

Zeitschrift: Gewerkschaftliche Rundschau für die Schweiz : Monatsschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes
Herausgeber: Schweizerischer Gewerkschaftsbund
Band: 37 (1945)
Heft: 4

Artikel: Zur Reform des Dienstvertragsrechtes
Autor: Schweingruber, E.
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-353204>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 01.04.2025

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

Zur Reform des Dienstvertragsrechtes.

Von Dr. E. Schweingruber, Aarberg.

Im Zusammenhang mit den Postulaten über den Ausbau des gesetzlichen Arbeiterschutzes (Höppli), über die Schaffung eines Lohnnamtes (Baumgartner), über die gesetzliche Verankerung der Berufsgemeinschaften (Robert), die Revision des Eidgenössischen Fabrikgesetzes und über ein Bundesgesetz zum Schutze der Arbeit in Handel und Gewerbe (Leuenberger), die im Herbst 1943 im Nationalrat behandelt worden sind, steht heute insbesondere auch die *Reform des Dienstvertragsrechtes* mit Einschluss des privatrechtlichen Teils des Fabrikgesetzes zur Diskussion. Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken eine kurze Orientierung über die dabei wesentlichen Gesichtspunkte. Unter Reform verstehen wir hier die Erneuerung der geltenden Gesetzgebung oder die Revision der in Betracht fallenden Gesetze (namentlich Obligationenrecht und Fabrikgesetz) auf Grund der bisherigen Erfahrungen und der heutigen Anschauungen, *unter Ausschluss von umwälzenden* Neuerungen, die zwar denkbar sind, aber eine völlig veränderte politische und wirtschaftliche Situation voraussetzen würden.

1. Zunächst könnte man bei einer Reform die durch eine *30jährige Gerichtspraxis* schon jetzt herbeigeführte Entwicklung in einem neuen Gesetz verankern. Es gibt sehr viele Rechtsfragen, die das geltende Recht nicht löste, die aber durch die Gerichte vermittels Auslegung und Lückenergänzung gelöst wurden. Andere sind streitig geblieben, aber doch theoretisch und in ihrer praktischen Tragweite so gründlich abgeklärt, dass der Gesetzgeber sich nur noch zur einen oder andern Lösung entschliessen könnte. Eine solche Kodifikation der Gerichtsjudikatur ergäbe ein neues statliches, allerdings im Umfang vergrössertes Gesetz über den Dienstvertrag, das der *Forderung nach Sicherheit und Klarheit* dienen würde. Diese Reform entspräche der in der Schweiz gebräuchlichen Methode, Gesetze zu machen oder zu revidieren. Sie würde aber nur äusserlich einen Fortschritt bringen, sachlich indessen nur die Sicherung des bestehenden Rechtszustandes bedeuten. Eine Beschränkung der Reform auf dieses Ziel ist abzulehnen. Es geht uns um Verbesserungen im materiellen Sinn, nicht bloss um Schönheit und Vollständigkeit. Ein schönes Beispiel einer solchen Neukodifikation ohne Neuerungen ist der 1938 in Deutschland von den namhaften Arbeitsrechtlern des Zweiten und Dritten Reichs verfasste Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (vgl. unsere Besprechung in Zeitschr. Bern. Jur. V. 1939, S. 629.)

2. Zur Reform des Dienstvertragsrechtes haben sodann *einzelne Berufsstände* ihre berechtigten Forderungen anzumelden. Teilweise sind solche Forderungen in Spezialgesetzen berücksichtigt worden. Die Handelsreisenden erhielten ihr Bundesgesetz, die

Heimarbeiter ebenfalls; die Fabrikarbeiter haben seit langem das Fabrikgesetz, kriegsbedingte Berufe erhielten ihre vorläufigen Ordnungen (Bergwerksarbeiter, Heuervertrag der Schiffleute). Diese Reform führt unvermeidlich zur Zersplitterung und zum Chaos. Wir sind schon weit auf diesem Weg. Die Kantone haben angesichts des Ausbleibens der Eidgenössischen Gewerbegesetzgebung ihrerseits solchen Forderungen nachgeben müssen und stehen im Begriffe, Berufsrecht für das Ladenpersonal, die Coiffeure, das Wirtschaftspersonal, für die Hausangestellten und für andere Berufskreise zu schaffen. Das gesamtschweizerische Ergebnis kann in seiner Buntscheckigkeit nicht befriedigen. Möge das heute vor der Beratung stehende Eidgenössische Gewerbegesetz diese fatale Entwicklung stoppen!

Wir wollen nur drei unerfüllte Wünsche von besondern Berufskreisen vormerken: die *Angestellten*, die über eine sehr magerere rechtliche Ordnung verfügen, das *Krankenpflegepersonal*, wo die Zustände heute endlich an die Öffentlichkeit kommen und mit Recht Aufsehen erregen, und das *Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft*. Diese Spezialforderungen sind wenn immer möglich in einer Gesamtrevision des Obligationenrechts (OR.) unterzubringen.

3. *Strukturelle Entscheidungen*. Zu leicht macht derjenige sich die Reform, der mit seinem Wunschzettel nun an das Dienstvertragsrecht des OR. und Fabrikgesetzes (FabG.) herantritt und soviel als möglich hineinbringen will. Einige *Vorfragen* verdienen grösste Beachtung. Es ist Gewicht darauf zu legen, dass ins Dienstvertragsrecht keine Reformen aufgenommen werden, die *praktisch* auf dem Boden des Privatrechtes nicht befriedigend verwirklicht werden können. Solche Postulate sind ins öffentliche Recht zu verweisen. Ein klassisches Beispiel für eine verfehlte Placierung eines an sich trefflichen Gedankens ist der in Artikel 335 OR. aufgenommene *Lohnanspruch bei Militärdienst*. Er blieb weitgehend auf dem Papier (heute abgelöst durch die Lohnersatzordnung gemäss BRB. vom 20. Dezember 1939 für die Dauer des Aktivdienstes). Als ein weiteres Beispiel betrachten wir die Bestrebungen zur Einführung von gesetzlichen *Ferien* auf privatrechtlicher Grundlage. Einem solchen Ferienanspruch dürfte das gleiche Schicksal warten wie dem Lohnanspruch bei Militärdienst. Wir folgen der heute überwiegenden Auffassung, dass das Ferienrecht primär öffentlich-rechtlich aufgebaut werden muss. Ein drittes Beispiel ist der *Betriebsschutz* nach Artikel 339 OR. Die « genügenden Schutzmassregeln » gegen die Betriebsgefahren, soweit sie dem Dienstherrn zugemutet werden können, kann der einzelne Dienstpflichtige nicht privatrechtlich durch Klage beim Zivilrichter erzwingen, auch wenn das Gesetz ihm dies erlaubt. Ein solcher Betriebsschutz ist eine Illusion. Hier hilft nur öffentliches Recht und öffentlich-rechtlicher Zwang. Artikel 339 OR. wird damit nicht überflüssig; denn diese Bestimmung ist Grundlage für Schadenersatzprozesse; aber als vorbeu-

gende Norm ist sie wertlos und muss öffentlich-rechtlich ergänzt werden. Für das Arbeitsverhältnis in der Fabrik besteht eine solche Ergänzung in den Artikeln 4 bis 9 FabG.

Das Kriterium für die Zuweisung eines bestimmten Postulates ins private oder ins öffentliche Recht ist theoretisch noch nicht gefunden; praktisch kümmerte man sich nicht darum, sondern ging nach opportunistischen Erwägungen vor. Vielleicht kann man folgendes sagen: Die Rechte des Arbeiters, die *während der Fortdauer* des Anstellungsverhältnisses zur Auswirkung gelangen sollen, müssen notgedrungen öffentlich-rechtlich gesichert werden; ausgenommen reine Geldangelegenheiten (Lohn). Warum? Weil der Dienstpflichtige während der Fortdauer des Dienstverhältnisses vom Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig ist und persönlich zu nahe steht, als dass er es sich gestatten könnte, Ansprüche wie solche auf Einhaltung von Arbeitszeit, Freizeit, Ruhezeit, Ferien, Unfallschutz, Betriebshygiene usw. zivilrechtlich, nämlich vor dem Zivilrichter, durchzusetzen. Umgekehrt kann man diejenigen Ansprüche, die bei der Auflösung eines Dienstvertrages fällig werden, in der Regel dem Arbeitnehmer persönlich in die Hand geben, also privatrechtlich ausgestalten; denn in diesem Moment hört die Abhängigkeit dem betreffenden Arbeitgeber gegenüber auf — abgesehen von der sozialen Stellung als Lohnempfänger. Demgemäss wird man alle Entschädigungsforderungen, Abfindungen, Nachforderungen, die sich in diesem Moment ergeben können, inbegriffen den Kündigungsschutz, dem Interessenten persönlich überlassen können mit der Wirkung: Wo kein Kläger, ist kein Richter. *Ein* Vorbehalt ist bei Verstössen gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen zu machen. Hier besteht eben ausser dem individuellen Anspruch noch ein Interesse der Kollektivparteien an der strikten Einhaltung der Abmachungen und an der Ahndung von Tarifvertragswidrigkeiten.

Fügen wir noch bei, dass zu den unumgänglichen Vorfragen einer künftigen Reform auch diejenige gehört, welche Rolle der zukünftige Gesetzgeber dem *Kollektivrecht*, d. h. dem Gesamtarbeitsvertrag, in der Struktur des Arbeitsrechtes zuweisen will; ob der Gesamtarbeitsvertrag nur als Lückenbüsser und als Werkzeug der Gewerkschaften geduldet wird, oder ob ihm gewisse *Aufgaben* der Gesetzgebung bewusst übertragen werden. Auch diese Vorentscheidung beeinflusst jede Reform des gesetzlichen Dienstvertragsrechtes.

Dass man sich schliesslich, ebenfalls grundsätzlich, entscheiden muss, ob man reformieren will im Sinne einer bessern Detaillierung, d. h. Heraushebung von Einzelheiten, oder nach der Idee einer *Vereinfachung* und mit welchen Mitteln, sei nur angedeutet.

4. Die *Einwirkung des öffentlichen Arbeiterschutzes auf das private Dienstvertragsrecht* ist ein Reformpunkt, der ebenfalls mehr oder weniger strukturelle Bedeutung, d. h. Bedeutung für den

Aufbau des Ganzen, hat. Die Rechtslehre müht sich bekanntlich ab mit der Frage, wie man den (übrigens ständig zunehmenden) Einfluss der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über Arbeitszeit, Ruhezeit, Freizeit, aber auch über Lohnzahlungsmodalitäten, Lohnzuschläge und Abzüge, Betriebsschutzmassregeln, wie das eidgenössische und kantonale Recht sie aufstellt, auf das Dienstvertragsrecht konstruieren soll. Die Frage ist äusserst kontrovers (vgl. etwa Schönenberger, Abhandlung in Zeitschrift für schw. Recht 1933 und im Kommentar Oser-Schönenberger, Noten 20 bis 30 der Vorbemerkungen zu Art. 319 ff. OR.; ferner Walter Kämpfer, Berner Dissertation 1943, besprochen von Gysin in « Gew. Rundschau » 1944, Seite 163). Die Schwierigkeiten sind unseres Erachtens deshalb gross, weil die Wechselwirkung positivrechtlich nicht festgelegt ist. Bei aller begrifflichen Scheidung von öffentlichem und privatem Recht kann man das öffentliche Arbeiterschutzrecht um den Dienstvertrag herum doch nicht ignorieren. Sofern das öffentliche Recht in das System des Privatrechtes *einbricht*, es *durchkreuzt*, ist es verfassungswidrig. Das wird auch in Zukunft so gehalten werden müssen. Wo es aber nicht in diesem Sinn wirkt, sondern sich mit der privatrechtlichen Ordnung vertragen will und sich auch verträgt, besteht eben eine Reflexwirkung oder direkte Einwirkung auf das Privatrecht. Haben die öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht als zwingendes Recht zu gelten? Gehen sie in den Dienstvertrag ein? Und wie hat man sich dieses Eingehen zu denken? Die heutige Gesetzgebung überlässt diese Grenzfragen der Wissenschaft und Praxis; aber bis heute konnten die dabei auftauchenden Schwierigkeiten nicht befriedigend gelöst werden. Wir halten dafür, dass der Gesetzgeber zu dieser Einwirkung des öffentlichen Rechtes auf den privaten Dienstvertrag positiv Stellung nehmen muss. Artikel 326 und 20 OR. und Artikel 6 Zivilgesetzbuch (ZGB.) genügen nicht. Die Einwirkung muss vom Standpunkt der Bundeszivilgesetzgebung aus ausdrücklich irgendwie anerkannt werden. Verschiedene Lösungen sind denkbar; sie können hier nicht weiter entwickelt werden.

Damit kommen wir nun zu den einzelnen Reformfragen.

5. Im heutigen Recht fehlen völlig Bestimmungen zur Bekämpfung des *Kautionschwindels* und des Unfuges mit den sogenannten *Interesseneinlagen*. Die beiden Begriffe werden in der Praxis oft absichtlich verwechselt und verschleiert. Mindestforderung wäre, dass die Kautions einlage als solche behandelt, d. h. an einem betriebsfremden Ort hinterlegt wird, bis das Anstellungsverhältnis liquidiert wird. Die Verwendung der Kautions einlage hinter dem Rücken des Gebers wäre als Veruntreuung anvertrauter Gelder zu qualifizieren. Die Einlage des sogenannten interessierten Angestellten, des « employé intéressé », hat mehr Darlehenscharakter. Es werden Schutzbestimmungen ins Gesetz einzubauen sein, so eine periodische Auskunftspflicht über die vorhandene Deckung; Konkursprivileg analog der Lohnforderung. Vor allem wäre der enge Zu-

sammenhang dieses Darlehens mit dem Bestand des Dienstverhältnisses zu betonen dadurch, dass kraft zwingenden Rechts die *Einlage zur Rückzahlung sofort fällig* wird, wenn das Dienstverhältnis ohne Schuld des Dienstpflichtigen durch Kündigung oder fristlos gelöst wird. Sonst kann es passieren — wie der Verfasser es aus nächster Nähe miterleben konnte —, dass der Dienstpflichtige seine Stelle verlassen muss, aber seine Interesseneinlage nicht eintreiben kann, weil ein Richter ihm zunächst die sechswöchige Kündigungsfrist gemäss Darlehensrecht (Art. 318 OR.) abzuwarten zumutete, welche Wartezeit genügte, um ihn vollends zu Verlust kommen zu lassen, nachdem der noble Arbeitgeber schon vorher das Salär des betreffenden Buchhalters aus dessen eigener Einlage entnommen hatte!

Sicherungen für die Kautions bestehen in Frankreich; vgl. Pic, *Traité élém. de législation industr.* Note 1032, und in der Schweiz für die Handelsreisenden gemäss Bundesgesetz (BG.) vom 13. Juni 1941, Art. 18.

6. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, sein Personal gegen Betriebsunfälle, evtl. auch gegen Krankheit, bei einer privaten Versicherungsgesellschaft angemessen zu versichern, sofern der Betrieb nicht der Suval unterstellt ist, ist ein Postulat, das bei einer Reform Anerkennung finden dürfte. Heute schon ist diese *Versicherungspflicht* weit verbreitet auf Grund von Gesamtarbeitsverträgen, Submissionsverordnungen der Kantone und Gemeinden und einer Anzahl kantonaler Arbeiterschutzgesetze und Lehrlingsgesetze. Sie lässt sich aber auch rein privatrechtlich ordnen, z. B. in Ergänzung der in Artikel 339 OR. statuierten Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Man kann füglich behaupten, dass heutzutage der Abschluss einer solchen Personalversicherung für Betriebe von einigermaßen ansehnlicher Bedeutung zu den zumutbaren Fürsorgepflichten eines Betriebsinhabers zählt. Die Landwirte haben freiwillig schon lange von dieser Möglichkeit zur Entlastung ihrer persönlichen Haftpflicht Gebrauch gemacht.

7. Mit dem Aufkommen der Abzahlungsgeschäfte hat sich gezeigt, dass die Lieferanten sich zur Sicherung ihrer Abzahlungsraten vom Schuldner dessen zukünftige Lohnansprüche (Zahltag) in einem Umfange abtreten lassen, der den Lohnempfänger später in die allergrösste Notlage bringen kann. Im geltenden Recht haben wir einen Lohnschutz für übermässige Verrechnung, der namentlich auch gilt bei zum voraus abgegebenem Einverständnis zu einer Verrechnung mit dem Lohn. Bei solchen voreiligen Dispositionen des Dienstpflichtigen tritt das Gesetz schützend vor ihn (Art. 340 Abs. 1 OR.). Gegen die *Abtretung zukünftiger Lohnraten* besteht im OR. keine ausdrückliche Schranke. Man sollte sie aber aufstellen aus Gründen der Logik und der Billigkeit, etwa so: Zukünftige Lohnforderungen können vom Dienstpflichtigen nicht abgetreten wer-

den, soweit er den Lohn zu seinem und seiner Familie Unterhalt unbedingt benötigt. (Vgl. Komm. Oser-Schönenberger befürwortend Note 13 zu Art. 340 am Ende.)

8. Beim *Kündigungsrecht* wäre verschiedenes zu verbessern. Wenn das OR. in Artikel 347 Absatz 3 sagt: Für Dienstherrn und Dienstpflichtige dürfen *keine verschiedenen Kündigungsfristen* vereinbart werden, so ist das eine sehr unvollständige Vorschrift; eine *lex imperfecta*. Wie soll man nämlich einen Dienstvertrag mit verschieden langen Fristen behandeln? Soll man korrigieren? Wenn ja, welche Frist, die längere oder die kürzere; oder soll man diese vertraglichen Fristen gänzlich ungültig erklären und die dispositiven Regeln des Gesetzes anwenden? Welchen Sinn hat die Vorschrift? Will sie das Prinzip der Parität (Gleichheit) formell gehandhabt wissen, oder handelt es sich um eine Schutzvorschrift, die dann aber auch zugunsten des Dienstpflichtigen auszulegen wäre? Das Gesetz gibt keine Antwort darauf. Seitenlange Kommentare sind darüber geschrieben worden (vgl. Hug, *Kündigungsrecht* Bd. I und II, S. 176 ff.). Hier ist eine ergänzende Regel nötig, die die Meinungsverschiedenheiten beseitigt.

Anstoss erregt ferner das Schweigen des Gesetzes hinsichtlich der Frage, ob die verlängerten Kündigungsfristen für das *überjährige Dienstverhältnis* (Art. 348 OR.) für die *Fabrikarbeiter* gelten oder nicht gelten (Art. 20 und 21 FabG.). In der neuern Literatur (Guhl sowie Eichholzer in Schweiz. Jur. Kartothek, Karte Fabrikarbeitsverhältnis) wird die Gleichstellung des Fabrikarbeiters mit seinem Kollegen ausserhalb des Fabrikgesetzes als gerecht empfunden und eine Auslegung in diesem Sinne empfohlen. Die Gerichte stehen eher auf dem andern Boden (vgl. unsere Abhandlung « Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis », 1932, S. 44, Zeitschrift Bern. Juristenverein, 1932). Nur eine Gesetzesrevision kann hier Klarheit schaffen; denn es ist zu beachten, dass es nicht genügt, die verlängerten Kündigungsfristen beim Fabrikarbeitsverhältnis anwendbar zu erklären; man müsste gegen Missachtung solcher Fristen auch eine angemessene Sanktion aufstellen; eine Entschädigungsfolge, die weiter geht als die sechs Tagelöhne, die das heutige Fabrikgesetz in Artikel 26 für alle vertrags- und gesetzwidrigen Vertragsauflösungen vorsieht.

Vielleicht wird bei einer Reform des Kündigungsrechts der Versuch glücken, die Fristen zu vereinheitlichen. Heute kann man über ein Dutzend verschiedene Kündigungsfristen aufzählen. Die *14tägige Frist* setzt sich schon unter dem geltenden Recht mehr und mehr durch, auch bei den Kategorien der Arbeiter, bei den überjährigen Dienstverhältnissen der Arbeiter und der häuslichen Dienstboten in Stadt und Land. Damit ist auch eine Annäherung an die Kündigung nach Fabrikgesetz hergestellt. Lange Kündigungsfristen sind aus psychologischen Gründen z. B. im Dienstbotenverhältnis unerwünscht. Zwei Monate lang im gekündigten Verhältnis

unter dem gleichen Dach zu schlafen und zu arbeiten und am gleichen Tisch zu essen ist weder für den Meister noch für den Knecht oder die Magd eine Wohltat. Auf dem Lande in bernischen Verhältnissen nehmen wir, Richter und Parteien, schon lange eine stillschweigende « Abrede » (so will es Art. 348 Abs. 2 OR.) auf Abkürzung der zweimonatigen Frist auf das zulässige Minimum von 14 Tagen an. Die langen Fristen haben ihre Berechtigung bei der Kategorie der Angestellten, bei besonders qualifizierten Anstellungsverhältnissen und allenfalls bei wirklich langjährigen Dienstverhältnissen von etwa fünf und mehr Jahren.

9. *Schutz gegen ungerechte Kündigungen.* Diese Forderung dürfte den Kernpunkt einer Reform des Dienstvertragsrechtes bilden. Alle Anzeichen sprechen dafür, dass das Verständnis heute dafür vorhanden ist. Wie man sich diesen Kündigungsschutz zu denken hat, zeigen die Vorbilder im Ausland (Deutschland, Italien) und die bisherigen Formulierungen in privaten und offiziellen Gesetzesentwürfen. Es handelt sich um ein privatrechtliches Institut. Wir haben das Problem schon früher in der « Gewerkschaftlichen Rundschau » besprochen (Dezember 1942, S. 377). Nach den Erfahrungen mit dem Mieterschutz, mit dem Pächterschutz, darf man behaupten, dass die Gerichte heutzutage imstande sind, auch solche soziale (besser unsoziale) Tatbestände zu beurteilen. Im Vorentwurf zum Eidgenössischen Gewerbegesetz ist der Kündigungsschutz berücksichtigt. Wir halten ihn, wenn er verwirklicht wird, für einen grossen Fortschritt.

10. *Der langjährige Angestellte,* der infolge Alters oder Gebrechlichkeit aus einem Betrieb ohne eigenes Verschulden ausscheidet, sollte Anrecht auf eine Abfindungssumme, Pension oder einen Besoldungsnachgenuss haben. Dieses Postulat greift vom öffentlichen Anstellungsverhältnis her heutzutage auch über auf den Boden des Privatrechtes. Stellt man da, wo die Leistungsfähigkeit des Betriebes es erlaubt, eine diesbezügliche Verpflichtung des Arbeitgebers auf, so lässt sich das Postulat privatrechtlich lösen; es führt dann von selbst zum Versicherungsgedanken und zum Abschluss von Personalversicherungen oder zur Gründung und Unterstützung von Pensionskassen und ähnlichen Wohlfahrtseinrichtungen. Die gesetzliche Unternehmerhaftpflicht förderte ja seinerzeit ebenfalls die obligatorische Unfallversicherung.

11. *Ferien.* Wie oben (Ziff. 3) angedeutet, möchten wir das Ferienrecht in Form von gesetzlichen Mindestferien öffentlich-rechtlich verankert wissen. Heute schon haben einige Kantone diesen Weg eingeschlagen, z. B. Baselstadt 1931, Wallis 1933/1937, Tessin 1936 in allgemeingültigen Arbeiterschutzgesetzen. Bern kennt Ferien ebenfalls öffentlich-rechtlich für Arbeiterinnen im Gewerbe seit 1908, für das Ladenpersonal 1926 und das Wirtschaftspersonal 1938. Die Ferien der Lehrlinge sind bundesrechtlich, eben-

falls von der öffentlich-rechtlichen Seite her, sichergestellt (BG. Art 4 und 57c). Ergänzend und verbessernd treten überall Gesamtarbeitsverträge (und Normalarbeitsverträge für die Hausangestellten) in die Lücken. Die Verhältnisse dürften nunmehr reif sein zu einer generellen eidgenössischen Regelung in den Fabrikbetrieben und im Gewerbe. Im Vorentwurf zum Gewerbegesetz ist das Ferienrecht berücksichtigt. Gewisse Regeln über den Ferienanspruch gehören aber doch ins Obligationenrecht; z. B. die abgeleiteten Ansprüche auf Entschädigung für nichtgewährte gesetzliche oder vertragliche Ferien sowohl dem Grundsatz nach als hinsichtlich der Berechnungsregeln. Hier zeigt sich wiederum das Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht.

12. *Freies Ermessen oder Schema?* Das Obligationenrecht vermied für verschiedene soziale Errungenschaften schematische Lösungen, indem es wichtige Entscheidungen dem freien Ermessen der Vertragsparteien und des Richters anheimstellte. Das mochte damals, als es sich um Neuerungen handelte, seine Berechtigung gehabt haben. Seit 1912 sind nun aber diese Tatbestände durch Alltag und Rechtsprechung der Gewerbe- und andern Gerichte weitgehend abgeklärt worden. Man kann heute gestützt auf Erfahrungen präziser festsetzen, was recht und billig erscheint. Also Abkehr von allzu elastischen Formulierungen, Rückkehr zu bestimmten mehr schematischen Lösungen. Es handelt sich um folgende Fälle:

13. Artikel 335 OR. gibt dem Dienstpflichtigen *bei Krankheit* (Militärdienst fällt heute weg) und Arbeitsverhinderung aus ähnlichen Gründen grundsätzlich einen *Lohnanspruch*. Für dessen Ausmass gibt das Gesetz nur eine allgemeine Richtlinie (Lohn « für eine verhältnismässig kurze Zeit »). Diese Bemessung bereitet den Parteien immer wieder Mühe und verursacht Streitigkeiten. Es besteht ein grosses Bedürfnis nach einem Schema. Die Gewerbegerichte haben in ihrer Rechtsprechung allmählich eine Skala gefunden (Gewerbegericht Bern, Jahresbericht 1926, S. 21; vgl. meine Abhandlung, S. 32). Sie ist brauchbar, hat aber nicht verbindlichen Charakter. Das Streben nach einem Schema zeigt sich ebenfalls bei den Gesamtarbeitsverträgen. Sie pflegen überwiegend den Lohnanspruch nach Artikel 335 zu präzisieren. Kantonale Arbeiterschutzgesetze pflegen neuerdings — von der Seite des öffentlichen Rechtes her — den Grundsatz des Artikels 335 zu konkretisieren, desgleichen Normalarbeitsverträge für Hausangestellte (vgl. den bernischen vom 28. Februar 1939, Paragraph 10); ebenso das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung in seinem Artikel 14. Ich zweifle nicht daran, dass bei einer Revision des Artikels 335 dieser Tendenz nachgegeben werden muss. Gleich verhält es sich mit dem Anspruch des erkrankten Hausangestellten auf *Pflege und ärztliche Behandlung* gemäss Artikel 344.

14. Im OR. hat das *Konkurrenzverbot beim Dienstvertrag* eine ausserordentlich elastische und dem freien Ermessen Raum lassende Lösung gefunden (vgl. Art. 357 und 163), eine Lösung, die so frei ist, dass im konkreten Fall niemand zum voraus sagen kann, ob ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot im Streitfall vor Gesetz und Richter Bestand haben wird. Das ist ein Nachteil. Der Gesetzgeber der Zukunft wird sich ernstlich überlegen müssen, ob er nicht zu einer strikteren Regelung gelangen will; sei es, dass er das Konkurrenzverbot nur bei bestimmten höhern Kategorien von Dienstpflichtigen (etwa bei technischen und kaufmännischen Angestellten) zulässt und bei den übrigen Arbeitern verbietet, oder dass er es zwar weitgehend zulässt, aber dem Dienstherrn die Verpflichtung auferlegt, während der Dauer des Verbotes einen Teil der Besoldung nachzuzahlen. Das ist alles noch besser, als die Parteien mit der Androhung einer ganzen Anzahl von Einschränkungen, die aber schwer bestimmbar sind, zum vornherein kopfscheu zu machen (oder zu Spekulationen zu verleiten).

15. Vor allem befürworten wir, gestützt auf praktische Erfahrungen, eine Reform der rechtlichen Auswirkungen *bei ungerechtfertigtem Austritt des Dienstpflichtigen* aus dem Vertragsverhältnis. Nach geltendem Recht ist das Vertragsbruch, zieht Schadenersatzpflicht des schuldigen Dienstpflichtigen nach den allgemeinen Grundsätzen des OR. Art 97 ff. nach sich und wird meistens praktisch erledigt durch einen Abzug am Lohn, den der Dienstpflichtige bei seinem Weggang an sich fordern könnte. Für die Berechnung des Schadenersatzes besteht kein Schema. Wer rechnet uns vor, welchen Schaden, zahlenmässig, der Arbeitgeber erleidet, wenn sein Angestellter ihm vertragswidrig wegläuft? Hier ist dem freien Ermessen, ja der Willkür zuviel Spielraum gelassen. Und doch benötigen die Vertragsparteien in dieser unerfreulichen Situation einer klaren Richtlinie, wenn Streit vermieden werden soll. Die Auseinandersetzung sollte, so findet der Praktiker, rasch, sicher und ohne sentimentale Rücksichten gegenüber dem hier schuldigen Arbeitnehmer, vorgenommen werden können. Hier ist eine schematische Lösung am Platz; ein bestimmter Ansatz oder ein bestimmter Rahmen, innerhalb dessen die Ersatzforderung ausgerechnet werden kann. Wir befürworten im Prinzip dieselbe Lösung, wie sie das Fabrikgesetz kennt (Art. 26); nur im Ausmass etwas erweitert. Der Richter, so behaupten wir, wird ein solches Schema nur begrüßen; denn nach der heutigen Situation kommt er in einem und demselben Fall zu ganz grotesken Differenzen in der Berechnung, je nachdem er den Ersatzanspruch pedantisch genau oder weitherzig nachlässig berechnet oder schätzt. Als gutes Beispiel für eine Formel, wie sie uns vorschwebt, zitieren wir den Paragraph 11 des Normalarbeitsvertrages für weibliche Hausangestellte in der Stadt Bern vom Jahr 1939: « Verlässt die Hausangestellte ohne wichtigen Grund und ohne die Kündigungsfrist einzuhalten die Stelle, so gilt

als Schadenersatz für diese Vertragsverletzung der Barlohn, der der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses, höchstens jedoch für 14 Tage, entspricht. »

Schematische Lösungen können im Einzelfall zu Härten führen. In diesem besondern Fall darf man diese Möglichkeit ruhig in Kauf nehmen. Es handelt sich ja im Arbeitsrecht darum, soziale Lösungen für den arbeitswilligen und vertragstreuen Arbeitnehmer zu suchen; nicht darum, den vertragsbrüchigen speziell zu schonen. Strenges Recht und mildes Recht sind am richtigen Ort anzuwenden.

Die Bedeutung des Arbeitnehmerschutzrechts für die Sicherung des Anstellungsverhältnisses.

Von Hardy Christen.

Die Sicherung des Anstellungsverhältnisses (AV.) bezweckt den Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen der Kündigung. Dieser Schutz kann unmittelbar und mittelbar erreicht werden. Diskutiert wird namentlich der unmittelbare Schutz des Anstellungsverhältnisses durch gesetzliche Einschränkung des Kündigungsrechts. Durch Kündigungsbeschränkung soll dem Arbeitgeber die Kündigung für bestimmte Zeit oder bei Vorliegen bestimmter Kündigungsgründe verboten werden. Kündigt er trotzdem, so treten die von der Rechtsordnung vorgesehenen Unrechtsfolgen ein. Die Kündigung für bestimmte Zeit schafft die Gründe, die zur Kündigung führen, nicht aus der Welt. Sie versucht sie lediglich durch Androhung von Rechtsnachteilen für den Fall der beschränkungswidrigen Kündigung zu kompensieren. Der Arbeitgeber soll das Festhalten am Vertrag als kleineres Uebel der Kündigung vorziehen. Ob die Drohung mit Rechtsnachteilen genügt, um ein Rechtsverhältnis von der Art des Anstellungsverhältnisses vor Auflösung zu bewahren, ist allerdings fraglich.

Wertvoller, wenn auch weniger populär als die Kündigung für bestimmte Zeit ist der mittelbare Schutz des Anstellungsverhältnisses. Dieser kann schon bei Vertragsabschluss einsetzen. Durch Beschränkung der Abschlussfreiheit, sorgfältige Regelung der Probezeit und des provisorischen Anstellungsverhältnisses sowie Form- und Kompetenzvorschriften kann der Abschluss von Verträgen, die keinen günstigen Verlauf versprechen, von vornherein verhindert werden. Nach Vertragsabschluss ist es Aufgabe des mittelbaren Schutzes, das Anstellungsverhältnis vor zersetzenden Einflüssen zu bewahren. Diesen Zweck verfolgen repressive und präventive Bestimmungen. Die repressiven Bestimmungen haben die Unterdrückung dienstlicher Verfehlungen zum Gegenstand; die präventiven Vorschriften regeln Fragen, die erfahrungsgemäss gern zu