch auf Kosten der Nachtruhe von Gastwirtsgehülfen, Gelegenheit zur Befriedigung finde, z. B. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 70. 73. 76–78. 84. 92. 93.

¹ Während bei manchen Arbeiten (wie Landwirtschaft, Bauten, Binnen- und Seeschifffahrt, Konservierung von Vegetabilien) die Arbeitszeit unmittelbar von der Jahreszeit abhängt, ist dies bei anderen nur mittelbar der Fall, indem die an gewisse Jahreszeiten gebundene Konsumtion (z. B. von Kleidung, Bijouterie, Spielwaren) die Arbeitszeit zu Jahreszeiten beeinflusst, die mit der dann erfolgenden Produktion in keinem Zusammenhang stehen. Es giebt also zweierlei „Saisonalarbeit“.

ordnungen fallenden, sind schon gesetzlich festgestellt. Die Arbeitsordnung braucht Bestimmungen nur über die regelmäßige Arbeitszeit zu enthalten; der ausnahmsweise Platz greifenden muß in ihr nicht gedacht sein¹ (GewO. § 134^b Nr. 1).

Die Regelung der Arbeitszeit, welche die obligatorische Arbeitsordnung enthalten muß, pflegt auch dem Tarifvertrag, der noch nicht obligatorisch ist, nicht zu fehlen. Selten wird ein solcher geschlossen, ohne daß darin die Arbeitszeit geregelt wird, bisweilen mit größerer Genauigkeit, als dies für Arbeitsordnungen vorgeschrieben ist². Diese zweiseitige Regelung der Arbeitszeit ist darum hervorzuheben, weil sie sich nicht bloß, wie die der besprochenen Arbeitsordnung, auf bestimmte Kategorien von Arbeitern bezieht: der Tarifvertrag hat persönlich einen weiteren Bereich als die obligatorische Arbeitsordnung. Übrigens kann die Arbeitszeit auch in einer fakultativen, d. h. nicht auf Grund der GewO. zu erlassenden Arbeitsordnung³, einer Werkstattordnung, einem Theaterhausgesetz u. dgl. (S. 228^a) geregelt sein. Das Generelle an der Ordnung der Arbeitszeit durch Tarifvertrag, Arbeits- oder Werkstattordnung u. dgl. besteht, wie bei der gesetzlichen und der gewohnheitsrechtlichen Regelung, in der Gültigkeit für eine unbestimmte Mehrheit von Arbeitsverträgen. Soweit eine generelle Ordnung vorhanden ist, kann eine davon abweichende Bestimmung der Arbeitszeit für den gegebenen Arbeitsvertrag gelten, falls jene Ordnung nicht eine zwingende ist oder sonst Vorbehalte macht. Von den gesetzlichen Regeln ist wohl die Mehrzahl zwingender Natur⁴, während die des Gewohnheitsrechts durch Arbeitsordnung, Tarifvertrag oder sonstige Vereinbarung außer Kraft gesetzt werden können. Hingegen von den in einer obligatorischen Arbeitsordnung

¹ wohl aber der Differenzen, welche nach der Besonderheit der Arbeit für die Arbeitszeit gelten, z. B. der Heizer; zahlreiche Unterschiede dieser Art in den Arbeitsordnungen von Glashütten, z. B. des Glashüttenwerks Hildburghausen (1898).

² z. B. Tarifvertrag der Steinsetzer in Berlin: Soziale Praxis VIII, 1085. 1053.

³ z. B. „Allgem. Arbeitsordnung für die Lohnarbeiter der Stadt Stuttgart“ (seit 1. Juli 1898) § 10.

⁴ Das hindert freilich nur die Gültigkeit einer abweichenden Privatdisposition, nicht das Vorkommen abweichender Arbeitszeit. Zahllose krasse Beispiele solcher Übertretungen alljährlich in den Berichten der Fabrikinspektoren. „Es hat sonach die Bestimmung der Arbeitszeit in der Arbeitsordnung der Fabriken nur geringen praktischen Wert; in der That ist sie sehr ungeregelt und wird nach dem Belieben und Bedürfnis des Fabrikanten bestimmt“: Fabrikinspektor Fuchs, Die soz. Lage der Pforzheimer Bijouteriearbeiter (1901) S. 71.

oder in einem Tarifvertrag aufgestellten Regeln über die Arbeitszeit kann eine in den Arbeitsvertrag aufgenommene Bestimmung abweichen, nur wenn jene Regeln entsprechenden Spielraum gelassen haben (Abschn. VI).

III. Wo und soweit es an einer generellen Ordnung (Regelung i. e. S.) der Arbeitszeit fehlt, kann für den gegebenen Arbeitsvertrag oder für eine bestimmte Mehrheit solcher — wenn nämlich Arbeitsverträge mit mehreren Arbeitnehmern auf einmal abgeschlossen werden — eine Regelung im weitern Sinn (S. 474) sich entweder aus den Umständen ergeben oder auf Vereinbarung der Parteien des Arbeitsvertrags oder endlich auf einseitiger Festsetzung einer Partei beruhen¹. Betrachten wir diese drei Wege einzeln.

Dafs die Zeit für die Vornahme der Arbeit, als Leistung aus dem Arbeitsvertrag, den Umständen zu entnehmen sein kann, wird durch BGB. § 271 Abs. 1 und HGB. § 59 a. E. vorgesehen. Aus den Umständen, namentlich aus dem bisherigen Brauch der Arbeitsstätte, aus der Natur des Arbeitsprozesses, oder aus dem Zweck der Arbeit kann sich ergeben etwa, dafs sie am Vormittag oder alsbald in Angriff zu nehmen, ununterbrochen fortzusetzen oder zeitweise einzustellen und bei einem gewissen Punkt zu endigen sei². Der Kellner, dessen Arbeit in der Bedienung der Gäste besteht, macht sich durch den Arbeitsvertrag anheischig, diese Arbeit zu leisten, wann immer Gäste zu bedienen da sind, ohne Rücksicht auf den Unterschied von Sonn- und Werktag. Dafs manche im Freien zu verrichtende Arbeit (Landwirtschaft, Bauten) regelmäfsig mit Eintritt der Dunkelheit aufhört, entspricht ebenso einer generellen Ordnung (S. 478/9), als es im gegebenen Fall aus den Umständen folgt³. Hingegen hat der Heizer oder Maschinist einer Fabrikdampfmaschine, wenn der Fabrikbetrieb bei Nacht weitergeht, den Umständen nach auszuharren, bis ihm Ab-

¹ Damit „dafs eine bestimmte Arbeitsdauer für den Tag oder eine bestimmte Feierabendstunde nicht vereinbart ist“, ist ihr Dasein nicht ausgeschlossen, und mit dem Berliner Gewerbegericht (Unger, Entscheidungen Nr. 22. I) „davon ausgehen, dafs bei einer Vereinbarung von Wochenlohn ohne Festsetzung der Arbeitszeit der Arbeiter seine gesamte Kraft in den Dienst des Arbeitgebers stellt“, würde eine Vernachlässigung anderer Quellen der Regelung bedeuten.

² So hat das Gewerbegericht in Berlin entschieden (Vorwärts vom 19. Aug. 1900), dafs die tägliche Arbeit eines Werkmeisters mangels besonderer Abrede mit der der gewöhnlichen Arbeiter des Betriebes endige.

³ S. jedoch z. B. Landarbeiter in den evangel. Gebieten II, 128: Rübenmädchen, die bei weitem länger als 12—13 Stunden arbeiten, „oft sogar noch bis in die Nacht beim Mondenschein“.

lösung zuteil wird. Ebenso ergibt sich aus dem Zweck der Krankenpflege oder etwa aus der Natur der vorliegenden Krankheit, daß der Krankenwärter seine Arbeit nicht mit Einbruch der Nacht einstellen darf. Für den Arbeitsvertrag, den ein Arzt durch Übernahme der Behandlung geschlossen hat, ist die Arbeitszeit einigermassen durch die Umstände bestimmt, wonach er z. B. verpflichtet sein kann, nicht erst nach acht Tagen einen zweiten Krankenbesuch zu machen¹.

Die Bestimmung der Arbeitszeit durch Übereinkunft der Parteien des Arbeitsvertrags ist ein alltägliches Vorkommnis. Wo es sich z. B. um Erteilung von Privatunterricht handelt, muß schon, weil hier der Schüler, der oft der Arbeitgeber ist, durch die Arbeit des Lehrers in Mitleidenschaft gezogen wird, Maß und Lage der Arbeitszeit vertraglich fixiert werden. Mit dem anzustellenden Gewerbe- oder Handlungsgehülfen, dem Umzugsunternehmer, dem Störarbeiter, dem Gärtner wird Tag oder Stunde verabredet, wann die Arbeit beginnen soll. Die Übereinkunft kann sich auf die ganze zeitliche Modalität der Arbeit erstrecken, ihre Ausdehnung und ihre Unterbrechung durch Pausen, Urlaub oder Ferien.

Auch die einseitige Bestimmung der Arbeitszeit ist keine seltene Erscheinung, mag sie vom Arbeitnehmer oder vom Arbeitgeber ausgehen. Wo jedoch dieser Fall vorliegt, kann es leicht geschehen, daß die einer Partei vorbehaltene Regelung zur Negation einer solchen Regelung führt. Daher ist die unregelmäßige oder regellose Arbeitszeit da zu finden, wo die einseitige Bestimmung zulässig, und die Klage darüber vorzüglich dort anzutreffen, wo diese Bestimmung dem Arbeitgeber überlassen ist². Einseitige Bestimmung des Arbeitnehmers treffen wir beim Arbeitsverhältnis z. B. des Vorlesers, der Gesellschafterin, des Bücherrevisors, denen freisteht, die Zeit für die Arbeit zu wählen. Der Heimarbeiter (S. 472) wie der Handwerker (für Werkstattarbeit) darf die ihm obliegende Arbeit in die ihm passende Zeit legen und sie

¹ S. ferner Danckwardt in Iherings Jahrbüchern XIV, 270: „Die Arbeitszeit gewisser Dienstboten ist nie, nicht einmal des Nachts, unterbrochen, z. B. der Säugammen, Kinderwärterinnen.“

² z. B. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 17 S. 29: „Ich kann konstatieren, daß von einer Regelung der Arbeitszeit gar keine Rede ist, daß die Leute, wenn sich die Schlepsschiffahrt rentiert, auf das Äußerste ausgebeutet werden.“ Tönnies in Brauns Archiv X, 203 („die Arbeitszeit ist regellos“). Pafsehl in Neue Zeit XVIII, 2, 686 („die Arbeitszeit ist eine völlig unregelmäßige“). Die zwei letzten Äußerungen beziehen sich auf gewisse Hafendarbeiten in Hamburg. Von der Schlächterarbeit in Düsseldorf heißt es in Lage des Handwerks I, 245: „Die Arbeitszeit ist unregelmäßig und schwankend.“

beliebig unterbrechen¹. Bei zahlreichen Akkorden, die mit Bestimmung einer Lieferzeit eingegangen werden, sehen wir die Arbeitszeit unbestimmt gelassen in der Meinung, daß sie nach Umfang und Verteilung allein vom Arbeitnehmer bestimmt werden soll (S. 472). Ebenso häufig finden wir umgekehrt die Bestimmung der Arbeitszeit als Sache des Arbeitgebers vor, dem diese Direktion nach den Umständen zukommt, oder im Arbeitsvertrag besonders eingeräumt worden ist². Solche Verfügungsfreiheit pflegen die Unternehmer oder Direktoren von Theatern zu besitzen, indem sie durch Anberaumung von Proben und Aufführungen nach Zahl und Gegenstand und durch die Verteilung der Rollen diskretionär die Arbeitszeit für die Leistungen ihrer Arbeitnehmer, der Musiker, der Darsteller und der sogenannten Theaterarbeiter bestimmen. In unvergleichlich größerem Maße trifft man die einseitige Bestimmung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber in vielen landwirtschaftlichen Betrieben an. Hier werden unzählige Kontrakte dahin abgeschlossen, daß der Arbeitnehmer auf Verlangen des Arbeitgebers täglich zur Arbeit zu kommen hat und nur zu der vom Arbeitgeber bestimmten Zeit den Vertrag vollziehen kann. In solchen Arbeitsverhältnissen stehen vorzüglich die Insten im ostelbischen Deutschland³. Sie erhalten als Entgelt für ihre Arbeitsleistung, die sie teils persönlich, teils durch von ihnen gestellte Scharwerker oder Hofgänger machen, bald Zeitlohn, meist Tagelohn, bald Akkordlohn. Außerdem bekommen sie als Jahreslohn Landnutzung und wohl auch noch andere Naturralleistungen. Da diese Naturalvergütung während des Jahres nicht variiert, unabhängig ist von dem veränderlichen Umfang der Arbeit, die sie auf Verlangen des Arbeitgebers leisten und nach dem wechselnden Umfang durch Geld belohnt

¹ Von den im Akkord arbeitenden Töpfergesellen des preussischen Kreises Bunzlau: „Es besteht kein festgesetzter Arbeitstag unter Kontrolle des Meisters; vielmehr ist Kommen und Gehen in das Belieben der Arbeiter gesetzt . . .“ Lage des Handwerks I, 201, ähnlich 400/1. Wörishoffer, Die soziale Lage der Fabrikarbeiter in Mannheim S. 73 (mit Bezug auf die Cigarrenindustrie): „Daß die Arbeitszeit wegen der ausschließlichen Akkordarbeit und der Einfachheit der Einrichtungen in das Belieben des Einzelnen gestellt ist.“ S. auch Wörishoffer, Die soziale Lage der Cigarrenarbeiter im Großherzogtum Baden S. 17—20.

² z. B. Verhältnisse der Landarbeiter III, 745 aus einem Kontrakt eines mecklenburgischen Gutsbesitzers mit einem Deputatisten: „Die Arbeitszeit des Deputatisten hängt lediglich von der Bestimmung des Dienstherrn ab, welcher der Deputatist sich unbedingt zu unterziehen hat.“ S. ferner a. a. O. II, 567 (§ 2), 572 (§ 2), 579.

³ S. auch Landarbeiter in den evangel. Gebieten II, 125. 126.

bekommen, so hat man das hier obwaltende Entgeltverhältnis von nationalökonomischer Seite so aufgefaßt, daß die Landnutzung gar nicht Arbeitslohn, sondern Entgelt für die Bereitschaft zur Arbeit sein soll. Der Jurist kann eine solche Auffassung nicht annehmen. So wenig er das Engagement oder den Arbeitsvertrag des Bühnenkünstlers, dem außer der Monatsgage Spielhonorar für jedes Auftreten zugesagt ist, zerlegt in einen Vertrag mit Monatslohn für die Spielbereitschaft während eines Monats und einen Vertrag mit Spielhonorar für jede Mitwirkung an einer Vorstellung, sondern nur einen Arbeitsvertrag gelten läßt (S. 339²), so wenig kann dies beim Instkontrakt der Fall sein. Juristisch liegt auch hier nur ein Arbeitsvertrag, d. h. die Verbindung einer Zusage von Arbeit und einer Zusage mehrfältigen Entgeltes für die Arbeit vor. Wer sich zur Arbeit anheischig macht, so daß er sie, wann immer sie von ihm geheischt wird, leisten muß, wer in diesem Sinne seine Bereitschaft zur Arbeit zusagt, verspricht damit Arbeit, Arbeit mit eigentümlich bestimmter Zeit. Die Besonderheit der gedachten Arbeitsverträge — die nicht die einzigen ihrer Art sind — besteht, soweit sie hier in Frage kommt, nur darin, daß die Bestimmung der Arbeitszeit, d. h. hier der Tage, an denen die fürs Jahr zugesagte Arbeit zu leisten ist, im Ermessen des Arbeitgebers steht.

Ein anderer verbreiteter Arbeitsvertrag, bei dem in weitem Maß die Bestimmung der Arbeitszeit dem Arbeitgeber zusteht, ist der Gesindevertrag. Die Dienstboten sind fast immer in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen (S. 19²), und andererseits bildet das Gesinde einen beträchtlichen Teil derjenigen Arbeitnehmer, die in diese häusliche Gemeinschaft aufgenommen sind. Eben hiermit hängt es wohl zusammen, daß die Arbeitszeit der Dienstboten nach Lage, Umfang und Verteilung fast allein vom Arbeitgeber bestimmt wird¹. Daß auch das Gesetz von der Annahme einseitiger Bestimmung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber für das Arbeitsverhältnis des Gesindes ausgeht, zeigt BGB. § 618 Abs. 2². Nach dieser Stelle (S. 476) sind nicht etwa die für die Gesundheit des Arbeitnehmers erforderlichen Bestimmungen der Arbeitszeit durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu vereinbaren, sondern es hat der Arbeitgeber in Ansehung der Arbeits- und Erholungszeit die

¹ Dies wirkt auf den Umfang der Arbeitszeit ein. Cum grano salis trifft hier zu der Ausspruch von Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen S. 119: „so haben unsere Dienstboten in Wirklichkeit einen Normalarbeitstag von 24 Stunden“.

² BGB. § 618 gilt nach Einf. Ges. z. BGB. Art. 95 auch für das Gesinde

erforderlichen „Einrichtungen und Anordnungen zu treffen“. Dafs sich das Gesetz an den Arbeitgeber wendet und zwar von ihm gewisse Anordnungen und Einrichtungen hinsichtlich der Arbeitszeit verlangt, geschieht eben in der Voraussetzung, dafs in dem fraglichen Arbeitsverhältnis die zeitliche Direktion der Arbeit ohnehin dem Arbeitgeber zukommt. Dafs aber auch der vorhin vermutete Zusammenhang besteht zwischen der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und der erwähnten Direktion des Arbeitgebers, finden wir bestätigt durch HGB. § 62 Abs. 2 (S. 472 vgl. 93²), wo wiederum gegenüber dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen dem Prinzipal auferlegt wird, in Ansehung der Arbeits- und Erholungszeit des Arbeitnehmers gewisse „Anordnungen“ und Einrichtungen zu treffen.

IV. Die Ordnung der Arbeitszeit — mag es sich um Regelung engeren oder weiteren Sinnes handeln — bezieht sich nicht notwendig unmittelbar auf den Arbeitsvertrag, in dem sie zur Geltung kommt. Man kann vielmehr eine mittelbare Ordnung unterscheiden sowohl bei der gesetzlichen als bei der vertraglichen Regelung.

Betrachten wir zunächst die gesetzliche. Hier hat man sich zu erinnern, dafs von Arbeitszeit nicht nur im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag gesprochen werden kann. Auch der Arbeit, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrags verrichtet wird, kann eine Zeit zugeschrieben werden; namentlich wer für sich arbeitet und wer nicht Erwerbsarbeit verrichtet, kann seine Zeit in Arbeitszeit und Erholungszeit einteilen. Daher spricht man in nationalökonomischen Erörterungen von Arbeitszeit auch bei solchen Alleinbetrieben, in denen die Arbeit nicht Erfüllung eines Arbeitsvertrags ist oder sein muß¹; oder man beurteilt die lange Arbeitszeit verheirateter in Fabriken beschäftigter Frauen, indem man auf die Arbeit Rücksicht nimmt, die dieselben außerhalb der Fabrik noch in ihrer Haushaltung verrichten². Obwohl der größte Teil der in den Kulturländern geleisteten Arbeit in Vollziehung von Arbeitsverträgen verrichtet wird (S. 2/3), so ist doch die Erinnerung daran, dafs die Arbeitszeit etwas über das Dasein von Arbeitsverträgen Hinausragendes ist, dem Verständnis der Stellung förderlich, die der Gesetzgeber bei Regelung der Arbeitszeit in der GewO. meistens eingenommen hat. Sein Ziel, wenn es ihm um die Wohlfahrt arbeitender Menschen zu thun war,

¹ z. B. Lage des Handwerks II, 280.

² Soziale Praxis IX, 1299/1300, vgl. Bericht der badischen Fabrikinspektion für 1899 S. 90.

mußte sein, deren Arbeitszeit nach Lage, Umfang und Einteilung zu begrenzen. Die vom Arbeiter an Stätten, die unter dessen eigener Verfügung stehen, verrichtete Arbeit liefs er im Ganzen unberührt¹. Wo er die sonstige Arbeit einschränkt, ist es ihm einerlei, ob diese Arbeit Vollzug von Arbeitsverträgen ist (S. 111). Er giebt die meisten Vorschriften über die Arbeitszeit nicht als Bestimmungen für Arbeitsverträge, sondern erläßt sie als Gebote und Verbote, gewisse Personen zeitlich in gewisser Weise zu beschäftigen, ihnen Beschäftigung zu geben². Diese Gebote und Verbote sind nicht an die Kontrahenten von Arbeitsverträgen als solche gerichtet, sondern an die Gewerbetreibenden, Fabrikanten, Prinzipale, von denen die Beschäftigung ausgeht. Sie können darum auch nicht von den Beschäftigten selbst übertreten werden, sondern nur von den Beschäftigenden. Deshalb werden nur die Unternehmer oder „Gewerbetreibenden“, welche die Subjekte und nicht die Objekte der Beschäftigung sind, wegen der Übertretung jener Vorschriften mit Strafe bedroht (GewO. § 146 Nr. 2. § 146^a). Auch wenn daher aus irgend einem Grunde die Arbeit nicht Vollzug eines Arbeitsvertrags ist, kann doch eine vom Unternehmer ausgehende Beschäftigung der vom Gesetz zu schützenden Personen vorliegen und diese Beschäftigung entweder als die zeitlichen Schranken einhaltend straflos oder als die zeitlichen Schranken überschreitend strafbar sein³. Unmittelbar also regelt das Gesetz nicht die Arbeitszeit im Sinne dieses Abschnitts, denn unmittelbar bekümmert es sich nicht um den Arbeitsvertrag. Erst dadurch, daß es zeitlich die Beschäftigung regelt, d. h. dem Unternehmer vorschreibt, wie dieser die von ihm ausgehende Beschäftigung zeitlich zu gestalten hat, also nur mittelbar greift das Gesetz in die privatrechtliche Arbeitszeit ein.

Von mittelbarer gesetzlicher Regelung mag man ferner da reden, wo eine solche durch Reflex einer anderen zustande kommt. Denn

¹ Einzelne Schranken können sich ergeben aus GewO. §§ 41^a. 41 b. 60^b Abs. 1.

² GewO. §§ 105^b. 105^c. 105^f. 105^g. 135—139^a. 139^c. Hingegen haben wir dem Recht des Arbeitsvertrags angepaßte in § 105^a: „Zum Arbeiten an Sonn- und Festtagen können die Gewerbetreibenden die Arbeiter nicht verpflichten“; ebenso § 105¹.

³ Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen XI, 308: „Es ist gleichgültig, ob der Fabrikbesitzer selbst mit denselben (Kindern) in ein Vertragsverhältnis tritt . . .“ IX, 102 fg. — Wenn ein Kind, das nach BGB. § 1617 verpflichtet ist, „den Eltern in ihrem Geschäfte Dienste zu leisten“, ohne Arbeitsvertrag vom Vater in dessen Fabrik beschäftigt wird, so gelten für dasselbe die zeitlichen Schutzbestimmungen der GewO.

unmittelbar entbehrt der Arbeitsvertrag des Baumeisters mit dem Bauherrn der gesetzlichen Regelung der Arbeitszeit. Da aber die Maurergesellen nach GewO. § 105^b an Sonn- und Festtagen bei Bauten nicht beschäftigt werden dürfen, so wirkt diese Beschränkung der Arbeitszeit auf den Vollzug jenes Arbeitsvertrags zurück, wie wenn dieser Vollzug unmittelbar zeitlich geregelt wäre¹.

Eine mittelbare Ordnung kann auch die vertragsmäßige sein. Ein einflussreicher Besteller, z. B. eine Stadtgemeinde, die ein größeres Werk vergiebt, etwa den Bau einer unterirdischen Eisenbahn, legt dem Unternehmer auf, bei der Ausführung des Werkes eine gewisse Arbeitszeit einzuhalten und nötigt ihn dadurch, die von ihm als Arbeitgeber zu schließenden Arbeitsverträge mit der von seinem Besteller ausbedungenen Arbeitszeit zu versehen. Hier ist die von der Stadtgemeinde getroffene Ordnung der Arbeitszeit für diejenigen Arbeitsverträge, in denen sie durch den Unternehmer zur Geltung gebracht wird, eine mittelbare. Das Gleiche ist der Fall, wo eine Stadt an die Konzession zum Betrieb einer Straßenbahn auf ihrem Boden die Bedingung geknüpft hat, daß der Konzessionär in die Anstellungsverträge des Personals eine von der Stadt bestimmte Arbeitszeit aufnehme².

V. Innerhalb der Ordnungen oder Regelungen der Arbeitszeit ist der Unterschied bemerkenswert, daß sie sich entweder auf die Arbeit im ganzen beziehen, d. h. mindestens auf diejenige Arbeit, welche im Arbeitsvertrag vorzüglich zugesagt, auf die Arbeit, die ihm eigentümlich ist, oder aber nur auf eine und die andere Arbeit, die zwar aus dem Arbeitsvertrag zu leisten ist, jedoch nur einen Bestandteil der Gesamtleistung bildet, vielleicht gar nicht diejenige ist, um derentwillen der Vertrag eingegangen wurde. Nach dem Gewicht, das der Arbeit, die zeitlich geregelt wird, im Arbeitsvertrag zukommt, darf man daher totale und partielle Regelung der Arbeitszeit unterscheiden. Die gewerbliche Arbeit, die in verschiedenen Richtungen

¹ wie der Fall ist beim Frachtvertrag des Frachtführers in der Binnenschifffahrt (der auch Eigentümer des Schiffes sein kann). Nach BtSchG. § 42 ist er zur Übernahme der Güter (beginnender Vollzug: vgl. § 66 Abs. 1) an Sonn- und allgemeinen Feiertagen nicht verpflichtet. So regelt das Gesetz die Arbeitszeit, ohne Rücksicht darauf, ob der Frachtführer selbst die Arbeit der Übernahme verrichtet.

² oben S. 229², vgl. auch noch Blätter f. soziale Praxis 1894 I, 84. II, 144. 209. Soziale Praxis VIII, 1002/3. Thurow, Die praktischen Erfolge der Achtstundenagitation (1898) S. 16—18.

von der GewO. zeitlich geregelt wird, bildet die Hauptleistung des Arbeitnehmers in zahllosen Arbeitsverträgen. Insofern nun die Regelung der Arbeitszeit sich auf diese Hauptleistung bezieht, ist sie eine totale. Das gilt namentlich von der zeitlichen Regelung der Fabrikarbeit von Kindern, jugendlichen Arbeitern und Arbeiterinnen. Es gilt ebenso von der Regelung, die im Verbot der Arbeit an Sonn- und Festtagen besteht; aber man ersieht auch aus GewO. § 105 c, besonders Nr. 2 und 3, daß diese Regelung nicht jede aus dem Arbeitsvertrag zu leistende Arbeit umfaßt, indem gewisse exceptionelle oder vorbereitende oder konservierende Nebenarbeiten vom Verbot eximiert sind¹. Andererseits begegnen uns zahlreiche Vorschriften, die nicht die Arbeitszeit im ganzen oder für die Hauptarbeit regeln, sondern sich nur auf einzelne dem Arbeitnehmer obliegende Arbeiten beziehen: partielle Regelung der Arbeitszeit. Dahin gehören Vorschriften über die Zeit der Erstattung von Anzeigen und Nachrichten, der Rechnungslegung, der Erteilung von Auszügen aus dem Tagebuch, der Eintragung in ein solches, bei Schiffen über die Zeit ihrer Ladung (Ladezeit) und ihrer Löschung (Löschzeit). In allen derartigen Fällen liegt nur eine partielle Regelung der Arbeitszeit vor².

Ein fernerer Unterschied in der Regelung der Arbeitszeit besteht darin, daß diese Regelung bald eine absolute, bald eine relative ist. Absolut ist diejenige, welche bloß durch Hinweis auf den Kalender oder auf die Uhr erfolgt³. Dahin gehören die meisten Regeln, die die GewO. und aus ihr erwachsene Verordnungen über die Sonn- und Feiertags- und über die Nachtruhe, über die Lage, Länge und Verteilung der Arbeitszeit aufstellen⁴; eben dahin, was SeemO. § 31 über die Länge der Arbeitszeit des Schiffsmannes bestimmt, falls das Schiff im Hafen liegt, sowie die S. 487¹ erwähnte Regel für den Frachtführer

¹ z. B. für einen Sonntag Arbeiten zur Durchführung einer gesetzlich vorgeschriebenen Inventur; Arbeiten zur Reinigung und Instandhaltung.

² z. B. HGB. §§ 94 Abs. 1. 3. 384 Abs. 2. 388 Abs. 1. 437 Abs. 1. 3. 516 Abs. 2. 535 Abs. 2. 567 Abs. 1. 594 Abs. 1. BiSchG. §§ 23. 47. 52 Abs. 2. 3. FIG. §§ 12. 14 Abs. 2. — HGB. §§ 499. 534 Abs. 5. — § 101. — § 520 Abs. 4. — §§ 567—570. 573—575. 577. 581. BiSchG. §§ 29—31. 33. — HGB. §§ 594—599. BiSchG. §§ 46. 48—51.

³ Auch BGB. §§ 271. 284 unterscheiden den Fall, daß für die Leistung „eine Zeit bestimmt“, und den Fall, daß „eine Zeit nach dem Kalender bestimmt“ ist.

⁴ z. B. GewO. § 105 b. § 135 Abs. 2. 3. §§ 136 fg. Bekanntmachung betr. den Betrieb von Bäckereien und Konditoreien vom 4. März 1896, soweit hier die Länge der Arbeitsschicht und die der Ruhezeit sowie die Zahl der wöchentlichen Schichten vorgeschrieben ist.

in der Binnenschifffahrt. Relativ hingegen ist die Regelung der Arbeitszeit, wo die Arbeit in zeitliche Beziehung gesetzt wird zu anderen in die Zeit fallenden Vorkommnissen, nach welchen oder während deren sie erfolgen oder nicht erfolgen soll. So ist schon das „sofort“ in BGB. § 271 im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags zu verstehen. Dasselbe gilt von den Vorschriften über die Zeit des Dienstantritts durch den See- oder den Binnenschiffsmann und den Floßmann¹. Hierher gehören ferner die Einschränkungen der Arbeitszeit, die dem Arbeitnehmer die Teilnahme am Fortbildungs- und am Religionsunterricht möglich machen sollen². Diese Bestimmungen nehmen Bezug auf die Unterrichtszeit, wie eine andere (HGB. § 358) auf die Geschäftszeit. Auf die Zeit der Niederkunft bezieht sich die Beschränkung der Arbeitszeit bei gewissen Arbeitsverträgen weiblicher Arbeitnehmer³. Eine Reihe von Vorschriften legt verschiedenen Arbeitnehmern auf, „unverzüglich“, „ohne Verzug“, „ungesäumt“ eine einzelne Arbeitsleistung, namentlich eine Mitteilung zu machen und giebt dabei an, im Verhältnis zu welcher Thatsache — z. B. dem Geschäftsabschluss — die Unverzüglichkeit der vorzunehmenden Leistung stattfindet⁴.

VI. Der wichtigste Unterschied unter allen, sei es durch das Recht, sei es durch Privatdisposition im voraus getroffenen Bestimmungen oder Regelungen der Arbeitszeit besteht im Grad der Bestimmtheit oder Genauigkeit. Die Bedeutung dieses Unterschiedes zeigt sich bei den Folgen der Regelung, von denen im nächsten Kapitel die Rede sein wird.

An Bestimmtheit wird offenbar die relative Regelung von der absoluten im ganzen übertroffen, was die Vergleichung der unter Nr. V angeführten Bestimmungen ohne weiteres lehrt. Da die Genauigkeit der absoluten Regelung im allgemeinen einen höheren Grad zu erreichen vermag als die der relativen, so nimmt die folgende Betrachtung nur auf die erstere Rücksicht. Diese findet statt gegenüber dem Kalender oder der Uhr, deren Stand mitunter durch den der Sonne vertreten wird. Der Kalender bietet an Zeitabschnitten das Jahr, den Monat, die Woche und den Tag; aber die Regelung der

¹ SeemO. § 28. BiSchG. § 22. FIG. § 18.

² z. B. GewO. § 120. § 136 Abs. 3.

³ GewO. § 137 Abs. 5. Konfektionsverordnung § 4 Abs. 5. Verordnung betr. Inkraftsetzung von GewO. § 154 Abs. 3, vom 9. Juli 1900 (RGBl. S. 565).

⁴ S. z. B. HGB. § 84 Abs. 2. § 94 Abs. 1. 3. § 384 Abs. 2. § 388 Abs. 1. § 516 Abs. 2. § 522 Abs. 2. § 642 Abs. 1. BiSchG. § 52 Abs. 2. 3.

Arbeitszeit kann die Arbeit in Beziehung bringen auch zu einem nicht vom Kalender gebotenen, z. B. zweiwöchigen oder zehntägigen Zeitabschnitt, indem sie festsetzt, daß in den ersteren drei freie Nachmittage (Gruppen von Stunden), in den letzteren ein freier Tag oder eine Arbeitszeit von hundert Stunden u. s. w. fallen sollen¹. Der Einfachheit halber und im Hinblick auf die Frequenz des Vorkommens bleiben wir hier bei den überlieferten kalender- oder uhrmäßigen Zeiträumen und Massen stehen, und sehen von den willkürlich gebildeten ab.

Ein solcher an sich, d. h. dem Kalender oder der Uhr nach wiederkehrender Zeitraum, für welchen die Regelung oder Fixierung der Arbeitszeit vorgenommen wird, kann zweckmäßig als Arbeitsperiode bezeichnet werden, was an die Zahlungsperiode erinnert (S. 346. 347). Diese wird durch zwei Zahlungen gebildet, die sie begrenzen, während die Arbeitsperiode mit einem Abschnitt der Kalenderzeit gegeben ist, der nicht durch Parteihandlungen begrenzt wird, sondern gegebene Grenzen hat. Zahlungsperiode und Arbeitsperiode haben, da jene der Zahlungszeit, diese der Arbeitszeit zugehört, begrifflich nichts miteinander zu schaffen und brauchen daher auch nicht zusammenzufallen; es kann z. B. bei einem Arbeitsverhältnis mit zehnstündiger täglicher Arbeitszeit, für das also der Tag die Arbeitsperiode ist, die Zahlungsperiode eine einwöchige oder eine einmonatige sein. Die Arbeitsperiode hat begrifflich auch nichts zu thun mit dem lohnmessenden Zeitabschnitt beim Zeitlohnvertrag. Diese innere Fremdheit geht schon daraus hervor, daß die Arbeitsperiode ebensowohl beim Akkord als beim Zeitlohnvertrag vorkommt. Denn es kann z. B. mit einem Bauunternehmer, welcher Arbeitnehmer eines Akkordes ist, ausgemacht werden, daß auf die Bauarbeit in der Woche nicht mehr als 54 Stunden verwendet werden sollen (vgl. S. 487); in diesem Akkord ist die Woche Arbeitsperiode. Ferner gelten die zahlreichen Regeln der GewO. über die tägliche Arbeitszeit, welchen der Tag als Arbeitsperiode zu Grunde liegt, einerlei, ob der Arbeitsvertrag ein Akkord oder ein Zeitlohnvertrag ist, wie es letzterenfalls auch nicht auf die Größe des lohnmessenden Zeit-

¹ Anderes Beispiel in Bekanntmachung betr. Einrichtung und Betrieb der Bleifarben- und Bleizuckerfabriken vom 8. Juli 1893 (RGBl. S. 213) § 9: „Arbeiter, welche bei ihrer Beschäftigung mit bleiischen Stoffen oder Produkten in Berührung kommen, dürfen innerhalb 24 Stunden nicht länger als 12 Stunden beschäftigt werden.“ 24 Stunden und Kalendertag sind nicht gleichbedeutend. Rost, Der achtstündige Normalarbeitstag S. 104: Glasbläser, die nach acht Stunden Arbeit 24 Stunden Ruhe haben.

abschnitts (z. B. Stunde, Woche, Monat) und dessen Gleichheit mit der Arbeitsperiode ankommt.

Die Arbeitsperiode bildet die Basis, auf der die Fixierung der Arbeitszeit vollzogen wird. Zu dieser Fixierung gehört zuvörderst die Angabe der Länge der Arbeitszeit, z. B. per Jahr elf Monate, oder vierzig Wochen oder 300 Tage, per Monat drei Wochen oder zwanzig Tage, per Woche sechs Tage oder einundfünfzig Stunden, per Tag neun Stunden¹. Man sieht ohne weiteres, daß die Längenangabe da am genauesten ist, wo die Länge durch eine Stundenzahl ausgedrückt ist², was nur bei der Woche oder beim Tag als Arbeitsperioden vorzukommen pflegt³. Die anderen Maße, außer der Stunde, haben alle den Mangel, daß sie möglicher- oder wahrscheinlicherwise selber nicht genaue Maßeinheiten der Arbeitszeit sind, sondern zur Arbeitszeit noch Ruhezeit hinzurechnen; hingegen unter der Stunde wird die reine Arbeitszeit verstanden. Wird die Länge der Arbeitszeit für eine Arbeitsperiode mit Tagen, Wochen, Monaten angegeben, so bedarf es zur Präcisierung noch der Gewißheit, wie viele Stunden auf den Tag, die Woche, den Monat kommen. Die Bestimmung der Länge durch die Stundenzahl kann nicht durch die Angabe des Anfangs- und des Endpunktes der Arbeitszeit — z. B. Sonnenaufgang und Sonnenuntergang, von 8 Uhr vormittags bis 6 Uhr abends —

¹ Von der Stunde als Arbeitsperiode (z. B. per Stunde 45 Minuten) sehen wir der Einfachheit halber hier ab.

² Die in Stunden gemessene Arbeitszeit wird in GewO. § 136 geradezu „Arbeitsstunden“ genannt: „Die Arbeitsstunden der jugendlichen Arbeiter dürfen nicht vor 5¹/₂ Uhr morgens beginnen und nicht über 8¹/₂ Uhr abends dauern.“ Vgl. § 138 Abs. 2 „des Beginns und Endes ihrer Arbeitszeit“.

³ Angabe der Länge der „wöchentlichen Arbeitszeit“ durch Stundenzahl: GewO. § 139^a Abs. 2. Bekanntmachung betr. Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter in Walz- und Hammerwerken (v. 29. April 1892 RGBl. S. 602) II, 2 al. 3. In der Bekanntmachung betr. den Betrieb von Bäckereien und Konditoreien vom 4. März 1896 (Bäckereiverordnung) findet sich die Komplikation in der Angabe der Länge der wöchentlichen Arbeitszeit durch Stundenzahl, daß statt der letzteren Zahl die Höchstzahl (7) der auf eine Woche treffenden Schichten von gewisser Stundenzahl genannt ist. Diese Schichten sind nicht auf den Tag bezogen (weil sie in zwei Kalendertage fallen): die Arbeitsperiode ist vielmehr die Woche. Die Schichten sind durch eine gewisse Ruhezeit geschieden. Daß diese komplizierte Art der Bestimmung der wöchentlichen Arbeitszeit dem Arbeitgeber weniger Spielraum läßt, als die einfache, ist bei den öffentlichen Diskussionen der Bäckereiverordnung hervorgetreten. — Angabe der monatlichen Arbeitszeit durch indirekte Anführung der Stundenzahl kommt bei der Bergwerksarbeit vor, indem die Zahl der monatlich verfahrenen Schichten genannt und die Stundenzahl der Schicht angegeben oder als bekannt vorausgesetzt wird.

ersetzt werden, weil damit die Länge verringernde Pausen nicht ausgeschlossen sind.

Selbst die Stunden (nebst Teilen und Gruppen von Stunden oder Schichten) fixieren die Länge der Arbeitszeit innerhalb einer Arbeitsperiode nur unter der Voraussetzung, daß feststeht, was zur Arbeit gehört, so daß die darauf verwandte Zeit Arbeitszeit ist¹. Diese Voraussetzung trifft nicht immer zu. Was namentlich die Zeit anlangt, die der Arbeitnehmer zur Überwindung der Entfernung der Arbeitsstätte von seiner Wohnung, hin und zurück, verwenden muß, so kann man von vornherein zweifeln, ob sie zur Arbeitszeit gehört (S. 81 oben). Diese Frage ist von großer praktischer Bedeutung, sowohl wegen der Menge der Arbeitnehmer, die sie angeht, als wegen der Größe des Zeitaufwands, um den es sich handelt². Für den Arbeitnehmer bedeutet dieser Zeitaufwand eine Einbuße an Ruhezeit, nur um der Arbeit willen erlitten³, und die Selbsttransporte nehmen möglicherweise einen beträchtlichen Teil der Körperkraft in Anspruch⁴.

¹ S. z. B. die ministerielle Feststellung der „Fahrzeit auf Lokomotiven“ für deren Führer und Heizer: Einrechnung der Zeit für das Hinbringen der Maschine vor den Zug und das Zurückbringen. Soz. Praxis X, 1270.

² Von den 2472 Maurern, die in der Woche vom 17.—23. Juli 1898 — außer 140 Polieren, 91 Lehrlingen und 821 Handlangern — in Frankfurt a. M. gezählt wurden, hatten nur 290 ihren Wohnsitz daselbst. Von den anderen fahren 1293 und gehen 50 jeden Abend auswärts nach Hause, 514 thun dies nur am Samstag, und 325, weil sie noch entfernter wohnen, in längeren Zwischenräumen. Die Mehrzahl muß demnach außer der Arbeit täglich mehrere Stunden auf die Wege zur Arbeitsstätte und von dieser nach Hause verwenden. Die morgens mit der Eisenbahn kommenden und abends heimfahrenden sind durchschnittlich 15²/₃ Stunden von Hause abwesend, manche müssen um 4 Uhr aufstehen und kommen abends gegen 9 Uhr wieder nach Hause. Ergebnis einer statistischen Aufnahme nach dem Bericht im Vorwärts vom 29. Juli 1898. S. ferner Wörishoffer, Soziale Lage der Fabrikarbeiter in Mannheim (1891) S. 75—86: Statistisches über entfernt von ihrem Arbeitsort wohnende Arbeiter, namentlich Fabrikarbeiter, für Mannheim und seine Umgegend.

³ Daher ist die vom kaiserlichen Gesundheitsamt für das Kellner- und Küchenpersonal in Gastwirtschaften vorgeschlagene tägliche Mindestruhezeit „ohne die Wege nach und von der Arbeitsstätte gerechnet“, während sich diese Kautel nicht findet im Vorschlag der Kommission für Arbeiterstatistik. S. deren Verhandlungen Nr. 18 S. 10. 13. 14. 29. 30.

⁴ „Viele Arbeiterinnen werden auch dadurch überanstrengt, daß sie tagtäglich und bei jeder Witterung große Wegstrecken zurückzulegen haben — ein Gesamtweg von 17 km ist keine Seltenheit — und schon ermüdet zur Arbeitsstelle kommen“: Württemberg. Fabrikinspektion für 1898 S. 116/17.

Gleichwohl steht es für unzählige Arbeitsverträge, aus denen z. B. Maurer-, Schreiner-, Schlosser- oder Töpferarbeit zu leisten ist, fest, daß die gedachten Zeiten nicht in die Arbeitszeit eingerechnet werden, wie auch die von der GewO. aufgestellten Maxima sich nur auf die Arbeit „in“ den Fabriken beziehen und die Zeitaufwände für die Wege nicht berücksichtigen¹. Bei einer Mehrheit von Arbeitnehmern, die an verschiedenen Orten wohnen, würde man andernfalls zu Arbeitszeiten von verschiedener Länge kommen. Da jedoch die Einrechnung auch für den Lohnverdienst bedeutend ist, so wird in Fällen außerordentlichen Umfangs der Entfernungen, oder wenn der Ausgangspunkt für die Arbeitnehmer der nämliche ist, der Anspruch auf Einrechnung der auf die Wege verwandten Zeit in die Arbeitszeit mitunter von Arbeitnehmern erhoben und von Arbeitgeberern anerkannt².

S. ferner Schuler in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung XIII, 537/38. Jentsch, Arbeitsverhältnisse in der Forstwirtschaft des Staates S. 38. Berner, Bergarbeiter des Ostrau-Karviner Reviers (1898) S. 24. Lage der Arbeiter und Taglohn-Bediensteten bei der Großh. badischen Staatsbahn (1900) S. 8/9. — Vgl. ferner oben S. 358².

¹ Was die Arbeit in der Landwirtschaft anlangt, so heißt es in dem Kontrakt eines mecklenburgischen Rittergutsbesitzers mit einem Tagelöhner (Landarbeiter in Deutschland III, 737 fg.): „Die Wege vom Hause zur Arbeitsstelle und von dieser nach Hause werden nicht in die Arbeitszeit eingerechnet“; mit Bezug auf die Frau des Tagelöhners: „im übrigen erhält sie pro Stunde bezahlt und zwar 9 Pf., in der Ernte 12 Pf., jedoch mit Abrechnung der Zeit des Gehens von und zu der Arbeit und den Mahlzeiten“. In den oben S. 229¹ erwähnten Kontraktformularen sagt § 2: „Die Arbeitszeit beginnt pünktlich um 5 Uhr morgens mit dem Weggange vom Gutshofe und endet pünktlich um 7 Uhr abends an der Arbeitsstelle.“ Landarbeiter in Deutschland II, 567. 572.

² z. B. Position eines Tarifvertrags der Zimmerer in Mannheim (Badische Fabrikinspektion für 1897 S. 58): „Wenn die Arbeitsstelle mehr als eine halbe Stunde vom gewöhnlichen Arbeitsplatze entfernt ist, so ist der Hin- und Rückweg als Arbeitszeit zu betrachten.“ Bericht der Senatskommission für die Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen S. 41: „Für Arbeiten auf der Unterelbe gelten die Sätze des Tarifs; es wird indessen freie Hin- und Rückfahrt, die in die Arbeitszeit eingerechnet wird . . . gewährt.“ S. 42 Forderung der Schauerleute vom November 1896: „Einrechnung der Hin- und Rückfahrt in die Arbeitszeit ausgedrückt durch die Worte: Die Arbeitszeit gilt von Stadt zu Stadt.“ S. 45: „Die Fahrt zur Arbeitsstätte wird im Stauereibetriebe anscheinend allgemein in die Arbeitszeit eingerechnet, nicht aber die Rückfahrt.“ Tarifforderung der Maler in Eisenach, März 1898: „Die Fahrt nach derartigen Stellen (Landorten von gewisser Entfernung) wird als Arbeitszeit gerechnet.“ — Wo die von den Wegen zur Arbeitsstätte beanspruchte Zeit nicht zur Arbeitszeit gerechnet wird, finden wir diesem Zeitaufwand bisweilen dadurch Rechnung getragen, daß für die auswärts zu

Auch bei der Bergwerksarbeit hat der Weg zur Arbeitsstätte, dem „Ort“, bei Verschiedenheit der Distanz doch einen für die Arbeitnehmer gemeinsamen Ausgangspunkt, den Schachteingang; daher sehen wir hier, selbst wenn man z. B. über achtstündige Arbeitszeit einig ist, einen Streit um die Frage, ob die von der Einfahrt und der Ausfahrt beanspruchte Zeit in jene Arbeitszeit einzurechnen ist. — Der Privatlehrer, der aufser dem Hause, d. h. nicht in seiner Wohnung „Stunden“ erteilt, rechnet bisweilen in die Stunde etwas von der Zeit, die er für die Gänge zu und von der Wohnung des Schülers (der Arbeitsstätte) gebraucht. Dafs diesem Lehrer gelingt, was tausend anderen Arbeitnehmern versagt bleibt, hat er seiner sozialen Stellung zu verdanken.

Mit der direkten oder indirekten (S. 491⁸) Angabe der Stundenzahl und wenn feststeht, welche Thätigkeiten als Arbeit gelten und daher der Zeit nach in die Arbeitszeit eingehen, ist zwar die Länge der Arbeitszeit bestimmt, damit aber die Arbeitszeit weitaus noch nicht fixiert. Man denke z. B. an eine Arbeitszeit, die wöchentlich 54 Stunden beträgt: von ihr ist z. B. ungewifs, ob diese 54 Stunden alle oder teilweise auf die Nächte der Woche fallen; weiter können sie so verteilt sein, dafs sie nur die drei ersten Wochentage einnehmen, und selbst wenn feststände, dafs sie gleichmäfsig auf die sechs Werkstage und zwar die Tageszeit verteilt sind, so wären noch etwaige Unterbrechungen der neunstündigen Schichten nach Zahl, Gröfse und Lage ungewifs. Die Fixierung der Arbeitszeit bedarf, wie ohne weiteres einleuchtet, noch anderer als der Längenangaben, nämlich solcher, die sich auf ihre Lage oder Verteilung innerhalb der Arbeitsperiode beziehen. Für die Zwecke unserer Betrachtung der Arbeitszeit ist es indessen nicht geboten, bis zum Äufsersten zu verfolgen, von welcher Art die Bestimmungen sein können und müssen, die eine Arbeitszeit von gewisser Länge auch in jeder anderen Hinsicht fixieren sollen¹; wir beschränken uns vielmehr auf die wichtigsten jener Arten.

In erster Linie wird man an Festsetzung ihres Anfanges und

leistende Arbeit ein Zuschlag zum Lohnsatz vereinbart wird. Dies ergibt einen „komplizierten Zeitlohnvertrag“ oder „komplizierten Akkord“ und wird unter diesen Titeln in den Erörterungen des Zeitlohnvertrags und des Akkordes vorkommen (Bd. II).

¹ Beiläufig ist daran zu erinnern, dafs die Regelung der Arbeitszeit keineswegs mit der Festsetzung ihrer Länge zu beginnen braucht, und dafs ihre tägliche Länge unbestimmt sein kann, während ihre Lage fixiert ist z. B. durch gewohnheitsrechtliche Ausscheidung der Nachtzeit.

ihres Endes denken¹. Diese Festsetzung liefert eine große Präcision, wenn man es mit einer zehnstündigen Arbeitszeit für den Tag zu thun hat, und der Anfang auf 7 Uhr früh, das Ende auf 6 Uhr abends bestimmt ist; die größte Präcision, wenn bei einstündiger Arbeitszeit im Tage Anfang und Ende angegeben sind; und wiederum fast nichts an Genauigkeit, wenn Anfang und Ende für eine wöchentliche Arbeitszeit von gewisser Größe gegeben werden.

Ein ferneres Mittel zur Fixierung der Arbeitszeit hinsichtlich der Lage oder Verteilung ist die Angabe der Zeit, die von Arbeit frei bleiben muß. Diese Ruhezeit kann wieder verschieden bestimmt sein, nämlich entweder als unbewegliche — indem nach Kalender oder Uhr der Monat (z. B. Juli), die Woche (z. B. die Pfingstwoche), der Tag (z. B. jeder Sonntag, der 1. Mai) oder der Teil des Tages (z. B. die Nacht) angegeben ist, der arbeitsfrei bleiben soll² — oder als bewegliche, indem nur der Betrag der Ruhezeit oder ihr Liegen zwischen zwei Arbeitsschichten vorgeschrieben ist, nicht aber die Kalenderzeit, auf die sie fallen soll³.

Ein drittes Mittel zur Fixierung der Arbeitszeit in Betreff ihrer Verteilung bildet die Angabe der Pausen, ihrer Zahl, Länge und Lage. Es giebt Arbeiten, deren Natur (nicht fixierbare) Pausen mit sich bringt (z. B. die des Kellners, Friseurs, Droschkenkutschers im Verhältnis zum Fuhrherrn), oder Pausen erfordert (durch die An-

¹ Die obligatorische Arbeitsordnung muß nach GewO. § 134^b eine Bestimmung enthalten „über Anfang und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit“. Vgl. S. 480¹. Der Fabrikant als Arbeitgeber von Arbeiterinnen und jugendlichen Arbeitern hat der Ortspolizeibehörde nach GewO. § 138 u. A. anzuzeigen „Beginn und Ende der Arbeitszeit“, gemeint ist der täglichen.

² GewO. § 105^b (Sonntagsruhe von 24 Stunden: „Die Ruhezeit ist von 12 Uhr nachts zu rechnen“). § 136. § 137 Abs. 1. 5.

³ z. B. Bekanntmachung betr. Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter in Walz- und Hammerwerken vom 29. April 1892 (RGBl. S. 602) II, 3. Bekanntmachung betr. Arbeiterinnen und jugendliche Arbeiter in Drahtziehereien mit Wasserbetrieb vom 11. März 1892 (RGBl. S. 324) II, 2. Bäckereiverordnung I, 1 a. E.: „Zwischen je zwei Arbeitsschichten muß den Gehülfen eine ununterbrochene Ruhe von mindestens acht Stunden gewährt werden.“ — Wo es an anderweitiger Regelung der Arbeitszeit fehlt, wird durch Festsetzung einer Ruhezeit nicht die Lage, sondern nur die Länge der Arbeitszeit bestimmt. Diese Funktion hat die „vierundzwanzigstündige Ruhezeit“, die nach GewO. § 105^c Abs. 4 an Stelle des Sonntags „an einem Wochentage“ gewährt wird; die zehn- und die elfstündige Ruhezeit in GewO. § 139^c Abs. 1. 2; die in Bekanntmachung betr. den Betrieb von Getreidemühlen vom 26. April 1899 (RGBl. S. 273) vorkommende: „In Getreidemühlen ist den Gehülfen und Lehrlingen innerhalb der auf den Beginn ihrer Arbeit folgenden 24 Stunden eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens acht Stunden zu gewähren.“

strengung, die sie auferlegt, so die der Steinsetzer oder Pflasterer) ¹. Mit Rücksicht auf die Person des Arbeitnehmers schreibt die GewO. Pausen vor für die Arbeit der jugendlichen Arbeiter und der Arbeiterinnen in Fabriken; der Arbeitgeber hat der Ortspolizeibehörde Beginn und Ende dieser Pausen schriftlich anzuzeigen ². In der obligatorischen Arbeitsordnung muß Anfang und Ende der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen bestimmt sein ³.

Die in der GewO. und den aus ihr erwachsenen Verordnungen erwähnten Pausen oder Arbeitspausen unterscheiden sich von den Ruhezeiten durch ihre Kürze ⁴. Die Ruhezeit schließt sich an das Ende einer Arbeitsschicht an, die Pause nicht ⁵; die Pause unterbricht die Arbeitsschicht, die Ruhezeit thut dies nicht.

Dafs bei der Bestimmung der Pausen in Zahl, Länge und Lage Varianten möglich sind, und sich daher auch von hier aus eine Abstufung in der Präcision der Regelung der Arbeitszeit ergibt, braucht kaum gesagt zu werden. Da es sich für uns überhaupt nur um die Methode dieser Regelung handelt, so brauchte auf die Regelung der außerordentlichen Arbeitszeit, z. B. auf Schichtwechsel und Wechselschicht nicht eingegangen zu werden. Die Methode bleibt sich gleich. Hingegen ist diese anlangend zum Schluß der Erörterung noch auf eine Komplikation zu verweisen, die dem Leser nicht entgangen sein kann: nämlich die Anwendung verschiedener Arbeitsperioden auf die Arbeitszeit des nämlichen Arbeitsverhältnisses. Die Pausen beziehen sich auf die Schicht (eine Gruppe von Stunden) oder auf den Tag, nicht auf eine längere Arbeitsperiode, während die Schicht auf den Tag oder auf die Woche bezogen sein kann. Es kann nun die Arbeitszeit einer Person z. B. so geregelt sein, dafs sie täglich

¹ S. Tarifvertrag der Berliner Steinsetzer in Soz. Praxis VIII, 1035. 1053.

² GewO. § 136 Abs. 1. 2. ^{*} § 137 Abs. 3. 4. § 138 Abs. 2. § 139^a Abs. 1 Nr. 3. Abs. 2. 3 und z. B. die S. 495^b citierten Bekanntmachungen.

³ GewO. § 134^b Nr. 1. Eine „Mittagspause“ muß nach GewO. § 139^c Abs. 3 den „in offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Schreibstuben (Komtore) und Lagerräumen“ beschäftigten Gehülfen, Lehrlingen und Arbeitern gewährt werden.

⁴ Bei den „kürzeren Arbeitsunterbrechungen“ der Bekanntmachung vom 28. Nov. 1900 (RGBl. S. 1033) ist an nicht festgesetzte Pausen zu denken. S. auch Bekanntmachung betr. die Beschäftigung von Arbeiterinnen in Walz- und Hammerwerken vom 1. Febr. 1895, A (RGBl. S. 8).

⁵ Selbstverständlich ist hierbei, wie in der bisherigen Erörterung, an den nämlichen Arbeitnehmer gedacht; die Arbeitsschichten verschiedener Arbeiter können durch eine Pause getrennt sein, insofern kann sich eine Pause an das Schichtende anschließen. Hierorts ist eben von der Arbeitszeit und nicht von der Betriebszeit die Rede.

mit zweistündiger Mittagspause zehn Stunden bei Tage zu arbeiten hat, daß die Sonntage, sowie alle Monate ein Mittwochnachmittag frei bleiben, und daß sie jährlich drei Wochen Urlaub hat. Die Regelung der Arbeitszeit in dem beispielsweise gewählten Arbeitsverhältnis bewegt sich auf dem Boden nicht bloß einer Arbeitsperiode, sondern mehrerer, da sowohl der Tag, als die Woche, der Monat und das Jahr zur Regelung der Arbeitszeit herangezogen sind.

Drittes Kapitel.

Unterzeit und Überzeit.

I. Die Arbeitszeit, soweit ihr eine Regelung zu Teil geworden ist, kann eingehalten oder nicht eingehalten werden. Ihre Einhaltung besteht darin, daß der Arbeitnehmer zu der bestimmten Zeit die Arbeit leistet. Damit wird den Rechtswirkungen vorgebeugt, die sich an das Unterbleiben der geschuldeten Leistung knüpfen, und werden die Rechtswirkungen ausgelöst, die nach Form und Art des Arbeitsvertrags mit dessen Vollziehung verknüpft sind; namentlich kann dadurch die Vergütungsforderung fällig gemacht werden. Mit der zeitlich richtigen Vornahme der Arbeit ist das juristische Interesse an der Arbeitszeit beim gegebenen Arbeitsvertrage erschöpft.

Zu weiteren allgemeinen Betrachtungen giebt der entgegengesetzte Fall Anlaß, daß der Arbeitnehmer die Arbeitszeit nicht einhält. Diese Nichteinhaltung ist zweierlei, gemäß der zwiefachen Normierung, durch welche die Arbeitszeit bestimmt sein kann. Ihre Normen können nämlich festsetzen, daß die Arbeit zu einer gewissen Zeit zu leisten ist, und sie können festsetzen, daß die Arbeit zu einer gewissen Zeit nicht zu leisten ist, — damit ist die Arbeit auf die übrige Zeit verwiesen.

Die Nichteinhaltung der Arbeitszeit besteht im ersten Falle darin, daß zu der Zeit, da die Arbeit geleistet werden sollte, sie nicht geleistet wird. Die Nichteinhaltung der Arbeitszeit besteht also hier in etwas Negativem, in einem Unterbleiben der rechtzeitigen Leistung; man kann daher hier von negativer Nichteinhaltung der Arbeitszeit sprechen. Für den Begriff dieser Nichteinhaltung ist deren Ursache gleichgültig. Daß die geschuldete Arbeit nicht zur gehörigen Zeit geleistet wird, kann liegen am Arbeitnehmer, indem er sich unthätig verhält, am Arbeitgeber, indem er sich der zur Leistung erforderlichen Mitwirkung enthält¹, an etwas Drittem, indem sich ein

¹ z. B. HGB. § 666 „der Reisende, der sich vor oder nach dem Antritt der Reise nicht rechtzeitig an Bord begiebt“. EisenbahnVO. § 19, 2 „dem Reisenden, welcher die Abfahrtszeit versäumt“.

von Arbeitnehmer und Arbeitgeber unabhängiges Hindernis der Arbeit entgegenstellt. Für den in Rede stehenden Begriff ist es ferner gleichgültig, ob die Arbeit, welche zu der ihr bestimmten Zeit unterbleibt, überhaupt nicht¹ oder ob sie zu einer anderen Zeit geleistet wird², — in beiden Fällen unterbleibt ihre rechtzeitige Leistung.

Besondere Betrachtung erheischt die negative Nichteinhaltung derjenigen Arbeitszeit, welche mit Bezug auf eine Arbeitsperiode bestimmt ist (S. 490—91). Hier besteht die Nichteinhaltung darin, daß die Arbeitsperiode nicht in der gehörigen Weise durch Arbeit ausgefüllt wird, indem die Arbeit zu spät begonnen oder zu früh beendet oder im Lauf der Arbeitsperiode intermittiert wird, ohne daß Ruhezeit oder Pause gegeben ist³. In diesen Fällen besteht die Nichteinhaltung der Arbeitszeit darin, daß die Arbeit nicht einen gewissen zeitlichen Umfang erhält, daß „Minderarbeit“ oder „Unterarbeit“ stattfindet⁴. Die wirkliche Arbeitszeit erreicht nicht das der Regel entsprechende Maß, nicht die Normalzeit. Es findet hier ein „Ausfall regelmäßiger Arbeitszeit“ statt⁵; man kann die ausfallende Arbeitszeit als Unterzeit bezeichnen nach dem Vorbild der hiernächst zu besprechenden Überzeit, womit die außerhalb der Normalzeit liegende, zur Normalzeit hinzukommende Arbeitszeit bezeichnet wird. Zur Annahme von Unterzeit gelangt man um so leichter, je genauer die regelmäßige Arbeitszeit nach Länge, Lage und Verteilung festgesetzt ist, wie überhaupt die negative Nichteinhaltung der Arbeitszeit sich

¹ z. B. die angekündigte Theatervorstellung, für welche ein Billet gelöst war, findet nicht statt, oder der zur Aushilfe gedungene Kellner findet sich an der Arbeitsstätte nicht ein, oder „Ausfall einer Fahrt“ (auf der Eisenbahn): EisenbahnVO. § 26 Nr. 4.

² z. B. der zu einer Fahrt gedungene Kutscher stellt sich nicht zur anberaumten Zeit, wohl aber eine Stunde später ein, oder eine nach dem Gesetz „unverzüglich“ vorzunehmende Arbeit (S. 489) wird erst nach Verfluß einiger Zeit vorgenommen.

³ z. B. der Arbeitgeber hält die Fabrik an einem Tage geschlossen, der zur Arbeitszeit gehört, oder der Schreiner Geselle, der die Arbeit auf dem Bau am Montag fortsetzen sollte, nimmt die Arbeit erst am Dienstag wieder auf, oder die Schülerin sagt dem Klavierlehrer eine Stunde (von den zwei Wochenstunden) ab.

⁴ „Minderarbeit“ im Gegensatz zu „Überarbeit“ in Bekanntmachung betr. die Beschäftigung von Arbeiterinnen in Konservenfabriken v. 11. März 1898 (RGBl. S. 35) I, 4.

⁵ Bekanntmachung betr. Ausnahmen von den Bestimmungen über die Sonntagsruhe . . . vom 3. April 1901 (RGBl. S. 117) Nr. 9. Bei der Bergwerksarbeit heißen die eine Schicht ausmachenden Ausfälle „Feierschichten“.

um so eher und deutlicher einstellt, je schärfer die einzuhaltende Arbeitszeit bestimmt ist. Wo für ein Arbeitsverhältnis die tägliche Arbeitszeit bestimmt ist, bedeutet zwar das Ausbleiben der Arbeit an einem Tage nicht einen Ausfall an der täglichen Arbeitszeit, wohl aber ist solchenfalls, da in diesem Arbeitsverhältnis (mangels abweichender Festsetzung) mit der täglichen zugleich die wöchentliche Arbeitszeit bestimmt ist, dieser gegenüber ein Ausfall oder Unterzeit gegeben.

Wie die negative Nichteinhaltung der Arbeitszeit überhaupt, so kann insbesondere die Unterzeit einseitig vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer herrühren, oder auf dem Einverständnis der Parteien beruhen, oder weder auf den Arbeitgeber noch den Arbeitnehmer zurückgehen, sondern durch äußere Umstände verschiedener Art herbeigeführt sein. Alle diese und noch andere Unterschiede sind zwar, wie bemerkt, für den Begriff der negativen Nichteinhaltung der Arbeitszeit belanglos, dagegen einflussreich für die Frage nach der rechtlichen Bedeutung dieser Nichteinhaltung, ihren Rechtsfolgen. Der gedachten Distinktionen wegen ist eine einfache Antwort auf jene Frage nicht möglich. Man sieht nämlich ohne weiteres, daß, wie die Thatbestände mannigfaltig sind, auch die entscheidenden Rechtssätze nicht bloß einem Institute angehören: man denke nur an Leistungsverzug und Annahmeverzug. Da die negative Nichteinhaltung der Arbeitszeit ein Ausbleiben oder eine Verzögerung der Arbeitsleistung darstellt, so muß man erwarten, daß hiervon folgeweise die Gegenleistung, die Vergütung, betroffen werde. Und hier ist es von Wichtigkeit, ob die Vergütung nach der Zeit bemessen wird oder nicht.

Nach alledem geht es nicht an, die Rechtsfolgen, die der negativen Nichteinhaltung der Arbeitszeit zukommen, in der vorliegenden allgemeinen Erörterung des Arbeitsvertrags zu besprechen. Sie müssen vielmehr für den Zeitlohnvertrag und den Akkord besonders betrachtet werden und können darum erst im zweiten Bande zur Darstellung kommen.

II. Die zweite der S. 497 unterschiedenen beiden Arten von Nichteinhaltung der Arbeitszeit besteht in der Abweichung von derjenigen Ordnung, nach welcher die Arbeit zu einer gewissen Zeit nicht zu leisten ist. Diese Abweichung ist nicht, wie die vorige Nichteinhaltung, etwas Negatives, sondern etwas Positives (ein Thun), nämlich die Leistung von Arbeit in der Zeit, da Arbeit nach der Regel nicht stattfinden sollte. Eine die Arbeit zu gewisser Zeit ausschließende Regel kann entweder ausdrücklich gegeben sein, sich

daher als Verbot darstellen¹, oder stillschweigend dadurch, daß nach positiver Normierung der Arbeitszeit die Arbeit nur zu dieser Zeit leistbar ist, woraus mittelst *argumentum e contrario* folgt, daß jede andere Arbeitszeit unstatthaft ist. Eine in Thun, nämlich in Arbeit bestehende Nichteinhaltung der bestimmten Arbeitszeit ist hiernach z. B. die von einem Bergmann im Betrieb eines Bergwerks an einem Sonntag, die von einer Arbeiterin in einer Fabrik an einem Samstag nach 5 1/2 Uhr nachmittags oder die von einem Handlungsgehülfen von 7 bis 8 Uhr früh geleistete Arbeit, falls hier die Arbeitsordnung den Anfang der täglichen Arbeitszeit auf 8 Uhr festsetzt.

Kommt nun solche sozusagen zur Unzeit, nämlich in der ausgeschlossenen Zeit erfolgende Arbeit zu der in der regelrechten Arbeitszeit aus dem nämlichen Arbeitsverhältnis vom nämlichen Arbeitnehmer geleisteten Arbeit hinzu, so nennt man jene hinzukommende Arbeit *Überarbeit*². Für ihren Begriff ist es gleichgültig, ob sie rechtmäßig oder unrechtmäßig ist. Dagegen gehört es zu ihrem Begriff, daß sie unregelmäßig oder ausnahmemäßig ist, d. h. nicht in der regelmäßigen Arbeitszeit erfolgt³, einerlei, woher die Regelung rührt. Die Zeit der Überarbeit ist *Überzeit*⁴.

¹ z. B. S. 114⁷, ⁸, GewO. § 105^b („dürfen Arbeiter an Sonn- und Festtagen nicht beschäftigt werden“). Dem Verbot der Arbeit steht das Gebot der Ruhe vollständig gleich, z. B. GewO. § 139^c, Bäckereiverordnung I, 1.

² „längere Beschäftigung“: GewO. § 138^a Abs. 3, „Überbeschäftigung“: Bekanntmachung betr. die Ausführungsbestimmungen des Bundesrates über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Arbeiterinnen in Werkstätten mit Motorbetrieb, v. 13. Juli 1900 (RGBl. S. 566) Nr. 8, „Überarbeit“: ebenda Nr. 7, GewO. § 139^a Abs. 4 und die folgende Anm.

³ Durch die Bekanntmachung betr. die Beschäftigung von Arbeiterinnen in Konservenfabriken, vom 11. März 1898 (RGBl. S. 35) ist die Arbeitszeit für die genannten Arbeiterinnen ausnahmsweise verlängert, nämlich über die durch die Regel der GewO. § 137 Abs. 1. 2 gezogenen Zeitgrenzen. Die in der zusätzlichen Zeit zu leistende Arbeit ist rechtmäßig, aber unregelmäßig und heißt in der Bekanntmachung mehrmals „Überarbeit“. So heißt auch in der Bäckereiverordnung I, 3, 4. V die von der unteren Verwaltungsbehörde ausnahmsweise gestattete längere Arbeit. S. auch Anm. 2.

⁴ Im einzelnen „Überstunde“ oder (wie im deutschen Buchdruckertarif § 34) „Extrastunde“. Auch die „Überliegezeit“ in HGB. §§ 567—570. 573. 574. 577. 594—597. 622 und BiSchG. §§ 31. 33. 50. 51 ist Überzeit. Daß der Arbeitnehmer (nämlich Verfrachter in der See-, Frachtführer in der Binnenschifffahrt) das Schiff zum Laden oder zum Löschen bereitstelle und die Ladung aufnehme oder abliefern, kann zu den ihm aus dem Arbeitsvertrag obliegenden Leistungen gehören. Für diese Leistungen giebt es bestimmte Arbeitszeiten, Ladezeit und Löschezit (S. 488): die für längeres Warten, d. h. Bereitstellen, vereinbarte Ausnahmezeit ist die Überliegezeit.

Für den Begriff der Überarbeit und demgemäss der Überzeit ist ihre Länge wie ihre Lage gleichgültig. Wenn daher die tägliche Arbeitszeit auf die Tageszeit von 6—6 fixiert ist, so fällt die Nachtarbeit von 8—5 ebensowohl unter den Begriff der Überarbeit wie die von 6—7 abends geleistete; und wenn die wöchentliche Arbeitszeit auf die sechs Werktage und auf 54 Stunden fixiert ist, so ist der Sonntag als Arbeitszeit ebensowohl Überzeit wie blofs zwei Stunden, die zu der 54stündigen Arbeitszeit hinzukommen. Da jedoch Sonntagsarbeit und Nachtarbeit, wo sie in der Überzeit stattfinden, sich als besonders starke und empfindliche Abweichungen von der Arbeitszeit in der Normalzeit darstellen, so ist es gebräuchlich — vorzüglich dann, wenn Überzeitvergütung ausbedungen wird —, Sonntags- und Nachtarbeit als etwas Besonderes der Überarbeit an die Seite zu stellen, obwohl sie begrifflich zu ihr gehören. Sonntags- und Nachtarbeit, wo sie Überarbeit sind, geben im Namen die zeitliche Lage dieser Überarbeit an, was der generelle Name „Überarbeit“ nicht thut. Für den Begriff der Überzeit ist deren Länge irrelevant, nicht blofs an sich, sondern auch im Verhältnis zur regulären Arbeitszeit¹.

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich von selbst, dafs für den Begriff der Überzeit der Umfang der Arbeitsperiode nichts verschlägt. Wenn die Arbeitszeit eines Hotelhausknechts nur so weit geregelt ist, dafs er alle drei Wochen einen freien Mittwochnachmittag hat (Arbeitsperiode von drei Wochen), im übrigen ungeregelt ist, so ist die von ihm ausnahmsweise am freien Mittwoch geleistete Arbeit ebensowohl Überarbeit, wie die vom Former durchgearbeitete Vesperpause Überzeit ist, wenn dessen Arbeitszeit für den Tag geregelt und in der täglichen Arbeitszeit eine Vesperpause vorgesehen ist.

Wie der Umfang der Arbeitsperiode, so ist auch die Gröfse des lohnmessenden Zeitabschnitts für das Wesen der Überzeit gleichgültig. Dies wird schon durch die Thatsache bewiesen, dafs Überzeit nicht blofs im Zeitlohnverhältnis, sondern auch im Akkordverhältnis vorkommen kann². Dafs im Stundenlohnverhältnis jede Stunde Arbeit

¹ „In einzelnen Betrieben bildet die Überarbeit oft einen grossen Bruchteil von der Gesamtarbeitszeit“: Bayr. Fabrikinspektion für 1897 S. 127.

² In einem Fall, in dem ein Arbeitnehmer die Bezahlung von Überstunden beanspruchte, hat das Gericht (Unger Nr. 22, II) Wochenlohnvertrag als gegeben angenommen und ausgesprochen, dafs sich der Kläger auf Tagelohn berufe, indem er die Überstunden extra bezahlt haben wolle. In einem ähnlichen Fall (Gewerbegericht II, 99) wurde entschieden: „Unter keinen Umständen hat sich die Abrede des Wochenlohnes ohne anderweite Abmachung in eine solche auf Lohnzahlung nach Stunden verwandeln

vergütet werden muß, einerlei, ob sie Überstunde ist oder nicht, während im Tagelohnverhältnis die Vergütung einer Stunde (als Überstunde) nur verlangt werden kann, wenn sie Überstunde ist: dieser Unterschied betrifft nicht das Dasein, sondern die Vergütung der Überarbeit. Dafs es auch beim Stundenlohnverhältnis auf das Dasein von Überzeit ankommen kann, dafs also für die Frage nach diesem Dasein der Umfang des lohnmessenden Zeitabschnitts wirklich, wie gesagt, gleichgültig ist, sieht man sofort, wenn man voraussetzt, dafs für die Überarbeit ein besonderer Lohnsatz besteht. Denn dann muß auch für den Stundenlohnvertrag die Frage beantwortet werden, ob die Stunde eine Überstunde oder eine Normalstunde ist. Die Antwort ist hier wie sonst vom Umfang des lohnmessenden Zeitabschnitts unabhängig, richtet sich nur nach der Regulierung der Arbeitszeit für eine Arbeitsperiode.

Für das Dasein von Überzeit ist nur erforderlich eine Arbeitszeit, welche die Grenzen der regulären Arbeitszeit überschreitet und damit exceptionell ist. „Regelmäßige Überstunden“ ist daher eigentlich etwas Widerspruchsvolles: man nimmt zwar die Regel, von der abgewichen wird, als fortgeltend an, beobachtet aber so viele Fälle von Abweichungen, dafs man sie wieder zu einer reell geltenden Regel zusammenfassen kann, während jene erstere ideell oder auf dem Papiere fortbesteht¹. Die Überschreitung der Grenzen der regulären Arbeits-

können.“ Sollte mit diesen Aussprüchen nicht blofs die Pflicht zur Bezahlung, sondern auch das Dasein von Überstunden verneint sein, so wäre zu entgegen, dafs Überstunden mit jeglichem Zeitlohnvertrag vereinbar sind, dafs daher, wer Vergütung für Überstunden beansprucht, es dahingestellt läfst, welchen lohnmessenden Zeitabschnitt der Zeitlohnvertrag hat. Es kommt für das Dasein von Überstunden blofs darauf an, dafs die Arbeitszeit für eine gewisse Arbeitsperiode (mag sie mit dem lohnmessenden Zeitabschnitt zusammenfallen oder von ihm verschieden sein: S. 490/91) fixiert und dieses Fixum in jener Arbeitsperiode überschritten worden sei. Im Wochenlohnvertrag kann die Arbeitszeit für den Tag auf 9 Stunden fixiert sein; dann ist jede darüber hinausgehende Arbeitsstunde eine Überstunde.

¹ Deutscher Buchdruckertarif § 34 Abs. 2: „Regelmäßige Überstunden sind thunlichst zu vermeiden.“ Bayrische Fabrikinspektion für 1897 S. 127: „Mitunter bildet dieselbe (die Überarbeit) für einen gröfseren oder kleineren Teil der Arbeiter die Regel.“ Wörishoffer, Soziale Lage der Fabrikarbeiter in Mannheim, berichtet S. 43 von einer Eisengießerei, in der während eines ganzen Jahres täglich 1½ Stunden Überarbeit vorkam. S. 44: In Maschinenfabriken Überarbeit „fast das ganze Jahr hindurch“. Besonders instruktiv S. 47: „Die Asbestfabrik arbeitet regelmäfsig 13 Stunden täglich, indem eine frühere häufige Überarbeit nach und nach als regelmäfsige Arbeitszeit eingeführt wurde, so dafs . . . Überarbeit nun allerdings nicht mehr stattfindet.“

zeit kann um so eher eintreten, je genauer diese Grenzen nach Umfang, Lage und Verteilung gezogen sind. Wo jegliche Regulierung fehlt, giebt es keine Überzeit¹. Wo z. B. nur die Länge der täglichen Arbeitszeit fixiert ist, kann Überzeit nur durch Verlängerung dieser Arbeitszeit eintreten. Ist dagegen auch die Lage festgesetzt, so ist bei gleichbleibender Länge Überzeit möglich, indem Anfang und Ende verlegt werden. Sind gar noch die Pausen nach Zahl, Grösse und Lage fixiert, so kann sich aus Durcharbeitung einer Pause Überzeit ergeben, auch wenn die weggefallene Pause durch eine andere ersetzt und damit die reguläre Länge der Arbeitszeit aufrechterhalten wird. Der häufigste Fall der Überzeit ist der in Verlängerung der Arbeitszeit bestehende, aber er ist nicht der allein-mögliche.

Die Überarbeit ist Zusatz zu der aus dem Arbeitsvertrag obliegenden, zur vertragsmäßigen Arbeit; sie muß Arbeitsleistung an den Arbeitgeber, den Partner jenes Vertrags, sein². Die Arbeit, die in Vollziehung eines anderen Arbeitsvertrags derselbe Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber leistet³, ist nicht Überarbeit. Dagegen die dem nämlichen Arbeitgeber ausserhalb der normalen Arbeitszeit aus dem nämlichen Vertrag geleistete Arbeit ist Überarbeit, auch wenn sie von der normalen Arbeit verschieden ist. Nur muß sie — wo nicht der Vertrag die Mannigfaltigkeit der Arbeit vorsieht oder mit sich bringt — durch die Einheit des Zieles oder des Betriebes mit der normalen zusammenhängen. So kann die Reinigung der Arbeitsstätte oder der Werkzeuge, die Herbeischaffung von Stoffen für künftige Arbeit, das Austragen einer Rechnung, das Abrechnen⁴ Überarbeit sein, nicht aber die in Garten, Küche oder Keller des Arbeitgebers verrichtete oder sonst eine nicht im Arbeitsvertrag einbegriffene. Zweifel über die Zugehörigkeit gewisser Thätig-

¹ Der Heimarbeiter in der Konfektion, der, um den ihm nötigen Wochenverdienst von 18 Mk. zu erlangen, mit der täglichen Arbeit von 7^h früh bis 8^h abends nicht auskommt, sagt: „Ich muß natürlich Überstunden machen, wenn ich zu meinem Lohne will,“ und denkt dabei an den landesüblichen Feierabend als Normalgrenze. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10 S. 121. Im gleichen Sinn wird von den Heimarbeitern in der Handschuhmacherei die Überarbeit bekämpft. Vgl. oben S. 472.

² S. oben S. 485 zu ².

³ z. B. Württemberg. Fabrikinspektion für 1898 S. 17: „Andere suchen abends noch als Aufwärterinnen in Biergärten und Restaurationen weitere Beschäftigung, um nur auf einen genügenden Verdienst zu kommen.“

⁴ z. B. von Straßenbahnschaffnern mit dem Arbeitgeber in der Nacht nach Endigung der beim Fahren geleisteten, mehr als 15stündigen Arbeit: Badische Fabrikinspektion für 1897 S. 133.

keiten können Anlaß zu deklarierenden Verfügungen oder Vereinbarungen geben¹. Eine heterogene Arbeit, die aus diesem Grunde nicht Überarbeit ist, beeinträchtigt gleichwohl die Erholungszeit. Sie kann darum, obwohl sie nicht Überarbeit ist, durch die Pflicht des Arbeitgebers ausgeschlossen sein, die Arbeits- und Erholungszeit des Arbeitnehmers in dessen Gesundheitsinteresse zu regeln (BGB. § 618 Abs. 2. HGB. § 62 Abs. 2: oben S. 476)².

Für das Dasein von Überarbeit ist es gleichgültig, wo sie geleistet wird. Die Überarbeit kann an der nämlichen Stätte geleistet werden wie die Normalarbeit, oder an einer anderen, namentlich die Normalarbeit an der Betriebsstätte des Arbeitgebers, die Überarbeit in der Wohnung des Arbeitnehmers. Es kommt sehr oft vor, daß der Arbeitnehmer, der während der regulären Arbeitszeit beim Arbeitgeber gearbeitet hat, nach Feierabend oder am Sonntag die Arbeit in der eigenen Wohnung fortsetzt und zu diesem Zweck Stoffe oder Mittel der Arbeit, wie man sagt, „Arbeit“ nach Hause mitnimmt³. Daß es sich solchenfalls privatrechtlich um Überzeit, um Überarbeit handelt, kann nicht zweifelhaft sein; eine andere, nicht in die Erörterung des Begriffs der Überzeit gehörige Frage ist die, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, die sich über die gesetzlich zugelassene Zeit ausdehnt, in Anbetracht des Ortswechsels zulässig, oder, wie wir meinen, verboten und strafbar ist⁴.

Wo, wie im vorigen Fall, die Überarbeit räumlich von der Normalarbeit getrennt ist, ist sie damit auch zeitlich von dieser geschieden,

¹ „Der § 31 der SeemO. bestimmt für im Hafen liegende Schiffe eine zehnstündige tägliche Arbeitszeit. Doch wird diese oft nicht innegehalten, da der Wachdienst nicht als Arbeitszeit gerechnet wird“: Soz. Praxis VIII, 412. Zur Erläuterung s. Metzger in Soz. Praxis, V, 696 und Nocht in Brauns Archiv f. soz. Gesetzg. XII, 167. 168. In dem von den Flensburger Seeleuten am 1. Juli 1898 den Rhedern gemachten Vorschlag zu einem Tarifvertrag heisst es: „Überstunden werden mit 40 Pf. pro Stunde bezahlt. Als Überstunden gelten auch Sonntagsarbeiten, Verholen des Schiffes, Deckslastzurren, Deckwaschen, Ladegeschirr-auf-und -abbringen nach der Arbeitszeit, ebenfalls Arbeiten auf der Freiwache; ferner wird das Wachegehen im Hafen als Überstunden bezahlt.“ S. ferner oben S. 358².

² Vgl. Fuld, Recht der Handlungsgehilfen S. 68.

³ z. B. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10 S. 170, die Arbeiterin, die von 7^h bis 7^h mit anderthalbstündiger Mittagspause in der Werkstatt näht und „in der Hochsaison noch abends und früh Überstunden zu Hause“ arbeitet. Ferner S. 126. 163. 191. Amtl. Mitteilungen aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten, Jahrg. 1898 S. 88.

⁴ Vgl. z. B. die Konfektionsverordnung vom 31. Mai 1897 und GewO. § 146 Nr. 2.

nämlich durch die Zeit, die während des Heimgehens verfließt. Zwischen Überzeit und Normalzeit braucht kein Intervall zu liegen, sie können unmittelbar einander folgen, und wo sie durch eine Pause getrennt sind, braucht nicht auch eine örtliche Trennung stattzufinden. Die Trennung durch eine Pause kommt am ehesten da vor, wo die Überarbeit der Normalarbeit nachfolgt. Letzteres Zeitverhältnis ist der Überarbeit nicht wesentlich. Sie kann auch dem Anfang der regelmäßigen Arbeitszeit vorangehen¹, und sie kann in den Lauf derselben fallen, indem sie eine Pause gänzlich oder teilweise ausfüllt. Es ist rechtlich gleichgültig, welcher Kategorie man die während der regelmäßig arbeitsfreien Nacht geleistete Überarbeit zuteilt². Wenn die zwischen Tag- und folgender Nachtschicht regelmäßig eingehaltene Pause ausnahmsweise durchgearbeitet oder wenn die Nachtschicht über ihre regelmäßige Dauer verlängert wird, so wird damit, vorausgesetzt, daß die Nachtschicht selbst Überzeit ist, Überarbeit in zweiter Potenz geleistet³. In der Bergwerksarbeit pflegt die in Fortsetzung einer Schicht verbrachte Arbeitszeit „Überschicht“ zu heißen⁴; die auf Kosten der zwischen den regelmäßigen Schichten liegenden freien Zeit eingelegte, sich nicht unmittelbar anschließende Schicht ist eine „Nebenschicht“⁵.

¹ Landarbeiter in Deutschland III, 48: „Wo dies nicht der Fall ist (nämlich eine feste, von der Sonnenuntergangszeit abweichende Schlußstunde nicht durchgedrungen ist), wird unter 'Überstunde' hier (in Ostpreußen) regelmäßig das Arbeiten nach Sonnenuntergang, wo aber feste Anfangsstunden bestehen, auch morgens vor diesen verstanden.“ S. 286: „... Vergütung nur gewährt, wenn in der Ernte schon um 3 Uhr morgens mit der Arbeit begonnen wird“. S. auch den Tarif der Hamburger Ewerführer in Bericht der Senatskommission S. 55: hier werden Über- und Frühstunden unterschieden.

² Wo die Nacht regelmäßig nicht arbeitsfrei ist, z. B. bei Bäckern, Maschinisten, Heizern, Seeleuten, Bergleuten, ist die Nachtarbeit nicht Überarbeit.

³ Vgl. Bericht der Hamburger Senatskommission S. 40/41. 44/45.

⁴ (Preussische) Denkschrift über die Untersuchung der Arbeiter- und Betriebsverhältnisse in den Steinkohlenbezirken (1890) S. 23.

⁵ Nach den Arbeitsordnungen der fiskalischen Steinkohlenbergwerke im Saarbrücker Direktionsbezirk § 22 ist die „Nebenschicht“ oder „besondere Nebenschicht“ (Preufs. Bergges. § 80^b Nr. 1) nur einmal wöchentlich zulässig, im Gegensatz zu den „Überschichten“, die höchstens zweimal wöchentlich eingelegt werden dürfen. Die Überschicht darf die regelmäßige Arbeitszeit um nicht mehr als zwei Stunden verlängern. Der Nebenschicht muß eine achtstündige Ruhezeit vorausgehen.

III. Der Darlegung des Begriffs der Überzeit würde, entsprechend dem bei der Unterzeit Gesagten (S. 499), die Behandlung der rechtlichen Bedeutung zu folgen zu haben. Auch hier kommt es auf die Ursachen an, die zur Überzeit führen. Da bei der Überzeit die Abweichung von der regulären Arbeitszeit nicht, wie bei der Unterzeit, in Unterbleiben, sondern in Thun, in Überarbeit sich darstellt, so kann die Überzeit nicht auch auf Ereignisse, sondern nur auf den Willen des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers oder beider Parteien zurückgehen. Die Verschiedenheit des Ursprungs ist auch für die wichtigste Seite der rechtlichen Bedeutung der Überzeit, für ihren Einfluss auf die Vergütung von Belang und wird gelegentlich dieses Einflusses zur Sprache kommen. Dieser Einfluss selbst aber kann so wenig bei der Über- als bei der Unterzeit gründlich erörtert werden, ohne dass dem Unterschied in den Grundformen des Arbeitsvertrags Rechnung getragen wird, was im zweiten Bande geschehen soll. Es lässt sich indessen schon vor näherem Eingehen auf diesen Unterschied einsehen, dass das Verhältnis des Zeitlohnvertrags zur Überzeit ein anderes sein muss als das des Akkordes. Wo nämlich der Betrag der Vergütung dem zeitlichen Umfang der Arbeit folgt, muss die Überzeit, insofern sie Überarbeit enthält, prinzipiell auf den Umfang der Vergütung einwirken. Wie diese Einwirkung als mit dem Zeitlohnvertrag gegeben erscheint, so darf andererseits ein Einfluss der Überzeit auf den Umfang der Vergütung dem Gegenstück, dem Akkord, a priori abgesprochen werden. Denn die Eigentümlichkeit des Akkordes besteht gerade darin, dass der Umfang der Vergütung im Vertrag nicht in Beziehung gesetzt ist zum zeitlichen Umfang der Arbeit. Die Vergütung kann daher hier nicht unmittelbar darum wachsen, weil der Arbeitnehmer noch ausser der regulären Zeit Arbeit geleistet hat. Möglicherweise gelangt er dadurch früher zur Vollbringung der ihm obliegenden Arbeit und folgeweise früher zu ihrem Entgelt: eine Zunahme desselben ist damit nicht indiziert, so wenig wie wenn er durch Steigerung der Intensität seiner Thätigkeit die Arbeit noch vor Ablauf der regulären Arbeitszeit zu Ende geführt hätte. Möglicherweise bringt der Arbeitnehmer durch Hinzunahme von Überzeit mehr Arbeitsergebnisse zu stande, als blofs in der regulären Arbeitszeit gelingen, und kann er darum eine gröfsere Vergütung fordern, weil der gegebene Akkord so geartet ist, dass die Vergütung mit der Zahl der Arbeitsergebnisse sich vergrößert: allein dann ist die Zunahme der Vergütung nicht eine unmittelbare Folge der Verlängerung der Arbeitszeit. Denn hätte er in der längeren Arbeitszeit nicht auch den Effekt der Arbeit gesteigert, so würde er die gröfsere Vergütung

nicht beanspruchen können. Dieser Anspruch entspringt daher nicht der Überzeit an sich. Wenn nun die Akkordvergütung entweder trotz der Überarbeit gleich bleibt, oder ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang der Arbeit zunimmt, weil dem Resultat nach mehr gearbeitet worden ist, so mag die Überzeit für den Akkord zwar in anderen Hinsichten bedeutungsvoll sein: für die Vergütung aus dem Akkord fällt sie nicht ins Gewicht. Dies ist auch einer der Gründe, aus welchen die Regulierung der Arbeitszeit — die Vorbedingung der Überzeit — bei Akkordverhältnissen nicht so oft anzutreffen ist als bei Zeitlohnverhältnissen. Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit, die sich unterschiedslos auf beide Formen des Arbeitsvertrags bezieht, ist auf Hintanhaltung der Überzeit gerichtet.

Für die Vergütung beim Akkord gewinnt die Überzeit unmittelbare Bedeutung nur dann, wenn für die in der Überzeit gefertigte Arbeit eine eigene Vergütung, ein Zuschlag, festgesetzt worden ist: dann haben wir es mit einem komplizierten Akkord zu thun. Die nämliche Komplikation kann beim Zeitlohnvertrag vorkommen, indem für die Überstunde eine größere Lohneinheit vereinbart wird. Beiderlei Komplikation wird im zweiten Bande, in der Spezialdarstellung des Zeitlohnvertrags und des Akkordes behandelt werden.

Vierter Abschnitt.

Vertragszeit.

Erstes Kapitel.

Begriff. Verhältnis zu den Grundformen. Regelung.

I. Unter Vertragszeit wird hier verstanden die Dauer des durch den Arbeitsvertrag begründeten Vertragsverhältnisses, des Arbeitsverhältnisses. Dieses Verhältnis ist ein Rechtsverhältnis (S. 58 fg.). Die Dauer des demselben entsprechenden faktischen Verhältnisses steht hier nicht in Frage. Sie brauchen nicht einander zeitlich zu decken. Das faktische kann vor dem Anfang des Rechtsverhältnisses¹ und kann nach dessen Ende da sein²; es kann auch nach dem Rechtsverhältnis anfangen³, vor dessen Ende aufhören⁴ und während seines Bestandes suspendiert sein⁵.

Den hier für die Dauer des Arbeitsverhältnisses gebrauchten Ausdruck „Vertragszeit“ treffen wir in diesem Sinne in HGB. § 67 Abs. 3 und GewO. § 133^{aa} Abs. 3 („vor dem Ablauf der Vertragszeit“). Die Zeit eines durch Dienstvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses, d. i. „die Dauer des Dienstverhältnisses“ (BGB. § 620 Abs. 2), wird als „Dienstzeit“ bezeichnet in BGB. § 625 („nach dem

¹ z. B. der Arbeitnehmer war anfänglich Volontär beim Arbeitgeber.

² z. B. es besteht, ohne daß ein Einverständnis der Parteien vorliegt, tatsächlich fort.

³ z. B. findet der Antritt der Stelle zwei Wochen nach dem Abschluss des Arbeitsvertrags statt. Vgl. S. 233 zu ².

⁴ z. B. verläßt der Arbeitnehmer rechtswidrig die Stelle vor Ablauf der Frist, während deren er sie von Rechtswegen bekleiden sollte.

⁵ z. B. der Arbeitnehmer ist zeitweise durch Krankheit verhindert, die Arbeit zu leisten.

Ablauf der Dienstzeit“)¹; ebenso mit Bezug auf den Dienst- oder Heuervertrag des Schiffsmanns in SeemO. §§ 17. 57 Abs. 1². Das Nämliche nennt das Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs § 9 umständlicher die „Geltungsdauer des Dienstverhältnisses“. Von „Dauer des Arbeits- oder Dienstverhältnisses“ spricht InvVG. § 141 Abs. 2, meint damit dasselbe, was es in Abs. 1 und §§ 145 Abs. 2. 161 Abs. 2 „Dauer der Beschäftigung“ nennt, nämlich die Vertragszeit³; für diese gebraucht das Gesetz in § 145 Abs. 2 den Ausdruck „Arbeitszeit“ („Dauer der Arbeitszeit“), eine nicht zu billigende Singularität, die sich, wie wir S. 470⁶ gesehen haben, selbst einmal in die GewO. verirrt hat. — Ist das durch den Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis ein Lehrverhältnis, so kommt die Vertragszeit unter dem Namen „Lehrzeit“ vor⁴.

Von der Vertragszeit ist in den Rechtsquellen unvergleichlich öfter die Rede, als ihr technischer Name angewandt wird. Dafs sich die Quellen so viel mit ihr befassen, ist in ihrer Bedeutung wohl begründet. Die faktische und juristische Bedeutung der Zeit oder Dauer des Arbeitsverhältnisses ist so einleuchtend, dafs sie hier keiner Darlegung bedarf; bezieht sich doch die Dauer des Arbeitsverhältnisses unmittelbar auf seine Existenz. Indessen wird von der Vertragszeit in diesem Abschnitt nur insofern die Rede sein, als sie den Gegenstand einer Festsetzung oder Regelung bildet, — was die Hauptsache ist. Damit tritt die Erörterung der Vertragszeit den vorangehenden Erörterungen der Zahlungszeit und der Arbeitszeit an die Seite, schliesst sich ihnen an. Es wird also hier davon abgesehen, dafs ein Arbeitsverhältnis geendigt, somit seine Dauer beeinflusst werden kann durch Zufälle wie den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit einer Partei, oder durch sonstige Unmöglichkeit des Fortbestandes wie bei Untergang der Fabrik, Verlust des Schiffes. Vielmehr wird die Zeit

¹ S. ferner „die im Dienste der Privatpostanstalten verbrachte Dienstzeit“: Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen, vom 20. Dezember 1899 Art. 4 Abs. 6.

² „Dauer der Dienstzeit“, „vor Ablauf der Dienstzeit“. In § 7 SeemO. bedeutet „Dauer der Dienstzeit“ die Gesamtdauer auch verschiedener Heuerverhältnisse des nämlichen Arbeitnehmers. Im täglichen Leben wird „Dienstzeit“ oft im Sinn von „Arbeitszeit“ gebraucht, oben S. 469³, z. B. „Normen für die Dienstzeit der Strafsenbahnangestellten im Königr. Sachsen“: Soziale Praxis VIII, 818.

³ In der Sprache der GewO. ist „Dauer der Beschäftigung“ nichts anderes als Arbeitszeit, nicht Vertragszeit, s. S. 470².

⁴ GewO. §§ 126^b Nr. 2. 127^b Abs. 1. 127^c Abs. 1. 126^f Abs. 1. 127^g Abs. 1. 130^a Abs. 1. 131 Abs. 1. 131^a Abs. 4. 131^c Abs. 1. 2. HGB. §§ 77. 80.

des Arbeitsverhältnisses hier nur insofern erörtert, als sie den Gegenstand der Zeitbestimmung bildet, d. h. von Willensäußerungen, sei es der Privatpersonen, sei es des Rechts, nicht von anderen Thatsachen oder Ereignissen abhängig ist.

II. Die Festsetzung der Vertragszeit, diese Zeitbestimmung, bildet, wie schon bei der Definition des Arbeitsvertrags bemerkt wurde (S. 32, vgl. S. 221), kein wesentliches Stück dieses Thatbestandes. Hierin kommt die Vertragszeit mit der Zahlungszeit (S. 345) und mit der Arbeitszeit überein (S. 467). Durch die Zahlungszeit wird die Leistung des Arbeitgebers, durch die Arbeitszeit die Leistung des Arbeitnehmers, dagegen durch die Vertragszeit unmittelbar keine dieser Leistungen bestimmt, sie begrenzt an sich nur den zeitlichen Bestand des Vertragsverhältnisses. Die begriffliche Verschiedenheit tritt in zeitlichen Divergenzen hervor, ohne mit Koincidenz unvereinbar zu sein; von diesen Möglichkeiten ist schon die Rede gewesen, vornehmlich S. 348 sub b. Und was das Verhältnis von Vertragszeit und Arbeitszeit anlangt (S. 469), so kann jene heute, am Tage des Vertragschlusses, beginnen, während die Arbeit erst morgen zu leisten ist; und die Arbeitszeit kann so geregelt sein, daß zu gewissen Zeiten nicht gearbeitet werden soll, wogegen diese arbeitsfreien Zeiten zur Vertragszeit gehören¹, indem während jener Nächte, Sonntage u. s. w. das Arbeitsverhältnis fortbesteht und die arbeitsfreien Zeiten in die Kündigungsfrist — ein Stück der Vertragszeit — einzurechnen sind; es können endlich Arbeitszeit und Vertragszeit zusammenfallen, auch beide durch eine Vereinbarung festgesetzt werden².

III. Die Vertragszeit als Dauer des Arbeitsverhältnisses ist etwas jedem Arbeitsverhältnis Zukommendes, durch welchen Arbeitsvertrag immer es begründet worden ist. Namentlich ist der Unterschied der zwei Grundformen des Arbeitsvertrags für den Begriff der Vertragszeit gleichgültig. Wenn die Bestimmung der Vertragszeit nicht zum Wesen des Arbeitsvertrags gehört, so gilt dies ebensowohl für den Zeitlohnvertrag als für den Akkord. Das Vorhandensein oder das Fehlen einer Bestimmung der Vertragszeit (im Thatbestand) ist daher weder dem Zeitlohnvertrag noch dem Akkord eigentümlich.

1. Beim Zeitlohnvertrag hat die Zeit nur eine unerläßliche Funktion. Die ihn kennzeichnende und vom Akkord unterscheidende

¹ S. auch Rosin, Arbeiterversicherung I, 177.

² z. B. es stellt jemand einen vorbegehenden Arbeitslosen zu sofortiger Hilfeleistung bei einem Umzug auf drei Stunden an: Anfang, Ende und Dauer von Arbeits- und Vertragszeit fallen hier zusammen.

Zeitbestimmung ist weder die Zahlungs- noch die Arbeits-, noch die Vertragszeit, sondern der für die Vergütung maßgebende Zeitabschnitt. Dieser und die Vertragszeit sind begrifflich verschieden und brauchen auch nicht zusammenzufallen. Wo im Zeitlohnvertrag die Vertragszeit bestimmt worden ist, kann sie dem für den Lohn maßgebenden Zeitabschnitt gleich sein¹ oder von demselben verschieden, nämlich größer² oder kleiner sein³ als dieser Zeitabschnitt. Es ist daher mit dem lohnmessenden Zeitabschnitt nicht auch die Dauer des Vertragsverhältnisses bestimmt. Die Vereinbarung z. B. eines Jahres- oder eines Monatslohnes involviert nicht die Abrede, daß das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf eines Jahres oder eines Monats bestehen soll; es kann trotz jener Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter Dauer sein. In zahllosen Zeitlohnverträgen ist die Vertragszeit unbestimmt gelassen. Und doch hat sich hier zwischen dem lohnmessenden Zeitabschnitt und der Vertragszeit ein gewisser Zusammenhang ausgebildet, der vom Gesetz an einer Stelle (BGB. § 621), allerdings nicht zwingend, sanktioniert worden ist. Dieser Zusammenhang besteht in der Korrespondenz jenes Zeitabschnitts und der Kündigungsfrist, die ja einen Teil der Vertragszeit ausmacht. Die Kündigungsfrist pflegt nämlich um so mehr ausgedehnt zu werden, je größer der lohnmessende Zeitabschnitt ist⁴. Indem die Parteien wie das angeführte Gesetz den Zeitlohnvertrag, der einen größeren

¹ z. B. ein Monatslohnvertrag, für einen Monat geschlossen.

² z. B. ein Monatslohnvertrag, für ein Jahr geschlossen. — Verhältnisse der Landarbeiter II, 589 fg.: Kontrakt „für die Zeit von Martini 1890 bis dahin 1891“ mit Geldlohn „pro Woche“.

³ z. B. ein Monatslohnvertrag für einen halben Monat geschlossen (ein Kaufmann dingt einen stellungslosen jungen Mann als Ersatz für den auf einen halben Monat beurlaubten Verkäufer zu dem für diesen geltenden Lohnsatz von monatlich 150 Mk.).

⁴ Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (1896) S. 120: „Ist die für die Dienste vereinbarte Vergütung nach Zeitabschnitten (Tagen, Wochen, Monaten u. s. w.) bemessen, so entspricht es den Anschauungen des Verkehrs, daß bei der Kündigung eine Frist einzuhalten ist, welche der Länge jenes Zeitabschnittes entspricht.“ Auf diesen Verkehrsanschauungen beruht die Annahme des Karlsruher Gewerbegerichts (Blätter für soziale Praxis vom 22. November 1894 S. 183), es sei „aus dem Umstand, daß der Lohn des Klägers monatlich (will heißen: für den Monat) festgesetzt wurde, zu schließeln, daß an eine jederzeitige Entlassbarkeit nicht gedacht wurde“. Das Extrem jener Verkehrsanschauung äußert sich in der Annahme, daß bei Stundenlöhnung keine Kündigungsfrist einzuhalten sei. Nach dieser Annahme verfahren Arbeitgeber in vom Berliner Gewerbegericht entschiedenen Fällen (Unger, Entscheidungen Nr. 65, und Vorwärts vom 4. März 1899).

Zeitabschnitt enthält, auch mit einer längeren Kündigungsfrist versehen, verleihen sie jenem Zeitlohnvertrag in der letzteren eine längere Vertragszeit. So muß nach der dispositiven Satzung des § 621 BGB. beim Dienstvertrag das Wochenlohnverhältnis wenigstens sechs Tage, das Monatslohnverhältnis wenigstens einen halben Monat, das Vierteljahres-, Halbjahres- oder Jahreslohnverhältnis wenigstens sechs Wochen dauern. Da jedoch diese Beziehung von lohnmessendem Zeitabschnitt und Vertragszeit nur eine mittelbare, nämlich durch die Kündigungsfrist hergestellte ist und dem Arbeitsverhältnis nur eine Minimaldauer verleiht — es muß nämlich die Kündigungsfrist wahren; aber wie lange überhaupt es währt, bleibt unbestimmt —, so haben wir an dem Satze festzuhalten, daß mit dem lohnmessenden Zeitabschnitt nicht auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmt ist, daß die Vertragszeit im Zeitlohnvertrag festgesetzt sein kann oder nicht.

2. Wenn die Bestimmung der Vertragszeit nicht mit dem lohnmessenden Zeitabschnitt, dem Kennzeichen des Zeitlohnvertrags, gegeben ist, wenn sie von demselben abweichen und wenn sie gänzlich fehlen kann, so ist von vornherein anzunehmen, daß die Bestimmung der Vertragszeit auch da in Frage kommen kann, wo von jenem maßgebenden Zeitabschnitt nicht die Rede ist, nämlich beim Akkord. Und die Erfahrung bestätigt dies, indem sie Akkorde zeigt, die mit jener Bestimmung versehen sind, und Akkorde, die ihrer entraten.

Dies mag zunächst durch einige Beispiele erläutert werden. Haben wir unbeschränkte Stücklohnverträge (oben S. 335) — es ist z. B. jemand zum Kohlengraben im Bergwerk, zum Weben von Tuch, zur Herstellung von Zigarrenwickeln, zur Vornahme ärztlicher Untersuchungen der Versicherungsnehmer angestellt und soll für den Hektoliter geförderter Kohlen, für das Meter gewobenen Tuches, für hundert Cigarrenwickel, für jede ärztliche Untersuchung und Begutachtung 10 Mark erhalten —, so dehnt sich die Arbeitsaufgabe schrankenlos aus, aber es besteht die doppelte Möglichkeit, daß diese unbeschränkten Stücklohnverträge für eine bestimmte Zeit (einen Monat, drei Monate, ein Jahr u. s. w.) eingegangen werden¹, oder daß die Parteien keinerlei Bestimmung der Vertragszeit vereinbaren.

Ebenso da, wo die Arbeitsaufgabe beschränkt ist: wenn z. B. dem Handschuhmacher vom Fabrikanten 6 Dutzend Paar Handschuhe aus Leder zu schneiden aufgegeben sind für einen Lohn von

¹ z. B. der Arbeitgeber, ein Schleifereibesitzer, hat dem Arbeitnehmer zugesagt, ihn „vom 21. Aug. 1893 bis zum 1. Mai 1894 als Hohlschleifer gegen Akkordlohn zu beschäftigen“: Unger, Entscheidungen Nr. 93.

2,40 Mark für das Dutzend, oder dem Schreinergehilfen vom Meister drei Salonschränke um einen Lohn von 90 Mark für den Schrank, oder Hafenarbeitern die Füllung des Kohlenbunkers eines zur Abfahrt bestimmten Schiffes mit Kohlen oder die Löschung eines mit Getreide beladenen Schiffes, indem der Transport pro Tonne mit 1 Mark bzw. 50 Pfg. vergütet wird¹, oder wenn ein Floßknecht zur Bedienung eines Flosses von Apfeldorf am Lech bis Linz für n Mark gedungen, oder ein Schiffskapitän für die Reise von Bremen nach Baltimore und zurück angestellt und die Heuer in Bausch und Bogen bedungen wird (HGB. §§ 547. 549). In allen diesen Akkordfällen ist die Arbeitsaufgabe beschränkt und möglicherweise ist damit auch das Arbeitsverhältnis zeitlich begrenzt, indem es nicht länger währen soll als die Lösung der gestellten Aufgabe, mit ihrer Lösung zu Ende gehen soll. Ist aber die Aufgabe bei ihrer Stellung nicht als die einzige gemeint, indem nach ihrer Lösung das Arbeitsverhältnis für neue Aufgaben fortbestehen soll, so ist die Vertragszeit unbestimmt. Näheres in Kap. 2 Nr. VI.

Es wird sodann auch in den Gesetzen darauf reflektiert, daß beim Akkord die Vertragszeit bestimmt oder unbestimmt sein kann. Nach HGB. § 88 ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten in der Regel ein Akkordverhältnis. Denn in Ermangelung anderer Abrede (z. B. auch der, daß der Arbeitnehmer pro Quartal, Semester oder Jahr eine Vergütung erhalte: Zeitlohnvertrag) gebührt dem Agenten „eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu stande gekommen ist“. Von diesem Akkordverhältnis sagt nun § 92, daß, „wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist,“ es von jedem Teile in gewisser Art gekündigt werden könne. Indem das Gesetz für die von ihm geordnete Kündigung erfordert, daß das Arbeitsverhältnis für unbestimmte Zeit eingegangen sei, anerkennt es die Möglichkeit, daß dieses Arbeitsverhältnis, das gewöhnlich ein Akkordverhältnis ist, für bestimmte Zeit eingegangen sei. In diesem Akkord kann die Vertragszeit von den Parteien festgesetzt sein oder nicht festgesetzt sein. — Das Nämliche gilt von dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag in Akkordform. BGB. § 699 Abs. 1 Satz 2 behandelt den Fall daß „die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist“; der offen gelassene entgegengesetzte Fall ist unser Verwahrungsvertrag als Akkord. Nach §§ 695. 696 kann „eine Zeit für die Aufbewahrung“ bestimmt sein

¹ Vgl. Bericht der Senatskommission f. d. Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen S. 46. 70.

oder nicht bestimmt sein. Aufbewahrung ist die Leistung des Arbeitnehmers. Eine für sie bestimmte Zeit ist eine ihre Dauer bestimmende. Nach ihrem Ablauf braucht der Arbeitnehmer nicht mehr aufzubewahren, kann er das Hinterlegte zurückgeben. Die Dauer der Aufbewahrung fällt daher mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses zusammen, ist Vertragszeit; sie kann nach dem Gesetz bestimmt sein oder nicht bestimmt sein. — Sodann bezieht sich BGB. § 623 auf einen Akkord, nämlich den Dienstvertrag in der Form des Akkords, gemäß den Worten: „Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen“. Dieser § 623 soll nach § 620 Abs. 2 unter gewissen Voraussetzungen Anwendung finden, nämlich wenn die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist. Diese letztere negative Voraussetzung ist beim unbeschränkten Stücklohnvertrag gewöhnlich erfüllt; man denke z. B. an den angestellten Vertrauensarzt einer Lebensversicherungsgesellschaft oder einer Berufsgenossenschaft. Indem aber das Gesetz außerdem verlangt, daß die Dauer des Dienstverhältnisses (die Vertragszeit: S. 508) nicht bestimmt sei, rechnet es beim Akkord mit den Möglichkeiten, daß die Vertragszeit bestimmt worden oder daß sie unbestimmt geblieben sei. — GewO. § 124 handelt von den Fällen, in denen Gesellen und Gehülfen „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“ die Arbeit verlassen können. Zu der hier genannten vertragsmäßigen Zeit gehört die von den Parteien im Arbeitsvertrag festgesetzte Vertragszeit (Dauer des Arbeitsverhältnisses). Und unter den in § 124 angeführten Fällen befindet sich in Nr. 4 der, daß der Arbeitgeber „bei Stücklohn“ nicht für ausreichende Beschäftigung der Arbeitnehmer sorgt. Das Gesetz befiehlt sonach einen Akkord, in welchem eine Festsetzung der Vertragszeit stattgefunden hat.

Die vorstehenden Hinweise auf Erfahrung und Gesetze zeigen, daß beim Akkord — ebenso wie beim Zeitlohnvertrag — die Vertragszeit durch die Parteien bestimmt werden oder aber unbestimmt bleiben kann.

IV. Die Bestimmung der Vertragszeit ist nur ausnahmsweise ein rechtlich erforderter Bestandteil des Arbeitsvertrags¹. Andererseits ist die Bestimmung der Vertragszeit durch die Vereinbarung der Parteien beim Abschluß des Arbeitsvertrags nicht der einzige Weg der Festsetzung oder Regelung der Vertragszeit; es bieten sich noch andere Wege. Der dem angegebenen nächstliegende ist wieder eine Verein-

¹ GewO. § 126^b Nr. 2: S. 218 oben.

barung der Parteien, aber nicht eine bei der Vertragschließung, sondern hinterher getroffene. In besonderer Übereinkunft bestimmen sie nachträglich die Dauer des Arbeitsverhältnisses, welche im Arbeitsvertrag selbst unbestimmt gelassen oder anders bestimmt worden war. Gänzlich verschieden von anfänglicher wie von nachträglicher Vereinbarung ist sodann die einseitige Bestimmung der Vertragszeit oder Kündigung. Sie bestimmt die Vertragszeit, indem sie ihr ein Ende setzt, sei es ein sofortiges, nämlich mit der Vollendung der Kündigung eintretendes, sei es ein befristetes, nämlich durch eine Frist von der Kündigung getrenntes. Dieser Weg der Bestimmung der Vertragszeit steht in der Regel nur den Parteien des Arbeitsverhältnisses offen, um dessen Vertragszeit es sich handelt. Ausnahmsweise ist er bald durch das Gesetz, bald durch Übereinkunft für einen Dritten eröffnet, so daß ein außerhalb des Arbeitsverhältnisses Stehender die Dauer desselben bestimmen kann. — Endlich bietet auch das Recht, nämlich Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, eine Regelung der Vertragszeit. Nicht bloß dadurch, daß es die von Privatdisposition herrührende nach Voraussetzungen und Wirkungen ordnet, sondern auch unmittelbar dadurch, daß es von sich aus die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmt¹.

Die angeführten Wege der Regelung der Vertragszeit werden im folgenden zu erörtern sein. Zunächst hat uns die Frage zu beschäftigen, welche Punkte oder Phasen der Vertragszeit einer Regelung unterliegen können.

Zweites Kapitel.

Anfang. Bestand. Natürliche Begrenzung.

I. Der Anfang der Vertragszeit fällt mit dem Abschluß des Arbeitsvertrags zusammen, denn hiermit ist das Vertragsverhältnis oder das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis begründet. Dieser Anfang kann nicht eine besondere Bestimmung der Vertragszeit bilden,

¹ z. B. HGB. § 77 Abs. 1: „Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich . . . in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.“ Das BeschlG. § 4 enthielt vor seiner Änderung durch Einf.-Ges. zu dem Ges. betr. Änderungen der CPO., vom 17. Mai 1898 Art. III den Satz: „Als dauernd in diesem Sinne gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr bestimmt . . . ist.“ Andererseits gilt bei der *relocatio tacita* des § 625 BGB. das Dienstverhältnis nach dem Gesetz als auf „unbestimmte Zeit“ verlängert.

da er weder innerhalb noch außerhalb des Vertrags festgesetzt werden kann, sondern stets mit dem Vertragsschluss zusammentrifft.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitsvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, oder mit einem Anfangstermin versehen worden ist. Der Aufschub, den diese Nebenbestimmungen herbeiführen, bedeutet nicht einen Aufschub des Rechtsverhältnisses, sondern einen Aufschub der Fälligkeit der Leistungen. Es wird dadurch der Eintritt der Arbeitszeit oder der Zahlungszeit, nicht der der Vertragszeit suspendiert. Die Vertragszeit auch des bedingten oder befristeten Arbeitsvertrags beginnt mit seinem Abschluss.

Das gemeine deutsche Privatrecht setzt der Aufnahme von aufschiebender Bedingung und Anfangstermin in den Arbeitsvertrag keine Schranke; in Partikularrechten kommen solche vor¹. Zur Aufnahme dieser Zusätze kann es aus mannigfaltigen Anlässen kommen. So auf Seiten des Arbeitgebers, z. B. weil sein Bedürfnis der Arbeit noch nicht entschieden ist, indem er etwa noch Vorrat hat oder dies Bedürfnis erst in einem gewissen späteren Zeitpunkt eintreten wird², oder die Anstellung vom Ausfall einer Erkundigung, von der Leistung einer Kautions abhängen soll, oder weil der Arbeitgeber erst noch gewisse Vorbereitungen für den Vollzug der Arbeit treffen oder sich die Mittel für die Vergütung verschaffen muß. Ähnliche Anlässe finden sich auf Seiten des Arbeitnehmers. Er kann ferner z. B., weil er selber noch in Stelle ist und erst nach einem Monat frei wird³, oder weil er inzwischen eigenen Angelegenheiten sich zu widmen hat, in den heute geschlossenen Arbeitsvertrag einen Aufschub von einem Monat aufgenommen haben.

II. Anfangstermin und aufschiebende Bedingung haben zur Folge, daß die Vollwirksamkeit des Arbeitsvertrags nicht vor Erfüllung

¹ So bestimmt die GesindeO. für das Königr. Sachsen vom 31. Mai 1898 unter der Rubrik „Unverbindlichkeit zu früh abgeschlossener Verträge“ in § 3: „Gesindeverträge, welche länger als vier Monate vor dem beabsichtigten Dienstantritt abgeschlossen werden, sind für keinen Teil verbindlich.“

² z. B. Vertrag mit dem Umzugsunternehmer lange vor dem Ziehtage, Engagement des Schauspielers vor der Saison u. s. w. Tönnies in Brauns Archiv f. soz. Gesetzg. XII, 313 Anm. (mit Bezug auf Hamburger Hafendarbeiter): „Weil nämlich sehr oft, wenn schon die Annahme zur Arbeit stattgefunden hat, ein, zuweilen zwei Tage des Wartens (‘Ausguck’) auf avisierte Schiffe der Arbeit selber vorausgehen, Tage, die also eigentlich zum ‘Dienste’ gehören, aber nicht bezahlt werden.“

³ Vgl. BGB. § 629: Das „Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses“ kann zur Begründung eines solchen sub die führen.

der Zeit oder der Bedingung eintritt. Beziehen sich jene Zusätze auf den Arbeitsvertrag schlechthin oder besonders auf die Arbeitszusage, so tritt die Verpflichtung zur Arbeit erst mit jener Erfüllung ein¹, und damit ist in der Regel auch die Verpflichtung zur Vergütung suspendiert. Ist dagegen Bedingung oder Termin blofs der Vergütungszusage beigefügt², so wird nur die Verpflichtung zur Vergütung, nicht auch die zur Arbeit suspendiert.

Dafs der bedingte oder befristete Arbeitsvertrag, obwohl ihm die Vollwirksamkeit mangelt, in dieser Zwischenzeit nicht der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt, dafs er ein Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis begründet, zeigt sich an folgendem.

1. Der noch nicht vollwirksame Vertrag ist immerhin abgeschlossen³. Es kann daher keine Partei, die der anderen nachträglich eine neue Proposition macht, wenn dieselbe abgelehnt wird, den Vertragsschluss als gescheitert und das Rechtsverhältnis als nicht bestehend behandeln⁴.

2. Der Arbeitnehmer hat das von ihm in der Zwischenzeit begangene Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zu vertreten, wenn er sich dadurch aufser stand gesetzt hat, die Arbeit zu leisten, nachdem seine Verpflichtung durch Eintritt der Bedingung oder des Termins entstanden ist. Der nicht vollwirksame Arbeitsvertrag begründet somit eine Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers. Sie erstreckt sich auf den Verzug, d. h. auch in die Zwischenzeit fallende Umstände, welche die fällig gewordene Leistung verzögern, hat der

¹ Beim Dienstvertrag ist dann die Verpflichtung zum „Dienstantritt“ gegeben. BiSchG. § 22: „Die Verpflichtung des Schiffsmannes zum Dienstantritte beginnt, wenn nichts anderes verabredet ist, mit dem Abschlusse des Dienstvertrags.“ FlG. § 18. Der Fall, dafs etwas anderes verabredet ist, liegt vor, wo Bedingung oder Termin gesetzt ist. — Beim Heuervertrag des Seeschiffsmannes beginnt die Verpflichtung des Schiffsmannes, sich mit seinen Effekten an Bord einzufinden und Schiffsdienste zu leisten, wie andererseits die Verpflichtung des Arbeitgebers die Heuer zu zahlen, „in Ermangelung einer anderweitigen Abrede“ („wenn nicht ein anderes bedungen ist“) mit dem Zeitpunkt der Anmusterung, nicht schon des Abschlusses des Heuervertrags: SeemO. §§ 28. 35 (S. 350³). Der Aufschub auf die Musterung ist gesetzliche Befristung; aber ein Rechtsverhältnis wird schon durch den Heuervertrag begründet: SeemO. § 10 Abs. 2. § 26. § 81 (S. 247).

² natürlich, wie jede Vertragsbestimmung, mit Einverständnis des Arbeitnehmers; nur bei *condicio juris* (z. B. BGB. § 652 „wenn der Vertrag . . . zustande kommt“) ist dieses nicht erforderlich.

³ Den unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Vertrag bezeichnet BGB. § 652 Abs. 1 Satz 2 als „geschlossen“.

⁴ Gegenteilige, nicht zutreffende Entscheidung in Gewerbegericht IV, 99.

Arbeitnehmer, wenn er sie verschuldet, zu vertreten¹. Seine Verantwortlichkeit kann ihm Handlungen oder Unterlassungen auferlegen.

3. Das nicht vollwirksame Arbeitsverhältnis ist den vom Recht anerkannten Mitteln zur Auflösung von Arbeitsverhältnissen zugänglich und, wenn die Auflösung erreicht werden soll, ihrer auch bedürftig. Denn nicht durch beliebigen Rücktritt einer Partei kann die Aufhebung des bedingten oder befristeten Verhältnisses herbeigeführt werden. Wohl aber durch Übereinkunft, einen *contrarius consensus*. Ebenso ist auf dasselbe die Kündigung anwendbar, und zwar — von den folgenden zwei Schranken abgesehen — in dem gleichen Maße, in welchem sie beim vollwirksamen Arbeitsverhältnis Platz greift. Die zwei Schranken sind diese:

a. Soweit die Kündigung nach ihrem Grunde den Beginn des Vertragsvollzugs (und damit den Eintritt von Bedingung oder Termin) voraussetzt, ist sie auf das nicht vollwirksame Arbeitsverhältnis nicht anwendbar².

b. In der Abschließung eines bedingten oder befristeten Arbeitsvertrags liegt nicht der Ausschluss der Kündigung bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins. Wenn jedoch der bedingte oder befristete Vertrag für eine gewisse Zeit eingegangen ist, somit während einer vereinbarten Frist vom Eintritt seiner Vollwirksamkeit an unkündbar sein soll, so ist dies dahin zu verstehen, daß an das Verhältnis auch vor dem Beginn der Frist nicht einseitig gerührt werden soll. Danach ist die ordentliche Kündigung vom Zeitpunkt des Vertragschlusses bis zum Ablauf jener Frist nicht wirksam.

Von diesen beiden Schranken abgesehen, ist die Kündigung schon vor der Vollwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses (in der Zwischenzeit) zulässig. Ihre Zulässigkeit bestätigt die rechtliche Existenz des gekündigten Verhältnisses. Solche Kündigung ist nunmehr näher zu betrachten.

III. Die Statthaftigkeit der Kündigung eines bedingten oder befristeten Arbeitsverhältnisses gilt zunächst von der dem Grunde nach freien, aber befristeten Kündigung, mag die Kündigungsfrist durch Privatdisposition (auch durch den bedingten oder

¹ Diese Sätze stehen im Einklang mit BGB. §§ 275. 276. 285; hingegen § 325 spricht nur von dem Fall, daß eine bereits obliegende Leistung unmöglich wird.

² z. B. HGB. § 71 Nr. 2. § 72 Nr. 1. GewO. § 124 Nr. 4. § 133^c Nr. 2: Die Nichtgewährung der vereinbarten Vergütung kann nicht Kündigungsgrund sein, so lange weder Arbeits- noch Vergütungspflicht besteht. Untreue im Dienst kann erst nach dem Dienstantritt einen Kündigungsgrund abgeben.

befristeten Vertrag selber) oder durch Gesetz gegeben sein. In diese Frist ist die Zwischenzeit einzurechnen, und diese Frist kann vor oder nach dem Eintritt der Vollwirksamkeit ablaufen¹. Daß die Parteien bei Festsetzung jener Frist mit diesen Möglichkeiten nicht gerechnet haben, ist ohne Belang. Was das BGB. in §§ 621—623 beim Dienstvertrag über befristete Kündigung verfügt, ist so gefaßt, daß dadurch die Kündigung vor Vollwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nicht ausgeschlossen ist. Auch darf man folgern: wenn sich durch Kündigung nach Eintritt seiner Verpflichtung jeder Teil mit Ablauf der Kündigungsfrist seiner Haftung für die Zukunft entledigen kann, so muß er um so mehr mit dem gleichen Mittel die leichtere Fessel abstreifen können, die er sich durch Abschluß eines bedingten oder befristeten Vertrags angelegt hat².

Ist die gesetzliche Kündigungsfrist durch den Vertrag wegbedungen worden, so daß das Arbeitsverhältnis von jedem Teil jederzeit gekündigt werden kann, so ist solche Kündigung auch schon vor Eintritt der Vollwirksamkeit zulässig. Hätte es doch auch wenig Sinn, den Eintritt der letzteren zu verlangen und sie dann alsbald durch Kündigung wieder sistieren zu lassen. Überdies entspricht es dem Interesse des Gegners, nicht hingehalten zu werden, wenn der andere schon jetzt entschlossen ist, das Arbeitsverhältnis nach Eintritt seiner Vollwirksamkeit zu kündigen.

¹ nach Eintritt, wie in dem Fall bei Unger, Entscheidungen Nr. 144.

² „Kündigung kann schon vor Beginn des Dienstverhältnisses erfolgen“ hat das OLG. in Hamburg am 28. Nov. 1891 entschieden (Zeitschr. f. Handelsr. 40, 452). Thiele, Archiv f. civ. Praxis 89, 162, der diese Entscheidung citiert, fügt jedoch bei: „Nur darf aber die Kündigung nicht so zeitig erfolgen, daß bei Antritt des Dienstverhältnisses . . . die Kündigungsfrist bereits abgelaufen ist. Wollte man das annehmen, so würde man ein einseitiges Rücktrittsrecht vom Verträge sanktionieren und dadurch der Vertragsumgehung das Wort reden.“ Allein um diese Konsequenz handelt es sich mit nichten, sondern um die Frage, ob in die Kündigungsfrist, die unleugbar ein Stück der Vertragszeit ausmacht, auch der Teil der letzteren einzurechnen ist, der der Vollwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses vorausgeht. Diese Frage kann nur, wie hier geschehen, bejaht, oder aber verneint werden. Thiele erklärt sich für ein Mittleres: „Hat also z. B. A sich verpflichtet, am 1. Juli bei B den Dienst anzutreten . . . so kann bei dreimonatlicher Kündigungsfrist wohl so gekündigt werden, daß das Dienstverhältnis z. B. zum 1. August beendet . . . werden soll, nicht aber in der Weise, daß der Dienst überhaupt nicht anzutreten . . . wäre: eine Kündigung vor oder an dem 1. April wäre also ausgeschlossen.“ — Immerwahr, Kündigung S. 165 Anm. 3 ist gegen unsere Meinung, ohne die seinige zu begründen. Dasselbe gilt von Burchard, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 50, Staub, Komm. zu HGB. § 66 Anm. 8.

Aus den nämlichen und aus ähnlichen Gründen dürfen wir nicht anstehen, in den Fällen, in denen das Gesetz dem Arbeitgeber das Recht verleiht, den Arbeitnehmer „jederzeit zu entlassen“ oder ihm „jederzeit den Vertrag zu kündigen“, diese Entlassung oder Kündigung auch während des Schwebezustandes zu gestatten, den Suspensivbedingung oder Anfangstermin hervorbringen¹. Wo das Gesetz seiner Fassung nach auf die Voraussetzung der Vollwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zugeschnitten ist („kann jederzeit seines Dienstes enthoben werden“), hat es den gewöhnlichen Hergang im Auge, hat es nicht den selteneren gegenteilig behandelt wissen wollen².

Letztlich ist die in Rede stehende Zulässigkeit der Kündigung auch für die beiden Parteien aus wichtigem Grunde zustehende unbefristete anzuerkennen³. Wenn eine Partei schon vor Eintritt der Vollwirksamkeit des Vertrags eines gesetzlichen Kündigungsgrundes teilhaftig ist, so liegt es in ihrem Interesse und oft auch in dem der anderen Partei, daß die Kündigung des bedingten oder befristeten Rechtsverhältnisses alsbald erfolge oder wenigstens nicht bis zur Vollwirksamkeit des Verhältnisses zu warten habe⁴. Warum sollte der Arbeitgeber, der einen Werkmeister oder Bautechniker durch einen am 1. Juli abgeschlossenen Vertrag für den 1. September angestellt hat und bei der Vertragschließung vom Arbeitnehmer durch Vorbringung falscher Zeugnisse hintergangen worden ist, die sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses nicht schon vor dem 1. September verlangen können? Und wenn sich der Prinzipal erhebliche Ehrverletzungen gegen den Handlungsgehilfen oder unsittliche Zumutungen gegen die Handlungsgehilfin zu Schulden kommen läßt in der

¹ z. B. HGB. § 545. BGB. § 649. § 650. Die letzte Stelle spricht von einem besonderen Grunde solcher Kündigung: es ergibt sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages ausführbar ist. Dieser Grund kann sich sehr wohl vor der Vollwirksamkeit des Werkvertrags einstellen. Auch § 649 ist so gefaßt, daß er der Kündigung vor dieser Zeit Raum läßt, er beschränkt sie nicht auf den Entzug der „Fortsetzung“ der Werkausführung, wie vielleicht Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts I § 174 zu Anm. 37 annimmt.

² Dies ist auch gegenüber KO. § 22 zu sagen, wonach ein im Haushalte, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners „angetretenes“ Dienstverhältnis von jedem Teile gekündigt werden kann. Diese Möglichkeit hat auch vom noch nicht angetretenen zu gelten.

³ BGB. § 626. HGB. §§ 70—72. GewO. §§ 123. 124. 124^a. 133^b—133^d. BiSchG. § 20 Abs. 3. § 25 Abs. 1. FIG. § 16 Abs. 3. § 21 Abs. 2. SeemO. § 57, vgl. § 59 „vor Antritt der Reise“.

⁴ Auch gegenüber GewO. § 123 Abs. 2 und § 124 Abs. 2 ist es bedeutungsvoll.

Zeit zwischen dem Abschluss des Anstellungsvertrags und dem Eintritt seiner Bedingung oder Befristung, warum sollte das Vertragsverhältnis nicht schon vor seiner Vollwirksamkeit vom beleidigten Arbeitnehmer gekündigt werden können? ¹

IV. Wir haben gesehen, daß der Beginn der Vertragszeit auch bei dem unter Bedingung oder Termin geschlossenen Arbeitsvertrag mit dessen Eingehung zusammenfällt. Allein wenn die Parteien nicht bloß eine Bedingung oder einen Anfangstermin, sondern auch eine Frist setzen — z. B. „am 1. Juli auf ein Jahr“, oder „falls die Prüfung bestanden wird, auf ein Jahr“, — so ist selbstverständlich in diese Frist die vor ihr liegende Vertragszeit nicht einzurechnen. Auch wird mit der Fristsetzung die Bestimmung des Zeitraumes für die beiderseitige Leistungspflicht beabsichtigt, eine Leistungspflicht ist aber erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins gegeben. Aus diesem Grunde glauben wir, daß, wo das Gesetz an eine gewisse Dauer des Arbeitsverhältnisses Wirkungen knüpft, es nur die Zeit seiner Vollwirksamkeit veranschlagt und nicht die vor dieser liegende Vertragszeit eingerechnet wissen will ².

Mufste schon eingangs (S. 515/16) gesagt werden, daß der Anfang der Vertragszeit nicht eine besondere Bestimmung derselben bilden kann, weil dieser Anfang mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags gegeben ist, so hat sich nun gezeigt, daß dieser Anfang nicht immer als solcher in Anschlag kommt, wo die Vertragszeit durch Setzung einer Frist bestimmt wird. Da nun der Anfang der Vertragszeit keine selbständige Bedeutung für die Bestimmung der Vertragszeit

¹ Vgl. Planck, Kommentar zu BGB. § 626: „Ob der Grund zur Kündigung vor oder nach Beginn des Dienstes eintritt, ist gleichgültig.“ Gleichgültig meinen wir auch für die Zeit der Kündigung, indem letztere auch vor Beginn des Dienstes statthaft ist. — In partikularrechtlichen Gesindeordnungen wird der vor dem Dienstantritt ergehenden unbefristeten Kündigung des Dienstverhältnisses umständlich Rechnung getragen. So in der Hamburgischen Dienstbotenordnung vom 7. Dez. 1898 in §§ 8. 9, in der GesO. f. d. Königr. Sachsen §§ 21. 23—26, z. B. „doch kann die Herrschaft vor Antritt des Dienstes von dem Vertrage aus eben den Gründen abgehen, aus welchen sie berechtigt sein würde, das Gesinde vor Ablauf der Dienstzeit zu entlassen.“ Der Diensthote kann kündigen z. B. wenn er sich verheiratet, wenn die Herrschaft in gewisser Weise ihren Wohnsitz verlegt. Sehr ähnlich schon die preussische Allgem. GesO. vom 8. Nov. 1810 §§ 48. 49. 52. 54. 55.

² So in BGB. § 624, wo die fünf Jahre nicht vom Vertragschluss zu rechnen sind, wenn der Vertrag bedingt oder befristet war. Ebenso wird das „dauernde Dienstverhältnis“ in §§ 617. 629. 630 vom Dienstantritt, nicht vom Abschluss des bedingten oder befristeten Dienstvertrags zu messen sein.

besitzt, und ihm selbst bei Setzung einer Frist für die Vertragszeit nicht immer nachgefragt wird, so braucht von demselben nicht weiter die Rede zu sein.

V. Von vornherein wird man annehmen, daß bei Regelung der Vertragszeit nur Anfang und Ende in Frage kommen, daß daher hier nach Erledigung der Anfangsbestimmung bloß die Endbestimmung übrig bleibe. Allein ein seinem Anfang nach bestimmtes, seinem Ende nach unbestimmtes Arbeitsverhältnis kann doch seiner Ausdehnung nach insofern bestimmt sein, als eine Frist gegeben ist, innerhalb deren es besteht, während deren die Vertragszeit läuft, ohne darum mit der Frist abzulaufen.

Diese den Bestand des Verhältnisses zeitweise sichernde Bestimmung bietet eine Reihe von Unterschieden, von welchen der vornehmste der ist, daß die Bestandsicherung eine vollständige, nämlich gegenüber beiden Parteien geltende ist, oder nur gegenüber einer Partei gilt; wo die Einseitigkeit keine gesetzliche, sondern eine vereinbarte ist, kommt ihre Zulässigkeit in Frage¹. Ferner unterscheidet sich die Bestandsicherung darin, daß sie sich dem Anfang des Verhältnisses anschließt oder später vorkommt, daß sie mittelst des allgemeinen Zeitmaßes (z. B. kalendermäßig) oder durch Anknüpfung an Vorgänge getroffen ist², daß sie von Privatdisposition herrührt oder vom Gesetz ausgeht, endlich daß sie auf einem dieser Wege unmittelbar verfügt ist oder nur indirekt, ein Unterschied, der noch einer, auch das Vorangehende erläuternden, Erklärung bedarf:

1. Eine unmittelbare Bestandsicherung, und zwar durch die Parteien verfügt, liegt vor, wenn diese ausmachen, ihr Verhältnis solle während z. B. eines Jahres von keinem Teil durch Kündigung aufgehoben werden³, oder, was gleichbedeutend, es solle ein Jahr und mangels einer auf den Jahresschluss gestellten Kündigung noch

¹ Sie entscheidet sich aus der nämlichen moralischen Erwägung wie die Imparität bei vertraglicher Endbestimmung und bei Kündigung (Kap. 3 Nr. III. VI. Kap. 5 Nr. IV); Beispiele in Jahresbericht der preufs. Gewerberäte f. 1899 S. 389 (die Arbeitnehmer sind verpflichtet, die Arbeit nicht vor einem gewissen Termin aufzugeben, wogegen der Arbeitgeber „das Recht der jederzeitigen Entlassung“ hat). Jahresbericht des Arbeitersekretariats in Bremen für 1900 S. 63.

² z. B. Zusage des Arbeitgebers, keine Entlassung vorzunehmen, so lange die Reduktion der Arbeitszeit oder des Lohnes besteht, welche wegen Geschäftsstille vereinbart worden ist. Gewerbegericht II, 6/7. Soz. Praxis X, 397.

³ z. B. Badische Fabrikinspektion für 1897 S. 50; hier von „einjähriger Kündigungsfrist“ zu sprechen, geht nicht an, es ist vielmehr eine Frist der Unkündbarkeit vereinbart. Beim Handlungsgehilfenverhältnis findet sich

länger bestehen¹. Eine gesetzliche Verfügung dieser Art (gesetzliche Frist der Unkündbarkeit) kommt nur zu Lasten des Arbeitnehmers vor².

2. Eine mittelbare, nämlich folgewise eintretende Bestandsicherung liegt vor:

a. wenn Gesetz oder Vertrag die Kündigung befristet, d. h. bestimmt haben, daß, wann immer sie erfolgt, ihre endigende Wirkung erst nach Umfluß einer gewissen Frist (z. B. 6 Wochen) stattfindet, oder

b. wenn Gesetz oder Vertrag die Kündigung dergestalt zeitlich beschränkt haben, daß sie nur an gewissen Zeitpunkten oder Tagen (z. B. abends, Zahltag, Sonntag, 15. des Monats, Ende der Arbeit) und sonst nicht zulässig ist³.

Sehen wir ad 1. und 2. von der nach zwingendem Recht zustehenden außerordentlichen Kündigung ab, so ist zu sagen: Im ersten Fall ist der Bestand des Arbeitsverhältnisses von Anfang oder vom Zeitpunkt der erwähnten Abrede auf eine gewisse Zeit, im Beispiel auf ein Jahr gesichert; im zweiten Fall ist diese Bestandsicherung von der Begründung des Verhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist (z. B. 6 Wochen) oder für die Zeit bis zum nächsten Kündigungstag (Tag der Kündbarkeit, nicht gleich Kündigungstermin) gegeben⁴.

nicht selten die Abrede, daß „entweder die Gehülfen oder beide Teile zur Zeit der Saison, z. B. vom 1. November bis 1. Januar, von August bis Februar, ein halbes Jahr vor Weihnachten u. s. w. nicht kündigen können“. Adler, Lage der Handlungsgehülfen S. 122 (aus den Drucksachen der Kommission f. Arbeiterstatistik).

¹ HGB. § 67 Abs. 3: „wenn das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablauf der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.“ Ebenso GewO. § 183^{aa}.

² nämlich des Lagerhalters in HGB. § 422: „Der Lagerhalter kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut (falls eine Lagerzeit nicht bedungen ist) vor dem Ablauf von drei Monaten nach der Einlieferung zurücknehme“; des Schiffers bei der Seeschifffahrt in HGB. § 551; des Seemanns in SeemO. § 54 Abs. 1; des Schiffers und des Schiffsmannes in der Binnenschifffahrt in BiSchG. § 20 Abs. 4. § 25 Abs. 2. — Verschieden von der Ordnung, daß eine Partei von Vertrags- oder Rechtswegen in gewisser Zeit nicht kündigen kann, ist die, daß sie nicht kündigen darf, indem der Kündigende den durch seine unzeitige Kündigung entstandenen Schaden ersetzen muß: BGB. § 627 Abs. 2. § 675, falls § 671 Abs. 2 Platz greift.

³ z. B. Bericht des Arbeitgeber-Verbandes Hamburg-Altona f. 1899 S. 32.

⁴ Vgl. oben S. 511/12 und § 4 Nr. 4 des BeschlG. in seiner ursprünglichen Fassung, wonach ein Dienstverhältnis als dauernd galt, wenn „bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten“ war.

Eine solche, den Bestand des Arbeitsverhältnisses betreffende Bestimmung der Vertragszeit verhält sich zu der sein Ende festsetzenden (Endbestimmung) folgendermaßen:

Sie kommen darin überein, daß durch beide das Verhältnis bis zu einem gewissen Zeitpunkt befestigt wird¹. Wenn nämlich die Parteien den Willen erklären, daß ihr Verhältnis mit Ablauf eines Jahres, von dieser Erklärung gerechnet, endigen soll, so erklären sie in der Regel damit auch, daß es bis dahin bestehen soll.

Hingegen unterscheiden sich die beiden Zeitbestimmungen darin, daß die das Ende angegebende die Dauer des Verhältnisses absolut bestimmt, während die den Bestand betreffende nur seine relative Dauer oder eine Minimaldauer bestimmt, dagegen seine Dauer überhaupt unbestimmt läßt. Ob in dem ersten Fall (S. 522 Nr. 1) das Verhältnis nur ein Jahr, oder ein Jahr und einen Monat, fünf Viertel, anderthalb oder zwei Jahre u. s. w. dauert, ist trotz der den Bestand zeitweise garantierenden Bestimmung unbestimmt. Und ebenso ist im zweiten Fall zwar die Minimaldauer des Verhältnisses begrenzt, seine absolute Dauer dagegen unbegrenzt; es dauert z. B. 6 Wochen + x, wobei x nicht bloß = 1 Monat oder 1 Jahr, sondern auch = 0 sein kann, wenn nämlich die Kündigung schon am Tag der Eingehung des Vertrags erfolgt.

Hiernach hat man die Arbeitsverhältnisse, bei denen nur der Bestand zeitweise gesichert oder zeitlich bestimmt worden, hingegen die Dauer schlechthin oder die absolute Dauer unbestimmt geblieben ist, zu den Verhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit zu rechnen². Und dies kommt mit BGB. § 620 überein. Mit dessen Abs. 1³ nämlich können nicht die Fälle gemeint sein, in denen nur der Bestand des Verhältnisses bestimmt ist. Unter der Zeit, für die ein Dienstverhältnis eingegangen ist, kann nur verstanden sein eine Zeit, mit deren Ablauf schon nach der Intention der Parteien das Verhältnis endigen soll. Denn es hätte keinen Sinn, es von Rechtswegen endigen zu lassen, wo die Parteien selber sich die Erstreckung vorbehalten, nämlich die von ihnen gesetzte Frist nur als Minimum gemeint haben. Ist nun der angegebene der Sinn von § 620 Abs. 1, so muß Abs. 2 demselben angepaßt sein. Er umfaßt

¹ Insofern ist es zutreffend, wenn HGB. § 67 Abs. 3 und GewO. § 133^{aa} Abs. 3 (S. 523¹) vom Dienstverhältnis mit zeitweise gesichertem Bestand sagen, es sei „für bestimmte Zeit“ eingegangen.

² Woneben der in Note 1 erwähnte Sprachgebrauch bestehen kann.

³ „Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.“

die Fälle, welche nicht unter Abs. 1 gehören, und dieser Abs. 1 betrifft nur den Fall absolut bestimmter Vertragszeit. Aus den Worten des Abs. 2: „Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch . . .“ ist somit zu entnehmen, daß das Gesetz den Fall, in dem nur der Bestand des Verhältnisses zeitlich geregelt ist, zu den Fällen rechnet, in denen die Dauer nicht bestimmt ist.

Als bestimmt schlechthin bezeichnen wir danach in der Folge nur diejenige Vertragszeit, deren Ende bestimmt ist. Jede andere ist, mehr oder weniger, unbestimmt. Es fragt sich nunmehr, wodurch das Ende der Vertragszeit bestimmt wird.

VI. Endbestimmung ist die vom Recht oder von Personen durch Frist- oder Terminsetzung gegebene Festsetzung des Endes der Vertragszeit. Es ist einerlei, ob diese Festsetzung direkt erfolgt, d. h. durch Hinweis auf ein Zeitmaß, oder indirekt, d. h. durch Hinweis auf einen außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegenden Vorgang. Wesentlich dagegen ist, daß erst von außen her, gewissermaßen künstlich, dem Arbeitsverhältnis eine Grenze gesteckt wird. Hierdurch unterscheidet sich die Endbestimmung von der Zeitgrenze, die einem Arbeitsverhältnis kraft der vereinbarten Arbeit gezogen, ihm durch seinen Inhalt gegeben ist, die es in sich trägt. Mit der Erreichung dieser durch die Arbeitsaufgabe selbst gegebenen Grenze findet das Arbeitsverhältnis sein natürliches Ende. Gerade unter Verwendung des Ausdrucks „Natur des Arbeitsverhältnisses“ finden wir diese Begrenzung der Vertragszeit in den Quellen angeführt und der durch Vertrag getroffenen Endbestimmung gegenübergestellt¹. Anderwärts ist von der Beschäftigung die Rede, welche durch die „Natur ihres Gegenstandes“ oder im voraus durch den Vertrag auf einen gewissen Zeitraum beschränkt ist². Hieran zeigt sich, daß jene „Natur des Arbeitsverhältnisses“ durch die eine Leistung, nämlich die Arbeit, bestimmt wird. Es ist also der Umfang der Arbeitsaufgabe, nach dem sich hier die Vertragszeit richtet. Die Zeitgrenze oder das Ende

¹ Unterstützungswohnsitzges. (Fassung vom 12. März 1894) § 29 Abs. 4: „. . . wenn das Dienst- oder Arbeitsverhältnis . . . nach seiner Natur oder im voraus durch Vertrag auf einen Zeitraum von einer Woche oder weniger beschränkt ist“.

² KrVG. § 1 Abs. 1. § 2 Nr. 1: „. . . Beschäftigung durch die Natur ihres Gegenstandes oder im voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt“. Ebenso auch InvVG. § 151 Nr. 2.

der Arbeit ist die Zeitgrenze des Arbeitsverhältnisses, ist das Ende der Vertragszeit. Von Dienstverhältnissen dieser Art sagt BGB. § 620 Abs. 2, daß ihre „Dauer aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist“. Mit der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste muß hier die Dauer des Dienstverhältnisses gegeben sein, sonst könnte sie demselben nicht zu entnehmen sein¹. Hiernach empfiehlt es sich nicht, in den Fällen natürlicher Begrenzung der Vertragszeit von stillschweigender Bestimmung ihrer Dauer, oder von stillschweigender Endbestimmung zu reden²; denn dies deutet bloß auf Verschiedenheit in der Äußerungsweise, während der Unterschied tiefer liegt³. Da jedoch ein Arbeitsverhältnis, dem durch seinen Inhalt (das Pensum) eine Grenze seiner Dauer gezogen ist, nicht als eines von unbestimmter Vertragszeit gelten kann⁴, und jedenfalls in BGB. § 620 Abs. 2 das Fehlen der natürlichen Begrenzung dem Fehlen der Endbestimmung gleichgestellt wird, so mag man die natürliche Begrenzung der Endbestimmung weiteren Sinnes zuzählen und als un-eigentliche Endbestimmung bezeichnen⁵.

Die natürliche Begrenzung der Vertragszeit wird vom Unterschied der Grundformen insofern nicht betroffen, als sie im Zeitlohnvertrag wie im Akkord anzutreffen ist⁶.

¹ Der Zweck muß (gleich der Beschaffenheit) hier etwas dem Mittel Anhaftendes und daher beiden Parteien Erkennbares, beiden als Zweck Vorschwebendes sein. Ist der Zweck nur einer bekannt, wird er nur von einer verfolgt, so kann die Dauer des Dienstverhältnisses solchem Zweck nicht entnommen werden. Nicht jedem Zweck der Dienste, über den die Parteien einverstanden sind, läßt sich die Dauer des Dienstverhältnisses entnehmen.

² Planck, Komm. z. BGB. § 620 sub 2 a, b. Windscheid, Pandektenrecht II § 402 Anm. 1.

³ Ihm entspricht die gesetzliche Unterscheidung von Natur und Vertrag. S. 525².

⁴ z. B. wird in HGB. §§ 547. 550 der Schiffer, der „für eine bestimmte Reise“ oder „für die Ausreise und die Rückreise“ angestellt ist, dem Schiffer gegenübergestellt, der „auf unbestimmte Zeit“ angestellt ist. Diesen Sinn von „unbestimmter Zeit“ hat man danach auch in HGB. § 66 voraussetzen. Er gilt, wie unter VIII Nr. 3 zu zeigen, auch in BtSchG. § 25 Abs. 1. Diesem Sprachgebrauch steht nicht entgegen BGB. § 620 Abs. 2, umsoweniger als in § 564 Abs. 2 das „nicht bestimmt“ auch die durch den Gebrauchszweck gegebene Bestimmtheit niegiert (so auch Planck, Komm. z. d. St.).

⁵ Wir halten es für besser, den Unterschied im Namen stärker hervortreten zu lassen, und bezeichnen nach wie vor mit „Endbestimmung“ nur die S. 525 definierte eigentliche.

⁶ FlG. § 16 Abs. 2: „Das Dienstverhältnis des Flossführers endigt, sofern nicht ein Anderes verabredet ist, mit der Vollendung der Reise und der Ablieferung des Flosses.“ Ebenso § 21 Abs. 2 vom Flossmann. Für diese En-

Im Zeitlohnvertrag steckt eine solche, wenn z. B. für Tage- oder Wochenlohn Einer seine Arbeit zur Einbringung einer Ernte, zur Beladung oder Entladung eines Schiffes, zur Pflege eines Kranken zugesagt hat, oder wenn für eine „zeitweise“, etwa pro Monat, bedungene Heuer ein Schiffer vom Rheder für eine bestimmte Reise angestellt worden ist (HGB. §§ 547. 549). In diesen Fällen ist mit der Arbeitsaufgabe (wenn sie als die alleinige intendiert ist) zugleich die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmt, indem die Vertragszeit endigt mit der Erledigung jener Aufgabe.

Das Gleiche ist von zahlreichen Akkordfällen zu sagen. Man denke — ohne Zeitlohn vorauszusetzen, der in den anzuführenden Beispielen auch nicht vorzukommen pflegt — an den Vertrag über Berufsarbeit, den ein Kunde mit dem Flickschneider oder (über eine Reparatur) mit dem Uhrmacher, ein Absender mit dem Spediteur oder mit dem Frachtführer, ein Auswanderer mit dem Auswanderungsunternehmer, ein Theaterdirektor mit dem Schauspieler über ein Gastspiel, ein Musikfreund mit dem Konzertgeber für einen Konzertbesuch, ein Patient mit dem Arzt in der Sprechstunde, ein Klient mit dem Rechtsanwalt über eine Prozeßführung, ein Verleger, der das Papier beistellt, mit dem Drucker über Lieferung der Auflage schließt.

Nicht weniger zahlreich sind freilich die Akkorde, die der natürlichen Begrenzung entraten¹. Dies gilt gewöhnlich von derjenigen Akkordart, die S. 335 als unbeschränkter Stücklohnvertrag ausgezeichnet worden ist; hier ist gemäß der Schrankenlosigkeit der Aufgabe im Arbeitsvertrag keine natürliche Begrenzung der Vertragszeit enthalten. Die nämliche Unbegrenztheit kann aber auch bei Akkorden vorkommen, in denen es sich nicht um Stücke, sondern wie in den zuerst angeführten Fällen, um ein einziges Arbeitsergebnis handelt, also bei Einheitsakkorden. Es kann z. B. mit einem Lagerhalter oder sonst jemanden als Verwahrer die Aufbewahrung eines Kleinods vereinbart werden gegen eine Vergütung, die nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist (BGB. § 699 Abs. 1). Hier wird keineswegs von seiten der Arbeit dem Arbeitsverhältnis eine Zeitgrenze gezogen. Und von diesem Akkord gelangen wir leicht auch zu Stücklohnverträgen, die trotz Beschränkung der Arbeit auf eine Stückzahl keine natürliche

digung durch natürliche Begrenzung ist es einerlei, ob Zeitlohn vereinbart ist oder nicht.

¹ Aus der Verbindung von BGB. § 623 mit § 620 Abs. 2 ergibt sich, daß nicht jeder Akkord, welcher ein Dienstvertrag ist, ein Dienstverhältnis von der Art begründet, daß dessen Dauer der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist.

Begrenzung des Arbeitsverhältnisses bieten. Denn setzen wir den Fall, daß den Gegenstand der Lagerung oder Verwahrung zehn Gemälde bilden, indem die Vergütung mit 20 Mark für das Stück bedungen wurde, so haben wir nicht mehr einen Einheitsakkord, sondern einen beschränkten Stücklohnvertrag. Obwohl aber hier die Arbeitsaufgabe durch die Zahl der Ergebnisse beschränkt ist, so läßt sich doch keine durch die Natur des Arbeitsvertrags gegebene Grenze der Vertragszeit erkennen; diese ist vielmehr unbestimmt.

Die nämliche Erscheinung bieten uns zahllose Akkorde, die in Gewerbe, Bergbau und Landwirtschaft anzutreffen sind, indem zwar der einzelne Akkord oder das Gedinge an der Zahl der herzustellenden Stücke oder am Umfang des zu bearbeitenden Gebietes (vgl. S. 335) seine Schranke findet, aber damit die Grenzen des Arbeitsverhältnisses nicht ausfüllt. Denn es ist hier der Arbeitsvertrag meist so geschlossen, daß er eine unbestimmte Reihe von Akkorden oder nicht nach der Zeit zu vergütenden Arbeitsleistungen umfassen soll. In einer Bauschreinerei z. B. „übernimmt jeder Schreiner eine bestimmte Anzahl von Fenstern oder Thüren in Akkord und nach deren Fertigstellung eine neue Quantität derselben oder andere Bauschreinerartikel“¹. Die hier genannte Übernahme der neuen Quantität ist aber nicht etwas Freiwilliges und ist nicht Eingehung eines neuen Arbeitsvertrags. Sie erfolgt vielmehr in Vollzug des einen Arbeitsvertrags, in welchem die Erteilung und Erledigung immer neuer Arbeitsaufgaben vorgesehen worden ist². Jede einzelne ist durch ihren Gegenstand beschränkt, aber darum ist nicht auch das Arbeitsverhältnis ein natürlich begrenztes. Nicht anders steht es z. B. um einen Former, dem in Ausführung eines mit ihm geschlossenen Arbeitsvertrags der Guß von zehn Dutzend Thürklinken, hierauf der einer gewissen Zahl von Hahnen und danach von Lampenfüßen zugewiesen wird, immer gegen Stücklohn, der für jedes Pensum vereinbart wird oder nach einer Preisliste feststeht. In der Seeschiffahrt kann ein „auf unbestimmte Zeit angestellter“ Schiffer „die Ausführung einer bestimmten Reise übernommen“ haben mit „in Bausch und Bogen für die ganze Reise“ bedungener Heuer: HGB. §§ 548. 549. Sein Arbeitsverhältnis entbehrt der natürlichen Begrenzung, obwohl der Akkord über die bestimmte Reise ein beschränkter ist. Die einem (nicht jedem) Akkord anhaftende Schranke ohne weiteres als Grenze auf das Arbeitsverhältnis zu übertragen, geht um so weniger an, als im nämlichen

¹ Lage des Handwerks I, 285.

² Ihre Erteilung gehört zur Direktion der vereinbarten Arbeit: S. 93 fg.

Arbeitsverhältnis von dem gleichen Arbeitnehmer abwechselnd Arbeiten für Akkordlohn und für Zeitlohn zu leisten sein können, z. B. vom Setzer, der, mit dem Satz eines mathematischen Werkes beschäftigt, im Berechnen arbeitet und nach Vollendung dieser Akkordarbeit, bis sich wieder eine solche Aufgabe bietet, in der nämlichen Druckerei eine Zeit lang in gewissem Gelde steht.

Aus alle dem ergibt sich, daß die Stellung oder die Vereinbarung einer Arbeitsaufgabe von beschränktem Umfang nicht notwendig auch natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses ist. Ob sich die Schranke der Aufgabe dem Arbeitsverhältnis als Zeitgrenze mitteilt, oder ob die Vertragszeit die Lösung der Aufgabe überdauert, ist in vielen Fällen leicht zu entscheiden, indem die Antwort durch den deutlich erklärten Willen der Parteien, durch die Beschaffenheit der Arbeit, die Umstände¹, das Herkommen oder die Verkehrssitte dargeboten wird². In vielen anderen Fällen ist jedoch die Beantwortung zweifelhaft³, und da sie auch vom Willen der Kontrahenten abhängt, so spielt hier ein Machtunterschied seine für den schwächeren verhängnisvolle Rolle⁴.

Die praktische Bedeutung des Unterschieds ist groß und einleuchtend. Denn wenn das Arbeitsverhältnis mit einer natürlichen Grenze versehen ist, so endigt es von selbst mit ihrer Erreichung, sodafs der Arbeitnehmer zur Lösung einer neuen Aufgabe nicht verpflichtet ist, und der Arbeitgeber durch Nichtstellung einer solchen

¹ z. B. den Betrag der vorausbezahlten Vergütung, die Ständigkeit oder Unständigkeit des Arbeitsbedarfs.

² Danach bezieht sich z. B. der vom Absender mit dem Frachtführer geschlossene Frachtvertrag gewöhnlich nur auf eine Beförderung, die des übergebenen Gutes, während der vom Schneidermeister mit dem Werkstattarbeiter eingegangene Vertrag sich über die Arbeit an dem Fracke hinaus erstreckt, welche bei der Vertragschließung vereinbart wurde.

³ z. B. ob der Kapitän, dem bei der Anstellung eine bestimmte Reise übertragen worden ist, nur für diese oder auch für folgende angestellt sei; wie weit das Arbeitsverhältnis des Zwischenmeisters oder des Heimarbeiter in der Konfektion reiche. Kommission für Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 10 S. 44: „Im allgemeinen bezieht sich in der Konfektion der Arbeitsvertrag auf den einzelnen Auftrag.“

⁴ Zahlreich sind daher die Fälle, in denen mit Recht oder mit Unrecht eine Arbeiterin sich gefallen lassen muß, daß mit der Erledigung einer ihr gestellten Aufgabe auch ihr Arbeitsverhältnis als geendigt, nicht als für neue Aufgaben fortdauernd behandelt wird, indem der Arbeitgeber, der Konjunktur folgend, sie abstößt. S. Arbeits- und Lebensverhältnisse der Wiener Lohnarbeiterinnen. Ergebnisse und stenogr. Protokoll u. s. w. (Wien 1897) passim, ebenso Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 10.

nicht in Annahmeverzug versetzt wird. Wenn dagegen das Arbeitsverhältnis eine bei seiner Eingehung oder später gestellte Aufgabe zu überdauern bestimmt, somit nicht natürlich begrenzt ist, dann gilt vom Gesagten das Gegenteil.

VII. Die im Vorausgehenden betrachtete natürliche Begrenzung fordert zu einer Vergleichung mit der Endbestimmung auf. Ist, wie sich gezeigt hat, das Dasein der ersteren nicht selten zweifelhaft, so kann bei der Endbestimmung, da sie dem Arbeitsverhältnis von außen zugesetzt und meistens auf Uhr- oder Kalenderzeit bezogen ist, kaum jemals ein Zweifel an ihrem Vorhandensein aufkommen. Bei natürlicher Begrenzung ist die Vertragszeit keineswegs unbestimmt (S. 526), aber entfernt nicht in dem Grade bestimmt, wie bei wirklicher Endbestimmung. Denn beim bloß natürlich begrenzten Arbeitsverhältnis steht zwar fest, daß es mit Erreichung der Grenze endigt, aber es ist ungewiß, ob es zum Ziele gelangen, und ungewiß, wann die Aufgabe erledigt sein wird. Diese zwiefache Ungewißheit wird nicht dadurch gehoben, daß der Schuldner, hier der Arbeitnehmer, verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern¹. Wohl aber giebt jene Ungewißheit zu der Frage Anlaß, ob ein natürlich begrenztes Arbeitsverhältnis auch noch einer Endbestimmung zugänglich sei, ob es mit einer solchen versehen und kraft derselben geendigt werden könne. Diese Frage ist für die vereinbarte und für die einseitige getrennt zu behandeln.

Wenn einem Arbeitsvertrag, der sein Ende in sich trägt, außerdem durch Übereinkunft der Parteien eine Endbestimmung eingefügt wird, so ist damit nicht etwas Widersinniges ausgemacht, vorausgesetzt, daß die Frist so groß oder der Termin so fern ist, daß die natürliche Grenze innerhalb jener oder vor diesem erreicht werden kann. Jene Endbestimmung kann der natürlichen Grenze die endigende Kraft nicht benehmen, kann nicht hindern, daß das Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, sobald die in der Arbeit steckende Grenze erreicht ist, mag auch das bestimmte Ende der Vertragszeit noch nicht gekommen sein. Beim entgegengesetzten Fall aber, wenn nämlich zu der durch die Endbestimmung gesetzten Zeit der Zweck der Arbeit noch nicht erfüllt oder die Aufgabe noch nicht gelöst ist, macht der Unterschied der Grundformen des Arbeitsvertrags seinen Einfluß geltend.

Das durch Zeitlohnvertrag begründete Arbeitsverhältnis (S. 526/27)

¹ BGB. § 242, vgl. HGB. § 428 Abs. 1. BiSchG. § 42 Abs. 2.

endigt zu der verabredeten Zeit; es kann keine Partei den Fortbestand aus dem Grunde beanspruchen, daß der Zweck der Arbeit noch nicht erreicht ist. Die Aufnahme der Endbestimmung beläßt der natürlichen Begrenzung nur die Bedeutung, das Verhältnis vor dem Eintritt der Endbestimmung aufzuheben, falls die Arbeit vorher vollendet wird. Und dies rührt daher, daß im Zeitlohnvertrag von der Lösung der Aufgabe, vom Arbeitseffekt für das Entgeltverhältnis Umgang genommen wird. Die diesem Effekt hier allein noch zukommende Bedeutung einer natürlichen Grenze muß aber wegfallen, sobald durch die Vereinbarung einer Endbestimmung eine künstliche Grenze gezogen ist und diese vor der natürlichen erreicht wird.

Anders beim Akkord. Hier hat die Arbeitsaufgabe nicht bloß Bedeutung für die natürliche Begrenzung, da sie auch in das Entgeltverhältnis einbezogen ist. Ihre Lösung oder die Lieferung eines gewissen Arbeitsergebnisses ist hier im Vertrag vom Arbeitnehmer als zu Entgeltendes versprochen worden, soll daher bei Endigung des Arbeitsverhältnisses erbracht sein. Dadurch gewinnt hier die Endbestimmung auch noch die Bedeutung der Lieferzeit (S. 471—73). Und hieraus ergibt sich die folgende Ordnung: Es endigt zwar, wie beim Zeitlohnvertrag, mit der Beschaffung des Arbeitsergebnisses die Vertragszeit, auch wenn ihr durch die Endbestimmung gesetztes Ende noch nicht da sein sollte: die Vertragszeit kann eben das natürliche Ende des Arbeitsverhältnisses nicht überdauern. Ist aber zur festgesetzten Zeit — die hier zugleich Lieferzeit ist — das Resultat noch nicht beschafft, so ist die Vertragszeit nicht ohne weiteres zu Ende: der Arbeitnehmer ist nicht ohne weiteres seiner Verpflichtung ledig, da er ja im Akkord das Ergebnis zu liefern versprochen hat, hierfür belohnt werden soll. Es kommt vielmehr auf den Willen des Arbeitgebers an. Dieser kann das Arbeitsverhältnis fortbestehen lassen, oder aber sich folgendermaßen verhalten:

a. Ist die Endbestimmung so gemeint, daß die Akkordarbeit genau innerhalb der durch jene gesetzten Frist zu vollbringen ist (z. B. eine Illuminationsanlage für ein auf den Tag fixiertes Fest), so kann, wenn dies nicht erfolgt, nach BGB. § 361 im Zweifel der Arbeitgeber vom Vertrag zurücktreten. Mit dieser seiner Erklärung endet die Vertragszeit.

b. Hat die Endbestimmung zwar nicht diesen strengen Sinn, ist aber der Arbeitnehmer, indem er sie nicht einhielt (mit oder ohne Mahnung des Arbeitgebers), in Verzug geraten, so kann der Arbeitgeber, falls er infolge des Verzugs kein Interesse an der Vollbringung der Arbeit hat, entweder vom Vertrag zurücktreten oder

Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ohne die Voraussetzung des Interesseswegfalls kann er beides nur thun, wenn er nach dem Verzug eine Nachfrist gesetzt, für den Fall ihres fruchtlosen Ablaufs die Annahme der Leistung abgelehnt hat, und dieser Fall eingetreten ist: BGB. § 326 vgl. § 327. Sein Rücktritt oder sein Verlangen des Schadensersatzes macht der Vertragszeit ein Ende.

c. Ist der Akkord ein Werkvertrag, so hat der Arbeitgeber ein Recht, das ihm beim Akkord, der Dienstvertrag ist, nicht zusteht¹. Wenn nämlich die Endbestimmung auch nicht den unter a. erwähnten strengen Sinn hat, und wenn auch kein Verzug des Arbeitnehmers vorliegt², so hat der Arbeitgeber doch die in BGB. § 636 normierten Rechte, d. h. er kann, je nachdem mit oder ohne Nachfristsetzung zurücktreten³. Mit seinem Rücktritt endigt wieder die Vertragszeit.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Aufnahme einer vertraglichen Endbestimmung in einen Akkord mit natürlicher Grenze an sich nicht die Kraft besitzt, die Vertragszeit zu endigen. Jene Endbestimmung gewährt vielmehr nur die Grundlage für eine einseitige Festsetzung des Endes durch den Arbeitgeber, indem dieser, falls die Arbeit bei Eintritt jener Endbestimmung nicht vollbracht ist, vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann⁴.

VIII. Auch die Frage, ob durch einseitige Endbestimmung, d. h. durch Kündigung, die Vertragszeit eines schon natürlich begrenzten Arbeitsverhältnisses geendigt werden könne, ist mit Bezug auf Zeitlohnverträge und auf Akkorde zu stellen. Diese Frage läßt sich einigermassen a priori, nämlich aus dem Wesen der natürlichen Begrenzung und aus dem Wesen der Kündigung beantworten. Denn jene beruht auf Vereinbarung (S. 525) und enthebt die Vertragszeit der Unbestimmtheit (S. 526). Diese, die Kündigung, dagegen ist eine einseitige Erklärung und hat ihr normales Anwendungsgebiet bei Arbeitsverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit. Man darf daher im voraus erwarten, daß die Zulässigkeit der Kündigung bei natürlich

¹ Dasselbe Recht hat der Verleger gegenüber dem Verfasser, wo diesem die Herstellung des zu verlegenden Werkes obliegt: Verlagsgesetz § 30 (S. 297 Nr. 1. S. 298 Nr. 3).

² weil „die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat“: BGB. § 285.

³ Vgl. Cosack, Lehrb. des bürgerl. Rechts I § 148 Nr. II, 3. Planck, Kommentar zu BGB. § 636 Nr. 4 Abs. 2.

⁴ Der Rücktritt ist von der Kündigung verschieden: s. Eck, Zeitschr. f. Handelsr. 48, 354. Kohler in Zeitschr. f. Civilproc. Bd. 29 S. 23, 26. Oben S. 364¹.

begrenzten Arbeitsverhältnissen etwas Exceptionelles ist. Diese Abnormität hat verschiedene Wurzeln. Die Rechtsquellen bieten folgende Entscheidungen der Frage:

1. Die Kündigung ist bei mehreren Arbeitsverhältnissen absolut zulässig, so daß sie auch nicht durch Abrede ausgeschlossen werden kann. Ein Schiffer (im Seehandel), der für eine bestimmte Reise angestellt ist (womit eine natürliche Begrenzung vorliegt), „kann, selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist, jederzeit von dem Rheder entlassen werden“. Es ist dabei gleichgültig, ob der Arbeitsvertrag Akkord oder Zeitlohnvertrag ist¹. Das Nämliche gilt vom Schiffer und vom Schiffsmann in der Binnenschifffahrt, sowie vom Flosführer und dem Flosmann in der Flößerei². Ebenso ist trotz natürlicher Begrenzung das Arbeitsverhältnis jederzeit kündbar, wenn es ein Dienstverhältnis der in BGB. § 627 beschriebenen Art ist, einerlei ob es auf Zeitlohnvertrag oder Akkord beruht³. Auch die dem Ehemann zustehende Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Frau (als Arbeitnehmerin eines Dritten) ist zulässig trotz natürlicher Begrenzung (BGB. § 1358), ebenso die des Dienstverhältnisses in dem KO. § 22 definierten Falle. In allen bisher angeführten Ausnahmefällen kommt es auf den Grund der Kündigung nicht an, d. h. es wird ihm vom Gesetz nicht nachgefragt⁴. Ihnen treten nach HGB. §§ 70—72. 92 Abs. 2. GewO. §§ 123. 124. 133^b—133^d. BiSchG. § 20 Abs. 3. § 25 Abs. 1. FIG. § 16 Abs. 3. § 21 Abs. 2 und SeemO. § 57 solche zur Seite, in denen das Gesetz die Kündigung nur aus gewissen Gründen gewährt. Indem es sie gewährt als eine „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“ erfolgende, gestattet es die Setzung dieser einseitigen Endbestimmung trotz Daseins einer natürlichen Begrenzung, welche, wo sie besteht, im Arbeitsvertrag enthalten ist (unten S. 535).

¹ HGB. §§ 545. 547. 549.

² BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4. FIG. § 16 Abs. 4. § 21 Abs. 3.

³ z. B. hat ein Verleger oder ein Theaterdirektor, der ihm angebotene Manuskripte von Sachverständigen beurteilen zu lassen pflegt, einem solchen für ein Honorar von 100 Mk. ein Manuskript zur Begutachtung übergeben. Hier liegt ein Akkord mit natürlicher Begrenzung vor. Falls er (wie in Bd. II zu begründen sein wird) als Dienstvertrag zu gelten hat, so unterfällt er dem § 627 BGB., da hier der Arbeitnehmer nicht in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht, jedoch einen Dienst höherer Art zu leisten hat, der auf Grund besonderen Vertrauens in die Urteilskraft und Diskretion „übertragen zu werden“ pflegt.

⁴ Ein weiterer, nicht gesetzlich vorgesehener Fall dieser Art ergibt sich durch analoge Anwendung von BGB. § 624: ein natürlich begrenztes Dienstverhältnis kann nach dem Ablauf von fünf Jahren seit der Eingehung gekündigt werden. Oertmannn, Komm. z. d. St.

2. Die Kündigung ist dispositiv zulässig. Bei einem natürlich begrenzten Akkord, der ein Werkvertrag ist, kann der Arbeitgeber — obwohl das Arbeitsverhältnis von sich aus, nämlich durch die Lieferung des Werkes, endigt — jederzeit bis zur Vollendung des Werkes kündigen. Dieser durch BGB. § 649 gegebene Rechtsatz ist insofern nicht absoluten Rechts¹, als jene Kündigung durch Vertrag für eine gewisse Frist oder für einen gewissen Fall ausgeschlossen werden kann, vorausgesetzt, daß damit nicht wider die guten Sitten verstossen wird². — Einigermassen dispositiv, also nicht schlechthin absolut³, ist die Gewährung der Kündigung in BGB. § 626. Danach können Dienstverhältnisse von jeder Partei, falls ein wichtiger Grund vorliegt, jederzeit, also bei natürlicher Begrenzung auch vor Erreichung des natürlichen Endes gekündigt werden. Dieses Kündigungsrecht kann durch Vertrag zwar nicht allgemein, aber in Ansehung eines oder des anderen wichtigen Grundes ausgeschlossen werden (Kap. 6 Nr. VI). — „Wird ein Handlungsgehilfe nur zu vorübergehender Aushilfe angenommen“ (HGB. § 69), so ist das Arbeitsverhältnis mit einer natürlichen Grenze versehen: es endigt mit dem Aushilfebedürfnis. Gleichwohl kann es vorher gekündigt werden, wenn die Parteien diese Möglichkeit durch Übereinkunft vorgesehen haben⁴. Das nämliche ist zu sagen von den höheren Angestellten des Gewerbes, indem GewO. § 133^a dem citierten § 69 HGB. vollständig entspricht.

3. Die Kündigung ist dispositiv unzulässig. Diese Unzulässigkeit entspricht der a priori zu gebenden Entscheidung: S. 531/32. Es entspricht ihr ferner die Ordnung, daß der Arbeitnehmer des Werkvertrags, welchen Vertrag das Gesetz als natürlich begrenzten denkt, von BGB. § 643 abgesehen kein Kündigungsrecht hat. Ebenso konsequent ist es, daß das BGB. beim Mäklervertrag, wo das Arbeitsverhältnis in der Erbringung der dem Mäkler „übertragenen Leistung“ (§ 653: S. 284) seine natürliche Grenze hat, weder dem Arbeitgeber

¹ S. auch Kap. 5 Nr. IX. Weiter geht Oertmann, Kommentar z. d. St., indem er ohne Einschränkung sagt: „Die Bestimmung ist natürlich dispositiv.“

² wie z. B. der Fall wäre, wenn der mit einem Auftrag, etwa mit Einlegung eines Rechtsmittels betraute Rechtsanwalt sich ausbedingt, daß der Auftrag nicht beliebig zurückgenommen werde. Vgl. S. 316.

³ wie Planck, Kommentar zu BGB. § 626 Nr. 4 annimmt.

⁴ Daß nach § 69 Satz 2 die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein muß, beweist die oben behauptete Kündbarkeit und regelt die Vereinbarung befristeter Kündigung, ohne damit die Vereinbarung unbefristeter auszu-schließen. Das nämliche gilt nach dem oben folgenden Text von den höheren Angestellten der GewO.

noch dem Arbeitnehmer eine Kündigung gewährt¹. Für Dienstverhältnisse überhaupt ergibt sich ihre Unstatthaftigkeit aus BGB. § 620 Abs. 2². Wo die Dauer des Dienstverhältnisses aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist, haben wir eine natürlich begrenzte Vertragszeit (S. 526). Wenn nun nach dem Gesetz nur bei Abwesenheit solcher natürlicher Begrenzung die ordentliche Kündigung der §§ 621–623 zulässig ist, so muß sie unzulässig sein, wo jene Begrenzung gegeben ist. Dienstverhältnissen, die das Ende ihrer Zeit in sich tragen, gemäß der Arbeitsvereinbarung, soll das Ende nicht einseitig vorzeitig gesetzt werden können³. — Die nämliche Unzulässigkeit der Kündigung ist beim Vorliegen natürlicher Begrenzung anzunehmen für die gewerblichen Arbeitsverhältnisse der Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter, der Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker, sowie für die des Schiffers und des Schiffsmannes in der Binnenschifffahrt. Denn die in GewO. §§ 122. 133^a. 134 Abs. 1 und BiSchG. § 20 Abs. 2. § 25 Abs. 1 geregelten befristeten Kündigungen setzen Arbeitsverhältnisse von unbestimmter Vertragszeit voraus, somit, was hier in Frage steht, ohne natürliche Begrenzung. Hierfür sprechen die folgenden Gründe. In BiSchG. § 25 Abs. 1 wird „hinsichtlich der Aufkündigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses“ auf die Kündigungsvorschrift der GewO. § 122 verwiesen und damit diese „unbestimmte Zeit“ als Voraussetzung der gedachten Kündigung anerkannt. Ferner können die genannten Arbeitsverhältnisse nach den S. 533 citierten Stellen ausnahmsweise durch unbefristete Kündigung geendigt werden „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“. Hierunter muß auch die durch natürliche Begrenzung bestimmte Dauer des Arbeitsverhältnisses verstanden werden, woraus folgt, daß die regelmässige befristete Kündigung nicht für natürlich begrenzte Arbeitsverhältnisse gilt. Diese Deutung der „vertragsmäßigen Zeit“

¹ Gleichwohl wird eine solche dem Arbeitgeber zugeschrieben, z. B. von Planck, Komm. z. BGB. § 652 Anm. 2, d. Rospatt in Gruchots Beiträgen, 45. Jahrg. S. 546 fg., Staub, Komm. z. HGB., Exkurs zu § 92 Anm. 17. Damit, daß das Gesetz die Lohnschuld des Arbeitgebers zu einer durch dessen Verhalten bedingten gemacht hat (BGB. § 652 Satz 1: oben S. 285), hat es weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer eine Kündigung eingeräumt.

² Bezieht sich sowohl auf Zeitlohnvertrag als auf Akkord, indem auf § 621 und auf § 623 verwiesen wird.

³ Insofern sichert die natürliche Begrenzung eines Dienstverhältnisses dessen Bestand bis zu dieser Grenze, vgl. S. 522. 523.

wird dadurch bestärkt, daß in FIG. § 16 Abs. 2 und § 21 Abs. 1¹ keine ordentliche befristete Kündigung vorgesehen, sondern natürliche Begrenzung statuiert ist, und doch in § 16 Abs. 3 und § 21 Abs. 2 die exceptionelle Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch unbefristete Kündigung „vor der vertragsmäßigen Zeit“ zugelassen ist. Sie wird zugelassen, obwohl sie hier nur auf die natürliche Begrenzung als Regel bezogen ist. Und bei dieser Zulassung wird gerade auf die (S. 533 citierten) gesetzlichen Bestimmungen verwiesen, welche die Ausnahme für solche Arbeitsverhältnisse aufstellen, die die ordentliche befristete Kündigung haben. Damit ist bewiesen, daß die vorerwähnten Arbeitsverhältnisse des Gewerbes und der Binnenschifffahrt, wenn sie eine natürliche Begrenzung haben, der ordentlichen Kündigung nicht unterliegen². Dieses Ergebnis entspricht dem vorhin aus BGB. § 620 Abs. 2 gewonnenen.

Alein wir haben damit nur dispositives Recht. Auch bei Aufnahme einer natürlichen Begrenzung kann Kündigung vorbehalten werden. Wie die Regeln selbst der §§ 621—623 BGB., „nach Maßgabe“ deren das Dienstverhältnis zu kündigen ist, dispositiv sind, so ist auch die gesetzliche Voraussetzung ihrer Anwendung, nämlich die Abwesenheit einer natürlichen Begrenzung, nicht unverrückbar oder unerläßlich. Es kann trotz Anwesenheit einer solchen zu einer nicht von Rechtswegen zustehenden Kündigung kommen, freilich nur, wenn dies irgendwie ausgemacht worden ist³. Die Zulässigkeit dieser Privatdisposition ist dann auch für die vorerwähnten speciellen Arbeitsverhältnisse in Anspruch zu nehmen, da auch die S. 535 citierten Gesetze dispositiv sind.

IX. Hat sich im Vorausgehenden (unter VII. VIII.) die Möglichkeit gezeigt, daß ein natürlich begrenztes Arbeitsverhältnis durch eine zweiseitige oder eine einseitige Endbestimmung zu einem höheren Grad von Bestimmtheit seiner Vertragszeit gelange, so ist nun, zum Abschluß unserer Betrachtung der natürlichen Begrenzung, noch auf

¹ „Das Dienstverhältnis des Flosführers (resp. des Flosmannes) endigt, sofern nicht ein Anderes verabredet ist, mit der Vollendung der Reise und der Ablieferung des Flosses.“

² Entscheidung in diesem Sinn in Gewerbebericht III, 116/7, s. auch IV, 98. — Nicht hierher gehört die Frage, ob für die Dauer einer innerhalb eines Arbeitsverhältnisses vorkommenden Akkordarbeit (S. 528/29) die Kündigung ausgeschlossen sei, auch wenn das Arbeitsverhältnis selbst keine natürliche Begrenzung hat.

³ z. B. ist das Engagement eines Hauslehrers für die Aufgabe, den Zögling zur Aufnahme in eine höhere Lehranstalt in den Stand zu setzen, zwar natürlich begrenzt, aber den Umständen nach doch kündbar.

die entgegengesetzte Erscheinung hinzuweisen. Es kann nämlich ein natürlich begrenztes Arbeitsverhältnis sich in eines von unbestimmter Vertragszeit umwandeln, d. h. durch ein solches abgelöst werden.

Dies beruht auf Privatdisposition oder auf Gesetz. Auf Privatdisposition, und zwar auf genereller, z. B. gemäß dem Deutschen Buchdruckertarif § 36 Abs. 4 Satz 2: „Dauert die Aushülfskondition über vier Wochen, so tritt Kündigungszeit ein.“ Wenn ein Setzer zur Aushilfe, z. B. für ein Werk oder statt eines vorübergehend Kranken angestellt worden ist, so endigt zwar die Vertragszeit mit der Vollendung des Werkes oder der Rückkehr des Genesenen. Hat sich aber die Vertragszeit über vier Wochen erstreckt, so hören die genannten Vorgänge auf, die Vertragsdauer zu begrenzen, und das Arbeitsverhältnis wird als eines von unbestimmter Vertragszeit behandelt¹. Auf dem gleichen Motive, nämlich der Umgehung der gemeinen Kündigungsregeln vorzubeugen, beruhen die Bestimmungen von HGB. § 69 und GewO. § 133^{a c}². Die vorhin erwähnte Umwandlung, d. h. die Ablösung des natürlich begrenzten, daher bezüglich der Vertragszeit bestimmten Arbeitsverhältnisses durch ein solches von unbestimmter Vertragszeit besteht hier darin, daß die frühere natürliche Grenze mit Ablauf von drei Monaten ihre Bedeutung als Grenze der Vertragsdauer gänzlich verliert — die Erledigung des Pensums, die Erreichung des Zweckes wirkt nicht mehr endigend — und daß das Arbeitsverhältnis einer Endbestimmung bedürftig wird, wenn es willentlich geendigt werden soll.

Drittes Kapitel.

Gesetzliche und vertragliche Endbestimmung.

I. Die Endbestimmung der Vertragszeit (S. 525) rührt her entweder vom Gesetz, welchem hier Gewohnheitsrecht jeder Art gleich-

¹ Vgl. Gewerbegericht I, 36. Deutscher Buchdruckertarif nebst Kommentar (1899) S. 126.

² „Wird ein Handlungsgehülfe (resp. ein höherer gewerblicher Angestellter) nur zu vorübergehender Aushilfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 HGB. (resp. § 133** GewO.) keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird.“ — Das faktische Definitivwerden des Interimistischen (der Aushilfe) und damit das Erlöschen der natürlichen Grenze kann nicht bloß im Arbeitsverhältnis der höheren Angestellten des Gewerbes vorkommen, sondern auch in dem der Gesellen und Gehülfen. Es bedarf eigentlich keiner gesetzlichen Normierung. Demgemäß hat das Berliner Gewerbegericht erkannt (Vorwärts vom 15. Juli 1897).

steht¹, oder von Privatdisposition, welche auch da gegeben ist, wo die private Verfügung nach Voraussetzung, Hergang und Wirkung gesetzlich geregelt ist. Die private ist eine zweiseitige (vereinbarte, vertragliche) oder eine einseitige (Kündigung). Der Unterschied von Einseitigkeit und Zweiseitigkeit ist bei der gesetzlichen Endbestimmung nicht möglich. Diese kann nur eine einseitige sein. Er ist auch bei der natürlichen Begrenzung nicht möglich; diese kann nur eine zweiseitige sein.

Von der Kündigung allein wird in den drei folgenden Kapiteln gehandelt werden; das vorliegende erörtert die gesetzliche und die vertragliche Endbestimmung und betrachtet auch das Verhältnis der letzteren zur einseitigen, nämlich die Notwendigkeit wie die Möglichkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, dessen Dauer vereinbart worden ist.

II. Eine gesetzliche Endbestimmung für die Vertragszeit des Arbeitsvertrags kommt im BGB. nicht vor und ist in anderen Reichsgesetzen nur selten anzutreffen². Das Rechtsverhältnis des Aufsichtsrats zur Aktiengesellschaft, auch wo es ein Arbeitsverhältnis ist (S. 296 Nr. 3), erhält durch HGB. § 243 Abs. 3 insofern eine gesetzliche Endbestimmung, als damit eine Bestimmung seiner Höchstdauer gegeben ist; dem Verhältnis des ersten Aufsichtsrats ist durch Abs. 2 eine absolute Dauer bestimmt, allein dieses Verhältnis kann nach § 245 Abs. 3 nicht als Arbeitsverhältnis gelten. Wiederum hierher gehört GewO. § 130^a, wonach in Handwerksbetrieben die Lehrzeit „in der Regel drei Jahre dauern soll, den Zeitraum von vier Jahren nicht übersteigen darf.“ Danach endigt die Vertragszeit, hier die Lehrzeit falls keine abweichende Privatdisposition vorliegt, mit dem Ablauf von drei Jahren, und falls die Lehrzeit sich auf Grund einer Privat-

¹ Beim Bühnenengagement soll in Ermangelung vertragsmäßiger Endbestimmung das Arbeitsverhältnis gelten „auf die Dauer eines Theaterjahres, worunter nach deutschem Bühnenbrauch bei größeren Theatern zehn Monate, bei kleineren nur acht bis höchstens neun Monate verstanden werden.“ Opet, Theaterrecht S. 202.

² In FIG. § 16 Abs. 2. § 21 Abs. 1 (oben S. 536¹) haben wir nur der Form nach eine Endbestimmung, in Wahrheit sanktioniert das Gesetz die von den Parteien getroffene natürliche Begrenzung, ebenso wie es mit dem auch sonst oft vorkommenden Vorbehalt „sofern nicht ein Anderes verabredet ist“ nur ein von den Parteien über die Vertragszeit getroffenes Abkommen sanktioniert. Nicht anders steht es um eine Verfügung wie: „Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist.“ Damit giebt BGB. § 620 Abs. 1 nicht eine gesetzliche Endbestimmung, sondern sanktioniert eine vertragliche. — Dafs die gesetzliche Bestandsicherung nicht eine gesetzliche Endbestimmung ist, hat sich S. 524 gezeigt.

disposition auf länger als vier Jahre erstrecken würde, mit dem Ablauf von vier Jahren. Im Handelsgewerbe bestimmt sich in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung die Dauer der Lehrzeit „nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauch“: HGB. § 77 Abs. 1. Damit werden partikuläre Normen vom Reichsgesetz anerkannt¹.

Eine gesetzliche Endbestimmung für die gewerblichen Arbeitsverhältnisse ist — abgesehen von der erwähnten, der Lehrzeit von Handwerkslehrlingen zugeordneten — in der GewO. nicht enthalten. Den gegenteiligen Anschein erweckt § 124^b. Wir haben indessen schon S. 470⁶ gesehen, daß hier mit dem Wort „Arbeitszeit“ die Vertragszeit gemeint ist, die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Indem nun neben „vertragsmäßiger“ alternativ auch „gesetzliche“ Vertragszeit genannt ist, wird der Anschein erweckt, daß die GewO. oder sonst ein die Arbeitsverträge der genannten Personen regelndes Gesetz die Dauer ihrer Arbeitsverhältnisse bestimme, daß es hier eine gesetzliche Endbestimmung der Vertragszeit gebe. Dies ist aber mit nichts der Fall. Zur Rechtfertigung der Ausdrucksweise des Gesetzes möchte man darauf verweisen, daß es selber für die von ihm genannten Arbeitsverhältnisse in § 122 die Einhaltung einer Kündigungsfrist vorschreibt und mit „gesetzlicher Arbeitszeit“ diese Kündigungsfrist gemeint haben könnte. Dann würden durch § 124^b die Fälle getroffen sein, in denen der Arbeitnehmer während der gesetzlichen Kündigungsfrist (mag eine Kündigung durch eine Partei schon erfolgt sein, oder die Frist ohnedies vom Tag des Verlassens der Arbeit gerechnet werden) die Arbeit verläßt. Auch bei dieser Deutung bliebe aber bestehen, daß die GewO. für die fraglichen Arbeitsverhältnisse keine Endbestimmung gibt. Denn wo ein Gesetz die Einhaltung einer Kündigungsfrist vorschreibt, ist es doch die Handlung des Kündigenden und nicht das Gesetz, was dem Arbeitsverhältnis ein Ende macht. Mit „gesetzlicher“ Vertragszeit hätte also die GewO. denjenigen Teil der Vertragszeit gemeint, dessen Dauer sie bestimmt. Daß ein Gesetz mit Aufstellung einer Kündigungsfrist nicht die Dauer, sondern nur die Minimaldauer der Vertragszeit bestimmt, haben wir S. 524 gesehen.

III. Während somit die gesetzliche Endbestimmung eine geringe Rolle spielt, ist dem Vorkommen der vertraglichen oder ver-

¹ Eine partikularrechtliche Endbestimmung giebt die revidierte Gesindeordnung für das Königr. Sachsen (vom 31. Mai 1898) § 19, wonach in Ermangelung einer Vereinbarung über die „Dauer der Mietzeit“ (d. h. der Dienstzeit) dieselbe „gesetzlich beim landwirtschaftlichen Gesinde ein Jahr“ beträgt.

tragsmäßigen Endbestimmung vom Recht keine Schranke gesetzt¹. Eine solche Endbestimmung kann sich auf Arbeitsverhältnisse jeder Art, selbst auf solche beziehen, die ohnehin eine natürliche Begrenzung haben (S. 530 fg.). Sie kann bei Eingehung des Vertrags in denselben aufgenommen² oder später selbständig vereinbart werden, und letzterenfalls kann ihre spätere Vereinbarung schon anfänglich in Aussicht genommen sein oder nicht. Die spätere Vereinbarung kann auch nach einer Kündigung vorgenommen, und so dem Arbeitsverhältnis ein vor dem Ablauf der Kündigungsfrist eintretendes Ende bereitet werden³. Der umgekehrte Fall, daß die Vereinbarung das durch Kündigung gesetzte Ende der Vertragszeit hinausschiebt, findet in der Lehre von der Kündigung einen passenderen Zusammenhang (Kap. 5 Nr. VII).

Die vertragliche Endbestimmung kann pure getroffen oder von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Letzterenfalls ist nicht die Wirksamkeit des Vertrags, sondern die der vertraglichen Endbestimmung in der Schwebe⁴. Die Endbestimmung kann ferner eine unbefristete oder eine befristete sein, indem sie dem Arbeitsverhältnis alsbald, d. i. im Zeitpunkt der Übereinkunft oder erst nach Verlauf einer längeren oder kürzeren Frist ein Ende macht. Im Fall der Unbefristetheit kann die Endbestimmung natürlich nicht schon bei der Abschließung des Arbeitsvertrags getroffen werden. Die befristete vertragliche Endbestimmung kann sich allgemein anerkannter, be-

¹ Die drei S. 345¹ citierten römischen Urkunden über *locatio operarum* enthalten jede eine vertragliche Endbestimmung: *ex hac die in idus Novembres proximas*; *ex hac die in idus sequentes anno uno*; *ex hac die in idus Novemb. proximas venturas*. Von Gesetzen gedenken der vertraglichen Endbestimmung BGB. §§ 620 Abs. 1. 695. 696. 699 Abs. 2. HGB. § 422 („Lagerzeit“). Verlagsges. § 29 al. 3, sowie die S. 525¹,² citierten.

² BGB. § 163 regelt nur den Fall, daß „für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Endtermin bestimmt worden ist“.

³ z. B. Lage des Handwerks IX, 73/4 (Metallgewerbe in Jena): „Die beiderseitige Kündigungsfrist beträgt 14 Tage, doch kommt es nicht selten vor, daß die Gehülfen mit Einwilligung der Meister nach erfolgter Kündigung schon früher die Werkstatt verlassen.“

⁴ z. B. „Ich engagiere Sie auf ein Jahr und, wenn der Gewinn dieses Jahres n M. beträgt, auch auf die zwei folgenden Jahre.“ Hier entscheidet Eintritt oder Ausfall der Bedingung darüber, ob die Vertragszeit nach drei Jahren oder nach einem Jahre zu Ende geht. Oder „Ich engagiere Sie als Direktor und zwar für ein Jahr, wenn sich zeigt, daß Sie der Aufgabe gewachsen sind.“ Defiziert die Bedingung (etwa schon in der ersten Woche), so besteht doch das Arbeitsverhältnis, aber als eines von unbestimmter Vertragszeit.

nutzter und fixierter Zeitmase bedienen, wie der Stunde, des Tages, der Woche u. s. w., so daß das Ende des Arbeitsverhältnisses zeitlich genau feststeht, sobald ein gewisser Bruchteil oder eine gewisse Zahl jener Zeitmase gegeben ist. Solches würde nicht zutreffen, wo der Vertrag „für einen Abend“, „für 2 bis 3 Tage“, „für 4 bis 5 Wochen“ geschlossen worden ist. Es kann endlich das Arbeitsverhältnis nach der Übereinkunft bestehen sollen „bis zum Frühling“, „bis zum Eintritt der toten Zeit“, „bis zum Ende der Ausstellung“, „bis zur Rückkehr meines Sohnes“, „bis zu meinem Tode“ („für die Lebenszeit einer Person“: BGB. § 624), wo überall die Endbestimmung auf außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegende Vorgänge gestellt ist, von denen nicht im voraus uhren- oder kalendermäßig feststeht, wann sie eintreten, auch wenn gewiß ist, daß sie eintreten werden.

Die vertragliche Endbestimmung, da sie dem Arbeitsverhältnis, einem unter zwei Personen bestehenden Rechtsverhältnis, ein Ende setzt, kann nur eine einfache, nicht eine zweifache sein, nämlich nicht das Verhältnis hinsichtlich der einen endigen, hinsichtlich der anderen fortbestehen lassen, oder für die eine Partei eine kürzere, für die andere eine längere Frist setzen. Ein Arbeitsverhältnis kann nicht einseitig fort dauern. Wenn es daher vorkommt, daß sich der Arbeitgeber für 1 Jahr und der Arbeitnehmer für 3 Jahre verpflichtet, so hat man es nicht bloß mit Endbestimmung der Vertragszeit zu thun. Diese Ungleichheit hat nur Sinn, wenn es von der Entscheidung des kürzer Gebundenen abhängt, ob die (beide Parteien treffende) Vertragszeit die längere oder die kürzere Dauer habe. Seiner Entscheidung oder einseitigen Erklärung ist anheimgestellt die Verlängerung der einjährigen Vertragszeit auf drei Jahre, oder, wie man auch sagen kann, die Verkürzung (Kündigung) der dreijährigen Vertragszeit auf ein Jahr. Eine Übereinkunft aber, die die Entscheidung über die Dauer der Vertragszeit der einen Partei des Arbeitsvertrags anheimstellt und der anderen versagt, diese damit der ersteren überliefert, kann leicht gegen die Gesetze, welche Gleichheit der Kündigungsfrist für die Parteien fordern, oder, wo solche Gesetze fehlen, gegen die guten Sitten verstößen und aus einem oder dem anderen Grunde nichtig sein¹. —

Die durch vertragliche Endbestimmung bestimmte Dauer der Vertragszeit (gerechnet vom Zeitpunkt der Vereinbarung) könnte „vertragsmäßige Zeit“ oder „vertragsmäßige Dauer“ des Arbeitsverhältnisses

¹ Vgl. Opet, Theaterrecht S. 203 Anm. 8, Staub. Kommentar zu HGB. § 67 Anm. 1 a. E. Oben S. 522¹.

genannt werden. Damit wäre ein engerer Begriff als der der Vertragszeit bezeichnet, da diese ja nicht durch Vereinbarung bestimmt zu sein braucht. Allein der Name „vertragsmäßige Zeit“ oder „Dauer“, obzwar er nicht mit „Vertragszeit“ gleichbedeutend ist, umfaßt doch, wo wir ihn in den Rechtsquellen antreffen¹, aufser der schon angegebenen zeitlichen Entfernung des vertraglichen Endtermins vom Zeitpunkt seiner Vereinbarung noch anderes zur Vertragszeit Gehöriges. Er begreift nämlich auch den Fall, da mit dem Ende der vereinbarten Zeit nicht das Arbeitsverhältnis endigt, sondern die Vereinbarung nur die Kündbarkeit innerhalb der vereinbarten Zeit ausschließt. Hier ist zwar, wie wir S. 522 fg. gesehen haben, keine vertragliche Endbestimmung gegeben, es kann aber sehr wohl von „vertragsmäßiger Zeit“ gesprochen werden². — Sodann wird vom Ausdruck „vertragsmäßige Zeit“ oder „Dauer“ auch die durch die natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses gegebene Dauer der Vertragszeit umfaßt: S. 533. 535. Dies ist sprachlich möglich, und sicherlich sind die citierten Gesetze, in denen die unbefristete Kündigung und der Ersatz des hieraus erwachsenden Schadens zur Sprache kommen, auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, die eine natürliche Grenze enthalten. Wir haben S. 536 gezeigt, daß sich dies aus FIG. §§ 16. 21 deutlich ergibt³. — Endlich muß die „vertragsmäßige Dauer“ des Arbeitsverhältnisses, wo davon in den Anm. 1 citierten Versicherungsgesetzen die Rede ist, einen weiteren Sinn haben, als die durch vertragliche Endbestimmung bemessene Dauer. In diesen Gesetzen wird nämlich dem Arbeitgeber das Recht abgesprochen, das Arbeitsverhältnis darum, weil Arbeitnehmer (als Arbeitervertreter) durch Erfüllung von diesen Gesetzen auferlegter Pflichten an der Arbeit verhindert worden sind, vor Ablauf der vertragsmäßigen Dauer aufzuheben. Da nun die Bemessung der Ver-

¹ GewO. § 123 Abs. 1. § 124 Abs. 1. § 124^a. § 133^b. BiSchG. § 20 Abs. 3. 6. § 25 Abs. 1. 4. FIG. § 16 Abs. 3. 4. § 21 Abs. 2. 3. InvVG. § 97. GewUVG. § 142. Land- und forstwirtsch. UVG. § 153. SeeUVG. § 140 und in mehreren der S. 232³ citierten Bekanntmachungen, z. B. der betr. Zinkhütten § 16. Dazu kommt noch GewO. § 124^b, wo „vertragsmäßige Arbeitszeit“ für „vertragsmäßige Zeit“ steht (oben S. 470⁶).

² Es erklärt danach z. B. GewO. § 123 Abs. 1 in den Worten „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“ die Kündigung für zulässig auch vor Ablauf einer vereinbarten Zeit der Unkündbarkeit, d. h. auch bei bloßer Bestand-sicherung.

³ Der in diesen Paragraphen genannte „Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“ schließt gewiß die Vollendung der Reise und die Ablieferung des Flosses ein, womit die Vertragszeit naturgemäß endigt.

tragszeit durch vertragliche Endbestimmung die Bestimmung der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht erschöpft, und viele Arbeitsverhältnisse nicht mit solcher Endbestimmung versehen sind, so würde jene Vorschrift der Versicherungsgesetze ein zu geringes Anwendungsgebiet haben, wenn man ihre Worte „vertragsmäßige Dauer“ bloß auf vertragliche Endbestimmung beziehen wollte. — Gegenüber dem dargelegten Sprachgebrauch der Gesetze dürfen wir den Namen „vertragsmäßige Zeit“ nicht allein für die Zeit zwischen der Vereinbarung und dem Eintritt des Endtermins in Anspruch nehmen.

IV. Die Länge der zwischen Vereinbarung und Eintritt des Endtermins liegenden Zeit ist zwar für das Wesen der vertraglichen Endbestimmung und für die Endigung der Vertragszeit belanglos, nicht aber in anderen Hinsichten. Von diesen anderen bleiben hier die ökonomischen außer Betracht¹. Was aber in rechtlicher Beziehung von jener Länge zu sagen ist, das kann zum Teil von der Länge der „vertragsmäßigen Zeit“ im weiteren Sinne (S. 542) ausgesagt werden. Für die rechtliche Bedeutung dieser Länge ist zu verweisen:

1. auf BGB. § 624, wonach ein „für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre“ eingegangenes Dienstverhältnis vom Dienstschuldner in gewisser Weise gekündigt werden kann. Diese Möglichkeit ist durch die angegebene Länge der vertragsmäßigen Zeit bedingt;

2. auf BGB. § 1822 Nr. 6. 7, wonach „zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr (vom Mündel) geschlossen wird“, und ferner „zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll“, der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (S. 252)²;

3. auf GewO. § 124^a. Nach dieser zunächst auf die Arbeitsverträge gewerblicher Gesellen und Gehülfen bezogenen und durch

¹ Zu ihnen hat man auch zu zählen, daß gewerbliche Arbeiter und Unternehmer durch eine lange vertragsmäßige Zeit (i. w. S.) in der Ausnutzung der Konjunktur des Arbeitsmarktes gehemmt werden. Ein ökonomisches Interesse kann auch ein Dritter haben, namentlich ein Mäkler (Stellenvermittler, Theateragent), der bald an kurzer, bald an langer Vertragszeit (seiner Kunden im Verhältnis zu Dritten) interessiert ist.

² Wegen dieser Genehmigung s. §§ 1829. 1830. S. ferner § 113 Abs. 1 Satz 2 (S. 253. 254).

mehrere Vorschriften auf andere Arbeitnehmer erstreckten¹ Bestimmung kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer „aus wichtigen Gründen vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verlangen, wenn dasselbe mindestens auf vier Wochen oder wenn eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist“. Die in diesem Gesetz alternativ aufgestellten Bedingungen einer gewissen Länge der vertragsmäßigen Zeit gelten nicht für die unbefristete Kündigung aus wichtigem Grund, durch welche nach BGB. § 626 Dienstverhältnisse aufgehoben werden. Werden nun durch die Arbeitsverträge der oben genannten Arbeiter Dienstverhältnisse begründet, so kann man fragen, ob für deren unbefristete Kündigung „aus wichtigen Gründen“ (anderen als den in §§ 123, 124 GewO. aufgeführten) noch das zeitliche Erfordernis unseres § 124^a bestehe, oder gemäß BGB. § 626 nicht mehr bestehe, m. a. W., ob § 124^a durch BGB. § 626 aufgehoben und ersetzt sei². Denn daß sie nebeneinander gelten für die erwähnten Dienstverhältnisse, ist natürlich unmöglich³, da ihre Entscheidungen gleich sind und BGB. § 626 die zeitliche Bedingung fallen läßt, welche § 124^a enthält. Die Fortgeltung des § 124^a GewO. ergibt sich aus folgenden Gründen⁴:

¹ Durch GewO. § 134 Abs. 1 auf Fabrikarbeiter, durch FIG. § 21 Abs. 2 auf die Flossmannschaft und durch BiSchG. § 25 Abs. 1 auf die Schiffsmannschaft der Binnenschifffahrt.

² Diese Frage findet sich diskutiert in Gewerbegericht IV, 57. 58. 69. 70. 78. 89—91. 104—106. Die dort vorkommende Petition an den Reichstag nimmt auf GewO. §§ 124^a, 134^b Nr. 3, 134^c Abs. 2, die Schlußnahme der Reichstagskommission auf §§ 134^b Nr. 3, 134^c Abs. 2 keine Rücksicht. Übrigens ist schon § 134^c Abs. 2 so gefaßt, daß er auf § 124^a, der doch nach § 134 Abs. 1 auch für Fabrikarbeiter gilt, keine Rücksicht nimmt.

³ Wird aber gleichwohl durch v. Blume vertreten (Gewerbegericht IV, 70 und Verwaltungsarchiv VII, 486 fg.). Nach seiner Ansicht ist GewO. § 124^a in Geltung und wird ergänzt durch BGB. § 626. „Auf Verträge, die § 124^a nicht trifft, kann BGB. § 626 unbedenklich angewendet werden.“ Wenn man aber § 124^a für diejenigen Dienstverhältnisse gelten läßt, in denen eine der zwei zeitlichen Voraussetzungen erfüllt ist, und § 626 für diejenigen, in denen dies nicht der Fall ist, so läßt man die unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde bei allen Dienstverhältnissen (der bewußten Personen) zu, auch in den Fällen, in denen sie nach § 124^a mangels der zeitlichen Voraussetzung unstatthaft ist, und erklärt damit die Voraussetzungen des § 124^a für irrelevant; und dies heißt nichts anderes als: § 124^a geht in § 626 auf, wird durch diesen aufgesogen oder aufgehoben.

⁴ Für diese Fortgeltung haben sich außerhalb der in Note 2 erwähnten Diskussion ausgesprochen z. B. Neukamp, Die Gewerbeordnung, zu GewO.

a. BGB. § 626 betrifft Dienstverhältnisse jeder Art, GewO. § 124^a nur besonders geartete. Diese bleiben ihrem Spezialrecht unterworfen, auch wenn neuere Bestimmungen für Dienstverhältnisse im allgemeinen getroffen werden; es sei denn, daß die *lex generalis posterior* das ältere Spezialrecht aufheben will. Ein solcher Wille tritt in § 626 BGB. nicht hervor¹.

b. Einf.-Ges. z. BGB. Art. 32 regelt das Verhältnis des BGB. zu den Reichsgesetzen und damit auch zur GewO. Aus dem Einf.-Ges. selbst ergibt sich die Aufhebung von GewO. § 124^a nicht. Ebenso wenig ergibt sie sich aus dem BGB., da § 626 mit § 124^a vereinbar ist, sobald man dessen Geltung auf die durch ihre Parteien qualifizierten Dienstverhältnisse beschränkt, für welche § 124^a bestimmt ist; für die übrigen gilt BGB. § 626.

c. Der Reichsgesetzgeber behandelt in seit dem Erlaß des BGB., vor und nach seinem Geltungsanfang, erfolgten Publikationen den § 124^a GewO. als fortgeltend und nicht in BGB. § 626 aufgegangen. Durch Einf.-Ges. z. HGB. Art. 13 ist der Reichskanzler ermächtigt worden, das BiSchG. in der durch Art. 12 bestimmten, vom 1. Januar 1900 an gültigen Fassung mittelst des RGBl. bekannt zu machen, was geschehen ist (RGBl. 1898 S. 868 fg.). Im § 25 des republizierten Gesetzes wird wegen der unbefristeten Kündigung des Schiffseigners und des Schiffsmannes nach wie vor auf die Bestimmungen der §§ 122 bis 124^a der GewO. verwiesen, wodurch festgestellt wird, daß § 124^a fortbesteht. — Eine weitere authentische Deklaration des Fortbestandes des § 124^a bildet seine Beibehaltung in der Bekanntmachung der neu redigierten GewO. vom 26. Juli 1900 (RGBl. S. 871).

Die vorstehende Argumentation über die Geltung des § 124^a GewO. gegenüber BGB. § 626 bezieht sich nur auf das *ipso jure* bestehende Verhältnis dieser Bestimmungen. Ein anderes kann durch Privatdisposition begründet werden, denn § 124^a ist in gewissem Maße nachgiebig (Kap. 6 Nr. VIII).

4. Die Länge der vertragsmäßigen Zeit kann rechtlich bedeutend sein beim sog. Kontraktbruch, d. h. wenn einseitig der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit das Arbeitsverhältnis nur thatsächlich aufhebt. Hier kann der Umfang der

§ 124^a, Schicker, Die GewO., z. d. St. Fuld in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, 6. Folge 4. Jahrg. S. 599/600. Frankenberg, Stellung des deutschen Arbeiters zum BGB. S. 34. 35. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz, zu GewO. § 124^a Nr. 1.

¹ Ebenso wenig als z. B. BGB. § 621 den § 122 GewO. verdrängen will. Vgl. Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 215. 227. 228.

Vergütung oder der Entschädigung, die der Aufhebende zu entrichten hat, durch die Länge der nicht eingehaltenen vertragsmäßigen Zeit bedingt sein. Dies gilt auch von dem Maß der gesetzlich normierten Entschädigung oder Buße, die für den Fall des besagten Kontraktbruchs GewO. § 124^b auferlegt¹. Es gilt ferner von der gesetzlich normierten Entschädigung, die nach GewO. § 127^g dem Lehrherrn zusteht, der das Lehrverhältnis aufgelöst hat, weil der Lehrling die Lehre unbefugt verlassen hat.

5. Auch wo durch die Kündigung einer Partei das Arbeitsverhältnis rechtmäßig aufgehoben wird, kann eine Entschädigung zu leisten sein, deren Umfang durch die Länge der vertragsmäßigen Zeit bedingt wird. Dies gilt z. B. von BGB. § 628 Abs. 2. KO. § 22 Abs. 2. BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4. FIG. § 16 Abs. 4. § 21 Abs. 3 („Entschädigungsansprüche für die vertragsmäßige Dauer des Dienstverhältnisses“). Näher wird von solchen Fällen in Kap. 7 Nr. IV die Rede sein.

6. Nach SeemO. § 62 kann der Schiffsmann, der sich für eine längere Zeit als zwei oder drei Jahre verheuert hat, seine Entlassung nicht fordern, auch wenn er nach § 61 Ziff. 3 dazu berechtigt wäre, weil nach Beendigung der Ausreise eine Zwischenreise beschlossen wird oder weil eine Zwischenreise beendet ist und seit dem Dienstantritt zwei oder drei Jahre verflossen sind.

7. Als Belege für die rechtliche Bedeutung der Länge der vertragsmäßigen Zeit i. w. S. können gewissermaßen die Stellen angeführt werden, in denen Dasein oder Fehlen eines „dauernden Dienstverhältnisses“ unter den Voraussetzungen von Rechtsfolgen auftritt. Der Ausdruck „dauerndes Dienstverhältnis“, der in BGB. §§ 617. 627. 629. 630 vorkommt, ist mehrdeutig². Von vornherein kann man ihm drei Bedeutungen beimessen. Als dauernd kann ein Dienstverhältnis bezeichnet werden: a. das längere Zeit gedauert hat; b. dem eine längere vertragsmäßige Zeit zukommt, das somit rechtlich auf längere Dauer angelegt ist; c. das faktisch auf längere Dauer angelegt ist³.

¹ dem Gesellen oder Gehülfen bzw. dem Arbeitgeber; ebenso § 134 Abs. 1. 2 dem Fabrikarbeiter bzw. dem Fabrikunternehmer bei kleineren Fabriken; endlich § 133^o dem höheren Angestellten, bzw. dem Arbeitgeber.

² Das BeschlG. hat ihn in § 4 Nr. 4 Abs. 2 für sein Gebiet definiert. Diese Bestimmung ist durch das Gesetz betr. Änderungen der CPO. vom 17. Mai 1898 aufgehoben worden.

³ z. B. nach unverbindlichen Äußerungen, die bei der Vertragschließung gethan, nach Vorbereitungen, die für den Vollzug getroffen worden sind, nach der Länge der Zahlungsperioden u. s. w.

Diese Bedeutungen schliessen einander nicht aus, und es besteht kein Grund, nur eine von ihnen, gar die nämliche für die vier Gesetzesstellen anzunehmen; da es sich um verschiedene Rechtsfolgen des dauernden Dienstverhältnisses handelt, so könnten verschiedene Begriffe von „dauernd“ vorausgesetzt sein. So geht es nicht an, für § 629 nur den zweiten Begriff (sub b) zu unterstellen, da eine befristete Kündigung bei vertraglich fixierter Vertragszeit regelmässig ausgeschlossen ist (Nr. VI). Ebenso würden §§ 617. 630 fast ganz um ihre praktische Bedeutung gebracht werden, wenn man sie auf den zweiten Begriff beschränken wollte. Diese zwei §§, sowie § 629 müssen anwendbar sein, auch wenn das Dienstverhältnis nur längere Zeit gedauert hat (lit. a). Schon den Sinn sub c halten wir bei allen Stellen für ausreichend¹ und kommen danach zum Schluss, dass ein dauerndes Dienstverhältnis (wie es §§ 617. 629. 630 verlangen) gegeben ist, auch wenn nur eine der drei Bedeutungen zutrifft, und dass, wenn ein dauerndes Dienstverhältnis fehlen soll (in § 627), keine der drei Bedeutungen zutreffen darf.

V. Zur Kennzeichnung der vertraglichen Endbestimmung, und zwar ihrer Wirkung, haben wir noch ihr Verhältnis zur einseitigen Endbestimmung oder Kündigung ins Auge zu fassen. Und hier ist zunächst die bisher nur beiläufig beantwortete Frage eigens zu erörtern, ob, falls eine (befristete) Endbestimmung anfänglich oder später vereinbart worden ist, zur Endigung der Vertragszeit noch eine einseitige Erklärung erforderlich ist, oder ob hierzu der Ablauf der in jener Endbestimmung gesetzten Frist hinreicht.

Die Antwort auf diese Frage erscheint den Quellen als so nahe liegend und unverfehlbar, dass sie sie nur an einer Stelle erteilen. Für Dienstverträge nämlich, mögen sie Zeitlohnverträge oder Akkorde sein, bestimmt BGB. § 620 Abs. 1: „Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.“² Das Gesetz

¹ Wollte man dem Dienstverpflichteten die Forderung des Zeugnisses aus § 630 versagen, weil das Dienstverhältnis nicht ein dauerndes gewesen ist im Sinn von lit. a, obwohl es dies im Sinn von lit. c war, so könnte man ihm doch nicht den Anspruch auf Quittung nach § 368 versagen. Die Quittungspflicht besteht „für Leistungen jeder Art“ (Dernburg, Bürgerl. Recht II § 115, IV) und kann auch nachträglich erfüllt werden (Planck, Kommentar zu BGB. § 368 Nr. 2). — Für den Anspruch auf Zeugnis, den der Handlungsgehülfe (HGB. § 73) und der gewerbliche Arbeiter (GewO. § 113), der Handlungslehrling (HGB. § 80) und der gewerbliche Lehrling (GewO. § 127) hat, wird nicht ein dauerndes Arbeitsverhältnis gefordert.

² Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf Dienstverhältnisse, deren

läßt hier die Kündigung unerwähnt, und indem es sie unerwähnt läßt, erklärt es sie für nicht erforderlich und entscheidet dadurch, daß mit der Eingehung des Dienstvertrags für eine Frist eine vertragliche Endbestimmung gesetzt wird, die als solche mit Ablauf der Frist dem Dienstverhältnis ein Ende macht (S. 524 al. 3). Was hier von der Frist bestimmt ist, für die das Dienstverhältnis eingegangen worden ist, muß auch von der Frist gelten, die nachträglich durch Übereinkunft an die Stelle der anfänglichen gesetzt wurde, mag die nachträgliche länger oder kürzer sein als die anfängliche, und muß von der nachträglichen gelten, auch wenn anfänglich keine Frist gesetzt war und damit das Dienstverhältnis als eines von unbestimmter Vertragszeit eingegangen wurde. Mit den citierten Worten nämlich sanktioniert das Gesetz nur den übereinstimmenden Parteiwillen (S. 538²), und es ist nicht abzusehen, warum es diese Sanktion auf den Fall beschränkt haben sollte, daß die Parteien ihren übereinstimmenden Willen schon bei der Eingehung des Dienstverhältnisses erklärt haben.

Wenn die endigende Wirkung einer von den Parteien getroffenen Endbestimmung auf gesetzlicher Anerkennung des Parteiwillens beruht, so darf und muß jene Wirkung auch bei anderen Arbeitsverhältnissen angenommen werden, wo das Gesetz bei Regelung der Vertragszeit der Abrede der Parteien den Vortritt läßt. Dies geschieht mit den Worten: „wenn (oder „sofern“) nicht ein (oder „etwas“) anderes verabredet ist“ in GewO. §§ 122. 133^a vgl. 134 Abs. 1, BiSchG. § 20 Abs. 2. § 25 Abs. 1 (hier durch Verweisung auf die GewO.), FIG. § 16 Abs. 2. § 21 Abs. 1 in Ansehung der Arbeitsverhältnisse der gewerblichen Gehülfen und Gesellen, Fabrikarbeiter und höheren Angestellten des Gewerbes, des Schiffers und des Schiffsmannes in der Binnen-schiffahrt, des Flossführers und des Flossmannes. Daß das Lehrverhältnis des gewerblichen Lehrlings mit Ablauf der verabredeten Lehrzeit endigt, kann aus GewO. § 127^f geschlossen werden. Und wenn nach HGB. § 77 Abs. 1 sich die Dauer der Lehrzeit des Handlungslehrlings in erster Linie nach dem Lehrvertrag bestimmt, so muß der Ablauf der vertraglichen Frist der zureichende Endigungsgrund sein. — Was den Schiffer und den Schiffsmann in der Seeschiffahrt anlangt, so läßt sich auf eine die Wirksamkeit der vertraglichen Endbestimmung vorbehaltende gesetzliche Vorschrift nicht verweisen. Und

Dauer „aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen“ ist (Abs. 2). Wie sich zu dieser natürlichen Begrenzung eine vertragliche Endbestimmung verhält, ist S. 530 fg. besprochen worden.

das Nämliche ist vom Handlungsgehilfen und dem Handlungsagenten zu sagen. Indem aber in den Gesetzen, welche Arbeitsverträge dieser Personen betreffen, des „für unbestimmte Zeit“ eingegangenen Arbeitsverhältnisses besonders gedacht ist (HGB. §§ 66. 92. 547 Abs. 1 Satz 2. 551 Abs. 1. SeemO. § 62), ist die ohnehin anzunehmende Möglichkeit der Vertragschließung für bestimmte Zeit eingeschlossen. Und dieser Fall kann nicht anders behandelt werden als die gesetzlich unterschiedenen Fälle vertraglicher Endbestimmung, zumal wo das Arbeitsverhältnis ein Dienstverhältnis ist¹. — Beim Verwahrungsvertrag (hier dem entgeltlichen) kommt eine „für die Aufbewahrung bestimmte Zeit“ vor (BGB. §§ 695. 696. 699 Abs. 1), wie beim Lagergeschäft eine „bedungene Lagerzeit“ (HGB. § 422). Diese Zeitbestimmungen sind auch Endbestimmungen der Vertragszeit (S. 469). Man kann nach ihrer Behandlung in den Gesetzen nicht zweifeln, daß es zur Endigung der Vertragszeit beim Vorhandensein jener Endbestimmungen ausser dem Zeitablauf nicht noch einer Kündigung bedarf. Und das Nämliche ist von den übrigen Typen des Arbeitsvertrags anzunehmen, wenn es einmal vorkommen sollte, daß hier ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis oder schlechthin die Dauer der Vertragszeit vereinbart wird. Es endigt z. B. die Vertragszeit eines Werkvertrags, wenn sie die Parteien unter Abstraktion von der Vollbringung des Werkes festgesetzt haben², durch deren bloßen Ablauf. Wenn sie dagegen die Vertragszeit zum Arbeitsergebnis in Bezug gesetzt, sie also auch als Lieferungszeit vereinbart haben, so endigt das Arbeitsverhältnis, falls die Zeit verstrichen ist, ohne daß das Werk vollbracht wurde, nicht schon durch den Zeitablauf. Hier bedarf es vielmehr noch einer Kündigung (BGB. § 649) oder einer Rücktrittserklärung (§§ 326. 361. 636), die beide nur dem Arbeitgeber zustehen (vgl. S. 531 fg). —

Nach allem Vorstehenden ist Kündigung für die endigende Wirkung einer vertraglichen Endbestimmung nicht erforderlich. Dies hat nicht bloß den Sinn, daß es für die endigende Wirkung der Endbestimmung von Rechtswegen einer Kündigung nicht bedarf, sondern auch, daß wo ein solches Bedürfnis durch Abrede oder Gesetz statuiert ist, eine Endbestimmung gar nicht vorliegt. Das Bedürfnis der Kündigung ist mit dem gesetzlichen Begriff der Endbestimmung nicht vereinbar. Wo die Kündigung zum Erfordernis gemacht ist, ist die sogenannte

¹ So auch, für Handlungsgehilfen, Staub, Kommentar zu HGB. § 67 Anm. 2. 3.

² Sie haben z. B. vereinbart, daß das beiderseitige Obligo schlechthin nach drei Monaten erlöschen soll.

Endbestimmung auf eine den Bestand des Arbeitsverhältnisses sichernde Zeitbestimmung herabgesetzt (Kap. 2 Nr. V) und ihres Endbestimmungscharakters entkleidet. Die solches bewirkende Abrede kann eine indirekte oder eine direkte sein. Sie ist eine indirekte, wenn der Arbeitsvertrag z. B. auf folgende Weise geschlossen wird: „für alle Fälle auf eine Woche“, oder „einstweilen für einen Monat“, oder „zur Probe auf ein Vierteljahr“. Hier wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zwar nicht zugesagt, nur in Aussicht genommen, aber es endigt nicht mit Ablauf der angegebenen Fristen, vielmehr ist seine Dauer dem Ende nach unbestimmt (S. 525). Wenn es ein Dienstverhältnis ist, so ist seine Fortsetzung nach jener Frist nicht eine Verlängerung im Sinne von BGB. § 625¹; die Fortdauer kann daher nicht schon durch unverzüglichem Widerspruch hintangehalten werden, sondern nur durch ordentliche, rechtzeitige Kündigung oder durch vertragliche Endbestimmung². Es ist eben trotz der temporären Bestandsicherung eines, dessen „Dienstzeit“ unbestimmt ist, obwohl anfänglich eine Minimalfrist vereinbart wurde, während deren es bestehen soll. Wegen der besagten Unbestimmtheit unterliegt nach BGB. § 620 Abs. 2 die es endigende Kündigung hinsichtlich der Kündigungsfrist den Regeln der §§ 621—623. Wenn es daher mit Ablauf der vereinbarten (Minimal-) Frist endigen soll, so muß dem Ende derselben die Kündigung um die Kündigungsfrist vorangehen³.

Eine direkte Abrede der gedachten Art nebst Regelung derselben haben wir in HGB. § 67 Abs. 3⁴. Die Rechtsfolgen dieses Falles, soweit sie im Gesetz nicht verfügt sind, sind die der ausgedrückten Parteiabsicht entsprechenden. Wenn das Dienstverhältnis

¹ „Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht.“

² Die obige wichtige Unterscheidung ist zu vermissen z. B. bei Düringer und Hachenburg, Kommentar zu HGB. § 66, I Abs. 2 Satz 3.

³ Nur soweit die §§ 621. 622 außer den Fristen Termine festsetzen (Schluß einer Kalenderwoche, eines Kalendermonats, eines Kalendervierteljahres), brauchen diese Termine nicht eingehalten zu werden, indem an ihre Stelle der durch die Vereinbarung im Voraus festgesetzte Termin (der letzte Tag der vereinbarten Frist) tritt.

⁴ „Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.“ Vgl. oben S. 523¹. 524¹.

einfach (d. h. ohne die erwähnte „Vereinbarung“) „für bestimmte Zeit“ eingegangen wäre, so würde es mit Ablauf dieser Zeit endigen. Die „Vereinbarung“, die dem Eingehen „auf bestimmte Zeit“ beigefügt wird, läßt die Endbestimmung nicht aufkommen. Denn nun endigt das Dienstverhältnis nicht durch den Ablauf der bestimmten Zeit, sondern durch Kündigung. Dafs es nur die (befristete) Kündigung ist, die das Dienstverhältnis endigt, wird darin ausgesprochen, dafs das Ausbleiben der Kündigung das Dienstverhältnis über die „bestimmte Zeit“ fort dauern läßt. Da erst die Kündigung, die eintreten oder unterbleiben kann, dem Arbeitsverhältnis ein Ende macht, ihm ein Ende nicht durch den Vertrag gesetzt ist, so haben wir ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter Vertragszeit. Zur Verhütung der Verlängerung des Dienstverhältnisses genügt natürlich nur eine Kündigung, deren Wirkung auf das Ende der Zeit fällt, für die der Vertrag eingegangen wurde. Um in diesem Zeitpunkt zu wirken, mufs sie ihm um die Länge der Kündigungsfrist vorangehen; erfolgt sie später, so wird das Dienstverhältnis um ebensoviel verlängert. Wegen dieser Kündigungsfrist verweist unsere Stelle auf Abs. 1, nach welchem die von den Parteien bedungene Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein mufs und nicht weniger als einen Monat betragen soll. Dagegen sagt Abs. 1, auf den unser Abs. 3 verweist, nichts über die Länge der Kündigungsfrist für den Fall die Parteien sie nicht bedungen haben¹. Indem aber jener Abs. 1 im Anschluß an § 66 sagt: „Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen“, nämlich als im § 66 vorgesehen ist, macht er dieses Normalmafs des § 66, d. i. sechs Wochen, auch für Abs. 3 des § 67 zum Normalmafs der Kündigungsfrist². Dafs somit die sechswöchige Kündigungsfrist, welche § 66 als normale giebt, wenn das Dienstverhältnis „für unbestimmte Zeit“ eingegangen ist, vom Gesetz in § 67 durch Verweisung auf Abs. 1 auch für den Thatbestand des Abs. 3 als normale vorgeschrieben ist, bekräftigt unsere Annahme, dafs dieser Thatbestand ein Fall von unbestimmter Vertragszeit ist³. Dafs aber

¹ Diesen Fall finden wir vom vorigen (d. h. dem mit bedungener Kündigungsfrist) weder unterschieden bei Staub, Kommentar zu HGB. § 67 Anm. 5, noch bei Düringer und Hachenburg, Kommentar z. d. St., II.

² Wenn also ein Dienstverhältnis mit einem Handlungsgehilfen z. B. für ein halbes Jahr mit der Vereinbarung eingegangen wird, dafs es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll, so mufs — falls über die Kündigungsfrist nichts ausgemacht ist — die Kündigung mindestens sechs Wochen vor Ablauf des halben Jahres erfolgen, um der Verlängerung vorzubeugen.

³ Vgl. auch Immerwahr, Die Kündigung (1898) S. 138/39. 160 Anm. 4.

unser Abs. 3 nur auf Abs. 1 und nicht auch auf Abs. 2 verweist, bedarf nach dem S. 550⁸ Gesagten keiner Erläuterung.

Was von den Dienstverhältnissen der Handlungsgehilfen nach HGB. § 67 Abs. 3, gilt nach der gleichlautenden Vorschrift der GewO. § 133^{aa} Abs. 3¹ von denen der höheren Angestellten des Gewerbes und muß auch von den Arbeitsverhältnissen anderer Personen gelten, wenn sie für eine gewisse Frist mit einem Zusatz begründet worden sind, welcher die Parteiabsicht kund giebt, daß das Ende der Frist nicht ohne weiteres das Ende des Arbeitsverhältnisses sein soll. Dies kann sich namentlich darin kund geben, daß das Ausbleiben der Kündigung als Bedingung der Verlängerung der Vertragszeit über die zunächst vereinbarte Frist hingestellt wird². Wird für die Verlängerung selbst eine Frist angegeben und ist diese als Endbestimmung gemeint³, so haben wir eine durch Nichtkündigung bedingte Endbestimmung.

Nach der bisher erörterten Möglichkeit, daß bei einem auf eine gewisse Frist geschlossenen Arbeitsvertrag die Parteien auf Kündigung abstellen und damit der Frist den Charakter der Endbestimmung versagen, haben wir noch der S. 549 al. erwähnten Möglichkeit zu gedenken, daß unmittelbar das Gesetz jene Frist nicht als Endbestimmung gelten läßt. In deutschen Reichsgesetzen findet sie sich nicht verwirklicht, wohl aber in einigen deutschen Partikulargesetzen, nämlich Gesindeordnungen. Hier treffen wir auf die Vorschrift, daß Dienstverhältnisse, die durch Übereinkunft oder mangels solcher von Rechtswegen für eine gewisse Frist begründet worden sind, nicht durch den Ablauf der Frist endigen, sondern mit deren Ablauf endigen nur durch eine auf diesen Zeitpunkt gestellte Kündigung⁴. Da es

¹ Hierbei wird die S. 551¹ vermifste Unterscheidung gemacht von Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze S. 746 sub b („so gilt, wenn über die Kündigungsfrist nichts besonderes bestimmt ist, die sechswöchige Frist des § 133^{aa}“).

² z. B. Engagementsformular des deutschen Bühnenvereins, besondere Bestimmungen § 2 al. 1: „Erfolgt drei Monate vor Ablauf, also spätestens am . . . von keinem vertragschließenden Teile eine Kündigung, so gilt der Vertrag als auf ein Jahr verlängert. Dies gilt auch für die Folgezeit von Jahr zu Jahr.“

³ Im Beispiel der vorigen Note ist eine Frist für die Verlängerung gesetzt, aber nicht als Endbestimmung, sondern nur als Bestandsicherung.

⁴ z. B. Preussische Gesindeordnung vom 8. Nov. 1810 §§ 40. 41. 111. Hamburger Dienstbotenordnung vom 7. Dez. 1898 §§ 5. 20. Badisches Dienstbotengesetz in der Fassung vom 20. Aug. 1898 § 4. — S. ferner v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I, 644 (mit Bezug auf die Dienstmiete): „Nach den Stadtrechten des 14. Jahrhunderts reicht andererseits der Ablauf der vertrags- oder gesetzmäßigen Mietzeit nicht hin, um das Mietverhältnis zu

zur Endigung der Vertragszeit hier einer Kündigung bedarf, so bildet die Fristsetzung der Parteien nicht eine vertragliche Endbestimmung.

VI. Die vertragliche Endbestimmung giebt aufer zur Frage nach der Erforderlichkeit, auch zur Frage nach der Zulässigkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses Anlaß, dem schon durch Übereinkunft die Dauer bestimmt worden ist. Diese zwei Fragen sind nicht bloß logisch verschieden. Wurde unter Nr. V gefragt, ob es einer auf die Zeit der Endbestimmung gestellten Kündigung bedürfe, damit das Arbeitsverhältnis zu dieser Zeit endige, so wird hier gefragt, ob mittelst einseitiger Endbestimmung oder Kündigung das Arbeitsverhältnis vor der Zeit geendigt werden könne, zu der es ohnedies kraft der vereinbarten Endbestimmung endigen würde. Die Frage läßt sich nicht a priori, d. h. aus dem Wesen der vertraglichen Endbestimmung beantworten. Dieses ergibt zwar, daß eine befristete Übereinkunft, die dem Arbeitsverhältnis ein Ende setzt, auch den Fortbestand des Verhältnisses bis zum gesetzten Ende haben will (S. 524 al. 1), aber damit ist nicht entschieden, ob diese Wirkung durch das Dazwischentreten einer einseitigen Endbestimmung hintangehalten werden kann. Die Antwort ist im Anschluß an die Typen des Arbeitsvertrags in den Gesetzen zu suchen. Und da erhält man folgenden Befund.

1. Für das durch Dienstvertrag geschaffene Arbeitsverhältnis verfügt BGB. § 620 Abs. 1: „Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist.“ Damit wird nicht bloß verfügt, daß das Dienstverhältnis nicht länger dauert (S. 547/8), sondern auch, daß es so lange dauert, bis jener Zeitablauf geschehen ist; denn „endigen“ zur bestimmten Zeit kann nur, was bis dahin gedauert hat. Man wendet vielleicht ein, das Gesetz verfüge die Endigung unter der Voraussetzung des Bestandes, nicht statuiere es diesen. Indessen kann nach Abs. 2 des § 620 jeder Teil nach Maßgabe der §§ 621—23 kündigen, „wenn die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt“ ist; ist also die Dauer bestimmt, so soll jene Kündigungsmöglichkeit nicht bestehen. Man muß daher sagen, daß § 620 beim Dasein vertraglicher Endbestimmung die Kündigung

beenden. Sie verlangen hiezu noch vorgängige Kündigung eines der beiden Kontrahenten.“ S. auch daselbst S. 352; hier wird mit den Worten, daß der Dienstvertrag „mangels Kündigung nicht etwa neu abgeschlossen wird, sondern fort dauert“, auch der Unterschied des Mangels der Kündigung und des Mangels des unverzüglichen Widerspruchs (bei der *relocatio tacita*) gekennzeichnet (oben S. 550 bei Anm. 2).

nicht zuläßt. Dies entspricht der gewöhnlichen Intention der Parteien. Indem sie im voraus einen Endtermin vereinbaren, begiebt sich jede der Freiheit, durch einseitige Erklärung das Ende vor jenem Termin herbeizuführen. Diese Rechtsfolge findet auch beim bedingten, wie bei dem mit Anfangstermin versehenen Verträge statt (S. 518).

Auch für das Dienstverhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ist Unkündbarkeit anzunehmen, wo eine vertragliche Endbestimmung gesetzt worden ist. Indem HGB. § 66 jedem Teil gestattet, auf einen gewissen Termin und mit gewisser Frist das Dienstverhältnis zu kündigen, „wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist“, versagt er die Kündigung, für den Fall die Vertragszeit infolge einer Endbestimmung nicht unbestimmt ist. Was so für Dienstverhältnisse überhaupt im BGB. und für das des Handlungsgehilfen im HGB. verfügt ist, muß auch für die Arbeitsverhältnisse anderer Personen, wie der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker, der Schiffer und der Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt, der Floßführer und der Floßmannschaft, gelten, die als Dienstverhältnisse in den Quellen erscheinen¹. Und es erstreckt sich die Regel des BGB. auch auf die Arbeitsverhältnisse anderer Personen, falls sie durch Dienstvertrag begründet sind, auch wenn sie nicht unter dem Namen von Dienstverhältnissen in den Quellen vorkommen. Allenthalben kommt es, da das Gesetz nicht unterscheidet, auf den Unterschied von Zeitlohnvertrag und Akkord nicht an.

Die Unkündbarkeit eines mit vertraglicher Endbestimmung versehenen Dienstverhältnisses ist nur eine regelmäßige Wirkung solcher Endbestimmung. Von Rechts wegen greift sie ausnahmsweise nicht Platz und durch Übereinkunft kann sie ausgeschlossen werden. Wo sie fehlt, kann das Dienstverhältnis vor dem Eintritt der Endbestimmung durch Kündigung geendigt werden. Aber wo diese Möglichkeit sich nicht verwirklicht, behält die Endbestimmung die Kraft, die Vertragszeit zu endigen.

Die gesetzlichen Ausnahmen sind alle von einer Natur, die die Regel bestätigt. Sie tragen nämlich, gleich den meisten Ausnahmen von der Unkündbarkeit eines natürlich begrenzten Arbeitsverhältnisses (Kap. 2 Nr. VIII, 1. 2), den Charakter von Notausgängen, die wegen der Art der Arbeit oder wegen der Dringlichkeit der Aufhebung des Verhältnisses vom Recht eröffnet sind und daher auch nicht durch Übereinkunft verschlossen werden können. In dieser verhältnismäßigen Abnormität liegt die Bestätigung, daß die vertragliche

¹ GewO. § 133 a. BiSchG. §§ 20. 25. FIG. §§ 16. 21.

Endbestimmung eines Dienstverhältnisses regelmässig auch dessen Unkündbarkeit zur Folge hat. Die Ausnahmen werden geboten durch BGB. § 624¹, KO. § 22, BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4, FIG. § 16 Abs. 4. § 21 Abs. 3, HGB. § 545²; ferner durch die Bestimmungen, nach welchen ein Dienstverhältnis jederzeit aus gewissen Gründen, seien es bestimmte oder überhaupt wichtige, oder ohne Rücksicht auf den Grund gekündigt werden kann: BGB. §§ 626. 627³, GewO. §§ 123. 124. 124^a. 133^b—133^d, BiSchG. §§ 20 Abs. 3. 25 Abs. 1, FIG. §§ 16 Abs. 3. 21 Abs. 2, HGB. §§ 70—72, SeemO. §§ 57. 61 vgl. 62. Von diesen Ausnahmen ist GewO. § 124^a darum besonders bemerkenswert, weil hier die Kündigung nicht trotz vertraglicher Endbestimmung, sondern gerade mit Rücksicht auf die Verabredung einer gewissen Dauer des Arbeitsverhältnisses, also wegen der vertraglichen Endbestimmung zugelassen wird.

Auch durch Übereinkunft kann, wie bemerkt (S. 554 al. 2), die regelmässige Unkündbarkeit eines mit Endbestimmung versehenen Dienstverhältnisses ausgeschlossen oder doch auszuschliessen versucht werden. Die Kündigung kann beiden Parteien oder nur einer vorbehalten⁴, durch Voraussetzungen oder Modalitäten beschränkt werden. Allein der Vorbehalt der Kündigung, welcher nur für eine Partei getroffen wird, begegnet da grossen Bedenken, wo Kontrahenten von sehr ungleicher ökonomischer Stärke zusammentreffen und der Vorbehalt zu Gunsten des Stärkeren gemacht wird, denn dessen Über-

¹ Vgl. Einf.-Ges. z. BGB. Art. 95. S. auch Neukamp in Verwaltungsarchiv V, 228. Eine auf die gesetzlich zugelassene Kündigung gelegte Konventionalstrafe — ein Fall im Bericht der badischen Fabrikinspektion f. 1897 S. 49 — würde gemäss BGB. § 344 ungültig sein.

² Die Entlassung des Schiffers ist Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Rheder. Dafs dasselbe, wie die nach GewO. §§ 123—124^a zur Kündigung kommenden, ein Dienstverhältnis sei, wird hier einstweilen vorausgesetzt.

³ Wird durch die Endbestimmung das Ende des Arbeitsverhältnisses so weit hinausgerückt, dafs es danach als dauernd erscheint (S. 547), so ist darum die Kündigung des § 627 ausgeschlossen. Andernfalls ist sie trotz der Endbestimmung zulässig wegen der Natur der Dienste.

⁴ z. B. Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 64: ein Zimmerkellner ist durch schriftlichen Kontrakt für die Saison in Ems engagiert worden, aber der Wirt hat sich Kündigung mit dreitägiger Frist vorbehalten. Vgl. Aml. Mitteil. aus d. Jahresber. der Gewerbe-Aufsichtsbeamten (für 1898) S. 152: in Saison- und Campagnebetrieben findet sich „vereinzelt die unrichtige Auffassung, dafs der Arbeiter zur Innehaltung der ganzen Campagne verpflichtet werden, dagegen seitens des Unternehmers beliebig ohne Kündigung entlassen werden könne“.

gewicht wird hierdurch ins Ungemessene gesteigert¹. Zur Beschwichtigung dieser Bedenken kann man nicht darauf verweisen, daß doch auch in mehreren von den Fällen, in denen das Gesetz ausnahmsweise die Kündigung gestattet (S. 555), dies bloß zu Gunsten der einen Partei geschieht². Indessen trotz jener allgemeinen Bedenken ist zuzugeben, daß der einseitige Kündigungsvorbehalt nach BGB. erst dann als ungültig anzusehen ist, wenn die dadurch bewirkte Bevorzugung der einen Partei die Übereinkunft als gegen die guten Sitten verstossend erscheinen läßt, was nicht selten der Fall sein wird³.

Auch außerhalb des BGB. wird der besagte Vorbehalt durch kein Gesetz unmittelbar ausgeschlossen. Und doch läßt sich denken, daß ein solcher Vorbehalt auf eine Umgehung gewisser Gesetze hinauskomme und darum von Rechtswegen unzulässig sei. HGB. § 67 und GewO. § 122. § 133^{aa} verlangen nämlich zur Erhaltung der rechtlichen Parität der Parteien, daß wo eine von der normalen abweichende Kündigungsfrist bedungen wird, sie für beide Teile gleich sei, und erklären die zuwiderlaufende Vereinbarung für nichtig. Allerdings beziehen sich die angeführten Gesetze auf Arbeits-

¹ Namentlich erhält er im Kündigungsrecht ein Mittel, des schwächeren Arbeitnehmers Einwilligung in die Herabsetzung des Entgeltes für die Folgezeit zu erlangen. Opet in Handwörterbuch der Staatsw. s. v. Theaterrecht (VII², 95).

² Im Fall des § 624 BGB. handelt es sich um ein Vorrecht der einen Partei, das erst nach fünf Jahren zur Geltung kommt, und bevorzugt ist diejenige Partei, welche durch das Verhältnis persönlich, und nicht bloß pekuniär wie der Dienstberechtigte, belastet wird. In den übrigen Fällen (BiSchG. §§ 20 Abs. 6. 25 Abs. 4, FIG. §§ 16 Abs. 4. 21 Abs. 3, HGB. § 545) wird das Vorrecht des Dienstberechtigten dadurch gewissermaßen ausgeglichen, daß er die Kündigung nur unter Entschädigung des andern Teils (wegen der vorzeitigen Endigung) vornehmen kann.

³ Im Engagementsformular des deutschen Bühnenvereins lautet § 2: „Ist der Vertrag auf längere Zeit geschlossen, so behält sich die Generalintendantur ausdrücklich das Recht vor, denselben nach Ablauf des ersten und dritten Jahres durch vorausgegangene dreimonatliche Kündigung einseitig wieder aufzulösen.“ Diese Bevorzugung des Arbeitgebers verstößt nicht wider das „Synallagma“ und nicht wider den „wesentlichen Charakter“ des Engagements, wohl aber wider die guten Sitten, indem sie geeignet ist, „den Schauspieler in die unwürdigste Abhängigkeit zu versetzen“. Opet, Theaterrecht S. 204. Es handelt sich bei den im Text erwähnten Thatbeständen um unmoralische Verträge der zweiten, bei Lotmar, Unmoral. Vertrag S. 712 genannten Form, so daß die Moralfrage zu entscheiden ist, ob im gegebenen Fall die Duldung einseitiger Kündigungsfreiheit von Moral wegen ausbedungen werden darf. Vgl. auch oben S. 522¹.

verhältnisse von unbestimmter Vertragszeit, und kann man nicht sagen, daß ihre Interpretation die Nichtigkeit des fraglichen Vorbehalts ergebe¹. Aber durch Annahme seiner Gültigkeit würde ein Zustand geschaffen werden, wie ihn die genannten Gesetze verhindern wollen. Denn der mit Kündigungsfreiheit bedachte Teil befindet sich insofern in der Lage einer Partei, die ein Dienstverhältnis nicht für bestimmte Zeit begründet hat, als er im stande ist, der Wirksamkeit der Endbestimmung vorzubeugen, das Verhältnis nach eigenem Ermessen zu endigen; da der Andere nicht in die gleiche Lage versetzt ist, so braucht er dessen Kündigung nicht zu befürchten. Der Andere seinerseits hat keine Sicherheit, daß das Verhältnis bis zum vereinbarten Endtermin währen werde; er empfindet es insofern als ein für unbestimmte Zeit eingegangenes, und soll doch nicht die Macht haben, sich gleich seinem Gegner durch die gewöhnliche Kündigung zu befreien, soll vielmehr den Ablauf der vereinbarten Frist abwarten müssen, wie wenn er nur auf diesen Zeitpunkt kündigen könnte. Die Zulassung solcher Imparität, mag sie dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer zu Gute kommen, würde ein bequemes Mittel gewähren, die Ungleichheit der Kündigungsfristen, welche die Gesetze für gewisse Dienstverhältnisse hintanhaltend wollen, auf einem Umweg — nämlich mittelst Befristung unter einseitigem Kündigungsvorbehalt — zur Geltung zu bringen².

Hiernach kann — soweit HGB. § 67 und GewO. §§ 122, 133^{aa} reichen³ — neben vertraglicher Endbestimmung das Kündigungsrecht bloß für die eine Partei des Dienstverhältnisses nicht vorbehalten werden; und solchem Vorbehalt steht es gleich, daß nur eine Partei für bestimmte Zeit gebunden wird, die andere nicht oder nur für kürzere Zeit⁴. Außerhalb des angegebenen gesetzlichen Bereichs, namentlich bei den Dienstverhältnissen, die nur vom BGB. geregelt

¹ Gewerbegericht III, 31: „Diese die Vertragsfreiheit der Beteiligten einschränkende Gesetzesbestimmung kann unmöglich extensiv interpretiert werden.“ Damit ist freilich das Problem keineswegs erledigt.

² Dieser Umgehung wird in der von Gewerbegericht III, 31 mitgeteilten Entscheidung nicht Rechnung getragen.

³ Von HGB. § 67 macht § 68, und ebenso GewO. § 133^{ab}, von GewO. § 133^{aa} zwei Ausnahmen. GewO. § 122 erstreckt sich außer auf Gesellen und Gehülfen auf Fabrikarbeiter (§ 134 Abs. 1) und auf die Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt (BiSchG. § 25 Abs. 1). GewO. § 133^{aa} erstreckt sich auf die höheren Angestellten des Gewerbes, auf den Binnenschiffer (BiSchG. § 20 Abs. 1) und auf den Flossführer (FlG. § 16 Abs. 1).

⁴ Oben S. 541 und Gewerbegericht IV, 83 unten.

werden und bei denen der Seeleute¹ ist die Frage der Zulässigkeit nur danach zu entscheiden, ob die Einseitigkeit des Vorbehalts im gegebenen Fall wider die guten Sitten verstößt. — Wo der Vorbehalt unmittelbar von Rechts- oder zunächst von Moralwegen nichtig ist, entsteht die weitere Frage, ob nach der Regel *utile per inutile non vitiatur* bloß der Vorbehalt wegfällt, während der Dienstvertrag samt der vertraglichen Endbestimmung aufrecht bleibt, oder ob auch die Endbestimmung oder gar der ganze Vertrag hinfällig ist. Für die Antwort ist maßgebend BGB. § 139. Diese Vorschrift ist so gefasst, daß sie die Wahl zwischen den drei erwähnten Möglichkeiten läßt. Die Wahl wird durch Auslegung des gegebenen Vertrags entschieden.

2. Nach HGB. § 92 Abs. 1 „kann das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teil für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden“. Nach dem, was S. 553. 554 zu BGB. § 620 und HGB. § 66 erörtert worden ist, müssen wir sagen: wenn das Agenturverhältnis für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, so ist es während dieser Zeit nicht kündbar. Aber dieser Satz gilt nicht ausnahmslos (§ 92 Abs. 2), und durch Übereinkunft der Parteien kann die Kündigung vorbehalten werden.

3. Das durch Lehrvertrag begründete Lehrverhältnis der Handlungslehrlinge und der gewerblichen Lehrlinge ist trotz Verabredung der Lehrzeit, d. h. vertraglicher Endbestimmung, in gewissem Umfang kündbar, auch ohne daß dies vorbehalten ist. Dies gilt zuvörderst für den Teil der Vertragszeit, welcher Probezeit heißt (HGB. § 77 Abs. 2, GewO. § 127^b Abs. 1). Nach dieser Zeit ist die Kündigung aus gewissen gesetzlichen Gründen (HGB. §§ 77 Abs. 3. 78 Abs. 1, GewO. §§ 127^b Abs. 2. 3. 127^e Abs. 1) oder im Fall des Todes des Lehrherrn (HGB. § 77 Abs. 3, GewO. §. 127^b Abs. 4) statthaft.

4. Nach HGB. § 231 Abs. 3 ist die Bestellung zum Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft „jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragmäßige Vergütung“. Der Widerruf oder die Kündigung des (möglicherweise) durch die Bestellung begründeten Arbeitsverhältnisses² ist statthaft, selbst wenn das Arbeits-

¹ Im 3. Jahresbericht des Seemannsverbandes (für 1900) S. 66 beschwert man sich über Vereinbarungen, nach denen der Schiffsmann auf sech oder zwölf Monate mustert, und dem Arbeitgeber das Recht zusteht, den Schiffsmann nach jeder Reise im Heimathafen zu entlassen.

² Geschieht die Bestellung unentgeltlich, so begründet sie kein Arbeitsverhältnis. Vgl. S. 296 Nr. 2 und S. 249².

verhältnis mit einer vertraglichen Endbestimmung versehen ist. — Das Entsprechende gilt vom Arbeitsverhältnis des Mitglieds des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft (HGB. § 243 Abs. 4)¹, des Korrespondentreders (HGB. § 492 Abs. 2), des Vorstands eines rechtsfähigen Vereins (BGB. § 27 Abs. 2), des Mitglieds des Vorstands einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft (Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgen. § 24 Abs. 3) und des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H. § 38 Abs. 1).

5. Bei dem durch Werkvertrag begründeten Arbeitsverhältnis ist wie bei der Frage nach der Erforderlichkeit der Kündigung (S. 549) zu unterscheiden. Wenn die Parteien eine Frist vereinbart haben, in welcher, oder einen Termin, an welchem der Arbeitnehmer das Werk liefern soll, so liegt eine Endbestimmung, mit deren bloßem Eintritt das Arbeitsverhältnis endigt, gar nicht vor. Durch die Setzung einer solchen Lieferzeit wird daher dem Besteller das Recht der Kündigung nicht beschränkt, das ihm durch BGB. § 649 verliehen ist. So implicite kann dies nicht bewirkt werden, zumal es sich hier nicht um eine kostenfreie Kündigung handelt. Wohl aber kann, wie S. 534 oben bemerkt, durch besondere Abrede diese Kündigung für eine Frist und auch bis zum Ablauf der Lieferzeit ausgeschlossen werden. — Haben hingegen die Parteien des Werkvertrags demselben wirklich eine Endbestimmung gegeben, nämlich vereinbart, daß ohne Rücksicht auf die Erbringung der Arbeit ihr Arbeitsverhältnis zu einer bestimmten Zeit zu Ende gehen soll (S. 549 zu ²), dann ist nicht bloß eine Kündigung für den Eintritt dieses Endes nicht erforderlich, sondern auch (vor der bestimmten Zeit) nicht statthaft; mit solcher Endbestimmung hat sich der Besteller seines normalen Rechts zur Kündigung begeben.

6. Im entgeltlichen Verwahrungsvertrag des allgemeinen bürgerlichen Rechts wie im Lagergeschäft des Handelsrechts kann für die Aufbewahrung oder die Lagerung eine Frist vereinbart und damit eine vertragliche Endbestimmung für das Arbeitsverhältnis gesetzt sein (S. 513/14). Solche Endbestimmung hat die ihr wesentliche Wirkung, daß mit ihrem Eintritt das Arbeitsverhältnis ohne weiteres endigt: es besteht danach keine Verwahrungs- oder Lagerungspflicht mehr, die Sache wird aus einer zu verwahrenden oder zu lagernden zu einer

¹ Hier wird der Endbestimmung eigens erwähnt: „Die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsrates kann auch vor dem Ablauf des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden.“ — Vgl. S. 538.

nur noch zurückzugebenden¹. Trotz solcher Endbestimmung kann doch der Hinterleger die hinterlegte Sache „jederzeit zurückfordern“ (BGB. § 695), damit das Arbeitsverhältnis kündigen; und das Gleiche ist vom Einlagerer beim Lagergeschäft anzunehmen. Der Verwahrer hingegen kann bei vertraglicher Endbestimmung „die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt“ (§ 696); ohne solchen Grund kann er nicht kündigen. Das Nämliche gilt vom Lagerhalter nach HGB. § 422. Er „kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut vor dem Ablauf der bedungenen Lagerzeit zurücknehme“; er ist hierzu nur berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Durch Abrede kann dem Verwahrer wie dem Lagerhalter auch ein weiter gehendes Kündigungsrecht gewährt werden. Der Hinterleger wie der Einlagerer kann sich des Kündigungsrechts nicht durch Setzung einer vertraglichen Endbestimmung begeben. (Kap. 5 Nr. IX. Kap. 6 Nr. IV).

Der Ehemann, dessen Frau sich einem Dritten zu einer von ihr

¹ Nach Planck, Kommentar zu BGB. § 695 „mufs bei dem Verwahrungsvertrage nach der Auffassung des Gesetzes als Absicht der Parteien unterstellt werden, daß das Verwahrungsverhältnis erst mit der thatsächlichen Rückgabe der hinterlegten Sache endigen soll“. Allein dies kann nur vom faktischen Verhältnis, nicht vom Rechtsverhältnis gelten, wie auch das Dienstverhältnis als faktisches fortbestehen kann, nachdem es als Rechtsverhältnis erloschen ist. Beim Verwahrungsvertrag dauert das Rechtsverhältnis nicht fort, bis dem Verlangen der Rückgabe oder der Rücknahme entsprochen worden ist, es wird vielmehr durch solches Verlangen geendigt. Der Verwahrer kann (wo die Vergütung nach der Zeit gemessen wird) nicht beanspruchen, daß ihm für die Zeit nach der Rückforderung der Sache Vergütung gewährt werde, weil das Rechtsverhältnis erst mit der Rückgabe endige. Jeder Verwahrer kann, wenn die Aufbewahrung vor der für sie bestimmten Zeit endigt, nach § 699 „einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen“: aber nach der Rückforderung des Hinterlegers ist die fernere Verwahrung keine diesem gemachte Leistung. Nach alledem ist die Rückforderung der hinterlegten Sache, wie das Verlangen ihrer Rücknahme eine Kündigung, daher auch HGB. § 422 beim Lagergeschäft, einer Art des entgeltlichen Verwahrungsvertrags, von „Kündigung“ und „Kündigungsfrist“ spricht. Diese Ausdrucksweise auch bei Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts I § 154 IV, 3a, Oertmann, Kommentar zu BGB. § 696. Beim Verwahrungsvertrag ist nach der Zurückforderung der Sache oder nach dem Verlangen ihrer Rücknahme die Rechtslage nicht anders als bei der Miete, nachdem das Mietverhältnis „gekündigt“ worden ist. Hiermit tritt „Beendigung des Mietverhältnisses“, eines Rechtsverhältnisses ein (§ 556); dies hindert nicht, daß der Mieter verpflichtet ist, die gemietete Sache zurückzugeben, wie der Verwahrer die hinterlegte (S. 286¹). S. ferner § 605 („der Verleiher kann die Leihe kündigen“).

in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat, kann das zwischen der Frau und dem Dritten bestehende Arbeitsverhältnis gemäß BGB. § 1358 kündigen. Zu den Voraussetzungen dieses Kündigungsrechts gehört nicht, daß das zu kündigende Arbeitsverhältnis nicht mit einer vertraglichen Endbestimmung versehen sei: daß es für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, macht es für den Ehemann nicht unkündbar. Es ist für ihn kündbar, auch wo es für die Arbeitnehmerin (die Frau) nicht kündbar ist. Da hier die Kündbarkeit bei vertraglicher Endbestimmung nicht für eine Partei des Arbeitsverhältnisses besteht, so gehört dieser Fall nicht in die unter 1—6 erörterte Reihe¹. Denn es handelt sich hier nicht sowohl um eine Ausnahme von der Regel, daß bei vertraglicher Endbestimmung Kündigung unzulässig ist, als vielmehr um den exceptionellen Fall, daß ein Dritter oder außerhalb des Arbeitsverhältnisses Stehender dasselbe kündigen kann. Dieses außerordentliche Recht ist in seiner Außerordentlichkeit auch von derjenigen Schranke frei, welche bei vereinbarter Vertragszeit den Parteien des Arbeitsverhältnisses gezogen ist.

Viertes Kapitel.

Kündigung im Allgemeinen.

I. Von der Kündigung als Mittel der Bestimmung der Vertragszeit, und zwar als privater einseitiger Endbestimmung, ist in den drei vorigen Kapiteln gelegentlich mehrmals, teils andeutungsweise², teils ausführlicher³, die Rede gewesen.

Nunmehr uns der Kündigung *ex professo* und ausschließlich zwendend, haben wir zunächst ihren am meisten hervortretenden Unterschied von der zuletzt behandelten vertraglichen Endbestimmung in Erinnerung zu bringen. Während diese sowohl im Arbeitsvertrag selbst vorkommen, als nachträglich und für sich getroffen werden kann, muß die Kündigung stets außerhalb des Arbeitsvertrags stehen und ihm nachfolgen, obzwar sie sich auch auf ein noch nicht vollwirksames Arbeitsverhältnis beziehen mag (Kap. 2 Nr. III). Sie kann

¹ Dies gilt auch von der durch KO. § 22 gewährten Kündigung, insofern sie dem Konkursverwalter gewährt ist.

² S. 511/12. S. 515.

³ Kündigung eines nicht vollwirksamen Arbeitsverhältnisses (S. 518 fg.). Bestandsicherung durch Vereinbarung der Unkündbarkeit, durch gesetzliche oder private Kündigungsfrist (S. 522. 523). Kündigung eines natürlich begrenzten Arbeitsverhältnisses (S. 532 fg.). Kündigung eines mit Endbestimmung versehenen Arbeitsverhältnisses (S. 547 fg.).

innerhalb des Arbeitsvertrags durch ihn selbst vorbehalten oder geregelt werden, geht aber außerhalb dieses Thatbestandes und nach demselben vor sich. Dieser Unterschied hängt mit dem von einseitiger und vertraglicher Endbestimmung zusammen. Hingegen ist letztere Differenz ohne Einfluss auf das Anwendungsgebiet der zwei Endbestimmungen. Beide Grundformen des Arbeitsvertrags, der Zeitlohnvertrag und der Akkord, sind wie der vereinbarten so der einseitigen Endbestimmung zugänglich. Und dass die Kündigung, wie die zweiseitige Endbestimmung, bei ganz verschiedenen Typen des Arbeitsvertrags anzutreffen ist, hat schon die bisherige Erörterung gezeigt und wird sich auch bei der bevorstehenden ergeben. Nur erscheint dabei die Kündigung nicht immer unter diesem Namen, wie umgekehrt der Name Kündigung oder Aufkündigung nicht selten für einen anderen, obwohl verwandten Begriff gebraucht wird.

II. Denn im Leben wie in Gesetzen finden wir die Ausdrücke „Kündigung“ oder „Aufkündigung“ oft gebraucht nicht zur Bezeichnung des in Rede stehenden einseitigen Aktes, sondern dessen, was genauer „Fristbestimmung“ oder „Kündigungsfrist“ genannt wird. So liest man in Werkstattordnungen oder auf Lohnkarten u. dgl., und danach in Berichten über Arbeitsverträge, dass „keine Kündigung“ bestehe oder statfinde, oder dass „Kündigung ausgeschlossen“ sei¹, womit keineswegs die Anwendbarkeit der einseitigen Endbestimmung, sondern nur ihrer Befristung verneint wird. Die Frist oder Fristbestimmung gilt bei diesem Sprachgebrauch als dermaßen zur Kündigung gehörig, dass beim Fehlen jener die letztere nicht angenommen wird.

In der Sprache der neueren Gesetze wird der Akt von der etwaigen Frist, nach deren Ablauf er endigend wirkt, deutlich unterschieden². In älteren wird die „Aufkündigung“ selbstverständlich als befristete genommen und gesagt: „ohne Aufkündigung können Gesellen und Gehülfen entlassen werden“ resp. „die Arbeit verlassen“:

¹ S. auch z. B. Bericht der bayrischen Fabrikinspektion für 1897 S. 77: „Ausschluss der Kündigung ist vorherrschend in den Brauereien und Steinhauerbetrieben üblich.“ S. 145: „In den Werkstätten der handwerksmäßigen Betriebe ist öfters ein Plakat angeschlagen, das jede Kündigung ausschließt.“ Stadthagen, Arbeiterrecht S. 88.

² „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ z. B. BGB. §§ 626-675 (vgl. 542. 544. 553. 554. 723), HGB. §§ 70-72. 77 Abs. 2. 4. 92 Abs. 2. In BGB. § 629 wird „Kündigung“ im prägnanten Sinn von befristeter Kündigung gebraucht (anders in §§ 627. 628); denn nach unbefristeter Kündigung kann nicht von Zeitgewährung die Rede sein.

GewO. §§ 123. 124, ähnlich § 134^b Nr. 3¹. Nach dem neueren gesetzlichen Sprachgebrauch bedeutet hier „ohne Aufkündigung“ soviel wie „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“, nicht wird für überflüssig erklärt eine vom Arbeitgeber resp. Arbeitnehmer ausgehende, in Worten oder Werken bestehende Äußerung des Willens, das Arbeitsverhältnis aufzuheben. Für die angegebene Bedeutung spricht die Ausdrucksweise des den citierten sich anschließenden neueren § 124^a GewO.²

Dafs, wie vorhin bemerkt, die einseitige Endbestimmung der Vertragszeit nicht allenthalben unter dem Namen der Kündigung vorkommt, können schon die citierten Stellen der GewO. lehren. Denn hier heifst dieser Akt, wenn er vom Arbeitgeber ausgeht, „entlassen“ oder „Entlassung“, und vom Arbeitnehmer ausgehend „die Arbeit verlassen“ oder „Austritt aus der Arbeit“. In HGB. § 551 Abs. 1. 2 werden „Entlassung fordern“ und „Kündigung“ abwechselnd gebraucht³. Anderwärts finden sich die nämlichen Vorgänge folgendermaßen bezeichnet: „die Aufhebung (oder Auflösung) des Dienstverhältnisses verlangen“⁴, „seines Dienstes enthoben werden“⁵. Nichts anderes als Kündigung oder einseitige Endbestimmung der Vertragszeit ist, wo die Bestellung mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrags einherging, der „Widerruf“ der Bestellung zum Korrespondenthreder, zum Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, zum Vorstand eines rechtsfähigen Vereins,

¹ z. B. auch Preufs. GesindeO. § 117. Die Ausdrucksweise von GewO. § 123 findet sich neuerdings in bundesrätlichen den Gewerbebetrieb betreffenden Bekanntmachungen z. B. RGBl. 1900 S. 35 § 16. 1898 S. 180 § 20. 1897 S. 14 § 15. 1893 S. 216 § 17.

² „Aufser den in §§ 123. 124 bezeichneten Fällen kann jeder der beiden Teile . . . ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verlangen.“ Ebenso GewO. § 133^b, fast so BiSchG. § 20 Abs. 3. § 25 Abs. 1. FIG. § 16 Abs. 3. Gemischt ist die Ausdrucksweise in GewO. § 134^b: „über die Frist der zulässigen Aufkündigung, sowie über die Gründe, aus welchen die Entlassung und der Austritt aus der Arbeit ohne Aufkündigung erfolgen darf“.

³ „Entlassen“, „Entlassung fordern“ u. dgl. in HGB. § 545. GewO. § 127^b Abs. 2. § 134^c Abs. 2. SeemO. §§ 55. 57 fg. BiSchG. § 20 Abs. 5. 6.

⁴ GewO. §§ 124^a. 133^b—133^d. BiSchG. §§ 20 Abs. 3. 25 Abs. 1. FIG. §§ 16 Abs. 3. 21 Abs. 2. Wo GewO. § 127^b von Auflösung des Lehrverhältnisses oder von dessen Auflösung durch einseitigen Rücktritt, von Entlassenwerden, von Geltendmachung der Aufhebung des Lehrvertrags spricht, sagt HGB. § 77 überall „kündigen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ oder „Kündigung“ schlechthin.

⁵ BiSchG. §§ 20 Abs. 6. 25 Abs. 4. FIG. §§ 16 Abs. 4. 21 Abs. 3.

einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft, zum Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹, ferner der „einseitige Rücktritt“ vom Lehrverhältnis während der Probezeit oder die „schriftliche Erklärung“ an den Lehrherrn, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder Berufe übergehen werde². Endlich beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag und beim Lagergeschäft heißt die Kündigung des Verwahrers bezw. des Lagerhalters „die Rücknahme der hinterlegten Sache (bezw. des Gutes) verlangen“, die Kündigung des Hinterlegers „die hinterlegte Sache zurückfordern“³.

III. Kehren wir von der Terminologie zum Begriff zurück. Die Kündigung, welchen Namen sie auch führen möge, ist eine einseitige aber empfangsbedürftige Willensäußerung, meist Willenserklärung⁴. Sie erscheint nämlich gewöhnlich in Worten, gesprochen oder geschrieben. Die Wahl der Worte ist frei, insbesondere braucht nicht das Wort „kündigen“ gewählt zu werden, um so weniger, als ja auch die Gesetze verschiedene Ausdrücke für die Kündigung verwenden⁵. Schriftlichkeit ist in der Regel nicht erforderlich, sie kann jedoch von den Parteien bedungen sein⁶, und vereinzelt wird sie vom Gesetz verlangt⁷. Die Willensäußerung kann auch in Werken erscheinen, auf seiten des Arbeitnehmers z. B. im definitiven Verlassen der Stelle, im dauernden Nichtwiederkehren⁸, im Zurückschicken der Arbeitsstoffe oder des unvollendeten Arbeitsprodukts, auf seiten des Arbeitgebers z. B. in thätlicher Ausweisung oder Nichtzulassung, im Abholen der zur Arbeit erforderlichen Stoffe, Werkzeuge oder Muster.

Die Kündigung ist eine solche oder wirkt als solche nur dann, wenn sie von einer dazu legitimierten Person ausgeht. Legitimiert ist

¹ HGB. §§ 492 Abs. 2. 231 Abs. 3. 243 Abs. 4. BGB. § 27 Abs. 2. GenossenschG. § 24 Abs. 3. Ges. betr. Gesellsch. m. b. H. § 38 Abs. 1. Vgl. S. 558². 559¹.

² GewO. § 127^b (S. 563⁴). HGB. § 78 Abs. 1. GewO. § 127^e Abs. 1.

³ HGB. § 422. BGB. §§ 695. 696: oben S. 560¹.

⁴ eine „Anerklärung“, nach der Ausdrucksweise von Bekker, System des Pandektenrechts II § 93 Beilage II.

⁵ Vgl. auch Thiele in Archiv f. civ. Praxis 89, 145.

⁶ So im Engagementsformular des deutschen Bühnenvereins § 2 der „besonderen Bestimmungen“. Wegen der verabredeten Schriftlichkeit s. BGB. § 127.

⁷ So bei der oben erwähnten motivierten Kündigung des Lehrverhältnisses nach HGB. § 78 Abs. 1 und GewO. § 127^e Abs. 1.

⁸ Der wegen Krankheit ausbleibende Arbeitnehmer kündigt damit nicht, da er den animus revertendi hat. S. auch Unger, Entscheidungen Nr. 105. Thalberg, Der Dienstvertrag S. 91/2.

regelmäßig nur eine Vertragspartei. Sie kann sich der Botschaft oder der Stellvertretung bedienen¹; die juristische Person kündigt durch ihre Organe². Minderjährigkeit einer Partei hindert sie nicht immer, zu kündigen; es kann im gegebenen Fall die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegen (BGB. § 111), und es kann solcher Einwilligung darum nicht bedürfen, weil ein für alle Mal vom gesetzlichen Vertreter eine Ermächtigung erteilt worden ist, welche den Minderjährigen für die Kündigung unbeschränkt geschäftsfähig macht (BGB. §§ 112, 113, oben S. 253, 254). — Außer oder statt einer Partei kann ein Dritter zur Kündigung legitimiert sein³, sei es von Rechtswegen, sei es durch eine hierauf gerichtete Bestimmung des Arbeitsvertrags. Von Rechtswegen in den folgenden Fällen. Das Lehrverhältnis des gewerblichen und das des Handlungslehrlings kann, wenn derselbe minderjährig ist, von seiner Seite nur durch seinen gesetzlichen Vertreter gekündigt werden, falls es sich um Kündigung wegen Berufswechsels handelt⁴. Sonst kann der gesetzliche Vertreter einer Partei, die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ist, deren Arbeitsverhältnis kündigen, es sei denn, daß eine von ihm nach BGB. § 112 oder § 113 erteilte Ermächtigung noch besteht. Nach KO. § 22 kann ein im Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis vom Konkursverwalter gekündigt werden. Unter gewissen Voraussetzungen, zu denen nicht die Ermächtigung der Frau gehört, kann der Ehemann persönlich ein zwischen seiner Frau und einem Dritten bestehendes Arbeitsverhältnis kündigen (BGB. § 1358)⁵. Innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises kann die Frau

¹ Vgl. BGB. §§ 174, 180: oben S. 223, 225. Protokoll der Verhandlungen der Konferenz der Gewerbegerichtsbeisitzer (Leipzig 1900) S. 31, 32. Unger, Entscheidungen Nr. 47.

² z. B. die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kündigt dem Vorstandsmitglied: Staub, Kommentar zu HGB. § 231 Anm. 15.

³ Der schon erwähnte Fall der Stellvertretung (mit dem einseitigen Parteiakt der Bevollmächtigung oder der Genehmigung) ist hier nicht gemeint.

⁴ GewO. § 127^a Abs. 1. HGB. § 78 Abs. 1.

⁵ Dieses Kündigungsrecht hat der Ehemann, auch wenn die Frau den Arbeitsvertrag vor ihrer Verhehlung geschlossen hat. Auch in solchem Fall kann der Grund dieser Ordnung zutreffen, daß nämlich „die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt“. Die gesetzlichen Worte („hat sich die Frau verpflichtet“) umfassen diesen Fall; ebenso ist Abs. 2 anwendbar, d. h. der Mann hat keine Kündigung, wenn er nach der Eheschließung der vordem eingegangenen Verpflichtung der Frau zugestimmt hat. Gegen unsere Annahme Planck, Kommentar z. d. St. — S. auch noch oben S. 273¹ a. E.

für ihren Mann eine Kündigung vornehmen (BGB. § 1357). — Auch durch eine besondere Bestimmung des Arbeitsvertrags kann einem Dritten, namentlich dem Arbeitgeber des Arbeitgebers, das Recht der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eingeräumt werden, dessen Partei der Kündigende nicht ist¹.

IV. Die Kündigung ist eine einseitige Willensäußerung. Als solche braucht sie nicht acceptiert zu werden, d. h. sie bedarf keines Einverständnisses, keiner Zustimmung. Es genügt aber nicht, daß sie überhaupt gethan, oder einer beliebigen Person gegenüber, oder in incertam personam erlassen werde. Sie muß gegenüber einer bestimmten Person abgegeben werden, oder gegenüber einer Mehrheit solcher, und letzterenfalls genügt eine Erklärung. Die Kündigung braucht sich nicht an eine individuell bestimmte Person zu richten, wenn nur die in der Kündigung angegebenen Merkmale des Adressaten über die von der Kündigung betroffene Person keinen Zweifel lassen². Die Kündigung hat sich in der Regel zu wenden an den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer des durch die Kündigung zu endigenden Arbeitsverhältnisses, somit regelmäsig an die Gegenpartei. Sie kann auch deren Vertreter gegenüber erfolgen, sei es ihrem gekürten Vertreter, z. B. einer von Arbeitnehmern gewählten Kommission, dem Prokuristen, dem Vorstand der Aktiengesellschaft, sei es ihrem gesetzlichen Vertreter³. Ist die Partei, gegenüber welcher die Kündigung ergeht, handlungsunfähig (S. 249), so hängt die Wirksamkeit der Kündigung davon ab, daß sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht (BGB. § 131 Abs. 1)⁴. Nur wenn eine beschränkt geschäftsfähige Person durch die Ermächtigung ihres gesetzlichen Vertreters für ein Gebiet unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist (BGB. §§ 112. 113, oben S. 253),

¹ In der Ziegelei bedingt sich der Unternehmer vom Ziegelmeister nicht selten das Recht aus, dessen Leute zu entlassen. Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie S. 39. Eine solche Ausbedingung verschafft dem Unternehmer das Kündigungsrecht nur im Verein mit einem entsprechenden Vorbehalt in den Arbeitsverträgen der Ziegelerbeiter. S. auch oben S. 68. 105. 226².

² z. B. Kündigung an Herrn A oder an alle Arbeiter der Fabrik, an die weiblichen unter ihnen, nur an die Modellschreiner, an diejenigen, welche am 1. Mai gefeiert haben, oder welche dem Glasarbeiterverband angehören.

³ z. B. BGB. § 164 Abs. 3. § 180 Satz 3. § 1357. — Wegen Zustellung der Kündigung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers und wegen öffentlicher Zustellung s. BGB. § 132.

⁴ Thiele in Archiv f. civ. Praxis 89, 139—41. Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts I⁸ § 28 Anm. 2. § 66 Anm. 21.

mufs die diesem Gebiet angehörige Kündigung der Person selbst, kann sie nicht ihrem gesetzlichen Vertreter erklärt werden¹. Im Fall der KO. § 22 kann die Kündigung an den Gemeinschuldner oder an den Konkursverwalter gerichtet werden.

Die Kündigung ist vollendet, nämlich gegenüber der anderen Person erfolgt, erst wenn sie von dieser empfangen worden ist. Die Kündigung mufs so erfolgen, dafs sie nicht zu unpassender Zeit und nicht an unpassendem Ort empfangen wird; andernfalls braucht sie der Empfänger nicht gelten zu lassen. Als mündliche mufs sie vernehmbar geworden sein für den Adressaten oder seinen Vertreter; als schriftliche mufs sie dem Adressaten oder seinem Vertreter zugegangen sein². Als werkhätige oder stillschweigende (reale statt verbale) ist die Kündigung erfolgt, wenn der Kündigungswille dem Gegner wahrnehmbar geworden ist. So gilt z. B. das Verlassen der Arbeit oder das Nichtwiederkehren des Arbeitnehmers als Kündigung des § 124 GewO., d. h. endigt das Arbeitsverhältnis, erst wenn dem Arbeitgeber der Kündigungswille erkennbar geworden ist. Diese Erkennbarkeit kann nach begleitenden Worten oder sonstigen Umständen alsbald vorhanden sein oder erst später eintreten. Wo zur Gültigkeit der Kündigung ein gewisser Kündigungsgrund erforderlich ist, braucht ein solcher bei der verbalen Kündigung nicht mitgeteilt zu werden³, bei der realen dem Empfänger nicht erkennbar zu sein. Dieser kann an der Kenntnis interessiert sein, etwa weil er darauf rechnet, die Unstichhaltigkeit des Grundes zeigen zu können. Das Verlangen der Notifikation ist daher oft ein billiges⁴. Wird demselben nicht entsprochen, so bleibt nur der Rechtsweg, das Arbeitsverhältnis als fortbestehend zu behandeln und den Urheber der Kündigung auf die ihm obliegende Vertragsleistung zu belangen.

¹ S. ferner BGB. § 1405.

² BGB. § 130. Im Engagement des Deutschen Bühnenvereins I § 2 bedingt sich der Arbeitgeber aus, dafs die Kündigungsfrist als durch ihn gewahrt gelte, wenn er die „Kündigung innerhalb der Frist zum Abgange bringt, gleichviel wann dieselbe das vertragschließende Mitglied erreicht“. Danach mufs sich der Arbeitnehmer gefallen lassen, dafs eine Erklärung als Kündigung gelte, noch bevor das wesentliche Erfordernis des Empfangs erfüllt ist. Wegen des Empfangs der mündlichen und der schriftlichen Kündigung s. Thiele a. a. O. S. 130—39. Hölder, Der Zugang der Willenserklärung (Deutsche Juristenzeitung VI, 340—42).

³ Düringer und Hachenburg, Kommentar zu HGB. § 70 Nr. II.

⁴ Demgemäß Arbeitsordnung der Lohnarbeiter der Stadt Stuttgart § 20: „Dem sofort zu entlassenden Arbeiter ist der arbeitsordnungsmäßige Grund seiner Entlassung bei der Verfügung derselben bekannt zu geben.“

Dann muß derselbe die bestrittene Begründetheit der Kündigung beweisen.

V. Eine einseitige Willensäußerung, die als Kündigung ungültig ist, weil sie den Thatbestand oder die Voraussetzungen der Kündigung nicht erfüllt¹, kann mit Rechtswirkung bekleidet und insofern aufrecht erhalten werden durch Korrektur oder Konversion². Diese Methode findet hier folgende Anwendungen.

Wenn die als Kündigung ungültige Erklärung den Erfordernissen eines Antrags zur Vereinbarung einer Endbestimmung entspricht — was leicht der Fall sein kann, da dessen Erfordernisse viel geringer sind, als die der Kündigung —, so gilt sie als solche Offerte, wo dies den Intentionen des Kündigenden gemäß ist, was oftmals zutrifft³. Wird die als Kündigung nichtige, als Vertragsantrag gültige Willenserklärung vom Gegner angenommen, so kommt es zu einer vertraglichen Endbestimmung⁴. Von Annahme durch den Gegner kann aber nur dann die Rede sein, wenn er die Willenserklärung als Vertragsantrag auffaßt, somit ihre Ungültigkeit als Kündigung erkennt⁵. Ausser dieser Erkenntnis bedarf es seines Annahmewillens, d. h. des Einverständnisses mit der proponierten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, und dieses Einverständnis muß kund gegeben werden. Daß die ungültige Kündigung schweigend hingenommen und thatsächlich befolgt wird, weil die faktische Aufrechterhaltung des Verhältnisses als unausführbar erscheint oder eine gerichtliche Reaktion gegen das Verhalten des Kündigenden beabsichtigt wird, ist keineswegs Erklärung des Annahmewillens⁶.

¹ indem z. B. die ihr zuge dachte Wirkung in die Zeit der Unkündbarkeit fällt, oder die Kündigungsfrist nicht eingehalten wurde, oder der zureichende Kündigungsgrund fehlt.

² BGB. § 140. Hingegen § 139 kann nicht in Frage kommen, denn die Kündigung ist gänzlich nichtig, nicht blofs zum Teil. Ebenso auch nicht § 138: eine gegen die guten Sitten verstofsende Kündigung ist und bleibt nichtig. Vgl. S. 578 oben.

³ Denn dem Kündigenden wird es oft einerlei sein, ob die von ihm beabsichtigte Endigung des Arbeitsverhältnisses durch seine einseitige Verfügung, oder durch seinen Vorschlag und dessen Annahme zustande kommt.

⁴ Ein solcher Fall in Seufferts Archiv 55 Nr. 143.

⁵ Vgl. Thiele a. a. O. S. 143. 144.

⁶ Die schüchtern vorgetragene entgegengesetzte Ansicht in Blätter für soz. Praxis vom 29. März 1894 S. 111 Anm.. Im Jahresbericht des Arbeitersekretariates Stuttgart für 1897 S. 9 wird den Arbeitnehmern dringend empfohlen, die ungültige Kündigung nicht stillschweigend hinzunehmen, wenn sie damit nicht einverstanden sind.

Wenn die Annahme des Gegners ausbleibt und damit die gedachte Konversion mißlingt, so bleibt die Kündigung nichtig in dem Sinn, daß trotz der Kündigung das Rechtsverhältnis über die Zeit hinaus fort dauert, zu der es geendigt hätte, wenn die Kündigung gültig gewesen wäre. Allein nun kommt eine andere Anwendung der Konversion in Frage. Denn es kann gefragt werden, ob die im eben angegebenen Sinne ungültige Kündigung nicht als Kündigung in einem anderen Sinne gelten könne, nämlich als das Verhältnis in dem Zeitpunkt aufhebend, auf welchen sie gültig hätte gestellt werden können¹.

Die Zulässigkeit solcher Korrektur einer fehlerhaften Kündigung ist anzuerkennen. Der Kündigende hat durch die Kündigung den Willen an den Tag gelegt, das Arbeitsverhältnis jetzt oder in einem gewissen späteren Zeitpunkt aufzuheben, und diesem Willen kann nicht stattgegeben werden, weil (wie wir voraussetzen) beide Zeitpunkte zu nahe liegen. Aber es ist zulässig, dem Aufhebungswillen für den frühest möglichen Zeitpunkt stattzugeben, und das ist in dem oft vorkommenden Fall geboten, wo der Kündigende bei Kenntnis der Ungültigkeit doch die frühest mögliche Endigung des Verhältnisses gewollt haben würde oder gar eventuell gewollt zu haben erklärt. Hierdurch wird die ungültige Kündigung in eine gehörig befristete konvertiert. Diese Konversion oder Korrektur hat zur Folge, daß selbst bei faktischer Fortsetzung des Verhältnisses eine gültige Kündigung nicht mehr zu ergehen braucht, und das Verhältnis ohnedies in dem frühest möglichen Zeitpunkt zu Ende geht². Daß jedoch die besagte Korrektur nur in gewissen Grenzen zulässig ist, zeigt sich bei der folgenden Unterscheidung:

1. Ist ungültig gekündigt worden im Sinne sofortiger Aufhebung des Verhältnisses (unbefugte Entlassung oder unbefugter Austritt, unbefugte Arbeitsniederlegung), so gilt dasselbe als gekündigt für den Zeitpunkt, der um die (gesetzliche oder vertragliche) Kündigungsfrist vom Zeitpunkt der Kündigung entfernt ist³. Bis zum Ablauf dieser

¹ Vgl. Thiele a. a. O. S. 162. 163.

² Eine fernere Folge ist die Anwendbarkeit von BGB. § 629. Unter „Kündigung“ ist die gültige zu verstehen, aber auch die ungültige, durch Umdeutung validierte.

³ S. Reinhard in Sächsisches Archiv f. bürgerl. Recht VII, 47. Staub, Kommentar z. HGB, § 66 Anm. 8 a. E. Unger, Entscheidungen Nr. 77, I. Im Leben provoziert der Einspruch gegen eine unbefristete Kündigung nicht selten eine befristete, woran sich zeigt, wie gerechtfertigt die in Rede stehende Konversion ist. — Findet die ungültige unbefristete Kündigung statt, nachdem von der nämlichen Partei schon eine gültige befristete Kündigung ergangen

Frist besteht es zu Recht (S. 508)¹, falls nicht ein neuer Endigungsgrund eintritt². Es besteht zu Recht, auch wenn es faktisch abgebrochen oder unterbrochen wird. Sein faktischer Fortbestand oder seine faktische Wiederherstellung (der Arbeitnehmer wird wieder zugelassen oder nimmt die Arbeit wieder auf) hindert zwar nicht seine rechtliche Endigung bei Ablauf der Kündigungsfrist, hat aber eine andere wichtige, nur nicht hierher gehörige Rechtswirkung. Diese faktische Rehabilitierung endigt nämlich den durch die unbefugte Entlassung entstandenen Annahmeverzug des Arbeitgebers resp. den durch den unbefugten Austritt entstandenen Leistungsverzug des Arbeitnehmers und beschränkt den aus dem faktischen Abbruch möglicherweise erwachsenden Schaden³.

2. Ist gekündigt worden auf einen späteren Zeitpunkt (befristete Kündigung) und dabei die Kündigungsfrist zu kurz genommen worden, so gilt die Kündigung für den Ablauf der rechtmäßigen Kündigungsfrist, vom Zeitpunkt der Kündigung gerechnet. Es ist z. B. Samstag den 1. April gekündigt worden für den nächsten Samstag, während eine Kündigungsfrist von vierzehn Tagen erforderlich ist. Hier endigt das Arbeitsverhältnis am 15. April, auch wenn es vorher thatsächlich aufgehoben worden ist (falls nicht eine vertragliche Endbestimmung zu stande kam). Die faktische Fortsetzung des Verhältnisses nach dem Ablauf der zu kurzen (achtägigen) Kündigungsfrist beugt dem Verzug und damit möglicherweise der Schädigung vor.

war, so wird natürlich nicht konvertiert, sondern die in Lauf gesetzte Kündigungsfrist behält ihren Lauf.

¹ Es kann daher nicht (wie in Gewerbegericht VI, 118) BGB. § 628 angewandt werden, woselbst Endigung des Arbeitsverhältnisses durch gültige Kündigung vorausgesetzt ist.

² Einen solchen kann vorzüglich eine Kündigung abgeben, sei es seitens dessen, der die ungültige Kündigung empfangen und dadurch einen Grund erhalten hat, selber unbefristet zu kündigen — z. B. der Arbeitgeber erläßt auf die unbefugte Arbeitsniederlegung gemäß GewO. § 123 Nr. 3 eine unbefristete Kündigung; sei es seitens des Urhebers der ungültigen Kündigung, dem das Verhalten des hierüber aufgebrachten Gegners den bisher fehlenden Grund zu unbefristeter Kündigung verschafft — z. B. der Arbeitgeber, erzürnt über den Kontraktbruch des Arbeitnehmers, läßt sich zu einer groben Beleidigung desselben hinreißen und zieht sich dadurch dessen nach GewO. § 124 Nr. 2 begründete unbefristete Kündigung zu.

³ Dies gilt auch von der durch GewO. § 124^b gewährten Buße oder „Entschädigung“, obzwar das Gesetz auf ihre durch die faktische Herstellung des Arbeitsverhältnisses eintretende Beschränkung nicht Rücksicht nimmt. Muß doch auch durch die in der vorigen Note erwähnten gültigen unbefristeten Kündigungen die Entschädigungspflicht sistiert werden.

3. Wenn aber die Kündigung nicht bloß an die Einhaltung einer Frist gebunden ist, sondern auch auf einen gewissen Termin erfolgen muß, und dieser bei der unter 2. zugelassenen Korrektur nicht getroffen wird, dann ist die Kündigung unverbesserlich und wird für nichts erachtet¹.

4. Ist die Kündigung so geregelt, daß sie nur an einem gewissen Termin erfolgen kann (z. B. am Zahltag), so wird die außerhalb dieses Termins erfolgende behandelt, wie wenn sie am nächstfolgenden Termin ergangen wäre².

5. Die Kündigung, die das Arbeitsverhältnis (nicht aus wichtigem Grunde) in der Zeit seiner direkt bestimmten Unkündbarkeit (S. 522 Nr. 1) aufheben soll, kann in keinem Sinne als Kündigung zur Geltung kommen.

Der, wie gezeigt, in gewissem Umfang zulässigen Konversion und Aufrechterhaltung einer ungültigen Kündigung kann, da dieses Verfahren auf den mutmaßlichen Willen des Kündigenden gegründet ist, durch dessen erklärten Willen vorgebeugt werden, indem er noch an dem Tag, da er die ungültige Kündigung vornahm, sie zurücknimmt; dann dauert das Arbeitsverhältnis fort, wie wenn keine Kündigung erlassen worden wäre. Es wird zwar eine nichtige Kündigung zurückgenommen, aber eine konvertierbare und insofern doch nicht ein Nichts. Man könnte dies einen Widerruf der Kündigung nennen.

VI. Unter Widerruflichkeit der Kündigung versteht man die Möglichkeit, die Kündigung ihrer Rechtswirkung zu entkleiden. Eine ungültige und als solche der Rechtswirkung bare Kündigung kann nicht widerrufen werden. Daß sie nicht realisiert (d. h. nicht faktisch das Arbeitsverhältnis aufgehoben) wird, gänzlich oder zeitweise, hat nur die Bedeutung, dem Eintritt des Annahmes resp. Leistungsverzugs vorzubeugen oder den eingetretenen Verzug zu sistieren. Die faktische Fortsetzung oder Wiederherstellung des von der ungültigen Kündigung betroffenen Arbeitsverhältnisses ist kein Widerruf (der Kündigung) im Rechtssinn. Von Widerruf einer un-

¹ Es ist z. B. vom Prinzipal oder vom Handlungsgehilfen am 31. Aug. auf den 30. Sept. gekündigt worden, während nach HGB. § 66 mit sechs wöchiger Frist für den Schluss eines Kalendervierteljahrs zu kündigen ist. Hier würde bei Erstreckung der vom Kündigenden zu kurz genommenen Frist auf sechs Wochen, d. h. auf den 15. Okt., ihr Ende nicht mit dem Schluss eines Kalendervierteljahrs zusammenfallen.

² z. B. Deutscher Buchdruckertarif nebst Kommentar (1899) Anm. 101 zu § 36.

gültigen Kündigung kann, wie vorhin gesagt, nur in dem Sinne die Rede sein, daß durch eine Erklärung des Urhebers der ungültigen Kündigung ihre unter Nr. V betrachtete Umdeutung in eine gültige Kündigung hintangehalten werden kann. Ist diese Hintanhaltung unterblieben, indem die besagte Erklärung nicht an dem Tage, da die ungültige Kündigung erfolgte, abgegeben wurde, so steht die geheilte Kündigung der ursprünglich gültigen hinsichtlich der Widerruflichkeit gleich. Von der Widerruflichkeit einer gültigen Kündigung ist nun zu sprechen.

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist nicht widerruflich. Daß die Kündigung ein einseitiger Akt ist, entscheidet nicht für ihre Widerruflichkeit¹. Es giebt einseitige Akte, denen das Gesetz die Widerruflichkeit schlechthin beilegt, so das Stiftungsgeschäft (BGB. § 81), die Ermächtigung (§§ 112. 113), die Anweisung (§ 790), die testamentarische Verfügung (§§ 2253. 2270), der testamentarische Widerruf einer letztwilligen Verfügung (§ 2257), die Erteilung der Prokura (HGB. § 52). Es giebt ferner einseitige Akte, denen das Gesetz die Widerruflichkeit beilegt, indem es der Privatdisposition vorbehält, diese Akte zu unwiderruflichen zu machen; so die Bevollmächtigung (BGB. §§ 168. 176 Abs. 3), die Einwilligung (§ 183), die Auslobung (§ 658). Umgekehrt ist der Antrag zu einem Vertrage — auch ein einseitiges Geschäft — für den Antragsteller bindend oder unwiderruflich, er habe sich denn den Widerruf vorbehalten (§ 145). Nimmt man noch hinzu, daß die einseitigen Akte der Annahme einer Erbschaft und der Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1942—1959), über deren Widerruflichkeit sich das Gesetz nicht ausspricht, für unwiderruflich zu gelten haben, so findet man bestätigt, daß die Einseitigkeit eines Aktes nicht für seine Widerruflichkeit entscheidet, und darf man schliessen, daß ein einseitiger Akt, dem das Gesetz die Widerruflichkeit nicht beilegt, für unwiderruflich zu halten sei.

Des Widerrufs der Kündigung wird in den Gesetzen nicht gedacht. Daß die Kündigung trotz der Einseitigkeit des Vorgangs nach zwei Seiten Rechtswirkung hat, nämlich ein Rechtsverhältnis zweier Personen aufhebt, jetzt oder später aufhebt, spricht gegen ihre Widerruflichkeit. Denn durch die Kündigung wird der davon betroffene Gegner regelmäÙsig nicht bloß eines Rechts entkleidet, sondern auch

¹ Übereinstimmend Thiele a. a. O. S. 88 vgl. mit S. 163: „Wenn auch die Kündigung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, so folgt daraus keineswegs ihre Widerruflichkeit. Auch die einseitigen Rechtsgeschäfte sind der Regel nach unwiderruflich. Im praktischen Leben würde die Widerruflichkeit der Kündigungserklärung auch zu den größten Härten führen.“

einer Pflicht enthoben; diese ihm durch die Kündigung gegebene Position soll ihm nicht ohne sein Einverständnis wieder entzogen werden können¹. Stellt die Kündigung selbst schon eine gewisse Abnormität dar, insofern hier das Ende eines Rechtsverhältnisses, an dem zwei Personen beteiligt sind, durch den Willen einer bestimmt wird, so muß man verlangen, daß ihre Widerruflichkeit vom positiven Recht statuiert sei, um angenommen werden zu können. Es würde eine willkürliche Potenzierung der Abnormität sein, ohne dies den Fortbestand der Kündigung in das Belieben des Kündigenden zu setzen. Denn ihm wäre damit die Macht verliehen, ein durch die Kündigung untergegangenes oder untergehendes Vertragsverhältnis durch seinen Willen allein wiederherzustellen.

Die Ungültigkeit des Widerrufs der Kündigung oder die Unwiderruflichkeit der Kündigung bezieht sich auf jede Kündigung, die bei einem Arbeitsverhältnis vorkommen kann. Es ist namentlich gleichgültig, ob es durch Dienst- oder durch Werkvertrag begründet worden ist. Es ist ferner gleichgültig, ob der Widerruf *re integra* erfolgt oder zu einer Zeit, da der Empfänger der Kündigung mit Rücksicht auf das eingetretene oder bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses faktische oder rechtliche Maßnahmen getroffen hat. Es ist endlich auch gleichgültig, ob die Kündigung in dem spätest möglichen oder in einem früheren Zeitpunkt erfolgt ist².

Nicht bloß der bisher betrachtete einfache oder totale, sondern auch der qualifizierte oder partielle Widerruf der Kündigung ist unstatthaft, d. h. der Widerruf, welcher mit Entfernung (Verschiebung) des durch die Kündigung gesetzten Endtermins, und der Widerruf, welcher mit dessen Annäherung (Verkürzung oder Ausschaltung der Kündigungsfrist) verbunden ist. Dagegen kann es wohl vorkommen und bildet keine Ausnahme von der Unwiderruflichkeit der Kündigung, daß nach einer Kündigung während der Kündigungsfrist von der nämlichen Partei eine neue und zwar unbefristete Kündigung (etwa aus wichtigem Grund, wo solcher erforderlich) ergeht, die das Verhältnis sofort endigt³.

¹ Nach Thiele a. a. O. S. 163 kann „die für beide Teile mit rechts-erzeugender Kraft erfolgte Fixierung des Endtermins einseitig nicht wieder rückgängig gemacht werden“.

² Es ist z. B. im Verhältnis des Prinzipals zum Handlungsgehilfen (HGB. § 66) die am 1. Aug. für den 30. Sept. erlassene Kündigung so gültig und daher so unwiderruflich, wie die für den gleichen Termin erst am 19. Aug. d. i. spätestens ergangene.

³ Vgl. S. 569². 570². Unbefristete Kündigung eines mit Kündigungsfrist gekündigten Dienstverhältnisses vor Ablauf dieser Frist entspricht einem prak-

Die Kündigung kann rückgängig gemacht werden zwar nicht durch Widerruf, d. i. einseitig, aber durch Übereinkunft der Parteien. Zu einer solchen Übereinkunft führt auch die Einwilligung in den (ungültigen) Widerruf. Indem dieser acceptiert wird, wird die Kündigung rechtlich ungeschehen gemacht, nämlich ihrer Rechtswirksamkeit entkleidet. Das Arbeitsverhältnis wird hierdurch hinsichtlich seines Endes wieder so bestimmt oder so unbestimmt, als es vor der Kündigung war. In dieser Weise rückgängig gemacht werden kann die Kündigung nur so lange das Arbeitsverhältnis besteht. Sobald es durch die Kündigung allein oder — falls sie bedingt oder befristet ist — im Verein mit Erfüllung der Bedingung oder Ablauf der Kündigungsfrist zu bestehen aufgehört hat, kann die Kündigung nicht mehr rückgängig gemacht werden¹.

Die Offerte zur Übereinkunft, die Kündigung rückgängig zu machen, braucht nicht vom Urheber der Kündigung auszugehen und braucht nicht die Gestalt eines Widerrufs zu haben. Auch der Empfänger der Kündigung kann ihrem Urheber den Antrag stellen, sie zu widerrufen oder rückgängig zu machen.

Wird vereinbart nicht einfach, daß die Kündigung rückgängig gemacht werde, sondern daß sie für einen späteren Termin oder für einen früheren Termin gelten solle, so ist dies nicht bloß Vereinbarung der Aufhebung einer einseitigen Endbestimmung, sondern auch Setzung einer zweiseitigen Endbestimmung; es wird dann durch solche Übereinkunft an die Stelle der Kündigung eine vertragliche Endbestimmung der Vertragszeit gesetzt (S. 540⁸).

Weder Widerruf der Kündigung, noch Vereinbarung, sie rückgängig zu machen, ist vorhanden, wenn nach dem Ablauf der Kündigungsfrist ein Dienstverhältnis vom Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers und ohne dessen Widerspruch thatsächlich fortgesetzt wird. Denn hier endigt mit Ablauf jener Frist infolge der Kündigung das Arbeitsverhältnis. Es schließt sich ihm ein neues an, das abgesehen

tischen Bedürfnis, weil sich während der Kündigungsfrist leicht ein wichtiger Grund zu sofortiger Endigung des Arbeitsverhältnisses einstellen kann, gemäß der persönlichen Spannung, die nicht selten durch die Kündigung bewirkt wird. Ein Fall von Kündigung eines gekündigten Arbeitsverhältnisses in Gewerbegericht VI, 119 Nr. 38.

¹ Nur wo sich die Übereinkunft an die unbefristete Kündigung so nahe anschließt, daß es zu keiner bedeutenden faktischen Unterbrechung des Verhältnisses kommt, sollte Fortsetzung des alten, nicht Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses angenommen werden. Es wird z. B. der Handlungsgehilfe wegen „erheblicher Ehrverletzung“ des Prinzipals von diesem sofort entlassen, aber noch am gleichen oder am folgenden Tage wieder angenommen.

von der dem alten gegebenen Endbestimmung, rechtlich dem alten gleichsteht. Man kann daher sagen, das alte „gelte als verlängert“¹.

VII. Ist der Widerruf der Kündigung, wie wir gesehen haben, ungültig, so muß man auch ihren bedingten Widerruf für ungültig ansehen² und gar den bedingten Widerruf, der zugleich mit der Kündigung erklärt wird. Nichts anderes als dies wäre aber eine Kündigung, die unter einer Resolutivbedingung erlassen wird. Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung endigt nach BGB. § 158 Abs. 2 die Wirkung des so bedingten Rechtsgeschäfts und tritt der frühere Rechtszustand wieder ein. Auf den nämlichen Erfolg ist es abgesehen bei einem suspensiv bedingten Widerruf der Kündigung: es soll nach Eintritt der Bedingung so gehalten werden, wie wenn keine Kündigung ergangen wäre. Kann nun dieser Erfolg nicht auf dem Wege des bedingten Widerrufs der Kündigung erreicht werden, so muß dies ausgeschlossen sein auch wo unter Resolutivbedingung gekündigt wird. Eine solche Kündigung ist unzulässig oder ungültig.

Nicht das nämliche läßt sich von der suspensiv bedingten Kündigung sagen. Zwar ist wiederholt und mit aller Entschiedenheit die Unbedingtheit als wesentliches Erfordernis der Kündigung hingestellt worden, wonach jede bedingte Kündigung unwirksam wäre³. Allein

¹ BGB. § 625. Der hier erwähnte „Ablauf der Dienstzeit“ umfaßt jedoch nicht bloß die durch Kündigung bewirkte Endigung der Vertragszeit.

² z. B. Fabrikanten in Reichenbach (Schlesien) haben ihre Arbeiter ausgesperrt und machen später durch Anschlag bekannt, daß, wenn in sämtlichen Fabriken ein Viertel der Weber zur Arbeit zurückkehre, die Kündigung aufgehoben sein solle. Vorwärts vom 13. April 1899. Dies kann nur als Offerte zu einer Übereinkunft, die Kündigung rückgängig zu machen, Geltung haben: S. 574.

³ Motive zum I. Entwurf des BGB. II, 314. 413. Immerwahr, Kündigung S. 80. 81. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 55: „Eine bedingte und eventuelle Kündigung ist der Regel nach nicht wirkungskräftig.“ Der Umfang der Regel wird nicht bestimmt, die Ausnahmen werden nicht angegeben. Zu den Geschäften, die „überhaupt keine Bedingung dulden“, zählt Crome, System des bürgerl. Rechts I § 97 Nr. 3 „mehrere einseitige Geschäfte, die, wie die Kündigung und Mahnung, eine endgültige Entscheidung in sich schliessen sollen, sofern nicht in concreto der Geschäftsgegner in die bedingte Vorname einwilligt“. Allein wenn der Empfänger einwilligt, so haben wir nicht mehr einseitige Endbestimmung (Kündigung), sondern zweiseitige, vertragliche. Vgl. S. 568. Eine Erklärung, die der Annahme bedarf, um eine gewisse Rechtswirkung zu haben, ist kein einseitiges Rechtsgeschäft. Nach Hellmann, Vorträge über das BGB. S. 158 ist bei der Kündigung „Unzulässigkeit einer Bedingung anzunehmen“, „wobei dann freilich nicht ausgeschlossen ist, daß sich der Gegner die bedingte Kündigung gefallen läßt“;

in solcher Allgemeinheit läßt sich der Satz nicht aufrecht erhalten, ist er weder mit dem Gesetz noch mit den Vorkommnissen und Anforderungen des Lebens vereinbar. Dies ist schon von Thiele (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 89) erkannt worden. Zwar verlangt er S. 89. 147 für die Kündigung eine „unbedingte Erklärung“ und proklamiert S. 148 den „Grundsatz, daß die Kündigung unbedingt zu erfolgen habe“. Allein er läßt doch einer beträchtlichen Ausnahme Raum. Jener „Grundsatz“ hat nämlich, wie er sagt, „lediglich den Zweck, daß für den Kündigungsempfänger keine Unklarheit darüber besteht, ob das Vertragsverhältnis aufgehoben wird oder nicht. Ist er aber selbst in der Lage, jederzeit die Bedingung zu erfüllen, so kann von einer Unklarheit oder Ungewisheit nicht die Rede sein“. Demgemäß läßt er solche Bedingungen der Kündigung zu, „deren Erfüllung im Belieben des Gekündigten steht“. Vermutlich hat er jedoch, da er von Potestativbedingungen spricht, allgemeiner diejenigen Kündigungen zulassen wollen, die von einem Verhalten, d. h. einem Thun oder Lassen des Empfängers der Kündigung abhängig gemacht sind. Hier hat man es allerdings mit „wahren Bedingungen“ zu thun. Und wenn sich auch nicht aus den Quellen erweisen läßt, daß die Kündigung jede Bedingung verträgt — so wenig als die Quellen hier grundsätzlich die Bedingung ausschließen —, so steht doch außer allem Zweifel, daß eine Potestativbedingung im angegebenen Sinn mit der Kündigung verbunden werden kann.

Denn das BGB. selber bietet in § 643 einen solchen Fall bedingter Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Wenn nämlich in dem durch Werkvertrag begründeten Arbeitsverhältnis zur Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist, und dieser durch ihre Unterlassung in Verzug kommt, so kann der Unternehmer dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, „daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde“. ¹

hiermit wird verneint, daß er sie sich gefallen lassen muß. Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts I⁸ § 76 Anm. 12 läßt bedingte Kündigung nur zu, „wenn die Bedingung vor Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten und dies vorher dem Gegner bekannt geworden ist“. Danach scheint ihm Bedingung bei unbefristeter Kündigung unzulässig zu sein.

¹ Planck, Kommentar zu d. St. Nr. 4: „Daß der Unternehmer das Wort ‘Kündigung’ gebraucht, ist selbstverständlich nicht notwendig. Es muß aber mit Sicherheit erhellen, daß nicht etwa nur eine Mahnung, sondern eine bedingte Kündigung hat erklärt werden sollen.“

Bedingte Kündigung von Arbeitsverhältnissen wird aber nicht erst durch diese gesetzliche Bestimmung ermöglicht, sondern gehört ohnedies zu den gewöhnlichen, auch amtlich registrierten und nicht auf den Werkvertrag beschränkten Vorkommnissen. Die bedingte Kündigung, von Arbeitgebern oder von Arbeitnehmern ausgehend, ist im Leben so häufig anzutreffen, daß sie auch von der Doktrin nicht in Abrede und außer Rechnung gestellt werden sollte. Ihre praktische Bedeutung mögen einige Beispiele erläutern.

In großem Mafsstab auf zahlreiche Personen bezogen, wird die bedingte Kündigung von beiden Parteien als Pressionsmittel im Kampf um vorteilhafte Bestimmungen für den Arbeitsvertrag angewandt, indem gekündigt wird für den Fall der Ablehnung einer gewissen Werkstattordnung, eines neuen Tarifs, einzelner Positionen einer Tarifvertragsofferte¹. Solche Erklärungen rufen nicht selten eine bedingte Kündigung des Empfängers der bedingten Kündigung hervor². Eine ebenfalls häufige Bedingung hängt mit der gewerblichen Vereinsfreiheit zusammen: es wird gekündigt seitens des Arbeitgebers für den Fall der Arbeitnehmer nicht seine Berufsorganisation verläßt³, oder seitens der Arbeitnehmer für den Fall der Arbeitgeber nicht einen der Berufsorganisation fern gebliebenen Arbeitnehmer entläßt⁴. Es wird ferner bedingt gekündigt z. B. für den Fall der Arbeitnehmer an einem bestimmten Tage ausbleibt, oder sich weigert, eine gewisse Arbeit auszuführen, sich auf Sonntagsarbeit einzulassen, in einen anderen Betrieb überzutreten u. s. w.⁵.

Da wir hier nur die Zulässigkeit und Wirksamkeit der bedingten Kündigung überhaupt erörtern, so liegt außerhalb unserer Aufgabe

¹ z. B. Württemberg. Fabrikinspektion für 1898 S. 125: „. . . die vor- genannten Forderungen an die Inhaber der 15 größeren Schreinereien in G. gesandt mit gleichzeitiger Kündigung auf den 12. April für den Fall, daß die Forderungen bis 12 Uhr mittags genannten Tages nicht bewilligt werden sollten.“

² Einen Komplex bedingter Kündigungen beider Parteien a. a. O. S. 78.

³ z. B. Soziale Praxis X, 418: „Eine Buchdrucker-Mafsregelung. Das Amtsblatt von Dortmund . . . hat die in der Offizin des Blattes stehenden Verbandsmitglieder aufgefordert, bis 15. d. M. schriftlich zu erklären, daß sie aus dem Verband austreten: anderenfalls sollten sie ihre Stellung als gekündigt betrachten.“ Sächsische Gewerbeinspektion für 1898 S. 21. Legien, Das Koalitionsrecht der deutschen Arbeiter (1899) besonders S. 127. Weigert, Arbeitsnachweise S. 11. 13. Soz. Praxis XI, 253. Vgl. oben S. 218¹.

⁴ Fälle führt an die „Denkschrift betr. die Ausschreitungen bei den Arbeitskämpfen der letzten Jahre“ (1899) S. 9 fg.

⁵ z. B. Unger, Entscheidungen Nr. 149. Gewerbegericht III, 106. VI, 122. Soziale Praxis VI, 105 u. s. w.

die Frage, ob nicht manche von den beispielsweise angeführten Kündigungen wegen Verstosses gegen die guten Sitten ungültig seien. Nur im Vorbeigehen sei daran erinnert, daß Unsittlichkeit der Bedingung und danach Ungültigkeit der bedingten Erklärung nicht bloß dann gegeben ist, wenn der zur Bedingung gemachte Umstand oder Vorgang wider die Moral verstößt, sondern auch wenn es unmoralisch ist, ein Verhalten eines anderen dadurch gewissermaßen zu erzwingen, daß man ihn für den Fall des Ausbleibens dieses Verhaltens mit dem Nachteil der Endigung des Arbeitsverhältnisses bedroht.

Die Fälle bedingter Kündigung sind, wie die angeführten Beispiele nebst dem in BGB. § 643 vorkommenden erkennen lassen, auch darin verschieden, daß in manchen mit der Bedingung noch eine Zeitbestimmung für die Entscheidung der Bedingung verbunden ist, sei es ein Termin, an welchem, oder eine Frist, innerhalb welcher die Bedingung eintreten oder ausfallen soll (z. B. § 643 „bis zum Ablauf der Frist“). Eine solche auch bei anderen bedingten Erklärungen vorkommende Zeitbestimmung¹ ist augenscheinlich verschieden von einer schon vor der Kündigung durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Kündigungsfrist. Sie hat zunächst nur Bedeutung für die Frage, ob die Bedingung erfüllt oder ausgefallen ist. Wo eine solche Zeitbestimmung nicht in der Kündigung getroffen worden ist, muß, wie bei anderen bedingten Geschäften, den Umständen entnommen werden, welche Zeit für die Entscheidung der Bedingung maßgebend ist: Auslegung der Bedingung².

Betrachtet man nun die Wirkung einer der Kündigung beigefügten Bedingung, so hat man von der regelmässigen, durch BGB. § 158 Abs. 1 statuierten auszugehen³. Sie besteht darin, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Geschäfts mit dem Eintritt der Bedingung eintritt. Die Wirkung des Kündigungsgeschäfts besteht entweder in der sofortigen Endigung oder in der befristeten Endigung des Arbeitsverhältnisses, d. h. letzterenfalls, daß eine Frist in Lauf gesetzt wird, mit deren Ablauf das Verhältnis endigt. Gemäß dieser zweierlei Wirkung der Kündigung ist die Wirkung einer ihr beigefügten Bedingung verschieden.

1. Bei der unbefristeten Kündigung — einerlei, ob sie einen

¹ z. B. „si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Seiae heres dato“: 4 § 1 D. 35, 1.

² Vgl. Brinz, Pandekten IV § 543 Anm. 3. 4.

³ „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.“

gewissen Grund voraussetzt oder nicht — tritt mit dem Eintritt der Bedingung ohne weiteres das Ende des Arbeitsverhältnisses ein. Darin, daß hier diese Endigung durch die Setzung der Bedingung vertagt ist, ähnelt diese bedingte (unbefristete) Kündigung der (unbedingten) befristeten, mag mit der Bedingung eine Zeitbestimmung für die Entscheidung ausdrücklich verknüpft¹ oder ohnedies in ihr enthalten sein². — Über die Zulässigkeit der Bedingung bei der unbefristeten Kündigung kann sich deren Empfänger nicht beklagen, da ja Fälle vorausgesetzt sind, in denen eine sofortige, nicht durch die Entscheidung der Bedingung vertagte Endigung (sofortiger Austritt, sofortige Entlassung) zulässig wäre³. Wenn nämlich jemand beim Vorliegen gewisser Kündigungsgründe oder ohnedies jederzeit mit alsbaldiger Wirkung kündigt, d. h. das Arbeitsverhältnis endigen kann, so kann er auch diese Wirkung seiner Kündigung dadurch vertagen, daß er sie von einer durch den Empfänger zu entscheidenden Bedingung abhängig macht. Alsdann tritt bei Erfüllung der Bedingung das Ende des Arbeitsverhältnisses ein: im ersten Fall, vorausgesetzt, daß einer der Kündigungsgründe vorliegt⁴; im zweiten Fall schlechthin, z. B. wenn der Besteller beim Werkvertrag, der nach BGB. § 649 bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen kann, oder wenn der Rheder in der See-, der

¹ wie im Fall des § 643 BGB. oder in den S. 577¹ und ³ angeführten.

² Vgl. Vangerow, Pandekten I, 144: „in jeder conditio ist der Regel nach auch ein dies enthalten“, und Brinz, Pandekten IV § 536 Anm. 37, Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II § 114, c und Beilage II.

³ Nur von dem Fall des § 643 BGB. kann man dies nicht sagen: denn hier hat das Gesetz die Kündigung bloß als bedingte zugelassen, eine unbedingte Kündigung des Unternehmers giebt es im Gesetz nicht. Der Fall gehört gleichwohl hierher, zur unbefristeten Kündigung, weil auch bei ihm mit Eintritt der Bedingung das Arbeitsverhältnis endigt. „Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ende der Frist erfolgt.“ Der Empfänger dieser Kündigung befindet sich in Annahmeverzug, und durch die Setzung einer Frist für die Entscheidung der Bedingung wird, wie oben vor Note 1 bemerkt, die Kündigung einer befristeten ähnlich gemacht. Durch die zwei eben angeführten Umstände wird die Bedingtheit der Kündigung des § 643 gerechtfertigt.

⁴ z. B. einem Bureauschreiber, der unterschlagen hat, und dem daher pure gekündigt werden könnte, ist unter der Bedingung gekündigt worden, daß er nicht binnen drei Tagen Ersatz leistet. — Einem Handlungsgehilfen, der durch anhaltende Krankheit an der Dienstverrichtung verhindert ist, kann unbefristet gekündigt werden (HGB. § 72 Nr. 3). Der Prinzipal kündigt ihm, für den Fall er nicht in drei Tagen hergestellt sei. Hält man nur die Potestativbedingung bei der Kündigung für zulässig, so ist diese Kündigung ungültig. Mit den Quellen ist ihre Gültigkeit verträglich.

Schiffseigner in der Binnenschifffahrt, der jederzeit den Schiffer entlassen kann, ihre jederzeit und ohne Rücksicht des Grundes zulässige Kündigung unter einer Bedingung erklärt haben. Die Stellung des Arbeitnehmers wird durch die Bedingtheit der Kündigung nicht verschlechtert, da er ohnedies jederzeit entlassen werden und durch den Entschluß, die Bedingung zu vereiteln, sich Gewißheit verschaffen kann.

2. Handelt es sich dagegen um eine befristete Kündigung, d. h. um eine, die, auch abgesehen von der Bedingung, das Verhältnis nicht sofort aufhebt, sondern nur mittelst Ablaufs einer Frist, die durch die Kündigung in Lauf gesetzt wird, so beginnt mit Eintritt der Bedingung die Frist zu laufen¹. Erst mit jenem Eintritt wird die Kündigung perfekt, also fähig, die Frist in Lauf zu setzen. Hat daher z. B. der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Urlaub erteilt und eingedenk früherer Vorkommnisse dabei geäußert, daß er den Arbeitnehmer, falls dieser länger ausbleibe, entlasse, so bewirkt der Eintritt der Bedingung dieser bedingten Kündigung nicht die Endigung des Arbeitsverhältnisses — wenn die Überschreitung des Urlaubs kein Grund unbefristeter Kündigung ist —, sondern den Beginn der Kündigungsfrist. Gegenüber dieser Wirksamkeit der Bedingung treffen die in der Litteratur gegen die bedingte Kündigung geäußerten Bedenken nicht zu. Denn der Empfänger der bedingten Kündigung ist nach dem Eintritt der Bedingung in der Lage des Empfängers einer unbedingten. Die Ungewißheit, in der er sich während des Schwebens der Bedingung befindet, ist keine Verschlechterung seiner Rechtslage, ist keine andere, als sie auch ohne Kündigung obwaltet. —

Neben der regelmässigen Wirksamkeit der Bedingung (S. 578*) kennt BGB. § 159 noch eine andere. Es kann nämlich die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt als den des Eintritts der Bedingung, namentlich auf den ihrer Setzung zurückbezogen werden. Das kann „nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts“ geschehen sollen. Die Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Wenn es unter eine Bedingung gestellt wird, kann sein Urheber die besagte Absicht auf Rückziehung haben. Es sagt z. B. der Fabrikunternehmer zum Arbeiter: „Ich entlasse Sie hiermit für den Fall Sie noch einmal einen solchen Fehler machen.“ Die

¹ Gehört zur Befristung der Kündigung auch ein gewisser Termin der Endigung der Vertragszeit, so muß auch noch dieser erreicht werden: S. 583 Nr. 3. S. 597 Nr. 2.

Bedingung tritt nach drei Wochen ein. Kann er nun geltend machen, daß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die Wirkung der befristeten Kündigung (nämlich der Beginn des Fristlaufs) auf den Zeitpunkt ihrer bedingten Vornahme zu beziehen und daher die Kündigungsfrist abgelaufen, das Arbeitsverhältnis beendet sei? Gerade nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts der Kündigung kann er dies nicht. Liefse man es zu, so würde die befristete Kündigung ihres Wesens entkleidet werden, und zwar einseitig, durch das Belieben des Kündigenden. Denn die Kündigungsfrist, die jener Kündigung wesentlich zugehört, muß eine Zeit sein, in der der Kündigungsempfänger Gewissheit darüber hat, wann sie zu Ende geht, auf daß er über die folgende Zeit verfügen könne; die Frist kann daher nur von einer perfekten Kündigung ab laufen. Bei Zulassung der Rückziehung würde er *pendente condicione* nicht bloß nicht wissen, ob sich an die Kündigung das Ende des Arbeitsverhältnisses anschließen, sondern auch niemals voraus wissen, wann dies der Fall sein wird. Und letzteres ist wider den Sinn der Kündigungsfrist. Man muß daher sagen, daß im erwähnten Fall zwar nach Intention und Erklärung des Kündigenden, nicht aber „nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts“ der befristeten Kündigung die Rückziehung Platz greifen soll, und daß sie darum nach § 159 BGB. nicht statthaft ist.

Allgemeiner ausgedrückt: der § 159 bezieht sich nur auf bedingte und damit etwa auch *implicite* befristete Geschäfte, nicht aber auf solche, die, auch abgesehen von der Bedingung, d. h. *explicite* mit einer Befristung ausgestattet sind. Bei solchen würde die Rückbeziehung der Wirkung inhaltswidrig sein. Zu diesen nicht unter § 159 fallenden Geschäften gehört die befristete Kündigung.

Fünftes Kapitel.

Befristete Kündigung.

I. Wie die zweiseitige oder vertragliche Endbestimmung sub die erfolgen, d. h. mit einer Frist versehen werden kann (S. 540), so ist solches auch bei der einseitigen Endbestimmung oder Kündigung möglich. Die Befristetheit der Kündigung ist anlässlich der Erörterung ihrer Bedingtheit und sonst als ein gewöhnliches Vorkommnis mehrmals berücksichtigt worden (S. 535 fg. 562 fg. 568 fg.). Das vorliegende Kapitel hat die Aufgabe, das von der Befristung bei der Kündigung geltende Recht systematisch zusammenzufassen.

Die Befristetheit der Kündigung ist von der zuletzt besprochenen

Bedingtheit litterarisch dadurch unterschieden, daß die Möglichkeit, unter einer Bedingung zu kündigen, wie wir sahen, keineswegs allgemein anerkannt ist, während die Möglichkeit, mit Befristung zu kündigen, unangefochten und unanfechtbar ist. Die letztere findet sich auch unvergleichlich öfter verwirklicht als die erstere. Trotz der nachweisbar zunehmenden Ausbreitung der unbefristeten Kündigung darf man, im Einklang mit den Lehren des Sprachgebrauchs (S. 562) sagen, daß die Frist bei der Kündigung das „Natürliche“ ist (was naheliegende Gründe hat), daher die befristete Kündigung als die ordentliche, die unbefristete als die außerordentliche erscheint.

Die befristete Kündigung ist einseitige Endbestimmung eines Vertragsverhältnisses, deren endigende Wirkung sich an den Vorgang nicht unmittelbar anschließt, sondern zeitlich von ihm getrennt ist. Da diese Kündigung dem Verhältnis einen Endtermin giebt, ihre endigende Wirkung aber verschoben ist, so stellt die befristete Kündigung eine Verbindung von Endtermin und Anfangstermin dar. Dem von ihr betroffenen Verhältnis setzt sie einen dies ad quem, hat jedoch die Wirkung eines solchen erst, wann ein dies a quo gekommen ist¹. Beide Tage fallen zusammen.

Die Befristung der Kündigung darf nicht verwechselt werden mit gesetzlichen und privaten Verfügungen, wonach innerhalb gewisser Zeit eine Kündigung nicht vorgenommen werden kann: Frist der Unkündbarkeit (S. 522 Nr. 1). Die Kündigungsfrist hingegen bestimmt die Wirkung der vorgenommenen Kündigung, indem sie deren Wirkung auf eine gewisse Zeit verlegt. — Ebenso ist nicht Befristung der Kündigung, nämlich nicht Aufschub ihrer endigenden Wirkung eine solche Bestimmung, welche die Vornahme der Kündigung nur an gewissen oder nicht an gewissen Tagen gestattet². Folgeweise ist das Verhältnis außerhalb jener Tage unkündbar bzw. nur außerhalb dieser Tage kündbar. Beide Mal kann die Wirkung sofort oder später eintreten, d. h. die Kündigung unbefristet³ oder befristet sein⁴. Jedoch pflegt man unter

¹ Immerhin hat die befristete Kündigung schon während der Frist eine gewisse Rechtswirkung: BGB. § 629.

² z. B. nur am Zahltag, am 1. oder 15. eines Monats, bei Vollendung einer Arbeitsaufgabe, nicht an Sonntagen. Oben S. 523 sub 2, b.

³ Die Bestimmung von Arbeitsordnungen, daß das Arbeitsverhältnis von beiden Parteien jederzeit gelöst werden könne, jedoch nur nach Vollendung der Akkordarbeit, beschränkt die Vornahme der Kündigung auf einen Tag (den Vollendungstag), nicht giebt sie der Kündigung eine Befristung.

⁴ Häufige Anwendung ist die befristete Kündigung auf den Zahltag, vgl. S. 443 zu ². S. ferner z. B. Tarifvertrag der Maurer in Frankfurt a. M. (Gewerbegericht IV, 28): „Gekündigt kann nur werden an jedem Donnerstag

einer schlechthin „jederzeit“ zulässigen Kündigung nur eine solche zu verstehen, die jederzeit und unbefristet statthaft ist.

II. Die Befristung der Kündigung besteht entweder nur in Fristbestimmung oder nur in Terminbestimmung, oder sowohl in Frist- als in Terminbestimmung. Es kann nämlich die Kündigung ergehen oder ergehen müssen dergestalt, daß das Ende des Arbeitsverhältnisses eintritt

1. mit Ablauf einer von der Kündigung laufenden Frist¹; diese kann für das nämliche Arbeitsverhältnis variabel sein²;

2. an einem der Kündigung nachfolgenden Termin³; da dieser Termin hinter der Kündigung liegt, so tritt hier wie im vorigen Fall ihre Wirkung erst nach Ablauf einer Frist ein, aber diese Frist ist keine bestimmte;

3. an einem Termin wie unter 2., aber nur nach Ablauf einer von der Kündigung vorwärts oder vom Termin rückwärts zu rechnenden Frist. Diese Kombination von Frist und Termin kann unmittelbar, sei es durch gesetzliche (auch gewohnheitsrechtliche)⁴, sei es private Disposition⁵ geboten sein, oder sich daraus ergeben, daß

vor 6 Uhr abends mit Gültigkeit auf den darauf folgenden Samstag.“ Werkstattordnung der Dachdecker ebenda (Lage des Handwerks I, 358): „eine gegenseitige vierzehntägige Kündigung, welche an einem Zahltag geschehen muß“.

¹ z. B. nach vier Wochen, nach einem halben Jahre. GewO. §§ 122. 127 e. BGB. §§ 623. 624. HGB. § 78 („nach dem Ablauf eines Monats“). § 422 Abs. 1 a. E.

² z. B. nach einwöchiger Vertragszeit Kündigungsfrist von einem Tag, später von 14 Tagen, nach fünfjähriger Vertragszeit Kündigungsfrist von vier Wochen: Freese, Das konstitut. System im Fabrikbetriebe S. 67. 68.

³ z. B. am nächsten Zahltag, am nächsten Freitag, am Schluß des laufenden Kalendermonats, bei Endigung einer gewissen (zur Zeit der Kündigung noch nicht fertigen) Arbeit.

⁴ z. B. GewO. § 133^a „mit Ablauf jedes Kalendervierteljahres nach sechs Wochen vorher erklärter Aufkündigung“. Ebenso HGB. §§ 66. 92 Abs. 1. BGB. §§ 622. 621 Abs. 4. § 621 Abs. 3 „nur für den Schluß eines Kalendermonats“ und „spätestens am fünfzehnten des Monats“, Abs. 2 „nur für den Schluß einer Kalenderwoche“ und „spätestens am ersten Werktag der Woche“, Abs. 1 „an jedem Tage für den folgenden Tag“ (der Termin ist hier der Schluß des folgenden Tages, die Frist der Zeitraum zwischen der Kündigung und diesem Schluß). HGB. § 67 Abs. 1. 2 „nicht weniger als einen Monat“ und „nur für den Schluß eines Kalendermonats“. BiSchG. § 20 Abs. 2 „mit Ablauf jedes Monats nach einer sechs Wochen vorher erklärten Kündigung“.

⁵ Jahresbericht des deutsch. Seemannsverbandes für 1900 (Hamburg) S. 77, aus einem Flensburger Tarifvertrag: „Die Kündigung muß, wenn das

das Arbeitsverhältnis für eine gewisse Zeit mit der Maßgabe eingegangen ist, daß es bei Ablauf dieser Zeit vermöge einer auf diesen Ablauf (Termin) gestellten und eine bestimmte Frist vor demselben erlassenen Kündigung endigt (S. 523¹. 550 fg.).

Ein fernerer Unterschied innerhalb der Befristung ist der, daß sie nach Art und Umfang entweder schon vor der Kündigung feststeht (und daher von selbst in der Kündigung enthalten ist)¹, oder aber erst bei der Kündigung vom Kündigenden festgesetzt wird², einseitig, denn andernfalls würde nicht Kündigung, sondern vertragliche Endbestimmung vorliegen. Das erstere ist das Regelmäßige, weitaus das Gewöhnliche, das letztere (daß erst bei der Kündigung der Kündigende die Befristung giebt), kommt nur ausnahmsweise vor. Von letzterem, namentlich von den Grenzen seiner Zulässigkeit, wird bei der Wirksamkeit der Privatdisposition in der Befristung unter VII und VIII gesprochen werden.

III. Die Befristung der Kündigung ist hauptsächlich verschieden nach ihrem Ursprung, d. h. nach den Quellen, Autoritäten oder Faktoren, von denen sie herrührt. Sie entspringt dem objektiven Recht (Gesetz oder Gewohnheitsrecht, z. B. Orts- oder Gewerbsgebrauch) oder der Privatdisposition. Im gegebenen Fall kann die Befristung durch beiderlei Faktoren bestimmt sein, indem die private Disposition die gesetzliche einfach reproduziert oder sich sonst den gesetzlichen Erfordernissen anpaßt, innerhalb des vom Gesetz gezogenen Rahmens die Befristung statuiert.

Die gesetzlichen Dispositionen (denen allein wir uns zunächst zuwenden) bieten nämlich folgende zwei ineinander greifende Unterschiede dar: 1. sie sind entweder zwingende oder nachgiebige; 2. sie stellen entweder selber unmittelbar die Befristung auf oder sie geben nur Schranken für die von Privatdisposition herrührende Befristung. Die nur Schranken gebenden, weil sie gleich Schematen der Privatdisposition Raum lassend gerade deren Freiheit beschränken, unterliegen selbst nicht der Privatdisposition, sondern sind zwingenden

Schiff nach einem deutschen Hafen geht, 24 Stunden vor Abgang vom vorhergehenden Hafen stattfinden.“ S. 84 ein Lübecker Tarifvertrag, wonach die Kündigung beiderseits im letzten Hafen vor Lübeck zu erfolgen hat. Hier ist die Ankunftszeit der Termin, an welchem die Wirkung der Kündigung eintritt, die eine gewisse variable Frist vor jenem Termine ergangen sein muß.

¹ oder, wie man auch sagen kann, nicht zum Thatbestand der Kündigung gehört, sondern nur deren Rechtswirkung bestimmt.

² BGB. § 163: „Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangstermin bestimmt worden . . .“

Rechts. Dagegen die eine Befristung aufstellenden, mögen sie der Privatdisposition ausdrücklich Raum lassen oder nicht, haben ihr in der Regel zu weichen, sind regelmässig nachgiebigen Rechts. Nur ausnahmsweise kann die Privatdisposition gegen sie nicht aufkommen: für eine solche Annahme muß ein Anhaltspunkt bei der einzelnen gesetzlichen Verfügung nachweisbar sein¹.

Gesetzliche Bestimmungen, die, sei es ausdrücklich, sei es durch Verweisung, Befristungen der Kündigung aufstellen — „gesetzliche Kündigungsfristen“² —, finden sich in BGB. §§ 621—624 (Dienstvertrag). HGB. §§ 66 (Handlungsgehilfe). 78 Abs. 1 (Handlungslehrling). 92 Abs. 1 (Handlungsagent). 422 Abs. 1 Satz 2 (Lagerhalter). GewO. § 122 (Gesellen und Gehülfen, wegen der Fabrikarbeiter s. §§ 134 Abs. 1. 134^b Nr. 3). § 127^e Abs. 1 (gewerblicher Lehrling). § 133^a (höhere Angestellte des Gewerbes). BiSchG. §§ 20 Abs. 2 (Schiffer). 25 Abs. 1 (Schiffsmann).

Von diesen Bestimmungen beziehen sich BGB. § 623 auf die Kündigung nur von Akkordverhältnissen, BGB. §§ 621. 622 und GewO. § 133^a auf die Kündigung nur von Zeitlohnverhältnissen³, während alle übrigen nicht unterscheiden, ob das Arbeitsverhältnis durch Akkord oder durch Zeitlohnvertrag begründet ist⁴. Diese übrigen wie die bloß auf Zeitlohnverhältnisse bezogenen setzen — mit einer Ausnahme — die Kündigungsfrist in keine Beziehung zum Umfang des lohnmessenden Zeitabschnitts⁵. Für die in BGB. § 622 erwähnten

¹ Wegen der allgemein geltenden Moralschranke s. Nr. IV.

² Ausdruck der KO. § 22.

³ Das ergibt sich für § 622 aus seiner Stellung vor § 623 (der erstmals sich mit der nicht nach Zeitabschnitten bemessenen Vergütung beschäftigt) und im Gefolge von § 621 (der sich nur mit Vergütungen befaßt, die nach Zeitabschnitten bemessen sind). Da § 622 cit. von Angestellten mit „festen Bezügen“ spricht (S. 347¹), so bestätigt er den aus einem anderen Grunde folgenden Zusammenhang von festen Bezügen und Zeitlohnvertrag. Nach diesem Zusammenhang bezieht sich auch die Kündigungsfrist der GewO. § 133^a cit. („das Dienstverhältnis der von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen“) nur auf Zeitlohnverhältnisse.

⁴ Es gilt daher z. B. für die Verhältnisse „zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern“, welche unter GewO. § 122 cit. stehen, die vierzehntägige Kündigungsfrist, einerlei ob Akkord- oder Zeitlohnverhältnis vorliegt (vorausgesetzt natürlich, daß die ordentliche Kündigung statthaft ist: S. 590).

⁵ Es ist z. B. für die Kündigungsfrist von GewO. § 122 cit. gleichgültig, ob das Zeitlohnverhältnis ein Stunden-, Tage-, Wochen- oder Monatslohnverhältnis ist.

Dienstverhältnisse wird eine solche Beziehung gerade verneint¹. Dies geschieht im Hinblick auf die erwähnte Ausnahme, die im vorhergehenden § 621 enthalten ist. Hier findet sich nämlich die S. 511—12 behandelte Korrespondenz von Kündigungsfrist und lohnmessendem Zeitabschnitt, indem dem größeren Zeitabschnitt eine längere Kündigungsfrist entspricht². Durchgeführt ist diese Korrespondenz nicht, denn für alle Zeitabschnitte, die größer sind als ein Vierteljahr, gilt nach Abs. 4 des § 621 die nämliche Kündigungsfrist wie die für Vierteljahre bestimmte; und andererseits fehlt es an einer Kündigungsfrist für Zeitlohnverhältnisse, bei denen die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, die kleiner sind als ein Tag, z. B. einen halben Tag oder eine Stunde betragen. Das Stundenlohnverhältnis kommt im Gewerbe sehr häufig vor und wird hier durch die gesetzliche Kündigungsfrist der GewO. § 122 betroffen (S. 585⁵). Das außerhalb des Gewerbes vorkommende Stundenlohnverhältnis hat keine besondere gesetzliche Kündigungsfrist³.

Die gesetzlichen Kündigungsfristen, die ja Teile der Vertragszeit sind, sind auch von den anderen Zeitbestimmungen unabhängig, die beim Arbeitsvertrag (Zeitlohnvertrag oder Akkord) vorkommen (vgl. S. 510). Sie greifen Platz ohne Rücksicht auf die Zahlungszeit, daher ohne Rücksicht auf das Bestehen und den Umfang einer Zahlungsperiode. Und ebenso haben sie nichts zu thun mit der Arbeitszeit, mag sie geregelt sein oder nicht, daher auch nichts mit der Arbeitsperiode. Demgemäß finden sich z. B. in BGB. § 621 oder in GewO. § 122 weder Zahlungszeit noch Arbeitszeit erwähnt⁴.

¹ „... kann nur für den Schluss eines Kalendervierteljahres und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist“.

² Der Anwendung dieses Prinzips (kürzere Kündigungsfrist bei kürzerem Zeitabschnitt) auf die in § 622 bezeichneten Dienstverhältnisse soll eben dessen Schlusssatz (Anm. 1) entgegenstehen.

³ Es kann unter BGB. § 622 oder § 624 fallen. — Die gesetzliche Bestimmung der Kündigungsfrist beim Zeitlohnvertrag ist auch darin unvollständig, dass sie die Zeitlohnverhältnisse nicht trifft, bei denen die Vergütung nach verschiedenen Zeitabschnitten bemessen ist, nämlich mehrere Lohnsätze für verschiedene Zeitabschnitte (bei der nämlichen Arbeit) bestehen. Von der Kündigung bei diesem Fall des „komplizierten Zeitlohnvertrags“ ist in anderen Zusammenhängen zu handeln (Abschn. V Kap. 5, sowie Bd. II).

⁴ Es gilt danach die gesetzliche Kündigungsfrist der GewO. § 122 auch für denjenigen Arbeitsvertrag, bei welchem die Arbeitszeit so geregelt ist, dass der Arbeitnehmer nur alle Sonn- und Feiertage zu arbeiten hat. Das Berliner Gewerbegericht hat dies (nach dem Bericht des Vorwärts v. 23. Juli

Was endlich die Nachgiebigkeit der in Rede stehenden Gesetze anlangt (S. 585), so ist in einigen die abweichende Privatdisposition eingeräumt, so in HGB. § 66 durch Verbindung mit § 67 Abs. 1. GewO. § 122 (nebst §§ 134 Abs. 1. 134^b Nr. 3). § 133^a. BiSchG. § 20 Abs. 2. § 25 Abs. 1¹. Aber auch von den übrigen Bestimmungen, eine ausgenommen, ist zu sagen, daß sie nicht zwingendes Recht setzen. Die Ausnahme wird durch die auch in anderen Hinsichten abnorme Bestimmung von BGB. § 624 gebildet. Der Schutz, der hier einem Arbeitnehmer zugedacht ist, welcher sich für eine Zeit von langer oder unabsehbarer Dauer gebunden hat, könnte vereitelt werden, wenn es möglich wäre, durch Übereinkunft die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Monaten zu verlängern. Gegen die Zulässigkeit ihrer Verkürzung freilich läßt sich kein triftiger Grund anführen. Insoweit dürfte auch diese Bestimmung nachgiebig sein.

IV. Gesetzliche Bestimmungen, die nur Schranken für die von den Parteien ausgehende Befristung aufstellen (S. 584 unten), finden sich in HGB. §§ 67—69 und fast gleichlautend in GewO. §§ 133^{aa} bis 133^{ac}, ferner in GewO. §§ 122. 134^b Nr. 3 und danach § 139^k Abs. 2.² Außer an diese besonderen, ist jede von den gesetzlichen Kündigungsfristen (Nr. III) abweichende Privatdisposition an die allgemeine Schranke gebunden, daß sie nicht wider die guten Sitten verstößen darf: BGB. § 138 (S. 218 al. 1). Es ist anzunehmen, daß diese allgemeine Schranke von den vorerwähnten besonderen berücksichtigt worden ist, welcher Annahme nicht im Wege steht, daß BGB. § 138 neueren Datums ist als z. B. GewO. § 122. Die besonderen Schranken sind specialrechtliche, gelten nämlich für die Arbeitsverhältnisse nur gewisser Personenklassen und legen vornehm-

1899) verneint für den Kontrolleur eines Restaurateurs, weil es sich nicht um ein dauerndes Arbeitsverhältnis handle. Allein die Dauer des Arbeitsverhältnisses ist Sache der Vertragszeit (Kap. 3 Nr. IV), und GewO. § 122 läßt nicht erkennen, daß es auf deren Länge ankomme. Überdies hat die Arbeitszeit, hier daß einer im Jahr nur an Sonn- und Feiertagen Arbeit zu leisten hat, nichts mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu thun.

¹ „wenn nicht ein Anderes verabredet ist“ u. dgl. Solche Vorbehalte beziehen sich nicht bloß auf die Kündigungsfrist, sondern auch auf die Kündigung, d. h. sie lassen der Ausbedingung der Unkündbarkeit (Bestandssicherung), der natürlichen Begrenzung und der vertraglichen Endbestimmung Raum.

² Dazu kommt die Erweiterung des Geltungsumfanges durch Verweisung, und zwar auf GewO. § 122 in GewO. § 134 Abs. 1, BiSchG. § 25 Abs. 1, FIG. § 21 Abs. 1 gemäß § 17 Abs. 2; ferner auf GewO. §§ 133^{aa}—133^{ac} in BiSchG. § 20 Abs. 1, FIG. § 16 Abs. 2 gemäß Abs. 1.

lich Gewicht darauf, daß bei einer Abweichung vom Gesetz die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sei. Damit ist wahrscheinlich eine Moralforderung vom Recht anerkannt und legalisiert worden¹. Denn überall, wo neuere Reichsgesetze geradezu Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse aufstellen — mit Ausnahme von BGB. § 624. HGB. § 422 und beim Berufswechsel der Lehrlinge —, haben sie die Befristung für beide Parteien gleich bemessen und die frei gestellte abweichende Übereinkunft mehrmals durch das Erfordernis der Parität beschränkt. Der Erwerb der Möglichkeit, sich durch kürzere oder einfachere Befristung als dem Gegner zusteht, dem Arbeitsverhältnis zu entziehen, ist eine Stärkung der eigenen Position auf Kosten des Gegners, und es ist klar, was dies da bedeutet, wo schon vor der Vertragschließung das Übergewicht auf seiten des Bevorzugten liegt. Man hat daher nach dem Stand der Gesetzgebung bei der moralischen Prüfung privater Regelung der Kündigungsfrist auf die Zulässigkeit der Imparität im gegebenen Fall auch da zu achten, wo es sich um Arbeitsverhältnisse handelt, für die nicht schon das Gesetz die Parität gefordert hat, z. B. von Lehrern, Erzieherinnen, Privatbeamten, Agenten, Schauspielern, Landarbeitern.

V. Betrachten wir nun die besonderen gesetzlichen Schranken näher, so beziehen sich die der GewO. § 134^b Abs. 1 Nr. 3 und § 139^k Abs. 2 auf die beruflichen Arbeitsverträge der Fabrikarbeiter größerer Fabriken, d. i. solcher, in denen regelmäsig mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, und der Angestellten offener Verkaufsstellen, in denen regelmäsig mindestens zwanzig Gehülften und Lehrlinge beschäftigt werden. Es muß nämlich die für eine größere Fabrik oder solche offene Verkaufsstelle zu erlassende Arbeitsordnung Bestimmungen enthalten, „sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll, über die Frist der zulässigen Aufkündigung“². Hiermit ist nicht bloß verfügt, daß die Arbeitsordnung, um gültig zu sein, etwaige Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen der Befristung enthalten muß, sondern auch, daß solche Abweichungen, um gültig zu sein, in der Arbeitsordnung enthalten sein müssen (S. 232¹), mit anderen Worten, das Gesetz regelt hier nicht bloß die Arbeitsordnung, sondern auch die

¹ „Reception von Moral durch das Recht“: Lotmar, Unmoral. Vertrag S. 10.

² Die hier gemeinten „gesetzlichen Bestimmungen“ sind GewO. § 122 Satz 1. HGB. §§ 66. 67 und (mit Rücksicht auf HGB. § 83) auch BGB. §§ 621. 623.

private Befristung der Kündigung. Hieraus folgt, daß wenn die von der gesetzlichen abweichende Privatdisposition nur im Arbeitsvertrag und nicht in der Arbeitsordnung getroffen ist, sie keine Gültigkeit hat, und die gesetzliche Fristbestimmung bestehen bleibt. Demgemäß ist auch eine private Fristbestimmung, die von der gesetzlichen abweicht, ungültig, wenn sie von der in die Arbeitsordnung aufgenommenen Bestimmung verschieden ist¹. —

Die zweite, eingreifendere Schranke der GewO. wird durch § 122 Satz 2 und 3 gegeben². Sie bezieht sich auf die beruflichen Arbeitsverträge der Gesellen und Gehülfen, aller Fabrikarbeiter, der Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker, des Schiffers und der Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt, des Flossführers und der Flossmannschaft. — Zwar nennt das Gesetz als Modus, die gesetzliche Kündigungsfrist zu ändern, die Vereinbarung³. Allein dies ist nicht so zu verstehen, daß jene Änderung oder der vom Gesetz abweichende Inhalt des Arbeitsvertrags gerade von dessen Kontrahenten herrühren müßte. Vielmehr kann derselbe (gleich anderem Inhalt des Arbeitsvertrags: S. 231—36) schon vor der Vertragschließung einseitig durch den Arbeitgeber oder gemeinsam durch andere Personen generell für eine unbestimmte Reihe künftiger Arbeitsverträge bereit gestellt worden sein⁴ und danach zum Bestandteil des einzelnen Arbeitsvertrags werden, ohne daß im gegebenen Fall die vom Gesetz abweichende Privatdisposition getroffen oder auch nur auf die generelle Inhaltsbestimmung Bezug genommen wird. Man kann ebenso umgekehrt sagen: die Schranke, welche das Gesetz der privaten Vereinbarung der Kündigungsfrist zieht, gilt natürlich auch für die Reservoirs von Vertragsinhalt, aus denen dem gegebenen Arbeitsvertrag Inhalt zufliest, mit anderen Worten, eine zweiseitig in einem Tarif-

¹ Dies stimmt zu GewO. § 134^c, wonach der Inhalt der Arbeitsordnung für die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer verbindlich ist, ohne daß der vertraglichen Abweichung Raum gelassen wäre. Näheres über diesen bestrittenen Punkt in Abschn. VI.

² „Werden andere Aufkündigungsfristen vereinbart, so müssen sie für beide Teile gleich sein. Vereinbarungen, welche dieser Bestimmung zuwiderlaufen, sind nichtig.“

³ Ebenso in GewO. § 124^a: „wenn eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist“.

⁴ Nach dem vorhin (S. 588) Gesagten muß es in Gestalt der Arbeitsordnung der Fall sein bei den Fabrikarbeitern der größeren Fabriken, wie auch bei den Handlungsgehülfen der größeren Verkaufsstellen, obwohl auch HGB. § 67 bloß „durch Vertrag“ bedungene Abweichungen von der gesetzlichen Kündigungsfrist nennt.

vertrag oder einseitig in einer Arbeitsordnung getroffene Bestimmung einer Kündigungsfrist muß sich innerhalb der gesetzlichen Schranken (nicht bloß der GewO.) halten, wenn sie sich dem auf Grund solcher generellen Ordnung geschlossenen Arbeitsvertrag soll mitteilen können¹.

Die durch GewO. § 122 aufgestellte Schranke der Privatdisposition hinsichtlich der Kündigungsfrist besteht in dem Erfordernis, daß die von der gesetzlichen abweichende Frist einheitlich, nämlich für beide Parteien gleich sei, und in der Nichtigkeit der diesem Erfordernis nicht entsprechenden Abrede. Bei der Aufstellung dieser Schranke setzt das Gesetz „eine jedem Teil freistehende“ Kündigung voraus (§ 122 Satz 1). Indessen giebt das Gesetz mit den Worten „wenn nicht ein anderes verabredet ist“ anderweitiger Regelung Raum, nämlich der natürlichen Begrenzung, der vertraglichen Endbestimmung und der Abrede temporärer Unkündbarkeit (bloßer Bestandsicherung). Bei natürlicher Begrenzung und vertraglicher Endbestimmung ist, da hier die Vertragszeit bestimmt ist, die ordentliche Kündigung wie nicht erforderlich, so auch regelmäÙig ausgeschlossen (S. 535 fg. 549. 553 fg. 556 fg.). Wo dagegen nur eine Frist der Unkündbarkeit vereinbart wurde, ist zwar unterdessen die ordentliche Kündigung unstatthaft, aber zur Endigung der hier unbestimmten Vertragszeit eine Kündigung erforderlich (S. 550). Und auch für diese Kündigung muß das Gebot der Parität gelten².

Der gesetzliche Ausdruck „andere Aufkündigungsfristen“ umfaßt jede Art der Befristung der Kündigung: S. 583. Es kann danach nicht bloß statt der vierzehntägigen Frist eine längere oder kürzere gesetzt werden, sondern auch statt jeglicher Frist ein Termin oder neben der gesetzlichen Frist ein Termin, oder ein Termin neben einer von der gesetzlichen verschiedenen Frist. Hingegen die Festsetzung einer Zeit bloß für die Vornahme der Kündigung, wodurch die zeitliche Freiheit der Kündigung beschränkt wird, ist zwar etwas von GewO. § 122 Abweichendes und Zulässiges, gehört aber, wie wir S. 582 sahen, nicht zur Befristung der Kündigung, bestimmt nicht die

¹ Diese Auffassung harmoniert mit GewO. § 134^c Abs. 1: „Der Inhalt der Arbeitsordnung ist, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich.“

² In BiSchG. § 25 Abs. 2 haben wir temporäre, einseitige Unkündbarkeit von Rechts wegen (S. 523¹); aber wenn das Arbeitsverhältnis auf „unbestimmte Zeit“ eingegangen ist, greift nach Abs. 1 Platz GewO. § 122 mit seinem Erfordernis der Parität, hier für diejenige Kündigung, welche auf Ablauf der Zeit der Unkündbarkeit oder für die Folgezeit ergeht.

Zeit ihrer Wirkung¹. Ebensovienig verstößt eine ökonomische Beschränkung der Kündigungsfreiheit, auch eine einseitige, wider die Regeln der GewO. von der Befristung: S. 446 Nr. 1.

Die vom Gesetz geforderte Gleichheit der vom Gesetz abweichenden Befristung ist eine formale oder absolute². Es ist belanglos, daß die äußere, d. h. in der Disposition über die Befristung hervortretende Ungleichheit durch andere Bestimmungen oder Voraussetzungen materiell behoben oder kompensiert werde, indem z. B. dem Vorteil kürzerer Frist für die Kündigung des Arbeitgebers die Schranke gegenübersteht, daß er nur an gewissen Tagen oder seltener als der Arbeitnehmer kündigen kann; oder dem Arbeitnehmer eine kürzere Frist vorbehalten worden ist mit Rücksicht darauf, daß er die schwächere Partei im gegebenen Arbeitsverhältnis bildet. Auf derlei verhältnismäßige Gleichheit läßt sich aus nahe liegenden Gründen das Gesetz nicht ein. Es erklärt die, eine Ungleichheit der Befristung schaffende Privatdisposition für nichtig, einerlei, ob auch eine materielle Ungleichheit bewirkt ist, und einerlei, welche Partei in der Disposition bevorzugt ist. Die Nichtigkeit ergreift die ganze Privatdisposition über die Befristung, sie ist nicht etwa nur so weit nichtig, als sie dem Erfordernis der Gleichheit widerspricht³. Andererseits greift die Nichtigkeit auch nicht weiter. Wenn das Gesetz Vereinbarungen, die der Paritätsvorschrift zuwiderlaufen, für nichtig erklärt, so trifft es damit nur die über die Kündigungsfrist gemachte Vereinbarung. Der Arbeitsvertrag bleibt im übrigen bestehen, und es greift in Ermangelung einer gültigen Privatdisposition die gesetzliche Kündigungs-

¹ Auch hier kann, obwohl es sich nicht um Befristung handelt, Ungleichbehandlung der Parteien stattfinden, indem z. B. der Arbeitnehmer nur am Ende, der Arbeitgeber auch im Laufe des Arbeitstags, der Arbeitnehmer nur nach Vollbringung der Arbeit, der Arbeitgeber ohnedies soll kündigen können; allein auf diese Ungleichheit bezieht sich GewO. § 122 nicht, er regelt die „freistehende“ Kündigung. Ungleiche Beschränkung der Kündigungsfreiheit kann jedoch als Verstöß gegen die guten Sitten ungültig sein. — Das Gewerbegericht und das Landgericht zu Berlin (Unger, Entscheidungen Nr. 69 I. Nr. 70. Soz. Praxis X, 844) beziehen den § 122 GewO. auch auf die Zeit der Unkündbarkeit. Dies entspricht nicht dem Sinn von „Aufkündigungsfrist“. Aber die Bevorzugung einer Partei hinsichtlich der Kündbarkeit kann moralwidrig sein (S. 555—58), und die Reprobation solcher Ungleichheit ist im Geiste des § 122 GewO.

² Die Mängel dieser formalen Gleichheit beleuchtet Flesch in Gewerbebericht IV, 117 und Zur Kritik des Arbeitsvertrags S. 16—26.

³ Es wird z. B. die Übereinkunft, daß eine Partei mit dreiwöchiger, die andere mit vierwöchiger Frist zu kündigen habe, nicht als Abrede dreiwöchiger Kündigungsfrist aufrecht erhalten.

frist Platz. Auch eine Arbeitsordnung, die hinsichtlich der Kündigungsfrist die Paritätsschranke nicht einhält, ist nur hinsichtlich der von ihr gegebenen Befristung ungültig. Dafs der unter GewO. § 122 fallende Arbeitsvertrag, wenn die für ihn bedungene Befristung ungültig ist, mit Abzug dieser aufrecht bleibt, somit partiell nichtig ist, ist eine spezialrechtliche Abweichung von der Vorschrift des BGB. § 139. Es besteht auch kein Grund einen Vorbehalt zu Gunsten totaler Nichtigkeit für den Fall anzunehmen, dafs eine Partei beweist, sie würde den Arbeitsvertrag mit gesetzlicher Kündigungsfrist nicht abgeschlossen haben. —

Eine dritte von der GewO. aufgestellte Schranke der Privatdisposition über die Befristung der Kündigung betrifft die beruflichen Arbeitsverträge der höheren Angestellten des Gewerbes, namentlich der Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker: GewO. §§ 133^{aa} bis 133^{ac}. Da diese Regeln mit den für die Handlungsgehilfen geltenden übereinstimmen, so ist es hinreichend, die letzteren zu besprechen, denen jene nachgebildet worden sind. Was daher im folgenden vom Handlungsgehilfen gesagt wird, gilt auch von den genannten höheren Angestellten.

VI. Die durch HGB. §§ 67—69 beschränkte Privatdisposition über die Befristung der Kündigung für das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen wird im Gesetz als ein Vertrag hingestellt; sie kann jedoch auch (und bei gröfseren offenen Verkaufsstellen mufs sie) eine durch obligatorische Arbeitsordnung erlassene Erklärung sein (S. 588/9. 589⁴). Von der Schranke des § 122 GewO. unterscheiden sich die durch das HGB. aufgestellten zunächst dadurch, dafs Parität der Befristung und Fristminimum ausdrücklich auch auf solche Arbeitsverhältnisse erstreckt sind, die für eine gewisse Zeit mit der Maßgabe eingegangen wurden, dafs sie fort dauern, falls sie nicht durch Kündigung mit Ablauf jener Zeit geendigt worden sind (vgl. S. 550—52). Die vom HGB. gegebenen Schranken sind ferner eingehender als die durch GewO. § 122 gesetzten, weil sie mehr als die Gleichheit der Kündigungsfrist verlangen. Es werden außerdem ein Minimum der Frist (ein Monat) und die Festsetzung eines gewissen Endtermins (der Schlufs eines Kalendermonats) gefordert¹. Auch die Schranken des HGB. sind zwingenden Rechts (§ 67 Abs. 4), und die Nichtigkeit der Privatdisposition folgt der Übertretung auch nur einer dieser

¹ Dies letzte Erfordernis gilt, wie wir wissen (S. 552 oben), nicht für die in HGB. § 67 Abs. 3 geregelte Kündigung bei blofser Bestandsicherung.

Schranken¹. So wenig als die GewO. macht das HGB., indem es die Nichtigkeit ausspricht, einen Unterschied danach, welcher Partei die Übertretung der gesetzlichen Schranken zu Gute kommt. Wenn daher auch nach den Umständen des Falles die Übertretung dem Arbeitnehmer zum Vorteil gereicht, so wird hierdurch die Nichtigkeit nicht hintangehalten². Dies ist darum hervorzuheben, weil das Gesetz in § 68 den ökonomischen Unterschieden in der Stellung des Arbeitnehmers Rechnung trägt. Es läßt alle Schranken fallen, wo in gewissen Umständen eine Kompensation für die etwaige Benachteiligung des Arbeitnehmers durch die private Befristung zu finden ist.

Nur zwei von den drei Schranken des HGB. werden suspendiert für den Arbeitsvertrag, den der Arbeitgeber zum Zweck „vorübergehender Aushilfe“ geschlossen hat (HGB. § 69). Erst wenn das Dienstverhältnis über drei Monate hinaus fortgesetzt wird, treten alle Kündigungsnormen des § 67 in Kraft³. Für die vorangehende Zeit gilt nur die Forderung der Parität⁴. Diese Forderung hat nur Sinn für eine Vereinbarung der Kündigungsfrist. Wenn aber, wie leicht geschehen kann, eine solche Vereinbarung bei der Annahme eines Handlungsgehilfen „nur zu vorübergehender Aushilfe“ nicht erfolgt ist, dann endigt dieses Dienstverhältnis, dessen „Dauer aus dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist“ (BGB. § 620 Abs. 2), innerhalb der drei Monate durch die Erreichung seiner natürlichen Grenze, und eine befristete Kündigung giebt es hier, von Übereinkunft abgesehen, nicht (S. 534)⁵. In der Zeit „vorübergehender Aushilfe“ von höchstens drei Monaten ist der Prinzipal leichter in der Lage, den Aushilfezweck

¹ Da es ihrer mehrere sind, so läßt sich denken, daß die Übertretung einer nicht die ganze Disposition nichtig mache. So Staub zu HGB. § 67 Anm. 8 a. E. Indessen ist diese partielle Nichtigkeit nicht immer durchführbar. Denn wenn zwar dem Abs. 2, dagegen nicht dem Abs. 1 entsprochen worden ist, so wird die gesetzliche Befristung des § 66 zur Geltung kommen müssen, womit die dem Abs. 2 (§ 67) genügende Abrede hinfällig wird.

² a. M. Staub, sowie Düringer und Hachenburg, Kommentar z. d. St., weil nur des Handlungsgehilfen Schutz bezweckt werde. Für diese Restriktion ist im Gesetz kein Anhalt gegeben.

³ Oben S. 537².

⁴ § 69 Satz 2: „Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Teile gleich sein.“

⁵ a. M. Staub, Kommentar zu HGB. § 69 Anm. 1 a. E., wonach ein nach § 66 zu beurteilendes Verhältnis vorliege. Die dort (in § 66) statuierte Kündigungsfrist wäre aber bei allen hierhergehörigen, nämlich unter drei Monaten bleibenden Arbeitsverhältnissen unanwendbar, welche in der zweiten Quartalshälfte begonnen haben. Die Ansicht von Staub (welche für die höheren Angestellten des Gewerbes von Schicker, Kommentar zu GewO.

für erreicht zu erklären und den Handlungsgehilfen sofort zu entlassen, als dieser imstande ist, das Aushülfebedürfnis (des Prinzipals) für befriedigt zu erklären und demgemäß auszutreten. Bei so kurzer Aushülfe ist daher, wenn über die Endigung der Vertragszeit nichts vereinbart wird, die Stellung des Handlungsgehilfen prekär.

Aus dem ersten Satz des § 69¹ ist zu schliessen, daß, wenn das Dienstverhältnis des nur zu vorübergehender Aushülfe angenommenen Handlungsgehilfen über die Zeit von drei Monaten fortgesetzt wird, die Vorschriften des § 67 Anwendung finden. Allein von diesen Vorschriften sind die der Absätze 1. 3. 4 nur anwendbar, wenn aufer jener Annahme zur Aushülfe noch eine weitere Übereinkunft stattgefunden hat. In Ermangelung solcher Abrede bleibt bloß für Abs. 2 Raum zur Anwendung; dieser Abs. 2 setzt nur einen Kündigungstermin, nicht eine Kündigungsfrist (S. 583 Nr. 2). Da aber nicht zu glauben ist, das Gesetz habe von der Einhaltung einer Frist dispensieren wollen, so bedarf es einer anderen Deutung des § 69. Mit seiner Verweisung auf § 67 für unseren Fall (der Fortsetzung eines nur zu vorübergehender Aushülfe eingegangenen Verhältnisses über drei Monate hinaus) hat § 69 die Anwendung nicht bloß der exceptionellen Vorschriften des § 67, sondern auch der Regel des § 66 verfügt — falls es nämlich an der für die Anwendbarkeit des § 67 erforderlichen besonderen Abrede fehlen sollte. Man kann hiernach sagen, daß mit dem Ablauf von drei Monaten alle Kündigungsnormen in Kraft treten. —

Zu den gesetzlichen Bestimmungen über Kündigungsfrist, welche der Privatdisposition Schranken ziehen, hat man auch diejenigen zu rechnen, durch welche die Privatbefristung hinterher reduziert wird. Ein im Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte einer Person angetretenes Dienstverhältnis kann, wenn sie in Konkurs fällt, von jedem Teile gekündigt werden. „Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere bedungen war, die gesetzliche.“ KO. § 22. Also wird die bedungene längere nachträglich, im Fall

§ 133^{a c} und Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz S. 749 geteilt wird, indem sie im fraglichen Falle § 133^a anwenden) setzt voraus, daß ein „nur zu vorübergehender Aushülfe“ Angestellter „für unbestimmte Zeit“ angestellt sei. S. dagegen S. 526 zu 4. 530 und Fuld, Recht der Handlungsgehilfen S. 31.

¹ „Wird der Handlungsgehilfe nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird.“

des Konkurses des Arbeitgebers, von Rechts wegen auf den gesetzlichen Umfang ermäßigt.

VII. Unter Nr. III—VI ist von den gesetzlichen Bestimmungen über die Kündigungsfrist gehandelt worden, und zwar von den gesetzlichen Befristungen und von den gesetzlichen Schranken privater Fristsetzung. Betrachten wir nunmehr die Privatdisposition als Quelle der Befristung (S. 584). Durch Privatdisposition kann eine ohnehin bestehende Befristung geändert oder eine Unbefristetheit beseitigt werden. Zunächst die Änderung kann eine zweiseitige oder eine einseitige sein. Die zweiseitige mußte schon bei Behandlung der gesetzlichen Schranken der Privatdisposition vorkommen (IV—VI). Hier ist nur hinzuzufügen, daß diese zweiseitige Änderung nicht bloß bei der Schließung des Arbeitsvertrags, sondern auch später vor der Kündigung erfolgen kann. Und ferner kann von der ändernden Übereinkunft nicht bloß eine gesetzliche Befristung, sondern auch eine früher durch Privatdisposition festgesetzte betroffen werden.

Was sodann die einseitige Änderung anlangt, so ist die im voraus vorgenommene von der bei der Kündigung erfolgenden zu sondern. Die erstere ist zulässig nur als Änderung der obligatorischen Arbeitsordnung in ihrer die Befristung der Kündigung betreffenden Bestimmung, und diese Änderung tritt in Geltung frühestens zwei Wochen nach Erlaß des ändernden Nachtrags zur alten Arbeitsordnung oder nach Erlaß der neuen, die Änderung enthaltenden (GewO. § 134^a Abs. 3. 4)¹. Fragt man weiter, ob bei der Kündigung die (durch Gesetz oder Privatdisposition gesetzte) Befristung vom Kündigenden geändert werden könne, so ist eine Verkürzung der Frist für ausgeschlossen zu erachten. Der bei der Kündigung unternommene Versuch, der Vertragszeit ein früheres Ende zu setzen als sie ohnedies vermöge der Kündigung und deren rechtmäßiger Befristung findet, könnte nur gelingen, wenn diese Kündigung als Antrag zur Vereinbarung einer Endbestimmung vom Gegner angenommen würde². Was aber die Verlängerung betrifft, so ist zu unterscheiden:

1. Die Befristung wird nur durch Fristbestimmung gebildet (nicht auch durch Terminbestimmung). Die Frist betrage z. B. drei Monate, einen Monat oder acht Tage: kann sie einseitig auf vier Monate, resp. anderthalb Monate, resp. vierzehn Tage erstreckt werden? Das

¹ Irrig das abweichende Urteil im Gewerbegericht IV, 145. Oben S. 233^a.

² Wegen dieser Art von Konversion und anderweitiger Aufrechterhaltung ungültiger Kündigung s. S. 568—71.

ist zu verneinen; der Kündigende vermag es so wenig als der Empfänger der Kündigung. Man sieht dies ein, wenn man daran festhält, daß die Befristung hier nur in einer Frist, nicht auch in einem Termin besteht. Hier kann demnach wie keine verspätete, auch keine vorzeitige Kündigung vorkommen. Das Ende der Vertragszeit fällt vielmehr stets mit dem Ende einer Frist zusammen, deren Länge gesetzlich oder vertraglich gegeben ist, und deren Anfang durch den Akt der Kündigung bestimmt wird (mag der Anfang auf ihren Tag oder auf den folgenden fallen). Der Kündigende kann daher nicht beliebig dem Arbeitsverhältnis einen Endtermin setzen und um eine Frist, die kürzer oder länger ist als die vorgeschriebene, vor solchem Termin kündigen. Will er das Verhältnis an einem ihm zusagenden Termin endigen, so muß er die Kündigung an einem Tag erlassen, der um die vorgeschriebene Frist, nicht um mehr oder weniger, jenem Termin vorausgeht. Die Kündigungsfrist bildet einen Teil der Vertragszeit, ihren Schlußteil. Die Teilung erfolgt durch die Vornahme der Kündigung. Der übrige Teil steht gesetzlich oder vertraglich fest; könnte eine Partei ihn einseitig verlängern, so wäre sie imstande, einseitig die Vertragszeit auszudehnen. Die bloße Kündigungsfrist ist demnach nicht nur ein Minimum, sondern auch ein Maximum.

Wo das Gesetz die Einhaltung einer gewissen Frist gestattet und vorschreibt, hat es damit das Interesse des Kündigenden und seines Gegners im Auge — des Gegners, der mit der Endigung des Arbeitsverhältnisses nicht überfallen werden, aber auch nicht gehalten sein soll, länger als während jener Frist in dem vom Kündigenden aufgegebenen Verhältnis zu verharren. Darum kann es nicht dem Kündigenden anheimgestellt sein, die gesetzliche Frist zu verlängern, auch wenn er damit des Gegners Interesse zu fördern beabsichtigt. Es muß vielmehr diesem freistehen, die Ausdehnung der Frist als in seinem Interesse liegend anzuerkennen, oder nicht anzuerkennen. Im ersteren Fall, der schon bei seinem Schweigen vorliegt, kommt es zu vertraglicher Endbestimmung und die Vertragszeit endigt an dem vom Kündigenden proponierten Termin; letzterenfalls, d. h. wenn der Empfänger der Kündigung auf der gesetzlichen Frist, somit auf der Endigung vor jenem Termin besteht, kann der Kündigende die Kündigung alsbald zurücknehmen (S. 571 al. 4), um sie später zu wiederholen, sonst wirkt sie endigend mit Ablauf der gesetzlichen Frist gerechnet von der Kündigung¹. — Was die vertraglich bestimmte Frist anlangt, so

¹ Auf welchen Zeitpunkt ja auch der Gegner, mit Gegenzug, kündigen kann. Im Rechtsfall bei Unger, Entscheidungen Nr. 49 war dem Arbeit-

wird durch die Verabredung einer gewissen Kündigungsfrist das Belieben ihrer einseitigen Verlängerung ausgeschlossen, wo dasselbe nicht vorbehalten wurde. Es besteht kein triftiger Grund, solchen Vorbehalt im Zweifel anzunehmen.

2. Die Befristung wird durch Terminbestimmung nebst Fristbestimmung gebildet. Wenn hier der Kündigende, der z. B. auf den Quartalsschluss mit sechswöchiger Frist, oder auf den Monatsschluss mit Frist vom 15. ab zu kündigen hat, schon acht Wochen vor dem Quartalsschluss, bzw. schon vier Wochen vor dem Monatsschluss kündigt und damit die gesetzliche oder vertragliche Befristung der Kündigung einseitig ändert und zwar verlängert, so ist solche Kündigung doch gültig. Für das Recht des BGB. wird dies dadurch erwiesen, daß es in zwei Fällen der Befristung durch Terminbestimmung nebst Fristbestimmung dem Anfangspunkt der Kündigungsfrist das Wort „spätestens“ zusetzt¹. Damit wird die Kündigungsfrist nur für ein Minimum erklärt. Auch abgesehen vom BGB. und für die von ihm nicht beherrschten Arbeitsverhältnisse ist zu sagen, daß bei Einhaltung des ersten möglichen Termins die Verlängerung der ihm vorauslaufenden Kündigungsfrist die Vertragszeit keineswegs verlängert. Der Empfänger der Kündigung kann sich daher über die vom Kündigenden beliebte Verlängerung der Kündigungsfrist (gleich-

nehmer am 14. Nov. auf den 1. Dez. gekündigt worden, also mit sechzehntägiger Frist. Die vierzehntägige Frist des Gesetzes lief am 28. Nov. ab. Wenn der Arbeitnehmer die Kündigung für den 1. Dez. ohne Widerspruch annahm, so hat er in die ihm proponierte Endigung eingewilligt und kann sich darum nicht beschweren, am 1. Dez. unrechtmäßig entlassen worden zu sein. Wenn aber das Gewerbegericht sagt: „Vielmehr ist daran festzuhalten, daß die in GewO. § 122 vorgeschriebene Aufkündigungsfrist von 14 Tagen nur das Minimalmaß der Aufkündigung enthält, eine früher erfolgte Aufkündigung folgeweise keineswegs rechtsunwirksam ist“, so liesse sich erwidern: 1. gewiß ist eine 16 Tage auch eine „14 Tage vorher erklärte Aufkündigung“ (GewO. § 122), aber vor was? Vor der rechtlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses. Und wann tritt diese ein? Vierzehn Tage nach der Kündigung, diese muß daher den Ausgangspunkt der Zählung bilden. Daß die Lösung auch später als 14 Tage nach der Kündigung vermöge einseitiger Bestimmung eintreten könne, läßt das Gesetz nicht erkennen; 2. gewiß ist die mehr als 14 Tage vor der faktischen Lösung erfolgte Kündigung nicht unwirksam, nur löst sie das Arbeitsverhältnis rechtlich mit dem Ablauf der gesetzlichen Frist von 14 Tagen auf, es sei denn, wie im streitigen Fall, in die Erstreckung gewilligt und damit eine Endbestimmung vereinbart worden. — GewO. § 122 giebt eben eine nur aus Kündigungsfrist bestehende Befristung.

¹ BGB. § 621 Abs. 2. 3: „sie (die Kündigung) hat spätestens am ersten Werktag der Woche zu erfolgen“; „sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen“.

sam nach rückwärts) nicht beklagen und muß sie sich, da sie seine rechtliche Position nicht verschlechtert, gefallen lassen. Nur im gedachten Fall kann von „vorzeitiger“ Kündigung gesprochen werden; sie ist zulässig¹.

VIII. Als Quelle der Befristung der Kündigung erweist sich die Privatdisposition ferner (S. 595), indem eine ohnedies bestehende Unbefristetheit mittelst solcher Disposition beseitigt und durch eine Befristung ersetzt wird. Diese Privatdisposition kann eine zweiseitige oder eine einseitige (Nr. IX) sein. Beidemale ist der Ursprung der Unbefristetheit von Bedeutung.

Durch zweiseitige Verfügung (Vertrag) kann

1. eine nicht auf dem Gesetz beruhende Unbefristetheit aufgehoben und wiederum Befristung der Kündigung eingeführt werden. Wo jedoch die Unbefristetheit durch eine obligatorische Arbeitsordnung vorgesehen ist, die die Kündigungsfrist allgemein ausgeschlossen hat, ist eine diese Bestimmung beseitigende Vereinbarung nicht unbedingt gültig. Denn eine von der gesetzlichen abweichende Befristung (z. B. achttägige Kündigungsfrist im Gegensatz zur vierzehntägigen in GewO. § 122), muß, wie wir S. 588/89 sahen, in der Arbeitsordnung stehen, und eine die gesetzliche Befristung herstellende Bestimmung des Arbeitsvertrags kann gegenüber der generellen Arbeitsordnung, welche Unbefristetheit vorschreibt, nur aufkommen, wenn dort der individuellen Verfügung Raum vorbehalten ist².

2. Durch zweiseitige Verfügung kann ferner an die Stelle der gesetzlich unbefristeten Kündigung eine befristete gesetzt werden, vornehmlich in den folgenden an BGB. §§ 623 Satz 1. 649. 696. 695 anknüpfenden Fällen:

Nach § 623 cit. kann ein durch Akkord begründetes Dienstverhältnis, dessen Dauer nicht bestimmt, auch nicht aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist, und das die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, „jeder Zeit gekündigt werden“³. Es liegt aber

¹ Wo die Befristung der Kündigung nur in Terminbestimmung besteht (S. 583 Nr. 2), kann natürlich die Frage der Verlängerung, wie sie im Vorstehenden für die beiden anderen Arten der Befristung erörtert wurde, gar nicht auftauchen.

² Vgl. S. 589². Anders das Berliner Gewerbegericht bei Unger, Entscheidungen Nr. 152, I sowie Koehne, Die Arbeitsordnungen S. 202.

³ z. B. ein Lehrer ist dazu engagiert, den Sitzungen eines Vereins beizuwohnen, die Verhandlungen stenographisch aufzunehmen und in das Protokollbuch einzuschreiben; er wird mit 5 Mk. pro Sitzung und Protokoll honoriert.

kein Grund zu der Annahme vor, daß das Gesetz hiermit zwingendes Recht gegeben hat. Vielmehr können die Parteien verabreden, daß nur mit einer gewissen Frist gekündigt werden könne. Durch eine solche Übereinkunft wird unter Aufhebung der Unbefristetheit die befristete Kündigung durch Privatdisposition eingeführt.

Die Kündigung, die nach § 649 dem Besteller beim Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit zusteht, ist eine unbefristete. Es steht aber nichts der Verabredung einer Kündigungsfrist im Wege, falls damit nicht wider die guten Sitten verstossen wird, oder es sich um Arbeit handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens bestellt wird; hier kann sich der Besteller auf keine Frist binden¹. Zur Ausbedingung einer Kündigungsfrist kann der Unternehmer dadurch veranlaßt werden, daß er zur Ausführung des übernommenen Werkes als Arbeitgeber Arbeitsverträge geschlossen hat oder schliesen wird, die er mit befristeter Kündigung nach Empfang der Kündigung des Bestellers zu lösen wünscht. Dem Besteller kann die Bewilligung einer Befristung der ihm zustehenden Kündigung nachteilig sein, aber es ist kein Grund ersichtlich, ihm die Freiheit abzusprechen, die etwaigen Nachteile durch Vertrag auf sich zu nehmen.

Bei dem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Verwahrungsvertrag (den wir hier wie sonst als entgeltlichen im Auge haben) kann nach § 696 der Verwahrer jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, d. h. ohne Frist kündigen. Es kann aber sehr wohl vereinbart werden, daß bei solcher Kündigung z. B. eine acht-tägige Frist einzuhalten sei. Ein Interesse des Hinterlegers, sich solche Frist auszubedingen, liegt nicht fern. Für eine besondere Art der Verwahrung, nämlich die Lagerung, hat HGB. § 422 bei unbestimmter Lagerzeit eine Kündigungsfrist von einem Monat vorgeschrieben. Die Befristung, die hier eine gesetzliche ist, kann beim gemeinen Hinterlegungsvertrag durch Privatdisposition gesetzt sein. — Anders wird für den Hinterleger zu entscheiden sein. Er kann die hinterlegte Sache „jederzeit zurückfordern“, d. h. das Verhältnis ohne Frist kündigen, und zwar nach BGB. § 695 „auch wenn für die Auf-

Oder ein Arzt erhält von einer Krankenkasse, durch deren Vorstand er zur Behandlung der Kassenmitglieder angestellt worden ist (ohne daß das Dienstverhältnis seine Erwerbthätigkeit vollständig oder hauptsächlich okkupiert), für jede medizinische Leistung das Minimum der Medizinaltaxe.

¹ Vgl. oben S. 534. Wegen des erwähnten Vertrauens kann die Kündigung des Rheders gegenüber dem Schiffer (HGB. § 545) und die einiger anderer Arbeitgeber, welche „jederzeit“ kündigen können, nicht im voraus durch Vertrag zu einer befristeten gemacht werden. Vgl. S. 564¹. 583 oben.

bewahrung eine Zeit bestimmt ist“¹. Er kann also nicht durch Vertrag eine Frist setzen, während deren er nicht kündigen könnte. Den gleichen Effekt würde aber (nach S. 523) eine Abrede haben, daß der Hinterleger nur mit Befristung statt mit sofortiger Wirkung kündigen könne. Eine solche Abrede ist daher als ungültig anzusehen. Das Nämliche gilt vom Einlagerer gegenüber dem Lagerhalter.

IX. Was endlich die einseitige Ersetzung der unbefristeten Kündigung durch eine befristete anlangt, so ist wieder nach dem Ursprung der Unbefristetheit zu unterscheiden:

1. Gesetzlich unbefristete Kündigung. Das Recht zu solcher ist nur ein Recht, nicht auch eine Pflicht, ein Recht nur dessen, der kündigt, nicht auch des Empfängers der Kündigung. Damit ist gesagt, daß wo aus wichtigem Grund oder ohnedies von Rechts wegen mit sofortiger Wirkung gekündigt werden könnte, der Gegner des Kündigenden sich die Befristung gefallen lassen muß, wenn sie sich nur nicht weiter erstreckt als die zur ordentlichen Kündigung gehörige Befristung, wo es eine solche Kündigung giebt; innerhalb dieser Schranke kann der Kündigende das Ende der Vertragszeit bestimmen. Das Recht, an die Stelle der gesetzlich unbefristeten Kündigung eine befristete zu setzen, läßt sich daraus ableiten, daß die erstere etwas Außerordentliches, Privilegienartiges ist; auf dieses jus singulare kann gewissermaßen verzichtet werden². Jenes Recht findet sich im BGB. für zwei Fälle stillschweigend anerkannt. Wer nämlich aus einem Dienstvertrag Vertrauensdienste höherer Art zu leisten hat, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, hat zwar nach § 627 Abs. 1 das Recht unbefristeter Kündigung, darf aber nur in der Art kündigen, daß sich der Arbeitgeber die Dienste anderweitig beschaffen kann (Abs. 2). Das Nämliche gilt selbstverständlich auch, wenn der Vertrauensdienst in der Besorgung eines dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber übertragenen Geschäfts für letzteren besteht: § 675³. Eine solche den Gegner schonende „Art“

¹ Gerade, daß der Hinterleger selbst wenn die Vertragszeit bestimmt ist, der Verwahrer nur wenn die Vertragszeit nicht bestimmt ist, jederzeit kündigen kann, bestätigt den im Vorausgehenden aufgestellten Satz, daß durch Übereinkunft die Kündigung des Verwahrers an eine Frist gebunden werden kann.

² Vgl. auch S. 579: Hinzufügung einer Bedingung zur unbefristeten Kündigung.

³ „Selbstverständlich“ ist die in BGB. § 675 verfügte Anwendung der Vorschrift des § 671 Abs. 2 auf den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung

der Kündigung kann nun gerade in Befristung derselben bestehen: mit der Vorschrift der Schonung gestattet das Gesetz die Befristung.

Die in diesen zwei Fällen vom Gesetz zugelassene einseitige Befristung ist in den anderen Fällen gesetzlicher Unbefristetheit aus dem vorhin angeführten Grunde nicht ausgeschlossen. Es kann z. B. der Handlungsgehilfe, der von seinem Prinzipal eine Thätlichkeit erlitten hat und darum nach HGB. § 71 Nr. 4 ohne Kündigungsfrist zu kündigen berechtigt ist, auf vierzehn Tage kündigen: der Prinzipal kann nicht auf der Alternative sofortigen Austritts oder gesetzlich befristeter Kündigung bestehen. Der Geselle, der, weil er sich vorsätzlich einer rechtswidrigen Sachbeschädigung zum Nachtheile des Arbeitgebers schuldig gemacht hat, sofort entlassen werden könnte (GewO. § 123 Nr. 6), kann daraufhin zwar mit dreitägiger oder achttägiger, nicht aber mit mehr als vierzehntägiger Frist (GewO. § 122) entlassen werden. Der Ehemann kann das ihm durch BGB. § 1358 verliehene Recht der unbefristeten Kündigung auch mit der Befristung ausüben, welche bei der von der Frau ausgehenden Kündigung zu beobachten wäre. In den Fällen endlich, in denen einem Arbeitnehmer gesetzlich „jederzeit“ gekündigt werden kann ohne Rücksicht auf den Grund, kann dies auch mit einer vom Kündigenden bestimmten Frist geschehen¹. Nur geht dadurch der Arbeitnehmer des ihm sonst etwa zustehenden Anspruchs auf Entschädigung nicht verlustig.

2. Wenn durch Abrede die Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen worden ist — einschliesslich des Falles, daß der Arbeitsvertrag auf Grund einer die Kündigungsfrist ausschliessenden Arbeitsordnung eingegangen ist —, wenn also die Parteien disponiert haben, steht es nicht im Belieben des Kündigenden, eine Frist zu setzen. Sein Gegner hat ein vertragsmäßiges (wenn auch verzichtbares) Recht auf unbefristete Wirksamkeit der Kündigung (vgl. S. 596). Man darf nicht entgegenhalten, der Gegner sei ja, wenn er sich durch

zum Gegenstand hat, sobald man in dem Satze des § 675: „wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen“ unter dem hier genannten „Recht“ das durch § 627 Abs. 1 verliehene versteht. Die Selbstverständlichkeit wäre zu verneinen, wenn unter dem „Recht“ auch ein vertragsmäßiges begriffen sein sollte.

¹ z. B. der Schiffer in der Seeschifffahrt: HGB. § 545, der Schiffer und der Schiffsmann in der Binnenschifffahrt: BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4, der Unternehmer im Werkvertrag: BGB. § 649, der Verwahrer im Verwahrungsvertrag: BGB. § 695.

die Befristung benachteiligt findet, in der Lage, die befristete Kündigung dadurch für sich unschädlich zu machen, daß er seinerseits mit sofortiger Wirkung kündigt. Dies wäre ein Notbehelf, auf den man ihn nicht verweisen soll, da es für ihn nachteilig sein kann, Urheber statt Empfänger der Kündigung zu sein. Läßt er sich jedoch die befristete Kündigung gefallen, so kommt es damit zu einer vertraglichen Endbestimmung (vgl. S. 568).

Sechstes Kapitel.

Unbefristete Kündigung.

I. Die unbefristete Kündigung, von der schon bisher als einem Mittel willentlicher Endigung des Arbeitsverhältnisses wiederholt die Rede sein mußte, unterscheidet sich von der befristeten Kündigung in Thatbestand, Rechtswirkung, Voraussetzung und Anwendungsgebiet¹.

Ihr Thatbestand ist von dem der befristeten natürlich dadurch verschieden, daß er niemals eine Befristung enthält, während in dem der befristeten die Befristung nur fehlen kann, wenn dieselbe ohnedies, vor der Kündigung feststeht, z. B. vermöge des Gesetzes, der Arbeitsordnung, getroffener Vereinbarung (S. 584 al. 1). Beiderlei Kündigung kann so geregelt sein, daß sie nur an gewissen Terminen statthaft ist, denn dies ist, wie wir wissen (S. 582), keine Befristung der Kündigung, da die Beschränkung des Erlasses der Kündigung mit Befristetheit wie mit Unbefristetheit einhergehen kann. Ein fernerer thatbeständlicher Unterschied der zwei Kündigungen liegt darin, daß der Kündigungswille bei der unbefristeten leicht in Werken an den Tag gelegt oder realisiert werden kann, indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeitsstätte ausschließt oder der Arbeitnehmer die Arbeitsstätte verläßt, um sie nicht wieder aufzusuchen. Hingegen der auf befristete Kündigung gerichtete Wille kann nicht auf diese werkhätige Art manifestiert werden und die befristete Kündigung ist regelmäßig eine Willenserklärung. Es ist schon etwas Abnormes, daß eine als unbefristete Kündigung gemeinte Ausschließung von der

¹ Es wird dabei, wie in der bisherigen Erörterung (ausgenommen Kap. 5 Nr. VIII u. IX), nur an die von Haus aus unbefristete Kündigung gedacht. Von derjenigen, die es erst nachträglich durch Umwandlung einer befristeten geworden ist, der entfristeten Kündigung, wird am Schlusse dieses Kapitels unter Nr. IX die Rede sein.

Arbeit oder Arbeitsniederlegung, wo sie als unbefristete Kündigung ungültig ist, als befristete gedeutet und aufrecht erhalten wird (S. 569 zu ²).

Der Unterschied in der Rechtswirkung beider Kündigungen ist ohne weiteres einleuchtend. Die volle Rechtswirkung der Kündigung, nämlich das Ende des Arbeitsverhältnisses¹, tritt bei der unbefristeten ein, sobald ihr Thatbestand vollendet, d. h. sobald die Kündigung erlassen und empfangen worden ist, bei der befristeten erst nach Ablauf einer von der Vollendung des Thatbestandes laufenden Frist.

Die befristete Kündigung ist insofern frei, als sie, mit drei Ausnahmen², von Rechts wegen nicht an besondere, vor ihrem Thatbestand liegende positive Voraussetzungen gebunden ist, namentlich nicht das Dasein eines gewissen Grundes voraussetzt. Die befristete Kündigung kann durch Übereinkunft in Ansehung des Grundes beschränkt werden, indem die Kündigung aus gewissen Gründen ausgeschlossen wird; überdies besteht nur die allgemeine Schranke, daß die Kündigung nicht wegen des Grundes, aus dem sie erfolgt und damit des Zweckes, den sie verfolgt, wider die guten Sitten verstossen darf (vgl. S. 578 oben). Die unbefristete Kündigung hingegen setzt in einer großen Zahl ihrer Anwendungen gewisse vor ihrem Erlaß vorhandene Umstände, namentlich gewisse Gründe voraus. Eben dies, daß sie gewöhnlich nicht ohne weiteres statthaft ist, und daher bei ungewöhnlichen Wendungen zu erfolgen pflegt, neben ihrer abnormen Unbefristetheit, läßt diese Kündigung als die außerordentliche gegenüber der befristeten erscheinen³. Dem entspricht auch die Redeweise, welche „Kündigung“ nur im Sinn der befristeten nimmt (S. 562/3).

Mit der eben erwähnten Differenz hängt endlich die im Anwendungsgebiet zusammen. Das der befristeten ist zwar insofern weiter, als nicht besondere gesetzliche Voraussetzungen für die Anwendung erfüllt sein müssen. Wo aber die Parteien zweiseitig in die

¹ im Gegensatz zu schwächerer Rechtswirkung. Daß nach BGB. § 629 der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach der Kündigung Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren hat, ist nicht die volle Rechtswirkung (S. 582¹). Überdies ist es eine, die nur der befristeten Kündigung zukommt.

² die motivierten schriftlichen Kündigungen in GewO. § 127^o Abs. 1 und HGB. § 78 Abs. 1 und die Kündigung aus BGB. § 623 Satz 2.

³ Gesetzlich unbefristete Kündigung läßt sich daher auch nur da annehmen, wo sie vom Gesetz verliehen ist. Bei der gesetzlichen Regelung des Mäklervertrags ist eine solche Verleihung unterblieben. Man kann hiernach nicht mit Planck, Kommentar zu BGB. § 652 unter 2, d sagen, daß „der Auftraggeber berechtigt ist, den Mäklervertrag jederzeit zu kündigen“. Vgl. S. 535¹.

Dauer der Vertragszeit eingegriffen haben — durch Setzung einer Frist der Unkündbarkeit, durch natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses oder durch Setzung einer vertraglichen Endbestimmung — ist damit regelmäßig das Arbeitsverhältnis der einseitigen Endbestimmung durch befristete Kündigung entzogen. Hingegen die außerordentliche oder unbefristete Kündigung braucht sich an solche das Arbeitsverhältnis zeitweise befestigende Abmachungen nicht zu kehren (S. 533. 542². 554/55)¹, diese einseitige Endbestimmung ist über eine zweiseitige Regelung der Vertragszeit erhoben und kann selbst nachdem eine befristete Kündigung ergangen ist, im Lauf ihrer Frist dem Arbeitsverhältnis ein Ende machen (S. 573³)². Insofern hat die unbefristete Kündigung ihrerseits ein weiteres Anwendungsgebiet als die befristete.

II. Das Recht zu unbefristeter Kündigung³ kann durch Gesetz oder durch Privatdisposition verliehen sein. Da die durch Privatdisposition verliehene unbefristete Kündigung ein seltenes Vorkommnis und von geringer praktischer Bedeutung ist, indem die sonst auf Privatdisposition zurückgehende, oft vorkommende Unbefristetheit auf Erweiterung der Anwendbarkeit einer ohnehin bestehenden gesetzlich unbefristeten Kündigung beruht, so befaßt sich die folgende Erörterung vorläufig allein mit der durch Gesetz verliehenen unbefristeten Kündigung; aber der dabei hauptsächlich zu besprechende Punkt ist ihre Ausdehnung durch Privatdisposition. Diese unbefristete Kündigung zeigt Unterschiede nach den Personen, welchen, nach der Zeit, in welcher, und nach den Voraussetzungen, unter welchen sie zusteht.

Nach den Personen verschieden ist sie, indem sie je nach dem Arbeitsverhältnis bald beiden Parteien, bald nur einer eingeräumt ist. So finden wir beide Parteien vom Gesetz mit unbefristeter Kündigung

¹ Ausnahme in BGB. § 628 Satz 1, vgl. § 620 Abs. 2.

² Wenn in GewO. §§ 123. 124. 124^a. 133^b die unbefristete Kündigung für statthaft erklärt wird „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit“, so ist damit nicht eine „vertragsmäßige Zeit“ (S. 541/42) als Voraussetzung erklärt, sondern gemeint, daß jene Kündigung um so mehr bei Unbestimmtheit der Vertragszeit zulässig sei. Diese Anwendbarkeit der unbefristeten Kündigung ist auch nie bezweifelt worden. Ebenso ist zu schließen, daß die in HGB. § 422 Abs. 2 dem Lagerhalter „vor dem Ablaufe der Lagerzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ gegebene unbefristete Kündigung auch bei unbestimmter Lagerzeit statthaft ist.

³ Den Ausdruck „Kündigungsrecht“ gebraucht BGB. § 1358 Abs. 2. „Recht zu kündigen“ § 675. Von Grund, der zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist „berechtigt“, sprechen HGB. §§ 71. 77. Mit Bezug auf den Auftrag spricht von „Kündigungsrecht“ BGB. § 671 Abs. 3.

ausgerüstet z. B. bei den Arbeitsverhältnissen, die durch den gemeinen Dienstvertrag, den Anstellungsvertrag des Handlungsgehülfen, den Agenturvertrag, den gewerblichen Arbeitsvertrag begründet sind. Dagegen findet sich einseitig die unbefristete Kündigung, indem sie nur einer Partei des Arbeitsverhältnisses zusteht, z. B. wo dieses sich gründet auf einen Werkvertrag, auf einen Frachtvertrag zu Lande oder in der Binnenschifffahrt (HGB. § 428 Abs. 2. BiSchG. §§ 36. 37). Isoliert steht die unbefristete Kündigung, die nach BGB. § 1358 nicht einer Partei, sondern dem Ehemann der einen Partei zusteht.

Die gesetzlich unbefristete Kündigung kann entweder jederzeit oder nur in gewisser Zeit vorgenommen werden, immer mit dem Effekt sofortiger Endigung des Arbeitsverhältnisses. Dafs sie jederzeit statthaft ist, was von der Mehrzahl ihrer Anwendungen gilt, ist wörtlich zu verstehen, besagt also nicht, dafs sie voraussetzungslos, sondern dafs sie von der Vertragschließung an zu jeder Zeit zulässig sei, einerlei wieviel Zeit verflossen ist, und schon vor Eintritt der Vollwirksamkeit des Vertrags (S. 520). Die in BGB. § 627 und § 675 mit § 671 erwähnte „Unzeit“ hindert nicht die Gültigkeit der in die Unzeit fallenden Kündigung. Hingegen nur in gewisser Zeit möglich ist die unbefristete Kündigung, welche HGB. § 77 Abs. 2 und GewO. § 127^b Abs. 1 gewähren, indem danach die beliebige Kündigung des Lehrverhältnisses von Handels- und Gewerbelehrlingen nur innerhalb der Probezeit statthaft ist; nach HGB. § 77 Abs. 4 kann im Fall des Todes des Lehrherrn das Lehrverhältnis des Handlungslehrlings nur innerhalb eines Monats ohne Frist gekündigt werden; das Arbeitsverhältnis der gewerblichen Gesellen, Gehülfen oder Lehrlinge, der Fabrikarbeiter, der Schiffs- und der Flossmannschaft kann vom Arbeitgeber aus den in GewO. § 123 Nr. 1—7 angegebenen Gründen gekündigt werden nur innerhalb einer Woche, nachdem der Arbeitgeber vom Grunde Kenntnis erhalten hat, und die gleiche Zeitschranke gilt für die Kündigung der genannten Arbeitnehmer (abgesehen vom Lehrling), wenn sie aus den in GewO. § 124 Nr. 2 angegebenen Gründen erfolgen soll¹; beim Überfahrtsvertrag des Auswanderers kann dieser den Vertrag kündigen, falls eine nicht von ihm verschuldete Verzögerung der Beförderung länger als eine Woche vom vertraglich bestimmten Abfahrtstage ab gedauert hat².

¹ GewO. §§ 123 Abs. 2. 124 Abs. 2. 127^b Abs. 2. 194 Abs. 1. BiSchG. § 25 Abs. 1. FIG. § 21 Abs. 2.

² AuswG. § 28. Fernere Fälle zeitlich beschränkter unbefristeter Kündigung in SeemO. § 61 Nr. 3. § 62. HGB. § 428 Abs. 2 („zeitweilig“).

In dritter Linie differieren die gesetzlich unbefristeten Kündigungen darin, daß die einen schlechthin statthaft sind, sobald bestimmte Arbeitsverhältnisse vorliegen, während andere auch noch die Erfüllung gewisser nicht zum Arbeitsverhältnis der gegebenen Art gehöriger Voraussetzungen erfordern. Der ersteren Gruppe gehören an die Kündigung z. B. des Bestellers im Werkvertrag gegenüber dem Unternehmer, des Hinterlegers gegenüber dem Verwahrer, der Parteien des Dienstvertrags, welchen BGB. § 627 beschreibt, des Rheders oder des Schiffseigners gegenüber dem Schiffer. Wo hingegen die unbefristete Kündigung gesetzlich definierter Arbeitsverhältnisse vom Gesetz nur unter einer gewissen Voraussetzung zugelassen wird¹, besteht dieselbe meistens im Dasein eines gewissen Grundes oder Kündigungsgrundes².

Generell auf „wichtigen“ Grund wird abgestellt beim Dienstverhältnis überhaupt (BGB. § 626), sowie bei den Arbeitsverhältnissen des Handlungsgehilfen und (nach Ablauf der Probezeit) des Handlungslehrlings, des Handlungsagenten, der höheren Angestellten des Gewerbes, des Binnenschiffers und des Flossführers³; ferner für das Arbeitsverhältnis des Gesellen oder Gehilfen unter einer der Voraussetzungen des § 124^b GewO. (S. 544); endlich für die Kündigung des Verwahrers und des Lagerhalters, falls eine Verwahrungs- oder Lagerzeit vereinbart worden und noch nicht abgelaufen ist⁴. — In einigen von den genannten Fällen verweist das Gesetz exemplifizierend auch noch auf spezielle Gründe. Bei der Kündigung des Dienstverhältnisses nach BGB. § 626 geschieht dies nicht, jedoch finden sich an zwei anderen Stellen des Gesetzbuchs beiläufig solche Gründe angeführt⁵.

¹ Den Ausdruck „Voraussetzung“ verwenden bei der unbefristeten Kündigung BiSchG. §§ 20 Abs. 3. 25 Abs. 1. FIG. §§ 16 Abs. 3. 21 Abs. 2 und BGB. § 627 Abs. 1 a. E.

² Es kommt vereinzelt vor (GewUVG. § 142. LandwUVG. § 153. SeeUVG. § 140), daß das Gesetz die Kündigung unter einer gewissen Voraussetzung nicht gewährt, sondern versagt; es will sie nicht zulassen in einem Fall, in welchem man ihre positive Voraussetzung gegeben finden könnte: „Die Nichtleistung der Arbeit während der Zeit, in welcher die bezeichneten Personen durch die Wahrnehmungen jener Obliegenheiten an der Arbeit verhindert sind, berechtigt den Arbeitgeber nicht, das Arbeitsverhältnis vor dem Ablaufe der vertragsmäßigen Dauer aufzuheben.“

³ HGB. §§ 70 Abs. 1. 77 Abs. 3. 92 Abs. 2. GewO. § 133^b. BiSchG. § 20 Abs. 3. FIG. § 16 Abs. 3.

⁴ BGB. § 696 Abs. 2. HGB. § 422 Abs. 2.

⁵ In § 628 wird mit Bezug auf die unbefristete Kündigung des Dienstverhältnisses gesagt: „veranlaßt er (nämlich der Arbeitnehmer) durch sein

Ausdrücklich werden spezielle Kündigungsgründe angegeben für das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen¹, der höheren Angestellten des Gewerbes und danach des Schiffers in der Binnenschifffahrt und des Flosführers, des Handels- und des Gewerbelehrlings nach der Probezeit²; ferner für das Arbeitsverhältnis der Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter, der Flosmannschaft wie der Schiffsmannschaft in der Binnen- und der Seeschifffahrt³.

Andere Voraussetzungen der unbefristeten Kündigung als den Kündigungsgrund haben wir z. B. an der häuslichen Gemeinschaft, deren Bestehen für das Kündigungsrecht des Ehemannes nach BGB. § 1358 erforderlich ist. Das Kündigungsrecht des § 124^a GewO. setzt voraus, daß das Arbeitsverhältnis „mindestens auf vier Wochen“, oder daß „eine längere als vierzehntägige Frist vereinbart ist“. Soll der Verwahrer beim Hinterlegungsvertrag jederzeit auch ohne wichtigen Grund kündigen können, so wird vorausgesetzt, daß „eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist“ (BGB. § 696). Beim Frachtgeschäft zu Lande kann der Absender mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne sein Verschulden zeitweilig gehindert wird (HGB. § 428 Abs. 2). Auch beim Frachtgeschäft über Beförderung von Gütern zur See giebt es eine an gewisse Voraussetzungen gebundene Kündigung (HGB. §§ 629. 636. 641).

III. Nachdem im vorstehenden (Nr. II) auf die persönlichen, zeitlichen und sachlichen Schranken hingewiesen worden ist, welche der gesetzlich verliehenen Kündigung bei zahlreichen Anwendungen durch die Gesetze selbst gezogen sind, wird nunmehr zu prüfen sein, inwiefern das Recht unbefristeter Kündigung durch Privatdisposition er-

vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teils“. Man darf annehmen, daß die unbefristete Kündigung des Dienstberechtigten durch das vertragswidrige Verhalten des Dienstverpflichteten nicht bloß veranlaßt werden kann, sondern hieran auch, im Sinne des Gesetzes, einen „wichtigen Grund“ hat. Und in § 617 bei den Worten: „Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt“, läßt das Gesetz die Erkrankung des Dienstverpflichteten als wichtigen Grund für die unbefristete Kündigung des Dienstberechtigten erscheinen.

¹ HGB. §§ 71. 72, mit der im konkreten Fall wirksamen Maßgabe „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen“.

² GewO. §§ 133^c. 133^d. BiSchG. § 20 Abs. 3. FIG. § 16 Abs. 3. HGB. § 77 Abs. 3. GewO. § 127^b Abs. 2. 3.

³ GewO. §§ 123. 124. 134 Abs. 1, vgl. 134^b Nr. 3. FIG. § 21 Abs. 2. BiSchG. § 25 Abs. 1. SeemO. §§ 57. 61, vgl. 62.

weitert, geschmälert oder ausgeschlossen werden kann. Unsere Betrachtung hat dabei an die unter II erläuterten Unterschiede anzuknüpfen. Es wird sich daher hier zunächst fragen, ob die Schranken der persönlichen Zuständigkeit bei der unbefristeten Kündigung durch Privatdisposition geändert werden können.

Wenn die nur einer Partei zustehende unbefristete Kündigung zu einer beiderseits zustehenden gemacht wird, so wird damit der anderen Partei durch Privatdisposition eine unbefristete Kündigung verliehen. Die von Privatdisposition herrührende Unbefristetheit soll unter Nr. IX erörtert werden.

Wenn hingegen die beiderseits zustehende Kündigung der einen Partei oder beiden, oder die nur einer zustehende dieser Partei durch Vertrag entzogen werden soll, so lassen sich drei Fälle unterscheiden:

1. Es wird dabei die gesetzliche unbefristete durch eine private befristete Kündigung ersetzt. Dies stellt einen Fall durch Privatdisposition begründeter Befristung der Kündigung dar, der S. 598—600 bereits besprochen worden ist.

2. Der Entzug der unbefristeten Kündigung geschieht schlechthin, und es bleibt danach der Partei von Rechts wegen keinerlei Kündigung übrig, so daß das Arbeitsverhältnis nur auf andere Art als durch Kündigung endigen kann.

3. Der Entzug der unbefristeten Kündigung geschieht zwar schlechthin, ohne Ersatz, aber er läßt der davon betroffenen Partei eine gesetzlich befristete Kündigung übrig.

Die Frage der bloßen Entziehbarkeit der unbefristeten Kündigung (Nr. 2 und 3) findet in den Gesetzen nur für ein Arbeitsverhältnis eine ausdrückliche Antwort. Nach HGB. § 545 kann der Schiffer jederzeit vom Rheder entlassen werden, „selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist“. Das Recht unbefristeter Kündigung kann hiernach dem Rheder durch Privatdisposition nicht entzogen werden (vgl. S. 533. 555). Daß das Gesetz in diesem Fall die Unentziehbarkeit ausgesprochen hat, gestattet aber keineswegs den Schluss, daß in den übrigen Fällen, in denen die Gesetze von diesem Punkte schweigen, nicht ebenso die Unentziehbarkeit gelte. Die Frage bleibt vielmehr für diese übrigen Fälle offen.

Fassen wir von ihnen zunächst die unter Nr. 2 gemeinten ins Auge, wo nach Entzug der unbefristeten keinerlei Kündigung möglich sein würde. Daß ein gewisser Zusammenhang zwischen der Möglichkeit unbefristeter Kündigung und der Unkündbarkeit auf ordentlichem Wege besteht, legt GewO. § 124^a nahe. Denn hier wird (im Gegensatz zu §§ 123. 124, die ohne die folgende Voraussetzung gelten) die

unbefristete Kündigung verliehen, wenn das Arbeitsverhältnis „mindestens auf vier Wochen oder wenn eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist“. Beidemale haben wir, allerdings von Vertrags wegen, eine die gemeine vierzehntägige überschreitende Frist der Unkündbarkeit, und darum wird der Ausweg der unbefristeten Kündigung in weiterem Umfang zugelassen, als sonst nach §§ 123. 124 Rechtsens ist.

Es giebt Arbeitsverhältnisse, bei denen die unbefristete Kündigung der einzige vom Recht verliehene Weg ist, auf dem eine Partei blofs durch ihren Willen, einseitig, das Verhältnis zur Lösung bringen kann. Dies gilt von dem durch Akkord begründeten Dienstverhältnis, falls es die Erwerbsthätigkeit des Arbeitnehmers nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt (BGB. § 623). Es gilt ferner von den Arbeitsverhältnissen, die durch Werkvertrag, durch Frachtvertrag, durch den Beförderungsvertrag des Auswanderers begründet worden sind¹. Die hinterlegte Sache zurückzufordern bezw. ihre Rücknahme zu verlangen, ist für den Hinterleger bezw. den Verwahrer das einzige Mittel einseitiger Endbestimmung der Vertragszeit. Beim Lehrverhältnis des Handlungs- wie des gewerblichen Lehrlings bildet während wie nach der „Probezeit“ (dem ersten Monat resp. den ersten vier Wochen) die unbefristete Kündigung das alleinige Mittel einseitiger Endbestimmung für den Lehrherrn wie für den Lehrling². Endlich ist auch das durch den Heuervertrag des Schiffsmanns in der Seeschifffahrt geschaffene Verhältnis einseitig lösbar nur durch unbefristete Kündigung (SeemO. §§ 57. 61).

Wenn nun in den vorstehenden Fällen das Recht einer Partei oder beiden Parteien in der unbefristeten Kündigung ein Mittel und aufser diesem keines gewährt hat, einseitig dem Arbeitsverhältnis ein Ende zu setzen, so scheint es geradezu geboten, anzunehmen, dafs damit eine wenn auch nicht der Privatdisposition entrückte, so doch durch solche nicht entziehbare Befugnis verliehen worden ist. Die gegenteilige Annahme würde beim Hinterlegungsverhältnis nahezu sinnlos sein. — Das Recht des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormundes zur Kündigung des Lehrverhältnisses eines Minderjährigen kann nicht durch Vertrag entzogen werden, da es in der dem

¹ BGB. §§ 649. 650. HGB. §§ 428 Abs. 2. 580. 669. BiSchG. § 36. AuswG. §§ 28. 29 Abs. 3.

² HGB. § 77 Abs. 2—4. GewO. § 127^b Abs. 1—3. Nur bei der Erklärung vorhabenden Berufswechsels „endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältnis nach Ablauf eines Monats“ (resp. von vier Wochen): HGB. § 78 Abs. 1. GewO. § 127^e Abs. 1.

Berechtigten obliegenden Sorge für die Person des Kindes oder Mündels enthalten ist¹. — Im voraus auf das beim Tode des Lehrherrn im Handelsgewerbe zustehende Kündigungsrecht (HGB. § 77 Abs. 4) verzichten, wäre auf Lehrlingsseite eine Preisgabe der Interessen, die das Recht nicht sanktionieren kann. — Im Lehrverhältnis bedeutet die Probezeit beiderseitiges Recht unbefristeter Kündigung. Dafs in HGB. § 77 Abs. 2. GewO. § 127^b Abs. 1 nur der Vereinbarung einer längeren Probezeit gedacht, und die ein Maximum überschreitende für nichtig erklärt ist, gestattet nicht den Schlufs, dafs das Minimum beliebig und die unbefristete Kündigung entziehbar ist, sondern nur den, dafs beides gar nicht in Frage kommen kann².

Von den unter Nr. 3 (S. 608) gedachten Fällen — bei denen, wenn die unbefristete Kündigung wegbedungen wird, eine anderweitige Kündigung übrig bleibt — kommt eine Gruppe mit dem durch HGB. § 545 (S. 608) entschiedenen darin überein, dafs die unbefristete Kündigung den Entzug einer Vertrauensstellung zur Folge hat. Darum kann der Kündigungsberechtigte sich nicht im voraus seines Rechts begeben. Dies gilt von dem Schiffseigner gegenüber Schiffer und Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt und den entsprechenden Personen in der Flöfserie³, vom Arbeitgeber im Vertrauensdienstverhältnis des bürgerlichen Rechts (BGB. § 627 Abs. 1) und von denjenigen, welche jemanden zum Korrespondenthreder, zum Vereinsvorstand, zum Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft u. dgl. bestellt haben⁴. — Bei einer zweiten Gruppe handelt es sich zwar nicht um eine Vertrauensstellung, allein es kann die von Rechts wegen verbleibende ordentliche Kündbarkeit gegebenenfalls von Vertragswegen fehlen, indem die Parteien nach dem Zweck oder der Be-

¹ Bloch, Der kaufmännische Lehrvertrag (1898) S. 21, vgl. Opet, Verwandtschaftsrecht S. 217.

² Von vertraglicher Entziehung des dem Ehemann nach BGB. § 1358 zustehenden Rechts unbefristeter Kündigung eines Arbeitsverhältnisses seiner Frau kann nicht die Rede sein. Nicht wegen der familienrechtlichen Basis dieser Befugnis, sondern weil der Mann, der im voraus auf die Kündigung verzichten würde, damit seine Zustimmung zur Verpflichtung seiner Frau erteilen würde; durch diese Zustimmung wird aber das Kündigungsrecht ausgeschlossen.

³ BiSchG. § 20 Abs. 6. § 25 Abs. 4. FIG. § 16 Abs. 4. § 21 Abs. 3.

⁴ HGB. § 492 Abs. 2. § 231 Abs. 3 (S. 296). BGB. § 27 Abs. 2 (S. 249^a). Genossenschaftsges. § 24 Abs. 3. Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H. § 38 Abs. 1.

schaffenheit der Arbeit¹, oder wegen Eingehung des Verhältnisses für eine gewisse Zeit (bloße Bestandsicherung), oder wegen Vereinbarung einer Endbestimmung der ordentlichen Kündigung entraten. Wenn gegenüber solcher Gebundenheit ihnen das Recht einen Notausgang offen hält², so sollte dieser nicht im voraus versperrt werden können. Dafür spricht die Erwägung, zu der GewO. § 124^a Anlaß gegeben hat: S. 608/9. — Ähnliches, obwohl minder Bewegendes, ist von der letzten Gruppe von Fällen zu sagen, bei denen die Entziehbarkeit der unbefristeten Kündigung in Frage kommt. Wo keines der bisher angeführten Kündigungshindernisse besteht, wo vielmehr befristete Kündigung freisteht, ist die unbefristete gewiß am ehesten zu entbehren. Und hier ließe sich dafür sprechen, daß sie durch Privatdisposition entzogen werden könne. Wenn man aber bedenkt, daß jede Kündigungsfrist eine Zeit einseitiger Unlösbarkeit des Arbeitsverhältnisses bedeutet, daß unvorhersehbare oder plötzlich eintretende Umstände die unbefristete Kündigung praktisch unentbehrlich machen, und eine Tendenz zu vertragsmäßiger Beseitigung der Befristung unverkennbar ist, so wird man es vorziehen müssen, in den Bestimmungen über unbefristete Kündigung³ auch für die letzte und somit für alle Gruppen Sätze des zwingenden Rechts in dem Sinn zu erblicken, daß jene Kündigung nicht total entzogen werden kann³.

IV. Da die unbefristete Kündigung, wie wir unter II gesehen haben, in zeitlicher Hinsicht bald unbeschränkt, bald beschränkt von den Gesetzen verliehen ist, so ist nunmehr die Möglichkeit ihrer zeitlichen Schmälerung oder Erweiterung in Betracht zu ziehen. Damit sind zwei Fragen gestellt:

¹ BGB. § 620 Abs. 2, vgl. FIG. § 16 Abs. 2. § 21 Abs. 1.

² BGB. § 626. § 627 (für die Kündigung durch die Vertrauensperson), HGB. §§ 70—72. 92 Abs. 2. 422 Abs. 2. GewO. §§ 123—124^a (134 Abs. 1). 133^b—133^d. BiSchG. §§ 20 Abs. 3. 25 Abs. 1. FIG. §§ 16 Abs. 3. 21 Abs. 2. — Der zuerst genannte Notausgang des BGB. § 626 kommt auch dem S. 609 angeführten durch Akkord begründeten Dienstverhältnis zu gute, falls die durch § 623 gewährte unbefristete Kündigung darum unstatthaft ist, weil die Dauer des Dienstverhältnisses bestimmt, oder der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist: § 620 Abs. 2.

³ Was BGB. § 671 Abs. 3 vom Beauftragten ausspricht — „liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat“ —, gilt auch von den Parteien des Arbeitsvertrags wo das Gesetz aus „wichtigem Grunde“ zu kündigen gestattet.

1. Kann die nach dem Gesetz jederzeit oder in gewisser Zeit statthafte unbefristete Kündigung durch Privatdisposition im voraus auf eine gewisse Zeit bzw. auf einen engeren Zeitraum beschränkt werden?¹ Diese Frage wird wieder für den Rheder und den Schiffer beantwortet und zwar verneint durch HGB. § 545; wenn hiernach der Schiffer jederzeit entlassen werden kann, „selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist“, so wird damit auch die zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts für ungültig erklärt. Den gleichen weiten Sinn, daß sich der Berechtigte seines Kündigungsrechts auch nicht zeitweise begeben könne, messen wir der Vorschrift des § 695 BGB. bei².

Weitere Antworten erteilen die Quellen auf unsere Frage nicht. Indessen gelangen wir nach dem Vorbild der Entscheidung in HGB. § 545 und mit Hilfe der S. 609—11 geäußerten Erwägungen zu dem Ergebnis, daß die temporäre Einschränkung des Rechts zu unbefristeter Kündigung in den meisten Fällen nicht angeht. Zu dieser Mehrzahl gehören beispielsweise die Fälle des Vereinsvorstandes, des Aktiengesellschafts- oder Genossenschaftsvorstandes, des Schiffers und des Schiffmannes in der Binnenschifffahrt, des Vertrauensmannes im Dienstverhältnis des § 627 BGB. Die Unverkürzbarkeit der gesetzlichen Probezeit beim Lehrverhältnis ist schon S. 610 angeführt worden.

Zu der Minderheit der Fälle, bei denen zeitliche Schmälerung des Kündigungsrechts nicht ausgeschlossen erscheint, zählen wir den in HGB. § 77 Abs. 4: „Im Fall des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältnis innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.“ Es ist kein triftiger Grund dafür abzusehen, warum dieses Kündigungsrecht nicht auf zwei Wochen

¹ Zu solcher Privatdisposition kann man nicht die natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses und die vertragliche Endbestimmung zählen. Denn wenn hierdurch die unbefristete Kündigung suspendiert wird, so wird sie doch mit Erreichung der natürlichen Grenze oder mit Eintritt der vertraglichen Endbestimmung nicht wieder statthaft, da ja dann die Vertragszeit ohne Kündigung zu Ende geht. S. BGB. § 696 Satz 1, HGB. § 422 Abs. 1 i. Anf., BGB. § 623 Satz 1 vgl. mit § 620 Abs. 2.

² „Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist.“ Dies gilt auch da, wo diese Zeitbestimmung keine Endbestimmung ist (vgl. S. 599/600). Nach Dernburg, Bürgerl. Recht II, § 350 III, 1 ist die Vereinbarung temporären Ausschlusses der Rückforderung wirksam, nur „daß das Geschäft in solchem Falle nicht Verwahrungsvertrag, sondern Werkvertrag ist“. Warum das und nicht Dienstvertrag? Die Verwahrung (als Vertragsleistung) ist nach BGB. ausschließlich Gegenstand des Verwahrungsvertrags: oben S. 288. 289. 325. 326.

sollte beschränkt werden können. — Die unbefristete Entlassung des Arbeitnehmers aus den in GewO. § 123 Nr. 1—7 genannten Gründen ist nach § 123 Abs. 2 „nicht mehr zulässig, wenn die zu Grunde liegenden Thatsachen dem Arbeitgeber länger als eine Woche bekannt sind“¹. Wenn vereinbart würde, daß die Kündigung aus diesen Gründen schon nach drei Tagen seit der Kenntnis des Arbeitgebers ausgeschlossen sein soll, so ist diese zeitliche Schmälerung seines Kündigungsrechts für zulässig zu halten. Das HGB. giebt in § 72 keine entsprechende Zeitschranke; indem es aber den „besonderen Umständen“ Einfluß auf die Beurteilung des gegebenen Falles einräumt, gewährt es die Möglichkeit, zu verhindern, daß Verfehlungen des Arbeitnehmers ihm beliebig lang als Kündigungsgründe nachgetragen werden können. Es ist danach nicht einzusehen, warum die gesetzliche, generelle Fürsorge der GewO. nicht im Sinne weiterer Milderung durch Vertrag sollte verstärkt werden dürfen.

Hingegen können moralische Rücksichten sehr wohl der zeitlichen Beschränkung des Kündigungsrechts entgegenstehen, deren Zulässigkeit für BGB. § 649 hier (wie S. 534) angenommen wird. In der Vorschrift: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen“ bildet dieses „jederzeit“ nur die Regel. Das Kündigungsrecht kann zwar nicht wegbedungen, aber für eine gewisse Zeit ausgeschlossen werden, z. B. bis der Arbeitnehmer Gelegenheit gehabt habe, seine Leistungsfähigkeit bei der bestellten Arbeit an den Tag zu legen, eine Woche, einen Monat lang. Nur wo ein solcher Vorbehalt zu einer Kollision mit höheren Rücksichten als den pekuniären des Bestellers führen würde, wäre er für ungültig zu erklären. So könnte der Arzt, welcher vom Vater zur Behandlung seines typhuskranken Sohnes angenommen wird², sich nicht ausbedingen, daß ihm während einer gewissen Zeit nicht gekündigt werde.

2. Kann das gesetzlich auf gewisse Zeit beschränkte Kündigungsrecht (S. 605) durch Privatdisposition erweitert werden, indem die Zeitgrenzen hinausgerückt oder aufgehoben werden? Diese Frage wird in den Gesetzen nur für einen Fall entschieden und dabei verneint, nämlich für das auf die Probezeit beschränkte Kündigungsrecht im Lehrverhältnis: „Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig“³. Und Nichtigkeit dürfte auch für alle oder doch fast alle übrigen Fälle anzunehmen sein.

¹ z. B. liederlicher Lebenswandel des Arbeitnehmers, grobe Beleidigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer.

² Es wird einstweilen vorausgesetzt, daß dies ein Werkvertrag ist.

³ HGB. § 77 Abs. 2 Satz 2. GewO. § 127^b Abs. 1 Satz 2.

Insbesondere kann die in GewO. § 123 Abs. 2, § 124 Abs. 2 bestimmte einwöchige Frist zur Abgabe der Kündigung nicht durch Privatdisposition ausgedehnt werden. Dem versöhnenden Einfluß der Zeit ist hier eine rechtliche Kraft beigelegt, die von den Parteien nicht beseitigt oder auch nur verjagt werden soll¹.

V. Es hat sich unter Nr. II gezeigt, daß die unbefristeten Kündigungen der Gesetze bald freistehen, bald sachlich beschränkt, nämlich an Voraussetzungen geknüpft sind, die nicht zum Arbeitsverhältnis der gegebenen Art gehören. Hiernach fragt sich zunächst, ob das nach dem Gesetze freie Kündigungsrecht durch Privatdisposition an gewisse Voraussetzungen gebunden werden könne. Über diese Möglichkeit sprechen sich die Quellen wieder nur wenig aus. Nach BGB. § 27 Abs. 2 Satz 1 ist die Bestellung des Vorstandes eines Vereins „jederzeit widerruflich“². Daß hiermit nicht bloß zeitliche, sondern auch sachliche Unbeschränktheit der Kündigung gemeint ist, ergibt sich aus Satz 2, der die Möglichkeit bejaht, das Kündigungsrecht an eine gewisse Voraussetzung zu knüpfen. Wo solche sachliche Beschränkung durch die Satzung zugelassen wird, teilt sie sich dem Anstellungsvertrag mit, den wir als Arbeitsvertrag voraussetzen (S. 249³). Ebenso ist nach dem Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. § 38 Abs. 1 die Bestellung zum Geschäftsführer „jederzeit“ widerruflich, aber Abs. 2 gestattet dem Gesellschaftsvertrag, den Widerruf sachlich zu beschränken, und eine solche Beschränkung teilt sich dem Anstellungsvertrag mit³. Gemäß diesen zwei Gesetzen

¹ Muß doch auch in den Fällen, in denen das Gesetz ohne zeitliche Limitierung die unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde gewährt, der Länge der Zeit, die seit dem Eintritt des Grundes verflossen ist, Rechnung getragen werden, indem der Grund mit der Zeit an Gewicht verliert oder in der Unterlassung seiner Geltendmachung ein Verzicht zu erblicken ist: S. 613 zu HGB. § 72. Auch die Kündigung aus einem der in GewO. §§ 133^c, 133^d angeführten Gründe ist nach § 133^b zulässig nur, wenn der Grund ein „nach den Umständen des Falles die Aufhebung rechtfertigender“ ist, und diese Rechtfertigung kann von der erwähnten Länge der Zeit abhängen. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen 38, 314. S. auch BGB. § 626 „wenn ein wichtiger Grund vorliegt“, nicht „vorgelegen hat“; er muß also noch zur Zeit der Kündigung als wichtiger Grund vorliegen.

² „sofern nicht ein Sonderrecht auf Führung der Vorstandsgeschäfte besteht“: Loewenfeld in Staudingers Kommentar zu BGB. § 27 unter I, 7. Solches Sonderrecht gründet sich nicht auf den Anstellungsvertrag. Wegen des Sonderrechts s. l. c. zu § 35.

³ „Im Gesellschaftsvertrage kann die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen.

darf der Ausdruck „jederzeit“ in HGB. § 545 auch auf sachliche Unbeschränktheit bezogen werden. Dafs der Schiffer jederzeit vom Rheder entlassen werden könne, „selbst wenn das Gegenteil vereinbart ist“, drückt daher aus, dafs eine sachliche Beschränkung dieses freien Kündigungsrechts durch Privatdisposition ungültig ist, wie wir dies für seine gänzliche Entziehung und seine zeitliche Beschränkung schon erörtert haben (S. 608. 612).

Für die übrigen Fälle freien Kündigungsrechts fehlt es an einer gesetzlichen Entscheidung unserer Frage. Die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft wird für „jederzeit“ oder „zu jeder Zeit widerruflich“ erklärt (HGB. § 231 Abs. 3. GenossenschG. § 24 Abs. 3), ohne dafs die Aufstellung einer Voraussetzung vorbehalten ist. Dies spricht eher gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts. Ebenso möchten wir nach Analogie des erwähnten Schiffers das freie Kündigungsrecht gegenüber dem Binnenschiffer, dem Schiffsmann zur See und auf Binnengewässern, dem Flosführer und dem Flosmann für sachlich unbeschränkbar erklären; hierfür läfst sich bei den Arbeitsverhältnissen der Binnenschifffahrt und der Flößerei noch geltend machen, dafs es hier neben dem freien ein gesetzlich an gewisse Voraussetzungen geknüpftes Recht unbefristeter Kündigung giebt¹, was auf das Bedürfnis eines unbeschränkten und daher nicht durch Vertrag beschränkbar hinweist. Für sachlich unbeschränkbar ist ferner das Kündigungsrecht beim Vertrauensdienstverhältnis (BGB. § 627), wenigstens das des Arbeitgebers zu halten, gemäfs der Vertrauensgrundlage jenes Verhältnisses. Frei mufs auch bleiben das Kündigungsrecht in der Probezeit beim Lehrverhältnis. Die Freiheit auch von sachlichen Schranken, die Möglichkeit in jeder Hinsicht beliebiger Kündigung gehört zum Wesen dieser Probezeit; dafür ist ihre Länge begrenzt. Zweifelhafter ist das Kündigungsrecht des Hinterlegers. Dafs es nach dem Gesetz nicht zeitlich beschränkt werden kann (S. 612²), spricht dafür, dafs es auch nicht sachlich beschränkt werden könne. Umgekehrt nehmen wir für den Werkvertrag — vorbehaltlich des Einspruchs der Moral — beiderlei Beschränkbarkeit in Anspruch, neben der S. 613 erörterten zeitlichen hier auch die sachliche. Es kann bei Eingehung des Werkvertrags der Besteller sich anheischig machen, nur aus bestimmten Gründen zu kündigen, etwa weil sich die Un-

Als solche Gründe sind insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäfsigen Geschäftsführung anzusehen.“

¹ BiSchG. § 20 Abs. 3, vgl. Abs. 6. § 25 Abs. 1, vgl. Abs. 4. FIG. § 16 Abs. 3, vgl. Abs. 4. § 21 Abs. 2, vgl. Abs. 3.

fähigkeit oder Geschmacklosigkeit des Unternehmers herausstellt, oder weil dieser gewisse Obliegenheiten gegenüber seinen Gehülfen nicht erfüllt. Der Kündigungsgrund ist hier ja auch nach dem Gesetz (BGB. § 650 Abs. 1 a. E., vgl. § 649 Satz 2) nicht bedeutungslos, nur kommt er nicht für die Gültigkeit der Kündigung des Bestellers in Frage, sondern blofs für den Umfang seiner Leistung. Nichts spricht dagegen, dafs diese Reduktion, welche § 650 bei einem bestimmten Kündigungsgrund eintreten läfst, durch Vertrag auch für andere Kündigungsgründe zur Geltung gebracht werde. Eine solche Konzession an den Besteller kann der Unternehmer sehr wohl dadurch wettmachen wollen, dafs er sich ausbedingt, der Besteller könne nur aus im Vertrag bestimmten Gründen kündigen, den nämlichen, für die er in die Reduktion seines Gegenanspruchs zu willigen bereit ist. Einer solchen Abrede ist die Gültigkeit nicht zu versagen.

Aus Vorstehendem erhellt, dafs die gesetzliche Verleihung freien, d. h. nicht an gewisse Voraussetzungen gebundenen Rechts unbefristeter Kündigung dessen private Einschränkung durch Voraussetzungen nicht ausschliesst. Aber wenn nicht das Gesetz die Privatdisposition vorbehalten hat, ist solche nur dort zulässig, wo damit weder gegen die guten Sitten, noch gegen die Freiheit der Lösung verstofsen wird, welche der vertrauliche Charakter des Arbeitsverhältnisses erheischt.

VI. Haben wir im Vorausgehenden das freie Kündigungsrecht betrachtet, so ist nun weiter zu untersuchen, wie es um das an gewisse Voraussetzungen gebundene stehe, nämlich die Möglichkeit zu prüfen, seine sachliche Beschränkung zu beseitigen, zu verringern oder zu verstärken. Fassen wir zunächst die Gruppe von Fällen ins Auge, bei denen die Kündigung generell vom Dasein eines wichtigen Grundes oder wichtiger Gründe abhängig gemacht ist (S. 606), so drängen sich die drei folgenden Fragen auf:

1. ob durch Privatdisposition vom Erfordernis des wichtigen Grundes gänzlich abstrahiert werden,
2. ob eine oder die andere Thatsache eximiert, d. h. im voraus der Geltung als Kündigungsgrundes entkleidet werden, und
3. ob statt des „wichtigen Grundes“ das Dasein gewisser Thatsachen zur alleinigen Voraussetzung der unbefristeten Kündigung gemacht werden könne¹.

¹ Die weitere Frage, ob, falls beiden Parteien das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zusteht, eine der in Frage gestellten Privatdispositionen auf eine Partei allein bezogen werden könne, soll hier nicht verfolgt werden. Offenbar wird durch eine so gestaltete Verfügung eine rechtliche Imparität

ad 1. Eine Verfügung, die die unbefristete Kündigung vom Grunde völlig unabhängig macht, stellt einen Rechtszustand her, der dem Gesetz nicht unbekannt ist und im Leben tausendmal vorkommt. Denn BGB. § 623 Satz 1 gewährt beiderseitige freie Kündigung; und wo im Leben durch Privatdisposition die Befristung der Kündigung ausgeschlossen wird (unten Nr. IX), steht die unbefristete Kündigung ohne Rücksicht auf den Grund frei. Hiernach dürfen wir nicht ansetzen, die unter 1 erwähnte Verfügung in den S. 606 angeführten Anwendungen der gesetzlichen unbefristeten Kündigung aus „wichtigem Grunde“ für gültig zu erklären. Nur sind die zwei folgenden Anmerkungen zu machen.

a. Jene Privatdisposition ist ungültig beim Lehrverhältnis des Handlungslehrlings¹. Denn hier würde die Ausschaltung des wichtigen Grundes zu ungemessener Ausdehnung der Probezeit führen, die hier durch die Freiheit der Kündigung charakterisiert wird (S. 605. 609. 615). Die Probezeit kann aber nicht auf mehr als drei Monate erstreckt werden (S. 613).

b. Die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit schließt die ordentliche Kündigung während derselben aus, nicht auch die außerordentliche, aus wichtigem Grund statthafte. Dies gilt ausnahmslos, wo jene Zeitbestimmung nur den Bestand (die Unkündbarkeit) des Verhältnisses während jener Zeit sichern soll, es gilt regelmäÙig, wo jene Zeitbestimmung eine vertragliche Endbestimmung ist (S. 554. 555. 558 Nr. 2). Wo nun neben jener Eingehung auf eine gewisse Zeit auch noch die Ausschaltung des wichtigen Grundes für die gesetzliche unbefristete Kündigung erfolgt, kann von Bestandssicherung nicht mehr die Rede sein, und ist die vertragliche Endbestimmung auf die Wirkung reduziert, daß mit ihrem Eintritt die Vertragszeit ohne weiteres zu Ende geht. Ein solches Arbeitsverhältnis ist ganz prekär.

ad 2. Durch die Privatdisposition, welche eine oder andere Tatsache ausnimmt, d. h. der Fähigkeit, Kündigungsgrund zu werden, entkleidet, wird, im Gegensatz zur vorigen, das Kündigungsrecht eingeengt. Die Gültigkeit solcher Verfügung ist im allgemeinen zu bejahen. Wenn jedoch die Exemption wider die guten Sitten verstößt,

der Parteien erzeugt. Ihre Zulässigkeit hängt davon ab, daß sie nicht wider die Moral verstößt, ein Verstoß, der hier sehr nahe liegt.

¹ Der gewerbliche Lehrling gehört darum nicht hierher, weil es für sein Lehrverhältnis eine unbefristete Kündigung generell aus „wichtigem Grunde“ gar nicht giebt.

weil es unmoralisch ist sich zu binden, aus dem eximierten Grunde nicht zu kündigen, so ist die Verfügung ungültig¹.

ad 3. Ähnlich steht es um die dritte Privatdisposition, welche ebenfalls das Kündigungsrecht schmälert: die Verfügung, das nicht überhaupt aus wichtigem Grund, sondern nur wegen gewisser That-sachen gekündigt werden könne. Eine dergestalt ausschließende Berücksichtigung kann leicht wider die guten Sitten verstößen, indem unter den ausgeschlossenen als wichtigen in Betracht kommenden Gründen sich solche befinden, auf deren Verwendung zu verzichten eine Immoralität darstellt².

VII. Eine zweite Gruppe unfreien Kündigungsrechts wird durch die Fälle gebildet, in denen die Kündigung einen im Gesetz speziell angegebenen Kündigungsgrund voraussetzt. Die nun zu erörternde Frage nach der Wirksamkeit der Privatdisposition, welche die gesetzlich dergestalt bestimmte Voraussetzung ändert, läßt sich auch hier in mehrere Unterfragen zerlegen, nämlich:

1. ob den gesetzlich anerkannten andere Kündigungsgründe hinzugesetzt werden können;

2. ob von den gesetzlich anerkannten einzelne wegbedungen werden können;

3. ob von den gesetzlich anerkannten einzelne durch andere ersetzt werden können.

ad 1. Der hier in Frage gestellten läßt sich an die Seite stellen die Möglichkeit der Spezialisierung, d. h. der Hervorhebung eines oder des anderen speziellen wichtigen Grundes, wo das Gesetz nur von „wichtigem Grunde“ überhaupt spricht. Wo letzteres der Fall ist, oder wo das Gesetz selber neben dem „wichtigen Grunde“ ein-

¹ z. B. die Zusage, nicht zu kündigen wegen einer gewissen Vertragswidrigkeit, etwa grober Pflichtverletzung des Gegners, sich also insoweit dessen Vertragswidrigkeit gefallen zu lassen. Dagegen würde gültig sein die Zusage, nicht zu kündigen aus dem für die Parteien wichtigen Grunde, das sich ein vorteilhafteres Engagement darbietet.

² z. B. wäre danach ungültig die Abrede, es könne unbefristet gekündigt werden nur wegen Nichterfüllung der im Vertrag übernommenen und der vom Gesetz an den Vertrag geknüpften Pflichten, also das aufserkontraktliche Verhalten schlechthin keinen Kündigungsgrund abgäbe. Bei Gültigkeit solcher Abrede könnte ein Dienstverhältnis mehr als ein Quartal fortbestehen müssen (BGB. § 622), in welchem ein Teil den anderen wegen dessen aufserkontraktlichen Verhaltens zu verabscheuen Ursache hat. Etwas anderes ist die freiwillige Ignorierung solchen Verhaltens, etwas anderes die Übernahme der Pflicht, es zu ignorieren.

zelne Thatsachen als Kündigungsgründe besonders anerkennt, oder endlich wo es nur einzelne Kündigungsgründe anführt — überall ist es der Privatdisposition nicht versagt, gültig zu bestimmen, daß gewiss im Gesetz nicht namhaft gemachten Umständen der Wert von Kündigungsgründen zukomme.

Rechtfertigungen der Wirksamkeit dieser zusetzenden Privatdisposition sind folgenden Gesetzen zu entnehmen:

SeemO. § 57 zählt einzelne Kündigungsgründe des Schiffers auf, läßt aber der zusetzenden Privatverfügung Raum in den Worten „abgesehen von den im Heuervertrag bestimmten Fällen“. Vgl. § 59. Wenn § 61 bei Angabe der Gründe des Schiffsmannes der zusetzenden Abrede nicht gedenkt, so ist darum nicht jene Angabe für exklusiv zu halten. — Die Verzeichnisse der Gründe in HGB. §§ 71. 72 sind nicht als erschöpfend oder ausschließend zu betrachten, wie hervorgeht aus den einführenden Worten: „Als ein wichtiger Grund . . . ist es . . . namentlich anzusehen“. Die einzeln genannten Gründe sind Arten der Gattung „wichtiger Grund“ des § 70. Weitere Arten können durch die Parteien (in der Arbeitsordnung durch den Prinzipal) aufgestellt werden¹. Das nämliche gilt wegen des Hinweises auf die §§ 70—72 von § 77 Abs. 3, wo überdies die Worte stehen: „Als ein wichtiger Grund . . . ist es insbesondere auch anzusehen“. — Auch die Verzeichnisse in GewO. §§ 133^c. 133^d lassen der zusetzenden Privatdisposition Raum, indem sie mit dem Worte „insbesondere“ nur eine Spezialisierung der in § 133^b aufgestellten Gattung des wichtigen Grundes geben. — Bei den Verzeichnissen in GewO. §§ 123. 124 haben wir nicht solche Ausführung des Generellen. Und doch ist (im Einklang mit § 105) nicht zu bezweifeln, daß den dort verzeichneten Gründen noch andere beigefügt werden können, z. B. für die Kündigung des Arbeitgebers der Eintritt einer Betriebsstörung. Für den Fall der Anwendbarkeit des § 124^a (S. 608 9) kann „außer den in §§ 123. 124 bezeichneten Fällen“ „aus wichtigen Gründen“ gekündigt werden. Das Gesetz erkennt an, daß es solche außer den in §§ 123. 124 genannten giebt; es ist daher nicht abzusehen, warum ein unter den gesetzlichen der §§ 123. 124 nicht vorkommender Kündigungs-

¹ Einen neuen Beweis liefert für die Handlungsgehülfen, die in größeren offenen Verkaufsstellen angestellt sind, GewO. § 139^k Abs. 2 (durch Hinweis auf § 184^b Nr. 3) und Abs. 3 (welcher § 134^c Abs. 2 nachgebildet ist). Nur hat der Gesetzgeber, indem er bloß §§ 71. 72 HGB. anzieht, übersehen, daß nach HGB. § 70 bei Handlungsgehülfen überhaupt aus „wichtigem Grunde“ gekündigt werden kann. Oder hat dieser § 70 durch GewO. § 139^k eingeschränkt werden sollen?

grund nicht sollte im voraus vertraglich dafür erklärt werden können. Dies ist aber auch ohne die Anwendbarkeit des § 124^a und den Rückhalt an seinen „wichtigen Gründen“ möglich. Zweifellos für die Fabrikarbeiter der größeren Fabriken. Die für dieselben zu erlassende Arbeitsordnung muß nach § 134^b Nr. 3, „sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll“¹, Bestimmungen enthalten „über die Gründe, aus welchen die Entlassung und der Austritt aus der Arbeit ohne Aufkündigung erfolgen darf“. Diese Gründe können also auch solche sein, die in den §§ 123. 124 nicht enthalten sind. Zur Bestätigung dient § 134^c Abs. 2: „Andere als die in der Arbeitsordnung oder in den §§ 123. 124 vorgesehenen Gründe der Entlassung und des Austritts aus der Arbeit dürfen im Arbeitsvertrage nicht vereinbart werden.“ Diese Fassung entspricht der Möglichkeit, daß in der Arbeitsordnung Gründe vorgesehen sind, welche in den §§ 123. 124 nicht vorkommen. Es besteht nun aber kein Grund, die Verzeichnisse dieser Paragraphen bloß in Ansehung der Fabrikarbeiter der größeren Fabriken, und damit nur durch Arbeitsordnung, für ausdehnbar anzusehen. Vielmehr können, gemäß dem praktischen Bedürfnis, auch für die Anwendung auf Gesellen und Gehülfen und solchenfalls durch Vertrag, auch Tarifvertrag, den gesetzlichen Verzeichnissen weitere Kündigungsgründe im voraus zugesetzt werden². Das nämliche gilt vom Kündigungsrecht beim gewerblichen Lehrverhältnis. Auch hier finden sich in GewO. § 127^b Abs. 2. 3 nur spezielle Kündigungsgründe angeführt. Manche von diesen stellen selber Gattungen dar, wenn auch minder umfassende als die des „wichtigen Grundes“, und sind daher ihrerseits der Spezialisierung

¹ Zu diesen gesetzlichen Bestimmungen gehören nach § 134 Abs. 1 auch die §§ 123. 124, sowie § 124^a. Auch dieser § 124^a macht der Anwendung von § 134^b Nr. 3. § 134^c Abs. 2 Schwierigkeiten, vgl. S. 619¹ (§ 139^k im Verhältnis zu HGB. § 70) und S. 544².

² Die Hinzufügung spezieller Kündigungsgründe für das gewerbliche Arbeitsverhältnis ist mitunter nicht eine freiwillige. Durch bundesarätliche auf Grund von GewO. § 120^a erlassene Verordnungen wird für eine Reihe besonders gefährlicher Betriebe den Arbeitgebern zur Pflicht gemacht, die Nichtbefolgung gewisser Schutzvorschriften durch die Arbeitnehmer als möglichen Grund unbefristeter Kündigung des Arbeitgebers aufzustellen (eventuell in eine obligatorische Arbeitsordnung aufzunehmen) und damit den gesetzlichen Gründen hinzuzufügen: oben S. 232². Mehrmals heißt es in diesen Bekanntmachungen: „In den (vom Arbeitgeber) zu erlassenden Bestimmungen ist vorzusehen, daß Arbeiter, welche trotz wiederholter Warnung den vorstehend bezeichneten Bestimmungen zuwiderhandeln, vor Ablauf der vertragmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung entlassen werden können.“

durch Privatdisposition zugänglich¹. Dasselbe ist von mehreren speziell angeführten Kündigungsgründen zu sagen, die im Verhältnis des Prinzipals zum Handlungsgehilfen, des gewerblichen Arbeitgebers zum Gesellen, des Schiffers zum Seemann u. s. w. gelten².

Die zusätzliche Hervorhebung oder Beifügung im Gesetz nicht besonders genannter Kündigungsgründe ist zwar grundsätzlich zulässig³, ob sie es aber auch im gegebenen Fall ist, hängt vom Inhalt des Zusatzes ab. Dieser Inhalt darf weder gegen das Recht noch gegen die Moral verstößen. Als moralwidrig wären insbesondere Zusätze anzusehen, die dem aufserkontraktlichen Leben der Parteien neue Kündigungsgründe entnehmen, es sei denn, daß hierdurch die in den Gesetzen verletzte Parität hergestellt wird. So kann nicht zum Kündigungsgrund gemacht werden der Eintritt des Arbeitnehmers in einen die Arbeitnehmerinteressen fördernden Verein, auch nicht wenn zugleich des Arbeitgebers Eintritt in einen die Arbeitgeberinteressen fördernden Verein als Kündigungsgrund aufgenommen würde⁴. In

¹ So die wiederholte Verletzung der dem Lehrling in § 127^a GewO. auferlegten Pflichten; die Vernachlässigung der dem Lehrherrn gegen den Lehrling obliegenden Pflichten in einer die Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung des Lehrlings gefährdenden Weise; der Mißbrauch des Rechts der väterlichen Zucht.

² So bilden viele Arten enthaltende und der Spezialisierung fähige Kündigungsgründe z. B. HGB. § 71 Nr. 3: „wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert“. HGB. § 72 Nr. 1: „wenn der Handlungsgehilfe das Vertrauen mißbraucht“. GewO. § 123 Nr. 2: wenn die Gesellen „eines liederlichen Lebenswandels sich schuldig machen“. § 123 Nr. 7. § 124 Nr. 3: gewisse Personen zu Handlungen verleiten, „welche wider die Gesetze oder die guten Sitten verstößen“. SeemO. § 57 Nr. 2. § 61 Nr. 1.

³ Von dieser Zulässigkeit machen Gebrauch z. B. das Engagementsformular des deutsch. Bühnenvereins (I § 10. II § 4, III c. §§ 6. 10. 11), von Nichtvereinsbühnen (z. B. Opet, Theaterrecht S. 478 § 13), andere Vertragsformulare und zahlreiche Arbeitsordnungen, z. B.: „Ich unterwerfe mich der Bedingung, sofort entlassen werden zu können, wenn ich gegen die Interessen meines Arbeitgebers handle, wenn ich den Keim der Unzufriedenheit in die Brust des zufriedenen Arbeiters zu tragen suche.“ „Wenn drei oder mehr Arbeiter zusammenstehen, so wird dieses als Komplott angesehen und mit sofortiger Entlassung geahndet.“ — Zur Kritik vgl. Opet a. a. O. S. 207. 211.

⁴ Vgl. S. 218¹. Eine Arbeitsordnung bestimmt: „Aufser den gesetzlich vorgeschriebenen Entlassungsgründen ist für uns noch Grund zur sofortigen Entlassung: die Mitgliedschaft beim Metallarbeiterverbande und die Bewohnung einer Versammlung desselben.“ Soz. Praxis VIII, 447 beanstandet die hierin liegende Imparität. Allein, auch wenn die Arbeitsordnung den Arbeitnehmern freigestellt hätte, die Arbeit zu verlassen, falls der Arbeitgeber dem Gesamtverbande deutscher Metallindustrieller beitrifft und einer

der GewO. erscheinen Diebstahl, Entwendung, Unterschlagung, Betrug und liederlicher Lebenswandel als Kündigungsgründe nur für den Arbeitgeber (§ 123 Nr. 2), und sie umfassen auch das außerkontraktliche Verhalten des Arbeitnehmers. Es wäre rechtlich zulässig, wenn auch faktisch unausführbar, jene Thatsachen als beim Arbeitgeber vorliegende durch Vertrag zu Kündigungsgründen auch für den Arbeitnehmer zu machen. Die große Verschiedenheit der Rollen, die den Parteien bei der Vollziehung des Arbeitsvertrags zukommen, wird, wo die Kündigungsgründe spezialisiert werden, natürlich in einer Verschiedenheit derselben zum Ausdruck kommen. Aber der Zusatz eines Kündigungsgrundes kann auch darum ungültig sein, weil der Grund so unbestimmt gefasst oder so unkontrollierbar ist, daß, wo er nur für eine Partei gilt, die andere deren Willkür preisgegeben ist¹.

ad 2. Die zweite der S. 618 gestellten Fragen, nämlich ob von den gesetzlich anerkannten Kündigungsgründen einzelne wegbedungen werden können, läßt sich nicht von vornherein oder nach dem Vorbild der ersten Frage bejahen. Wenn Gesetze mehrere Kündigungsgründe namhaft machen, ohne andere auszuschließen, so ist daraus nicht zu folgern, daß sie auch nach innen nicht exklusiv seien. Sie können vielmehr sehr wohl eine Minimalgrenze haben ziehen wollen. Gegen diese Annahme spricht nicht, daß die speziellen Kündigungsgründe des HGB. §§ 71. 72 gelten, „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen“; denn die Nichtverwendbarkeit im gegebenen Fall und die im voraus allgemein getroffene Ausschließung sind verschiedene Dinge. Für die Freiheit der Privatdisposition gegenüber den speziellen Gründen der GewO. §§ 123. 124 läßt sich auch schwerlich § 134^b Nr. 3 geltend machen. Danach sind in die Arbeitsordnung die Gründe aufzunehmen, „sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll“; denn diese Bedingung dürfte so gemeint sein, daß die gesetzlichen Bestimmungen das Mindestmaß bilden. In § 134^c Abs. 2 finden wir „die in der Arbeitsordnung oder in den §§ 123 und 124 vorgesehenen Gründe“ alternativ koordiniert, aber ein sicherer Schluß auf die Möglichkeit, gesetzliche Gründe durch Nichtaufnahme in die Arbeitsordnung im voraus auszuschließen, läßt sich nicht ziehen. Wie es übrigens prin-

Versammlung desselben beiwohnt, würde die Gültigkeit beider korrespondierenden Bestimmungen in Frage zu stellen sein. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze, zu GewO. § 134^b Anm. 7.

¹ z. B. Recht sofortiger Entlassung, sobald der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer „nicht zufrieden“ sei. S. auch Rosenstock, BGB. und Theaterrecht S. 25/6. Koehne, Arbeitsordnungen S. 207 al. 2. 208 al. 1.

ziell um die Verfügungsfreiheit stehe¹, jedenfalls sind fast alle speziellen Kündigungsgründe so geartet, daß eine sie wegbedingende Übereinkunft wegen Verstosses gegen die guten Sitten ungültig sein würde². Es ist die nämliche Schranke, welche der Exemption gewisser Kündigungsgründe da gezogen ist, wo nur generell aus wichtigem Grunde die Kündigung verliehen ist (S. 617/18). Freilich wäre es nicht moralwidrig, daß der Prinzipal im voraus auf den Kündigungsgrund der „anhaltenden Krankheit“ des Handlungsgehilfen verzichtet, so daß solchenfalls nur die ordentliche Kündigung übrig bliebe. Dagegen ginge es nicht an, daß der Prinzipal oder der Handlungsgehilfe im voraus sich des Kündigungsrechts für den Fall begiebt, daß der Handlungsgehilfe resp. der Prinzipal sich Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den anderen zu Schulden kommen läßt³. Und so geartet, daß sie von Moral wegen keine vorgängige Ausschließung vertragen, sind fast ausnahmslos die speziellen Kündigungsgründe der GewO. §§ 123. 124. 133^c. 133^d.

ad 3. Die dritte der S. 618 gestellten Fragen, nämlich ob von den gesetzlich anerkannten Kündigungsgründen einzelne durch andere ersetzt werden können, ist nach Maßgabe des zu 1 und 2 Gesagten zu bejahen oder zu verneinen. Denn die durch Privatdisposition vorzunehmende Ersetzung eines Kündigungsgrundes besteht aus Wegbedingung und Zusetzung: der ersetzende tritt an die Stelle des wegbedingenen und bildet einen Zusatz zu den verbleibenden. Soweit Wegbedingung und Zusetzung überhaupt statthaft sind, sind sie auch zulässig in Gestalt der Ersetzung. Und im einzelnen Fall kommt es darauf an, daß die Ausschaltung und der Ersatz nicht moralwidrig sei. Eine naheliegende Art ersetzender Privatdisposition ist die, welche einen gegebenen Kündigungsgrund ändert. So könnte z. B. der in GewO. § 124 Nr. 5 (fast gleichlautend § 133^d Nr. 3) enthaltene Kündigungsgrund des Arbeitnehmers: „wenn bei der Fortsetzung der Arbeit das Leben oder die Gesundheit der Arbeiter einer erweislichen Gefahr ausgesetzt sein würde, welche bei Eingehung des Arbeitsvertrags nicht zu erkennen war“, dahin geändert werden, daß der hervorgehobene Teil des Satzes fortgelassen wird. Diese Änderung verstößt so wenig gegen die guten Sitten, daß vielmehr

¹ Gegen dieselbe Nelken a. a. O. Anm. 7 zu GewO. § 134^b.

² Vgl. Mayer in Soz. Praxis V, 59 al. 3 a. E. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 243 Anm. 13.

³ Vgl. Lotmar, Unmoral. Vertrag S. 39 Anm. 145. Fuld, Recht der Handlungsgehilfen S. 29/30.

die Geltendmachung jenes Beisatzes durch den Arbeitgeber unmoralisch sein würde¹.

VIII. Unter den Fällen der unbefristeten Kündigung, die nicht frei, sondern an gewisse Voraussetzungen gebunden ist, haben wir S. 607 noch eine dritte Gruppe unterschieden, diejenigen nämlich, bei welchen die Kündigung an andere Voraussetzungen als an gewisse Gründe gebunden ist. Auch gegenüber diesen vereinzelt Vorkommnissen ist noch nach der Kraft ändernder Privatdisposition zu fragen. — Zunächst ist das durch BGB. § 1358 dem Ehemanne verliehene Kündigungsrecht in seinen Voraussetzungen unabänderlich. Von der Voraussetzung häuslicher Gemeinschaft unter den Ehegatten liegt das auf der Hand. Es wäre schon schwer zu sagen, zwischen welchen Personen eine auf Änderung der Voraussetzungen gehende Übereinkunft vorgenommen werden sollte. Und daß das Gesetz das Kündigungsrecht von einer Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts abhängig macht, zeigt, daß es sich hier um ein der Privatdisposition entzogenes Recht handelt. In den sonst noch in Betracht kommenden Fällen² kann dagegen die Privatdisposition sehr wohl wirksam sein. So enthält namentlich GewO. § 124^a dispositives Recht, d. h. hier: von den alternativen Voraussetzungen der aus wichtigem Grund statthaften Kündigung, nämlich Vereinbarung des Verhältnisses auf mindestens vier Wochen oder einer mehr als vierzehntägigen Kündigungsfrist, kann durch Abrede Umgang genommen werden. Wenn Privatdisposition eine vom Grunde unabhängige unbefristete Kündigung zu geben vermag (S. 617), so muß auf dem gleichen Wege um so mehr zu einer von „wichtigem Grunde“ abhängigen gelangt werden können. In Ansehung des Kündigungsgrundes würde damit für die Arbeitsverhältnisse der durch GewO. § 124^a betroffenen Personen die Ordnung geschaffen, welche nach BGB. § 626 für das generelle Dienstverhältnis besteht³. — Die Kündigungsbedingung, welche HGB. § 428 Abs. 2

¹ Vgl. Loewenfeld in Brauns Archiv III, 398—403 und BGB. § 544.

² In Betracht kommt nicht, daß für die Kündigung des kommerziellen Lehrverhältnisses wegen des Todes des Lehrherrn dieser Tod absolute Voraussetzung ist; ohne dieselbe kann von dieser Kündigung nicht die Rede sein. Ebenso kann für die Kündigung des Lehrherrn aus Anlaß der Erklärung über den bevorstehenden Berufswechsel des Lehrlings die Abgabe dieser Erklärung nicht entbehrt werden. HGB. § 77 Abs. 3. § 78 Abs. 1.

³ Nach v. Blume in Verwaltungsarchiv VII, 486 fg. besteht diese Ordnung schon von Rechts wegen; dies scheint auch Gewerbegericht VI, 121 Nr. 40 anzunehmen. S. dagegen und gegen das vermeintlich „unabweisbare Bedürfnis“ Frankenbergh in Soz. Praxis IX, 365 und Cuno in Gewerbe-

beim Frachtgeschäft aufstellt¹, unterliegt jeglicher Einwirkung der Übereinkunft, wogegen die im AuswG. § 28 für den Überfahrtsvertrag geltende² nicht zum Nachteile des Auswanderers aufgehoben oder verändert werden kann. Die in HGB. § 669 vorkommenden Kündigungsbedingungen für das Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See sind nicht gleichmäßig zu behandeln. Die zuletzt angeführte läßt sich wegpaktieren³, von den anderen kann dies nicht gelten. Hingegen steht nichts im Wege, das Kündigungsrecht zu erweitern, indem man es dem Verfrachter auch in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen verleiht. Dem Reisenden steht es nach HGB. § 667 in allen Fällen oder unbedingt zu; für ihn kann nicht von Erweiterung die Rede sein, nur die ihm obliegende Gegenleistung wird in den verschiedenen Fällen verschieden bemessen. Eine ähnliche Bewandnis hat es mit der unfreien Kündigung beim Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See. Die in HGB. § 629 angegebenen Voraussetzungen sind der Privatdisposition entzogen. Neben dieser unfreien steht nach §§ 580. 582 (vgl. 587. 589) dem Befrachter eine an keine Voraussetzung geknüpfte, insofern freie Kündigung zu. Diese verträgt eine Einengung durch Abrede.

IX. Von dem bisher behandelten Recht zu unbefristeter Kündigung, das auf dem Gesetz beruht, kann man das durch Privatdisposition verliehene unterscheiden. Zunächst muß man sich über den Sinn solcher Verleihung verständigen. Ein Recht zu unbefristeter Kündigung kann mittelst Privatdisposition einem Arbeitgeber oder einem Arbeitnehmer nur verschafft oder verliehen werden, wenn ihm nicht schon von Rechts wegen eine unbefristete Kündigung zukommt. Wer schon gesetzlich eine unbefristete Kündigung hat, kann solche nicht mehr durch Privatverfügung erlangen. Nun hat sich aber bei der Betrachtung der gesetzlich unbefristeten Kündigung

gericht V, 82, 83, ferner Gewerbebericht V, 101—103, vgl. v. Schulz in Brauns Archiv XI, 792 und Koehne, Arbeitsordnungen S. 204². Nach dem oben S. 544—45 Dargelegten ist die Fortgeltung von GewO. § 124^a authentisch festgestellt; mit demselben ist BGB. § 626 nicht vereinbar, demnach kann § 626 im Verhältnis zu GewO. §§ 123. 124 nicht subsidiär sein.

¹ „Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert“.

² „Falls die Verzögerung (der Beförderung) länger als eine Woche dauert“.

³ „Das Recht des Rücktritts steht auch dem Verfrachter zu . . ., wenn das Schiff hauptsächlich zur Beförderung von Gütern bestimmt ist und die Unternehmung unterbleiben muß, weil die Güter ohne sein Verschulden nicht befördert werden können.“

gezeigt, daß es kein Arbeitsverhältnis giebt, bei dem nicht wenigstens einer Partei eine solche Kündigung zusteht, und daß es nur wenige Arbeitsverhältnisse giebt, bei denen bloß eine Partei dieses Recht besitzt. Es entraten seiner nämlich nur der Unternehmer im Werkvertrag und der Frachtführer im Frachtvertrag zu Lande oder auf Binnengewässern. Der gegenteilige Eindruck (nämlich daß dies in größerem Umfang Platz greife) konnte der vorangehenden Darstellung dadurch entspringen, daß in den dort gegebenen Zusammenhängen nur von der unbefristeten Kündigung gegenüber manchen Personen, nicht auch von deren Kündigungsrecht zu sprechen war. Denn z. B. das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft, der Korrespondenthrheder oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. haben, wenn sie durch Dienstvertrag angestellt sind, auch ihrerseits unbefristete Kündigung (nach BGB. § 626 oder § 627); auch dem Schiffer kommt gegenüber dem Rheder eine unbefristete Kündigung zu; nur wirkt sie als solche nicht ohne Rücksicht auf die Zeit, wann sie abgegeben wird (HGB. § 551)¹; Schiffer und Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt, Floßführer und Floßmannschaft haben auch ihrerseits unbefristete, allerdings an gewisse Gründe gebundene Kündigung, und es ist nur die freie, welche hier allein dem Arbeitgeber zusteht.

Bleibt es dabei, daß nur der Unternehmer im Werkvertrag und der Frachtführer im genannten Frachtvertrag der unbefristeten Kündigung entraten, so kann auch nur ihnen solche Kündigung durch Privatdisposition verliehen werden. Wo man sonst — und das ist unzähligemal der Fall — von Ausbedingung, Verleihung, Verabredung unbefristeter Kündigung oder von Abbedingung der Kündigungsfrist spricht, da kann dies, weil schon ein Recht zu unbefristeter Kündigung vorhanden ist, nur in gewissem anderem Sinn gemeint sein. Durch eine solche Privatdisposition wird das ohnehin bestehende Recht zu unbefristeter Kündigung insofern ausgedehnt, als es von zeitlichen oder sachlichen Schranken befreit wird, die das Gesetz ihm gezogen hat (S. 604. 607/8). Damit wird das juristische Wesen der gangbaren, auf Übereinkunft beruhenden unbefristeten Kündigung zwar nicht erschöpft oder vollständig präzisiert, aber doch für den vorläufigen Gebrauch gekennzeichnet. Nehmen wir zur Erläuterung die am meisten vorkommende private Einführung unbefristeter Kündigung, Abschaffung

¹ Der auf unbestimmte Zeit angestellte Schiffer kann nach der Rückkehr in den Heimathafen und nach der Entlöschung des Schiffes unbefristet kündigen.

der Kündigungsfrist, den gewöhnlich so genannten Ausschluss der Kündigung (S. 562) unter Parteien, für deren Arbeitsverhältnis die GewO. und zwar deren vierzehntägige Kündigungsfrist gilt. Das Verhältnis sei auf unbestimmte Zeit eingegangen, und es sei ausgemacht oder durch Arbeitsordnung verfügt worden, daß es „keine Kündigung“ geben solle. Damit wird beiderseits auf die Einhaltung der gesetzlichen Frist verzichtet, also der von einer oder der anderen Partei ausgehenden, wann immer erfolgenden Kündigung ohne Rücksicht auf den Grund die Kraft beigelegt, das Arbeitsverhältnis zu endigen. Eine unbefristete Kündigung stand nun aber auch ohne jenen Ausschluss der Befristung jeder Partei von Rechts wegen zu, mit dem Unterschied, daß diese gesetzliche nicht ohne Rücksicht auf den Grundzustand, sondern abhing für den Arbeitgeber vom Dasein eines der in GewO. § 123, für den Arbeitnehmer vom Dasein eines der in § 124 angeführten Kündigungsgründe. Hiernach stellt sich die Ausschließung der vierzehntägigen Frist nicht als Neuverleihung des Rechts zu unbefristeter Kündigung dar, sondern als Ausdehnung des bereits vorhandenen mittelst Beseitigung gesetzlicher Schranken. Das Gleiche ist der Fall, wo das gesetzliche Kündigungsrecht nicht, wie im Beispiel, von speziellen Gründen, sondern vom generellen wichtigen Grunde abhängig ist. Solchenfalls trifft die Wegbedingung der Kündigungsfrist der ordentlichen Kündigung mit der Wegbedingung des wichtigen Grundes der außerordentlichen im Ergebnis zusammen: S. 617 oben.

Die Privatdisposition, die auf Wegräumung der Kündigungsfrist gerichtet ist, beseitigt nicht bloß sachliche, sondern auch mit denselben verbundene zeitliche Schranken der gesetzlichen unbefristeten Kündigung. Während ohnedies nach GewO. § 123 der Arbeitgeber aus den dort angeführten Gründen kündigen kann nur innerhalb einer Woche, seit er vom Grunde Kenntnis erlangt hat, kann er dies infolge jener Privatdisposition auch noch nach Ablauf der Woche; er kann nämlich jederzeit kündigen, und dem Grunde wird gar nicht nachgefragt.

Was immer im Leben als private Verleihung unbefristeter Kündigung erscheint, ist somit — von den S. 626 angeführten beiden Fällen abgesehen — juristisch d. h. seiner Rechtswirkung nach Modifikation und zwar Ausdehnung schon gesetzlich bestehenden Rechtes unbefristeter Kündigung. Von der Zulässigkeit solcher Privatverfügung, auch von der Unzulässigkeit der Ausdehnung des Kündigungsrechts nur zu Gunsten einer Partei ist nun bereits gehandelt worden bei Besprechung der von Rechts wegen bestehenden unbefristeten Kündigung. Was am systematisch gebotenen Ort (Nr. V—VIII) über

ihre Modifizierbarkeit gesagt worden ist, soll hier nicht wiederholt werden.

Indessen haben wir bereits bemerkt (S. 626 unten), daß die im Vorstehenden geäußerte Auffassung der durch Privatdisposition begründeten Unbefristetheit ihr juristisches Wesen nicht erschöpft. Es genügt schon eine geringe Bekanntschaft mit den wirklichen Vorgängen, um zu erkennen, daß Parteien, welche die Befristung ausschließen, damit nicht gemeint sind, ein ihnen bereits zustehendes Recht unbefristeter Kündigung zu erweitern, sondern ein ihrer befristeten Kündigung anhaftendes Hemmnis der Wirkung abzustreifen. Nicht Ausdehnung einer unbefristeten, sondern Entfristung einer befristeten Kündigung schwebt ihnen als Ziel vor. Den Effekt sofortiger Endigung des Arbeitsverhältnisses hat freilich die unbefristete Kündigung immer, ohne Unterschied der Disposition, durch die sie ihre Anwendbarkeit erlangt, d. h. einerlei, ob sie von gesetzlicher oder von privater Verfügung herrührt; nur ihre Voraussetzungen und damit ihr Anwendungsgebiet sind verschieden. Wenn danach die zuerst vorgetragene Auffassung, wie noch zu zeigen, nicht erschöpfend ist, indem erweiterte unbefristete und entfristete Kündigung nicht kongruent sind, und wenn jene Auffassung überdies nicht der Parteiintention entspricht, so muß die private Verleihung der unbefristeten Kündigung hier auch noch für sich behandelt werden. Sie kommt nunmehr zur Sprache als Modifikation nicht der gesetzlich unbefristeten, sondern der gesetzlich befristeten Kündigung.

Von diesem Standpunkt erhebt sich zuerst die Frage, ob die Rechtssätze, welche die gesetzliche Kündigungsbefristung regeln, auch in dem Grad nachgiebig seien, daß sie die Ausschließung jeglicher Befristung zulassen¹. Diese Frage muß man bejahen mit dem, dünkt uns, selbstverständlichen Vorbehalt, daß, insoweit Ungleichheit der Parteien bei privater Gestaltung der Kündigungsfrist unstatthaft ist, auch die Ausschließung der Kündigungsfrist nicht bloß für eine Partei erfolgen kann; denn dies würde die äußerste Imparität ergeben².

¹ Das Gegenteil der in Kap. 5 Nr. VIII. IX behandelten Frage.

² Es giebt jedoch ein paar Fälle, in denen befristete Kündigung nur einer Partei zusteht, wo daher die Entfristung sich nur auf eine Partei beziehen kann. Den einen bietet HGB. § 422 Abs. 1 Satz 2: der Lagerhalter kann bei unbestimmter Lagerzeit nur mit einmonatiger Frist kündigen. Wird diese Befristung wegbedungen, so wird dadurch der Lagerhalter hinsichtlich der Kündigung dem Einlagerer gleichgestellt, wogegen nichts eingewandt werden kann. — Einen anderen Fall bietet BGB. § 624. Die hier zulässige befristete Kündigung ist eine exceptionell zu Gunsten des Arbeitnehmers zugelassene. Sie steht ihm nach fünf Jahren der Vertragszeit zu, während

Wo die die Kündigungsfrist regelnden Gesetze anderweitiger Abrede (einschliesslich der in den Arbeitsvertrag übergelenden generellen Regelung durch Arbeitsordnung oder Tarifvertrag) ausdrücklich Raum lassen, sind sie nachgiebig gegenüber allen Arten der Vereinbarung, sowohl zeitweiliger Ausschliessung der befristeten Kündigung (z. B. Fixierung eines Termins für ihre Erlassung), als Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist, als Verkürzung derselben, und zwar bis auf Null, d. h. ihrer Ausschaltung. Ausdrücklichen Vorbehalt der Privatdisposition haben wir mit den Worten „wenn nicht ein anderes verabredet ist“ oder ähnlichen in GewO. § 122. § 133^a, BiSchG. § 20 Abs. 2, Bestimmungen, die vom beruflichen Arbeitsverhältnis der gewerblichen Gesellen und Gehülfen, der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker und des Binnenschiffers, sowie gemäss der Übertragung in GewO. § 134 Abs. 1 und BiSchG. § 25 Abs. 1 auch für die Arbeitsverhältnisse der Fabrikarbeiter und der Binnenschiffsmannschaft gelten.

Man hat denn auch nie daran gezweifelt, dass der Ausschluss der Kündigungsfrist bei allen diesen Verhältnissen vereinbart werden könne, und von dieser Möglichkeit wird in grossem Umfang bei den gewerblichen Arbeitsverhältnissen Gebrauch gemacht, sei es, weil der Arbeitgeber sich dem unerprobten Arbeitnehmer auch nur auf die Dauer der Kündigungsfrist nicht binden will, sei es, dass man von einem gekündigten aber nicht mit der Kündigung beendigten Arbeitsverhältnis Nachteile befürchtet¹, sei es, dass man die Konsequenzen von Änderungen in der Konjunktur (Ausbleiben von Bestellungen, Wechsel des Betriebsumfanges) oder im Arbeitsmarkt ungehemmt ziehen zu können wünscht². Die sehr grosse Zahl von Streitigkeiten, auch von gewerbegerichtlichen Prozessen, die sich um die unbefristete

der Arbeitgeber auch dann noch auf die unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde angewiesen bleibt. Dass die gesetzliche Frist durch Abrede verkürzt werden könne, ward S. 587 angenommen. Auch die Möglichkeit ihrer Wegbedingung wüfsten wir nicht zu bestreiten. Das Gesetz selbst hat eine Imparität der Parteien geschaffen, indem es den Arbeitnehmer bevorzugt. Es ist nicht ersichtlich, dass es eine Steigerung des Vorzugs verhindern wollte. — Trotz bestimmter Lehrzeit giebt es nach HGB. § 78 Abs. 1 und GewO. § 127^o Abs. 1 auf seiten des Lehrlings eine besonders zu motivierende befristete Kündigung. Es ist zwar höchst unwahrscheinlich, dass ein Lehrherr im voraus auf diese Befristung verzichten werde, aber es spricht nichts gegen die Möglichkeit.

¹ Soz. Praxis IX, 129/30. Hartenstein ebenda IV, 50 („Reibereien“).

² Vgl. Lage des Handwerks I, 267 (Schreinergerwerbe in Köln), IX, 422 (Baugewerbe in Breslau). Loewenfeld in Brauns Archiv III, 413. 414.

Kündigung drehen, betrifft daher keineswegs ihre Möglichkeit, sondern entweder die Frage, ob nicht bei der Entfristung eine unzulässige Verletzung der Parität erfolgt¹, oder die Frage, ob es in der That zur Ausschließung der Befristung gekommen sei². Und diese letztere Frage wird oftmals dadurch streitig, daß bei der erstmaligen Schließung des Arbeitsvertrags der Konsens über die Entfristung nicht zu voller Deutlichkeit gebracht worden ist³, oder daß nach Endigung der Vertragszeit später ein neuer Vertragschluß stattgefunden hat, bei welchem die Kündigung unerwähnt geblieben ist, oder endlich ein bestehendes Arbeitsverhältnis eine nicht ursprünglich vereinbarte Neuerung in einem wesentlichen Punkt erfährt, die es als neues erscheinen läßt, während bei dieser Neuerung der Kündigung nicht gedacht worden ist⁴. Der Ausschuß der Kündigungsfrist kann nach-

¹ z. B. Jahresbericht der preuß. Gewerberäte für 1899 S. 161: „In größere Lohnstreitigkeiten geriet ein Bauunternehmer mit den Arbeitern . . . wegen einer Bestimmung, wonach Arbeiter zwar jederzeit ohne Kündigung entlassen werden konnten, aber eine erhebliche Lohnverkürzung erlitten, wenn sie innerhalb der 14tägigen Lohnperiode ausschieden.“ S. auch Unger, Entscheidungen Nr. 69, I. II. Nr. 71, I. II. Denkschrift des Verbandes deutscher Köche an den Norddeutsch. Lloyd in Vorwärts vom 15. Juni 1899.

² Bei der Eingehung eines gewerblichen Arbeitsverhältnisses „zur Probe“ oder „probeweise“ wird nicht selten vereinbart, daß in der Probezeit keine Kündigungsfrist gelten solle (z. B. Werkstattordnung der Dachdeckermeister in Frankfurt a. M.: Lage des Handwerks I, 358; auch ohne Gebrauch jener Ausdrücke wird die Entfristung bisweilen auf eine gewisse Zeit vom Vertragsschluß an beschränkt: auf 14 Tage z. B. in der Arbeitsordnung von C. F. in Weinheim). Demgemäß wird von Gewerbegerichten in jener Vertragschließung „zur Probe“ die Ausschließung der Kündigungsfrist erblickt. Vgl. Unger, Entscheidungen Nr. 63. 64. Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerbl. Arbeiter S. 51. Bei der Deutung der „Probe“ kommt es auf die örtlich wechselnde Verkehrssitte an. Von solcher abgesehen kann die Vereinbarung von Probe mit bestimmter Dauer ebensowohl bedeuten, daß das Verhältnis während der Frist beiderseits fristlos gekündigt werden könne, als daß es in dieser Frist unkündbar sein und jeder Teil ein Recht auf die Durchführung der Probe haben solle. Und wird der Vertrag „probeweise“ geschlossen ohne Bestimmung der Probezeit, so bleibt die normale Ordnung der Kündigung aufrecht. Wegen der Probe beim Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen s. Staub, Komm. z. HGB. § 66 Anm. 4.

³ Man zweifelt nicht daran, daß die Ausschaltung der Kündigungsfrist zu den in die obligatorische (industrielle) Arbeitsordnung aufzunehmenden Bestimmungen gehört, obwohl GewO. § 134^b Nr. 3 „sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll“, nur die Aufnahme von Bestimmungen „über die Frist der zulässigen Aufkündigung“, sowie über die Gründe der unbefristeten Kündigung verlangt; „die Frist“ umfaßt eben auch deren Negation.

⁴ Vgl. z. B. Unger, Entscheidungen Nr. 55. Nr. 57. Nr. 58, I. II.

träglich auch ohne sonstige Änderung des Arbeitsverhältnisses erfolgen. Immer aber muß er auf Vereinbarung zurückgehen¹, es werde denn der Ausschluss in einer obligatorischen Arbeitsordnung erklärt. Nur auf diesem sonderrechtlichen Gebiet kann die in der Arbeitsordnung (oder einem Nachtrag) vom Arbeitgeber verfügte Entfristung zugleich mit der Arbeitsordnung (resp. dem Nachtrag) in Kraft treten und damit zum Inhalt schon bestehender Arbeitsverhältnisse werden, auch ohne daß es einer Zustimmung der Arbeitnehmer bedarf, und ohne daß ihr Widerspruch es zu hindern vermag (S. 231 zu ⁴. 233³.) Man kann auch nicht sagen, daß sie ihrerseits durch Nichtkündigung in der Zeit zwischen dem Erlaß und dem Geltungsanfang der Änderung ihre Zustimmung erklären, da es auf ihre Zustimmung nicht ankommt, indem weder ihr Widerspruch noch ihre z. B. nach acht Tagen geschehende Kündigung die Geltung der geänderten Arbeitsordnung (selbst für ihre Arbeitsverhältnisse) hintanhält, und diese Geltung nach dem Gesetze eintritt ohne Rücksicht auf die Länge der bisherigen Kündigungsfrist. Außerhalb der obligatorischen Arbeitsordnung hingegen ist keine Partei im stande, der anderen den Kündigungsausschluss zu oktroyieren. Er muß vielmehr vereinbart werden. Wird er von einer Seite proponiert, von der anderen reprobiert, so wird er nicht zur Vertragsbestimmung. Daß er ohne die Zustimmung des Arbeitnehmers durch dessen Verharren im Arbeitsverhältnis oder durch den Ablauf von vierzehn Tagen, damit auch im Fall des Widerspruchs des Arbeitnehmers zur Acceptation gelange, daß also dieser nur durch Aufhebung des Arbeitsverhältnisses sich einer ihm von der Gegenpartei zugemuteten Inhaltsänderung des Vertrags erwehren könne — ist eine Annahme, die gegen die Elemente der Vertragslehre und die Fundamente des Vertragsrechts verstößt und für die Kündigung bei Miete oder Darlehen wohl nie gemacht worden wäre². —

In den übrigen, Kündigungsfristen aufstellenden Gesetzen (BGB. §§ 621—623. HGB. §§ 66. 92) findet sich zwar kein ausdrücklicher Hinweis auf ihre Nachgiebigkeit, insbesondere im eben angeführten Grade³, und speciell für das Verhältnis des Handlungsgehilfen kann

¹ z. B. auch durch Tarifvertrag begründete: Gewerbegericht VII, 109. 110.

² Gleichwohl ist sie in gerichtlichen Entscheidungen vertreten worden: z. B. Unger, Entscheidungen Nr. 60. Nr. 61 (die Proposition der Entfristung kann nicht als bedingte, nämlich durch Ablehnung des Vorschlags bedingte Kündigung gedeutet werden), Gewerbegericht IV, 99 (die Redaktion ruft den Vorvertrag als Nothelfer an). Für die oben bekämpfte Ansicht Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 52.

³ Daß HGB. § 66 dispositiv ist, macht § 67 dadurch kenntlich, daß er

man die Entfristung durch HGB. § 67 Abs. 1 Satz 2 versagt finden. Indessen auf die Möglichkeit, die Kündigungsfrist auszuschließen, hatten diese wie die zuvor angeführten Gesetze darum keinen Anlaß einzugehen, weil sie ja an anderen Stellen selber eine unbefristete Kündigung verliehen haben. Der Gesetzgeber konnte das Bedürfnis unbefristeter Kündigung durch die von Haus aus, gesetzlich zustehende gedeckt finden, ohne daß er damit die Möglichkeit verschließen wollte, ein noch weiter gehendes Bedürfnis durch Privatdisposition zu befriedigen.

Und hiermit stoßen wir endlich auf die Frage, ob die durch Übereinkunft entfristete Kündigung sich nicht von der gesetzlich unbefristeten unterscheide, mag diese in ihrem gesetzlich bestimmten Umfang zustehen oder durch Privatdisposition ausgedehnt sein.

Ein Unterschied im Thatbestand findet sich freilich so wenig als einer in der Wirkung: stets haben wir es mit einer einseitigen Endbestimmung der Vertragszeit zu thun, durch welche das Arbeitsverhältnis alsbald, mit der Vollendung des Thatbestandes der Kündigung, geendigt wird. Ein Unterschied kann daher nur in den Voraussetzungen und folgeweise im Anwendungsgebiet bestehen. Eine entfristete d. h. erst durch Übereinkunft zur unbefristeten gewordene ist möglicherweise nicht immer anwendbar, wann doch die gesetzlich unbefristete zulässig ist. Die gesetzlich unbefristete (von der in BGB. § 623 Satz 1 abgesehen) hat darin stets etwas Außerordentliches, daß sie von der Unkündbarkeit unberührt bleibt, welche durch bloße Bestandsicherung, durch die natürliche Begrenzung oder durch eine vertragliche Endbestimmung hervorgebracht wird (S. 604 oben). Manche gesetzlich fristlose Kündigung verträgt eine Einengung, aber jede ist absoluten Rechts in dem Sinn, daß sie nicht ausgeschlossen, und trotz einer vertraglichen Endbestimmung, einer natürlichen Begrenzung oder sonstigen Bestandsicherung vorgenommen werden kann. Anders in der Regel die befristete Kündigung. Sie ist normalerweise unanwendbar, wo die Vertragszeit bestimmt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit befestigt worden ist. An diesem Charakter der ordentlichen befristeten Kündigung wird nicht dadurch etwas geändert, daß die Kündigungsfrist ausgeschaltet und damit der Kündigung eine sofort endigende Kraft verliehen wird. Eine Kündigung, die durch Privatdisposition befähigt worden ist, das

Schranken der Vertragsfreiheit zieht (S. 587. 592). Durch Wegbedingung der Kündigungsfrist würde nicht auch die in Abs. 2 gezogene Schranke entfernt werden: S. 633².

Arbeitsverhältnis fristlos zu endigen, wird hierdurch in ihrer Wirksamkeit, mit nichten auch in ihren Voraussetzungen alteriert. Wird also durch Übereinkunft die Befristung wegbedungen, so kann zwar mit dem Effekt alsbaldiger Endigung gekündigt werden, wie wenn in Anwendung des gesetzlichen Kündigungsrechts etwa aus einem wichtigen Grunde gekündigt würde. Wo aber mangels dieser oder einer anderen gesetzlichen Voraussetzung die gesetzlich unbefristete Kündigung nicht statthaft wäre, ist die entfristete Kündigung anwendbar nur, wenn es auch die befristete sein würde, nämlich nur bei unbestimmter Vertragszeit. Mit anderen Worten: wo temporäre Unkündbarkeit durch hierauf gerichtete Vereinbarung oder Gesetz, durch natürliche Begrenzung oder vertragliche Endbestimmung begründet worden ist, da ist regelmäÙig wie die befristete so auch die entfristete Kündigung ausgeschlossen, während die gesetzlich unbefristete durch solche Unkündbarkeit nicht behindert wird¹. Diese Differenz hängt damit zusammen, daß die entfristete eine ursprünglich befristete, nur durch Privatdisposition der Befristung entkleidete ist. Ist doch selbst die ordentliche unbefristete Kündigung, welche BGB. § 623 Satz 1 gewährt, nach § 620 Abs. 2 ebenso wie die ordentlichen befristeten Kündigungen (§§ 621. 622) an die Voraussetzung gebunden, daß „die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist“.

Ist ferner zwar die Kündigungsfrist ausgeschlossen, aber die Kündbarkeit so geregelt worden, daß die Kündigung nur an einem gewissen Tag (z. B. Zahltag) erfolgen kann, so ist diese vertragsmäÙig unbefristete Kündigung trotz ihrer Unbefristetheit nur an jenem Tage möglich, während die gesetzlich unbefristete auch auÙer dieser Zeit ergehen kann, wenn sie freisteht oder ihr Grund gegeben ist². — Wer gemäÙ dem Vertrag unbefristet kündigen könnte und mit Frist

¹ z. B. hat nach BiSchG. § 20 Abs. 4. § 25 Abs. 2 der Schiffer wie der Schiffmann in der Binnenschifffahrt nach Antritt einer Reise die Pflicht, „bis zur Beendigung der Reise und zur Entlöschung des Schiffes im Dienste zu bleiben, es sei denn, daß ein den sofortigen Austritt rechtfertigender Grund vorhanden ist“. Ohne solchen Grund kann er, auch wenn (wie nach § 20 Abs. 2. § 25 Abs. 1 möglich: S. 629) die Befristung durch Übereinkunft ausgeschlossen worden ist, in jener Zeit gesetzlicher Unkündbarkeit nicht unbefristet kündigen.

² Wenn es in HGB. § 67 Abs. 2 und GewO. § 133^{aa} Abs. 2 heißt: „Die Kündigung kann nur für den Schluss eines Kalendermonats zugelassen werden,“ so gilt dies nach Wortlaut und Stellung dieser Vorschrift nicht bloÙs von befristeter Kündigung. Sollte Entfristung zulässig sein, so bliebe die Kündigung doch an den durch Abs. 2 vorgeschriebenen Termin gebunden.

gekündigt hat unter Zustimmung des Empfängers der Kündigung, kann nicht mehr auf die entfristete Kündigung zurückgreifen, weil nunmehr vertragliche Endbestimmung gesetzt ist, wogegen er aus wichtigem Grund von Rechts wegen unbefristet auch jetzt noch kündigen kann. — Wem eine von Rechts wegen unbefristete Kündigung zu Gebot steht, kann seiner Kündigung eine Befristung beifügen; dagegen vermag, wer vertragsmäßig befugt ist, unbefristet zu kündigen, nicht ohne Zustimmung des Gegners befristet zu kündigen (S. 600—602)¹.

Der Hauptunterschied von gesetzlich und vertraglich unbefristeter Kündigung besteht im Umfang ihrer Anwendungsgebiete. Jedoch ist dieser Unterschied dispositiven Rechts. Die Abrede, durch welche die Befristung eliminiert wird, trifft zwar zunächst nur die Wirkung der Kündigung. Indessen sind die Parteien nicht behindert, ihre Übereinkunft auch auf die Voraussetzungen zu erstrecken. Soll eine entfristete Kündigung nicht bloß in der Promptheit ihrer Wirkung, sondern auch im Umfang ihrer Anwendbarkeit der gesetzlich unbefristeten Kündigung gleichstehen, so muß dies bei der Entfristung besonders ausgemacht worden sein. Die bloße Abrede, daß jederzeit gekündigt werden könne oder eine Kündigungsfrist nicht einzuhalten sei u. dgl., gestattet nicht die unbefristete Kündigung in einer Zeit, da auch mit Befristung nicht würde gekündigt werden können.

Danach ist insbesondere die Frage nach der Kündbarkeit eines Arbeitsverhältnisses vor Vollendung einer Akkordarbeit für die entfristete Kündigung die nämliche wie für die befristete. Die Antwort auf diese in der gewerbegerichtlichen Judikatur mit Bezug auf die Entfristung und den Akkord erörterte Frage² richtet sich nur nach der natürlichen Begrenztheit des gegebenen Arbeitsverhältnisses. Denn weder setzt die natürliche Begrenzung einen Akkord voraus, da sie auch beim Zeitlohnvertrag vorkommen kann (S. 526/27), noch begründet jeder Akkord ein natürlich begrenztes Arbeitsverhältnis (S. 527—30). Vom Dasein oder Fehlen der natürlichen Begrenzung eines Arbeitsverhältnisses und damit der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit seiner Vertragszeit hängt es ab, ob eine befristete und darum auch eine entfristete Kündigung unstatthaft oder statthaft ist. Man muß sich daher gegenüber vertraglichem Ausschluss der Kündigungsfrist zunächst die Frage vorlegen, ob ohnedies befristet gekündigt werden könnte. Falls diese Frage zu bejahen ist, wie bei vielen gewerblichen Arbeits-

¹ Einige fernere Unterschiede werden in geeigneterem Zusammenhang (unten S. 645 al. 1. 647 oben) angeführt werden.

² Soziale Praxis VIII, 1251—54. X, 845. Gewerbegericht V, 114—16. Unger, Entscheidungen Nr. 12.

verhältnissen zutrifft, ist auch die entfristete Kündigung anwendbar. Im entgegengesetzten Falle ist diese ausgeschlossen, sie sei denn eigens vorbehalten worden¹; der Ausschluss der Kündigungsfrist ist allein nicht hinreichend, weil er nur die Befristung wegräumt, dagegen die von der Kündigung vorausgesetzte Unbestimmtheit der Vertragszeit unberührt läßt.

Siebentes Kapitel.

Rechtsfolgen der Endigung.

I. Die bisherige Betrachtung der Vertragszeit hat gezeigt, daß die Regelung ihrer Endigung die meisten Probleme stellt und den größten Teil des juristischen Interesses der Vertragszeit in Anspruch nimmt. Diese Erscheinung hängt zunächst äußerlich damit zusammen, daß die Kündigung, dieses mannigfaltige Gebilde, das bei jedem Punkt einer Erörterung der Vertragszeit zum Vorschein kommt, eine Endbestimmung derselben, d. h. ein nur für das Ende, nicht für den Anfang und nicht für den Bestand des Arbeitsverhältnisses erheblicher Vorgang ist. Sodann beruht das Vorwalten der Endigung, welcher sich die Betrachtung der Vertragszeit überwiegend zuwenden mußte, innerlich darauf, daß das Ende der Vertragszeit eine Reihe wichtiger Rechtswirkungen auslöst. Es ist aber die Feststellung dieses Endes, die Kenntnis seiner Voraussetzungen bedeutungsvoll nicht bloß wegen dieses positiven Effektes, des Eintritts der gedachten Rechtswirkungen, sondern auch darum, weil die Verneinung der Endigung hier keine bloße Negation ist. Das Nichtdasein des Endes ist gleichbedeutend mit der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses. Die Endigung ist daher auch um ihrer Kehrseite willen relevant und untersuchungsbedürftig, und ein großer Teil der Streitigkeiten, die auf Arbeitsverhältnisse Bezug haben, besteht darin, daß eine Partei den Eintritt des Endes, die andere die Fortdauer behauptet, und letztere daher die ihr aus dem bestehenden Arbeitsvertrag zukommende Leistung oder

¹ Das Gegenteil solcher besonderen Zulassung ist die Bestimmung einer Arbeitsordnung, welche lautet: „Akkordarbeiter haben die angefangene Arbeit ordnungsmäßig fertigzustellen und abzuliefern und werden auch dann erst entlassen.“ Durch eine solche Bestimmung wird zwar die Befristung ausgeschaltet; aber durch Beschränkung der entfristeten Kündigung auf den Tag der Vollendung der Akkordarbeit wird verhindert, daß vorher unbefristet gekündigt werden könne, selbst wenn natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses nicht anzunehmen ist, weil der gegebene Akkord dasselbe nicht erschöpft (S. 528).

deren Surrogat in Anspruch nimmt. Fast immer und naturgemäß geht ein solcher Streit aus faktischer Aufhebung des Arbeitsverhältnisses hervor und mit faktischem Nichtbestand desselben einher. Wo nun dieser thatsächliche Zustand ein nicht rechtmäßiger ist, nämlich vor dem Ende der Vertragszeit verwirklicht wird, gehört er nicht in eine Betrachtung der Vertragszeit, und die Angabe der Rechtsfolgen dieser Unrechtmäßigkeit muß in einem anderen Zusammenhang (in Bd. II) vorgenommen werden¹.

Hingegen von den Rechtsfolgen, die sich an die Endigung der Vertragszeit knüpfen, wird in diesem Kapitel eine Übersicht zu geben sein. Einige sind als aus dem Arbeitsvertrag erwachsende, obwohl nicht notwendig in ihm vorgesehene schon S. 243. 244 erwähnt worden. Für den Eintritt jener Rechtsfolgen ist es im allgemeinen gleichgültig, worauf die Endigung zurückzuführen ist, ob unmittelbar auf Gesetz, auf Vereinbarung (nämlich natürliche Begrenzung oder vertragliche Endbestimmung), oder auf Kündigung. Diese Unterschiede kommen nur für einzelne Rechtsfolgen in Betracht.

II. Die Endigung der Vertragszeit trifft stets beide Seiten des Arbeitsverhältnisses, nämlich beide Parteien und beide Leistungen. Es kann nicht in Ansehung der einen Partei oder Leistung aufgehoben sein, in Ansehung der anderen fort dauern (vgl. S. 541). So unsymmetrisch wirkt auch nicht die einseitige Endbestimmung oder Kündigung. Die Zweiseitigkeit der Endigung bedeutet, daß sowohl Recht auf und Pflicht zur Arbeit als auch Recht auf und Pflicht zur Vergütung zu Ende gehen und gleichzeitig zu Ende gehen. Das Arbeitsverhältnis ist, wie wir früher (S. 148—50) gesehen haben, ein Entgeltverhältnis der von den Parteien einander zu machenden Leistungen. Ihre logische, ökonomische und rechtliche Verkettung besteht und vergeht für beide Glieder. Die Endigung des Arbeitsverhältnisses bedeutet in Ansehung der Arbeit, daß der Arbeitnehmer von nun ab nicht mehr zur Arbeit verpflichtet ist, nicht ferner Arbeit zu leisten hat. Durch diese Entscheidung wird die Arbeitspflicht, die ihm bis dahin oblag, mag sie erfüllt worden sein oder

¹ Den Unterschied von rechtmäßiger und unrechtmäßiger Endigung des Arbeitsverhältnisses kann es vom juristischen Standpunkt nicht geben (S. 59¹ und ²). Ein Rechtsverhältnis besteht, solange es nicht rechtmäßig aufgehoben ist, und eine Rechtswirkung kann nicht unrechtmäßig sein, wohl aber ein Thatbestand, wie Kündigung, Entlassung, Austritt. Demgemäß ist im Folgenden wie im Vorausgehenden bei Endigung nur an rechtliches Ende gedacht.

nicht, unberührt gelassen, d. h. über die bisher zu leistende Arbeit nichts ausgesagt. Dem Arbeitnehmer, der von nun ab nicht mehr zur Arbeit verbunden ist, ist der Arbeitgeber von nun ab nicht mehr zur Leistung der Vergütung verpflichtet. Die Vergütung ist als Entgelt vereinbart, ist die Arbeit zu entgelten bestimmt. Ist keine Arbeit mehr zu leisten, so ist auch keine fernere zu entgelten, daher keine Verpflichtung zur Vergütung mehr vorhanden. Durch diese Entscheidung wird die Vergütungspflicht hinsichtlich bisher zu leistender oder geleisteter Arbeit nicht berührt. Die Pflicht zur Entrichtung der verdienten Vergütung (oder ihres Surrogates: S. 149¹) wird durch die Endigung der Vertragszeit so wenig aufgehoben, daß sie vielmehr durch diese Endigung zur Fälligkeit gebracht wird (S. 368 fg.).

Von dem Satze, daß die Endigung der Vertragszeit zweiseitig ist, giebt es einige, aber nur scheinbare Ausnahmen, Fälle, in denen die Verpflichtung zur Vergütung trotz jener Endigung fortzubestehen scheint. Man trifft diese Phänomene nur bei der Endigung durch unbefristete Kündigung und fast nur bei der vom Arbeitgeber ausgehenden. Daß nach der Endigung eines Arbeitsverhältnisses eine Partei der anderen noch zu einer Leistung verpflichtet sein¹ oder durch die Endigung zu einer Leistung verpflichtet werden könne², wird hier nicht in Abrede gestellt; nur daß der Arbeitgeber nach der von ihm erlassenen unbefristeten Kündigung ferner zur Entgeltleistung verpflichtet sei, wird als der Endigung des Arbeitsverhältnisses widerstreitend hier verneint.

Die erwähnten scheinbaren Ausnahmen werden vorzüglich geboten durch BGB. § 27 Abs. 2. HGB. § 52 Abs. 1. § 231 Abs. 3. § 492 Abs. 2, wo erklärt wird, daß die Bestellung zum Vorstand eines Vereins, zum Prokuristen, zum Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, zum Korrespondenthrheder jederzeit widerruflich sei „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung“. Der hier genannte Widerruf hebt die durch die Bestellung verliehene Vertretungsmacht auf (vgl. BGB. § 26 Abs. 2 und oben S. 225); aber nicht bloß diese, sondern auch die etwa durch die Bestellung be-

¹ BGB. § 617: „Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht,“ d. h. trotz der Beendigung besteht des Arbeitgebers Verpflichtung zu Krankenpflege und ärztlicher Behandlung weiter.

² Von diesen Rechtsfolgen der Endigung wird unter Nr. IV. V. die Rede sein.

gründete Arbeitspflicht¹. Zwar wenn schon vor der Bestellung eine Arbeitspflicht begründet war, sei es durch Satzung oder Gesetz (BGB. §§ 1356 Abs. 2. 1617), sei es durch Vertrag, etwa einen Arbeitsvertrag (z. B. beim Handlungsgehülften), so endigt mit dem Widerruf der Bestellung die Arbeitspflicht nicht (vgl. S. 224). Wohl aber endigt sie in den zahlreichen Fällen, wo mit der Bestellung oder durch sie die Arbeitspflicht begründet wird. Dafs dies im Sinn der angeführten Gesetze liegt, geht schon daraus hervor, dafs sie den Widerruf wirken lassen unbeschadet des Vergütungsanspruchs, nicht unbeschadet der Arbeitspflicht, also diese nicht aufrechterhalten. Wo die mit der Bestellung oder mit Bezug auf die Bestellung begründete Arbeitspflicht gegen Zusage einer Vergütung übernommen, also ein Arbeitsverhältnis begründet wurde², bildet der Widerruf der Bestellung auch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses, indem er die Arbeitspflicht endigt und damit der Verpflichtung zur Vergütung ein Ende macht³.

Wenn es nun aber in den vorhin citierten Stellen heifst, dafs der Widerruf „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäfsige Vergütung“ zulässig sei, so ist gewifs selbstverständlich, dafs, ein Arbeitsverhältnis vorausgesetzt, der Anspruch auf Vergütung für die bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses geleistete Arbeit durch die Endigung nicht geschädigt d. h. vermindert oder aufgehoben wird. Das erscheint schon darum selbstverständlich, weil es von allen Arbeitsverhältnissen, die gekündigt werden, gesagt werden kann. Denn wenn z. B. nach BGB. § 626 das Dienstverhältnis aus wichtigem Grunde von einer Partei gekündigt wird, so geschieht das „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäfsige Vergütung“ im eben angegebenen Sinn⁴; und wenn ein Bäckergehülfe oder ein Maurergeselle nach GewO. § 123 entlassen wird, so erfolgt diese Entlassung gerade so wie die eines Vereins- oder Aktiengesellschaftsvorstandes „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäfsige Vergütung“. Hiernach ist nicht anzunehmen,

¹ Pflicht zur „Geschäftsführung“: BGB. § 27 Abs. 3. HGB. § 241 Abs. 1. § 498.

² Vgl. oben S. 249² 289². 296.

³ Allerdings hat, wie Staub, Kommentar zu HGB. § 231 Anm. 16, sagt, „der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitgliede (einer Aktiengesellschaft) mit der sofortigen Kündigung des Dienstverhältnisses begrifflich nichts zu thun“. Allein, trotz Sonderung der Begriffe ist vom Widerruf der Bestellung das Ende der Arbeitspflicht (Pflicht zur Geschäftsführung) nicht zu trennen, d. h. hebt jener Widerruf mit der Bestellung auch die Arbeitspflicht auf, welche mit der Bestellung oder mit Bezug auf diese begründet wurde. Das Ende der Arbeitspflicht zieht aber das der Vergütungspflicht mit sich.

⁴ ausgenommen den Fall in § 628 Abs. 1 Satz 2: unten S. 644.

dafs diese Worte in den vorhin citierten Stellen nur etwas Allgemeingültiges, insofern Selbstverständliches haben anordnen wollen. Wenn sie daher nicht blofs haben bestimmen wollen, dafs die Rückziehung der Vertretungsmacht ein etwa zwischen dem Widerrufenden und dem Bestellten bestehendes Arbeitsverhältnis nicht berühre — und wenn sie blofs das wollten, dann hätten sie lauten müssen: unbeschadet der Arbeitspflicht, da diese bei der Bestellung begründet zu werden und folglich mit der Vertretungsmacht aufzuhören pflegt — so können sie nur beabsichtigt haben, dem Empfänger des Widerrufs etwas zuzuwenden, worauf er ohnedies, d. h. ohne das Gesetz keinen Anspruch haben würde. Wo der Widerruf als Kündigung wirkt, indem er der Arbeitspflicht des Empfängers und der Vergütungspflicht seines Urhebers für die Folge ein Ende macht, soll der Empfänger den „Anspruch auf die vertragsmäfsige Vergütung“ behalten. Da er nun aber nicht mehr zur Arbeit verpflichtet ist, so kann er keinen Entgelt anzusprechen haben. Was ihm unter dem Titel „vertragsmäfsigen Anspruchs auf die Vergütung“ verliehen wird, kann gewisse Eigenschaften mit seinem vertragsmäfsigen Anspruch gemein haben, mufs aber im Grunde ein Entschädigungsanspruch sein (S. 135². 149¹⁻²), nämlich Anspruch auf Ersatz des Entgeltes, der bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erlangt worden wäre¹.

Und die gleiche Entscheidung ist zu treffen bei der „Vergütung“, die das Gesetz im Fall der Kündigung des Werkvertrags in BGB. § 649 dem Arbeitnehmer zuwendet². Wieder ist die durch die Kündigung bewirkte Endigung eine zweiseitige: sie hebt die Arbeitspflicht und hebt die Vergütungspflicht auf. Das Gesetz erkennt auch nicht, wie in § 645 und § 650, einen Anspruch des Arbeitnehmers auf „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“ an, — das würde Entgelt sein. Vielmehr wird dem Umfang der geleisteten Arbeit nicht nachgefragt und schon insofern die zu entrichtende „vereinbarte Vergütung“ nicht als Entgelt der Arbeit behandelt. Es kann nämlich der Arbeitnehmer die „vereinbarte Vergütung“ verlangen, mag er nichts, wenig oder viel an dem bestellten Werke

¹ Demgemäfs haben auch die den §§ 231 Abs. 3. 492 Abs. 2 HGB. entsprechenden Artikel 227 Abs. 3. 459 Abs. 2 ADHGB. gelautet: „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“ und „unbeschadet der Rechte auf Entschädigung aus bestehenden Verträgen“, woran also nur eine stilistische Verbesserung vorgenommen wurde.

² Ebenso bei den S. 298 unter 2 und 3 genannten qualifizierten Verlagsverträgen: „Der Anspruch des Verfassers auf die Vergütung bleibt unberührt“, wenn der Verleger nach Verlagsges. § 18 das Vertragsverhältnis kündigt.

gearbeitet haben. Und diese „Vergütung“ erweist sich als Ersatz des für die Arbeit zu entrichtenden Entgeltes auch dadurch (S. 147), daß von ihr als Schaden mindernd in Abzug kommt, was der Arbeitnehmer an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Arbeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Wenn z. B. der anderweitige Erwerb der vereinbarten Vergütung fast gleichkommt, so braucht von dieser fast nichts entrichtet zu werden, weil dann der Arbeitnehmer durch die Endigung des Arbeitsverhältnisses fast keinen Schaden erleidet. Solchen Charakter hat im Grunde hier die „vereinbarte Vergütung“, und dieser Ausdruck deutet daher keineswegs auf Fortdauer der Vergütungspflicht oder auf Einseitigkeit der Endigung des Arbeitsverhältnisses.

Nach HGB. § 63 Abs. 1 behält der Handlungsgehilfe, welcher „durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert“ wird, „seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt“. Wenn nun aus dem angegebenen Grunde unbefristete Kündigung des Arbeitgebers erfolgt, „so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehülfen nicht berührt“. (HGB. § 72 Abs. 2). Dieser nach der Endigung des Arbeitsverhältnisses zustehende „Anspruch auf Gehalt und Unterhalt“ ist, insofern nicht dadurch eine Arbeitsleistung entgolten wird, nicht ein Entgeltanspruch, obwohl ihm gewisse Garantien eines solchen zu gute kommen (S. 149. 404. 405)¹. — Das Nämliche gilt vom „Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen“, welcher nach GewO. § 133^c Abs. 2 für die höheren Angestellten des Gewerbes in Kraft bleibt, denen wegen Verhinderung durch unverschuldetes Unglück unbefristet gekündigt worden ist².

Was an diesen und vorher an Stellen gezeigt worden ist, welche von „Vergütung“ überhaupt sprechen, das braucht nicht noch nachgewiesen zu werden für Stellen, in denen besonders benannte Vergütungen (Fracht, Heuer, Überfahrtsgeld) vorkommen, die nach der Endigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu leisten

¹ Weil er kein Entgeltanspruch ist, kann die Anrechnung von Kranken- und Unfallgeld in Frage kommen, von welcher § 63 Abs. 2 erklärt, daß sie der Handlungsgehilfe nicht zu dulden braucht.

² Da auch diese Leistung Ersatz ist für Entgelt, welcher bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses verdient worden wäre, so muß der Anspruch aufhören mit der Zeit, da ohne die Kündigung infolge vertraglicher Endbestimmung die Vertragszeit zu Ende gegangen wäre. S. auch Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze, zu GewO. § 133^c Anm. 13 al. 2. — Der Abzug gesetzlicher Kranken- und Unfallgelder wird im vorliegenden Fall durch GewO. l. c. verfügt im Gegensatz zu Anm. 1.

sind¹. Allenthalben handelt es sich nicht um Entgelt (mögen gleich mehrere für den Entgelt aufgestellte Rechtssätze anwendbar sein²), sondern um Ersatz entgehenden Entgeltes.

III. Von den Rechtsfolgen der Endigung des Arbeitsverhältnisses sind die für die theoretische Erörterung und wohl auch für das Interesse der Parteien nächstliegenden diejenigen, die sich auf die Vergütung beziehen. Regelmäßig wird infolge jener Endigung und mit dem Ende der Vertragszeit der Anspruch auf die Vergütung fällig (S. 368—71). Diese Fälligkeit tritt auch ein für die Vergütung, welche der Arbeitnehmer gestundet oder der Arbeitgeber in Ausübung eines generell ausbedungenen Einbehaltungsrechts noch nicht entrichtet hat. Sie kann nur dadurch hintangehalten werden, daß der Arbeitnehmer darauf verzichtet hat, die schuldige Vergütung am Ende der Vertragszeit zu bekommen. Das ist dann keine gewöhnliche Stundung, nämlich Aufschub über die Zahlungszeit, sondern Aufschub über das Ende der Vertragszeit. — Wenn das Ende der Vertragszeit zugleich Abbruch des Arbeitsverhältnisses ist, so kompliziert sich die Bestimmung des Umfangs der dann fällig werdenden Vergütung. Unter diesem Abbruch wird hier verstanden die Endigung des Zeitlohnverhältnisses im Lauf des lohnmessenden Zeitabschnitts oder die Endigung des Akkordverhältnisses im Lauf des lohnmessenden Arbeitsergebnisses, d. h. vor Vollendung der Arbeit, für welche der Lohn oder Lohnsatz bestimmt ist. Solcher Abbruch beeinflusst den Umfang der Vergütung verschieden bei Zeitlohnvertrag und Akkord, ist daher bei der gesonderten Behandlung der zwei Grundformen (in Bd. II) näher zu betrachten.

Auf gleicher Stufe wie die Vergütung steht hier der Ersatz von Auslagen oder Aufwendungen des Arbeitnehmers, d. h. auch die Entrichtung dieses Ersatzes wird mit dem Ende der Vertragszeit fällig, einerlei, ob der Ersatz in der Vergütung begriffen oder außerdem zu leisten (S. 139. 140), und einerlei, ob der Ersatz besonders zugesagt oder auch ohnedies zu entrichten ist (S. 137. 138). Dafür, daß die Pflicht zum Auslagenersatz gleich der zur Entrichtung des Entgeltes (es sei denn anders verabredet) spätestens mit dem Ende der Vertragszeit fällig wird, läßt sich auch geltend machen, daß der

¹ HGB. §§ 548. 580. 582 Abs. 1. 584. 667. BiSchG. § 34. SeemO. §§ 54 Abs. 3. 59. 60.

² Oben S. 149; nachzutragen HGB. § 674: das Pfandrecht wegen des Überfahrtsgeldes erstreckt sich auch auf das nach § 667 zu zahlende. Auch hinsichtlich der Verjährung ist der Ersatz des Entgeltes dem Entgelte selbst gleich zu behandeln.

Anspruch auf Auslagenersatz nach Beginn und Dauer der Verjährungsfrist dem Anspruch auf die Vergütung gleich behandelt wird¹. —

Der Anspruch auf den Betrag der Vergütung, den ganzen oder einen Teil, sowie der Anspruch auf den zum Ersatz der Auslagen bestimmten Betrag, den ganzen oder einen Teil, wird mit dem Ende der Vertragszeit nicht blofs fällig, sondern gewissermaßen erst existent, wenn er dem Arbeitgeber zusteht. Und dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den einen oder den anderen Betrag im voraus entrichtet hat, und am Ende der Vertragszeit die durch den Vorschuss zu entgeltende Arbeit nicht (resp. nicht ganz) geleistet oder die mittelst des Vorschusses zu ersetzende Auslage nicht (resp. nicht ganz) gemacht worden ist. Am Ende der Vertragszeit ist die bis dahin nicht verdiente pränumerierte Vergütung und der (für die Auslagen) nicht verbrauchte Auslagenvorschuss zurückzuerstatten. Beiderlei Rückerstattungsanspruch wird in BGB. § 196 Nr. 8. 9. 16 und § 201 in Hinsicht auf Beginn und Dauer der Verjährungsfrist den Ansprüchen des Arbeitnehmers auf die Vergütung und den Auslagenersatz gleichgehalten, was unserer Annahme gleichen Einflusses des Endes der Vertragszeit entspricht.

Die Rückerstattungspflicht des Arbeitnehmers in Ansehung des unverdienten oder unverbrauchten Pränumerierten wird in den Quellen fast nur beim Dienstvertrag geregelt, obwohl die erwähnten Vorauszahlungen bei nicht wenigen anderen Typen des Arbeitsvertrags vorkommen und daher auch dort zur Frage nach der Rückerstattung Anlaß geben können². Die beim Dienstvertrag gegebene Regelung der Rückerstattungspflicht (BGB. § 628 Abs. 1 Satz 3) ist nicht erschöpfend, denn

1. bezieht sie sich blofs auf die Rückerstattung der Vergütung, wahrscheinlich auch der den Auslagenersatz begreifenden Vergütung (S. 140 al. 1), nicht auch des separaten Auslagenvorschusses, welcher nicht selten anzutreffen und dessen Vorkommen beim Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, in § 670 (§ 675) vorgesehen ist (S. 142 Nr. 3). Die Rückerstattung dieses Vorschusses erfolgt nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung: § 812 („wenn der rechtliche Grund später wegfällt“), § 818;

2. bezieht sie sich nach dem Zusammenhang nur auf eine Art der Endigung der Vertragszeit, nämlich die unbefristete Kündigung aus § 626 oder aus § 627; in diesen Fällen wird die Leistung der

¹ BGB. § 196 Nr. 1. 3. 4. 7—12. 13—15 und § 201.

² S. oben S. 366. 367. 387—92.

Rückerstattung bald nach § 347, bald nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung geregelt. Diese Vorschriften, und nur diese, müssen aber auch zur Anwendung kommen, wenn nach Pränumeration von Vergütung oder Auslagenersatz das Dienstverhältnis auf andere Art als durch die erwähnten Kündigungen geendigt wird. Es findet Rückerstattung des unverdienten oder unverbrauchten Vorschusses statt auch in den Fällen der befristeten oder unbefristeten Kündigung der §§ 621—624, sowie der vertraglich entfristeten Kündigung, und ebenso, wenn das Dienstverhältnis durch vereinbarte Endbestimmung oder durch natürliche Begrenzung sein Ende findet.

Die Rückerstattungspflicht auf den Dienstvertrag des BGB. zu beschränken, ist kein Grund vorhanden. Sie ist vielmehr für beiderlei Vorauszahlung auch bei anderen Arbeitsverträgen anzunehmen, sobald das Arbeitsverhältnis auf eine der in diesem Abschnitt erörterten Weisen zu Ende geht; man denke z. B. an den Werkvertrag (etwa den, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat), Mäklervertrag, entgeltlichen Verwahrungsvertrag, Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen oder des Schiffers, den gewerblichen Arbeitsvertrag¹. Jedoch ist bei allen oder bei manchen Typen des Arbeitsvertrags auf folgende Schranken der Rückerstattungspflicht zu achten:

1. Es giebt nicht wenige Fälle, in denen aus einer gewissen Endigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer ein Entschädigungsanspruch gegen den Arbeitgeber erwächst. Hier kann die Rückerstattung des Pränumerierten durch die Kompensation mit dem Schadensersatz gegenstandslos werden. Wo insbesondere Gesetze den Schadensersatz dadurch verleihen, daß sie dem Arbeitnehmer die Vergütung zusprechen, auch soweit sie nicht Entgelt geleisteter Arbeit ist (S. 639. 640), kann die zurückzuerstattende durch die als Ersatz vom Gesetz zugebilligte Vergütung aufgewogen und demnach behalten werden². Einen solchen Zusammenhang finden wir in

¹ Beim Beförderungsvertrag des Auswanderers hat dieser bei einer gewissen Verzögerung der Beförderung „das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten und die Rückerstattung des gezahlten Überfahrtsgeldes zu verlangen“: AuswG. § 28. EisenbahnVO. § 14 Abs. 1 („die Fahrt zu unterlassen und das bezahlte Fahrgeld zurückzuverlangen“). § 20 Abs. 1 („das etwa bezahlte Fahrgeld einschließlich der Gepäckfracht zurückzugeben“). Vgl. auch den S. 392^b citierten Bericht der Arbeitsnachweiskonferenz S. 48.

² Vgl. S. 363². Das würde z. B. bei BGB. § 649 eintreten können. Die Vergütung „verlangen“ heißt dann sie behalten. Vgl. S. 366 zu ⁴.

SeemO. § 59 Abs. 1 ausgesprochen¹. Anderwärts liegt er unausgesprochen vor².

2. Es kann bei einer Pränumeration (von Vergütung, Auslagenersatz oder beidem) vereinbart werden, daß Rückerstattung gar nicht³ oder nur in gewissem Maße, oder nur bei gewisser Endigung der Vertragszeit zu erfolgen brauche. Die Pflicht zur Rückerstattung unterliegt nach Dasein, Voraussetzung und Umfang in der Regel der Privatdisposition⁴.

Nicht eine Beschränkung, sondern eine Ausdehnung der Rückerstattungspflicht liegt darin, daß, soweit der Anspruch auf die Vergütung erlischt, die pränumerierte Vergütung zurückzuerstatten ist, obwohl die durch sie zu entgeltende Arbeitsleistung vorgenommen worden ist. Ein solches Erlöschen des Anspruchs kann sich darauf gründen, daß das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeit hinterher wegfällt. —

Die letztgenannte Erscheinung führt auf einen dritten Punkt (nach Fälligkeit und Rückerstattungspflicht), an dem sich die Wirksamkeit der Endigung der Vertragszeit hinsichtlich der Vergütung äußert. Unter gewissen Voraussetzungen nämlich knüpft sich an die Endigung des Dienstverhältnisses durch unbefristete Kündigung der Verlust des Anspruchs (des ganzen oder eines Teils) auf die bis dahin verdiente Vergütung⁵. Dieser Verlust trifft den Arbeitnehmer des Dienstvertrags, wenn er, „ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlaßt zu sein“, nach § 626 oder § 627 kündigt. Da jedoch diese Kündigung erfolgen kann, ohne daß den Kündigenden der ge-

¹ „Der für eine Reise geheuerte Schiffsmann, welcher aus anderen als aus den in dem § 57 erwähnten Gründen vor dem Ablauf des Heuervertrags entlassen wird, behält, wenn die Entlassung vor Antritt der Reise erfolgt, als Entschädigung die etwa empfangenen Hand- und Vorschufgelder, soweit dieselben den üblichen Betrag nicht übersteigen.“ Oben S. 451¹ a. E.

² „Die Hälfte des Überfahrtsgeldes kann zurückverlangt werden, wenn der Auswanderer vor Antritt der Reise vom Vertrag aus anderen Gründen zurücktritt.“ AuswG. § 29 Abs. 3. Die andere Hälfte kann vom Arbeitnehmer behalten werden.

³ Von Rechts wegen ist die Rückerstattung ausgeschlossen, wenn die Eisenbahn wegen ordnungswidrigen Benehmens des Passagiers den Beförderungsvertrag kündigt: EisenbahnVO. § 20 Abs. 3 („wird ohne Anspruch auf den Ersatz des bezahlten Fahrgeldes von der Mitfahrt ausgeschlossen“).

⁴ Ausnahme in AuswG. § 31: „Vereinbarungen, welche den Bestimmungen der §§ 27–30 zuwiderlaufen, haben keine rechtliche Wirkung.“ Vgl. S. 643¹ und S. 644².

⁵ BGB. § 628 Abs. 1 Satz 2. Vgl. Lotmar in Brauns Archiv VIII, 60 bis 61 und oben S. 148¹.

ringste Vorwurf trifft¹, so bedeutet die in Rede stehende Rechtsfolge eine sehr eingreifende Schranke des durch §§ 626. 627 verliehenen Kündigungsrechts. Der Arbeitnehmer kann es mitunter nur unter Verzicht auf den verdienten Arbeitslohn ausüben und muß dafür büßen, daß seine bisherigen Leistungen — Arbeit und vielleicht auch Auslagen — für die Gegenpartei interesselos werden, und dies dadurch werden, daß er in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts das Arbeitsverhältnis beendet. Wo sodann die Kündigung seitens des Arbeitgebers erfolgt wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers, bedeutet der Entzug des Entgeltes für die bisherigen Leistungen, weil diese infolge der Kündigung kein Interesse für den Arbeitgeber haben, eine große Verschärfung seines Kündigungsrechts. Denn das Gesetz begnügt sich nicht, ihm außer dieser unbefristeten Kündigung in § 628 Abs. 2 einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Arbeitnehmer zu gewähren, sondern es entbindet ihn überdies der Pflicht zur Gegenleistung. Hierdurch bringt es eine empfindliche Imparität hervor. Denn wo durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers der Arbeitnehmer zur Kündigung veranlaßt wird, hat er bloß den gedachten Schadensersatzanspruch, während im entsprechenden Falle der Arbeitgeber außer dem Schadensersatzanspruch unter Umständen auch noch das Recht hat, die ihm geleistete Arbeit unentgeltlich zu lassen.

Angesichts der Singularität der betrachteten Ordnung² geht es nicht an, sie noch in anderen Fällen der Kündigung eines Dienstverhältnisses anzuwenden, nämlich bei befristeter oder bei entfristeter Kündigung, obwohl hier der Thatbestand im übrigen dem des § 628 Abs. 1 gleich sein kann: Kündigung des Arbeitnehmers ohne Vertragswidrigkeit des Anderen (oder Kündigung des Arbeitgebers wegen Vertragswidrigkeit des Anderen) und Interesselosigkeit infolge der Kündigung³. Einer Anwendung unseres Rechtssatzes auf außerhalb des

¹ z. B. wenn ein Todesfall in seiner entfernt wohnenden Familie ihm den wichtigen Grund zur unbefristeten Kündigung giebt.

² Denn daß die bisherigen Leistungen infolge der (berechtigten) Kündigung für den Gläubiger kein Interesse haben, ist etwas ganz anderes, wie daß die künftige Erfüllung eines Vertrags infolge des (unberechtigten) Verzugs für den Gläubiger kein Interesse hat: BGB. § 326 Abs. 2. § 542 Abs. 1. — Krückmann, Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisses in Arch. f. civ. Praxis 90, 88—117 befaßt sich nicht mit der im Text betrachteten Ordnung.

³ Auch auf die unbefristete Kündigung des Ehemannes aus BGB. § 1358 ist unser Satz nicht zu übertragen: die Frau soll nicht durch diese Kündigung um die von ihr bis dahin verdiente Vergütung gebracht werden können.

BGB. spezialrechtlich geregelte Dienstverträge steht von Seiten seiner Auslegung nichts im Wege¹. Dagegen ist die Erstreckung desselben auf andere Arbeitsverträge, z. B. den entgeltlichen Verwahrungsvertrag, den Werkvertrag ausgeschlossen. Diese Singularität ist daher einer der Punkte, an denen es praktisch bedeutungsvoll ist, ob ein gegebener Akkord als Dienstvertrag oder als Werkvertrag zu gelten hat².

IV. Eine mit der unter III erörterten Vergütungspflicht zusammenhängende, weil sie manchmal ersetzende, aus dem Arbeitsverhältnis entspringende und durch dessen Endigung ausgelöste Rechtswirkung ist die Schadensersatzpflicht. Der Schade, von dessen Ersatz dabei die Rede ist, ist ein durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehender, nicht ein vorher, unabhängig von dieser Aufhebung (etwa durch Verzug) entstandener oder drohender³.

Man trifft diese Schadensersatzpflicht nur bei der einseitigen Endbestimmung der Vertragszeit, nicht da, wo das Arbeitsverhältnis gemäß einer vertraglichen Endbestimmung oder an seiner natürlichen Grenze zu Ende geht. Die Schadensersatzpflicht wird ferner von den Gesetzen (ausgenommen KO. § 22 Abs. 2)⁴ nur mit der von ihnen verliehenen unbefristeten Kündigung verknüpft. Die befristete Kündigung ist kostenfrei, d. h. der mit dieser Endigung verbundene Nachteil braucht dem davon Betroffenen nicht ersetzt zu werden. Eine besonders für gewerbliche Arbeitnehmer wünschenswerte Ausnahme

¹ Wohl aber kann das Spezialrecht die Anwendung hindern. So erhält nach HGB. § 546 der Schiffer, der wegen Pflichtwidrigkeit entlassen worden ist, „was er von der Heuer einschliesslich aller sonst bedungenen Vorteile bis dahin verdient hat“, ohne dafs es darauf ankäme, wie weit seine bisherigen Leistungen „infolge der Kündigung“ für den Rheder „kein Interesse haben“.

² Es bedarf keiner Erläuterung, dafs der Besteller beim Werkvertrag in die Lage kommen kann, wegen vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers zu kündigen und infolge der Kündigung kein Interesse an den bisherigen Leistungen des Unternehmers zu haben; gleichwohl mufs er nach BGB. § 649 „die vereinbarte Vergütung“ entrichten. Dafs dem Besteller aus der Vertragswidrigkeit ein Ersatzanspruch erwachsen kann (BGB. §§ 276. 278), gehört nicht hierher.

³ z. B. BGB. §§ 618. 642. GewO. § 123 Nr. 2. 3. Bei Burchardt, Rechtsverh. d. gewerbl. Arbeiter S. 61 fg. finden sich unter dem Titel „Folgen der auferordentlichen Beendigung“ gröfserenteils nicht Folgen der Beendigung, sondern vor dieser durch Verzug hervorgerufene genannt.

⁴ „Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen.“

kann durch Vertrag ausbedungen werden¹. Wenn die befristete Kündigung kostenfrei ist im angegebenen Sinn, so muß es auch die ihre Stelle vertretende entfristete sein. Wer sich durch Übereinkunft auf diese einläßt, somit auf den Vorteil verzichtet, welchen der Aufschub der endigenden Wirkung einer Kündigung enthalten kann, vermag nicht den Ersatzanspruch zu erheben, den das Gesetz mit der von ihm verliehenen unbefristeten Kündigung verbunden hat².

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht in allen Fällen der gesetzlich unbefristeten Kündigung ein. Wer mit der Kündigung bloß ein ihm zustehendes Recht ausübt, kann für den dadurch angerichteten Schaden ersatzpflichtig sein nur wo ihn das Gesetz dafür erklärt. Beim Schweigen des Gesetzes ist die Kündigung kostenfrei. So die des Ehemanns (BGB. § 1358), des Hinterlegers und des Verwahrers beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag (§§ 695. 696), des Einlagerers und des Lagerhalters (HGB. § 422). In HGB. § 629 und § 670 Abs. 1 wird die Entschädigungspflicht vom Gesetz ausdrücklich verneint, ebenso in § 547 Abs. 1 („gleichfalls nur dasjenige“, vgl. Abs. 2).

Für den Eintritt der Schadensersatzpflicht ist es gleichgültig, ob die durch die Kündigung bewirkte Endigung mit Abbruch des Arbeitsverhältnisses einhergeht oder nicht³. Hingegen ist der Eintritt der Ersatzpflicht nicht unabhängig von Vertragswidrigkeit des Empfängers der Kündigung. Damit kommen wir auf folgenden Unterschied: Die Entschädigungspflicht liegt bald dem Urheber, bald dem Empfänger der Kündigung ob. Obwohl ersterer mit der Kündigung ein Recht ausübt und keine Rechtsverletzung begeht⁴, so kann er doch damit einen Schaden anrichten und allein darum vom Recht zum Ersatz des durch die Kündigung angerichteten Schadens verhalten werden. Wo hingegen die Schadensersatzpflicht dem Empfänger der

¹ „Abgangsentschädigung“ an Arbeitnehmer der Betriebe der Carl Zeiss-Stiftung (§§ 75 fg. ihres Statuts und § 22 der Arbeitsordnung) nach dreijähriger Dienstzeit, falls der Arbeitgeber kündigt, ohne daß der Arbeitnehmer zur Vertragsleistung unfähig geworden ist oder die Kündigung schuldhaft veranlaßt hat. Vgl. auch Pierstorff, Carl Zeiss-Stiftung S. 42 fg., Flesch in Jahrb. f. Nationalök. 3. Folge 19, 220 fg. und oben S. 591².

² Eine Ausnahme muß hier für KO. § 22 Abs. 2 gemacht werden. Falls die Parteien die Befristung der Kündigung wegbedungen hatten, kann der Konkursverwalter unbefristet kündigen. Die citierte Stelle giebt in diesem Fall der anderen Partei einen Schadensersatzanspruch schlechthin, demnach bei entfristeter wie bei befristeter Kündigung.

³ Abbruch in dem S. 641 erklärten Sinn genommen.

⁴ Ausgenommen die Fälle der §§ 627 Abs. 2. 671 Abs. 2 (675) BGB., in denen er ohne wichtigen Grund „zur Unzeit“ kündigt (S. 523³ a. E.).

Kündigung obliegt, kommt es darauf an, daß dieser durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Anderen veranlaßt habe¹. Die Schadensersatzpflicht des Empfängers der Kündigung hat also nicht an der Endigung des Arbeitsverhältnisses ihren zureichenden Grund, sondern setzt außerdem eine Vertragswidrigkeit des Ersatzpflichtigen voraus.

Die allein durch die Kündigung begründete Ersatzpflicht ist allenthalben eine nur dem Arbeitgeber obliegende, wie auch die diese Ersatzpflicht begründende Kündigung eine nur dem Arbeitgeber zustehende ist. Wo dagegen die Ersatzpflicht durch die Vertragswidrigkeit des Empfängers der Kündigung bedingt ist, kommt sie auf Seiten des Arbeitgebers oder auf Seiten des Arbeitnehmers vor, wie auch die zu ihr führende Kündigung von der einen oder der anderen Partei ausgehen kann. Dieser beiderseits möglichen Ersatzpflicht wird nur an zwei Stellen unserer Quellen und gleichlautend gedacht: BGB. § 628 Abs. 2. HGB. § 70 Abs. 2². Sie wird hier statuiert für das generelle Dienstverhältnis, das nach § 626 oder § 627 gekündigt wird, und für das Dienstverhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen. Daß sie nicht Platz greift bei der unbefristeten Kündigung des BGB. § 623 Satz 1, ist danach ohne weiteres klar; hingegen ist fraglich, ob und wie weit sie bei anderen Typen des Arbeitsvertrags gilt.

Für den gewerblichen Arbeitsvertrag wird der Eintritt der Ersatzpflicht für beide Parteien allgemein zugelassen³. Und sicherlich

¹ Zum Begriff des vertragswidrigen Verhaltens s. S. 245—46, sowie Plank, Komm. zu BGB. § 628 unter 3, b, „ein subjektiv und objektiv widerrechtliches Verhalten.“

² „Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.“

³ Unger, Entscheidungen Nr. 111. 112. 113 vgl. 116. Gewerbegericht IV, 5. Reinhard in Sächs. Archiv f. bürg. Recht VII, 48. 50. 51. Burchardt, Rechtsverh. d. gewerbl. Arbeiter S. 65. Sigel in Gewerbeger., außerord. Beil. zu Bd. VI, Nr. 1, letzte Seite. Meyer in Soz. Prax. V, 58—62; hier wird mit Fällen argumentiert, in denen das vertragswidrige Verhalten des Empfängers der Kündigung diesen ohnehin (auch ohne Kündigung) ersatzpflichtig macht. Es wird ferner, anders als in sonstigen Erörterungen, berücksichtigt, daß bei Ausdehnung des fraglichen Rechtssatzes auf den gewerblichen Arbeitsvertrag auch der Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig werden kann, nur wird diese Ersatzpflicht zu leicht genommen. Es ist z. B. vier Gesellen eines Gerbermeisters unbefristet gekündigt worden nach GewO. § 123 Nr. 2 oder 4 (beharrliches Zuspätkommen, Unvorsichtigkeit im Umgang mit Feuer), und die Gesellen sollen nun den Schaden ersetzen, den der Meister an Fellen erleidet, die, in den Gruben befindlich, durch Nichtbearbeitung verderben, indem der Meister keine neuen Gesellen bereit hat (Soz. Prax. IX, 129). Hier müssen

gewährt die GewO. kein Argument gegen die Zulässigkeit; denn die in § 123 Abs. 3 vorkommende Erwähnung der Möglichkeit, daß „in den unter Nr. 8 gedachten Fällen dem Entlassenen ein Anspruch auf Entschädigung zustehe“, erlaubt keineswegs den Schluss auf sonstige Unzulässigkeit. Da nämlich die gedachten Fälle nicht Vertragswidrigkeit des Empfängers der Kündigung voraussetzen, und überdies dort dessen Schade, nicht der des Urhebers der Kündigung in Frage kommt, so kann in der citierten Erwähnung und in dem übrigen Schweigen der GewO. keine Ablehnung der Schadensersatzpflicht erblickt werden.

Hingegen muß man beim Überschreiten des gesetzlichen Anwendungsgebietes (BGB. § 628. HGB. § 70 ctt.) wohl im Auge behalten, daß der die Schadensersatzpflicht statuierende Rechtssatz singularär ist. Denn zunächst ist zu bedenken, daß die Schadensersatzpflicht für den Empfänger der Kündigung eine zweite Konsequenz seines vertragswidrigen Verhaltens bedeutet. Als erste hat er die Kündigung selbst zu betrachten, die das Arbeitsverhältnis aufhebt, damit auch ihm und nicht bloß ihrem Urheber möglicherweise Nachteil zufügt. Durch sein vertragswidriges Verhalten zieht er sich nun außer dieser unbefristeten Kündigung noch eine Schadensersatzpflicht zu. Sodann ist die Kündigung Reaktion gegen jenes Verhalten, der Schadensersatzanspruch jedoch eigentlich Reaktion gegen etwas anderes, nämlich gegen den aus der Aufhebung des Verhältnisses entstandenen Nachteil. Aber die Aufhebung hat der von ihrem Nachteil Betroffene (der Kündigende) durch sein eigenes Faktum, die Kündigung, herbeigeführt, wengleich der Andere dieses Faktum veranlaßt hat. Immerhin stand es dem ersteren rechtlich frei, das Verhältnis fortbestehen zu lassen und sich mit dem Ersatz des Schadens zu begnügen, den etwa das vertragswidrige Verhalten verursacht hat. Dann wäre dem aus der Aufhebung des Verhältnisses folgenden Schaden vorgebeugt worden ¹.

die plötzlich Entlassenen für die übermäßige Wirkung der vom Meister ergriffenen Mafsregel aufkommen, der vielleicht ohne Schaden hätte befristet kündigen können.

¹ Danach ist nicht als richtig anzuerkennen, es liege „nichts weiter vor als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß, wer seine Vertragspflichten verletzt, dem anderen Teil zum Schadensersatz verpflichtet ist“ (Staub, Kommentar zu HGB. § 70 Anm. 14 a. E.). Es liegt vielmehr ein besonderer Grundsatz vor. Die Motive zu Entw. I BGB. Bd. I S. 470 rufen zwar auch „die allgemeinen Rechtsgrundsätze“ an, allein Entw. I spricht in § 566 auch nicht speciell von dem durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden. Auch Stadthagen, Arbeiterrecht S. 119. 120, beruft sich nach den Motiven l. c. auf „die allgemeinen Rechts-

Angesichts dieser zwiefachen Singularität der bewußten Ersatzpflicht muß auch bei Erweiterung ihres Anwendungsgebietes an ihren gesetzlichen Voraussetzungen festgehalten werden, nämlich der außerordentlichen Kündigung und dem Dienstverhältnis. Mangels der ersteren ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen bei der Kündigung des BGB. § 623 Satz 1 und bei der entfristeten Kündigung (S. 648. 647). Mangels des letzteren ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen z. B. beim Werkvertrag und beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag. Beim Dienstvertrag aber greift sie Platz, mag es sich um einen generalrechtlich oder einen spezialrechtlich geordneten handeln¹, ferner ohne Unterschied, ob es ein Zeitlohnvertrag oder ein Akkord ist. An diesem Punkte tritt wieder die praktische Bedeutung des Unterschiedes hervor, ob ein gegebener Akkord als Dienstvertrag anzusprechen ist oder nicht, da nur im ersteren Fall die Schadensersatzpflicht aufkommt. —

Die nur dem kündigenden Arbeitgeber und diesem auf Grund allein seiner unbefristeten Kündigung obliegende Ersatzpflicht einerseits, die zuletzt besprochene, bei jeder Partei mögliche und durch das vertragswidrige Verhalten des Empfängers der Kündigung bedingte andererseits unterscheiden sich auch im Mals, nämlich nach Bestimmtheit und Größe. In beidem zeigt sich völlig unbeschränkt der „Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens“². Hingegen bei der ersteren Ersatzleistung sehen wir für Gegenstand und Umfang verwiesen auf „bestehende Verträge“³, auf den vertragsmäßigen Entgelt schlechthin⁴, in seinem ganzen Be-

grundsätze“ und gewährt danach dem Arbeiter den Ersatz des ihm „durch die Vertragsverletzung“, welche ihn zum Austritt veranlafte, entstehenden Schadens, während doch der durch die Vertragsaufhebung erwachsende Schade in Frage steht. Ersterer]Ersatz ist selbstverständlich, letzterer keineswegs.

¹ Innerhalb des HGB. ist die fragliche Ersatzpflicht nur für das Dienstverhältnis des Prinzipals und des Handlungsgehülfen verfügt, nicht auch für das Arbeitsverhältnis des Geschäftsherrn und des Handlungsagenten: § 92 Abs. 2. Gleichwohl ist die Ersatzpflicht auch für den Agenturvertrag anzunehmen, falls er ein Dienstvertrag ist: S. 293¹. Für Ersatzpflicht Immer wahr, Recht der Handlungsagenten S. 203. Subsidiär gilt sie auch für das Gesindedienstverhältnis.

² BGB. § 628 Abs. 2. HGB. § 70 Abs. 2. KO. § 22 Abs. 2. Spezifizierung in den Kommentaren. — Fixierung der Ersatzleistung durch Konventionalstrafe: Opet, Theaterrecht S. 212.

³ „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“: GenossenschG. § 24 Abs. 3. Ges. betr. die Gesellsch. m. b. H. § 38 Abs. 1.

⁴ „Vertragsmäßige“ oder „vereinbarte Vergütung“, „die Vergütung“: BGB. § 27 Abs. 2. § 649. HGB. § 52 Abs. 1. § 231 Abs. 3. § 492 Abs. 2. Verlagsges. § 18. Vertragsmäßige Vergütung ist hier diejenige, welche bei

trag¹, unter Abzügen, die seine Ersatzfunktion enthüllen², zu gewissen Teilen³, einer gewissen Zeit entsprechend, namentlich durch Limitierung des Ersatzes auf diejenige Höhe, welche der Entgeltverdienst erreicht haben würde, wenn statt der unbefristeten Kündigung eine normalere Endigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt wäre⁴.

V. An das Ende der Vertragszeit knüpft sich noch eine Reihe von Rechtsfolgen, die hier nicht zu näherem Eingehen auffordern. So bei manchen Arbeitsverhältnissen die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer ein Zeugnis auszustellen: S. 243. Beim Lehrverhältnis liegt diese Pflicht dem Lehrherrn ob (HGB. § 80. GewO. § 127^c), auch wenn er nicht der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer ist. — Beruht diese Rechtsfolge auf positiver Satzung des Rechts⁵, so sind andere erst durch Übereinkunft der Parteien mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses in Verbindung gesetzt. Es gehört dahin die Pflicht des Arbeitnehmers, sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in gewissem Mafß einer gewerblichen Thätigkeit zu enthalten, welche mit der des Arbeitgebers konkurriert. Die diese Pflicht begründende Übereinkunft ist die S. 264 erwähnte Konkurrenzklausel. Ihre Anwendung auf Handlungsgehülfen, Handlungslehrlinge und höhere Angestellte des Gewerbes ist gesetzlich geregelt. Dabei wird die Gewerbefreiheit der beiden ersteren Arten von Arbeitnehmern mehr als die der letzten dadurch geschützt, daß bei jenen „die Beschränkung nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von

Fortbestand des Verhältnisses erlangt worden wäre (S. 639 zu 1). Nicht notwendig wird sie beeinflusst von der Dauer des Fortbestandes, und wenn es der Fall, wie groß würde diese Dauer gewesen sein, wenn keine vertragliche Endbestimmung bestand? Man denke nur an die S. 164 Nr. 1. 165 Nr. 2 erwähnten Unterschiede.

¹ „Volle Fracht“: HGB. §§ 582. 587 Nr. 1. 698, „volles Überfahrtsgehd“: HGB. §§ 667. 671 Abs. 1.

² BGB. § 649. HGB. § 584 „als Fautfracht zwar die volle Fracht, es kommt von dieser jedoch ein angemessener Bruchteil in Abzug, sofern die Umstände die Annahme begründen, daß der Verfrachter infolge der Aufhebung des Vertrags Kosten erspart und Gelegenheit zu anderweitigem Frachtverdienste gehabt habe“. § 587 Nr. 1 Abs. 2. GewO. § 133^c Abs. 2 Satz 2.

³ BiSchG. §§ 34. 38 Nr. 2. HGB. §§ 580 Abs. 1. 583.

⁴ HGB. §§ 72 Abs. 2. 548. 549. SeemO. § 59 Abs. 2. 3. § 63. GewO. § 133^c Abs. 2 Satz 1. BiSchG. §§ 20 Abs. 6. 25 Abs. 4. FIG. §§ 16 Abs. 4. 21 Abs. 3. — Eine Art des Schadensersatzes ist die freie Rückbeförderung des Schiffers oder Schiffsmannes in der Seeschifffahrt: HGB. §§ 547 Abs. 2. 3. 550. SeemO. §§ 54 Abs. 3. 58. 59 Abs. 3. 63. 66.

⁵ Ferneres Beispiel die Pflicht der Markeneinklebung nach InvVG. § 142 Abs. 2.

der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden kann^e (HGB. § 74 Abs. 2); ferner werden die Ansprüche aus der Konkurrenzklausele dem Prinzipal bei bestimmten Endigungen der Vertragszeit versagt (HGB. § 75). — Eine andere für den Arbeitnehmer nicht weniger drückende und sehr verbreitete Rechtsfolge, die durch Übereinkunft mit der Lösung des Arbeitsverhältnisses verknüpft wird, ist die Endigung des Mietverhältnisses. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer Wohnräume mit der Maßgabe vermietet, daß das Ende des Arbeitsverhältnisses alsbald oder nach kurzer Frist das Ende des Mietverhältnisses nach sich ziehen soll¹. Es bedarf keiner Erläuterung, daß diese äußere Verkettung der zwei inhaltlich voneinander unabhängigen Rechtsverhältnisse für den Arbeitnehmer eine Ankettung an das Arbeitsverhältnis bedeutet; die Endigung der Vertragszeit versetzt ihn in die Notwendigkeit, seine Wohnung zu verlassen und sich eine andere zu beschaffen². Die Verbindung von Mieter- und Arbeitnehmerposition gegenüber einer und derselben Person gewährt dieser ferner die Möglichkeit, durch Abrede an den Bruch des Arbeitsvertrags den Verlust der Mieterposition zu knüpfen und diese Strafe auch noch durch die Verwirkung des pränumerierten Mietzinses zu verschärfen³.

Endlich giebt es nicht wenige Rechtsfolgen des Endes der Vertragszeit, die weder durch Gesetz noch durch besondere Übereinkunft von außen jenem Ende angefügt sind, sondern sich sozusagen naturgemäß aus dem Arbeitsverhältnis und seinem Ende ergeben, wie man dies auch von der Fälligkeit der Vergütung sagen könnte (S. 641). Da nämlich mit dem Ende der Vertragszeit^e die Arbeitspflicht erlischt,

¹ Diese Rechtsfolge findet sich in mir vorliegenden Arbeitsordnungen mehr oder weniger ausführlich vorgesehen. In einer heißt es kurz: „Der Austritt aus der Arbeit bedingt sofortige Räumung der Wohnung, und wenn solche nicht erfolgt, steht dem Arbeitgeber das Recht zu, solche durch seine Leute vornehmen zu lassen.“ S. ferner Wohnungsvertrag für die Pferdeknechte einer hannövrisehen Domäne n Verhältnisse der Landarbeiter II, 592.

² Vgl. Schmoller in Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 30, 492/93. Brentano, Arbeitsverhältnis gemäss dem heutigen Recht S. 190, und vornehmlich Bericht der württemb. Fabrikinsp. f. 1898 S. 47. — Die gedachten Übelstände treten auch da auf, wo der Arbeitgeber die Wohnung nicht mietweise, sondern als Naturalvergütung überlassen hat. Vgl. Abschn. V Kap. 3 und 7.

³ So in einem mir vorliegenden ausgefüllten Mietkontraktformular einer sächsischen Aktiengesellschaft für Glasindustrie. Auf diesem Wege kann aber die S. 461 angeführte Schranke der Lohnverwirkung (GewO. § 134 Abs. 2) nicht umgangen werden.

so bedarf der Arbeitnehmer nicht länger der Stoffe, Mittel und dergleichen, die ihm zur Erfüllung jener Pflicht übergeben worden sind. Es tritt eine Rückerstattungspflicht in Kraft (S. 244². 379. 426 oben; siehe auch BGB. § 667 nebst § 675). Zugleich endigt überhaupt die Vollmacht weiteren Sinnes, die dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag eingeräumt war (S. 221 fg.), die ihn zu mannigfaltigen Eingriffen in die persönliche und die ökonomische Sphäre des Arbeitgebers befugte. Demgemäß hat er z. B. als Verwahrer die hinterlegte Sache herauszugeben; er ist dem Hinterleger gegenüber nur „auf Zeit zum Besitze berechtigt“ (BGB. § 868), und dieses Besitzrecht erlischt mit dem Arbeitsverhältnis¹. Auch die Vollmacht engeren Sinnes erlischt regelmäßig mit dem „ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse“ (BGB. § 168)². Wenn sie durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt worden ist, „bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird“ (BGB. § 170); bis dahin wirkt das Erlöschen der Vollmacht nur zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses³. — Mit dem Arbeitsverhältnis endigt die Pflicht des Arbeitnehmers, sich der Mitteilung des im Arbeitsverhältnis Wahrgenommenen an Dritte zu enthalten; dem Arbeitgeber ist er im Anschluß an das Ende, nicht auch in der Folgezeit, zu solchen Mitteilungen verpflichtet⁴. — Ähnliche Pflichten wie die angeführten können auch für den Arbeitgeber aus der Endigung der Vertragszeit erwachsen (S. 244²). Befanden sich während der letzteren in seinem Gewahrsam Sachen des Arbeitnehmers, die anlässlich des Arbeitsverhältnisses ihm übergeben waren, so ist er mit Ablauf der Vertragszeit schuldig, sie dem Arbeitnehmer herauszugeben. Nur kann diese Herausgabepflicht, wie die vorerwähnte entsprechende des Arbeitnehmers, durch ein Zurückbehaltungsrecht suspendiert sein (vgl. S. 377 fg.).

¹ Das Nämliche gilt beim Lagergeschäft (S. 560¹). Ebenso hat jeder Frachtführer oder Verfrachter, wenn das durch den Frachtvertrag begründete Arbeitsverhältnis gekündigt wird, die zu transportierenden Sachen [wieder auszuladen oder herauszugeben, bisweilen nicht unentgeltlich. Vgl. § HGB. §§ 428 Abs. 2. 582.

² Opposition bei Hupka, Vollmacht S. 378.

³ S. ferner BGB. §§ 171—73 und oben S. 379.

⁴ Beides kann auf Grund von Übereinkunft anders sein, letzteres auch ohnedies nach dem Urteil des Reichsgerichts in Seufferts Archiv 49, 75. Die nach dem Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb § 9 bestehende Strafbarkeit der Mitteilung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen trifft die während des Dienstverhältnisses geschehende Mitteilung, hört also mit dessen Ende auf. Vgl. auch S. 239¹.

Fünfter Abschnitt.

Naturalvergütung.

Erstes Kapitel.

Die Naturalvergütung in den Gesetzen.

I. Die diesem Abschnitt vorbehaltene Behandlung der Naturalvergütung ist S. 164 in Aussicht genommen und vorläufig begründet worden. Eine Untersuchung des Arbeitsvertrags kann an der Naturalvergütung nicht mit bloßer Erwähnung vorübergehen, und eine der Bedeutung des Gegenstandes angemessene Einläßlichkeit ist mangels aller Vorarbeit nicht im Zusammenhang der allgemeinen Erörterung des Entgeltes (I. Abschn., Kap. 3), sondern nur in eigenem Exkurse ausführbar.

Allerdings stellen sich einem solchen Vorhaben von vornherein zwei Gründe entgegen. Man kann nämlich in erster Linie auf die unermessliche Ausbreitung der Geldwirtschaft verweisen, die auf dem Gebiet des Arbeitsvertrages darin hervortritt, daß nicht bloß jeglicher Typus der Geldvergütung zugänglich ist, sondern auch die Geldvergütung in der Mehrzahl der Arbeitsverträge anzutreffen ist. Dieser Sachverhalt spiegelt sich in der rechtlichen Regelung dermaßen (S. 154/55), daß eine von den Gesetzen statt von der Erfahrung ausgehende Betrachtung des Arbeitsvertrags zu einer Unterschätzung der Naturalvergütung führen würde. Ein zweites Hemmnis wissenschaftlicher Verfolgung unseres Gegenstandes besteht in der systematischen Einflußlosigkeit der mit ihm gegebenen Distinktion. Tritt nämlich einer zur Verkäuferleistung geeigneten Leistung statt Geldleistung eine andere gegenüber, so fällt der Vertrag aus den Begriffsgrenzen des Kaufs heraus; so wichtig ist es hier, daß die Gegenleistung Geldzahlung sei. Der Arbeitsvertrag hingegen ist für diesen Unterschied un-

empfindlich: die Arbeitsleistung mag sich mit Geldleistung oder mit einer anderen entgeltfähigen in synallagmatisches Verhältnis setzen, immer kommt ein Arbeitsvertrag zu stande. Die Arbeitsleistung erweist sich als die prinzipale im Arbeitsvertrag (S. 71. 72) auch darin, daß nur sie, und nicht das Wie der Entgeltleistung, über sein Dasein entscheidet. Während ferner innerhalb der Gattung Arbeitsvertrag die Differenzierung auf seiten der Arbeit zur Bildung von Typen des Arbeitsvertrags führt, bleiben Unterschiede in der Art der Vergütung ohne Einfluß auf solche Typenbildung (S. 324). Und endlich wird auch die Sonderung der Grundformen des Arbeitsvertrages von der Art der Vergütung insofern nicht berührt, als die Geld- wie die Naturalvergütung im Akkord nicht minder wie im Zeitlohnvertrag vorkommen kann (S. 332).

Allein, trotz der unverkennbaren Herrschaft der Geldwirtschaft, und trotzdem die Naturalvergütung des systematischen Einflusses auf den Arbeitsvertrag entbehrt, ist sie weder zur ökonomischen noch zur rechtlichen Bedeutungslosigkeit verurteilt. Zwar haben wir keine allgemeine Statistik ihrer Frequenz¹, indessen besitzen wir einzelne zuverlässige Erhebungen über ihr Vorkommen in einigen Teilen der Volkswirtschaft², und außerdem kann man von vornherein auf beträchtliche Anwendungsgebiete des Arbeitsvertrags verweisen, in denen dieser wenigstens vorläufig ohne Naturalvergütung gar nicht bestehen zu können scheint³. Woher, möchte man demgegenüber fragen, ist die Naturalleistung als Entgelt der Sachleistung so selten, der Tausch vom Kauf fast verdrängt worden, während im Verhältnis zur Arbeit die Naturalleistung ein ansehnliches Feld behauptet hat⁴? Das

¹ Vgl. Rauchberg in Brauns Archiv 14, 242.

² „Nach der Reichserhebung von 1892 (d. h. nach den Drucksachen der Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 1 Tab. IX^b) standen 96,7% der Arbeiter (in der Bäckerei) beim Meister in Wohnung, 90,8% in voller und 7,3% in teilweiser Kost, und 1,9% essen ausser dem Hause“: Arnold, Münchener Bäckergewerbe S. 68. — Aus den citierten Drucksachen, Erhebungen Nr. 6 S. 120 ergibt sich, daß von 5956 befragten Gastwirtsbetrieben in 5142 oder 86,3% das Personal Kost und Wohnung im Hause des Prinzipals hat, und zwar 64% der Kellner, 87,9% der Kellnerinnen und 78% der Oberkellner.

³ Das gilt von den Arbeitsverhältnissen der Landarbeiter und der Seeschiffsbesatzung.

⁴ Es ist keineswegs zutreffend, wenn Jhering, Zweck im Recht I² S. 130, den Austausch zweier Realleistungen (im Gegensatz zur Geldleistung) „als für die Verkehrsbewegung im ganzen und großen unerheblich“ bezeichnet. Selbst für den städtischen Verkehr läßt sich das nicht sagen.

faktische Verhältnis der Parteien, das durch den Vertrag begründet wird, ist, wo der einen eine Arbeitsleistung obliegt, in vielen Fällen ein längeres als da, wo es sich nur darum handelt, eine Sachleistung durch eine andere wettzumachen. Daher ist beim Arbeitsvertrag mehr Anlaß und Gelegenheit, die Gewährung der Vergütung zeitlich auszudehnen und demnach eine Art der Vergütung zu wählen, die selber zeitlich ausdehnbar ist, im Gegensatz zur Geldleistung, die nur durch Zerstückelung über Zeiträume erstreckt werden kann. Wem für eine momentane Sachleistung eine Gegenleistung gebührt, hat wenigstens an jener keinen Anlaß, sich dieser z. B. durch freie Station erst allmählich teilhaft zu machen.

Der statistisch nachweisbare Fortbestand der Naturalvergütung würde eine nationalökonomische, noch nicht eine juristische Verfolgung derselben rechtfertigen. Der Jurisprudenz aber stellt die Naturalvergütung schon dadurch eine Aufgabe, dass sie, durch ihre Mannigfaltigkeit sich von der einfachen und eintönigen Geldvergütung abhebend, eine Abgrenzung von ähnlichen, beim Arbeitsvertrag vorkommenden Naturalleistungen verlangt, die keineswegs auf der Hand liegt. Sodann ruft ihr sie von der Geldvergütung trennendes Wesen Eigentümlichkeiten der Rechtswirkung hervor, welche dem juristischen Nachdenken Stoff und der juristischen Entscheidung Probleme liefern.

Man betritt das Gebiet der Naturalvergütung leicht in dem Glauben, hier nur auf eine im Erlöschen begriffene Einrichtung zu reffen, deren privatrechtliche Erfassung nicht lohnend sei. Allein, einmal ist es auch der juristischen Einsicht förderlich, bei näherer Betrachtung dieses Gebildes die Ursachen kennen zu lernen, welche seinen teilweise anachronistischen Fortbestand wie auch die unverkennbare Tendenz seines Niederganges erklären. Und noch bemerkenswerter ist es, daß der absterbende Baum der Naturalvergütung, wohl gerade unter der Einwirkung der Geldwirtschaft, einen neuen Zweig getrieben hat. Denn gehört jegliche Vergütung, die nicht Geldvergütung ist, in die Begriffsgrenzen der Naturalvergütung, so haben wir hierhin auch diejenige Vergütung zu stellen, welche in Gewährung einer Gelderwerbsgelegenheit besteht. Und diese heutzutage sehr verbreitete Bildung oder Mißbildung hat für die rechtwissenschaftliche Würdigung auch den Reiz der Neuheit.

Fast alle Dienstboten erhalten Naturalvergütung, und „jede achte Frau in Wien ist ein Dienstbote“: Winter in Dokumente der Frauen vom 15. Januar 1900 S. 585.

II. In den Reichsgesetzen, die sich mit dem Arbeitsvertrag beschäftigen, wird nicht nur der Naturalvergütung Raum gelassen¹, sondern sie findet auch ausdrückliche Erwähnung. Das gilt zuvörderst von BGB. § 617, wo der Fall gesetzt wird, daß der Dienstverpflichtete „in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist“, nämlich in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers. Diese Aufnahme kann Naturalvergütung sein; sie muß es nicht sein. Sie ist es dann nicht, wenn die Dienstleistung anderweitig (z. B. durch Geldzahlung) vergütet wird und der Dienstleistende seinerseits für jene Aufnahme einen Entgelt, z. B. einen Mietzins, einen Pensionspreis entrichtet². Die Entgeltung der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft kann, statt durch Entrichtung eines Entgeltes seitens des Aufgenommenen, auch dadurch geschehen, daß der Geldwert der Zuwendung, die der Arbeitgeber mit der Aufnahme macht, von der für die Arbeit geschuldeten Geldvergütung in Abzug gebracht wird³. Auch in solchem Falle ist die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers nicht Naturalvergütung (unten S. 679). Diese Aufnahme ist hiernach mit Entgeltlichkeit der Aufnahme verträglich, und die in § 617 statuierte Verpflichtung des Arbeitgebers, den aufgenommenen Arbeitnehmer, wenn er krank wird, pflegen und ärztlich behandeln zu lassen, greift auch dann Platz, wenn dessen Aufnahme nicht Naturalvergütung seiner Arbeit ist, sondern vom Aufgenommenen entgolten wird.

Sicherlich ist auch in BGB. § 2028 der Begriff der häuslichen Gemeinschaft nicht auf den Fall beschränkt, daß der in ihr Befindliche damit vom Anderen eine Naturalvergütung für Arbeit erhält. Vielmehr sind außerdem die Fälle möglich, daß er gratis an der Gemeinschaft teilnimmt, oder daß er für die Teilnahme eine Gegen-

¹ z. B. BGB. §§ 611. 631. 652. 641 („in Geld festgesetzte Vergütung“), § 346 („Gegenleistung in Geld bestimmt“); InvVG. § 34 Abs. 3 („feste bare Vergütung“); BeschlG. § 3 („als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen“).

² „In Heide und Preetz wohnen und essen allerdings die meisten Gesellen (Schuhmacher), wenn auch wider Willen, beim Meister, wofür sie 6,50 Mk. oder 7 Mk. wöchentlich bezahlen“: Lage des Handwerks I, 26. „Ein sweater hatte ein Zimmer mit drei Betten eingerichtet. Für jedes Bett erhält er Mk. 1,80. Auch gab er Frühstück und Mittagessen und berechnete sich dafür 50 Pf.“: Herzberg, Schneiderei in München S. 112. Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 180 unten.

³ z. B. Deutscher Buchdruckertarif § 33: „Für freie Station (Kost und Logis) kann bis zu 10 Mk. pro Woche in Abzug gebracht werden.“ Wegen der Gültigkeit dieses Verfahrens s. oben S. 419.

leistung in Geld macht. Auch die häusliche Gemeinschaft unter Ehegatten (BGB. § 1358 Abs. 2) setzt nicht ein Arbeitsverhältnis, sondern nur das Ehegattenverhältnis voraus. Sonach ist die häusliche Gemeinschaft mit verschiedenen Rechtsverhältnissen unter den Gemeinschaftlern vereinbar.

Die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft kann einen Gegenstand der durch den Arbeitsvertrag begründeten Verpflichtung des Arbeitgebers bilden, und ebenso kann durch den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer verpflichtet sein, sich in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufnehmen zu lassen. Das Dasein dieser Verpflichtungen, wo sie nicht ausdrücklich übernommen werden, richtet sich nach der Verkehrssitte¹. Es kann aber die Aufnahme des Arbeitnehmers stattfinden, auch ohne daß die genannten Verpflichtungen bestehen: die Aufnahme kann eine freiwillige sein. An die Aufnahme heften sich gewisse Pflichten des Arbeitgebers; die Aufnahme selbst braucht nicht Gegenstand einer Pflicht zu sein.

Über das, was zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gehört, spricht sich § 617 gar nicht, § 618 Abs. 2 nur mittelbar aus². Aus den gesetzlichen Worten ergibt sich, daß Gewährung von Wohn- und Schlafräum, sowie Verpflegung in jener Aufnahme enthalten sind. Ohne solche vom Arbeitgeber ausgehende Gewährung könnte nicht von durch ihn zu treffenden Einrichtungen in Ansehung jener Räume und der Verpflegung die Rede sein. Da jedoch nicht anzunehmen ist, daß die in § 618 Abs. 2 statuierten und in Abs. 3 sanktionierten Verpflichtungen nicht auch für diejenigen Fälle gelten sollen, in welchen dem Arbeitnehmer bloß Wohn- und Schlafräum oder bloß Verpflegung verabreicht wird, so muß man Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft auch dann als gegeben ansehen, wenn nur die eine

¹ Vgl. Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht S. 133. Beide Verpflichtungen knüpfen sich an den Arbeitsvertrag, der z. B. mit städtischen Dienstboten, mit Hauslehrern, mit Haushälterinnen geschlossen wird. Vgl. Danckwardt in Jherings Jahrb. 14, 267—75, wo jedoch von „Erweiterung der loc. operarum durch Nebenvertrag“ gesprochen wird.

² Wie sich die häusliche Gemeinschaft von der Lebensgemeinschaft und von der Zugehörigkeit zu einem Hausstand unterscheidet, gehört nicht zur Aufgabe der nachfolgenden Begriffsbestimmung. BGB. § 1353 spricht von „ehelicher Lebensgemeinschaft“, §§ 1617—19 „dem elterlichen Hausstand angehören“, § 1969 „zum Hausstand des Erblassers gehören“. GewUVG. § 22, Land- und forstwUVG. § 23: „Verletzte, welche Mitglieder der Haushaltung ihrer Familie sind“. Land- und forstwUVG. § 18, SecUVG. § 23, Ges. betr. Unfallfürsorge f. Gefangene § 4 sagen mit Bezug auf Ehegatten „häusliche Gemeinschaft“, ebenso mit Bezug auf „Gesinde“ StGB. § 247.

der zwei Prästationen stattfindet. Nur würde es völlig gegen den Sprachgebrauch verstossen, wenn man die Verpflegung schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf den Ort, an dem sie gewährt wird, als Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft betrachten wollte.

Die häusliche Gemeinschaft hat hiernach verschiedene Grade. Am weitesten geht sie, wo der Arbeitnehmer nicht blofs die möblierte Wohnung des Arbeitgebers teilt, sondern auch darin vom Arbeitgeber beköstigt wird. Insbesondere zur Wohnung kann nach Gesetz, Abrede oder Verkehrssitte mehr gehören als der gedeckte, durch Wände und Thüre abgeschlossene, vom Tageslicht erhellte Raum. Die gesetzlichen Anforderungen werden durch die Ansprüche der Gesundheit und der Sittlichkeit bestimmt (§ 618 Abs. 2); die Verkehrssitte richtet sich nach den sozialen Stellungen der Parteien, nach Alter, Geschlecht und Beruf des Arbeitnehmers. Hiernach kann zur Wohnung gehören gewisses Mobiliar, sowie Bereit- und Reinhaltung von Raum und Mobiliar. Dafs die hierzu erforderliche Arbeit dem in die Hausgemeinschaft Aufgenommenen geleistet werde, kann einen Bestandteil dieser Gemeinschaft bilden. Er kann ferner aufser auf diese auch auf persönliche Bedienung Anspruch haben¹. Und endlich können zur Wohnung noch Beleuchtung und Heizung gehören, wieder mit mancherlei naheliegender Abstufung.

Zum Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist nicht erforderlich, dafs der Arbeitgeber eine ständige Wohnung habe. Er kann seine Wohnung fortwährend wechseln, z. B. in Ausübung seines Berufs, wenn sie nur in der nachher zu bestimmenden Art vom Arbeitnehmer geteilt wird. Zum Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist auch nicht erforderlich, dafs sich die Wohnung des Arbeitgebers in einem Bauwerk, somit in einer unbeweglichen Sache befinde. So kann der Artist, der sein Wohnbedürfnis in einem Wagen befriedigt, mit dem er die Messen und Märkte befährt, seinen Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen. Auch innerhalb eines Schiffes kann häusliche Gemeinschaft stattfinden.

¹ Man denke an die in BGB. § 622 vorkommenden höheren Angestellten, an Gutsinspektoren, Hilfsärzte in privaten Heilanstalten. Nach der Hamburger Dienstbotenordnung § 10 ist der Dienstherr verpflichtet, allen „zur Hausgenossenschaft der Dienstherrschaft gehörigen Personen seine Dienste zu leisten“; ähnlich Preufs. Gesindeordnung § 58, Revid. GesO. f. d. Königr. Sachsen § 33. — In dem Arbeitsvertrag eines Schreiners (mitgeteilt in Deutscher Holzarbeiterverband, Rechenschaftsbericht des Gauvorstandes u. s. w., München 1900 S. 7) verpflichtet sich der Meister, „Kost und Logis zu geben, auch Vesper, Waschen und Flicker der Wäsche“.

In die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen ist der Arbeitnehmer, wenn er von jenem unter das Dach aufgenommen ist, unter welchem der Arbeitgeber wohnt¹. Er braucht nicht dessen Wohn- oder Schlafräum zu teilen. Auch wenn er auf einem anderen Flur oder Stockwerk wohnt, falls nur der ihm überlassene, unter dem Dach des Arbeitgebers befindliche Schlafräum unter der rechtlichen Verfügung des Arbeitgebers steht, ist häusliche Gemeinschaft gegeben.

Die Gewährung von Wohnung an den Arbeitnehmer kann Naturalvergütung sein, ohne daß sie Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist. Wie also nicht jede Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft eine Naturalvergütung mittelst Wohnung (S. 657), so ist auch nicht jede solche Naturalvergütung eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft. Wenn nämlich der Arbeitnehmer zwar in einem zur rechtlichen Verfügung des Arbeitgebers stehenden, d. h. diesem irgendwie (eigentümlich oder mietweise) gehörenden Raume, aber nicht unter demselben Dache wie der Arbeitgeber wohnt, so ist damit allein nicht die häusliche Gemeinschaft gegeben, welche BGB. § 617 voraussetzt. Gleichgültig ist dabei, ob die dem Arbeitnehmer eingeräumte Schlafstätte auf dem nämlichen Grundstück wie die des Arbeitgebers belegen oder von diesem durch fremden Boden getrennt ist. Solche Gewährung von Wohnung als Naturalvergütung, ohne daß damit Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft stattfindet, ist nicht bloß in der Landwirtschaft ungemein verbreitet — indem sog. kontraktlich gebundene Arbeiter und Wanderarbeiter bald in Gutswohnungen, bald in Arbeiterkasernen untergebracht werden² —, sondern auch in der Industrie nicht selten, indem Fabrikanten ihren Arbeitnehmern Baracken, Logierhäuser, mietfreie Wohnungen überlassen³, was alles zwar Naturalvergütung, aber keineswegs Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist.

Nur dann kann (nach S. 658/59) trotz Schlafens unter zweierlei Dach von Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft

¹ Wenn es bei Planck, Komm. zu BGB. § 617, heißt, es sei „nicht allein genügend, daß der Dienstpflichtige mit dem Dienstherrn in einem Hause wohnt“, so ist dies insofern richtig, als mit solchem Wohnen noch nicht Gewährung der Wohnung durch den Dienstherrn gegeben ist.

² Auch von den als ländliche Dienstboten geltenden Arbeitnehmern wohnen viele, die nicht des Arbeitgebers Person oder Haus, sondern seine Tiere zu besorgen haben, nicht unter einem Dache mit demselben.

³ z. B. Bayr. Fabrikinsp. f. 1897 S. 298/99. Kommission f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 11 S. 29.

gesprochen werden, wenn dieser wenigstens bei der Hauptmahlzeit die Wohnung des Arbeitgebers zu teilen pflegt. Damit sind wir zur Beköstigung gelangt. Die Beköstigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft weder erforderlich noch hinreichend. Sie ist nicht erforderlich, weil es genügt, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter sein Dach aufgenommen hat. Sie ist nicht hinreichend, weil eine Beköstigung, die dem Arbeitnehmer in dessen nicht unter dem Dach des Arbeitgebers befindlicher Wohnung oder an einem dritten Ort durch den Arbeitgeber zu teil wird, selbst wenn die Kost aus der Wirtschaft des Arbeitgebers stammt, letzterenfalls zwar eine Kostgemeinschaft, keinenfalls aber eine häusliche Gemeinschaft herstellen kann¹. —

Wir sind davon ausgegangen (S. 657), daß wenn BGB. § 617 von der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft spricht, ohne anzugeben, in wessen, die des Arbeitgebers gemeint sei, eine Annahme, die auch für die unten zu behandelnden § 618 BGB. und § 62 HGB. zu machen ist, wo die häusliche Gemeinschaft wieder ohne Angabe des Aufnehmenden vorkommt. Wie nun aber, wenn der Arbeitgeber überhaupt nicht wohnt und keine Mahlzeiten hält, weil er keine physische, sondern eine juristische Person ist? Zahlreiche Arbeitnehmer im Bäckerei-, Brauerei-, Gastwirts- und Handelsgewerbe sind in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, woran sich die in BGB. §§ 617. 618 und HGB. § 62 verzeichneten Rechtsfolgen knüpfen. Sollen diese Rechtsfolgen ausbleiben, wo jene Gewerbe von einer juristischen Person betrieben werden, wo eine Genossenschaft, eine Aktiengesellschaft Arbeitgeber, Prinzipal ist, darum ausbleiben, weil in diesen Fällen der Arbeitgeber als juristische Person selbst nicht haust und speist? Dies müßte als zweckwidrig oder anstößig erscheinen, wo die Lage der fraglichen Arbeitnehmer die größte Ähnlichkeit hat mit der von Bäckergehilfen oder Handlungsgehilfen, die in die häusliche Gemeinschaft eines leibhaftigen Bäckermeisters oder Prinzipals aufgenommen sind. Wenn ferner die Bräugehilfen und die Kellner unter dem Dache schlafen, unter dem sie schliefen, als die Brauerei oder der Gasthof noch dem Herrn N. gehörte, der unter dem gleichen Dache ruhte, so möchte man Fortbestand der häuslichen Gemeinschaft annehmen, auch wenn an die Stelle des Herrn N. als Arbeitgeber eine Aktiengesellschaft getreten ist. Andernfalls würden die dem Arbeitnehmer vorteilhaften Rechtsfolgen ausbleiben, die die

¹ a. M. Planck, Komm. zu BGB. § 617. Das Absehen vom Ort der Beköstigung führt zu unhaltbaren Konsequenzen.

Gesetze an seine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft knüpfen. Worin aber hier diese zu erblicken sei, ist nicht leicht zu sagen. Man könnte den Arbeitnehmer einer juristischen Person, der in die häusliche Gemeinschaft ihres Vorstandes aufgenommen ist, als in die der juristischen Person aufgenommen betrachten, womit nichts entschieden wäre für denjenigen Arbeitnehmer, der selbst Vorstand der juristischen Person ist und in deren Hause freie Wohnung hat. Man könnte ferner auch denjenigen Arbeitnehmer als der häuslichen Gemeinschaft teilhaftig ansehen, welcher in einem für die juristische Person verfügbaren, ihm überlassenen Raume wohnt und in einem von der juristischen Person gewährten Raume durch dieselbe beköstigt wird¹. Zwar ist anzuerkennen, daß damit häusliche Gemeinschaft unter Voraussetzungen angenommen wird, die beim physischen Arbeitgeber nicht ausreichen. Allein wenn jene Gemeinschaft bei juristischen Personen nicht ausgeschlossen sein soll, so ist eine gewisse Inkonsequenz der Natur der Sache nach unvermeidlich. —

In unserem § 617 wird die Naturalvergütung nur dadurch erwähnt, daß der Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft gedacht ist, was Naturalvergütung sein kann (S. 657). Dagegen „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“, welche dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer (eines Dienstverhältnisses gewisser Art) im Fall der Erkrankung vom Arbeitgeber zu gewähren ist, bildet, so wie diese Leistung im BGB. bestimmt ist, nicht eine Naturalvergütung (S. 162¹). Zwar hat sie mit solcher Naturalvergütung gemein, daß sie regelmässig während des Arbeitsverhältnisses gewährt wird. Allein, sie ist von der Naturalvergütung dadurch wesentlich verschieden:

1. daß sie keine „vereinbarte Vergütung“ (§ 611), auch keine „stillschweigend vereinbarte“ (§ 612) ist: der Verpflichtung zu dieser Leistung braucht keine Bestimmung des Vertragsinhalts zu entsprechen (S. 242. 244), und wie sie nicht im Vertrag vorgesehen zu sein braucht, so kann sie „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben

¹ Danach würde z. B. der in einer sog. Arbeiterwohnung einer Fabrik wohnende Arbeiter damit nicht in die häusliche Gemeinschaft der die Fabrik betreibenden Aktiengesellschaft aufgenommen sein, ebensowenig der in der Speiseanstalt dieser Fabrik speisende; wohl aber derjenige, bei dem beides zugleich zutrifft. S. z. B. die Einrichtungen der badischen Anilin- und Sodafabrik bei Vorster, Die Großindustrie (1896) S. 12. — Zürn, Handb. des preufs. Gesinderechts (1895) S. 6, erörtert die Möglichkeit des Gesindeverhältnisses gegenüber juristischen Personen, eine Frage, die mit der im obigen Text gestellten nicht zusammenfällt, aber benachbart ist. Gewerbegericht VII, 95.

oder beschränkt werden“ (§ 619). Daß sie gar nicht eintritt, „wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist“ (§ 617 Abs. 2), streitet ebenfalls gegen das Wesen der Vergütung;

2. daß die Verpflichtung zu ihrer Gewährung nach Endigung des Arbeitsverhältnisses fort dauern kann. Zwar währt sie nach § 617 Abs. 1 Satz 1 „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus“, allein nach Satz 4 kann es kommen, daß das Arbeitsverhältnis durch Kündigung aus § 626 sein Ende erreicht hat, während die Pflicht zur Krankenpflege fortbesteht. Solchenfalls kann diese Leistung nicht Vergütung sein (S. 637);

3. daß die durch § 617 dem Arbeitgeber auferlegte Naturalleistung an die Stelle ursprünglich geschuldeter Geldleistung treten kann, welchenfalls sie nicht gleich der Naturalvergütung primäre Leistung ist (Kap. 2 Nr. II). Diese Möglichkeit wird durch Abs. 1 Satz 3 eröffnet: „Die Kosten (nämlich der Verpflegung und ärztlichen Behandlung) können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden.“ Die geschuldete Vergütung kann Geldvergütung sein; aber die hier zugelassene Anrechnung ist nicht Aufrechnung oder Kompensation (S. 415^a), weil nur ein Schuldner in Frage ist. Denn der Arbeitnehmer schuldet nicht die Kosten der Verpflegung, und die Leistung, deren Kosten auf die Vergütung angerechnet werden können, wird von der nämlichen Person (dem Arbeitgeber) geschuldet, welche die Vergütung schuldig ist. Es handelt sich vielmehr darum, daß der Gläubiger, d. i. der Arbeitnehmer, die eine Leistung (die Krankenpflege) statt der anderen (der Vergütung) erhält, somit an Erfüllung statt. Dieser Hergang ist von der gemeinen *datio in solutum* (§ 364 Abs. 1) bloß dadurch verschieden, daß die letztere nur mit Einwilligung des Gläubigers möglich ist, während es bei der Anrechnung des § 617 auf diese Einwilligung nicht ankommt¹.

III. Eine fernere Erwähnung der Naturalvergütung giebt BGB. § 618 Abs. 2 nochmals beim Dienstvertrag und wieder durch Hinweis auf Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft. Diese Aufnahme kann

¹ Wie der Arbeitnehmer nach § 617 Satz 1 a. E. kein Recht auf Krankenpflege hat, wenn seine Krankheit von ihm durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist, so muß auch dem Arbeitgeber das Recht auf Anrechnung der Pflegekosten auf die für die Zeit der Krankheit geschuldete Vergütung versagt werden, wenn der Arbeitgeber an der Krankheit schuld ist.

auch hier Naturalvergütung, braucht aber nicht solche zu sein, und die vom Gesetz statuierten Rechtsfolgen treten ein, auch wo sie nicht Naturalvergütung ist. Ebenso gilt für diese Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft der Begriff, welcher anlässlich des § 617 im Hinblick auf unsere Stelle definiert worden ist. Die Erwähnung der „Verpflegung“ bedeutet nicht, daß die Verpflegung mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft notwendig verbunden ist, sondern geschieht nur zum Zweck der Festsetzung, daß, wenn Verpflegung mit jener Aufnahme verbunden ist oder die Aufnahme aus der Verpflegung im Hause des Arbeitgebers besteht, der Arbeitgeber hinsichtlich der Verpflegung gewisse Einrichtungen und Anordnungen zu treffen habe¹.

Die dem Arbeitgeber zu Gunsten des hausgenössischen Arbeitnehmers aufgegebenen Einrichtungen und Anordnungen sind nach dem Gesetz für die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers gebotene. Das Gesetz hat damit die zu treffenden Einrichtungen und Anordnungen nicht erschöpfen wollen; denn zweifellos hat der Arbeitgeber auch diejenigen zu treffen, die ausbedungen wurden, und diejenigen, welche nicht ausbedungen zu werden brauchten, weil sie selbstverständlich sind, sich aus den Umständen oder nach der Verkehrssitte als erforderlich ergeben². Die dem Arbeitgeber unabdingbar (§ 619) obliegende Verpflichtung³ ist als vom Gesetz auferlegte eine gesetzliche und als an den Arbeitsvertrag (nebst Aufnahme in die Hausgemeinschaft) anknüpfende eine vertragsmäßige Verpflichtung. Daher ist ihre Nichterfüllung ein „vertragswidriges Verhalten“ (S. 242. 245).

Damit kommen wir zu den Folgen dieser Nichterfüllung. Indem Abs. 3 unseres § 618 von den dem Dienstberechtigten „in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen“ redet, erweckt er den Anschein, sich nur auf die in Abs. 1 genannten Verpflichtungen zu beziehen, da allein hier vom Leben die Rede ist und Leben und Gesundheit nebeneinander genannt sind, während in Abs. 2 das Leben nicht vorkommt, dagegen neben Gesundheit auch Sittlichkeit und Religion angeführt sind. Nach

¹ Das Gebot bezieht sich daher auch nicht auf diejenige Verpflegung, welche ohne Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft als Naturalvergütung gewährt wird. Diese von häuslicher Gemeinschaft getrennte Verpflegung wird bloß durch BGB. § 242 geregelt, oder eher nicht geregelt.

² So die Vorkehrungen für unversehrte Erhaltung der Effekten des Arbeitnehmers, namentlich zum Schutz gegen Feuer, Diebstahl, Witterung.

³ Wegen der mit derselben verbundenen Befugnis s. Kap. 7 Nr. VII.

der Stellung der Bestimmung des Abs. 3 innerhalb des § 618 kann es jedoch nicht zweifelhaft sein, daß sie sich auch auf die in Abs. 2 dem Arbeitgeber auferlegten Verpflichtungen bezieht, aber nur, soweit diese der Erhaltung der Gesundheit des Arbeitnehmers dienen. Ein Versäumnis von Vorkehrungen, durch welches der Arbeitnehmer in seinem religiösen Gefühl oder Bedürfnis beeinträchtigt wird¹ oder Gebote der maßgebenden Moral verletzt werden², führt nicht zu der durch Abs. 3 geregelten Verpflichtung zum Schadensersatz, d. h. zum Ersatz des Schadens, der aus der Nichterfüllung der in Abs. 2 auferlegten Verpflichtungen entsteht.

Aus dieser Nichterfüllung kann auch der folgende mittelbare Schade erwachsen. Die Nichterfüllung kann für den Arbeitnehmer ein wichtiger Grund sein, das Arbeitsverhältnis unbefristet zu kündigen (§ 626)³. In solchem Fall wird die Kündigung „durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt“, und dieser ist danach „zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet“ (§ 628 Abs. 2, oben S. 648). Unser § 618 bezieht sich nach EinfGes. Art. 95 auch auf das Gesinde. Dagegen ist der § 626 nicht auf dasselbe erstreckt worden. Wo daher Gesindeordnungen gelten, die das Recht zur unbefristeten Kündigung aus wichtigem Grund oder wegen eines dem § 618 widersprechenden Verhaltens des Arbeitgebers nicht kennen, fehlt der Anwendung des § 618 auf das Gesinde der Nachdruck, den die unbefristete Kündigung gewährt⁴.

BGB. § 618 Abs. 3 bezieht sich nur auf die in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber obliegenden Verpflichtungen und regelt den Ersatz des Schadens, der aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen entsteht, gedenkt dagegen keiner Rechtsfolgen, die sich an die sittliche oder religiöse Vernachlässigung des Arbeitnehmers knüpfen. Ferner ist der Weg der unbefristeten Kündigung (aus § 626 mit der Deckung aus § 628 Abs. 2) nicht für alle Arbeitnehmer gangbar, und auch wo dies zu-

¹ z. B. Verabreichung von Fastenspeise, Gewährung des Kirchganges. Vgl. Gewerbegericht V, 282.

² z. B. leichte Zugänglichkeit der Mägdekammern: Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 36. 97. Gewerbegericht I, 28.

³ Und wenn aus diesem Grund der gewerbliche Arbeiter (ein Dienstverhältnis vorausgesetzt) die Arbeit verläßt, so hat er sie nicht „unbefugt“ verlassen, daher GewO. § 123 Nr. 3 nicht auf ihn Anwendung findet. Gewerbegericht I, 28. Vgl. oben S. 378 zu ².

⁴ Oben S. 18¹. Hingegen ist BGB. § 628 Abs. 2 subsidiär anwendbar (S. 650¹).

trifft, soll doch wohl der Arbeitnehmer vom Gesetz nicht vor die Wahl gestellt sein, entweder die Nichterfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten zu dulden (und, wenn er an seiner Gesundheit Schaden genommen hat, Ersatz zu verlangen) oder das ihm sonst zusagende Dienstverhältnis zu kündigen. Nach alledem wird dem Arbeitnehmer wohl noch ein drittes Mittel zu Gebot stehen — ein Mittel, das auch in den Fällen sittlicher oder religiöser Beeinträchtigung und ebenso für das Gesinde ohne Ansehen der Gesindeordnung anwendbar ist¹.

Und in der That, wenn sich Abs. 3 auch auf Abs. 2 bezieht, wenn man danach sagen muß, daß dem Dienstberechtigten gegenüber dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Dienstverpflichteten „Verpflichtungen obliegen“ sowohl in Ansehung der Gesundheit als der Sittlichkeit als der Religion, Verpflichtungen, die durch das Treffen von Einrichtungen und Anordnungen in Ansehung des Wohn- und Schlafrumes, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit zu erfüllen sind, so ist kein Grund dafür abzusehen, warum diese Verpflichtungen vom Gesetz nur als Naturalobligationen begründet worden seien. Diese Verpflichtungen sind vielmehr normalerweise für klagbar zu halten: S. 241¹. Es sind Verpflichtungen zu Handlungen, wegen deren es nach CPO. §§ 887. 888 Zwangsvollstreckung giebt². Statt zu kündigen, kann der Gläubiger klagen, wie er klagen kann, wenn ihm eine durch Abrede übernommene Verpflichtung hinsichtlich des Schlaf- oder Wohnraumes oder der Verpflegung nicht erfüllt wird. Die Klage kann gerichtet werden auf Erfüllung der Verpflichtung oder auf Ersatz des etwa

¹ In den Fällen sittlicher oder religiöser Beeinträchtigung eines Dienstverpflichteten durch den Arbeitgeber ist, Vermögensschaden vorausgesetzt, die Deliktsklage des § 823 Abs. 2 BGB. anwendbar, da der Arbeitgeber durch jene Beeinträchtigung „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz (eben § 618 Abs. 2) verstößt“. Dies verneint Detmold in Göttinger Festgabe für Regelsberger (1901) S. 325.

² Es bedarf hier keines Hinweises darauf, daß die Wirklichkeit zahlreiche Anlässe zur Klageerhebung bietet; s. z. B. die Schilderungen von Cohen, Lohn- und Arbeitsverhältnisse der Münchener Kellnerinnen (Brauns Archiv V, 114. 115) oder Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 36: „Die Betten der Knechte sind in den Pferdeställen sehr feucht. Wenn die Knechte das Bett aufklappen, so dunstet es und ist schwer von Wasser. Oft tröpfelt das Wasser auf das Bett herab von dem Atem der Pferde.“ — Angesichts von BGB. § 618 ist nicht mehr zutreffend, daß in Gastwirtschaften „dem Personal ein Recht, freie Zeit zum Besuche des Gottesdienstes zu verlangen, nicht zusteht“ (Komm. f. Arbeiterstat., Verhandlungen Nr. 18 S. 18).

aus ihrer Nichterfüllung entstandenen Schadens¹. Die Klageerhebung, da sie durch des Arbeitgebers eigene Pflichtwidrigkeit veranlaßt worden ist, bildet keinesfalls einen wichtigen Grund, aus dem er seinerseits aus § 626 kündigen könnte.

IV. Außerhalb des BGB.² findet sich die Naturalvergütung in mehreren Stellen des HGB. erwähnt, zuvörderst in § 62 Abs. 2. Diese Stelle stimmt mit der vorigen (BGB. § 618 Abs. 2) mutatis mutandis völlig überein³. Demgemäß gilt das, was unter II und III von der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und von den sich an diese Aufnahme anschließenden Verpflichtungen des Arbeitgebers bemerkt worden ist, auch für das Verhältnis von Prinzipal und Handlungsgehilfen⁴. Insbesondere gilt auch hier, daß jene Aufnahme Naturalvergütung sein kann, nicht sein muß. Letzteres trifft bei demjenigen Handlungslehrling zu, der in einem eigentlichen Lehrverhältnis steht (S. 79). Auf den Handlungslehrling ist § 62 nach § 76 Abs. 1 (mit Strafsanktion in § 82 Abs. 1) anwendbar. Aber wenn der Handlungslehrling für seine Ausbildung Lehrgeld zahlt, so ist der Prinzipal Arbeitnehmer und die Aufnahme des Lehrlings in die häusliche Gemeinschaft nicht eine vom Prinzipal geleistete Naturalvergütung.

¹ BGB. §§ 276. 278 Satz 1. Dagegen ist § 278 Satz 2 wegen § 619 unanwendbar, vgl. Staub, Komm. zu HGB. § 62 Anm. 14.

² Außer § 617 (Nr. II) und § 618 Abs. 2 (Nr. III) ließen sich noch anführen § 196 Ziff. 8. 9. 10, indem den dort genannten „anderen Dienstbezügen“, „anderen an Stelle oder als Teil des Lohnes vereinbarten Leistungen“ und „anderen im Lehrvertrage vereinbarten Leistungen“ die Naturalvergütung unterfällt.

³ Besonders bemerkenswert ist, daß der in gleichem Maße mit dem Abs. 3 des § 618 BGB. übereinstimmende Abs. 3 des § 62 HGB. von, dem Prinzipal in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehilfen obliegenden Verpflichtungen redet. Da das Leben des Handlungsgehilfen weder in Abs. 1 noch in Abs. 2 in Frage kommt und erwähnt ist, so erklärt sich die Aufnahme „des Lebens“ wohl dadurch, daß BGB. § 618 Abs. 3 für HGB. § 62 Abs. 3 als Cliché benutzt worden ist! In BGB. l. c. ist die Erwähnung des Lebens durch sein Vorkommen in Abs. 1 wohl begründet.

⁴ S. besonders HGB. § 70 Abs. 2. § 71 Nr. 3. — Für Klagbarkeit der Verpflichtung des Prinzipals auch Düringer und Hachenburg, Komm. z. HGB. § 62 unter VI (aber was ist eine „direkte Klage“?). — Meschelsohn, Wirtschaftl. Grundsätze d. neuen deutsch. HGB. (1897) S. 15: „Bei den zum Teil jämmerlichen Schlafräumen und den völlig unzureichenden Erholungspausen, die besonders in großen Städten häufig den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen zugestanden werden, haben auch die darauf bezüglichen Bestimmungen eine sehr große praktische Bedeutung.“ Wegen der Erholungspausen vgl. GewO. § 139c.

In HGB. § 63 Abs. 1¹ und § 71 Nr. 2² wird mit dem Ausdruck „Unterhalt“ die vertragsmäßige Naturalvergütung bezeichnet, und zwar nicht eine beliebige, sondern solche, die zum Lebensunterhalt des Handlungsgehülfen dient, demnach Wohnung, Nahrung, Kleidung, Heizung, Beleuchtung, Bedienung umfassen oder nur aus einigen dieser Leistungen bestehen kann. Art und Maß werden, falls der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen worden ist, durch das Gesetz, nämlich § 62 Abs. 2, sowie durch Abrede und Verkehrssitte, andernfalls allein durch die zwei letzteren Maßstäbe bestimmt. Indem in den zwei citierten Stellen der Unterhalt, der nur auf die angegebene Naturalvergütung bezogen werden kann, von dem ihm an die Seite gestellten Gehalt unterschieden wird, bleibt für letzteren bloß der Sinn von Geldvergütung, nicht von Vergütung überhaupt übrig (vgl. S. 118. 119). Wenn man, wie man muß, Konstanz der Terminologie für das HGB. voraussetzt, so ist anzunehmen, daß in anderen Stellen, wo von „Gehalt“ allein gesprochen wird (so in §§ 64. 68. 75), mit diesem Worte nur die Geldvergütung bezeichnet sei.

HGB. § 555 spricht von den „Kosten des Unterhalts“, welche nach dem Verlust des Schiffes dem Schiffer für die Zeit zu erstatten sind, während deren er pflichtmäßig die Rhederinteressen wahrnimmt. Und § 572 verfügt, daß bei der Bestimmung des Liegegeldes auf „die Unterhaltskosten der Schiffsbesatzung“ Rücksicht zu nehmen ist. Der Unterhalt, von dessen Kosten hier beidemal die Rede ist, ist die Naturalvergütung, welche der Arbeitgeber, hier der Rheder, dem Arbeitnehmer, hier dem Schiffer bzw. der Schiffsmannschaft, zu gewähren hat. Dieser Unterhalt verhält sich zu der daneben genannten „Heuer“ (oder den „Heuerbeträgen“), wie sich in den vorigen Stellen der Unterhalt zum Gehalt verhielt; die Heuer ist Geldvergütung. Der Unterhalt ist bei der Schiffsbesatzung in Art und Umfang verschieden nach der beruflichen Stellung des Mitgliedes. Immer umfaßt er Wohnung und Beköstigung, die beide auf dem Schiffe zu gewähren sind, die Wohnung in den Schiffsräumen, die Beköstigung durch in das Schiff aufgenommene, nach Bedarf in der Schiffsküche zubereitete

¹ „Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt . . .“

² Als wichtiger den Handlungsgehülfen zu unbefristeter Kündigung berechtigender Grund ist es anzusehen: „wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt“.

Vorräte¹. Die Unterhaltskosten, die in § 555 und § 572 erwähnt werden, unterscheiden sich darin, daß die der ersteren Stelle die Kosten der Wohnung umfassen, da das Schiff verloren gegangen ist; in der zweiten Stelle ist es vorhanden, so daß sich die hier genannten Unterhaltskosten nur auf die außer Wohnung zu bietende Naturalvergütung beziehen. Diese Distinktion innerhalb der Naturalvergütung, die der Schiffsbesatzung zu leisten ist, wird in § 706 Nr. 4 ausdrücklich gemacht². Beim Schiffer erwähnt § 553 noch eine weitere Naturalleistung. „Falls der Schiffer nach dem Antritte der Reise erkrankt oder verwundet wird, so trägt der Rheder die Kosten der Verpflegung und Heilung . . .“³. Diese Kostentragung ist freilich an sich keine Naturalleistung und daher keine Naturalvergütung. Aber wenn der kranke oder verwundete Schiffer mit seinem Schiffe zurückkehrt, so besteht allerdings jene Kostentragung in Naturalleistung, indem der Schiffer auf dem Schiffe und mit dessen (persönlichen und sächlichen) Mitteln verpflegt und wo möglich geheilt wird. Diese Naturalleistung bildet ein Surrogat der dem arbeitsfähigen Schiffer zu gewährenden Naturalvergütung (vgl. S. 148³).

V. Bei dem durch die SeemO. geregelten Arbeitsverhältnis bringen es die Umstände mit sich, daß dem Arbeitnehmer von den Lebensmitteln die Wohnung auf dem Schiffe, also durch den Arbeitgeber, gewährt werden muß⁴. Diese Gewährung ist Naturalvergütung für die dem Schiffsmann aus dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit, nicht bildet sie den Gegenstand eines besonderen Vertrags. Der Arbeitgeber oder sein Vertreter (der Schiffer), der mit der Wohnung einen Teil der schuldigen Vergütung entrichtet, behält

¹ Für die Verproviantierung des Schiffs zu sorgen (zur Ermöglichung der Gewährung der Naturalvergütung) ist der Schiffer als Vertreter des Rheders verpflichtet und berechtigt: §§ 513. 527. Vgl. SeemO. § 97 (Bestrafung des pflichtvergessenen Schiffers).

² Danach gehören zur großen Haverei, wenn das Schiff in einen Nothafen eingelaufen ist, „die der Schiffsbesatzung während des Aufenthaltes gebührende Heuer und Kost, die Auslagen für die Unterbringung der Schiffsbesatzung am Lande, so lange die Besatzung nicht an Bord verbleiben kann“.

³ HGB. § 706 Nr. 5 „die Heilungs- und Begräbniskosten“.

⁴ SeemO. §§ 44. 45. In der ersteren Stelle heißt es: „Die Schiffsmannschaft hat an Bord des Schiffs Anspruch auf einen ihrer Zahl und der Größe des Schiffs entsprechenden, nur für sie und ihre Effekten bestimmten wohlverwahrten und genügend zu lüftenden Logisraum . . .“ Vgl. 3. Jahresber. des Seemannsverbandes für 1900 (Hamburg) S. 83 (Kieler Vertrauensmann): „Die Logis spotten durchweg jeder Beschreibung.“

die rechtliche Verfügung über den Wohnraum¹. — Das andere Lebensmittel, die Kost, ist von der Art, daß seine Beschaffung dem Arbeitnehmer überlassen sein könnte. Indessen ist der Heuervertrag so geregelt, daß die Kost vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu verabreichen ist, einen Teil der vertragsmäßigen Vergütung bildet (§ 43)². Sie soll bloß zum Unterhalt des Schiffsmanns dienen. Da sie einem durch das Lokal beschränkten und nicht beliebig ersetzbaren Vorrat entstammt, so unterliegt sie nicht der beliebigen Verfügung des Arbeitnehmers³. Daß die Beköstigung als Naturalvergütung aufzufassen ist, ergibt sich schon aus der Notwendigkeit ihrer Erwähnung in der Musterrolle. Dieses schriftliche Ergebnis der Anmusterung (S. 247/48) muß u. a. enthalten: „Die Bestimmungen des Heuervertrags, einschließlic etwaiger besonderer Verabredungen. Insbesondere muß aus der Musterrolle erhellen, was dem Schiffsmann für den Tag an Speise und Trank gebührt“ (§ 12 Abs. 2)⁴. Da der Arbeitnehmer auf dem Schiffe im wesentlichen auf die unter der rechtlichen Verfügung des Arbeitgebers (oder des Vertreters) stehenden Mundvorräte angewiesen ist, so muß die Erfüllung seines Anspruchs auf die Naturalvergütung mit Nachdruck rechtlich garantiert sein. Auf Beschwerden über quantitativ oder qualitativ mangelhafte Verproviantierung des Schiffs, ihre Untersuchung und Behebung bezieht sich § 47, auf die Bestrafung des Schiffers, der diese Mangelhaftigkeit verschuldet hat, § 97⁵. Mit der grundlosen Vorenthaltung von Speise und Trank macht sich der Schiffer „einer schweren Verletzung seiner ihm gegen den Schiffsmann obliegenden Pflichten“ schuldig, was den Schiffsmann zur unbefristeten Kündigung berechtigt (§ 61 Nr. 1) und den Schiffer straffällig macht (§ 99 Nr. 7). Nur aus ge-

¹ Das setzt ihn rechtlich in den Stand, zur Ausübung der ihm durch §§ 78. 103 Abs. 1 verliehenen Rechte das Logis des Arbeitnehmers zu betreten. Nach § 78 ist, wenn das Schiff in einem Hafen liegt, „der Schiffer befugt, die Effekten der Schiffsleute zur Verhütung einer Entweichung bis zur Abreise des Schiffes in Verwahrung zu nehmen“. Nach § 103 cit. ist „der Schiffer ermächtigt, jederzeit die Effekten der Schiffsleute, welche der Beteiligung an einer strafbaren Handlung verdächtig sind, zu durchsuchen“.

² Zur Kritik anderweitiger Regelung s. Nocht in Brauns Archiv XII, 169.

³ § 43: „ . . . Er (der Schiffsmann) darf die verabreichten Speisen und Getränke nur zu seinem eigenen Bedarf verwenden und nichts davon verkaufen, vergeuden oder sonst bei Seite bringen.“ Ferner § 45.

⁴ Eine mir vorliegende ausgefüllte enthält neben den gedruckten Worten: „an Beköstigung erhält der Schiffsmann“ nur den geschriebenen Vermerk: „wie gesetzlich vorgeschrieben“.

⁵ S. dazu Nocht a. a. O. S. 169 al. 2.

wissen Gründen (als Disciplinarstrafe, oder bei ungewöhnlich langer Reise, oder wegen eingetretener Unfälle) ist dem Schiffer eine Schmälerung der Rationen oder eine Änderung in der Wahl der Nahrungsmittel gestattet (§ 46. § 79). Für die dadurch erlittenen Entbehrungen kann der Schiffsmann unter Umständen „Vergütung“ verlangen. — Zu den Naturalleistungen, die dem Schiffsmann aus dem Arbeitsvertrag zu machen sind, gehört in kranken Tagen die Verpflegung und Heilung¹. Zwar sagt § 48, falls der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes erkrankt oder verwundet wird, trage der Rheder „die Kosten der Verpflegung und Heilung“. Allein auch hier, wie in HGB. § 553 (S. 669), besteht dieses Tragen der Kosten, wenn das Pflege- und Heilbedürfnis während der Reise eintritt, in Naturalleistung von Pflege und Heilmitteln als Surrogat der während der Krankheit nicht ganz beziehbaren Naturalvergütung.

In FIG. § 3 Abs. 2 ist bestimmt: „Dauert die Reise voraussichtlich so lange, daß ein Übernachten der Floßmannschaft auf dem Floße nötig ist, so muß das letztere mit einem Schlafraum versehen sein.“ Die Befolgung dieses gesetzlichen Gebotes setzt den Arbeitgeber der Floßmannschaft in Stand, derselben Nachtquartier zu geben. Diese Gewährung ist eine Naturalvergütung für den Arbeitnehmer, auf die er aus dem Arbeitsvertrag Anspruch hat, falls ihn die zu leistende Arbeit zum Übernachten auf dem Floße nötigt².

In den Arbeiterversicherungsgesetzen wird die Naturalvergütung mehrmals erwähnt. So bestimmen KrVG. § 1 Abs. 5, InvVG. § 3 Abs. 1, GewUVG. § 6 und Land- und forstwUVG. § 5 fast gleichlautend: „Als Gehalt oder Lohn . . . gelten auch Tantiemen und Naturalbezüge.“ Das letztgenannte UVG. spricht in § 26 von dem Fall, daß „nach Herkommen der Lohn der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Arbeiter ganz oder zum Teil in Form von Naturalleistungen gewährt wird“. Nach dem SeeUVG. § 10 werden bei Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes der zur Schiffsbesatzung gehörenden Personen zum Elfachen der durchschnittlichen Monatsheuer hinzugerechnet „zwei Fünftel des für Vollmatrosen geltenden Durchschnittssatzes als Geldwert der auf Seefahrzeugen ge-

¹ In § 45 werden „die mindestens mitzunehmenden Heilmittel“ neben den für den Tag mindestens zu verabreichenden Speisen und Getränken, sowie neben Größe und Einrichtung des Logisraumes angeführt.

² Zum „Schlafraum“ gehört eine gewisse Ausstattung. Als die Flößer des Netzedistrikts (etwa 1200 an der Zahl) Ende August 1896 die Arbeit niederlegten, stellten sie u. a. das Verlangen: „Sämtliche Buden sollen mit Unterlage und mehr Stroh versehen sein.“ Vorwärts vom 3. Sept. 1896.

währten Beköstigung“. Wenn es in InvVG. § 3 Abs. 2 heißt: „Eine Beschäftigung, für welche als Entgelt nur freier Unterhalt gewährt wird, gilt im Sinn dieses Gesetzes nicht als eine die Versicherungspflicht begründende Beschäftigung“: so ergibt sich doch aus § 24, daß auch solche land- oder forstwirtschaftliche Arbeiter versicherungspflichtig sind, welche „ihren Lohn oder Gehalt ganz oder zum Teil in Form von Naturalleistungen bezogen haben“. — Für den Begriff der Naturalvergütung ist es gleichgültig, ob die Naturalleistung den einzigen Entgelt der im Arbeitsvertrag zugesagten Arbeit bildet, oder ob neben ihr Geldvergütung vereinbart wird. Die letztere Verbindung ist uns in den Gesetzen wiederholt begegnet, z. B. HGB. §§ 63 Abs. 1. 71 Nr. 2 (S. 668)¹.

In KO. § 61 Nr. 1 und Ges. über die Zwangsversteigerung § 10 Nr. 2 umfassen die neben „Lohn, Kostgeld“ angeführten „anderen Dienstbezüge“ bezw. „andere Bezüge“ der dort genannten Arbeitnehmer auch die Naturalvergütung.

VI. Nicht alle den Arbeitsvertrag regelnden Reichsgesetze befassen sich mit der Naturalvergütung. So nicht die GewO., obwohl doch zahlreiche gewerbliche Arbeitsverträge Naturalvergütung als einzige oder als wichtigen Teil der Vergütung enthalten. Zwar kann nach § 114^a Abs. 2 der Bundesrat verfügen, daß in die von ihm für bestimmte Gewerbe vorzuschreibenden Lohnbücher oder Arbeitszettel „auch die Bedingungen für die Gewährung von Kost und Wohnung einzutragen sind, sofern Kost oder Wohnung als Lohn oder Teil des Lohnes gewährt werden sollen“. Allein die hier genannten „Bedingungen“ sind, wie Abs. 1 Nr. 3 lehrt, Geldbeträge, diejenigen nämlich, zu welchen Kost oder Wohnung bei der Entlohnung angerechnet werden sollen. Kost und Wohnung sind daher hier nicht Naturalvergütungen, sondern werden an Zahlungsstatt gewährt (Kap. 2 Nr. II) oder kreditweise so verabfolgt, daß der Geldbetrag, zu dem sie im Lohnbuch oder auf dem Arbeitszettel veranschlagt sind, mit der Geldlohnforderung verrechnet wird (S. 419. 420)². — Wenn der gewerb-

¹ In einer Statistik über „die Lage der deutschen Holzarbeiter“ (Stuttgart 1899) S. 6. 14. 21 wird die Verbindung von Geldlohn mit Kost und Logis als „Halblohn“ bezeichnet.

² Da die Vornahme dieser Geschäfte (*datio in solutum resp. Kompensation*) und die Erfüllung, d. i. die Naturalvergütung, zweierlei und beides nicht vereinbar ist, so liegt in der für Naturalvergütung sprechenden Fassung der Schlußworte („sofern—sollen“) ein Redaktionsfehler, wie solche in der GewO. öfter als in anderen Reichsgesetzen vorkommen.

liche Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag ist, und wenn der Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen worden ist, was ja Gewährung von Naturalvergütung sein kann, so finden die Vorschriften der §§ 617. 618 Abs. 1. 2 BGB. Anwendung. Ein Hinweis auf häusliche Gemeinschaft braucht in GewO. § 121 nicht enthalten zu sein¹. Denn mit den „häuslichen Einrichtungen“ des Arbeitgebers können die Arbeitnehmer in Berührung kommen und Anlaß zu „häuslichen Arbeiten“ können sie erhalten, ohne daß sie Quartier oder Kost vom Arbeitgeber empfangen. In § 127 hingegen hat die GewO. ganz deutlich die häusliche Gemeinschaft vor Augen, indem sie von Lehrlingen spricht, „welche im Hause des Lehrherrn weder Kost noch Wohnung erhalten“, und im übrigen eine Pflicht des Lehrherrn aufstellt, die ohne Voraussetzung jener Gemeinschaft nicht aufgestellt werden würde². Allein die Verabreichung von Kost oder Wohnung kann eine seitens des Lehrlings pekuniär entgeltene sein, und ferner braucht der Lehrling nicht im Verhältnis eines Arbeitnehmers zum Lehrherrn zu stehen. Wo, wie nicht selten, eines oder das andere der Fall ist, kann die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn nicht Naturalvergütung sein.

Unerwähnt bleibt die Naturalvergütung auch im BiSchG., obwohl Schiffer und Schiffsmannschaft in der Binnenschifffahrt nicht selten neben der Geldvergütung vertragsmäßig Nahrung und Unterkunft auf dem Schiffe erhalten³. Nach dem BiSchG. ist das Arbeitsverhältnis der gedachten Personen ein Dienstverhältnis⁴. Wenn daher in jener Gewährung von Kost oder Unterkunft eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers (der hier mitunter eine juristische Person ist) erblickt werden kann, so sind die vorhin erwähnten Vorschriften des BGB. anzuwenden. —

Wo in Reichsgesetzen mit Bezug auf Arbeitsverträge der Ausdruck „Vergütung“ vorkommt, umfaßt er regelmäÙig, auch ohne daß dies hervorgehoben wird (wie in BeschlG. § 3), die Naturalvergütung nicht minder als die Geldvergütung⁵. Und was in diesen Gesetzen

¹ „Gesellen und Gehülfen sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten; zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden.“

² „Er darf dem Lehrlinge die . . . zum Besuche des Gottesdienstes an Sonn- und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit nicht entziehen.“

³ Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 17 S. 26. 32.

⁴ z. B. § 20 Abs. 2—5. § 25 Abs. 1. 4. § 102 Nr. 2. § 117 Nr. 2.

⁵ Dies gilt z. B. von BGB. §§ 27. 196 Nr. 7. 611. 612. 614—617. 621. 623.

von der Vergütung überhaupt ausgesagt wird, bezieht sich auch auf die Naturalvergütung, es sei denn, daß diese durch ihr Wesen oder durch die Beschaffenheit ihrer Art der für die „Vergütung“ getroffenen Regelung widerstrebt¹. Wenn andererseits in Reichsgesetzen mit Bezug auf Arbeitsverträge nach dem Zusammenhang oder nach dem Sprachgebrauch gerade von Geldvergütung die Rede ist (vgl. S. 155¹⁻⁴), so ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß der für die Geldvergütung aufgestellte Rechtssatz auf die Naturalvergütung analog angewandt werde².

VII. Die Reichsgesetze, welche der Naturalvergütung bei Arbeitsverträgen ausdrücklich gedenken (Nr. II—V), widmen, mit Ausnahme der SeemO., diesem Gegenstande nicht das Maß von Regelung, dessen er fähig, würdig und bedürftig ist; sie behandeln ihn mehr im großen und tragen seiner Mannigfaltigkeit keine Rechnung. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß ein beträchtliches Anwendungsgebiet der Naturalvergütung, die Arbeitsverhältnisse des Gesindes, nicht bloß der reichsgesetzlichen Regelung, d. h. hier BGB. §§ 617—619, sondern auch den partikulären Gesindeordnungen unterfällt³.

Von den Vorschriften des BGB. ist § 618 Abs. 2 einerseits weitergreifend als notwendig und andererseits viel zu eng. Im allgemeinen würde es genügen, dem Arbeitgeber die bewußten

628. 631. 632. 634. 636 (durch Verweisung). 641. 642. 645. 649. 650. 653. 689. 699. HGB. § 231 (Staub, Komm. z. d. St. Anm. 21).

¹ z. B. BGB. §§ 641 Abs. 2. 648. Näheres in Kap. 6.

² S. die Vorschriften der Versicherungsgesetze und unten Kap. 6; ferner z. B. GewGerG. § 3 („Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt zweitausend Mark“), vgl. BeschlG. § 4 Nr. 4. Postges. §§ 1. 2 und Gesetz betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen Art. 2 sprechen von Beförderung bestimmter Gegenstände „gegen Bezahlung“ und meinen damit die Entgeltlichkeit überhaupt.

³ Von diesen enthalten manche keine oder wegen der Weite der Fassung wertlose Rechtsätze über die Naturalvergütung, z. B. die lübische, anhaltische, mecklenburgische und württembergische GesO. Mehr bieten die preussische (§§ 33. 37—39. 82. 83. 86—92. 140. 150—59. 161—66), revidierte f. d. Königreich Sachsen (§§ 48. 49. 51—54. 56. 62. 63. 77—79. 84 Nr. 7. 87—93), hamburger (§§ 17—19. 22 Nr. 3. 27 Abs. 2), badische (§§ 1. 7. 11). Von der preussischen sind hervorzuheben §§ 83. 140: „Ist auch Kost versprochen worden, so muß selbige bis zur Sättigung gegeben werden. Offenbar der Gesundheit nachteilige und ekelhafte Speisen kann das Gesinde anzunehmen nicht gezwungen werden.“ Obwohl die Kost „bis zur Sättigung“ gereicht werden muß, so kann doch wegen der Kost das Gesinde den Dienst ohne Kündigungsfrist nur verlassen, wenn ihm „selbst die notdürftige Kost“ verweigert wird. Die Gewährung nur der notdürftigen Kost schließt das Hungern nicht aus.

Pflichten gegen den in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer aufzuerlegen blofs für den Fall, daß die Gewährung von Wohnung oder Kost zugleich Naturalvergütung ist. Indessen mag es in einzelnen Fällen für den Arbeitnehmer vorteilhaft sein, daß die Pflichten des Arbeitgebers auch da bestehen, wo der Arbeitnehmer jene Leistungen bezahlt oder sich auf den Lohn anrechnen läßt. Viel zu eng ist das Gesetz, insofern die Verpflichtung des Arbeitgebers eintreten sollte, wo immer er Naturalvergütung in Wohnung oder Nahrung gewährt, auch wenn solche Gewährung nicht mit Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft verknüpft ist; das würde zugleich die großen Schwierigkeiten der Begriffsbestimmungen jener Aufnahme bei physischen und bei juristischen Personen hintanhaltend. Auch sollte ein Gesetz vom Jahre 1896 sich nicht damit begnügen, den Arbeitnehmer auf Ersatz des Vermögensschadens oder auf Erfüllung der solchem vorbeugenden Obliegenheiten klagen zu lassen, wenn schon 1872 die SeemO. in § 46 dem Schiffsmann, welchem schuldhafterweise die Rationen verkürzt worden sind, „eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung“ hat zu teil werden lassen. Hiermit ist ein sehr fruchtbares Prinzip angedeutet, für dessen Anwendung eine Menge von Fällen bereitsteht¹, daher die gesetzliche Ausdehnung seiner Herrschaft dringend zu wünschen ist.

Zweites Kapitel.

A b g r e n z u n g .

I. Die Abgrenzung der Naturalvergütung hat, nachdem der Gattungsbegriff des Entgeltes beim Arbeitsvertrag in Abschn. I Kap. 3 und die Naturalvergütung als die eine seiner Arten S. 163 definiert worden sind, hier nur darin zu bestehen, daß die Naturalvergütung von äußerlich ähnlichen, zum Teil mit ihr verwechselten Erscheinungen unterschieden und diese letzteren als nicht hergehörig gekennzeichnet werden. Denn nicht jede Naturalleistung, die vermöge ihres ökonomischen Wertes fähig ist, Naturalvergütung zu sein, und bei einem Arbeitsvertrag vorkommt, ist eine Naturalvergütung.

¹ S. z. B. Amtl. Mitteil. aus d. Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten für 1898 S. 216. 217. 252. 253: „Bei einer Besichtigung von Torfwerken fanden sich hinsichtlich Unterbringung der Arbeiter in den vom Unternehmer angewiesenen Wohnungen gerart anstößige Zustände, daß sofortiges polizeiliches Einschreiten erforderlich wurde.“ Fernere Beispiele in Kap. 7.

Nur im Vorbeigehen sei in Erinnerung gebracht, daß auch vom Arbeitnehmer mitunter neben der Arbeit Sachleistungen von derselben Art zu machen sind, wie sie als Naturalvergütungen des Arbeitgebers aufzutreten pflegen, eine Erscheinung, die im passenden Zusammenhang ausführlich behandelt wurde (Abschn. I Kap. 4). Für die folgende Untersuchung kommen selbstverständlich nur Naturalleistungen des Arbeitgebers in Frage.

II. Naturalvergütung ist nicht die zwar vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, aber an Erfüllungs- oder Zahlungsstatt gemachte Naturalleistung.

Bei der *datio in solutum* ist eine Verbindlichkeit zu einer Leistung von gewisser Art, z. B. zu einer Geldleistung, begründet, somit diese Leistung geschuldet, und jene Verbindlichkeit wird dadurch erfüllt, daß nach einer neuen Übereinkunft statt der geschuldeten Leistung eine andere gemacht wird¹. Die andere Leistung kann ein *dare* oder ein *facere* sein; wenn letzteres Arbeit ist, so nennt man die Leistung an Erfüllungsstatt „abverdienen“, oder „durch Arbeit abverdienen“². Die andere Leistung braucht im Wert der geschuldeten nicht gleich zu sein. Sie kann darum die teilbare Verbindlichkeit nur zum Teil aufheben sollen. Es kann auch der Wertunterschied die Grundlage einer Liberalität oder einer Übervorteilung einer Partei gegenüber der anderen bilden.

Leistung an Erfüllungsstatt macht z. B. der Künstler, welcher dem Arzte, der ihn in einer Krankheit behandelt, oder dem Rechtsanwalt, der für ihn einen Prozeß geführt hat, „als Honorar“ ein von ihm geschaffenes Kunstwerk übereignet. Zwar macht er hiermit eine Natural-, nicht eine Geldleistung, aber der Vorgang ist nicht Gewährung einer Naturalvergütung, sondern Leistung an Erfüllungsstatt, indem die gemäß der Medizinaltaxe oder der Gebührenordnung entstandene Honorarforderung des Arztes bzw. des Rechtsanwaltes eine Geldforderung ist. Der Gläubiger nimmt statt der geschuldeten Geldleistung die erwähnte Naturalleistung an Erfüllungsstatt an.

Wenn hingegen die Gewährung von Naturallohn bei der Schließung des Arbeitsvertrags vereinbart worden ist (S. 163), so ist die Verbindlichkeit des Arbeitgebers von vornherein nicht auf Geld-, sondern auf Naturalleistung gerichtet, hat sie primär nicht

¹ BGB. § 364 Abs. 1: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt.“

² AuswG. § 22. S. auch oben S. 159/60.

Geldleistung zum Gegenstand. Auch wo nach dem Arbeitsvertrag der Arbeitgeber alternativ entweder eine Geldleistung oder eine Naturalleistung zu machen hat, hat seine Verbindlichkeit so gut die Naturalleistung als die Geldleistung zum primären Gegenstand. Die Naturalleistung ist daher auch hier nicht Leistung an Erfüllungsstatt. Nach BGB. § 263 Abs. 2 gilt bei der Alternativobligation „die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete“.

Die Leistung an Erfüllungsstatt ist regelmässig Sache freier Übereinkunft von Gläubiger und Schuldner¹. Diese Regel erleidet Einschränkungen und Ausnahmen bei folgenden Arbeitsverträgen:

1. Beim Dienstvertrag können nach BGB. § 617 die Krankenpflege und ärztliche Behandlung, die der Arbeitgeber dem kranken Arbeitnehmer zu gewähren hat, an die Stelle der für die Zeit der Krankheit geschuldeten Geldvergütung treten, auch ohne Einwilligung des Gläubigers, d. i. des Arbeitnehmers (S. 663).

2. Nach HGB. § 666 hat beim Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See der Arbeitgeber (Befrachter) unter Umständen das Recht, Behältnisse, die mit flüssigen Waren angefüllt waren und während der Reise ganz oder grösstenteils „ausgelaufen sind“, dem Verfrachter für die Fracht an Zahlungsstatt zu überlassen.

3. Nach AuswG. § 22 darf dem Auswanderer (dem Arbeitgeber im Beförderungsvertrag) nicht die Verpflichtung auferlegt werden, den Beförderungspreis oder einen Teil desselben am Bestimmungsort durch Arbeit abzuverdienen. Eine solche Leistung an Erfüllungsstatt ist ausgeschlossen.

4. GewO. § 115 Abs. 1: „Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung zu berechnen und bar auszuzahlen.“² Nicht die Naturalvergütung, sondern die Leistung an Zahlungsstatt, wo die Schuld Geldschuld ist, verstösst wider das in diesen Gesetzesworten ausgesprochene Gebot³. Es ist daher juristisch verfehlt, zu sagen, die Vergütung beim Dienst- wie beim Werkvertrage könne in Geld oder

¹ Demgemäss HGB. § 616 Abs. 1: „Der Verfrachter ist nicht verpflichtet, die Güter, mögen sie verdorben sein oder nicht, für die Fracht an Zahlungsstatt anzunehmen.“

² Wegen der von dieser Bestimmung betroffenen „Gewerbetreibenden“ und „Arbeiter“ s. S. 411/12.

³ Dafs mit diesem Gebot auch die Aufrechnung verboten wird, ist S. 411—16 dargelegt worden. Der dortigen Auffassung scheint auch Dernburg, Bürgerl. Recht II § 309 unter V, 1 zu sein („ebenso ist Aufrechnung ausgeschlossen“).

in anderen Sachen bestehen; nur für den gewerblichen Arbeitsvertrag gelte dies nach GewO. § 115 nicht, indem hier bare Auszahlung der Löhne vorgeschrieben sei¹. Juristisch unzutreffend ist es, wenn die Gewährung von Kost und Logis als Lohn für (verbotenes) Trucksystem erklärt wird². Ökonomisch mag es nichts verschlagen, ob der Bäckergeselle, der Geldlohn zu fordern hat, zu schwach ist, Leistung an Zahlungsstatt abzulehnen und sich darum zur Annahme von Naturalien verstehen muß, oder ob er zu schwach ist, sich bei der Eingehung des Arbeitsvertrags seinem Wunsche gemäß reine Geldvergütung auszubedingen. Dies macht ökonomisch keinen Unterschied, insofern eine ökonomische Benachteiligung auf beide Arten erfolgen kann. Dagegen besteht ein großer juristischer Unterschied, wenn wie hier die Leistung an Zahlungsstatt ungültig, dagegen die Naturalvergütung gültig ist.

Daß GewO. § 115 Abs. 1 nicht die Naturalvergütung, sondern die Leistung an Erfüllungsstatt ausschließt³, ergibt sich schon daraus, daß die GewO. unter den „Löhnen“ der Arbeiter, hier wie sonst allenthalben, nur Geldlöhne versteht, und auf Naturallöhne nicht Rücksicht nimmt (S. 672). Wenn sie die Gewerbetreibenden für verpflichtet erklärt, die Löhne in gewisser Art zu berechnen und auszuzahlen, so giebt sie damit einerseits nicht eine Vorschrift, die Löhne in gewisser Art zu vereinbaren, namentlich keine Naturallöhne zu vereinbaren; denn sie spricht nicht von der Begründung, sondern von der Erfüllung der Verbindlichkeit des Arbeitgebers, die Berechnung gehört als vorbereitender Akt zur Erfüllung. Und andererseits giebt sie auch nicht eine Vorschrift, vereinbarte Naturallöhne in Geldlöhne umzurechnen und Geldzahlung an die Stelle der geschuldeten Naturalvergütung zu setzen, d. h. sie schreibt auch nicht etwa Geldleistung an Erfüllungsstatt vor. Diese zweite Vorschrift giebt sie schon darum nicht, weil sie gar nicht Naturallöhne als vereinbart voraussetzt. Sie schreibt vielmehr

¹ z. B. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 9.

² Fälschlich identifiziert das Gewerbegericht bei Unger, Entscheidungen Nr. 172 das Gebot der GewO. § 115 mit einem Verbot der Vereinbarung und Entrichtung von Naturalvergütung, ebenso Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 103, Thalberg, Dienstvertrag S. 69 Anm. 1, Nothhardt in Zeitschrift f. d. ges. Staatswiss. 55, 368, v. Schicker, Die Gewerbeordnung, z. d. St. („ausgeschlossen ist . . . Vereinbarung von Naturallohn“), und manche andere Autoren.

³ Der gleichen Meinung, jedoch nur unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers, Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz S. 512 Nr. 1.

vor, die schuldigen Geldlöhne in Reichswährung zu berechnen und in dieser Währung bar auszuzahlen¹.

Eine Bestätigung unserer Auffassung giebt denn auch GewO. § 116, der, auf den in Rede stehenden § 115 bezugnehmend, sagt: „Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtet worden sind, können zu jeder Zeit Zahlung nach Maßgabe des § 115 verlangen, ohne daß ihnen eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann.“ (S. 416¹.) Hieraus erhellt unmittelbar, daß § 115 die Leistung an Zahlungsstatt hintanhaltend will, während er die Statthaftigkeit der Vereinbarung von Naturalvergütung unberührt und unerwähnt läßt.

Die in § 115 Abs. 2 Satz 2 aufgestellten Ausnahmen vom Kreditierungsverbot des ersten Satzes² sind nicht etwa gestattete Naturalvergütungen, sondern die Naturalien, die dem Arbeitnehmer kreditweise verabfolgt werden dürfen, werden ihm verabfolgt „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung“. Die GewO. setzt hier wieder auf seiten des Arbeitgebers eine durch den Arbeitsvertrag begründete Geldschuld voraus. Zur Tilgung dieser Geldschuld durch Kompensation soll die Forderung verwendet werden dürfen, die der Arbeitgeber durch die Kreditierung gewisser Naturalgaben erworben hat (S. 415. 416). Diese Forderung ist als Kosten- oder Preisforderung³ eine Geldforderung und insofern aufrechenbar gegenüber der Geldlohnforderung. Nicht also die Naturalvergütung, die ohnedies zulässig ist, sondern die Aufrechnung von Geldforderungen für Naturalleistungen gegen die Geldlohnforderungen wird durch § 115 Abs. 2 Satz 2 ausnahmsweise zugelassen⁴.

¹ Nicht wider die GewO. ist auch das sog. Ticketsystem. Die Hamburger Schauerleute stellten im November 1896 an die Stauer die Forderung: „Auszahlung des Lohnes nach dem Ticketsystem: dem Arbeiter ist sofort nach beendeter Arbeit ein Lohnzettel zu behändigen, auf den er seinen Lohn jederzeit erheben kann.“ Bericht der Senatskommission u. s. w. S. 42 vgl. 46. 23. 24. Die Einhändigung des Lohnzettels ist weder Zahlung noch Leistung an Zahlungsstatt noch Anweisung, sondern Legitimation zur Empfangnahme der Geldzahlung aus der Hand des Schuldners oder seines Vertreters. Das Nämliche gilt von der „auf den Rheder ausgestellten, auf Sicht zahlbaren Anweisung“, mittelst welcher nach SeemO. § 38 die Zahlungen an Schiffsleute gemacht werden können.

² „Sie (die Gewerbetreibenden) dürfen den Arbeitern keine Waren kreditieren.“ Oben S. 415.

³ § 115 Abs. 2: „Betrag der Anschaffungskosten.“ „Miet- und Pachtpreise.“ „Betrag der durchschnittlichen Selbstkosten.“

⁴ Bericht der württemb. Fabrikinsp. f. 1898 S. 45: „Dagegen ist es in

Aber auch die Naturalleistung an Erfüllungsstatt ist wenigstens in mehreren der in diesem Passus genannten Ausnahmefälle zulässig. Allerdings stellt Satz 2 nach seinem Zusammenhang mit Satz 1 Ausnahmen vom Kreditierungsverbot auf, und ist Kreditierung mit nachfolgender Kompensation verschieden von Leistung an Zahlungsstatt. Auch ist die Verabfolgung von Wohnung oder Landnutzung gegen Miet- oder Pachtpreis sicherlich eine kreditweise geschehende Verabfolgung, was ebenso von der Verabfolgung von Stoffen für mit der künftigen Lohnzahlung zu vergütende Arbeiten gilt. Allein erstens ist es sehr wohl möglich, „Lebensmittel“, „Feuerung“ und „Beleuchtung“ ohne Kreditierung für die schon fällige Geldlohnschuld an Erfüllungsstatt hinzugeben. Zweitens ist der Ausdruck „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung zu verabfolgen“ nicht so fest spezialisiert, daß er nicht auch auf die Leistung an Erfüllungsstatt bezogen werden könnte, die ohne vorausgehende Kreditierung zur Zeit der Fälligkeit der Geldlohnschuld erfolgt. Drittens endlich rechnet die in § 116 (S. 679) dem Arbeitgeber versagte Abwehr, nämlich die Einrede aus der *datio in solutum*, ausdrücklich mit der Leistung an Zahlungsstatt als regelmäsig verbotenen Verhalten. Dieses muß daher in den Ausnahmefällen, in denen es faktisch Platz greifen kann, rechtlich statthaft sein.

Das Resultat ist danach, daß GewO. § 115 sich weder in der Vorschrift des Abs. 1 noch in den Ausnahmen des Abs. 2 auf die Naturalvergütung bezieht, und daß Abs. 2 Satz 2 sowohl der Aufrechnung als der Leistung an Erfüllungsstatt ausnahmsweise Raum giebt.

III. Naturalvergütung ist nicht die zwar vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, aber nicht zur Entgeltung, sondern nur zur Ermög-

kleinen Betrieben beinahe ausnahmslos eingeführt, daß die Arbeiter ihre Hauptkost beim Arbeitgeber haben und ihnen die Kosten in den Lohn eingerechnet werden.“ Dieser Lohn ist als Geldlohn gedacht. Das Einrechnen in denselben ist gleich der obigen Anrechnung. Der hier geschilderte Thatbestand ist nicht der der Naturalvergütung, sondern der Geldvergütung, welche kompensationsweise um den Betrag einer vom Arbeitgeber erworbenen Gegenforderung reduziert wird (S. 657 zu ²). Wir bezweifeln, daß diese Ordnung im angegebenen Kreise „beinahe ausnahmslos eingeführt“ ist, möchten vielmehr für die davon verschiedene Naturalvergütung noch ein beträchtliches Geltungsgebiet in Anspruch nehmen. Der Unterschied ist von praktischer Bedeutung. Es kann z. B. der Arbeitnehmer, der die Kost nicht als Naturallohn empfängt, sondern mittelst seines Geldlohnes entgelt, eine diesem Entgelt entsprechende Kost verlangen. Eine andere an BGB. § 616 anknüpfende Differenz wird in Bd. II vorkommen.

lichung oder Beförderung der Arbeit gemachte Naturalleistung.

Bei zahllosen Arbeitsverträgen ist es der Arbeitgeber, der die objektiven Voraussetzungen der Arbeit erfüllt, namentlich die Arbeitsgegenstände und die Arbeitsmittel dem Arbeitnehmer bereit- und zur Verfügung stellt. Im einzelnen liefert er nicht blofs die Arbeitsstätte — soweit sie nicht allgemein zugänglich ist, wie das Meer für den Fischer —, nicht blofs die zu bearbeitenden Stoffe, und zwar die unbeweglichen, wie Feld und Wald, Steinbruch, Torfmoor und Kohlenflötz, die beweglichen, wie zu dressierende Pferde, zu schlachtende Rinder, zu ladende Warenballen, zu mauernde Steine, zu spinnende Baumwolle, zu setzende Manuskripte, nebst den tausendfältigen Zuthaten, sondern auch die Arbeitsmittel, nämlich die toten oder lebendigen Hilfskräfte, die Apparate, Werk- und Fahrzeuge. Indem der Arbeitgeber solche Voraussetzungen, Stoffe und Mittel der Arbeit dem Arbeitnehmer liefert, macht er nicht eine Geldleistung, so dafs insofern an Naturalvergütung gedacht werden könnte. Um aber solches zu sein, müfste seine Aufwendung zuvörderst eine dem Arbeitnehmer gemachte Zuwendung oder materielle Leistung sein. Dem stellt sich jedoch entgegen, dafs die gedachten mannigfaltigen Objekte der Gewährung oder Zuweisung des Arbeitgebers gar nicht oder nur formell in das Vermögen des Arbeitnehmers übergehen, nicht übergehen sollen oder können, jedenfalls von ihm nicht behalten werden dürfen. Dafs er sie (soweit ihm nicht Retentions- oder Pfandrecht zur Seite stehen: S. 379. 383f.) nicht behalten darf, bedeutet, dafs er sie in natura zurückgeben mufs, insofern sie nicht bei der Arbeit verändert oder verbraucht worden sind, und diese Rückgabepflicht kann noch durch Kautionsicherung gestellt sein¹.

Allein trotz alledem ist es nicht ausgeschlossen, in den erwähnten Lieferungen dem Arbeitnehmer gemachte Zuwendungen zu erblicken. Man erinnere sich, wie ungemein häufig die der angeführten entgegengesetzte Erscheinung im Leben anzutreffen ist. In zahlreichen Arbeitsverhältnissen ist es Rechtens, üblich oder selbstverständlich, dafs Lieferungen der gedachten Arten gar nicht oder doch nicht ökonomisch vom Arbeitgeber gemacht werden, dafs es vielmehr der Arbeitnehmer

¹ z. B. Lage des Handwerks II, 162. Die Rückgabepflicht wird beim Dienstvertrag und beim Werkvertrag nicht allgemein, sondern blofs für den Fall ausgesprochen, dafs der Dienst- oder der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§§ 667. 675). Die Rückgabepflicht ist jedoch nicht auf diesen Fall beschränkt. Vgl. Loewenfeld in den Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft 10 S. 871. 872.

ist, der gewisse Voraussetzungen, Stoffe oder Mittel für seine Arbeit zu beschaffen hat, sei es, daß er seinerseits sie beistellen, selber sich mit ihnen versehen muß, sei es, daß er die vom Arbeitgeber gelieferten zu entgelten hat mittelst Barzahlung oder mittelst Duldung einer Reduktion der aus dem Arbeitsvertrag geschuldeten Vergütung. Es mag hier nur (außer auf Abschn. I Kap. 4) beispielsweise darauf verwiesen werden, daß in nicht wenigen Transportverträgen das Fahrzeug vom Arbeitnehmer gestellt, daß durchgängig in der Hausindustrie das Arbeitslokal in der nötigen Temperatur, Ausstattung und Beleuchtung vom Arbeitnehmer in seiner Wohnung beschafft wird¹. Die Kosten für das Werkzeug, wie „Geschirr“ und „Gezähe“, und seine Instandhaltung, für Maschinen, namentlich Nähmaschinen, für Benutzung von Dampfmaschinen werden von Arbeitnehmern handarbeitender Berufe nicht seltener getragen² als von denen der liberalen Berufe der Aufwand für Schreibzeug, Bücher, medizinische Apparate, musikalische Instrumente, Bühnengarderobe³.

Einerlei nun, ob und wie weit diese und dergleichen Aufwendungen dem Arbeitnehmer durch der Vergütung beigemischten Auslagenersatz (S. 139f.) erstattet werden, kann man im Hinblick auf sie in denjenigen Fällen, in welchen sie dem Arbeitnehmer abgenommen und vom Arbeitgeber bestritten werden, von einer durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemachten Leistung sprechen. Der

¹ In der Schneiderei und handwerksmäßigen Schuhmacherei muß in Ermangelung eigener Werkstatt und Wohnung mancher Arbeitnehmer einen Sitzplatz in fremder Werkstatt, mitunter in der seines Arbeitgebers mieten: z. B. Lage der Arbeiter im Schneider- und Schuhmachergewerbe in Frankfurt (Schriften des Hochstifts VIII) S. 51. 53. 77. 104. 105. Francke, Schuhmacherei in Bayern S. 185. S. auch Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit (1901) S. 51¹.

² z. B. Lage des Handwerks V, 360 (Tapezierer), VII, 352 (Steinsetzer), VIII, 155 (Sattler und Tapezierer), IX, 442 (Uhrmacher), 252. 609. 610 (Baugewerbe). Wegen der Forstarbeit s. Jentsch, Arbeiterverhältnisse in der Forstwirtschaft S. 81, wegen der Landarbeit die Kontrakte in Verhältnisse der Landarbeiter II, 91. 594, wegen der Bergarbeit Arbeitsordnung für das k. Steinkohlenbergwerk Kronprinz (Saarbrücken) § 3: „Gezähe, Spreng- und Beleuchtungsmaterialien werden den Arbeitern von der Grubenverwaltung für den Betrag der durchschnittlichen Selbstkosten geliefert . . .“ Lohnabzüge für Maschinenbenutzung oben S. 420². Vermietung von Stickmaschinen an Einzelsticker durch den Unternehmer: Schweizer. Fabrikges. mit Kommentar herausg. v. schweizerischen Industriedepartement (1900) S. 20. 21.

³ z. B. Engagementsformular des deut. Bühnenvereins I § 5, einer Nichtvereinsbühne: Opet, Theaterrecht S. 476, Arbeits- und Lebensverhältnisse der Wiener Lohnarbeiterinnen S. 668.

Arbeitnehmer empfängt insofern eine Zuwendung, als er vor einer Schmälerung seines Verdienstes bewahrt wird, die ihn sonst treffen würde, und mancher Kampf um die Arbeitsbedingungen dreht sich gerade um die Frage, ob der Arbeitgeber nicht ausser dem bisherigen Lohn eine solche Ersparnis an demselben dem Arbeitnehmer zu verschaffen habe¹.

Kann nun zwar bei dieser Auffassung die Lieferung der Voraussetzungen, Stoffe und Mittel der Arbeit als eine vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemachte Naturalleistung betrachtet werden, so bleibt sie doch von einer Naturalvergütung weit entfernt. Denn nicht, wie die Vergütung, ist sie die Arbeit zu entgelten bestimmt und fähig. Sie bietet dem Arbeitnehmer kein Äquivalent seiner Arbeit, sie ermöglicht oder erleichtert ihm nur die Erfüllung seiner Arbeitspflicht, indem sie ihn in stand setzt, die Arbeit sei es überhaupt, sei es besser, schneller, dauerhafter, sparsamer, gefahrloser zu vollbringen. Während die Vergütung sich im Tauschverhältnis zur Arbeit befindet, bildlich gesprochen ihr gegenübersteht, stehen die fraglichen Leistungen auf seiten der Arbeit, bilden für diese keine Gegenleistung. Nicht darum sind sie keine Naturalvergütungen, weil sie nicht für die Person des Arbeitenden, sondern für die Sache der Arbeit gemacht werden; denn es zählen zu ihnen auch solche, die der Person des Verrichters gelten, wie die Hergabe von Schutzbrillen, Respiratoren, Arbeitskleidern². Aber diese werden dem Arbeitnehmer als Produzenten gewährt, für den Arbeitsprozess, zur Vollziehung des Arbeitsvertrags. Was hingegen Vergütung sein soll, mufs für den Arbeitnehmer auch ausserhalb der Arbeit Wert haben, auch abgesehen vom Arbeitsprozess ihm zu gute kommen.

Vom ökonomischen Standpunkt, und zwar von dem des Unternehmers, zählen auch die Arbeitslöhne zu den Produktionsfaktoren, zu den Produktionskosten, ist insofern kein Unterschied zwischen den Kohlen, die die Maschinen in Gang, und den Nahrungsmitteln, die den Arbeiter bei Kräften erhalten. Vom juristischen Standpunkte da-

¹ Bei den Steinarbeitern, deren „Geschirr“ verhältnismäfsig sehr kostspielig ist, spielt die Frage, ob „Eigentumsgeschirr“ oder „Meistergeschirr“, eine grofse Rolle, z. B. Protokoll des VIII. Kongr. d. deut. Steinarbeiter (1897) S. 12. 13. 54. 58. Statist. Erhebungen . . . der Steinarbeiter (1896/7) S. 5. Abschaffung der Bezahlung der Maschinenarbeit durch den Arbeitnehmer ist eine bei den Lohnbewegungen der Tischler wiederholt erhobene Forderung. Wegen des Werkzeugs der Maurer s. Gewerbebericht IV, 27. 28 (Tarifvertrag).

² z. B. die Bekanntmachungen in RGBl. 1893 S. 209. 213. — 1897 S. 11. — 1898 S. 176. Derartige Leistungen erfüllen eine gesetzlich auferlegte Pflicht, während die Vergütung eine freiwillige Zusage realisiert.

gegen ist die Differenz die allergrößte. Denn im ersten Fall bleibt das vom Arbeitgeber Aufgewandte in seiner eigenen Vermögenssphäre, in seinem eigenen Rechtsbereich¹; im zweiten tritt es in die Vermögenssphäre, in den Rechtsbereich des Arbeitnehmers ein. Ohne letzteres kann nicht von Entgelt die Rede sein, und nur diejenige Naturalleistung, die Entgelt ist, kann Naturalvergütung sein.

Die Naturalvergütung, da sie nicht in den Arbeitsprozess eingeht, kann zeitlich und räumlich getrennt von demselben verbraucht werden. Die anderen hier erörterten Naturalleistungen des Arbeitgebers sind an den Arbeitsprozess dermaßen gebunden, daß sie nur während desselben und wo er sich abspielt, verwendbar sind.

IV. Naturalvergütung ist nicht die Wohlfahrtseinrichtung, d. h. die vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewährte Teilnahme an einer solchen, auch wenn damit eine Natural- und nicht eine Geldleistung gemacht wird².

Eine solche Naturalleistung kann vorab da nicht Naturalvergütung sein, wo sie für den Arbeitnehmer keine Vermögenszuwendung ist, wie die Aufnahme seiner Kinder in einen Kindergarten, einen Knabenhort, eine Haushaltungsschule u. dgl. Und wo sie eine Vermögenszuwendung bildet, könnte höchstens dann von Naturalvergütung die Rede sein, wenn sie nicht eine gesetzlich oder obrigkeitlich vorgeschriebene, unabdingbare Leistung ist (vgl. S. 662/63). So können nach GewO. § 120^d die Polizeibehörden anordnen, „daß den Arbeitern (nämlich den gewerblichen der GewO. Titel VII) zur Einnahme von Mahlzeiten außerhalb der Arbeitsräume angemessene, in der kalten Jahreszeit geheizte Räume unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“³. Bei bestimmten Fabriken müssen sich nach bundesrätlicher Verordnung an geeigneter Stelle „Vorrichtungen zum Erwärmen der Speisen“ befinden⁴. In gewissen anderen Betrieben sind „auf Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde“ den Arbeiterinnen Ein-

¹ gerade auch da, wo der Arbeitgeber die Stoffe oder Werkzeuge kreditiert.

² Bei Geldleistungen denke man an Pensions- und Unterstützungskassen, die von Unternehmern zu Gunsten ihrer Arbeiter freiwillig gegründet worden sind; ferner z. B. an die Zahlungen der Stadt Cannstatt an diejenigen von ihren Arbeitern, welche wegen zu großer Entfernung ihre Wohnung in der Mittagspause nicht aufsuchen können: Soz. Praxis VIII, 672.

³ „Speiseraum“. Danach z. B. RGBl. 1897 S. 11 § 8 Abs. 1. 1898 S. 176 § 14, ferner die Polizeiverordnungen zu Gunsten der Bäckerei- und der Bauarbeiter in Soz. Praxis VII, 308. 469. VIII, 1084. 1126.

⁴ RGBl. 1893 S. 213 § 14 Abs. 3.

richtungen zur Herrichtung von Speisen und Getränken zur Verfügung zu stellen“¹. Aus diesen und ähnlichen gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen ergeben sich keine Naturalvergütungen: die dem Arbeitgeber auferlegten Leistungen sind nicht, wie die Vergütung des Arbeitsvertrags, ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte, und sind zu machen ohne Rücksicht auf den Bestand eines gültigen Arbeitsvertrags, sobald Betrieb und Beschäftigung stattfinden (vgl. S. 242¹).

Wohlfahrtseinrichtungen sodann, die nicht auf behördlicher Anordnung beruhen, sind Liberalitäten im Rechtssinn, auch wenn sie es im ethischen oder im ökonomischen Sinn nicht sein sollten, weil etwa das Eigeninteresse des Urhebers als Motiv mitwirkt oder wirklich durch jene Einrichtungen gefördert wird². Dafs sie Liberalitäten sind, schließt zwar nicht aus, dafs der Arbeitnehmer für die Dauer seines Arbeitsverhältnisses einen klagbaren Anspruch auf den Genufs der Wohlfahrtseinrichtung habe, aber die Naturalleistung, die ihm hier zu teil wird, kann nicht Entgelt sein, wenn sie Vollzug einer Liberalität ist. Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags macht sich der Arbeitgeber anheischig, den Arbeitnehmer an gewissen Wohlfahrtseinrichtungen teilnehmen zu lassen — er kann ihn daher in der Folge nicht beliebig davon ausschließen —, ohne dafs doch das, was dem Arbeitnehmer hierdurch zu gute kommt, Entgelt seiner Arbeit sein müfste³.

Der Gewährung des Entgeltes und daher auch der Naturalvergütung ist es im Gegensatz zu der einer Wohlfahrtseinrichtung eigentümlich, dafs der Umfang der Vergütung in einem mehr oder weniger bestimmten und deutlichen Verhältnis zum Umfang der Arbeit steht, während der Genufs der Wohlfahrtseinrichtung dem Arbeitnehmer als solchem und ohne Rücksicht auf den Umfang seiner Arbeitsleistung beschieden ist. So richtet sich z. B. bei der Verabreichung der Schulrequisiten das Mafs dieser Gabe nach Zahl und Alter der Kinder, nicht nach dem Umfang der vom Vater geleisteten

¹ RGBl. 1892 S. 334 Nr. II, 5 Abs. 2.

² „... zweifellos haben diese Einrichtungen noch den Zweck, einen Stamm von tüchtigen Arbeitern dem Betrieb auch dauernd zu erhalten“: Württemb. Fabrikinspektion f. 1898 S. 48. 97. 152. Buchenberger, Grundzüge der deutschen Agrarpolitik³ S. 168. 169. Vgl. auch Schriften des Vereins für Socialpol. Bd. 47 S. 198. 199.

³ Dies gilt z. B. von der kostenfreien Verabfolgung von Schulrequisiten, Benutzung einer Bibliothek, Gelegenheit, die Zähne zahnärztlich untersuchen und behandeln zu lassen: Bayr. Fabrikinsp. f. 1897 S. 433. Württembergische f. 1898 S. 143.

Arbeit. Das Entsprechende gilt von der freien ärztlichen Behandlung in Krankheiten, die dem Arbeitnehmer für sich oder auch für die Seinigen zugesagt ist¹; das Maß auch dieser Leistung bestimmt sich nicht nach dem Umfang der Arbeit, sondern des Heilbedürfnisses². Anders steht es dagegen um die Hausbrandkohlen³. Wo ihre Gewährung Brauch ist, kann sie aus jedem Arbeitsvertrag beansprucht werden, in welchem sie nicht ausgeschlossen worden ist. Als Hausbrandkohlen können sie nur für den laufenden, einigermassen voraus bestimmbaren Bedarf des Hauses d. h. der Wirtschaft des Arbeitnehmers beansprucht, nicht in beliebiger Menge zum Wiederverkauf bezogen werden. Demgemäß besteht auch ein gewisses Verhältnis zwischen dem Umfang des Bezugs und dem der Arbeit, indem jener bald ausdrücklich, bald stillschweigend durch die Länge der Bruttoarbeitszeit bestimmt wird⁴; von solchem Quantitätsverhältnis kann bei der freien ärztlichen Behandlung nicht die Rede sein.

V. Hatten wir im Bisherigen zu fragen, ob eine in einem Arbeitsvertrag vorkommende Naturalleistung des Arbeitgebers die Bedeutung einer Naturalvergütung habe, so ist nun noch auf Fälle hinzuweisen, wo beim synallagmatischen Zusammentreffen von Arbeit und Naturalleistung gerade zweifelhaft ist, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, während bei Annahme eines solchen am Dasein von Naturalvergütung nicht zu zweifeln wäre. Es ist hierbei an Fälle zu denken, in denen eine Naturalleistung gegeben ist, welcher eine Geldleistung

¹ z. B. Verhältnisse der Landarbeiter III, 247. 299. 309. Vorster, Die Großindustrie S. 12. Die Arzneimittel läßt im ostelbischen Deutschland der ländliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer selbst bezahlen, da sie andernfalls von diesem nicht genommen, ja sogar fortgeworfen werden: Verhältnisse der Landarbeiter III, 143. 247. 309.

² Wo „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen kranken Arbeitnehmer gemäß BGB. § 617 zu gewähren sind, bilden sie aus den S. 662. 663 angegebenen Gründen nicht eine Naturalvergütung.

³ „In den Steinkohlenbezirken besteht der Brauch, daß die Gruben ihren Arbeitern den Bedarf an Hausbrandkohlen zu ermäßigten Preisen, mitunter sogar umsonst abgeben.“ (Preussische) Denkschrift über die Untersuchung . . . in den Steinkohlenbezirken (1890) S. 36. Nach der Meinung der Denkschrift handelt es sich hier „um eine reine Freigebigkeit“. Danach würde die Kohlenverabreichung nicht Naturalvergütung, sondern Wohlfahrts-einrichtung sein.

⁴ Vgl. die citierte Denkschrift a. a. O.: „In Niederschlesien beträgt die den Arbeitern unentgeltlich bewilligte Menge Hausbrandkohlen monatlich bis zu 8 Ctr.“

als Äquivalent gegenüberzustehen pflegt, ohne daß eine andere Art von Gegenleistung (Sach- oder Arbeitsleistung) unzulässig wäre. Wenn nun jene Naturalleistung für eine gewisse Vertragsgattung charakteristisch ist, so kann entweder an dieser Gattung festgehalten werden, auch wenn Arbeit die Gegenleistung bildet, oder aber es ist umgekehrt die Arbeitsleistung das über die Vertragsgattung Entscheidende und danach jene Naturalleistung innerhalb derselben als Naturalvergütung anzusprechen.

Dieses Dilemma knüpft sich z. B. an die Naturalleistung, die in Gewährung von Sachnutzung oder Gebrauchsüberlassung besteht. Ihre entgeltliche Vereinbarung stellt die Vertragsgattung der Miete dar, und diese wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Arbeit als Entgelt für die Sachnutzung zugesagt wird. Andererseits kann in einem Arbeitsvertrag die Naturalleistung der Gebrauchsüberlassung den Entgelt der Arbeit bilden (S. 156). Wo daher Arbeit und Sachnutzung durch gegenseitigen Vertrag in Austauschverhältnis gesetzt werden, kann entweder eine Miete oder ein Arbeitsvertrag gegeben sein¹. Eines und nur eines muß vorliegen. Die Entscheidung ist nicht nach subjektiven Intentionen, sondern nach äußeren und zwar wirtschaftlichen Merkmalen zu treffen.

Wenn nämlich die Sache (der Raum u. s. w.) für den Überlasser ihres Gebrauchs eine Einkommensquelle zu sein vermag und von ihm objektiv dazu bestimmt ist, indem er ihren Gebrauch für Geld schon ausgethan oder feilgehalten hat, z. B. den Gebrauch eines möblierten Zimmers, eines Wagens oder von Musikalien, so überläßt er den Gebrauch als Vermieter, und der ihm dagegen Arbeit Versprechende, z. B. die Führung der Geschäftsbücher und Korrespondenz, die Verschaffung einer Stelle, eine musikalische Leistung, verspricht solche Arbeit als Mieter, somit als Entgelt für die Benutzung der als Mietobjekt feststehenden Sache². Angesichts dieser Voraussetzung kann die Arbeit für ihn nur das Mittel bilden, dem anderen ein Einkommen aus der darauf angelegten Sache zu verschaffen. Daß ihm selbst oder auch Dritten seine Arbeit in irgend einem Sinn als die prinzipiale Leistung erscheint, vermag gegen die ökonomische Sachlage nicht aufzukommen³.

¹ Ein Drittes oder ein Viertes, nämlich einen Vertrag, der teils ein Arbeitsvertrag, teils eine Miete, oder sowohl ein Arbeitsvertrag als eine Miete ist, kennt das BGB. nicht: dies würden nicht vom BGB. geregelte Verträge sein.

² So auch die Einlieger, Hochmieter oder Freileute der Bauern: Kap. 4 Nr. V.

³ Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I § 167 Anm. 9: „Wenn dagegen

Wo dagegen der Gebrauchsüberlasser die Sachnutzung nicht als Einkommensquelle zu haben vermag oder zu haben pflegt, indem sie noch nie gegen Geld ausgethan war oder sich nicht dazu eignet, wie die Nutzung der Wohnräume, die dem Hilfslehrer in einer Lehr-, dem Hilfsarzt in einer Heilanstalt, dem Hausverwalter in einem öffentlichen Gebäude, dem Pfortner in einem Privathaus überlassen wird, haben wir nicht Mietobjekte und nicht Miete. Hier wird ferner dem Gebrauchsüberlasser durch die Leistung der Arbeit ein dauerndes wirtschaftliches Bedürfnis befriedigt und die Leistung dieser Arbeit durch die Gebrauchsüberlassung ermöglicht oder erleichtert; der Gebrauch würde gar nicht einem bloßen Bewohner, sondern nur einem bestimmte Arbeit Leistenden überlassen werden. In Fällen dieser Art wird nicht eine Miete, sondern ein Arbeitsvertrag geschlossen, in welchem die Sachnutzung den Entgelt bildet. Für den Promittenten der Arbeit ist hier die Arbeit nicht das Mittel, dem Anderen ein Einkommen aus der Gebrauchsüberlassung als Entgelt für dieselbe zu verschaffen, da diese Überlassung sich nicht zur Einkommensquelle eignet, nicht als solche fungiert. Vielmehr ist die Arbeit für ihren Promittenten das Mittel, sich selber einen Erwerb in Gestalt der Sachnutzung zu verschaffen; dieselbe bildet eine Naturalvergütung im Arbeitsvertrag. Bei dieser Entscheidung kann als irrelevant dahingestellt bleiben, welcher Typus von Arbeitsvertrag anzunehmen ist. Es besteht nämlich in dem Probleme selbst, das uns beschäftigt, kein Grund, die Wahl nur zwischen Dienstvertrag und Miete¹, nicht auch zwischen einem anderen der Zeitlohnform zugänglichen Arbeitsvertrag (z. B. Agenturvertrag oder entgeltlichem Verwahrungsvertrag) und Miete zu stellen.

Die Zuverlässigkeit des angegebenen Unterscheidungsmerkmals bewährt sich an denjenigen Fällen, in welchen eine Partei neben ihrer Gebrauchsüberlassung oder neben ihrer Arbeit noch Geldleistung verspricht. In diesen Fällen ist nämlich die durch Geld und Gebrauchsüberlassung oder durch Geld und Arbeit entgeltene Leistung die prinzipale, den Vertrag charakterisierende. Wer Geld neben Sachnutzung gewährt für Arbeit, schließt einen Arbeitsvertrag.

A für die Einräumung eines Zimmers durch B es übernimmt, die Kinder des B täglich zu unterrichten, so überwiegt die letztere Leistung: es liegt ein Dienstvertrag vor.“ Warum oder inwiefern die letztere Leistung überwiegt, ist nicht ersichtlich.

¹ Mittelstein, Die Miete S. 22. 23. Oertmann, Comment. zu BGB. § 535 Nr. 3.

Wer Geld neben Arbeit gewährt für Sachnutzung, schließt eine Miete. Die Sachnutzung ist im letzteren Fall für den, der sie überläßt, ebenso deutlich Einkommensquelle, als sie es nicht ist im ersteren Falle; in diesem haben wir daher einen Arbeitsvertrag, dessen Vergütung teils Natural-, teils Geldvergütung ist.

Drittes Kapitel.

Konsumtibilien.

I. Die Naturalvergütung zerfällt in zwei Hauptarten: sie besteht entweder in Konsumtibilien oder in Erwerbsgelegenheit. Diese Gegenstände schließen einander nicht aus, es kann einer neben dem anderen vorkommen, indem für die nämliche Arbeit beiderlei Naturalvergütung gewährt wird, aber es besteht kein Grund, für diese Kombination eine dritte Kategorie aufzustellen¹.

Unter Konsumtibilien als Objekten der Naturalvergütung werden hier nicht bloß körperliche, bewegliche Sachen verstanden, geschweige denn nur Sachen, die durch bestimmungsgemäßen Gebrauch vermindert oder aufgezehrt werden. Vielmehr stehen die Konsumtibilien hier im Gegensatz zu der Erwerbsgelegenheit. Zwar sind beide, wie es der Vergütungsbegriff erfordert, wirtschaftliche Güter und dabei, wie es der Begriff der Naturalvergütung verlangt, nicht Geld. Aber während die Erwerbsgelegenheit wirtschaftliches Gut insofern ist, als sie in einer (in Kap. 4 zu definierenden) Anwartschaft auf wirtschaftlichen Erwerb besteht, ist ein solcher Erwerb mit dem Empfang der Konsumtibilien ohne weiteres gegeben. Indem diese Konsumtibilien vom Arbeitgeber als Vergütung gereicht werden, werden mannigfaltige Bedürfnisse des Arbeitnehmers unmittelbar befriedigt oder verschiedene Güter seinem Vermögen unmittelbar hinzugefügt. Da solche Konsumtibilien das Leben des Arbeitnehmers zu erhalten, zu beför-

¹ Ebenso wenig als es geraten ist, für die Verbindung von Naturallohn und Geldlohn (S. 672¹) — im Gegensatz zu dem für sich allein auftretenden Naturallohn (z. B. Verhältnisse der Landarbeiter I, 187, Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 72) — eine eigene Art anzunehmen. Jene Verbindung kommt bald so vor, daß beiderlei Vergütung für die ganze Arbeit gilt, bald so, daß, Regelung der Arbeitszeit vorausgesetzt, die in der regulären Zeit geleistete mit Geldlohn, die Überzeitarbeit mit Naturallohn vergütet wird: z. B. Verhältnisse der Landarbeiter II, 157 (die sog. Mähersuppe). 679/80. Im ostelbischen Deutschland besteht der Lohn für Überstunden oft in Branntwein: z. B. III, 51. 53. 89. 122. 161. — Zusätzliche Naturalvergütung in der Erntezeit: a. a. O. II, 453.

dern, zu schmücken vermögen, lassen sie sich auch mit dem Namen von Lebensmitteln zusammenfassen, indem man damit nicht blofs das dem nackten, sondern auch das dem Kulturleben des Menschen Dienliche, die Kulturmittel, bezeichnen kann.

Dieser ersten Art von Naturalvergütungen, den Konsumtibilien, sind daher zuzuzählen die Wohnung in all ihren Graden und Varietäten¹, vom blofsen Schlafraum im Stall bei den Tieren, der Wanderarbeiterkaserne mit übereinandergestellten Betten bis zu dem aus mehreren Zimmern, Küche und Garten bestehenden Logis² oder gar der Etage oder Villa (Dienstwohnung) des Direktors; ferner die Ausstattung der Wohnung von der blofsen Bettstatt oder dem Bettstroh bis zum komplizierten; auch ästhetische Ansprüche befriedigenden Mobiliar; sodann die Nahrung, bald nur indirekt für Menschen, zunächst für Tiere bestimmte³, die dann dem Arbeitnehmer Nahrungsmittel liefern, bald unmittelbar dem Menschen dienliche, sei es rohe (wie sie als Deputat vornehmlich den Deputatisten oder Deputanten unter den Landarbeitern gewährt wird)⁴, sei es zubereitete, d. h. Speise und Trank⁵, dazu die Getränke als Genußmittel wie andere dergleichen⁶; endlich die Kleidung, bald fertige Klei-

¹ Die meiste Anwendung findet diese Naturalvergütung in den Arbeitsverhältnissen der Seeschiffsbesatzung, der Dienstboten und der Landarbeiter. Wenn es in Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 40. 83 und sonst von den Gutstagelöhnern heifst, sie seien „größtenteils in vom Arbeitgeber gestellten Wohnungen untergebracht, entweder ganz unentgeltlich oder gegen Erstattung einer hinter dem sonst üblichen Satze zurückbleibenden Miete“, so weifs der Jurist, dafs hier von keinerlei Schenkung die Rede sein kann, sondern die Wohnung, soweit nicht dafür bezahlt wird, vertragsmäfsigen Entgelt für Arbeit bildet.

² Vgl. Wörishoffer, Sociale Lage der Fabrikarbeiter in Mannheim S. 59. 217—21.

³ Viehweide und Futter. Hier obwaltende Verschiedenheiten im ostelbischen Deutschland: Verhältnisse der Landarbeiter III, 14/15. — Die dem Arbeitnehmer gehörigen Haustiere erhalten Unterkunft bald in Räumen des Arbeitnehmers, bald in solchen des Arbeitgebers. Auch diese Unterkunft ist Naturalvergütung und gehört zur Kategorie der Nahrung.

⁴ Wegen des ostelbischen Deutschlands a. a. O. III S. 22 und danach die Tabellen. Die Deputate enthalten oft auch Viehfutter. Deputate roher Nahrungsmittel kommen bei allen Klassen von Landarbeitern vor.

⁵ für alle ortsüblichen Mahlzeiten oder für einige oder nur für eine. Die „halbe Kost“ bei den Barbier- und Friseurgehülfen in München enthält nicht das Abendessen: Sander, Lage des Barbier- und Friseurgewerbes S. 45—47. Störarbeit des Landstüsters und seiner Gesellen mit Beköstigung am Tisch des Bauern: Francke, Schuhmacherei S. 83. 84. 182. 208.

⁶ z. B. Cigarren. So soll nach der Arbeitsordnung der Cigarrenfabrik

ungsstücke, einschliesslich des Schuhwerks, bald mehr oder weniger zubereitete Stoffe, wie Leinwand und Wolle¹.

Eine fernere meist in Verbindung mit den genannten vorkommende Naturalvergütung ist die Bedienung. Kleineren Teiles bezieht sie sich unmittelbar auf die Person des Arbeitnehmers, überwiegend auf die von ihm benutzten Sachen, namentlich den Wohnraum, das Bett, die Kleidung, auch auf die Nahrungsmittel². Dieser Bedienung juristisch zur Seite stehend, nämlich ebenfalls eine Arbeitsleistung darstellend, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Entgelt zukommen lässt, finden wir die Bearbeitung des dem Arbeitnehmer (eigentümlich oder pachtweise) gehörigen, oder ihm vom Arbeitgeber zugewiesenen Bodens durch das Gespann des Arbeitgebers³, sowie die „freien Fuhren“ (S. 162). Solche erhalten z. B. in der preussischen Rheinprovinz kontraktlich auf ein Jahr gebundene ländliche Tagelöhner neben sonstigem Geld- und Naturallohn⁴. Derartige Fuhren (namentlich Holz-, Dünger- und Getreidefuhren), sowie Spannhilfe (Spannarbeit, Beackerung), mitunter auch Mahlen des Getreides,

von H. in F. der Arbeiter per Woche 25 „Rauchcigarren“ erhalten. — Wöris-hoffer, Sociale Lage der Cigarrenarbeiter im Gr. Baden S. 206, will die Zuteilung von täglich 3 und Samstags 12 Ausschufcigarren an die erwachsenen männlichen Arbeiter eines Betriebs aus juristisch unzureichendem Grunde nicht als Naturallohn gelten lassen. — Den Genussmitteln mögen hier an-gereiht werden die Bücher. Nach der kursächsischen Buchdruckerordnung für Leipzig und Wittenberg von 1606 „soll dem Setzer ein Exemplar, was ehr gesetzt, von gemeinem Papyr gegeben werden“: Zahn in Schriften des Vereins f. Socialpol. 45, 334 vgl. 340.

¹ Auch hier liefern die ländlichen Arbeitsverhältnisse die meisten und manigfaltige Beispiele. S. ferner Herzberg, Schneidergewerbe in München S. 97: „in vielen Geschäften besteht von alters her die Übung, daß es dem Zuschneider freisteht, zweimal im Jahre kostenlos einen Anzug nach eigener Wahl aus dem Geschäfte zu entnehmen“.

² „Die Köchin wird meist den Leuten (nämlich Wanderarbeitern) von der Herrschaft gestellt“: Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 38.

³ indem dieser den etwa im Gemenge mit dem seinigen liegenden Boden des Arbeitnehmers ununterschieden mit dem seinigen bearbeiten lässt — im Gegensatz zu dem Fall, in welchem das Gespann dem Arbeitnehmer zu besonderer Benutzung überlassen wird. Letzterenfalls wird mit Überlassung dieser Benutzung, nicht mit Arbeit Vergütung gewährt; z. B. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 44: „ebenso steht das herrschaftliche Gespann zur Bestellung des etwa gepachteten Landes zur Verfügung, meist jedoch nur Sonntags“.

⁴ Verhältnisse der Landarbeiter II, 715. 716. 719. 722 und wegen der Spannarbeit die Tabellen S. 749 fg. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 70. 73. 85.

also Arbeit, bekommen als Vergütung manchenorts¹ auch sog. freie Tagelöhner, d. h. nicht durch einen wenigstens auf ein Jahr gehenden Arbeitsvertrag zur Landarbeit verbundene, und ferner solche, die einen mit einer Pacht verknüpften ländlichen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Diese letzteren erscheinen in Nordwestdeutschland unter dem Namen der Heuerleute oder Heuerlinge, Kötter oder Leibzüchter, und mit geringer Abweichung im Thatbestand als Arröder. Der Heuerkontrakt gewährt ihnen Pacht zu billigem Zins und legt ihnen die Pflicht auf, dem Verpächter, der auch ihr Arbeitgeber ist, an einer bestimmten oder unbestimmten Zahl von Tagen des Jahres Arbeit gegen geringeren Lohn zu leisten. Unter den Vergütungen kommen Fuhren und Spannhilfe vor². — Die für die Wirtschaft des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber geleisteten Fuhren dienen nicht selten dem Transport von Naturalien, die damit vom Arbeitgeber nicht blofs befördert, sondern auch als Vergütung übereignet werden; das gilt vornehmlich von den Brennmaterialien.

Damit werden wir auf zwei weitere wichtige, zu Naturalvergütungen verwandte Konsumtibilien hingewiesen, die Heiz- und Beleuchtungsmittel. Die letzteren kommen nicht leicht isoliert als Naturalvergütung vor, vielmehr wird das Bedürfnis künstlichen Lichtes gewöhnlich in Verbindung mit dem Wohnungsbedürfnis befriedigt³. Dagegen die Abgabe von Heizmitteln, als Holz, Torf, Kohlen, Samenstroh, kommt ebensowohl im Verein mit Gewährung von Wohnung als ohne solche vor⁴.

II. Zu den Konsumtibilien, als derjenigen Art von Naturalvergütung, deren Empfang für den Arbeitnehmer ohne weiteres einen wirtschaftlichen Erwerb bildet, sind endlich auch zu rechnen die K e n n t-

¹ z. B. Thüringen: Verhältnisse der Landarbeiter II, 136. 145. Königr. Sachsen: a. a. O. S. 359. 375 fg.

² S. für Nordwestdeutschland: Verhältnisse der Landarbeiter I, 3. 4. 14. 37. 64. 75. 77. 86. 93 und sonst oft. Wenn es hier manchmal heisst, daß Fuhren oder Spannhilfe 'unentgeltlich' geleistet werden, so kann dies im Gegensatz zu den Fällen zutreffen, wo Geld für diese Leistungen entrichtet werden muß (vgl. S. 690¹). Das Gleiche gilt von Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 44 („die notwendigen Wirtschaftsfuhren werden unentgeltlich geleistet“) 92. 101. Zur Sache s. auch noch a. a. O. II, 98. 99.

³ nicht blofs bei ständigen und in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmern, sondern auch bei Wanderarbeitern in der Landwirtschaft: Verhältnisse der Landarbeiter I, 80. 98. 172.

⁴ Oben S. 686. Jentsch, Arbeiterverhältnisse in der Forstwirtschaft des Staates S. 26/7.

nisse und Fertigkeiten, die der Arbeitgeber als Lehrmeister dem Lehrling als seinem Arbeitnehmer überliefert. Hierdurch wird das Bedürfnis der Berufsbildung beim Arbeitnehmer befriedigt, und ihm so ein wirtschaftliches Gut verschafft, wie wenn er durch Gewährung handgreiflicher Werkzeuge belohnt würde. Freilich besteht hier die Vermögenszuwendung in der Steigerung seiner Erwerbsfähigkeit, indem er in stand gesetzt wird, seinerseits wertvollere, folglich für ihn einträglichere Arbeit zu leisten (S. 83. 84), und insofern könnte diese Naturalvergütung zur zweiten Art gezählt, als Erwerbsgelegenheit betrachtet werden. Weil sie aber in den Arbeitnehmer selbst eingeht, sich mit seiner Person verbindet, wie die Nahrungsmittel, ist sie mehr als Erwerbsgelegenheit, die aus den äußeren Umständen besteht, welche dem Erwerb zur Grundlage dienen. — Dafs die Kenntnisse und Fertigkeiten eines Berufs als Vergütung gelten, hat einen uneigentlichen Lehrvertrag zur Voraussetzung, nämlich einen Arbeitsvertrag, kraft dessen nicht Lehrgeld von seiten des Lehrlings entrichtet wird, sondern der Lehrling für die von ihm geleistete anfängerhafte Arbeit Unterweisung im Berufe als Entgelt empfängt, sei es diese allein, sei es mit Zusatz von anderweitigem Natural- oder Geldlohn; der letztere wird mitunter als Kostgeld, Taschengeld oder Entschädigung bezeichnet¹. Wo solcher Zusatz fehlt oder ungewöhnlich niedrig ist², wird entweder der naturale, in Ausbildung bestehende Lohn sehr hoch veranschlagt, oder der wirtschaftliche Erfolg der Lehrlingsarbeit etwa wegen des Materialverderbs gering geschätzt, oder aber der Lehrling ausgebeutet. Eine Ausbeutung dieser Art liegt vornehmlich da vor, wo die in Ausbildung bestehende Naturalvergütung von Anfang an geringwertig ist³, oder mit fortschreitender Lehrzeit die Aus-

¹ Webb, Theorie und Praxis der engl. Gewerkvereine (deutsch von Hugo) II, 4, von dem mit einem Handwerksmeister schriftlich geschlossenen Lehrvertrag älterer Zeit in England redend: „Der Meister verpflichtete sich, den Lehrlingen alle Geheimnisse seines Handwerks zu lehren. Die Lehrlinge verpflichteten sich, eine lange Zeit um Löhne zu dienen, die unter den Marktsätzen waren. Der Unterricht ist ihr Lohn“, wie es Paley bündig und geschickt ausdrückt.“

² Aufser den Belegen S. 79¹ s. z. B. Sander, Lage des Friseur- und Barbiergewerbes S. 55. 56. Bericht der Senatskommission über die Verhältnisse im Hamburger Hafen S. 56. Corvey, Arbeitsverhältnisse der Verkäuferinnen (Arbeiterfreund 38. Jahrg. S. 7/8): „Im allgemeinen bezahlen die Lehrmädchen nichts und sie bekommen auch nichts.“

³ Wo überhaupt keine Lehrthätigkeit auf den Anfänger verwandt wird, kann natürlich auch nicht von in Lehrthätigkeit bestehender Naturalvergütung die Rede sein.

bildung zurücktritt und wegfällt. Wo solche Lehrverhältnisse sich häufen, spricht man von „Lehrlingszüchtereie“. Der sogenannte Lehrling bekleidet hier die Stelle eines Gesellen oder Gehülfen, ohne daß der Arbeitgeber den für solche üblichen Lohn zu entrichten braucht¹.

Der uneigentliche Lehrvertrag, in welchem dem Lehrling die Parteistellung des Arbeitnehmers zukommt, und die Gewährung von Berufslehre eine meist stillschweigend vereinbarte Naturalvergütung bildet, ist ein so verbreiteter Thatbestand, daß hier kaum weitere Hinweise auf sein Vorkommen von nöten sind². In anderer als rechtlicher Hinsicht ist dieser Vertrag dadurch bemerkenswert, daß der Arbeitnehmer meist in jugendlichem Alter steht³. Zu Gunsten dieser jungen Personen ist anzunehmen, daß wo die Gesetze, namentlich BGB., HGB. und GewO., vom Lehrvertrag reden, sie nicht bloß den eigentlichen, sondern auch den hier charakterisierten uneigentlichen Lehrvertrag im Auge haben, beiderlei Vertrag treffen wollen (S. 79. 80).

III. Innerhalb der vorstehenden Gruppe von Naturalvergütungen läßt sich folgende Reihe für die Empfänger wichtiger Unterschiede wahrnehmen.

Bald nämlich handelt es sich bei jenen Konsumtibilien um Naturalleistungen, die nur für den Arbeitnehmer in Person bestimmt sind, bald um solche, die sich auch auf seine Angehörigen erstrecken. Wie die Geldvergütung in vielen Fällen so bemessen ist, daß mittelst ihrer der Arbeitnehmer, welcher eine physische Person ist, außer dem eigenen

¹ z. B. Lage des Handwerks II, 78. 396. Ebenda I, 148: kürzere Lehrzeit, falls Lehrgeld gezahlt oder das Bett vom Lehrling geliefert wird. „Nichts ist wohl geeigneter, das heutige Lehrverhältnis kurz zu charakterisieren als diese Ausnahme.“ Wiener Lohnarbeiterinnen S. 76: „Wie lange haben sie gelernt, wenn sie zu Ihnen kommen?“ „Vier Jahre, wenn sie die Kost haben, und sonst drei Jahre.“ Maier, Verband der Glacéhandschuhmacher (1901) S. 137.

² Im Inseratenteil einer einzigen Zeitungsnummer (Münchner Neueste Nachrichten, 11. Sept. 1897) finden sich nicht weniger als 15 von Unternehmern ausgehende Gesuche von Lehrlingen, Lehrmädchen, „Anfangskellnerinnen“, „Anfangsmädchen“, einige mit Zusicherung von „sofortiger Bezahlung“, Taschengeld, Lohn und Kost u. s. w. S. ferner Feig, Berliner Wäsche-Industrie S. 50. 57. 76. 94. 109. Pierstorff, Carl Zeißs-Stiftung S. 13. 44. Thurneyssen, Münchner Schreinergerwerbe S. 130. Herzberg, Schneiderei in München S. 118. Arnold, Münchner Bäckergerwerbe S. 81/82.

³ Ausnahme: Ausgelernte Köche, die zu ihrer höheren Ausbildung eine Zeit lang als Lehrlinge in einer Konditorei arbeiten. Lage des Handwerks II, 411.

auch den Lebensunterhalt seiner Angehörigen bestreiten kann¹, so kann auch die Naturalvergütung einen Umfang haben, der bei der Konsumtion die Teilnahme der Familie des Empfängers zuläßt und zulassen soll, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Glieder auch Arbeitnehmer dessen sind, der jene Vergütung gewährt. Das gilt namentlich von der Wohnung, die nach Größe und Ausstattung² der Benutzung durch eine solche Genossenschaft angepaßt sein kann, und gilt ebenso von manchen anderen vorher erwähnten Naturalleistungen, z. B. Brennwerk, überhaupt solchen, die in eigener Haushaltung zu verwenden sind³. Für den privatrechtlichen Begriff des Naturallohnes ist sein Umfang — ob er danach vom Empfänger allein verzehrt werden kann, andererseits zu seinem Unterhalt ausreicht — gleichgültig. Ob er, zur Konsumtion durch den Produzenten an Ort und Stelle bestimmt, „diejenige Grenze übersteigt, bis zu der das Produkt die Ernährung des Körpers oder dessen Kräftigung für die Arbeit überhaupt noch zu fördern vermag“, kann für die Frage seiner Anrechnung auf den Verdienst bei der Arbeiterversicherung bedeutungsvoll sein⁴, für den privatrechtlichen Begriff der Naturalvergütung (z. B. für die Anwendung der §§ 615. 616 BGB.) kommt dies nicht in Betracht.

Ein zweiter für den Arbeitnehmer wichtiger Unterschied wird dadurch begründet, daß von den Konsumtibilien die einen im Bereich des Arbeitgebers, etwa gar in häuslicher Gemeinschaft mit demselben, die anderen außerhalb jenes Bereichs gebraucht oder verbraucht werden. Im ersten Fall steht der Arbeitnehmer nicht bloß als solcher (innerhalb des faktischen Arbeitsverhältnisses), sondern auch als Konsument (außerhalb jenes Verhältnisses) in Kontakt mit dem Arbeitgeber. Und dieser nicht durch die Leistung der Arbeit, sondern durch die Leistung der Vergütung begründete Kontakt kann ebensowohl des Arbeitgebers Fürsorge, als dessen Aufsicht und Kontrolle veranlassen (Kap. 7), kann dem Arbeitnehmer zum Vorteil gereichen und andererseits seine Abhängigkeit begründen oder ver-

¹ Umgekehrt finden sich auch viele Löhne darum so niedrig gestellt, weil auf die Familienstellung des Empfängers, namentlich des weiblichen Arbeitnehmers, als Rückhalt und Ergänzung gerechnet ist. Vgl. auch S. 171/72.

² Herd, Küche, Stall, Dreschtemne, z. B. Verhältnisse der Landarbeiter II, 716.

³ Besonders die rohen Nahrungsmittel, die den Deputanten und Insulten gereicht werden, a. a. O. III, 10. 11. M. Weber in Brauns Archiv VII, 10—14.

⁴ Rosin, Arbeiterversicherung I, 200. 201.

größern. Es ist aber auch ein und dieselbe Naturalvergütung, namentlich Wohnung oder Beköstigung, für den Arbeitnehmer wie für den Arbeitgeber verschieden, je nachdem sie im Bereich des letzteren gewährt wird oder nicht. Man denke an den Handlungs-, Apotheker- oder Barbiergehilfen, der entweder am Tische des Arbeitgebers oder etwa in einem der Betriebsstätte benachbarten Gasthause auf Kosten des Arbeitgebers die Mahlzeiten erhält¹. Sobald er zur Einnahme derselben die Betriebsstätte verlassen hat, ist er der Gelegenheit, zur Fortsetzung der Arbeit (mit Unterbrechung der Mahlzeit) herangezogen zu werden, viel mehr entrückt, als im ersteren Falle².

Unsere Naturalvergütungen sind ferner darin verschieden, daß die einen, wie Wohnung, Beleuchtung derselben, Schlafstätte, Mahlzeiten, Unterweisung, nur so wie sie geboten werden, zu gewisser Zeit, in gewissem Raum, vom Arbeitnehmer persönlich (und etwa noch von den Seinigen) genossen und genützt werden können³, während die anderen zeitlich und räumlich und sonst seiner beliebigen Verfügung unterstehen, so daß insofern ihre Verwendbarkeit und Verwertbarkeit unbeschränkt ist, namentlich der Rohstoffe zu Kleidung und Nahrung⁴.

Endlich ist auch noch der Unterschied von Bedeutung, ob die

¹ Zu dieser indirekten Verköstigung greift der Arbeitgeber nicht selten darum, weil sein Betrieb die Einhaltung gewisser Speisestunden, wenigstens durch die Arbeitnehmer, nicht gestattet, und er nicht so leicht als ein Gasthaus die Kost für diejenige Zeit bereit zu stellen vermag, in der sie eingenommen werden kann.

² Vgl. GewO. § 139^c Abs. 3, wonach den Gehülfen, Lehrlingen und Arbeitern, wenn sie „ihre Hauptmahlzeit außerhalb des die Verkaufsstelle enthaltenden Gebäudes einnehmen“, eine anderthalbstündige, sonst nur eine „angemessene“ Mittagspause zu gewähren ist. Nach der amtlichen Begründung zum Entwurf dieses Gesetzes ist „auf die gesundheitlichen Nachteile solcher unregelmäßigen, hastigen und durch Unterbrechungen gestörten Mahlzeit sowohl vom kaiserl. Gesundheitsamt als auch von der Komm. f. Arbeiterstat. hingewiesen worden“. S. auch Adler, Lage der Handlungsgehülfen S. 77. Gleichwohl ist nach Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze S. 926 „nicht anzunehmen, daß eine angemessene Ruhe dann nicht gewährt wird, wenn der Gehülfe verpflichtet ist, während der Mahlzeit einen Kunden zu bedienen“.

³ z. B. „der Haustrunk darf nur in der Brauerei genossen werden“. Arbeitsordnung einer Brauerei (S. 390^a).

⁴ z. B. verkauft der Arbeitnehmer das Getreide, das er als Drescherlohn erhält, soweit er es nicht selbst verbraucht, an den Händler, oder an den Arbeitgeber: Verhältnisse der Landarbeiter II, 489. III, 16. 20. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 85. 102.

zur Naturalvergütung verwandten Konsumtibilien vom Arbeitnehmer als solchem erzeugt, hergestellt worden sind¹, so dafs er an ihnen buchstäblich einen Teil seines Arbeitsertrags erhält², oder ob sie nicht dem Arbeitsergebnis entnommen, sondern anderswoher bezogen sind.

Im ersten Fall können — weil die Löhnungsmittel frisch entstanden und vorrätig sind, oder etwa nach der Vorschrift, dem Ochsen, der da drischt, nicht das Maul zu verbinden — Qualität und Quantität der Naturalvergütung eher zum Vorteil des Empfängers, des Arbeitnehmers, ausfallen, als im zweiten³.

Die erstere Gestalt der Naturalvergütung, ihre Entnahme aus dem Arbeitsprodukt, weil sie eine wirkliche Beteiligung des Arbeitnehmers am Arbeitsertrag darstellt, eignet sich auch vorzüglich zur partiarischen oder Quotallöhnung (S. 165), indem dem Arbeitnehmer nicht ein bestimmtes Quantum ohne Rücksicht auf den Umfang des Ertrags — z. B. 3 Cigarren, 4 Liter Bier pro Tag, 8 Centner Kohlen pro Monat — sondern eine bestimmte Quote des Ertrags gewährt wird⁴. Die Quotallöhnung wird daher bei der in Rede stehenden Gestalt der Naturalvergütung am häufigsten angetroffen, besitzt hier ihr ältestes Anwendungsgebiet.

¹ z. B. das Brot, das der Bäckergehülfe, das Bier, das der Braugeselle, die Hausbrandkohlen, die der Kohlenhauer, die Raucheigarren, die der Wickler, die Schafe, die der Schäfer, das Heu, das der Schnitter, das Korn (Lohnkorn), das der Drescher, das Mehl, das der Kundenmüller erhält. „Bei der ursprünglichen und reinen Kundenmüllerei erhält der Kunde das Mehl und die Kleie, welche aus dem von ihm zur Mühle gebrachten Getreide gewonnen sind, abzüglich einer bestimmten Quote für den Müller.“ Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 4 S. 15. S. auch den Setzer oben S. 690⁶ a. E.

² In manchen Brauereien wird das Freibier oder der Hastrunk nicht blofs Vorarbeitern, Brauern und Mälzern, sondern auch Küfern, Heizern, Maschinenführern, Schmieden, Sattlern, Fuhrleuten und den dort beschäftigten Tagelöhnern verabreicht.

³ Vgl. Jentsch, Arbeiterverhältnisse in der Forstwirtschaft des Staates S. 80, Christiani, Waldarbeiterverhältnisse auf dem badischen Schwarzwalde S. 76, Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 105. Ganz anders wird es bekanntlich bei den Kellnern gehalten; freilich werden von diesen die Speisen nur serviert, nicht zubereitet. Vgl. auch noch Francke, Schuhmacherei S. 146: „Es ist kein seltener Fall, dafs in Centren der deutschen Schuhfabrikation, wo Millionen und Millionen von Schuhen jährlich hergestellt werden, der ärmere Teil der Bevölkerung barfuß geht, um zu sparen — gerade wie in Schlesien, Böhmen und Mähren, wo die Weber, die die Leinwand in enormen Massen erzeugen, sehr oft nicht ein einziges Hemd besitzen.“

⁴ namentlich Anteil am Erdrusch (z. B. 13., 17., 24. Scheffel, verschieden, je nachdem Flegel-, Göpel- oder Dampfmaschinendrusch); der sog. Zehntschnitt, d. h. der 10. bis 12. Haufen von Getreide, Klee oder Wiesenheu;

Viertes Kapitel.

Erwerbsgelegenheit.

I. Die Erwerbs- oder Verdienstgelegenheit ist nur dann Naturalvergütung, wenn ihre Gewährung Gegenleistung ist für Arbeit, die dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer geleistet wird. Bei dieser wie bei jeder Naturalvergütung, wie auch bei der Geldvergütung ist es gleichgültig, ob der Arbeitgeber als der erscheint, welchem die Arbeit geleistet wird, d. h. ob er Empfänger der Arbeit ist (vgl. S. 106 fg.). Dafs der Arbeitgeber nicht Empfänger der Arbeit zu sein braucht, verdient bei der Naturalvergütung, die in Erwerbsgelegenheit besteht, hervorgehoben zu werden; denn bei dieser kommt es oft vor, dafs der blofse Empfänger der Arbeit auch die vom Arbeitgeber eingeräumte Erwerbsgelegenheit realisiert und daher scheinbar der Vergütende ist. So ist der Gast, welcher die dem Wirte als dem Arbeitgeber geleistete Bedienungsbearbeitung des Gastwirtsgehilfen empfängt (vgl. S. 97 oben), zugleich derjenige, der diesem das Trinkgeld entrichtet. Zu dem Scheine, dafs hinsichtlich der Arbeit nicht der Wirt der Arbeitgeber jenes Gehilfen sei, gesellt sich hier noch der Schein, dafs hinsichtlich der Vergütung nicht der Wirt, der als Arbeitgeber zur Vergütung verpflichtet ist, Urheber der Vergütung sei, sondern der Gast. Mit der Zahlung des Gastes, der nicht der Arbeitgeber ist und nicht namens oder für Rechnung des Arbeitgebers zahlt, realisiert sich die Erwerbsgelegenheit, die der Wirt seinem Arbeitnehmer gewährt hat.

Damit die Erwerbsgelegenheit Naturalvergütung sei, darf mehr nicht als Erwerbsgelegenheit gewährt werden. Wenn hingegen einem Handlungsreisenden oder einem Filialvorsteher vom Prinzipal, in dessen Namen sie kontrahieren, Provisionen der von ihnen geschlossenen Geschäfte oder Prozente der Tageseinnahme als Entgelt zugesagt sind, so ist damit nicht Naturalvergütung in Gestalt einer Erwerbsgelegenheit, sondern Geldvergütung zugesagt. Denn die Geldzahlungen, die von den dritten Kontrahenten jener Arbeitnehmer aus

Getreidemähen um die Mandel, den achten Küps (Haufen), die zehnte Stiege; Roggen, Weizen, Bohnen je 100 Liter vom Hektar; Heuernte zweiter Schnitt gemäht und gedörrt um $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{3}$ der Ernte; sämtliche Arbeiten bei Tabak oder Kartoffeln für die Hälfte des Ertrags: z. B. Verhältnisse der Landarbeiter I, 412. 423. II, 86. 89. 106. 124 und an vielen anderen Stellen. III, 15/6. 77/8. 95. 109 und sonst oft. Stieger, Landarbeiterfrage S. 22. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 75. 95 und sonst.

den von letzteren geschlossenen Kontrakten entrichtet werden, gehen entweder unmittelbar beim Arbeitgeber ein oder werden ihm von seinen Arbeitnehmern abgeliefert, Und das auf diese Weise Erworbenes giebt den Fonds ab, aus dem jene Arbeitnehmer Geldlohn für die Arbeit empfangen, die sie bei Abschluss oder Vollziehung der gedachten Kontrakte dem Arbeitgeber geleistet haben.

II. Dafs der Arbeitnehmer durch seine Arbeit Erworbenes nicht vom Arbeitgeber beziehe, ist hiernach erforderlich, damit von Erwerbsgelegenheit als Naturalvergütung die Rede sein könne, aber es ist hierfür nicht genügend. Wo nämlich die nach dem Arbeitsvertrag zu leistende Arbeit nicht durch den Arbeitnehmer, sondern durch einen Dritten verrichtet wird (S. 101 fg.), von welchem sie der Arbeitgeber empfängt, kann zwischen diesem und dem Arbeitnehmer, der selber Arbeitgeber des Dritten ist, sowie zwischen beiden letzteren verabredet werden, dafs die Vergütung vom Empfänger der Arbeit nicht seinem Arbeitnehmer, sondern dem Dritten entrichtet werde (S. 168—69). Der Dritte nun, der in solchem Fall von seinem Arbeitgeber wegen der Vergütung an dessen Arbeitgeber verwiesen wird, erhält in dieser Verweisung von seinem Arbeitgeber nicht blofs eine Erwerbsgelegenheit und in solcher eine Naturalvergütung. Er hat vielmehr aus seinem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf Geldlohn, nur hat er sich in einer Nebenabrede damit einverstanden erklärt, diesen Geldlohn aus den Händen des Gläubigers seines Gläubigers zu erhalten. Ein derartiger Fall ist z. B. gegeben, wenn der Inhaber einer Lohn-Dampfdrescherei einem Landwirte die Dampfdreschmaschine zum Gebrauch überlässt und auch das zur Beförderung und Bedienung der Maschine erforderliche Personal stellt (S. 203) unter der Abrede, dafs der von ihm dem Personal (seinen Arbeitnehmern) geschuldete Geldlohn vom Landwirte entrichtet werden soll. Dieser soll die Zahlung machen für Rechnung der Vergütungsschuld, die ihm gegenüber dem Inhaber des Maschinenbetriebs obliegt¹.

¹ Vgl. Rosin, Arbeiterversicherung I, 193, ferner Protokolle der (Hamburger) Senatskommission S. 376. Nicht anders war, wie es scheint, das Verhältnis im mittelalterlichen Handwerk, wenn der Meister einen Knecht beim Kunden auf der Stör arbeiten liess. „Der Konsument hatte dann den Gesellen zu verköstigen und zu lohnen, der Meister dagegen von Zeit zu Zeit nachzusehen, ob der Knecht seiner Schuldigkeit nachkomme und die Haftung zu übernehmen“ (Stahl, Das deutsche Handwerk S. 307), woran sich zeigt, dafs der Meister der Arbeitnehmer des Kunden ist, und dessen Vergütung an den Gesellen für Rechnung des Meisters gewährt wird.

Ein solcher Fall ist privatrechtlich sehr verschieden von dem, wo der Gastwirt dem Kellner als Entgelt für die Kellnerarbeit die Gelegenheit zu Trinkgeldeinnahmen gewährt. Denn hier hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht eine Geldzahlung versprochen und nicht einen Dritten verpflichtet, eine solche an seiner statt zu machen, und es macht auch der Dritte die Geldzahlung nicht für Rechnung einer Schuld, die ihm gegenüber dem Arbeitgeber des Kellners obliegt.

Diese privatrechtlichen Unterschiede werden von Rosin nicht berücksichtigt, wenn er den Fall des Kellners dem des Maschinisten der Dreschmaschine als gleichartig an die Seite stellt und es für eine „höchst künstliche Deduktion“ erklärt, daß die Einräumung der Gelegenheit zum Trinkgelderwerb als Naturalleistung des Arbeitgebers, als Naturalvergütung betrachtet wird¹. Da aber weder der Wirt das Trinkgeld zahlt oder zahlen läßt (solvi jubet), noch der Gast es im Namen oder für Rechnung des Wirtes zahlt, weil sich der Gast um das Rechtsverhältnis des Kellners zum Wirt nicht kümmert und das Trinkgeld nur wegen seiner eigenen Beziehung zum Kellner, in eigenem Namen und für eigene Rechnung zahlt, und da endlich der Gast das Trinkgeld dem Wirt rechtlich so wenig schuldig ist als dem Kellner², so kann das Trinkgeld nur dadurch in Berührung mit dem zwischen Wirt und Kellner bestehenden Arbeitsverhältnis gebracht werden, daß man seinen Empfang als Realisierung einer Erwerbsgelegenheit betrachtet, die der Wirt dem Kellner eingeräumt hat, um diesem damit eine Vergütung zu gewähren. Ist aber die Einräumung einer Erwerbsgelegenheit eine Vergütung, so kann sie nur Naturalvergütung sein, da sie nicht eine Geldvergütung ist.

III. Nicht jede Gewährung einer Erwerbsgelegenheit ist Naturalvergütung aus einem Arbeitsvertrag. Ökonomisch betrachtet, wird durch jeden Abschluß eines Arbeitsvertrags, wie auch durch jede Vermittlung eines solchen Abschlusses eine Gelegenheit zu Erwerb gewährt, nämlich zum Erwerb der im Arbeitsvertrag vereinbarten

¹ Er wendet sich damit gegen eine von ihm citierte Entscheidung bei Mugdan und Freund, Entscheidungen der Gewerbedeputation des Magistrats zu Berlin I S. 89 Nr. 133.

² Daß der Kellner „ein gutes Recht auf sein Trinkgeld“ habe und zwar nach „geltendem Gewohnheitsrecht“, wird von Oldenberg, Der Kellnerberuf S. 37 (aus Schmollers Jahrbuch, N. F. XVII) angenommen. Nach S. 17 soll dagegen dieses Trinkgeld in der Mitte zwischen Arbeitslohn und Almosen stehen. Es gehört vielmehr zu denjenigen Leistungen, von welchen BGB. § 814 sagt, daß sie „einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht“ entsprechen. S. auch § 534 und oben S. 150/51.

Vergütung. Der Baumeister, der einen Maurergesellen einstellt, gewährt demselben eine Erwerbsgelegenheit; der Mäkler, der einen Arbeitsvertrag vermittelt, gewährt dem Arbeitnehmer eine Erwerbsgelegenheit. Keine dieser Gewährungen ist Naturalvergütung. Erwerbsgelegenheit als Naturalvergütung eines Arbeitsvertrags ist nur da vorhanden, wo der vertragsmäßige Entgelt des Arbeitgebers für die Arbeit in der Einräumung der Gelegenheit zum Erwerb besteht. Die Erwerbsgelegenheit aber, die durch den freiwilligen Abschluss selbst oder durch die freiwillige Vermittlung des Arbeitsvertrags verschafft wird, ist augenscheinlich verschieden von der Erwerbsgelegenheit, zu deren Gewährung der Arbeitgeber erst aus dem Arbeitsvertrag verbunden ist. Diese wird in Vollziehung, jene durch Abschließung oder Vermittlung des Arbeitsvertrags gewährt. Wo in Vollziehung des Arbeitsvertrags der Arbeitgeber Geld oder Lebensmittel zuwendet, gewährt er nicht bloß Erwerbsgelegenheit, sondern unmittelbaren Erwerb. Dieser ist konsumierbar, die Erwerbsgelegenheit ist nicht etwas Konsumierbares, sondern etwas Realisierbares.

Wo ferner der Arbeitnehmer die Vergütung in Geld erhält oder in anderen Konsumtibilien, die nicht wie Kost und Logis ohne weiteres von ihm genossen oder verzehrt werden, sondern, wie der über seinen Bedarf hinausgehende Wohnraum, die unzubereiteten Nahrungs- und Kleidungsmitel und die Kleider seiner freien Verfügung unterstehen, da werden ihm in jenem Gelde und in diesen Konsumtibilien zugleich Erwerbsmittel gereicht, die er verzinslich darleihen, vermieten, umschlagen, kurz zum Erwerb verwenden und verwerten kann (S. 696⁴). Man darf aber gleichwohl nicht sagen, daß ihm hier eine Erwerbsgelegenheit als Naturalvergütung gewährt werde. Denn der erwähnte Erwerb findet erst statt, nachdem die Gewährung der Vergütung vollbracht ist. Nicht in Vollzug des Vertrags räumt ihm der Arbeitgeber eine Erwerbsgelegenheit ein, er verschafft ihm nur in der Vergütung die Mittel, weitere Erwerbungen folgen zu lassen.

Die Größe der Vergütung, die in Erwerbsgelegenheit besteht, wird bestimmt durch die Wahrscheinlichkeit der Realisierung der Gelegenheit und durch den Umfang der Einnahme, die im Fall jener Realisierung gemacht wird¹. In den S. 699 erwähnten nicht zur

¹ Nach diesen zwei Faktoren der Einträglichkeit werden z. B. in den Kreisen der Gastwirtsgehülfen und ihrer Stellenvermittler die Stellen taxiert, bei denen der Lohn des Gehülfen gänzlich oder teilweise in der Gelegenheit zum Trinkgelderwerb besteht. Vgl. auch Komm. f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 47. Ebenso kommt der wahrscheinliche Ertrag für die Invalidenversicherung in Anschlag.

Erwerbsgelegenheit gehörigen Fällen haben wir dem Recht nach nicht wahrscheinliche, sondern gewisse Einkünfte. Andererseits ist die Ungewißheit und Wahrscheinlichkeit der Einnahme nichts der Erwerbsgelegenheit als Naturalvergütung Eigentümliches, da sie auch da vorkommt, wo Geldvergütung vereinbart ist, z. B. bei Arbeitsverträgen mit gesetzlich bedingter Vergütungsschuld (BGB. § 652, HGB. § 88), in den S. 698 al. 2 erwähnten Fällen und überhaupt bei partiarischer Vergütung (S. 165. 368¹).

IV. Die Erwerbsgelegenheit als Naturalvergütung zerfällt in zwei Unterarten, indem sie sich bald als Gelegenheit zum Erwerb von Geld, bald als Gelegenheit zum Erwerb von anderen Konsumtibilien (Lebensmitteln) darstellt.

Ein wichtiges Beispiel der ersten Unterart bietet der Verlagsvertrag über Werke der Litteratur und der Tonkunst (S. 297. 298). Der Verleger hat als Arbeitnehmer die Vervielfältigung und die Verbreitung oder nur die Verbreitung des ihm gelieferten Werkes zu besorgen. Die ihm hierfür vom Arbeitgeber, gewöhnlich dem Autor bewilligte Vergütung besteht in der Einräumung einer Gelderwerbsgelegenheit. Diese Einräumung erfolgt dadurch, daß dem Verleger gestattet wird, die Verbreitung für eigene Rechnung zu vollführen, was dem Verlagsvertrag wesentlich ist. Den hierdurch gemachten Geldgewinn darf er ganz oder teilweise behalten. Die Realisierung der ihm gewährten Erwerbsgelegenheit liegt insofern vollständig auf dem Rechtsgebiet, als sie in Abschluß und Vollzug zweiseitiger Verträge besteht, namentlich von Kaufverträgen gegenüber den Konsumenten oder Mittelspersonen, z. B. Buchhändlern. Auf jene Realisierung hat der Arbeitgeber als Arbeitgeber keinen Einfluß¹. Aus diesen Gründen, d. h. weil die Ausnutzung der Erwerbsgelegenheit durch anerkannte Kontrakte des Arbeitnehmers mit Dritten und unabhängig vom Arbeitgeber erfolgt, bietet hier die Erwerbsgelegenheit als solche der juristischen Betrachtung keine Probleme.

Anders steht es um einen zweiten, auch ökonomisch und kulturell weit entfernten, dafür jedoch unvergleichlich öfter vorkommenden Fall, nämlich die Gelegenheit zum Erwerb von Trinkgeld. Da dieselbe

¹ Er hat sich nur selbst der Vervielfältigung und Verbreitung zu enthalten und sie ausschließlich dem Verleger zu gestatten: Verlagsgesetz § 8. „Der Verleger ist verpflichtet, das Werk in der zweckentsprechenden und üblichen Weise zu vervielfältigen und zu verbreiten“: § 14. „Die Bestimmung des Ladenpreises, zu welchem das Werk verbreitet wird steht für jede Auflage dem Verleger zu“: § 21.

nicht durch Abschluß von Kontrakten seitens des Arbeitnehmers realisiert wird, und ein Einfluß des Arbeitgebers auf ihre Realisierung nicht nur nicht ausgeschlossen ist, sondern sogar durch den Arbeitsvertrag geregelt sein kann, so stellt sie der juristischen Betrachtung neue Aufgaben.

Der Umstand, daß die Einräumung der Erwerbsgelegenheit, wo es sich um Erwerb von Trinkgeld handelt, den Arbeitgeber nichts kostet, ihm nicht einmal einen Verzicht auf Einnahme zumutet, ist kein Grund, jener Einräumung den Charakter der Vergütung abzusprechen. Denn die Vergütung muß zwar Zuwendung eines Vermögensvorteils an den Arbeitnehmer sein (S. 153), sie braucht aber nicht einen Vermögensaufwand des Arbeitgebers zu bilden¹.

Der in Rede stehende Fall findet sich am häufigsten im Gastwirtsgewerbe, außerdem oftmals im Betrieb von Bäckereien², Barbier- und Friseurwerkstätten, Badeanstalten und Fuhrhaltereien³. In den Arbeitsverträgen der Gastwirtsgehilfen erscheint die Gelegenheit zum Trinkgelderwerb als Naturalvergütung bald neben Geld- und anderer Naturalvergütung, bald nur neben Gehalt (Geld), bald nur neben anderer Naturalvergütung, bald endlich als alleinige Vergütung. Der Umfang des Vorkommens dieser Naturalvergütung in den gedachten Arbeitsverhältnissen ist aus der 1893 durch die Kommission für Arbeiterstatistik veranlaßten „Erhebung über die Arbeits- und Gehaltsverhältnisse der Kellner und Kellnerinnen“ auch nur für diese „Hilfspersonen“ nicht ersichtlich (Drucksachen, Erhebungen Nr. 6). Indessen erfahren wir aus dem zweiten Teil der Erhebung (Drucksachen, Erhebungen Nr. 9 S. 34), daß die den Wirte- und Kellnervereinen gestellte Frage, „ob die Mehrzahl der Kellner, Oberkellner und Kellnerinnen . . . mit den ihnen seitens des Prinzipals gewährten Einkommensbezügen ihren bzw. ihren und ihrer Familie Unterhalt bestreiten kann“, durch 19 von 27 Wirtevereinen und von allen 21 Kellnervereinen verneint wurde, mit dem Zusatz, „daß das Personal auf die Trinkgelder an-

¹ Wo die Vergütung nur in Arbeit besteht, z. B. Lehrthätigkeit, wird ja ebenfalls kein Vermögensaufwand gemacht (S. 82).

² Hirschberg, Soc. Lage der arbeitenden Klassen in Berlin S. 253.

³ Zu Gunsten der Arbeitnehmer wird von deren Arbeitgeber der Bade- wie der Fahrgast nicht selten auf die Entrichtung des Trinkgeldes hingewiesen, was daher rührt, daß die fragliche Erwerbsgelegenheit einen großen Teil der vom Arbeitgeber gewährten Vergütung bildet. Wo dagegen der Fuhrherr dem Kutscher ein Trinkgeld vom Fahrgast ausbedingt (S. 169¹), gewährt er seinem Arbeitnehmer nicht mehr bloß eine Erwerbsgelegenheit. Die Ausbedingung begründet einen Rechtsanspruch (auch für den Kutscher: BGB. § 328), wodurch auch der Trinkgeldbegriff ausgeschlossen wird: Ihering, Das Trinkgeld S. 12.

gewiesen sei⁴, d. h. derselben bedürfe. Ferner ist teils durch private Untersuchungen¹, teils durch von der gedachten Kommission vernommene Auskunftspersonen festgestellt, daß die Trinkgelderwerbsgelegenheit bei Gastwirtsgehülfen in allen oben angegebenen Varietäten vorkommt². Diese Art von Vergütung ist überall da (aber nicht bloß da) anzunehmen, wo bei den fraglichen Arbeitnehmern der Geldlohn fehlt oder so niedrig ist, daß er nur wie ein Taschengeld erscheint (S. 163 zu ⁴)³, während die etwa noch gewährte Kost oder Wohnung für jene Annahme nicht ins Gewicht fällt⁴. Es ist daher üblich, von Gastwirtsgehülfen zu sagen, sie seien gänzlich auf Trinkgelder angewiesen, sobald sie des Geldlohnes entraten⁵.

Die Thatsache, daß sich das Publikum in Ansehung der mit ihm in Berührung kommenden Gastwirtsgehülfen von deren Arbeitgeber nicht vorschreiben läßt, ob und wem es Trinkgeld geben soll⁶, darf nicht verleiten, der Gelegenheit zum Trinkgelderwerb den Charakter einer Naturalvergütung abzusprechen: weil sich jene Gelegenheit aus der Stellung und Bethätigung als Gastwirtsgehülfe von selbst ergebe, lasse sich nicht von Einräumung jener Gelegenheit durch den Arbeitgeber und somit nicht von Gewährung einer Vergütung reden. Vielmehr hat der Arbeitgeber nicht bloß thatsächlich großen Einfluß auf die

¹ Schippel in Neue Zeit (1891) II, 103—5. 143. Cohen in Brauns Archiv V, 105—7. Oldenberg, Der Kellnerberuf S. 13 fg. Hirschberg, Soc. Lage der arbeitenden Klassen in Berlin S. 258. 259. Trefz, Das Wirtsgewerbe in München S. 189/90. 203. 214. 215. Vgl. auch Ihering, Trinkgeld S. 29 und Kleinpaul, Trinkgeld in Italien S. VIII. Zimmermann, Der Trinkgelderunfug (Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 55, 115) schätzt die Zahl der Kellner, „die nur von den Trinkgeldern zu leben haben“, für Deutschland auf 20 000.

² S. z. B. Komm. f. Arbeiterst., Verhandlungen Nr. 16 S. 6. 7. 10. 12. 15/6. 21. 79. 87. 91. 92, ferner Verhandlungen Nr. 17 S. 54.

³ z. B. Erhebungen Nr. 9 S. 35. 39 (Restaurants des deutschen Reichstags und des preussischen Landtags). „In Königsberg bekommen 91,8 % der befragten Kellnerinnen kein Gehalt und 8,2 % ein solches von 5 Mk. und weniger“ (per Monat): Verhandlungen Nr. 17 S. 55. Wegen Zimmermädchen in den Gasthöfen der Kurorte siehe den Bericht bei Stillich, Lage der weiblichen Dienstboten in Berlin S. 130.

⁴ Geschieht es doch, daß der Geldlohn von Kellnerinnen des nämlichen Betriebes gleich groß ist, obwohl die einen beim Prinzipal wohnen, die anderen auf eigene Kosten anderswo logieren: Verhandlungen Nr. 16 S. 81.

⁵ Verhandlungen Nr. 16 S. 2/3: in Berlin nach Ermittlungen des Statistischen Amtes „bei den Portiers der Verdienst sogar nur aus Trinkgeldern bestehend“. — Cohen in Sociale Praxis VIII, 779.

⁶ Vgl. Verhandlungen Nr. 16 S. 83. Andererseits kommt es vor, daß der Wirt dem Kellner die Annahme des Trinkgeldes zur Pflicht macht, ihn entläßt, wenn er sie verweigert, da dies den Gast beleidige: S. 79.

fragliche Erwerbsgelegenheit, indem er bei der Direktion der Arbeit jene Gelegenheit zu schmälern und zu entziehen vermag, sondern sein Einfluss kann auch durch den Arbeitsvertrag geregelt sein. Da hierdurch der Arbeitnehmer einen rechtlichen Anspruch auf ein gewisses Verhalten des Arbeitgebers gegenüber der Erwerbsgelegenheit erlangt, muß von Gewährung solcher Gelegenheit durch den Arbeitgeber gesprochen werden¹.

Der durch den Arbeitsvertrag² regulierbare Einfluss des Arbeitgebers auf Dasein und Umfang der Gelegenheit zum Trinkgeldverdienst zeigt sich vornehmlich in folgendem. Er kann von seinen Angestellten den einen zur Empfangnahme der von den Gästen dem Wirt geschuldeten Zahlungen bevollmächtigen, den anderen nicht: die meisten Trinkgelder werden anlässlich solcher Zahlungen gegeben. Diese Einteilung des Personals kann eine wechselnde oder eine ständige sein, indem manche Arbeitnehmer zur Empfangnahme der Gastzahlungen ausschließlich legitimiert und damit vorzugsweise der Trinkgeldquelle nahe gebracht sind. Oder der Arbeitgeber regelt diese Vollmacht lokal, indem er den Arbeitnehmern gewisse Bezirke (Stockwerke, Reviere) zuweist, unter welchen auch Unterschiede der Ergiebigkeit bestehen können³.

Ferner macht sich die Einwirkung des Arbeitgebers geltend in der Verfügung, die eingehenden Trinkgelder in gewissem Maß unter bestimmte Arbeitnehmer zu verteilen, sei es daß jeder von ihnen seinen Erwerb konfiszieren oder zum Gemeingut machen muß, sei es daß der Arbeitgeber z. B. durch Aufstellung einer Sammelbüchse dem erwähnten Verfahren Vorschub leistet⁴.

Der Arbeitgeber kann endlich den Trinkgelderwerb des Arbeit-

¹ HGB. § 543 handelt von einer durch den Beruf gebotenen Erwerbsgelegenheit des Seeschiffers, die ihm aber vom Gesetz verschlossen wird: „Was der Schiffer vom Befrachter, Ablader oder Ladungsempfänger außer der Fracht als Kaplaken, Primage oder sonst als Belohnung oder Entschädigung, gleichviel unter welchem Namen, erhält, hat er dem Rheder als Einnahme in Rechnung zu bringen.“ Dies ist nachgiebiges Recht (Kommentare von Lewis und S ch a p s z. d. St.), es kann daher jene Erwerbsgelegenheit dem Schiffer von seinem Arbeitgeber ganz oder teilweise eröffnet und ihm damit eine Naturalvergütung gewährt werden.

² in Großbetrieben zunächst durch die sog. Hausordnung, z. B. Kommissionsprotokoll des Internat. Vereins der Gasthofbesitzer in Drucksachen der Komm. f. Arbeiterstat., Erhebungen Nr. 9 S. 91.

³ Cohen in Brauns Archiv V, 107. Schmidt, Kellners Weh' und Wohl (1896) S. 32.

⁴ z. B. Komm. f. Arbeiterst., Verhandlungen Nr. 16 S. 12. 22. 77. Lage des Handwerks VII, 484 (Berliner Friseur- und Barbiergeschäfte).

nehmers vertragsmäßig schmälern, indem er ihm ein bestimmtes Quantum oder eine bestimmte Quote nicht beläßt; hierdurch wird die Einträglichkeit der Erwerbsgelegenheit vermindert. Die darauf gerichtete Abrede bedeutet Gewährung einer kleineren Naturalvergütung. Eine solche Schmälerung kann mittelbar oder unmittelbar dem Arbeitgeber zum Vorteil gereichen. Mittelbar, wenn der Betrag, welchem der Arbeitnehmer entsagen muß, als Vergütung für einen ihm untergeordneten Gehülfen verwendet wird, der auch dann als Arbeitnehmer des Ersteren zu betrachten ist (S. 313¹), wenn dem Wirt eine gewisse Direktion seiner Arbeit zusteht (vgl. S. 105) und der Wirt ihn aus Eigenem besolden müßte, falls die Besoldung nicht dem Ersteren auferlegt worden wäre¹. Unmittelbar gereicht die erwähnte Schmälerung des Trinkgeldeinkommens dem Arbeitgeber zum Vorteil, wenn der bestimmte Betrag an ihn abgeführt wird².

Die letztere Ordnung wird nicht selten bei der Anstellung von Zahl- und von Oberkellnern getroffen³. Dafs in diesen Fällen vertragsmäßig vom Kellner dem Prinzipal eine Zahlung gemacht wird, hat verführt, dieser Zahlung den Sinn einer Gegenleistung beizulegen, der Arbeitszusage und Arbeitspflicht des Kellners nicht zu achten und statt eines Arbeitsverhältnisses Pacht anzunehmen. Allein die Erwerbsgelegenheit kann hier nicht Pachtobjekt sein, weil die auf ihre Realisierung verwandte Arbeit eine dem Wirt geschuldete Leistung ist, während der Pächter durch die Bearbeitung des Pachtobjekts keine Leistung macht (S. 72²). Daher dient die dem Wirt gemachte Zahlung nur dazu, die dem Arbeitnehmer in der Erwerbsgelegenheit gewährte Vergütung auf den vertragsmäßigen Umfang zu bringen⁴. Gleichwohl ist in Fällen dieser Art wiederholt Pacht angenommen worden⁵, sogar

¹ Citierte Verhandlungen Nr. 16 S. 68. 73. 76. 85 (Zahlkellner in Berliner, Breslauer und Leipziger Kaffeehäusern, die aus der Trinkgeldeinnahme pro Tag oder Nacht dem „Schlepper“ oder „Zuträger“ und dem Lehrling einen gewissen Betrag zu zahlen haben). Erhebungen Nr. 6 S. 122. Trefz, Wirtsgewerbe in München S. 203. 215. 216 (Kellnerinnen, sog. Kassiererinnen, die aus den Trinkgeldern den Lohn des „Wassermädchens“ oder des „Biermädchens“ zahlen). Oben S. 163⁴.

² Natürlich nicht etwa als Entgelt für Gewährung von Schlafstelle oder für Beförderung zur Arbeitsstelle wie in dem in Gewerbebericht III, 53 mitgeteilten Falle.

³ Citierte Verhandlungen Nr. 16 S. 47. 68. 73. 76. 85. Vgl. auch Soc. Praxis VIII, 173/74. 453.

⁴ Die Erwerbsgelegenheit soll ihm nicht ganz zu Gute kommen, wie sie auch zeitlich oder räumlich, und dadurch indirekt im Ergebnis, beschränkt werden kann: S. 705.

⁵ z. B. cit. Erhebungen Nr. 6 S. 122. Cohen in Soc. Praxis VIII, 779.

von einem Gewerbegericht, das darum seine Zuständigkeit für die Klage des Kellners gegen den Wirt irrtümlich verneint hat¹. Anders und richtig wurde beurteilt die Klage eines Hausburschen gegen den Hotelier, der jenem für die häuslichen Dienste sowie für die Geleitung der Reisenden vom und zum Bahnhof nebst Gepäckbesorgung keinen Geldlohn gewährte, sondern nur die Gelegenheit zum Trinkgelderwerb mit Abzug von wöchentlich 27 Mk., die dem Hotelier abzuliefern waren. Hier wurde mit Recht ein gewerbliches Arbeitsverhältnis anerkannt².

Bei Annahme von Pacht giebt man dem Wirt die Doppelstellung des Arbeitgebers und des Verpächters nicht nur gegenüber verschiedenen Mitgliedern seines Personals, sondern auch gegenüber der nämlichen Person, wenn z. B. der Oberkellner aus dem Trinkgelde zahlt und freie Station erhält. Betrachtet man solchen Oberkellner teils als Arbeitnehmer, teils als Pächter, so ist nicht erklärlich, warum seine Arbeit nur hinsichtlich der freien Station als Leistung an den Wirt gelten und für die Pacht von jener Leistung abstrahiert werden soll. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass die faktische Stellung des Kellners zum Wirt wie zum Publikum völlig die gleiche ist, ob er ausser der Verdienstgelegenheit auch Kost und Gehalt bekommt, oder ob er kein Gehalt bekommt und die Trinkgeldeinnahme ganz behält, oder endlich, ob ihm dieselbe nicht ganz zukommt, indem er einen Teil davon abzuliefern hat. Gleichwohl in den beiden ersten Fällen Arbeitsverhältnis und im dritten Pachtverhältnis anzunehmen, würde eine unjuristische Entstellung des dritten Thatbestandes sein³. —

Die Naturalvergütung der Gewährung einer Gelegenheit zum Gelderwerb kommt im Gastwirtschaftsbetriebe auch in einer zweiten Anwendung vor, bei der es sich nicht um Trinkgeld handelt, die Gelegenheit vielmehr durch Kontrakte realisiert wird. Auch hier ist

Vgl. Trefz, Wirtsgewerbe S. 203/4. Gegen die Ausdrucksweise wäre natürlich nichts einzuwenden, wenn sie nicht die juristische Missdeutung befördern würde.

¹ Das Gericht sei nicht zuständig, weil kein gewerbliches Arbeitsverhältnis vorliege, die Abgabe der 2% vom Trinkgeldeinkommen kennzeichne das Verhältnis als Kompagniegeschäft oder als Pachtung: Vorwärts vom 13. Nov. 1898.

² Karlsruher Gewerbegericht in Gewerbeger. I, 71. Treffend ist auch die weitere Annahme, bei einem solchen Abkommen hänge die Zahlungspflicht davon ab, dass ausser dem zu zahlenden Betrag das zur Bestreitung des Unterhalts Erforderliche an Trinkgeld eingenommen worden sei.

³ Die Abgabe des Kellners an den Wirt wird nicht selten als Zahlung für „Bruch“, d. h. für zerbrochenes Geräte bezeichnet. Der Wirt pflegt dadurch für den Verlust von Inventarstücken mehr als gedeckt zu werden. Vgl. cit. Verhandlungen Nr. 16 S. 76.

der Arbeitsvertrag verkannt und der Thatbestand irrtümlich als Kauf oder Pacht aufgefaßt worden. In Verträgen, welche der Wirt mit solchen Angestellten eingeht, die nicht mit dem Publikum in Berührung kommen, wie der Büffetier oder Schenkkellner, wird nicht selten als Vergütung die Gelegenheit gewährt, aus der Veräußerung des Getränkes für eigene Rechnung Gewinn zu ziehen. Die Belohnung für die Arbeit des Bierausschanks besteht hier in der Überlassung der Differenz zwischen der Summe der Preise, die von den Gästen für die dem Fass entnommenen Gläser bezahlt werden und dem Betrag, den der Büffetier dem Wirt zu entrichten hat: es braucht nämlich der Arbeitnehmer hier nicht alles, was er bei Vollziehung des Arbeitsvertrags mit den Mitteln des Arbeitgebers einnimmt, demselben herauszugeben. Jene Differenz beruht bald auf dem gewöhnlichen Verfahren, den Engrospreis unter der Summe der Detailpreise zu halten¹, bald darauf, daß der Ausschank so praktiziert wird, daß das Fass mehr Gläser liefert, als sein Nominalgehalt ergibt: man nennt dies Überschank². Es besteht nun kein stichhaltiger Grund, in einem Vertrag, worin die Schenkenarbeit gegen die Überlassung jener Differenz vereinbart wird, etwas anderes als einen Arbeitsvertrag zu erblicken und statt dessen eine Pacht (sog. Tonnenpacht) oder einen Kauf des Bieres durch den Büffetier anzunehmen³. Auch dadurch, daß dem Schenkkellner nicht die ganze erwähnte Differenz überlassen, sondern im Vertrag auferlegt wird, einen Teil derselben an den Wirt herauszuzahlen, wird der Thatbestand nicht wesentlich verändert, er bleibt ein Arbeitsvertrag und stellt so wenig eine Pacht dar⁴, als der Vertrag des Kellners, dem die Trinkgeldgelegenheit nur mit einem Abzug überlassen ist. Vgl. auch S. 298 Nr. 2.

Auf die große materiell- und prozessrechtliche Bedeutung der Frage, ob eine im Gastwirtsgewerbe angestellte Person als Pächter

¹ Cit. Erhebungen Nr. 6 S. 120.

² S. ferner cit. Verhandlungen Nr. 16 S. 46: „Sie mußten mehr bezahlen, als der Wirt an die Brauerei?“ „Ja bedeutend. Ich mußte für vier Viertel an den Wirt 63 Pf. bezahlen, während ich dafür nur 60 Pf. bekam. Also mußte mein Verdienst durch Schneiden entstehen.“

³ wie das Berliner Gewerbegericht gethan hat: Unger, Entscheidungen Nr. 172. Das Gericht hat hier darum keinen Arbeitsvertrag gesehen, weil es die Lohnzahlung vermißte. Zu einem Arbeitsvertrag gehört jedoch nicht Lohnzahlung, sondern Lohnvereinbarung. Der vereinbarte Lohn braucht auch nach der GewO. nicht Geldlohn zu sein (S. 672. 678), es kann vielmehr jede Vergütung vereinbart werden, auch eine, die in einer Erwerb Gelegenheit besteht. Vgl. auch die Entscheidung Nr. 195.

⁴ Trefz, Wirtsgewerbe in München S. 92. 93.

oder als Arbeitnehmer zu gelten habe, ob Pacht oder Arbeitsverhältnis anzunehmen sei, braucht hier nur hingedeutet zu werden. Ebenso sei nur im Vorbeigehen bemerkt, daß der Kellner als Pächter nicht den Versicherungsgesetzen unterstehen¹ und nicht durch BGB. § 655 gegen Übervorteilung durch Stellenvermittler geschützt sein würde (S. 173).

V. Die zweite der S. 702 unterschiedenen Erwerbsgelegenheiten ist die Gelegenheit zum Erwerb von Lebensmitteln, d. h. Konsumtibilien außer Geld. Diese Erwerbsgelegenheit wird, weil sie meistens² durch Überlassung von Land zur Nutzung oder Bewirtschaftung gewährt wird, in einem Reichsgesetz als „Landnutzung“ bezeichnet³. Wenn diese Landnutzung daselbst neben Wohnung, Feuerung, Nahrungsmitteln und Kleidung in einer Reihe genannt und mit diesen zu den Naturalbezügen oder Naturalleistungen gerechnet wird, so besteht doch in dieser Reihe der oben erläuterte Unterschied, daß Wohnung u. s. w. der Konsumtion, dagegen die sog. Landnutzung unmittelbar der Produktion dient, indem auf dem zur Nutzung überlassenen Land die Lebensmittel durch den Arbeitnehmer erst noch zu produzieren sind. Konsumtibilien stellen einen positiven Aufwand des Arbeitgebers dar, die Landnutzung nicht.

Diese Erwerbsgelegenheit kommt als Naturalvergütung vorzüglich in der Landwirtschaft, sehr oft auch in der Forstwirtschaft vor⁴. Wo jedoch der Empfänger der „Landnutzung“ dafür Geld entrichten muß, bildet sie nicht Vergütung für Arbeit, sondern den Gegenstand einer Pacht⁵. Häufig finden sich die Stellung des Pächters und die des

¹ wogegen das Reichsversicherungsamt solche zahlende Kellner den Versicherungsgesetzen unterstellt, sie daher mit Recht nicht als Pächter ansieht.

² Ein relativ unbedeutender, seltener anderer Fall in Blätter f. sociale Praxis II, 175.

³ Gesetz betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftl. Betrieben beschäftigten Personen (v. 5. Mai 1886) Abschn. A § 9, aufgehoben durch Gesetz betr. die Abänderung der UVGG. (v. 30. Juni 1900) § 1.

⁴ „Nicht also die theoretisch und praktisch ungeeignete Lieferung von Lebensmitteln empfiehlt sich, wohl aber die Gewährung der Möglichkeit für den Arbeiter, einen größeren oder geringeren Teil der Nahrung sich selber zu erzeugen auf einem ihm zur Bewirtschaftung überlassenen Feld- oder Gartenland.“ Jentsch, Arbeiterverhältnisse in der Forstwirtschaft S: 78.

⁵ Pachtverhältnis bei gewerblichen Arbeitern in GewO. § 115 Abs. 2, wo den Arbeitgebern gestattet wird, den Arbeitern „Landnutzung gegen die ortsüblichen Pachtpreise unter Anrechnung bei der Lohnzahlung zu verabfolgen“. Vgl. S. 679. 680.

Arbeitnehmers in einer Person vereinigt, indem zugleich der Verpächter Arbeitgeber seines Pächters ist, d. h. es wird neben dem Pachtvertrag von den nämlichen Kontrahenten ein Arbeitsvertrag geschlossen, in welchem sich der Pächter dem Verpächter für Arbeit auf dessen Ländereien verdingt¹. Wo solchenfalls mit Rücksicht auf die Übernahme dieser Arbeitspflicht der Pachtzins auf einen unter dem ortsüblichen stehenden Betrag gesetzt wird, bildet im Umfang solcher Differenz die Landnutzung einen Entgelt für die aus dem Arbeitsvertrag zu leistende Arbeit².

Wo hingegen für die Landnutzung gar kein Geld entrichtet wird, kann man sie zwar wegen dieses negativen Umstandes als „unentgeltlich“ gewährt bezeichnen³, allein in Wirklichkeit besteht Unentgeltlichkeit weder thatsächlich noch rechtlich, da die Landnutzung, die hier nicht Pachtobjekt ist, den Entgelt für von ihrem Empfänger zu leistende Arbeit bildet. Auch geht es durchaus nicht an, unseren Thatbestand als Pacht statt als Arbeitsvertrag zu betrachten, als Pacht in dem Sinn, daß der Pachtzins für die Landnutzung in Arbeit bestehe, die auf dem zurückbehaltenen Lande des Verleihers geleistet wird. Vielmehr stellt sich die Arbeit als prinzipale Leistung, somit als Gegenstand eines Arbeitsvertrags schon dadurch dar, daß ihr neben der Landnutzung auch Geldleistung gegenübertritt (vgl. S. 688/89), die die Landnutzung an Wert zu überragen pflegt. Dem Grundbesitzer ist es nicht um Verwertung seiner Landparzelle, sondern um Erlangung der Arbeit des Besitzlosen zu thun, die ihm auf seinen Gütern geleistet werden soll. Diese Auffassung — Arbeitsvertrag, nicht Pacht — kommt auch in den Kontraktformularen und schriftlichen Kontrakten zum Ausdruck, wo die Arbeitsvereinbarung ge-

¹ S. oben S. 692 (Heuerkontrakt). Neue Zeit X, 1 S. 787. Verhältnisse der Landarbeiter III, 500: „... hat sich ein Arbeiter-Pacht-Verhältnis an vielen Stellen dahin entwickelt, daß den Leuten je nach Wunsch in beliebigem Umfang Land gegen fixierten Pachtzins verpachtet wird und sie dafür gegen kontraktlich festgestellten Tagelohn arbeiten“. S. 668: „mit dem Arbeitsvertrag ein Pachtverhältnis verbunden“.

² Parallel ist der Verkauf von Konsumtibilien an den Arbeitnehmer unter dem Marktpreis, was gleichfalls partielle Naturalvergütung ist: z. B. Verhältnisse der Landarbeiter I, 200.

³ z. B. Verhältnisse der Landarb. I, 4. II, 577 (aus einem Kontrakt für Mäher in der preufs. Provinz Sachsen): „Jeder der Unterzeichneten erhält 60 Qu.-R. Lein- und Kartoffelland und für je zwei Hinterleute 60 Qu.-R. Kartoffelland gratis, ferner 90 Qu.-R. Kartoffelland gegen Bezahlung von 24 Mk. pro Morgen... Wer das ihm kontraktlich zustehende Land nicht annimmt, erhält die Vergütung von 72 Mk. pro Morgen.“ Vgl. oben S. 691¹. 692².

wöhnlich im Vordergrund steht¹, am markantesten dort, wo der Landnutzung eventuell Geldvergütung (oben S. 710 Anm. 3 a. E.), oder auch Kartoffeln, Getreide substituiert wird².

Von solchem Arbeitsvertrag, in dem die Landanweisung als Vergütung, als Naturalvergütung auftritt, finden sich Beispiele in Menge und fast in allen Teilen Deutschlands. Sie beziehen sich meistens auf Kartoffelland, nicht selten auch auf Flachs- oder Lein-, Garten-, Klee-, Getreide- und Köchels-(Kohl-)Land³. Diese Art von Naturalvergütung kommt bei allen Kategorien von Landarbeitern vor, bei Knechten, bei freien wie bei kontraktlich gebundenen Tagelöhnern, namentlich auch bei Deputatisten und bei Instleuten⁴.

Schon in anderem Zusammenhang (S. 483—84) ist erwähnt worden, daß bei den Instleuten — „der social und wirtschaftlich weitaus interessantesten Kategorie der ländlichen Arbeiterschaft des Ostens“ — von nationalökonomischer Seite der Landanweisung die Natur des Arbeitslohnes abgesprochen wird⁵. Mit der Landanweisung werde

¹ Verhältnisse der Landarb. II, 566 fg., bes. 569 § 5, 579. 581. 584. 586. 595. III, 669. 738. — S. auch Landarb. in den evang. Gebieten I, 98 („schwindet dieses Recht der Naturallohnung . . . und wird . . . mit einer bestimmten Geldsumme abgelöst“).

² Daß freilich auch das Umgekehrte vorkommt, nämlich Pacht mit Entgeltleistung durch Arbeit, zeigt das Verhältnis der Einlieger, Hochmieter, Inwohner oder Freileute, d. h. besitzloser Landarbeiter, die von den Bauern Landnutzung und Wohnung nehmen und als Entgelt nur eine gewisse Zahl von Arbeitstagen (Tagewerken) leisten. Verhältnisse der Landarb. III, 281. 402/3. 500 und sonst, z. B. 110 fg. 151. 157 fg. 178. 183. In diesem Fall ist die Sachnutzung die prinzipale Leistung, Boden und Wohnung wollen vom Bauern verwertet werden, werden angeboten und nachgesucht, können aber vom Einlieger nicht durch Geld, sondern nur durch Arbeit vergütet werden. Daher wird hier von Abarbeiten der Miete gesprochen. S. auch S. 687². — Das Dilemma Arbeitsvertrag oder Pacht ist ähnlich dem von Kauf und Tausch, falls Sache gegen Sache gegeben wird. „Die feilgebotene Sache ist als Ware kenntlich, und daher liegt, wenn eine Sache und nicht Geld für sie gegeben wird, ein Kauf vor, denn diese Sache nimmt der Verkäufer an Geldesstatt“: Thöl, Handelsrecht I § 251 zu Anm. 5.

³ Dabei gibt es noch viele Varianten, je nachdem Saat und Dung, Anpflanzung und Beackerung, Jäten und Ernten gänzlich oder teilweise vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer geliefert werden, und — was wichtiger — je nachdem jahraus jahrein das nämliche Gartenland, oder Ackerbeete „im Felde“ gewährt werden. S. Verhältnisse der Landarbeiter III, 13. 14 und 722. Stieger, Landarbeiterfrage S. 26.

⁴ z. B. Verhältnisse der Landarb. I, 163. 169. 171. 185. II, 86. 110 fg. 163. 246. 247 Sp. d und viele andere Stellen. In Bd. III (ostelbisches Deutschland) s. vorzüglich die Tabellen A. — Oben S. 105—6.

⁵ Weber a. a. O. III, 773 und in Brauns Archiv VII, 4.

vielmehr vergütet die Ständigkeit der Arbeit, das Moment, daß der Arbeiter sich dauernd bindet, dem Herrn seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt; „mit anderen Worten, daß er sich in ein Herrschaftsverhältnis begiebt, wird durch die Beleihung mit Land entgolten“. Mag immerhin diese Auffassung historisch begründet sein und für die ältere Zeit zutreffen¹, so stellt sich doch das heutige Instverhältnis als auf dem gemeinen Arbeitsvertrag beruhend dar. Den geltenden Instkontrakt haben wir aus später (Bd. II) anzugebenden Gründen als Dienstvertrag zu betrachten, und die darin zugesagte Landnutzung ist eine Species der dem Dienstvertrag wesentlichen Vergütung, somit Gegenleistung für die im Vertrag zugesagte Arbeit.

Dem läßt sich nicht entgegensetzen, daß „in zahlreichen Fällen der Arbeiter, welcher Wohnung auf dem Gute oder welcher Land nimmt, genau dasselbe (an Geldlohn) erhält, wie derjenige, welcher sich vom eigenen Hause und Lande aus zur Arbeit begiebt“². Denn die Instleute „haben überwiegend die kontraktlich ihnen obliegende Arbeit gegen einen Tagelohnsatz, der naturgemäß bedeutend niedriger ist als der sonst ortsübliche . . . zu leisten“ (l. c. S. 15). Es ist ferner zu bedenken, daß Landnutzung nicht bloß den Instleuten, sondern auch anderen Klassen von Landarbeitern gewährt wird, und die Verschiedenheit des Ursprungs in den Arbeitsverträgen nicht mehr erkennbar ist: die Landnutzung ist Vergütung beim einen so wie beim anderen. Endlich ist die vom Instkontrakt gebotene Erscheinung, daß für die vom Arbeitnehmer für eine gewisse Frist zugesagte mannigfaltige Arbeit eine Vergütung im Ganzen versprochen wird und daneben Vergütungen, die sich den einzelnen innerhalb jener Frist geleisteten Arbeiten anpassen³ — diese Erscheinung ist weder auf den Instkontrakt beschränkt, noch ein Grund, die fürs Jahr gewährte Landnutzung nicht als Naturalvergütung der Arbeit anzusehen: oben S. 483—84. Und worin sollte das „Herrschaftsverhältnis“ bestehen, dessen Begründung mit der Landverleihung entgolten wird, worin anders als in der Bereitschaft zur Arbeit? Diese Bereitschaft im ganzen kann sich aber nur durch Bereitschaft im einzelnen äußern. Indem sich der Arbeitnehmer auf Verlangen des Arbeitgebers oder unaufgefordert zur Verfügung stellt und die ihm angewiesene Arbeit

¹ Vgl. Verhältnisse der Landarb. III, 17. 18. 763.

² Weber a. a. O. S. 773 und in Brauns Archiv VII, 16: „Die Gutsherren pflegen sich dieserhalb in der Vorstellung zu gefallen, sie gewährten den besitzlosen Arbeitern Wohnung und Land 'gratis'.“

³ Beispiele in Verhältnisse der Landarb. III, 669. 737 und bei Stieger, Landarbeiterfrage S. 9—12. 13. 14.

verrichtet, damit allein erweist er sich rechtlich als unter der Herrschaft des Arbeitgebers stehend. Man muß daher alle Gegenleistung des Arbeitgebers als Vergütung der Arbeit betrachten. Denn die reale, konkrete Leistung der Landzuteilung geschieht nicht für das ideale, abstrakte Ding der dauernden Gebundenheit oder des Herrschaftsverhältnisses, sondern für die einzelnen sinnlich wahrnehmbaren Arbeiten, die vom Instmann dem Gutsherrn auf dessen Verlangen geleistet werden; die Landnutzung entgelt nicht einen Zustand, den Zustand der Unterthänigkeit, sondern eine Reihe von Zuwendungen des Arbeitnehmers (S. 147—48).

VI. Die Naturalvergütung, die in Gewährung einer Erwerbsgelegenheit besteht, unterscheidet sich nicht bloß im Gegenstand, sondern auch im Vorgang des Erwerbs. Der letztere Unterschied hängt mit dem ersteren zusammen. Der Erwerb wird vom Arbeitnehmer entweder bei Vollzug des Arbeitsvertrags oder auferhalb des Vollzugs, unabhängig von demselben gemacht. Die Verdienstgelegenheit bietet sich entweder innerhalb des faktischen Arbeitsverhältnisses, anlässlich der schuldigen Arbeitsleistung, oder sie wird auferhalb jenes Verhältnisses geboten, und die auf ihre Benutzung oder Realisierung verwandte Arbeit ist keine vom Arbeitnehmer dem Arbeitgeber geschuldete. Letzterenfalls braucht daher auch diese Arbeit nicht vom Arbeitnehmer verrichtet zu werden, selbst wenn er die aus dem Arbeitsvertrag ihm obliegende persönlich zu leisten hat.

Die zweite, einfachere, keiner ferneren Distinktion bedürftige Art haben wir überall da, wo die Erwerbsgelegenheit in Landnutzung besteht. Die Arbeit, die hier der Arbeitnehmer auf dem überlassenen Lande vornimmt oder durch andere, namentlich Angehörige vornehmen läßt und womit er sich den Erwerb verschafft, ist augenscheinlich keine, die er dem Arbeitgeber leistet, zu der er diesem aus dem Arbeitsvertrag verpflichtet ist. Dies ist da besonders deutlich, wo die vertragsmäßige Arbeit von anderer Art (z. B. forstwirtschaftliche oder gewerbliche) ist, als die zur Realisierung der Erwerbsgelegenheit aufzuwendende. Auch ist diese Privatarbeit, wie man sie nennen kann, zeitlich und räumlich von der nach dem Arbeitsvertrag zu leistenden gesondert. Wenn die letztere innerhalb der ordentlichen Arbeitszeit zu leisten ist, so kann der Privatarbeit nur die auferordentliche Arbeitszeit (Sonntags oder nach Feierabend) gewidmet werden, soweit nicht der Arbeitnehmer durch Dritte vertreten wird¹.

¹ Verhältnisse der Landarbeiter II, 602. 604. 606. 613. Landarb. in den evang. Gebieten I, 44. 53. 108. Die an diesen Stellen erwähnten Vorkomm-

Wenn dagegen der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag nicht verpflichtet ist, seine ganze ordentliche Arbeitszeit auf den Vollzug des Arbeitsvertrags zu verwenden, so kann er durch das Verlangen, seine Erwerbsgelegenheit auszunutzen, bewogen werden, dem Arbeitgeber weniger Zeit zur Verfügung zu stellen¹.

VII. Mannigfaltiger als die eben besprochenen sind die Fälle, bei denen die Erwerbsgelegenheit anlässlich der Vollziehung des Arbeitsvertrags sich bietet und genossen oder realisiert wird. Hier ergeben sich Unterschiede nach der Thätigkeit, in welcher dieser Vertragsvollzug besteht. Es kann erstens sein, dass der Arbeitnehmer nur den von einem Dritten mit dem Arbeitgeber persönlich geschlossenen Arbeits-, Miet- oder Kaufvertrag erfüllt oder erfüllen hilft und damit die ihm selbst obliegende Arbeitsleistung macht. In dieser Lage befinden sich beim Gastwirtsgewerbe zahlreiche Angestellte des Wirtes, die durch bloß faktische Handlungen (wie Reinigung, Auskunfterteilung, Wecken, Botschaft) oder durch Vornahme von Rechtsgeschäften (vornehmlich Traditionen) innerhalb ihres Arbeitsverhältnisses Gelegenheit zu Trinkgeldeinnahmen haben. In der nämlichen Lage sehen wir Friseur- und Barbiergehilfen, Badediener, in Berlin die sog. Zieh männer², manchenorts die Maschinisten auf kleinen Vergnügungsdampfern³ und in weiterem Maß die Knechte in der Landwirtschaft, die anlässlich des Verkaufs von Tieren durch ihren Arbeitgeber vom Käufer beträchtliche Trinkgelder erhalten⁴. — Es kann

nisse setzen nicht voraus, dass die Landnutzung als Vergütung gewährt sei; sie sind auch mit Pacht vereinbar, ebenso mit Eigentum am Boden. Vgl. Frankenstein, Arbeiterfrage in der deutschen Landwirtschaft (1893) S. 23 Anm.

¹ Vgl. Verhältnisse der Landarbeiter II, 609. 610.

² die bei Umzügen als Arbeitnehmer des Fuhrherrn (welcher aus einem Arbeitsvertrag dem Umziehenden zum Möbeltransport verbunden ist) die Ein- und Ausladung und Wiederaufstellung des Hausrats zu vollbringen haben, und als Vergütung erhalten die Gelegenheit zum Erwerb von Trinkgeld aus der Hand des Umziehenden.

³ Tönnies in Brauns Archiv X, 207. Legien, Streik der Hafendarbeiter in Hamburg (1897) S. 32. Protokolle der Senatskommission S. 337—40.

⁴ Verhältnisse der Landarbeiter I, 158. Bei den im cit. Werke an zahlreichen Stellen erwähnten Trinkgeldern, die von Knechten und Mägden, vornehmlich den mit Wartung und Aufzucht der Tiere betrauten, meist beim Verkauf der Tiere eingenommen werden, bleibt oft fraglich, von wem die Zahlung herrührt. Das vom Arbeitgeber Bezahlte gehört selbstverständlich nicht hierher. S. z. B. l. c. I, 110. 212. II, 18. 50 fg. 81. 88. 185 und sonst. III, 547.

ferner sein, daß der Arbeitnehmer selber gemäß seinem Arbeitsvertrag im Namen des Arbeitgebers Arbeits-, Miet- oder Kaufverträge abschließt und bei der Vollziehung dieser Verträge vom dritten Kontrahenten Empfangenes gänzlich oder teilweise behalten darf. Einer solchen Erwerbsgelegenheit sind teilhaftig in der Gastwirtschaft die Gehülfen, welche Zimmer vermieten, Bestellungen aufnehmen, Zahlungen leisten und empfangen; im Barbiergewerbe die Gesellen, die „auf Kundschaft gehen“, d. h. Kunden in deren Wohnung bedienen¹, falls der Kunde nicht direkt mit dem Meister kontrahiert hat; in der Kundenmüllerei (S. 181⁴) die Müllergesellen, die von den Kunden Mahlgeld oder auch Trinkgeld empfangen². — Eine dritte Gruppe bilden die Fälle, in denen der Arbeitnehmer als solcher mit Dritten in eigenem Namen Verträge abschließt und, was er dabei an Handelsgewinn oder an Trinkgeld erwirbt, als Ertrag der ihm vom Arbeitgeber eingeräumten Erwerbsgelegenheit ganz oder teilweise behält. Es gehören hierher die Droschkenkutscher hinsichtlich des Trinkgeldes und manche Gastwirtsgehülfen hinsichtlich gewisser Profite. Nicht selten nämlich wird den Oberkellnern vom Prinzipal die Gelegenheit gewährt, im Gasthof einen Tabakhandel zu betreiben, indem sie die Waren in eigenem Namen und zu eigenem Gewinn an die Gäste ihres Arbeitgebers verkaufen. Ferner kommt es oft vor, daß sie das Büffet oder den Keller für eigene Rechnung verwalten, indem ihnen Vorräte an Getränken zu einem gewissen Preis vom Arbeitgeber behufs Verkaufs an dessen Gäste zur Verfügung gestellt sind³; der Abschluss und der Vollzug solcher Verkäufe liegt innerhalb ihrer Arbeitspflicht⁴, während sie den Mehrerlös für sich behalten dürfen. Da sie den Gewinn aus ihren Verkäufen ganz behalten, nicht mit dem Wirte teilen, der ihnen die Getränke wohl um mehr als die Selbstkosten zur Verfügung stellt, so kann man das geschilderte Verhältnis nicht als eine Form der

¹ Lage des Handwerks III, 67. VII, 459. 467. 470. VIII, 53. 100. 101. IX, 300. 301. Wegen der wöchentlich von solchen Gehülfen dem Prinzipal zu machenden Zahlungen (welche eine Einschränkung der für die Woche gewährten Verdienstgelegenheit bilden) nimmt Sanders, Lage des Barbier- und Friseurgewerbes S. 19. 37 Pacht an. Hiergegen die S. 706. 707 gebrauchten Argumente.

² Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 4 S. 17.

³ Beispiele in Komm. f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 17. 23. 25. 37. 42. 45. 54. Wo dem Kellner zu profitieren nicht gestattet ist, ist ihm keine Erwerbsgelegenheit eingeräumt.

⁴ Sie sind dabei als Arbeitnehmer thätig, weder „selbständige Arbeitgeber“ noch „Pächter“, noch „Geschäftsinhaber“, und sie sind auch nicht „gegen Tantieme angestellt“, wie a. a. O. S. 25 angenommen wurde.

Gewinnbeteiligung bezeichnen¹. Ferner nehmen Schenkkellner das Fals Bier von ihrem Arbeitgeber zu einem gewissen Preise an und machen Gewinn durch Aufschlag beim Einzelverkauf (S. 708). Hierher gehört auch der Fall², da ein Gasthofbesitzer an einem abgelegenen Kurort einen Friseur gegen freie Station und Gewährung der Gelegenheit, aus der Bedienung der Gäste Geld zu erwerben, für die Saison engagiert. Die Akkorde, die der Friseur mit dem Kunden abschließt, schließt er in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Er ist aber aus seinem Arbeitsvertrag dem Wirt zu diesem Gewerbebetrieb verpflichtet und erhält für die damit dem Wirte geleistete Arbeit freie Station und Erwerbsgelegenheit (Kundenkreis) als Naturalvergütungen. — Das bedeutendste Beispiel der in das Arbeitsverhältnis fallenden Realisierung einer Gelderwerbsgelegenheit durch Abschluss von Rechtsgeschäften in eigenem Namen bietet der Verleger von Werken der Literatur und der Tonkunst: S. 702.

Fünftes Kapitel.

Verhältnis zu den Grundformen.

I. Die Frage, ob dem Unterschied von Natural- und Geldlohn ein Einfluss auf die Unterscheidung von Zeitlohnvertrag und Akkord zukomme, richtet sich, wie schon S. 332 hervorgehoben wurde, nur auf das Vorhandensein eines indirekten Einflusses. Ob ein Arbeitsvertrag Zeitlohnvertrag oder Akkord sei, hängt nämlich unmittelbar nur davon ab, ob die Arbeit und danach ihr Entgelt nach der Zeit bemessen wird oder nicht, ob die Vergütung für eine bestimmte Zeit der Arbeit zugesagt ist oder nicht. Wenn daher die Zeit als Maß der Arbeit und der Vergütung allein das direkt entscheidende Merkmal ist, so kann dem Gegenstand der Vergütung eine solche Entscheidung nicht zukommen. Wohl aber gibt es Naturalvergütungen, die nicht anders als nach der Zeit bemessen vorkommen, so daß ihretwegen Zeitlohnvertrag und nicht Akkord anzunehmen ist. Insofern kommt der Naturalvergütung ein indirekter Einfluss auf die Entscheidung der Frage nach der Grundform zu. Wo wir nämlich einer der gedachten Vergütungen begegnen, dürfen wir bis auf weiteres annehmen, daß ein Zeitlohnvertrag vorliege.

Wo in einem Arbeitsvertrag die Zeit zum Maßstab der Naturalvergütung gemacht oder deutlich nicht dazu gemacht ist, indem die

¹ Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 6 S. 120.

² bei Hellwig, Archiv f. civ. Praxis 86, 225 Anm.

Naturalvergütung für ein Arbeitsergebnis zugesagt ist, da kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. So z. B. muß nach SeemO. § 12 „aus der Musterrolle erhellen, was dem Schiffsmann für den Tag an Speise und Trank gebührt“. Oder es wird einem Landarbeiter als Vergütung versprochen pro Monat ein gewisses Deputat von Getreide, Kartoffeln oder Milch, pro Jahr ein gewisses Quantum Land zu seiner Nutzung, oder pro Jahr zwei Paar Stiefel und ein Dutzend Hemden¹. Hier sind die Naturalvergütungen deutlich für Zeitabschnitte versprochen, also daß nur Zeitlohnvertrag angenommen werden kann. Wird umgekehrt dem Landarbeiter als Lohn für die mit Flegel zu leistende Drescharbeit der vierzehnte Scheffel versprochen, so ist die Naturalvergütung deutlich nicht für einen Zeitabschnitt, sondern für ein gewisses Arbeitsergebnis zugesagt, der Vertrag mithin ein Akkord².

Eine solche Deutlichkeit der Beziehung der Naturalvergütung auf die Zeit oder auf den Erfolg der Arbeit wie in diesen Beispielen ist bei der Festsetzung von Naturalvergütung nicht selten. Allein vielleicht ebenso häufig wird sie vereinbart, ohne daß die eine oder die andere Beziehung ausgedrückt wird. Hier ist dann der Naturallohn unbestimmt nicht nach Quantität und Qualität (Kap. 7 Nr. II. III), sondern hinsichtlich seiner Anpassung an das Arbeitsmaß: die Zeit oder den Erfolg. Diese bei der Naturalvergütung leicht vorkommende Unbestimmtheit ist gewöhnlich dort anzutreffen, wo sie in zubereiteter Kost oder in Wohnung (inner- oder außerhalb der häuslichen Gemeinschaft) oder in Gelegenheit zum Geldverdienst, namentlich zum Trinkgelderwerb, besteht. Möglicherweise freilich wird im Arbeitsvertrag bestimmt, wie viel Nahrung pro Tag der Arbeitnehmer erhalten oder daß ihm die Gelegenheit zum Trinkgelderwerb nur alle drei Tage zukommen solle, während er Tag um Tag zu arbeiten hat; man denke an Kellner, die abwechselnd als Zahlkellner fungieren. Allein meistens wird des Verhältnisses jener Naturalvergütungen zum Arbeitsmaß im Verträge nicht gedacht, ja nicht selten solcher Vergütungen überhaupt nicht erwähnt, indem ihre Zusage selbstverständlich ist.

¹ z. B. Verhältnisse der Landarb. II, 581: „jährlich einen halben Morgen gepflügtes Kartoffelland, 750 Kohlensteine für je ein Vierteljahr.“ III, 739: „jährlich 7 Neuscheffel Kaff (d. i. Spreu) in gestrichenem Maße vom Winterkorn und der Gerste“; „zur Feuerung jährlich 9000 Soden Stechtorf und zwei Fuder Wadelholz.“

² Ferner z. B. a. a. O. I, 271: „Wiesen- und Kleemähen 6—7,50 Mk. pro Hektar und 3 Kilo Brot nebst 12 Liter Obstmost.“ „Heu- und Öhndernte 8,5 Mk. pro Hektar, 3 Kilo Brot und 10 Liter Most.“

Letzteres gilt z. B. von der Anstellung eines Kapitäns für ein Seeschiff, vom Dingen einer Wäscherin oder Näherin für die Störarbeit auf einen oder mehrere Tage, oder von Gastwirtsgehilfen, Dienstboten, Gutsinspektoren, Gesellschafterinnen. Hier wie in den Fällen, in welchen Kost und Logis dem Arbeitnehmer eigens zugesagt werden — z. B. dem gewerblichen Gesellen oder dem Handlungsgehilfen, dem Hilfslehrer, dem Hilfsarzt — wird ganz gewöhnlich nicht bestimmt, auf welchen Betrag von Arbeit sich die dem Arbeitnehmer zu gewährende Beköstigung, Behausung, Geldverdienstgelegenheit beziehe. Die hieraus erwachsende juristische Frage¹, ob die mit den gedachten Vergütungen versehenen Verträge Zeitlohnverträge oder Akkorde sind, ist nach den zwei folgenden Anhaltspunkten zu beantworten:

1. Wenn die gedachten Naturalvergütungen nicht die einzigen sind, sondern in einer von den mehreren möglichen Verbindungen mit einer anderen Vergütung auftreten, die ihrerseits als Zeitlohn feststeht, dann teilt sich dieser Charakter der ersteren mit. Der Schiffskapitän, der Geld als Monatslohn, die Störarbeiterin, die Geld als Tagelohn, der Hauslehrer, der Geld als Quartallohn, der Geselle, der Geld als Wochenlohn empfängt und damit im Zeitlohnverhältnis steht, erhält auch die freie Station, die Kost oder die Wohnung als Zeitlohn, und es kann nur noch fraglich sein, welcher Zeitabschnitt für diese Naturalvergütungen maßgebend ist. Nicht minder steht der Gastwirtsgehilfe in Ansehung der ihm eingeräumten Gelderwerbsgelegenheit im Zeitlohnverhältnis, wenn hinsichtlich der anderen Vergütung, die er außerdem empfängt, sei es Geld, sei es Kost oder Wohnung, ein Zeitlohnverhältnis besteht. Es kann auch hier nur fraglich sein, welcher Zeitabschnitt für seinen naturalen Zeitlohn maßgebend ist. Das was hier zweimal für fraglich erklärt worden ist² — nämlich

¹ Vom ökonomischen Standpunkt ist nichts dagegen einzuwenden, daß das Trinkgeld, weil es dem Arbeitnehmer vom Dritten nicht für einen Zeitabschnitt gewährt wird, darum dem Akkordlohn an die Seite gestellt werde (während es vom Rechtsstandpunkt kein vom Arbeitgeber gewährter Lohn ist: S. 700). Daher mag eine aus ökonomischen Rücksichten angelegte Statistik bei der Scheidung der Mühlen nach dem Lohnsystem diejenigen, in welchen die Gesellen Akkordlohn erhalten, mit denen zusammenrechnen, wo sie auf Trinkgelder angewiesen sind, und den Mühlen gegenüberstellen, „in denen die Gesellen nur Zeitlohn erhalten“: Komm. f. Arbeiterstat., Erhebungen Nr. 4: Tab. II Nr. 6, Tab. VI Nr. 8, Tab. VIII Nr. 5 (S. 52. 62. 66) und S. 50 al. 5.

² Bedeutungsvoll z. B. für die Kündigungsfrist bei Dienstverträgen nach BGB. § 621 (oben S. 511/12. 585/86).

welcher Zeitabschnitt maßgebend sei — beantwortet sich mit dem hiernächst unter 2. Gesagten.

2. Die Beschaffenheit der Naturalvergütung kann für ihren Zeitlohncharakter sprechen. Die Naturalvergütung kann so beschaffen sein, daß sie periodische Bedürfnisse des Arbeitnehmers befriedigt, oder daß sie ihm periodische Erträgnisse liefert. Wo eines oder das andere der Fall ist, haben wir sie als Zeitlohn anzusprechen, mag sie allein stehen oder neben einer Vergütung, die Akkordlohn ist.

Periodische Bedürfnisse befriedigen vorzüglich die Wohnung als Schlafstätte und die zubereitete Nahrung. Wer Kost oder Logis nach dem Arbeitsvertrag zu gewähren verpflichtet ist, hat, da es sich um täglich sich erneuende Bedürfnisse handelt, das Quartier pro Tag, die Kost pro Tag zu gewähren: diese Naturalvergütung ist daher Zeitlohn und zwar Tagelohn. Gegen die Neigung, als lohnmessenden Zeitabschnitt für diese Naturalvergütungen nicht den ihrer Beschaffenheit entsprechenden, sondern den für einen etwa konkurrierenden Geldlohn maßgebenden Zeitabschnitt anzusehen — z. B. vierteljährlich 500 Mk. und freie Station: darum das Vierteljahr auch maßgebend für die Naturalvergütung — genügt es, auf Fälle zu verweisen, in denen Stundenlohn in Geld neben Kost und Logis steht. Hier wird niemand annehmen, daß diese Naturalvergütung pro Stunde gewährt werde.

Periodische Erträgnisse liefert die vom Arbeitgeber eingeräumte Erwerbsgelegenheit bei der Landüberlassung, wie auch beim Erwerb des Trinkgeldes durch den Gastwirtsgehülfen. Im ersten Fall ist der Jahresertrag des Landes zum Entgelt für Jahresarbeit bestimmt, somit ein Jahreslohn gegeben (S. 483). Im zweiten Fall trifft in Ermangelung anderer Regelung auf jeden Arbeitstag eine (im voraus nicht feststehende) Einnahme. Der Prinzipal gewährt die während des Arbeitstags zu realisierende Erwerbsgelegenheit für diesen Arbeitstag, so daß mit jedem neuen Tag eine für diesen bestimmte neue Erwerbsgelegenheit eingeräumt wird. Auch diese Naturalvergütung ist daher Zeitlohn und zwar Tagelohn¹.

II. Wo, wie in den eben betrachteten Fällen, der Zeitlohncharakter einer Naturalvergütung mit ihrer eigenen Beschaffenheit

¹ Wo mit Kost- oder Logisgewährung oder mit Einräumung täglicher Erwerbsgelegenheit Geldlöhnung und zwar Wochen-, Monat-, Jahreslöhnung konkurriert, liegt ein komplizierter Zeitlohnvertrag vor, ein in Bd. II näher zu betrachtender Thatbestand.

zusammenhängt, behält sie diesen Charakter, auch wenn die nämliche Arbeit außerdem noch akkordweise entgolten wird. Wenn ein solcher Akkord Stücklohnvertrag ist (S. 335), also daß der Lohnbetrag mit der Zahl der Arbeitsergebnisse zunimmt, dann erweist sich die nebenherlaufende Naturalvergütung deutlich als Zeitlohn dadurch, daß sie von jener Zunahme unberührt bleibt, indem sie ohne Rücksicht auf den Erfolg der Arbeit für je einen Zeitabschnitt zu gewähren ist. Sie kann sich nicht nach dem Arbeitsresultat richten sollen, da dessen Umfang wechselt, während der Unterhalt dem gleich bleibenden Unterhaltsbedürfnis genügen soll¹.

In Fällen der gedachten Art liegt eine Kombination von Zeitlohn- und Akkordverhältnis vor (S. 339); zu ihrer Erläuterung sind einige Beispiele anzuführen. In der Landwirtschaft treffen wir Arbeitsverträge, aus welchen Konsumtilien und Landnutzungen für gewisse Zeitabschnitte und außerdem Geldvergütung bald als Tagelohn, bald als Akkordlohn entrichtet wird². Die Akkordarbeit wird hier mit Geld entgolten und nebenher läuft der für gewisse Zeitabschnitte gewährte Naturallohn (z. B. Landnutzung ausdrücklich fürs Jahr, Kost und Wohnung naturgemäß für den Tag)³. — Aus der keramischen Industrie wird berichtet: „Der sog. Geselle steht meist (wie der Lehrling) bei dem Krugbäcker in Kost und Wohnung und wird außerdem mit 45 bis 50 Pf. für je 100 Krüge bezahlt⁴.“ — Ein anderes Beispiel liefert die handwerksmäßige Schuhmacherei mit der hier vorkommenden sog. Halbstückarbeit⁵. Dieses System besteht darin, daß der Lohn für das Stück mit Rücksicht auf neben der Geldlöhnung hergehende Naturallöhnung, nämlich Gewährung von Logis und Kost (oft nicht für alle Mahlzeiten) auf die Hälfte des sonst für

¹ Dem widerstreitet nicht, daß Überzeitarbeit (z. B. bei der Ernte oder Weinlese) mitunter durch einen Zusatz von Naturalgaben belohnt wird: S. 689¹.

² z. B. Verhältnisse der Landarbeiter I, 363 („Getreidemähen 5 Mk. der Morgen nebst Kost und Logis“). II, 42. 48 („Außer dem Akkordlohn wird für die Dauer der Akkordarbeiten in der Regel Beköstigung gewährt“). 217. 292 („neben einem baren Akkordlohn von 12 Mk. pro Hektar Getreide mähen, binden und aufstellen für Mann und Frau je 1/2 Liter Branntwein, 100 gr. Fleisch und 3 Pfd. Brot täglich“).

³ a. a. O. II, 90. 91 (freie Wohnung, freies Brennmaterial und 24 Pfd. Kartoffeln pro Woche neben Geldakkord oder Geldtagelohn). 503. 528. 547. 554. 587. 588 (Erntearbeit im Akkord und daneben „einmal im Jahre“ 40 Qu.-E. Gartenland u. s. w., 3 Fuder Holz „in jedem Monat“ u. s. w.). 590. 591. Bd. III passim bei den „kontraktlich gebundenen Arbeitern“, z. B. S. 566. 669. 737—40.

⁴ Lage des Handwerks I, 432, s. auch S. 448.

⁵ Lage des Handwerks I, 27. II, 283. IX, 39.

das Stück geltenden Betrages bestimmt ist. So erhält der Geselle für sog. Herrenböden statt des Ganzstücklohnes von 4 Mk. nur 2,20 Mk. für das Stück und daneben Logis und einige Beköstigung¹. Von den Hamburger Kohlenarbeitern, die das Bekohlen der Dampfschiffe verrichten, erfahren wir, daß sie bei Schnelldampfern für die Tonne 1,10 Mk. als Akkordlohn und außerdem Verpflegung für die Tage empfangen, während deren jene Akkordarbeit vollbracht wird². — Ein anderes Beispiel gewährt der Saisonkellner, welchem ein Salär in Geld für seine ganze Saisonarbeit (nicht pro Woche oder Monat) und außerdem freie Station und Gelegenheit zum Trinkgelderwerb zugesagt ist.

Die im Vorstehenden angeführten Beispiele sind Fälle der Verbindung von Zeitlohnvertrag und Akkord. Diese noch weiter greifende Kombination der beiden Grundformen des Arbeitsvertrags kann eingehend erst nach Kennzeichnung jeder einzelnen im zweiten Bande erörtert werden. Die vorhin beigebrachten Fälle haben die Besonderheit, daß ihr Zeitlohn Naturallohn ist. Sie wurden angeführt nur zur Bewährung der Lehre, daß gewisse Naturalvergütungen um ihrer Beschaffenheit willen mangels anderer Bestimmung für Zeitlöhne zu erachten sind, und dieses auch dort, wo sie neben Akkordlöhnen auftreten, welche für die nämliche Arbeit bewilligt werden. Dies war darum hervorzuheben, weil, wie wir sahen (S. 718), auch Naturalvergütungen vorkommen, die wegen ihrer Konkurrenz mit deklarierten Zeitlöhnen selber als Zeitlöhne anzusprechen sind. Es giebt eben, wie bemerkt wurde, zwei Kriterien, Naturalvergütungen, die nicht ausdrücklich als Zeitlöhne vereinbart worden sind, dafür zu erkennen: außer der besagten Konkurrenz die eigene Beschaffenheit, nach welcher die Naturalvergütung periodische Bedürfnisse befriedigt oder periodische Erträge liefert und damit implicite „nach Zeitabschnitten bemessen“ ist.

III. Das Verhältnis der Naturalvergütung zu den Grundformen des Arbeitsvertrags ist im Vorausgehenden nur für die heutige Ordnung, nur im dogmatischen Sinne behandelt worden. Aber die Wahrnehmung, daß gewisse Naturalvergütungen bloß im Zeitlohnvertrag anzutreffen

¹ Verschieden von der Halbstückarbeit ist der Fall, in dem der Lohnsatz für das Stück bestimmt ist ohne Rücksicht auf Kost- und Logisgewährung, jedoch von dem verdienten Akkordlohn abgezogen wird, was als Naturalleistung während der Arbeit kreditweise gereicht wurde (S. 657). Hier liegt weder Naturallohn, noch Kombination von Akkord- und Zeitlohnvertrag vor, wie Komm. f. Arbeiterstat., Erhebungen Nr. 10 S. 50 im Hinblick auf Verhandlungen Nr. 10 S. 88. 89 irrtümlich annimmt.

² Bericht der (Hamburger) Senatskommission (1898) S. 11.

sind, regt die historische Vermutung an, daß die Ausbildung des Zeitlohnvertrags von jenen Naturalvergütungen ihren Ursprung genommen habe. Es wird damit angenommen, daß die einem Arbeitgeber nächstliegenden Naturalleistungen, nämlich Gewährung von Kost und Wohnung, sich als die geeignetsten Entgeltmittel für ein Arbeitsverhältnis darboten, bei dem die Arbeit nur im Hinblick auf ihre Dauer, also unter Absehen von ihrem Ergebnis entgolten werden sollte. Wenn etwa in der Form des Zeitlohnvertrags anfänglich nur solche Arbeitsverträge geschlossen wurden, in welchen die erwähnten Naturalvergütungen vorkamen, so würde sich das daraus erklären, daß eben diese Vergütungen von Natur besser einer zeitlichen Bemessung der Arbeit angepaßt waren. Das Zeitlohnprinzip in sich tragend vermochten sie vorzüglich die Anwendung dieser Entgeltform in Gang zu bringen. Das Zeitlohnmäßige jener Vergütungen aber besteht in Zweierlei: einmal darin, daß ihre Einnahme durch den Arbeitnehmer unter den Augen des Arbeitgebers vor sich geht, was gerade demjenigen Erfordernis auf Seiten der Arbeit korrespondiert, welches ursprünglich zur zeitlichen Bemessung und Vergütung der Arbeit gehört, nämlich der Aufsicht des Arbeitgebers. Und zweitens darin, daß die genannten Vergütungen — in Gegensatz zur Geldvergütung, die etwas Momentanes ist und jederzeit eingenommen werden kann — naturgemäß an Zeitabschnitte, nämlich an physiologisch gegebene, anknüpfen, weil sie periodisch auftretende und zeitweise andauernde Bedürfnisse befriedigen.

Das hiermit angedeutete historische Verhältnis der Naturalvergütung zum Zeitlohnvertrag hängt mit der weitergreifenden Frage nach dem logischen und historischen Verhältnis der zwei Grundformen des Arbeitsvertrags zusammen. Da eine Erörterung desselben dem zweiten Bande zufällt, so wird dort die eben geäußerte Vermutung zu prüfen sein. Einstweilen läßt sie sich durch die erwiesene Thatsache stützen, daß der Zeitlohnvertrag und die verbreitetsten Arten der Naturalvergütung die oben dargelegte Wahlverwandtschaft bekunden.

Sechstes Kapitel.

Vergütungsrecht und Naturalvergütung.

I. Die Vergütung, der eine wesentliche Bestandteil des Arbeitsvertrags, wird durch eine lange Reihe von Rechtsregeln beherrscht. Soweit diese Regeln nicht gerade oder ausdrücklich für die Natural-

vergütung bestimmt sind (wie mehrere in SeemO. vorkommende: S. 669 fg.), geben sie zur Stellung der Frage Anlaß, ob und wie ihre Herrschaft davon beeinflusst wird, daß die Vergütung Naturalvergütung ist. Bei der Beantwortung dieser Frage hat man mit den zwei Möglichkeiten zu rechnen, daß jene Regeln entweder von der Vergütung überhaupt und damit auch von der Naturalvergütung gelten, oder daß sie sich nur auf die Geldvergütung beziehen. Wo diese engere Beziehung obwaltet, findet möglicherweise die analoge Anwendung der Regel auf die Naturalvergütung statt (S. 674 zu ²). — Von der folgenden Erörterung der erwähnten Frage sind diejenigen Punkte ausgeschlossen, welche wegen ihrer Verkettung mit dem Unterschied der Grundformen auch für die Geldvergütung dem zweiten Bande vorbehalten worden sind: S. 499. 506. Erst wo z. B. vom Annahmeverzug oder von anomaler Unterbrechung der Arbeit und dem Einfluß solcher Abnormitäten auf die Vergütung die Rede sein wird, wird es am Platze sein, auf die Bedeutung einzugehen, welche hierbei der Art der Vergütung zukommt. Das Vergütungsrecht in Anwendung auf die Naturalvergütung wird danach hier nur so weit verfolgt, als es Besonderheiten gegenüber dem von uns schon behandelten Recht der Vergütung darbietet.

II. Die Bestimmungen, welche das BGB. über die Zeit der Entrichtung der Vergütung, die Zahlungszeit giebt (S. 365), sind so allgemein gefaßt, daß sie auch die Naturalvergütung begreifen (vgl. S. 346 al. 1). Sie sind nachgiebigen Rechts (S. 367) und treten darum außer Kraft nicht bloß infolge von Privatdisposition, sondern auch gemäß der Beschaffenheit der gegebenen Naturalvergütung¹. Man kann auch sagen: indem im Arbeitsvertrag eine Naturalvergütung vereinbart wird, mit deren Beschaffenheit die gesetzlichen Bestimmungen über die Zahlungszeit nicht verträglich sind, werden diese Bestimmungen durch jene Vereinbarung außer Kraft gesetzt. Es giebt allerdings Naturalvergütungen, die so beschaffen sind, daß sie die gesetzlich vorgeschriebene Postnumeration wohl vertragen; so z. B. Kleidungsstoffe und Kleidungsstücke, unzubereitete Nahrungsmittel, Tiere (Schafe, Gänse). Andere dagegen sind so geartet, daß ihre Postnumeration ausgeschlossen ist oder wider den Sinn des gegebenen Vertrags verstößt. Dies gilt vom Unterhalt, d. h. von Kost und Logis, von nicht konservierbaren genußreifen Nahrungsmitteln gewissen Umfangs, es gilt

¹ Vgl. S. 368 al. 2; das Citat a. E. sollte auf die gegenwärtige Nr. II lauten.

auch von Landnutzung und landwirtschaftlichen Führen, von der Gelderwerbsgelegenheit und von der Lehrlingsausbildung. Die beiden letzten können der Natur der Sache nach nur während des Arbeitsverhältnisses, im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug gewährt werden. Der Unterhalt ist nach S. 719 eine für den Tag bemessene Vergütung und ist dies, wie hier zu sagen, auch in dem Sinn, daß er an dem Tag, für den er bestimmt ist, geleistet werden muß: er hat eine dem lohnmessenden Zeitabschnitt entsprechende Zahlungszeit (S. 352—53). Diese Vergütung ist daher nicht erst bei Abnahme des Werkes, nach Ablauf einer Woche, eines Monats, oder nach Leistung der Dienste zu entrichten (vgl. BGB. §§ 614. 641). Vielmehr ist Nahrung schon an dem Tage, für dessen Arbeit sie bemessen ist, zu verabreichen, ebenso das einzelne genußreife Nahrungsmittel, gleichwie das Freibier von 7 Litern pro Tag, das dem Braugehülfen zugesichert ist, nicht erst nach Ablauf des Tages zu entrichten ist. Demgemäß sind auch Naturalien oder Kostgelder, die anstatt der zubereiteten Nahrung gereicht werden, regelmäßig am Anfang des Tages zu gewähren, während dessen die von ihnen vertretene Nahrung zu verabreichen wäre¹. Wohnung ist schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses, behufs Aufnahme der Effekten des Arbeitnehmers, einzuräumen; insofern kann man hier vom Arbeitgeber sagen, „daß er vorzuleisten verpflichtet ist“ (BGB. § 320). Ebenso haben die für einen Zeitabschnitt, meist für ein Jahr, bestimmten Landüberlassungen und landwirtschaftlichen Führen nicht erst nach Umfluß dieses Zeitabschnittes zu erfolgen; da es dem Arbeitnehmer möglich sein muß, beim Ende dieser Zeit des Landnutzens teilhaftig zu werden, so ist die den Ertrag vorbereitende Arbeit schon vorher aufzuwenden.

Im Gegensatz zu den vorhin gedachten Stellen des BGB. bezieht sich HGB. § 64² ausschließlich auf die Zahlungszeit der Geldvergütung: S. 668. Die analoge Anwendung der für die Zeit der Gehaltszahlung gegebenen Vorschrift auf die Entrichtung des Unterhalts ist ausgeschlossen. Ebenso sind auf die Zeit der Geldzahlung zu beschränken die in BiSchG. § 20 und FlG. § 20 für die Zahlungszeit getroffenen Bestimmungen. Die von der GewO. für die Vergütung gegebenen regeln zwar nicht die Naturalvergütung: S. 672;

¹ Vgl. Sächsische GesindeO. § 54. — „Kostgelder“ pflegen den gewerblichen Akkordarbeitern postnumerando im obigen Sinn bezahlt zu werden, allein sie sind auch nicht Surrogate der Beköstigung, sondern vorschufs- und abschlagsweise gezahlte Geldlöhne: S. 392. 422, manchenorts „Kontogelder“.

² „Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen.“

jedoch veranlassen sie die Frage nach der Möglichkeit ihrer analogen Anwendung auf die Naturalvergütung. Nach GewO. § 119^a Abs. 2 können durch Kommunalstatut für die „Lohn- und Abschlagszahlungen“ Fristen festgesetzt werden, „welche nicht länger als einen Monat und nicht kürzer als eine Woche dauern dürfen“. Die im Gewerbe gewöhnlich vorkommenden Naturalvergütungen, nämlich Wohnung und Beköstigung, sind aber so beschaffen, daß sie eine Entrichtung in Fristen des angegebenen Umfanges gar nicht vertragen. Insoweit ist die erwähnte Bestimmung der analogen Anwendung entrückt. Nach GewO. § 134^b muß die obligatorische Arbeitsordnung eine Bestimmung enthalten „über Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung mit der Maßgabe, daß die regelmäßige Lohnzahlung nicht am Sonntage stattfinden darf“. Daß diese Vorschrift sich nicht auf Naturalvergütung bezieht, schließt ihre analoge Anwendung auf dieselbe nicht aus. Nur bedarf es dann keiner Bestimmung der Arbeitsordnung, wenn die Zeit der Entrichtung der Naturalvergütung schon durch deren Beschaffenheit gegeben ist. Wo dies nicht der Fall, spricht der Grund, aus dem die Zahlungszeit bei Geldlohn in der Arbeitsordnung zu fixieren ist, auch für solche Fixierung bei Naturallohn. —

Was die Sicherstellung der Lohnzahlung anbelangt¹, so ist zunächst das Vorzugsrecht im Konkurs des Arbeitgebers, das gewisse Arbeitnehmer zu Gunsten ihrer Vergütungsforderungen haben (S. 382 bis 383), begründet, auch wenn die Forderung auf Naturalvergütung geht². — Das Pfandrecht, das dem Unternehmer beim Werkvertrag für seine Vertragsforderungen an gewissen Sachen des Bestellers zusteht (S. 383 fg.), steht ihm für seine Lohnforderung zu, auch wenn sie auf Naturallohn geht. Anders steht es um den Anspruch auf die Einräumung einer Sicherungshypothek, welchen BGB. § 648 dem Unternehmer eines Bauwerkes oder Bauwerkteiles gewährt „für seine Forderungen aus dem Verträge“, jedoch vor Vollendung des Werkes nur „für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“: S. 386. Nach § 1113 wird bei der Hypothek ein Grundstück haftbar gemacht für eine bestimmte Geldsumme, indem diese aus dem Grundstücke wegen „einer Forderung“ zu zahlen ist. Der Gegenstand der Forderung ist unbestimmt gelassen. Allein nach § 1115

¹ die mit der regelmäßigen Postnumeration und daher mit der Zahlungszeit zusammenhängt (S. 377).

² Gemäß der Fassung von KO. § 61 Nr. 1 (l. c.). Nach KO. § 69 sind „Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind . . . nach ihrem Schätzwerte in Reichswährung geltend zu machen“.

muß bei der (erforderlichen) Eintragung einer Hypothek ins Grundbuch auch der Geldbetrag jener Forderung im Grundbuch angegeben werden. Die Hypothek sichert eine Geldforderung. Bei der Sicherungshypothek, von der unser § 648 spricht, bestimmt sich das Gläubigerrecht aus der Hypothek nur nach der Forderung, und diese wird nach Dasein und Umfang nicht durch die Eintragung bewiesen: § 1184. Auch bei der Sicherungshypothek handelt es sich um Sicherung einer Geldforderung: nur für eine solche kann eine Sicherungshypothek eingeräumt werden. Ist die Vergütung, die dem Bauunternehmer im Werkvertrag zugesagt worden ist, gänzlich oder teilweise eine Naturalvergütung¹, so kann § 648 nicht ohne weiteres angewandt werden. Der Besteller braucht die Sicherungshypothek nicht einzuräumen, so lange der Unternehmer keine Geldforderung aus dem Werkvertrag erworben hat. —

Surrogat der Entrichtung der Vergütung ist die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Arbeitgebers. Aber die Forderung der Naturalvergütung ist der Aufrechnung entrückt nicht bloß in den Schranken und aus den Gründen, die für die Vergütung überhaupt und für die Geldvergütung bestehen und in Abschn. II Kap. 4 dargelegt worden sind, sondern es stellt sich hier noch ein weiteres Hindernis ein. Es kann nämlich nicht leicht vorkommen, daß der Arbeitgeber, wider den eine Forderung von Naturalvergütung besteht, seinerseits eine Forderung gegen den Arbeitnehmer hat, deren Gegenstand der Naturalvergütung gleichartig ist (S. 402 Nr. 3. S. 413). —

Auch der Zurückbehaltung bereitet die Naturalvergütung in wichtigen und gangbaren Arten noch ein besonderes Hindernis. Zwar von der Ungleichartigkeit der beiderseitigen Leistungen, welche bei Naturalvergütung gewöhnlich obwaltet, rührt die Hemmung nicht her. Denn bei der Zurückbehaltung kommt es auf die Gleichartigkeit gerade nicht an: S. 428. Wohl aber gründet sich die Hemmung auf die Alimentennatur vieler Naturalvergütungen in Verbindung mit dem gesetzlichen Wesen des Zurückbehaltungsrechts. Nach BGB. § 273 kann der Schuldner die geschuldete Leistung provisorisch verweigern nur „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Aus einem Arbeitsverhältnis aber, in welchem die geleistete Arbeit mit Nahrung oder Wohnung zu unmittelbarem Verbrauch des Arbeitnehmers entgolten wird, ergibt sich, daß ein Aufschub der Gewährung solchen Unterhalts, bis dem Arbeitgeber eine ihm gebührende kounexe

¹ z. B. Übereignung eines dem Besteller gehörigen Bauplatzes, oder Wohnung in einem dem Besteller gehörigen Hause.

Leistung vom Arbeitnehmer gemacht wird¹, stark wider den Sinn jenes Arbeitsverhältnisses verstossen würde. —

Auch die von der Einbehaltung des Lohnes geltenden Vorschriften treffen da auf Schwierigkeiten, wo es sich um Naturallohn handelt. Was GewO. § 119^a Abs. 1 über das Maximum der ausbedingbaren Einbehaltung bestimmt, bezieht sich auf Geldlohn. Dies steht der analogen Anwendung auf Naturallohn nicht im Wege. Die Bedrückung des Arbeitnehmers, die durch Einbehaltung geschieht, ist auch dann möglich, wenn der Lohn nicht in Geld oder nicht bloß in Geld besteht. Auch ist die Anlegung des gesetzlichen Maßstabes (ein Viertel des fälligen Lohnes für die einzelne Einbehaltung und ein durchschnittlicher Wochenlohn im Ganzen) bei Naturalvergütung im allgemeinen faktisch ausführbar. Gleichwohl begegnet die gesetzliche Vorschrift folgenden Hindernissen:

1. giebt es Naturallöhne, deren partielle Einbehaltung faktisch unausführbar ist oder wider den Sinn verstossen würde, den der gegebene Naturallohn oder den die Lohneinbehaltung hat. Unausführbar ist die partielle Einbehaltung, wo die Vergütung in Erwerbsgelegenheit und wo sie in Quartier besteht. Auch die Beköstigung verträgt nicht die Einbehaltung eines Viertels, weil sie in dem Sinn zugesichert ist, daß sie das tägliche Nahrungsbedürfnis standesmäßig decken soll². Es wäre widerspruchsvoll oder unmoralisch, eine Einbehaltung von dem zur Deckung des Bedürfnisses Erforderlichen auszubedingen. Dazu kommt für diejenigen Naturalien, die einer partiellen Einbehaltung zugänglich wären, der Charakter des Provisorischen, den die Lohneinbehaltung trägt (S. 435). Vermöge dessen kann es, nachdem die Einbehaltung gegenstandslos geworden ist, zur nachträglichen Ausfolgung des Einbehaltenen kommen, möglicherweise im Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes. Wenn aber ein so großes Quantum für den Arbeitnehmer unverwendbar ist, so führt die Einbehaltung thatsächlich zu einer Einbuse, was wider ihren Sinn verstößt.

2. Die durch GewO. § 119^a geregelte Ausbedingung der Einbehaltung betrifft die Einbehaltung zur Sicherung eines gewissen Schadensersatzes oder einer gewissen Konventionalstrafe (S. 446). Allein diese Sicherung ist völlig erreichbar nur mittelst Retention oder Kompensation, welche freilich, wie wir S. 451 sahen, nur in

¹ z. B. Schadensersatz, Rückgabe von Werkzeugen.

² Die in SeemO. § 79 vorkommende „mäßige Schmälerung der Kost“ ist keine Lohneinbehaltung, weil sie definitiv und weil sie eine Strafe ist.

beschränktem Maße zulässig sind. Ist nun gar die Vergütung Naturalvergütung, so kann die zur wirksamen Sicherung gehörige Zurückbehaltung oder Aufrechnung schon durch die Beschaffenheit der gegebenen Naturalvergütung oder durch den Mangel der Gleichartigkeit der aufzurechnenden Forderungen ausgeschlossen sein (S. 726)¹. —

Gleich der Einbehaltung ist die Verwirkung bei der Naturalvergütung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Verwirkung muß, wie wir in Abschn. II Kap. 7 gesehen haben, generell im voraus festgesetzt sein durch Übereinkunft von Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder durch Disposition des Arbeitgebers in der obligatorischen Arbeitsordnung. Die von GewO. § 134 Abs. 2 gegebene Regelung (S. 461) bezieht sich zwar nur auf Geldlohn, aber sie ist auf Naturallohn analog anzuwenden, wofern dieser seiner Beschaffenheit nach der vom Gesetz geregelten Verwirkung zugänglich ist. Dies ist bei Gewährung von Kost und Wohnung nicht der Fall. Hier kann nicht von „Verwirkung des rückständigen Lohnes“ im Betrag „des durchschnittlichen Wochenlohnes“ die Rede sein.

III. Die Geldvergütung ist stets real teilbar, die Naturalvergütung nicht immer. Schon vorhin hat sich gezeigt, daß eine Naturalvergütung wegen ihrer Beschaffenheit der partiellen Einbehaltung unzugänglich sein kann, indem ihre Realteilung nicht oder nicht ohne Änderung ihres Wesens ausführbar ist. Wie die Wohnung und die Beköstigung, so sind real unteilbar z. B. auch Kleidungsstück, Taschenuhr, Kunstwerk. Die Gewährung von Wohnung und Kost als Vergütung ist, wie wir S. 719 gesehen haben, Zeitlohn, andere unteilbare Leistungen können als Akkordlöhne vorkommen. Nun enthalten aber die Gesetze für einige Akkorde Bestimmungen über Herabsetzung oder Teilung der Vergütung; die Herabsetzung geschieht mittelst Teilung. Und hier fragt sich, ob und wie jene Bestimmungen davon beeinflusst werden, daß die gegebene Vergütung real unteilbar ist, was nie bei der Geldvergütung vorkommen kann. Solche Bestimmungen haben wir in BGB. § 634 („Herabsetzung der Vergütung“, nämlich Minderung), § 645 („einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“), § 650 Abs. 1 (Verweisung auf die vorige Stelle), § 655 (S. 173¹)²

¹ Gleichartigkeit von Straf- und Naturallohnforderung kann vorkommen, weil die erstere nicht Geldforderung zu sein braucht: GewO. § 134^b Abs. 1 Nr. 4. Abs. 2. § 134^c Abs. 3.

² Die Ausdrucksweise dieser Stelle schließt nicht ihre unmittelbare Anwendung auf Naturalvergütung aus, zumal in § 653 Abs. 2 die Höhe des Maklerlohnes als „Höhe der Vergütung“ bezeichnet ist. Jedenfalls würde an der Zulässigkeit analoger Anwendung nicht zu zweifeln sein.

und HGB. § 741 (S. 173^a)¹; ferner gehören hierher BGB. § 628 Abs. 1 und § 699 Abs. 2 („einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen“), da diese Stellen sich auf den Dienst- und den Verwahrungsvertrag auch in der Form des Akkordes beziehen.

Wenn in einem der Fälle, die unter den citierten Bestimmungen stehen, die Vergütung Naturalvergütung und nach ihrer Beschaffenheit real unteilbar ist, so können jene Bestimmungen dadurch ausgeführt werden, daß man ideelle Teilung eintreten läßt. Dies führt zu Miteigentum am Objekt der Vergütung unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ein solches Verhältnis, zumal an einer beweglichen Sache, kann jedoch Wünschen oder Interessen der Parteien entgegengesetzt sein und damit den Keim seiner Auflösung enthalten. Es wird daher auch ein anderes Verfahren zulässig sein müssen: man behandelt nämlich die unteilbare Naturalvergütung, wo ihre Teilung oder Herabsetzung stattfinden soll, als Geldvergütung, d. h. schätzt ihren Geldwert ab, teilt oder reduziert denselben auf das im Gesetz bestimmte Maß und läßt diesen Geldbetrag entrichten, indem die Naturalvergütung ganz zurückerstattet oder, wenn noch nicht geleistet, ausgeschieden wird².

Auch bei Thatbeständen, die nicht wie die erwähnten in Gesetzen besonders vermerkt sind, kann die Unteilbarkeit der Naturalvergütung zu Weiterungen und zum Ausscheiden dieser Vergütung führen. Man denke, daß ein Zeitlohnverhältnis im Lauf eines lohnmessenden Zeitabschnitts geendigt wird. Soll hier die Vergütung nach Maßgabe der Zeit entrichtet werden, so ist solches zwar bei Nahrung und Wohnung ausführbar, indem diese trotz ihrer Unteilbarkeit sich in Anpassung an die Zeit, sozusagen der Länge nach, abschneiden lassen. Wenn aber die Naturalvergütung, wie die Landnutzung, unteilbar und fürs Jahr bemessen ist, so bleibt, wenn man nicht auf die Teilung des künftigen Ertrages warten will — ein durch die Umstände aus-

¹ Die Anwendbarkeit auf Naturallohn wird durch den weiten Ausdruck „Vergütung“ bestätigt. Auch brauchte § 742 „Geld“ nicht besonders zu erwähnen, wenn Berge- und Hilfslohn niemals Naturalvergütung sein könnte.

² Wie in diesen Fällen von der Naturalvergütung Umgang genommen, sie in Geld veranschlagt wird, so wird auch beim vertragmäßigen Rücktritt, wo nach BGB. § 346 die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind, von der entrichteten Naturalvergütung abgesehen. Denn nur wenn im Vertrag für geleistete Dienste „eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist“, ist diese zu entrichten, während im Fall der Naturalvergütung der „Wert“ der Dienste zu vergüten, d. h. eine Geldleistung zu machen ist.

geschlossenes Verfahren — nur eine Umrechnung des Naturallohnes in Geld und verhältnismäßige Geldzahlung übrig¹. Der Naturallohn zeigt hier geringere Fähigkeit quantitativer Anpassung an die Arbeit, als der Geldlohn.

IV. Da der Vergütung auch bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine durch das Gesetz geregelte Bedeutung zukommt, so fragt sich noch, ob hierbei der Unterschied in der Art der Vergütung von Einfluss ist. Jene Bedeutung zeigt sich zuvörderst darin, dass die Befristung der Kündigung beim Dienstverhältnis davon abhängig ist, ob die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist oder nicht. Hier ist nun die Art der Vergütung einflusslos. Für Zeitlohnverhältnisse insbesondere stellt BGB. § 621 eine gewisse Korrespondenz zwischen der Kündigungsfrist und dem für die Vergütung maßgebenden Zeitabschnitte auf (S. 586): wieder ohne Unterschied der Vergütungsart. Die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten auch bei Naturalvergütung, auch bei Nebeneinanderstehen von Geld- und Naturallohn. Dies ist bemerkenswert für die häufigen Fälle von Zeitlohnverhältnis, in denen nicht bloß diese zwei Arten der Vergütung vorkommen, sondern auch zweierlei Zeitabschnitt für sie maßgebend ist. Der Geldlohn kann für einen kürzeren oder für einen längeren Zeitabschnitt bemessen sein als der Naturallohn. Für einen kürzeren: z. B. es ist dem Landarbeiter eine Landnutzung, ein Getreidedeputat, eine Anzahl von Kleidungsstücken per Jahr und 1 Mk. per Arbeitstag versprochen. Für einen längeren: z. B. es sind dem Brauer per Monat 40 Mk. und per Tag sechs Liter Bier sowie freie Wohnung, dem Kellner per Monat 20 Mk. sowie täglich Gelegenheit zum Trinkgelderwerb oder freie Kost zugesagt. Die allgemeine Frage, ob bei Differenz der lohnmessenden Zeitabschnitte verschiedener Lohnsätze der längere oder der kürzere für die Kündigungsfrist maßgebend ist, gehört in die Erörterung des komplizierten Zeitlohnvertrags (Bd. II). Für den Fall der Konkurrenz von Geldlohn mit Wohnung oder Beköstigung und in Ansehung gewisser Arbeitnehmer erteilt BGB. § 622 eine Antwort. Danach besteht für die Kündigung des Dienstverhältnisses gewisser „mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten“, wie Lehrer, Erzieher, Privatbeamten und Gesellschafterinnen, eine Kündigungsfrist von sechs Wochen, auch wenn die Vergütung

¹ Bei der Entscheidung in Gewerbegericht V, 126. 127 (Überlassung von Kartoffelland) ist nicht berücksichtigt, dass es sich um eine fürs Jahr bemessene Vergütung (Jahreslohn) handelt.

nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist. Arbeitnehmer der erwähnten Art erhalten häufig neben dem Geldlohn Naturallohn in Gestalt von Wohnung und Kost¹. Solcher Naturallohn ist für den Tag bemessen, während der Geldlohn jener Arbeitnehmer für viel größere Zeitabschnitte bemessen zu sein pflegt. Die gesetzliche Ordnung der Kündigung hat sich nun nicht nach dem kürzeren, für den Naturallohn geltenden Zeitabschnitte gerichtet.

In HGB. § 66 ist eine sechswöchige Kündigungsfrist für das Dienstverhältnis von Prinzipal und Handlungsgehilfen festgesetzt. Diese Frist gilt auch im Fall der Handlungsgehilfe „Gehalt und Unterhalt“, d. h. Geld- und Naturallohn bekommt und zwar Naturallohn, der als Wohnung oder Beköstigung für den Tag bemessen ist, während der Gehalt für einen längeren Zeitabschnitt bemessen zu sein pflegt. Insofern im allgemeinen beim Zeitlohnvertrag sich ein gerades Verhältnis zwischen Kündigungsfrist und lohnmessendem Zeitabschnitt vorfindet, darf man sagen, daß die sechswöchige Kündigungsfrist dem längeren Zeitabschnitt angepaßt ist, für welchen der Geldlohn hier gewöhnlich bemessen wird.

Was GewO. § 122 über die Kündigungsfrist bei den Arbeitsverhältnissen von Gesellen und Gehülfen bestimmt, gilt ohne Unterschied der Art des Lohnes. Nicht das nämliche ist von den höheren Angestellten des Gewerbes zu sagen. Denn die in § 133^a gesetzte Kündigungsfrist gilt nur für das Dienstverhältnis von „gegen feste Bezüge beschäftigten Personen“. Nicht jede Naturalvergütung kann zu den festen Bezügen gerechnet werden, namentlich ist dies von der Beköstigung zu verneinen. Aber § 133^a gilt auch dann, wenn neben festen Geldbezügen schwankende Naturalbezüge zur Vergütung gehören. Die gedachten höheren Angestellten des Gewerbes können „gegen feste Bezüge“ beschäftigt sein, auch wenn sie freie Station als Lohn erhalten, nur darf dies nicht ihr alleiniger Lohn sein. —

Wenn die unbefristete Kündigung eines Dienstverhältnisses durch ein vertragswidriges Verhalten des Gegners des Kündigenden veranlaßt worden ist, so ist dieser Gegner zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Kündigende durch die Aufhebung jenes Verhältnisses erleidet: BGB. § 628 Abs. 2. HGB. § 70 Abs. 2 (S. 648). Zu diesem Schaden gehört auch der Entgang der Vergütung, der Natural- wie der Geldvergütung. Nach BGB. § 249 hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, „den Zustand herzustellen, der bestehen würde,

¹ Nicht in Ansehung dieses Naturallohnes, sondern nur des Geldlohnes können sie als mit festen Bezügen angestellt gelten.

wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre¹. In Ansehung der Naturalvergütung kann dieses Herstellen darin bestehen, daß die Naturalleistung durch den früheren Arbeitgeber erfolgt, diesen als ersatzpflichtig vorausgesetzt. Allein es giebt Naturalleistungen, die vom ehemaligen Arbeitgeber sich gewähren zu lassen unter den vorliegenden Umständen dem früheren Arbeitnehmer nicht zuzumuten ist: so Kost und Logis beim Arbeitgeber. Nicht selten wird auch dieser jetzt der Naturalleistung abgeneigt sein. Hier muß die entgangene Naturalvergütung in Geld umgesetzt werden. —

Unter den gesetzlichen Gründen, aus denen die unbefristete Kündigung eines Arbeitsverhältnisses außerordentlich zulässig ist, befindet sich auch ein mit der Vergütung zusammenhängender. In HGB. § 71 Nr. 2 ist eine hervorragende Naturalvergütung hinsichtlich jener Kündigung der Geldvergütung völlig gleichgestellt¹. Die in § 62 statuierten Verpflichtungen können sich auf vom Prinzipal zu leistende Naturalvergütung beziehen (S. 667), und wieder ist die Nichterfüllung dieser Pflichten nach § 71 Nr. 3 ein Kündigungsgrund². Nach GewO. § 124 Nr. 4 können Gesellen und Gehülfen unbefristet kündigen, „wenn der Arbeitgeber den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt“. Diese Vorschrift bezieht sich zwar auf die Geldvergütung, allein sie ist auf die Naturalvergütung analog anzuwenden. Der gesetzgeberische Grund trifft zu auch wo schuldiger Naturallohn nicht in der bedungenen Weise entrichtet wird. Zur Bekräftigung dieser Analogie läßt sich auf HGB. § 71 cit. sowie auf SeemO. § 61 Nr. 1 verweisen³. In dem hiernach analog anzuwendenden § 124 Nr. 4 GewO. ist die „bedungene Weise“, in der die schuldige Vergütung zu entrichten ist, nicht auf die ausdrücklich bedungene beschränkt. Stillschweigend bedungen ist auch das Übliche und das moralisch Gebotene.

¹ Als wichtiger Grund zu unbefristeter Kündigung des Handlungsgehülfen gegenüber dem Prinzipal ist anzusehen: „wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt.“

² „wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert.“

³ „Der Seemann kann seine Entlassung fordern, wenn sich der Schiffer einer schweren Verletzung seiner ihm gegen denselben obliegenden Pflichten, insbesondere . . . durch grundlose Vorenthaltung von Speise und Trank schuldig macht.“ Auch in Gesindeordnungen wird als Grund, aus welchem der Dienstbote ohne Kündigungsfrist den Dienst verlassen darf, angeführt, daß der Arbeitgeber die „notdürftige“ oder die „gebührende Kost“, „die Kost oder die sonst gebührenden Bedürfnisse“ oder „eine ordnungsmäßige Schlafstätte“ nicht gewährt. Oben S. 674³.

Für das Recht unbefristeter Kündigung wegen Vorenthaltung oder mangelhafter Gewährung der Naturalvergütung braucht bei Betriebsbeamten, Werkmeistern und den anderen in GewO. § 133^a bezeichneten Arbeitnehmern keine Analogie in Anspruch genommen zu werden. Denn nach GewO. § 133^d Nr. 2 können sie unbefristet kündigen, „wenn der Arbeitgeber die vertragsmäßigen Leistungen nicht gewährt“. Unter diese Leistungen fällt ohne weiteres die Naturalvergütung.

Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß die Versagung der gehörigen Naturalvergütung einen wichtigen Grund der unbefristeten Kündigung im Sinne von BGB. § 626 abgeben kann. Andererseits kann die Gewährung von Naturalvergütung für den Arbeitgeber zum Anlaß außerordentlicher Kündigung werden, z. B. wenn der Arbeitnehmer die vergütungsweise eingeräumte Wohnung beschädigt oder gewisse aus seiner Aufnahme in die Hausgemeinschaft erwachsene Pflichten (Kap. 7) nicht erfüllt. Dergleichen kann bei der Geldvergütung nicht vorkommen.

Siebentes Kapitel.

Vergleichung von Geld- und Naturalvergütung.

I. Bei Vergleichung der Geld- und der Naturalvergütung dürfen die innerhalb der letzteren obwaltenden Unterschiede nicht außer acht gelassen werden. Neben der Einheit im Wesentlichen, daß sie nicht Geldvergütung sind, weisen die Erscheinungen der Naturalvergütung eine so große Mannigfaltigkeit auf, daß nicht jede Differenz vom Geldlohn, die sich bei einer dieser Erscheinungen zeigt, als eine Eigentümlichkeit der Naturalvergütung überhaupt betrachtet werden kann.

Der juristische Begriff der Naturalvergütung, der den erschöpfenden Gegensatz zur Geldvergütung bildet, reicht über den nationalökonomischen hinaus. Der letztere liegt allein auf dem Gebiet der Naturalwirtschaft. Hingegen die Gelderwerbsgelegenheit, die offensichtlich keine Geldvergütung ist, hat nichts mit Naturalwirtschaft zu thun. So wenig wie das Naturalwirtschaftliche ist das Patriarchalische etwas der Naturalvergütung als solcher Zukommendes und sie durchgängig von der Geldvergütung Unterscheidendes. Weder die vollständige noch die partielle Naturallöhnung ist an sich und immer patriarchalisch, wenn man hierbei an etwas Ursprüngliches, Altertümliches, eine persönliche Beziehung der Beteiligten Einschließendes denkt. Diese Merkmale sind vorab in zahlreichen Fällen der Natural-

vergütung, die in Gelderwerbsgelegenheit besteht, nicht zu finden. Aber auch das der Arbeitgeber Lebensmittel als Vergütung reicht — wie dem Vorstand einer Aktiengesellschaft eine Dienstwohnung, oder den Näherinnen einer Wäschefabrik, die in einem Logierhause, den Zieglern, die auf den Öfen der Ziegelei, in einer nahen Baracke oder in einem Güterwagen der Eisenbahn untergebracht, den Friseurgehülfen, die in einem benachbarten Kosthause verköstigt werden — schließt keineswegs ein patriarchalisches Verhältnis ein, obwohl es der Naturalvergütung unterfällt¹. Nicht darin, daß die Bäckergesellen Lebensmittel als Vergütung empfangen, liegt das Patriarchalische², sondern nur in der Art dieser Verabreichung, daß nämlich der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an seinen eigenen Lebensmitteln, an seiner Wohnung und Nahrung teilnehmen läßt, wodurch sie einander persönlich näher gebracht werden³. Wenn ferner das Instverhältnis im ostelbischen Deutschland als patriarchalisch bezeichnet wird⁴, so geschieht das nicht schon wegen der Naturalvergütung, die der Instmann empfängt, sondern im Hinblick auf seinen Ernteanteil, seine Beteiligung am Rohertrag der Wirtschaft, die eine Interessengemeinschaft der Parteien bedeutet; freilich auch darum, weil jener Anteil in Naturalien besteht, während die Participation eines Handlungsgehülfen am Geldertrag eines Handelsbetriebs kein patriarchalisches Gepräge hat. Andererseits wird bisweilen sogar das als patriarchalisch angesprochen, daß der Arbeitnehmer zwar Nahrung und Wohnung in der Hausgemeinschaft des Arbeitgebers empfängt, aber nicht als Naturalvergütung, sondern gegen einen Entgelt, den sich der Arbeitgeber durch einen Abzug vom Geldlohn verschafft (S. 657)⁵.

¹ Zu weit also, auch für den nationalökonomischen Begriff Schmoller: „Alle Naturallohnung setzt gewisse engere patriarchalische Beziehungen, ein gegenseitiges sich Schicken und Vertragen voraus.“ *Soziale Praxis* XI, 422.

² Nach Arnold, *Münchener Bäckergerwerbe* S. 68 „steht das Bäckergerwerbe noch überwiegend auf dem patriarchalischen Standpunkte der teilweisen Naturalentlohnung.“

³ In diesem Sinn ist von patriarchalischer Gepflogenheit, von Patriarchalismus u. dgl. die Rede, z. B. Lage des Handwerks VII, 483, Francke, *Schuhmacherei* S. 180. 207. 234, *Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen* Nr. 5 S. 93, Adler, *Lage der Handlungsgehülfen* S. 33 („das väterliche Autoritätsverhältnis“).

⁴ M. Weber in Brauns *Archiv* VII, 18 und *Verhältnisse der Landarbeiter* III, 597.

⁵ Francke a. a. O. S. 181: „in den kleineren Orten, wo der Patriarchalismus noch sein Wohnheitsrecht behält und die Abzüge für Kost und Logis den Geldlohn auf eine ganz geringfügige Summe herabdrücken.“ *Württemb. Fabrikinsp.* f. 1898 S. 45.

Demgemäß ist das Patriarchalische einesteils enger, andernteils weiter als die Naturalvergütung. Sein Name verweist auf das historische Verhältnis mancher ihrer Arten zur Geldvergütung, die ein neueres Ansehen hat; aber der zugehörige Begriff ist nicht präcis genug, um unserer Vergleichung dienlich zu sein.

II. Bei dieser Vergleichung fällt zuerst die quantitative Unbestimmtheit ins Auge, welche fast allen Arten der Naturalvergütung anhaftet und in der Mehrzahl ihrer Anwendungen anzutreffen ist. Gewiß kann auch bei der Geldvergütung die Höhe im Vertrag unbestimmt geblieben und dann nach billigem Ermessen oder nach dem Üblichen, namentlich dem Ortsgebrauch zu bemessen sein (S. 129–35). Allein in der weit überwiegenden Zahl der Fälle ist die Höhe der Geldvergütung durch den Arbeitsvertrag fixiert, oder solche Fixierung dadurch überflüssig gemacht, daß die Höhe ohnedies gemäß einer Taxe oder einem Tarif feststeht. Auch wo der Betrag der Geldvergütung nur relativ, nämlich als Quote eines noch ungewissen Quantums festgesetzt ist, kommt es doch schon vor ihrer Entrichtung zu absoluter Bestimmtheit des schuldigen Geldbetrags.

Die quantitative Unbestimmtheit der Naturalvergütung ist etwas von einigen ihrer Arten gar nicht Trennbares, hier also eigentlich Unbestimmbarkeit. Das gilt vom Umfang einer Erwerbsgelegenheit. Ihr Ertrag, d. i. die Größe dieser Vergütung, läßt sich im voraus zwar auf Grund der Erfahrung abschätzen (S. 701¹), aber niemals mit Sicherheit bestimmen, mögen Geld oder Lebensmittel den Gegenstand des Erwerbes bilden¹. Andere Naturalvergütungen, wie Kost, Wohnung, Feuerung, Beleuchtung, Ausbildung sind zwar nicht quantitativ unbestimmbar, aber es liegt auf der Hand, daß ihr Umfang nicht so leicht zu bestimmen ist, wie der der Geldvergütung. An sich haben die erwähnten Naturalvergütungen den variabelsten Umfang, auch abgesehen vom Schwanken ihres Geldwertes, woran hier nicht gedacht wird. Es können z. B. die Nahrungsmittel, die durch Zusage der „Kost“ versprochen sind, nach dem Bedürfnis des Arbeitnehmers quantitativ unzulänglich² oder zur Not genügend, oder aber reichlich

¹ „Anderwärts . . . berichtet ein Referent, daß er seit 26 Jahren seinen Leuten mehrere Morgen zur Benutzung (unentgeltlich) überwiesen und mit seinen Gespannen bestellt habe. Die Leute verlangen aber, daß ihnen das Land genommen und dafür ein festes Deputat gegeben werde, da sie nicht von Missernten abhängen wollen“: Verhältnisse der Landarbeiter III, 195. Stieger, Landarbeiterfrage S. 29.

² „Ganze Kost und nichts zu essen“ ist ein unter Gehülfen gebräuchliches

sein¹. Und wenn 100 Mk. per Monat eine feste Größe bildet, wer immer der Arbeitnehmer sei, so erhalten dagegen Wohnung und Kost einen verschiedenen Umfang, je nachdem sie dem einen oder dem anderen Arbeitnehmer geboten werden, indem hier Differenzen in der Art der Arbeit wie in Geschlecht, Alter und gesellschaftlicher Stellung des Arbeitnehmers wirksam sind. — Andererseits giebt es auch Naturalvergütungen, die einer quantitativen Bestimmung leicht zugänglich sind und solche auch gewöhnlich in den Arbeitsverträgen finden. Dies gilt vorzüglich von den „Deputaten“ verschiedener Konsumtibilien, welche ländlichen Arbeitnehmern für sich oder zunächst für ihre Haustiere zugesichert werden. Ebenso pflegen bestimmte Mengen von Hausbrandkohlen den Kohlenhäuern, bestimmte Maße von Freibier den Brauereiarbeitern vertraglich gewährt zu werden.

III. Während die Geldvergütung, sobald feststeht, daß solche zu leisten ist, auch der Qualität nach bestimmt zu sein pflegt, ist qualitative Unbestimmtheit etwas der Naturalvergütung in wichtigen und verbreiteten Anwendungen Anhängendes. Diese Unbestimmtheit zeigen die Naturalvergütungen, die in Konsumtibilien und in der Gelegenheit zum Erwerb solcher bestehen².

Selten sind die Umstände, unter denen der Arbeitnehmer einer Garantie dafür bedarf, daß ihm Geld gewisser Währung bezahlt werde; ungeheuer dagegen der Spielraum für die Qualität der Lebensmittel, und an der Qualität hieraus bestehender Naturalvergütung ist das Wohlbefinden des Arbeitnehmers viel mehr interessiert, als an der ungleich weniger mannigfaltigen Qualität des Geldlohnes. Man sollte danach nicht erwarten, daß eine Gesetzgebung die Qualität des Geldlohnes bestimmen und die jener Naturalvergütung ungerregelt lassen werde. Und doch begegnen wir solchem Verhalten in der GewO. Nach ihrem § 115 sind die Gewerbetreibenden verpflichtet, „die Löhne (d. h. die Geldlöhne) in Reichswährung zu berechnen und

Wort.“ Francke a. a. O. S. 207/8. Wegen Berliner Dienstmädchen siehe Stillich, Lage der weiblichen Dienstboten S. 178 (Notwendigkeit, Nahrungsmittel zur Sättigung zu kaufen).

¹ „... daß die Ernährungsweise der Knechte ... bei den Bauern zufolge der ungeheuren dort verschlungenen Quantitäten fast eine übertriebene, die Leistungsfähigkeit beeinträchtigende sei, auch zu einer ungemessenen Ausdehnung der Mahlzeitpausen während der Arbeit führe“: Verhältnisse der Landarbeiter III, 135. Landarbeiter in den evangel. Gebieten II, 166/67.

² Die Qualität wechselt hier nach der des Landes, das zur Nutzung überlassen ist (z. B. Verhältnisse der Landarbeiter II, 521), und hängt ab vom Wetter, durch das die Kartoffeln oder Cerealien misraten können.

bar auszubezahlen“ (S. 677 fg.). Hingegen über die Beschaffenheit der Naturalvergütung, über die dabei einzuhaltende Qualität spricht sich die GewO. mit keinem Worte aus.

Was BGB. § 618 und HGB. §§ 62. 76 an Pflichten des Arbeitgebers hinsichtlich des Wohn- und des Schlafrums und der Verpflegung statuieren, die der Arbeitgeber dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer zu gewähren hat, bezieht sich, wie wir in Kap. 1 gesehen haben, zwar einerseits nicht bloß auf Naturalvergütung, aber andererseits nur auf den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer. Die Qualität z. B. der Kost, die der Prinzipal dem Handlungsgehilfen in einem dem Geschäftsraum benachbarten Gastlokale reicht, wird vom HGB. nicht berührt. Und soweit BGB. und HGB. die Qualität der Naturalvergütung regeln, die dem in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer gewährt wird, hält sich diese Regelung in solcher Allgemeinheit, daß ein weiter Spielraum übrig bleibt. Wenn nur bei Gewährung von Kost und Logis die Einrichtungen und Anordnungen getroffen sind, „welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind“, so ist den Ansprüchen der beiden Gesetzbücher genügt. Es bedarf aber keines Beweises, daß der Arbeitgeber diese so allgemein definierten Pflichten erfüllen und dabei den Arbeitnehmer menschenunwürdig behausen und beköstigen kann¹. Dies wäre nur dann zu negieren, wenn mit „Sittlichkeit“ die ganze Moral, durch welche die Achtung der Menschenwürde überhaupt gefordert wird, und nicht bloß die sexuelle gemeint wäre. Daß aber untermenschliche Naturalvergütung von ungezählten Arbeitnehmern, besonders weiblichen, lautlos ertragen wird, rührt von der Bedürfnislosigkeit und Leidensfähigkeit her, zu der die in einer Notlage Gebornen durch das Geschick erzogen werden².

Es wäre darum verfehlt, die Qualität der Naturalvergütung nach der Beschaffenheit der Lebensmittel rechtlich zu bestimmen, mit welcher der Arbeitnehmer vorlieb nimmt, sobald er sie aus der Geld-

¹ Es braucht noch nicht die Gesundheit des Arbeitnehmers zu leiden, wenn ihm kein besonderes Bett gewährt wird, sondern eines, das er mit einem Fremden räumlich oder zeitlich teilen muß, oder wenn er statt für ihn zubereiteter Nahrung ein Gemenge der Überbleibsel fremder Mahlzeiten erhält. Ein Recht, das die Qualität der vom Arbeitgeber zu machenden Naturalleistungen nur so bestimmt, daß die von ihm als höchste betrachteten Güter keinen nachweislichen Schaden nehmen, giebt damit keine positive Qualitätsbestimmung.

² Vgl. Bebel, Zur Lage der Arbeiter in den Bäckereien (1898) S. 19.
Lotmar, Arbeitsvertrag. I. 47

vergütung bestreiten muß. Dafs auf Geldlohn gestellte Arbeitnehmer sich zu einer kulturwidrigen Lebenshaltung gezwungen finden, sollte dem mit Konsumtibilien lohnenden Arbeitgeber kein Recht geben, mit der Qualität auf dieses Niveau herabzugehen. Und ebenso wenig sollte der Arbeitgeber Klagen über qualitative Unzulänglichkeit der von ihm gewährten Lebensmittel schon damit gegenstandslos machen können, dafs er diese Lebensmittel als seinen eigenen Ansprüchen genügend aufweist, z. B. geltend macht, dafs er die Nahrung mit dem Arbeitnehmer teile¹.

Dafs die in Rede stehenden Naturalvergütungen einer ins Detail von Quantität und Qualität gehenden Regelung zugänglich sind (genauer als sie SeemO. §§ 44. 45 gewähren), wird nicht blofs durch die ins einzelne gehenden Bestimmungen bewiesen, die zu gunsten der überseeischen Auswanderer für die solchen Arbeitgebern zu machenden Naturalleistungen getroffen sind², sondern auch durch Polizeiverordnungen, die für gewisse Arbeitsverhältnisse die Naturalvergütung festsetzen, weil sich bei denselben Mißstände besonders oft und in besonders hohem Grade gezeigt haben³.

¹ Anders GesindeO. f. d. Königr. Sachsen § 53: „Jede Klage des Gesindes über die Beschaffenheit der Speisen erledigt sich, sobald dasselbe die nämliche Kost erhält, welche der Dienstherr mit den Seinigen selbst genießt.“ Zu den häufigen „Klagen der Arbeitgeber, dafs die Arbeiter mit der Hauskost, wie sie der Prinzipal und dessen Familie mitessen, nicht mehr zufrieden seien“, bemerkt Württemb. Fabrikinsp. f. 1898 S. 45/6, „dafs der unabhängige Arbeitgeber sich auferhalb der regelmässigen Mahlzeiten leicht anderweitig nachhelfen kann, der abhängige Arbeiter aber nicht“.

² Bekanntmachung betr. Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten (v. 14. März 1898, RGBl. S. 39—56, namentlich § 5 Nr. 19—22. § 7 Nr. 24—27. § 9 Nr. 15—18) und Bekanntmachung betr. Vorschriften über Auswandererschiffe (gleiches Datum, RGBl. S. 57—92). Wenn man hier die gesellschaftliche Fürsorge auf Gröfse, Lage, Zugänge, Beleuchtung, Ventilation, Heizung und Reinhaltung der Wohn- und Schlafräume, Ausrüstung der Lagerstätten, Menge und Arten der Nahrungs- und Genuss-, Arznei- und Desinfektionsmittel u. s. w. sich erstrecken sieht, so kann man sich vorstellen, dafs die gesetzliche Regelung der in Kost- und Logisgewährung bestehenden Naturalvergütung zum Wohle von Arbeitnehmern auf einen entsprechenden Grad der Ausbildung gebracht werden kann. Für die Seeschiffsmannschaft bestehen detaillierte landesrechtliche Verordnungen. Das Bedürfnis behördlicher Kontrolle begründet: Ein Notschrei der seemänn. Arbeiter, Denkschrift des Seemannsverbandes (1901) S. 135 fg.

³ z. B. für Ziegeleiarbeiter bestehen einige Polizeiverordnungen in Preussen, Hessen und Bremen, welche eingehende Vorschriften über die Wohn- und Schlafräume und deren Ausstattung enthalten: Landesbehördliche Arbeiterschutzvorschriften, zusammengestellt im Reichsamt des Innern (1897) Nr. 86—102 und S. 103—5. Wegen Polizeiverordnungen über die Behausung von Wanderarbeitern s. Verhältnisse der Landarbeiter II, 465 und den Ent-

Eine generelle Regelung durch Gesetz oder Verordnung, welche mehr bietet als die erwähnten Sätze des BGB. und des HGB. oder §§ 242. 243 BGB., ist darum unerlässlich, weil die Qualitätsbestimmung der in Naturalien bestehenden Vergütung bei der Schließung des Arbeitsvertrags nur sehr selten vorkommt. Kulturwidrige Unempfindlichkeit gegen die möglichen Unterschiede in jener Naturalvergütung oder das Gefühl der Ohnmacht des einzeln kontrahierenden Arbeitnehmers verhindern die Aufnahme jener Bestimmung und bewirken, daß der Arbeitnehmer, ohne Kenntnis von der Beschaffenheit der ihm zugesagten Naturalleistung erlangt zu haben, sich zu ihrem Empfang bereit erklärt (vgl. S. 228¹), sich gar in die Hausgemeinschaft aufnehmen läßt. Andererseits lehrt die Erfahrung, daß jene Unempfindlichkeit keine ausnahmslose ist und daß Arbeitnehmer, gestärkt durch eine Konjunktur des Arbeitsmarktes oder durch Vereinigung mit ihresgleichen, nicht bloß die Qualitätsunterschiede zu würdigen, sondern auch gewisse Mindestleistungen auszubedingen wissen. Daß sonst die Unbestimmtheit der Qualität dem Schuldner der Vergütung, dem Arbeitgeber, zum Vorteil gereicht, läßt sich denken¹. —

Den Beweis endlich — falls es eines solchen bedürfen sollte — für die Behauptung, daß sich die Naturalvergütung, die in Gewährung von Konsumtibilien besteht, durch qualitative Unbestimmtheit von der Geldvergütung unterscheidet, diesen Beweis kann man dadurch führen, daß man einige von den zahlreichen Beschwerden und Feststellungen beibringt, die das Obwalten sehr geringer Qualitäten zeigen, während Entsprechendes beim Geldlohn nicht vorkommt. Andererseits wird niemand bezweifeln, daß jene Naturalvergütung auch in vollauf befriedigenden Qualitäten anzutreffen ist, nicht bloß wo es sich um höhere Angestellte handelt, die ihre höheren Ansprüche gewöhnlich nicht erst geltend zu machen brauchen.

wurf in Zeitschr. f. Medizinalbeamte XIII, 187. 188. Für Bäckereiarbeiter verlangt eine Polizeiverordnung für Unterelsaß ein Bett pro Person: Sociale Praxis VIII, 1084. Wegen der Gastwirtsgehülfen s. Komm. f. Arbeiterstat., Verhandlungen Nr. 16 S. 55. 70. 87 und Trefz, Wirtsgewerbe S. 176. Die Dresdner Wohnungsordnung (vom 10. März 1898) enthält detaillierte Bestimmungen über Arbeiterwohnungen und Schlafstellenwesen (Sächs. Fabrikinsp. f. 1898 S. 37. 38). S. ferner Amtl. Mitteil. a. d. Jahresber. f. 1898 S. 216. 252. 253. — Wegen der Kontrolle „der für die Unterkunft der Lehrlinge bestimmten Räume“ durch die Innungen und Handwerkskammern s. GewO. §§ 94^c. 103ⁿ. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze S. 139 Nr. 7.

¹ Schuhmachermeister lassen das Logisgeben fallen, sobald sie ordentliches zu gewähren von der Obrigkeit angehalten werden: Bericht des Bremer Arbeitersekretariates für 1900 S. 70.

Was die Wohnung anlangt, worauf wir die Belege beschränken dürfen, so sind zunächst für die ländlichen Arbeitsverhältnisse im letzten Jahrzehnt durch zuverlässige Beobachter krasse Übelstände in grosser Zahl weiteren Kreisen bekannt gemacht worden. Denn was von den Wanderarbeitern mit Bezug auf eine Gegend gesagt wird¹ — „die Wohnung ist für diese also lediglich noch ein Obdach, weiter nichts“ — ist eine Aussage, die auch für andere Gebiete und andere Kategorien von Landarbeitern zutrifft. Nicht selten ist mit Obdach noch zu viel gesagt, wo nämlich der Schutz gegen die Unbilden der Witterung kein vollständiger ist. Das Obdach unterscheidet sich von der Wohnung nicht blofs durch den Mangel an Ausstattung, sondern auch in Hinsicht auf Umfang, Beleuchtung, Verdunkelung, Abschließung gegenüber Mensch und Tier u. s. w. In diesen und anderen Punkten werden von zahlreichen Quartieren, welche ländlichen Arbeitnehmern als Teil der Vergütung für schwere Arbeit wochen-, monate-, jahrelang gewährt werden, viele von den Anforderungen unerfüllt gelassen, die ein zum Vergnügen reisender Städter in einer 3000 Meter hoch gelegenen Klubhütte befriedigt findet, wo er nur eine Nacht zuzubringen braucht. Einigen Einblick in die gedachten Mifsstände verschaffen die vom Verein für Socialpolitik und die vom evangelisch-socialen Kongrefs veranstalteten Erhebungen²; ferner polizeiliche Verordnungen, die den schlimmsten Vernachlässigungen entgegengetreten³; endlich die Verhandlungen, die im preussischen Abgeordnetenhaus über die Er-

¹ Landarbeiter in den evang. Gebieten II, 46.

² Verhältnisse der Landarbeiter III, 140. 141 („junge Ferkel wegen Mangels an geeigneten Unterkunftsräumen ebenfalls in der Wohnstube“). 553. 554 („in einer gemeinsamen, niedrigen, finsternen heizbaren Stube mit Fußboden von Lehm, Ziegeln, wohnen 9 (neun) Familien, von denen jede noch eine kleine, ganz schlecht beleuchtete und nicht ventilierte Kammer von 8 qm Grundfläche hat“). 635 („die Art der Unterkünfte für die Wanderarbeiter ist überwiegend ‘herdenweise’ und mit ungenügender Trennung der Geschlechter“). II, 423. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 53. 54 („unverantwortliche, kaum glaubliche Zusammenpferchung von Menschen“). 67. 69. 70 („Wohnungsverhältnisse die denkbar schlechtesten“). 97 („dunkle Löcher“). 100 („Gesundheit und Sittlichkeit ihrer Bewohner gefährdet“). 101. II, 38—40 („schläft das Gesinde beim Vieh in Wandschränken“; „Raum zum Aus- und -Ankleiden für das Gesinde beiderlei Geschlechts derselbe“). 137 („gar elende Löcher“). 163 u. s. w.

³ z. B. Brauns Archiv VIII, 37 Anm. 1. Landarbeiter in den evang. Gebieten II, 39/40. Zeitschr. f. Medizinalbeamte XIII, 187. 188; die Erläuterungen, die der Kreisphysikus Dr. Haase zu der geplanten Verordnung auf Grund seiner amtlichen Untersuchungen der „Schnitterwohnungen im Kreise Soldin“ giebt, machen mit geradezu tierischen Zuständen bekannt.

richtung von Arbeiterwohnungen in Trakehnen (April 1897) gepflogen wurden¹.

Auf die Art der Behausung vieler Gastwirtsgehilfen, die in die häusliche Gemeinschaft ihres Arbeitgebers aufgenommen sind, werfen einige Äußerungen Licht, die vor der Kommission für Arbeiterstatistik von Beteiligten gethan worden sind². Man ersieht aus diesen schlichten Angaben, daß es bei den Wohnungen jener Arbeitnehmer nicht bloß auf Größe, Lage, Helligkeit u. s. w. ankommt, sondern daß auch in der Regelung der Benutzung schwer gefehlt werden kann, falls ein Raum mehreren zugeteilt ist. — Auf die mangelhafte, nicht selten abscheuliche Qualität der Behausung, die als Vergütung in vielen anderen Gewerben, auch im Handelsgewerbe, vorkommt, braucht hier nicht eingegangen zu werden; zahlreiche amtliche und private Untersuchungen, deren Ergebnisse leicht zugänglich sind, zeigen in juristischer Hinsicht die große Mannigfaltigkeit dieser Vergütung, in tatsächlicher Hinsicht, welche schweren Opfer von Behagen und Menschenwürde Arbeitnehmern jener Gewerbe zugemutet und von ihnen gebracht werden³. —

Die zwei bisher besprochenen Unterschiede, die Unbestimmtheit der Quantität und der Qualität, die den meisten Arten des Naturallohnes eigen sind, haben gemein, daß sie das Arbeitsverhältnis mit Störungen bedrohen, wie sie vom Geldlohn nicht auszugehen pflegen. Mit der Naturalvergütung ist wegen jener Unbestimmtheit eine größere Reibungsfläche gegeben⁴.

¹ Vgl. Stadthagen in Neue Zeit XVII. Jahrg. II, 788. 789.

² Verhandlungen Nr. 16 S. 12. 31. 45. 74. 85. 87.

³ S. vorzüglich Württemb. Fabrikinsp. f. 1898 S. 126, Badische f. 1896 S. 130 fg. („es wird auch die ganze Existenz solcher Arbeiter auf ein sehr niederes Niveau herabgedrückt, da ihnen die Möglichkeit genommen ist, auch nur eine Stunde des Tages allein sein zu können“). Ferner z. B. Bebel, Lage der Arbeiter in den Bäckereien, passim. Arnold, Münchener Bäckergerwerbe S. 71. 72. Francke, Schuhmacherei S. 207. Lage des Handwerks VII, 483/84. Gewerbebericht II, 75. Die Lage der Fleischergesellen Berlins und der Vororte S. 11—13. Arbeits- und Lebensverhältnisse der Wiener Lohnarbeiterinnen S. 76. 150. 442. Adler, Lage der Handlungsgehilfen S. 34. — Es ist eine Rechtsbeugung bona mente, wenn man, um die polizeiliche Kompetenz zu begründen, zu den „Arbeitsräumen“ der GewO. § 120^a auch die vom Arbeitgeber gewährten Schlafräume rechnet. v. Schulz, Gutachten zum Wohnungswesen im Bäcker- und Konditorengewerbe: Sociale Praxis X, 185—87. Die staatliche Wohnungsaufsicht bedarf nicht jener Begründung: a. a. O. Sp. 950.

⁴ z. B. Verhältnisse der Landarbeiter II, 599: „Der Arbeitgeber löst die Naturalleistungen wie Beköstigung u. s. w. für seine Arbeiter mit Geld-

IV. Hat der Geldlohn, im Gegensatz zum Naturallohn, etwas Festes, Bestimmtes, so ist er dafür in den Händen des Arbeitnehmers äußerst umwandlungsfähig. Dieser kann ihn in eine Reihe von Waren, Leistungen, Genüssen umsetzen, die nur begrenzt wird durch seine Geringfügigkeit oder den Mangel an Verkehr. Das einförmige Geld ist des größten Formwechsels fähig und verleiht hierdurch dem damit gelohnten Arbeitnehmer eine Wahlfreiheit, die von der Naturalvergütung versagt wird. In der Mehrzahl ihrer Arten unbestimmt nach Umfang und Güte und damit dem Arbeitgeber Spielraum lassend, hat sie für den Arbeitnehmer bald keine bald nur geringe Umsetzbarkeit und insofern nur einen bestimmten, beschränkten Gebrauchswert. Sie kann dann nur in der Art, an dem Ort und zu der Zeit, da sie gewährt wird, und nicht anders gebraucht oder genossen noch sonst verwertet werden (S. 696. 670³). Am meisten gilt dies von der durch Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers gewährten¹.

Auch die Naturalvergütung, welche in Ausbildung (Lehre) oder in Gelegenheit zum Trinkgelderwerb besteht, ist nicht transformierbar. Die Landnutzung ist des Umsatzes in Geld wohl fähig, d. h. der Arbeitnehmer kann, soweit es der Arbeitsvertrag nicht hindert, sie zu Gelde machen, wie er auch als Naturallohn empfangene Kleider, Leinwand, Dreschanteile, Deputate verkaufen kann. Allein es ist eine mit der Natur des Geldes gegebene Thatsache, daß sich Geld leichter in andere Güter, als sich andere Güter in Geld verwandeln lassen².

entschädigungen ab, um den mit Recht oder Unrecht erhobenen fortwährenden Klagen wegen nicht guten oder ausreichenden Essens u. s. w. zu entgehen.* Wiener Lohnarbeiterinnen S. 257: „Wir wollen lieber keine Kost und es hat auch deshalb schon sehr viel Verdrufs gegeben.“ Württemb. Fabrikinsp. für 1898 S. 151: „Im allgemeinen kommt aber die Sitte, Arbeiter in Verpflegung zu nehmen, mehr und mehr ab, was für beide Teile besser ist, weil dieses Verhältnis häufig zu schweren Differenzen führt.“ Gewerkschaftskartell Braunschweig, Jahresber. f. 1899 S. 30 („prozentual die meisten Streitfälle“). Auch manche Arbeitsniederlegung hat hier ihren Ursprung. Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie S. 19: „Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß auch schlechte Behandlung, an Qualität und Quantität unzureichendes Essen und viele andere Umstände auf der Ziegelei auf die Arbeiter einwirken können, kontraktbrüchig zu werden.“ Aber wenn es sich bei jenem Essen um Vertragsleistung des Arbeitgebers handelt, so bedeutet die Unzulänglichkeit einen Vertragsbruch des Arbeitgebers, der den Arbeitnehmer zu unbefristeter Kündigung berechtigt. Oben S. 732. 733.

¹ Folgende kann hier mit reichlicher Beköstigung des Arbeitnehmers dürftige Ernährung seiner Familie einhergehen. Vgl. Landarbeiter in den evangel. Gebieten II, 167. 186.

² Vgl. Verhältnisse der Landarbeiter III, 683.

Mag immerhin bisweilen oder oft die Naturalvergütung an Umfang oder Qualität die Güter übertreffen, die der Arbeitnehmer sich verschaffen könnte, wenn er statt Naturrallohnes Geldlohn erhielte, so ist doch der Naturalvergütung empfangende in der Disposition über den Lohn wirtschaftlich ungleich beschränkter, als der mit Geld gelohnte Arbeitnehmer.

V. Mit dem Empfang des Geldlohnes ist in den meisten Fällen kein besonderer oder kein ins Gewicht fallender Zeitaufwand für den Arbeitnehmer verbunden. In geregelten Arbeitsverhältnissen und wo die Arbeitnehmer mit Zeit und Kraft hauszuhalten gelernt haben, wird mehr und mehr von ihnen darauf gehalten, daß sie zur Einziehung ihrer Geldlohnforderung nicht einen erheblichen Teil der freien Zeit zu opfern brauchen (S. 358²). Ferner vollzieht sich die Verwendung des Geldlohnes nicht im Bereiche der Produktion und pflegt dem Arbeitnehmer keine Mühe zu machen. Beides ist bei wichtigen Arten der Naturalvergütung anders.

Denn während nach Empfang von Geld oder von genußreifen Lebensmitteln sich der Arbeitnehmer unmittelbar der Konsumtion zuwenden kann, muß, wo die Vergütung in Erwerbsgelegenheit besteht, diese, um zu Geld oder Lebensmitteln zu führen, erst noch realisiert werden. Dies kann innerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeit durch die aus dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeit geschehen und erfordert dann kein besonderes Opfer. Mitunter aber muß der Arbeitnehmer ein Mehr von Arbeit leisten, wenn er seinen Erwerb nicht vereitelt sehen will. So hat sich schon in anderem Zusammenhang gezeigt (S. 713 unten), daß der Arbeitnehmer, welcher Landnutzung als Lohn erhält, dadurch nicht selten genötigt wird, einen Teil seiner Ruhezeit der Arbeit zu widmen, um sich den Ertrag des Landes zu verschaffen¹. Im Gastwirtsgewerbe, soweit der Gehülfe statt Geldlohnes Gelegenheit zum Erwerb von Trinkgeld oder Verkaufsprofit erhält, kommt es nicht selten vor, daß er auf Kosten seiner Nachtruhe ebenso den nächtlichen Aufbruch der letzten Gäste abzuwarten, als bei der Hand zu sein hat, wenn in der Frühe die ersten Gäste abreisen².

¹ Mit Bezug auf den Landarbeiter, dem mit Landnutzung und noch nicht genußreifen Lebensmitteln vergütet wird, bemerkt Weber in Brauns Archiv VII, 12: „es ist auch ein wesentlicher Teil des Produktionsprozesses seines Bedarfs vom Herrn auf ihn abgewälzt, es werden seine freie Zeit, die späten Abendstunden, die freien Sonntage und die arbeitsstille Winterszeit, und es werden seine nicht mit arbeitenden Familienglieder mit ausgenutzt.“ Vgl. auch Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 23.

² Komm. f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 z. B. S. 23. Cohen

Zu einer Ausdehnung der Arbeitszeit, Verringerung oder Unterbrechung der Ruhezeit giebt auch die in Kost oder Wohnung bestehende Naturalvergütung Anlaß, wo damit Hausgemeinschaft verbunden ist, und vorzüglich wenn die Arbeitsstätte nahe liegt (S. 696). Die meisten Fälle dieser Art bieten die Arbeitsverhältnisse der städtischen Dienstboten¹. Der Zusammenhang von Länge der Arbeitszeit und freier Station beim Arbeitgeber ist für Handlungsgehülfen statistisch nachweisbar². Vornehmlich bei Kellnern wird geklagt, daß sie, wenn im Hause verköstigt, ihre Mahlzeiten nur notdürftig halten können³. Aber auch noch in manchen anderen Gewerben zeigt sich, daß die Naturalvergütung, welche in Verpflegung beim Arbeitgeber besteht, leicht zur Quelle der Verlängerung und der Regellosigkeit der Arbeitszeit wird⁴.

VI. Fast allen Arten der Naturalvergütung, am meisten der mit Hausgemeinschaft verbundenen ist es eigen, daß sie die Freiheit und die Selbständigkeit des Arbeitnehmers verkleinert, meist zu gunsten des Arbeitgebers. Freiheit und Selbständigkeit des Arbeitnehmers pflügen bei Geldlöhnung größer zu sein.

Schon im vorausgehenden behandelte Eigentümlichkeiten der Naturalvergütung können mittelbar zu der nun in Rede stehenden Beeinträchtigung des Arbeitnehmers führen. Dazu kommt ferner die

in *Sociale Praxis VIII*, 781. Trefz, *Wirtsgewerbe* S. 210: „Das Trinkgeld verlängert die Arbeitszeit.“

¹ Vgl. S. 482¹. 484¹ und Stillich, *Lage der weiblichen Dienstboten in Berlin* S. 115 fg.

² Adler, *Lage der Handlungsgehülfen* S. 33. 35. 69—72. 77. 168: „Darum aber auch will er (der Prinzipal) andererseits die Arbeitskraft dieses Personals aufs äußerste ausnützen, führt die längst mögliche Arbeitszeit ein, kürzt die Pausen, indem er die durch die freie Station des Personals ständig gebotene Arbeitsbereitschaft desselben in Anspruch nimmt . . .“

³ *Komm. f. Arbeiterstat., Verhandlungen Nr. 16* S. 11. 15. Oldenberg, *Kellnerberuf* S. 11: „Schon um die Zeit besser auszunutzen, darf der Kellner nicht zu Tische oder zu Nacht nach Hause gehen.“ Schmidt, *Kellners Weh' und Wohl* S. 21. 82. Trefz, *Wirtsgewerbe in München* S. 217: „zum Essen keine besonderen Pausen bewilligt, sondern die Speisen werden in gelegentlichen Momenten hastig hinuntergeschlungen.“

⁴ *Cit. Verhandlungen Nr. 10* S. 74. 92/3 und mit Bezug hierauf Erhebungen Nr. 10 S. 50: „Daß Gesellen auf das Mittagessen beim Meister verzichten, obgleich sie im Wirtshause mehr dafür ausgeben müssen, nur um in der dann gesicherten einstündigen Mittagspause Zeit zu ihrer Erholung zu haben.“ *Lage des Handwerks VII*, 483. *Wiener Lohnarbeiterinnen* S. 252. *Lage der deutschen Holzarbeiter (1899)* S. 25. *Württemb. Fabrikinsp. f. 1896* S. 125.

bindende Kraft, welche die in Wohnung und in Landnutzung bestehende Naturalvergütung dadurch ausübt, daß sie den Arbeitnehmer am *locus rei sitae* festhält, damit zur Aushaltung eingegangener und zur Eingehung neuer Arbeitsverhältnisse veranlaßt. Daher finden wir vorzüglich bei Landarbeitern nicht nur die Ungebundenheit hervorgehoben, welche die Geldlöhnung verleiht¹, sondern auch positiv dem Naturallohn die Kraft beigemessen, den Arbeitnehmer an die Scholle zu fesseln²; und von dieser Kraft wird Gebrauch gemacht³. Dazu gesellt sich noch die Abrede, daß bei faktischem oder rechtlichem Abbruch des Arbeitsverhältnisses die Wohnungs- oder Landüberlassung als Miete oder Pacht behandelt werden, oder die Frucht dem Arbeitgeber zufallen soll⁴.

Von der gebräuchlichsten Naturalvergütung, Kost oder Wohnung in der Hausgemeinschaft gewährt, ist die freiheitsbeschränkende Wirkung allgemein anerkannt. Was die Arbeitgeber anlangt⁵, so bestätigen die Gründe, mit denen sie sich dem Plane der Abschaffung der gedachten Naturalvergütung widersetzen, daß der Umfang ihrer Herrschaft dabei in Frage kommt⁶. Und was die Arbeitnehmer anlangt, so gehört es zu den täglichen Erscheinungen in der wirtschaft-

¹ Verhältnisse der Landarbeiter II, 504. 505. 522.

² Jentsch, Arbeiterverhältnisse in der Forstwirtschaft S. 78—79. Fiebelkorn, Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie S. 9. Verhältnisse der Landarbeiter I, 93. 94: „In Wirklichkeit ist er (der freie Tagelöhner), wenn auch durch keinen Kontrakt, so doch durch die Gewährung von Naturalien, deren volle Ausnutzung doch längere Zeit erfordert, dem Gutsherrn gegenüber gebunden.“ Im preussischen Landtag wurde am 21. April 1898 in einer Debatte über ländlichen Arbeitermangel von einem agrarischen Abgeordneten erklärt, er erblicke „in der Naturallöhnung ein eminentes Mittel, um den Arbeitsleuten das Verbleiben an Ort und Stelle zu erleichtern (!), andererseits die Lust zum Auswandern erheblich einzuschränken.“

³ Verhältnisse der Landarbeiter II, 498. Andererseits bringt die Tendenz, den Instmann ganz für den Gutsherrn in Beschlag zu nehmen, diesen dazu, die Landnutzung aufzuheben und dafür die Nahrungsmittel zu liefern: Knapp, Landarbeiter in Knechtschaft und Freiheit (1891) S. 84. 85.

⁴ Verhältnisse der Landarbeiter II, 499. 569. 578.

⁵ Einsichtige Erklärung eines Brotfabrikanten bei Arnold, Münchener Bäckergerwerbe S. 71.

⁶ Komm. f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 82. 85. — Hiermit wird nicht in Abrede gestellt, daß der Widerstand auch andere Gründe haben kann, z. B. pekuniäres Interesse: Württembergische Fabrikinspektion f. 1898 S. 126, denn höherer Lohn bei bloßer Geldvergütung: Lage des Handwerks II, 398, Lage der deutschen Holzarbeiter (1899) S. 25; anders bei Landarbeitern: Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 54. Mannigfaltige Gründe in der von den Vorständen der Bäckerinnungen von Hamburg, Altona und Wandsbeck edierten Schrift: Bäckerstreik und Brotboykott (1899).

lichen Arbeiterbewegung, daß die Forderung der „Abschaffung von Kost und Logis beim Meister“ erhoben und in die Proposition von Tarifverträgen aufgenommen wird¹. Zwar werden, wo davon berichtet wird, die Motive der Petenten gewöhnlich nicht mitgeteilt, und es könnte daher hin und wieder nur die Beschaffenheit der Vergütung im gegebenen Fall die prinzipielle Forderung hervorgerufen haben. Allein es fehlt nicht an Anzeichen, daß in erster Linie nicht die Verbesserung von Nahrung und Wohnung erstrebt wird — ein Ziel, dessen Erreichung nicht immer sicher — sondern die Erweiterung der Selbständigkeit²; hierzu gehören auch Ehestand und eigenes Familienleben, welche bei Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber in der Regel thatsächlich ausgeschlossen sind³. Denn die Selbständigkeit, soweit sie mit dem durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsverhältnis bestehen kann, ist in den Augen der Arbeiter ein Gut, für das sie oft materielle Vorteile dahingeben⁴. Ohne diese Voraussetzung sind manche von ihren privatrechtlichen Postulaten gar nicht verständlich.

Die angegebene Auffassung der Parteien wird von neutralen Beobachtern geteilt. „Immer ist (so äußert einer), auch in der bürgerlichen Verfassung, das Wohnen unter fremdem Dach (d. h. hier unter dem des Arbeitgebers) Grundlage der wirtschaftlichen Unselbständigkeit“⁵. Wenn von der badischen Fabrikinspektion (für 1896 S. 88) berichtet wird, es sei bei einer Lohnbewegung seitens der Arbeiterorganisation ganz besonders auf Durchführung der Verköstigung und

¹ Aufnahme in Tarifverträge z. B. der Berliner Bäcker: *Sociale Praxis* IX, 986, der Buchbinder in Altenburg: Der deutsche Buchbinderverband im Jahre 1900 S. 97/98.

² Vgl. Lage der deutschen Holzarbeiter (1899) S. 25. Cit. Verhandlungen Nr. 16 S. 81. 82. 87. Trefz, *Wirtsgewerbe* S. 218.

³ *Soc. Praxis* IX, 984. Der Arbeitsmarkt IV, 330/40. — Daß der Handwerkseselle regelmäßig nicht verheiratet sein, keinen eigenen Rauch führen und nach Gesetz und Sitte nicht in den für den Fremden bestimmten Wirtschaftshäusern leben durfte, ist ja der historische Grund seiner Aufnahme in die Hausgemeinschaft des Meisters: Stahl, *Das deutsche Handwerk* S. 274. 277.

⁴ Statt vieler anderen stehe hier das Zeugnis eines Landgeistlichen, „daß ein freier Arbeiter sich fast nie dazu versteht, Gutstagelöhner zu werden, weil die Freiheit ihm lieber ist, als eine bessere Existenz“: Landarbeiter in den evang. Gebieten II, 110.

⁵ Weber in *Verhältnisse der Landarbeiter* III, 98. Derselbe in Brauns *Archiv* VII, 19: „Die Arbeiter suchen den Geldlohn, weil er sie am meisten von der Abhängigkeit von der Wirtschaft und dem guten Willen des Herrn befreit, trotzdem sie sich dabei wirtschaftlich schlechter stehen.“ Arnold a. a. O. S. 71. Cohen in *Soc. Praxis* VIII, 782. Württembergische Fabrikinspektion f. 1898 S. 45. 152. Adler, *Lage der Handlungsgehülfen* S. 33. 34. 40. 60 („Hausgewalt“).

des Wohnens aufer dem Hause hingewirkt worden, „nach allgemeiner Annahme hauptsächlich aus dem Grunde, um mehr Einfluss auf die Arbeiter zu gewinnen“: so wird hiermit nicht verneint, sondern stillschweigend anerkannt, daß mit der Hausgemeinschaft eine Zunahme der Abhängigkeit verbunden ist. Dieser gegenüber fällt nicht ins Gewicht und wird wohl darum nirgends geltend gemacht, daß Kost und Logis wie Landnutzung dem Arbeitnehmer auch Rechte gewähren, durch welche der Arbeitgeber in seinem Bereich beschränkt wird. Ist doch dieser thatsächlich und rechtlich in der Lage, die Ausübung jener Rechte des Arbeitnehmers so zu regeln, daß sie für ihn, den Arbeitgeber, wenig empfindlich ist.

Auch durch Gesetze wird bestätigt, daß durch die in Rede stehenden Arten der Naturalvergütung die Freiheit und Selbständigkeit des Arbeitnehmers vermindert wird.

Es sagt nämlich GewO. § 127 Abs. 2 Satz 2: „Zu häuslichen Dienstleistungen dürfen Lehrlinge, welche im Hause des Lehrherrn weder Kost noch Wohnung erhalten, nicht herangezogen werden“¹. Diese Vorschrift gilt auch von Lehrlingen, die Arbeitnehmer sind. Es folgt aus ihr, daß Lehrlinge, die entweder Kost oder Wohnung oder beides im Hause des Lehrherrn erhalten, zu häuslichen Dienstleistungen herangezogen werden dürfen, es sei denn, daß es im Vertrag ausgeschlossen worden ist, und immer unter Wahrung von Zeit und Gelegenheit zur beruflichen Ausbildung und zum Gottesdienst. Wenn, wie hiernach möglich, Lehrlingen häusliche, also aufsergewerbliche Dienstleistungen auferlegt werden, so bedeutet dies für sie meist eine Verkürzung ihrer freien Zeit und jedenfalls eine Botmäßigkeit, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gefordert wird². Diese Folgen treten um so eher ein, als nach dem Gesetz die Heranziehung zu häuslichen Dienstleistungen nicht bloß dem Lehrherrn gestattet ist³.

Im Handelsgewerbe darf nach HGB. § 76 Abs. 3 der Lehrherr „dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Ge-

¹ Dieses durch GewO. §§ 126^a. 127^b Nr. 2 und 148 Nr. 9 sanktionierte Verbot greift Platz, sowohl wenn der Lehrvertrag von häuslichen Dienstleistungen schweigt, als wenn er eine Zusage solcher enthält. Das Verbot gehört zu den reichsgesetzlichen Beschränkungen der freien Übereinkunft (GewO. § 105).

² Vgl. Württembergische Fabrikinspektion f. 1898 S. 11.

³ Von anderen gewerblichen Arbeitern, nämlich Gesellen und Gehülfen, sagt GewO. § 121: „zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden“. Dies gilt auch dann, wenn sie in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen sind, und gilt nur dann nicht, wenn sie häusliche Arbeiten zugesagt haben.

legenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen“. Der undeutliche Ausdruck „anderen Dienstleistungen“ soll wohl besagen: dem Handlungslehrling als solchem nicht obliegenden häuslichen oder außerhäuslichen Dienstleistungen. Aus dem angegebenen Verbot des Gesetzes ist nicht zu schliessen auf eine Gestattung der Verwendung des Lehrlings zu anderen Dienstleistungen, wenn dabei Zeit und Gelegenheit der Ausbildung nicht beeinträchtigt werden. Hält man hingegen diesen Schluß für zulässig¹, dann unterliegt der Verwendung zu anderen Dienstleistungen auch der nicht in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommene Handlungslehrling im Gegensatz zum gewerblichen Lehrling, ist also weniger geschützt als dieser.

Von BGB. § 618 Abs. 2 — der sich auf Arbeitnehmer nur eines Dienstvertrags und nach HGB. § 62 Abs. 2. § 76 Abs. 1 auch auf Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge bezieht — ist in Kap. 1 die Rede gewesen, dort jedoch nur die eine Seite, die Pflichtseite, betrachtet worden. Diese Bestimmung statuiert aber nicht bloß eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Arbeitgebers, ein Recht nämlich, die mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers erforderlichen Anordnungen und Einrichtungen zu treffen. Er ist dazu berechtigt, weil er dazu absolut, d. h. ohne Rücksicht auf den Willen des Arbeitnehmers verpflichtet ist². Auch wenn der Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber zu treffende Einrichtung oder Anordnung der bewulsten Art, z. B. in Bezug auf Schlafraum oder Verpflegung, nicht für erforderlich hält mit Rücksicht auf seine, des Arbeitnehmers, Gesundheit, Sittlichkeit oder Religion, oder wenn der Arbeitnehmer auf diese Berücksichtigung verzichtet, sie verschmäht, so ist gleichwohl der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderliche Einrichtung oder Anordnung zu treffen. Wenn ihn der Verzicht oder Widerspruch des Arbeitnehmers nicht entlastet, falls durch die Unterlassung die Gesundheit des Arbeitnehmers geschädigt wird, so muß er auch berechtigt sein, die erforderlichen Anordnungen zu treffen, unbekümmert um das Verhalten des Arbeitnehmers. Nicht also weil der Arbeitgeber persönlich am Schutz des Arbeitnehmers interessiert sein kann, ist ihm ein Recht zu den erwähnten Schutzmaßregeln zuzuschreiben, sondern weil er dieses Rechts nicht entraten kann,

¹ Dies scheint zu thun Staub, Komm. zu HGB. § 76 Anm. 7.

² Seine Verpflichtung (auch die zum Schadensersatz) kann nach BGB. § 619. HGB. § 62 Abs. 4 „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden“.

wenn er die ihm auferlegte Verpflichtung soll erfüllen können, da diese durch das Gesetz vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig gemacht worden ist.

Dafs aber der Arbeitgeber die bewußten Einrichtungen und Anordnungen zu treffen (z. B. keinen Hausschlüssel zu gewähren, die Hausthür zu gewisser Stunde zu schliessen) das Recht hat, bedeutet für die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer die Pflicht, sich jenen Anordnungen und Einrichtungen zu fügen, vorausgesetzt, dafs sie nach dem Gesetz erforderlich sind. Man sieht hiernach durch das BGB. und das HGB. bestätigt, dafs durch die in Rede stehende Naturalvergütung die Freiheit und Selbständigkeit des Arbeitnehmers verringert wird¹.

Es bleibt hiernach nur übrig anzuführen, worin diese Einbuße hervortritt. Dafs seine Arbeitskraft länger und regelloser beansprucht zu werden pflegt, wenn er der Hausgemeinschaft des Arbeitgebers angehört, ward schon oben bemerkt. Als Hausgenossen sind ihm ferner im Lohnkampf die Hände gebunden: denn eine Arbeitsniederlegung muß zur Trennung von Tisch und Bett führen². Während diese Konsequenz teilweise mit jeder in Wohnungsgewährung bestehenden Naturalvergütung verbunden ist (S. 652), erleidet der in die Hausgemeinschaft aufgenommene Arbeitnehmer leicht dadurch noch eine fernere Schmälerung seiner Selbständigkeit, dafs er der Beobachtung und Beaufsichtigung des Arbeitgebers auch ausserhalb des faktischen Arbeitsverhältnisses ausgesetzt ist. Ob diese Inspektion und Revision, die sich auf die Person (z. B. Kleidung, Umgang) und die Sachen des Arbeitnehmers erstrecken kann, demselben zum Vorteil oder zum Nachteil gereicht³, ist hier nicht zu prüfen, ebensowenig,

¹ Dies trifft um so mehr zu, als über die Erforderlichkeit einer Anordnung oder Einrichtung im gegebenen Fall Zweifel bestehen können. Ein Bäckermeister z. B. verbietet bei ihm logierenden Gesellen, eine freie Nacht zum Ausgehen zu benutzen. Sie gehen gleichwohl fort und werden daraufhin alsbald entlassen. Diese Entlassung ist ungerechtfertigt, wenn jenes Verbot ungerechtfertigt war, und letzteres hängt davon ab, dafs es eine für die Gesundheit, Sittlichkeit oder Religion der Arbeitnehmer erforderliche Anordnung war.

² Vgl. Brentano, Arbeitergilden II, 13. — Auch kann der Arbeitgeber durch die Herrschaft über den Schlafraum verleitet werden, sich durch Wegnahme von Effekten des Arbeitnehmers für den Schaden zu decken, den ihm die Arbeitsniederlegung zufügt. S. Gewerbebericht V, 53. 54. Ferner SeemO. § 78: S. 670¹.

³ Vgl. Wörishoffer, Fabrikarbeiter in Mannheim S. 360. Komm. f. Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr. 16 S. 42. Gewerkschaftskartell Braunschweig, Jahresbericht f. 1899 S. 50/1.

ob sie von der Hausgemeinschaft trennbar ist. Hier wird nur bei Vergleichung von Geld- und Naturallohn eine Eigentümlichkeit der verbreitetsten Art des letzteren konstatiert. Rechtlich sanktioniert findet sich die besagte Kontrolle, die sonst nur thatsächlich besteht oder durch Vertrag sichergestellt wird¹, hauptsächlich in Gesindeordnungen².

VII. Eine Vergleichung von Geld- und Naturalvergütung würde ohne Berücksichtigung ihres zeitlichen Geltungsbereichs unvollständig sein. In dieser Hinsicht mit jener verglichen hat die Naturalvergütung im allgemeinen den Anspruch auf höheres Alter, indem Naturalleistung der Geldleistung voranging, überhaupt die Geldwirtschaft nur nach der Naturalwirtschaft auftreten konnte. Wenn man den Arbeitsvertrag nicht erst mit der Möglichkeit der Geldvergütung aufkommen läßt, so steht dem Naturallohn die Priorität zu. Beginnt der Geltungsbereich der Geldvergütung später als der der Naturalvergütung, so ist doch sein Anfang nicht zugleich das Ende der Herrschaft der Naturalvergütung. Immerhin gewinnt die Geldvergütung Anwendung nicht nur neben der Naturalvergütung, d. h. auf Gebieten, die sich neu dem Arbeitsvertrag erschließen, sondern die Geldvergütung erlangt Herrschaft auch in solchen Arbeitsverträgen, in welchen vordem nur oder überwiegend die Naturalvergütung heimisch war. Der Blick in die Vergangenheit zeigt wie eine fortschreitende Ausbreitung der Geldvergütung, so deren Ausbreitung auf Kosten der Naturalvergütung³. Von den Faktoren, die zu dieser Verschiebung mitgewirkt haben, sehen wir manche noch in der Gegenwart am

¹ In Landarbeiterkontrakten, in denen als Vergütung eine Wohnung vom Gutsbesitzer zugesichert wird, findet sich die Bestimmung: „das Recht einer Revision der gesamten Wohn-, Keller- und Stallräume steht dem Arbeitgeber zu jeder Zeit zu“. Verhältnisse der Landarbeiter II, 569. 581.

² SeemO. § 103 (S. 670¹). GesindeO. für das Königr. Sachsen §§ 42—44: „Jeder Dienstbote muß sich gefallen lassen, daß die Dienstherrschaft in seiner und eines Zeugen Gegenwart seine Lade, Koffer oder sonstigen Behältnisse seiner Sachen öffne . . . Über die sittliche Aufführung des Gesindes steht der Dienstherrschaft das Recht der Aufsicht zu; den diesfallsigen Zurechtweisungen und Verboten der Dienstherrschaft hat sich jeder Dienstbote zu fügen. Die Dienstherrschaft ist berechtigt, dem Dienstboten solchen Aufwand, den sie seinen Verhältnissen nicht angemessen findet, zu untersagen . . .“

³ S. z. B. Lage des Handwerks I, 122. II, 9. Landarbeiter in den evang. Gebieten I, 27. 96. 102. 111. II, 33. 76. 129. Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 39. 76. 96.

Werke. Und da ihnen im verflossenen Jahrhundert in den Lebensäußerungen des Kapitalismus, namentlich Maschinerie und Großbetrieb, neue zur Seite getreten sind, so kann die Entwicklung nicht als abgeschlossen betrachtet und muß ihr weiteres Vorschreiten erwartet werden.

Denn zunächst im Gewerbe ist leicht ersichtlich, wie zwar der Handwerksmeister im Rahmen der eigenen Haushaltung den paar Gesellen und Lehrlingen Wohnung und Nahrung innerhalb der Hausgemeinschaft zu gewähren vermag, hingegen der Arbeitgeber des Großbetriebs, der sich Scharen von Arbeitnehmern gegenüber sieht, nicht mehr imstande ist, die nämliche Naturalvergütung zu beschaffen. Kommt es in solchen Großbetrieben vor, daß der Arbeitgeber Wohnung oder auch nur Unterkunft als Naturalvergütung gewährt, so ist dies nicht die naturwüchsige, in der Konsumtionssphäre des Arbeitgebers liegende. Es ist vielmehr eine künstliche Veranstaltung, die entweder den Betrieb erst ermöglicht (z. B. Obdach für Ziegler, Eisenbahnbauarbeiter) oder, indem sie gleich einer Wohlfahrtseinrichtung zur Heranziehung eines Arbeiterstammes bestimmt ist (S. 684 fg.), der Erhaltung des Betriebes dienen soll. Sieht man von den verhältnismäßig geringen Naturallöhnen ab, die in Bier, Cigarren u. dgl. gewährt werden, so ergibt sich in den Großbetrieben, außer im Seeschiffahrts- und im Gastwirtsgewerbe, die Naturallohnung nicht leicht aus dem Betriebe selbst und kann sich daher hier schwerlich behaupten. Und ihr Schwinden auf diesen Stufen wird ihren Fortbestand in den engeren Kreisen erschüttern. Jede Verbesserung, welche das Arbeitsverhältnis in den Augen der Arbeitnehmer des gleichen Berufes erfährt, wird ohne Rücksicht auf den Maßstab des Betriebs zum Ideal der Berufsgenossen. Eine Brotfabrik z. B., welche Kost- und Logisgewährung abschafft, stärkt damit die Bäckergesellen der Kleinbetriebe im Streben nach dieser Abschaffung.

Selbst in der Landwirtschaft läßt sich das Zurückweichen der Natural- vor der Geldvergütung zum Teil auf das Vorbild der Industrie zurückführen, die mit der Landwirtschaft verbunden ist oder in der Nähe betrieben wird¹. Außerdem steht diese Entwicklung auch unter dem unmittelbaren Einfluß des Kapitalismus. Denn wo sich mit großem Grundbesitz große Betriebskapitale in einer Hand vereinigen, wo dadurch intensiverer Betrieb ermöglicht wird und wiederum be-

¹ Vgl. Grofsmann in Verhältnisse der Landarbeiter II, 487. Stieger Landarbeiterfrage S. 23. Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande S. 104. Landarbeiter in den evang. Gebieten II, 123.

trächtlichere Geldsummen zurückfließen, findet es der Landwirt vorteilhafter, den Boden und dessen Ertrag ganz in den Verwertungsprozess einzubeziehen und den Arbeitern Geldlohn auszuteilen¹. Solche Geldlöhnung wird auch durch den Mangel an ständigen Arbeitern begünstigt, indem dieser zur Anstellung von Wanderarbeitern nötigt, denen als Saisonarbeitern weder Landnutzung noch andere auf ein kontinuierliches Arbeitsverhältnis angelegte Naturalvergütungen zu gewähren sind². Endlich läßt sich wenigstens an der Dampfdreschmaschine der naturallohnfeindliche Charakter der Maschinerie auch für die Landwirtschaft erkennen³.

Wenn wir so auf verschiedenen Hauptgebieten des Arbeitsverhältnisses ökonomische Ursachen der Verdrängung von Natural- durch Geldvergütung wirken sehen, so kann sich nur noch fragen, ob nicht auch Kräfte sich diesem Entwicklungsgang entgegensetzen, ihn hier und dort ausschließen, oder doch aufhalten. Und in der That wird die Naturalvergütung durch die Beschaffenheit mancher Arbeitsverhältnisse geradezu begünstigt, so daß sie daher kaum umgangen werden kann⁴, oder ihr Gegenstand ist dermaßen durch das Arbeitsverhältnis gegeben, daß die Naturalvergütung nur durch besondere Veranstaltung ausgeschlossen werden kann. Ferner erweist sich die Naturalvergütung unter Umständen dadurch als wirtschaftlich, daß sie dem Arbeitnehmer zu ausgiebigerem und besserem Unterhalt und

¹ Weber in Verhältnisse der Landarbeiter III, 781 und in Brauns Archiv VII, 8. 9. 15. 19: „Die kapitalistische Unternehmung strebt . . . aus dem Naturallohnsystem heraus.“ Knapp in Schriften des Vereins für Socialpolitik 58, 15.

² Weber in Brauns Archiv VII, 23. S. auch einen Bericht in Verhältnisse der Landarbeiter II, 461.

³ Vgl. Grofsmann in Verhältnisse der Landarbeiter II, 461. 487. 489/90. Da der Maschinendrusch in kürzerer Zeit bewältigt wird, würden die Arbeitnehmer am Ertragsanteil im Verhältnis zur Zeit einen höheren Lohn erhalten, als der Arbeitgeber angemessen findet. Ferner hält es schwer, den naturalen Drescherlohn beim Maschinen- so gleichmäßig als beim Flegel- oder beim Göpeldrusch zu verteilen, weil die Maschine nur eine bestimmte Zahl von Menschen beschäftigen kann. — Ein besonderer Grund für das Abkommen des Roggenanteils ist die Ersetzung der Kundenmühlen durch die großen Handelmühlen, welche sich mit so kleinen Mengen wie jene Anteile nicht befassen: a. a. O. S. 489.

⁴ Das Wohnen der Bäckergesellen beim Meister hängt mit der Nachtarbeit in der Bäckerei zusammen: die Technik der Bäckerei soll eine Pünktlichkeit des Arbeitsanfangs erfordern, die nur durch Hausangehörigkeit verbürgt werde. Sociale Praxis IX, 985. X, 186.

schneller dazu verhilft, oder vom Arbeitgeber mit geringerem Aufwand beschafft werden kann, als die Geldvergütung¹.

Bei den ständigen Land- und Forstarbeitern scheint gerade aus den angegebenen Gründen der Fortbestand der Naturalvergütung noch für längere Zeit gesichert zu sein. Denn soweit sie in Nahrungs-, Kleidungs- und Feuerungsmitteln besteht, wird sie großenteils im vertragsmäßigen Arbeitsprozess hervorgebracht und kann darum leichter in hinreichender Menge und Güte geboten werden, als sie durch Kauf beschafft werden könnte². Wenn gleichwohl ihr Rückgang wahrzunehmen ist, so beweist dies, daß die konservierenden Kräfte hier von den umgestaltenden schon übertroffen werden.

Für Seeleute ist der Empfang von Kost und Wohnung auf dem Schiffe unvermeidlich, und die Beschaffung dieser Lebensmittel durch Kauf und Miete würde den Umständen nach keine eingreifende Änderung gegenüber der Naturalvergütung zur Folge haben.

Die Abschaffung der Gelegenheit zum Trinkgelderwerb bei Gastwirtsgehülfen und ihre Ersetzung durch Geldlohn begegnet erfahrungsgemäß großen Schwierigkeiten, weil jene Naturalvergütung den Arbeitgeber nichts kostet und weil sie durch das Arbeitsverhältnis selbst an die Hand gegeben wird, so daß sie eigens ausgeschlossen werden muß, während dieser Ausschluss auch noch eine Änderung in den Gewohnheiten des Publikums erfordert. Wenn sonst die Ersetzung des Naturallohnes durch Geldlohn sich nur im Verhältnis der Parteien vollzieht, verlangt die Abschaffung der in Rede stehenden Art auch noch die mindestens passive Mitwirkung eines Dritten, der überdies unbestimmt und schwer zu beeinflussen ist³.

¹ Diese Ersparnis kann sich auch proportional geltend machen. Die Summe der Geldlöhne wächst wie die Zahl der Arbeitnehmer; nicht notwendig ist dies beim Naturallohn der Fall, wie sich an Wohnung und Kost zeigt. Die Kost ist relativ billiger für eine größere Gesellenzahl, und ein Zimmer läßt sich für einen wie für mehrere verwenden. Lage des Handwerks I, 239.

² In Verhältnisse der Landarbeiter III, 217 wird „Erhöhung des Geldlohnes auf Kosten der Naturalien“ unter den Ursachen der Herabdrückung der materiellen Lebenshaltung angeführt, indem namentlich die Ersetzung des Brotkorndeputats durch Barlohn Vermehrung des Kartoffelverbrauchs und Einkauf von Kolonialwaren, auch von Branntwein und Tabak, zur Folge habe.

³ Über diese theoretisch längst geklärte Frage siehe vorzüglich die verschiedenen Verhandlungen des internat. Vereins der Gasthofbesitzer in der Anlage zu den Drucksachen der Komm. f. Arbeiterstatistik, Erhebungen Nr. 9 S. 91—112, sowie die Äußerungen von Kellnern a. a. O., Verhandlungen Nr. 16 S. 47. 76.

Vom Arbeitsverhältnis der Dienstboten in Stadt und Land kann die Naturalvergütung ohne eingreifende Änderung der Sitten und Abstreifung ökonomischer Überlebsel der Haushaltungen nicht getrennt werden. Auch macht es die verhältnismäßige Isoliertheit, nämlich der Mangel an Koalition, diesen Arbeitnehmern vorerst nicht möglich, die Forderung der Abschaffung des Naturallohnes mit Nachdruck geltend zu machen.

Sechster Abschnitt.

Tarifvertrag.

Erstes Kapitel.

Thatbestand.

I. Der Tarifvertrag, dessen im Vorausgehenden mehrmals gedacht wurde, ist darin einzig in seiner Art, daß er nicht von zwei einzelnen Personen, also einstelligen Parteien geschlossen werden kann; mindestens die eine Partei muß aus einer Mehrheit bestehen, und sehr häufig trifft dies von beiden Parteien zu. Deutet diese numerische Erscheinung auf die zutreffende Thatsache, daß mit dem Tarifvertrag die Wahrung von Mehrheitsinteressen erstrebt wird, und sucht man nach einem wenigstens hierin gleichartigen Vertrag, so läßt sich gewiß an den Gesellschaftsvertrag denken, welcher in dem „gemeinsamen Zweck“ doch auch nicht bloß individuelle Interessen seiner Urheber verfolgt. Aber von diesem wie wieder von allen anderen Verträgen hebt sich der Tarifvertrag juristisch dadurch ab, daß weder bei seiner Abschließung von einem Teilnehmer eine materielle Leistung gemacht wird noch auf Grund seines Abschlusses eine solche Leistung gemacht werden soll. Der Tarifvertrag ist zwar auf die Zukunft, nämlich die Zeit nach seinem Abschluß, aber auf keine dann zu machende positive Leistung gerichtet. Sein Ziel ist nur die Regelung künftiger Kontrahierung; es wird heute kontrahiert, auf daß morgen in gewisser Weise kontrahiert werde. Es wird der Inhalt künftiger Kontrakte im voraus festgestellt und damit die Vertragsfreiheit nicht nach dem Ob, sondern nach dem Wie der Kontrahierung beschränkt. Der Tarifvertrag beeinflusst hierdurch den Inhalt künftiger Verträge, und er thut dies, was seinen Einfluß vergrößert, für individuell unbestimmte Paciscenten. Er ist so gestaltet, daß, was er leistet, nicht

bestimmten Individuen, sondern den Paciscenten gewisser Parteistellung zu gute kommt. Im Interesse der Arbeitnehmer künftiger Arbeitsverträge werden durch den Tarifvertrag die Lohn- und Arbeitsbedingungen jener Arbeitsverträge festgesetzt. Gereicht diese generelle und im voraus geschehene Festsetzung in vielen Fällen dem Arbeitnehmer zum Vorteil, weil sie ihm zu einem Vertragsinhalt verhilft, den er bei Abschließung des Arbeitsvertrages, also in Wahrung seines Einzelinteresses und als isolierter Kontrahent nicht würde erlangen können, so ist damit nicht gesagt, daß der Tarifvertrag demjenigen Kontrahenten zum Nachteil gereichen müsse, der in den künftigen Arbeitsverträgen die Arbeitgeberstellung einnimmt. Empfindet er seinestheils den Tarifvertrag als eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, so mag er sich hierauf einlassen nicht bloß weil er sich dem nicht entziehen kann, sondern auch darum, weil nunmehr die Lohn- und Arbeitsbedingungen zeitweise stabilisiert sind, und weil er seine Konkurrenten der gleichen Schranke unterworfen sieht.

Der Tarifvertrag, der, für sich betrachtet, einen eigentümlichen Thatbestand und eine eigentümliche Rechtswirkung zeigt, die beide in diesem Abschnitt anzugeben sind, läßt sich, in Verbindung mit dem Vertrag betrachtet, den er beherrscht oder bedient, auch als Mittel oder Methode der Schließung dieses letzteren ansehen, danach als kollektive Vertragsschließung bezeichnen. Während sonst die Leistungen, die ein Paciscent dem anderen zu machen verpflichtet werden soll, entweder innerhalb des Vertrags, oder zwar außerhalb des Vertrags, aber dann nur von einer Partei selbst oder einem Dritten festgestellt werden und von da in den Vertrag übergehen, ist bei der kollektiven Vertragsschließung keines von beidem der Fall. Lohn- und Arbeitsbedingungen, die wichtigsten Bestimmungen der Leistungen aus dem Arbeitsvertrag, werden zwar nicht im Arbeitsvertrag, aber doch von künftigen Parteien desselben vereinbart, indem nicht, wie im Arbeitsvertrag, der einzelne Arbeitnehmer, sondern die gesammelten Arbeitnehmer dem Arbeitgeber oder den ebenfalls gesammelten Arbeitgebern gegenüberreten. Dieses Verfahren bietet von seiten des Rechts nichts, wodurch es auf den Arbeitsvertrag beschränkt bleiben müsste. Vielmehr scheinen nur gewisse faktische Umstände seine Anwendung zu begünstigen oder auszuschließen. Wo nämlich unter den Kontrahenten eine beträchtliche Stärkeverschiedenheit besteht, wegen welcher der schwächere das Bündnis mit seinesgleichen wünscht, um so einige geringste Bewilligungen vom Gegenkontrahenten zu erlangen und die Unterbietung durch nachgiebige Genossen fernzuhalten; wo die Kontrakte zugleich solche sind, an welche für die schwächere Partei

die Existenz geknüpft ist, weil sie ihr die einzige Einkommensquelle bieten; und wo endlich vermöge der Ähnlichkeit ökonomischer Lage auch ohne die kollektive und daher gleichmäßige Festsetzung der Vertragsbedingungen eine gewisse Gleichmäßigkeit derselben Platz greifen würde: unter diesen Voraussetzungen ist die kollektive Vertragschließung oder der Tarifvertrag bisher allein zu finden gewesen. Wohl kennt man Verständigungen der Verkäufer oder der Vermieter über ihre Vertragspropositionen und ebenso interne Abmachungen der Käufer oder der Mieter. Hingegen Tarifverträge über Käufe oder Mieten scheinen nicht vorzukommen. Vielmehr tritt der Tarifvertrag überall nur im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag auf. Aber kein Typus des Arbeitsvertrags ist so geartet, daß seine Bestimmungen nicht zum Inhalt eines Tarifvertrags gemacht werden könnten. Und andererseits bietet die Natur des Tarifvertrags kein Hindernis, wie Dienst-, Werk-, Mäkler- und entgeltlichen Verwahrungsvertrag des BGB. auch handelsrechtliche und landwirtschaftliche Arbeitsverträge zum Objekt genereller vertraglicher Regelung zu machen. Die rechtlich bei allen Typen anwendbare Methode kollektiver Vertragschließung ist in einer Reihe von Fällen durch eine den Tarifvertrag ersetzende gesetzliche oder obrigkeitliche Regelung ausgeschlossen (vgl. S. 133. 134), in anderen dadurch überflüssig gemacht, daß jede Partei sich stark genug fühlt, im Wege der individuellen Übereinkunft die ihr genehmen Bedingungen zur Annahme zu bringen. Es liegt daher nicht am rechtlichen Wesen des Tarifvertrags, daß er bisher fast nur auf diejenigen Fälle des Arbeitsvertrages angewandt wurde, bei welchen die ökonomische Ungleichheit der Kontrahenten mit dem Bedürfnis von Schranken der Unterbietung zusammentrifft. Vorzüglich die gewerblichen Arbeiter, Seeschiffsleute und Bergleute haben sich die kollektive Vertragschließung zu nutze gemacht. Vereinzelt kamen Tarifverträge zwischen Fabrikanten und Meistern, die selbst wieder Arbeitgeber¹, ferner zwischen Krankenkassen und Ärzten vor². Im Gebiet der Heimarbeit ist man über Versuche nicht hinausgekommen; zwar sind hier alle ökonomischen Voraussetzungen gegeben, aber die Schwierigkeit, die zerstreuten Arbeitnehmer auf gemeinsame Vertragspropositionen zu einen, bereitet der kollektiven Vertragschließung Hindernisse³.

Kam bisher der Tarifvertrag als das Generelle in Betracht gegenüber den einzelnen Arbeitsverträgen, die er versorgt, so kann er

¹ z. B. Kulemann, Gewerkschaftsbewegung S. 669. 676.

² Sociale Praxis VIII, 443. 1246. X, 683. 707. 780. 783. 919.

³ Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik S. 390 fg.

andererseits selbst als das Spezielle betrachtet werden im Verhältnis zu einer allgemeineren, nämlich der gesetzlichen Regelung des Arbeitsvertrags. Von dieser Seite ist die juristische Bedeutung des Tarifvertrags eine rechtshistorische, indem er eine Vorstufe der legislatorischen Behandlung des Arbeitsvertrags bildet. Und nicht blofs formell ist der Tarifvertragsinhalt als Ersatz vieler individueller Inhaltsbestimmungen ein Vorläufer derjenigen Regelung, welche das größte Anwendungsgebiet und die meiste Macht besitzt. Auch dem Gegenstand nach ist die vom Tarifvertrag gegebene Ordnung derart, daß sie eine über dem Pakt der Interessenten stehende vorbereitet und herbeiruft. Handle es sich um Ordnungen, die, wie die Arbeitszeit erwachsener Arbeiter, zwar dem Arbeitsvertrag zugänglich, aber dem isolierten Kontrahenten nicht erreichbar sind, oder um solche, die, wie die Beschaffung von Baubuden oder von Ankleideräumen, auf die kollektive Regelung angewiesen sind: sie bieten ihrer Natur nach sich der staatlichen Gewalt zur Regulierung dar, die da und dort dem Tarifvertrag auch schon gefolgt ist.

Der Tarifvertrag ist zwar nicht modernen Ursprungs¹, aber in größerer Zahl, namentlich im Verein mit umfänglichen Arbeitseinstellungen, ist er erst in den letzten Jahrzehnten aufgetreten und zum deklarierten Gegenstand deutscher Gewerkschaftspolitik erst in den letzten Jahren gemacht worden². Seine zwar nicht wesentliche, aber sehr ins Auge fallende Begleiterscheinung, die Arbeitsniederlegung, hat lange Zeit die Aufmerksamkeit dem Tarifvertrag entzogen, und bei nationalökonomischer Betrachtung ist man geneigt, im Tarifvertrag nur ein Mittel zur Vermeidung oder zur Beendigung einer Arbeitsniederlegung zu erblicken³. Auf seine weitergreifende Bedeutung ist in Deutschland am nachdrücklichsten von Brentano hingewiesen

¹ Bei Stahl, Das deutsche Handwerk S. 339. 340, werden aus den Jahren 1351 und 1362 zwei Tarifverträge der Weber in Speyer angeführt, welche auch unter dem Druck von Ausständen zu stande kamen.

² z. B. Protokoll des 3. Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands (1899) S. 150 fg. Protokoll des 5. Verbandtages des Zentralverbandes der Maurer (1899) S. 142—47. Protokoll des 3. österreich. Gewerkschaftskongresses (1900) S. 196. 202. 203. 208. Protokoll der 2. Generalversammlung des Seemannsverbandes (1901) S. 143. Verein der Lithographen (1901): Sociale Praxis X, 1813. Verband der Steinsetzer (1902): ebenda XI, 601. S. auch Württemb. Fabrikinspektion f. 1900 S. 101: „das Prinzip der kollektiven Vereinbarung der Arbeitsbedingungen, das von allen Arbeiterorganisationen angestrebt wird“.

³ Auch in den Berichten der Fabrikinspektoren wird der Tarifverträge meist bei den Arbeitseinstellungen gedacht, z. B. preussischer für 1899 S. 74. 282.

worden. Unter dem Einfluß seiner Schriften, sowie einer Darstellung der in England üblichen kollektiven Vertragschließung in dem Buche von S. und B. Webb hat sich die geläufige Erkenntnis der sozialpolitischen Leistungsfähigkeit des Tarifvertrags ausgebildet¹.

Nunmehr ist aber auch seine juristische Behandlung zum Bedürfnis geworden. Denn seine immer zahlreicher werdenden Abschlüsse können nicht verfehlen, den Gerichten mehrere Gelegenheiten zur Beurteilung zu geben, sobald in seinen Bereich fallende Arbeitsverträge streitig werden. Und auch ohne diesen praktischen Zweck muß sich die Jurisprudenz aufgefordert finden, das Ihrige zur Pflege eines Instituts beizutragen, das sich ohne Zuthun der Gesetzgebung rein naturwüchsig im Kreise der Interessenten entwickelt hat².

II. Der Thatbestand des Tarifvertrags wird bestimmt durch seinen Inhalt und durch seine Form. Der Inhalt der Tarifverträge bietet, wenn man auch nur die Exemplare überblickt, welche durch die ephemere und die bleibende Litteratur zur allgemeinen Kenntnis gelangen, die größte Mannigfaltigkeit, was bei der Vielfältigkeit der Anlässe zu kollektiver Vertragschließung und bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Berufe wohl begreiflich ist.

Vorab ist auf einige nahe liegende Schranken des Inhalts zu verweisen. Wo Gesetze von einer durch sie gegebenen Ordnung aus-

¹ Webb, Theorie und Praxis der englischen Gewerkvereine (deutsch von Hugo) I, 154—98. II, 74—77. Der Tarifvertrag, da er eine gewisse Fixierung der Vergütung bezweckt, ist eine Äußerung der Lohnpolitik, und insofern er ein Sinken des Lohnes unter eine bestimmte Grenze hindern soll, gehört er zur Politik des Minimallohnes. Mit Bezug hierauf Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik und Lohntheorie (1900) S. 231—36. 302—306. 368 fg. 379—97. Klien, Minimallohn und Arbeiterbeamtentum (1902) S. 36. 78—117. 135. 145 fg. — S. ferner Schmoller in Sociale Praxis XI, 221. 244. 420. 451.

² Eine vorwiegend juristische Behandlung giebt Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in Brauns Archiv XV, 1—122 (1900). Hieran knüpft die oben folgende Darstellung an, unter Weglassung der meisten früher beigebrachten Belege und mit Beschränkung auf die juristische Seite, von der nur die Grundzüge erörtert werden. Wegen der anderen Seiten, ferner wegen der Abschlüsse und Vermittlung des Tarifvertrags, sowie seines Verhältnisses zur Koalition wird auf den citierten Aufsatz verwiesen. — Vgl. auch Sulzer, Die kollektive Vertragschließung zwischen Arbeitern und Arbeitgebern (Bern 1900. Vortrag) und Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 84—87. Ein von Sulzer redigierter Vorschlag gesetzlicher Regelung des Tarifvertrags ist in den Monatsblättern des schweizer. Arbeitersekretariates, Juni 1900, und danach in Sociale Praxis XI, 349—51 veröffentlicht worden. Zur Gesetzgebung s. auch Lotmar a. a. O. S. 117—21.

sprechen, daß daran nicht oder nicht in gewisser Art durch Vereinbarung geändert werden könne, und wo sie solche abweichende Übereinkünfte für nichtig erklären, gelten ihre Verfügungen auch vom Tarifvertrag¹. Was ferner wegen Verstosses gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten nicht zum Inhalt eines Arbeitsvertrags gemacht werden kann, ist natürlich auch dem Tarifvertrag entzogen. Der Vorbehalt, welchen GewO. § 134 c für die Rechtsverbindlichkeit des Inhalts einer Arbeitsordnung macht — „soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft“ —, begreift den Verstoss wider die guten Sitten². Der gleich umfassende Vorbehalt ist für den Inhalt eines Tarifvertrags zu machen. Soweit z. B. die Ausbedingung der Aufrechnung gegen die Lohnforderung gesetzlich unstatthaft ist (S. 408. 409), kann sie auch nicht durch Tarifvertrag geschehen, und ebenso treffen die Schranken der Ausbedingung von Lohninbehaltung und Lohnverwirkung den Tarifvertrag. Wenn GewGerGes. § 6 „Schiedsverträge, durch welche die Zuständigkeit der Gewerbegerichte für künftige Streitigkeiten ausgeschlossen wird“, nur unter gewissen Bedingungen rechtswirksam werden läßt, so gilt das auch von den schiedsvertraglichen Bestimmungen, die in einen Tarifvertrag gelangen. Insofern eine die Koalitionsfreiheit einer Partei beschränkende Abrede als wider die guten Sitten verstossend nicht in einem Arbeitsvertrag getroffen werden kann (S. 218¹. 621 zu ⁴), ist sie auch vom Tarifvertrag ausgeschlossen. Das Nämliche gilt von Ausbedingung vertragszeitlicher Imparität (S. 522¹) und von Einschränkung oder Aufhebung der Rechtswohlthat des § 616 BGB. —

Der vorkommende zulässige Inhalt von Tarifverträgen zerfällt in folgende drei Gruppen von Bestimmungen:

1. Die transitorischen. Sie beziehen sich grösstenteils auf feindselige Akte, welche anlässlich der durch den Tarifvertrag aufzuhebenden Differenzen von den Parteien gegeneinander unternommen worden sind, meist zur Stärkung der eigenen oder zur Schwächung der fremden Kampfposition (z. B. S. 261³). Solche betreffen die Wiederaufnahme der Arbeit, insofern ein Streik vorliegt, sowie die Aufhebung von Sperre und Boykott; andererseits die Sistierung der Aussperrung, den Widerruf schwarzer Listen, die Wiedereinstellung, die Rücknahme von Kündigungen (vgl. S. 574. 577). Ebenso die Unterlassung von „Mafsregelungen“ (einschliesslich der Verunglimpfung sog. Arbeits-

¹ z. B. BGB. § 619. GewO. § 122 (S. 589/90). § 133^{aa} Abs. 4. HGB. §§ 63 Abs. 2. 64 Satz 2. 67 Abs. 4. KrVG. § 80. InvVG. § 180. GewUVG. § 141. BauUVG. § 45 Abs. 2. Land- und forstwirtschaftl. UVG. § 152. SeeUVG. § 139.

² Vgl. Koehne, Arbeitsordnungen S. 235. 237—39. 259.

williger) aus Anlaß des nun beigelegten Kampfes¹. Kleinerenteils beziehen sie sich auf die vorübergehenden Anlässe der Differenzen, wie die verweigerte Entlassung mißliebiger Mitarbeiter oder Werkführer. (vgl. S. 263). Bestimmungen solchen Inhalts sind, wie ohne weiteres erkennbar, von transitorischer Natur. Sie haben nicht bleibende Anlässe oder nicht bleibende Rechtswirkung, sind ohne rechtlichen Einfluß auf den Inhalt des Arbeitsvertrags. Es ist wohl begreiflich, daß die Macht der gemeinschaftlichen Vertragschließung für diesen transitorischen Inhalt aufgeboten wird und dieser Inhalt dem Außenstehenden am meisten ins Auge fällt. Allein er befriedigt nur ein vorübergehendes Bedürfnis und ist nicht für den Tarifvertrag charakteristisch, wie er auch, mangels des erforderlichen Anlasses, in vielen Tarifverträgen gar nicht vorkommt. Außerdem kann er auch ohne den dem Tarifvertrag wesentlichen Inhalt vorkommen, nämlich den Gegenstand eines besonderen Vertrags, z. B. eines Vergleichs, bilden, wenn etwa aus der faktischen Auflösung von Arbeitsverhältnissen Rechtsstreitigkeiten entstanden waren. Aus diesen Gründen wird ferner vom transitorischen Inhalt nicht die Rede sein.

2. Den Tarifvertrag selbst betreffende Bestimmungen. Es gehören hierher zuvörderst diejenigen, die sich auf seinen Anfang und sein Ende beziehen, mag dieses im voraus festgesetzt sein oder durch Kündigung festgesetzt werden sollen, sodann auf die Fortdauer und Erneuerung des Vertragsverhältnisses. Ferner solche, die seine detailliertere Ausgestaltung mittelst Werkstattordnungen oder Spezialtarifen vorsehen. Weiter Bestimmungen, die seine ungestörte Wirksamkeit fördern sollen, indem sie die Methoden und Organe (Kontroll- oder Schlichtungskommission, Tarifausschufs, Tarifamt, Einigungsamt)² für die Auslegung, Ausbreitung, Durchführung und Verbesserung des Tarifvertrags bezeichnen. Endlich auch solche, welche die Mittel festsetzen, die die Einhaltung des Vertrags verbürgen, oder gegen diejenigen Teilnehmer anzuwenden sind, die sich seiner Einhaltung versagen. — Alle diese Bestimmungen beziehen sich auf den Tarifvertrag selbst und nicht unmittelbar auf die von ihm beherrschten Arbeitsverträge. Sie regeln seine Herrschaft, indem sie sie zeitlich oder räumlich begrenzen und sie sicherzustellen suchen. Es sind zwar Be-

¹ z. B. Gewerbegericht V, 193. 194.

² Vgl. Bericht über das Gewerbegericht zu Berlin (aus Verwaltungsbericht des Magistrats zu Berlin für 1899) S. 1, abgedruckt in *Sociale Praxis* X, 372, v. Schulz in *Brauns Archiv* XVI, 681³ und z. B. den Tarifvertrag der Buchdrucker §§ 44 fg., der Buchbinder („gemeinsame Tarifkommission“). Kulemann, *Gewerkschaftsbewegung* S. 668. 670. 672 fg. 676.

stimmungen, die dem Tarifvertrag eigentümlich sind, denn wo fänden solche Ausführungsbestimmungen einen geeigneteren Platz als in dem auszuführenden Vertrag selbst. Aber sie sind keine dem Tarifvertrag wesentlichen Bestimmungen, er vermag auch ohne sie zu funktionieren. Manche, wie die über die Vertragszeit, sollte zum gesetzlichen Erfordernis erhoben werden. Aber alle bilden nicht, wie die folgenden, den inhaltlichen Kern des Tarifvertrags, sondern blofs seine schützende Hülle.

3. Die letzte und weitaus wichtigste Gruppe wird von denjenigen Bestimmungen gebildet, die sich auf das Arbeitsverhältnis beziehen. Diese sind gleich den vorigen nicht transitorisch, sondern auf Dauer berechnet, aber von den vorigen darin verschieden, daß sie sich nicht auf den Thatbestand des Tarifvertrags, also nicht blofs mittelbar auf den Arbeitsvertrag beziehen, sondern unmittelbar das Arbeitsverhältnis selbst regeln. Solche Bestimmungen sind in jedem Tarifvertrag zu finden und können nicht fehlen, wenn ein Tarifvertrag gegeben sein soll; sie bilden die wesentlichen Bestimmungen desselben. Es sind vor allem diejenigen, welche die beiderseitigen Leistungen, also die Vergütung nach Gröfse, Form, Art, Ort, Zeit, und die Arbeit nach Gestalt des Prozesses, Ort und Zeit (Arbeitszeit), sowie die Vertragszeit betreffen¹. Von diesen Punkten sind die meisten in den vorausgehenden Abschnitten behandelt worden, und es hat sich dabei gezeigt, welcher ins einzelne gehenden Regelung sie fähig sind und im Arbeitsvertrag teilhaftig werden können. Allen diesen Unterschieden vermag sich der Tarifvertrag anzupassen. Andererseits soll der Tarifvertrag die Lohn- und Arbeitsbedingungen generell festsetzen und damit ihre Festsetzung durch die Parteien des gegebenen Arbeitsvertrags gänzlich oder teilweise überflüssig machen. Er vermag dies, weil er sie für die Arbeitsverträge nur eines bestimmten Berufes oder verwandter Berufe festsetzt, und vermag es hier um so eher, je mehr durch die Gleichartigkeit der Arbeiten und die Bedürfnisse der Kooperation, sowie durch die Gleichmäfsigkeit der Lebensansprüche der Arbeitnehmer die Übereinstimmung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zugelassen, wo nicht gar gefordert wird. Wenn so der Tarifvertrag eine gewisse Generalisierung vorfindet und eine solche befördert, so bietet er doch auch den Unterschieden Raum, welche durch Lebensalter, Geschlecht, Ausbildungsgrad, Arbeits- oder Wohnort und Arbeitsaufgaben in der Leistungsfähigkeit, den Entgeltansprüchen und dem

¹ Brauns Archiv XV, 14—17 und oben S. 134. 163². 357². 358². 391². 449¹. 455. 480. 537. 657². 683¹.

Wert der Arbeitsergebnisse hervorgebracht werden. Ganz abgesehen vom Maß juristischer Sorgfalt der Abfassung und abgesehen von der Aufnahme der unter 2 erwähnten Bestimmungen sind daher bei Tarifverträgen die größten Differenzen des Umfangs anzutreffen, je nachdem sie der gedachten Individualisierung und Klassifizierung Rechnung tragen, und besonders je nachdem sie nur einen in Kürze zu fassenden Zeitlohntarif enthalten oder für zahlreiche, im Akkord zu entgeltende Arbeiten die Löhne bis in einzelste festsetzen¹.

Allen eben genannten Inhaltsbestimmungen, die den Grundstock des Tarifvertrags ausmachen, sind auch die Arbeitsverträge zugänglich, und nur darum werden jene Bestimmungen zu Gegenständen von Tarifverträgen erhoben, weil es auf Erlangung der früher erörterten Vorteile der kollektiven Vertragschließung abgesehen ist. Es giebt aber auch solche das Arbeitsverhältnis betreffende Bestimmungen, welche auf die kollektive Methode angewiesen sind, weil der Raum des individuellen Vertrags für ein Interesse zu eng ist, das nur Interesse einer Mehrheit sein und daher nur durch eine kontrahierende Mehrheit vertreten werden kann. Man denke nur an die Einschränkung der Lehrlingshaltung (S. 263), die Benutzung eines bestimmten Arbeitsnachweises, die Anerkennung einer Organisation, — gewiß alles Bestimmungen, welche das Arbeitsverhältnis beeinflussen. Und doch liegt es auf der Hand, daß das individuelle Interesse des einzelnen Arbeitgebers oder Arbeitnehmers z. B. durch die Einhaltung einer gewissen Lehrlingszahl seitens des Arbeitgebers wenig berührt wird. Kollektive, nicht individuelle Interessen kommen in dergleichen Bestimmungen zum Ausdruck, Interessen, die der Einzelne nur als An-

¹ Während eine Reihe in verschiedenen deutschen Städten geltender Tarifverträge für das Zimmerergewerbe nicht viel mehr als den Raum einer Postkarte einnehmen, stellt der seit 1. Januar 1902 gültige, nun auch den Setzmaschinentarif umfassende Buchdruckertarif eine volle Broschüre dar, indem er für fein differenzierte Akkorde zu sorgen hat, Lokalzuschläge für viele Druckorte giebt und die für den Tarifvertrag selbst geltenden Bestimmungen sehr ausbildet. Der in Bern geltende Tarifvertrag für Steinhauer enthält auf seinen 55 Druckseiten zahlreiche Figuren, welche die Profile und Maße aufs eingehendste illustrieren; für alle Varianten sind besondere Preise ausgesetzt. Nach Lage des Handwerks II, 261 weist der Stücklohntarif einer Leipziger Schuhfabrik „nicht weniger als 2000 verschiedene Nummern auf“. Der „Deutsche Buchbindertarif“ hat 36 Seiten Querfolio mit 831 Teilarbeitpositionen, welche die Festsetzung von 8264 Akkordlohnsätzen erforderten. „Ein derartig umfangreicher Akkordlohn tarif ist wohl bis jetzt in keinem Gewerbe zu finden,“ sagt mit Stolz der Vorstandsbericht des deutschen Buchbinderverbandes f. 1900 (Stuttgart 1901, S. 27). S. jedoch auch Brentano, Arbeitergilden II, 267.

gehöriger einer Mehrheit hat. Als in den Bereich des Berufs- oder des Klasseninteresses hineinragend sind sie der individuellen Regelung entrückt, passen sie nicht in einen Arbeitsvertrag. Und das hier vorliegende Mehrheitsinteresse kann nur dadurch im Wege der Vertragsschließung wahrgenommen werden, daß die interessierte Mehrheit selbst als Vertragspartei auftritt.

III. Der Begriff des Tarifvertrags, wenn man die Definition auf den Thatbestand beschränkt, wird ferner bestimmt durch seine Form. Er ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag; diesem Vertrag sind sodann gewisse Personen als Kontrahenten eigentümlich; und endlich besteht wenigstens die eine Vertragspartei aus einer Mehrheit koalierter Personen.

Durch das Erfordernis der Zweiseitigkeit, durch die Vertragsnatur werden zahlreiche einseitige Willenserklärungen vom Begriff des Tarifvertrags ausgeschlossen, die im Inhalt mit ihm übereinkommen. Denn viele von den Lohn- und Arbeitsbedingungen, die unter II, 3 erwähnt worden sind, werden für künftig zu schließende Arbeitsverträge sei es von Dritten, sei es von der einen oder der anderen Partei dieser Arbeitsverträge einseitig aufgestellt. Von diesen unter mannigfaltigen Formen vorkommenden Erscheinungen ist bei der Herkunft des Inhalts der Arbeitsverträge und in anderen Zusammenhängen ausführlicher die Rede gewesen¹. Jene einseitige generelle Festsetzung kann besonders leicht bei solchen Arbeitsverhältnissen vorkommen, bei welchen auch ohnedies vermöge des Übergewichts der einen Partei und der großen Zahl von Bewerbern auf der anderen Seite die letzteren einzeln nicht im stande sind, sich an der Vereinbarung der Bedingungen zu beteiligen (S. 227. 228).

Die Zweiseitigkeit der generellen Festsetzung ist für den Begriff des Tarifvertrags nicht genügend. Denn die Vereinbarung eines Dritten mit einer Partei der künftigen Arbeitsverträge über die Bedingungen bildet keinen Tarifvertrag, mag der Dritte mit dem künftigen Arbeitgeber oder mit dem künftigen Arbeitnehmer vereinbart haben². Ebenso wenig haben wir schon da einen Tarifvertrag, wo eine Mehrheit künftiger Arbeitgeber oder Arbeitnehmer sich unter sich über die in die Arbeitsverträge aufzunehmenden Bedingungen einigt, wo also der Vertrag, der diese Bedingungen zum Inhalt hat, von den Genossen nur einer Partei geschlossen wird. Die Herstellung einer solchen Gemein-

¹ Oben S. 133. 194. 229 fg. S. auch noch Klien, Minimallohn S. 51. 171—79. 199 fg. 226—32.

² S. 229². 487. Klien a. a. O. S. 50. 169. 170.

schaft ist nur die Voraussetzung für die Schließung eines Tarifvertrags durch diejenige Partei desselben, welche aus einer Mehrheit besteht.

Ein Tarifvertrag ist demnach erst da gegeben, wo die Vereinbarung über die Lohn- und Arbeitsbedingungen künftig zu schließender Arbeitsverträge von denjenigen Personen getroffen wird, welche in diesen Arbeitsverträgen als Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander gegenüberstehen sollen¹. Diese Personen, die Kontrahenten oder ursprünglichen Subjekte des Tarifvertrags, sind hiernächst ins Auge zu fassen.

Bei den Urhebern des Tarifvertrags ist auf der Seite der Arbeitgeber eine Mannichfaltigkeit anzutreffen, welche auf der Arbeitnehmerseite nicht möglich ist. Arbeitgeberseits kann nämlich von einem Einzelnen kontrahiert werden, oder von einer Mehrheit. Der Einzelne kann eine natürliche Person sein (z. B. ein Fabrikant), oder eine juristische (z. B. Aktiengesellschaft, Stadtgemeinde, Fiskus, man denke an Artillerie- oder Eisenbahnwerkstätten). Werden inhaltlich gleiche Propositionen mehreren Arbeitgebern einzeln gemacht und angenommen², oder gehen solche Propositionen von mehreren einzeln aus und finden die Annahme der nämlichen Arbeitnehmer, so liegt doch nicht ein Tarifvertrag mit einer Mehrheit von Arbeitgebern, sondern eine Mehrheit von (inhaltlich gleichen) Tarifverträgen vor, gemäß der Mehrheit von Propositionen. Diese mehreren Tarifverträge können z. B. mittelst Kündigung zu verschiedenen Zeiten aufgehoben werden, wovon bei einem Tarifvertrag natürlich nicht die Rede sein kann. Hingegen ein Tarifvertrag mit einer Mehrheit von Arbeitgebern kann nur dadurch zu Stande kommen, daß den mehreren Arbeitgebern zusammen der nämliche, also nur ein Vertragsvorschlag gemacht und von ihnen angenommen wird, oder umgekehrt. Daß hier eine Mehrheit auf einer Seite zusammen kontrahiert, hindert nicht die Einheit des Tarifvertrags, wie doch auch, wenn Mehrere zusammen ein Haus kaufen, nur ein Kaufvertrag stattfindet. Daß beidemal die Rechtswirkung des Thatbestandes sich auf Mehrere erstreckt, thut anerkanntermassen der Einheit des Thatbestandes keinen Eintrag. Wenn nun mehrere Arbeitgeber zusammen einen

¹ Eine solche Vereinbarung der entgegengesetzten Parteien kann in einem vereinbarten Vertragsformular zum Ausdruck kommen. Beim Tarifvertrag findet sie nicht diesen Ausdruck: S. 235. 236.

² Vornehmlich aber nicht allein im Bäckergewerbe kommt es vor, daß die Arbeitnehmer ihren Tarifvertrag den Arbeitgebern einzeln zur Annahme mitteilen. Beispiele in: Die Entwicklung des Verbandes der Bäcker (Hamburg 1900).

Tarifvertrag schließen wollen, so müssen sie koalitiert sein, d. h. sich zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen vereinigt oder verabredet haben. Diese Koalition kann schon beim Beginn der Verhandlung mit den Arbeitnehmern vorhanden sein oder sich erst im Lauf derselben bilden. Die Koalition auch der Arbeitgeber ist zwar nach innen des rechtlichen Schutzes von Klage und Einrede bar, sie hat aber für die Tarifvertragschließung die Bedeutung, daß sie den Abschluß eines einzigen Tarifvertrags durch eine Mehrheit von Arbeitgebern ermöglicht¹. Mit einer Mehrheit von koalitierten Arbeitgebern einen Tarifvertrag, statt mit einem oder mehreren isolierten Arbeitgebern Tarifverträge einzugehen, liegt im Interesse der Arbeitnehmer wie in dem der Arbeitgeber. Der gemeinsame Tarifvertrag ist der Disposition eines einzelnen Arbeitgebers entzogen. Überdies verkettet die Koalition die koalitierten Arbeitgeber moralisch und, soweit die Kraft der Naturalobligation reicht, auch rechtlich². Diese Kohäsion befördert die Erreichung der Tarifvertragszwecke im Verhältnis zu den Parteigenossen wie zur Gegenpartei und kommt dadurch auch dieser selbst zu gute.

Arbeitnehmerseits kann der Tarifvertrag nur von einer Mehrheit kontrahiert werden³; die Mehreren zusammen machen oder acceptieren den Vorschlag, wie er den Mehreren zusammen gemacht oder ihnen gegenüber angenommen wird. Daß nicht ein einzelner Arbeitnehmer einen Tarifvertrag und folglich auch nicht mehrere solche einzeln mehrere Tarifverträge eingehen können, ist teils nach unserer Arbeitsverfassung, teils nach dem Zweck des Tarifvertrags einleuchtend. Handelt es sich doch um Herstellung eines für eine Mehrheit bestimmten und der Disposition des Einzelnen nicht unterliegenden

¹ Wenn, wie nicht selten der Fall, eine Innung namens ihrer Mitglieder mit dem Gesellenausschuß namens der Gesellen einen Tarifvertrag eingeht, so stehen die Kontrahenten der Arbeitgeberpartei in einem auch rechtlich vollkommen zusammengehaltenen Verband. „Die Förderung eines gedeihlichen Verhältnisses zwischen Meistern und Gesellen (Gehülfe)“ gehört nach dem bundesrätlichen Entwurf des Statuts einer freien Innung zu den Aufgaben derselben.

² Loewenfeld in Staudingers Kommentar zu BGB. I, 157 zählt die Koalitionen den Personenverbänden zur gesamten Hand bei. Wenn sie Lotmar in Brauns Archiv XV, 58 nur für tatsächliche Vereinigungen erklärt, so bezieht sich dies auf ihr Internum, und selbst hierfür wird S. 61. 62 Naturalobligation zugelassen.

³ Dieser Unterschied von der Arbeitgeberseite äußert sich in GewGerGes. § 63 darin, daß für die Verhandlung vor dem Einigungsamt die Arbeitnehmer immer, die Arbeitgeber nur wenn es ihrer mehr als drei sind, Vertreter zu bestellen haben.

Normenkreises. Es wäre ein innerer Widerspruch, diesen Zweck durch Abrede mit einem Arbeitnehmer oder durch Summierung von Abreden erreichen zu lassen, die mit mehreren getroffen sind. Letzteres wäre Negation der kollektiven Vertragschließung und würde unerklärt lassen, welchen Vorteil die dem Arbeitsvertrag vorangehende generelle Festsetzung seiner Bedingungen haben soll, wenn die Isolierung bestehen bleibt. Auch auf der Arbeitnehmerseite hindert die Mehrheit der Kontrahenten, die zusammen kontrahieren, der Umstand, daß sie nicht ein Rechtssubjekt bilden, keineswegs die Einheit des Thatbestandes, und dies ist wiederum nicht eine Eigentümlichkeit des Tarifvertrags (S. 765)¹. Damit aber die mehreren Arbeitnehmer zusammen einen Tarifvertrag eingehen können, müssen sie sich koaliert haben. Der Abschluß wie die Einhaltung eines Tarifvertrags dient dem Koalitionszweck, der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen. Die Koalition kann sich ad hoc, behufs Tarifvertragschließung bilden², oder sie hat schon vorher bestanden, die Arbeitnehmer gehörten bereits einem Verbands an, der den Koalitionszweck unter seinen Verbandszwecken führt³. Der Umstand, daß (innerhalb der Grenzen von GewO. § 152) den Koalitierten Klage und Einrede wider einander versagt ist, hindert durchaus nicht die Begründung eines vollkommenen Rechtsverhältnisses der Koalitierten zu Dritten, hier zu dem Mitkontrahenten des Tarifvertrags⁴. Und trotz ihrer rechtlichen Schutzlosigkeit dient die Koalition, wie hundertfältige Erfahrung lehrt, zur Befestigung des durch den Tarifvertrag begründeten Rechtsverhältnisses zur Arbeitgeberpartei. Das tarifvertragswidrige Verhalten eines beteiligten Arbeitnehmers ist nicht bloß eine Verletzung der rechtlichen Vertragspflicht, sondern auch der moralischen Koalitionspflicht.

IV. Der nach Inhalt und Form definierte Thatbestand des Tarifvertrags kann nunmehr von einer Reihe von Gebilden unterschieden

¹ Wie die Mehrheit der Arbeitnehmer nicht eine Mehrheit von Arbeitsordnungen, so ergibt sie auch nicht eine Mehrheit von Tarifverträgen.

² z. B. die Arbeiter der nämlichen Fabrik oder mehrere am Orte bestehende, sonst selbständige Organisationen der gleichen Branche treten gemeinsam in eine „Lohnbewegung“ ein.

³ z. B. Tarifvertrag des Verbandes Hamburger Lager- und Speicherarbeiter einerseits, des Vereins Hamburger Quartiersleute von 1886 andererseits (Hamb. Gewerbeinspektion für 1900 S. 71), der deutsche Buchdruckertarif, vereinbart zwischen dem deutschen Buchdruckerverband und dem deutschen Buchdruckerverein (Verein von Prinzipalen).

⁴ Zustimmend Loewenfeld a. a. O., Koehne, Arbeitsordnungen S. 260 Anm. 2 a. E.

werden, welche ihm in einer oder der anderen Hinsicht ähnlich sind, sich aber so weit von ihm abheben, daß seine Eigenartigkeit deutlich hervortritt. Erweist er sich hierdurch dem Thatbestand nach als *contractus sui generis*, so ist es nur natürlich, daß einem solchen Verträge auch eine eigenartige Rechtswirkung zukommt.

Der Tarifvertrag ist vor allem kein Arbeitsvertrag. Er ist vielmehr zur Beherrschung von Arbeitsverträgen und zur inhaltlichen Ausstattung solcher bestimmt. Worin das Wesen des Arbeitsvertrags gelegen ist, haben wir in Abschn. I Kap. 1—6 gesehen. Der Arbeitsvertrag besteht aus einer Zusage von Arbeit und einer Zusage von Entgelt, Zusagen, welche die Paciscenten einander machen. Im Tarifvertrag versprechen die Paciscenten einander weder Arbeit noch Vergütung; sie setzen gemeinsam fest, daß, wenn es künftig zum Abschluß von Arbeitsverträgen kommt, diese Arbeitsverträge den im Tarifvertrag vereinbarten Inhalt haben, z. B. die Vergütung von gewissem Betrage, die Arbeitszeit von gewissem Umfang, die Kündigung von sofortiger Wirkung sein werde. Wohl kann, wenn zur Zeit der Eingehung des Tarifvertrags auf der Arbeitnehmerseite ausständige Arbeitnehmer sind, im Tarifvertrag auch ausbedungen werden, daß diese die Arbeit wieder aufnehmen, somit Leistung von Arbeit versprochen werden: allein eine solche transitorische Bestimmung gehört, wie wir gesehen haben, nicht zum Wesen des Tarifvertrags. Umgekehrt kann der Tarifvertrag Bestimmungen enthalten, die in einem Arbeitsvertrag nicht Platz finden können (S. 763 al.). Ist der Tarifvertrag mit derlei Bestimmungen versehen, so ist er auch durch solchen Inhalt vom Arbeitsvertrag verschieden. Bleiben wir jedoch nur beim wesentlichen Inhalt beider Verträge stehen, so muß sich ihre Verschiedenheit an den Folgen zeigen. Der Arbeitsvertrag wird durch Leistung von Arbeit und Vergütung vollzogen; zu jener wird der Arbeitnehmer, zu dieser der Arbeitgeber verbunden. Dagegen durch den Tarifvertrag für sich wird weder ein Arbeitnehmer zur Arbeit noch ein Arbeitgeber zur Vergütung verpflichtet; vielmehr muß die Zusage beider Leistungen erteilt, d. h. auch noch ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sein. Der Vollzug eines Tarifvertrags besteht nicht in Leistung von Arbeit und Vergütung, sondern darin, daß Arbeitsverträge ausschließlich mit tarifgemäßem Inhalt eingegangen werden. Der Tarifvertrag, der mit einer Mehrheit koalierter Arbeitnehmer geschlossen wird, ist, wie wir sahen, ein Vertrag, eine einzige Norm. Wird dagegen von mehreren Arbeitnehmern Arbeit gegen Entgelt versprochen und wäre es auch dem nämlichen Arbeitgeber, so kommen ebenso viele Arbeitsverträge zu stande, als es Arbeitnehmer sind; sie können

verschiedene Vertragszeiten haben. — Der Tarifvertrag deckt sich weder mit dem Thatbestand des Arbeitsvertrags überhaupt, noch mit irgend einem der gesetzlichen Typen, aus denen der Begriff des Arbeitsvertrags gezogen ist: er ist weder Dienst- noch Werkvertrag, weder gewerblicher Arbeitsvertrag noch Heuervertrag u. s. w. Wäre er ein solcher, so würde er der gesetzlichen Regelung eines dieser Typen teilhaftig sein. Es ist aber offenbar, daß der gewerbliche Tarifvertrag, welcher zur inhaltlichen Normierung gewerblicher Arbeitsverträge bestimmt ist, nicht selber als solcher Arbeitsvertrag den Kündigungsregeln von GewO. § 122 oder §§ 123. 124 unterliegt. — Daß der Tarifvertrag generell Vertragsinhalt festsetzt für Verträge, denen ohnedies jener Inhalt durch individuelle Vereinbarung, d. h. durch den Arbeitsvertrag eingefügt werden müßte, bringt zwar eine gewisse Ähnlichkeit zwischen Tarifvertrag und Arbeitsvertrag hervor, läßt aber ihre radikale Verschiedenheit bestehen. Vgl. auch S. 234⁸. —

Wie kein Arbeitsvertrag ist der Tarifvertrag auch kein Vorvertrag zu einem Arbeitsvertrag. Mit einem solchen Vorvertrag hat der Tarifvertrag gemein, daß beide sich auf künftige Arbeitsverträge beziehen, und daß wie im Tarifvertrag auch im gedachten Vorvertrag die Lohn- und Arbeitsbedingungen eines künftigen Arbeitsvertrags festgesetzt sein können. Auch kann unter den transitorischen Bestimmungen eines Tarifvertrags eine vorkommen, welche die Wiederanstellung entlassener oder den Wiedereintritt ausgetretener Arbeitnehmer und damit den Abschluß von Arbeitsverträgen vorschreibt (S. 261⁸). Allein dieser vorvertragliche Inhalt liegt außerhalb des wesentlichen Inhalts eines Tarifvertrags und unterscheidet sich von diesem auch dadurch, daß er bestimmte Individuen betrifft, während die wesentliche Regelung eines Tarifvertrags eine generelle ist. Im Tarifvertrag sagen die Kontrahenten einander nicht wie im Vorvertrag zu, miteinander Arbeitsverträge zu schließen, sondern sie stellen die Lohn- und Arbeitsbedingungen fest, welche für die etwa zum Abschluß kommenden Arbeitsverträge gelten sollen. Indem nicht das Ob oder Daß, sondern nur das Wie künftiger Arbeitsverträge im Tarifvertrag vereinbart wird, treten Tarifvertrag und Vorvertrag weit auseinander. —

Daß sich die obligatorische Arbeitsordnung und der Tarifvertrag in der Form unterscheiden, ergibt sich aus dem S. 764 Bemerkten: jene kommt einseitig, dieser nur zweiseitig zustande. Auch wissen wir, daß das Anwendungsgebiet der Arbeitsordnung enger ist, als das des Tarifvertrags, weil sie sich beschränkt auf die Arbeits-

verträge von Fabrikarbeitern (größerer Fabriken)¹. Hingegen im Inhalt kommen beide einigermaßen überein, indem beide Bedingungen künftiger Arbeitsverträge generell festsetzen. Allein während der Tarifvertragsinhalt nur am zwingenden Recht und an den guten Sitten Schranken hat, sonst der Auswahl der Paciscenten unterliegt, ist der Inhalt der Arbeitsordnung gesetzlich geregelt (S. 232), indem manche Bedingungen des Arbeitsvertrags Aufnahme finden müssen, andere Aufnahme finden können, endlich manche von der Aufnahme ausgeschlossen sind (GewO. § 134^b)². Die Angabe des Lohnbetrages, die in keinem Tarifvertrag fehlt und durch seinen Namen kund gegeben wird, gehört nicht zum obligatorischen Inhalt einer Arbeitsordnung³. —

Der Tarifvertrag ist kein Vergleich, wenn man mit diesem Ausdruck den gesetzlichen Begriff des BGB. § 779⁴ und nicht einen anderen unmaßgeblichen verbindet⁵. Hingegen ist es wohl möglich, daß zu einem Tarifvertrag sich ein Vergleich gesellt, indem die Umstände, unter denen die Verhandlung stattfindet, auch den Stoff zu einem Vergleich darbieten⁶. Sonst und seinem Wesen nach ist der Tarifvertrag kein Vergleich, einerlei, ob er durch Vermittlung des Einigungsamtes oder ohne dieses geschlossen wird. Der „Weg gegenseitigen Nachgebens“ braucht beim Tarifvertrag nicht beschriften zu werden. Die Umstände

¹ Dazu noch GewO. § 154 Abs. 2. § 139^k.

² „Unzulässig und unwirksam sind also alle Bestimmungen, welche, ohne in § 134^b Abs. 1 Ziff. 1—5 ausdrücklich genannt zu sein, weder die Ordnung des Betriebes noch das Verhalten der Arbeiter im Betriebe betreffen“: Koehne, Arbeitsordnungen S. 233.

³ Denn „Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung“, welche nach § 134^b Nr. 2 die Arbeitsordnung enthalten muß, können ohne Angabe des Lohnbetrags enthalten sein.

⁴ „Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich) . . .“

⁵ Auch das GewGerGes. §§ 41. 57 hat bei „Vergleich“ den gesetzlichen Begriff im Sinne. Es läßt aus dem Vergleich Zwangsvollstreckung stattfinden, wovon beim Tarifvertrag als solchem hinsichtlich seines wesentlichen Inhalts nicht die Rede sein kann. Der Tarifvertrag fällt unter das, was in §§ 70. 71. 73 „Vereinbarung“ genannt wird.

⁶ So endigte ein von einem Arbeitgeber gegen Holzarbeiter wegen Kontraktbruchs angestrebter Prozeß vor dem Gewerbegericht in München durch einen Vertrag, der nicht bloß einen Tarifvertrag, sondern auch einen Vergleich bildet: Die Firma K. & S. verpflichtete sich, bei normaler Arbeitszeit und Arbeitsleistung ein wöchentliches Kontogeld von 24 Mk. zu bezahlen und die gegen die Arbeiter angestellte Klage zurückzuziehen. Dagegen erklärten sich die Arbeiter bereit, den Streik aufzuheben und die Arbeit wieder aufzunehmen. Vorwärts vom 27. Febr. 1902.

können, wie die Erfahrung lehrt, so liegen, daß die Partei, welcher von der anderen ein Tarifvertrag proponiert worden ist, es geraten findet, diesen Vorschlag ohne weiteres anzunehmen. Hier ist möglicherweise weder ein gegenseitiges Nachgeben, noch überhaupt ein Nachgeben ersichtlich. Wo dem Abschluß eines Tarifvertrags ein Streit um die Tarifbedingungen vorausgeht, endigt dieser Hergang möglicherweise mit gegenseitigem Nachgeben, dessen Resultat den Inhalt des Tarifvertrags bildet. Die nämliche Diskussion kann einem Arbeitsvertrag, einem verzinslichen Darlehen, einem Kauf, einer Miete u. s. w. vorausgehen und ebenso mit gegenseitigem Nachgeben endigen, dessen Ergebnis in dem betreffenden Vertrag, nämlich im Darlehen, Kauf u. s. w. fixiert ist. Niemals hat man darum in diesen Verträgen Vergleiche erblickt, und ebensowenig stellt der Tarifvertrag an sich einen solchen dar. Der Weg gegenseitigen Nachgebens wird beim Vergleich in dessen Thatbestand selbst beschritten und nicht vor demselben, ist nichts Internes, wie das Nachgeben in den anderen angeführten Fällen, sondern muß bethätigt werden durch Anerkennung, Verzicht, Versprechen, Zahlung u. dgl., mit einem Wort durch Vornahme oder Zusage einer materiellen Leistung. Im Tarifvertrag werden derlei Leistungen weder gemacht noch versprochen. Der Vergleich ist ferner ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Dagegen beim Tarifvertrag, durch den die Parteien ein Rechtsverhältnis begründen wollen, ist nicht die Beseitigung des Streites oder der Ungewissheit über ein solches Gegenstand und Ziel der Vertragsschließung — man müßte denn jeden Vertrag für einen Vergleich erklären. Endlich kann ein Tarifvertrag im tiefsten Frieden und bei voller beiderseitiger Gewissheit über das bisherige Rechtsverhältnis geschlossen werden. —

Der Tarifvertrag ist keine Koalition. Zwar dient die Koalition seiner Eingehung und seiner Erhaltung, wie umgekehrt der Tarifvertrag der Koalition dient, indem er ihren Zweck fördert und ihr neue Mitglieder zuführt. Aber der Tarifvertrag ist keine Koalition, weil er nicht eine Verabredung oder Vereinigung „zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen“ (GewO. § 152) ist, sondern selbst diese Bedingungen für beide Parteien des Arbeitsvertrags festsetzt. Daß der Tarifvertrag keine Koalition ist, ist für ihn von zwiefacher Bedeutung. Einmal wird er daher nicht von der Rücktrittsfreiheit, sowie der Klage- und Einredelosigkeit des § 152 GewO. betroffen. Nach ihrer Geschichte bezieht sich diese Vorschrift bloß auf Übereinkünfte einer Partei, der Arbeitgeber oder der

Arbeitnehmer, nicht auf solche, welche beide Parteien miteinander treffen. Ferner findet das spezielle Strafrecht, womit GewO. § 153 die fast völlige privatrechtliche Schutzlosigkeit der Koalition auch noch kriminalrechtlich garantiert, auf den Tarifvertrag, weil er nicht Koalition, keine Anwendung. Daher werden die üblichen, auch von den Parteinossen selbst ausgehenden Bedrohungen und Verrufserklärungen tarifuntreuer Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, durch welche diese bestimmt werden sollen, dem Tarifvertrag Folge zu leisten, von GewO. § 153 nicht betroffen. —

Der Tarifvertrag hat eine entfernte Ähnlichkeit mit derjenigen Verkehrssitte, welche im Handelsverkehr unter dem Namen von *Üsance* oder Handelsgebrauch vom Handelsgewohnheitsrecht unterschieden wird und zur Erleichterung der Anwendung formuliert worden ist¹. So ist der durch Tarifvertrag vereinbarte Ausschluss der Kündigungsfrist von einem Gewerbegericht für „Geschäftsgebrauch“ oder „Ortsgebrauch“ erklärt worden².

Der Tarifvertrag ist stets ein Pakt entgegengesetzter Parteien. Von den *Üsancen* können danach nur diejenigen mit Tarifverträgen verglichen werden, welche wie diese von den entgegengesetzten Parteien der durch sie zu beherrschenden Verträge festgesetzt worden sind³. Tarifvertrag und formulierte *Üsance* bilden beide nicht Recht im objektiven Sinne, bedürfen daher irgend welcher Unterwerfung der Kontrahenten, in deren Verträge der mit dem Tarifvertrag und der *Üsance* gegebene Inhalt eingehen soll. Beide funktionieren nur gegenüber dispositivem Recht, füllen den von diesem zur Verfügung gestellten Raum aus. Endlich werden ihre Inhalte auch ohne ausdrückliche Verfügung der Kontrahenten Inhalt des gegebenen Vertrags.

In allem Übrigen gehen sie auseinander. Denn die *Üsance* wird im einzelnen Fall zum Vertragsinhalt nur wenn den Umständen nach ein hierauf gerichteter Wille der Kontrahenten vorhanden ist, daher in jedem Fall gewiß sein muß, daß die Parteien den Handelsgebrauch

¹ Auf diese *Üsance* hat mich K. v. Amira hingewiesen. Ihre oben folgende Charakterisierung stützt sich auf Goldschmidt, Handelsrecht I², 388—37 und Laband, Zeitschr. f. Handelsrecht 17, 466—511.

² Gewerbegericht VII, 109. 110.

³ Nicht z. B. die von einer Handelskammer formulierten Börsen*Üsancen*. Sogar die von Interessenten selbst, z. B. Käufern und Verkäufern, getroffene generelle Vereinbarung ist dem Tarifvertrag nicht parallel, wenn jene Interessenten in den künftigen, von der *Üsance* zu ergänzenden Verträgen abwechselnd die eine und die andere Parteirolle einnehmen, z. B. Zeitschr. f. Handelsrecht 15, 175.

haben befolgen wollen¹. Hingegen wird der Tarifvertrag gerade zu dem Zweck eingegangen, die Herrschaft des Individualwillens in bestimmtem Maße auszuschalten und dem Kollektivwillen die Oberhand zu verschaffen (Kap. 2), daher Zwang zur Einhaltung des Tarifvertrags angewandt wird. Ferner ist die *Üsance* „Niederschlag der üblichen vertraglichen Festsetzung“. Es sollen zwar auch ganz neue Bestimmungen, die im Verkehr nicht üblich waren, als *Üsancen* eingeführt werden können, aber doch nur dann zu *Üsancen* werden, wenn sie „im wirklichen Geschäftsverkehr thatsächlich Anwendung“ finden. Für die Geltung des Tarifvertrags hingegen ist der faktische Gebrauch nicht Voraussetzung: es werden vielmehr durch ihn neue Lohnsätze, neue Arbeitszeiten, neue Zahlungszeiten u. s. w. eingeführt. Er ist von Anfang an als Quelle von Vertragsinhalt ebenso wirksam, als eine Arbeitsordnung, deren Geltungstag gekommen ist. Während endlich *Üsance* nur für solchen Inhalt aufkommen kann, wie er von den Parteien ihrem Verträge ausdrücklich einverleibt werden könnte, vermag der Tarifvertrag Bestimmungen zu enthalten, die den Rahmen eines Arbeitsvertrags überschreiten².

Zweites Kapitel.

Rechtswirkung.

I. Die Erörterung der Rechtswirkung des Tarifvertrags hat sich sowohl auf das Ob als auf das Wie zu erstrecken. Indessen kann die Frage, ob dem Tarifvertrag Rechtswirkung zukomme, nicht wohl Zweifeln begegnen. Denn es findet diese Rechtswirksamkeit weder ein moralisches noch ein rechtliches Hindernis, sie ist bei ähnlichen Thatbeständen anzutreffen und entspricht dem Verhalten der Urheber des Tarifvertrags — was alles im folgenden zu erweisen ist.

Der Tarifvertrag an sich verstößt nicht wider die guten Sitten. Da generelle Regelungen, wie sie der Tarifvertrag vornimmt, beispielsweise der Arbeitszeit oder der Lehrlingszahl, auch vom Staate ausgehen, dieser damit der rechtlichen Freiheit des Arbeitsvertrags Schranken zieht, so kann eine private Aktion dieser Art nicht für moralwidrig gelten. Wie die Moral keinen Einspruch gegen Rechtswirksamkeit des Tarifvertrags erhebt, wird ihm solche auch von keinem Gesetze abgesprochen. Denn das GewO. § 152 die Koalition von

¹ Goldschmidt a. a. O. S. 334. Laband a. a. O. S. 497.

² wie eine die Lehrlingszahl oder die Zahl der Schiffsmannschaft limitierende; wegen des letzteren s. die S. 738² citierte Denkschrift des Seemannsverbandes S. 115 fg.

Klage und Einrede entblößt, hindert die koalitierten Arbeitnehmer nicht, einen rechtswirksamen Vertrag mit einem Arbeitgeber, mit mehreren einzelnen Arbeitgebern, ja auch mit einer Koalition von Arbeitgebern abzuschließen (S. 767). Ist doch auch der Kaufvertrag über ein Haus, zu dessen Ankauf sich zwei Personen verbünden, nicht darum ohne Rechtswirkung, weil etwa der Gesellschaftsvertrag dieser zwei Personen ungültig ist. Wie die GewO. nicht gegen, so spricht das GewGerG. für Dasein der Rechtswirksamkeit des Tarifvertrags. Denn es wäre doch mehr wie seltsam, daß dieses Gesetz das einigungsamtliche Verfahren, z. B. die Legitimation der Vertreter, die Publikation der „Vereinbarung“, die „Unterwerfung“ unter den Schiedsspruch, so eingehend ordnen würde (§§ 62—74), wenn es die Meinung hätte, daß eine solche Vereinbarung oder Unterwerfung bloß etwas Faktisches, etwa nur moralische Folgen Erzeugendes sei¹.

Sieht man ferner, wie durch einseitige Verfügungen und durch Verträge von Behörden mit einer Partei des Arbeitsvertrags eine generelle Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anerkanntermaßen rechtswirksam vorgenommen wird, und wie das Gleiche durch obligatorische Arbeitsordnung für eine große Kategorie von Arbeitsverträgen erfolgen kann, so hat man allen Grund auch für die Tarifverträge, welche die Parteien künftiger Arbeitsverträge miteinander abschließen, Rechtswirkung in Anspruch zu nehmen.

Nur unter dieser Voraussetzung ist das Verhalten der Kontrahenten eines Tarifvertrags erklärlich, das sich in folgenden Maßnahmen kund gibt. Sie legen, soweit Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht in Person kontrahieren, großes Gewicht auf die Legitimation des Vertreters, wollen damit sicher gestellt sehen, daß der Vertretene vom Vertrag ergriffen werde, sie sind um die Beurkundung (namentlich Unterschrift) und Veröffentlichung des Vertrags besorgt², sie

¹ Wenn die Motive zum jetzigen § 70 GewGerG. aussprechen, es könne „durch äußere Mittel nicht erzwungen werden“, daß die Vereinbarung als für die Arbeitsverträge maßgebend von den Beteiligten anerkannt werde, so ist zwar diese Äußerung unzutreffend, sie besagt aber auch nicht, daß der Motivverfasser dem Tarifvertrag keine Rechtswirkung beigegeben habe.

² z. B. Tarifvertrag der Maler in Kiel (Malerkalender 1902 S. 40): „Daß dieser Vertrag von beiden Seiten gehalten werden soll, dessen zur Urkunde haben die Mitglieder der beiden Ausschüsse denselben eigenhändig unterschrieben.“ Verweigerung der Schriftlichkeit des Versprechens der Arbeitgeber Ursache eines Ausstandes, z. B. Bericht des Arbeitgeberverbandes Hamburg-Altona f. 1899 S. 8/9. Bei dem durch Vermittlung des Einigungsamtes geschlossenen Tarifvertrag ordnet das GewGerG. die Beurkundung und die Veröffentlichung: §§ 70. 72.

treffen Bestimmungen über seinen persönlichen, örtlichen, zeitlichen Geltungsbereich und über Instanzen zu seiner Auslegung, auf das er anstandslos fungieren könne. Dies alles hat rechten Sinn nur wenn man es beim Tarifvertrag nicht mit etwas bloß Faktischem zu thun hat, dessen Geltung allein auf der Gewissenhaftigkeit seiner Teilnehmer beruht. Alle diese Vorkehrungen werden vielmehr in dem mehr oder weniger klaren Bewußtsein getroffen, daß man sich mit dem Abschluß eines Tarifvertrags auf den Rechtsboden begiebt, daß man die eigene Person wie die des Gegners einer über beiden stehenden, staatlich geschützten Norm unterwirft, daß also irgend welche Rechtswirkung mit solchem Vertrag verbunden ist.

II. Was für eine Rechtswirkung dem Tarifvertrag zukomme, richtet sich wie bei anderen Verträgen, die der eigenen gesetzlichen Regelung entraten und soweit es der Fall ist, innerhalb der allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, nach den faktischen Wirkungen, welche die Paciscenten durch ihre Vertragschließung erreichen wollen. Diese sind hier, wie tausendfältige Erfahrung lehrt, vorzüglich die drei folgenden¹.

Erstens beabsichtigen die Parteien vermöge des Tarifvertrags die Abschließung von Arbeitsverträgen zu erleichtern. Es soll deren Kontrahenten der Aufwand von Zeit, Mühe und Gemütsbewegung erspart werden, der bei der Mitteilung der Vertragsbedingungen oder beim Feilschen um dieselben (man denke z. B. an Akkordlohnsätze) notwendig werden kann, und es soll zugleich diese Abkürzung des Verfahrens die verhältnismäßige Vollständigkeit der Paktierung nicht beeinträchtigen. Letztere Gefahr wird von dem einzelnen Kontrahenten des Arbeitsvertrags durch die generelle Fürsorge seiner Berufsgenossen fern gehalten.

Zweitens wird mit dem Tarifvertrag beabsichtigt, durch Ausgleichung der Arbeitsverhältnisse die Nachteile der Konkurrenz zu verringern. Es soll verhindert werden, daß die Arbeitgeber einer Branche Arbeitnehmer finden, die erbötig sind, Arbeitsverträge zu Bedingungen einzugehen, die für den Arbeitgeber günstiger sind, als die im Tarifvertrag statuierten. Hierdurch soll die Unterbietung (Schleuderkonkurrenz) ausgeschlossen werden. Der Arbeitgeber soll darauf rechnen dürfen, daß sein Konkurrent nicht Arbeitsverträge eingehe, die diesem einen Vorsprung gewähren. Und der Arbeitnehmer soll

¹ Wir haben dabei den umfänglichen, eine Mehrheit auch von Arbeitgebern umfassenden Tarifvertrag im Auge.

nicht unter die tariflichen Bedingungen herabgehen müssen, um den Abschluß eines Arbeitsvertrags zu erreichen. Er soll in den tariflichen diejenigen von Seinesgleichen festgesetzten Bedingungen erblicken können, bei denen er weder unterbietet, noch unterboten zu werden fürchten muß. Folgeweise drängt die Unterbindung der Konkurrenz der Arbeitnehmer den Arbeitgeber zur Bewilligung besserer Bedingungen, wie die Unterbindung der Konkurrenz der Arbeitgeber ihm diese Bewilligung erleichtert.

Drittens beabsichtigen die Urheber des Tarifvertrags den Arbeitsverhältnissen eine gewisse Stetigkeit zu verleihen. Sie sollen womöglich den auf ihre Änderung zielenden wirtschaftlichen Motiven entrückt werden, welche den Schwankungen der Märkte entspringen. Aus der Konjunktur des Einkaufs-¹ oder des Absatz- oder des Arbeitsmarktes oder dem Steigen der Unterhaltskosten können sich Gründe ergeben, den Änderungen des Angebotes oder der Nachfrage einen Einfluß auf die Arbeitsverhältnisse einzuräumen, sowohl in Hinsicht auf die Löhne (wohin z. B. auch stärkere Heranziehung von Lehrlingen und Frauen gehört), als auf die Arbeitszeit und manche andere in Tarifverträgen geregelte, für die Arbeitsverhältnisse bedeutungsvolle Bestimmungen. Natürlich sollen diese Einflüsse nicht überhaupt ausgeschaltet, sondern sie sollen nur während der Geltung des Tarifvertrags von den Arbeitsverträgen möglichst ferne gehalten werden².

Sind nun die unter 1—3 dargelegten die faktischen Wirkungen, welche von den Urhebern eines Tarifvertrags mit demselben erstrebt werden, so ist ad 1 zu sagen, daß die Kontrahenten einander versprechen, die Arbeitsverträge als zu den Bedingungen des Tarifvertrags abgeschlossen auch dann gelten zu lassen, wenn bei der Schließung des Arbeitsvertrags die im Tarifvertrag getroffenen Bestimmungen nicht verlautbart worden sind. Die dem Tarifvertrag hiermit zugedachte Rechtswirkung ist danach die, ergänzend zu sein für die Arbeitsverträge. Und nach den sub 2 und 3 angegebenen Intentionen versprechen im Tarifvertrag die Kontrahenten einander, Arbeitsverträge nur zu den im Tarifvertrag vereinbarten Bedingungen abzuschließen. Die dem Tarifvertrag hiermit zugedachte Rechts-

¹ Einkauf der Roh- und Hilfsstoffe, der Arbeitsmittel, z. B. der Maschinen.

² z. B. beschließt die Gauvorsteherkonferenz des Deutschen Buchdruckerverbandes am 13. und 14. Oktober 1900 zu Berlin, „in Berücksichtigung der Steigerung der Lebensmittel- und Wohnungspreise . . . daß bei der nächstjährigen Tarifverhandlung in der Hauptsache Anträge auf Erhöhung des Gewirfgeldes bzw. der Grundposition gestellt werden“. Rechenschaftsberichte des genannten Verbandes f. 1900 S. 3.

wirkung ist danach die, maßgebend zu sein für die Arbeitsverhältnisse. Daß die eben erwähnte gegenseitige Zusage mit dem Tarifvertrag gemacht und demgemäß die Einhaltung der Bedingungen des Tarifvertrags als Vertragsvollzug, die Nichteinhaltung als Vertragsbruch betrachtet wird, wird bald eigens ausgesprochen¹, bald durch Handlungen an den Tag gelegt, mit denen jener Vertragsvollzug gefördert und dieser Vertragsbruch bekämpft werden soll. Das erstere geschieht durch Einwirkung auf die Konsumenten, nur solchen Arbeitgebern Bestellungen zu machen, welche ihre Tarifvertragspflichten erfüllen². Das letztere geschieht durch mannigfaltige Vorkehrungen und Reaktionen, die sich bald nur an den vertragsbrüchigen Gegenkontrahenten, bald nur an den vertragsbrüchigen Partei- oder Koalitions-genossen, bald an beide richten³. Nach beiden Seiten wendet sich die Einrichtung, wonach der Arbeitsnachweis dem tarifuntreuen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer versagt wird. Es liegt darin eine Ausschließung vom Arbeitsverkehr, insofern dem Abtrünnigen die Eingehung tarifwidriger Arbeitsverträge erschwert wird⁴. Die nämliche Wirkung erstrebt gegenüber dem Arbeitgeber der Arbeiterausstand, etwa noch verstärkt durch Sperre, und umgekehrt als Gegenwehr der Arbeitgeberpartei wider Tarifuntreue der Arbeitnehmer die Aussperrung, etwa verschärft durch Verbreitung schwarzer Listen. Im Verhältnis der Tarifvertragsparteien zu einander ist ferner anwendbar die Konventionalstrafe⁵, sowie die Abrede, daß der Ver-

¹ z. B. Tarifvertrag der Feilenfabrikanten und des Feilenhauervereins in Remscheid § 4: „Da die vereinbarten bzw. in Zukunft zu vereinbarenden Preise als Minimalsätze gelten, so darf einerseits kein Feilenfabrikant weniger als die Preise bezahlen, andererseits kein Feilenhauer zu billigeren Preisen arbeiten.“ Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit, Anlagen S. 74. Tarifvertrag der Parkettleger in Basel (1900): „Gegenwärtiger Tarif ist für alle Arbeiten maßgebend und dürfen keine entgegengesetzten Vereinbarungen zu demselben getroffen werden.“

² z. B. Sociale Praxis X, 724 (Beschluss des Maurerverbandes), Zwi-dineck-Südenhorst, Lohnpolitik S. 373/74, Klien, Minimallohn S. 50. 59². 101 al. 5. 170^b. Es werden z. B. Staats- und Gemeindebehörden bewogen, ihre Bestellungen von Drucksachen nur bei tariftreuen Druckereien zu machen.

³ Manche von diesen Maßnahmen werden auch angewandt zur Erzielung des Abschlusses eines Tarifvertrags oder des Beitritts zu einem geschlossenen (Kap. 3).

⁴ z. B. Geschäftsordnung für die Arbeitsnachweise § 2 (nach Deutschem Buchdruckertarif § 52): „Der Arbeitsnachweis hat nur tariftreuen Prinzipalen Arbeitskräfte und tariftreuen Gehilfen Stellung nachzuweisen.“

⁵ Die Koalitionen der Arbeitgeber, wie die der Arbeitnehmer, welche Tarifverträge miteinander schließen, sind, als nicht rechtsfähige Vereine, in

tragsbruch der einen Partei die andere ihres Wortes entbinde. Zu den Maßregeln, welche innerhalb einer Partei bei Vertragsbruch eines Genossen gebraucht werden, gehört, vorzüglich bei den Arbeitgebern, wieder die Konventionalstrafe, deren Einziehung durch Wechselhinterlegung vorbereitet wird. Dazu kommt, bei beiden Parteien angewandt, der Ausschluss aus der eigenen Organisation, gegen deren Interesse der Vertragsbrüchige verstossen hat¹. Endlich wird das Koalitionsinteresse an der Einhaltung des Tarifvertrags auf Seiten der Arbeitnehmer bisweilen noch dadurch wahrgenommen, daß der Verband, welchem die vertragsbrüchige Arbeiterschaft angehört, ihr, wenn es aus Anlaß ihrer Tarifuntreue zum Ausstand gekommen ist, die Streikunterstützung versagt.

Nur die im vorausgehenden angeführten, auf besonderen Abreden der Beteiligten beruhenden oder in Handlungen und Unterlassungen einer Vertragspartei bestehenden Vorgänge pflegt man in nichtjuristischen Kreisen, namentlich denen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, im Auge zu haben, wenn man sich über die Haltbarkeit und Wirksamkeit der Tarifverträge ausspricht. Und mit Rücksicht auf die erwähnten Aktionen geschieht es, daß man in jenen Kreisen die socialpolitische Empfehlung des Abschlusses von Tarifverträgen stets an die Bedingung knüpft, daß beiderseits zahlreiche und zahlungsfähige Organisationen vorhanden seien, die sich für die Durchführung der Tarifverträge einzusetzen vermögen.

III. Hingegen die juristische Erörterung des Tarifvertrags hat die reinen Rechtsfolgen desselben aufzuzeigen, nämlich Rechtswirkungen, die sich, wie sonst die Rechtswirkungen von Verträgen, an ihn knüpfen ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Schwäche oder Widerstandskraft der Parteien, und Rechtswirkungen, die eintreten, auch ohne daß besondere Vorkehrungen für ihren Eintritt getroffen worden sind. Solche Rechtswirkungen hat in der That der Tarifvertrag. Sie gründen sich auf das, was von seinen Parteien an faktischen Wirkungen durch den Vertrag erstrebt und was demnach von den Parteien im Vertrag selbst ausbedungen wird. Beides hat sich unter Nr. II ergeben. Es

der Lage, einander rechtlich bindende Strafversprechen zu geben. Von der hierdurch begründeten vermögensrechtlichen Haftung gilt in Ermangelung anderer Abrede BGB. § 54 Satz 2. Des weiteren s. Loewenfeld in Staudingers Komm. z. BGB. I, 157. 158.

¹ Hierher auch Ausschluss eines Vereins aus einem Gewerkschaftskartell, weil der Arbeitsnachweis des Vereins Stellen zu tarifwidrigen Bedingungen vermittelt.

hat sich gezeigt, daß die Parteien den Tarifvertrag schließen als einen, der für ihre Arbeitsverträge ergänzend und maßgebend sein soll. Und in dieser zwiefachen Weise wird er vom Recht mit Wirkung ausgestattet. Das Recht hat nur vorauszusetzen, daß einer der Arbeitsverträge geschlossen worden sei, für welche der Tarifvertrag ergänzend und maßgebend sein soll — eine Voraussetzung, die ja auch für andere generelle Regelungen, wie Gesetz, Arbeitsordnung, einseitiger Tarif, zu machen ist. Ist ein solcher Arbeitsvertrag geschlossen worden, dann erweist sich zunächst die ergänzende Kraft des Tarifvertrags in den zwei folgenden Hinsichten:

1. Die Parteien des Arbeitsvertrags bedürfen keiner auf den Inhalt des Tarifvertrags gerichteten Willenserklärung, damit dieser Inhalt in ihren Arbeitsvertrag eingehe, damit überhaupt ihr Arbeitsverhältnis dem wesentlichen Inhalt des Tarifvertrags angepaßt sei. Wenn daher die Parteien den Arbeitsvertrag schließen, ohne irgend etwas über die Höhe der Vergütung zu vereinbaren, so muß als Zeit- oder als Akkordlohn, als Lohn für Arbeit in der Normalzeit oder in der Überzeit das als ausgemacht gelten, was im Tarifvertrag festgesetzt ist. Dasselbe gilt z. B. auch von der Arbeitszeit, ihrer Länge und Lage, von den Voraussetzungen, unter denen es zu Über- oder Unterzeit kommt u. s. w. Eine Willenserklärung über diese vom Tarifvertrag geregelten Punkte ist in dem Maß überflüssig für den Eintritt der tarifvertraglichen Regelung, daß dem Vorhandensein eines entsprechenden Willens bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer gar nicht nachgefragt zu werden braucht. Namentlich die Lohnregeln greifen hier ohnedies gerade so Platz, wie die von einer öffentlichen Autorität aufgestellten Taxen (S. 134). Ein auf den Inhalt des Tarifvertrags gerichteter Wille ist nur bei solchen Kontrahenten des Arbeitsvertrags erforderlich, die nicht schon vor Eingehung desselben dem Tarifvertrag unterworfen sind (Kap. 3 Nr. IV), sich erst mittelst dieses Arbeitsvertrags dem Tarifvertrag unterwerfen wollen.

2. Insofern der Arbeitsvertrag durch dispositives Recht geregelt ist, welches vor der Privatdisposition zurücktritt, erweist sich der Tarifvertrag als rechtliche Ergänzung des Arbeitsvertrags darin, daß das dispositive Recht auch dann nicht Platz greift, wenn im Arbeitsvertrag nichts Abweichendes vereinbart worden ist. So ist durch GewO. § 122 Kündigung mit vierzehntägiger Frist vorgesehen, „wenn nicht ein Anderes verabredet ist“. Falls nun im Arbeitsvertrag nichts anderes verabredet worden ist, wohl aber der Tarifvertrag eine andere Fristbestimmung oder Entfristung vorschreibt, so teilt sich diese Vorschrift dem Arbeitsvertrag ohne weiteres mit, so daß für denselben

die gesetzliche Fristbestimmung ebenso wegbedungen ist, wie wenn die Ausschaltung unmittelbar im Arbeitsvertrag erfolgt wäre. Es kann nicht die Geltung der gesetzlichen Befristung unter Berufung darauf behauptet werden, daß nichts anderes verabredet worden sei. Wieder kommt es nicht darauf an, daß die Kontrahenten des Arbeitsvertrags vom Willen beseelt waren, die Vorschrift des Tarifvertrags in ihren Arbeitsvertrag aufzunehmen. Alle diese Annahmen sind natürlich auch für diejenigen Rechtssätze zu machen, welche dispositiv sind, ohne es so deutlich zu erklären, wie der angeführte, z. B. BGB. § 614 Satz 2 (S. 367): die tarifvertragliche Regelung der Zahlungszeit teilt sich den Arbeitsverträgen ohne weiteres mit.

IV. Daß der Arbeitsvertrag durch den Tarifvertrag von Rechts wegen ergänzt wird, indem nach der Intention der Urheber des Tarifvertrags die Kontrahenten des Arbeitsvertrags diesem den Tarifvertragsinhalt nicht erst zu verleihen brauchen, würde nicht ausschließen, daß sie ihm einen von jenem abweichenden Inhalt verleihen können. Indessen wird, wie wir unter II sahen, der Tarifvertrag in der Absicht und mit dem Versprechen eingegangen, daß von ihm abweichende Arbeitsverträge nicht geschlossen werden sollen, und die ihm zugedachte Rechtswirkung besteht darin, maßgebend zu sein für alle Arbeitsverträge, welche in seinem Geltungsbereich geschlossen werden. Dieser Effekt kann rechtlich anders nicht erreicht werden, als daß jene Arbeitsverträge als tarifvertragsmäßig geschlossen behandelt werden, auch wenn die Parteien einen vom Tarifvertrag abweichenden Inhalt aufgenommen haben. Gegenüber dem kollektiven im Tarifvertrag fixierten Willen ist daher der im Arbeitsvertrag geäußerte individuelle nicht bloß überflüssig, sondern auch ohnmächtig¹. Ohnmächtig ist er nicht nur insofern die Regeln des Tarifvertrags sich nicht durch den Arbeitsvertrag derogieren lassen — was sich in Nichtigkeit des Arbeitsvertrags äußern könnte, bei dem solche Derogation unternommen wurde —, sondern sogar in dem Sinn, daß die Parteien des Arbeitsvertrags nicht verhindern können, daß ihr Arbeitsvertrag mit denjenigen Bedingungen zu stande kommt, welche die Parteien des Tarifvertrags für alle Arbeitsverträge im voraus festgesetzt haben. Die abweichende Abrede ist nicht eigentlich nichtig und darum nicht der Vertrag als teilweise nichtig zu betrachten, sondern es findet die individuelle Abrede, soweit die generelle

¹ Zustimmend Koehne, Arbeitsordnungen S. 260 zu Anm. 2.

reicht, keinen Raum, so daß nicht erst noch ihre Gültigkeit zu prüfen ist¹.

Diese durchgreifende Rechtswirkung des Tarifvertrags steht nicht in Widerspruch mit einem anerkannten Rechtsprinzip², sie ist ferner, obwohl der Tarifvertrag ein Kontrakt eigener Art, nicht ohne Seitenstück, und sie deckt sich endlich so vollständig mit dem Thatbestand und seiner socialpolitischen Aufgabe, daß man die Verneinung jener Rechtswirkung als Preisgabe des Prinzips kollektiver Vertragsschließung bezeichnen müßte.

Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags, soweit er nicht selber dem Arbeitsvertrag Spielraum läßt³, verstößt zuvörderst nicht gegen den Grundsatz, daß jeder von einem selbstgegebenen Gesetz zurücktreten kann⁴. Denn erstens ist dieser Grundsatz nicht heilig und unverletzlich. Er bildet nur eine Regel, die, wie andere, Ausnahmen hat. Sonst könnte es nicht einseitige Rechtsgeschäfte geben, welche unwiderruflich sind, und könnte nicht von bindendem Verzicht auf den Widerruf einer Vollmacht die Rede sein⁵. Nach BGB. § 137 kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht

¹ Was im Folgenden vom abweichenden Arbeitsvertrag gesagt ist, gilt auch von einem abweichenden Tarifvertrag, den ein Arbeitgeber, sich von einem durch ihn samt anderen Arbeitgebern geschlossenen Tarifvertrag los-sagend, mit seinen Arbeitnehmern eingeht. Dieses Separatabkommen führt nämlich zu Arbeitsverträgen, welche dem allgemeinen Tarifvertrag widersprechen.

² auch nicht mit der allgemeinen Vorschrift des § 105 GewO.: „Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft.“ Hierdurch werden nicht Beschränkungen der Vertragsfreiheit ausgeschlossen, die selbst auf Übereinkunft beruhen.

³ z. B. indem er nur ein Minimum oder nur ein Maximum aufstellt und damit die Vergrößerung oder die Verkleinerung zuläßt (z. B. Buchdruckertarif § 32: „Das Minimum des gewissen Geldes beträgt . . .“. „Für freie Station . . . kann bis 10,50 Mk. pro Woche in Abzug gebracht werden“), indem er Ausnahmen vorbehält (z. B. Malertarif für Mainz [1900]: „Sollte ein Geselle durch absolut geringe Arbeit den Mindestlohn von 40 Pf. nicht erreichen können, so steht es dem Meister frei, denselben nach der Leistung zu entlohnen“), indem er selber auf Separatabkommen verweist (z. B. Buchdruckertarif § 31: „Die Mittagspause soll zwischen dem betr. Prinzipal und seinen Gehülfen vereinbart werden“).

⁴ *Nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat:* 22 p. D. 32.

⁵ Hupka, Die Vollmacht S. 392—412, andererseits Schloßmann, Stellvertretung II, 598—621; daß dieser Verzicht unmoralisch sei, ist nicht ohne weiteres einleuchtend.

durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden, so daß, wer sich gewisse Schranken der Verfügung auferlegt hat, gleichwohl sie nicht einzuhalten braucht. Und dennoch kann nach § 399 eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist. Dieser Freiheit der Verfügung über seine Forderung kann sich der Gläubiger begeben haben. — Zweitens und vor allem ist es aber auch nicht richtig, daß die Parteien eines Arbeitsvertrags, dem sie einen tarifwidrigen Inhalt geben, damit nur eine Schranke niederlegen, welche sie selbst sich auferlegt haben. Denn die Parteien des Arbeitsvertrags und die Parteien des Tarifvertrags sind nicht identisch¹: der Arbeitsvertrag wird mit einem Arbeitnehmer, der Tarifvertrag mit einer Mehrheit solcher geschlossen. Ebenso kann die Arbeitgeberpartei beim Tarifvertrag eine Mehrheit sein, während sie beim Arbeitsvertrag ein Einzelner ist. Die Schranke der Vertragsfreiheit, welche der Tarifvertrag setzt, ist von einer Mehrheit zusammen errichtet worden: es wäre widerspruchsvoll, wenn die Zustimmung eines einzelnen aus dieser Mehrheit zur Wiederherstellung der Vertragsfreiheit hinreichen würde. All dies ist auch dann zu sagen, wenn durch den Wegfall von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die den Tarifvertrag kontrahiert haben, und durch den Beitritt anderer zum geschlossenen Tarifvertrag (Kap. 3 Nr. IV) sich der persönliche Bestand einer Vertragspartei verändert hat. —

Die durchgreifende Rechtswirkung des Tarifvertrags gegenüber dem Arbeitsvertrag steht so wenig in Widerspruch mit einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß sie vielmehr an dem gesetzlich geregelten Verhalten der Arbeitsordnung zum Arbeitsvertrag ein sie begründendes Seitenstück findet.

Nach GewO. § 134^c Abs. 1 „ist der Inhalt der Arbeitsordnung, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich“. Und nach § 134^a Abs. 3 „können Abänderungen ihres Inhalts nur durch den Erlaß von Nachträgen oder in der Weise erfolgen, daß an Stelle der bestehenden eine neue Arbeitsordnung erlassen wird“. Wenn die Inhaltsänderung nur durch Erlaß von Nachträgen oder einer neuen Arbeitsordnung bewirkt werden kann, so ist damit jede andere Weise der Inhaltsänderung für ausgeschlossen erklärt. Es geht folglich nicht an, den Inhalt der Arbeitsordnung durch die Arbeitsverträge zu ändern, welche mit den von der Arbeitsordnung betroffenen Arbeitnehmern geschlossen werden.

¹ Ihrer irrigen Gleichsetzung leistet Vorschub, wer den Tarifvertrag als Arbeitsvertrag bezeichnet.

Es würde aber einer solchen durch Arbeitsverträge bewirkten Inhaltsänderung der Arbeitsordnung gleichkommen, wenn mit allen Arbeitnehmern oder auch nur mit der Mehrzahl Arbeitsverträge geschlossen würden, deren Inhalt von dem der Arbeitsordnung abweicht und die gleichwohl gültig wären. Die Arbeitsordnung würde so weit für alle Arbeitnehmer oder die Mehrzahl nur noch auf dem Papiere stehen, d. h. in ihrem Inhalt auf andere Weise geändert worden sein als § 134^a zulässt¹. Dieser Gesetzwidrigkeit wird vorgebeugt durch § 134^c cit., wonach der Inhalt der Arbeitsordnung für die Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtsverbindlich ist. Die hier ausgesprochene Rechtsverbindlichkeit muß, wenn anders die Arbeitsordnung nicht wider § 134^a soll geändert werden können, den Sinn haben, daß Arbeitsverträge nicht wider den Inhalt der Arbeitsordnung aufzukommen vermögen und daß sie trotz abweichender Übereinkunft den Inhalt empfangen, den die Arbeitsordnung vorschreibt². Mögen gleich nicht schon ein einziger oder einige Arbeitsverträge, wenn sie inhaltlich von der Arbeitsordnung abweichen, zu einer inhaltlichen Änderung derselben führen, so ist doch in § 134^c die Rechtsverbindlichkeit des Inhalts der Arbeitsordnung allgemein ausgesprochen und nicht bloß für Arbeitsverträge von so großer Zahl, daß die Zulassung ihrer Abweichung von der Arbeitsordnung einer inhaltlichen Änderung derselben gleichkäme. Die hiernach anzunehmende durchgreifende Rechtsverbindlichkeit der Arbeitsordnung hat den einleuchtenden Sinn, daß andernfalls der Arbeitsordnung die Bedeutung einer generellen und im voraus feststehenden Norm genommen³, und ferner die Arbeitsverhältnisse in wesentlichen Punkten anders geregelt werden könnten, als der unteren Verwaltungsbehörde durch Einreichung der Arbeitsordnung angezeigt worden ist⁴. Jene Rechtsverbindlichkeit bietet auch der differentiellen Behandlung der Arbeitnehmer kein Hindernis, da die Arbeitsordnung selbst fähig ist, allen Unterschieden der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen, welche der Arbeitgeber in Ausehung der

¹ Vgl. Gewerbegericht V, 122. 123. Koehne, Arbeitsordnungen S. 253.

² Vgl. S. 234 zu ³. 480/81. 588/89. 598 zu ².

³ Welchen Sinn behält die Vorschrift, „die Arbeitsordnung ist jedem Arbeiter bei seinem Eintritt in die Beschäftigung zu behändigen“ (Gew. § 134^e), wenn nicht die Arbeitsordnung, sondern der von ihr abweichende Arbeitsvertrag gilt?

⁴ Man denke z. B. es werde nach § 134^b Nr. 5 in der Arbeitsordnung über die Verwendung der verwirkten Lohnbeträge vorgeschrieben, daß sie der Fabrikkrankenkasse zufließen, während in Arbeitsverträgen vereinbart wird, daß diese Beträge zu Geschenken an Vorgesetzte, etwa Werkführer verwendet werden. Diese Vereinbarung ist gegenüber der Arbeitsordnung nichtig.

Arbeits-, Zahlungs- und Vertragszeit bei ihren Arbeitsverhältnissen zu machen wünscht (vgl. S. 480¹).

Unsere Annahme, daß der Arbeitsvertrag von der Arbeitsordnung nicht abweichen könne, wird durch § 134^c Abs. 2 bestätigt². Denn hierdurch werden in Ausführung der generellen Vorschrift des Abs. 1 einige Bestimmungen der Arbeitsordnung speziell für den Arbeitsvertrag übergeordnet erklärt, insofern als sie nicht eine Änderung durch Erweiterung mittelst Arbeitsvertrags dulden. Daß hier nur dieser Art der Änderung gedacht ist, bedeutet nicht, daß eine andere zulässig sei³. Und noch weniger liegt ein Anhalt für fernere Argumentation e contrario vor, nämlich für den Schluss, daß, weil Abs. 2 nur zweier Bestimmungen der Arbeitsordnung gedenke, die Disposition über alle anderen mittelst Arbeitsvertrags freistehe. Diese Folgerung steht auf schwachen Füßen, denn das Gesetz konnte sich auf die Anführung jener zwei Bestimmungen auch aus dem Grunde beschränken, weil hier ein Separatabkommen näher liegend und eine individuelle Behandlung für den Arbeitnehmer besonders empfindlich ist. Wie wenig es dem Gesetzgeber bei § 134^c Abs. 2 darum zu thun war, die Grenzen der Unabdingbarkeit der Arbeitsordnung zu bestimmen und damit die Basis für die Argumentation e contrario zu geben, geht daraus hervor, daß er im ersten Satz die Vereinbarung durch Arbeitsvertrag nicht bloß der Arbeitsordnung, sondern auch dem Gesetz (§§ 123. 124) gegenüberstellt, und daß er im zweiten Satz direkt nur die Verhängung, nicht die Vereinbarung außer der Arbeitsordnung liegender Strafen ausschließt. Er hebt damit nur das ihm praktisch am wichtigsten erscheinende hervor. Daß damit der Ausschluss individueller Verfügung nicht erschöpft sein sollte, ersieht man auch aus § 134^b Nr. 2: „Ausnahmen können nur von der unteren Verwaltungsbehörde zugelassen werden“⁴.

¹ Außerdem bestimmt GewO. § 134^a: „Für die einzelnen Abteilungen des Betriebs oder für die einzelnen Gruppen der Arbeiter können besondere Arbeitsordnungen erlassen werden.“

² „Andere als die in der Arbeitsordnung oder in den §§ 123 und 124 vorgesehenen Gründe der Entlassung und des Austritts aus der Arbeit dürfen im Arbeitsvertrage nicht vereinbart werden. Andere als die in der Arbeitsordnung vorgesehenen Strafen dürfen über den Arbeiter nicht verhängt werden.“ Wenn sie nicht verhängt werden dürfen, so können sie auch nicht gültig im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Das Nichtdürfen des ersten Satzes ist ebenfalls rechtliche Unmöglichkeit.

³ Es kann z. B. von den in der Arbeitsordnung aufgestellten Gründen des Austritts aus der Arbeit nicht einer oder der andere durch Arbeitsvertrag wegbedungen werden.

⁴ Die oben angenommene Unabdingbarkeit der Arbeitsordnung wird,

Dafs die Arbeitsordnung nicht durch einen Arbeitsvertrag durchbrochen und damit teilweise geändert werden kann, ist der Ausflufs eines Prinzips, dem wie die Arbeitsordnung auch der Tarifvertrag unterfällt. Kraft zwingender Analogie beherrscht er die Arbeitsverträge im nämlichen Grade wie die Arbeitsordnung und kann so wenig wie diese durch die Arbeitsverträge beherrscht werden. Das höhere Prinzip ist, dafs eine generelle Norm, die im Interesse der schwächeren Kontrahenten ihren Kontrakten den gleichen und im voraus bekannten Inhalt liefern soll, diesen Zweck verfehlt, wenn sie im gegebenen Fall durch den Kontrakt entkräftet werden kann. Hat das Gesetz der Arbeitsordnung eine Aufgabe gestellt, zu deren Erfüllung sie der durchgreifenden Rechtswirkung bedarf, so ist dem Tarifvertrag wegen der Ähnlichkeit seiner Aufgabe die nämliche Wirkung nicht zu versagen. Ja diese Analogie wird noch durch den Unterschied von Ein- und Zweiseitigkeit verstärkt, welcher zwischen beiden Thatbeständen obwaltet. Kann der Urheber einer einseitigen generellen Regelung sich nicht durch Spezialabrede über sie hinwegsetzen, so findet diese Möglichkeit erst recht keinen Raum, wo die generelle Regelung nicht einseitig erlassen, sondern mit mehreren Dritten vereinbart worden ist.

ebenfalls unter Berufung auf § 134^a, anerkannt von Joel, Arbeiterschutzgesetzgebung S. 172 (citiert bei Koehne), sowie allgemein oder doch für § 134^b Nr. 2 vom Berliner Gewerbegericht bei Unger, Entscheidungen Nr. 154; ferner können nach Koehne, Arbeitsordnungen S. 206. 207 wie nach einigen Kommentaren die in die Arbeitsordnung aufgenommenen Kündigungsgründe nicht durch einzelne Arbeitsverträge ausgeschlossen werden, obwohl doch die Ungültigkeit dieser Abweichung im Gesetz nicht speziell ausgesprochen ist. Hingegen wird bald allgemein bald für einzelne Bestimmungen die Derogierbarkeit der Arbeitsordnung durch Arbeitsvertrag behauptet von Unger, Entsch. Nr. 152, Gewerbegericht IV, 24. V, 25. VI, 97, Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 76, Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetz S. 795 (nur mit Berufung auf einen Erlafs des preussischen Handelsministers) und Koehne a. a. O. S. 188. 202. 262 fg., mit Hinweis auf zustimmende Kommentare. Koehne gestattet abweichende Vereinbarung zwar nicht mit allen, aber „mit einzelnen oder mit einigen Arbeitern“, womit eine schiefe Ebene betreten wird. Er beruft sich ferner auf das schweizerische Fabrikgesetz, „welches dem deutschen Arbeiterschutzgesetz zum Vorbilde diente“. Solche Vorbildlichkeit könnte eine so strenge Argumentation wie die e contrario (gegenüber GewO. § 134^c Abs. 2) nicht rechtfertigen. Da überdies das schweiz. Gesetz die „besondere Verständigung“ gegenüber der Fabrikordnung für einen Fall eigens gestattet, so wird es dieses Verfahren nicht allgemein für zulässig halten, somit eher für unsere Auffassung anzuführen sein. Endlich das praktische Bedürfnis differentieller Behandlung kann, wie schon im Text bemerkt, durch die Arbeitsordnung selbst befriedigt werden.

Die Ansicht, daß sich die Rechtswirkung des Tarifvertrags auch gegenüber abweichenden Arbeitsverträgen durchsetzt, fängt an beim Gewerbegericht wenigstens insoweit Boden zu fassen, daß dem Arbeitsvertrag die derogierende Kraft abgesprochen wird. Denn während die Berliner Tischlermeister und Hausindustriellen am 9. Dezember 1901 trotz des am 20. März 1900 geschlossenen Tarifvertrags¹ für sich das „Recht“ in Anspruch nahmen, „die zu zahlenden Löhne, entsprechend der Geschäftslage und dem Angebot von Arbeitskräften, mit ihren Arbeitnehmern festzusetzen“, war vom Berliner Einigungsamt erklärt worden, daß während der Geltung des Tarifvertrags Lohnänderungen nur zu gesamtter Hand, vor den tarifvertragsmäßigen Instanzen vorgenommen werden könnten².

Kein Mensch würde es für möglich halten, die den Tarifvertrag selbst betreffenden Bestimmungen (S. 761) durch Arbeitsvertrag außer Kraft zu setzen, es spricht aber nichts dafür, daß die das Arbeitsverhältnis regelnden Bestimmungen des Tarifvertrags geringere Widerstandsfähigkeit besitzen. Wie wenig die Parteien selbst, namentlich die Arbeitgeber, auf die Schwäche des Tarifvertrags und seine Derogierbarkeit vertrauen, sieht man am besten daraus, daß sie sich oft dem Abschluß eines Tarifvertrags zu entziehen suchen³. Wenn sie es in der Hand zu haben glaubten, sich seiner durch Arbeitsverträge zu entledigen, so brauchten sie nicht zu zögern, zu seinem Abschluß die Hand zu bieten. Dieses Gefühl der Gebundenheit, der Gebundenheit gegenüber einer Mehrheit, ist ein richtiges Rechtsgefühl, und die Verneinung jener Gebundenheit würde Denaturierung des Tarifvertrags sein. Alle eigenartigen Vorteile, die man der kollektiven Vertragschließung nachrühmt, werden preisgegeben, wenn man sie der individuellen Vertragschließung erliegen läßt. Wer hier einer Mehrheit im Interesse aller ihrer Teilnehmer sein Wort giebt, bricht es allen, auch wenn er sich das Einverständnis eines einzelnen zu verschaffen weiß: dessen Genossen, die anderen Promissare, werden beeinträchtigt. Und gehört er selber einer Mehrheit an, die sich an seiner Seite auf

¹ Sociale Praxis IX, 666. 667.

² „Das Einigungsamt ist ferner der Ansicht, daß Änderungen der Löhne, in welcher Art sie auch beabsichtigt sein mögen, so lange der Vergleich Gültigkeit besitzt, durch Verhandlungen und Abreden der Parteien vor der Achtzehnerkommission, und wenn dort eine Einigung nicht erzielt wird, vor dem Einigungsamt herbeigeführt werden müssen.“ Gewerbegericht VII, 131. 132.

³ Hierher gehört auch der Vorwurf, welchen auf Seiten der Arbeitnehmer prinzipielle Gegner dem Tarifvertrag machen: daß er die Freiheit der Bewegung beeinträchtige.

eine gemeinsame Regelung mit der Gegenpartei eingelassen hat, so bricht er sein Wort auch den eigenen Genossen, wenn er für seine Person die gemeinschaftlich geschaffene Ordnung durch Separatvertrag übertritt. Der tarifvertragswidrige Arbeitsvertrag verletzt nicht bloß die Solidarität, er öffnet auch der Unterbietung, der Schleuderkonkurrenz, wie der Überwältigung des Isolierten das Thor, welches der Tarifvertrag verschlossen hatte und zu verschließen bestimmt war.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies rechtlich nicht möglich, und nicht erst mit den Mitteln der Selbsthilfe (S. 777. 778), sondern mit der Hülfe des Gerichts kann auf dem Vollzug der tarifvertragsmäßigen Arbeitsverträge bestanden werden¹. —

Anders muß man verfahren, wenn zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Tarifvertrag noch eine Arbeitsordnung steht. Deren Inhalt ist, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtsverbindlich (GewO. § 134^c Abs. 2). Das ist er sonach selbst dann, wenn er einem Tarifvertrag zuwiderläuft, und hieran kann auch eine Bestimmung des Tarifvertrags nichts ändern². Der Arbeitgeber, welcher eine Bestimmung seiner Arbeitsordnung so gestaltet, daß sie einem für ihn verbindlichen Tarifvertrag widerspricht, könnte freilich von denjenigen Arbeitnehmern, zu denen er im Tarifvertragsverhältnis steht, zur Entfernung oder tarifmäßigen Umgestaltung jener Bestimmung auf dem Rechtswege angehalten werden³. Aber daß dieselbe, weil dem Tarifvertrag zuwiderlaufend, ungültig sei, brauchte er mit Hinweis auf § 134^c cit. nicht zuzugeben. Man hat eingewandt⁴, daß der Arbeitgeber mit der tarifvertragswidrigen Bestimmung eine wider die guten Sitten verstößende Arbeitsordnung und insoweit eine ungültige erlasse. Diese Moralansicht wird gewiß von Vielen geteilt werden; sie könnte auch gegen die Gültigkeit eines vom Tarifvertrag abweichenden Arbeitsvertrags ins Feld geführt werden. Indessen ist unsicher, ob sie als herrschende anzuerkennen sei und

¹ Es ist daher auch aus diesem Grunde unzutreffend, wenn die Motive zu GewGerG. § 70 sagen, es könne „durch äußere Mittel nicht erzwungen werden“, daß ein durch das Einigungsamt vermittelter Tarifvertrag „von allen Beteiligten für die Bedingungen des weiteren Arbeitsverhältnisses als maßgebend anerkannt wird.“

² Der Buchdruckertarif vom 1. Januar 1902 sagt in § 41: „Bestimmungen in Arbeitsordnungen, welche dem Tarife widersprechen, sind für Buchdruckergehülfen unwirksam.“

³ Eine Tarifvertragsproposition der Zwickauer Bergleute (1900) lautet: „Festlegung der gewährten Bedingungen in einer Arbeitsordnung.“ Arbeiterfreund, 37. Jahrg., S. 34. 36.

⁴ Koehne, Arbeitsordnungen S. 260. 261.

gegen eine Arbeitsordnung durchzudringen vermöge, die von der unteren Verwaltungsbehörde nicht beanstandet worden ist (GewO. § 134 f). Wir möchten daher immer noch eine gesetzliche Unterordnung der Arbeitsordnung unter den Tarifvertrag für erstrebenswert erklären. Der Boden der Moral ist schwankender, als der des Rechts, und das gesetzlich gewährleistete Übergewicht des Tarifvertrags würde sein Gewicht auch nach anderen Seiten vergrößern.

Drittes Kapitel.

Geltungsbereich.

I. Nachdem Dasein, Arten und Grade der Rechtswirkung erörtert worden sind, bleibt noch ihr Umfang zu betrachten übrig, ist die Frage zu beantworten: welche Personen nehmen an den rechtlichen Vorteilen und Schranken teil, die ein Tarifvertrag verleiht und auferlegt, welche Personen werden von einem Tarifvertrag betroffen? Diese Personen und nur diese stehen innerhalb seines Geltungsbereichs.

Der Tarifvertrag kommt mit dem Recht, sei es Gewohnheitsrecht oder Gesetz, darin überein, daß beide abstrakte Regelungen von Thatbeständen sind, daß sie daher zu ihrer Wirksamkeit das Gegebensein eines Thatbestandes, der Tarifvertrag das Gegebensein eines Arbeitsvertrags, voraussetzen. In der rechtlichen Einwirkung auf konkrete Thatbestände besteht ihre Herrschaft. Man schreibt derselben räumliche und zeitliche Grenzen zu, indem sie nur solche, aber alle diejenigen abstrakt bezeichneten wirklichen Thatbestände ergreift, welche einem umschriebenen Raum angehören und in eine umschriebene Zeit fallen. Dieser Raum und diese Zeit bilden den räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der genannten Regeln, für uns des Tarifvertrags.

Beim Tarifvertrag ist außerdem ein persönlicher Geltungsbereich zu unterscheiden. Gewiß kommt die erwähnte rechtliche Einwirkung, worin die Herrschaft des Tarifvertrags nicht minder als die des Rechts besteht, zuletzt an Personen zum Vorschein, denen etwas zugeteilt oder versagt, eine Macht gewährt oder beschränkt wird, die damit betroffen werden. Für die Herrschaft des Rechts ist nichts weiter erforderlich, als daß innerhalb seines räumlichen und zeitlichen Geltungsbereichs die Personen den vorgezeichneten Thatbestand realisiert haben und allenfalls gewisse Eigenschaften besitzen, wofür man dieselben nicht zum Thatbestande rechnet. Für die Herrschaft des Tarifvertrags hingegen, da er selbst nur ein Rechtsgeschäft und

nicht eine Rechtsordnung ist, wird aufer dem Thatbestand, dem Arbeitsvertrag, noch erfordert, daß diesen seine Parteien unter die Herrschaft des Tarifvertrags versetzt, nämlich sich selber, ihre Personen, vor oder bei Abschluß des Arbeitsvertrags der Herrschaft des Tarifvertrags unterworfen haben. Da somit ein Arbeitsvertrag der vom Tarifvertrag vorgezeichneten Art in den räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallen und gleichwohl der Herrschaft dieses Tarifvertrags entrückt sein kann, weil seine Urheber für ihre Person dem Tarifvertrag nicht unterstellt sind, so hat man beim Tarifvertrag im Gegensatz zum Gesetz aufer dem räumlichen und dem zeitlichen noch einen persönlichen Geltungsbereich zu unterscheiden. Sie sollen in der angegebenen Reihenfolge nun einzeln betrachtet werden.

II. Der räumliche Geltungsbereich von Tarifverträgen weist große Verschiedenheiten auf. Der engste kommt dem Werkstatt- oder dem Faktarifik zu, indem dieser, gleich einer Arbeitsordnung, nur für diejenigen Arbeitsverträge gilt, die innerhalb einer gewissen Werkstatt oder Fabrik zu vollziehen sind¹. Viel weiter greift der Lokaltarif, indem er alle die Arbeitsverträge gewisser Art zu beherrschen hat, die in bestimmten Ortschaften, Städten und deren Umgebung geschlossen werden und gewöhnlich auch innerhalb dieses Bezirkes zu vollziehen sind; nur bei Tarifverträgen zwischen Rhedern und Schiffsmannschaft², wo Abschluß und Vollzug des Heuervertrags örtlich grolsenteils auseinandergehen, erstreckt der Lokaltarif, gemäß der Eigenart des beherrschten Arbeitsvertrags, seine Geltung weit über die Hafenstadt hinaus, in welcher die unter ihn fallenden Heuerverträge geschlossen werden. Den größten räumlichen Geltungsbereich haben die für das ganze Gebiet des Deutschen Reiches bestimmten, wie der deutsche Buchdrucker- und der deutsche Buchbindertarif³. An diesen geographisch umfänglichsten Tarifverträgen fällt der Unterschied von räumlichem und persönlichem Geltungsbereich am meisten in die Augen. Kein an irgend einem deutschen Druckort geschlossener Arbeitsvertrag eines Buchdruckergehülfen ist wegen des Abschluß-

¹ Werkstatttarif innerhalb einer Fabrik: Freese, Das konstitutionelle System im Fabrikbetriebe S. 69.

² Beispiele in Jahresbericht des Seemannsverbandes für 1900 (Hamburg 1901) S. 77 (Flensburg), 83 (Kiel), 84 (Lübeck).

³ Bei den Buchdruckern ist Elsaß-Lothringen im „Tarifgebiet“ nicht einbegriffen: Kulemann, Gewerkschaftsbewegung S. 638. — Wegen des deutschen Formstechertarifs s. Gewerbegericht V, 169. 170.

ortes dem Buchdruckertarif entzogen, während der von einem Zimmerer und für Bremen eingegangene Arbeitsvertrag vom Tarifvertrag für das Zimmerergewerbe in Magdeburg gänzlich unberührt bleibt. Wenn ein z. B. in Ulm geschlossener typographischer Arbeitsvertrag nicht vom deutschen Buchdruckertarif geregelt wird, so liegt dies nicht an der Unzulänglichkeit seines räumlichen, sondern seines persönlichen Geltungsbereichs, daran also, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer für ihre Person vom Tarifvertrag nicht betroffen werden. Nur bei räumlich so weit greifenden Tarifverträgen wie den genannten hat sich die Statistik ihrer Durchführung, d. h. der Ausbreitung ihres persönlichen Geltungsgebietes außer auf die Anzahl der Personen auch auf die der Orte (z. B. Druckorte) zu erstrecken, an denen Personen sich dem Tarifvertrag unterworfen haben; damit wird bloß im faktischen Sinne eine räumliche Ausdehnung der Geltung konstatiert¹. Beim Lokaltarif versteht es sich von selbst, daß die statistische Erhebung seiner Anhängerschaft sich auf den Ort beschränkt, der seinen räumlichen Geltungsbereich ausmacht. Daß ein engerer statt eines weiteren, ein Werkstatt- oder Fabrik- statt eines Lokaltarifs, ein solcher statt eines Landestarifs vereinbart wird, geschieht aus Gründen, die nicht juristisch sind. Der Tarifvertrag mit räumlich größerem Geltungsbereich besitzt in der nämlichen Branche gewiß eine größere Aufnahmefähigkeit, indem ihm mehr Arbeitsverträge unterfallen können. Allein einmal kommt er schwerer zu stande, weil er den lokal verschiedenen Ansprüchen größerer Mehrheiten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu genügen hat. Und sodann steigern sich bei ihm die Schwierigkeiten der Aufgabe, an deren Lösung die socialpolitische Wirksamkeit eines Tarifvertrags hängt, nämlich den persönlichen mit dem räumlichen Geltungsbereich in Einklang zu bringen, d. h. alle im räumlichen Bereich kontrahierenden Parteien zu Tarifanhängern oder -Unterthanen zu machen.

Die rechtliche Bedeutung des räumlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrags ist den Urhebern solcher Verträge so geläufig, daß die lokale Begrenzung, wo sie nicht wie beim Werkstatt- und beim Fabrikarifiktarif ohnehin gegeben ist, beim Abschluß niemals versäumt wird. Entweder wird sie von den Kontrahenten im Vertrag selbst vorgenommen², oder aber darin vorbehalten und die Ausführung einem der den Tarifvertragschluß überdauernden Organe aufgetragen, die

¹ S. die Auszüge aus dem Geschäftsbericht des Tarifamtes der deutschen Buchdrucker für 1900/01 in Soc. Praxis X, 1060. 1061.

² kommt z. B. im Titel des Tarifvertrags zum Ausdruck, oder in der Datierung.

auch sonst für die ungehemmte Funktion des Vertrags zu sorgen haben (S. 761). Bei den zahlreichen das Baugewerbe bildenden Berufen, deren Arbeitsstätten zwar unbeweglich aber ungemein wechselnd sind, besteht die Abgrenzung des „Vertragsgebietes“ eines Tarifvertrags, der sich auf eine Stadt und deren Umgebung bezieht, darin, daß alle die Dörfer, Weiler u. dgl. namhaft gemacht werden, welche als zur Umgebung gehörig gelten sollen; oder es werden umgekehrt manche zu der Umgegend zählbare Ortschaften ausgeschlossen. Es kommt wohl gerade im Baugewerbe einmal vor, daß ein Arbeitgeber, der sich dem Tarifvertrag unterwirft, doch für einzelne seiner Bauten Vorbehalte macht, diese in den räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags nicht einbezogen wissen will. Andererseits wird in manchen Tarifverträgen Vorsorge getroffen, daß, wenn ein innerhalb des Geltungsbereichs geschlossener Arbeitsvertrag auswärts und zwar an einem Ort zu vollziehen ist, dessen Tarifvertrag den Arbeitnehmern günstigere Bedingungen gewährt, diese für ihre dort zu vollziehenden Arbeitsverträge maßgebend seien¹; dies wird in ihrem wie im Interesse der auswärtigen Kollegen vereinbart. Endlich verknüpft sich mit der räumlichen Geltung eines Tarifvertrags, wofern sie durch Arbeitsverträge realisiert wird, noch eine heilsame indirekte Wirkung, eine Wirkung in die Ferne. Die Verbesserung der Position der Arbeitnehmer einer Stadt durch den Abschluß eines Tarifvertrags kommt auch ohne solchen den Arbeitnehmern in den benachbarten Landbezirken zu gute²; sie ruft dort dem Inhalt des Tarifvertrags entsprechende Üsancen hervor.

III. Der zeitliche Geltungsbereich des Tarifvertrags ist die Dauer des durch diesen Vertrag geschaffenen Rechtsverhältnisses. Der Anfang desselben fällt mit dem Abschluß des Vertrags zusammen, wenn nicht ein späterer Anfangstermin verabredet worden ist³. Es kommt auch vor, daß gewissermaßen mehrere Anfangstermine vereinbart werden, indem für den Beginn der Geltung eines Lohnsatzes eine Zeit und für den an die Stelle tretenden höheren Lohnsatz eine folgende Zeit u. s. f. bestimmt wird⁴. Solche im voraus erfolgende

¹ Tarifvertrag der Maurer und Zimmerer von Elmshorn (1. Mai 1900 bis 1902), der Zimmerer von Strasburg i. U. (1. März 1901—03).

² „so daß die Zahl der davon Betroffenen doppelt so hoch ist, als sie durch die Statistik aufgeführt wird“. Malerkalender 1902 S. 64.

³ Letzteres vornehmlich da, wo die Vertragsproposition durch Vermittlung des Einigungsamtes gemacht wird, z. B. Soc. Praxis IX, 130.

⁴ z. B. Tarifvertrag für das Maurergewerbe in Berlin (Juni 1899): „Der Lohn beträgt bis zum 31. Dezember 1899 einschließlic 60 Pf. pro Stunde,

Bestimmung späterer Geltungsanfänge einzelner Positionen involviert eine Bestimmung der zeitlichen Länge des Vertragsverhältnisses. Diese Bestimmung durch Angaben, die sich auf die Endigung des Verhältnisses beziehen, ist, wie nicht erklärt zu werden braucht, von der größten Wichtigkeit für Tarifverträge. Die Erkenntnis ihrer Bedeutung äußert sich bei den Beteiligten in Kämpfen um die Bestimmung, welche die Vertragszeit begrenzt; hier kann ein Dissens das Zustandekommen des Vertrags vereiteln, oder es kann auf eine bessere Lohnbedingung verzichtet werden behufs Erlangung einer Konzession hinsichtlich der Vertragsdauer. Und wo neuerdings Arbeiterorganisationen sich über die Vorteilhaftigkeit von Tarifverträgen ausgesprochen haben, ist selten unterlassen worden, eine gewisse zeitliche Begrenzung ihrer Gültigkeit dringend zu empfehlen (S. 758²).

Der Tarifvertrag, der für eine unbestimmte Zahl von Arbeitsverträgen gemeinsame Bedingungen festsetzen und dadurch eine gewisse Stabilität begründen soll, ist seiner Natur nach auf Dauer angelegt. Andererseits werden seine Bestimmungen mit Rücksicht auf den Stand der Märkte getroffen, der zur Zeit des Vertragschlusses gegeben ist. Den kleineren Schwankungen soll gerade das Vertragsverhältnis standhalten. Dasselbe jedoch ohne Rücksicht auf die Marktlage und endlos fort dauern zu lassen, kann durchaus nicht im Sinn seiner Urheber und seiner Anhänger liegen. Die Gesetze haben sich mit der Vertragszeit beim Tarifvertrag trotz ihrer Wichtigkeit bisher nicht befaßt, obwohl die gesetzliche Regelung da sehr vermisst wird, wo die private unterblieben ist. In erster Linie muß für die Vertragszeit das maßgebend sein, was die Parteien bei der Kontrahierung vorgesehen haben. Hier stoßen wir bald auf eine vereinbarte, also zweiseitige Endbestimmung, bei deren Eintritt das Vertragsverhältnis ohne weiteres endigen soll¹, mag gleich im Vertrag der Möglichkeit gedacht sein, daß auf Grund eines neuen Kontraktes sich ein neues Vertragsverhältnis unmittelbar an das alte anknüpfe. Bald finden wir die Vertragszeit unbestimmt gelassen, wobei jedoch beiden Parteien das Recht zu befristeter und sonst definierter Kündigung eingeräumt², oder der Vertrag zunächst für eine gewisse Zeit eingegangen wird, mit deren Ablauf das Verhältnis endigt, wenn eine

vom 1. Januar 1900 bis 30. September 1900 einschließlic 62½ Pf., vom 1. Oktober 1900 bis 31. März 1901 einschließlic 65 Pf.“

¹ z. B. Tarifvertrag der Maler in Erfurt: „Vorstehender Tarif tritt mit heute in Kraft und hat Gültigkeit bis 7. Mai 1902“.

² z. B. Kulemann, Gewerkschaftsbewegung S. 670. 673. Tarifvertrag der Maler in Kiel (Malerkalender 1902 S. 40).

befristete Kündigung erfolgt, während es anderenfalls mit der gleichen Maßgabe fortbesteht¹: beides Fälle einseitiger Endbestimmung der Vertragszeit.

Haben dagegen die Urheber des Tarifvertrags in demselben keine Bestimmung über seine Geltungsdauer getroffen², so müssen folgende der Natur der Sache entnommene Regeln angewandt werden; sie sind nur Notbehelfe gegenüber mangelhaften Thatbeständen. Vor allem kann das bestehende Vertragsverhältnis durch einen auf seine Aufhebung gerichteten Vertrag (Aufhebungsvertrag), oder durch einen neuen, zur Ersetzung des bisherigen bestimmten Tarifvertrag beendet werden. Nur ist zu verlangen, daß in beiden Fällen alle Diejenigen sich am Abschluß des Vertrags (persönlich oder durch Vertreter) beteiligen, welche vom bisherigen betroffen werden. Anderenfalls kann dieser Weg nicht zum Ziele führen (S. 781¹). Namentlich kann denen, welche sich nicht beteiligt haben, der Wegfall des alten Vertragsverhältnisses nicht entgegengehalten werden; der dadurch Begünstigte kann der Gunst nicht ohne eigenes Zuthun verlustig gehen.

Ferner giebt es auch einige Gründe, aus denen ein durch Tarifvertrag geschaffenes Verhältnis erlischt, ohne daß eine Parteiwillenserklärung dieses Inhalts abgegeben wird. Wird ein Tarifvertrag geschlossen zur Regelung der Arbeitsverträge, welche behufs Vollführung einer gewissen Unternehmung zum Abschluß kommen werden, so wird der Tarifvertrag gegenstandslos und hinfällig, sobald mit Vollendung des Unternehmens der Anlaß zur Wirksamkeit des Tarifvertrags weggefallen ist³. Wie der Gegenstand kann auch eine Partei des Tarifvertrags in Wegfall kommen. Der Tarifvertrag ist, wie wir annehmen

¹ z. B. Buchdruckertarif § 42: „Vorstehender Tarif gilt auf die Dauer von 5 Jahren, d. h. vom 1. Januar 1902 bis 31. Dezember 1906. Wird der Tarif nicht mindestens 3 Monate vor Ablauf von mindestens 4 Prinzipals- oder 4 Gehilfenvertretern im Auftrage ihrer Kreise gekündigt, so verlängert er sich stets um ein Jahr.“ Ähnlich der Buchbindertarif (1900); Tarifvertrag der Weißgerber in Berlin (Sociale Praxis IX, 130); der Maler in Lübeck (Malerkalender 1902 S. 42); der Feilenhauer in Remscheid (Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit, Anlagen S. 74), hier ist Kündigung auch für einzelne Preisbestimmungen vorgesehen.

² Eine für den Lohn getroffene bezieht sich im Zweifel auf den ganzen Tarifvertrag.

³ Ein solcher Tarifvertrag gehört nach dem Umfang seines räumlichen Geltungsbereichs in die nämliche Kategorie wie ein Werkstatt- oder ein Fabrikarif. Bei dieser Kategorie hängt die Begrenzung der zeitlichen mit der der räumlichen Geltung zusammen. Die Auflassung der Werkstatt oder Fabrik endigt jegliche Herrschaft des für die Arbeitsstätte geltenden Tarifvertrags.

müssen, nicht eine Rechtsquelle, sondern ein Rechtsgeschäft. Sein Fortbestand ist nicht, wie der einer Rechtsquelle, eines Gesetzes, von seinen Urhebern unabhängig. Ein Vertrag kann nicht fortexistieren d. h. die von ihm kommende Rechtswirkung nicht ferner ausüben, wenn eine Partei gänzlich verschwunden ist. Es brauchen nicht die ursprünglichen Kontrahenten sich erhalten zu haben oder die Koalitionen und Organisationen, denen die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer angehörten, als der Tarifvertrag in ihrem Namen geschlossen wurde¹. Aber wenn entweder auf der Arbeitgeber- oder auf der Arbeitnehmerseite niemand mehr da ist, der rechtmäßig auf der Einhaltung der Tarifvertragsbedingungen bestehen kann, dann ist der tarifvertragswidrige Arbeitsvertrag selbst gültig geworden, hat der Tarifvertrag als solcher seine Gültigkeit verloren. Dafs er noch fortwirken kann in Gestalt einer *Üsance*, eines Geschäftsgebrauchs, indem sich manche seiner Satzungen eingebürgert haben², wird damit nicht in Abrede gestellt. Endlich kann auch eine bedeutende Änderung der Umstände, unter denen ein Tarifvertrag ins Leben trat, nicht ohne Einfluß auf seinen Fortbestand sein, falls nämlich von den Parteien selbst nichts für die Endigung des Vertragsverhältnisses vorgekehrt, namentlich keine Kündigung vereinbart worden ist. Dieser Unterlassung, mag sie willentlich oder unwillentlich erfolgt sein, kann nicht der Effekt beigelegt werden, daß der Tarifvertrag fortwirken müsse, so lange er nicht regelrecht durch Vereinbarung oder durch Wegfall aller von ihm Betroffenen wieder aufgehoben worden sei. Das würde ebenso wider Treu und Glauben verstofsen, wie die völlige Mißachtung solcher Tarifverträge wegen des Mangels einer Zeitbestimmung. Vielmehr muß jedem Tarifvertrag gemäß seiner Natur als temporärer Regelung künftiger Arbeitsverhältnisse (S. 792) eine Zeit kommen, da er die Wirkungskraft verliert, und der Abschluß von Arbeitsverträgen möglich wird, die von den Tarifbedingungen abweichen. Nur kann man diese Zeit nicht leicht allgemein bestimmen, ohne die Haltbarkeit der Tarifverträge zu gefährden, deren zeitlicher Geltungsbereich unbestimmt geblieben ist. Es muß daher gesagt werden, daß ein in dieser Hinsicht unbestimmter Tarifvertrag ein unvollständiger Thatbestand ist, der seine notwendige Ergänzung aus dem Üblichen zu empfangen hat. Ein solcher Tarifvertrag gilt nicht länger als die Frist, welche Arbeit-

¹ Auch die Auflösung der Vertretung einer Vertragspartei (z. B. der Lohnkommission, der Innung) ist unerheblich.

² Vgl. BGB. §§ 612. 632. 633, wonach in Ermangelung einer Taxe (S. 184) die übliche, d. h. die einer *Üsance* entsprechende Vergütung als vereinbart anzusehen ist.

geber und Arbeitnehmer für Tarifverträge seiner Art zu vereinbaren pflegen. So wird die *Üsance*, welcher, wie wir sahen, der Tarifvertrag Vorschub leisten kann, hier ihrerseits in den Dienst des Tarifvertrags gestellt, und das unvollkommene Exemplar so ausgelegt, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ (BGB. § 157).

IV. Zu den Erfordernissen der Rechtswirkung eines Tarifvertrags gehört außer dem räumlichen und dem zeitlichen noch der persönliche Geltungsbereich. Welche Personen, wenn sie innerhalb des räumlichen und des zeitlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrags einen Arbeitsvertrag seiner Art schliessen, werden von den Rechtswirkungen dieses Tarifvertrags betroffen? Dies ist die Frage nach seinem persönlichen Geltungsbereich.

Die Rechtswirkung eines Tarifvertrags macht sich am Arbeitsvertrag geltend, der unter ihm geschlossen wird. Der Arbeitsvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, die Rechtswirkung des Tarifvertrags muß sich daher auf beiden Seiten des Arbeitsvertrags äußern. Ein Arbeitsvertrag kann nicht bloß für oder gegen den Arbeitgeber, oder bloß für oder gegen den Arbeitnehmer unter dem Tarifvertrag stehen. Es müssen vielmehr seine beiden Parteien dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags angehören, wenn dieser ergänzend und maßgebend den von jenen Personen geschlossenen Arbeitsvertrag beeinflussen soll. Wird von einem durch den Tarifvertrag betroffenen Arbeitgeber mit einem außerhalb des Tarifvertrags stehenden Arbeitnehmer, oder umgekehrt von einem durch den Tarifvertrag betroffenen Arbeitnehmer mit einem Außenstehenden ein Arbeitsvertrag geschlossen, so findet derselbe die etwa erforderliche Ergänzung nicht unbedingt an dem Tarifvertrag, sondern nur unter der Bedingung, daß die Parteien diese Ergänzung beabsichtigt haben. Um so weniger ist der Tarifvertrag für ihren Arbeitsvertrag unbedingt maßgebend, vielmehr haben sie die rechtliche Möglichkeit, vom Tarifvertrag abweichende Bestimmungen in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Gewiß hat die vom Tarifvertrag betroffene Partei die Tarifvertragspflicht übernommen, sich des Abschlusses tarifwidriger Arbeitsverträge zu enthalten (S. 776/7) und hat sie diese Pflicht schlechthin, d. h. darf sie einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag auch nicht mit einem Außenstehenden eingehen¹. Bei

¹ In manchen Tarifverträgen wird dies auch ausgesprochen, z. B. Tarifvertrag der Maler in Kiel (Malerkalender 1902 S. 40): „Falls ein auswärtiger Unternehmer hier am Orte Arbeiten ausführen läßt, so darf die hiesige Gehülfenschaft bei demselben nicht unter den Satzungen des Tarifs arbeiten.“ Ähnlich Tarifvertrag der Maler in Lübeck § 7 (a. a. O. S. 41).

beiderseitiger Teilnahme von Tarifgenossen muß, wie wir wissen, der Arbeitsvertrag tarifgemäß zu stande kommen. Wenn aber eine, auch nur eine Partei außerhalb des Tarifvertrags steht, so kann ein tarifwidriger Arbeitsvertrag zu stande kommen. Daß eine Partei einem Dritten obligiert ist, anders zu vereinbaren, hindert hier die Gültigkeit der Vereinbarung ebensowenig, wie wenn z. B. ein Bauunternehmer, der seinem Arbeitgeber (Staat oder Stadtgemeinde) verpflichtet ist, die mit seinen Gehülfen abzuschließenden Arbeitsverträge mit gewissem Inhalt zu versehen, sich über diese Verpflichtung hinwegsetzt¹. Gewiß ist die Heranziehung auswärtiger, vom hier geltenden Tarifvertrag nicht betroffener, unter dem Tarif gelöhnter Arbeitnehmer durch einen hiesigen, dem Tarifvertrag unterstehenden Arbeitgeber eine Umgehung des Tarifvertrags. Allein an der Gültigkeit der Arbeitsverträge ist nicht zu zweifeln. Der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, der mit einem Extraneus abweichend vom Tarifvertrag kontrahiert, wird nach Gestalt der Sache dem Tarifvertragsgegner oder auch seinen eigenen Parteigenossen verantwortlich², aber der Kontrakt selbst ist gültig, da die Kontrahenten sich nicht beide im persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags befinden.

In diesen Bereich gelangt niemand ohne eigenes Zuthun; nur vermöge seiner Willenserklärung wird jemand von einem Tarifvertrag betroffen, mag er sie für einen gegebenen, oder generell dadurch erteilt haben, daß er in einen Personenverband eintrat, dessen Mitglieder durch einen von den Organen oder der Majorität geschlossenen Tarifvertrag alle betroffen werden. So lange daher nicht durch das Gesetz singuläre Rechtssätze über den persönlichen Geltungsbereich aufgestellt worden sind, muß man sich bei seiner Bemessung nach den allgemeinen Regeln der Verträge und der Stellvertretung richten. Von ihrer Anwendung darf man sich auch nicht dadurch abbringen lassen, daß hier mitunter so zahlreiche Parteien in Frage kommen, daß der Überblick über die individuelle Zugehörigkeit nicht mehr aufkommen kann.

In den persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags wird man gezogen entweder durch Selbstkontrahieren oder mittelst Stellvertretung. Das Selbstkontrahieren vollzieht sich leichter auf Arbeitgeber-, als auf Arbeitnehmerseite, weil auf dieser die größere Personenzahl steht. Allein durch Schriftlichkeit, nämlich durch Unterzeichnung

¹ Vgl. Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik S. 366.

² Wegen der Reaktionen gegen derlei Übertretungen s. S. 777—78. Auf mögliche Entschuldigungsgründe braucht hier nicht eingegangen zu werden.

aller, die am Tarifvertrag teilnehmen wollen, kann die Schwierigkeit der Zahlgröße behoben werden. Beim Selbstkontrahieren ergreift der Tarifvertrag nur diejenigen, die als Selbstkontrahenten auftreten, nicht die sich ausschließenden.

Von weit größerer Häufigkeit und Mannigfaltigkeit ist das Kontrahieren eines Tarifvertrags mittelst Stellvertretung.

Zunächst die Stellvertreter oder Vertreter selbst sind entweder nur dies, oder auch Selbstkontrahenten. Ersteres, wenn sie von den Wirkungen des durch sie zu schließenden Tarifvertrags gar nicht betroffen werden wollen und sollen, weil sie nicht in der Lage sind, als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer Arbeitsverträge einzugehen, die jenem Tarifvertrag unterliegen. Wo sie hingegen sich in dieser Lage befinden, gehören sie, wie das GewGerG. sagt, zu den „Beteiligten“¹, sind sowohl Vertreter als Selbstkontrahenten. Aber die letztere Qualität hat hier keine Selbständigkeit; denn sie kontrahieren nicht für sich und daneben für die Vertretenen, sondern für die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerpartei und damit auch für sich selbst. Wenn daher keine Rechtswirkung für die Partei, die Vertretenen, entsteht, weil die Vollmacht fehlt und die Genehmigung ausbleibt, werden auch sie nicht vom Tarifvertrag betroffen.

Auf Seiten der Vertretenen sodann besteht das Kontrahieren eines Tarifvertrags mittelst Stellvertretung entweder in Beteiligung an der Vertragschließung oder in Beitritt zum geschlossenen Vertrag, was man auch nachträgliche Genehmigung nennen kann. Ob jemand bei der Kontrahierung des Tarifvertrags vertreten werde, hängt nur vom Verhalten des Vertreters, nämlich davon ab, daß dieser in jemandes Namen, also in fremdem Namen kontrahiert, erfordert nur einen thatbeständlichen Hinweis auf den zu vertretenden Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, und dieser Hinweis braucht nicht individualisierend zu sein; man kann statt nominatim bloß inter ceteros vertreten werden. Dagegen die Rechtswirkung dieses vertreterischen Hinweises oder die effektvolle Kontrahierung mittelst Stellvertretung erfordert eine einseitige Willenserklärung des Vertretenen. Dieselbe kann vor oder nach dem gültigen Abschluß des Tarifvertrags ergehen.

Die vor dem Abschluß, vor der Perfektion ergehende Willenserklärung des Vertretenen macht dessen Teilnahme an der Abschließung aus. Sie kann vor der Kontrahierungsthätigkeit des Ver-

¹ GewGerG. § 63 „die beteiligten Arbeiter und Arbeitgeber“, §§ 65. 67 „Beteiligte“, § 66 „beteiligte Personen“. Für den Abschluß eines Tarifvertrags unter Vermittlung des Gewerbegerichts „können als Vertreter nur Beteiligte bestellt werden . . .“

tretern ergehen: Vollmacht oder Bevollmächtigung, und nach derselben: Genehmigung, anfängliche Genehmigung. Auch kann die Teilnahme des Vertretenen teils Vollmacht, teils Genehmigung sein, nämlich für manche Teile der Kontrahierung das erstere, für andere das letztere. Bei der indirekten (d. h. vertretungsweise erfolgenden) Abschließung eines Tarifvertrags bietet die erwähnte Teilnahme des Vertretenen eine faktische Besonderheit, welche zwar auffallend, aber nicht von rechtlicher Relevanz ist. Hier ist nämlich wegen der großen Zahl von Vertretenen, welche vorzüglich auf der Arbeitnehmerseite vorhanden zu sein pflegt, nicht immer deutlich, welche Personen Vollmacht oder Genehmigung erteilt haben. Nicht nur ist die Zahl der als Erteiler von Vollmacht oder Genehmigung in Betracht kommenden Personen groß, sondern sie pflegen auch nur zum kleineren Teil individuell hervortreten. Die Vollmacht und die Genehmigung wird von einer Mehrheit erteilt, deren Angehörige nur von jedem selbst namhaft gemacht werden können. Allein hierdurch wird weder das Zustandekommen des Tarifvertrags behindert, noch rechtlich in Frage gestellt, wer von dem Tarifvertrag betroffen wird. Es bleibt dabei, daß nur diejenigen und alle diejenigen vom Tarifvertrag betroffen werden, welche dem Vertreter für den von demselben kontrahierten Tarifvertrag Vollmacht oder Genehmigung erteilt haben. Und da der Vertreter nur einen Tarifvertrag abschließt, so kann nur derjenige Vertretene davon betroffen werden, dessen Vollmacht oder Genehmigung sich auf alles erstreckt, was den Gegenstand der Vereinbarung des Vertreters mit dem Mitkontrahenten gebildet hat. Die hervorgehobene faktische Besonderheit ist mit den Stellvertretungsregeln völlig verträglich und hat nur die faktische Schwierigkeit zur Folge, nach dem Abschluß des Tarifvertrags zu konstatieren, wer denn von der Menge, die bei Erteilung der Vollmacht oder Genehmigung gegenwärtig war, die Erklärung wirklich abgegeben hat, wegen welcher er zu den vom Tarifvertrag Betroffenen zu zählen ist.

Diese Schwierigkeit ist da nicht gegeben, wo als Tarifvertrag ein Verbandtarif geschlossen werden soll. Hier braucht nicht ad hoc eine Mehrheit von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zusammengebracht zu werden, eine solche ist vielmehr in dem Verbande, sei es ein rechtsfähiger oder ein nicht rechtsfähiger Verein und selbst nur eine Koalition, bereits gegeben. Wird ein Tarifvertrag namens eines solchen Verbandes kontrahiert, so werden nicht bloß alle seine Mitglieder¹

¹ wenn es sich um einen lokal begrenzten Tarif handelt, nur die jetzt oder künftig im Bezirk weilenden.

faktisch vertreten, sondern sie werden auch alle vom Tarifvertrag betroffen, selbst wenn die Vollmacht oder Genehmigung nicht von allen erteilt worden war: die von der Majorität erteilte gilt für alle.

Eine bedeutende Erweiterung seines persönlichen Geltungsbereichs kann ein Tarifvertrag nach seinem Abschluss erhalten durch Beitritt oder nachträgliche Genehmigung¹. An diesen Hergang denkt man, wenn man von der Ausbreitung eines Tarifes, z. B. des Buckdrucker- oder des Buchbindertarifs spricht. Beide sind im Namen aller deutschen Berufsgenossen unter den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern geschlossen worden, nicht bloß namens der Angehörigen der betreffenden Organisation. Es sind also beim Abschluss alle diese Berufsgenossen vertreten worden. Aber alle, welche damals weder bevollmächtigt noch genehmigt haben, auch nicht vermöge ihrer Zugehörigkeit zum Verbandsverbande, werden von dem ohne ihr Zuthun abgeschlossenen Tarifvertrag erst betroffen, wenn sie sich nachträglich anschließen oder unterwerfen (S. 779 Nr. 1 a. E.). Ein solcher Beitritt kann ausdrücklich erfolgen² oder stillschweigend. Liegt ein Verbandtarif vor, so erfolgt der Beitritt stillschweigend durch Eintritt in den Verband, in anderen Fällen dadurch, daß einer vorbehaltlos einen Arbeitsvertrag mit einem anderen eingeht, von dem er weiß, daß derselbe von einem Tarifvertrag betroffen wird, in dessen räumlichem und zeitlichem Geltungsbereich man sich befindet. So wird durch den Abschluss eines Tarifvertrags der unbestimmten und unbekanntenen Menge von Berufsgenossen das Thor zur Teilnahme an einer generellen Ordnung ihrer Arbeitsverhältnisse offen gehalten. Die Schöpfer eines Tarifvertrags sorgen nicht bloß für diejenigen, welche sich an seiner Abschließung beteiligen, sie bieten auch den später Kommenden die Hand.

¹ Durch dieses Verfahren wird auch die praktische Bedeutung der vorhin erwähnten faktischen Schwierigkeit indirekter Tarifvertragschließung sehr verringert.

² was z. B. im Buchdruckertarif eigens vorgesehen ist: „Tariftreu ist derjenige Prinzipal, welcher den Tarif beim Tarifamt schriftlich anerkannt hat . . .“ Anmerkung zu § 2 der Geschäftsordnung für die Arbeitsnachweise.

Quellenregister.

(Vgl. hierzu das Verzeichnis der Abkürzungen auf S. XXI.)

AuswG. § 22: S. 247. 366. 676f.

- 26: S. 46.
- 28: S. 605. 609. 624. 643.
- 29: S. 609. 644.
- 31: S. 644.

BauUVG. § 45: S. 760.

BeschlG. § 1: S. 56. 273. 401ff.

- 2: S. 168. 408.
- 3: S. 139. 144. 191.
- 4: S. 352.

BGB. § 27: S. 135. 249. 559. 610. 637. 650.

- 54: S. 778.
- 91: S. 214f.
- 107: S. 253.
- 112: S. 253f. 307. 565f.
- 113: S. 56. 166f. 253f. 258. 273. 277. 394. 565f.
- 134: S. 110.
- 137: S. 781.
- 138: S. 82. 115. 171f. 176. 462.
- 139: S. 110. 558.
- 140: S. 568.
- 154: S. 217.
- 158: S. 578.
- 159: S. 580f.
- 162: S. 285.
- 168: S. 224. 653.
- 170: S. 653.
- 175: S. 379.
- 181: S. 258.
- 193: S. 348. 356. 478.
- 196: S. 138. 140. 267. 271f. 276. 308. 311. 394. 642. 667.
- 201: S. 642.
- 208: S. 394.
- 226: S. 116. 178. 259f.
- 241: S. 156.
- 242: S. 240. 374.
- 249: S. 731.

BGB. § 251: S. 87.

- 256: S. 86.
- 271: S. 362. 475. 481.
- 273: S. 373. 378. 380. 423f. 427. 430f. 726.
- 274: S. 423.
- 278: S. 100.
- 315: S. 130f. 133.
- 316: S. 129f. 134.
- 317: S. 130f. 133.
- 318: S. 130f.
- 319: S. 130f.
- 320: S. 195. 372ff. 423. 724.
- 321: S. 258. 381f.
- 325: S. 518.
- 326: S. 364. 532.
- 342: S. 456.
- 343: S. 462.
- 346: S. 50. 87. 148. 171. 267. 729.
- 361: S. 364. 531.
- 364: S. 160.
- 387: S. 421.
- 394: S. 145. 401ff. 418f. 451f.
- 397: S. 157.
- 399: S. 782.
- 445: S. 42.
- 448: S. 195.
- 493: S. 42.
- 516: S. 88. 128.
- 591: S. 72.
- 610: S. 382.
- 611: S. 55. 110. 268. 289.
- 612: S. 124f. 133. 794.
- 613: S. 97.
- 614: S. 140. 220. 238. 346. 353f. 367. 370. 376. 724. 780.
- § 615: S. 50. 87. 108. 141. 143. 147f. 266.
- § 616: S. 141f. 148. 220. 760.
- 617: S. 17. 148. 162. 220. 242. 521. 546. 607. 637. 657ff. 660ff. 677.

BGB. § 618: S. 17f. 50. 105. 162. 220.
 239ff. 245. 266. 469f. 476f. 484.
 658. 661. 663ff. 674f. 737. 748f.
 — § 619: S. 17. 220. 240. 242. 760.
 — § 620: S. 524ff. 535. 547f. 553.
 611.
 — § 621: S. 220. 511f. 585f. 597.
 718. 730.
 — § 622: S. 347. 585. 659. 730.
 — § 623: S. 342. 514. 527. 598. 603f.
 609. 611. 633.
 — § 624: S. 17. 521. 533. 543. 555f.
 587. 628.
 — § 625: S. 550.
 — § 626: S. 220. 242. 534. 544f. 555.
 611. 614. 625. 642. 733.
 — § 627: S. 278. 347. 523. 533. 546f.
 555. 600. 610f. 615. 642. 647.
 — § 628: S. 142f. 148. 243. 245. 388.
 606. 642. 644f. 648f. 650. 729.
 731.
 — § 629: S. 220. 243. 245. 477. 521.
 546f. 562. 569. 582. 603.
 — § 630: S. 162. 220. 243. 521. 546f.
 — § 631: S. 110. 179. 267. 270. 274.
 289.
 — § 632: S. 124f. 133. 794.
 — § 633: S. 87. 243. 794.
 — § 634: S. 141. 728.
 — § 636: S. 522.
 — § 640: S. 162.
 — § 641: S. 140. 220. 354. 363. 375.
 393. 724.
 — § 642: S. 50. 87. 108. 135. 140. 143.
 146. 212. 243. 269f.
 — § 643: S. 578f.
 — § 644: S. 220. 243.
 — § 645: S. 100. 139f. 143. 212. 269.
 728.
 — § 647: S. 212f. 383f.
 — § 648: S. 100. 139f. 143. 212f. 269.
 386. 725ff.
 — § 649: S. 50. 87. 141. 143. 147f.
 212. 269f. 520. 534. 599. 601. 609.
 613. 639. 643. 646. 650f.
 — § 650: S. 520. 609. 616. 728.
 — § 651: S. 179f. 183. 185. 190. 205.
 209. 213. 230.
 — § 652: S. 138. 194. 238. 283f.
 — § 653: S. 124f. 133. 284.
 — § 654: S. 138. 282f.
 — § 655: S. 172f. 284. 728.
 — § 656: S. 175. 326.
 — § 657: S. 33. 270.
 — § 662: S. 128.
 — § 663: S. 33.
 — § 665: S. 95. 243.
 — § 667: S. 653.
 — § 669: S. 86.
 — § 670: S. 86. 137. 183. 185. 642.

BGB. § 675: 138. 142. 270. 274ff.
 280f. 316. 327. 523. 600.
 — § 677: S. 33. 122.
 — § 683: S. 137.
 — § 688: S. 287.
 — § 689: S. 124f. 138. 287.
 — § 693: S. 138. 194.
 — § 695: S. 469. 513. 560. 599. 601.
 612. 647.
 — § 696: S. 469. 513. 595. 647.
 — § 699: S. 353. 369. 376. 379. 513.
 527. 729.
 — § 705: S. 37f.
 — § 706: S. 39. 267.
 — § 733: S. 39. 50. 267.
 — § 759: S. 151.
 — § 760: S. 151.
 — § 761: S. 151.
 — § 779: S. 770.
 — § 781: S. 157.
 — § 812: S. 82. 122. 157. 171.
 — § 814: S. 700.
 — § 818: S. 122. 171.
 — § 823: S. 242. 666.
 — § 825: S. 97.
 — § 831: S. 240. 259. 273. 277. 279.
 — § 843: S. 259.
 — § 845: S. 33. 83. 259. 267.
 — § 855: S. 385.
 — § 868: S. 385.
 — § 950: S. 384.
 — § 965: S. 33.
 — § 966: S. 33.
 — § 970: S. 137.
 — § 971: S. 122.
 — § 1356: S. 33. 257.
 — § 1357: S. 224. 277. 566.
 — § 1358: S. 170. 273. 533. 561. 565.
 601. 624. 645. 647. 658.
 — § 1359: S. 258.
 — § 1367: S. 267. 272. 307.
 — § 1405: S. 307.
 — § 1427: S. 267. 272. 307.
 — § 1452: S. 307.
 — § 1578: S. 267. 272.
 — § 1585: S. 267. 272. 307.
 — § 1602: S. 267. 272.
 — § 1617: S. 33. 257. 267.
 — § 1645: S. 251.
 — § 1651: S. 267. 272. 307.
 — § 1822: S. 57. 170. 251f. 363. 543.
 — § 1823: S. 251.
 — § 1827: S. 57. 252.
 — § 1835: S. 86. 267.
 — § 2028: S. 657.
 B i r c h G. § 15: S. 226.
 — § 20: S. 445. 523. 533. 535. 548.
 555. 601. 610f. 615. 629. 633. 651.
 724.
 — § 22: S. 517.
 — § 23: S. 96. 476.

- BiSchG. § 25:** S. 523. 526. 533. 535.
 548. 555. 590. 601. 605. 610 f. 615.
 633. 651.
 — § 34: S. 148. 641. 651.
 — § 35: S. 148.
 — § 36: S. 609.
 — § 37: S. 148.
 — § 38: S. 148. 651.
 — § 39: S. 148.
 — § 42: S. 487.
 — § 65: S. 148.
 — § 66: S. 137.
 — § 93: S. 123.
 — § 94: S. 132.
Börsenges. § 32: S. 262.
 — § 76: S. 172.
Corpus juris civilis
 4 J. 3, 24: S. 272.
 13 J. 3, 26: S. 286.
 5 § 4 D. 3, 5: S. 277.
 4 D. 7, 7: S. 83.
 7 D. 9, 4: S. 84.
 26 § 12 D. 12, 6: S. 82.
 1 § 8 D. 16, 3: S. 286.
 1 § 9 D. 16, 3: S. 194.
 26 § 8 D. 17, 1: S. 87.
 63 p. D. 17, 2: S. 41.
 20 D. 18, 1: S. 214.
 15 § 6 D. 19, 2: S. 388.
 19 § 6 D. 19, 2: S. 388.
 22 § 2 D. 19, 2: S. 214.
 55 § 1 D. 19, 2: S. 100.
 5 § 2 D. 19, 5: S. 52.
 13 § 1 D. 19, 5: S. 41.
 22 D. 19, 5: S. 128.
 39 § 2 D. 26, 7: S. 277.
 22 p. D. 32: S. 781.
 6 D. 38, 11: S. 82.
 11 § 4 D. 47, 10: S. 100.
 20 p. C. 4, 19: S. 277.
CPO. § 258: S. 363.
 — § 741: S. 307.
 — § 811: S. 97.
 — § 850: S. 401.
Depotges. § 6: S. 454.
EinfGes. zum BGB. Art. 95: S. 17.
 268.
EisenbahnVO. § 1: S. 176.
 — § 2: S. 96.
 — § 7: S. 175.
 — § 13: S. 45.
 — § 14: S. 643.
 — § 17: S. 45.
 — § 20: 643 f.
 — § 54: S. 247.
 — § 61: S. 170.
FlG. § 1: S. 320.
 — § 3: S. 671.
FlG. § 15: S. 226. 321.
 — § 16: S. 321. 445. 526. 533. 536.
 548. 555. 610 f. 615. 651.
 — § 18: S. 517.
 — § 19: S. 476.
 — § 20: S. 724.
 — § 21: S. 526. 533. 536. 548. 555.
 605. 610 f. 615. 651.
 — § 25: S. 132.
 — § 30: S. 321.
GebührenO. f. GerVollzieher
 § 13: S. 135.
 — f. RAnwälte § 88: S. 133.
 — f. RAnwälte § 93: S. 133. 174.
GenossenschaftsGes. § 24: S. 135.
 559. 610. 615. 650.
 — § 62: S. 138.
GerVerfGes. § 156: S. 255.
 — § 202: S. 57.
Ges. betr. die Abänd. der UVGG.
 § 20: S. 174.
Ges. betr. Änd. im Postwesen
 Art. 2: S. 674.
Ges. betr. d. Gesellsch. m. b. H.
 § 38: S. 135. 559. 610. 614. 650.
Ges. üb. d. Zwangsversteigerung
 § 10: S. 672.
GewGerGes. § 3: S. 245. 299. 308.
 311.
 — § 4: S. 304. 456.
 — § 5: S. 304. 311 f.
 — § 6: S. 760.
 — § 16: S. 307. 312.
 — § 41: S. 770.
 — § 57: S. 770.
 — § 63: S. 766.
 — § 65: S. 797.
 — § 66: S. 797.
 — § 67: S. 797.
 — § 70: S. 770.
 — § 71: S. 770.
 — § 73: S. 770.
GewO. § 6: S. 300.
 — § 37: S. 267.
 — § 41: S. 306.
 — § 75 a: S. 194. 172.
 — § 76: S. 197. 267.
 — § 79: S. 175.
 — § 105: S. 235. 305 f. 747. 781.
 — § 105 a: S. 114. 238.
 — § 105 b: S. 303.
 — § 105 c: S. 303.
 — § 105 i: S. 310.
 — § 112: S. 245.
 — § 113: S. 243.
 — § 114 a: S. 165. 231. 248. 672.
 — § 115: S. 163. 190. 411 ff. 438. 445.
 677 ff. 736.
 — § 115 a: S. 168. 387 f.
 — § 116: S. 412. 416. 438. 679 f.

GewO. § 117: S. 439.
 — § 118: S. 415.
 — 119a: S. 166 f. 347. 351. 354.
 360. 364. 387 f. 390. 444 ff. 460. 725. 727.
 — 119b: S. 167. 184. 208 f. 311.
 — 120a: S. 241 f. 311. 477.
 — 120b: S. 242.
 — 120c: S. 242. 477.
 — 120e: S. 476.
 — 121: S. 94. 673. 747.
 — 122: S. 239. 535. 548. 556 f. 585 ff.
 589 ff. 597. 629. 731. 760. 779.
 — 123: S. 231. 243. 245. 378. 539.
 542. 555. 604 f. 611. 613. 619. 623.
 — § 124: S. 342. 354. 364. 514. 533.
 555. 567. 604 f. 611. 619. 623. 732.
 — § 124a: S. 543 ff. 555. 604. 608. 611.
 624 f.
 — 124b: S. 238. 352. 457. 470. 539.
 546. 570.
 — 125: S. 66. 262. 311.
 — 126b: S. 218. 231.
 — 127: S. 673. 747.
 — 127b: S. 364. 378. 558. 605. 609 f.
 613. 620.
 — § 127e: S. 262. 565. 603. 609. 629.
 — 127f: S. 548.
 — 127g: S. 546.
 — 130a: S. 538.
 — 133a: S. 347. 350. 508. 535. 548.
 585. 629. 731.
 — § 133aa: 523 f. 552. 556 f. 592. 633. 760.
 — 133ab: S. 592.
 — 133ac: S. 534. 537. 592.
 — 133b: S. 533. 555. 604. 611. 614.
 — 133c: S. 148. 378. 533. 555. 611.
 614. 619. 623. 640. 651.
 — § 133d: S. 245. 364. 533. 555. 611.
 614. 619. 623. 733.
 — 133e: S. 457.
 — 133f: S. 254. 264.
 — 134: S. 351. 364. 378. 458. 461.
 535. 605. 652.
 — § 134a: S. 231. 782 f.
 — 134b: S. 94. 232 f. 348. 352. 354.
 361. 455. 457. 461. 476. 588. 620.
 622. 725. 770. 783 f.
 — 134c: S. 233. 361. 589 f. 620. 622.
 760. 782 ff. 787.
 — 134d: S. 233.
 — 134e: S. 783.
 — 134f: S. 234.
 — 135: S. 113 f.
 — 136: S. 114.
 — 137: S. 114 f.
 — 139c: S. 114. 696.
 — 139e: S. 97.
 — 139k: S. 70. 231. 302. 588. 619.
 — 148: S. 134.
 — 152: S. 218. 362. 771.
 — 153: S. 772.

GewO. § 154: S. 66.
 GewUVG. § 6: S. 671.
 — § 135: S. 242.
 — § 141: 760.
HGB. § 48: S. 226.
 — 52: S. 135. 224. 637. 650.
 — 55: S. 225.
 — 56: S. 223. 225.
 — 59: S. 69. 133. 220. 481.
 — 60: S. 239. 245. 262.
 — 61: S. 241. 262.
 — 62: S. 242. 292. 469. 476 f. 485.
 661. 667. 737. 748 f.
 — 63: S. 148. 640. 668. 760.
 — 64: S. 367. 369 f. 376. 439. 724. 760.
 — 65: S. 131.
 — 66: S. 526. 554. 731.
 — 67: S. 508. 523 f. 550 f. 556 f.
 592 f. 632 f. 760.
 — 68: S. 592 f.
 — 69: S. 534. 537. 592 f.
 — 70: S. 245. 533. 555. 611. 648 ff.
 667. 731.
 — § 71: S. 364. 533. 555. 611. 619.
 667 f. 732.
 — § 72: S. 378. 533. 555. 611. 619. 640.
 651.
 — 73: S. 243.
 — 74: S. 254. 262. 652.
 — 75: S. 148. 245. 652.
 — 76: S. 254. 262. 264. 667. 737. 748 f.
 — 77: S. 364. 378. 539. 548. 558.
 609 f. 612 f. 619.
 — 78: S. 262. 565. 603. 609. 629.
 — 83: S. 302.
 — 84: S. 291 f.
 — 86: S. 226.
 — 88: S. 131. 348. 370. 513.
 — 89: S. 148.
 — 92: S. 513. 533. 558. 611. 650.
 — 93: S. 283.
 — 98: S. 109.
 — 99: S. 132. 170.
 — 101: S. 109.
 — 194: S. 138.
 — 212: S. 39.
 — 231: S. 135. 558. 610. 615. 639. 650.
 — 236: S. 262.
 — 237: S. 132.
 — 243: S. 538. 559.
 — 245: S. 132.
 — 353: S. 363.
 — 354: S. 123. 125. 132. 276. 287.
 — 358: S. 356.
 — 362: S. 69.
 — 369: S. 331.
 — 381: S. 183. 209. 211.
 — 406: S. 183.
 — 409: S. 354.
 — 418: S. 131.

- HGB.** § 420: S. 132. 375.
 — § 422: S. 469. 523. 560. 604. 611.
 — 623. 647.
 — 428: S. 136. 609. 653.
 — 434: S. 97.
 — 436: S. 170.
 — 486: S. 227.
 — 492: S. 135. 559. 610. 637. 639. 650.
 — 498: S. 96. 225 f.
 — 527: S. 226.
 — 529: S. 226.
 — 534: S. 225.
 — 543: S. 705.
 — 545: S. 520. 533. 555. 599. 601.
 — 608. 615.
 — 546: S. 646.
 — 547: S. 526. 533. 647. 651.
 — 548: S. 148. 641. 651.
 — 549: S. 533. 651.
 — 550: S. 526. 651.
 — 551: S. 523.
 — 553: S. 148. 669.
 — 555: S. 148. 668 f.
 — 572: S. 668 f.
 — 580: S. 148. 609. 625. 641. 651.
 — 582: S. 148. 625. 641. 651. 653.
 — 583: S. 651.
 — 584: S. 148. 641. 651.
 — 587: S. 148. 651.
 — 588: S. 148.
 — 589: S. 148.
 — 616: S. 677.
 — 618: S. 148.
 — 619: S. 132.
 — 629: S. 625. 647.
 — 638: S. 148. 651.
 — 665: S. 96.
 — 666: S. 677.
 — 667: S. 625. 641. 651.
 — 669: S. 609. 625.
 — 670: S. 647.
 — 671: S. 651.
 — 674: S. 641.
 — 706: S. 669.
 — 740: S. 123.
 — 741: S. 173. 729.
 — 742: S. 132. 174.
 — 743: S. 139.
 — 753: S. 296.
Inv V G. § 2: S. 105.
 — 3: S. 671. 672.
 — 6: S. 307.
 — 34: S. 352.
 — 131: S. 433 f.
 — 142: S. 433 f.
 — 145: S. 470.
 — 180: S. 760.
K O. § 22: S. 520. 533. 555. 561. 565.
 — 567. 594. 646 f. 650.
 — § 23: S. 275. 278 ff.
K O. § 27: S. 278.
 — § 61: S. 382 f. 445. 672. 725.
K r V G. § 1: S. 671.
 — 2: S. 256.
 — 53: S. 433 f.
 — 59: S. 231.
 — 80: S. 760.
Land- und forstw. UVG. § 1: S. 105.
 — § 5: S. 671.
 — 26: S. 671.
 — 33: S. 105.
 — 152: S. 760.
Postgesetz § 1: S. 175 f. 674.
 — § 2: S. 674.
R A O. § 31: S. 262.
Reichsbeamten ges. § 16: S. 262.
Seem O. § 3: S. 317.
 — 5: S. 113.
 — 10: S. 247.
 — 12: S. 670.
 — 25: S. 133.
 — 27: S. 133.
 — 30: S. 476.
 — 34: S. 133.
 — 36: S. 391.
 — 40: S. 133.
 — 41: S. 133.
 — 43: S. 670.
 — 44: S. 669.
 — 45: S. 669.
 — 46: S. 671.
 — 47: S. 670.
 — 48: S. 671.
 — 54: S. 148. 523. 641. 651.
 — 56: S. 244.
 — 57: S. 533. 555. 609.
 — 58: S. 651.
 — 59: S. 641. 651.
 — 60: S. 148. 641.
 — 61: S. 555. 609. 670.
 — 62: S. 546.
 — 63: S. 651.
 — 66: S. 651.
 — 69: S. 133.
 — 79: S. 671. 727.
 — 82: S. 454.
 — 84: S. 352.
 — 97: S. 670.
 — 99: S. 670.
 — 103: S. 750.
 — 105: S. 454.
 — 159: S. 148.
See UVG. § 10: S. 671.
 — § 139: S. 760.
Verlagsges. § 18: S. 639. 650.
 — § 22: S. 133.
 — 30: S. 532.
 — 47: 297.

Sachregister.

Von Fritz Lotmar.

Stehende Verbindungen wie „häusliche Gemeinschaft“, „vertragswidriges Verhalten“, „feste Bezüge“ und dergl. sind beim Adjectivum registrirt.

Abkürzungen: AN. = Arbeitnehmer
AG. = Arbeitgeber
AV. = Arbeitsvertrag.

- A** bbruch des Arbeitsverhältnisses.
— und Fälligkeit der Vergütung 641.
— und Schadensersatzpflicht 647.
Abgangschädigung 647¹.
Abhängigkeitsverhältnis
(BGB. § 825) 97.
Abonnement 202¹.
Abrechnungsperiode 347.
Abschlagszahlung 387 ff., s. auch
Vorschulzahlung.
Abverdienen 676.
Abzug vom Entgelt 464 f.
— und Aufrechnung 414.
— und Einbehaltung 433.
— und Zurückbehaltung 428.
Agenturvertrag.
— Agent ist Handlungsgehülfe 292.
— Dienst- oder Werkvertrag 293¹.
— Fälligkeit des Provisionsanspruchs
bei Endigung 370 f.
— Kündigung 549. 558. 585.
— Provision ohne Vereinbarung 131.
— Schadensersatzpflicht bei unbe-
fristeter Kündigung 650¹.
— als Typus des AVs. 291.
— Vertragszeit 513.
— Zahlungszeit 365.
Akkord
— Abbruch 641.
— Arbeitszeit 468. 470 ff.
— Arten des 335.
— und Ausschluss der Kündigungs-
frist 634.
— Begriff 331.
— blinder 134².
Akkord (Fortsetzung).
— beschränkter 334 f. (s. auch Stück-
lohnvertrag, — beschränkter).
— — Vertragszeit 512.
— Dienst- oder Werkvertrag 343.
646. 650.
— Gefahr des ANs. 341.
— Herabsetzung und Teilung der
Naturalvergütung 728.
— Kombination mit Zeitlohnvertrag
339. 720.
— komplizierter 493²/94. 507.
— Kündigungsfrist 585.
— und Lieferzeit 471 f. 531.
— und locatio operis 341.
— und Naturalvergütung 716 f.
— natürliche Begrenzung der Ver-
tragszeit 527.
— — und vertragliche Endbestim-
mung 531.
— partiarische Löhnung 332.
— Rechtswirkungen im Vergleich mit
Zeitlohnvertrag 340 f.
— Terminologie 331¹.
— Überzeitvergütung 506.
— Vergleichung mit Zeitlohnver-
trag 337.
— Vertragszeit 512 ff.
— volkswirtschaftliche Bedeutung 340.
— und Zahlungszeit 354.
Änderungsbestimmungen des
AVs. 219 f.
Anerkennung als Entgelt 156.
Anmusterung des Seemanns 247.
317. 670.

- Annahmeverzug** (s. auch Verzug)
 — des AGs., und natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses 529/30.
 — durch Nichtannahme von Gehülfenarbeit 103.
 — des Bestellers im Werkvertrag durch Nichtempfang der Arbeit eines Dritten 108.
 — des Dienstberechtigten desgl. 108.
 — und Naturalvergütung 723.
 — und Unterzeit 499.
Anrechnung 415³ (s. auch Aufrechnung).
Arbeit 69 ff.
 — an sich und Arbeit samt Ergebnis 90 ff.
 — Art der 88.
 — ausserhalb des AVs. 2. 33 ff.
 — Begriff der Arbeit im Rechtssinn 72 ff.
 — — in der Nationalökonomie 81 f.
 — als Beitrag im Gesellschaftsvertrag 39.
 — Direktion 93 ff., s. auch dort.
 — Empfänger 106 ff.
 — rechtliche Beziehung zu den Parteien des AVs. 107 f.
 — als Entgelt im AV. 157 ff. 324.
 — — beim Mäklervertrag 161.
 — — neben andern Leistungen 162.
 — Ergebnis 90 ff.
 — Fälligkeit 474.
 — von Frauen 113.
 — von Gehülfen des ANs. als Vermögensaufwand 102.
 — von Kindern 77 f.
 — Leistung der 99 f.
 — moralwidrige 115 ff.
 — Motive der 76 f.
 — Nichtleistung der, und Natur des Entgelts 146 ff.
 — Pränumeration, gesetzliche 366.
 — prinzipale Leistung im AV. 71.
 — rechtsgeschäftliche 90.
 — rechtswidrige 110 ff.
 — und rentable Leistung 152.
 — Sachleistung neben 176 ff., s. auch dort.
 — übende und vorbereitende Thätigkeit 125.
 — unentgeltbare 74.
 — unentgeltliche 34 ff. 128.
 — Vereinbarung der 69 ff.
 — und Vermögensaufwand 82 ff.
 — als Vermögenszuwendung 82.
 — Verrichter 97 ff., s. auch Gehülfe.
 — Verweigerung der 378.
 — als Ware 43 ff.
 — als Zeitaufwand nicht Vermögensaufwand 84.
Arbeit. (Fortsetzung.)
 — Zurückbehaltung 378.
Arbeiter als gesetzlicher terminus 64 f.
Arbeitgeber und **Arbeitnehmer.**
 — Terminologie 60, in den Gesetzen 64 ff.
 — und Zwischenmeister 67.
Arbeitsbuch 248.
Arbeitskraft, Gebrauch der 49 f.
 — und Gehülfenarbeit 104.
 — und juristische Person 270¹.
 — als Ware 43 ff.
Arbeitslohn s. Entgelt.
Arbeitsnachweis 777.
Arbeitsordnung.
 — und Abschlagszahlung 390.
 — und Arbeitszeit 476. 479.
 — und Aufrechnung 408².
 — und Einbehaltung 437.
 — facultative 228³.
 — kommerzielle 301/2.
 — — und befristete Kündigung 592.
 — obligatorische 231 ff.
 — — und Änderung der Kündigungsfrist 595.
 — — und Ausschluss der befristeten Kündigung 631.
 — — durchgreifende Rechtswirkung gegenüber dem AV. 234. 480/81. 588/9. 782 ff.
 — — gegenüber dem Tarifvertrag 787 f.
 — — Einseitigkeit 232.
 — — Inhalt 232.
 — — und Kündigungsfrist 588.
 — — und Kündigungsgründe 630. 784⁴/85.
 — — Rechtsverbindlichkeit 783.
 — — und Tarifvertrag, Abgrenzung 769 f.
 — — und unbefristete Kündigung 598.
 — — Verwendung verwirkten Lohnes 461.
 — — Zahlungszeit 361. 725.
 — — Zustimmung des ANs. 232⁴. 234.
 — und Parität der Kündigungsfrist 590. 592.
 — und unbefristete Kündigung 601.
 — und Verwirkung der Vergütung 455. 461 f.
 — und Zahlungszeit 361.
Arbeitsperiode 490 ff.
 — und lohnmessender Zeitabschnitt 490.
 — Mehrheit von Arbeitsperioden für dasselbe Arbeitsverhältnis 496.
 — und Schicht 491³.
 — und Überzeit 501.
 — und Unterzeit 493.
 — und Zahlungsperiode 490.

Arbeitspflicht, und Endigung der Vertragszeit 637.

- gesetzliche 33 f.
- und AV. mit dem Verpflichteten 257 f.

Arbeitsräume 741².**Arbeitsstunden** 491².**Arbeitsverhältnis, Terminologie** 58 f.**Arbeitsvertrag.**

- Absorption einer Gebrauchsüberlassung durch ihn 202 ff.
 - einer Veräusserung desgl. 207 ff.
 - Anfechtbarkeit wegen übermäßigen Entgelts 73 ff.
 - Begriff 32 ff. 200.
 - Eingehung 246 ff.
 - Form (äußere) 247 f.
 - Gegenseitigkeit 34 ff.
 - und Gesellschaftsvertrag 37 ff.
 - gewerblicher s. Gewerblicher AV.
 - Grundformen 93. 330, s. auch dort.
 - mit Gewinnbeteiligung, Abgrenzung vom Gesellschaftsvertrag 40.
 - Inhalt s. dort.
 - und Kauf 41 ff., s. auch dort.
 - kollektiver s. Kollektive Vertragsschliessung, Tarifvertrag.
 - Kumulation mit Kauf oder Miete 191 f.
 - und Leibrentenvertrag 151 f.
 - und Miete 47 ff., s. auch dort.
 - und Pacht 47 ff., s. auch dort.
 - Rechtsfolgen 236 ff.
 - und Rechtsgeschäfte ohne Vereinbarung von Arbeit 33 f.
 - Sachleistung neben Arbeit 176 ff., s. auch dort.
 - mit Sachnutzung als Entgelt, oder Miete 687 ff.
 - und Tarifvertrag, Abgrenzung 768.
 - Terminologie 53 ff.
 - Typen, gesetzliche 264 ff.
 - unfreiwillige Eingehung und Nichteingehung 260 ff.
 - Ungültigkeit wegen der Arbeitszusage 110 ff.
 - wegen der Entgeltzusage 170 ff.
 - unmoralischer 115 ff. 176. 257/8.
 - und Verträge ohne Entgeltzusage 34 ff.
 - wucherischer 170 f. 172. 462.
- Arbeitszeit** 94. 338. 467 f.
- absolute Regelung 488.
 - Akkord und 468 ff. 470.
 - — Lieferzeit 471.
 - und Arbeitsordnung 479.
 - Arbeitsperiode 490 ff., s. auch dort.
 - Begriff 467.
 - und Betriebszeit 496².
 - einseitige Bestimmung 482.

Arbeitszeit. (Fortsetzung.)

- engeren Sinnes 471.
 - gesetzliche 478.
 - — zwingender Charakter 480.
 - gesetzliche Verbote 114. 485 f.
 - gewohnheitsrechtliche 478.
 - Grade der Bestimmtheit 489.
 - und häusliche Gemeinschaft 744.
 - juristische Bedeutung 478.
 - beim ländlichen AV. 483.
 - und lohnmessender Zeitabschnitt 468.
 - mittelbare Regelung 485 ff., s. auch Submission.
 - partielle Regelung 488.
 - Pausen 495.
 - und Realisierung einer Erwerbsgelegenheit 713 f.
 - relative Regelung 489.
 - Ruhezeit 495.
 - Terminologie 469 f.
 - totale Regelung 488.
 - und Trinkgelderwerbsgelegenheit 743.
 - Überzeit 500 ff., s. auch dort.
 - den Umständen zu entnehmen 481.
 - Unterzeit 498 f.
 - Vereinbarung durch die Parteien 482.
 - und Verkehrssitte 478.
 - Verordnungen über 478.
 - und Vertragszeit 469. 510.
 - und Weg zur Arbeitsstätte 492.
 - und Zahlungszeit 348. 468.
- Arbeitszettel** 231. 248.
- Arröder** 692.
- Artes liberales** 74 f.
- Arzt und GewO.:** 300/301.
- Ärztliche Behandlung s. Naturalvergütung.**
- Aufrechnung** 395 ff.
- und Anrechnung der Kosten d. Verpflegung etc. in Krankheit 663.
 - Anwendungsgebiet 398.
 - und Auslagenersatz, dem Entgelt beigemischter 403. 413.
 - Ausschluss der — gegen Löhne von Gehülfen 145. 402.
 - Bedeutung für den AN. 399, für dessen Gehülfen 400³.
 - Beschränkung 400 ff.
 - als Deckungsmittel für den AG. 397.
 - und Delikt des ANs. 403.
 - und Einforderung d. Vergütung 406. 414.
 - einseitige und Aufrechnungsvertrag 407.
 - und Fälligkeit der Vergütung 363.
 - für Forderungen Dritter gegen den AN. 410.
 - und Gehülfen des ANs. 145. 400³. 402.

Aufrechnung. (Fortsetzung.)
 — und gesetzliches Einbehaltungsrecht 434.
 — und Grundformen 402. 413.
 — und Jahresbetrag der Vergütung 404. 413.
 — und kausionale Einbehaltung 449 ff.
 — und Leistung an Zahlungsstatt 414. 416. 680.
 — und Naturalvergütung 402. 413. 726.
 — und Nichtleistung der Arbeit 404. 423 ff.
 — Rechtswirkung 398.
 — und Stundung der Vergütung am Zahltag 407.
 — und Tarifvertrag 760.
 — Thatbestand 398.
 — und Truckverbot 415 f.
 — Verbote 401 ff.
 — und vertragliches Einbehaltungsrecht 435.
 — und Verwirkung der Vergütung 453 ff.
 — und Vorschufs- u. Abschlagszahlung 420 ff.
 — und Zahltag 406.
 — und Zahlung 400².
 — und Zurückbehaltung der Vergütung 406.
Aufrechnungsvertrag 408.
 — des Minderjährigen 409.
 — und Zurückbehaltung 429 f.
Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, AV. 296.
 — Fehlen der Entgeltvereinbarung 132.
 — gesetzliche Endbestimmung der Vertragszeit 538.
 — Widerruf der Bestellung 559. 563.
Auftrag (s. auch Geschäftsbesorgung).
 — und Arbeitsvereinbarung ohne Entgeltvereinbarung 128. 281. 288.
 — und AV. 35.
 — Aufwendungen, Ersatz von 137.
 — und Dienstvertrag über Geschäftsbesorgung 281.
 — Geschäftsbesorgung als Gegenstand des 275.
 — des Rechtsanwalts 315, s. Rechtsanwalt.
 — und unentgeltlicher Verwahrungsvertrag 238.
 — und Werkvertrag über Geschäftsbesorgung 281.
Aufwand (BGB. § 633 Abs. 2) 87¹.
Aufwendungen (s. auch Auslagenersatz).
 — Arbeit nach BGB. davon abgeschlossen 86.
 — die Arbeit begleitende 88. 179.

Aufwendungen. (Fortsetzung.)
 — Ersatz der 87. 179.
 — — ohne Entgeltvereinbarung 137.
 — — Verhältnis zum Entgelt 136 ff.
 — Ersparung von 87. 141.
 — bei Geschäftsbesorgung 183/4. 185.
 — Vorschuss auf 142.
Ausführungsbestimmungen des AVs. 218.
 — Vollmacht des ANs. 225.
Auslagenersatz (s. auch Aufwendungen).
 — und Aufrechnung gegen die Vergütung 403.
 — und Entgelt, Abgrenzung 136 ff.
 — Fälligkeit bei Endigung des Arbeitsverhältnisses 641.
 — der Vergütung beigemischter 139 ff.
 — — Ausscheidung 141 ff.
 — Verjährung des Anspruchs auf 642.
Auslagenvorschuss s. Vorschusszahlung.
Auslobung und AV. 33.
Ausperrung 263. 777.
Auswanderer, Beförderungsvertrag des, s. Beförderungsvertrag des A.
Barzahlung des Entgelts 411 ff.
 — und Abzug 414.
Bauhandwerker, Sicherungshypothek 212.
Bauunternehmer, Sicherungshypothek 386. 725.
Bearbeitung von Sachen 195.
Bedienung als Entgelt 691.
Bedingung.
 — aufschiebende, verschiebt nicht den Anfang der Vertragszeit 516 ff.
 — bei der Kündigung 575 ff.
Beförderungsvertrag des Auswanderers.
 — Abverdienen des Beförderungspreises 677.
 — Arbeitszeit 472².
 — gesetzlich vorgeschriebener Inhalt 227.
 — Kautions des Unternehmers etc. 387¹.
 — Kündigung 605. 609. 625.
 — Naturalleistungen des ANs. 738.
 — Pränumeration der Vergütung 366.
 — Rückerstattung des Überfahrtsgeldes 643¹.
 — Schriftlichkeit 247.
 — als Typus des AVs. 321.
Befristung, des Anfangs der Vertragszeit 516 ff.
 — der Kündigung s. Kündigung, befristete. Kündigungsfrist.
Behandlung, ärztliche s. Naturalvergütung.

- Beköstigung als Entgelt 690.
 — Einbehaltung 727.
 — und Grundformen 717.
 — und häusliche Gemeinschaft 661.
 — Tagelohncharakter 719.
 — Verwirkung 728.
 — Zurückbehaltung 726.
 Beleuchtungsmittel als Naturalvergütung 692.
 Bergleute, AV. der 27.
 Bergung und Hilfsleistung.
 — Aufwendungen, Ersatz der 139.
 — in der Binnenschifffahrt 319².
 — Fehlen der Entgeltvereinbarung 132.
 — in der Flösserei 321⁴.
 — Naturalvergütung 729.
 — Pfandrecht des ANs. 385.
 — in Seenot, AV. über 295 f.
 — übermäßiger Entgelt 173 f. 729.
 — ohne Vereinbarung 123. 296.
 — Zurückbehaltungsrecht des ANs. 381.
 Bergwesen und GewO. 300/301.
 Beschlagnahme der Vergütung 401 ff.
 — von Gehülften des ANs. ausgeschlossen 144.
 Bestandsicherung, zeitliche, des AVs. 522 ff., s. auch Vertragszeit.
 Betriebsgeheimnisse, Mitteilung von 654.
 Betriebszeit und Arbeitszeit 496⁵.
 Bevollmächtigung des ANs., s. Vollmacht.
 Biermädchen 706¹.
 Binnenschiffer, Dienstvertrag des 318.
 — Aufrechnungsverbot 412.
 — Einbehaltungsbeschränkung 445 f.
 — und gewerblicher AV. 318.
 — Kündigung 533. 535. 548. 554. 557². 585. 601¹. 615.
 — Naturalvergütung 673.
 Binnenschiffsmann, Dienstvertrag des 318 f.
 — Aufrechnungsverbot 412.
 — Kündigung 533. 535. 548. 554. 557². 585. 601¹. 605. 615.
 — Naturalvergütung 673.
 — Pfandrecht 365.
 — Zahlungszeit 365.
 Bruch des Arbeitsvertrags s. Kontraktbruch.
 Bücher als Naturalvergütung 690⁹/₉.
 Bugsiervertrag 203².
 Chartepartie 248.
 Chicaneverbot 116².
 — und Belieben der Nichteingehung von Arbeitsverträgen 259.
 Cigarren als Naturalvergütung 690⁶.
- D**atio in solutum (s. auch Leistung an Zahlungsstatt).
 — und Anrechnung von Verpflegungskosten 663.
 „Dauerndes Dienstverhältnis“ 477. 546. 555².
 Depositum 286.
 Deputat als Entgelt 690. 736.
 Dienstantritt 517¹.
 Dienstboten s. Gesinde.
 Dienstflösser 321.
 „Dienstleistung“ umfasst Arbeit von Gehülften 104.
 Dienstordnung einer Berufsge nossenschaft 231.
 Dienstvertrag.
 — Akkord: Vertragszeit 514.
 — Arbeitsverpflichtung des Dienstberechtigten 162¹.
 — und Arbeitsvertrag 54 ff.
 — Arbeitszeit 477.
 — nicht Art des AVs. 325 ff.
 — Auslagenersatz 140.
 — Auslagenvorschuss und Endigung 642.
 — Beschaffung von Räumen etc. durch den Berechtigten 239 ff.
 — einseitiger Kündigungsvorbehalt bei vertragl. Endbestimmung 555.
 — Fälligkeit der Vergütung bei Endigung 369.
 — Fortsetzung, thatsächliche, nach Ablauf der Kündigungsfrist 574.
 — Gebrauchsüberlassung als Entgelt, oder Miete 688.
 — über Geschäftsbesorgung s. diese.
 — und Grundformen 343.
 — Handlungsunfähigkeit des ANs. 252 f.
 — häusliche Gemeinschaft s. Häusl. Gemeinschaft.
 — Kündigung 543.
 — — befristete 585.
 — — — und Konkurs des AGs. 594.
 — — — und Naturalvergütung 718². 730.
 — — bei natürlicher Begrenzung 534 f.
 — — unbefristete 598. 609. 731.
 — — bei vertraglicher Endbestimmung 547 f. 553 ff.
 — — vor Vollwirksamkeit des Vertrags 519.
 — Leistungsverzug des AGs. durch Nichterfüllung der Schutzpflicht 241.
 — Nachleistung der Dienste 372¹.
 — Naturalvergütung 729, s. auch Häusliche Gemeinschaft.
 — natürliche Begrenzung 526.
 — persönliche Beziehung der Kontrahenten 266¹.
 — Pränumeration der Vergütung 367.

- Dienstvertrag. (Fortsetzung.)**
 — Rückerstattung der Vergütung 367.
 — — von Vorschufs bei Endigung 642.
 — Sachherstellung mit Stoffbeschaffung durch den Verpflichteten 189. 196.
 — Schadensersatzpflicht des Empfängers der Kündigung 648.
 — Schutzpflicht des Arbeitgebers 239 ff.
 — — Klagbarkeit 666.
 — — Nichterfüllung 664.
 — stillschweigende Entgeltvereinbarung 124.
 — Stundung der Vergütung bei Zeitlohnvertrag 376.
 — Subordination des ANs. 268¹.
 — als Typus des AVs. 265 ff.
 — — Verhältnis zu den übrigen Typen 326 ff.
 — Unvollständigkeit der Entgeltvereinbarung 133 f.
 — Vergütung kann nicht in Arbeit bestehen 160 f.
 — Verlängerung nach Ablauf der Dienstzeit 550.
 — Verlust des Entgeltanspruchs bei Fortfall des Interesses 644.
 — Vertragszeit 508.
 — mit Vertrauensstellung des ANs. 533³. 555³. 600. 610. 615.
 — — Kündigung bei natürlicher Begrenzung 533.
 — — unbefristete Kündigung 600. 615.
 — Vorschufs- und Abschlagszahlung 395.
 — Zahlungszeit 353 f. 365.
 — Zeitlohnvertrag: Kündigungsfrist 511 f.
Dienstzeit 469². 508.
Dies operis 471¹.
 — pecuniae 345¹.
Direktion der Arbeit 93 ff.
 — durch AG., AN. oder Dritte 96.
 — — und Art der Arbeit 94.
 — — chicanöse 116².
 — — Einschränkung durch Vertrag etc. 95.
 — mit Ermächtigung des ANs. verbunden 225¹.
 — — und Erwerbsgelegenheit 705.
 — — und Lieferzeit 472.
 — — moralwidrige 116.
 — — rechtswidrige 116.
Draufgabe 389⁴.
Duldung ist nicht Arbeit 73.
 „Durchschnittlicher Wochenlohn“ 351.
Ehefrau, gesetzliche Arbeitsverpflichtung 33.
 — und AV. mit dem Ehemann 257 ff.
- Ehegatten, Arbeitsverhältnis**
 — zwischen 256 ff.
 — Dienbotenverhältnis zwischen 256.
Ehemann, Kündigungsrecht für Arbeitsverhältnisse der Ehefrau 560f. 565. 601. 605. 610². 624. 645². 647.
Eigentumsgeschirr 683¹.
Einbehaltung des Entgelts 432 ff.
 — und Akkord 354/55.
 — und Aufrechnung 435.
 — und Barzahlung 438.
 — als Deckungsmittel für den AG. 397.
 — und Dienstvertrag des Handlungsgehülfen 439.
 — und fällige Geldforderung des AGs. 440.
 — und Fälligkeit der Vergütung bei Endigg. d. Arbeitsverhältnisses 641.
 — gesetzlich gewährte 433.
 — kautionale 432. 443. 727 f.
 — — Beschränkung 444 ff.
 — — zur Ermöglichung einer verabredeten Strafe 452. 459 f.
 — — und Hinterlegung 449.
 — — und Pfandbestellung 450.
 — — Verhältnis zur Beschränk. v. Aufrechng. u. Zurückbehaltg. 449 ff.
 — und Kontraktbruch des ANs. 447.
 — und Kündigung des ANs. 443¹. 446.
 — und Leistungsverzug des AGs. 438.
 — der Naturalvergütung 727 f.
 — und Pfändung der Vergütung 437¹.
 — zur Sicherung s. oben: kautionale. — und Tarifvertrag 760.
 — Terminologie 432.
 — unmoralischer Vertrag über 446.
 — Unzulänglichkeit der gesetzlichen Beschränkung 448.
 — vertraglich gewährte 435 ff.
 — und Verwirkung 453 ff.
 — zur Verwirkung, Beschränkung der 460.
 — für Wohlfahrtseinrichtungen 439¹.
 — Zwecke der 440 ff.
 — und Zurückbehaltung 440 ff.
Einheitsakkord 334.
 — und natürliche Begrenzung der Vertragszeit 527.
Einigungsamt 761.
Einlieger 711².
Einrede des nichterfüllten Vertrags 372 f.
Einwilligung des gesetzl. Vertreters eines Handlungsunfähigen zur Eingehung des AVs. 252.
Eisenbahntransportvertrag 323 (s. auch Frachtgeschäft).
 — Güterbeförderung: Schriftlichkeit 247.
 — Pränumeration der Vergütung 366.

- Eltern als AG. der Kinder 256.
 Empfänger, der Arbeit 106 ff.
 — des Entgelts 166 ff.
 — beim Frachtvertrag 109.
 Empfangsbevollmächtigter für den Entgelt 168.
 Endbestimmung der Vertragszeit 537 ff.
 — Begriff 525.
 — gesetzliche 538 f.
 — vertragliche 539 ff.
 — — bedingte 540.
 — — und Bestandsicherung 550.
 — — befristete 540.
 — — Imparität 541.
 — — Kündigung bei 547 ff. 552. 553 ff.
 — — und „vertragsmäßige Zeit“ 541 ff.
 Engagementsformular 229'.
 Entfristung der Kündigung 628 ff., s. auch Kündigung, — entfristete.
 Entgelt 118 ff. (s. auch Naturalvergütung. Zahlungszeit).
 — Anerkennung als 156 f.
 — Arbeit als 157 ff.
 — Arten 155 ff.
 — — Festsetzung durch Gesetz oder Tarifvertrag 163.
 — — Aufrechnung 397 ff., s. dort.
 — — Ausgangsperson 169 f.
 — — und Auslagenersatz 136 ff., s. auch dort.
 — — Bestimmung durch Dritte 130. 134.
 — — Einbehaltung 432 ff., s. dort.
 — — Eingangsperson 166 ff. 169.
 — — einheitlicher bei Sachleistung neben Arbeit 190.
 — — einseitige Bestimmung 129.
 — — Empfangnahme durch Minderjährige 166.
 — — durch Dritte, insbes. Gläubiger des ANs. 167 ff.
 — — Entrichtung durch Dritte 170.
 — — Erlass als 156 f.
 — — Fälligkeit 362 ff. 641, s. auch dort.
 — — Geben als 156.
 — — als Gegenleistung 147 ff.
 — — — bei Leistung der Arbeit mittels Dritter 103/4.
 — — Kreditierung 371 ff., s. auch dort.
 — — und Leibrente 151.
 — — nichtige Zusage 170 ff.
 — — ökonomischer Zusammenhang mit der Arbeit 149.
 — — partiariischer 165.
 — — partiell nichtige Zusage 174.
 — — Postnumeration, gesetzliche 366.
 — — Rechtsnatur 135 ff.
 — — — bei Nichtleistung der Arbeit 148/9. 639.
 — — — bei Verrichtung der Arbeit durch Gehülfen des ANs. 142 ff.
- Entgelt. (Fortsetzung.)
 — repartierter bei Sachleistung neben Arbeit 190.
 — — und Schadensersatz, Abgrenzung 135 f.
 — — Schadensersatzfunktion 147 ff. 639.
 — — Stundung 373. 375.
 — — und Tarifvertrag 175. 770.
 — — Taxen 133 f. 175.
 — — Thun als 157 ff.
 — — übermäßiger 172 ff.
 — — Umfang 164.
 — — unmoralische Zusage 176.
 — — Unterlassung als 156.
 — — unverbindliche Zusage 175.
 — — Vereinbarung 120 ff.
 — — — ausdrückliche 121.
 — — — Fehlen und Unvollständigkeit derselben 129 ff.
 — — — stillschweigende, insbes. aus den Umständen folgende 121 ff.
 — — — im Vollzug gelegen 120.
 — — Vermögenswert 153 f.
 — — Verwirkung 452 ff., s. dort.
 — — Verzinsung wegen Verzugs 357.
 — — Zeit der Entrichtung 165, s. Zahlungszeit.
 — — Zurückbehaltung 423 ff., s. dort.
 Entgeltanspruch, und Endigung der Vertragszeit 637.
 — — und Entschädigungsanspruch 639.
 — — Verlust des — bei unbefristeter Kündigung 644 ff.
 Entschädigung s. Schadensersatz.
 Erdruschanteil als Entgelt 697'.
 Erfüllungstatsatt, Leistung an s. Leistung an Zahlungsstatt.
 Erlass als Entgelt 156 f.
 Ermächtigung, des ANs. durch den AG. 221, s. auch Vollmacht.
 — — Handlungsunfähiger zur Eingehung von AVV. 253. 258.
 — — und Kündigung 566/67.
 — — Minderjähriger zur Empfangnahme des Entgelts 166.
 Ersatz s. Auslagenersatz. Aufwendungen. Schadensersatz.
 Erwerbsgelegenheit als Entgelt 156. 689. 698 ff.
 — — und Berufsausbildung des Lehrlings 693.
 — — und Direktion der Arbeit 705.
 — — Einbehaltung 727.
 — — und Empfänger der Arbeit 698.
 — — Erwerb von Trinkgeld 702 ff., s. auch Trinkgelderwerbsgelegenheit.
 — — von Lebensmitteln 709 ff., s. auch Landnutzung.
 — — Gröfse der Vergütung 701.
 — — Landnutzung s. dort.
 — — und Pacht 706 f. 709 f.

Erwerbsgelegenheit. (Fortsetz.)

- und Provision 698.
- quantitative Unbestimmtheit 735.
- und Tonnenpacht 708.
- im Verlagsvertrag 297. 702. 716.
- und Verrichtung der Arbeit durch Dritte 699.
- Zeitaufwand für die Realisierung 743.
- Extrastunde 500⁴, s. auch Überzeit.

Fabrikordnung s. Arbeitsordnung.

Fälligkeit der Arbeit 474.

Fälligkeit des Entgelts 362 ff.,

641.

— und Aufrechnung des ANs. gegen

den AG. 363.

— und Einrede des nichterfüllten

Vertrags 373.

— bei Endigung der Vertragszeit

368. 641.

— bei Leistung der Arbeit mittels

Dritter 103⁴.

— Suspendierung der — bei Endigung

des Arbeitsverhältnisses 371.

— und unbefristete Kündigung 365.

— und Verwirkung 458.

Fautfracht 651².

Fehlerhaftigkeit der Arbeits-

leistung 374¹.Feierschicht 498⁵.

Feiertag und Zahlungszeit 348.

„Feste Bezüge“ 165³. 350. 585.

— und Naturallohn 731.

„Feste Fristen“ 347.

Finderlohn 122.

Flößführer, AV. des 320 f.

— Aufrechnungsverbot 412.

— Dienstvertrag (Dienstflößer) 321.

— Einbehaltung der Vergütung, Be-

schränkung 445 f.

— und Frachtflößer 320.

— Kündigung 533. 548. 554. 557³. 615.

Flößmann, Dienstvertrag 319.

— Aufrechnungsverbot 412.

— Kündigung 533. 548. 554. 605. 615.

— Naturalvergütung 671.

— Zahlungszeit 365.

Formular s. Vertragsformular.

Forstarbeiter, Fortbestand der

Naturalvergütung 753.

Fracht, Schadensersatzfunktion der

640.

Frachtbrief 248.

Frachtflößer, reiner, AV. des

319 f

— Dienst- oder Werkvertrag 320.

Frachtgeschäft.

— mit der Eisenbahn 32³, s. auch dort.

— Empfänger 109.

— Form (äußere) 248.

— des Frachtflözers 320.

Frachtgeschäft. (Fortsetzung.)

— Frachtführer hat keine unbefristete

Kündigung 626.

— Güterbeförderung auf Binnen-

wasser 317 f.

— — Arbeitszeit 487¹.

— — und zu Land 185 ff.

— — als Typus des AVs. 294.

— Güterbeförderung zur See 185 ff.

— — Fehlen der Entgeltvereinbarung

132.

— — Leistung an Zahlungsstatt 677.

— — als Typus des AVs. 294.

— — unbefristete Kündigung 625.

— Personenbeförderung 187 f. 196 f.,

s. auch Beförderungsvertrag des

Auswanderers.

— — zur See 295.

— — unbefristete Kündigung 625.

— Pfandrecht des ANs. 385.

— Pränumeration der Vergütung 367.

— unbefristete Kündigung 609.

— Zahlungszeit 365.

Freileute 711².

Führen, freie als Entgelt 162. 691 f.

Gastwirtsgehülfen, Trinkgeld-

erwerbsgelegenheit 703 ff.

— — Abschaffung 753.

— — Beschränkung der Ruhezeit

durch 743.

— Wohnungsverhältnisse 741.

Gebrauchsunterlassung (s. auch

Sachleistung neben Arbeit).

— gegen Arbeit oder AV. mit

Naturalvergütung 687 ff.

— neben Arbeit 178. 189 Nr. 3.

— — gesetzliche Vorschriften 185 ff.

— — Rechtscharakter des absor-

bierenden Vertrags 201 ff.

— ohne Arbeitsleistung 180 ff.

— einer herzustellenden Sache 189.

199. 204.

Gebrauchsunterlassungsvertrag

49 f.

Gedinge 331¹.Gedingehäuer, Schichtlohn 352¹.

Gefahr des ANs., und Akkord 341.

— und Kreditierung des Entgelts 377.

Gegenarbeit, System der 159 f.

Gehülfen des ANs.

— Arbeit der — ist für den AN.

Vermögensaufwand 102.

— Beschlagnahme ihres Lohnes aus-

geschlossen 144.

— Empfangsbevollmächtigung für den

Entgelt des ANs. 168.

— Entlassung durch den AG. 105.

— Entlohnung durch den AG. 105.

— Entlohnung aus Trinkgeldeinnah-

men des ANs. 706.

- Gehülfen des ANs. (Fortsetzung.)
 — Ersparung ihrer Löhne bei Nichtleistung der Arbeit 145 ff.
 — Erwerbsgelegenheit als Entgelt 699.
 — ihr Lohn der Aufrechnung seitens des AGs. entzogen 145. 402.
 — Rechtsverhältnis zum AN. 101.
 — Verhältnis zum AG. 102 f.
 Geldvergütung 154 f.
 Gemeindevertreter als AN. der Gemeinde 255.
 Genufsmittel als Entgelt 690.
 Gerichtsvollzieher, AV. des.
 — Kontrahierungszwang 261.
 — Hindernisse seiner Vertragsschließung 255. 262.
 (Geschäftsbesorgung (vereinbarte)
 — und Arbeit an der Person des AGs. 280.
 — und Aufbewahrung' 288.
 — Begriff 275 ff.
 — durch Dienst- oder Werkvertrag 268. 270. 274 ff.
 — — als Arbeit 276.
 — — und Auftrag 281, s. auch dort.
 — — Aufwendungen 138. 183. 185. 194.
 — — Auslagenvorschufs 642 f.
 — — und Kommissionsgeschäft 293.
 — — Kündigung bei Vertrauensdienst 600.
 — — Minderjährige 277.
 — — Pflichten ohne entsprechende Vereinbarung 243¹.
 — — und rechtsanwaltlicher AV. 316.
 — — Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 642 f.
 — — von Naturalleistungen zur Ermöglichung der G. 681.
 — — Thatbestand 275 ff.
 — — und Vornahme von Rechtsgeschäften 90. 276.
 — und Geschäftsführung ohne Auftrag 276².
 — und gewerbliche Arbeit 280.
 Geschäftsfähigkeit, beschränkte, s. Handlungsunfähigkeit.
 — des Entgeltschuldners 125¹.
 Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H., Widerruf der Bestellung 559. 564. 614.
 Geschäftsführung ohne Auftrag.
 — und AV. 33.
 — Aufwendungen, Ersatz der 137.
 — und Geschäftsbesorgung (vereinbarte) 276².
 — handelsgewerbliche, Entgelt 123.
 — stillschweigende Entgeltvereinbarung abgeschlossen 122.
 Geschäftsgeheimnisse, Mittheilung von 653⁴.
 Geschäftsräume 292.
 Geschäftsunfähigkeit s. Handlungsunfähigkeit.
 Gesellschaftsvertrag.
 — Arbeit als Beitrag 39.
 — und Arbeitsvertrag 6. 37 ff.
 — und Tarifvertrag 755.
 „Gesetzliche Befugnisse“ des ANs. 227.
 „Gesetzliche Verpflichtungen“ 245.
 Gesinde.
 — Arbeitsvertrag 17. 27. 268.
 — Arbeitszeit 484.
 — Begriff schwankt 17 ff.
 — ländliches, Schwierigkeit der Unterscheidung von andern ländlichen Arbeitern 18 f.
 — Naturalvergütung 674. 754.
 — Nichterfüllung der Schutzpflicht des AGs. 665.
 — Schadensersatzpflicht bei unbefristeter Kündigung 650¹.
 Gewerbebetrieb im Umherziehen 304¹.
 — selbständiger 307.
 Gewerbetreibende, selbständige.
 — Definition 306.
 — und gewerbliche Arbeiter 313.
 — im Umherziehen 307.
 — und Zwischenmeister 306.
 Gewerblicher Arbeitsvertrag
 — AG., Persönlichkeit des 303 ff.
 — AN. 307 ff.
 — Arbeitsstätte 310.
 — Arbeitszeit 477.
 — Arten 309.
 — Aufrechnungsverbot 411 ff.
 — Ausschluss der Kündigung 629 ff.
 — Barzahlung 411 ff.
 — Dienst- oder Werkvertrag 314 f.
 — Einbehaltung des Lohns, Beschränkung 444 ff., s. auch dort.
 — Gehülfe des ANs. an der Arbeitsstätte des AGs. 313.
 — gesellschaftlicher Rang der Kontrahenten 299.
 — gewerbliche Arbeit 299 ff.
 — gewerbliche Arbeiter 307 ff.
 — — Arten derselben 308.
 — — Gehülfen derselben 313.
 — — und Zwischenmeister 312.
 — und handelsgewerbliche AVV. 301 f.
 — häusliche Dienstleistungen 747³.
 — häusliche Gemeinschaft 673.
 — und Heimarbeiter 311.
 — höhere Angestellte (Betriebsbeamte etc.) s. Höhere Angestellte.
 — Kündigung 543 f.
 — — befristete 585. 588. 731.

Gewerblicher Arbeitsvertrag
(Fortsetzung.)

- Kündigung. (Fortsetzung.)
- — einseitig vorbehalten 556 f.
- bei natürlicher Begrenzung 535.
- Parität der Kündigungsfrist 556. 538 ff.
- — unbefristete 364. 378. 605. 608 f. 613. 619. 732.
- — bei vertraglicher Endbestimmung 548.
- Leistung an Zahlungsstatt und Naturalvergütung 677 ff.
- Naturalvergütung 672. 724 f. 736/37.
- Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 643.
- selbständige Gewerbetreibende 305 ff.
- Schadensersatzpflicht des Empfängers der Kündigung 648.
- Truckverbot s. dort.
- als Typus des AVs. 298 ff.
- Verwirkung des Lohns 460 ff., s. auch dort.

Gewinnbeteiligung 40. 715/6.

Grundformen des AVs. 93. 330 ff., 339, s. auch Akkord. Zeitlohnvertrag.

- und Dienstvertrag 343.
- Kombinationen derselben 339. 720.
- und Typen des AVs. 342 ff.
- und Werkvertrag 343.

Gruppenakkord 40³. 341.

Güterbeförderung 185 ff., s. auch Frachtgeschäft.

Gutgeld 463².**Halbe Kost** 690⁵.Halblohn 672¹.

Halbstückerarbeit 710 f.

Handelsgebrauch 772.

Handelsgewerbe und gewerblicher AV. 301 f.

Handelskauf einer vom Verkäufer herzustellenden Sache 183. 211.

Handelsmäkler, AV. des.

- Arbeitsleistung an beide Parteien 109.
- und Civilmäkler 233¹.

- Fehlen der Entgeltvereinbarung 132.
- als Typus des AVs. 293.

Handlungsagent s. Agenturvertrag.

Handlungsgehülfe, Dienstvertrag.

- AG. 290.

— Anspruch auf Gehalt und Unterhalt bei unbefristeter Kündigung 640.

— Einbehaltungsvertrag ausgeschlossenen 439. 444¹.

- Fälligkeit der Vergütung bei Endigung 369.

Handlungsgehülfe. (Fortsetzung.)

- Fehlen der Entgeltvereinbarung 131.
- und gewerblicher AV. 302.
- und Handlungsagent 292.
- häusliche Gemeinschaft s. dort.
- Konkurrenzklausele 264. 651.
- Kündigung 549.
- — bei Anstellung zur Aushülfe 534. 593 f.
- — befristete 585. 592 ff. 731.
- — einseitig vorbehalten 556 f.
- — Parität der Kündigungsfrist 556 f.
- — unbefristete 364. 619. 731 f.
- — bei vereinbarter Minimaldauer 550 ff.
- — bei vertraglicher Endbestimmung 554.
- — und Zurückbehaltungsrecht des H. 378.
- Pränumeration der Vergütung 367².
- Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 643.
- Schadensersatzpflicht des Empfängers der Kündigung 648.
- Schutzpflicht des AGs. 241. 667.
- Stundung der Vergütung 376.
- als Typus des AVs. 290 f.
- Unterhalt 668.
- Verweigerung der Vergütung 364 f.
- Zahlungszeit 365.
- Zeitverlust bei Empfang des Entgelts 357.

Handlungslehrling, s. Lehrvertrag. — kommerzieller.

Handlungsunfähigkeit 249 ff., s. auch Ermächtigung. Minderjährige.

— Kinder als AN. 250.

- und Unmöglichkeit der Leistung 250.

— und Vertretung 251, s. auch diese.

Hausbrandkohlen als Naturalvergütung 686.

Hausgewerbetreibenders. Heimarbeiter.

Haushaltplan einer Berufsgenossenschaft 231.

Hausindustrieller, s. Heimarbeiter.

Häusliche Gemeinschaft, Aufnahme in die des AGs.

- Arbeitszeit 476. 484 f.

— Begriff 658 ff.

— Beköstigung 661.

— Binnenschiffer, Binnenschiffsmannschaft 673.

— Dienstvertrag 242. 657 ff.

— entgeltliche 657.

— freiheitsbeschränkende Wirkung 745 f. 749.

— freiwillige 658.

Häusliche Gemeinschaft. (Fortsetzung.)

- gewerblicher AV. 673.
- Handlungsgehülfe 242. 667 f.
- juristische Person als AG. 661 f.
- Klagbarkeit der Verpflichtungen des AGs. 241. 666.
- und Kostgemeinschaft 661.
- Lehrvertrag 673.
- und Nachtarbeit der Bäcker 752⁴.
- und Naturalvergütung 657.
- Pflichten des ANs. aus ihr 749 f.
- qualitative Unbestimmtheit der Naturalvergütung 737.
- Rechte des AGs. aus ihr 748 ff.
- Umsetzbarkeit beschränkt 742.
- Verlängerung der Arbeitszeit durch 744.
- Verpflegung und ärztliche Behandlung 662 f.
- — als Leistung an Zahlungsstatt 677.
- Wohnung 659.
- Hausordnung 228³, s. auch Arbeitsordnung.
- Hausverwalter, AN., nicht Mieter 688.
- Heimarbeiter, AV. des.
 - und gewerblicher AV. 311.
 - und natürliche Begrenzung des Akkordverhältnisses 529³.
- Stoffbeschaffung 184, s. auch Sachherstellung.
- unselbständige 311³.
- Werkvertrag über Sachherstellung 209.
 - als Zwischenmeister 312¹.
- Heizmittel als Naturalvergütung 692.
- Herstellung von Sachen, s. Sachherstellung.
- Herüberarbeiter 158.
- Heuer, Schadensersatzfunktion der 640.
 - und Unterhalt 668.
- Heuerleute, Heuerlinge 692.
- Heuervertrag.
 - Pfandrecht der Schiffsbesatzung 385.
 - des Schiffers (zur See) 294. 317.
 - — Erwerbsgelegenheit 705¹.
 - — Kündigung 533. 548. 608. 612. 615.
 - — Naturalvergütung 668 f.
 - — Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 643.
 - — Verpflegung in Krankheit 669.
 - des Seemanns 316 f.
 - — Beköstigung 670.
 - — Dienstantritt 517¹.
 - — Fehlen der Entgeltvereinbarung 133.

Heuervertrag. (Fortsetzung.)

- des Seemanns. (Fortsetzung.)
- — Kündigung 546. 548. 558. 601¹. 609. 615. 619.
- — Naturalvergütung 668 ff. 738². 753.
- — Schriftlichkeit 247.
- — Tarifvertrag 789.
- — Verjährung des Entgeltanspruchs 363⁵.
- — Verpflegung in Krankheit 671.
- — Verwirkung der Heuer 454². 456¹.
- — Vorschufszahlung 389⁴.
- — Zahlungszeit 365.
- Hochmieter 711².
- Höhere Angestellte des Gewerbes, Dienstvertrag 314.
 - Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen bei unbefristeter Kündigung 640.
 - Konkurrenzklause 264. 651.
 - Kündigung:
 - — befristete 585. 592 ff. 731.
 - — bei Anstellung zur Aushülfe 534.
 - — einseitig vorbehalten 556 f.
 - — Parität der Kündigungsfrist 555 f.
 - — unbefristete 364. 733.
 - — bei vereinbarter Minimaldauer 552.
 - — bei vertraglicher Endbestimmung 548. 554.
- Hülfleistung (in Seenot etc.) s. Bergung.
- Hungerlöhne 171 f.

Inhalt des AVs. 217 ff.

- autonom vorgezeichneter 235, s. auch Tarifvertrag.
- einseitige Bestimmung 227.
- gesetzlich vorgezeichneter 230.
- Rubriken, gesetzlich vorgezeichnet 230.
- unwesentlicher 217 ff.
- — Moral- und Rechtsschranken 218.
- — Vollmacht des ANs. 221 ff.
- Vorzeichnung durch Dritte 229.
- wesentlicher, positiv und negativ: 32 f.
- Instverhältnis 99².
 - Arbeitszeit 483.
 - Landnutzung als Arbeitsentgelt 711.
 - patriarchalischer Charakter 734.
 - Rechtsnatur 483. 711 f.
- Inwohner 711².

Juristische Person, als AG. oder AN. 62 f.

- Juristische Person. (Fortsetzung.)**
 — Arbeitskraft der 270¹.
 — Handlungsfähigkeit bei Eingehung von AVV. 249.
 — häusliche Gemeinschaft mit ihr als AG. 661f.
 — Tarifvertrag mit ihr 765.
- Mahnmiete 203².**
Kaltstellung des Schauspielers 116².
Kapitän s. Binnenschiffer. Heuervertrag.
Kassierung der Vergütung s. Verwirkung.
Kauf, Abgrenzung vom AV. 41ff.
 — Absorption einer Arbeitsleistung 183. 207.
 — Grenzen im BGB. 42.
 — Kumulation mit AV. 192f.
Kautions des AGs. 386f.
 — des ANs. 432. 681, s. auch Einbehaltung, — kausionale.
Kautionschwindel 387.
Kellner s. Gastwirtsgehilfen.
Kind, gesetzliche Arbeitsverpflichtung gegenüber den Eltern 33.
 — — und AV. mit den Eltern 257 ff.
 — Handlungsunfähigkeit und AV. 250.
Kinderarbeit 76 ff.
 — rechtswidrige 113.
 — Verbote 250.
Kleidung als Entgelt 690.
Koalition 766. 771 f. 773/4. 777².
Koalitionsfreiheit, Beschränkung durch AV. 218¹.
 — — durch Tarifvertrag 760.
 — und Kündigungsgründe 621 f.
Koalitions-moral 117.
Kollektive Vertragsschließung (s. auch Tarifvertrag) 756.
Kombinationen von Akkord und Zeitlohnvertrag 339. 720.
Kommissionsgeschäft 293.
 — Pfandrecht des Kommissionärs 385.
 — Provision ohne Vereinbarung 131.
 — Verwirkung der Provision 454².
 — Zahlungszeit 365.
Kompensation s. Aufrechnung.
Konkurrenz-klausel 264. 651.
 — — und Minderjährigkeit 254¹.
Konkurs des AGs. und Kündigungsfrist 594.
Konkursprivileg des ANs. 382.
Konsumtibilien als Naturalver-gütung 689 ff.
 — — qualitative Unbestimmtheit 736.
Kontogelder 724¹.
Kontrahierungszwang 260 f.
- Kontraktbruch.**
 — und Aufhebung eines Mietverhältnisses zwischen AG. und AN. 652.
 — und Einbehaltung der Vergütung 446 f.
 — — zur Verwirkung 449.
 — und Länge der vertragsmäßigen Zeit 545.
 — und mangelhafte Naturalver-gütung 741⁴/42.
 — und Verwirkung der Vergütung 457. 461.
Konventionalstrafe.
 — auf gesetzlich zugelassene Kündigung 555¹.
 — Lohneinbehaltung zur Sicherung einer 446. 727 f.
 — und Tarifvertragsbruch 777 f.
 — und Verwirkung der Vergütung 456.
Korrespondentrheder, AV. des 296.
 — Entgeltanspruch bei unbefristeter Kündigung 637.
 — Widerruf der Bestellung 559. 563.
Kost s. Beköstigung.
Kostgeld 392. 422. 693.
 — Zahlungszeit 724.
Kostgemeinschaft 661. 738.
Kötter 692.
Kreditierung des Entgelts 371 ff.
 — von Waren durch den AG. s. Truckverbot.
 — Gefahr für den AN. 377.
 — — und gesetzliches Pfandrecht 383. 725.
 — — und Suspendierung der Vorleistungspflicht 381 f.
 — — und Vorschuss- und Abschlagszahlung 387 ff.
 — — und Vorzugsrecht im Konkurs des AGs. 382. 725.
 — — und Zurückbehaltungsrecht des ANs. 377 ff.
 — im ökonomischen und im Rechts-sinn 375.
Kreditierungsverbot s. Truckverbot.
Kündbarkeitstag (Kündigungs-tag) 523.
Kundenmüllerei 181.
Kündigung des AVs. 561 ff.
 — Ausschluss der, sogenannter 562. 627.
 — bedingte 575 ff.
 — — moralwidrige 578.
 — — Rückziehung der Bedingung 580.
 — befristete 581 ff., s. auch Kündigung-sfrist.
 — — Änderung der Befristung 595 ff.
 — — und Arbeitsordnung 588 ff.
 — — Arten der Befristung 583.

Kündigung. (Fortsetzung.)
 — befristete. (Fortsetzung.)
 — — Ausschluss der 617. 626 ff.
 — — bedingte 580 f.
 — — und bedingte K. mit Zeitbestimmung 578.
 — — einseitige Verlängerung der Befristung 595 ff.
 — — und Entfristung der K. 628 ff.
 — — Festsetzung der Befristung erst bei der K. 584.
 — — und Frist der Unkündbarkeit 582.
 — — gesetzliche Befristung 585.
 — — und Konkurs des AGs. 594.
 — — Kostenfreiheit 646.
 — — und Kündigungsbeschränkung 582.
 — — und Naturalvergütung 718^a. 730 f.
 — — Nichtigkeit der Vereinbarung ungleicher Fristen 591.
 — — Parität der Kündigungsfrist 556. 588 ff.
 — — Rückziehung der Bedingung 581.
 — — und Schadensersatzpflicht des ANs. 601.
 — — — und Tarifvertrag 589/90. 779.
 — — ungültige, Konversion 570.
 — — vor Vollwirksamkeit des AVs. 518 ff.
 — — vorzeitige 598.
 — — durch Dritte 565.
 — — des Ehemanns bei AV. der Ehefrau s. Ehemann.
 — — einseitig vorbehaltene bei vertragl. Endbestimmung 555 f.
 — — und Parität der Kündigungsfrist 557.
 — — Empfang 567, Empfänger 566.
 — — und Endigung eines Mietverhältnisses zwischen AG. und AN. 652.
 — — entfristete 628 ff.
 — — — und Akkordarbeit 634.
 — — — Anwendungsgebiet 632.
 — — — Kostenfreiheit 647.
 — — — und Kündbarkeitsbeschränkung 633.
 — — — und obligatorische Arbeitsordnung 630^a. 631.
 — — — Paritätserfordernis 628.
 — — — ohne Vereinbarung der Entfristung 631.
 — — — Erschwerung durch Lohneinbehaltung 443¹. 446.
 — — — an Handlungsunfähige 566.
 — — — Konversion einer ungültigen 568.
 — — — Legitimation des Kündigenden 564 f.
 — — — moralwidriger einseitiger Kündigungsvorbehalt 556^a.

Lotmar, Arbeitsvertrag.

Kündigung. (Fortsetzung.)
 — und Naturalvergütung 730 ff. 741¹/42.
 — und natürliche Begrenzung 532.
 — — Rückgängigmachung durch Vertrag 574.
 — — und Schadensersatzpflicht 646 ff.
 — — Schriftlichkeit 564.
 — — Terminologie 562 ff.
 — — unbefristete 602 ff.
 — — — Anwendungsgebiet 603.
 — — — und Aufrechnung 410^a. 412.
 — — — bedingte 578 ff.
 — — — und Bestandsicherung 611. 617.
 — — — und Einbehaltung 438.
 — — — einseitig zustehende 605.
 — — — Entziehung durch Privatdisposition 608.
 — — — und entfristete K. 632.
 — — — Ersetzung durch befristete 598 ff. 608 ff.
 — — — bei laufender Kündigungsfrist 573.
 — — — moralwidrige 603.
 — — — und natürliche Begrenzung 611.
 — — — und Nichterfüllung der Schutzpflicht des AGs. 665.
 — — — und Nichtgewährung der Vergütung 364.
 — — — durch Privatdisposition verliehene 604. 625 ff.
 — — — Rechtswirkung 603.
 — — — sachliche Beschränkung 614 ff.
 — — — und Schadenersatzanspruch des ANs. 601.
 — — — spezielle Gründe 607. 618 ff. 784¹/85.
 — — — Thatbestand 602.
 — — — ungültige, Konversion in befristete 569.
 — — — unmoralische Ausschließung spezieller Gründe 623.
 — — — — Beifügung desgl. 621.
 — — — und Verlust des Entgeltanspruchs 644.
 — — — und vertragswidriges Verhalten 618¹.
 — — — und Vertrauensstellung des ANs. 610.
 — — — vor Vollwirksamkeit des AVs. 519 f.
 — — — Voraussetzungen 603. 606.
 — — — aus wichtigem Grund 520. 606. 616 ff.
 — — — und Zahlungszeit 354.
 — — — zeitliche Beschränkung u. Erweiterung 612 ff.
 — — — und Zurückbehaltungsrecht des ANs. 378.
 — — — ungültige 568.
 — — — unmoralische 568².

Kündigung. (Fortsetzung.)

- zur Unzeit 647⁴.
- bei vertraglicher Endbestimmung 547 ff. 553 ff. 611.
- vor Vollwirksamkeit des AVs. 518 ff.
- Widerruf der 571 ff.
- — bedingter 575.
- — Einwilligung in den ungültigen 574.
- — qualifizierter (partieller) 573.
- Kündbarkeitsbeschränkung und Befristung der Kündigung 582/3.
- und entfristete Kündigung 633.
- Kündigungsfreiheit, ökonomische Beschränkung 446. 591.
- ungleiche Beschränkung der 591¹.
- Kündigungsfrist, s. auch Kündigung — befristete.
- und Bestandsicherung 523.
- und Frist der Unkündbarkeit 522³.
- gesetzliche 585.
- und lohnmessender Zeitabschnitt 511.
- Paritätserfordernis 556 ff.
- Kündigungsrecht 604³.

Lagergeld bei nicht vereinbarter Lagerung 123.**Lagergeschäft** 294.

- Fälligkeit des Ersatzes der baren Auslagen 375².
- Fehlen der Entgeltvereinbarung 192.
- Kündigung 549. 559. 585. 599. 621².
- — Kostenfreiheit 647.
- Pfandrecht des Lagerhalters 385.
- Zahlungszeit 365.

Lagerzeit 469. 540¹.**Landarbeiter, Abgrenzung vom ländlichen Gesinde** 18 ff.

- Arbeitszeit 483.
- Auslieferung an die partikularen Gesinderechte 19.
- Freiheitsbeschränkung durch Naturalvergütung 745.
- mangelnde Berücksichtigung im BGB. 20.
- ständige, Fortbestand der Naturalvergütung 753.
- Verdrängung der Natural- durch Geldvergütung 751 f.
- Wohnungsverhältnisse 740.

Landnutzung als Entgelt 709 ff.

- Jahreslohncharakter 719.
- und Pacht 709 f.
- qualitative Unbestimmtheit 736.
- Teilung 729.
- Umsetzbarkeit beschränkt 742.
- Verkürzung der Ruhezeit 743.

Lebensmittel als Entgelt 690.**Lehrling: Arbeitgeber oder Arbeitnehmer** 80¹.**Lehrlingsskala** 263. 763.**Lehrlingszüchtere** 694.**Lehrverhältnis, eigentliches** 79.

- uneigentliches 80.
- — berufliche Ausbildung als Naturalvergütung 693. 742.

Lehrvertrag.

- Genehmigung des Vormundschaftsgerichts 252. 543.
- gesetzliche Endbestimmung 538 f.
- gewerblicher 304.
- — Entschädigung des Lehrern bei Kontraktbruch des Lehrlings 546.
- — gesetzliche Inhaltsrubriken 231.
- — häusliche Gemeinschaft 673.
- — Kündigungsgründe 620.
- — unbefristete Kündigung und Fälligkeit der Vergütung 364.
- — Zurückbehaltungsrecht des Lehrlings 378.
- häusliche Dienstleistungen 747 f.
- kommerzieller 291.
- — und gewerblicher AV. 302.
- — häusliche Gemeinschaft 667.
- — Konkurrenzklausele 264. 651.
- — unbefristete Kündigung 612. 624².
- — wichtiger Kündigungsgrund 617.
- — Zahlungszeit 365².
- Kündigung 548. 558. 585. 605. 609 f. 613. 615.
- Probezeit 610. 613. 615.
- Schriftlichkeit 248.
- Vertragszeit (Lehrzeit) 509.
- Zeugnispflicht des Lehrern 651.

Lehrzeit 509.**Leibrente und Vergütung im AV.** 151 f.

- und Zahlungsperiode 347⁵.

Leibzüchter 692.**Leistung an Zahlungsstatt.**

- und Anrechnung von Verpflegungskosten 663.
- und Aufrechnung 414. 416.
- und Gegenarbeit 159/60.
- und Naturalvergütung 676 ff.

Leistungsverzug s. auch Verzug.

- des AGs. durch Einbehaltung ohne Einbehaltungsvertrag 438.
- des ANs., und natürliche Begrenzung 529.
- des Dienstberechtigten durch Nichterfüllung der Schutzpflicht 241.
- und Unterzeit 499.

Leistungszeit 345¹.**Lieferzeit.**

- und Arbeitszeit 471. 483.
- und Direktion der Arbeit 472.
- und Kündigung 549. 559.
- und vertragliche Endbestimmung bei Akkorden 531.

Lieferzeit. (Fortsetzung.)
 — und Vertragszeit 473.
Liegegeld 668.
Locatio conductio.
 — und depositum 286.
 — operarum und Zeitlohnvertrag 341.
 — operis und Akkord 341.
 — — und Werkvertrag 272.
 — Terminologie 51f.
Lockspitzel, unmoralische Arbeit 116.
Lohn s. Entgelt.
Lohnbäckerei 181.
Lohnbücher 231.
Lohneinbehaltung s. Einbehaltung.
Lohneinheit 164f.
Lohnfabriken 182¹.
Lohnmessender Zeitabschnitt.
 — und Arbeitsperiode 490.
 — und Arbeitszeit 338. 468.
 — und Kündigungsfrist 511. 586.
 — und Überzeit 501.
 — und Vertragszeit 338. 511.
 — und Zahlungszeit 338. 349. 351.
Lohnperiode, Löhnungsperiode s. Zahlungsperiode.
Lohnsatz 164f.
Lohnwerk 181¹.
Lohnzahlung s. Zahlungszeit.
Lohnzahlungsbücher 248².
Mähersuppe 689¹.
Mahlgeld 715.
Mäklervertrag.
 — Arbeit des Mäklers 283.
 — — als Leistung aus dem Vertrag 284.
 — Arbeit als Vergütung 161.
 — Aufwendungen, Ersatz von 138.
 — und Dienst- oder Werkvertrag, insbes. über Geschäftsbesorgung 281f. 288f. 326.
 — Empfänger der Arbeit des Mäklers 109.
 — Gebrauchsüberlassung als Entgelt, oder Miete 688.
 — Kündigung 534. 603².
 — Naturalvergütung 728f.
 — Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 643.
 — Stellenvermittlung, Einschreibegebühr 367.
 — stillschweigende Entgeltvereinbarung 124. 284.
 — als Typus des AVs. 281ff.
 — Unvollständigkeit der Entgeltvereinbarung 133f.
 — wucherischer 172. 709. 728f.
 — Zahlungszeit 365.
Maschinenleihe 182.

Maschinenlohnarbeit 181f.
Mehrheitsakkord 335, s. Stücklohnvertrag.
Meistergeschirr 683¹.
Miete (s. auch Gebrauchsüberlassung).
 — Abgrenzung vom AV. 47ff.
 — Absorption einer Arbeitsleistung 204ff.
 — oder AV. mit Sachnutzung als Entgelt 687ff.
 — einer herzustellenden Sache 204ff.
 — — Stoffbeschaffung durch den Vermieter 205f.
 — Kumulation mit AV. 192f.
 — Terminologie mit dem AV. gemeinsam 51f.
 — Zeitlohn möglich wie beim AV. 48.
Mietverhältnis zwischen AG. und AN. und Endigung des Arbeitsverhältnisses 652.
Minderarbeit 498.
Minderjährige s. auch Handlungsunfähigkeit. Vertretung.
 — Arbeitsbuch bei gewerbl. AV. 248.
 — Aufrechnungsvertrag 409.
 — Einwilligung des gesetzl. Vertreters zur Eingehung von AVV. 252.
 — Empfangnahme des Entgelts 166.
 — Ermächtigung zur Eingehung von AVV. 253.
 — — desgl. von Dienst- od. Werkvertrag über Geschäftsbesorgg. 277.
 — Kündigung durch 565.
 — Vorschufs- und Abschlagszahlung an 394.
Minimallohn 759¹.
Miteigentum am Objekt der Vergütung unter AG. und AN. 729.
Musterarbeitsverträge 229¹.
Musterrolle (s. auch Anmusterung).
 — und Beköstigung des Schiffsmanns 670.
Nachfrist bei Nichteinhaltung der Lieferzeit 532.
Nacharbeit, der Bäcker 752⁴.
 — von Frauen und Jugendlichen, Verbot 114.
 — und Überzeit 505.
Nahrung als Entgelt s. Beköstigung.
Naturalleistung des AGs. zur Ermöglichung der Arbeit 680ff.
 — an Zahlungsstatt 676ff.
Naturalvergütung 163f. 654ff. (s. auch Erwerbsgelegenheit).
 — und Abbruch des Zeitlohnvertrags 729.
 — und ärztliche Behandlung 662. 686.
 — Aufrechnung gegen 726.
 — und Aufrechnung gegen kreditierte Naturalleistungen 679.

Naturalvergütung. (Fortsetzung.)

- Begriff 163 f.
 - Einbehaltung 727 f.
 - freiheitsbeschränkende Wirkung 744 ff.
 - Gebrauchsüberlassung 687.
 - und gewerblicher Großbetrieb 751.
 - und Grundformen 716 ff.
 - Herabsetzung 728.
 - historisches Verhältnis zur Geldvergütung 751.
 - und Kombination von Zeitlohnvertrag und Akkord 720.
 - und Kündigung 730 ff.
 - und Leistung an Zahlungsstatt 676 ff.
 - und Maschinerie 752.
 - und Naturalleistung des AGs. zur Ermöglichung der Arbeit 680 ff.
 - patriarchalischer Charakter 733 f.
 - Prä- und Postnumeratation 368.
 - qualitative Unbestimmtheit 736 ff.
 - quantitative Unbestimmtheit 735 f.
 - Streitigkeiten über 741.
 - Teilbarkeit 728.
 - und Überzeit 689¹.
 - Umfang 695.
 - Verdrängung in der Landwirtschaft 751 f.
 - und Verpflegung in Krankheit 662. 664¹.
 - Verwirkung 728.
 - und Wohlfahrtseinrichtung 684 ff.
 - Zahlungszeit 723.
 - Zurückbehaltung 726.
- Natürliche Begrenzung der Vertragszeit 525 ff.**
- Begriff 525.
 - und Beschränktheit der einzelnen Arbeitsaufgabe 529.
 - und Endbestimmung 526. 530.
 - und entfristete Kündigung 632.
 - und Grundformen 526 ff.
 - und Kündigung 532 ff.
 - Terminologie 525.
 - Umwandlung in unbestimmte Vertragszeit 536 f.
 - und „vertragsmäßige Zeit“ 542.
 - und Verzug 529 f.
- Nebenschicht 505.**
- Negotiorum gestio (s. auch Geschäftsführung ohne Auftrag) 277¹.**
- Nichtigkeit der Arbeitszusage 110 f.**
- der Entgeltzusage 170 ff.
- Obkellner, Rechtsverhältnis zum Wirt 707.**
- Offerte zur Eingehung eines AVs. und Kontrahierungszwang 260.**
- Ortsgebrauch.**
- und Arbeitsvereinbarung 69 f.
 - und Arbeitszeit 478.

Ortsgebrauch. (Fortsetzung.)

- und Befristung der Kündigung 584.
 - und Fehlen der Entgeltvereinbarung 132 f.
 - und Dauer der Lehrzeit 515¹.
 - und Tarifvertrag 772.
 - und Zahlungszeit 361.
- Ortsüblicher Tagelohn 352².**

Pacht (s. auch Miete).

- und AV. mit Trinkgelderwerb Gelegenheit als Entgelt 706 f.
- und AV. mit Landnutzung als Entgelt 710 f.
- Kombination mit AV. 692.
- und Landnutzung als Entgelt für Arbeit 709 f.

Partiarische Löhnung 165.

- bei Akkord und Zeitlohnvertrag 322.
- Entnahme aus dem Arbeitsprodukt 697.
- Fälligkeit bei Endigung des Arbeitsverhältnisses 371.
- Prä- und Postnumeratation 368.

Patriarchalismus und Naturalvergütung 733 ff.**Pausen 495.****Personenbeförderung s. Frachtgeschäft.****Pfandrecht, gesetzliches, des ANs. an Sachen des AGs. 383. 725.****Pfändung des Entgelts 401 ff. 497¹.****Pflegschaft, Übernahme der — ist kein AV. 36 f.****Pförtner, AN, nicht Mieter 688.****Post, AVV. mit der 322 f.****Postanweisung 322.****Postnumeratation des Entgelts 366.****— und Naturalvergütung 723.****Postzwang 113.****Pränumeratation s. Vorschufzahlung.****Privatdetektiv, unmoralische Arbeit 116.****Probezeit und Kündigungsfrist 690².****Prokura 226.****Prokurist, Entgeltanspruch bei unbefristeter Kündigung 637.****Provision 131.****— und Erwerb Gelegenheit 698.****— ohne Vereinbarung von Arbeit 123.****Quittungsanspruch des ANs. 547¹.****Quotalöhnung s. Partiarische Löhnung.****Rechtsanwalt, AV. des.****— und Dienst- oder Werkvertrag über Geschäftsbesorgung 316.****— Fehlender Entgeltvereinbarung 133.**

- Rechtsanwalt, AV. des (Fortsetz.)
 — als Typus des AVs. 315 f.
 — übermäßige Gebühr 174.
 — Zahlungszeit 365.
 — Zurückbehaltungsrecht des ANs. 381.
 Rechtsquellen des AVs. 16 ff. 264 ff.
 Retention s. Zurückbehaltung.
 Rückerstattung von Arbeitsstoffen etc. durch den AN. bei Endigung des Arbeitsverhältnisses 653. 681.
 — des Vorschusses 367. 642 f.
 — Vereinbarungen über 644.
 Rückständiger Lohn 458.
 Rückständigkeit eines Teils der Arbeit 373.
 Rücktritt vom AV., vertragsmäßiger, und Naturalvergütung 729^a.
 Ruhezeit 495.
 — gesetzliche 114.
 Sachen als Entgelt 156.
 Sachherstellung, zur Gebrauchsüberlassung 189. 199. 204 ff.
 — mit Stoffbeschaffung durch den Hersteller 179 f.
 — — bewegliche Sache 183.
 — — Dienstvertrag 209.
 — — gewerbliche Heimarbeit 184.
 — — gewerbliche Werkstattarbeit 208.
 — — Handelskauf über 183.
 — — unbewegliche Sache 211.
 — — unvertretbare Sache 214 ff.
 — — vertretbare Sache 183. 216.
 — — Werkvertrag 179 f. 383 f.
 — Zuthatenbeschaffung durch den Hersteller 185.
 Sachleistung neben Arbeit 176 ff.
 — Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden 193.
 — Einheit des Entgelts 190.
 — gesetzliche Vorschriften 182 ff.
 — Unvollständigkeit derselben 188 f.
 — relative Selbständigkeit bezw. Unselbständigkeit beider 191.
 — Repartition des Entgelts 190.
 — zeitliches Verhältnis beider 190.
 Sachnutzung als Entgelt 156.
 Saisonarbeit 479¹.
 Saisonkellner 721.
 Schadensersatz.
 — -Anspruch des AGs. 398/99. 423. 446. 727 f.
 — und Entgelt 135.
 — -funktion des Entgelts bei Nichtleistung der Arbeit 147 ff. 639.
 — und Kontraktbruch 546.
 — und Kündigung 546. 556². 601. 646 ff. 731 f.
 Schadensersatz. (Fortsetzung.)
 — und Nichterfüllung der Schutzpflicht des AGs. 665.
 — und Verwirkung der Vergütung 456.
 — und Verzug des ANs. im Akkord 531/2.
 Scharwerker 99².
 Schauspieler und gewerblicher AV. 310.
 — Kaltstellung 116².
 Schenkung von Arbeit 128.
 — remuneratorische, mit Bezug auf Arbeit 150.
 Schicht und Arbeitsperiode 491².
 — Pausen und Ruhezeit 496.
 Schiffer s. Binnenschiffer. Heuervertrag.
 Schiffsmann s. Binnenschiffsmann. Heuervertrag.
 Schiffsmiete 203².
 Schlepper 706¹.
 Schleppvertrag 203².
 Schriftlichkeit des AVs. 247 ff.
 — der Kündigung 564.
 Schutzpflicht des AGs. s. Dienstvertrag. Handlungsgehülfe.
 Schwarze Listen 777.
 Seefahrtsbuch 248¹.
 Seemann s. Heuervertrag.
 Seeschiffer s. Heuervertrag.
 Sicherheitsleistung des AGs. für die Vergütung 373. 386.
 Sicherungshypothek des Bauunternehmers 386. 725 f.
 Singgeld 463².
 Spanndienste als Entgelt 158. 162. 691 f.
 Spazwang 439. 441¹.
 Speditionsgeschäft 294.
 — Pfandrecht des Spediteurs 385.
 — Provision ohne Vereinbarung 131.
 — Zahlungszeit 354. 365.
 Sperre 263. 777.
 Stellenvermittlung, ausbeuterische 172. 709.
 — Pränumeration der Vergütung 367¹.
 Stellvertretung bei Eingehung des AVs. 252. 258.
 — bei Eingehung des Tarifvertrags 797 ff.
 Strafen s. Konventionalstrafe. Verwirkung der Vergütung.
 Streik 263⁴. 777.
 Streikarbeit, moralwidrige 118.
 Streikklausel 221.
 Stücklohnvertrag (s. auch Akkord).
 — beschränkter 335.
 — — und natürliche Begrenzung der Vertragszeit 527.
 — Kombination mit naturalem Zeitlohn 720.

Stücklohnvertrag. (Fortsetzung.)

- unbeschränkter 335.
- — und natürliche Begrenzung der Vertragszeit 527.
- — Vertragszeit 512.
- Stundenlohnvertrag, Kündigungsfrist 586.**
- Stundung des Entgelts (s. auch Kreditierung).**
- und Aufrechnung 407.
- und Fälligkeit bei Endigung des Arbeitsverhältnisses 641.
- Submission.**
- Arbeiterschutz bei 229.
- und Arbeitszeit 487.
- und Kontrahierungszwang 261.
- und Kreditgefahr der Gehülfen des ANs. 169. 377^s.
- Übertretung der Bedingungen 796.
- Sustentation und artes liberales 74.**

Tarifamt, -ausschufs 761.**Tarife, nichtsubsidiäre, gesetzliche 230.****Tarifvertrag 25. 30. 134. 235 f. 755 ff.**

- und Abschaffung der Naturalvergütung 746.
- anfängliche Genehmigung 798.
- und Arbeitsvertrag, Abgrenzung 768 f. 782.
- Aufhebungsvertrag 793.
- und Aufrechnungsverbot 760.
- Beitritt 799.
- Bruch des 777 f.
- und dispositives Recht 779 f.
- durchgreifende Rechtswirkung gegenüber dem AV. 175. 480/81. 781 ff.
- und Einbehaltung der Vergütg. 437. 760.
- Einheit des Vertrags bei Mehrheit einer Partei 765. 767.
- und einseitige generelle Festsetzg. d. Lohn- u. Arbeitsbedingungen 764.
- ergänzende Rechtswirkung 776. 779 f.
- und Formularvereinbarung 236. 765¹.
- und Gesellschaftsvertrag 754.
- Innung u. Gesellenausschufs als Kontrahenten 766¹.
- und Koalition 766 f. 773/74. 777^s, Abgrenzung 771 f.
- und Kollektivinteressen 763.
- und konkurrierende Arbeitsordnung 787.
- Kontrahenten 765.
- und Kontrahierungszwang des Unternehmers 261. 769.
- Kündigung des 792 f.

Tarifvertrag. (Fortsetzung.)

- und Kündigungsgründe (des AVs.) 620.
- Litteratur 758 f.
- maßgebende Rechtswirkung 776/77. 780 ff.
- und Minimallohnpolitik 759¹.
- nachträgliche Genehmigung 799.
- und obligatorische Arbeitsordnung, Abgrenzung 769 f.
- und Parität der Kündigungsfrist 589 f.
- persönlicher Geltungsbereich 788 f. 795 ff.
- räumlicher Geltungsbereich 789 ff.
- Schriftlichkeit 796 f.
- Selbstkontrahieren 796 f.
- Stellvertretung beim Abschluss 797 ff.
- — Legitimation der Vertreter 774.
- und Streik 758.
- den TV. selbst betreffende Bestimmungen 761 f. 786.
- transitorische Bestimmungen 760 f.
- und Usance 791. 794 f., Abgrenzung 772 f.
- und Vereinbarung der Lohn- u. Arbeitsbedingungen mit Dritten 764.
- und Vergleich 761, Abgrenzung 770 f.
- und Verwirkung der Vergütung 455. 760.
- Vollmacht zur Abschließung 789.
- Vorkommen 757.
- und Vorschufs- u. Abschlagszahlung 391.
- als Vorstufe der Gesetzgebung 757 f.
- und Vorvertrag zu einem AV., Abgrenzung 769.
- Wegfall einer Partei 793 f.
- wesentliche Bestimmungen 762.
- und Zahlungszeit 357. 361.
- zeitlicher Geltungsbereich 791 ff.
- und Zwang zur Nichteingehung von Arbeitsverträgen 263.
- Zweiseitigkeit 764.
- und zwingendes Recht 759 f.
- Taschengeld 693.**
- Tausch und AV. mit Naturalvergütung 654.**
- Steuern für die Vergütung 133 f. 175**
- nichtsubsidiäre, gesetzliche 230. .
- private 134.
- Teilaufrechnung 421.**
- Teilzahlung s. Abschlagszahlung. Vorschufszahlung.**
- Theaterbesuchsvertrag, Kontrahierungszwang des Unternehmers 260.**
- Pränumeration der Vergütung 366.

- Theaterbesuchsvertrag. (Fortsetzung.)
 — Sachleistung neben Arbeit 197.
 Ticketsystem 679¹.
 Tonnenpacht 708.
 Trinkgelderwerbsgelegenheit 702 ff.
 — Abschaffung 753.
 — und Grundformen 717.
 — und Pacht 706 f.
 — Rechtscharakter 700. 704.
 — Tagelohncharakter 719.
 — Umsetzbarkeit fehlt 742.
 — Verlängerung der Arbeitszeit 748.
 Trüdelvertrag 165.
 Truckverbot, und „Anrechnung“ 679.
 — und Aufrechnungsverbot 415 ff. 677³.
 — und Naturalvergütung 677 ff.
 Typen des AVs., gesetzliche, 264 ff.
 — und Art der Arbeit 324.
 — und Arten des AVs. 324.
 — Begriff des Typus 265.
 — und Grundformen 342 ff.
 — und Vergütungsart 324 ff. 655.
- Überarbeit 500.
 — häusliche 504. •
 Überfahrtsgeld, Schadensersatzfunktion 640.
 Überliegezeit 500⁴.
 Überschank 708.
 Überschicht 505.
 Überstunde 500⁴, s. auch Überzeit.
 Überzeit 499 ff.
 — und Akkord 506.
 — und Arbeitsperiode 501.
 — Begriff 500 ff.
 — heterogene Überarbeit 502 f.
 — und lohnmessender Zeitabschnitt 501 f.
 — Naturalvergütung für 689¹.
 — der Normalzeit vorangehende 505.
 — Ort der Überarbeit 504.
 — rechtliche Bedeutung 506.
 — Vergütung 502.
 — und Warten auf die Vergütung 357.
 — und Zeitlohnvertrag 506.
- Unmöglichkeit der Leistung und Handlungsunfähigkeit 250.
 Unterarbeit 498.
 Unterlassung, und Arbeit 73.
 — als Entgelt 156.
 Unterzeit 498 f.
 — und Naturalvergütung 723.
 Üsance und Tarifvertrag 772 f. 791. 794 f.
- Veräußerung neben Arbeit 178.
 — gesetzliche Vorschriften 183 ff.
- Veräußerung neben Arbeit (Fortsetzung.)
 — Rechtscharakter des absorbierenden Vertrags 206 ff.
 Verbandtarif 798 f.
 Verdienstgelegenheit s. Erwerbsgelegenheit.
 Verdung 331¹.
 Veredelung von Sachen 195.
 Vereinsvorstand, AV. 289².
 — Entgeltanspruch bei unbefristeter Kündigung 637.
 — Widerruf der Bestellung 559. 563. 614.
 Vergleich, Abgrenzung vom Tarifvertrag 770 f.
 — und transitorische Bestimmungen des Tarifvertrags 761.
 Vergütung (s. auch Entgelt), Verwendung des Ausdrucks in Gesetzen 119⁶.
 Verjährung.
 — des Auslagenersatzanspruchs 642.
 — des Ersatzes für entgehenden Entgelt 641².
 — des Entgeltanspruchs, und Fälligkeit des Entgelts 363.
 — — und gesetzliches Einbehaltungsrecht 435.
 — — aus Werkvertrag 271 f.
 — der Rückerstattungspflicht bei Vorschufzahlung 394. 642.
- Verlagsvertrag.
 — Erwerbsgelegenheit als Entgelt 702. 716.
 — qualifizierter 297.
 — — Fehlen der Entgeltvereinbarung 133.
 — als Typus des AVs. 297.
 — Zahlungszeit 365.
- Vermögensaufwand und Arbeit 7. 47. 82 ff.
- Verpflegung in Krankheit s. Naturalvergütung.
- Versicherungsbeiträge 347.
 — und Vorschufs- und Abschlagszahlung 395. 422.
- Vertragsbruch s. Kontraktbruch.
 Vertragsformular, einseitiges 229.
 — vereinbartes 235. 765¹.
- „Vertragsmäßige Leistung“, Begriff 253.
 „Vertragsmäßige Zeit“ 535 f. 541 ff.
 — und Kontraktbruchsentschädigung 545 f.
 — rechtliche Bedeutung ihrer Länge 543.
 „Vertragswidriges Verhalten“, Begriff 245.
 — und Nichterfüllung der Schutzpflicht des AGs. 664.

- „Vertragswidriges Verhalten“.
(Fortsetzung.)
- und Schadensersatzpflicht des Kündigungsempfängers 648.
 - und Verlust des Entgeltanspruchs 645.
 - und Verwirkung der Vergütung 457.
- Vertragszeit 338. 508 ff.
- und Akkord 512.
 - Anfang 515 f.
 - und Arbeitszeit 469. 510.
 - aufschiebende Bedingung und Anfangstermin 516 ff.
 - Bestandsicherung 522 ff.
 - — und Endbestimmung 524.
 - — und entfristete Kündigung 632.
 - — und Parität der Kündigungsfrist 590.
 - — und ungültige Kündigung 571.
 - — und vertragliche Endbestimmung 550.
 - — und „vertragsmäßige Zeit“ 542.
 - bestimmte 525.
 - Definition 508.
 - Endbestimmung s. dort.
 - Frist der Unkündbarkeit 522.
 - — und befristete Kündigung 582.
 - — und Parität der Kündigungsfrist 590.
 - Kündigung s. dort.
 - und lohnmessender Zeitabschnitt 511.
 - Minimaldauer 522 ff.
 - natürliche Begrenzung s. dort.
 - rechtliche und tatsächliche Endigung 635/6.
 - Terminologie 508.
 - Unbestimmtheit bei bloßer Bestandsicherung 524.
 - und „vertragsmäßige Zeit“ 542.
 - und Zahlungszeit 348. 510.
 - und Zeitlohnvertrag 510 f.
- Vertrauensdienstverhältnis s. Dienstvertrag.
- Vertretbare Sachen, Begriff 214 f.
- Vertretung Handlungsunfähiger bei Eingehung des AVs. 251 ff.
- bei Empfangnahme der Vergütung 166/67.
- Verwahrungsvertrag, entgeltlicher.
- Arbeits- und Vertragszeit 469.
 - Aufbewahrung als Arbeit 236.
 - Aufwendungen, Ersatz von 138.
 - und depositum 286.
 - und Dienst- oder Werkvertrag, insbes. über Geschäftsbesorgung 288. 326.
 - Entgelt als Gegenleistung 287.
- Verwahrungsvertrag, entgeltlicher. (Fortsetzung.)
- Fälligkeit der Vergütung bei vorzeitiger Endigung 369.
 - Gebrauchsüberlassung als Entgelt, oder Miete 688.
 - Kündigung 560¹.
 - — Kostenfreiheit 647.
 - — unbefristete 599. 601¹. 609. 612. 615.
 - — bei vertraglicher Endbestimmung 549. 559.
 - Naturalvergütung 729.
 - Pränumeration der Vergütung 367⁴.
 - Rückerstattung der Vergütung 367⁴.
 - Rückerstattung von Vorschufs bei Endigung 643.
 - Rückgabepflicht 286¹. 653.
 - — und Zurückbehaltungsrecht des ANs. 379.
 - Schadensersatzpflicht bei Kündigung 650.
 - stillschweigende Entgeltvereinbarung 124.
 - Stundung der Vergütung bei Zeitlohn 376.
 - als Typus des AVs. 285 ff.
 - und unentgeltlicher 285.
 - Unvollständigkeit der Entgeltvereinbarung 134.
 - Vertragszeit 513 f.
 - Zahlungszeit 353. 365.
- Verwahrungsvertrag, unentgeltlicher.
- und AV. 35 f.
 - und Auftrag 288.
 - Kündigung 560¹.
- Verwandtschaft und Arbeitsverhältnis 256 ff.
- Verwirkung der Vergütung 452 ff.
- und Arbeitsordnung 455.
 - und Aufrechnung 453. 463.
 - nur bei ausstehendem oder rückständigem Lohn 458.
 - Begriff 452 ff.
 - als Deckungsmittel für den AG. 397.
 - definitive Wirkung 455.
 - und Einbehaltung 453 ff.
 - und einseitige Verfügung 455.
 - und Fälligkeit der Vergütung 458.
 - kraft Gesetzes 454².
 - und kausale Einbehaltung 459 f. 463 f.
 - und Kontraktbruch des ANs. 461.
 - und Konventionalstrafe 456.
 - — richterliche Herabsetzung 462.
 - der Naturalvergütung 728.
 - und Postnumeration 452.
 - als Privatbuse 453. 456.

- Verwirkung.** (Fortsetzung.)
 — und rechtswidriges Verlassen der Arbeit 457.
 — und Tarifvertrag 455. 760.
 — Vertrag als Grundlage 455.
 — und vertragswidriges Verhalten 457.
 — und Verwirkung pränumerierten Mietzinses 652^a.
 — und wucherischer AV. 462.
 — und Zurückbehaltung 453 ff.
Verzinsung der Vergütung wegen Verzugs 357.
Verzug 645^a. 646, s. auch Annahmeverzug. Leistungsverzug.
 — und Fortfall des Interesses an den bisherigen Leistungen des ANs. 645^a.
 — und Konversion einer ungültigen Kündigung 570.
 — und Mangel der Vollwirksamkeit des AVs. 517.
 — und Lieferzeit 473. 531 f.
 — und Stundung der Vergütung 375^a.
 — und Teilzahlung 389¹.
 — und Verzinsung der Vergütung 357. 363.
 — und Vorschufs- u. Abschlagszahlung 393.
Viehfutter, Viehweide als Entgelt 690^a.
Vigilanten, unmoralische Arbeit 116.
Vollmacht des ANs.
 — Arbeitszeit und 474.
 — und Endigung des Arbeitsverhältnisses 653.
 — engeren Sinnes 224. 227.
 — weiteren Sinnes, als Zusatzbestimmung des AVs. 221 ff. 226.
 — als Ausführungsbestimmung 223.
 — im Thatbestand des AVs. voraussetzen 224.
 — Umfang 222 f.
 — Vergleich mit Stellvertretung und Verfügung 221 f.
Vollwirksamkeit des AVs., und aufschiebende Bedingung oder Anfangstermin 516 ff.
Volontär 34 f.
Vorleistungspflicht.
 — des AGs bei Naturalvergütung 724.
 — des ANs., Einschränkung bei größtenteils geleisteter Arbeit 373.
 — Suspendierung 381.
Vormundschaft, Übernahme der — ist kein AV. 36 f.
Vorschufszahlung 387 ff.
 — und Aufrechnung 420 ff.
 — und Aufwendungen bei Dienstod. Werkvertrag über Geschäftsbesorgung 142.
 — Begriff 389.
- Vorschufszahlung.** (Fortsetzung.)
 — und Darlehen 393.
 — Fälligkeit 393.
 — Pfändung 422.
 — Rückerstattungspflicht bei Endigung des Arbeitsverhältnisses 642.
 — übliche Höhe 394/5.
 — Verjährung 394.
 — Verpflichtung des AGs. zur 390.
 — Verzug 393.
 — Zurückbehaltung 423.
Verstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, AV. 296.
 — Fehlen der Entgeltvereinbarung 132.
 — Entgeltanspruch bei unbefristeter Kündigung 637.
 — Widerruf der Bestellung 558. 563. 615.
Vorstandsmitglied einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Widerruf der Bestellung 559. 563. 615.
Vorvertrag zum AV. 261. 769.
- Wanderarbeiter und Naturalvergütung** 752.
 — Wohnungsverhältnisse 740.
Warenkreditierung s. Truckverbot.
Wartezeit (bei der Entgeltzahlung) 358. 743.
Wassermädchen 313. 706¹.
Weigerungsrecht 423¹.
Werklieferungsvertrag 185. 208 ff. 211 ff.
 — als Arbeitsvertrag 212.
 — des Bauhandwerkers, und Ausschluss der Sicherungshypothek 212 ff.
 — und Handelskauf 211.
 — Herstellung einer unbeweglichen Sache 211.
 — Repartierung des Entgelts auf Sachleistung und Arbeit 190.
 — Stoffbeschaffung als Geschäftsbesorgung 280.
 — als Typus des AVs. 274.
Werklohnvertrag 331¹.
Werkstattordnung 223^a, s. auch Arbeitsordnung.
Werkvertrag.
 — „Arbeit“ des Unternehmers 269.
 — Arbeitsverpflichtung des Bestellers 162¹.
 — nicht Art des AVs. 325 ff.
 — Ausbesserung von Sachen, Pfandrecht des Unternehmers 385.
 — Auslagensatz 139 f.
 — Dienstleistung des Unternehmers 270.
 — Entgeltanspruch bei Kündigung 639.

Werkvertrag. (Fortsetzung.)

- Fälligkeit der Vergütung bei vorzeitiger Endigung 369.
- Gefahrtragung durch den Unternehmer 243¹.
- über Geschäftsbesorgung s. diese.
- und Grundformen 343.
- Kündigung, bedingte des Unternehmers 576. 579².
- — bei natürlicher Begrenzung 534.
- — unbefristete des Bestellers 599. 601¹. 609. 613. 615 f.
- — unbefristete des Unternehmers 626.
- — bei vertraglicher Endbestimmung 549. 559.
- — vor Vollwirksamkeit des Vertrags 520¹.
- Naturalvergütung 724. 728 f.
- Person des Unternehmers 273.
- Pfandrecht des Unternehmers an Sachen des Bestellers 383. 725.
- Pränumeration der Vergütung 367⁴.
- Rückerstattung der Vergütung 367⁴.
- — von Vorschufs bei Endigung 643.
- Rücktrittsrecht des Bestellers 532.
- Sachherstellung mit Stoffbeschaffung durch den Unternehmer 179. 183.
- — mit Zuthatenbeschaffung desgl. 185.
- Schadensersatzpflicht bei Kündigung 532.
- Sicherungshypothek des Bauunternehmers 386. 725.
- stillschweigende Entgeltvereinbarung 124.
- Stundung der fälligen Vergütung 375.
- als Typus des AVs. 269 ff.
- — Verhältnis zu den übrigen Typen 326 f.
- Unvollständigkeit der Entgeltvereinbarung 133 f.
- Vergütung kann nicht in Arbeit bestehen 161.
- Zahlungszeit 354. 365.
- Zinsleistungspflicht des Bestellers 363. 393.
- Widerruf der Kündigung 571 ff. („Widerruf“ im Sinn von Kündigung 563).
- Wochenlohn, Bedeutungen des Ausdrucks 351.
- Wöchnerinnen, gesetzlicher Schutz 115.
- Wohlfahrtseinrichtung, Klagbarkeit 685.
- und Naturalvergütung 684 ff.

Wohnung als Entgelt 688. 690.

- Einbehaltung 727.
- und Grundformen 717.
- und häusliche Gemeinschaft 660.
- mangelhafte Qualität 740 f.
- Tagelohncharakter 719.
- Verwirkung 728.
- Zurückbehaltung 726.
- Zahlkellner 707.
- Zahlungsperiode.
 - und Abrechnungsperiode 347.
 - und Arbeitsperiode 490.
 - Begriff 346.
 - feste Fristen 347.
 - und Vorschufs- und Abschlagszahlung 395.
- Zahlungsstatt, Leistung an s. Leistung an Zahlungsstatt.
- Zahlungszeit 165. 338. 345 ff.
 - absolute Lage 355 f.
 - und Arbeitszeit 348. 468.
 - Bedeutung für den AG. 359.
 - Begriff 344 ff.
 - und Bemessung des Lohns 350.
 - gesetzliche Bestimmungen 365 ff.
 - und Grundformen 353 ff.
 - und Handelsgeschäfte 356.
 - und Koalition 362.
 - und lohnmessender Zeitabschnitt 349.
 - — Zusammenfallen 353. 724.
 - und Naturalvergütung 723 ff.
 - relative Lage 355.
 - und Sonn- oder Feiertag 348. 356.
 - unregelmäßige, Bedeutung für den AN. 359.
 - und Vertragszeit 348. 510.
- Zehntschnitt als Entgelt 697⁴.
- Zeitlohnvertrag, s. auch Lohnmessender Zeitabschnitt.
 - Abbruch 641.
 - und Naturalvergütung 729.
 - Begriff 330 f.
 - Fälligkeit der Vergütung bei Abbruch 370.
 - und „feste Bezüge“ 585³.
 - historisches Auftreten und Naturalvergütung 722.
 - Kombination mit Akkord 339. 720.
 - komplizierter 493¹/94. 507. 586³. 719¹. 730.
 - Kündigungsfrist 511 f. 585. 586³. 730.
 - und locatio operarum 341.
 - und Naturalvergütung 716.
 - natürliche Begrenzung 527. 530 f.
 - partiarische Löhnung 332.
 - Rechtswirkungen im Vergleich mit Akkord 340 f.
 - Stundung der Vergütung 376.

- Zeitlohnvertrag. (Fortsetzung.)
 — Überzeitvergütung 506.
 — und Vertragszeit 510.
 — und Zahlungszeit 353.
 Zeitungsabonnement 392.
 Zeugnispflicht des AGs. 547¹. 651.
 Ziegelmeister und seine Gehülfen 99¹.
 Zieh männer 714.
 Zinsleistungspflicht bei Verzug des AGs. 357. 363.
 Zurückbehaltung der Vergütung 423 ff.
 — Anwendungsgebiet 425.
 — und Aufrechnung 424. 428.
 — und Aufrechnungsvertrag 429.
 — Ausschluss im Maß des Aufrechnungsverbots 430.
 — als Deckungsmittel für den AG. 397.
 — Dispositivität 425.
 — bei fälligem Arbeitsanspruch 431.
 — und gesetzliches Einbehaltungsrecht 434.
 — und Gleich- oder Ungleichartigkeit der Forderungen 428.
 — und Größenverhältnis der Forderungen 427.
 — und kautionale Einbehaltung 449 ff.
- Zurückbehaltung. (Fortsetzung.)
 — und Nachleistungsrecht des AGs. 423.
 — und Naturalvergütung 726.
 — provisorischer Charakter 426.
 — und Sicherheitsleistung des ANs. 423. 427.
 — Unabwendbarkeit 426.
 — bei ungleichartiger Forderung des AGs. 431.
 — und vertragliches Einbehaltungsrecht 436.
 — und Verwirkung 453 ff.
 — und Weigerung 432¹.
 Zurückbehaltungsrecht, des Arbeitnehmers 373. 377 ff. 426¹.
 — der Kaufleute 380/81.
 — Kind als AN. der Eltern 258³.
 Zusatzbestimmungen des AVs. 220 ff.
 — Vollmacht des ANs. 226 f.
 Zuträger 706.
 Zwangslotse 261. 318.
 Zwischenmeister 67.
 — und gewerblicher AV. 312.
 — und selbständige Gewerbetreibende 306.