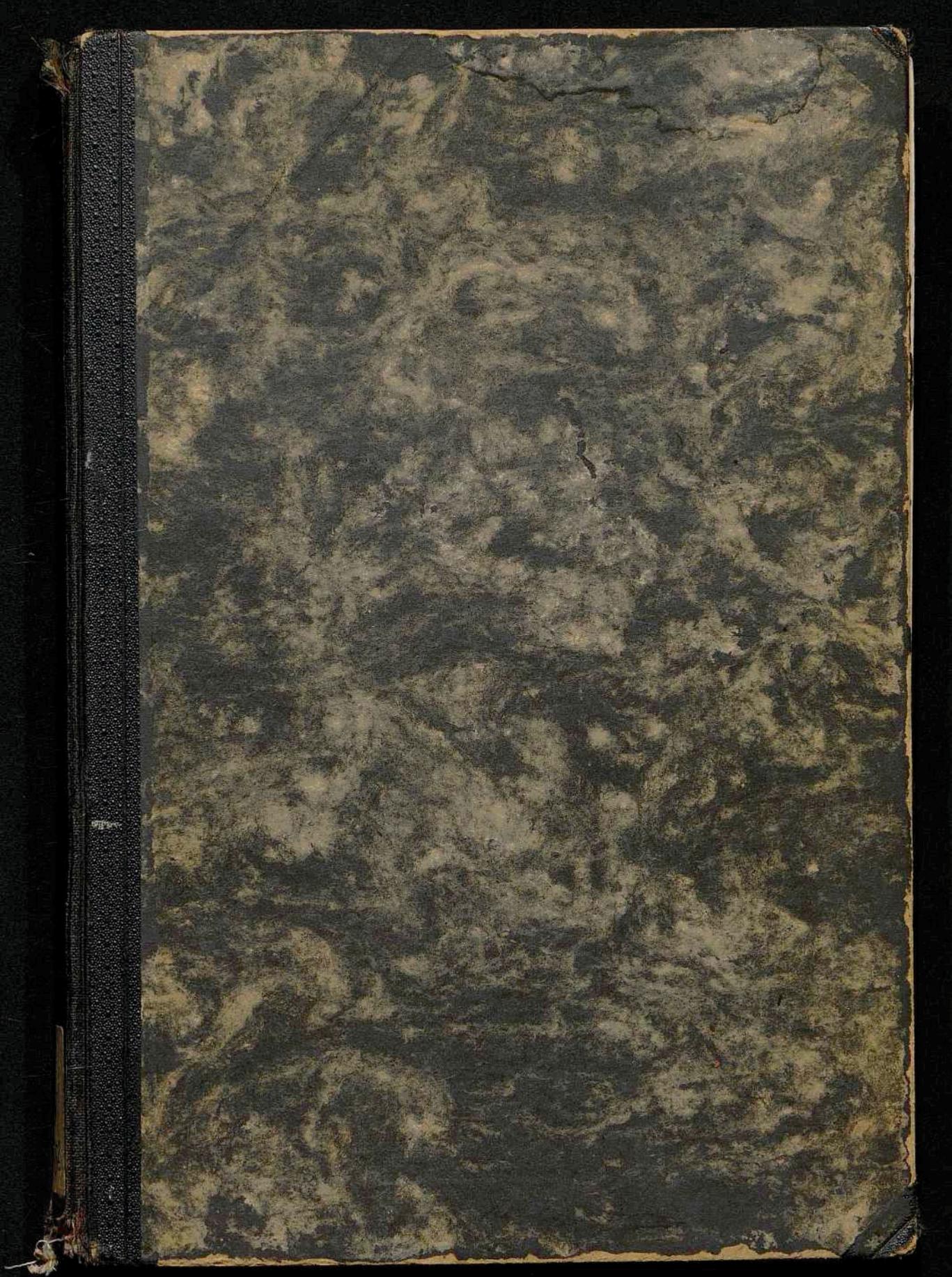


5  
W  
13762



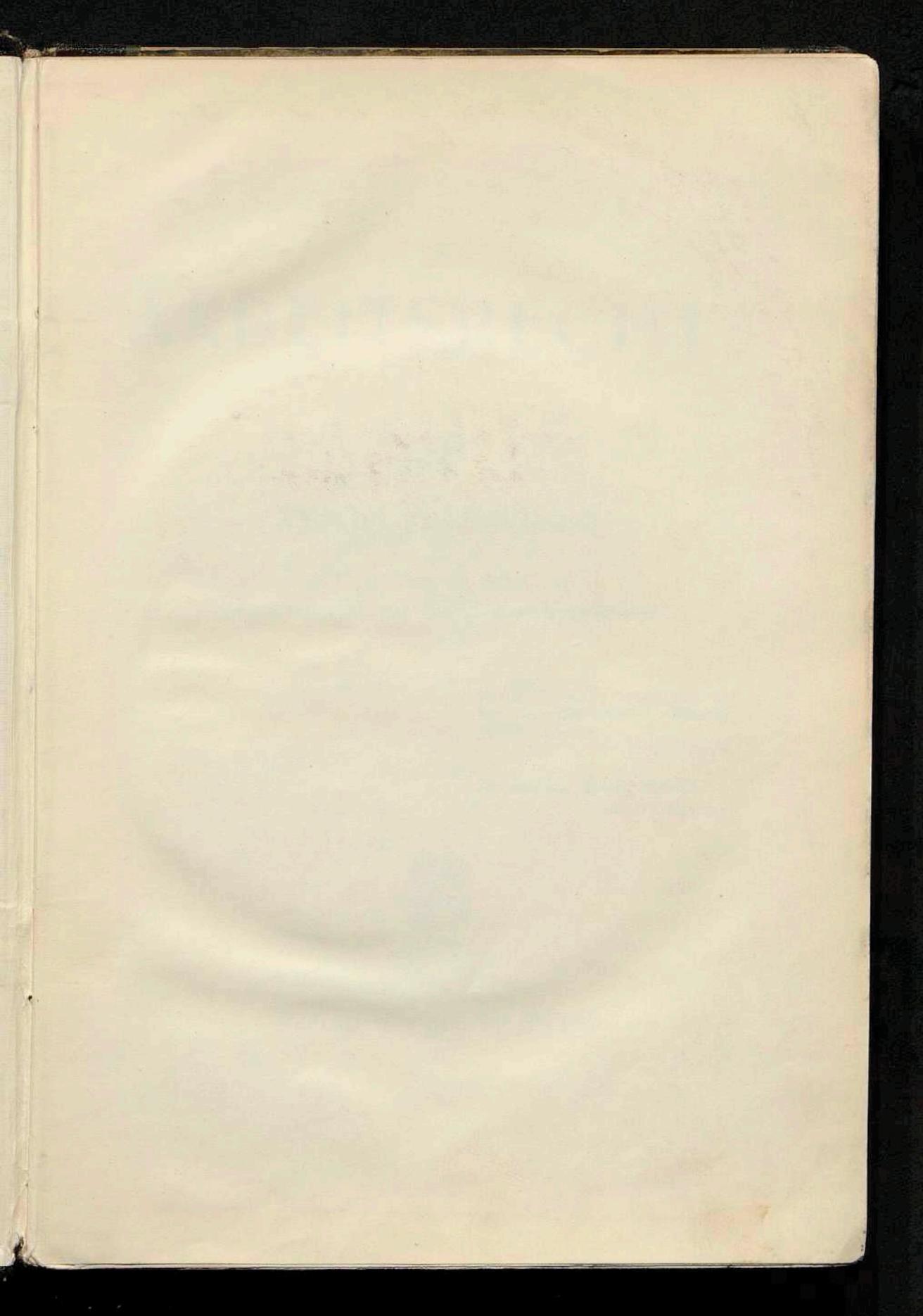


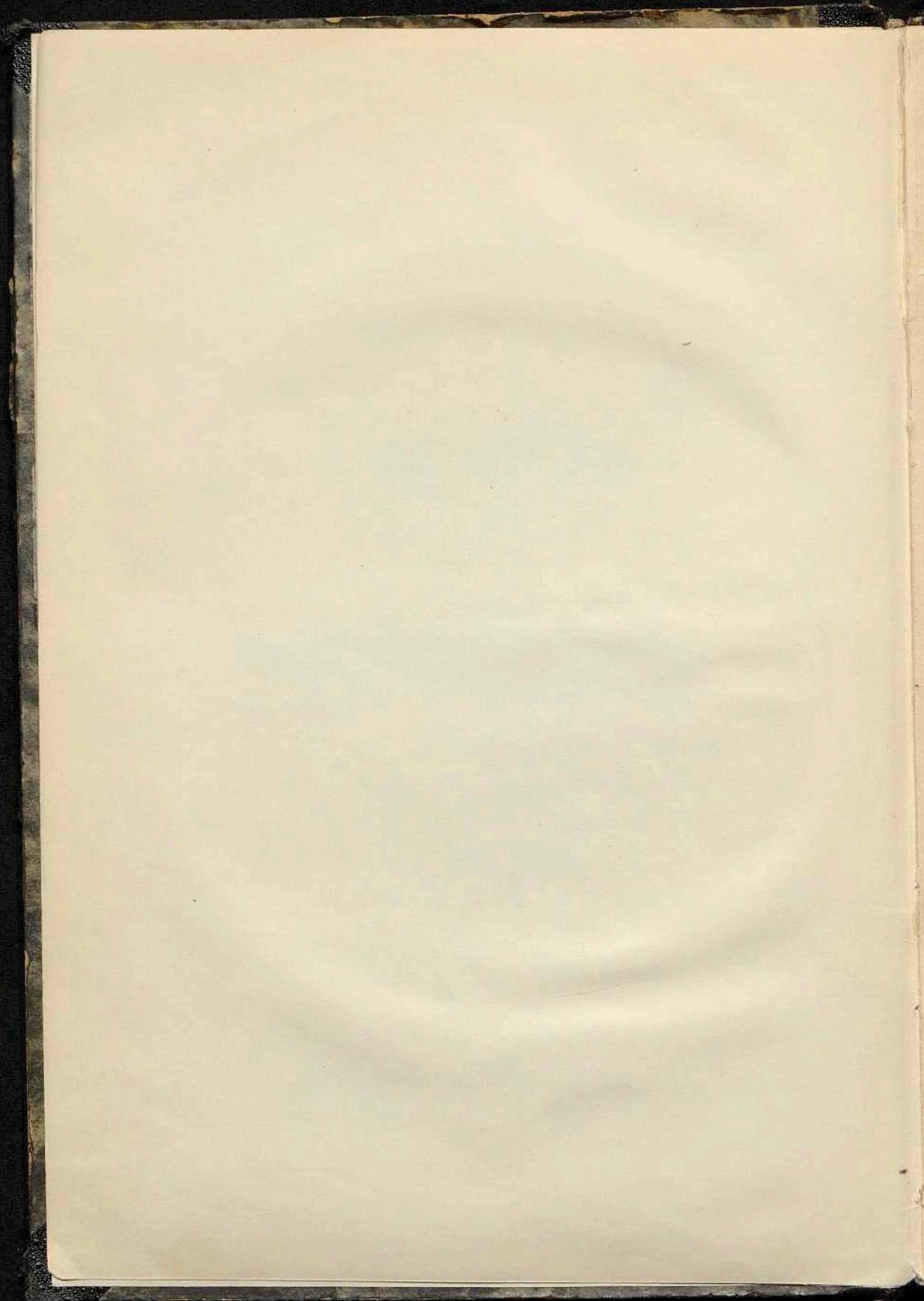


5 W 1376 2



5W1376<2.





*Otto Nathan  
Apr 10, 39  
New York.*

# GRUNDZÜGE DES ARBEITSRECHTS

VON  
HUGO SINZHEIMER

ZWEITE, ERWEITERTE UND VÖLLIG UMGEARBEITETE AUFLAGE

Das geschichtlich Notwendige soll  
frei, nach klar erkannten Zwecken  
gestaltet werden.

Georg Jellinek

Der Mensch, das ist Neuland . . .

Rudolf Goldscheid



JENA  
VERLAG VON GUSTAV FISCHER  
1927



---

Alle Rechte vorbehalten.

---

R 1955-6670

*Jan*

IM ANDENKEN  
AN  
KARL FLESCH UND PHILIPP LOTMAR  
ZUGEEIGNET  
HEINZ POTTHOFF,  
DEM WEG- UND KAMPFGENOSSEN.

Der Verfasser sucht nicht das  
richtige Substrat aus dem  
Zeit der Friedlosigkeit abstrahieren,  
wie es eine philosophische Betrachtung  
erfordern hätte, sondern er stellt  
sich auf den Boden des in Deutschland  
bestehenden Substrates. Seine  
Darstellung ist also juristisch, nicht  
rechtsphilosophisch.

Er wird jedoch offenbar von der  
Vorstellung geleitet, daß das bestehende  
Recht eben richtiges Recht sei und  
er es daher nur systematisch dar-  
zustellen nicht zu kritisieren habe.  
Daneben behauptet er jedoch das  
Bestehen des Parliaments, das  
bestehende Recht auch als richtiges  
Recht zu erweisen.

## Inhalt.

	Seite
Vorwort . . . . .	IX
Abkürzungen . . . . .	XIII

### Erstes Buch.

#### Die Grundlagen.

1. Kapitel. Der Begriff . . . . .	3
2. Kapitel. Die Elemente . . . . .	7
I. Die abhängige Arbeit . . . . .	7
A. Die Arbeit . . . . .	7
B. Die Abhängigkeit . . . . .	10
C. Die der abhängigen Arbeit gleichgestellte Arbeit .	27
II. Die Arbeitnehmer . . . . .	32
A. Der Begriff . . . . .	32
B. Die Gruppen . . . . .	34
3. Kapitel. Die Quellen . . . . .	43
I. Das staatliche Arbeitsrecht . . . . .	43
II. Das autonome Arbeitsrecht . . . . .	46
III. Das Arbeitsgewohnheitsrecht . . . . .	52
IV. Das internationale Arbeitsrecht . . . . .	53
4. Kapitel. Der Aufbau . . . . .	59

Zweites Buch.

**Die Grundverhältnisse.**

Erster Teil.

**Der Arbeitsstand.**

1. Kapitel.	Die autonome Sozialbestimmung . . . . .	67
	I. Die Koalitionen . . . . .	67
	II. Die Koalitionsfreiheit . . . . .	81
	III. Das Koalitionsrecht . . . . .	90
2. Kapitel.	Die staatliche Sozialbestimmung . . . . .	95
	I. Die Arbeitsbeschaffung . . . . .	95
	II. Die Arbeiter- und Angestelltenversicherung . . . . .	101
	III. Die Arbeitsselbstverwaltung . . . . .	105

Zweiter Teil.

**Der Arbeitsverband.**

I. Abschnitt.

**Das Arbeitsverhältnis.**

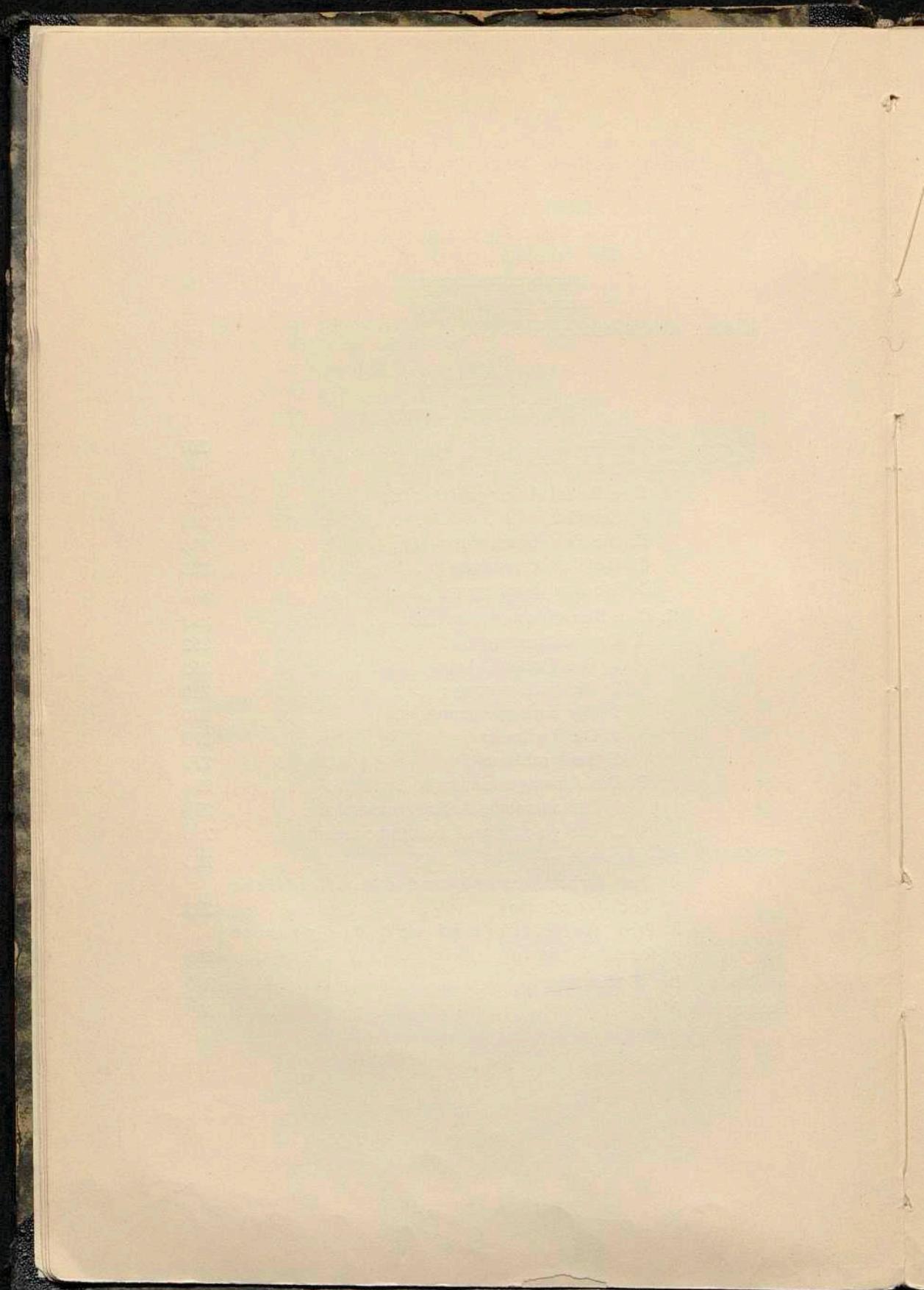
1. Kapitel.	Das Wesen . . . . .	109
2. Kapitel.	Die Entstehung . . . . .	117
	I. Der Anstellungsvertrag . . . . .	117
	A. Wesen . . . . .	117
	B. Arten . . . . .	126
	C. Abschluß . . . . .	129
	D. Neben- und Seitenabreden . . . . .	137
	II. Das Arbeitsverhältnis ohne Vertrag . . . . .	140
3. Kapitel.	Der Inhalt . . . . .	144
	I. Der gewaltrechtliche Inhalt . . . . .	145
	A. Das Befehlsrecht . . . . .	146
	B. Das Eigentum am Arbeitsprodukt . . . . .	151
	C. Die Schutzpflicht . . . . .	155
	D. Die Haftung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer . . . . .	164

	Seite
II. Der schuldrechtliche Inhalt . . . . .	165
A. Die Arbeitspflicht . . . . .	171
1. Inhalt . . . . .	171
2. Zeitliche Begrenzung . . . . .	174
B. Der Arbeitslohn . . . . .	183
1. Äußere Lohnsicherung . . . . .	184
2. Innere Lohnsicherung . . . . .	186
4. Kapitel. Die Beendigung . . . . .	198

II. Abschnitt.

**Die Arbeitsverfassung.**

1. Kapitel. Das Wesen . . . . .	207
2. Kapitel. Die Organisation . . . . .	214
I. Die Betriebsorganisation . . . . .	214
A. Der Betrieb . . . . .	214
B. Die Betriebsvertretung . . . . .	219
C. Die Betriebsregelung . . . . .	233
D. Die Betriebsstillegung . . . . .	248
II. Die Berufsorganisation . . . . .	251
A. Der Tarifvertrag . . . . .	252
1. Die Tarifschöpfung . . . . .	253
2. Die Tarifwirkung . . . . .	256
3. Die Tariferweiterung . . . . .	270
4. Die Tarifnatur . . . . .	273
5. Tarifprobleme . . . . .	275
B. Die Arbeitsgemeinschaft . . . . .	278
1. Die autonome Arbeitsgemeinschaft . . . . .	278
2. Die gesetzliche Arbeitsgemeinschaft . . . . .	280
3. Kapitel. Der Arbeitskampf . . . . .	283
I. Der Arbeitskampf und die öffentliche Rechtsordnung . . . . .	283
II. Der Arbeitskampf und die private Rechtsordnung . . . . .	289
4. Kapitel. Die Schlichtung . . . . .	299
Sachregister . . . . .	305



## Vorwort.

Die Erkenntnis, daß das Arbeitsrecht ein einheitliches und eigenes Rechtsgebiet sei, ist heute allgemein durchgedrungen. Doch entspricht dieser Erkenntnis noch nicht die volle Anschauung des inneren Zusammenhangs aller seiner Teile und der Eigenart seiner Rechtsprinzipien. Diese Anschauung zu fördern, um die in dem Arbeitsrecht wirkenden Grundgedanken lebendig zu erhalten und das arbeitsrechtliche Denken vor geistiger Zersplitterung zu bewahren, ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Sie ist der im Jahre 1921 erschienenen ersten Auflage gegenüber ein völlig neues Buch. Wenn ich an dem Titel und äußeren Zusammenhang mit der ersten Auflage festgehalten habe, so geschah dies, weil trotz der erheblich erweiterten Darstellung des positiven Rechts und seiner wichtigsten Einzelfragen die Zusammenfassung des Ganzen in seinen wesentlichen Zügen und die Zurückführung des vielgestaltigen Inhalts auf wenige, einfache Fundamente das Ziel der Arbeit geblieben ist.

Damit blieb auch die freie Verfügung über den Stoff gewahrt. Wohl ist der Gegenstand der folgenden Untersuchungen das gesamte Arbeitsrecht. Aber ich durfte Gebiete, die bereits eine vielfache, erschöpfende Darstellung gefunden haben und deren Einzelheiten für den Aufbau des Ganzen nicht von entscheidender Bedeutung sind, zurücktreten lassen, um desto ausführlicher die Leitideen und die sie verkörpernden Rechtsgestaltungen in den Vordergrund zu stellen, auf denen die heutige Problematik des Arbeitsrechts beruht. Daß bei alledem das materielle Arbeitsrecht als das beherrschende Rechtsgebiet auftritt und das Arbeitsbehördenrecht einschließlich des Verfahrens nicht zu besonderer Darstellung gelangt, entspricht diesem Grundriß des Ganzen. Dem entspricht auch die bis Mitte April d. J. fortgeführte Behandlung des Schrift-

tums und der Rechtsprechung. Beides ist ausführlich berücksichtigt, aber auf die wichtigsten Fragen und Entscheidungen beschränkt. Rechtsvergleichende Betrachtungen habe ich, obwohl ich ihre hohe Bedeutung für die Entwicklung der Arbeitsrechtswissenschaft anerkenne, im Interesse des Ganzen und weil auch dafür bis heute die Vorarbeiten fehlen, ausgeschaltet. Doch sind wichtige gesetzgeberische Fragen, soweit dies erforderlich schien, behandelt und deshalb auch die neuen Arbeitsrechtsentwürfe, insbesondere der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes und Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in die Betrachtung, wenn auch in aller Kürze, einbezogen. Das neue Arbeitsgerichtsgesetz habe ich als bereits in Kraft getretenes Recht behandelt. Die Gesetzgebung im ganzen ist nach dem Stand vom 15. April d. J. berücksichtigt.

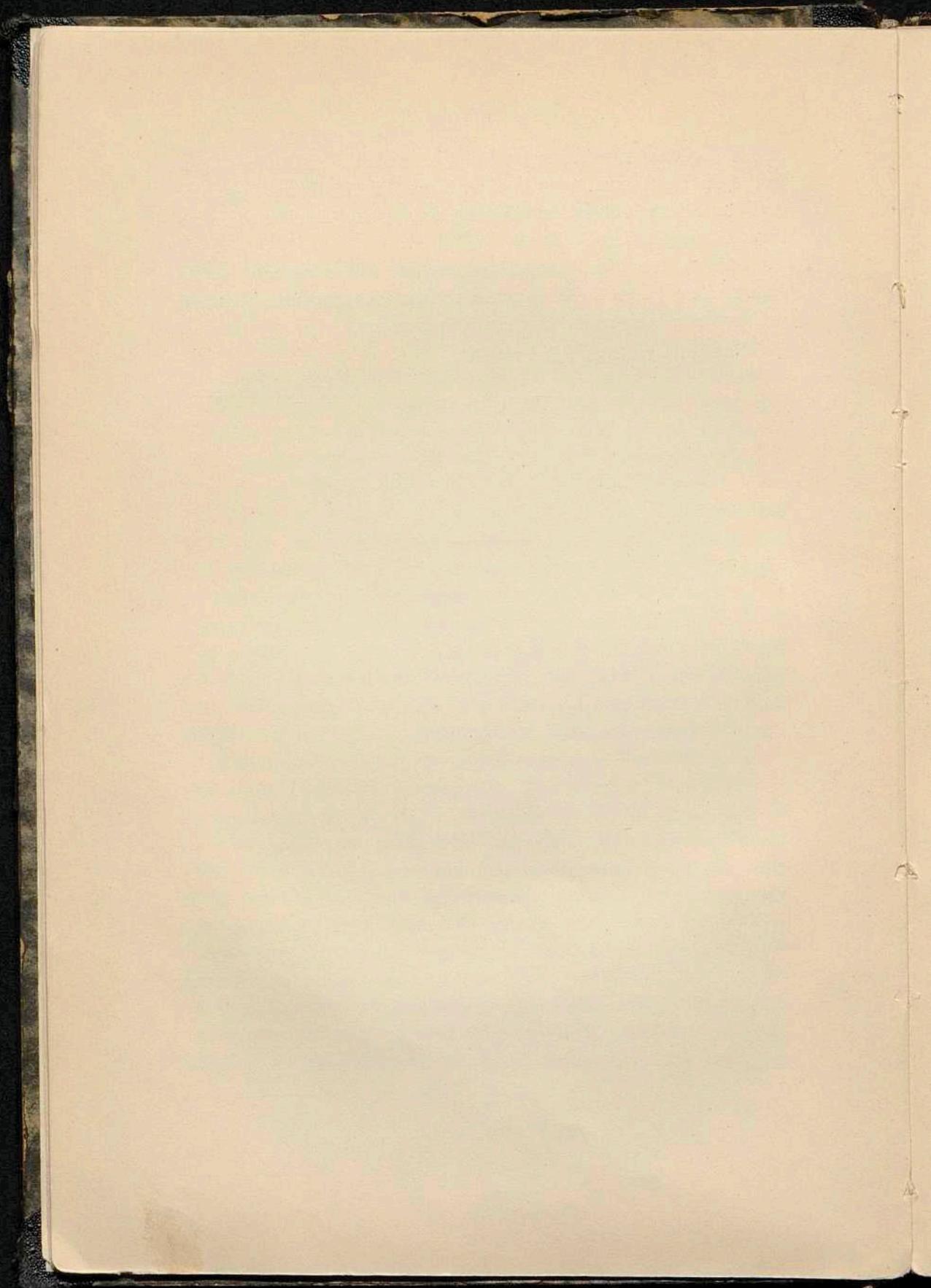
Indem ich so die Arbeit aus der Hand gebe, bin ich mir sehr bewußt, daß sie ihren letzten Abschluß noch nicht gefunden hat. Das Arbeitsrecht ist nicht nur ein Rechtsgebiet für sich, sondern es steht auch mit dem Ganzen des Rechts in einer bestimmten Verbindung. Die Anschauung von dem inneren Zusammenhang aller seiner Teile und der Eigenart seiner Rechtsprinzipien bedarf daher noch einer weiteren Betrachtung, deren Ziel die Erschließung jener Verbindung ist. Diese Betrachtung ist aber heute noch nicht möglich. Denn sie ist abhängig von dem allgemeinen Zustand der Rechtswissenschaft. Die alten Grenzen der Rechtswissenschaft sind heute zerflossen, das Bedürfnis nach einem neuen allgemeinen Rechtssystem, das alle Teile und Arten des Rechts umschließt, ist zwar erwacht, aber noch nicht befriedigt. Ein äußeres Zeichen dafür ist das Ringen um eine neue Rechtsbetrachtung, die nicht mehr von Personen und Verhältnissen, sondern von Kräften und Funktionen ausgeht, und das Suchen nach einem besonderen Wirtschaftsrecht, dessen Gegenstand nicht eine Summe zerstreuter Lebensbeziehungen, sondern ein neu entstehendes, in sich zusammenhängendes soziales Lebensgebilde sein soll. Solange diese Unfertigkeit des allgemeinen Denkens besteht, bleibt die letzte Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft, die Stellung des auf abhängige

Arbeit angewiesenen Menschen im gesellschaftlichen Aufbau überhaupt zu bestimmen, ungelöst, und nur die Hoffnung gegeben, daß das eigene Mühen um Klärung wenigstens eine Vorstufe zu ihrer Lösung bildet.

Möge dieses Buch so gelesen werden, wie es gedacht ist, als eine Einheit, deren Teile in untrennbarem Zusammenhang stehen und auf eine weitere, höhere Einheit verweisen.

Frankfurt am Main, Ostern 1927.

Der Verfasser.



## Abkürzungen.

### A. Gesetze und Verordnungen<sup>1)</sup>.

- AllgBergG. = Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. 6. 1865.
- ANachwG. = Arbeitsnachweisgesetz vom 22. 7. 1922.
- AngV. = Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 18. 3. 1919.
- AngVG. = Angestelltenversicherungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. 5. 1924.
- ArbAO. = Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23. 11. 1918.
- ArbGerG. = Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 1926.
- ArbZeitV. = Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. 12. 1923.
- AufsRatG. = Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. 2. 1922.
- BäckV. = Verordnung über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien vom 23. 12. 1918.
- BinnSchG. = Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt.
- BRG. = Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920.
- ErwFürsV. = Verordnung über Erwerbslosenfürsorge in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 2. 1924.
- FlößG. = Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei.
- HausArbG. = Hausarbeitsgesetz vom 27. 6. 1923 in der Fassung vom 30. 6. 1923.
- KinderAG. = Gesetz, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. 3. 1903.
- KrPflV. = Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. 2. 1924.

1) Die in Betracht kommenden reichsgesetzlichen Vorschriften sind in ihrer neuesten Fassung zusammengestellt in der Sammlung „Arbeitsrecht“, herausg. von Heinrich Hoeniger und Emil Wehrle, 1926.

- LandAO. = Vorläufige Landarbeitsordnung vom 24. 1. 1919.  
LohnbG. = Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes vom 21. 6. 1869.  
RV. = Reichsverfassung.  
RVerG. = Reichsvereinsgesetz vom 19. 4. 1908.  
RVO. = Reichsversicherungsordnung.  
SchlichtV. = Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923.  
SchwerbeschG. = Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. 1. 1923.  
SeemO. = Seemannsordnung.  
StillegV. = Verordnung über Betriebsstillegungen und Arbeitsstreckungen vom 15. 10. 1923.  
TarifV. = Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918.

B. Gesetzentwürfe.

- AllgArbVGE. = Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, nebst Denkschrift (28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt).  
ArbTarGE. = Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, nebst Begründung (Reichsarbeitsblatt, 1921, S. 491 ff.).

C. Zeitschriften.

- ArbR. = Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausg. von Heinz Potthoff.  
GewKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht, „Das Arbeitsgericht“, Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte.  
JW. = Juristische Wochenschrift.  
NZfAR. = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, herausg. von Dersch, Kaskel, Sitzler, Syrup.  
RABL. = Reichsarbeitsblatt (AT Amtlicher Teil; NAT Nichtamtlicher Teil).  
SchlichtW. = Das Schlichtungswesen, Monatsschrift für Schlichtung und Arbeitsrecht, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse im Deutschen Reiche.

D. Entscheidungssammlungen.

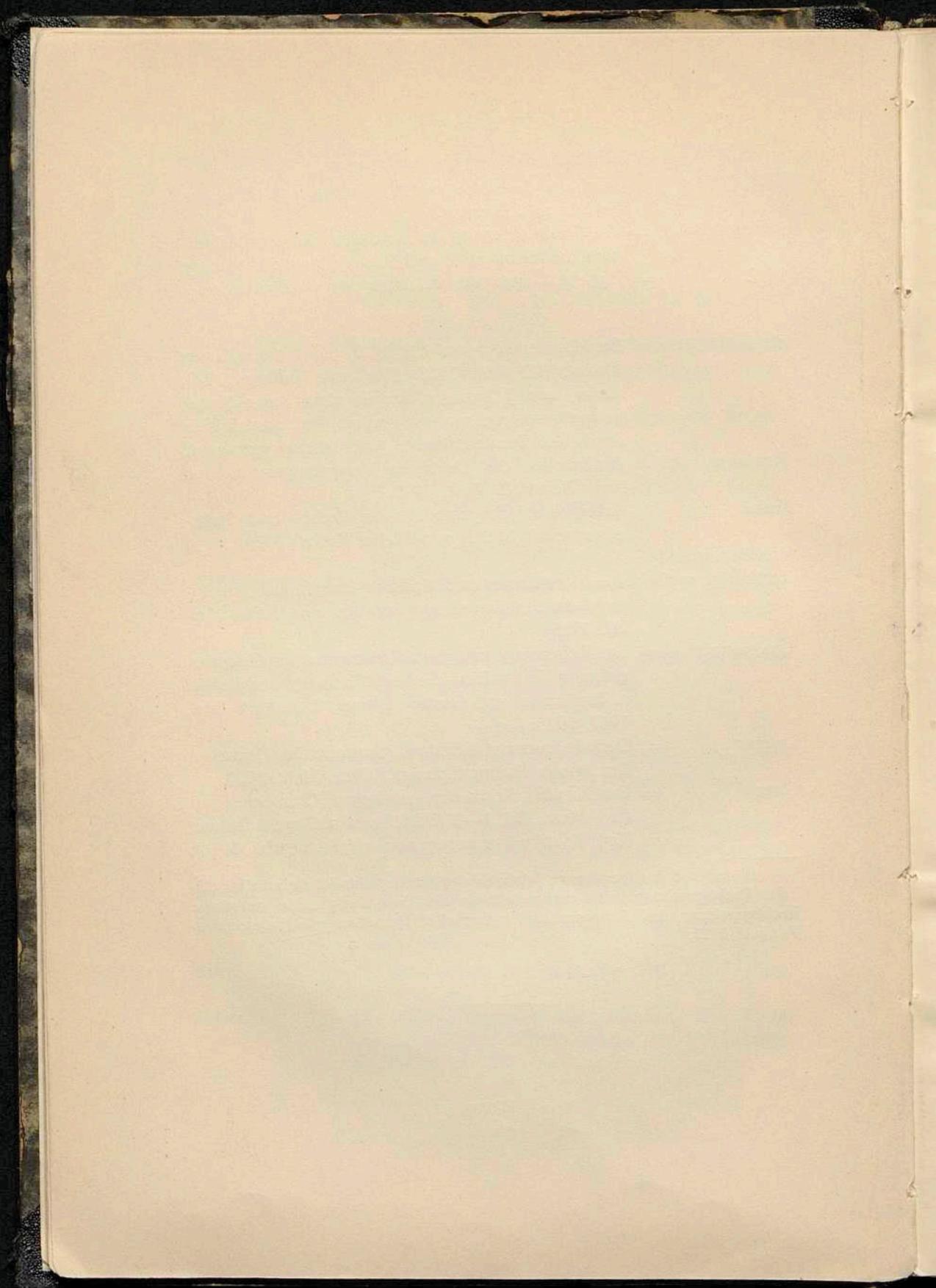
- JAR. = Jahrbuch des Arbeitsrechts, herausg. von Hoeniger, Schultz und Wehrle 1).
- Rechtsprechung = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, bearbeitet von Dersch, Flatow, Hueck, Nipperdey.
- RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

E. Literatur.

- Flatow = Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920, erläutert von Georg Flatow, 11. Aufl. 1923. (Die neue Auflage, 1927, Verlag von J. Springer, konnte nicht mehr überall benutzt werden; wo es geschah, ist ausdrücklich durch den Zusatz „neueste Aufl.“ darauf verwiesen).
- Fleiner = Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts von Fritz Fleiner, 3. Aufl., 1913.
- Kaskel = Arbeitsrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, XXXI) von Walter Kaskel, 1925.
- Koalitionen und Koalitionskampfmittel = Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, herausg. von Walter Kaskel, 1925.
- Landmann = Dr. Robert v. Landmanns Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, herausg. von Robert v. Landmann und Gustav Rohmer, 7. Aufl., 2 Bde., 1917, 1925.
- Lotmar = DerArbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs von Philipp Lotmar, 2 Bde., 1902, 1908.
- Marx = Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie von Karl Marx, Bd. 1—3 (Bd. 1 wird zit. nach der von Karl Kautsky herausgegebenen Volksausgabe, 1914).

---

1) Außer dem angegebenen Jahrbuch des Arbeitsrechts ist die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zusammengestellt in der Sammlung „Die gesammte Rechtsprechung des Arbeitsrechts“, systematisch geordnet von Jadesohn u. Potthoff, 1927.



Erstes Buch.  
Die Grundlagen des Arbeitsrechts.

THE  
LIBRARY OF THE  
MUSEUM OF NATURAL HISTORY

## 1. Kapitel.

### Der Begriff.

Arbeitsrecht nennen wir das einheitliche Recht, das die Beziehungen der Arbeitnehmer regelt.

1. Das Arbeitsrecht ist einheitliches Recht. Es umfaßt öffentliches und privates Recht. Die beiden Arten des Rechts sind im Arbeitsrecht nicht voneinander zu trennen, weil sie innerlich zusammenhängen. Wo das Arbeitsrecht öffentliches Recht ist, setzt es Privatrecht voraus. Wo das Arbeitsrecht Privatrecht ist, setzt es öffentliches Recht voraus. Man denke an den Arbeiterschutz. Der Arbeiterschutz findet im Arbeitsverhältnis seine Grundlage. Diese Grundlage gehört dem Privatrecht an. Die privatrechtlichen Beziehungen aber, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, wie etwa die Lohnforderung, werden durch öffentliches Recht, z. B. die Lohnsicherung, ergänzt. Und auch dort, wo gewisse Gebiete des Arbeitsrechts nur dem öffentlichen oder nur dem privaten Recht angehören (z. B. die Arbeiterversicherung oder die Kündigung eines Arbeitsvertrags) sind sie untrennbare Teile eines Gesamtaufbaus. Es kommt dazu, daß wichtige Rechtsinstitute des Arbeitsrechts, wie z. B. der Tarifvertrag, sowohl dem Privatrecht als auch dem öffentlichen Recht angehören. Das Wesen des Arbeitsrechts erschließt sich deswegen nur dann, wenn es als Ganzes ins Auge gefaßt wird. Wollte man das öffentliche Arbeitsrecht von dem privaten scheiden, so würde, selbst wenn eine Scheidung möglich wäre, die innerliche Verbundenheit aller seiner Teile zerstört. Damit wird der an sich bestehende Unterschied zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht auch für das Arbeitsrecht keineswegs geleugnet. Das Arbeitsrecht muß diesen Unterschied schon deswegen gelten lassen,

*kein  
Sonderrecht!!*

weil das geltende Recht ihn voraussetzt. Es macht ihn nicht nur in der Verschiedenheit der Rechtsgestaltung. Es macht ihn vor allem auch in der Verschiedenheit der Gerichtsbarkeit. Nach § 13 GVG. in Verbindung mit §§ 2 und 3 ArbGerG. gehören vor die ordentlichen (oder die besonderen) Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, so daß im Einzelfall entschieden werden muß, ob die in Frage kommende Streitigkeit im öffentlichen oder privaten Recht wurzelt<sup>1)</sup>. In dieser unteilbaren Zugehörigkeit zu beiden Rechtswelten bekundet sich nicht nur die Eigenart der von dem Arbeitsrecht erfaßten Materie, sondern auch die elementare Bedeutung, die es über die Interessen der einzelnen hinaus für den gesellschaftlichen Aufbau der Menschen überhaupt hat<sup>2)</sup>.

2. Das Arbeitsrecht regelt die Beziehungen der Arbeitnehmer. Die Arbeit, die den Gegenstand des Arbeitsrechts bildet, ist nicht die Arbeit überhaupt, sondern die abhängige Arbeit<sup>3)</sup>. Das Arbeitsrecht ist nicht gleichbedeutend mit dem Rechte der Arbeit. Es enthält das Recht der Arbeit nur insoweit, als es Arbeitnehmer betrifft. Diese Abgrenzung entspricht der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts, die an die Arbeiterbewegung anknüpft, und ist vor allem dadurch geboten, daß die sozialen Tatbestände der abhängigen Arbeit von denen der nicht abhängigen Arbeit innerlich verschieden sind. Das Recht muß dieser inneren Verschiedenheit in seinem Aufbau Rechnung tragen<sup>4)</sup>. Der Begriff

1) Diese praktische Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht verkennen die auf die Aufhebung dieser Unterscheidung gerichteten Theorien.

2) KURT WOLZENDORFF, Das Arbeitsrecht, Annalen des Deutschen Reichs, 1915, S. 57 ff.

3) JOHANNES GERHARDT, Arbeitsrationalisierung und persönliche Abhängigkeit, 1925, S. 13: „Eine Betrachtung des Arbeitsverhältnisses im modernen Wirtschaftsbetrieb wird notwendig das Abhängigkeitsproblem in den Mittelpunkt stellen müssen.“

4) Dies zeigt sich deutlich in dem großen Werke von Phil. LOTMAR „Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs“, 2 Bände, 1902, 1908. LOTMAR hat den Versuch unternommen, in dem Begriffe und der Darstellung des Arbeitsvertrages alle Arbeitsleistungen zusammenzufassen, die Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung gegen Entgelt sind. So steht bei ihm der Vertrag des Theaterbesuchers mit dem Theaterunternehmer, der durch

des Arbeitsrechts, wie er hier angenommen wird, hat sich deswegen in der Gesetzgebung und Literatur der neuesten Zeit allgemein durchgesetzt<sup>1)</sup>. Auch die neuen Gesetzentwürfe auf arbeitsrechtlichem Gebiet, die den Bestrebungen auf Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts in Deutschland entstammen, stehen auf seinem Boden<sup>2)</sup>.

3. Das Arbeitsrecht regelt die Beziehungen der Arbeitnehmer. Um Beziehungen der Arbeitnehmer handelt es sich, wenn die in Betracht kommenden Vorschriften ihren Grund darin haben daß die Personen Arbeitnehmer sind. Wenn Arbeitnehmer einen Konsumverein gründen, so sind die Beziehungen, die daraus folgen, keine arbeitsrechtlichen Beziehungen, denn das Recht, das sie regelt, hat nicht zur Voraussetzung, daß die Personen Arbeitnehmer sind. Das Arbeitsrecht regelt alle diese Beziehungen. Die Beziehungen, um die es sich handelt, sind nicht nur Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Das Arbeitsrecht ist mit Arbeitsvertragsrecht nicht identisch. Es ist viel weiter. Es umfaßt auch Beziehungen, die nicht zwischen Arbeitnehmern

Lösung eines Theaterbillets geschlossen wird, systematisch auf derselben Stufe wie der Arbeitsvertrag des Fabrikarbeiters, der durch Abschluß eines Arbeitsvertrages einem Betriebe eingegliedert wird. Diese systematische Gleichstellung ist innerlich unbegründet (vgl. dazu die treffenden Worte v. GIERKES in seinem Deutschen Privatrecht, 3. Bd., S. 591 ff., S. 593<sup>7)</sup>).

1) Einen Durchbruchpunkt für diese Auffassung bildet die Einleitung zu der im Jahre 1914 gegründeten Zeitschrift „Arbeitsrecht“, Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, wo es heißt (1914, S. 1 ff.): „Wir verstehen unter Arbeitsrecht dasjenige Recht, dem das Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, und zwar das Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmer und denjenigen, die in seinem Dienste stehen“. Die Angriffe, die neuerdings SILBERSCHMIDT in seinen verschiedenen Arbeiten (vgl. z. B. Das deutsche Arbeitsrecht, Einleitung, 1923, S. 12 ff.) gegen diese Abgrenzung des Begriffs richtet, beachten die geschichtlichen und inneren Gründe nicht, die zu ihr führen.

2) Die Beschränkung des Arbeitsrechts auf die Beziehungen der Arbeitnehmer schließt keineswegs aus, daß in der weiteren Entwicklung der Gesetzgebung ein allgemeines Arbeitsrecht entsteht, welches die Arbeitsleistung als solche von der Sachleistung absondert und allgemeinen Regeln unterwirft. Aber auch dadurch würde der besondere Charakter des Arbeitsrechts im obigen Sinne nicht aufgegeben. Es würde nur einem größeren Ganzen als ein selbständiger Teil eingegliedert.

und Arbeitgebern bestehen. Dahin gehören die Beziehungen, die sich aus dem Koalitionsrecht, der Erwerbslosenfürsorge, dem Arbeitsnachweis, der Arbeiterversicherung, dem Betriebsräterecht, dem Tarifvertrag, den Arbeitsgemeinschaften usw. ergeben. Erst der Inbegriff aller dieser Beziehungen ist das Arbeitsrecht. Die Reichsverfassung hat diesen umfassenden Begriff des Arbeitsrechts anerkannt. Allerdings spricht sie in Art. 7 Ziff. 9 nur zögernd von ihm, indem sie dem Reiche die Gesetzgebung zuweist über das „Arbeitsrecht, die Versicherung und den Schutz der Arbeiter und Angestellten, sowie den Arbeitsnachweis“. Es hätte genügt, wenn hier die Reichsverfassung nur von dem Arbeitsrecht gesprochen hätte, denn dieses schließt die übrigen von ihr angeführten Teile ohne weiteres in sich. In Art. 157 Abs. 2 geht sie denn auch ausschließlich von dem „einheitlichen Arbeitsrecht“ aus, welches das Reich schaffen soll. Damit hat sich das Arbeitsrecht von den verschiedenen Rechtsgebieten losgelöst, in die es zerstreut war, und ist ein selbständiger Teil der Rechtsordnung geworden, in dem alle Beziehungen der Arbeitnehmer aufgehen und ihre innere Zusammenfassung finden. Zwar hat diese Verselbständigung des Arbeitsrechts noch keinen äußeren Ausdruck in einem besonderen Gesetzbuch gefunden. Die Schaffung dieses Gesetzbuches steht noch als Aufgabe vor uns. Aber die Verselbständigung des Arbeitsrechts hat bereits innere Gestalt in allen gewonnen, die ihm unterliegen und an seiner Fortbildung arbeiten. Von ihr hat deswegen heute jede wissenschaftliche Behandlung des Arbeitsrechts auszugehen<sup>1)</sup>.

nie erreicht!

1) Es ist das besondere Verdienst KASKELS, in seinem Arbeitsrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, XXXI, 1925) zum ersten Mal den gesamten Rechtsstoff, aus dem sich das Arbeitsrecht zusammensetzt, dargestellt zu haben. Wenn hierbei KASKEL die Darstellung der Sozialversicherung und der Erwerbslosenfürsorge ausscheidet, so geschieht dies wohl aus Zweckmäßigkeitsgründen (S. 5). Die Darstellung KASKELS geht übrigens über seinen eigenen Begriff des Arbeitsrechts hinaus. KASKEL sieht als Gegenstand des Arbeitsrechts nur „die Regelung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis“ an (S. 3). Wie wir im Text sahen, ist diese Begriffsbestimmung zu eng.

## 2. Kapitel.

### Die Elemente.

Das Arbeitsrecht umfaßt ein sachliches und persönliches Element. Das sachliche Element ist die abhängige Arbeit. Das persönliche Element bilden die Arbeitnehmer.

#### I.

#### Die abhängige Arbeit.

##### A. Die Arbeit.

Arbeit im Rechtssinne ist die zweckbewußte Tätigkeit des Menschen zur Befriedigung fremder Bedürfnisse.

1. Als menschliche Tätigkeit ist die Arbeit individuelle Funktion des Menschen<sup>1)</sup>. Ihre Grundlage ist die persönliche Arbeitskraft, d. h. der „Inbegriff der physischen und geistigen Fähigkeiten, die in der Leiblichkeit, der lebendigen Persönlichkeit eines Menschen existieren“<sup>2)</sup>. Die Arbeit ist untrennbar von dem arbeitenden Menschen. Er ist bei ihrer Leistung „von Anfang bis zum Ende der Leistung mit ihr verwachsen, sie macht einen Teil seines Lebens aus“<sup>3)</sup>, so daß jede Bestimmung der Arbeit unmittelbar den arbeitenden Menschen ergreift. Seine Person ist in den Arbeitsvollzug „verflochten und damit Anstrengungen, Unbilden und Gefahren ausgesetzt, die der sächlichen Leistung fernzubleiben pflegen“<sup>4)</sup>. Die Arbeit ist aber auch untrennbar im

1) BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht, II, S. 1.

2) MARX, I, S. 123.

3) LOTMAR, I, S. 8.

4) LOTMAR, I, S. 9.

arbeitenden Menschen. Sie ergreift nicht einen Teil seines Wesens, sondern sein ganzes Wesen. Indem der Mensch arbeitet, verwirklicht er einen Zweck, „den er weiß, der die Art und Weise seines Tuns als Gesetz bestimmt und dem er seinen Willen unterordnen muß. Und diese Unterordnung ist kein vereinzelter Akt. Außer der Anstrengung der Organe, die arbeiten, ist der zweckmäßige Wille, der sich als Aufmerksamkeit äußert, für die ganze Dauer der Arbeit erheischt“<sup>1)</sup>. Die Arbeit ist also der Mensch selbst im Zustande des Wirkens. Sie drückt ein natürliches Verhältnis des Menschen zu sich selbst aus. Er ist es, dessen Kraft sich in der Arbeit äußert. Ihm gehört die Arbeit, für die er seine Kraft in Bewegung setzt.

Danach ist die Arbeit, obwohl sie Vermögensquelle ist, doch kein Vermögensaufwand. Arbeitsleistungen und Vermögensleistungen sind voneinander verschieden<sup>2)</sup>. Das Vermögen besteht aus Dingen, die außerhalb des Menschen sind. Die Arbeit ist der tätige Mensch selbst. Das Vermögen ist mit dem Menschen rechtlich verknüpft. Die Arbeit gehört ihm natürlich an, sie hat „keinen anderen Behälter als menschliches Fleisch und Blut“<sup>3)</sup>. Das Vermögen ist die sachliche Grundlage des menschlichen Lebens, es gehört zur Welt der Dinge, die keinen Zweck in sich haben, deren Bestimmung darin besteht, dem Menschen ein Mittel zu sein. Die Arbeitskraft ist die persönliche Grundlage des menschlichen Lebens, sie gehört zur Welt der geistigen Wesen, die eigene Zwecke haben, deren Bestimmung darin nicht aufgehen kann, nur Mittel für fremde Zwecke zu sein. „Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde.“ Der Mensch hat Würde. Die Würde aber dient „jeder Maxime zur einschränkenden Bedingung aller bloß relativen und willkürlichen Zwecke“<sup>4)</sup>.

1) MARX, I, S. 133, 134.

2) LOTMAR, I, S. 82, 83.

3) MARX, Lohnarbeit und Kapital, mit einer Einleitung von FRIEDRICH ENGELS, Berlin, 1891, S. 13.

4) KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (IMMANUEL KANTS Werke herausg. von CASSIRER, Bd. 4, S. 293, 295).

2. Als menschliche Tätigkeit zur Befriedigung fremder Bedürfnisse ist die Arbeit auch soziale Funktion des Menschen. Der Mensch ist nicht nur Einzelwesen, sein Tun und seine Kraft gehören nicht nur ihm. Die Menschen sind aufeinander angewiesen, zwischen ihnen bestehen Wirkungen, die das Leben des einen vom Leben des anderen abhängig machen. Sehen wir auf diese Wirkungen, so steht das gesellschaftliche Leben als ein Geflechte von Verbundenheiten vor uns, in das die einzelnen verwoben sind. Das Ganze ist ein großer gesellschaftlicher Betrieb, in dem die Produktion des Lebens durch Zusammenwirken aller geschieht und der einzelne der Träger nicht nur eines individuellen, sondern auch eines sozialen Willens ist. Selbst die Konkurrenz ist nichts anderes als Kooperation, d. h. Gesellschaftswirtschaft. „Sie ist Konkurrenz, gesehen vom Standpunkt der einzelnen Personalswirtschaften, und ist Kooperation, gesehen vom Standpunkt des Ganzen“<sup>1)</sup>. Daran ändert die Tatsache nichts, daß das Recht auf weiten Gebieten die Personen nur als abstrakte, von jedem Zusammenhang losgelöste, für sich bestehende Wesen kennt, daß es deren Beziehungen nur als „private“ Beziehungen auffaßt, die keine andere Funktion haben, als ihren Bedürfnissen zu dienen. Das Recht kann die Kräfte nicht ausschalten, die hinter den individuellen Gestalten wirken, ihnen ihre Richtung und ihren Inhalt geben. Im Spiel dieser Kräfte ist der einzelne nicht Person, sondern Personifikation gesellschaftlicher Vorgänge. So baut sich in dem individuellen Dasein zugleich das Dasein des Ganzen auf, einerlei, ob die Menschen es wissen und wollen, einerlei auch, ob jenes Ganze einen eigenen Körper hat oder sich nur „als übermächtiges Naturgesetz der individuellen Willkür gegenüber geltend macht“<sup>2)</sup>.

Wenden wir diesen Grundgedanken auf die Arbeit an, so ist sie untrennbar nicht nur von und in den einzelnen, sondern auch

1) FRANZ OPPENHEIMER, Grundriß der theoretischen Ökonomik, I, 1926, S. 64.

2) MARX, III, 2, S. 418.

von und in dem Ganzen. Der tätige Mensch ist die Naturbedingung seines eigenen und des gesellschaftlichen Lebens. Darum steht er, wenn wir ihn in den elementaren Grundlagen seines Daseins anschauen, nicht nur in einem Verhältnis zu sich selbst, sondern auch zum Ganzen<sup>1)</sup>.

### B. Die Abhängigkeit.

Als Funktion des Menschen wird die Arbeit hervorgebracht durch Verfügung des Menschen über sich selbst. Er übt bei dieser Verfügung eine ihm durch die Natur gegebene Verfügungsgewalt aus. Diese Verfügungsgewalt kann indessen rechtlich einem anderen zustehen als ihm selbst. Dann ist derjenige, der die Arbeit verrichtet, rechtlich nicht der arbeitende Mensch, sondern der andere. Ist dies der Fall, so sprechen wir von abhängiger Arbeit. Abhängige Arbeit ist Arbeit unter fremder Verfügungsgewalt. Damit wandelt sich das Wesen der Arbeit. Die Arbeit hört auf, eine individuelle und soziale Funktion des arbeitenden Menschen zu sein. Die Arbeit wird zur fremden Funktion und zur Funktion eines Fremden<sup>2)</sup>. In das natürliche Verhältnis zu sich selbst und zum Ganzen, in dem der arbeitende Mensch steht, tritt ein anderer, der ihn von sich selbst und dem Ganzen trennt. Abhängige Arbeit ist daher nicht nur eine Arbeit, die in wirtschaftlicher, sozialer oder technischer Abhängigkeit geleistet wird<sup>3)</sup>. Abhängige Ar-

1) GERHARDT, a. a. O., S. 104: „In das Erlebnis der Gemeinschaftlichkeit muß das seines Eigenwertbewußtseins mit eingehen können.“

2) „Das Produkt seiner Tätigkeit ist . . . nicht der Zweck seiner Tätigkeit. Was er für sich selbst produziert, ist nicht die Seide, die er webt, nicht das Gold, das er aus dem Bergschacht zieht, nicht der Palast, den er baut. Was er für sich selbst produziert, ist der Arbeitslohn, und Seide, Gold, Palast lösen sich für ihn auf in ein bestimmtes Quantum von Lebensmitteln, vielleicht in eine Baumwollenjacke, in Kupfermünzen und in eine Kellerwohnung“ (MARX, Lohnarbeit und Kapital, S. 14).

3) Die Auffassung, daß die Abhängigkeit nur eine wirtschaftliche oder soziale Erscheinung sei, die außerhalb der rechtlichen Erscheinungen liege, beherrscht heute noch fast die gesamte arbeitsrechtliche Literatur. Sie liegt auch dem Werke von ROSIN, Das Recht der Arbeiterversicherung, I, S. 141, S. 151f. zugrunde. Für ROSIN ist die abhängige Arbeit nur „wirtschaftliche Passivität“.

beit ist Arbeit, die der arbeitende Mensch in einem rechtlichen Gewaltverhältnis leistet.

Ihre Wurzeln liegen in den alten Verbänden des Hauses und Hofes, in denen väterliche oder hausherrliche Gewalt die einzelnen zu sozialen Einheiten zusammenfaßte. Wohl haben sich die gesamten rechtlichen Verhältnisse inzwischen von Grund auf geändert. Die alte Familien- und Herrengewalt besteht nicht mehr. Aber der rechtliche Kern, der in der alten patria potestas und Muntgewalt seinen Ausdruck fand, ist auch heute noch nicht erstorben. Er lebt in den neuen Formen der abhängigen Arbeit weiter. Daß er solange unerkannt blieb, liegt daran, daß das Problem der abhängigen Arbeit, obwohl es das Grundproblem des Arbeitsrechts ist, als ein besonderes rechtliches Problem nicht vorhanden war<sup>1)</sup>.

Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ist neuerdings besonders von NIKISCH, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S. 85 ff., 90 ff., 94 ff., 100 ff., namentlich auch gegen die Ausführungen MOLITORS, Das Wesen des Arbeitsvertrages (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig, 7. Heft, 1925), nachgewiesen worden.

1) Die scharfsinnige Bemerkung, die bereits im Jahre 1894 REHM, Die verwaltungsrechtliche Bedeutung der Fabrikordnung, Annalen des Deutschen Reichs, 1894, S. 147, über den gewaltrechtlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses gemacht hat, blieb fast völlig unbeachtet. „Das Arbeitsverhältnis — sagt REHM — ist lediglich seinem Entstehen nach ein vertragsmäßiges, ein Verhältnis unter Gleichgeordneten, dagegen seinem Bestehen nach ein rechtliches Gewaltverhältnis.“ Es ist das besondere Verdienst O. v. GIERKES, das herrschaftliche Element im Wesen der abhängigen Arbeit wieder nachgewiesen zu haben (s. insbesondere dessen tiefgreifende Schrift „Die Wurzeln des Dienstvertrages“ in der Festgabe für HEINRICH BRUNNER, S. 37 ff., 48 ff.) Schon früher hatte KARL FLESCHE von dem Gewaltverhältnis gesprochen, in dem der Arbeitnehmer zum Arbeitgeber steht. Aber sein Begriff des Gewaltverhältnisses war unklar. Er stellte Gewaltverhältnisse und Rechtsverhältnisse gegenüber. Das Arbeitsverhältnis sollte aus einem Gewaltverhältnis in ein Rechtsverhältnis umgewandelt werden (s. z. B. den Vortrag „Reform des Arbeitsrechts“, 1910). Aber das Gewaltverhältnis ist ein Rechtsverhältnis. Es schließen sich an seinen Bestand Rechtswirkungen an. Dies übersieht auch FELIX HERZFELDER, Gewalt und Recht, eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses, 1890, S. 32 ff. Bemerkungen über die Problematik der Abhängigkeit, ohne positiv Stellung zu nehmen, finden sich bei ENGLÄNDER, Die Angestelltenerfindung nach geltendem Recht (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig, 1925), S. 53 Anm. 28, S. 67 Anm. 50. In neuester Zeit hat NIKISCH mit Nachdruck das Wesen der ab-

Im folgenden untersuchen wir Wesen und Grund der Abhängigkeit.

### 1. Wesen.

Die Merkmale der rechtlichen Verfügungsgewalt, die Arbeit zur abhängigen Arbeit macht, sind heute die folgenden:

a) Die Verfügungsgewalt ist Gewalt. Es gibt eine doppelte Art von Beziehungen unter den Menschen. Sie sind obligatorischer oder organischer Art. Im ersten Fall handelt es sich um Verhältnisse unter einzelnen, im zweiten Fall um Einheitsverhältnisse<sup>1)</sup>. Die obligatorischen Beziehungen dienen dem Verkehr, dem Übergang der Güter aus einer Hand in die andere. Die organischen Beziehungen dienen der Organisation, dem Aufbau der Wirtschaft durch vereinte Kräfte. In den Einzelverhältnissen sind die einzelnen voneinander getrennt. Sie vollziehen Tauschhandlungen. In den Einheitsverhältnissen hören die einzelnen auf, einzelne zu sein. Sie sind Teile eines Ganzen. Neben dem Einzelrecht steht das Einheitsrecht, das „*jus symbioticum*“, neben den einzelnen das „*ex personarum plurium comprehensione corpus constans*“<sup>2)</sup>.

Damit das Einheitsverhältnis bestehen kann, ist eine rechtliche Macht erforderlich, welche die einzelnen unter einem Gebot und einer Ordnung zu einheitlichem Wirken zusammenfaßt<sup>3)</sup>. Es ist die Macht, welche die Einheit verwaltet. „In allen Arbeiten, hängigen Arbeit aus dem „Herrschaftsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ entwickelt (a. a. O. S. 117).

1) Der grundlegende Unterschied der beiden Arten von Beziehungen ist bereits in klassischer Form von v. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, 1. Bd., S. 340, und von v. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, S. 182, zum Ausdruck gebracht worden. Auf ihm beruht die anregende Schrift von EMIL STEINBACH, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, 1897.

2) Vom „*jus symbioticum*“ spricht JOHANNES ALTHUSIUS (v. GIERKE, Johannes Althusius, 2. Aufl., S. 48<sup>34</sup>, 161, 197): „Propter hanc unionem fit, ut non singuli homines per se et in se, sed totum ex personarum plurium comprehensione corpus constans consideretur tanquam una persona.“

3) Das Nähere in der Lehre des gewaltrechtlichen Inhalts des Arbeitsverhältnisses (S. 145).

worin viele Individuen kooperieren — führt KARL MARX<sup>1)</sup> aus — stellt sich notwendig der Zusammenhang und die Einheit des Prozesses in einem kommandierenden Willen dar und in Funktionen, die nicht die Teilarbeiten, sondern die Gesamttätigkeit der Werkstatt betreffen, wie bei dem Direktor eines Orchesters. Es ist dies eine produktive Arbeit, die verrichtet werden muß in jeder kombinierten Produktionsweise.“

Damit das Einheitsverhältnis seinen Zweck erfüllen kann, ist weiterhin eine rechtliche Macht erforderlich, die alle Einzelwirkungen in einer Einheitswirkung vereinigt<sup>2)</sup>. Es ist die Macht, welche die Einheit verwertet<sup>3)</sup>. Die Einzelwirkungen des Tuns der in der Einheit tätigen einzelnen werden von ihren natürlichen Trägern getrennt, die damit nicht mehr *sui juris*, sondern *alieni juris* sind, und stehen rechtlich unmittelbar dem Träger der Einheit zu. Auf diese Weise wird aus dem Wirken vieler ein Werk, aus den Teilprodukten vieler Hände ein Gesamtprodukt in einer Hand. Eine solche Wirkung ist nicht Willens-, sondern Funktionswirkung. Sie tritt ein, auch wenn der Tätige sie nicht will. Sie tritt selbst dann ein, wenn der Tätige willensunfähig ist. Die Einheitswirkung folgt unmittelbar aus dem Wirken in der Einheit, „sie tritt vermöge der Konsequenz des ganzen Verhältnisses mit Rechtsnotwendigkeit ein“<sup>4)</sup>. Denn die Einheit ist ein objektives Gefüge,

1) Kapital, III, 1, S. 369; dazu I, S. 278 ff.

2) Das Nähere in der S. 12 Anm. 3 angegebenen Lehre, insbesondere in der Lehre von dem Eigentum des Arbeitgebers am Arbeitsprodukt (S. 151).

3) MARX, I, 5. Kapitel, Arbeitsprozeß und Verwertungsprozeß, S. 133 ff. Die doppelte Charakterisierung des Arbeitsprozesses als eines Arbeits- und eines Wertbildungsvorgangs ist für die arbeitsrechtliche Wissenschaft auch dann von Bedeutung, wenn man die von MARX vertretene Mehrwerttheorie nicht als richtig ansieht.

4) R. v. JHERING, Geist des römischen Rechts, II, 1, S. 166. — v. SAVIGNY, a. a. O., 3. Bd., S. 92 ff., S. 97, spricht in diesen Fällen von „notwendiger Vertretung“, ebenso SOHM, Institutionen des römischen Rechts, 4. Aufl., S. 140, der sie „unfreie Stellvertretung“ nennt und ausdrücklich hervorhebt, daß sie keine Stellvertretung ist.

ein „systema“<sup>1)</sup>, ein „ordo“<sup>2)</sup>, das sein Gesetz in sich trägt und darum in seinen Wirkungen durch seine Struktur, nicht durch den Willen und die Willensfähigkeit der einzelnen bestimmt wird. Hieraus erklärt es sich auch, daß jene überindividuelle Konzentration individueller Einzelwirkungen in einer Hand selbst dann eintritt, wenn der in der Einheit Tätige ihr nur tatsächlich, nicht rechtsgültig angehört (man denke an den Arbeitnehmer, der auf Grund eines nichtigen Arbeitsvertrags in einem Betrieb tätig ist)<sup>3)</sup>. Die Einheitswirkung, die das Tun der einzelnen dem Träger der Einheit zuschreibt, als ob er der Tätige selbst sei, ist keine Vertretungswirkung. Beruhte sie auf einer Vertretungsmacht der einzelnen, so wäre sie gebunden an Wille und Willensfähigkeit, sie könnte auch nicht nur tatsächlichem Handeln in der Einheit zukommen. Sie wäre dem Zufall und der Willkür preisgegeben und trüge rechtlich die Einzelobstruktion, die Tücke des Subjekts in sich.

Die rechtliche Macht, die dies Doppelte vermag, ist die Gewalt. Gewalt ist die aus einem Einheitsverhältnis sich ergebende rechtliche Macht einer Person oder Personengesamtheit, über die Einzelkräfte und Einzelwirkungen in einer Einheit zu verfügen<sup>4)</sup>.

1) Von „systema“ spricht HOBBS (s. v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4. Bd., S. 355 f.).

2) Von „ordo“ spricht HOTOMANUS (s. v. SAVIGNY, a. a. O., 2. Bd., S. 514 Anm. b).

3) Eine Analogie findet sich im öffentlichen Recht. Das öffentliche Recht kennt besondere Abhängigkeitsverhältnisse, die durch den freiwilligen oder erzwungenen Eintritt von Privatpersonen in den engeren Bannkreis einer öffentlichen Anstalt, Schule, Zuchthaus, Schlachthaus usw. entstehen. Die Einheitsordnung der Anstalt ergreift sie ohne Rücksicht darauf, ob sie sich dieser Ordnung rechtsgültig unterworfen haben oder nicht, „denn diese Personen gelangen damit unter die besondere Befehlsgewalt der Behörde, die dieser Anstalt vorgesetzt ist und empfangen von ihr die Weisungen für ihr Verhalten in der Anstalt. Der Benutzer wird so ein Rad im Anstaltsbetrieb . . . er ist durch die Anstalt mediatisiert“ (FLEINER, S. 67). — Auf die „faktischen Verbindungen“ hat bereits v. SAVIGNY, a. a. O., 2. Bd., S. 134 ff., aufmerksam gemacht.

4) Diese Herkunft der Gewalt aus der besonderen Schicht des Einheitsrechts verkennt WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 6. Aufl., § 39 unter 1, und ihm folgend NAWIASKY, Forderungs- und Gewaltverhältnis (Fest-

Sie hat eine verwaltungsrechtliche und vermögensrechtliche Funktion<sup>1)</sup>. Kraft der ersten Funktion übt sie Herrschaft über Menschen, kraft der zweiten Vermögensrecht aus.

b) Die Verfügungsgewalt ist fremde Gewalt. Das Problem liegt nicht darin, daß Gewalt besteht, sondern wem sie zusteht. Die Einheitsform der Arbeit wird auf absehbare Zeit die regelmäßige Form der Arbeit sein. Der gesellschaftliche Lebensprozeß ist ohne „kombinierte Produktionsweise“ undenkbar<sup>2)</sup>. Damit ist Verfügungsgewalt über einzelne notwendig gegeben.

Die Gewalt kann eine gemeinheitliche sein, wenn sie einem Gemeinwesen zusteht, dem alle einzelnen, aus denen die Einheit besteht, als Mitglieder angehören. Die Gewalt kann eine gemeinsame sein, wenn sie einer Gemeinschaft zusteht, der die einzelnen als Gemeiner angehören. Die Gewalt kann schließlich eine fremde sein, wenn sie einer von den einzelnen getrennten Person zusteht, der die einzelnen nur unterworfen sind. Sie drückt nicht einen Gemein- oder Gesamtwillen der Gewaltunterworfenen, sondern nur den eigenen Willen ihres Trägers aus. Sie wurzelt im Eigenrecht, nicht in Gemein- oder Gesamtrecht. In diesem Fall ist die

---

schrift für ERNST ZITELMANN, 1913), indem beide die Gewalt nur als ein gesteigertes Forderungsrecht ansehen. NAWIASKY übersieht, daß Gewalt nicht nur darin besteht, daß ein Gewalthaber einem Gewaltunterworfenen die ihm obliegende Pflicht vorschreiben darf, sondern auch darin, daß Wirkungen des Tuns des Gewaltunterworfenen unmittelbar dem Gewalthaber zustehen. Solche unmittelbaren Wirkungen lassen sich nicht nur obligatorisch erklären. Deswegen ist auch die bekannte Formel HOENIGERS (vgl. dessen Einleitung in den früheren Auflagen von HOENIGER-WEHRLE, Arbeitsrecht, Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrage), wonach die spezifische Arbeit des Arbeitnehmers „fremdbestimmte“ Arbeit sei, bedenklich. Bei der abhängigen Arbeit kommt es nicht nur darauf an, daß ein Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bestimmen kann. Das Wesentliche liegt vielmehr darin, daß die Person des Arbeitnehmers der Gewalt des Arbeitgebers unterworfen ist. Fremdbestimmung kann jedem Gläubiger in jedem Schuldverhältnis zustehen. Dadurch wird noch keine rechtliche Abhängigkeit geschaffen.

1) „An jedem . . . Gewaltverhältnisse lassen sich zwei Seiten unterscheiden, die persönliche und die vermögensrechtliche“ (R. v. JHERING, a. a. O., II, 1, S. 166).

2) Dies erkennt vor allen MARX an, vgl. z. B. Kapital, III, 1, S. 373, 374.

Einheit beschlossen im Willen des einen, die unitas ist nicht unitas personarum, sondern unitas personae<sup>1)</sup>.

Die Verfügungsgewalt, welche die arbeitsrechtliche Abhängigkeit bestimmt, ist fremde Gewalt. Der Arbeitgeber übt seine Gewalt nicht als Organ eines Gemeinwesens aus, das ihn und alle einzelnen umfaßt, auch nicht als Geschäftsführer einer Gemeinschaft, in der die einzelnen Gewaltunterworfenen und Gewalthaber zugleich sind, sondern als Eigenberechtigter in seinem Namen und für seine Rechnung. Wie nach alter naturrechtlicher Auffassung die staatliche Einheit allein in der Person des Herrschers zum Ausdruck kam, so sind nach geltender Rechtsauffassung die heutigen wirtschaftlichen Einheiten, die abhängige Arbeit verwenden, allein in der Person des Arbeitgebers enthalten<sup>2)</sup>. Er ist allein der Träger des Einheitsrechts, das in ihnen wirkt, alle Kräfte ihm unterwirft und alle Einzelwirkungen in ihm vereinigt. Seine Gewalt kann in bestimmten Einzelbeziehungen durch Mitwirkung der Gewaltunterworfenen an der Ausübung der Gewalt beschränkt sein, so daß eine begrenzte Gewaltgemeinschaft zwischen ihm und den anderen entsteht<sup>3)</sup>. Aber damit hört seine Gewalt nicht auf, persönliche Gewalt zu sein, die in seinem Alleinrecht wurzelt und als ausschließliche Gewalt zutage tritt, soweit eine Beschränkung nicht besteht.

---

1) Die Einsicht in diese besondere Art des Gewaltverhältnisses verdanken wir — allerdings nicht in Beziehung zur abhängigen Arbeit, sondern zur alten römischen patria potestas — dem genialen ALOIS BRINZ (Pandekten, 3. Bd., 2. Abt., 2. Aufl., S. 600, 620). Dort (S. 620) finden wir auch eine interessante Polemik mit LASSALLE, System der erworbenen Rechte, II, 2, S. 190. LASSALLE will in dem alten pater familias nur einen funktionierenden Träger des Willens aller, die ihm unterworfen sind, sehen. Dies weist BRINZ zurück: „Das Gewaltverhältnis ist das gerade Gegenteil von einer Willensidentität unter den Gewaltverbundenen; es bedeutet die Herrschaft eines einzigen Willens über mehrere andere verschiedene, darum möglicherweise widerstrebende Willen; jener einzige Wille gehört dem Vater allein, er ist kein, geschweige denn der bloße Funktionär fremden Willens“ (a. a. O., S. 620).

2) Näheres in der Lehre vom Betrieb.

3) Näheres in der Lehre von der Arbeitsverfassung.

Hieraus folgt, daß keine abhängige Arbeit vorliegt, wenn die Arbeit unter gemeinheitlicher oder gemeinschaftlicher Verfügungsgewalt geleistet wird. So ist keine abhängige Arbeit die Arbeit, die z. B. das Mitglied einer Produktivgenossenschaft als solches leistet. Dasselbe gilt für die Arbeit, die ein Gesellschafter als solcher leistet. Soll in solchen Fällen trotzdem Arbeitsrecht bestehen, so müssen durch besondere Vereinbarung der Beteiligten die dem Arbeitsrecht fremden Bestandteile ausgeschlossen sein. Dies ist möglich, ja alltäglich. Niemand zweifelt daran, daß der Arbeiter, der zugleich Aktien des Unternehmens hat, in dem er arbeitet, abhängige Arbeit leistet. Ebenso leisten Staats- und Kommunalarbeiter abhängige Arbeit, obwohl sie Mitglieder des Gemeinwesens sind, für das sie arbeiten. Und wenn in einer Gesellschaft ein Gesellschafter Arbeit leistet, z. B. als Buchhalter, untersteht er dem Arbeitsrecht, wenn seine Arbeit auf Grund eines Verhältnisses geleistet wird, dem eine selbständige wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung neben der Sozietät zukommt<sup>1)</sup>.

c) Die Verfügungsgewalt ist fremde Gewalt über Freie. Die fremde Verfügungsgewalt über Menschen ist dem geschichtlichen Wandel unterworfen. Es gibt Gewalt über unfreie und freie Menschen.

Die Gewalt über Unfreie ist nicht durch den Willen der Gewaltunterworfenen entstanden, sondern durch Aneignungsakt oder Erbschaft des Gewalthabers<sup>2)</sup>. Wohl konnte daneben auch eine

1) ROSIN, Recht der Arbeiterversicherung, I, S. 166<sup>49</sup>. Die Bemühungen POTTHOFFS, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, 1922, S. 30 ff., auch diejenigen Arbeiten, die aus Mitgliedschafts- oder Gesellschaftsverhältnissen herrühren, dem Arbeitsrecht zu unterstellen, verkennen die innerliche Verschiedenheit der Gewaltverhältnisse, auf die es ankommt. Zu einer einheitlichen Auffassung in dieser Frage hat sich indessen die Literatur noch nicht durchgerungen (s. vor allen MOLITOR bei MOLITOR, HUECK, RIEZLER, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgem. Arbeitsvertragsgesetzes, S. 64 ff.).

2) Über die rechtlichen Verhältnisse der Unfreiheit siehe insbesondere HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I, S. 102 ff.; von MAURER, Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung, I, S. 6 ff.; AD. WAGNER, Grundlegung der politischen Ökonomie, 3. Aufl., 2. Teil, 1894, S. 3 ff., S. 43 f.

freiwillige Begebung in die Knechtschaft stattfinden. Der Charakter der Unfreiheit änderte sich aber dadurch nicht. Der Sklave war eine Sache. Er gehörte dem Herrn, wie ein Stück seines Inventars dem Herrn gehörte. „Die Unfreien wurden als Sachen und als Waren behandelt und dem lieben Vieh gleichgestellt“<sup>1)</sup>. Der unfreie Mensch ist nicht rechtsfähig. Er kann weder private noch öffentliche Rechte haben<sup>2)</sup>. Er ist keine Person<sup>3)</sup>. Nur sein Herr hat Persönlichkeit. Ihm gehört alles, durch ihn geschieht alles, er ist die einzige Adresse, an die ein Dritter sich wenden kann. Die Gewalt des Herrn über den Unfreien ist unbeschränkt. Er übt nicht nur private, sondern auch öffentlich-rechtliche Befugnisse über ihn aus<sup>4)</sup>. Ihm, nicht einem gemeinen Wesen, steht die Militärlöhlichkeit, die Gerichtsbarkeit über den Unfreien zu. In der potestas ist das imperium enthalten. Alles in allem: Die Unfreiheit ist ein Stand. Sie prägt dem Menschen einen Mangel in seiner recht-

1) V. MAURER, a. a. O., S. 7. Dementsprechend heißt es in den Quellen: „si quis vendiderit res alienas — aut servum, aut ancillam, aut qualemcumque rem“ (V. MAURER, a. a. O., S. 7). Von dem römischen Sklaven sagt PERNICE, Marcus Antistius Labeo, S. 111 f.: „Er ist rechtsunfähig . . . . Deshalb bleibt er auch rechtsunfähig, wenn er keinen Herrn hat, wenn er derelinquiert wird.“ Die Sklaven werden „Rechtsautomaten durch die Persönlichkeit des Herrn.“

2) „Die Freiheit war die Bedingung der selbständigen Beteiligung an dem Staats- und Gemeinwesen, also jedes politischen Rechts“ (BESELER, Deutsches Privatrecht, II, S. 686.)

3) Hieraus erklärt sich, daß die abhängigen Menschen in der alten Hausherrschaft mit dem Inhaber der Hausgewalt Rechtsgeschäfte nicht eingehen konnten (I. 16 de furt. D, 47, 2).

4) Man muß hierbei zwei Perioden, die geschichtlich auseinanderliegen, unterscheiden. Zunächst die ursprüngliche Hausverfassung der vorgeschichtlichen Zeit. In ihr hatte der Hausvater kraft natürlichen Rechts alle öffentlichen Rechte über den Unterworfenen. Diese Hausgewalt enthält ihrem Wesen nach „ein über das Eigentum hinaus und in das Soziale des Staates hineinragendes Regenschaftselement“ (BRINZ, a. a. O., 2. Bd., S. 602, Anm. 40; dazu a. a. O., III, 2<sup>3</sup>, S. 595 f.). Weiterhin die Feudalzeit. Sie schuf das Seniorat. Dieses besteht in der Abtretung obrigkeitlicher Rechte über Freie an Untertanen und die Verwandlung amtlicher Befugnisse in selbständige Rechte (ROTH, Feudalität und Untertanenverband, 1863, S. 279, S. 27). War die erste Periode gekennzeichnet durch die Nichtexistenz des Staates, so die zweite Periode durch den Verfall des Staates (vgl. insbesondere ROTH, a. a. O., S. 27).

lichen Struktur ein, der ihm anhaftet, ohne Rücksicht darauf, ob er sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindet oder nicht.

In dieses Gewaltverhältnis dringt der Freiheitsgedanke ein. Er drängt die Gewalt des Menschen über den Menschen stufenweise zurück und erhebt den Menschen zur Person. Zuerst wird die Fähigkeit des Menschen anerkannt, ein Rechtssubjekt zu sein. Er kann eigenes Vermögen erwerben, eine Ehe gründen, sein Hab und Gut vererben. Sodann scheidet sich das imperium von der potestas. Der „politische Enteignungsprozeß“ beginnt<sup>1)</sup>. Über den Gewalten der einzelnen erhebt sich der Staat, der die hoheitlichen Befugnisse der privaten Verfügung entzieht und sie ausschließlich auf sich überträgt. Endlich werden alle gebundenen Gewaltverhältnisse, die ohne Rücksicht auf den Willen des Gewaltunterworfenen bestehen, gesprengt. Der rechtlich freie Wille des Menschen wird das Bewegungsgesetz des gesellschaftlichen Lebens. An die Stelle des status tritt der contractus. Die Arbeitsuntertänigkeit wird durch den „freien Arbeitsvertrag“, die Schollenpflichtigkeit durch Freizügigkeit und Niederlassungsrecht ersetzt<sup>2)</sup>. Das Ergebnis ist: Die Unfreiheit als Stand existiert nicht mehr. Die Freiheit ist zur unentziehbaren öffentlich-rechtlichen Eigenschaft des Menschen geworden<sup>3)</sup>. Abhängigkeit ist nur noch als Gewalt über Personen möglich, die sich der Gewalt rechtlich freiwillig unterwerfen, durch diese Unterwerfung keine Einbuße in ihrer Rechtsfähigkeit erleiden und privaten Hoheitsrechten entzogen sind<sup>4)</sup>.

1) S. dessen Skizzierung bei MAX WEBER, Politik als Beruf, 1919, S. 8 f.

2) Vgl. dazu insbesondere die Betrachtung über „Die sozialen Freiheitsrechte“ bei ADOLF WAGNER, a. a. O., S. 104 ff.

3) Vgl. dazu die tiefgehenden Ausführungen bei JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 56 ff.

4) Darüber, daß Gewalt die Freiheit nicht ausschließt, s. HERZFELDER, a. a. O., S. 39. Die Auffassung VICTOR EHRENBERGS, Kommendation und Huldigung nach fränkischem Recht, Weimar, 1877, wonach Gewalt über Freie unmöglich sei, solange diese Rechte gegen den Gewalthaber besitzen (S. 143 ff.), verkennt völlig, daß Gewaltunterworfenheit rechtliche Aktivität des Gewaltunterworfenen keineswegs ausschließt. Oder ist die Staatsgewalt im Rechtsstaat keine Gewalt?

Hieraus ergibt sich die Eigentümlichkeit der Verfügungsgewalt über Freie.

Die Gewalt über den Freien folgt nicht aus der rechtlichen Struktur des abhängigen Menschen, sondern des Abhängigkeitsverhältnisses, in dem er sich befindet. Die Abhängigkeit des Freien ist nicht Ausdruck eines Standes, dem er angehört, sondern Ausdruck eines Zustandes, in dem er sich befindet<sup>1)</sup>. In diesem Sinne ist Freiheit trotz Abhängigkeit möglich<sup>2)</sup>. Ich habe die rechtliche Freiheit auf der Straße zu gehen. Wenn ich aber fahre, ist meine Freiheit, zu gehen, ausgeschaltet. Wie ein tatsächlicher Zustand die Freiheit ausschalten kann, so kann sie auch durch einen rechtlichen Zustand ausgeschaltet sein. Ich habe die Freiheit in meinem Garten zu verweilen, zu spielen, zu säen usw. Wenn aber ein anderer das Recht hat, meinen Garten zu benutzen, so ist meine Freiheit, ihn zu benutzen, rechtlich ausgeschaltet. Dasselbe Verhältnis liegt vor, wenn ein Mensch, der frei ist, abhängig ist. Soweit die Abhängigkeit reicht, ist seine Freiheit ausgeschaltet. Er befindet sich in einem Zustand rechtlicher Art, der ihn hindert, für sich von seiner Freiheit Gebrauch zu machen. In allen diesen Fällen ist nicht die Freiheit aufgehoben. Die rechtliche Fähigkeit des abhängigen Menschen, Verträge abzuschließen, Rechte zu haben und zu erwerben, privaten Hoheitsrechten entzogen zu sein, wird durch den Zustand, in dem er sich befindet, nicht berührt. Er bleibt als Person die gleiche, einerlei, ob er abhängig oder nicht abhängig

1) Ein solcher Zustand muß immer vorhanden sein, wenn Abhängigkeit vorliegen soll. Deswegen sind vorübergehende Einzelleistungen nie Gegenstand abhängiger Arbeit, wie NIKISCH, a. a. O., S. 114 ff., mit Recht hervorhebt.

2) Der Gegensatz zwischen der Abhängigkeit Freier und Unfreier war bereits im römischen Recht im Verhältnis der Hauskinder zum Hausvater erkannt. Die Hauskinder waren, trotzdem sie völlig abhängig waren, „liberi“, Freie. „Der Haussohn ist vollkommen rechtsfähig; nur die patria potestas bewirkt es, daß er nichts für sich erwerben kann, weil er alles dem Hausvater als dem Inhaber des Familienvermögens erwerben muß“ (PERNICE, a. a. O., I, S. 110; dazu v. SAVIGNY, a. a. O., 2. Bd., S. 52). Der Auffassung, die in der Abhängigkeit eines Kindes eine Minderung seiner Rechtspersönlichkeit sieht, würde zugrunde liegen „die Verwechslung der Rechtsfähigkeit mit den faktischen Bedingungen des Erwerbs von Rechten (v. SAVIGNY, a. a. O., 2. Bd., S. 487, 488).

ist. Nur daß sein persönlicher Zustand in der Abhängigkeit rechtlich ein anderer ist, als außerhalb der Abhängigkeit<sup>1)</sup>. (Die heutige Abhängigkeit ist Abhängigkeit im persönlichen Zustand. Sie ist keine Abhängigkeit des Standes. Der Mensch gibt dadurch, daß er ein Abhängigkeitsverhältnis eingeht, keine Fähigkeit auf, die er als Person hat. Niemand muß rechtlich abhängig sein, jeder kann rechtlich abhängig sein.

d) Die Verfügungsgewalt ist auf Arbeit und nur auf Arbeit gegründete Gewalt. Abhängige Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts liegt nur vor, wenn außer den Gewaltbeziehungen, die durch die abhängige Arbeit begründet sind, andere Gewaltbeziehungen zwischen den Beteiligten nicht bestehen<sup>2)</sup>. Beruht die Arbeit auf einem Gewaltverhältnis, das nicht durch die Arbeit begründet ist, so kann wohl auch abhängige Arbeit vorliegen. Sie ist aber keine abhängige Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinn. Dem Arbeitsrecht gehört deswegen nicht an die Familienarbeit, die z. B. kraft gesetzlicher Verpflichtung Frau oder Kind nach § 1356 und § 1617 BGB. im Hauswesen und Geschäft des Mannes oder der Eltern leisten. Ebenso wenig ist arbeitsrechtliche Tätigkeit die ehrenamtliche Tätigkeit, die ein Bürger auf Grund des Gewaltverhältnisses leistet, in dem er zum Staate oder zu anderen öffentlichen Körperschaften steht. Schließlich gehört zum Arbeitsrecht auch nicht die Zwangsarbeit, die auf Grund besonderer Gewaltverhältnisse der Sträfling oder der Arbeitshausinsasse leisten muß. Dies schließt nicht aus, daß in Einzelfällen Arbeit, die nach dem Gesagten dem Arbeitsrecht nicht angehört, arbeitsrechtlich doch als abhängige Arbeit anzusehen ist. Es kann dies dadurch geschehen, daß das Gesetz auch

---

1) Diese Charakterisierung des Abhängigkeitsverhältnisses, in dem freie Menschen stehen, nimmt HEUSLER bereits für das alte Hofrecht in Anspruch (a. a. O., S. 34, 39): „Es ist nicht das Recht der Hofhörigen, der Lehnsleute schlechtweg, sondern das Recht der Hof- und Lehnsverhältnisse, es hat durchaus objektiven, nicht subjektiven Charakter und man hat daran Teil, nicht seines Standes wegen, sondern weil und soweit man sich in hof- oder lehnsrechtlichen Verhältnissen bewegt.“

2) LUTZ RICHTER, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S. 13 f.

solche Arbeit den arbeitsrechtlichen Vorschriften unterwirft (S. 27 ff.), oder daß die Beteiligten unter Absehung von den allgemeinen Gewaltbeziehungen, die zwischen ihnen bestehen, ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts herstellen (S. 17). So kann der Ehemann oder der Vater mit Frau oder Kind unter Ausschaltung des familiären Moments einen Arbeitsvertrag abschließen, der als solcher nicht dem Familienrecht, sondern dem Arbeitsrecht untersteht<sup>1)</sup>.

## 2. Grund.

Die Frage entsteht, wie es kommt, daß freie Menschen abhängig werden und auf welchem Rechte die Verfügungsgewalt beruht, die die Arbeit zur abhängigen Arbeit macht. Wir stoßen damit auf die verborgene Grundlage des Arbeitsrechts, die seine Struktur bestimmt und die Veränderungen seines Inhalts im geschichtlichen Wandel erklärt. Diese Grundlage ist das Verhältnis zwischen Arbeit und Eigentum. Das Arbeitsrecht ist der jeweilige Niederschlag dieses Verhältnisses und seine Geschichte ist zugleich Geschichte des Eigentums.

Wenn wir hier vom Eigentum sprechen, so fassen wir es nicht in seiner Körperlichkeit, sondern in seiner sozialen Funktion, d. h. in seiner faktischen Betätigung im Spiel der sozialen Kräfte auf<sup>2)</sup>. In dieser Auffassung sind die Sachen, die dem Eigentümer ge-

1) ROSIN, a. a. O., I, S. 168 ff.

2) Diese Auffassung ist im Anschluß an die Grundlehre von KARL MARX vor allen durch JOSEPH KARNER (KARL RENNER), Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, Marx-Studien, Bd. 1, begründet worden. Auf diese Schrift muß zurückgehen, wer zum erstenmal die Bemerkungen OSWALD SPENGLERS, Der Untergang des Abendlands, Bd. 2, S. 78, 96 ff. über die Rechte als Funktionen liest und sie für neu hält. SPENGLER ruft aus: „Das antike Recht war ein Recht von Körpern, unser Recht ist das von Funktionen. Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik.“ Diese Erkenntnis sei die Aufgabe, welche dem deutschen Denken der Zukunft vorbehalten sei. „Die großen Künste liegen hinter uns, die Rechtswissenschaft liegt vor uns“ (S. 95). SPENGLER vergißt, daß die Grundlagen für dieses Denken von KARL MARX und KARL RENNER bereits geschaffen sind. Auch die Andeutungen EUGEN ROSENSTOCKS, Vom Industrierecht, 1926, über die Mächte und Kräfte im Recht, finden in der Schrift von KARL RENNER ihre Grundlage, ihren Zusammenhang und ihre Klärung.

hören, nicht Sachen, die abstrakt bestimmt sind, sondern Produktionsmittel, die im gesellschaftlichen Lebensprozeß eine konkrete Bestimmung haben. Als Produktionsmittel sind die Sachen Arbeitsmittel des arbeitenden Menschen, ohne die er seine Arbeitskraft nicht betätigen kann. Er bedarf ihrer, um arbeiten und durch die Arbeit leben zu können. Sind daher die Produktionsmittel nicht in den Händen des arbeitenden Menschen, sondern in den Händen eines anderen, so entstehen zwischen Arbeit und Eigentum Beziehungen, die zwar in den gesetzlichen Bestimmungen nicht ausgesprochen, als ihre Voraussetzungen aber doch vorhanden sind.

Es handelt sich um eine doppelte Wirkung des Eigentums<sup>1)</sup>.

a) Das Eigentum zieht die Arbeitskräfte an, die es zu seiner Verwertung braucht. Die Arbeitskräfte müssen sich, um arbeiten und leben zu können, an das Eigentum wenden, weil das Eigentum ihre Arbeits- und Lebensbedingungen enthält. Wie in den frühmittelalterlichen Zeiten der Schutz- und Rechtlosigkeit dem Grundherrn die waffenlosen Leute zuströmten, um gegen Dienste und Abgaben Schutz und Vertretung zu finden, wie sich der Kleinbauer der fränkischen Monarchie, der auf seiner dürftigen Wirtschaft verkümmerte, dem Grundherrn ohne Markten in die Arme warf, um unter seiner Gewalt auf fremder Scholle Nahrung und Kleidung zu empfangen<sup>2)</sup>, so strömen heute die eigentumslosen, auf Arbeit angewiesenen Menschen den Produktionsstätten des

---

1) Wenn wir hier von dem Eigentum sprechen, so haben wir das Eigentum als die letzte Quelle aller Berechtigungen im Auge, die der Arbeit gegenüber bestehen. Ein Verhältnis zwischen Arbeit und Eigentum besteht deswegen auch dann, wenn etwa der in Frage kommende Arbeitgeber nicht der Eigentümer der Produktionsmittel ist, sondern nur Pächter, Mieter usw. Im Texte ist auch nur die wichtigste Anwendungsform des Eigentums, nämlich die produktive, ins Auge gefaßt. Entsprechendes gilt aber für alle Fälle, in denen das Eigentum fremde Arbeitskräfte verwendet, so auch im Haushalt, der nicht der Produktion, sondern der Konsumtion dient.

2) HEUSLER, a. a. O., I, S. 29; v. INAMA STERNEGG, Die Ausbildung der großen Grundherrschaften, 1878, S. 51 ff., S. 56 ff. und die dort angegebenen Quellen.

Eigentums zu, wo ihnen Arbeit und Lohn geboten ist. Es ist kein gesetzlicher Zwang, der den arbeitenden Menschen dazu anhält, sich dem Eigentum zur Verfügung zu stellen, sondern der „stumme Zwang“ der sozialen Dynamik, die in dieser Richtung wirkt<sup>1)</sup>. Indem das Eigentum regelmäßig Arbeitskräfte an sich zieht, derer es zu seiner Verwertung bedarf, wirkt es attraktiv. In dieser Wirkung erscheint es nicht als subjektives Recht, das Einzelinteressen schützt, sondern als Einrichtung, die durch ihren Bestand einen bestimmten regelmäßigen Ablauf des gesellschaftlichen Lebensprozesses herbeiführt. Damit hebt das Eigentum die rechtliche Freiheit der einzelnen nicht auf, es schreibt ihnen aber die positiven Betätigungsmöglichkeiten vor, die für sie bestehen, wie die staatliche Verfassung die politische Freiheit anerkennt, ihre Ausübung aber nur auf den Wegen zuläßt, die sie ihr öffnet<sup>2)</sup>. Insbesondere die „Freiheit des Arbeitsvertrags“ ist keine Schranke für die Wirkung des Eigentums, sondern im Gegenteil das rechtliche Mittel, die Arbeitskraft dem Eigentümer ohne Schranke, d. h. frei von jeder Bindung, die die alte Arbeitsuntertänigkeit und Schollenpflichtigkeit enthielten, zur Verfügung zu stellen<sup>3)</sup>. Die „Freiheit des Arbeitsvertrags“ ist höchstens die Freiheit des Arbeitnehmers, sich den Eigentümer, dem er sich zur Verfügung stellt, auszuwählen<sup>4)</sup>. Eine Freiheit vom Eigentum ist sie nicht. Denn sie spielt sich ab auf dem Grunde einer rechtlich-dynamischen Gebundenheit an das Arbeitsmittel und sein Recht<sup>5)</sup>.

1) „Der Arbeiter steht unter dem Gesetz, fortlaufende Arbeitsverhältnisse, eines nach dem andern, einzugehen“ (ROSENSTOCK, Vom Industrierecht, 1926, S. 144).

2) So sieht EUGEN EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 42 f., in dem Privatrecht nicht nur ein Recht, das subjektive Rechte verleiht, sondern auch ein Recht, das die Verfassung des sozialen Lebens enthält.

3) MAX WEBER, Wirtschaftsgeschichte, S. 159.

4) SIMMEL, Philosophie des Geldes, 2. Aufl., S. 316 ff.

5) „Der Arbeiter verläßt den Kapitalisten, dem er sich vermietet, so oft er will, und der Kapitalist entläßt ihn, so oft er es für gut findet, sobald er keinen Nutzen oder nicht den beabsichtigten Nutzen mehr aus ihm zieht. Aber der

b) Das Eigentum dirigiert die Arbeitskräfte, die sich dem Eigentum zu seiner Verwertung zur Verfügung stellen. Stellt der Eigentümer zur Verwertung seines Eigentums fremde Arbeitskräfte ein, so geschieht die Verwertung des Eigentums zugleich durch Verfügung über die Arbeitskräfte. Die Verfügung über die Arbeitskräfte ist eine Form der Verwertung des Eigentums. Die Eigentumsverfügung ist in diesem Fall nicht nur ein sachenrechtlicher, sondern auch ein personenrechtlicher Akt. Das Eigentum enthüllt sich nicht nur als Herrschaft über Sachen, sondern auch als Herrschaft über Menschen, als „ein Verhältnis zwischen Personen, vermittelt durch Sachen“ (MARX). Wir nennen diese Wirkung die potestative Wirkung des Eigentums. Sie ist ihm in seiner Wurzel schon mitgegeben. Das Eigentum wurzelt nicht in einem speziellen Sachenrecht, sondern in einem allgemeinen Herrschaftsrecht<sup>1)</sup>. Eigentum war alles, was eine Person in ihrer Hand (manus, munt) hatte, ob dies nun Mensch oder Sache war. Es war die ursprüngliche organisatorische Macht, die in der alten Wirtschaftseinheit des Hauses Menschen und Sachen zu einheitlichen Zwecken zusammenschloß. Dominium heißt Hausherrschaft<sup>2)</sup>. Entsprechendes gilt von der dominatio, die der mittelalterliche Grundherr nicht nur über Grund und Boden, sondern auch über die darauf angesessenen unfreien und hörigen Leute ausübte<sup>3)</sup>. Diese Verbindung von Personen- und Sachgewalt im Eigentum besteht auch heute noch, wenn auch ihre Grundlagen und Anwendungsformen verändert sind<sup>4)</sup>. Daß

---

Arbeiter, dessen einzige Erwerbsquelle der Verkauf der Arbeitskraft ist, kann nicht die ganze Klasse der Käufer, d. h. die Kapitalistenklasse verlassen, ohne auf seine Existenz zu verzichten. Er gehört nicht diesem oder jenem Kapitalisten, aber der Kapitalistenklasse“ (MARX, Lohnarbeit und Kapital, S. 15).

1) R. v. JHERING, a. a. O., S. 162 ff.

2) HEUSLER, a. a. O., I, S. 95; v. JHERING, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, aus dem Nachlaß hrsg., 1894, S. 51 ff., S. 90 ff.

3) v. MAURER, Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, I, S. 269.

4) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 358: „Das deutsche Eigentum umschließt personenrechtliche, wie vermögensrechtliche Beziehungen. Es

das Gesetz diese Verbindung nicht ausspricht und die Dogmatik das Eigentum nur als ein Sachenrecht kennt<sup>1)</sup>, schließt nicht aus, daß auch Personengewalt im Eigentum enthalten ist. Denn es kommt bei der Bestimmung seines Inhalts nicht nur auf seinen dogmatischen Gehalt, sondern auch auf sein dynamisches Verhältnis an. Dieses liegt offen zu Tage, wenn wir einen Blick in den Maschinenbetrieb unserer Zeit werfen. Da herrscht die Sache über den Menschen und das Werkzeug kommandiert. „Mit Musik — so schreibt KARL BÜCHER<sup>2)</sup> — regulierte man einst die Tätigkeit des Sklaven und Fröners, wie der moderne Fabrikant die Tätigkeit freier Arbeiter reguliert, wenn er die Maschine schneller laufen läßt . . . . Der arbeitende Mensch ist nicht mehr Herr seiner Bewegungen, das Werkzeug sein Diener, sein verstärktes Körperglied, sondern das Werkzeug ist Herr über ihn geworden; es diktiert ihm das Maß seiner Bewegungen: das Tempo und die Dauer seiner Arbeit ist seinem Willen entzogen; er ist an den toten und doch so lebendigen Mechanismus gefesselt“<sup>3)</sup>. Wenn daher der Arbeitgeber über Arbeitskräfte verfügt und damit über Menschen herrscht, so übt er diese Herrschaft aus, nicht weil ihm staatliches Hoheitsrecht delegiert<sup>4)</sup>, sondern weil er Eigentümer ist. „Der Oberbefehl in der Industrie wird Attribut des Kapitals, wie zur Feudalzeit der Oberbefehl im Krieg und im Gericht Attribut des Eigentums war“<sup>5)</sup>.

Damit ist die Antwort auf die gestellte Frage gegeben. Der

---

erschöpft sich daher nicht in dem Begriffe eines reinen Vermögensrechtes.“ V. GIERKE spricht nur von dem deutschen Eigentum. In Wirklichkeit handelt es sich um eine universalrechtliche Bedeutung des Eigentums.

1) Diese Dogmatik ist allerdings bereits erschüttert, vgl. HEDEMANN, Sachenrecht des BGB., S. 61 ff.

2) Arbeit und Rhythmus, 4. Aufl., S. 434, 439.

3) GERHARDT, a. a. O., S. 83: „Dieses Abstraktwerden aller Beziehungen, diese Isolierung des einzelnen, dieses Abhängigwerden von der Sache, sind die wesentlichsten Merkmale des heutigen Arbeiterdaseins.“

4) Wie JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 245 ff., annimmt.

5) MARX, I, S. 297.

Grund der abhängigen Arbeit ist das Eigentum. Das Eigentum an den Produktionsmitteln bringt die Abhängigkeit hervor und ist die Verfügungsgewalt, welche die Abhängigkeit bestimmt.

### **C. Die der abhängigen Arbeit gleichgestellte Arbeit.**

Nach geltendem Recht ist abhängige Arbeit nicht nur diejenige Arbeit, die ihrer rechtlichen Natur nach abhängige Arbeit ist, sondern auch diejenige Arbeit, die zwar ihrer rechtlichen Natur nach keine abhängige Arbeit ist, von Rechts wegen aber als abhängige Arbeit behandelt wird. Die beiden Gebiete, auf denen nach geltendem Recht die in Frage kommende Arbeit als abhängige Arbeit angesehen wird, obwohl sie ihrer Natur nach keine abhängige Arbeit ist, sind die Heimarbeit und die Familienarbeit.

#### **1. Die Heimarbeit.**

Heimarbeit ist die von fremder Verfügungsgewalt freie Arbeit für den Geschäftsbetrieb eines anderen außerhalb der Arbeitsstätte des letzteren.

a) Heimarbeit ist von fremder Verfügungsgewalt freie Arbeit. Der Heimarbeitende ist fremder Verfügung nicht unterworfen. Er verfügt selbst über seine Arbeitszeit. Indem er für einen anderen, nicht unter einem anderen arbeitet, unterscheidet er sich von dem „Außenarbeiter“, der außerhalb der Arbeitsstätte seines Arbeitgebers, aber doch innerhalb seines Gewaltbereichs arbeitet, wie z. B. der Monteur, der an fremdem Ort in fremder Betriebsstätte Maschinen aufstellt, oder der Reisende, der als Angestellter die Kunden seines Prinzipals aufsucht.

b) Heimarbeit ist Arbeit für den Geschäftsbetrieb eines anderen. Darin kommt die „wirtschaftliche Abhängigkeit“ des Heimarbeitenden zum Ausdruck, der seine Arbeitskraft nicht für sich verwertet, sondern durch einen anderen verwerten läßt<sup>1)</sup>. Dies

1) Die Leistung des Heimarbeitenden unterliegt nicht der Umsatzsteuer, der Heimarbeitende empfängt nicht einen Preis, sondern Lohn.

spiegelt sich deutlich in dem früher für die Heimarbeit gebräuchlichen Worte „Verlagsarbeit“ wider. Der „Verleger“ schneidet den Heimarbeitenden vom Markte ab, indem er mit dem Arbeitsprodukt des letzteren wirtschaftet. Der Betrieb des anderen muß ein Geschäftsbetrieb sein. Arbeit für den persönlichen Bedarf des Bestellers oder seiner Angehörigen wird als Heimarbeit nicht angesehen<sup>1)</sup>. Geschäftsbetriebe sind nicht notwendig auf Erwerb gerichtet<sup>2)</sup>. Erwerbsabsicht ist nur erforderlich, wenn ein Gewerbebetrieb vorausgesetzt wird. Der andere braucht das Arbeitsprodukt nicht selbst zu verwerten, indem er es auf den Markt bringt. Es genügt, wenn er als „Zwischenmeister“ seinerseits das Arbeitsprodukt an einen Dritten zur Verwertung weitergibt. In diesem Fall kann der „Zwischenmeister“ selbst wieder dem Dritten gegenüber ein Heimarbeitender sein<sup>3)</sup>. Bei alledem kommt es nicht darauf an, ob er für einen oder mehrere, mit oder ohne Hilfskräfte<sup>4)</sup> arbeitet, die Roh- und Hilfsstoffe selbst beschafft oder durch den Dritten empfängt.

c) Heimarbeit ist Arbeit außerhalb der Arbeitsstätte des anderen. Außerhalb der Arbeitsstätte des anderen befindet sich die Arbeitsstätte, wenn sie der ständigen Aufsicht des letzteren entrückt ist<sup>5)</sup>. Die Arbeitsstätte des Heimarbeitenden kann außerhalb seiner Wohnung liegen und bloß als Arbeitsstätte dienen, oder ein Teil seiner Wohnung sein. Ob er im übrigen vorübergehend zur letzten Anpassung seines Erzeugnisses an der Arbeitsstätte des anderen einige Arbeit leistet, benimmt der Heimarbeit ihren eigentümlichen Charakter nicht, wie andererseits nicht dadurch Heimarbeit entsteht, daß der Werkstatt- oder Fabrikarbeiter mitgenom-

1) Vgl. § 1 HausArbG., s. auch LOTMAR, II, S. 903, 906 ff., wo im einzelnen untersucht ist, wann Arbeit als zu fremdem Geschäftsbetrieb gehörig anzunehmen ist.

2) LANDMANN, I, S. 48 ff., S. 48<sup>2</sup>.

3) LOTMAR, II, S. 487 ff.; dazu § 18 HausArbG.

4) Die Hilfskräfte des Heimarbeitenden können Werkstattarbeiter oder Heimarbeitende sein. Im ersten Fall liegt gewöhnliche abhängige Arbeit vor, auf die das Arbeitsrecht unmittelbar Anwendung findet.

5) LOTMAR, II, S. 478.

mene Arbeitsstücke oder Arbeitsstoffe daheim fertigstellt oder verarbeitet<sup>1)</sup>. —

Der Grund dafür, daß das geltende Recht die Heimarbeit in gewissen Beziehungen dem Arbeitsrecht unterstellt, trotzdem abhängige Arbeit nicht vorhanden ist, liegt darin, daß die persönlichen Verhältnisse des Heimarbeitenden, die zu ihrer „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ führen, wie auch die persönlichen Rückwirkungen, die aus solcher Abhängigkeit entstehen, den persönlichen Verhältnissen und Rückwirkungen der abhängigen Arbeit ähnlich sind. Aus ihnen ergibt sich die Schutzbedürftigkeit des Heimarbeitenden, die das Interesse des Arbeitsrechts auf sich lenkt. In ihr liegt zugleich die Grenze der Heimarbeit. Denn wenn jene wirtschaftlichen Merkmale fehlen, so ist von Heimarbeit keine Rede. Die Inhaber von Lohnfabriken und Lohnindustrien (Lohnfärbereien, Lohnstickereien usw.) sind keine Heimarbeitenden<sup>2)</sup>. Es kann sich bei der Heimarbeit nur um kleine Betriebe handeln, bei denen der überwiegende Teil des Verdienstes aus der eigenen Arbeit des Heimarbeitenden am Stücke bezogen wird (§ 18 HausArbG.)<sup>3)</sup>. Nur in solchen Fällen liegt die Schutzbedürftigkeit vor, von der die Ausstrahlung des Arbeitsrechts auf die Heimarbeit ausgeht.

Das geltende Recht behandelt insbesondere die gewerbliche Heimarbeit (§ 119b GewO., §§ 162, 165<sup>6</sup>, 548<sup>2</sup>, 1226<sup>2</sup> RVO., §§ 1 ff. HausArbG., §§ 3, 11 BRG). Hierbei schwankt die Ge-

1) LOTMAR, II, S. 477 ff.; dazu ROSIN, a. a. O., S. 162 unter a.

2) LOTMAR, II, S. 481; LANDMANN, II, S. 337; KAETE GAEBEL, Der Begriff des Hausgewerbetreibenden, Hausarbeiters, Heimarbeiters, NZfAR., II, S. 531 ff., 539.

3) In neuester Zeit wird versucht, das sog. „Lohngewerbe“ der Heimarbeit arbeitsrechtlich gleichzustellen. Als Lohngewerbetreibende werden angesehen „mittelständische Kleingewerbetreibende, die entweder als reine Arbeitsvermittler (Ausgeber, Faktore, Zwischenverleger) oder in eigenen Werkstätten (Arbeitsstuben) als sog. ‚Lohnmaschinenbesitzer‘, ‚Heimgewerbetreibende‘, ‚Werkstätteninhaber‘, ‚Zwischenmeister‘ und ‚Lohnhandwerker‘ tätig werden“ (aus einem Referat des Syndikus Dr. W. RICHTER auf der Erfurter Gründungsversammlung des „Reichsverbandes des Lohngewerbes der deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie“ am 17. 1. 1926). Der Verband hat sich bereits ein eigenes Organ, „Das Lohngewerbe“, geschaffen.

setzessprache zwischen verschiedenen Bezeichnungen. Sie spricht von „Hausgewerbetreibenden“, „Heimarbeitern“, „Hausindustriellen“ und „Hausarbeitern“. Ein rechtlich erheblicher Unterschied besteht unter diesen verschiedenen Bezeichnungen nicht<sup>1)</sup>. Daß aber eine Beschränkung auf gewerbliche Heimarbeit nicht berechtigt ist, hebt POTTHOFF mit Recht hervor<sup>2)</sup>. Es gibt auch nichtgewerbliche Heimarbeit, namentlich in den geistigen Berufen, die des Schutzes oft ebenso bedürfen, wie die gewerbliche Heimarbeit. POTTHOFF schlägt deswegen vor, die die Heimarbeit betreffenden Ausstrahlungen von ihrer Beschränkung auf das Gewerbe freizuhalten und dies äußerlich in einer gemeinsamen Bezeichnung zum Ausdruck zu bringen, indem zukünftig nicht mehr von Hausgewerbetreibenden usw. gesprochen werden soll, sondern nur noch allgemein von „Heimwerkern“<sup>3)</sup>. Die neuen Arbeitsrechtsentwürfe sind den Anregungen POTTHOFFS gefolgt<sup>4)</sup>. Dadurch sollen weiter als bisher, wenn aus wirtschaftlichen Gründen Schutzbedürftigkeit vorliegt, arbeitsrechtliche Vorschriften auch für den „geistigen Arbeiter“ fruchtbar gemacht werden.

## 2. Die Familienarbeit.

Von Familienarbeit sprechen wir, wenn Familienangehörige Arbeit leisten, und zwar auf Grund der aus dem Familienverhältnis sich ergebenden Beziehungen.

Familienarbeit ist keine abhängige Arbeit (S. 21). Trotzdem erstreckt das Gesetz arbeitsrechtliche Regeln auch auf Beziehungen der Familienarbeit. Der Grund dafür ist die Einsicht, daß das

1) Wenn dies POTTHOFF, ArbR. VIII, S. 21 u. XI, S. 41, von den „Heimarbeitern“ annimmt, so verwechselt er Heimarbeiter und Außenarbeiter.

2) Das Arbeitsrecht der Schriftsteller, Bd. 152 der Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Die geistigen Arbeiter, S. 329 ff.

3) POTTHOFF, Verlagsmäßige Heimwerker, JW., 1921, S. 519; Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf freie Berufe, ArbR., VIII, S. 33 u. 285.

4) § 3 des Entwurfs eines Arbeitstarifgesetzes; § 4 Ziff. 2 des Entwurfs eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. § 5 ArbGerG. geht auch von dem allgemeinen Begriff der Heimarbeit aus („Hausgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen“).

Familienband den arbeitenden Menschen nicht immer vor Ausbeutung schützt, so daß die Anwendung des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens auch da geboten ist, wo der arbeitsrechtliche Tatbestand der abhängigen Arbeit nicht vorliegt. Die in Frage kommenden Ausstrahlungen sind beschränkt auf die gewerbliche Beschäftigung. Auf die Landwirtschaft und die häuslichen Dienste finden sie keine Anwendung.

In diesem Sinn gelten die Bestimmungen des Hausarbeitsgesetzes vom 27. Juli 1923 für Werkstätten, in denen jemand ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen gewerblich beschäftigt und zwar auch dann, wenn diese Arbeit nur Folge der Familienzugehörigkeit ist. Familienangehörige sind die mit den Beschäftigern verwandten Personen und außerdem diejenigen Personen, die tatsächlich als zur Familiengemeinschaft gehörig betrachtet und behandelt werden<sup>1)</sup>. Unter den Familienangehörigen nehmen die Kinder nach dem Gesetz, betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. März 1903, eine besondere Stellung ein. Als Kinder gelten Knaben und Mädchen unter 13 Jahren, sowie solche Knaben und Mädchen über 13 Jahre, welche noch zum Besuche der Volksschule verpflichtet sind. Eigene Kinder sind die Kinder, die mit demjenigen, welcher sie beschäftigt, oder mit dessen Ehegatten bis zum dritten Grade verwandt sind, fernerhin die Kinder, die von demjenigen, welcher sie beschäftigt, oder dessen Ehegatten an Kindesstatt angenommen oder bevormundet sind, außerdem die Kinder, die demjenigen, welcher sie zugleich mit Kindern der bezeichneten Art beschäftigt, zur gesetzlichen Zwangserziehung (Fürsorgeerziehung) überwiesen sind, sofern die Kinder zu dem Hausstande desjenigen gehören, welcher sie beschäftigt (§ 3)<sup>2)</sup>. Kinder, die hiernach nicht eigene Kinder sind, sind fremde

1) SELL, HausArbG. vom 27. Juli 1923 (Das Arbeitsrecht Deutschlands, Kommentare und Abhandlungen, Bd. 5, 1924, zu § 1, S. 14).

2) Die Vorschriften über die Beschäftigung eigener Kinder gelten auch für die Beschäftigung von Kindern, welche in der Wohnung oder Werkstatt einer Person, zu der sie in einem der im Text bezeichneten Verhältnisse stehen und zu deren Hausstand sie gehören, für Dritte beschäftigt werden (§ 3 Abs. 3).

Kinder (§ 3 Abs. 2). Die Arbeit fremder Kinder ist keine Familienarbeit.

Die arbeitsrechtlichen Ausstrahlungen können Familienangehörige ergreifen, auch soweit sie nicht in Arbeitsbeziehungen stehen. Es kommt dies darin zum Ausdruck, daß Arbeitstätige mit Rücksicht auf die von ihnen abhängigen Familienangehörigen erweiterte Ansprüche haben können, so nach §§ 205 a ff. RVO. einen Anspruch auf Familienhilfe (Wochenhilfe, Krankenpflege und Sterbegeld) oder auf „Soziallohn“, der sich nach der Zahl der Familienangehörigen abstuft, wenn ein solcher, was früher oft in Tarifverträgen geschah, vereinbart ist<sup>1)</sup>. Es kommt dies weiterhin darin zum Ausdruck, daß Familienangehörigen als Hinterbliebenen eine eigene Rente zustehen kann, so aus der Unfallversicherung (§ 586, § 1095 RVO.), der Invalidenversicherung (§ 1285 ff. RVO.) und der Angestelltenversicherung (§ 32 ff. AngVG.). Der Grund für diese Ausstrahlungen liegt nicht im Schutzbedürfnis der Arbeit, sondern im Fürsorgebedürfnis des auf Arbeit angewiesenen Menschen.

## II.

### Die Arbeitnehmer.

#### A. Der Begriff.

Wenn wir von Arbeitnehmern sprechen, so müssen wir im Auge behalten, das ein doppelter Begriff für sie gilt.

1. Arbeitnehmer sind zunächst diejenigen Personen, die mit der Arbeitgeberseite durch arbeitsrechtliche Beziehungen verbunden sind. Es kommt nicht darauf an, ob sie nur Arbeitnehmer sind und nicht auch zugleich Arbeitgeber, wie z. B. die Vorstandsmitglieder und gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen oder Personengesellschaften (S. 36, 111)<sup>2)</sup>. Es ist auch unerheblich, ob sie berufsmäßige

1) POTTHOFF, Gesetzlicher Soziallohn, ArbR., XI, S. 34; Zum Rechte des Soziallohns, ArbR., XI, S. 413 ff.

2) KASKEL, S. 34 unter 1, scheidet diese Personen als „konkrete Prinzipale“ — Ausdruck von TITZE — aus, ohne ihr eigenes Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber zu beachten.

oder nicht berufsmäßige Arbeitnehmer sind. Nicht jede Person, die Arbeitnehmer ist, hat den Beruf Arbeitnehmer zu sein <sup>1)</sup>. Der selbständige Kaufmann, der nach Ladenschluß einem Handwerker die Bücher führt, ist Arbeitnehmer, trotzdem er berufsmäßig kein Arbeitnehmer ist. Die arbeitsrechtlichen Beziehungen, die in Frage stehen, erschöpfen sich nicht im Arbeitsvertrag. Sie umfassen mehr, als nur den Arbeitsvertrag (S. 63). Arbeitnehmer in dem hier fraglichen Sinn können deswegen auch solche Personen sein, die nicht Parteien eines Arbeitsvertrags sind. Entscheidend ist, daß die arbeitsrechtlichen Beziehungen solche Beziehungen sind, die zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bestehen. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Arbeitnehmer individuell oder kollektiv auftreten. Faßt man den Inbegriff der Beziehungen, die hiernach möglich sind, als einen Verband auf, der zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber besteht (S. 63), so können wir den Begriff des Arbeitnehmers, soweit er in seiner Verbundenheit mit der Arbeitgeberseite ins Auge gefaßt wird, als den Verbandsbegriff des Arbeitnehmers bezeichnen.

2. Arbeitnehmer sind weiterhin diejenigen Personen, die auf abhängige Arbeit angewiesen sind. Dies ist der Fall, wenn die in Frage kommenden Personen einem sozialen Stand angehören, dessen Lebenslage so gestaltet ist, daß seine Angehörigen die Grundlage ihrer Existenz nur in der Leistung abhängiger Arbeit finden können (S. 61). Dieser Begriff des Arbeitnehmers ist der weitere Begriff. Er umfaßt nicht nur diejenigen Personen, die in arbeitsrechtlichen Beziehungen zur Arbeitgeberseite stehen, sondern auch diejenigen Personen, die nicht in solchen Beziehungen stehen. Dahin gehört der

1) Dies verkennt KASKEL, S. 2, der das Arbeitsrecht nur als ein Sonderrecht von Personen auffaßt, „die berufsmäßig auf Grund von Arbeitsverträgen Lohnarbeit verrichten“ (vgl. dazu S. 31 unter F). Abgesehen davon, daß es falsch ist, nur die Lohnarbeit auf Grund von Arbeitsverträgen dem Arbeitsrecht zuzurechnen, ist die Beschränkung des Arbeitsrechts auf den Berufsarbeitnehmer willkürlich. Mit Recht wendet sich dagegen NIKISCH, Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 190 ff., 205 f.: „Daß jemand in einem Anstellungsverhältnis steht, bezeichnet lediglich eine bedeutsame rechtliche Beziehung, in der sich aber Personen aller Stände und Berufe befinden können.“

berufsmäßige Arbeitnehmer, der ohne Arbeit ist, wie z. B. der arbeitslose Textilarbeiter. Dahin gehört aber auch der nicht berufsmäßige Arbeitnehmer, der keine Arbeit hat, aber Arbeit sucht, wie z. B. der Kleinrentner, der als Arbeitsuchender bei dem Arbeitsnachweis gemeldet ist. Weil dieser Begriff des Arbeitnehmers nicht in dem Verband zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern in dem sozialen Stand des Arbeitnehmers wurzelt, bezeichnen wir ihn als den Standesbegriff des Arbeitnehmers<sup>1)</sup>. Bei der Anwendung dieses Begriffs wird von der etwaigen Verbandsstellung des Arbeitnehmers abgesehen und ausschließlich seine Zugehörigkeit zu einem bestimmten sozialen Stand für die in Betracht kommenden Beziehungen ins Auge gefaßt.

## B. Die Gruppen.

Arbeitnehmer sind Arbeiter, Angestellte, Beamte, Lehrlinge und arbeitnehmerähnliche Personen.

1. Arbeiter sind Arbeitnehmer, die weder Angestellte noch Beamte noch Lehrlinge sind<sup>2)</sup>. Zu dieser Gruppe von Arbeitnehmern gehören die Personen, die von einem Arbeitgeber mit ausführenden Arbeiten körperlicher Natur, namentlich im Gewerbe und in der Industrie, der Land- und Forstwirtschaft oder bei Bauten beschäftigt werden<sup>3)</sup>. Zu ihnen gehören auch die „Gewerbegehilfen“ (Portiers, Kellner usw.)<sup>4)</sup>, sowie die Hausgehilfen, die zur

1) LOTMAR, I, S. 64, 65, spricht hier von dem „potentiellen“ Arbeitnehmer. Auch der gesellschaftliche Begriff des Arbeitnehmers ist ein juristischer Begriff, denn es schließen sich an ihn arbeitsrechtliche Wirkungen. Dies ist ROSIN, a. a. O., I, 155, entgegenzuhalten, wenn er ausführt: „Ökonomisch ist Objekt sozialpolitischer Maßnahmen der Arbeiter als Glied einer gesellschaftlichen Klasse, juristisch als Partei im einzelnen Arbeitsverhältnis“. Ob das Gesetz den Arbeitnehmerbegriff in dem einen oder anderen Sinn verwendet, ist stets im Einzelfall festzustellen, vgl. dazu z. B. den Bescheid des RAMin. vom 20. 11. 1920, RABL., AT., 1921, S. 329, zu der Frage, ob Erwerbslose bei den Wahlen der Beisitzer der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte wahlberechtigt und wählbar sind.

2) Vgl. § 2 AllgArbVGE.

3) ROSIN, a. a. O., I, S. 145.

4) KASKEL, S. 32.

Leistung häuslicher Dienste niederer Art in den Hausstand eines Arbeitgebers aufgenommen sind<sup>1)</sup>.

2. Angestellte sind Arbeitnehmer, die, ohne Beamte oder Lehrlinge zu sein, überwiegend höhere oder kaufmännische oder bureaumäßige Arbeit leisten<sup>2)</sup>. Zu ihnen gehören die Personen, die eine der in § 1 Abs. 1 AngVG. angeführten Beschäftigungen ausüben, auch wenn sie nicht versicherungspflichtig sind<sup>3)</sup>. Hauptgruppen der Angestellten sind die Handlungsgehilfen, die in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt sind (§ 59 HGB.), die technischen Angestellten, welche gesetzlich vielfach als „Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker“ bezeichnet werden (§ 133a GewO.) und die Hausangestellten, die im Hausstand eines Arbeitgebers Dienste höherer Art leisten (Führung des Haushalts, Erziehung der Kinder usw.)<sup>4)</sup>. Auch die leitenden Angestellten sind Angestellte. Darunter sind Angestellte zu verstehen, die in einem Betriebe eine derartige Stellung einnehmen, daß sie an der geistigen Arbeit des Unternehmers in größerem oder geringerem Maße teilnehmen, indem sie entweder in den objektiven Gang des Betriebs mitbestimmend eingreifen, oder gegenüber anderen im Betriebe beschäftigten Personen eine sich über sie erhebende aufsichtsführende Tätigkeit entfalten<sup>5)</sup>. Die Zugehörigkeit der leitenden Angestellten zur Gruppe der Angestellten schließt nicht aus, daß das geltende Recht sie in bestimmten Beziehungen besonders behandelt<sup>6)</sup>. Namentlich schließt

1) ROSIN, a. a. O., S. 167; KASKEL, S. 39. Die Tätigkeit in der Hauswirtschaft soll durch besonderes Gesetz (Hausgehilfengesetz) geregelt werden, nachdem die bisherigen Gesindeordnungen durch den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 aufgehoben worden sind.

2) Vgl. § 2 Abs. 2 AllgArbVGE.

3) Vgl. § 12 BRG.

4) KASKEL, S. 39.

5) Damit verwende ich die Definition des Betriebsbeamten, wie sie ROSIN (I, S. 160) entwickelt hat, allgemein für den Begriff des leitenden Angestellten. Vgl. dazu KASKEL, S. 23 unter c, der entgegen der Auffassung im Text die leitenden Angestellten einer besonderen Gruppe von Arbeitnehmern zuweist.

6) Vgl. z. B. § 12 Abs. 2, 2. Halbs., BRG. Der AllgArbVGE. geht von der Auffassung im Text aus.

die Stellung als Vorstandsmitglied und gesetzlicher Vertreter von juristischen Personen und Personengesamtheiten die Angestellten-eigenschaft nicht aus, wenn diese Personen auch in einzelnen Beziehungen mit Rücksicht auf die Zwecke der einzelnen Gesetze kraft besonderer Bestimmung als Arbeitnehmer nicht angesehen werden<sup>1)</sup>.

3. Beamte sind Arbeitnehmer, die im Dienste des Reichs, eines Landes oder einer sonstigen öffentlichen Körperschaft Arbeit leisten, die ausschließlich öffentlich-rechtlich bestimmt ist. Nur dies letzte Merkmal weist nach geltendem Recht den Beamten eine Sonderstellung unter den übrigen Arbeitnehmern zu. Weitere Merkmale, die eine Sonderstellung begründen, bestehen nicht.

Dies gilt zunächst für die Anstellung des Beamten. Die Anstellung des Beamten beruht auf Vertrag<sup>2)</sup>. Die Anschauung, die in der Anstellung des Beamten lediglich einen einseitigen Hoheitsakt sieht<sup>3)</sup>, kann diesen Standpunkt nicht erschüttern, da sie im Grunde zu demselben Ergebnis führt. Denn sie muß zugeben, daß die Wirksamkeit des anstellenden Hoheitsaktes an die Zustimmung des Betroffenen gebunden ist. Damit entfällt aber die Annahme eines einseitigen Hoheitsaktes, und die Willenseinigung ist hier wie dort die Grundlage der Anstellung<sup>4)</sup>. Aber auch wenn ein durchgreifender Unterschied zwischen der Vertrags- und Hoheitslehre bestünde, könnte er keine wesentliche Scheidelinie zwischen

1) MOLITOR, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, Sonderabdruck aus der Leipziger Festschrift für V. EHRENBERG, 1927, S. 24 ff. § 5 Abs. 2 ArbGerG. sieht die in Frage kommenden Personen, wie § 12 Abs. 2 BRG., nicht als Arbeitnehmer an. Doch kann für sie der Arbeitsgerichtsstand vereinbart werden (§ 3 Abs. 2). § 4 Ziff. 1 AllgArbVGE. folgt der Auffassung im Text.

2) LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1. Bd., S. 429 ff.

3) OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2. Bd., S. 258 ff.

4) Dies wird auch neuerdings von W. JELLINEK, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, S. 84 ff, betont, ohne allerdings den Unterschied zwischen einem solchen Akt und dem öffentlichrechtlichen Vertrag zu begründen. Für die Vertragsnatur der Beamtenanstellung neuerdings auch HUSSERL, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1. Bd., 1925, S. 77.

dem Beamten und dem gewöhnlichen Arbeitnehmer bilden. Das Arbeitsrecht knüpft an das Arbeitsverhältnis, nicht an den Arbeitsvertrag an (S 63, 109). Der Arbeitsvertrag ist ein, aber keineswegs der Entstehungsgrund des Arbeitsverhältnisses (S. 117). Selbst wenn daher die Anstellung des Beamten auf einem einseitigen Hoheitsakt beruhte, würde kein Grund dafür bestehen, das durch die Anstellung herbeigeführte Verhältnis nicht als ein Arbeitsverhältnis anzusehen.

Dasselbe gilt, wenn auf das Wesen des Anstellungsverhältnisses des Beamten eingegangen wird. Man hat den Beamten von dem gewöhnlichen Arbeitnehmer dadurch geschieden, daß man das Beamtenverhältnis als ein Gewaltverhältnis, das Arbeitsverhältnis des gewöhnlichen Arbeitnehmers aber als ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis bezeichnet hat. Die Erkenntnis der abhängigen Arbeit schließt auch dieses Unterscheidungsmerkmal aus. Die abhängige Arbeit, die der private Arbeitnehmer leistet, ist ebenso Arbeit unter fremder Verfügungsgewalt wie die Arbeit des Beamten. Sowohl der Beamte, wie auch der private Arbeitnehmer stehen in einem rechtlichen Gewaltverhältnis. Die romanistische Theorie, welche die „Dienstmiete“ als einen bloßen Unterfall der Sachmiete ansah und den Arbeitsvertrag aufgehen ließ im Recht der Schuldverhältnisse, kann nicht mehr aufrechterhalten werden. Wohl ist bei dem Beamten das Gewaltverhältnis gesteigert. Es erstreckt sich in weitem Maße auf sein außerdienstliches Verhalten. Seinem Dienstherrn kann eine Disziplinargerichtsbarkeit zustehen, die in dieser Form dem gewöhnlichen Arbeitgeber nicht zusteht. Dadurch wird indessen die Natur des Gewaltverhältnisses, in dem sowohl der Beamte, als auch der gewöhnliche Arbeitnehmer steht, nicht berührt.

Auch die Art der Arbeit unterscheidet den Beamten von dem gewöhnlichen Arbeitnehmer nicht. Man kann daran denken, den Hoheitsbeamten von dem gewöhnlichen Arbeitnehmer abzugrenzen. Der Hoheitsbeamte übt staatliches imperium aus, das dem ge-

wöhnlichen Arbeitnehmer in der Regel nicht zugänglich ist. Aber selbst die hoheitliche Tätigkeit ist auf den Beamten nicht ausschließlich beschränkt. Es gibt gewöhnliche Arbeitnehmer, die auf „Privatdienstvertrag“ angestellt sind und doch Hoheitsbefugnisse ausüben, wie z. B. ein Flurschütze<sup>1)</sup>. Im übrigen kann jede Tätigkeit, die ein Beamter ausübt, auch die Tätigkeit eines gewöhnlichen Arbeitnehmers sein. Der „reine“ Beamtenbegriff des Hoheitsbeamten gilt heute nicht mehr. Das Beamtentum setzt sich nicht nur aus Hoheitsbeamten, sondern auch aus wirtschaftlichen, technischen und anderen Beamten zusammen. Ihre Tätigkeit unterscheidet sich in allen diesen Fällen in keiner Weise von der Tätigkeit des gewöhnlichen Arbeitnehmers.

Was Inhalt und Umfang der Arbeit anlangt, so findet sich auch hier keine Scheidelinie. Man sagt, der private Arbeitnehmer vollziehe nur eine Leistung, der Beamte aber gebe seine ganze Persönlichkeit dem Staate hin. „Das Beamtenverhältnis umfaßt . . . einen unbegrenzten Komplex von Rechten und Pflichten, verbunden mit der Notwendigkeit eines würdigen allgemeinen Verhaltens. Nicht die Erfüllung einzelner konkreter Tatbestände in Form bestimmter Leistungen wird gefordert und durch Nichterfüllung verletzt, sondern die volle Hingabe der gesamten Persönlichkeit an jedem Ort, zu jeder Zeit und bei jeder Gelegenheit“<sup>2)</sup>. Welche Verirrung der Begriffe! Es ist das Wesen aller abhängigen Arbeit, auch des privaten Arbeitnehmers, daß nicht die Erfüllung einzelner konkreter Tatbestände in Form bestimmter Leistungen gefordert, sondern daß durch sie ein Zustand persönlicher Gebundenheit herbeigeführt wird, in dem die konkrete Fixierung der Arbeitsleistung erfolgt (S. 20, 21). Daß für den Beamten überhaupt keine rechtliche Fixierung des Leistungsverhältnisses besteht, ist

---

1) Daß er hierdurch im strafrechtlichen Sinne zum Beamten wird, schließt nicht aus, daß er in allen anderen Beziehungen gewöhnlicher Arbeitnehmer ist (vgl. dazu FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1924, II, zu § 359, S. 319).

2) KASKEL, Beamtenrecht und Arbeitsrecht, 1926, S. 8.

eine unhaltbare Auffassung. Der Beamte steht nicht als Beamter zu jeder beliebigen Dienstleistung dem Dienstherrn zur Verfügung. Der Beamte steht seinem Dienstherrn nur als ein bestimmter Beamter mit speziellen Pflichten zur Verfügung, die aus dem Amte folgen, das er bekleidet. Der Beamte pflegt denn auch seine „Zuständigkeit“ in diesem Sinne scharf zu betonen, wie allgemein bekannt sein dürfte. Der Dienstherr kann von dem Beamten, wie der Arbeitgeber von dem gewöhnlichen Arbeitnehmer, nur den Dienst fordern, den er auf Grund seiner Anstellung übernommen hat. Wenn deswegen die „Hingabe der gesamten Persönlichkeit an jedem Ort, zu jeder Zeit und bei jeder Gelegenheit“ überhaupt einen Sinn haben soll, so kann er nur darin bestehen, daß man von dem Beamten eine besondere Gesinnung bei Erfüllung seiner Arbeitspflicht und eine besondere Intensität seiner Dienstleistung fordert. Aber die Gesinnung ist ein innerer Vorgang, der sich rechtlicher Regelung entzieht, und die Intensität der Dienstleistung des privaten Arbeitnehmers wird, wenn man bei der Hingabe der Persönlichkeit an die Ausgabe persönlicher Kraft denkt, bei dem privaten Arbeitnehmer kaum geringer sein als bei dem Beamten der gleichen Arbeitsart.

Schließlich ist auch die „Versorgung“ kein ausschließliches Kriterium des Beamten. Nicht alle Beamten sind auf Lebenszeit angestellt. Es gibt Beamte auf Kündigung und auf Widerruf. Und was die Pensionsberechtigung anlangt, so schließt der Begriff des gewöhnlichen Arbeitnehmers eine solche Berechtigung keineswegs aus, wie es andererseits Beamte ohne Pensionsberechtigung gibt.

Es kann sich deswegen nur fragen, ob die öffentlich-rechtliche Bestimmung des Beamtenverhältnisses die Unterstellung des Beamten unter den Begriff des Arbeitnehmers ausschließt. Die Frage ist zu verneinen. Entscheidend ist, daß alle Merkmale der abhängigen Arbeit auch bei den Beamten zutreffen. Ob das Recht, das sie bestimmt, nur öffentliches Recht ist oder aber öffentliches und privates Recht, kann die Gemeinschaft zwischen der Arbeit des Beamten und des gewöhnlichen Arbeitnehmers nicht sprengen.

Das Beamtenrecht wurzelt im Arbeitsrecht. Der Beamte ist Arbeitnehmer, der einer besonderen Gruppe angehört<sup>1)</sup>.

Wenn in diesem Buche trotz dieser Gemeinschaft das Beamtenrecht von der Darstellung des Arbeitsrechts ferngehalten wird, so geschieht dies, weil das geltende Recht diese Gemeinschaft noch nicht anerkennt. Sie zu schaffen ist die Aufgabe des künftigen Arbeitsrechts<sup>2)</sup>. Dabei kann es sich nur darum handeln,

1) Gegen jede Gemeinschaft zwischen Beamtenrecht und Arbeitsrecht wendet sich neuerdings KASKEL, Beamtenrecht und Arbeitsrecht, mit der größten Schärfe. Die Argumente werden logischen Kategorien entnommen, die KASKEL im Anschluß an die herrschende Lehre aufstellt. Es ist im Text versucht worden, die Unhaltbarkeit dieser Kategorien nachzuweisen. Zu welchen unhaltbaren Ergebnissen die Trennung des Beamtenrechts von seinem arbeitsrechtlichen Boden führt, ergibt sich deutlich aus den Folgerungen, die KASKEL zieht. Er bestreitet, daß Arbeiterschutzrecht auf den Beamten Anwendung finden könne. „Denn der Arbeiterschutz enthält ja die Summe der Verpflichtungen, die einem Arbeitgeber gegenüber dem Staat obliegen, wenn er Arbeitnehmer beschäftigt. Da nun aber die Beamten vom Staate selbst beschäftigt werden, so würde man dem Staat eine Verpflichtung gegenüber dem Staat auferlegen müssen, in welcher Weise er die Beamten zu beschäftigen hat“ (S. 15). Das arbeitsrechtliche Denken wird sich von solchen Logizismen fernzuhalten haben. Wenn ein reales Bedürfnis nach Arbeiterschutz auch im Beamtenverhältnis vorhanden ist, so wird die angebliche begriffliche Unmöglichkeit eines Rechtsinstituts keinen Widerstand bilden. Man wird dann mit Recht sagen, daß der Begriff dem Leben, nicht das Leben dem Begriffe zu folgen hat. Und gibt es wirklich keine Verpflichtungen des Staates sich selbst gegenüber? Worauf beruht dann die Idee des Rechtsstaats? Und wie begründet KASKEL den Arbeiterschutz für Staatsarbeiter und Staatsangestellte, die vom Staate nicht als Beamte in arbeiterschutzpflichtigen Betrieben beschäftigt werden? Wenn KASKEL weiterhin glaubt, der Beamte brauche auch keinen Arbeiterschutz, weil die Dienstanweisungen oder das Eingreifen des Vorgesetzten genügen, um die Zwecke zu erreichen, die der Arbeiterschutz anstrebt (S. 15—16), so kann dieser Auffassung nicht scharf genug widersprochen werden. Die Erfahrung lehrt, daß die staatlichen Arbeitsbedingungen, insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitsstätte, nicht allzu selten schlimmere sind als die privaten Arbeitsbedingungen. Die parlamentarische Kontrolle versagt in solchen Fällen, weil sie alle Einzelheiten der Verwaltung unmöglich kontrollieren kann.

2) Der neue Entwurf des Beamtengesetzes, der von dem Allgemeinen Deutschen Beamtenbund ausgeht (Entwurf eines Beamtengesetzes, 1926, Verlagsges. des Allg. Deutschen Beamtenbundes m. b. H., Berlin W 35), dessen Verfasser Prof. Dr. LUTZ RICHTER, SEIDEL und Dr. VÖLTER sind, folgt der im Text ausgesprochenen Grundauffassung (vgl. seine Begründung S. 72 ff.). Ob allerdings der Entwurf in seinem § 8 das gruppenbildende Moment des Beamten richtig getroffen hat, kann bezweifelt werden. Der Begriff des Amtes,

die allgemeinen Grundzüge des Arbeitsrechts auch für die Beamten auszubauen, im übrigen aber die durch die Natur ihres Verhältnisses geschaffenen Besonderheiten in einem Beamtensonderrecht, das dem Gesetzbuch der Arbeit eingegliedert ist, zum Ausdruck zu bringen. Auf diese Weise würden die Rechte der Beamten der Sicherung teilhaftig, deren sie heute im weiten Maße noch entbehren.

4. Lehrlinge sind Arbeitnehmer, die zu ihrer Ausbildung beschäftigt werden. Die Merkmale der abhängigen Arbeit treffen auf sie zu, einerlei ob sie ein Entgelt erhalten oder nicht<sup>1)</sup>, ob sie in den Hausstand des Lehrherrn aufgenommen sind oder nicht. Sie treffen sogar in gesteigertem Maße auf sie zu (vgl. z. B. § 127 a GewO). Auch wenn der Lehrling seinerseits ein Entgelt (Lehrgeld bezahlt, wenn also die Unterweisung des Lehrherrn als eine zu entgeltende Arbeit anzusehen ist, ist der Lehrling Arbeitnehmer. Denn auch in diesem „eigentlichen Lehrverhältnis“ leistet der Lehrling Arbeit<sup>2)</sup>, und zwar abhängige Arbeit. In Wirklichkeit ist heute das „uneigentliche Lehrverhältnis“, in dem nur der Lehrling Arbeitnehmer ist, die Regel. Von ihm gehen auch die Gesetze<sup>3)</sup>

der die Beamten als besondere Gruppe von anderen Arbeitnehmern unterscheiden soll, ist nicht völlig klargestellt. — Die neueren Gesetzentwürfe auf dem Gebiete des allgemeinen Arbeitsrechts lehnen die Gemeinschaft zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht noch ab.

1) Das Entgelt kann ausschließlich in der Berufsausbildung durch den Lehrherrn bestehen (LOTMAR, I, S. 692, unter II); vgl. auch § 3 Satz 2 AllgArbVGE.

2) A. M. LOTMAR, I, S. 79, der hierbei von seinem Grundbegriff der Arbeit ausgeht (a. a. O. S. 69, insbesondere S. 72 ff.).

3) In Titel VII der GewO. werden die Lehrlinge neben Gesellen, Gehilfen, Betriebsbeamten, Werkmeistern, Technikern und Fabrikarbeitern zu den „gewerblichen Arbeitern“ gezählt. Besonders geregelt ist das gewerbliche Lehrlingsverhältnis (§ 126 GewO.) und das kaufmännische Lehrverhältnis (§ 76 ff. HGB.). Die Vorschriften unter VI des Titels VII der GewO. (Gehilfen, Lehrlinge und Arbeiter in offenen Verkaufsstellen) behandeln die Lehrlinge auf gleichem Fuße wie die zwei anderen Klassen von Arbeitnehmern. Im BGB. § 196 Nr. 9 werden die Lehrlinge unter den gewerblichen Arbeitern aufgeführt. Vgl. auch § 150 RVO. Andererseits führt BGB. § 196 Nr. 10 Lehrherrn und Lehrmeister auf mit Ansprüchen wegen des Lehrgelds und unterscheidet § 1822 unter Nr. 6 und 7 den „Lehrvertrag“ von dem „auf die Eingehung eines Dienst-

und die neuen Arbeitsrechtsentwürfe aus<sup>1)</sup>. Die Frage, ob der Lehrling Arbeitnehmer ist, ist unabhängig von der Frage, ob der Lehrvertrag ein Arbeitsvertrag ist. Das Lehrverhältnis ist ein Arbeitsverhältnis, das ohne Arbeitsvertrag bestehen kann (S. 117). Jedenfalls ist der „uneigentliche Lehrvertrag“ ein Arbeitsvertrag. Dieser Arbeitsvertrag weist allerdings mit Rücksicht auf den dem Lehrverhältnis innewohnenden Ausbildungszweck Besonderheiten auf, die hier im einzelnen nicht zur Darstellung gelangen<sup>2)</sup>.

5. Arbeitnehmerähnliche Personen sind Personen, die keine Arbeitnehmer sind, ihnen aber in bestimmten Beziehungen kraft ausdrücklicher Anordnung gleichstehen. Zu ihnen gehören die Heimwerker (S. 27). Sie werden in § 5 ArbGerG. und in den neuen Arbeitsrechtsentwürfen ausdrücklich als arbeitnehmerähnliche Personen bezeichnet<sup>3)</sup>. Zu ihnen gehören ferner diejenigen Personen, die arbeitsrechtlich geregelte Familienarbeit leisten (S. 30).

oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrag“. Hingegen im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 7. 6. 1906, § 17, erscheint der Lehrling als in einem Dienstverhältnis befindlich. Im BRG. sind die Lehrlinge den Arbeitern und Angestellten rechtlich gleichgestellt (§§ 11, 12). Dasselbe gilt nach § 5 ArbGerG. Streitig war, ob die Lehrlingsverhältnisse als „Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen“ im Sinne des § 1 TarifV. anzusehen sind. Die herrschende Meinung bejaht dies (JAR., 1924, S. 94, 95).

1) Z. B. § 2 Abs. 3 AllgArbVGE.

2) Vgl. KASKEL, S. 141. § 3 AllgArbVGE. unterwirft die Lehrlinge den Vorschriften des Arbeitsvertrags, aber nur insoweit, als sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt.

3) § 4 Ziff. 2 AllgArbVGE. Siehe auch den Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 31. 12. 1925 (NZfAR., 1926, S. 303 unter 1).

### 3. Kapitel.

## Die Quellen.

Die Beziehungen, die das Arbeitsrecht regelt, werden nicht nur durch arbeitsrechtliche Normen geregelt. Das Arbeitsrecht ist ein Spezialrecht. Soweit es keine Bestimmungen enthält, finden die Vorschriften des allgemeinen Rechts Anwendung. Quellen des Arbeitsrechts sind nur diejenigen Quellen, die Arbeitsrecht erzeugen. Je nach der Quelle gibt es staatliches und autonomes Arbeitsrecht, Arbeitsgewohnheitsrecht und internationales Arbeitsrecht.

#### I.

### Das staatliche Arbeitsrecht.

1. Das staatliche Arbeitsrecht ist Reichs- und Landesrecht. Nach Art. 7 Ziff. 9 RV. hat das Reich die Gesetzgebung über das „Arbeitsrecht, die Versicherung und den Schutz der Arbeiter und Angestellten, sowie den Arbeitsnachweis“. Durch diese Bestimmung ist das gesamte Arbeitsrecht, wie es bereits oben abgegrenzt worden ist (S. 3 ff.), der Zuständigkeit des Reichs unterworfen. Die neue Reichsverfassung geht damit über die Zuständigkeitsgrenze des Art. 4 der alten Reichsverfassung weit hinaus. Danach konnte lediglich die gewerbliche Arbeit, das Recht der Handlungsgehilfen, das Recht der Arbeitnehmer im Schiffahrtsbetrieb und der allgemeine Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts reichsrechtlich geregelt werden<sup>1)</sup>. Andere arbeitsrechtliche Gegen-

<sup>1)</sup> Es ist bekannt, welche Schwierigkeiten es gemacht hat, die sog. „sozialpolitischen“ Gesetze reichsrechtlich durchzuführen. Die Kompetenz des Reichs konnte schließlich nur auf die Präambel der alten Reichsverfassung gestützt werden.

stände, wie der Arbeitsnachweis und die Erwerbslosenfürsorge waren der reichsrechtlichen Zuständigkeit entzogen. Die Zuständigkeit des Reichs ist keine ausschließliche, sondern „konkurrierende“ Zuständigkeit. Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht, behalten die Länder das Recht der Gesetzgebung (Art. 12 RV.). Die Hauptmasse des geltenden Arbeitsrechts ist Reichsarbeitsrecht. Landesarbeitsrecht findet sich hauptsächlich nur noch auf dem Gebiet des Bergarbeiterrechts, insbesondere auf Grund des Allgem. Berggesetzes für die preuß. Staaten vom 24. 6. 1865. Die 44 früher im Deutschen Reich geltenden partikularen Gesindeordnungen — von ihnen entfielen allein 19 Gesindeordnungen auf Preußen — sind durch den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten an das Deutsche Volk vom 12. 11. 1918 außer Kraft gesetzt worden.

2. Das staatliche Arbeitsrecht ist allgemeines und besonderes Arbeitsrecht. Die verschiedenen Gruppen der Arbeitnehmer erhalten ihr Recht, auch wenn es nur auf reichsrechtlicher Grundlage beruht, nicht nur aus einer Rechtsquelle, sondern aus verschiedenen Rechtsordnungen, die sich übereinander aufbauen. Man denke an den Handlungsgehilfen. Der Handlungsgehilfe findet eine sonderrechtliche Regelung im HGB. Sie wird durch Vorschriften der Reichsgewerbeordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzt. Oder man denke an den gewerblichen Arbeiter. Er unterliegt den Sondervorschriften des Titels VII GewO., und zwar den allgemeinen und besonderen Vorschriften dieses Titels, und schließlich den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag. Es ist ein Kennzeichen für die wachsende Selbständigkeit und Bedeutung des Arbeitsrechts, daß das allgemeine Arbeitsrecht, das für alle Arbeitnehmer gilt, in beständigem Vordringen begriffen ist. Vor der Revolution gab es nur die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag, die allgemeines Arbeitsrecht enthielten. Inzwischen sind dem allgemeinen Arbeitsrecht weitere und wichtige Gebiete gewonnen worden, so der Tarifvertrag, das Betriebsrätewesen, der

Arbeitsnachweis, die Erwerbslosenfürsorge, das Schlichtungswesen usw. Dazu kommt nunmehr das Arbeitsgerichtsgesetz, das für alle Arbeitnehmer gilt. Weitere Gesetzentwürfe, die eine Neuregelung des Arbeitstarifrechts, des allgemeinen Arbeitsvertrags, des Arbeitsschutzes und der Arbeitslosenversicherung betreffen, sind in Vorbereitung.

3. Das staatliche Arbeitsrecht ist Gesetzes- und Verordnungsrecht. Auf keinem Rechtsgebiet spielt das Verordnungsrecht eine so große Rolle wie auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Der Grund dafür ist die Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der Verhältnisse. Das Verordnungsrecht wird durch Reichs- und Landesbehörden, sowie durch öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörper ausgeübt. Das Gebiet, in das es am tiefsten und weitesten eingedrungen ist, ist der Arbeiterschutz nach § 120 a ff. GewO. Eine besondere Rolle spielen die ortstatutarischen Bestimmungen einer Gemeinde oder eines weiteren Gemeindeverbands, welche nach § 142 GewO. bestimmte durch die GewO. oder andere Gesetze überwiesene Gegenstände mit verbindlicher Kraft ordnen können, wie z. B. die Lohnzahlung nach § 119 a und den Fortbildungsschutz nach § 120 GewO. —

Das Ziel der arbeitsgesetzlichen Regelung ist durch Art. 157 Abs. 2 RV. vorgezeichnet. Danach ist dem Reiche die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts als Aufgabe zugewiesen. Die Vorarbeiten hierzu sind im Gange. Einzelentwürfe liegen bereits vor. Sie sollen in einem Reichsgesetzbuch der Arbeit vereinigt werden. Zur Vorbereitung dieser Entwürfe besteht beim Reichsarbeitsministerium ein Arbeitsrechtsausschuß, der sich aus Sachverständigen zusammensetzt. Der Sinn des einheitlichen Arbeitsrechts ist ein dreifacher. Zunächst soll die gesamte arbeitsrechtliche Regelung in einem Reichsgesetz vereinigt werden. Weiterhin soll eine Verallgemeinerung des Arbeitsrechts für alle Arbeitnehmer stattfinden, soweit nicht aus inneren Gründen, wie für Bühnengehörige, Landarbeiter, Bergarbeiter usw., rechtliche Sondervor-

schriften erforderlich sind. Schließlich sollen die einzelnen Teile des Arbeitsrechts in einem Geiste innerlich verbunden werden <sup>1)</sup>.

## II.

### Das autonome Arbeitsrecht.

Die staatlichen Kräfte reichen nicht aus, um die erforderlichen Regelungen im einzelnen herbeizuführen. Das staatliche Recht, das oft starr und schematisch ist, kann der gesellschaftlichen Entwicklung, die wechselnd und mannigfaltig ist, nicht immer folgen. Auch sind die sozialen Mächte oft zu stark und eigenwillig, um sich staatlichem Gesetz wirklich zu unterwerfen. So entstehen rechtsleere Räume, die der Ausfüllung bedürfen. Je intensiver die gesellschaftliche Entwicklung, desto fühlbarer ist dieser Widerspruch. Er kann sich dadurch lösen, daß organisierte gesellschaftliche Kräfte ihr Recht selbst erzeugen. Das so entstandene Arbeitsrecht ist autonomes Arbeitsrecht. Autonomes Arbeitsrecht ist objektives Recht <sup>2)</sup>. Es ist nichtstaatliches, aber doch vom Staate abhängiges Recht. Seine Bildung ist nur möglich, wenn es vom Staate zugelassen ist, sich in den Grenzen hält, die der Staat gezogen hat, und in den Formen erfolgt, die er zur Verfügung stellt. Autonomes Arbeitsrecht geht dem nachgiebigen Recht vor, weicht aber dem zwingenden staatlichen Recht, wenn dieses nicht ausdrücklich Abweichungen durch autonomes Recht zuläßt, wie nach § 2 und § 5 ArbZeitV. Die Autonomie ist Verbands- oder Vertragsautonomie. Hierbei geht grundsätzlich die Vertragsautonomie der Verbands-

1) SINZHEIMER, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914.

2) Weil das autonome Arbeitsrecht objektives Recht ist, müssen alle Folgerungen gezogen werden, die sich aus dem Wesen des objektiven Rechts ergeben. Für seinen Beweis gilt § 293 ZPO. Die Revision kann auf seine Verletzung gestützt werden (§ 549 Abs. 1, § 550 ZPO.; so jetzt auch das RG., JW., 1927, S. 248, rechts oben). Irrtum über seinen Inhalt ist Rechtsirrtum, kein Tatirrtum. Die Fragen der Rück- und Weiterwirkung sind nach den bezüglichen Lehren des objektiven Rechts zu lösen. Für die Auslegung gelten nicht die Regeln über die Vertragsauslegung.

autonomie vor, wenn dem verbandsautonomen Recht nicht ausdrücklich zwingender Charakter beigelegt ist (man denke z. B. an die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften oder die Lehrlingsregelungen der Innungen, Zwangsinnungen und Handwerkskammern)<sup>1)</sup>.

### A. Die Verbandsautonomie.

Verbandsautonomie ist von jeher anerkannt gewesen. Sie liegt im Wesen der Verbände selbst. Verbandsautonome Akte im Arbeitsrecht sind:

1. Die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften (§§ 848, 1030, 1199 RVO.),

2. die Lehrlingsregelungen der Innungen, Zwangsinnungen und Handwerkskammern (§ 81a Ziff. 3; § 99 Ziff. 5; §§ 100<sup>c</sup>, 100<sup>p</sup>, 103<sup>e</sup> Ziff. 1; § 103<sup>g</sup> Abs. 3 Ziff. 4 GewO.),

3. die Mindestentgeltfestsetzungen der Fachausschüsse der Heimarbeit (§ 20 Ziff. 3 HausArbG.),

4. die Dienstordnungen der Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und öffentlichen Arbeitsnachweise für deren Angestellte (§§ 349 ff., 690 ff. RVO.; § 13 ArbNG.),

5. die Personalordnung der Deutschen Reichsbahngesellschaft vom 10. 12. 1924 (Reichsministerialblatt, 1925, S. 98).

---

1) Dies war die Kernfrage in dem bekannten Konflikt zwischen der Reichsbahn und der Reichsregierung bzw. den Gewerkschaften über die Gültigkeit der Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen für die Arbeitnehmer der Reichsbahn. Das Reichsbahngericht hat den Vorrang des Tarifvertrags (der Vertragsautonomie) vor der Personalordnung der Reichsbahn (der Verbandsautonomie) anerkannt (Soziale Praxis, XXXV, S. 670 ff.). Vgl. dazu HUECK, Konkurrenz von Gesamtvereinbarungen; MATTHÄI, Das Verhältnis der Dienstordnung in der RVO. zu Dienstvorschriften im Sinne des BRG. und zu Tarifverträgen; KASKEL, Entgegnung auf vorstehenden Aufsatz (NZfAR., 1926, S. 385 ff.); POTTHOFF, Tarifvertrag und Dienstordnung, ArbR., 1926, S. 941 ff., wo auch zu einem einschlägigen Urteil das RG. vom 18. 6. 1926 Stellung genommen ist (lebenslängliche Anstellung durch Tarifvertrag im Widerspruch zu einer Dienstordnung der Berufsgenossenschaft).

## B. Die Vertragsautonomie.

Vertragsautonomie ist die dem Arbeitsrecht besonders eigentümliche Form der Autonomie<sup>1)</sup>. Sie ist rechtlich nur in Anknüpfung an die naturrechtliche Auffassung der herrschaftlichen Verbandsautonomie zu verstehen<sup>2)</sup>. Danach war der Herrschaftsverband eine „societas inaequalis“, eine ungleiche Verbindung, in der ein Herrschender eine Anzahl von Beherrschten zu einer Einheit verband. Dieser Herrschende, der „imperans“, ist nach naturrechtlicher Auffassung dazu befugt, „Gesetze“ für seinen Herrschaftsbereich zu erlassen, an die er selbst nicht gebunden war, die er beliebig ändern konnte<sup>3)</sup>. Nun kommt die Vertragsautonomie. Sie knüpft an die naturrechtliche Vorstellung von der autonomen Satzungsgewalt des Verbandshaupts an. Aber sie beseitigt seine „einseitige Gesetzgebung“ und ersetzt sie durch eine „zweiseitige Gesetzgebung“<sup>4)</sup>. Träger der Verbandsautonomie ist nicht mehr das Verbandshaupt allein, Träger der Verbandsautonomie werden Vertragssubjekte, die vereint die Satzung schaffen. Die Vertragsautonomie ist daher eine Abwandlung der herrschaftlichen Verbandsautonomie. Sie ist herrschaftliche Verbandsautonomie, aber ausgeübt nicht von einem in der Form des Diktats, sondern von mehreren in der Form des Vertrags. Das Recht, über das die Träger der Vertragsautonomie verfügen, ist und bleibt die autonome Satzungsgewalt, die im Herrschaftsverbande wurzelt. Diese

1) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 1916. — Der Versuch DECHANTS, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Rechte, 1923, den Begriff der Vertragsautonomie im Begriffe der Rechtsverordnung aufzulösen, beruht auf einem Mißbrauch des letzteren Begriffs, der auf staatliches Recht beschränkt ist. Der Auffassung DECHANTS steht nahe BECKER, Die Tarifnormen-Kollision (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Univ. Leipzig, 1924), S. 5 ff. Für den Gedanken der Vertragsautonomie tritt neuestens ein DIETRICH SCHINDLER, Werdende Rechte, Festgabe für FRITZ FLEINER 1927, S. 420 ff.

2) Über diese Auffassung s. vor allen v. GIERKE, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. 4, bes. S. 340, 357, 508 ff., 528, 532.

3) v. GIERKE, a. a. O., S. 528, Anm. 144.

4) v. GIERKE, a. a. O., Bd. 2, S. 473.

Satzungsgewalt kann, wie in einem Arbeitgeberverband, koalitiert sein. Ist dies der Fall, so verfügt die Koalition über die Satzungsgewalt der einzelnen<sup>1)</sup>. In dieser Weise werden die absoluten Rechte des Arbeitgebers in beschränkte Rechte umgewandelt. Der „Herr im Hause“ hört auf, Alleinherr zu sein. Es entsteht die Gewaltgemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum. Die Willensbildung im Arbeitsverband wird der Willkür entzogen und einer Verfassung, der Arbeitsverfassung, unterworfen.

Das geltende Arbeitsrecht bezeichnet die Vertragsautonomie als Gesamtvereinbarung (§ 3 SchlichtVO.). Die Gesamtvereinbarung ist Rechtsquelle, weil ihre Vorschriften, soweit sie das Arbeitsverhältnis betreffen, objektives Recht sind. Sie tragen den „Grund ihres rechtlichen Bestimmens in sich selbst“<sup>2)</sup>. Ihre Geltung ist unabhängig von dem Willen der Unterworfenen und der Existenz ihrer Schöpfer. Sie gelten, auch wenn diejenigen, für die sie gelten, sie nicht kennen, und sie bleiben in Kraft, auch wenn diejenigen, die sie schufen, nicht mehr sind. Daß Gesamtvereinbarungen entstehen und bestehen, ist nicht nur private, sondern auch öffentliche Sache. Deswegen leistet der Staat im Schlichtungsverfahren Hilfe bei ihrem Abschluß und ersetzt unter Umständen den mangelnden Einigungswillen der Vertragsparteien durch Zwangsentscheid und Zwangsvereinbarung (§§ 75, 80 BRG., § 6 SchlichtVO.). Greift der Staat ein, so entsteht nicht staatliches Recht. Auch das durch Zwangsentscheid oder Zwangsvereinbarung geschaffene Recht ist autonomes Recht.

Die Gesamtvereinbarung ist Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, je nachdem sie auf Arbeitnehmerseite von einer

---

1) Damit dürften die Bedenken entfallen, die v. GIERKE, Arch. f. SozW., 42, S. 821, gegen die Annahme einer Vertragsautonomie unter dem Gesichtspunkt erhoben hat, daß Autonomie nur Verbandsautonomie sein könne. Denn die Vertragsautonomie ist nach dem Gesagten nur eine Ausführungsform der Verbandsautonomie. Ihr objektiv-rechtlicher Charakter ergibt sich daraus, daß es die Rechtssetzungsgewalt des Herrschaftsverbandes ist, die sie vergemeinschaftet.

2) R. STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 376 f.  
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. 2. Aufl.

Koalition oder Betriebsvertretung abgeschlossen ist. Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gehören der Arbeitsverfassung an, die den Tarifvertrag der Betriebsvereinbarung voranstellt. Beide Gesamtvereinbarungen finden dort ihre ausführliche Darlegung. Hier sind sie nur soweit in Betracht zu ziehen, als sie die Quellenlehre berühren.

1. Der Tarifvertrag ist durch die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918 mit Abänderungen vom 31. 5. 1920 und 23. 1. 1923 als Rechtsquelle anerkannt<sup>1)</sup>. Bis dahin war der Tarifvertrag nichts anderes als ein schuldrechtlicher Vertrag, der die Tarifparteien zu Leistungen und Gegenleistungen verpflichtete, objektives Recht aber nicht erzeugte. Damit der Tarifvertrag objektives Recht erzeugen kann, ist ein dreifaches erforderlich. Es müssen auf Arbeitnehmerseite Koalitionen die Vertragschließenden sein. Der Vertrag muß schriftlich abgeschlossen werden. Und er muß sich beziehen auf Gegenstände des Arbeitsverhältnisses (zu denen nicht notwendig der Arbeitslohn gehört)<sup>2)</sup>. Tarifverträge, die diesen Erfordernissen nicht entsprechen, sind nicht unwirksam. Aber sie erzeugen nicht die dem „echten Tarifvertrag“ entsprechenden normativen Folgen, einschließlich der Möglichkeit, diese Folgen durch allgemeine Verbindlichkeitserklärung (§ 2 TarifV.) auch auf Nichtbeteiligte zu übertragen. Die „unechten Tarifverträge“ haben nur schuldrechtliche Wirkungen nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen des bürgerlichen Rechts<sup>3)</sup>.

2. Die Betriebsvereinbarung findet ihre Regelung im Be-

1) Gelten mehrere Tarifverträge, so entsteht eine Konkurrenz von Rechtsquellen; s. darüber neuerdings vorzüglich HUECK, NZfAR., 1926, S. 385 ff.

2) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I, S. 99 f.

3) Die Ansicht POTTHOFFS (Juristische Blätter, 1924, S. 153), wonach jeder Tarifvertrag, einerlei ob er ein „echter“ Tarifvertrag ist oder nicht, kraft seines kollektiven Wesens auf Grund der RV. Normencharakter habe, ist unbegründet. Die Gesetzgebung hat die normative Wirkung eines Tarifvertrags aus guten Gründen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, daß Verträge, die dieser Voraussetzungen ermangeln, jener Wirkung entbehren.

etriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920<sup>1)</sup>. Unter Betriebsvereinbarung ist die Vereinbarung zwischen der gesetzlichen Betriebsvertretung und dem Betriebsinhaber über Verhältnisse der Arbeitnehmer und der gesetzlichen Betriebsvertretung zu verstehen. Ihr Abschluß kann formlos erfolgen. Sie erzeugt objektives Recht. Denn die Geltung ihrer Bestimmungen ist nicht davon abhängig, daß die Unterworfenen die Bestimmungen gekannt haben, und sie ist nicht an die Personen gebunden, die die Vereinbarung geschaffen haben<sup>2)</sup>. Das BRG. läßt als Betriebsvereinbarung nur Vereinbarungen zu, die einen bestimmten, im Gesetz vorgesehenen Inhalt haben. Vereinbarungen zwischen Betriebsvertretung und Betriebsinhaber, die einen solchen Inhalt nicht haben, sind nicht als Betriebsvereinbarungen nach dem BRG., sondern als gewöhnliche Vereinbarungen nach dem BGB. zu behandeln. Als echte Betriebsvereinbarungen gelten hiernach nur:

a) Die gesetzlichen Arbeitsordnungen nach §§ 134 a ff GewO. für größere gewerbliche Betriebe, nach § 139k GewO. für offene Verkaufsstellen, nach § 13 LandAO. für größere landwirtschaftliche Betriebe und nach § 80a bis i AllgBergG. für Bergbaubetriebe;

b) die Vereinbarung gemeinsamer und besonderer Dienstvorschriften nach §§ 66 Ziff. 5, 78 Ziff. 3 BRG.;

c) die Vereinbarung über Regelung der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse nach § 78 Ziff. 2 BRG.;

d) die Vereinbarung von Richtlinien nach § 78 Ziff. 8 BRG.;

e) die Vereinbarung einer Schiedsstelle nach §§ 66 Ziff. 3, 4, 78 Ziff. 5, 82 BRG.;

f) die Vereinbarung einer Sprechstunde innerhalb der Arbeitszeit nach § 76 BRG.;

g) die Vereinbarung über die Verwaltung von Wohlfahrts-einrichtungen nach § 66 Ziff. 9 BRG.

---

1) Die Lehre von der Betriebsvereinbarung ist begründet von FLATOW, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung, 1921.

2) Veräußert oder vererbt ein Arbeitgeber seinen Betrieb, so gilt die Betriebsvereinbarung ohne weiteres auch für den Rechtsnachfolger.

III.

Das Arbeitsgewohnheitsrecht.

Das Gewohnheitsrecht hat im Arbeitsrecht dieselbe Bedeutung wie auf anderen Rechtsgebieten auch. Eine besondere Förderung erfährt es im Arbeitsrecht durch folgendes:

1. Der Tarifvertrag kann die Bildung von Gewohnheitsrecht begünstigen. Der Tarifvertrag ist auf die Tariffbeteiligten beschränkt. Er kann aber durch allgemeine Verbindlichkeitserklärung auf Nichtbeteiligte übertragen werden. Davon abgesehen kann der Tarifvertrag eine Fernwirkung entfalten. Seine Bestimmungen können in Arbeitsverträge eingehen, die nicht Tariffbeteiligte abschließen. Dies ist der Fall, wenn der Inhalt eines Tarifvertrags zur Usance geworden ist. Tarifverträge begünstigen die Bildung von Usancen, weil sie in der Regel für einen größeren Personenkreis bestimmt sind und dann leicht den Ton für alle angeben, die in gleicher Lage sind. Die Usance kann Ortsusance oder Betriebsusance sein, je nachdem sie einen Ortsbereich oder nur einzelne Betriebe erfaßt. Ob eine Usance vorliegt, ist Tatfrage. Sie kann stets durch eine abweichende Vereinbarung verdrängt werden. Liegt eine Usance vor, so kann sie sich über die Geltungsdauer des Tarifvertrags hinaus behaupten<sup>1)</sup>.

2. Die Bescheide des Reichsarbeitsministers<sup>2)</sup> auf dem Gebiete des Arbeitsrechts können zu einer Identität der Rechtsauffassungen führen. Die Bescheide sind Rechtsgutachten einer autoritativen Stelle. Als solche haben sie keine normative Kraft. Die Anschauung, daß es sich bei ihnen um „Rechtssätze kraft faktischer Geltung“

---

1) Näheres bei SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 21 ff.

2) ELSE BUDDEBERG, Die Bescheide des Reichsarbeitsministers unter dem Gesichtspunkt der Fortentwicklung des Rechts (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Univ. Jena, Nr. 4), 1925. Die Bescheide werden regelmäßig im Reichsarbeitsblatt veröffentlicht.

handele<sup>1)</sup>, so daß der Reichsarbeitsminister durch sie eine „quasi prätorische“ Funktion ausübe<sup>2)</sup>, ist unhaltbar. Die Bescheide des Reichsarbeitsministers haben nur normative Kraft, wenn sie durch gleichmäßige Übung zu Gewohnheitsrecht geworden sind. Eine besondere Rolle spielt in diesem Rechtsbildungsprozeß der Gerichtsgebrauch<sup>3)</sup>. Die Behörden werden regelmäßig geneigt sein, die Rechtsgutachten des Ministers fortlaufend ihren Entscheidungen zugrunde zu legen. Auf diese Weise kann das Rechtsgutachten zum Rechtssatz werden. Die Bescheide des Reichsarbeitsministers bilden also keine besondere Rechtsquelle, regen aber die bestehenden Rechtsquellen rechtsschöpferisch an.

#### IV.

#### Das internationale Arbeitsrecht<sup>4)</sup>.

Schon vor dem Kriege waren Kräfte am Werke, die arbeitsrechtlichen Grundbedingungen durch internationale Verträge zwischen den einzelnen Staaten zu vereinheitlichen. Sie waren durch die Einsicht geweckt, daß eine Bekämpfung der großen sozialen Schäden, welche die einzelnen Industrievölker heimsuchen, nur dann wirksam erfolgen könne, wenn der eine Staat in seiner sozialpolitischen Gesetzgebung nicht durch sozialpolitische Rückständigkeit der anderen Staaten gehemmt würde. Schon früh be-

1) Wie BUDBEBEEG, a. a. O., S. 6 ff. annimmt.

2) BUDBEBERG, a. a. O., S. 22.

3) Dies stellt BUDBEBERG, a. a. O., S. 67, ausdrücklich fest. Und damit erübrigt sich die von ihr angenommene besondere Kategorie des „Rechtssatzes kraft faktischer Geltung“.

4) Vgl. ECKARDT und KUTTIG, Das internationale Arbeitsrecht im Friedensvertrage, Kommentar zum Teil XIII des Friedensvertrags von Versailles, 1922. Das „internationale Arbeitsrecht“ im obigen Sinn darf nicht mit dem gleichnamigen Begriff verwechselt werden, wonach es diejenige Rechtsordnung ist, die über die örtlichen Kollisionen der Arbeitsgesetze entscheidet. Eingehende Untersuchungen darüber fehlen noch; s. darüber neuerdings SATTER, Internationalprivatrechtliche Normen (örtliche Grenznormen) für das Arbeitsvertragsrecht, ArbR., 1926, S. 913 ff., und ROHMER, Internationaler Lohnarbeiterverkehr und Handelsverträge, ArbR., 1927, S. 161 ff.

mühten sich deswegen Philanthropen, wie ROBERT OWEN, um die Schaffung internationaler sozialpolitischer Grundregeln. Ihre Gedanken blieben aber unbeachtet, bis durch die in den einzelnen Staaten anschwellende Arbeiterbewegung die „soziale Frage“ immer dringlicher vor den Augen der Regierenden stand. Ein Hauptpunkt ihrer Bestrebungen war die internationale Regelung des Achtsturentags.

Zur Verwirklichung internationaler Arbeiterschutzforderungen waren vor dem Kriege drei internationale staatliche Konferenzen abgehalten worden. Die erste tagte auf Grund des kaiserlichen Erlasses vom 4. 2. 1890 im gleichen Jahre in Berlin, aber ohne ein bestimmtes Ergebnis. Die zweite fand in Bern im Jahre 1906 statt und führte zu einem internationalen Verbot der Verwendung von weißem und gelbem Phosphor in der Zündholzindustrie, sowie zu einem allgemeinen Verbot der gewerblichen Nachtarbeit der Frauen („Berner Konvention“). Die dritte Konferenz tagte ebendort im Jahre 1913. Sie faßte Beschlüsse auf dem Gebiet des Jugend- und Frauenschutzes, die aber infolge des Kriegsausbruches nicht mehr ratifiziert wurden. Gleichzeitig hatten sich zur Erreichung desselben Zwecks internationale Privatvereine gebildet, vor allen die im Jahre 1900 gegründete „Internationale Vereinigung für gesetzlichen Arbeiterschutz“, deren deutsche Landesektion die Gesellschaft für soziale Reform ist. Auch während des Krieges wurde der Gedanke eines internationalen Arbeitsrechts von den Organisationen der Arbeiter auf internationalen Gewerkschaftskongressen weiter vertreten, so im Jahre 1916 in Leeds. Dort wurde ein Programm aufgestellt, das die Aufnahme einer Reihe arbeitsrechtlicher Bestimmungen in den Text des Friedensvertrags verlangte. Der Friedensvertrag hat dieses Programm, das sich die deutsche Regierung bei den Friedensverhandlungen zu eigen machte, nicht aufgenommen, aber in seinem Teil XIII Bestimmungen über die Arbeit getroffen, die die Grundlagen des heutigen internationalen Arbeitsrechts bilden. Die Bestimmungen sind materieller und organisatorischer Art.

Die materiellen Bestimmungen sind die „allgemeinen Grundsätze“ des Abschnitts 2 im Teil XIII des Vertrags. Sie sollen der

Politik des Völkerbundes als „Richtschnur“ dienen. Eine unmittelbare rechtliche Bedeutung kommt ihnen nicht zu. Sie beziehen sich, wenn man von dem leitenden Grundsatz, wonach „die Arbeit nicht lediglich als Ware oder Handelsgegenstand betrachtet werden darf“, absieht, auf das Koalitionsrecht, den Minimallohn, den Achtstundentag oder die Achtundvierzigstundenwoche, die wöchentliche Arbeitsruhe von mindestens vierundzwanzig Stunden, die Beseitigung der Kinderarbeit, den Jugendschutz, die gleiche Entlohnung ohne Unterschied des Geschlechts für die Arbeit von gleichem Wert, den Schutz ausländischer Arbeiter und die Arbeitsaufsicht unter Hinzuziehung von Frauen.

Zur Durchführung dieser Grundsätze ist eine ständige Organisation geschaffen, die „Internationale Arbeitsorganisation“, die aus den Mitgliedern des Völkerbundes besteht und heute 56 Staaten umfaßt (nicht Amerika und Rußland). Ihr gehören Deutschland und Österreich schon seit der Washingtoner Tagung im Jahre 1919 als Mitglieder an. Sie hat drei Organe:

1. Die allgemeine Konferenz, bestehend aus 4 Vertretern der einzelnen Mitgliedstaaten, von denen zwei Vertreter die Regierungen und je ein Vertreter die Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Landes vertreten. Sie tritt alljährlich mindestens einmal zusammen.

2. Das internationale Arbeitsamt. Es ist das ständige Sekretariat der internationalen Arbeitsorganisation. Das Sekretariat erledigt die laufenden Geschäfte. Dazu gehören der Verkehr mit den Regierungen der Mitgliedstaaten, die Vorbereitungen zu den Tagungen der allgemeinen Konferenzen, die Sammlung von Unterlagen über die internationale Regelung sozialpolitischer Fragen, die Erteilung von Auskünften und Veranstaltungen von Erhebungen auf diesem Gebiete, sowie die Herausgabe einer Zeitschrift für die Erörterung der in die Zuständigkeit der Arbeitsorganisation fallenden Gegenstände<sup>1)</sup>. Das Amt steht zur Zeit unter der Leitung des französischen Arbeiterführers und früheren Munitionsministers ALBERT THOMAS. Seit 1920 hat es in Genf seinen Sitz.

1) Die hauptsächlichsten, regelmäßigen Veröffentlichungen des Amtes sind angegeben bei KASKEL, S. 332, Anm. 5.

3. Der Verwaltungsrat. Er besteht aus 24 Mitgliedern, von denen zwölf Vertreter der Regierungen, je sechs Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind. Der Verwaltungsrat, der etwa alle 3 Monate zusammentritt, hat hauptsächlich folgende Obliegenheiten: Wahl des Direktors des Arbeitsamtes, Erteilung der Weisungen an diesen für seine Geschäftsführung, Festsetzung der Tagesordnungen für die allgemeinen Konferenzen, Mitwirkung bei dem Beschwerdeverfahren (s. weiter unten).

Die Aufgabe der internationalen Arbeitsorganisation besteht darin, das Zustandekommen internationaler Verträge auf der Grundlage ihrer Beschlüsse herbeizuführen. Dies geschieht zunächst dadurch, daß die allgemeine Konferenz der internationalen Arbeitsorganisation einen „Vorschlag“ zum Erlaß eines Gesetzes oder den „Entwurf eines internationalen Übereinkommens“ beschließt. Zur Annahme eines Vorschlags oder eines Entwurfs bedarf es einer Zweidrittelmehrheit der Stimmen der anwesenden Vertreter. Der Vorschlag wird den Mitgliedern der internationalen Arbeitsorganisation zur Prüfung vorgelegt. Der Entwurf eines internationalen Übereinkommens ist den Mitgliedern der internationalen Arbeitsorganisation zur Ratifikation vorzulegen. Jedes Mitglied der Organisation muß spätestens 1 Jahr nach Schluß der Tagung den Vorschlag oder den Entwurf den zuständigen Stellen zum Zwecke der Verwirklichung durch Gesetz oder anderweitige Maßnahmen unterbreiten. Kein Mitglied ist verpflichtet, den Vorschlag anzunehmen oder das Übereinkommen zu ratifizieren.

Das internationale Arbeitsrecht ist hiernach kein überstaatliches Recht, dem die Staaten unmittelbar unterworfen sind. Durch den Friedensvertrag ist keine neue Quelle für internationales Arbeitsrecht geschaffen. Zur Quellenlehre ist daher das heutige internationale Arbeitsrecht nur insofern zu rechnen, als es die bestehenden Quellen in ihrer Wirksamkeit steigert, ohne selbst eine Rechtsquelle zu sein <sup>1)</sup>.

1) Damit weicht der Friedensvertrag von den deutschen Gegenvorschlägen ab, welche die Bildung eines unmittelbaren internationalen Arbeitsrechts zulassen

Diese Steigerung liegt auch in der Einführung eines Beschwerdeverfahrens wegen unzureichender Durchführung eines von einem Mitgliedsstaat angenommenen Übereinkommens (Art. 400 ff.)<sup>1)</sup>. Der Verwaltungsrat kann die Bildung eines Untersuchungsausschusses herbeiführen, welcher die strittige Frage zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten hat. Der Untersuchungsausschuß erstattet Bericht über seine tatsächlichen Feststellungen und macht die erforderlichen Vorschläge. Die Regierung, gegen die sich die Beschwerde richtet, kann den ständigen internationalen Gerichtshof des Völkerbundes anrufen. Dieser bestätigt die Anträge oder Vorschläge des Untersuchungsausschusses, ändert sie ab oder hebt sie auf. Er kann die wirtschaftlichen Strafmaßnahmen bezeichnen, die er einer schuldigen Regierung gegenüber für angebracht hält und deren Anwendung durch die übrigen Regierungen ihm gerechtfertigt erscheint. Ruft die Regierung, gegen die sich die Beschwerde richtet, den ständigen Gerichtshof nicht an und befolgt sie auch die im Berichte des Untersuchungsausschusses enthaltenen Vorschläge nicht, so darf jedes andere Mitglied ihm gegenüber die wirtschaftlichen Strafmaßnahmen ergreifen, die der Bericht des Untersuchungsausschusses für zulässig erklärt hat. Dasselbe gilt, wenn sich die in Frage kommende Regierung der Entscheidung des ständigen Gerichtshofs nicht fügt.

Bis heute haben 9 Konferenzen der internationalen Arbeitsorganisation stattgefunden, und zwar in Washington (1919), in

wollten. Der sozialpolitische Ausschuß des Obersten Rats der alliierten Mächte hat sich in dieser Richtung lediglich mit einer Resolution begnügt. Sie lautet: „Der Ausschuß spricht die Hoffnung aus, daß die Hohen vertragschließenden Parteien, sobald es möglich sein kann, ein Übereinkommen treffen, um der internationalen Arbeitskonferenz unter den Auspizien des Völkerbundes die Macht zu verleihen, unter noch zu bestimmenden Voraussetzungen Entschließungen zu fassen, welche die Kraft internationaler Gesetze haben“ (FEHLINGER, Internationaler Arbeiterschutz, 1926, S. 6).

1) Besonders zu beachten ist Art. 409, wonach die Berufsverbände der Arbeiter und Unternehmer das Recht der Beschwerde gegen Mitglieder der Arbeitsorganisation wegen unzureichender Durchführung eines von ihnen angenommenen Übereinkommens haben.

Genua (1920) und in Genf (1921—1926). Die Gegenstände, mit denen sich diese Konferenzen befaßt haben, betreffen hauptsächlich die Festsetzung der Arbeitszeit in den gewerblichen Betrieben<sup>1)</sup>, die Arbeitslosigkeit, die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft, die Nacharbeit der Frauen, das Mindestalter für die Zulassung von Kindern zur gewerblichen Arbeit, die gewerbliche Nacharbeit der Jugendlichen, den Schutz der Frauen und Jugendlichen gegen Bleivergiftung, die Schaffung eines öffentlichen Gesundheitsdienstes, das Mindestalter für die Zulassung der Kinder zur Arbeit auf See, die Gewährung einer Entschädigung für Arbeitslosigkeit infolge von Schiffbruch, die Stellenvermittlung für Seeleute, die Festsetzung der Arbeitszeit in der Fischerei auf der Binnenschifffahrt, die Arbeitslosenversicherung der Seeleute, das Alter für die Zulassung von Kindern zur Arbeit in der Landwirtschaft, das Vereins- und Koalitionsrecht für landwirtschaftliche Arbeiter, die Entschädigung der Landarbeiter bei Arbeitsunfällen, das Verbot der Verwendung von Bleiweiß zum Anstrich, den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben, das Mindestalter für die Zulassung von Jugendlichen zur Beschäftigung als Trimmer oder Schweizer, die Arbeitsaufsicht, die Nutzung der Freizeit, die Nacharbeit in Bäckereien, die Vereinheitlichung der Betriebsunfallentschädigung, den Heuervertrag und die Rückbeförderung der Seeleute<sup>2)</sup>.

Bis jetzt hat Deutschland ratifiziert das Washingtoner Übereinkommen, betr. die Arbeitslosigkeit, das Genfer Übereinkommen über das Vereins- und Koalitionsrecht der landwirtschaftlichen Arbeiter, das Genfer Übereinkommen über die Entschädigung der Landarbeiter bei Arbeitsunfällen und das Genueser Übereinkommen über die Stellenvermittlung der Seeleute (Gesetze vom 25. 5. 1925).

1) Es handelt sich hierbei um den Washingtoner Entwurf des internationalen Übereinkommens, betreffend Festsetzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf 8 Stunden täglich und 48 Stunden wöchentlich. Das Abkommen, welches durch die Londoner Beschlüsse Abänderungen erfahren hat, steht in Deutschland vor seiner Ratifikation.

2) Einzelheiten bei v. TILLY, Internationales Arbeitsrecht, Sammlung Göschen, 1924, S. 84 ff.; FEHLINGER, a. a. O., S. 21 ff.

#### 4. Kapitel.

### Der Aufbau.

Wenn wir uns auf den Grundgedanken des Rechts besinnen, so finden wir als seine letzte Beziehung den Menschen. Alles Recht dient den Bedürfnissen des Menschen. Damit das Recht diesen Grundgedanken erfüllen kann, hat die geltende Rechtsordnung einen Mittelpunkt, von dem alle Beziehungen ausgehen. Dieser Mittelpunkt ist das Eigentum. Das Eigentum will den Menschen die Güter sichern, derer er bedarf, um seine Bedürfnisse zu befriedigen und neue Güter zu erzeugen. Für die Eigentumsordnung sind die Menschen gleich und selbständig. Sie sind gleich, indem sie alle die rechtliche Fähigkeit haben, Eigentümer zu sein oder zu werden. Sie sind selbständig, indem das Eigentum als Grundlage für ihr persönliches Sein gedacht ist.

Aber diese Ordnung ist unzureichend. Denn es gibt Menschen, die ohne Eigentum sind. Sie haben die Mittel nicht, um von ihrer Fähigkeit, Eigentum zu erwerben, Gebrauch zu machen, und sie sind gezwungen, um ihre Existenz zu finden, sich fremdem Eigentum zu unterwerfen. Will daher das Recht seinen Grundgedanken erfüllen, so bedarf es einer Ordnung, die nicht nur das Eigentum, sondern auch das Menschentum in den Mittelpunkt stellt. Eine solche Ordnung geht nicht von gleichen und selbständigen Personen, sondern von ungleichen und abhängigen Menschen aus. Ihr Personenbegriff wird nicht einer abstrakten Vorstellung der „Person“ entnommen, sondern der sozialen Existenz des Menschen, die durch die Erfahrung gegeben ist.

Die soziale Existenz des Menschen ist durch seinen sozialen Stand gegeben. Der soziale Stand entspricht der Klassenlage des Menschen<sup>1)</sup>. Er wurzelt nicht in der Rechtsordnung, sondern in der Wirtschaftsordnung, d. h. der Art der Verteilung und Verwendung der ökonomischen Güter und Leistungen. Er enthüllt die konkrete Bedürftigkeit des Menschen. Die soziale Existenz des Menschen ist ferner durch den sozialen Verband gegeben, in dem sich der Mensch zur Fristung seines Lebens befindet. In ihm ist der Mensch kein Eigenwesen, sondern ein Teilwesen. Er zeigt den Menschen in der konkreten Verbindung, die seinen Lebensablauf bestimmt.

Die Aufgabe einer dem Menschen dienenden und seiner sozialen Existenz entsprechenden Ordnung ist eine doppelte. Sie muß dem Menschen, um der aus seinem sozialen Stand sich ergebenden konkreten Bedürftigkeit zu begegnen, gesellschaftliche Kräfte verleihen, die er zur Fristung eines menschlichen Lebens braucht, aber nicht hat, weil sie an das Eigentum gebunden sind, welches ihm fehlt. Dazu sind rechtliche Sozialbestimmungen erforderlich, die dem Menschen Lebensbereiche zuführen, die seine tatsächliche Existenz nicht vorfindet. Ihre Grundlage ist das Sein, nicht die Habe des Menschen. Sie muß weiterhin, um die aus dem sozialen Verband drohende Gefährdung elementarer menschlicher Lebensgüter auszuschließen und die Kräfte des Menschen zu steigern, das Eigenwesen des Menschen im Verband und seine lebendige Verbindung mit ihm sichern. Zu diesem Zwecke bedarf es der rechtlichen Bestimmung des Sozialen, die das Verbandsganze ordnet und die in ihm wirkenden menschlichen Kräfte als solche reguliert. Sie knüpft an die Freiheit, nicht an die Herrschaft an.

Die Sozialbestimmung verdrängt nicht die Selbstbestimmung. Sie macht vielmehr die Selbstbestimmung durch die positiven Lebensmöglichkeiten erst wirksam, die sie ihr öffnet. Und wenn der Mensch als Teilwesen durch rechtliche Bestimmung des Sozialen

1) MARX, III, 2, S. 421; MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriß der Sozialökonomik, III. Abt., S. 631 ff.

sein persönliches Dasein nicht verliert und als lebendiges, mitschaffendes Wesen gewertet wird, so hebt sie den Verband nicht auf, sondern fördert ihn durch die Entbindung aller in ihm wirkenden Kräfte. Die Erfüllung jener Aufgabe schaltet deswegen die Grundkräfte und Grundformen des gesellschaftlichen Lebensprozesses nicht aus. Was sie ausschaltet, ist die falsche Auffassung, daß der gesellschaftliche Lebensprozeß sinnvoll und wirksam sei, wenn nur auf die Produktion von Gütern, nicht aber auch auf die Erhaltung und Entwicklung des Menschen geachtet wird, für den diese Güter bestimmt sind.

Wir nennen die Ordnung, die so den Menschen in seiner sozialen Existenz zur Geltung bringt, soziale Personenordnung. Sie tritt im Ganzen des Rechts mit eigenen Prinzipien neben die Güter- und Eigentumsordnung, indem sie den Menschen selbst in seinem gesellschaftlichen Sein und Wirken erfaßt und dafür besondere Rechtsformen aufstellt. Sie begründet ein eigenes rechtliches Reich, in dem die zentrierende Kraft nicht das Eigentum, sondern der Mensch ist. Wir sehen diese neue Ordnung in fortschreitender Entwicklung sich erheben. Einst war der Mensch, der nicht ein „Freier“ war, Sache. Durch die Rechtsgleichheit wurde er Person. Die neue Ordnung macht ihn zum Menschen.

Das Arbeitsrecht ist die soziale Personenordnung der Arbeitnehmer. Damit ist sein Aufbau gegeben. Er folgt dem inneren Gesetz, das die soziale Personenordnung beherrscht. Sie prägt die Form, in der es sich entwickelt. Sein System ist keine äußere, zufällige Ordnung. Das System des Arbeitsrechts ist der Ausdruck einer inneren Notwendigkeit, die aus dem Geist folgt, in dem es wurzelt. Dieser Geist bildet die beiden Gruppen, in denen alle Bestimmungen des Arbeitsrechts aufgehen.

1. Das Arbeitsrecht erfaßt die Arbeitnehmer zunächst als Angehörige eines sozialen Standes. Der Arbeitnehmer gehört einem sozialen Stand an, der dadurch gekennzeichnet ist, daß der Arbeitnehmer sein „Vermögen“ nicht in Sachgütern, sondern in seiner

Arbeitskraft hat, so daß er auf die Leistung abhängiger Arbeit angewiesen ist. Hieraus entsteht im Durchschnitt der Fälle eine konkrete Bedürftigkeit des Arbeitnehmers, die er nach seiner tatsächlichen Lage nicht mit eigenen Kräften und Mitteln befriedigen kann. Dieser Mangel trat so lange nicht hervor, als die abhängige Arbeit Arbeit unfreier oder halbfreier Menschen war. Damit war der arbeitende Mensch auf Lebenszeit an engere Lebensgemeinschaften gebunden, in ihnen aber auch mit seiner ganzen Existenz verwurzelt. Sie nutzten seine Arbeitskraft, versorgten ihn aber auch mit den Gütern, derer er zur Fristung seines Lebens bedurfte<sup>1)</sup>. Der Mangel wurde fühlbar, als die „Freiheit des Arbeitsvertrags“ entstand, die den arbeitenden Menschen von allen Bindungen löste, ihn aber auch von den Wurzeln trennte, auf denen in den alten, nun verfallenen Gemeinschaften seine Existenz beruhte. Der Arbeitnehmer wurde frei, aber der Arbeitgeber wurde auch frei. Er konnte den Arbeitnehmer jederzeit entlassen, ohne für seine weitere Existenz verantwortlich zu sein. So entstand für das Recht die neue Aufgabe, dem Arbeitnehmer, der keinen sozialen Grund mehr hatte, auf dem er versorgt war, durch rechtliche Sozialbestimmungen die Kräfte und Mittel zu sichern, derer er bedarf, um Mensch zu sein und als Mensch zu gelten. Die Beziehungen, die dadurch entstehen, sind arbeitsrechtlicher Art, weil sie nicht von der allgemeinen Bedürftigkeit des Menschen, sondern von der besonderen Bedürftigkeit des Arbeitnehmers, der auf die Leistung abhängiger Arbeit angewiesen ist, ausgehen. Wir nennen den Stand, dem die in Frage kommenden Sozialbestimmungen dienen, den Arbeitsstand. Arbeitsstand ist der Inbegriff der Beziehun-

1) Man denke an das alte Vasallenverhältnis. „Der Vasall stand in einem dem Familienschutz ähnlichen Verhältnis zum Senior . . .“, wenn er nicht in einem eigenen „beneficium“ seinen Unterhalt und seine Versorgung fand (ROTH, Feudalität und Untertanenverband, 1863, S. 205 ff., 219). Man denke auch an die Marknutzung, die sog. „portio“ der Hörigen in den Fronhöfen, und ihre Versorgungsansprüche an den Herrn (vgl. v. INAMA-STERNEGG, Die Ausbildung der großen Grundherrschaften in Deutschland während der Karolingerzeit, 1878, Staats- und sozialwissenschaftl. Forschungen, I, Heft 1, S. 17 ff.; dazu S. 87 ff., S. 100 ff.).

gen, die der Arbeitnehmer als Arbeitnehmer außerhalb der Verbindung hat, die zwischen ihm und der Arbeitgeberseite besteht. Er drückt den Standesbegriff des Arbeitnehmers aus (S. 33, 34).

2. Das Arbeitsrecht erfaßt die Arbeitnehmer weiterhin als Angehörige eines sozialen Verbandes. Der Arbeitnehmer gehört einem Verband an, der zwischen ihm und der Arbeitgeberseite besteht. Bisher ging man, wenn man die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrachtete, nur von dem Arbeitsvertrag aus. Aber der Begriff des Arbeitsvertrags erschöpft die Beziehungen nicht, die zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bestehen, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Es gibt Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die nicht auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Man braucht nur an die Arbeitsverhältnisse zu denken, die ohne Arbeitsvertrag bestehen (S. 140).

b) Soweit die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf einem Arbeitsvertrag beruhen, sind sie nicht nur vertraglicher Art im engeren Sinne, denn es entsteht aus ihnen nicht nur Schuld und Forderung, sondern auch Über- und Unterordnung (S. 118 f., 145 ff.).

c) Die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber führen nicht nur zu Vertragsgebilden, sondern auch zu Verfassungsgebilden (S. 207 ff.).

d) Die Verfassungsgebilde beschränken sich nicht auf Beziehungen zu einem Arbeitgeber, sondern sie stützen sich in der Regel darüber hinaus auf die Gruppen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (S. 251 ff.).

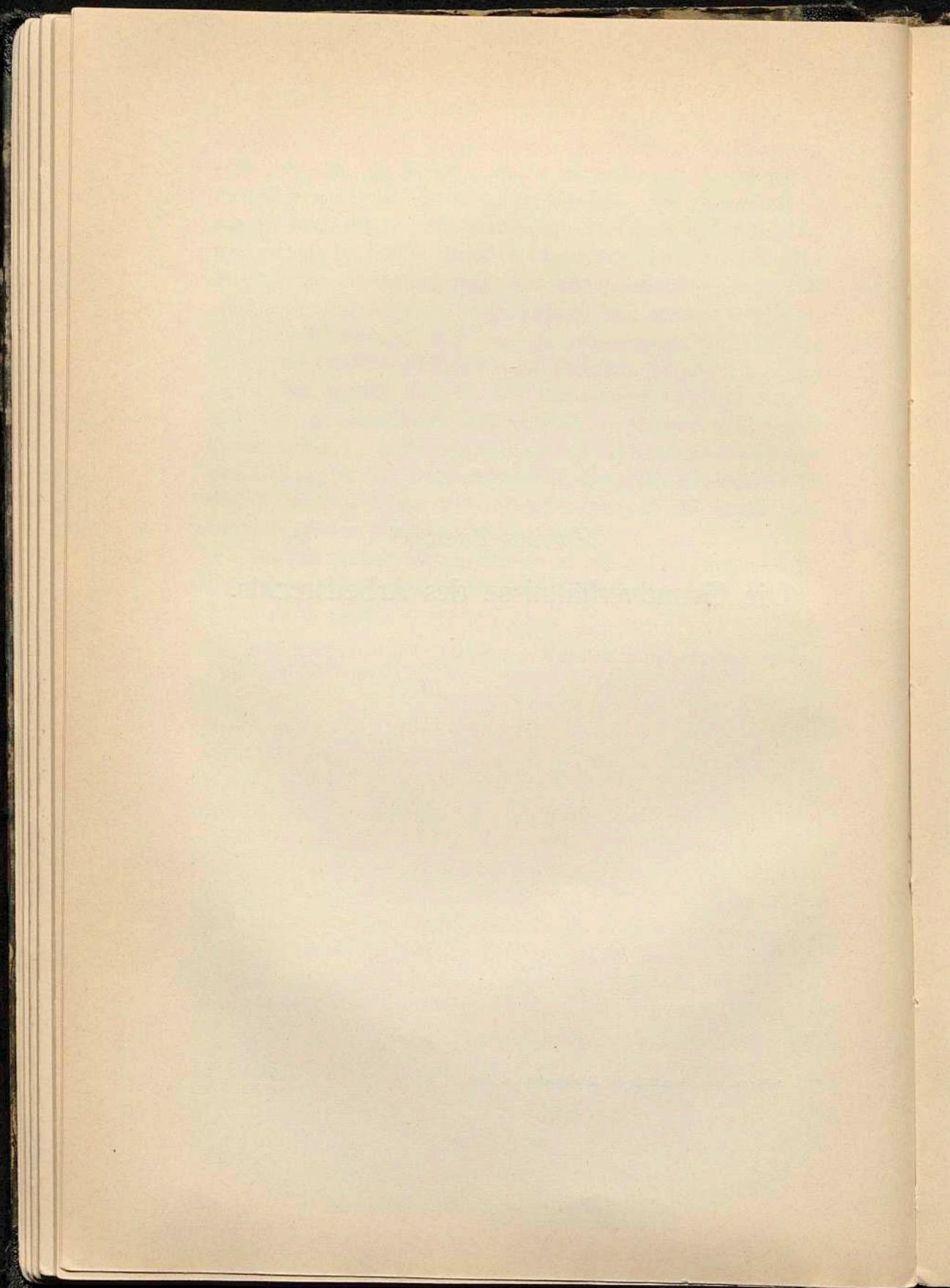
Faßt man dies ins Auge, so zeigt es sich, daß der Arbeitsvertrag eine wichtige Seite der Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist, ihre ganze Realität aber nicht ausdrückt. Es bedarf einer anderen Vorstellung als der des Vertrags, um alle diese Beziehungen, die innerlich zusammengehören, einheitlich zu begreifen. Diese Vorstellung ist nicht der Vertrag,

sondern der Verband. Ein Verband ist an bestimmte Rechtsformen nicht gebunden. Er umfaßt rechtliche und tatsächliche Beziehungen. Er bringt nicht nur das Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern auch der verfassungsmäßigen Mitwirkung zum Ausdruck. Und er kann in höhere Einheiten eingliedert sein, so daß seine Angehörigen einem Stufenbau von Verbandswesen engerer und weiterer Art angehören. Auf der anderen Seite schließt er schuldrechtliche Beziehungen nicht aus, die neben und in ihm bestehen können<sup>1)</sup>. Nur die Vorstellung des Verbands ist daher dazu geeignet, den ganzen Komplex der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zum Ausdruck zu bringen. Wir nennen diesen Verband den Arbeitsverband. Arbeitsverband ist der Inbegriff der Beziehungen, die zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bestehen. Er drückt den Verbandsbegriff des Arbeitnehmers aus (S. 33).

Der Arbeitsstand und der Arbeitsverband sind die Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Sie enthalten die Beziehungen, die das Arbeitsrecht regelt.

1) V. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 127 ff., 174 ff.

Zweites Buch.  
Die Grundverhältnisse des Arbeitsrechts.



Erster Teil.  
Der Arbeitsstand.

1. Kapitel.

**Die autonome Sozialbestimmung.**

Die autonome Sozialbestimmung beruht darauf, daß Arbeitnehmer sich koalieren, d. h. freiwillig zusammenschließen, um durch Zusammenschluß Macht zu gewinnen, die der einzelne Arbeitnehmer nicht hat. Der Staat überläßt es dem Ermessen und Wirken der Beteiligten, ob und wie sie eine kollektive Macht werden wollen. Doch schützt er diese Macht, indem er sich des Eingriffs auf sie enthält, ihr Rechte und rechtliche Fähigkeiten verleiht und Eingriffe anderer auf sie abwehrt. So ist sie nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtlich „anerkannte“ Macht, die als ein Recht, als kollektives Machtrecht, bezeichnet werden kann. Die autonome Sozialbestimmung ist in der Koalitionsordnung enthalten.

I.

Die Koalitionen.

1. Koalitionen sind Vereinigungen von Arbeitnehmern zur Vertretung kollektiver Arbeitnehmerinteressen <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Es werden im Text nur die Koalitionen der Arbeitnehmer behandelt. Das im Text Gesagte gilt entsprechend für die Koalitionen der Arbeitgeber. Der Ausdruck „Koalitionen“ entspricht der geschichtlichen Entwicklung des Begriffs, wie er in den Kämpfen um die „Koalitionsfreiheit“ in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts gebräuchlich wurde.

a) Die Koalitionen sind Vereinigungen von Arbeitnehmern, d. h. dauernde Verbindungen<sup>1)</sup> einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zwecks, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisationen enthaltene Gestaltung geben, einen Gesamtnamen führen und bei denen ein Wechsel in dem Mitgliederbestand stattfindet<sup>2)</sup>.

Die Vereinigungen sind freiwillige Vereinigungen. Sie sind erwachsen auf dem Boden der sozialen Selbstbestimmung. Sie sind nicht durch den Staat ins Leben gerufen, sondern im Gegensatz zu ihm aus dem Volksinnern selbst als „Verbrüderungen“ entstanden. Die Kraft, die sie schuf, war der Trieb zur gegenseitigen Hilfe, die immer wirkt, wenn der einzelne durch gegnerische Mächte bedroht ist und sich zu schwach fühlt, um ihnen allein zu begegnen<sup>3)</sup>. Früher waren es die Markgenossenschaften, später die Gilden und heute sind es die Koalitionen, die „Arbeitergilden“, in denen sich die einzelnen auf dem Boden gemeinsamer Interessen gegenseitigen Beistand leisten. Als Koalitionen können keine Vereinigungen angesehen werden, die nicht selbsttätig entstanden, sondern durch Gesetz ins Leben gerufen sind.

Deswegen ist auch eine bestimmte Rechtsform für sie nicht vorgeschrieben. Sie können rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Vereine sein (§ 54 BGB.). Durch Art. 124 Abs. 2 RV. sind die besonderen Hemmungen, die bisher nach §§ 43 Abs. 3, 61 BGB. der Erlangung und Erhaltung der Rechtsfähigkeit entgegenstanden, beseitigt worden. Trotzdem sind bis heute die Koalitionen der Arbeitnehmer im Gegensatz zu den Koalitionen der Arbeitgeber, die meistens rechtsfähige Vereine sind, nicht rechtsfähige Vereine geblieben. Sie können als solche kein Vermögen erwerben. Sie sind in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur passiv, nicht aktiv

1) Im weiteren Sinne sind Koalitionen auch lockere und vorübergehende Verabredungen. Aber solche Verabredungen sind nicht die typischen Gebilde, auf die es hier ankommt.

2) RGZ., Bd. 60, S. 99.

3) PETER KROPOTKIN, Gegenseitige Hilfe in der Entwicklung, Deutsche Ausgabe von GUSTAV LANDAUER, 1904.

parteifähig (§ 50 Abs. 2 CPO.). Doch ist dieser Mangel nunmehr durch § 10 ArbGerG. für das arbeitsgerichtliche Verfahren beseitigt, indem die Koalitionen dafür als parteifähig angesehen werden. Die Koalitionen bedürfen, soweit sie nicht rechtsfähig sind, dritter Personen als Treuhänder, um ihre Zwecke rechtlich zu sichern<sup>1)</sup>.

Die Koalitionen sind Berufsvereine, welche die Arbeitnehmer nach ihrem Berufe zusammenschließen (Schlosser, Maurer, Holzarbeiter), oder Industrieverbände, welche die Arbeitnehmer nach der gleichen Art der Arbeitsstätte umfassen (z. B. die Arbeitnehmer in der Metallindustrie, die Schlosser, Schreiner, Former usw. sein können), oder allgemeine Verbände, die den besonderen Charakter der Arbeitgeber zur Basis der Vereinigung ohne Rücksicht auf Beruf und Arbeitsstätte machen (z. B. die Gemeinde- und Staatsarbeiter)<sup>2)</sup>.

Sie sind gegliedert in Gaue, Bezirke und Sparten. Ob hierbei die Unterverbände selbständige Verbände oder nur Organe des Hauptverbandes sind, ist eine Frage tatsächlicher Feststellung, die darauf zu richten ist, ob die in Frage kommenden Organisationen eigenes Vermögen und selbständige Rechte haben<sup>3)</sup>.

b) Die Koalitionen sind Vereinigungen von Arbeitnehmern. Deswegen ist eine offene oder geheime Teilnahme von Arbeitgebern oder Arbeitgebervertretern an ihnen ausgeschlossen, wie umgekehrt eine Teilnahme von Arbeitnehmern oder ihren Vertretern an Arbeitgeberkoalitionen ausgeschlossen ist. Eine offene Teilnahme kommt bei den sog. „Harmonieverbänden“ in Betracht, denen als Mitglieder Arbeitgeber und Arbeitnehmer angehören. Eine geheime Teilnahme ist vorhanden, wenn die Arbeitgeberseite an der Gründung oder der Aufstellung der Satzungen

---

1) Über die Frage, ob die Koalitionen der Arbeitnehmer die Rechtsfähigkeit erlangen sollen, vgl. z. B. NOERPEL, Die Gewerkschaften und die Rechtsfähigkeit, in der „Arbeit“, 1925, Heft 10. NOERPEL rückt zu sehr den Gesichtspunkt der Parteifähigkeit in den Vordergrund, beachtet aber nicht die Nachteile der nichtrechtsfähigen Organisation in der Frage des Vermögenserwerbs und der Vermögenshaftung.

2) NESTRIEPKE, Gewerkschaftslehre, 2. Aufl., S. 121, S. 125 ff.

3) KASKEL, S. 238, unter F; RGZ., Bd. 73, S. 92.

beteiligt ist, an den Beschlüssen der Vereinigung irgendwie mitwirkt, oder sie sonst irgendwie geistig oder materiell unterstützt. Nur wenn die Vereinigungen der Arbeitnehmer selbständig und unabhängig sind, sind sie echte Koalitionen<sup>1)</sup>. Auch wenn keine offene oder geheime Teilnahme der Arbeitgeberseite vorliegt, ist diese Selbständigkeit und Unabhängigkeit nicht vorhanden, wenn es sich um sog. Werkvereine handelt, die auf bestimmte Werke beschränkt sind und die Mitgliedschaft von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Betriebe abhängig machen. Die Aktionen einer solchen Vereinigung werden gehemmt durch die Abhängigkeit, in der die Vereinsmitglieder und ihre Organe auf Grund ihrer Arbeitsverträge stehen. Jede Vereinsbetätigung, die dem Arbeitgeber nicht gefällt, kann mit der Entlassung der in Frage kommenden Mitglieder beantwortet werden. Eine solche Vereinigung ist nicht selbständig und unabhängig<sup>2)</sup>. Daß die Gesetzgebung, wenn sie von Vereinigungen von Arbeitnehmern spricht, auch nur solche Vereinigungen im Auge hat, deren Macht außer-

---

1) Dazu ausführlich SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, 1916, S. 55 ff. Ein Beispiel für geheime Teilnahme der Arbeitgeberseite an Arbeitnehmervereinigungen, den sog. Betriebschaften, führt FLATOW an, Gewerkschaftszeitung, Organ des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 36. Jahrg., Nr. 10 u. 11. Vgl. dazu das Gutachten von KASKEL, abgedr. ebenda, 36. Jahrg. Nr. 16. Den Versuch einer Definition der Koalition in der hier fraglichen Richtung enthalten die von der Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands anerkannten Grundsätze über Zusammensetzung, Leitung, Zweck und Mittel der Vereinigungen, die als Arbeitnehmergewerkschaften gelten wollen (abgedr. bei FLATOW, S. 34 f.). Vgl. dazu auch die Begriffsbestimmung der Arbeitnehmervereinigungen nach Art. 161 des Deutsch-polnischen Abkommens über Oberschlesien vom 15. 5. 1922 (RGBl., II, S. 237).

2) Vgl. dazu außer der bereits angegebenen Literatur insbesondere den Schiedsspruch des Schlichtungsausschusses Halle vom 8. 7. 1926 (SchlichtW., 8. Jahrg., S. 171 f.), auch den Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 6. 3. 1925 (RABl., AT., 1925, S. 138 unter Nr. 37; ebenda, 1927, S. 28, bez. des Vorschlagsrechts der wirtschaftlichen Vereinigungen), und dazu die wichtige Äußerung der Reichsarbeitsverwaltung im Sinne des Textes (Soz. Prax., 1927, S. 56). Wenn aus den im Text erwähnten Gründen dem Werkverein der Charakter als Koalition abzusprechen ist, ist damit nicht gesagt, daß Arbeitnehmer eines Betriebs sich nicht vereinigen können.

halb der einzelnen Betriebe gelegen ist, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Bestimmungen des BRG. (§§ 8, 31, 47, 66 Ziff. 3 78 Ziff. 2). Wenn in diesen Bestimmungen die wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitnehmern neben die Betriebsvertretung gestellt werden und ihnen der Vorrang eingeräumt wird, so kann hierbei nicht an Vereinigungen gedacht sein, die nur aus Betriebsangehörigen bestehen. Die Vereinigungen, die hier das Gesetz voraussetzt, sind Vereinigungen, die außerhalb der Betriebe ihren Schwerpunkt haben<sup>1)</sup>.

Ob zu dieser Selbständigkeit und Unabhängigkeit auch Kampfwille und Kampfmöglichkeit gehören? Es ist kein Zweifel, daß die Gewähr für eine wirksame Interessenvertretung durch Koalitionen nur gegeben ist, wenn die in Frage kommenden Vereinigungen statutarisch berechtigt und auch durch entsprechende Einrichtungen in der Lage sind, ihren Forderungen unter Umständen durch das Mittel des Arbeitskampfes Nachdruck verleiten. Es ist auch kein Zweifel, daß sich der Begriff der Koalition geschichtlich aus dem Begriff der Kampforganisation entwickelt hat. Der Wortlaut des § 152 Abs. 1 GewO., in dem wir den geschichtlichen Durchbruchspunkt der Koalitionsfreiheit in Deutschland sehen, belegt diese Auffassung. Die Organisationen, die § 152 Abs. 1 im Auge hat, sind Kampforganisationen. Wenn wir trotzdem das Kampfmoment nicht als Begriffselement der Koalition ansehen, so liegt der Grund dafür im Wortlaut der geltenden Gesetze. Sie sprechen von den Koalitionen als den „wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber“ (z. B. § 1 TarifV.). Der Nachweis,

1) Indem § 150a des Gesetzes über Abänderung des Reichsknappschaftsgesetzes vom 25. 6. 1926 nur solche Verbände als wirtschaftliche Vereinigungen von Arbeitnehmern ansieht, die einem Gesamtverbande angehören, der als Benennungskörper für den vorläufigen Reichswirtschaftsrat anerkannt ist, bringt es die im Text vertretene Auffassung zum Ausdruck. Die Einwendungen, die z. B. BRAUER, Gefährliche Abschließung, Soz. Prax., 1926, S. 1321, dagegen erhebt, verkennen, daß die Frage, welche Vereinigung als eine wirkliche Interessenvertretung angesehen werden kann, nicht nach einem abstrakten Gleichheitsprinzip entschieden werden kann. Dasselbe gilt gegen STIER-SOMLO, Die Verfassungswidrigkeit gewerkschaftlicher Monopolstellungen, Vortrag, 1927.

daß das Gesetz unter solchen „wirtschaftlichen Vereinigungen“ nur Kampfkoalitionen verstanden hat, ist nicht zu führen. Auch spricht die Tarifpraxis, die Tarifverträge anerkennt, die auf Arbeitnehmerseite nicht von Kampfkoalitionen abgeschlossen sind, gegen die Annahme, daß der Begriff der Koalition dem Begriff der Kampfkoalition gleichsteht. Allerdings werden Selbständigkeit und Unabhängigkeit meist (nur) angenommen werden können, wenn die in Frage kommende Vereinigung auch den wirtschaftlichen Kampf als Mittel für die Erreichung ihrer Zwecke vorsieht und einzusetzen in der Lage ist. Das Fehlen des Kampfmoments wird oft ein Indiz dafür sein, daß die notwendige Freiheit der Vereinigung von Arbeitgeberinflüssen nicht vorhanden ist.

c) Die Koalitionen sind Vereinigungen von Arbeitnehmern zur Vertretung kollektiver Arbeitnehmerinteressen. Diese Vertretung ist die Aufgabe der Koalition. Die Koalition nimmt sie wahr, nicht indem sie die einzelnen Arbeitnehmer „vertritt“, sondern indem sie im eigenen Namen handelt. Das kollektive Arbeitnehmerinteresse ist ein Gesamtinteresse, nicht die Summe einzelner Arbeitnehmerinteressen. Damit ein solches Gesamtinteresse gegeben sei, ist nicht erforderlich, daß ein Masseninteresse vorliegt. Auch die Interessen einzelner können ein Gesamtinteresse berühren, wenn ihr Inhalt für die Gesamtlage der Arbeitnehmerschaft von Bedeutung ist.

Die Fähigkeit zu dieser Vertretung ist eine öffentlichrechtliche Fähigkeit. Die Koalition hat sie sich nicht selbst beigelegt. Sie ist ihr verliehen. Die Koalition kann nicht über sie verfügen, indem sie auf sie verzichtet. Sie ist mit dem Dasein der Koalition gegeben als eine Eigenschaft, die ihr innewohnt. Die Vertretungsfähigkeit folgt aus Art. 165 Abs. 1 RV. Hiernach sind die beiderseitigen Organisationen (der Arbeitgeber und Arbeitnehmer) „anerkannt“. Diese Anerkennung ist ein Rechtsausspruch darüber, daß die Koalitionen zur Vertretung kollektiver Arbeitnehmerinteressen nicht nur tatsächlich imstande, sondern auch rechtlich legitimiert sind. Art. 165 RV. geht zurück auf Ziff. 1 der Vereinbarung zwischen

Arbeitgeber und Arbeitnehmerverbänden vom 18. 11. 1918 (Deutscher Reichsanzeiger vom 18. 11. 1918, Nr. 273), wonach die Gewerkschaften „als berufene Vertreter der Arbeiterschaft anerkannt“ werden. Daß dies der Sinn des Art. 165 RV. ist, wird bestätigt durch § 8 BRG. Hier ist ausdrücklich die Rede von der „Befugnis“ der wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitern und Angestellten, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.

Die Anwendungsformen dieser Vertretungsfähigkeit sind nach geltendem Recht hauptsächlich die Tarif- und Schlichtungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Partei eines Tarifvertrags oder einer Gesamtstreitigkeit zu sein<sup>1)</sup>. Doch erschöpft sie sich hierin nicht. Es gibt kollektive Arbeitnehmerinteressen, die nicht durch den Abschluß eines Tarifvertrags oder die Anrufung der Schlichtungsstellen gewahrt werden. Man denke an die Vertretung kollektiver Interessen durch die Koalition im Wege der Zivilklage. Wenn z. B. ein Arbeitgeber koalierte Arbeitnehmer zwingt, aus der Koalition auszutreten, so ist die Koalition kraft ihrer Vertretungsfähigkeit aktiv legitimiert, die dadurch geschädigten Interessen ihrer Mitglieder im eigenen Namen geltend zu machen<sup>2)</sup>. Auch sonst führt die Vertretungsfähigkeit der Koalition zu Eingriffsrechten im Interesse ihrer Mitglieder. So wird man annehmen dürfen, daß einer Baugewerkschaft das Recht zusteht, im Benehmen mit dem Arbeitgeber während der Arbeitspausen die Baustelle zu betreten, um die Durchführung von Bauarbeiterschutzvorschriften zu kontrollieren. Sie nimmt dadurch Rechte wahr, die ihren Mitgliedern aus ihren Arbeitsverhältnissen zustehen und kollektiver Art sind, weil die Einhaltung von Arbeiterschutzvorschriften nicht nur Einzelinteressen berührt.

Die Koalitionen vertreten die Interessen ihrer Mitglieder nicht nur dem Arbeitgeber, sondern auch dem Staate gegenüber. Soweit

1) Über die Tariffähigkeit insbesondere s. im Text S. 254.

2) Dies verkennt die Entscheidung des RG. vom 11. 2. 1926, JW., 1827, S. 256 mit Anm. von SINZHEIMER. Gegen diese Entscheidung auch LUTZ RICHTER und HORBAT in den Materialblättern für Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1926, Nr. 3, S. 4 ff. und S. 13 ff.

sich die Koalitionen in dieser Weise betätigen, sind sie zugleich politische Vereinigungen (§ 3 RVerG.), auch wenn ihr Hauptzweck nicht auf diese Betätigung gerichtet ist<sup>1)</sup>. Sie genießen als solche den Vorzug des § 17 a RVerG., wonach die im § 3 a. a. O. angegebenen Pflichten (Pflicht zur Einreichung der Satzung, sowie eines Verzeichnisses der Mitglieder des Vorstandes) nicht gelten, wenn Koalitionen auf solche Angelegenheiten der Sozialpolitik oder der Wirtschaftspolitik einzuwirken bezwecken, die mit der Erlangung oder Erhaltung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen oder mit der Wahrung oder Förderung wirtschaftlicher oder gewerblicher Zwecke zugunsten ihrer Mitglieder oder mit allgemein beruflichen Fragen im Zusammenhang stehen. Die Unterstellung der Koalitionen unter den Begriff des politischen Vereins hatte in der Vorkriegszeit zu schweren Beeinträchtigungen und Kämpfen geführt. Dies alles ist nunmehr weggefallen und zwar nicht nur durch den bereits erwähnten § 17 a, sondern auch durch die Aufhebung des § 12 (des sog. Sprachenparagraphen)<sup>2)</sup> und des § 17 (Verbot der Teilnahme von jugendlichen Arbeitern unter 18 Jahren)<sup>3)</sup>. Die neuere Gesetzgebung ist noch einen Schritt weitergegangen, indem sie den Koalitionen eine Reihe öffentlichrechtlicher Rechte verliehen hat, die darauf gerichtet sind, eine besondere Mitwirkung der Koalitionen an der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sicherzustellen. So haben die Koalitionen das Recht, einen Teil der Arbeitnehmermitglieder des vorläufigen Reichswirtschaftsrats, der durch die VO. vom 4. 5. 1920 ins Leben gerufen worden ist, zu ernennen<sup>4)</sup>. Der Reichswirtschaftsrat ist ein Organ der Gesetzgebung. Der Verwaltung gegenüber haben die Koalitionen das Recht, die Personen vorzuschlagen, die nach den Gesetzen an verwaltender Tätigkeit des Staates teilnehmen sollen. Sie schlagen z. B. die Arbeitnehmerbeisitzer der Schlichtungsausschüsse und

1) SCHULZ, Reichvereinsgesetz, 1916, zu § 3.

2) Nach der Novelle vom 19. 4. 1917.

3) Nach dem Aufruf der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918.

4) Der Referentenentwurf über den endgültigen Reichswirtschaftsrat will den Koalitionen nur noch ein Vorschlagsrecht einräumen.

der Verwaltungsausschüsse der öffentlichen Arbeitsnachweise vor. In der Rechtsprechung wirken die Koalitionen mit, indem sie die Laienbeisitzer in den Arbeitsgerichten, Landesarbeitsgerichten und im Reichsarbeitsgericht vorschlagen (§ 20 ArbGerG.) und berechtigt sind, bei bestimmten Maßnahmen der Arbeitsgerichtsverwaltung gehört zu werden (§ 15 Abs. 1 ArbGerG.)<sup>1)</sup>.

2. Nach Art. 159 ist die Koalitionsfreiheit für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Die Koalitionsfreiheit steht unter verfassungsrechtlichem Schutz. Nur ein verfassungsänderndes Reichsgesetz kann sie aufheben oder beschränken. Da Art. 159 nicht zu denjenigen Vorschriften gehört, die nach Art. 48 Abs. 2 ganz oder zum Teil außer Kraft gesetzt werden können, ist die Koalitionsfreiheit auch der Diktaturgewalt des Reichspräsidenten entzogen<sup>2)</sup>. Damit sind heute die Koalitionen die gesicherten Grundpfeiler des kollektiven Arbeitswillens. Aber bis sie dies werden konnten, bedurfte es schwerer Kämpfe und Opfer. Staat und soziale Gewalten setzten alles daran, um die Bildung einer Kollektivmacht der Arbeiter zu verhindern. Man kann die geschichtliche Entwicklung der Koalitionen in drei Stadien verfolgen<sup>3)</sup>.

1) Darüber hinaus haben die Koalitionen auch besondere Rechte in der internationalen Arbeitsorganisation. Die Vertreter in der allgemeinen Konferenz, die nicht Regierungsvertreter sind, werden im Einverständnis mit den maßgebenden Berufsverbänden der Unternehmer und Arbeiter bestellt (Art. 389 des Friedensvertrags). Die Koalitionen haben außerdem ein Beschwerderecht hinsichtlich der ratifizierten internationalen Übereinkommen (Art. 409; dazu S. 57 im Text). Über alles Nähere HERMANN KANDELER, Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht, 1927.

2) Die Ansicht KASKELS, daß Art. 159, trotzdem er in Art. 48 Abs. 2 nicht erwähnt ist, durch den Reichspräsidenten außer Kraft gesetzt werden könne, ist unhaltbar. Art. 159 ist nicht ein Sonderfall des § 124 RV. Die Koalitionsfreiheit hat sich in ganz anderer Weise und aus ganz anderen Gründen entwickelt, wie die allgemeine Vereinigungsfreiheit. Diese ist aus politischen, jene aus sozialen Gründen entstanden. Aber auch wenn sie ein Sonderfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit wäre, hätte sie, falls sie durch die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten getroffen werden sollte, ausdrücklich in Art. 48 genannt werden müssen. Gegen KASKEL auch MARCUSE, Koalitionen und Koalitionenkampfmittel, und SATTER, Grenzen der Koalitionsfreiheit, Zentralblatt für die Jur. Prax., Bd. 44, S. 161 ff.

3) Die einzelnen geschichtlichen Tatsachen sind neuerdings zusammengestellt von W. BOGS, Koalitionen und Koalitionenkampfmittel, S. 1 ff.

Das erste Stadium ist das Stadium der absoluten Verbote und Strafen gegen die Koalitionen. Seitdem es eine Scheidung zwischen Meister und Gesellen gab und ein allgemeines gewerbliches Leben erwacht war, haben sich immer wieder Gesellenbünde gebildet, welche die Vorläufer unserer Koalitionen sind. Diese Bünde wuchsen sich aus zu den Koalitionen der Arbeiter, als das Fabriksystem einsetzte und die alten Ordnungen zerstörte, die Arbeiter massenhaft in den Betrieben zusammenfaßte und den Arbeiterstand als dauernden Lebensberuf schuf. In diesem ersten Stadium der Entwicklung wandten sich die politischen und sozialen Interessen der Herrschenden unerbittlich gegen die Koalitionen, die sie zu unterdrücken und zu vernichten suchten. Verschärft wurde diese Tendenz durch die Theorie des wirtschaftlichen Liberalismus, der in jeder Bindung des einzelnen eine Unterdrückung seiner Freiheit sah. So erkannte selbst die französische Revolution die Freiheit der Koalition nicht an, sondern nahm in Gegenteil den Kampf gegen sie von neuem auf. Durch die Gesetze vom 14. und 16. 6. 1791 wurden in Frankreich die Koalitionsverbote geschaffen, die die Vorbilder der späteren Koalitionsverbote in den einzelnen Ländern wurden, besonders in Preußen. Dort wurde durch die Allg. preußische GewO. vom Jahre 1845 ein allgemeines Koalitionsverbot von neuem erlassen. Nach § 182 werden bestraft „diejenigen Gehilfen, Gesellen und Fabrikarbeiter, welche andere zu einem gewissen Tun zu verleiten suchen, oder die Obrigkeit zu gewissen Handlungen oder Zugeständnissen dadurch zu bestimmen suchen, daß sie die Einstellung der Arbeit oder die Verhinderung derselben . . . . verabreden, oder zu einer solchen Verabredung auffordern“. Nach § 182 Abs. 2 gilt dieses Verbot auch für Arbeiter, welche bei Bauten von Landstraßen, Eisenbahnen, Festungsbauten und öffentlichen Anlagen beschäftigt sind. In § 183 ist weiterhin verboten die Bildung von Verbänden unter Fabrikarbeitern, Gesellen, Gehilfen und Lehrlingen ohne polizeiliche Erlaubnis. Diese Verbote wurden in Preußen durch das Gesetz vom 24. 4. 1854, betreffend die Verletzung der Pflichten des Gesindes und der ländlichen Arbeiter, für das Ge-

sinde, die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter und die Strom- und Schiffsknechte ergänzt. Das Preußische Bergarbeitergesetz vom 21. 5. 1860 fügte in den §§ 16 und 17 entsprechende Koalitionsverbote für die Bergleute hinzu. Sie wurden in § 244 des AllgBergG. für die Preuß. Staaten vom 24. 6. 1865 aufrechterhalten.

Das zweite Stadium bringt teilweise eine Lockerung der Koalitionsverbote, wenn auch mit Rückschlägen in die alte Zeit. Die Macht der Arbeiterbewegung schwoll trotz aller Verbote und Strafen an. Die Vorstellung vom Segen des „freien Arbeitsvertrags“ war erschüttert. Der Gedanke, daß der einzelne Arbeitnehmer dem einzelnen Arbeitgeber gegenüber machtlos sei, verbreitete sich. Die Einsicht, daß in den Großbetrieben die Lohn- und Arbeitsbedingungen ihrer Natur nach einheitlich seien, deswegen nicht individuell, sondern nur kollektiv festgesetzt werden könnten, griff um sich. Die trade-unions in England fingen an, auch in Deutschland als Vorbilder zu wirken. Der kollektive Rechtsgedanke erhob sich, der zu einer neuen Betrachtung der Koalition zwang. Die Gesetzgebung stand vor der Frage, ob sie Gesetze, die doch nicht wirken konnten, weiter aufrecht erhalten solle. Die Antwort wurde in Deutschland durch die §§ 152, 153 der neuen GewO. für den Norddeutschen Bund vom 29. 5. 1869 gegeben. Diese Bestimmungen bilden den geschichtlichen Durchbruchpunkt für die Koalitionsfreiheit in Deutschland. Sie hoben die Koalitionsverbote auf, aber nur für den gewerblichen Bereich, einschließlich der Bergwerke (§ 154 bzw. § 154a Abs. 1 GewO.). Die übrigen Koalitionsverbote blieben bestehen. Soweit die Koalitionen gewerbliche waren, wurde der Ausnahmeschutz der einzelnen vor den Koalitionen aufrecht erhalten (§ 153). Auch wurde ihnen der staatliche Rechtsschutz verwehrt (§ 152 Abs. 2). Auf diese Weise war ein Rechtszustand entstanden, in dem zwar gewerbliche Koalitionen geduldet, in ihrem Vorgehen aber weitgehend gehemmt und im übrigen vom Staat ignoriert wurden. LOTMAR charakterisierte diesen Zustand treffend mit den Worten: „Die Koalition ist frei, nämlich vogelfrei, und ein Koalitionsrecht ist erst noch zu

schaffen“<sup>1)</sup>. Noch einmal erfolgt im Jahre 1878 durch das Sozialistengesetz ein Rückschlag. Alle Vereine, die sozialdemokratischen auf Untergrabung der bestehenden Staats- oder Gesellschaftsordnung gerichteten Bestrebungen dienten, wurden verboten, die bestehenden unter Beschlagnahme ihrer Kassen aufgelöst. Nach einer Entscheidung des Preußischen Obertribunals waren auch die freien Gewerkschaften solche Vereine<sup>2)</sup>.

Das dritte Stadium erhebt die Koalitionen zu anerkannten Trägern des Kollektivwillens der Arbeit. Es wird durch den Krieg eingeleitet. Der Krieg entschleiert den produktiven Gehalt der Koalitionsfreiheit. Es zeigt sich, daß die Koalitionen keineswegs nur Streik- und Kampfvereine sind. Der wirtschaftliche Kampf ist nur eine ihrer Lebensäußerungen unter vielen anderen. Im ganzen sind sie lebendige Verwaltungskörper des sozialen Lebens überhaupt, die sich als freiwillige Stützen und Ausführungsorgane der gesellschaftlichen Fürsorge jeder Art darbieten. Alle mußten dies deutlich in den Zeiten des Krieges erkennen, als sie im Dienste der Kriegswirtschaft und der Kriegsfürsorge freiwillig wertvolle soziale Aufgaben übernahmen und ausführten<sup>3)</sup>. Als erstes Ergebnis dieser Entwicklung fallen durch das Gesetz vom 26. 2. 1916 die lästigen Bestimmungen des Reichsvereinsgesetzes für die Koalitionen (S. 74). Es folgt das Hilfsdienstgesetz vom 5. 12. 1916, das die Koalitionen zur öffentlichrechtlichen Mitwirkung bei der Besetzung der dort vorgesehenen Ausschüsse, vor allem der Schlichtungsausschüsse heranzieht. Es fällt schließlich durch das Gesetz vom 22. 5. 1918 der viel bekämpfte § 153 GewO.<sup>4)</sup> Die Revolution besiegelte diese Entwicklung. Der Aufruf des Rates der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 befreite das Vereins- und

---

1) Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Arch. f. soz. Ges. u. Stat., XV, S. 63. Dazu LEGIEN, Das Koalitionsrecht der deutschen Arbeiter in Theorie und Praxis, 1899.

2) BOGS, a. a. O., S. 17.

3) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 65.

4) SINZHEIMER, Aufgaben einer zukünftigen Koalitionsgesetzgebung nach Aufhebung des § 153 GewO., Annalen f. Soz. Politik u. Gesetzg., 6. Bd., S. 1 ff.

Versammlungsrecht von jeder Beschränkung, auch bezüglich der Beamten und Staatsarbeiter. Die Gesindeordnungen werden aufgehoben, ebenso die Ausnahmegesetze gegen die Landarbeiter. Der Tag des positiven Koalitionsrechts war angebrochen.

3. Wenn man auf die ersten Ursprünge des Koalitionswesens zurückblickt und ihre heutige Rechtsstellung betrachtet, so entsteht die Frage, ob die Koalitionen überhaupt noch private Verbände sind oder aber als öffentlichrechtliche Verbände angesehen werden müssen<sup>1)</sup>. Die Frage hat nicht nur Bedeutung für die allgemeine Anschauung der Koalition. Sie hat auch praktische Bedeutung. Wenn die Koalitionen öffentlichrechtliche Verbände sind, so unterstehen ihre Streitigkeiten aus dem allgemeinen Mitgliedschaftsverhältnis nach § 13 GVG. nicht den ordentlichen Gerichten. Auch ist dann der Gedanke einer Staatskontrolle und Staatsaufsicht nicht mehr abzuweisen.

Kein Zweifel, daß die Koalitionen Fähigkeiten öffentlichrechtlicher Art haben. Die Vertretungsfähigkeit, von der die Rede war (S. 72), ist eine öffentlichrechtliche Fähigkeit. Kein Zweifel auch, daß die Koalitionen öffentlichrechtliche Rechte haben. Die erwähnten Rechte der Koalition auf Mitwirkung an staatlicher Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sind solche Rechte (S. 74). Weiter ist nicht zu verkennen, daß die Koalitionen zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben dem Staate gegenüber verpflichtet sind. Die Koalitionen dürfen nicht nur Tarifverträge abschließen. Sie müssen sie unter Umständen auch abschließen. Diese Pflicht besteht dem Staate gegenüber. Wird sie nicht freiwillig erfüllt, so kann den Koalitionen im Wege des verbindlich erklärten Schiedsspruchs ein Zwangstarifvertrag auferlegt werden.

Aus alledem geht hervor, daß heute die Koalitionen durch öffentliches Recht in den Dienst öffentlicher Interessen gestellt

1) Daß die Koalitionen öffentlichrechtliche Verbände seien, nimmt KASKEL, S. 222, an. Ihm folgt mit ausführlicher Begründung KANDELER, a. a. O. Gegen KASKEL schon MILLER, Koalitionen und Koalitionskampfmittel, S. 214 ff.

sind. Aber damit sind sie noch nicht öffentlichrechtliche Verbände. Das Wesen privatrechtlicher Verbände besteht nicht darin, daß sie öffentlicher Rechte und Pflichten unfähig sind<sup>1)</sup>. Wenn privatrechtliche Verbände öffentlichrechtliche Fähigkeiten und Rechte haben, so sind sie deswegen noch nicht öffentlichrechtliche Verbände. Entscheidend ist, ob die in Frage kommenden Verbände in das staatliche Gemeinwesen so eingegliedert sind, daß ihr Vereinsleben nicht frei, sondern gebunden ist „durch eine das Maß der einfachen Korporationshoheit überschreitende staatliche Regelung und Aufsicht“<sup>2)</sup>. Dieses entscheidende Kriterium ist hier nicht gegeben. Die Koalitionen sind dem Geist der sozialen Selbstbestimmung entsprungen. Ihr Lebenselement ist die freie Beweglichkeit, die jederzeit dem gesellschaftlichen Wandel folgen kann. Die Koalition will frei sein in den Aufgaben, die sie sich stellt, und den Mitteln, die sie anwendet. Ihre Verantwortlichkeit ist Selbstverantwortlichkeit, keine ihr von außen auferlegte Verantwortlichkeit. Ihr innerer Gehalt ist gemeinsame Gesinnung, ihr innerster Wille Machtwille. Einem solchen Wesen widerspricht der Begriff des öffentlichrechtlichen Verbands, widerspricht vor allem Staatsaufsicht und Staatskontrolle. Die Koalition ist deswegen kein öffentlichrechtlicher Verband und sie soll es auch nicht sein. Die Frage, ob sie dazu ausgebaut werden solle, stand auf der Tagesordnung, als die Grundlagen des neuen Arbeitstarifgesetzentwurfs<sup>3)</sup> beraten wurden. Der Gedanke wurde verworfen, und zwar im wesentlichen aus den Gründen, die hier angeführt sind<sup>4)</sup>.

Sind hiernach die Koalitionen privatrechtliche Verbände, so sind sie doch keine Verbände des reinen Privatrechts. Das

1) v. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, S. 162, 163.

2) v. GIERKE, a. a. O., S. 167; FLEINER, S. 100, 105.

3) RABl., AT., 1921, S. 491 ff.

4) Begründung zu dem Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, S. 493. Was aus der Koalition wird, wenn sie von der Auffassung des öffentlichrechtlichen Verbands beherrscht ist, zeigt das Italienische Gesetz vom 3. 4. 1926 über die rechtliche Regelung der kollektiven Beziehungen der Arbeit (RABl., AT., 1926, S. 178).

reine Privatrecht hat Einzelinteressen zum Gegenstand und drückt Einzelwillen aus. Es beruht auf einer Gesellschaftsauffassung, die in der Gesellschaft eine Summe von Einzelnen sieht. Die Koalitionen sind Träger einer neuen Sozialordnung, die sich über den einzelnen erhebt. Sie beruhen auf einer Gesellschaftsauffassung, die in der Gesellschaft eine Summe von Kollektivwesen sieht. Das reine Privatrecht atomisiert das Ganze. Die Koalitionen fügen in das Ganze Bindungen ein, die Vorstufen eines neuen, werdenden Gemeinwillens in der Wirtschaft sind, der noch sein eigenes Recht zwischen den beiden Ordnungen des öffentlichen und privaten Rechts sucht.

## II.

### Die Koalitionsfreiheit.

#### A. Die Freiheit zur Koalition.

Die Freiheit zur Koalition besteht darin, daß jeder Arbeitnehmer ohne Rücksicht darauf, welchem Beruf er angehört, mit anderen Arbeitnehmern Koalitionen gründen oder ihnen beitreten kann<sup>1)</sup>. Das Wesen dieser Freiheit klärt sich, wenn wir wissen, was sie nicht ist.

1. Sie ist nicht die Freiheit vor der Koalition. Der Begriff der Koalitionsfreiheit ist geschichtlich in den Kämpfen um die Erlangung der Koalitionsfreiheit erwachsen, in denen nicht um das Recht gestritten wurde, sich nicht koalieren zu müssen, sondern um das Recht, sich koalieren zu dürfen. Dem entspricht die Art der Gewährung der Koalitionsfreiheit. Sie erfolgte, indem die Verbote und Strafbestimmungen gegen die Koalitionen aufgehoben wurden. Es ergibt sich dies auch aus dem Zweck des Art. 159. Dieser Zweck ist die Begünstigung der Koalition. Diejenigen, die den Art. 159 schufen, wollten Organisationsrecht, nicht Individualrecht schaffen. Doch ist damit der einzelne nicht rechtlos den

1) Dasselbe gilt für die Arbeitgeberseite.

Koalitionen preisgegeben. Es ist nur festgestellt, daß der Schutz der einzelnen vor der Koalition in der Verfassung nicht verankert ist. Im übrigen bleibt der Schutz der einzelnen, wie er sich aus allgemeinen Bestimmungen des Rechts ergibt, unberührt<sup>1)</sup>. Art. 159 heiligt nicht den Organisationszwang. Er betrifft ihn nur nicht.

Von hier aus ist die Frage zu entscheiden, ob die sog. Absperrungsklausel (Organisationsklausel) in Tarifverträgen, wonach Arbeitgeber nur organisierte Arbeitnehmer einstellen dürfen, rechtsgiltig ist oder nicht<sup>2)</sup>. Nach dem Gesagten enthält sie keinen Verstoß gegen Art. 159 R. V.<sup>3)</sup>. Sie kann aber einen Verstoß gegen andere Bestimmungen enthalten. In Betracht kommen die §§ 138 Abs. 1, 826 BGB. Die Frage, ob die Klausel einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, kann nicht schon deswegen bejaht werden, weil sie den einzelnen in seiner Freiheit behindert. Freiheit an sich ist eine Form, die über die konkrete Freiheit nichts besagt. Mit der Freiheit als Form kann wirtschaftliche Unfreiheit verbunden sein. Das Maß der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen Arbeitnehmers wird im Durchschnitt nicht durch ihn, sondern durch die kollektive Macht der Organisation bestimmt. Sein individuelles Selbstbestimmungsrecht ruht im sozialen Selbstbestimmungsrecht. Wenn daher auch die Organisation den einzelnen in seiner freien Selbstbestimmung bindet, so entbindet sie ihn auch von Schranken, die sonst ihrem Gebrauch entgegenstehen<sup>4)</sup>. Daraus folgt, daß bei der Entscheidung über die Sittenmäßigkeit der Klausel stets auch der Wert der Organisation ins Auge gefaßt werden muß. Es kommt dazu: Ist es sittlich, daß in vielen Fällen

1) Dies verkennt ERDEL, Zur Weitergeltung des § 152 GewO., SchlichtW., 1925, S. 142 ff. unter 2.

2) Über die Klausel im allgemeinen SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 123 ff.

3) Ebenso SINZHEIMER, JW., 50. Jahrg., S. 30; BIENSFELDT, NZfAR., 2. Jahrg., Nr. 8, 9; FLATOW, Neue Zeit, 1921, Nr. 25; KURLBAUM, Koalitionen und Koalitionskampfmittel, S. 78 ff., S. 85; Entsch. des OLG. Königsberg vom 1. 12. 1924 (Soz. Prax. XXXIV, S. 1059); A. M. KASKEL, S. 233 und die dort angegebene Literatur.

4) SINZHEIMER, Arbeitstarifgesetz, S. 24 ff.

nicht organisierte Einzelne die Vorteile der Organisation für sich in Anspruch nehmen, ihr aber fernbleiben und damit Vorteile genießen, ohne Opfer zu bringen? Das schließt nicht aus, daß die Klausel in einigen Fällen unsittlich sein kann. Wenn die Absperrungsklausel dem einzelnen den Arbeitsverkehr unterbindet und ihm mit Rücksicht auf die besonderen organisatorischen Verhältnisse nicht zugemutet werden kann, in eine Organisation einzutreten, oder wenn es ihm unmöglich ist, einer Organisation beizutreten, weil sie sich von ihm ohne sachlichen Grund abschließt, so steht die Anwendung der §§ 138, 826 in Frage<sup>1)</sup>.

2. Die Freiheit zur Koalition ist auch nicht die Freiheit in der Koalition. Der Rechtszustand bis zur Revolution war in der Frage, ob die Koalition die einzelnen Koalitionsgenossen binden könne, folgender. Es gab verbotene, geduldete und zugelassene Koalitionen<sup>2)</sup>. Die verbotenen Koalitionen waren die Koalitionen, welche auch noch nach dem Erlaß des § 152 GewO. verboten waren. Sie konnten als verbotene Vereine Rechtsbeziehungen unter den Koalitionsgenossen nicht begründen. Die geduldeten Koalitionen waren die Koalitionen, welche zwar nicht ausdrücklich zugelassen, aber auch nicht verboten waren. Dahin gehörten alle Koalitionen, die nicht zu den verbotenen und nicht zu den zugelassenen Koalitionen gehörten, so die Koalitionen der Ärzte, der Seeleute usw. Ihre Innenverhältnisse unterstanden den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die zugelassenen Koalitionen waren die gewerblichen Koalitionen des § 152. Für sie galt die Ausnahme-

1) Die Gültigkeit der Organisationsklausel ist bestritten. Dagegen: RGZ., Bd. 104, S. 327 ff. (vgl. aber auch die Entsch. des RG. v. 3. 5. 1924, RABl., 1925, S. 286). Dafür: Entsch. des KG. vom 4. 2. 1925, SchlichtW., 1925, S. 132. Im übrigen vgl. KURLBAUM, S. 78 ff.; KASKEL, S. 233 Anm. 1; WEHRLE, Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht, 1925, S. 25 ff. Neuerdings hat POTTHOFF die im Text ausgesprochenen Grundgedanken besonders energisch vertreten (SchlichtW., 1925, S. 107). Interessant ist der Vergleich zwischen der rechtlichen Behandlung der Absperrungsklausel in den Kartellverträgen und Tarifverträgen (TSCHERSCHKY, Kartellzwang und Tarifzwang, ArbR., XII, S. 665 ff.).

2) Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, IV: Der Koalitionskampf nach geltendem Zivilrecht, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 60, S. 9.

bestimmung des § 152 Abs. 2, wonach im Innenverhältnis der Koalition rechtlich wirksame Beziehungen nicht begründet werden konnten.

Die Frage ist, ob für die gewerblichen Koalitionen die Ausnahmebestimmung des § 152 Abs. 2 noch besteht. Würde sie noch bestehen, so wäre ein unerklärlicher Rechtszustand vorhanden. Es würden die früher verbotenen und geduldeten Koalitionen den vollen, die zugelassenen keinen Rechtsschutz haben. Es ist nicht anzunehmen, daß Art. 159 RV., der für alle Koalitionen besteht, einen solchen Rechtszustand aufrecht erhalten wollte. Dem entspricht der Inhalt des Art. 159. Wenn ein Gesetz ausdrücklich die Vereinigungsfreiheit „gewährleistet“, so wird damit ausgesprochen, daß den in Frage kommenden Vereinigungen auch voller Rechtsschutz zuteil werden soll. Hiernach ist § 152 Abs. 2 GewO. durch Art. 159 RV. aufgehoben<sup>1)</sup>. Dies gilt für alle Koalitionen, auch die Kampfkoalitionen. Man kann nicht sagen, daß § 152 Abs. 2 mindestens insoweit bestehen geblieben sei, als Kampfvereine in Frage kommen<sup>2)</sup>. Art. 159 läßt eine solche Verschiedenheit in der Behandlung der Koalitionen nicht zu.

### B. Die Freiheit der Koalition.

War die Freiheit zur Koalition eine Individualfreiheit, so ist die Freiheit der Koalition eine Kollektivfreiheit. Sie bedeutet

1. die Freiheit der Koalitionsexistenz, d. h. die Freiheit, eine Koalition zu sein und als Koalition zu wirken;
2. die Freiheit der Koalitionssatzung, d. h. die Freiheit der Koalition, Koalitionszweck und Koalitionsmittel zu bestimmen;
3. die Freiheit der Koalitionsgewalt, d. h. die Freiheit der Koalition, innerhalb der Satzung über die ihr unterworfenen Mitglieder zu verfügen.

1) In diesem Sinne hat nunmehr das RG. durch Entsch. vom 2. 7. 1925 die Streitfrage entschieden, SchlichtW., 1925, S. 174.

2) So LANDMANN, II, zu § 152, S. 771. Meine frühere in der 1. Aufl. der „Grundzüge“ ausgesprochene Ansicht von der Fortgeltung des § 152 Abs. 2 halte ich nicht mehr aufrecht.

Verbindet sich mit dieser Freiheit auch die Kampffreiheit der Koalition?

Die Frage ist zu bejahen, wenn man unter der Kampffreiheit der Koalition die Freiheit der Koalition versteht, eine Kampfkoalition zu sein. Indem Art. 159 RV. die Koalitionsfreiheit für alle Arbeitnehmer gewährleistet, sind alle Koalitionen, einerlei, ob sie Kampfmittel vorsehen oder nicht, verfassungsrechtlich geschützt. Art. 159 steht daher jedem Eingriff gegen Koalitionen, weil sie Kampfkoalitionen sind, entgegen. Ein „Sozialistengesetz“, welches die freien Gewerkschaften verbieten würde, wäre heute nur als ein verfassungsänderndes Gesetz möglich. Diese Auffassung folgt aus der geschichtlichen Entwicklung des Art. 159. Von jeher war der Kampfcharakter mit dem Wesen der Koalition verbunden. Dem entsprachen die Koalitionsverbote, die sich gegen die Koalitionen als Kampfvereine richteten. Die Koalitionsfreiheit hat sich entwickelt im Kampfe gegen diese Verbote. Mit aller Deutlichkeit tritt dies zuletzt noch zutage in der Vereinbarung zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden vom 15. 11. 1918. In ihr vereinbaren die großen Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften der Arbeitnehmer, daß die Gewerkschaften als berufene Vertreter der Arbeiterschaft anerkannt werden, eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Arbeiter und Arbeiterinnen unzulässig sei, die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände die Werkvereine (die sog. wirtschaftsfriedlichen Vereine) fortan vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen werden. Es ist kein Zweifel daran möglich, daß in diesem Abkommen der Begriff der Arbeitnehmervereinigung mit dem Begriff der Gewerkschaft, d. h. des Kampfvereins, gleichgesetzt ist. Dies wird ausdrücklich bestätigt in den von der „Zentral-Arbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands“ anerkannten Grundsätzen, indem dort in der Begriffsbestimmung der Vereinigungen, „die als Arbeitnehmer-Gewerkschaften gelten sollen“, ausdrücklich als Mittel zum Zweck aufgenommen ist „die Arbeitsniederlegung (der Streik), wenn die

Verhandlungen zu keinem annehmbaren Ergebnis führen“. Art. 159 geht auf diese Vorgänge zurück. Es ist ausgeschlossen, daß er von ihrem Sinne abweichen wollte oder abgewichen ist<sup>1)</sup>.

Die Frage ist aber zu verneinen, wenn man unter der Kampffreiheit der Koalition die Freiheit der Koalition versteht, nicht nur eine Kampfkoalition zu sein, sondern sich auch als Kampfkoalition zu betätigen. Die Freiheit der Koalition schließt verfassungsrechtlich die Freiheit der Kampfbetätigung nicht ein. Darin liegt kein Widerspruch. Auch die Vereinsfreiheit schließt nicht ohne weiteres die Freiheit der Vereinsbetätigung in sich. Wenn Personen einen Karnevalsverein gründen dürfen, der zum Zweck hat, Karnevalsfeste zu feiern, so ist mit dieser Freiheit nicht ohne weiteres die Freiheit gegeben, Karnevalsfeste zu feiern. Die Feste können trotz der Vereinsfreiheit, etwa wegen Landesnot usw., verboten werden. Diese Auffassung ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 159. Er spricht nur von Vereinigungsfreiheit und enthält keinen Hinweis auf die Freiheit der Kampfbetätigung. Vergleicht man seinen Wortlaut mit der Fassung des § 152 GewO., so zeigt sich, daß es eines besonderen Hinweises auf die Kampfbetätigung bedurft hätte, um sie als gegeben annehmen zu dürfen. Sie wird gestützt durch die Entstehungsgeschichte des Art. 159<sup>2)</sup>. Die Erklärungen im Verfassungsausschuß der Nationalversammlung stellen fest, daß durch Art. 159 nicht zugleich die „Streikfreiheit“ geschützt werden sollte. Schließlich rechtfertigt sie sich aus inneren Gründen. Wie man auch zu den wirtschaftlichen Kämpfen stehen mag, so ist doch sicher, daß sie einen Übergang bilden, einen Übergang zu höheren gesellschaftlichen Zuständen, in denen der soziale Verfassungsgeist immer weiteren Raum gewinnt. Einen solchen Übergang wird man nicht verfassungsrechtlich verewigen, so daß in der Verfassung selbst ein Widerstand gegen jede weitere Entwicklung errichtet ist. Man denke an ein Tarifgesetz. Jeder Tarifvertrag

1) So vor allen trefflich GROH, Koalitionsrecht, S. 29.

2) S. die Kommentare zur Reichsverfassung und die dort zitierten Verhandlungen des Verfassungsausschusses und des Plenums der Nationalversammlung.

enthält eine Beschränkung der Kampffreiheit. Denn er enthält die Friedenspflicht. Würde man Art. 159 im Sinne eines verfassungsmäßigen Schutzes auch der Freiheit der Kampfbetätigung auslegen, so könnte ein solches Gesetz nur als verfassungsänderndes Gesetz zustandekommen. Dasselbe gilt für die Regelung des Schlichtungswesens. Mit Recht legt deswegen auch die gesetzgeberische Praxis Art. 159 in dem hier dargelegten Sinne aus.

Aus dem Mangel des verfassungsrechtlichen Schutzes folgt keineswegs, daß die Freiheit der Kampfbetätigung nicht besteht. Kampffreiheit besteht. Sie besteht nur nicht auf Grund des Art. 159 RV. Sie ergibt sich aus der natürlichen Handlungsfreiheit der Koalition, wie sich die freie Selbstbehauptung der einzelnen aus ihrer natürlichen Handlungsfreiheit ergibt. Der Arbeitskampf müßte verboten sein, wenn er nicht erlaubt sein sollte. Ein solches Verbot besteht nur für Arbeitskämpfe in Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität versorgen. Seine Grundlage ist die auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RV. ergangene VO. des Reichspräsidenten vom 10. 11. 1920, die rechtsgültig ist, weil sie nicht in die Koalitionsfreiheit, sondern nur in die Freiheit der Kampfbetätigung eingreift<sup>1)</sup>. Aber auch dieses Verbot ist kein absolutes. Es richtet sich nicht gegen den Arbeitskampf in den

1) Gegen diese herrschende Meinung wendet sich POTTHOFF, ArbR. XII, S. 987 ff., mit unzureichenden Gründen. POTTHOFF hat seinen Standpunkt neuerdings mit großem Nachdruck in der Zeitschrift „Die Arbeit“, 1927, S. 171 ff. („Kann das Streiken rechtswirksam verboten werden?“) verteidigt. Seine Polemik gegen mich beruht auf einem Mißverständnis. Indem ich die Kampfbetätigung der Koalition nicht als verfassungsrechtlich geschützt ansehe, vertrete ich keineswegs den Standpunkt, daß die Koalitionsbetätigung verfassungsrechtlich überhaupt nicht geschützt sei. Ein Gesetz, das jede Betätigung der Koalition zur Förderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen verbieten würde, widerspräche dem Art. 159 und könnte nur im Wege der Verfassungsänderung zustandekommen. Es ist also durchaus irrig, wenn POTTHOFF annimmt, Art. 159 enthalte nur eine Scheinfreiheit, wenn die Kampfbetätigung verfassungsrechtlich nicht geschützt sei (s. dazu auch im Text S. 85). Überdies ist es eine Übertreibung, von einer Scheinfreiheit zu sprechen, wenn die fragliche Freiheit des Verfassungsschutzes entbehrt. Der größte Teil des Arbeitsrechts — darunter grundlegende Bestimmungen — ist nicht verfassungsrechtlich geschützt. Ist es deswegen ein Scheinrecht?

fraglichen Betrieben überhaupt. Es wendet sich nur gegen den Arbeitskampf, der vorzeitig erfolgt, d. h. bevor der zuständige Schlichtungsausschuß einen Schiedsspruch gefällt hat und seit der Verkündung des Schiedsspruches mindestens 3 Tage vergangen sind. Das Verbot richtet sich auch nicht gegen alle, die an dem unzulässigen Arbeitskampf beteiligt sind. Es richtet sich unter Strafandrohung nur gegen diejenigen, die zu einer unzulässigen Aussperrung oder Arbeitsniederlegung auffordern, oder zur Durchführung eines solchen Streiks an Maschinen, Anlagen oder Einrichtungen Handlungen vornehmen, durch die die ordnungsmäßige Fortführung des Werkes unmöglich gemacht oder erschwert wird, oder eine unzulässige Aussperrung vornehmen.

Aus dem Mangel des verfassungsrechtlichen Schutzes folgt also nur, daß eine verfassungsrechtliche Sicherung, wie sie für die Koalitionsfreiheit besteht, für die Freiheit der Kampfbetätigung nicht vorhanden ist. Die Freiheit der Kampfbetätigung kann, wie jede andere Freiheit, die nicht verfassungsrechtlich geschützt ist, durch einfaches Gesetz beschränkt werden. Es fragt sich, ob diese gesetzliche Einschränkung nur durch Reichsgesetz oder auch durch Landesgesetz erfolgen kann. Die Antwort hängt davon ab, ob die Freiheit der Kampfbetätigung durch Reichsgesetz ausdrücklich zugelassen ist oder nicht. Ist das erste der Fall, so ist für Landesrecht, welches die in Frage kommende Freiheit beschränkt, kein Raum (Art. 13 RV.)<sup>1)</sup> Ist das letztere der Fall, so kann durch Landesgesetz, da Art. 7 RV. nur eine „konkurrierende“ Zuständigkeit des Reichs auf dem in Betracht kommenden Gebiet kennt, der Arbeitskampf beschränkt werden. Ausdrücklich zugelassen ist der Arbeitskampf für gewerbliche Arbeitnehmer einschließlich der Bergarbeiter nach §§ 152 Abs. 1, 154c GewO. § 152 Abs. 1 ist durch Art. 159 RV. nicht aufgehoben<sup>2)</sup>. Denn er geht weiter als Art. 159, indem er nicht nur die Koalition, sondern auch den Arbeitskampf freigibt („insb.

1) ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 3. und 4. Aufl., 1926, zu Art. 13 unter 1 c.

2) GROH, a. a. O., S. 30; auch KASKEL, S. 316, scheint dieser Ansicht zu sein.

mittelst Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter“). Diese Zulassung des Arbeitskampfes nach § 152 Abs. 1 GewO. ist in der früheren Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt worden, indem Landesgesetze, die im Gegensatz zu ihm diese Freiheit einschränkten, für ungültig erklärt wurden<sup>1)</sup>. Ausdrücklich zugelassen ist die Freiheit der Kampfbetätigung ferner für das Gesinde und die Landarbeiter. Dies folgt für das Gesinde und die Landarbeiter aus Ziff. 8 des Aufrufs des Rats der Volksbeauftragten an das Deutsche Volk vom 12. 11. 1918. Indem dieser Aufruf die Gesindeordnungen außer Kraft setzt, ebenso die Ausnahmegesetze gegen die Landarbeiter, hat er alle Koalitions- und Kampfverbote außer Kraft gesetzt, die dort früher bestanden haben. Für die „in der Landwirtschaft beschäftigten Personen“ ergibt sich die ausdrückliche Zulassung der Freiheit der Kampfbetätigung außerdem noch aus Art. 1 des Genfer Übereinkommens über das Vereins- und Koalitionsrecht der landwirtschaftlichen Arbeiter, das durch Gesetz, betreffend dieses Abkommen vom 25. 5. 1925, ratifiziert worden ist. Nach Art. 1 ist allen in der Landwirtschaft beschäftigten Personen das gleiche Vereins- und Koalitionsrecht wie den gewerblichen Arbeitern gewährleistet und jede gesetzliche oder anderweite Bestimmung aufgehoben, die dieses Recht für die landwirtschaftlichen Arbeiter einschränkte. Hiernach stehen diese Personen den gewerblichen Arbeitern nach § 152 Abs. 1 GewO. gleich. Im übrigen bestehen keine Reichsgesetze, die die Freiheit der Kampfbetätigung zulassen. Die Folge davon ist, daß alle anderen Gruppen, außer den soeben erwähnten, gegen landesgesetzliche Verbote, die in ihre Freiheit der Kampfbetätigung eingreifen, reichsrechtlich nicht geschützt sind. Innere Gründe für diese verschiedenartige Behandlung gibt es nicht. Daß ein solcher Rechtszustand untragbar ist, bedarf keiner Ausführung. Er muß und kann in dem geplanten künftigen einheitlichen Arbeitsrecht beseitigt

1) Entsch. des RG. in Strafs., Bd. 34, S. 121. Es hat sich damals um eine Lübecker Verordnung gehandelt, welche das Streikpostenstehen unter Strafe stellte (s. Das Koalitionsrecht und die strafrechtlichen Neben- und Polizeigesetze, Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 57, S. 10 ff.).

werden. Durch eine allgemeine reichsrechtliche Sicherung der Freiheit der Kampfbetätigung muß die Materie des Arbeitskampfes der Landesgesetzgebung entzogen werden. Sonst entspricht der Freiheit der kollektiven Willensbildung nicht auch die Freiheit der kollektiven Willensmacht, die eine Voraussetzung für die Geltung der Arbeit und die wirtschaftliche Freiheit der Einzelnen ist. Erst durch reichsrechtliche Sicherung der Freiheit der Kampfbetätigung findet Art. 159 RV. seine notwendige Ergänzung. Ohne sie würde immer noch das alte Wort BRENTANOS gelten, daß eine Koalitionsfreiheit wohl besteht, daß aber bestraft werden kann, wer von ihr Gebrauch macht <sup>1)</sup>).

### III.

#### Das Koalitionsrecht.

Daß die Koalitionsfreiheit die Grundlage eines Koalitionsrechts im subjektiven Sinn ist, wird von der herrschenden Meinung bestritten. KASKEL <sup>2)</sup> gibt dieser Meinung mit folgenden Worten Ausdruck: „Seinem Wesen nach ist das Koalitionsrecht . . . ebensowenig wie das allgemeine Vereinsrecht ein subjektives Recht, sondern gleich dem ‚Recht‘ zu sehen, zu essen, spazieren zu gehen usw. ein Bestandteil der natürlichen Handlungsfreiheit, der dem angeborenen Drang . . . zur Gemeinschaftsbildung entspringt, daher von der Rechtsordnung nicht erst verliehen wird, sondern auf Grund der Existenz und natürlichen Veranlagung des Menschen ohne weiteres besteht . . .“ Diese Anschauung verkennt, daß die

1) Daß eine durchgreifende gesetzliche Regelung der Koalitionsfreiheit erforderlich ist, zeigt auch die Schrift STEINMANN'S, Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, Staatsbürger-Bibliothek, 148/149, M.-Gladbach, 1926. STEINMANN, S. 39, sagt mit Recht: „Art. 159 RV. würde auch einen erheblichen Teil der ihm beigemessenen großen Bedeutung verlieren, wenn die Regelung des mit der Vereinigungsfreiheit praktisch aufs engste zusammenhängenden Streikrechts der vielgestaltigen Ländergesetzgebung überlassen wäre.“ Doch irrt STEINMANN darin, daß die Ländergesetzgebung auf dem fraglichen Gebiet heute bereits überhaupt ausgeschlossen sei.

2) S. 231.

Koalitionsfreiheit aus der allgemeinen Freiheit des Menschen ausgesondert und besonders geschützt ist. Dies zeigt sich in folgendem:

1. Die Koalitionsfreiheit ist in Art. 159 Abs. 1 RV. als eine besondere Freiheit geregelt.

2. Die Koalitionen sind als kollektive Rechtsträger in Art. 165 Abs. 1 ausdrücklich „anerkannt“, und das Gesetz hat ihnen besondere rechtliche Fähigkeiten und Rechte beigelegt.

3. Die Koalitionsfreiheit ist nach Art. 159 Satz 2 RV. Gegenstand eines besonderen Rechtsschutzes.

4. Der in der Koalition und Koalitionsfreiheit geschützte Kollektivwille der Arbeit findet erfahrungsgemäß eine Verkörperung in Koalitionseinrichtungen, die einen besonderen sozialen und wirtschaftlichen Wert haben<sup>1)</sup>.

Überblickt man dies, so ist die Gleichstellung des Koalitionsrechts mit einem „Rechte“ zu sehen, zu essen, spazierenzugehen usw. nicht zutreffend. Die Koalitionsfreiheit ist nicht nur eine „natürliche Handlungsfreiheit“, sondern eine besondere rechtliche Freiheit. Die Koalitionen und Koalitionsossen üben diese Freiheit aus, nicht nur weil sie dieselbe ihrer Natur nach ausüben können, sondern auch weil sie dieselbe dem Rechte nach ausüben dürfen. Darin zeigt sich die Koalitionsfreiheit als ein „rechtlich geschütztes Interesse“ oder „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht“, also als subjektives Recht<sup>2)</sup>. Und zwar ist es ein öffentliches und privates Recht, das sich gegen die öffentlichen Gewalten und gegen Private wendet.

Als Recht, das sich gegen die öffentlichen Gewalten wendet, ist das Koalitionsrecht ein negatives Recht, d. h. das Recht auf eine staatsfreie Sphäre im Umfange der Koalitionsfreiheit. Es

1) Das RG. schützt bekanntlich die Gewerbefreiheit als ein besonderes Recht, wenn diese Freiheit sich in einem Gewerbebetriebe verkörpert hat. Das RG. spricht dann von einem Recht auf ungestörten Gewerbebetrieb (RGZ., Bd. 64, S. 156; Bd. 56, S. 275). Entsprechend ist von einem Recht auf ungestörten Koalitionsbetrieb zu sprechen.

2) So auch neuerdings wieder BÜHLER, JW., 1927, S. 431.

drückt sich aus in dem Anspruch an alle öffentlichen Gewalten, sich jeden Eingriffs in die Koalitionsfreiheit zu enthalten. Jeder obrigkeitliche Eingriff in die Koalitionsfreiheit ist nichtig. Polizeiverordnungen und Polizeibefehle, die sich gegen sie richten, sind rechtsungültig. Die allgemeinen Ermächtigungsklauseln, die in den einzelnen Ländern die Richtlinien gegen polizeiliche Eingriffe enthalten (z. B. § 10 Teil II Titel 17 des AllgPreuß. Landr.), sind dem Koalitionsrecht gegenüber ausgeschaltet. Dies folgt nicht nur aus allgemeinen Grundsätzen<sup>1)</sup>, sondern auch aus Art. 159 Satz 2 RV., wonach alle Maßnahmen, welche die Koalitionsfreiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, rechtswidrig sind. Der durch den rechtswidrigen Eingriff Betroffene kann nicht nur die Nichtigkeit der Polizeiverordnung oder Polizeiverfügung geltend machen, z. B. in einem Strafverfahren nach § 110 StGB., er kann auch, wenn es sich um einen Polizeibefehl handelt, die Verwaltungsbeschwerde oder die Verwaltungsklage erheben. Ist mit dem Eingriff eine Vermögensbeschädigung verknüpft, so hat er außerdem einen Ersatzanspruch gegen den schuldigen Beamten nach § 839 BGB. und gegen das Reich oder die Länder, wenn die Voraussetzungen des Reichsgesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. 5. 1910 oder der Ländergesetze über die Haftung des Staats und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vorliegen (z. B. nach dem Preuß. Ges. vom 1. 8. 1909).

Als Recht, das sich gegen Private wendet, ist das Koalitionsrecht ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Der Betroffene hat gegen den Verletzer einen Anspruch auf Unterlassung und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Verletzer ein subjektives Verschulden trifft oder nicht<sup>2)</sup>, und außerdem einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Verletzer vorsätzlich oder

1) FLEINER, S. 366 f., und besonders RICHARD THOMA, Grundrechte und Polizeigewalt (in der Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 183 ff.).

2) RGZ. Bd. 60, S. 6; Bd. 61, S. 366; Bd. 71, S. 86.

fahrlässig gehandelt hat. Diese Ansprüche stehen den Koalitions-  
willigen oder Koalitionsgenossen und der Koalition zu, wenn z. B.  
ein Arbeitgeber von den Koalitionswilligen oder Koalitionsgenossen  
unter der Drohung einer Kündigung den Nichteintritt in eine  
Koalition oder den Austritt aus einer Koalition fordert (S. 73).  
Eine solche Drohung ist der Versuch einer Behinderung sowohl  
der Freiheit zur Koalition, wie auch der Freiheit der Koalition.  
Ein Eingriff gegen die Koalition, der auf dieselbe Weise abgewehrt  
werden kann, ist auch die Abrede, die Arbeitgeber unter sich  
treffen, um koalierte Arbeitnehmer von ihren Betrieben fernzuhalten  
(sog. „schwarze Listen“). Nach früherem Recht wurde eine solche  
Abrede nur dann als unerlaubte Handlung angesehen, wenn sie  
nach § 826 BGB. dem koalierten Arbeitnehmer in einer gegen die  
guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt  
hatte. Darüber hinaus sind alle Abreden und Maßnahmen, welche  
die Koalitionsfreiheit einzuschränken oder zu behindern suchen,  
nichtig. Es folgt dies ohne weiteres aus § 134 BGB. Die Ab-  
reden, um die es sich hierbei handelt, sind nicht nur Abreden  
unter den Arbeitgebern, die sich gegen die Koalitionsfreiheit richten,  
sondern auch Abreden zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern,  
die in die Koalitionsfreiheit eingreifen. Nach früherem Recht waren  
„Reverse“, in denen Arbeitnehmer versprochen, bestimmten Koa-  
litionen nicht anzugehören oder aus ihnen auszutreten, gültig.  
Nach Art. 159 Satz 2 RV. in Verbindung mit § 134 BGB. sind  
sie nichtig. Dasselbe gilt für Kündigungen, die erfolgen, weil  
ein Arbeitnehmer einer bestimmten Koalition angehört, ohne  
Rücksicht darauf, ob die Kündigung eine ordentliche oder außer-  
ordentliche Kündigung ist. Von alledem gibt es nur eine Aus-  
nahme. Wenn die in Frage kommenden Eingriffe Kampfhandlungen  
sind und die Grenzen des erlaubten Kampfes nicht überschreiten,  
so sind sie nach allgemeinen Grundsätzen nicht rechtswidrig<sup>1)</sup>.

1) Damit entfallen die Bedenken, die POTTHOFF, Die Einwirkung der Reichs-  
verfassung auf das Arbeitsrecht (Schriften des Inst. für Arbeitsrecht a. d. Univ.  
Leipzig, 5. Heft), S. 73 ff., 77 gegen die im Text ausgesprochene Auffassung  
geltend macht.

Das Koalitionsrecht reicht so weit, als die Koalitionsfreiheit reicht. Es umfaßt also nicht auch die Freiheit der Kampfbetätigung (S. 86). Dieser Freiheit entspricht kein Kampfrecht wie der Koalitionsfreiheit ein Koalitionsrecht entspricht. Der Koalitionskampf ist im Koalitionsrecht nur insoweit einbegriffen, als er in der Freiheit der Koalition, eine Kampfkoalition zu sein, enthalten ist.

---

## 2. Kapitel.

### **Die staatliche Sozialbestimmung.**

Durch die staatliche Sozialbestimmung entstehen öffentlich-rechtliche Ansprüche der Arbeitnehmer, die ihnen diejenigen Güter und Einflüsse sichern, die sie als Personen nicht haben, als Menschen aber brauchen. Die Ansprüche sind positiver oder aktiver Art, je nachdem der Staat den Arbeitnehmern positive Leistungen gewährt oder sie an der Ausübung staatlicher Tätigkeit beteiligt<sup>1)</sup>. Durch die öffentlichrechtliche Anerkennung dieser Ansprüche gewinnt der Arbeitnehmer, weil er Arbeitnehmer ist, rechtliche Eigenschaften, die unmittelbar auf seinem sozialen Sein beruhen<sup>2)</sup>. Sie bringen eine Veränderung seines persönlichen Zustandes, des sog. status hervor, die die Arbeitnehmerpersönlichkeit erweitert. Dem positiven Status dient die Arbeitsbeschaffung und die Arbeiter- oder Angestelltenversicherung, dem aktiven Status die Arbeitsselbstverwaltung.

#### I.

### **Die Arbeitsbeschaffung.**

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsbeschaffung besteht in einem Anspruch auf Arbeitsvermittlung und, falls dieser nicht zum Ziele führt, in einem Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung. Art. 163 RV. drückt diesen doppelten Charakter des Anspruchs auf Arbeitsbeschaffung in den bekannten Worten aus:

1) Ich folge hier der bekannten Systematik GEORG JELLINEKS in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 81 ff.

2) ROSIN, Arbeiterversicherung, I, S. 434 f.

„Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt.“

### A. Die Arbeitsvermittlung.

Der Anspruch auf Arbeitsvermittlung beruht auf dem Arbeitsnachweisgesetz vom 22. 7. 1922. Vorher gab es keine umfassend geregelten öffentlichen Einrichtungen, die einen solchen Anspruch anerkannten. Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkoalitionen rangen um einseitige Beherrschung des Arbeitsmarkts. Den Übergang zu den heutigen Einrichtungen bilden die behördlichen Maßnahmen im Kriege. Der Anspruch steht jedem Arbeitnehmer im Sinne seines Standesbegriffs zu, d. h. allen Personen, die auf die Leistung abhängiger Arbeit angewiesen sind (§ 33, 34). Er ist gerichtet gegen die Träger des Arbeitsnachweises. Die Träger des Arbeitsnachweises sind die Arbeitsnachweisämter. Arbeitsnachweisämter sind die öffentlichen Arbeitsnachweise, die von den Gemeinden errichtet werden müssen, die Landesämter für Arbeitsvermittlung, die für Länder, Provinzen oder andere größere Bezirke errichtet werden, und das Reichsamt für Arbeitsvermittlung. Der Gegenstand des Anspruchs ist die Arbeitsvermittlung. Arbeitsvermittlung besteht im Nachweis einer Arbeitsgelegenheit. Aus dem Nachweis entstehen keine Pflichten zum Abschluß von Anstellungsverträgen. Die Vermittlung ist unentgeltlich (§ 39) und unparteiisch (§ 40), insbesondere bei Arbeitskämpfen, bei denen der Arbeitsvermittler den Arbeit-suchenden von der Tatsache des Ausstandes oder der Aussperrung Kenntnis zu geben und die Vermittlung nur dann vorzunehmen hat, wenn sie trotzdem verlangt wird (§ 42 Abs. 2, 3). Vermittlung zum Zwecke des Lohndruckes ist abzulehnen (§ 41). Andererseits hat sich aber auch der Arbeitsnachweis einer Einwirkung auf die Lohnhöhe zu enthalten (§ 41 Abs. 2). Zur Durchführung der Vermittlung sind die Geschäftsführer und Arbeitsvermittler auf Verlangen verpflichtet, gewisse Auskünfte zu erteilen, so über die

Besonderheiten einer offenen Stelle, die für den Arbeitssuchenden von Bedeutung sein können (§ 43). Außer der Vermittlung können den Arbeitsnachweisämtern noch weitere Aufgaben zugewiesen werden und zwar auf dem Gebiete der Berufsberatung, der Lehrstellenvermittlung, der Arbeitsbeschaffung im engeren Sinne, der Erwerbsbeschränkten- und Wandererfürsorge (§ 2). Der Anspruch des Arbeitnehmers ist gesichert durch ein besonderes Beschwerdeverfahren (§ 50). Zum Einspruch berechtigt ist jeder, der an der Abänderung einer Entscheidung der Arbeitsnachweisstellen ein Interesse hat. Zur Durchführung der den Arbeitsnachweisämtern obliegenden Aufgaben bestehen Melde-, Anzeige- und Auskunftspflichten der Arbeitgeber (§§ 49, 42, Abs. 1, 25, 31). Die Erfüllung dieser Pflichten ist strafrechtlich geschützt (§ 54). Eine Pflicht des Arbeitgebers zur ausschließlichen Benutzung des öffentlichen Arbeitsnachweises bei der Einstellung von Arbeitskräften besteht nicht. Durch die öffentlichen Arbeitsnachweise werden die gewerbsmäßigen und nichtgewerbsmäßigen Arbeitsnachweise nicht ausgeschaltet. Doch unterstehen sie behördlicher Aufsicht und Einwirkung. Die gewerbsmäßigen Arbeitsnachweise sind in einem besonderen Gesetz, dem Stellenvermittlergesetz vom 2. 6. 1910, geregelt. Vom 1. 1. 1931 ab sind sie verboten (§ 48 ANachwG.).

### **B. Die Erwerbslosenunterstützung.**

Der Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung beruht auf der Verordnung über Erwerbslosenfürsorge vom 16. 2. 1924. Vor dem Kriege gab es eine Erwerbslosenfürsorge nicht. Der Erwerbslose war auf Armenunterstützung angewiesen, wenn er nicht organisiert war und seitens der Gewerkschaft Arbeitslosenunterstützung empfing. Während des Krieges konnten die Gemeinden eine Erwerbslosenfürsorge einrichten. Doch ist von dieser Möglichkeit nur für einzelne Industriezweige Gebrauch gemacht worden. Die besonderen Verhältnisse nach dem Kriege haben dann schließlich allgemein zur Einrichtung der Erwerbslosenfürsorge geführt. Die

Aussicht besteht, daß in nächster Zeit an die Stelle der Erwerbslosenfürsorge eine Arbeitslosenversicherung tritt<sup>1)</sup>.

Der Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung steht allen über 16 Jahre alten arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeitnehmern zu, die sich infolge des Krieges durch gänzliche oder teilweise<sup>2)</sup> Erwerbslosigkeit in bedürftiger Lage befinden, wenn sie in den letzten 12 Monaten vor Eintritt der Unterstützungsbedürftigkeit mindestens 3 Monate hindurch eine Beschäftigung ausgeübt haben, in der sie gegen Krankheit pflichtversichert waren, und eine Wartezeit von mindestens einer Woche verstrichen ist (§§ 3—5, 7—9)<sup>3)</sup>. Ein Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung tritt nicht ein, wenn die Erwerbslosigkeit durch Ausstand oder Aussperrung überwiegend verursacht ist (§ 3).

Der Anspruch richtet sich gegen die Träger der Erwerbslosenfürsorge. Diese sind die Gemeinden oder Gemeindeverbände. Sie sind verpflichtet, soweit ein Bedürfnis besteht, eine Fürsorge für Erwerbslose einzurichten, der sie nicht den Rechtscharakter der Armenpflege beilegen dürfen (§§ 1, 2, 42). Die Verwaltung der Fürsorge ist dem öffentlichen Arbeitsnachweis übertragen (§ 2 ANachwG.).

---

1) Der Entwurf eines Gesetzes über Arbeitslosenversicherung (abgedruckt in der Beilage zum RABl., 1927, Nr. 1) ist dem Reichstag am 16. 12. 1926 zugegangen.

2) Bei teilweiser Erwerbslosigkeit tritt nach der Anordnung über Kurzarbeiterfürsorge vom 20. 2. 1926 für Arbeitnehmer eines gewerblichen Betriebs, in dem regelmäßig mindestens 10 Arbeitnehmer beschäftigt werden, Kurzarbeiterunterstützung ein, wenn in einer Kalenderwoche drei, vier oder fünf volle Arbeitstage ausfallen und dadurch der Arbeitsverdienst entsprechend verringert wird.

3) Der Unterschied der Erwerbslosenfürsorge und der Arbeitslosenversicherung besteht, abgesehen von der Organisation, hauptsächlich darin, daß bei einer Arbeitslosenversicherung die Bedürftigkeit des arbeitslosen Arbeitnehmers keine Voraussetzung für den Erwerb eines Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung bildet. Über die Prüfung der Bedürftigkeit bei der Erwerbslosenfürsorge sind neue Grundsätze aufgestellt in den Ausführungsvorschriften des Reichsarbeitsministers vom 22. 1. 1927.

Der Gegenstand der Unterstützung besteht hauptsächlich in Geldleistungen, deren Höhe durch den Reichsarbeitsminister bestimmt wird und nach dem Lebensalter und drei Wirtschaftsgebieten, nicht nach Lohnklassen abgestuft ist. Als Höchstdauer der Unterstützung gilt nach der ErwFürsV. die Zeit von 26 Wochen (1/2 Jahr) innerhalb von 12 Monaten. Indessen hatte bereits der Reichsarbeitsminister die Höchstdauer für fast alle Berufe auf 39 Wochen ausgedehnt, und die Vorsitzenden der öffentlichen Arbeitsnachweise haben fast in allen Fällen auf Grund der ihnen erteilten Ermächtigung diese Höchstdauer auf 52 Wochen (1 Jahr) erweitert (§ 18). Durch das Gesetz über die Krisenfürsorge vom 13. 11. 1926 ist die Dauer der Erwerbslosenunterstützung über die angegebene Zeit hinaus verlängert worden, so daß die bisher „ausgesteuerten“ Erwerbslosen nicht der Armenpflege anheimfallen, sondern Erwerbslosenunterstützung beziehen. Die Erwerbslosenunterstützung ist nicht unentgeltlich. Der Verwaltungsausschuß des öffentlichen Arbeitsnachweises hat, soweit die Gelegenheit dazu besteht, die Unterstützung von einer Arbeitsleistung abhängig zu machen (§ 14, S. 143). Für Erwerbslose unter 18 Jahren hat der Verwaltungsausschuß des öffentlichen Arbeitsnachweises die Unterstützung, sofern geeignete Arbeiten nicht vorhanden sind, von der Teilnahme an Veranstaltungen, die der beruflichen Fortbildung oder der Allgemeinbildung dienen, abhängig zu machen (§ 15). Der Verwaltungsausschuß kann die Unterstützung auch für Erwerbslose über 18 Jahre von der Teilnahme an Veranstaltungen, die der beruflichen Fortbildung, Umschulung oder Allgemeinbildung dienen, abhängig machen, soweit sie nicht von einer Arbeitsleistung abhängig gemacht ist (§ 15). Die Unterstützung ist zu versagen oder zu entziehen, wenn der Erwerbslose sich weigert, eine nachgewiesene Arbeit anzunehmen, die auch außerhalb seines Berufes und Wohnorts liegen darf und ihm nach seiner körperlichen Beschaffenheit zugemutet werden kann. Die Weigerung kann nur damit begründet werden, daß für die Ar-

beit nicht angemessener ortsüblicher Lohn geboten wird, die Unterkunft sittlich bedenklich ist und daß bei Verheirateten die Versorgung der Familie unmöglich wird (§ 13)<sup>1)</sup>.

An Stelle der Unterstützung kann die Beschäftigung von Erwerbslosen bei Notstandsarbeiten nach den Bestimmungen über öffentliche Notstandsarbeiten vom 30. 4. 1925 angeordnet werden („produktive Erwerbslosenfürsorge“). Der Reichsarbeitsminister ist ermächtigt, zur Unterstützung von Maßnahmen, die geeignet sind, den Abbau der Erwerbslosenfürsorge zu fördern, insbesondere zur Beschaffung von Arbeitsgelegenheit für die Erwerbslosen Darlehen oder Zuschüsse aus Mitteln der Erwerbslosenfürsorge zu bewilligen (§ 32 ErwFürsV.). Sind Notstandsarbeiten eingerichtet, so ist jeder unterstützte Erwerbslose verpflichtet, eine Beschäftigung bei einer Notstandsarbeit unter den vorgeschriebenen Bedingungen anzunehmen (§ 10 der Best. vom 30. 4. 1925). Die Notstandsarbeiter erhalten an Stelle der Erwerbslosenunterstützung eine Vergütung, die sich nach § 9 Abs. 2 a. a. O. bestimmt (das Nähere über den Anstellungsvertrag des Notstandsarbeiters auf S. 134).

Der Anspruch des Erwerbslosen ist in analoger Anwendung der Vorschriften des ArbNachwG. über das Beschwerdeverfahren gesichert (§§ 17, 29 ErwFürsV.).

Die Mittel zur Durchführung der Fürsorge werden aufgebracht durch gleich hohe Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch eigene Leistungen der Gemeinden, notfalls in Bezirken mit ungewöhnlich großer Erwerbslosigkeit durch Beihilfen des Reichs und der Länder (§§ 33, 36, 37 ErwFürsV.). Nach dem neuesten Finanzausgleich übernimmt das Reich die Kosten der Länder.

---

1) Nach der Rechtsauslegung, die sowohl in der Lehrmeinung wie in der praktischen Anwendung der Erwerbslosenfürsorge seit Jahren nahezu unbestritten herrscht, ist einem Erwerbslosen die Unterstützung nicht deswegen auf Grund des § 13 Abs. 1 zu versagen oder zu entziehen, weil er sich weigert, eine Arbeit anzunehmen, die durch Aussperrung oder Ausstand frei geworden ist (Bescheid des RArbM. vom 19. 3. 1926, RABl., AT., 1926, S. 118). Daß dies nach diesem Bescheid für eine Sperre nicht gelten soll, ist nicht folgerichtig.

II.

Die Arbeiter- und Angestelltenversicherung.

Die Ansprüche des Arbeitnehmers aus der Arbeiter- und Angestelltenversicherung sind auf Leistungen für den Fall der Arbeitsunfähigkeit oder verwandter Notstände gerichtet. Sie treten ein für den Fall der Krankheit, der Körperverletzung durch Betriebsunfälle, der Invalidität oder Berufsunfähigkeit. Dementsprechend zerfällt die Versicherung in eine Krankenversicherung, Unfallversicherung und Invalidenversicherung. Die Angestelltenversicherung ist eine besondere Invalidenversicherung für Angestellte. Es kommt dazu die Reichsknappschaftsversicherung, die für die Arbeitnehmer knappschaftlicher Betriebe, d. h. solcher Betriebe gelten, in denen Mineralien oder ähnliche Stoffe bergmännisch gewonnen werden. Sie umfaßt die Leistungen der Arbeiterversicherung und Angestelltenversicherung, mit Ausnahme der Unfallversicherung. Der Krankenversicherung ist eine Sterbegeld- und Mutterschaftsversicherung, der Betriebsunfallversicherung eine Sterbegeld- und Hinterbliebenenversicherung, der Invaliden- und Angestellten-Versicherung eine Alters- und Hinterbliebenenversicherung angegliedert<sup>1)</sup>.

Die gesetzlichen Grundlagen der heutigen Versicherung sind die Reichsversicherungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung des Reichsarbeitsministers vom 15. 12. 1924, das Angestelltenversicherungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung des Reichsarbeitsministers vom 28. 5. 1924 und das Reichsknappschaftsgesetz vom 23. 6. 1923 mit dem Gesetz über Abänderung des Reichsknappschaftsgesetzes vom 25. 6. 1926<sup>2)</sup>. Die Gesetzgebung

---

1) Eine treffliche Einführung in das gesamte soziale Versicherungsrecht bietet die Schrift von ERNST CAHN, Das Recht der deutschen Sozialversicherung, 1926. Die Darstellung im Text folgt ihr im wesentlichen.

2) Dazu kommen die seit dieser Zeit für die einzelnen Gebiete der Sozialversicherung erlassenen Nachtragsgesetze und Nachtragsverordnungen (die im einzelnen angeführt sind bei CAHN, a. a. O., S. 16).

wurde in Deutschland durch die kaiserl. Botschaft vom 17. 11. 1881 eingeleitet. Bis dahin gab es eine besondere gesetzliche Sozialbestimmung für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer außerhalb des Arbeitsvertrags, einer nur schwach entwickelten genossenschaftlich-kassenmäßigen Fürsorge, insbesondere für die Bergarbeiter, und der auf dem Prinzip der Selbsthilfe beruhenden Hilfskassen nicht.

Die beiden Prinzipien, auf denen die heutige Versicherungsgesetzgebung beruht, sind hauptsächlich der Versicherungs- und Kassenzwang. Alle Arbeitnehmer der in den Gesetzen bezeichneten Art müssen versichert sein, und zwar bei denjenigen Versicherungsträgern, die das Gesetz angibt.

Dem Versicherungszwang sind nur Arbeitnehmer unterworfen<sup>1)</sup>. Und zwar sind ihm die Arbeiter ohne Rücksicht auf die Gehaltshöhe unterworfen, die Angestellten, abgesehen von der Unfallversicherung, nur bis zu einem Höchstgehalt im Jahr, das zurzeit in der Krankenversicherung 2700 Reichsmark und in der Angestelltenversicherung 6000 Reichsmark beträgt. In der Unvallversicherung ist im Gegensatz zur Kranken- und zur Invalidenversicherung nicht der ganze Kreis der Arbeitnehmer dem Versicherungszwang unterworfen, sondern im wesentlichen nur Arbeitnehmer in Erwerbsbetrieben und speziell in der Gewerbe-Unfallversicherung Arbeitnehmer in größeren und gefährlicheren Betrieben, die das Gesetz aufführt.

Den Versicherungsträgern obliegt die Besorgung des eigentlichen Versicherungsgeschäfts, die Aufstellung der Satzungen, die Entgegennahme und Kontrolle der Beitragsleistungen, die Bewilligung der Leistungen, die Verwaltung des Vermögens, die Anstellung der Beamten. Die Versicherungsträger sind Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts. Sie sind aufgebaut auf dem Boden der Selbstverwaltung. Versicherungsträger sind in der Krankenversicherung die Krankenkassen, in der Unfallversicherung die Berufsgenossenschaften, in der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung die

<sup>1)</sup> Die kleinen selbständigen Existenzen sind auf die freiwillige Versicherung verwiesen.

Versicherungsanstalten und Sonderanstalten, in der Angestelltenversicherung die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte und die Ersatzkassen.

Der Versicherungsanspruch ist ein Fürsorgeanspruch. Es handelt sich bei der Arbeiter- und Angestelltenversicherung nicht um Gegenleistungen für die eingezahlten Beiträge, sondern um die Erfüllung einer selbständigen Staatsaufgabe<sup>1)</sup>.

Die Leistungen, die dem Anspruch entsprechen, sind Geldstungen (Renten), daneben Sachleistungen (ärztliche Behandlung Arzneimittel, Krankenhausbehandlung, Berufsfürsorge). Sie sind in der Regel wiederkehrender Art, nur ausnahmsweise einmalig (z. B. die Kapitalabfindung bei Unfallrenten von geringer prozentualer Höhe). Ihrer Höhe nach sollen die Leistungen so gestaltet sein, daß sie die Inanspruchnahme der öffentlichen Armenpflege unnötig machen, ohne aber den entgehenden Arbeitsverdienst zu erreichen. Das Krankengeld kommt etwa der Hälfte des Lohns, die Unfallrente etwa zwei Drittel der entzogenen Erwerbsfähigkeit gleich. In der Invaliden- und Angestelltenversicherung fehlt es an einer direkten Beziehung zwischen Arbeitsverdienst und Höhe der Leistung, indem hier die Leistungen von Höhe und Zahl der Beiträge abhängen. Die Leistungen machten früher etwa 15—20 Prozent der Löhne aus, sind aber heute etwas niedriger. Die Anspruchsberechtigung des Versicherten ist nur bei vorsätzlicher Herbeiführung der Erwerbsunfähigkeit ausgeschlossen. Fahrlässiges Verhalten des Versicherten schließt seine Ansprüche nicht aus. Die Anspruchsberechtigung kann abhängig gemacht werden von einer gewissen Dauer des Versicherungsverhältnisses (Wartezeit) oder sofort bei Eintritt in die versicherungspflichtige Beschäftigung gewährt werden. Das Gesetz kennt eine Wartezeit nur in der Invaliden- und Angestelltenversicherung, während sie in der Kranken- und Unfallversicherung fehlt.

Die Ansprüche der Versicherten sind gesichert durch besondere Versicherungsbehörden und ein besonderes Rechtsprechungsver-

1) ROSIN, Arbeiterversicherung, I, S. 263.

fahren. Den Versicherungsbehörden obliegt die Aufsicht über die Versicherungsträger, weiterhin die Erledigung von Streitigkeiten zwischen Versicherungsträgern und Versicherten oder deren Arbeitgebern. Für die Versicherungsbehörden besteht ein dreifacher Stufenaufbau: als Unterstufe das Versicherungsamt, als oberste Stufe das Reichsversicherungsamt, an dessen Stelle in Ländern, in denen vor der Reichsversicherungsordnung ein Landesversicherungsamt bestand und zu dessen Bereich mindestens 4 Oberversicherungsämter gehören, ein Landesversicherungsamt treten kann. Diese Versicherungsbehörden sind seit 1. 1. 1923 auch für den Bereich der Angestelltenversicherung zuständig (bis auf das Landesversicherungsamt). Für die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten werden in weitem Maß neben Fachbeamten als Vorsitzende Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter in gleicher Zahl als Beisitzer herangezogen. Das Verfahren ist eine Abart des Verwaltungsstreitverfahrens und nach dessen Grundsätzen geregelt (Offizialbetrieb, nicht Parteibetrieb).

Die Aufbringung der Mittel für die Krankenversicherung, die Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung, sowie die Angestelltenversicherung geschieht in der Weise, daß die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber zur Lastentragung herangezogen werden (in der Krankenversicherung im Verhältnis von zwei Dritteln zu einem Drittel, in der Invaliden- und in der Angestelltenversicherung im Verhältnis von einhalb zu einhalb). In der Unfallversicherung und in einzelnen Ausnahmefällen auch in der Invaliden- und Angestelltenversicherung trägt der Arbeitgeber die Beitragslast allein. Eine Heranziehung öffentlicher Verbände zur Lastentragung kennt das Gesetz nur in der Invalidenversicherung, wo das Reich einen Zuschuß zu jeder Jahresrente leistet. Die Entrichtung der Beiträge kann in bar geschehen oder durch Einkleben von Marken in Quittungskarten, die vom Beitragspflichtigen erworben werden müssen. Die Barentrichtung besteht in der Kranken- und in der Unfallversicherung, die Entrichtung durch Markenkleben in der Invaliden- und Angestelltenversicherung.

III.

Die Arbeitsselbstverwaltung.

Bei der Arbeitsselbstverwaltung handelt es sich um die Sicherung des Einflusses der Arbeitnehmer bei der Ausübung staatlicher oder sonstiger öffentlicher Tätigkeit, soweit durch diese Tätigkeit Rechte oder Interessen der Arbeitnehmer berührt werden. Diese Sicherung geschieht dadurch, daß den Arbeitnehmern ein Recht auf Mitwirkung eingeräumt wird, dessen Wahrnehmung durch gewählte oder benannte Arbeitnehmervertreter erfolgt. Diese Mitwirkung ist eine Form der Selbstverwaltung, und zwar der sozialen Selbstverwaltung, weil sie nicht auf das allgemeine Staatsbürgerrecht, sondern auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten sozialen Stand gestützt ist. Sie darf nicht mit der sog. „wirtschaftlichen Selbstverwaltung“ verwechselt werden. Unter wirtschaftlicher Selbstverwaltung versteht man öfters die Mitwirkung von Arbeitnehmern an der wirtschaftlichen und sozialen Tätigkeit von Arbeitgebern, wie sie in der Arbeitsverfassung zum Ausdruck kommt. Diese „wirtschaftliche Selbstverwaltung“ hat mit der hier in Frage kommenden sozialen Selbstverwaltung nichts zu tun. Die soziale Selbstverwaltung ist echte Selbstverwaltung. Sie nimmt staatliches Hoheitsrecht, das der Staat unmittelbar oder mittelbar ausübt, wahr. Die „wirtschaftliche Selbstverwaltung“ ist keine echte Selbstverwaltung. Sie nimmt nicht staatliches Hoheitsrecht, sondern Eigentumsrecht wahr (S. 207 ff.), indem sie bei der Ausübung von Verfügungsrechten, die dem Arbeitgeber zustehen, eintritt.

Die Mitwirkung der Arbeit bei der Ausübung hoheitlicher Funktionen findet statt in Sonderbehörden, Sonderverbänden und Sondervertretungen, die alle die Aufgabe haben, Rechte und Interessen zur Geltung zu bringen, die die Arbeitnehmerschaft berühren.

1. Die Mitwirkung der Arbeit in Sonderbehörden besteht darin, daß Vertreter der Arbeitnehmer in Gemeinschaft mit Berufsbeamten und Vertretern der Arbeitgeber staatliche Tätigkeit ausüben. Die in Frage kommende Tätigkeit ist rechtsprechende oder verwaltende, insbesondere schlichtende Tätigkeit. Für die rechtsprechende Tätigkeit kommen hauptsächlich die Arbeitsgerichtsbehörden auf Grund des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. 12. 1926 in Betracht. Arbeitsgerichtsbehörden sind die Arbeitsgerichte, die Landesarbeitsgerichte und das Reichsarbeitsgericht. Die Arbeitsgerichtsbehörden sind mit rechtsgelehrten Richtern und mit Beisitzern aus den Kreisen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besetzt. Die Beisitzer aus den beteiligten Kreisen führen bei den Arbeitsgerichten die Amtsbezeichnung Arbeitsrichter, bei den Landesarbeitsgerichten die Amtsbezeichnung Landesarbeitsrichter und bei dem Reichsarbeitsgerichte die Amtsbezeichnung Reichsarbeitsrichter. Für die verwaltende Tätigkeit kommen hauptsächlich die Verwaltungsausschüsse der Arbeitsnachweisämter, die Versicherungsbehörden für Sozialversicherung und die Schlichtungsausschüsse für das Schlichtungsverfahren in Betracht. In allen diesen Behörden sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber neben beamteten Personen tätig.

2. Die Mitwirkung der Arbeit in Sonderverbänden ist verschieden, je nach der Gestalt, die die in Frage kommenden Verbände haben. Die Sonderverbände können, wie z. B. die Ortskrankenkassen, Verbände sein, die, abgesehen von den freiwillig Versicherten, nur aus versicherungspflichtigen Arbeitnehmern bestehen. In solchen Sonderverbänden kommt die Arbeitsselbstverwaltung dadurch zum Ausdruck, daß die Arbeitnehmer die den Verbänden obliegenden Aufgaben selbst erfüllen. Allerdings ist hierbei die Selbstverwaltung der Arbeitnehmer keine ausschließliche, indem das Gesetz auch eine Mitwirkung der Arbeitgeber im Vorstand und Ausschuß der Ortskrankenkassen und zwar zu je  $\frac{1}{3}$  der Vertreter vorsieht (§ 327 ff. RVO.). Die Sonderverbände können auch Verbände sein, die, wie die Berufsgenossenschaften der Unfall-

versicherung, nur aus Arbeitgebern bestehen. In diesem Fall ist die Mitwirkung der Arbeitnehmer beschränkt. Die Satzung einer Genossenschaft kann bestimmen, daß Vertreter der Versicherten ihrem Vorstand mit Stimmrecht angehören (§ 687 Abs. 4). An der Feststellung der Leistungen muß mindestens ein Vertreter der Versicherten beteiligt werden (§ 1569 b RVO.). Die Sonderverbände können schließlich Anstalten sein, wie die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte. Ihre Organe sind das Direktorium und der Verwaltungsrat. Das Direktorium besteht aus beamteten Mitgliedern und Vertretern der Arbeitgeber und Angestellten (für beide Gruppen je drei). Der Verwaltungsrat besteht aus dem Präsidenten des Direktoriums und je 12 Vertretern der Arbeitnehmer und Angestellten.

3. Die Mitwirkung der Arbeit in Sondervertretungen vollzieht sich heute ausschließlich in „paritätischen“ Vertretungskörpern. Die in Art. 165 Abs. 2 RV. in Aussicht genommenen Arbeiterräte, die einseitige Interessenvertretungen der Arbeitnehmer sein sollen, sind noch nicht errichtet. Die paritätischen Vertretungskörper haben eine allgemeine oder eine besondere Bedeutung.

Eine allgemeine Bedeutung hat der Reichswirtschaftsrat, der in Art. 165 RV. zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze vorgesehen ist. In Ausführung dieser Bestimmung ist durch VO. vom 4. 5. 1920 der vorläufige Reichswirtschaftsrat errichtet worden. In ihm sind alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung vertreten. Er besteht aus 326 Mitgliedern, die sich zusammensetzen aus 68 Vertretern der Land- und Forstwirtschaft, 6 Vertretern der Gärtnerei und der Fischerei, 68 Vertretern der Industrie, 44 Vertretern des Handels, der Banken und des Versicherungswesens, 34 Vertretern des Verkehrs und der öffentlichen Unternehmungen, 36 Vertretern des Handwerkes, 30 Vertretern der Verbraucherschaft, 16 Vertretern der Beamtenschaft und der freien Berufe, 12 mit dem Wirtschaftsleben der einzelnen Landesteile besonders vertrauten Persönlich-

keiten und 12 von der Reichsregierung nach freiem Ermessen zu ernennenden Personen. Soweit hiernach wirtschaftliche Gruppen in Frage kommen, die aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehen, sind die Arbeitnehmer stets paritätisch mit den Arbeitgebern vertreten. Der Reichswirtschaftsrat ist ein Hilfsorgan der Gesetzgebung. Er übt im wesentlichen eine begutachtende Tätigkeit aus (Art. 11). In seinem Grundgedanken war er nicht nur als ein solches Organ gedacht, sondern vielmehr auch als das oberste Organ eines sich von unten nach oben gliedernden Gemeinwesens der Wirtschaft, das innerhalb der staatlichen Gesetzgebung und Aufsicht gemeinwirtschaftliche Angelegenheiten autonom regelt.

Besondere paritätische Vertretungskörper sind die Arbeitskammern im Bergbau nach der VO. vom 8. 2. 1919 und die Fachausschüsse für Hausarbeit nach den §§ 19 ff. HausarbG. (dazu VO. vom 28. 11. 1924). Die Arbeitskammern im Bergbau sind paritätisch aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern unter dem abwechselnden Vorsitz eines Arbeitgebers und Arbeitnehmers oder einer unparteiischen Persönlichkeit zusammengesetzt. Ihre Aufgabe ist die Wahrung der über den Einzelbetrieb hinausreichenden gemeinsamen oder besonderen Interessen, wobei Arbeitgebergruppen und Arbeitnehmergruppen getrennt abstimmen. Fachausschüsse für die Hausarbeit werden jeweils durch Verfügung des Reichsarbeitsministers errichtet. Sie bestehen aus Auftraggebern und Heimarbeitern unter einem unparteiischen Vorsitzenden. Ihre Aufgabe ist neben beratender Tätigkeit die Mitwirkung bei dem Abschluß von Tarifverträgen und der Lohnfestsetzung (S. 47), sowie die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten.

Im übrigen bestehen die in Art. 165 RV. weiterhin vorgesehenen Wirtschaftsräte, insbesondere die Bezirkswirtschaftsräte, noch nicht.

## Zweiter Teil.

### Der Arbeitsverband.

Der Arbeitsverband besteht aus dem Arbeitsverhältnis und der Arbeitsverfassung. Das Arbeitsverhältnis ist die Beziehung des Arbeitsverbandes, welche zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber zum Zwecke der Arbeitsleistung besteht. Die Arbeitsverfassung ist die Beziehung des Arbeitsverbandes, welche zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung von Verfügungsrechten der Arbeitgeber besteht.

#### I. Abschnitt.

### Das Arbeitsverhältnis.

#### 1. Kapitel.

#### Das Wesen.

Das Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber zum Zwecke der Arbeitsleistung.

1. Das Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis, d. i. ein Inbegriff von Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber. Die Beziehungen sind Individual- oder Solidarbeziehungen<sup>1)</sup>. Beziehungen der ersten Art sind Beziehungen, die den Arbeitnehmer als einzelnen mit dem Arbeitgeber verbinden, etwa durch den Lohn,

---

<sup>1)</sup> Darüber grundsätzlich und ausführlich SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I, S. 2 f., 48 ff.; II, S. 50 ff., 63 ff.

den er empfängt, die Zeit, die zu arbeiten er verpflichtet ist, die Anweisung, die für seine Arbeit gilt, das Schutzblech der Maschine, an der er arbeitet usw. Beziehungen der zweiten Art sind Beziehungen, die einer Mehrheit von Arbeitnehmern in einem Betrieb oder einer Betriebsabteilung gemeinsam sind<sup>1)</sup>. Die Solidarbeziehungen beruhen auf sachlicher Grundlage, wie dem gemeinschaftlichen Betriebsraum, oder auf persönlicher Grundlage, wie der Zusammensetzung der Arbeitnehmerschaft (Lehrlingsskala usw.). Die beiden Arten von Beziehungen müssen sich nicht in jedem Arbeitsverhältnis finden. Sie können sich nur finden, wenn mehrere Arbeitnehmer zugleich von einem Arbeitgeber beschäftigt werden. Ist dies der Fall, so erschöpft sich das Arbeitsverhältnis nicht in individuellen Beziehungen. „Nicht eigentlich die meist schweren Handgriffe und Arbeitsleistungen — führt schon GÖHRE<sup>2)</sup> aus —, sondern dies Zusammenleben, Zusammenatmen, Zusammenschwitzen vieler Menschen, diese dadurch entstehende ermüdende Druckluft, das nie verstummende, nervenabstumpfende, gewaltige, quitschende, dröhnende, ratschende Geräusch, dies alles zusammen macht unsere Fabrikarbeit aus“. Diese Beziehungen sind erst durch das Kollektivrecht der Arbeit zum Ausdruck gebracht worden. Sie können in die einzelnen Arbeitsverträge eingehen, wie z. B. die Pflicht des Arbeitgebers zur Anbringung besonderer Ventilationseinrichtungen im Betrieb. Zwar erwecken sie dann keine Ansprüche der einzelnen auf ihre Einhaltung (S. 158). Aber der Arbeitnehmer kann seine Arbeit verweigern oder sofort kündigen, wenn sie der Arbeitgeber nicht einhält (S. 159). Die

1) Die Solidarbeziehungen sind rechtswissenschaftlich noch nicht genügend gewürdigt. Kurze Bemerkungen darüber finden sich neuerdings bei HUECK, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz, [Jherings], 74. Bd., S. 358 ff., 363 unter 4.; KRELLER, ArchZivPrax., N. F., Bd. 2, S. 17. Zu weit geht HUECK, wenn er auch die Beziehungen der beiderseitigen Organisationen als unter den Begriff des Arbeitsverhältnisses fallend ansieht. Sie bestehen nicht „zum Zwecke der Arbeitsleistung“. Die rechtliche Existenz der Solidarbeziehungen ist anerkannt in dem Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, § 1 Abs. 1 und 2.

2) Drei Monate Fabrikarbeiter und Handwerksbursche, 1891, S. 74.

Solidarbeziehungen müssen nicht in die einzelnen Arbeitsverträge eingehen, wie z. B. die Pflicht des Arbeitgebers zur Einhaltung einer bestimmten Lehrlingsskala. Die Erfüllung einer solchen Verpflichtung kann nicht der einzelne, sondern nur der Träger des kollektiven Rechts erzwingen, die Betriebsvertretung, wenn es sich um die Einhaltung von Richtlinien für die Einstellung von Arbeitnehmern, die Koalition, wenn es sich um die Einhaltung von Tarifbestimmungen handelt.

2. Das Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber. Ein Arbeitsverhältnis ist nur gegeben, wenn die Arbeitsbeziehungen, um die es sich handelt, Beziehungen sind, die aus der Leistung abhängiger Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinne folgen. Es scheiden alle Arbeitsbeziehungen aus, die nicht abhängige Arbeit zum Gegenstand haben, wie etwa die Arbeit des Arztes, des Anwalts usw. Es scheiden weiterhin alle Arbeitsbeziehungen aus, die zwar auf abhängiger Arbeit beruhen, nicht aber auf abhängiger Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinn, wie etwa die Arbeit der Ehefrau oder des Kindes auf Grund des Familienverhältnisses usw. (S. 21). Andererseits gehören hierher alle Arbeitsbeziehungen, die sich aus einer Arbeit ergeben, die ihrer Natur nach nicht abhängige Arbeit, ihr aber durch Gesetz gleichgestellt ist, wie die Arbeit des Heimwerkers (S. 27).

Das schließt nicht aus, daß die in Frage kommenden Arbeitnehmer selbst auch Arbeitgeber sind (S. 32). Als Beispiel diene hier der Zwischenmeister in der Hausindustrie<sup>1)</sup>. Er steht als Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis zu dem Fabrikanten, der ihm die Ausführung von Arbeiten überträgt. Er steht als Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis zu den Arbeitern, durch die er die ihm übertragenen Arbeiten ausführen läßt. Das Arbeitsverhältnis schließt auch nicht aus, daß Dritte als mittelbare Arbeitgeber an einem

---

1) LOTMAR, I, S. 67; ROSIN, a. a. O., I, S. 178 ff; HEDEMANN, Selbständige Gruppen im Arbeitsverhältnis, NZfAR., 1924, S. 257 ff.

Arbeitsverhältnis aktiv oder passiv beteiligt sind<sup>1)</sup>. Aktiv sind Dritte beteiligt, wenn ihnen Rechte aus dem Arbeitsverhältnis zustehen, wie die Direktionsrechte, die ein Gutsherr über die Hofgänger hat, die er nicht einstellt, sondern seine Landarbeiter zu ihrer Unterstützung hinzuziehen. Passiv sind Dritte beteiligt, wenn ihnen anstelle des unmittelbaren Arbeitgebers oder neben ihm Arbeiterschuttpflichten<sup>2)</sup>, Pflichten aus der Arbeiterversicherung<sup>3)</sup> oder Lohnzahlungspflichten<sup>4)</sup> obliegen. Eine solche Erweiterung des Arbeitsverhältnisses über den unmittelbaren Arbeitgeber hinaus ist der rechtliche Ausdruck für den wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem die in Betracht kommenden Arbeitnehmer nicht nur zu ihrem Arbeitgeber, sondern auch zu Dritten stehen können, und für die soziale Verantwortlichkeit, die aus einem solchen Zusammenhang folgt.

3. Das Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber zum Zwecke der Arbeitsleistung<sup>5)</sup>. Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis, das sich aus dem Vollzug einer Arbeitsleistung ergibt. Es ist weiterhin ein Verhältnis, in dem der Arbeitgeber über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers für sich zu verfügen tatsächlich in der Lage ist, auch wenn eine Arbeitsleistung nicht bewirkt wird (man denke an den Arbeitnehmer, der sich in Arbeitsruhe befindet). Und es ist schließlich ein Verhältnis rechtlicher Bindung, ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich der Arbeitgeber über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers für sich zu verfügen in der Lage ist und eine Arbeits-

---

1) LOTMAR, I, S. 68.

2) Vgl. z. B. die Pflichten, welche Gewerbetreibende zu erfüllen haben, die außerhalb ihrer Arbeitsstätte in Werkstätten gewerbliche Arbeit verrichten lassen, hinsichtlich der Werkstätten, in denen Hausarbeiter beschäftigt werden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Hausarbeiter mit ihnen in einem Vertragsverhältnis stehen oder nicht (§ 13 ff. HausArbG.).

3) §§ 735, 765, 819, 820, 821 RVO.

4) §§ 18 ff. des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. 6. 1909.

5) Vgl. dazu ROSIN, a. a. O., I, S. 175 ff.; auch HUECK, a. a. O., JheringsJ., 74. Bd., S. 358 ff.

leistung erfolgt (man denke an den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer). Wir nennen das Arbeitsverhältnis in den beiden ersten Fällen auch Beschäftigungsverhältnis. Das Beschäftigungsverhältnis ist stets ein Arbeitsverhältnis. Aber nicht jedes Arbeitsverhältnis ist ein Beschäftigungsverhältnis. Es kann ein Arbeitsverhältnis bestehen, ohne daß ein Beschäftigungsverhältnis entstanden ist. Das Beschäftigungsverhältnis beginnt, wenn das Arbeitsverhältnis ange treten ist<sup>1)</sup>. Ist z. B. ein Arbeitnehmer ab 1. April engagiert, so ist das Arbeitsverhältnis mit dem Abschluß des Anstellungsvertrags entstanden, das Beschäftigungsverhältnis aber erst am 1. April, wenn der Arbeitnehmer an diesem Tage die Stelle antritt<sup>2)</sup>.

Von hier aus ergibt sich die Stellung zu einzelnen Erscheinungen des Arbeitsverhältnisses, der Werksbeurlaubung und Arbeitsbereitschaft.

a) Die Werksbeurlaubung gründet sich auf eine beiderseitige Übereinstimmung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über Aussetzung der Arbeit für bestimmte oder unbestimmte Zeit<sup>3)</sup>. Durch Werksbeurlaubung wird nicht das Arbeitsverhältnis, sondern das Beschäftigungsverhältnis aufgehoben. Dementsprechend kann während der Werksbeurlaubung der Arbeitgeber keine Arbeit, der Arbeitnehmer keinen Lohn verlangen<sup>4)</sup>. Andererseits bleiben alle Wirkungen in Kraft, die an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses geknüpft sind. Wenn an die Dauer eines Arbeitsverhältnisses der Eintritt bestimmter Ansprüche, etwa des Anspruchs auf Ur-

---

1) Vgl. § 22 KonkO.

2) Anders NIKISCH, Die Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 164, 166. Dafür aber LOTMAR, I, S. 515 ff.

3) STRUNDEN, Zur Frage der Werksbeurlaubung, NZ. f. AR., 1924, S. 403 ff.; das Schreiben des Reichsarbeitsministers an den Preuß. Minister für Volkswohlfahrt vom 17. 6. 1924, GewKfmG. 30, S. 59 f.; BIERGANS, Die Beendigung des Vertrages über Aussetzen der Arbeit (Werksbeurlaubung), ArbR., 1927, S. 81 ff.

4) Deswegen ist, wenn ein Tarifvertrag besteht, eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über Werksbeurlaubung nur durch einen Tarifvertrag, jedenfalls nur mit Einwilligung der Arbeitnehmer-Koalitionen, die Tarifparteien sind, rechtlich möglich; so mit Recht POTTHOFF, ArbR., 1925, S. 111 ff.

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. 2. Aufl.

laub, geknüpft ist, so ist die Zeit der Werksbeurlaubung in die Dauer des Arbeitsverhältnisses einzurechnen<sup>1)</sup>. Betriebsvertretungsrechte und Wahlrechte nach dem BRG. bleiben bestehen. Der Arbeitnehmer behält die Werkmiet- oder Werkwohnung (§ 20 ff. MieterSchG.). Im übrigen ist er während der Werksbeurlaubung rechtlich nicht daran gehindert, eine andere Arbeit anzunehmen<sup>2)</sup>. Auch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer ist zulässig. Der Arbeitnehmer muß sich, auch durch außerordentliche Kündigung, von einem Zustand befreien können, der ihn verpflichtet, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu halten, ihm aber dafür den Lohnanspruch versagt. Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist dagegen nicht zulässig, es sei denn, daß für eine außerordentliche Kündigung wichtige Gründe vorliegen. Denn der Zweck der Werksbeurlaubung ist für den Arbeitnehmer die Sicherung der Arbeitsstelle für die Zeit nach dem Ablauf der Werksbeurlaubung. Dafür verzichtet er auf den Lohn und hält sich dem Arbeitgeber zur Verfügung. Diese Sicherung kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht einseitig entziehen<sup>3)</sup>. Nach dem Ablauf der Urlaubszeit muß der Arbeitgeber den werkbeurlaubten Arbeitnehmer wieder einstellen, wenn dieser es fordert. Ist für die Werkbeurlaubung keine bestimmte Frist vereinbart, so entscheidet billiges, nach §§ 315 ff. BGB. zu beurteilendes Ermessen des Arbeitgebers, ob und wann seine Wiedereinstellungspflicht beginnt.

1) SAUER, JW., 1925, S. 220 f.

2) Hat der werkbeurlaubte Arbeitnehmer Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung? Dies wird neuerdings in dem Rundschreiben des Reichsarbeitsministers vom 20. 2. 1926, RABl., AT., 1926, S. 53, verneint.

3) In der Rechtsprechung wird nicht die Frage behandelt, ob die Kündigung zulässig ist, sondern ob der Arbeitgeber, wenn er während der Werkbeurlaubung kündigt, für die Dauer der Kündigungsfrist den Lohn zu zahlen hat; vgl. auf der einen Seite den Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 4. 9. 1924, NZfAR., 1924, S. 696, auf der anderen Seite die Entsch. des GG. Offenbach vom 29. 1. 1926, SchlichtW., 1926, S. 87. — Wenn die Werksbeurlaubung erfolgt, um die Vorschriften der StilllegungsV. zu umgehen, so ist die auf sie gerichtete Abrede nichtig; so mit Recht TONI SENDER, BRZtschr. der Metallind., 1924, S. 476 ff.; dagegen FUCHS, JW., 1924, 1856.

b) Die Arbeitsbereitschaft ist besonders für die Frage der zulässigen Arbeitszeit von Bedeutung (§ 2 ArbZeitV.)<sup>1)</sup>. Die Arbeitsbereitschaft ist ein Beschäftigungsverhältnis mit möglicher, aber nicht tatsächlicher Beschäftigung. Sie ist eine Form der Arbeitsruhe, nicht der Arbeitsbetätigung. Man kann drei Stufen der Arbeitsruhe unterscheiden. Die erste Stufe ist die ungebundene Arbeitsruhe. Bei ihr ist der Arbeitnehmer der Verfügung des Arbeitgebers entzogen. Er gehört sich selbst. Aufenthalt im Betrieb ist nicht erforderlich. Dahin ist die Nachtruhe, der Urlaub usw. zu rechnen. Die zweite Stufe ist die gebundene Arbeitsruhe. Bei ihr ist der Arbeitnehmer von der Arbeit frei, aber er darf sich nicht von der Betriebsstätte entfernen. Dahin gehört in der Regel die Arbeitspause. Die dritte Stufe ist die Arbeitsbereitschaft. Sie ist aktive Arbeitsruhe. Die Arbeitskraft ruht, aber sie bleibt der jederzeitigen Verfügung des Arbeitgebers unterworfen. Ist sie deswegen auch keine Arbeit, so wird sie doch mit Recht zur Arbeitszeit gerechnet, denn der Arbeitnehmer ist, solange er arbeitsbereit sein muß, der Verfügung über sich selbst entzogen und untersteht fremder Verfügung. Seine Zeit gehört nicht ihm, sondern einem Anderen. Die Arbeitsbereitschaft bezieht sich auf die dem Arbeitnehmer in erster Linie obliegende Arbeit. Sie schließt nicht aus, daß mit ihr Nebenarbeiten verbunden sind. Der Chauffeur an der Wartestelle ist in Arbeitsbereitschaft, wenn er auch sein Auto bewachen muß. Seine Arbeitspflicht ist in erster Linie das Fahren, nicht das Bewachen. In Bezug auf das Fahren aber ruht seine Arbeitskraft<sup>2)</sup>. Damit entfällt die Ansicht, daß die Arbeitsbereitschaft „ein Zwischenzustand zwischen Arbeitsruhe und Arbeitstätigkeit“ sei<sup>3)</sup>. Sie ist nur Arbeitsruhe und zwar aktive Arbeitsruhe. Wird von dem Arbeitnehmer mehr als aktive Arbeits-

1) KLEHMET, Arbeitsbereitschaft, RABL., 1925, NAT, S. 462 ff.

2) Über die Arbeitsbereitschaft des Kellners s. POTTHOFF, Internationale Hotelindustrie, 50. Jahrg., Nr. 24.

3) KASKEL, SchlichtW., 1926, S. 75 (Gutachten), und ihm folgend MANSFELD, NZfAR., 1926, S. 603 ff.

ruhe gefordert, so liegt nicht Arbeitsbereitschaft, sondern Arbeitsbetätigung vor. Der Maschinist, der die Maschinen zu überwachen hat, ist nicht in Arbeitsbereitschaft, sondern in Arbeitstätigkeit. Seine Tätigkeit ist geistige, in Aufmerksamkeit bestehende Tätigkeit. Diese Aufmerksamkeit mag während der Arbeitsperiode einen verschiedenen Grad haben. Die Verschiedenheit des Grades schließt aber das Wesen der Tätigkeit, die Arbeitsbetätigung von Arbeitsbereitschaft scheidet, nicht aus<sup>1)</sup>. Ein Indiz für die Tätigkeit ist die Verantwortlichkeit. Ein Arbeitnehmer, der für den ordnungsmäßigen Gang einer Maschine verantwortlich ist, hat dafür zu sorgen, daß der ordnungsmäßige Gang nicht gestört wird. Wenn der Arbeitnehmer solche Sorge während einer bestimmten Zeit hat, so ist er nicht in Arbeitsruhe<sup>2)</sup>. Diese Anschauung entspricht auch der sozialpolitischen Auffassung. Die wirtschaftliche Entwicklung geht immer mehr zu dem automatisierten Arbeitsprozeß über. Der automatisierte Arbeitsprozeß, der den größten Teil des Arbeitsprozesses auf die Maschine überträgt und von dem Arbeitnehmer nur Aufsicht und Bewachung des technischen Vorgangs fordert, ist eine höhere Produktionsform. Er wäre kein Fortschritt, wenn zugleich mit ihm im Sinne des § 2 ArbZeitV. die Schranke der geregelten Arbeitszeit gesprengt wäre.

---

1) LOTMAR, a. a. O., I, S. 88. Wenn KASKEL, a. a. O., S. 75, die Annahme einer Arbeitstätigkeit verwirft, weil es sich nur um eine „gewisse Achtsamkeit bzw. Wachsamkeit“ handle, so verkennt er, daß eine solche „gewisse Achtsamkeit“ den Begriff der Arbeitsbereitschaft ausschließt, sofern die Achtsamkeit gerade der Inhalt der Hauptarbeitspflicht ist. Wenn KASKEL weiterhin die Aufmerksamkeit, die eine Anspannung der Nerven und Denkfunktionen erfordert, von der Aufmerksamkeit unterscheidet, die lediglich in einem äußeren und inneren Zustand der Entspannung stattfindet, so ist die Unterscheidung nicht verständlich. Aufmerksamkeit und Entspannung schließen sich aus.

2) So ausführlich ERNST LOEWENTHAL, Zum Begriff der Arbeitsbereitschaft, ArbR., 1927, S. 185 ff. Dafür auch LG. Duisburg in einem Urteil vom 12. 11. 1926, SchlichtW., 1927, S. 151, 153. Die im Text vorgetragene Auffassung wird bestätigt durch § 4 ArbZeitV. Die Hervorhebung der „Arbeiten zur Bewachung der Betriebsanlagen“ usw. in § 4 wäre nicht verständlich, wenn das Gesetz Bewachungsarbeiten und Arbeiten ähnlicher Art nur als Arbeitsbereitschaft im Sinne des § 2 a. a. O. ansehen würde.

## 2. Kapitel.

### Die Entstehung.

Das Arbeitsverhältnis entsteht durch Vertrag oder ohne Vertrag.

#### I.

#### Der Anstellungsvertrag.

##### A. Wesen.

1. Anstellungsvertrag ist {der Vertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Der Anstellungsvertrag ist ein Arbeitsvertrag, d. h. ein Vertrag, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den {einen und die Leistung von Entgelt durch den {anderen vereinbaren<sup>1)</sup>. Der Arbeitsvertrag ist der einheitliche Begriff, der sowohl den Werkvertrag, als auch den Dienstvertrag in sich schließt. Der Anstellungsvertrag ist kein Werkvertrag. Er kann kein Werkvertrag sein, weil der Begriff des Werkvertrags die Leistung abhängiger Arbeit ausschließt<sup>2)</sup>. Der

1) LOTMAR, I, S. 32. Das Moment der Entgeltlichkeit ist für den Arbeitsvertrag begriffswesentlich (LOTMAR, S. 58, Anm. 1). Nicht begriffswesentlich ist das Moment des Entgelts für das Arbeitsverhältnis. Es gibt Arbeitsverhältnisse ohne Entgelt, weil es Arbeitsverhältnisse ohne Arbeitsvertrag gibt (s. S. 140 im Text). Der Streit um die Frage des Entgelts im Arbeitsrecht wird dadurch getrübt, daß Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag nicht auseinandergelassen werden.

2) s. NIKISCH, Die Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 115. Die alte Kontroverse über den Unterschied zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag, die heute noch nicht abgeschlossen ist, berührt deshalb das Arbeitsrecht, das es nur mit abhängiger Arbeit zu tun hat, nicht.

Anstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag. Doch ist damit das Wesen des Anstellungsvertrags noch nicht endgültig bestimmt.

Jeder Anstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag, aber nicht jeder Dienstvertrag ist ein Anstellungsvertrag. Es gibt Dienstverträge, die nicht die Leistung abhängiger Arbeit zum Gegenstand haben. Man denke an den Handlungsagenten. Er ist eine Person, die ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (§ 84 HGB.). Der Vertrag zwischen ihm und dem Geschäftsherrn ist ein Dienstvertrag<sup>1)</sup>, kein Anstellungsvertrag. Der Anstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag über abhängige Arbeit. Es wird durch ihn nicht nur Arbeit, sondern abhängige Arbeit gegen Entgelt versprochen, d. h. Arbeit, die unter fremder Verfügungsgewalt zu leisten ist<sup>2)</sup>.

Die fremde Verfügungsgewalt entsteht nicht ohne weiteres durch den Vertrag. Sie entsteht erst mit der Hingabe in die Gewalt, die gleichzeitig mit dem Abschluß des Anstellungsvertrags erfolgen kann, aber nicht erfolgen muß. Die Hingabe in die Gewalt findet statt durch den Dienstantritt, d. h. durch die tatsächliche Einordnung in den Gewaltbereich des Arbeitgebers. Wie beim Kaufvertrag die obligatorische Verpflichtung des Verkäufers zu unterscheiden ist von dem dinglichen Übereignungsakt, so ist im Anstellungsvertrag die obligatorische Verpflichtung des Arbeitnehmers, die auf Leistung abhängiger Arbeit gerichtet ist, von dem personenrechtlichen Akt zu unterscheiden, durch den die Hingabe in fremde Verfügungsgewalt erfolgt. Das Gewaltelement im Anstellungsvertrag hat deswegen eine doppelte, wohl zu beachtende Seite. Es bedeutet einmal das Versprechen, sich in die Gewalt zu begeben (Gewalt-

1) RGZ., Bd. 62, S. 229; 63, S. 73; JW., 1908, S. 318; 1911, S. 106. Wie der Handlungsagent nur Dienstverpflichteter, aber nicht Arbeitnehmer ist, ist z. B. auch der Lotse nur Dienstverpflichteter, kein Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 3, Satz 3, SeemO.; dazu NIKISCH, a. a. O., S. 142).

2) So vor allem neuerdings NIKISCH a. a. O., S. 115, 194. Die im Text ausgesprochene Auffassung liegt auch dem AllgArbVE. zu Grunde: „Arbeitsvertrag ist der Vertrag, durch den der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt angestellt wird“ (§ 1).

versprechen). Es bedeutet sodann die Begebung in die Gewalt selbst durch Dienstantritt (Gewaltverhältnis). Das Gewaltversprechen gehört dem obligatorischen Teil, das Gewaltverhältnis dem personenrechtlichen Teil des Anstellungsvertrags an. Das Gewaltrecht des Arbeitgebers entsteht mithin nicht schon mit dem Abschluß des Anstellungsvertrags, sondern erst mit der Begründung des Gewaltverhältnisses, wie das Eigentum des Käufers nicht schon durch den Abschluß des Kaufvertrags, sondern erst mit der Übereignung der Kaufsache entsteht<sup>1)</sup>.

Wir bezeichnen den Dienstvertrag, der ein Anstellungsvertrag ist, mit einem besonderen Namen, weil er als Dienstvertrag eine besondere Art des Arbeitsvertrags und als Anstellungsvertrag eine besondere Art des Dienstvertrags ist<sup>2)</sup>.

1) Die Parallele zwischen Dienstvertrag und Kaufvertrag ist in dieser Hinsicht geistvoll durchgeführt von ROMAN BOOS, Der Gesamtarbeitsvertrag nach Schweizerischem Recht, 1916, S. 197 f.; dazu meine Besprechung, ArbR., 1917, S. 126 ff., 129.

2) Die scharfe Kritik, die POTTHOFF, ArbR., 1927, S. 179, im Anschluß an das Buch von NIKISCH an dieser Bezeichnung übt, geht von falschen Voraussetzungen aus und kann das im Text Gesagte nicht entkräften. Durch die obigen Ausführungen ist auch die Grundlage für die Antwort auf die Frage gegeben, ob der Anstellungsvertrag ein Schuldvertrag oder ein „Organisationsvertrag“ ist. Bekanntlich ist die erstere Auffassung die herrschende Meinung, die letztere Auffassung wird insbesondere von POTTHOFF vertreten. Der Anstellungsvertrag als Entstehungsgrund des Arbeitsverhältnisses ist ein Schuldvertrag. Daß der Arbeitnehmer in ihm nicht nur eine Leistung, sondern auch eine Hingabe in die Gewalt des Arbeitgebers verspricht, ändert daran nichts. Denn auch das Gewaltversprechen ist ein schuldrechtliches Versprechen. Es ist auf ein Tun, nämlich auf die Begebung unter die Gewalt des Arbeitgebers gerichtet. Mit dem Dienstantritt ist dieses Versprechen erfüllt. Das Bild ändert sich, sobald das Arbeitsverhältnis, das sich aus dem Anstellungsvertrag ergibt, ins Auge gefaßt wird. Das Arbeitsverhältnis ist inhaltlich nicht nur ein Schuldverhältnis, sondern auch ein Gewaltverhältnis (S. 145). Daß dieser Sachverhalt solange übersehen wurde, hat seinen Grund darin, daß man immer nur von dem Anstellungsvertrag, nicht aber von dem Arbeitsverhältnis ausgegangen ist. Faßt man beides ins Auge, nämlich den Anstellungsvertrag und das Arbeitsverhältnis, so lautet die Antwort auf die aufgeworfene Frage, daß der Anstellungsvertrag weder ein Schuldvertrag, noch ein Organisationsvertrag ist, sondern ein Vertrag mit schuld- und gewaltrechtlichen Wirkungen, ein Verhältnis unter Einzelnen und ein Einheitsverhältnis (S. 12), das seine Wurzeln im Schuld- und im Personenrecht hat. Der Versuch, den gelegentlich SOHM, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 28, S. 185, gemacht hat, die schuldrechtlichen Wirkungen des Arbeitsverhältnisses ausschließlich aus einem personenrechtlichen

2. Das Gewaltverhältnis im Anstellungsvertrag, das ihn zu einem Vertrag eigener Art stempelt, ist in seinen geschichtlichen Vorläufern vorgezeichnet. Diese Vorläufer sind die *commendatio* und die *locatio conductio operarum*.

Das Gewaltverhältnis tritt in der *commendatio* offen zu Tage. Es commendierte sich, „*qui se in alterius potestate commendat*“<sup>1)</sup>. Die *potestas* konnte eine private oder öffentliche, aber auch eine private und öffentliche zugleich sein, je nachdem mit der Dienstgewalt öffentlich-rechtliche Befugnisse verbunden waren oder nicht. Sie konnte dem Commendierten die Freiheit belassen oder nicht, „*ingenuili ordine*“ oder aber unter Aufgabe des „*status ingenuitatis*“ erfolgen<sup>2)</sup>. Sie konnte schließlich eine engere oder weitere sein, wenn sie nur die Arbeitskraft des Menschen oder auch seine Habe erfaßte. Die *commendatio* des Mittelalters wurde durch den neuen Staat und die neue Wirtschaft verdrängt. Der Staat zog alle privaten Hoheitsbefugnisse in sich auf und stürzte die feudalen Gewalten. Die Wirtschaft bildete sich von der gebundenen Naturalwirtschaft in die Verkehrs- und Geldwirtschaft um. Die Arbeit, die an eine Stelle gebunden war, wurde zur Ware, die Jedermann und überall zur Verfügung stand.

Die *locatio conductio operarum*, die Dienstmiete des römischen Verkehrsrechts, tritt auf die Bühne. Man darf sich ihr Eindringen nicht so vorstellen, als ob erst durch sie der „freie Arbeitsvertrag“ in Deutschland eingeführt worden sei. „Freie Arbeit“ ging stets neben den gebundenen Arbeitsverhältnissen einher<sup>3)</sup>.

Verhältnis zu erklären, sodaß alle Wirkungen des Anstellungsvertrags nicht schuldrechtlicher, sondern nur personenrechtlicher Art seien, geht fehl, weil die Leistungen und Gegenleistungen im Arbeitsverhältnis auf einem Schuldvertrag beruhen und nicht unselbständige Folgen aus einem personenrechtlichen Verhältnis sind.

1) s. die Formel bei V. EHRENBURG, *Commendation und Huldigung nach fränkischem Recht*, S. 11 ff.

2) Heusler, *Institutionen*, I, S. 120 ff.

3) v. BELOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, S. 125 Anm. 4. Dies kennt v. GIERKE in seiner Schrift „*Die Wurzeln des Dienstvertrags*“. Er sieht diese Wurzeln ausschließlich im „*Treudienstvertrag*“ (der *commendatio* des alten Rechts).

Die Periode des „freien Arbeitsvertrags“ brachte kein neues Rechtsinstitut. Sie stellte nur ein Rechtsinstitut, das vorher im Hintergrund war, in den Vordergrund. Ihre Bedeutung liegt nicht darin, was sie brachte, sondern darin, was sie zerstörte. Sie zerstörte alle Markthemmnisse, die der Ausbreitung des „freien Arbeitsvertrages“ entgegenstanden.

Die *locatio conductio operarum* wurde ausschließlich als ein schuldrechtlicher Vertrag behandelt. Aber sie war keineswegs nur ein schuldrechtlicher Vertrag. Führt sie zu einer Anstellung, so erzeugte auch die *locatio conductio operarum* ein Gewaltverhältnis. Nur daß dieses Gewaltverhältnis rechtlich nicht anerkannt wurde, wie dies bei der *commendatio* der Fall war, sondern nur faktisch bestand, jeder Macht und Willkür preisgegeben<sup>1)</sup>. Oder vielmehr: Es gab eine Regelung der Gewalt. Aber diese Regelung war nicht der Eigenart der Personen, sondern der Sachen entnommen. Die *l. c. oper.* galt als ein Unterfall der Miete, des Umsatzes von „Gebrauch gegen Geld“<sup>2)</sup>. Der Arbeitgeber war der Mieter der Arbeitskraft. Er hatte ein vertragsmäßiges Gebrauchsrecht an ihr, wie der Mieter eines Pferdes ein Gebrauchsrecht an ihm hat. Noch im Jahre 1880 konnte das Reichsgericht erklären, daß „bei der nahen Verwandtschaft der Dienstmiete mit der Sachenmiete . . . die für die Sachmiete geltenden Grundsätze . . . analog“ anzuwenden seien<sup>3)</sup>. Diese rechtliche Auffassung entsprach der herrschenden wirtschaftlichen Anschauung, wie sie namentlich in der Lehre der klassischen Nationalökonomie zu Tage trat. Danach ist die Arbeit eine Ware, die, wie jede andere Ware, nach dem gleichen „wirtschaftlichen Gesetz“ von Angebot und Nachfrage ausgetauscht wird.

Der heutige Anstellungsvertrag hat sich von der *commendatio* und *locatio* in zwei Punkten losgelöst: Er läßt Gewalt als private

1) Es ist das Verdienst MOLITORS, Zur Geschichte des Arbeitsvertrags, Zeitschrift f. d. ges. Handels- und Konkursrecht, LXXXVII, S. 371 ff., den „sklavenähnlichen Zustand“ bei der *locatio conductio operarum* in das rechte Licht gerückt zu haben.

2) WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 6. Aufl., S. 528.

3) RGZ., Bd. 3, S. 181 f.

Gewalt über Menschen nur insoweit zu, als die Arbeit dies erfordert, und er wertet sie nicht als Funktion einer Sache, sondern als Funktion eines Menschen, der nicht nur sich, sondern auch dem Ganzen gehört.

3. Ob im Einzelfall ein Anstellungsvertrag gegeben ist, hängt davon ab, ob der Wille der Vertragsbeteiligten nur auf ein Verhältnis unter einzelnen oder auch auf ein Einheitsverhältnis gerichtet war (S. 12). Eine allgemeine Formel dafür, woran es zu erkennen ist, ob ein Einheitsverhältnis vorliegt, läßt sich nicht aufstellen. Anhaltspunkte dafür können darin liegen, daß nicht einzelne Leistungen versprochen sind, sondern eine fortlaufende Tätigkeit geleistet werden soll, deren Konkretisierung sich erst aus dem Vollzug der Arbeit ergibt<sup>1)</sup>. Sie reichen nicht immer aus, um die streitige Frage zu entscheiden. Es gibt Verträge, die sich nur auf einzelne Leistungen beziehen und doch Anstellungsverträge sind. Man denke an den Einheitsakkord, den ein Monteur mit einer Maschinenfabrik über die Herstellung einer Maschine im Betrieb abschließt. Und es gibt Verträge, die eine fortlaufende Tätigkeit zum Gegenstand haben und reine Dienstverträge sind, auch wenn die Konkretisierung der Tätigkeit erst im Vollzuge der Arbeit erfolgen soll. Man denke an den Vertrag eines Anwalts mit einer Firma, die die rechtliche Erledigung einer Anzahl von Aufträgen dem Anwalt überträgt, sich aber die nähere Bestimmung darüber vorbehält, in welcher Weise diese Erledigung erfolgen soll. Entscheidend dafür, ob ein Anstellungsvertrag vorliegt, ist die Frage, ob der zur Arbeit Verpflichtete einer fremden Ordnung seines persönlichen Seins für die Erbringung der Arbeit unterworfen sein soll oder nicht. Ein Indiz dafür ist immer die Antwort auf die Frage, ob der zur Arbeit Verpflichtete eine bestimmte Arbeitszeit einhalten muß oder nicht. Kann er seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen und ist sie ihm vorgeschrieben, so wird in der Regel anzunehmen sein, daß die Arbeit, die er leistet, abhängige Arbeit

<sup>1)</sup> Diesen Gesichtspunkt rückt neuerdings NIKISCH, Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 114 ff., in den Vordergrund.

und der Arbeitsvertrag, den er schließt, Anstellungsvertrag ist. Wobei zu beachten ist, daß es nicht darauf ankommt, ob er fremder Ordnung tatsächlich unterworfen ist, sondern darauf, ob er ihr unterworfen werden kann. Wenn ein Arbeitgeber einen Monteur nach auswärts schickt, damit er bei Kunden Maschinen montiere, so ist der Monteur draußen tatsächlich fremder Ordnung nicht unterworfen, er kann arbeiten, wann und wie er will. Aber der Arbeitgeber hat das Recht, ihm nicht nur seine Ordnung vorzuschreiben, er kann auch jederzeit anderweitig über den Monteur verfügen, ihn zurückrufen, ihm andere Arbeit zuweisen usw. Dieses rechtliche Moment begründet die Annahme, daß er unter fremder Verfügungsgewalt steht, auch wenn er tatsächlich von ihr frei ist<sup>1)</sup>.

4. Die Formen des Anstellungsvertrags sind verschieden.

a) Der Anstellungsvertrag ist Einzel- oder Gruppenvertrag. Einzelvertrag liegt vor, wenn der Vertrag nur mit einem einzelnen Arbeitnehmer geschlossen ist. Gruppenvertrag liegt vor, wenn der Vertrag mit einer Mehrheit von Arbeitnehmern (Kolonnen, Kameradschaften usw.) geschlossen ist. Bei dem Gruppenvertrag ist das Innen- und Außenverhältnis der Gruppe zu unterscheiden. Das Innenverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, sondern Gesellschaftsverhältnis. Das Außenverhältnis ist Arbeitsverhältnis. Sein besonderer Charakter liegt darin, daß die einzelnen Mitglieder der Gruppe nicht einzeln, sondern nur insgesamt dem Arbeitgeber gegenüberstehen. Der Arbeitgeber kann die einzelnen Mitglieder nicht außerhalb der Gruppe beschäftigen, sie auch aus der Gruppe nicht ausschalten. Die Zahlung des Lohns erfolgt nur an die Gruppe, nicht an die Einzelnen, wenn nichts anderes vereinbart ist, etwa durch Aufstellung eines Verteilungsplans. Die Gruppe hat in der Regel einen Geschäftsführer, der die Gesamtheit ver-

---

1) Die im Text gemachten Ausführungen können insofern methodisch bedenklich erscheinen, als Tatbestände und Rechtsfolgen nicht genau auseinandergehalten sind. Indessen darf nicht verkannt werden, daß diese methodisch zu verlangende Trennung praktisch nicht immer durchführbar ist. Denn die Vorstellung der Rechtsfolge kann, wenn sie gewiß ist, ein Mittel dafür sein, einen ungewissen Tatbestand zu erkennen.

tritt. Im Zweifel ist er nicht dazu berechtigt, über den Lohnanspruch der Gruppe zu verfügen. Der Arbeitgeber kann ein Mitglied der Gruppe mit seiner Vertretung betrauen. Der Geschäftsführer kann, muß aber nicht dieser Vertreter sein. Der Arbeitgeber kann der Gruppe auch Hilfskräfte zur Verfügung stellen. Diese Hilfskräfte stehen in keinem inneren Verhältnis zur Gruppe, sondern nur in einem Verhältnis zum Arbeitgeber. Kraft des Innenverhältnisses haben die einzelnen Mitglieder Anspruch auf einen Anteil am Gesamtlohn. Dieser Anspruch ist rechtlich ein gesellschaftrechtlicher Anspruch. Trotzdem gilt er als Lohnanspruch, namentlich in der Frage der Lohnsicherung (S. 184 ff.) und der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit (§ 2 Ziff. 3 ArbGerG.), weil er wirtschaftlich den Charakter eines Lohnanspruches hat. Der Gruppenvertrag ist zu unterscheiden von dem Gesamtvertrag, der, ohne auf einem Anstellungsvertrag zu beruhen, Leistung von Arbeit zum Gegenstand hat. Dahin gehört z. B. der Vertrag, den eine Musikkapelle mit einem Cafébesitzer abschließt. Die Arbeit, die eine solche Kapelle leistet, ist in der Regel keine abhängige Arbeit. Der Gruppenvertrag ist weiterhin zu unterscheiden von der sog. Betriebsgruppe. Bei der Betriebsgruppe wird die Gruppe durch den Betriebsinhaber zusammengestellt. Die Mitglieder stehen in keinem rechtlichen Innenverhältnis zueinander. Sie leisten die Arbeit in der Gruppe nicht auf Grund eines gemeinsamen Anstellungsvertrags, sondern einzelner Anstellungsverträge. Deswegen ist der Arbeitgeber bei der Betriebsgruppe zur beliebigen Verfügung über ihre Mitglieder berechtigt. Und schließlich ist der Gruppenvertrag zu unterscheiden von dem sog. Mitarbeitervertrag. Der Mitarbeitervertrag besteht darin, daß ein Arbeitnehmer einem Arbeitgeber gegenüber sich nicht zu einer Arbeit im Betrieb schlechthin, sondern nur zur Arbeit in einer Gruppe verpflichtet. Der Arbeitnehmer braucht nur Arbeit in der Gruppe zu leisten. Er steht in keinem rechtlichen Innenverhältnis zur Gruppe, sondern nur in einem Verhältnis zum Arbeitgeber<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Über Einzelheiten BÜSING, der Gruppenarbeitsvertrag, 1926, wo auch die nähere Literatur angegeben ist; dazu §§ 112 bis 120 AllgArbVGE, mit aus-

b) Der Anstellungsvertrag ist Zeitlohn- oder Akkordvertrag. Der Zeitlohnvertrag ist ein Anstellungsvertrag, bei dem das Entgelt ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis nach der Zeit der Arbeit bemessen wird. Der Akkordvertrag ist ein Anstellungsvertrag, bei dem das Entgelt nach dem Arbeitsergebnis bemessen wird. Der Akkordlohn kann als Einheitslohn für die einmalige Herbeiführung eines Arbeitserfolgs oder als Stücklohn für die fortgesetzte Herstellung von Einzelstücken vereinbart sein. Zeitlohn und Akkordlohn können kombiniert sein und zwar successive, indem ein Arbeiter bald gegen Zeitlohn, bald gegen Akkordlohn arbeiten muß, oder aber kumulativ, indem dieselbe Arbeit sowohl nach Maßgabe der aufgewendeten Zeit als auch des Arbeitserfolgs vergütet wird, wenn z. B. Zeitlohn als Mindestlohn garantiert ist oder zum Zeitlohn eine „Prämie“ hinzutritt. Die Bemessung des Lohns nach dem Arbeitsergebnis hat nicht die Bedeutung, daß der Akkordlohn nur bezahlt wird, wenn ein Arbeitsergebnis zustande gekommen ist. Das Arbeitsergebnis ist nicht Bedingung für die Entstehung des Lohnanspruchs. Es ist nur der Masstab für die Bemessung des Lohns. Auch im Akkordvertrag ist Arbeitsleistung geschuldet und wird Entgelt für die Arbeitsleistung bezahlt<sup>1)</sup>. Das zeigt sich vor allem darin, daß der Arbeitgeber über die Arbeitskraft des Akkordarbeiters jederzeit verfügen kann, indem er ihm die Akkordarbeit entzieht und ihm andere oder gar keine Arbeit zuweist<sup>2)</sup>. Dies schließt nicht aus, daß die Abhängigkeit des Lohns von dem Zustandekommen des Arbeitsergebnisses vereinbart wird. So hat der Provisionsreisende einen Anspruch auf Provision nur, wenn das Geschäft abgeschlossen ist, und der Arbeiter kann keinen Lohn fordern, wenn ausdrücklich vereinbart worden ist, daß bei „Aus-

---

föhrlicher Begründung in der Denkschrift zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, S. 21 ff.

1) Diese Auffassung des Akkordvertrags ist die herrschende. Sie findet neuerdings eine besonders einleuchtende Begründung in dem Buche von JAERISCH, Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit, S. 12 ff.

2) Auch der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsges. geht in seinen § 63 ff. von dem Anstellungscharakter des Akkordvertrags aus.

schuß“, d. h. bei mißlungener Akkordarbeit, ein Lohn nicht bezahlt werden soll<sup>1)</sup>.

c) Der Anstellungsvertrag ist ein eigentlicher oder uneigentlicher Anstellungsvertrag. Ein eigentlicher Anstellungsvertrag liegt vor, wenn ein Vertrag über Arbeit geschlossen wird, die ihrer Natur nach abhängige Arbeit ist. Ein uneigentlicher Anstellungsvertrag liegt vor, wenn ein Vertrag über Arbeit geschlossen wird, die ihrer Natur nach nicht abhängige Arbeit, dem Gesetze nach aber der abhängigen Arbeit gleichgestellt ist (S. 27). Ein uneigentlicher Anstellungsvertrag ist der Arbeitsvertrag mit dem Heimarbeiter. Der Heimarbeiter ist eine arbeitnehmerähnliche Person (S. 42). Der Vertrag, den er mit dem Geschäftsherrn abschließt, steht daher unter denselben Regeln, die für den eigentlichen Anstellungsvertrag gelten, soweit die Natur des Heimarbeitsverhältnisses sie nicht ausschließt (z. B. hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsschutzes)<sup>2)</sup>. Voraussetzung dafür ist, daß es sich nicht nur um bestimmte einzelne Leistungen handelt (z. B. ein Hausgewerbetreibender erhält von einem Kleiderfabrikanten den Auftrag zur Herstellung von fünf zugeschnittenen Anzügen übertragen, ohne daß weitere Leistungen in Aussicht genommen sind), sondern um eine fortlaufende Tätigkeit, einerlei, ob der Heimarbeiter nur für einen Arbeitgeber oder mehrere Arbeitgeber zugleich arbeitet.

### B. Arten.

Der Anstellungsvertrag ist Dienstvertrag nach dem BGB. Seine Bestimmungen kommen zur Anwendung, soweit keine Sonder-

1) Vgl. JAERISCH, a. a. O., S. 16. Übrigens kann eine solche Abrede, wonach der Lohn bei mißlungener Arbeit verwirkt sein soll ohne Rücksicht darauf, ob den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft oder nicht, unsittlich sein. Ein besonderes Verbot des „Wagennullens“, wonach der Bergarbeiter keinen Lohn bekommen soll, wenn auf einem geförderten Wagen auch schlechte Kohle sich befindet, ist in § 80 c Abs. 2 AllgBergG. ausgesprochen.

2) Deswegen besagt § 4 AllgArbVGE.: „Soweit sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt, finden die Rechtssätze über Arbeitnehmer Anwendung auf . . . Heimgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen“.

regelung vorhanden ist. Sind Sonderbestimmungen vorhanden, so gelten die Bestimmungen über den Dienstvertrag subsidiär. Besonders geregelte Anstellungsverträge sind namentlich die folgenden:

1. Der gewerbliche Arbeitsvertrag (Titel VII, §§ 105 ff. GewO.). Gewerbliche Arbeiter sind, soweit nichts besonderes bestimmt ist (§ 119b, § 154, § 154a GewO.), alle Personen, die in einem gewerblichen Unternehmen als Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter oder in ähnlichen Stellungen für Zwecke des Gewerbebetriebs beschäftigt werden<sup>1)</sup>. Gewerbebetrieb ist jeder Betrieb, der auf Erzielung von Gewinn gerichtet ist, wenn er nicht der Urproduktion (Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Bergbau) angehört. Betriebe, die, wenn sie auch wirtschaftlicher Art sind, doch nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet sind (z. B. Konsumgenossenschaften), sind keine gewerblichen Betriebe, ebensowenig die Betriebe, die, wenn sie auch auf Erzielung von Gewinn gerichtet sind, kraft Gesetzes nach § 6 GewO. als gewerbliche Betriebe nicht gelten, wie die Fischerei, die erzieherische Tätigkeit, die advokatorische und Notariatspraxis, die Versicherungs- und Eisenbahnunternehmungen. Auf der anderen Seite können Betriebe, die keine gewerblichen Betriebe sind, kraft ausdrücklicher Bestimmung den arbeitsrechtlichen Vorschriften des Titels VII unterworfen sein, wie der Bergbau nach § 154a BGB. Titel VII ist in der Weise gegliedert, daß zunächst die allgemeinen Verhältnisse aller Arbeitnehmer, die das Gesetz als „gewerbliche Arbeiter“ ansieht, nämlich der Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker und Fabrikarbeiter geregelt werden, sodann die besonderen Verhältnisse der einzelnen gewerblichen Arbeiter, insbesondere auch der Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker (§ 133a ff.).

2. Der Handlungsgehilfenvertrag (§ 59 ff. HGB.). Handlungsgehilfe ist der Arbeitnehmer, der in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt an-

---

1) LANDMANN, II, Vorbem. zu Tit. VII, S. 175; dazu LOTMAR, I, S. 298 ff.

gestellt ist. Der Begriff des Handelsgewerbes ergibt sich aus §§ 1—3 in Verbindung mit § 5 HGB. Kein Handlungsgehilfe ist demnach z. B. der Portier, der in einem Handelshaus angestellt ist, auch nicht der Buchhalter, der auf einem landwirtschaftlichen Gut tätig ist, wenn nicht die Firma des Landwirts in das Handelsregister eingetragen ist (§ 3 HGB.). Die Bestimmungen des HGB. über Handlungsgehilfen werden durch Bestimmungen des Titels VII der GewO. ergänzt (vgl. § 105 b, § 105 c Abs. 1 Nr. 2, §§ 139 c bis 139 f, § 139 g, § 139 h, § 139 k).

3. Der Landarbeitervertrag (§ 1 ff. Landarbeitsordnung; §§ 22—25 a des Reichssiedelungsgesetzes vom 11. 8. 1919).

4. Die schiffahrtsrechtlichen Arbeitsverträge. Hierher gehören a) der Dienst- oder Heuervertrag zwischen dem Rheder und den Schiffen (§ 511 ff. HGB.); b) der Heuervertrag zwischen dem Rheder und den zur Schiffsmannschaft gehörigen Personen mit Ausnahme des Schiffers, aber mit Einschluß der Offiziere (§ 1 ff. SeemO.); c) der Dienstvertrag zwischen dem Schiffseigner und dem Schiffer, sowie der Schiffsmannschaft zur Schifffahrt auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern (§ 1, § 7 ff., § 21 ff. des Binnenschifffahrts-Ges.); d) die Dienstverträge zwischen dem Floßeigentümer oder Frachtflößer und dem Floßführer, sowie dem Floßmann (§ 1 ff., § 17 ff. des Flößerei-Gesetzes).

5. Der Reichsbahn-Personal-Vertrag. Das Personal der deutschen Reichsbahngesellschaft besteht aus Beamten, Angestellten und Arbeitern. Ihre Rechts- und Dienstverhältnisse sind geordnet in der Personalordnung der Deutschen Reichsbahngesellschaft vom 10. 12. 1924. Die PersO. beruht auf dem Reichsbahngesetz und dem Reichsbahnpersonalgesetz vom 30. 8. 1924.

6. Der Bergarbeitervertrag. Der Bergarbeitervertrag ist landesgesetzlich geregelt. Für Preußen beruht die Regelung auf den §§ 80 ff. des AllgBergG. für die Preuß. Staaten vom 24. 6. 1865, das seine heutige Gestalt durch eine größere Anzahl von Novellen erhalten hat, insbesondere durch die Novellen vom 24. 6. 1892 und 14. 7. 1905.

Bis zur Revolution war auch das Gesindeverhältnis landesgesetzlichen Sonderregelungen unterworfen. Durch den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 wurden sie alle außer Kraft gesetzt (Abs. 1, Ziff. 8). In Kraft geblieben sind nur einige das Gesinde betreffende Sonderregelungen, die von den Landesregierungen und den ihnen nachgeordneten Demobilmachungsbehörden erlassen worden sind (VO. über Verlängerung der Geltungsdauer von Demobilmachungsverordnungen vom 29. 10. 1923), so die Bayr. Anordg. des Staatskommissars für Demobilmachung, betreffend Aufhebung des Gesinderechts vom 13. 12. 1918 (Bayr. Staatsanzeiger, 1918, Nr. 295; dazu die Richtlinien des Bayr. Ministeriums für soziale Fürsorge vom 31. 12. 1918, Bayr. Staatsanzeiger, 1919, Nr. 4).

### C. Abschluß.

Die „Freiheit des Arbeitsvertrags“ äußert sich darin, daß es rechtlich im freien Belieben der Beteiligten liegt, ob sie einen Anstellungsvertrag abschließen wollen oder nicht<sup>1)</sup>. Dieses freie Belieben kann Personen zu abhängiger Arbeit verpflichten, deren Arbeitskraft einer solchen Arbeit aus sozialen Gründen entzogen werden soll. Und es kann Personen zur Arbeit nicht zulassen, die aus sozialen Gründen einer solchen Zulassung bedürfen. Die Freiwilligkeit im Abschluß von Anstellungsverträgen ist deswegen nach geltendem Recht durch Abschlußverbote und Abschlußgebote

---

1) Werden Arbeitnehmer an der Eingehung von Anstellungsverträgen gehindert, so kann eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB. vorliegen; vgl. dazu RGZ., Bd. 51, S. 373 ff., und neuerdings FRANZ NEUMANN, Die Arbeitsfreiheit als absolutes Recht und ihr Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB., ArbR., 1926, S. 923. Besonders beachtlich sind die Ausführungen NEUMANNS über den rechtlichen Schutz der Unternehmerbetätigung. N. prüft die Möglichkeit, die hierüber vom RG. ausgesprochenen Grundsätze auch auf die Betätigung des Arbeitnehmers anzuwenden (S. 926). Bisher hat das RG. die Anwendung des § 823 Abs. 1, die es für den „ausgeübten Gewerbebetrieb“ des Unternehmers zuläßt, analog auf die konkrete Betätigung des Arbeitswillens des Arbeitnehmers nicht zugelassen (ausführliche Literatur und Judikatur bei NEUMANN, a. a. O.).

eingeschränkt<sup>1)</sup>. Sie ergeben sich aus dem autonomen und staatlichen Arbeitsrecht. Für das autonome Arbeitsrecht kommen namentlich die Wiedereinstellungsklauseln in Tarifverträgen (S. 257) und die Richtlinien in Betriebsvereinbarungen (S. 236, 239) in Betracht. Im folgenden werden nur die staatlichen Abschlußverbote und Abschlußgebote dargestellt<sup>2)</sup>.

### 1. Abschlußverbote.

Abschlußverbote bestehen Jugendlichen, Frauen und ausländischen Arbeitern gegenüber. Anstellungsverträge, die ihnen zuwiderlaufen, sind, wenn sich aus den Bestimmungen nicht anderes ergibt, nichtig, ihre Auflösung kann unter Umständen (§ 106 Abs. 2 GewO.) erzwungen werden, auch macht sich der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer den Verboten zuwider beschäftigt, in einzelnen Fällen strafbar (§ 146 GewO., § 28 KinderAG., § 150 Ziff. 1 GewO.), wie auch ihre Einhaltung der Gewerbeaufsicht unterliegen kann (§ 139 b GewO.).

a) Jugendliche sind ohne Rücksicht auf das Geschlecht Kinder, junge Leute, andere Jugendliche und Minderjährige. Kinder unter 13 Jahren dürfen in gewerblichen Betrieben, in denen in der Regel mindestens 10 Arbeiter beschäftigt werden, nicht beschäftigt werden, Kinder über 13 Jahren nur dann, wenn sie nicht mehr

1) Im übrigen gelten für die freiwillige Einigung die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Für minderjährige Arbeitnehmer ist § 113 BGB., für Frauen § 1358 BGB. besonders zu beachten. Für den Abschluß von Anstellungsverträgen ist regelmäßig keine Form vorgeschrieben, doch gibt es Ausnahmen, wie nach § 2 LandAO. und für Lehrverträge (darüber besonders KASKEL, S. 145 unter III). Keine echten Formvorschriften sind die Vorschriften, die eine Verpflichtung zur Aushändigung von Arbeitsurkunden aus Anlaß des Abschlusses eines Anstellungsvertrags anordnen (Arbeitskarten, Arbeitsbücher, Abkehrscheine, Arbeitsordnungen, Lohnbücher oder Arbeitszettel, Heuerscheine, Ausweise; s. darüber im einzelnen KASKEL, S. 72). Diese Urkunden sind teils vom Arbeitnehmer dem Arbeitgeber, teils umgekehrt vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Hierher gehören auch die Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Anzeige von stattfindender Beschäftigung an die Behörde (z. B. nach § 10 KinderArbG.) und die Registrierungspflichten (z. B. nach § 13 Ziff. 1 HausArbG.).

2) Über die Besonderheiten beim Lehrvertrag s. KASKEL, S. 144.

zum Besuche der Volksschule verpflichtet sind (§ 135, dazu §§ 154, 154a GewO.). Das Gesetz, betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. 3. 1903, hat diesen Schutz für Kinder (eigene und fremde) erweitert, indem es ihn für die dort bezeichneten Beschäftigungsarten (§ 4 ff.) ohne Rücksicht auf die Größe der in Betracht kommenden gewerblichen Betriebe gewährt. Für junge Leute zwischen 14 und 16 Jahren (vgl. § 135 Abs. 3 GewO.) kann der Reichsrat Bestimmungen erlassen, wonach ihre Verwendung in Betrieben, in denen in der Regel wenigstens 10 Arbeiter beschäftigt werden, für gewisse Gewerbezweige, die mit besonderen Gefahren für Gesundheit oder Sittlichkeit verbunden sind, gänzlich untersagt oder von besonderen Bedingungen abhängig gemacht wird (§ 139a Abs. 1 Ziff. 1 GewO.; dazu § 154 und § 154a GewO.). Andere Jugendliche unter 18 Jahren dürfen von Gewerbetreibenden, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, solange ihnen diese Rechte entzogen bleiben, zu ihrer Anleitung nicht beschäftigt werden (§ 106 GewO.; dazu § 154, § 154a GewO.). Minderjährige dürfen, soweit reichsgesetzlich nicht ein anderes zugelassen ist, als gewerbliche Arbeiter nur beschäftigt werden, wenn sie mit einem Arbeitsbuche versehen sind (§ 107; dazu § 154, 154a GewO.)<sup>1)</sup>.

b) Frauen dürfen in Bergwerken nach § 154a Abs. 2 GewO. niemals unter Tage beschäftigt werden und sind auch von bestimmten schweren Arbeiten über Tage ausgeschlossen, nämlich von der Förderung (mit Ausnahme der Aufbereitung), dem Transport und der Verladung. Im übrigen dürfen sie, wenn es sich um gewerbliche Betriebe handelt, in denen in der Regel mindestens 10 Arbeiter beschäftigt werden und nicht eine Beschäftigung als Betriebsbeamtin, Werkmeisterin, Technikerin in Frage steht (§ 133g GewO.), nicht in Kokereien und nicht zum Transporte von Materialien bei Bauten aller Art verwendet werden (§ 137 Abs. 7; dazu §§ 154, 154a GewO.). Der Reichsrat ist ermächtigt, die Verwendung von Arbeiterinnen für gewisse Gewerbezweige, die mit besonderen

1) Besondere Bestimmungen bestehen nach § 7 Abs. 2, 4 SeemO.

Gefahren für Gesundheit und Sittlichkeit verbunden sind, gänzlich zu untersagen oder von besonderen Bedingungen abhängig zu machen (§ 139a Abs. 1 Ziff. 1; dazu §§ 154, 154a GewO.). Arbeiterinnen dürfen vor und nach ihrer Niederkunft im ganzen während 8 Wochen nicht beschäftigt werden (§ 137 Abs. 6; dazu §§ 154, 154a GewO.). Daneben besteht das Reichsgesetz über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften vom 15. 1. 1920, wonach die Landeszentralbehörden oder die von ihnen bezeichneten Behörden im Interesse der Gesundheit und der Aufrechterhaltung der guten Sitten, der Ordnung und des Anstandes in Gast- und Schankwirtschaften über die Zulassung weiblicher Angestellten Vorschriften zu erlassen haben,<sup>1)</sup>

c) Ausländische Arbeiter dürfen nur in Arbeitsstellen angestellt und beschäftigt werden, für die das Landesamt für Arbeitsvermittlung oder die von ihm beauftragte Stelle die Beschäftigung ausländischer Arbeiter genehmigt hat. Ausländische landwirtschaftliche Wanderarbeiter dürfen nur auf Grund des vom landwirtschaftlichen Fachauschuß der Reichsarbeitsverwaltung (Reichsamt für Arbeitsvermittlung) ausgestellten Arbeitsvertrags für ausländische Wanderarbeiter beschäftigt werden. Andere Arbeitsverträge mit ausländischen landwirtschaftlichen Wanderarbeitern sind insoweit unwirksam, als sie von dem erwähnten Arbeitsvertrage zuungunsten der Arbeiter abweichen. An die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des vorerwähnten Arbeitsvertrags. Alles Nähere ergibt sich aus der VO. über Einstellung und Beschäftigung ausländischer Arbeiter vom 2. 1. 1926, die auf Grund des § 26 Abs. 2 ANachwG. ergangen ist.

## 2. Abschlußgebote.

Abschlußgebote bestehen für Kriegsteilnehmer, Schwerbeschädigte und Notstandsarbeiter.

<sup>1)</sup> Nach dem Entwurf eines Gesetzes über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft (RABl., AT., 1927, S. 69) soll der Frauenschutz erweitert werden.

a) Die Pflicht von Arbeitgebern zur Wiedereinstellung oder Noteinstellung von Kriegsteilnehmern ergibt sich aus der VO. über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung in der Fassung vom 12. 2. 1920, abgeändert durch die VO. vom 28. 1. 1922 und 15. 10. 1923. Die sich hieraus ergebenden Abschlußgebote haben heute keine erhebliche praktische Bedeutung mehr.

b) Die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter beruht auf dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. 1. 1923, ergänzt durch die VO. über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924, abgeändert durch das Gesetz vom 8. 7. 1926. Schwerbeschädigte sind Deutsche, die infolge einer Dienstbeschädigung, die nicht eine Kriegsdienstbeschädigung zu sein braucht, oder durch Unfall oder beide Ereignisse um wenigstens 50 vom Hundert in ihrer Erwerbsfähigkeit beschränkt sind und auf Grund der in § 3 angeführten Gesetze Anspruch auf eine Pension oder eine der Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit entsprechende Rente haben. Den Schwerbeschädigten gleichgestellt sind Personen, denen von der Hauptfürsorgestelle der Schutz besonders zuerkannt wird. Eine solche Zuerkennung muß erfolgen für Blinde der in § 8 bezeichneten Art und kann erfolgen für „Schwererwerbsbeschränkte“ und „Minderbeschädigte“ (§ 8).

Verpflichtet zur Beschäftigung Schwerbeschädigter sind alle privaten und öffentlichen Arbeitgeber, die Inhaber von Arbeitsplätzen und Beamtenstellen sind. Zu den Arbeitsplätzen gehören nicht die Stellen leitender Angestellten und Dienstboten. Ein Arbeitgeber, der über 20 bis einschließlich 50 Arbeitsplätze verfügt, muß wenigstens einen Schwerbeschädigten, ein Arbeitgeber, der über mehr Arbeitsplätze verfügt, auf je 50 weitere Arbeitsplätze wenigstens einen weiteren Schwerbeschädigten beschäftigen (§§ 4, 5 des Ges.; § 1 der AusfV. vom 13. 2. 1924) 1).

1) Die früheren Streitfragen in dieser Hinsicht sind durch das Gesetz vom 8. 7. 1926 erledigt, s. SCHLEICHER, SchlichtW., 1927, S. 58.

Der Schwerbeschädigte hat keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Abschluß eines Anstellungsvertrags. Dem Abschlußgebot entspricht nur eine öffentlichrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung von Schwerbeschädigten<sup>1)</sup>. Der Arbeitgeber erfüllt diese Pflicht, indem er den erforderlichen Abschluß des Anstellungsvertrags vollzieht. Der Abschluß ist ein privatrechtlicher Akt. Er folgt den Regeln des Privatrechts. Der Inhalt des Vertrags bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Zuständig für die Ansprüche aus den Anstellungsverträgen sind die Arbeitsgerichte. Folgt der Arbeitgeber dem Abschlußgebot nicht, so kommt der Anstellungsvertrag nicht durch freiwillige Einigung zustande. An ihre Stelle tritt dann der Abschluß durch öffentlichen Verwaltungsakt (§ 7), indem die Hauptfürsorgestelle den Schwerbeschädigten und den Zeitpunkt bestimmt, zu dem er einzustellen ist. Mit Zustellung des Beschlusses gilt zwischen dem Arbeitgeber und dem Schwerbeschädigten ein Anstellungsvertrag als abgeschlossen. Dieses „diktierte Vertrag“<sup>2)</sup> ist kein Vertrag, den die Beteiligten selbst auf Grund eines Vertragszwangs abschließen, sondern ein Zwangsvertrag, der durch das Eingreifen der Behörde zum Abschluß gebracht ist<sup>3)</sup>. Aber wenn auch die Entstehung des Anstellungsvertrags in diesem Fall auf öffentlichem Recht beruht, so sind doch die Folgen, die sich hieraus ergeben, privatrechtlicher Natur. Der Zwangsanstellungsvertrag des Schwerbeschädigten folgt in seiner Abwicklung denselben Regeln, wie der freiwillig abgeschlossene Anstellungsvertrag.

c) Die Pflicht zur Einstellung von Notstandsarbeitern unterscheidet sich von den bisher besprochenen Pflichten dadurch, daß es sich bei den Notstandsarbeitern nicht nur um eine Pflicht des Arbeitgebers, Notstandsarbeiter einzustellen, sondern auch um

1) KASKEL, S. 67 ff., 276 unter IX.

2) NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und diktierte Vertrag, 1920, S. 118 ff.

3) Gegen die Anordnungen und Entscheidungen der Hauptfürsorgestelle kann der Arbeitgeber Beschwerde einlegen, über die in einem besonderen Streitverfahren zwischen Arbeitgeber und Hauptfürsorgestelle durch die Schwerbeschädigtenausschüsse entschieden wird (§§ 21—23).

eine Pflicht des unterstützten Erwerbslosen, Notstandsarbeit zu übernehmen, handelt<sup>1)</sup>. Nach § 10 der Bestimmungen über öffentliche Notstandsarbeiten vom 30. 4. 1925 ist jeder unterstützte Erwerbslose verpflichtet, eine Beschäftigung bei einer Notstandsarbeit unter den dort angegebenen Bedingungen anzunehmen. Nach § 12 Abs. 2 a. a. O. hat der Vorsitzende des Arbeitsnachweises die Bewilligung der Förderung einer Notstandsarbeit und die daran geknüpften Bedingungen dem Träger der Notstandsarbeit schriftlich mitzuteilen. Der Bescheid muß die Arbeitnehmer bezeichnen und insbesondere auch die Zahl der Erwerbslosen angeben, die bei ihr beschäftigt werden sollen. Der Träger muß sich verpflichten, die gestellten Bedingungen einzuhalten. Gibt der Träger der Notstandsarbeit ihre Ausführung an einen Unternehmer weiter, was nach § 5 a. a. O. bei Körperschaften des öffentlichen Rechts die Regel sein soll, so hat er seine Verpflichtung zur Einhaltung der Bedingungen auf den Unternehmer zu übertragen. Auf diese Weise entsteht eine Verpflichtung des unterstützten Erwerbslosen und des Trägers der Notstandsarbeit bzw. ihres Unternehmers, einen Anstellungsvertrag über die Leistung von Notstandsarbeit abzuschließen. Die Verpflichtung des Erwerbslosen ist eine auf Gesetz beruhende Verpflichtung. Sie wird wirksam mit seiner Überweisung zur Notstandsarbeit durch den Arbeitsnachweis. Die Verpflichtung des Trägers der Notstandsarbeit bzw. ihres Unternehmers ist eine aus öffentlichrechtlichem Vertrag sich ergebende Verpflichtung. Der Anstellungsvertrag kommt auf Grund dieser beiderseitigen Verpflichtungen zustande, indem die Beteiligten den Anstellungsvertrag abschließen, was in der Regel stillschweigend in der Weise geschieht, daß der Notstandsarbeiter die Arbeit auf- und der Träger der Notstandsarbeit bzw. deren Unternehmer die Arbeit annimmt<sup>2)</sup>. Die Verpflichtung des unterstützten Erwerbslosen, den

---

1) Etwas ähnliches gilt allerdings auch für den Schwerbeschädigten nach § 19 SchwerbeschG.

2) Der Anstellungsvertrag des Notstandsarbeiters unterscheidet sich von dem Arbeitsverhältnis des Erwerbslosen nach § 14 ErwFürsV. (S. 142, 143). Dieses

Anstellungsvertrag abzuschließen, ist nach § 10 a. a. O. in Verbindung mit § 13 ErwFürsV. dadurch gesichert, daß die Unterstützung zu versagen oder zu entziehen ist, wenn der Erwerbslose sich weigert, eine Notstandsarbeit anzunehmen. Die Verpflichtung des Trägers der Notstandsarbeit bzw. ihres Unternehmers ist sichergestellt durch § 14 Abs. 3, 4 und 5 der Bestimmungen vom 30. 4. 1925. Hiernach muß die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle gegen die Inangriffnahme oder Fortführung der Arbeiten Einspruch erheben, wenn die begründete Vermutung besteht, daß die an die Bewilligung der Förderung geknüpften Bedingungen nicht beachtet sind. Der Anstellungsvertrag, der so auf Grund eines beiderseitigen Abschlußgebots zustandekommt, ist kein gewöhnlicher Arbeitsvertrag. § 9 der Bestimmungen vom 30. 4. 1925 sieht die Beschäftigung des Erwerbslosen bei Notstandsarbeiten als eine Form der Erwerbslosenfürsorge an. Diese gesetzliche Auffassung bedeutet, daß der Behörde nicht nur die Verfügung über den Abschluß von Notstandsanstellungsverträgen zusteht, sondern auch eine bestimmte Verfügung über ihren Inhalt und ihre Auflösung. Die Verfügung über ihren Inhalt ergibt sich aus § 9 Abs. 2—4 a. a. O. Hiernach kann der Verwaltungsausschuß des Landesamts für Arbeitsvermittlung, wenn in einzelnen besonders gelagerten Fällen die tarifliche Bemessung der Vergütung bei einer Notstandsarbeit zur Folge haben würde, daß der Antrieb zur Aufnahme anderer Arbeit nicht erhalten bleiben, oder daß für andere Arbeiter ein Anreiz entstehen würde, zu der Notstandsarbeit abzuwandern, für die Vergütung eine obere unter dem Tariflohn befindliche Grenze festsetzen. Die Verfügung über die Auflösung des Anstellungsvertrags des Notstandsarbeiters ergibt sich aus § 8 a. a. O., wonach der Arbeitsnachweis den Notstandsarbeiter abrufen muß, wenn er ihm eine Arbeit nachweisen kann. Auch

---

Arbeitsverhältnis beruht nicht auf Vertrag. Die Arbeit des Erwerbslosen ist eine Naturalgebühr für eine öffentliche Leistung, nämlich die Erwerbslosenunterstützung. Der Erwerbslose hat aus seiner Arbeit keinen Lohnanspruch. Der Weg der Klage steht ihm nicht offen.

darf die Beschäftigung als Notstandsarbeiter 6 Monate innerhalb eines Jahres nicht übersteigen<sup>1)</sup>).

#### D. Neben- und Seitenabreden.

1. Mit dem Arbeitsvertrag können Nebenabreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbunden sein. Nebenabreden beziehen sich auf Nebenwirkungen und Nachwirkungen des Arbeitsvertrags. Die allgemeine Bestimmung des § 138 BGB., wonach Abreden, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind, enthält eine allgemeine Schranke für sie. Doch genügt diese Schranke nicht, um den Arbeitnehmer in seiner sozialen Existenz zu schützen. Deswegen sind auch besondere Vorschriften über unzulässige Nebenabreden gegeben.

1) Die Auffassung, wonach das Arbeitsverhältnis des Notstandsarbeiters auf einem Anstellungsvertrag beruht, hat neuerdings überzeugend begründet KURT HESSLER, Die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses der Notstandsarbeiter (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Univ. Jena, Nr. 5), 1926. Dort sind auch die auf Grund der bisherigen Literatur und Judikatur entstandenen Streitfragen eingehend behandelt. Diese Auffassung, die früher bereits von BODMANN, zuletzt noch im ArbR, 1926, S. 954, vertreten war, ist von besonderer Bedeutung für den Vergütungsanspruch des Notstandsarbeiters. Er steht einer gewöhnlichen Lohnforderung gleich (Lohnsicherung, Zuständigkeit des Arbeitsgerichts usw.). Auf ihrem Boden entscheidet sich auch die Frage, ob und inwieweit das übrige Arbeitsrecht auf das Beschäftigungsverhältnis der Notstandsarbeiter anzuwenden ist. Die TarifV. findet grundsätzlich Anwendung (HESSLER, S. 42 ff.), ebenso die RVO. und auch das BRG. (HESSLER, S. 54 ff.). Das allgemeine Arbeitsrecht wird nur insoweit ausgeschlossen oder sinngemäß geändert, als die Natur des Beschäftigungsverhältnisses der Notstandsarbeiter dies erheischt. Ein Urlaubsanspruch steht den Notstandsarbeitern nicht zu (HESSLER, S. 62). Die Frage der Streikfreiheit hängt mit der Frage zusammen, ob der Notstandsarbeiter Notstandsarbeit verweigern darf. Was die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses anlangt, so wird man dem Notstandsarbeiter ein jederzeitiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grund einräumen müssen, wenn er eine eigne Arbeitsstelle gefunden hat oder selbständig werden will. Er kann auch jederzeit unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen. Mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch Kündigung des Arbeitnehmers verliert der Arbeitnehmer den Anspruch auf Erwerbslosenunterstützung. Der Arbeitgeber kann weder ein außerordentliches, noch ordentliches Kündigungsrecht ausüben. Er kann sich lediglich an den Arbeitsnachweis wenden, um die Abberufung des Notstandsarbeiters bei ihm zu erreichen. A. M. zum Teil HESSLER, a. a. O., S. 58, 62 ff.

a) Für alle Angestelltenverträge erklärt Art. 159 RV. die Abreden für rechtswidrig, die die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einzuschränken oder zu behindern versuchen (S. 93).

b) Für gewerbliche Arbeitsverträge kommen Einzelschriften in Betracht. So ist die Warenkreditierung grundsätzlich nichtig. In Betrieben bestimmten Umfangs können Strafen nur in Arbeitsordnungen festgesetzt werden, und auch hier nur in bestimmten Grenzen und für bestimmte Zwecke. Arbeiterinnen und jugendlichen Arbeitern darf für die Tage, an welchen sie in den Betrieben die gesetzlich zulässige Arbeitszeit hindurch beschäftigt waren, Arbeit zur Verrichtung außerhalb des Betriebs vom Arbeitgeber überhaupt nicht übertragen oder für Rechnung Dritter überwiesen werden. 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 ihres Verdienstes sind nichtig<sup>1)</sup>. Hiervon besteht nach § 117 GewO. eine Ausnahme. Sie betrifft die Verwendung des Verdienstes zur Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien, den sog. Arbeiterwohlfahrtseinrichtungen. Es kann streitig sein, was eine Arbeiterwohlfahrtseinrichtung ist. Sie ist eine Veranstaltung, die getroffen wird, damit die Lage einer größeren oder kleineren Gruppe der auf das Einkommen aus dem Arbeitsvertrag angewiesenen Arbeiter in höherem Maße gefördert wird, als bis zu welchem der Veranstalter gesetzlich verpflichtet ist oder im eigenen Interesse Anlaß hat, sie zu fördern<sup>2)</sup>. In der Praxis spielen als Streitfälle die Pensionskassen<sup>3)</sup> und Arbeiterwohnungen eine besondere Rolle. Das

1) §§ 112<sup>2</sup>, 115, 117, 134b<sup>3</sup>, 134c<sup>3</sup>, 137a GewO.

2) KARL FLESCHE, Art. Wohlfahrtseinrichtungen für Arbeiter und deren Familien, Handbuch der Hygiene.

3) Eine besondere Nebenabrede ist das Pensionsversprechen. Es ist weder Schenkungs- noch Leibrentenversprechen. Das Pensionsversprechen ist die Vereinbarung über eine zeitlich besonders bestimmte Entgeltleistung für geleistete Arbeit, vgl. dazu HUECK, Arbeitsvertragsrecht, S. 38, 137; RGZ, Bd. 80,

Reichsgericht hat in dem bekannten Urteil vom 24. 10. 1911<sup>1)</sup> die Kruppsche Arbeiterpensionskasse, trotzdem die bezahlten Beträge verfallen sollten, wenn der Arbeiter aus dem Betriebe austritt, als eine Arbeiterwohlfahrtseinrichtung angesehen. Die Entscheidung ist umstritten<sup>2)</sup>. Im übrigen sind Bestimmungen, wonach entlassene Arbeitnehmer vom Arbeitgeber gemietete Wohnungen ohne jede Frist zu räumen haben, nichtig. Doch hat diese Auffassung heute keine durchgreifende praktische Wirkung, weil Werkswohnungen<sup>3)</sup> dem öffentlichrechtlichen Mieterschutz unterliegen (§§ 20—23 MieterschutzG. in der Fassung der Novelle v. 29. 6. 1926<sup>4)</sup>).

c) Von besonderer Bedeutung ist das Wettbewerbsverbot, das an sich gültig ist, wenn sein Inhalt im Einzelfall nicht gegen die guten Sitten verstößt. Für Handlungsgehilfen ist durch zeitliche Einengung seiner Geltung und Gewährung einer Entschädigung für die Karrenzzeit besondere Vorsorge gegen unzulässige Beschränkungen der Arbeitsfreiheit getroffen (§§ 74ff. HGB.). Für andere Arbeitnehmergruppen gelten solche Vorschriften nicht, wenn man von der allgemeinen Regelung des § 133f GewO. absieht, die für Angestellte der in § 133a GewO. bezeichneten Art gilt. Für sie kommen nur die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Doch hat auch auf diesem

S. 208; Bd. 94, S. 157; Entsch. des RG. v. 6. 12. 1920, NZfA., 1921, S. 233; weitere Literaturangaben bei HUECK, a. a. O., S. 38 Anm. 3; dazu Rechtsprechung S. 327.

1) DJZ., 1912, S. 161 ff.

2) Vgl. die Denkschrift über die Kruppsche Pensionskasse vor Gericht, herausg. vom Christl. Metallarbeiterverband Deutschlands, Essen, 1908. Im allgemeinen s. Ph. LOEWENFELD, Pensionskassen und Arbeitsvertrag, 1911, ADOKF GÜNTHER, Wohlfahrtseinrichtungen und Betriebseinrichtungen, München, 1909. — Durch die V. über die Rückgabe von Beiträgen bei privaten Pensions-einrichtungen v. 30. 3. 1921 war ausdrücklich für die in einem privaten Betrieb oder einer privaten Verwaltung beschäftigten Personen, welche in der Zeit vom 1. 8. 1914 bis zum 31. 12. 1918 auf Grund eines Arbeitsvertrags einer Betriebs-pensionskasse angehört haben, der Anspruch auf Rückgewähr ihrer Beiträge gesichert. Über die Aufwertung der Guthaben bei Fabrik- und Werksparkassen s. PHILIPPE, SchlichtW., 1926, S. 230.

3) KASKEL, S. 94.

4) Vgl. dazu §§ 133 ff. des AllgArbVGE.

Gebiete das autonome Arbeitsrecht das gesetzliche Arbeitsrecht überflügelt und über das Gesetz hinaus auch für andere Arbeitnehmergruppen soziale Schutzvorschriften gegen Wettbewerbsverbote erzielt<sup>1)</sup>.

2. Von den Nebenabreden zu unterscheiden sind die Seitenabreden, d. h. Abreden, die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer unter sich zum Nachteil von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern abschließen. Solche Seitenabreden können auf Seitenwegen Ziele erstreben, die das Gesetz für Nebenabreden zu hindern versucht, wie z. B. ein Abkommen der Arbeitgeber unter sich, wonach organisierte Arbeitnehmer in ihren Betrieben nicht beschäftigt werden sollen. Auch dem schiebt Art. 159<sup>2</sup> RV., der alle Maßnahmen und Abreden gegen die Koalitionsfreiheit für rechtswidrig erklärt, einen Riegel vor. Ähnliches gilt für Handlungsgehilfen, indem Vereinbarungen, durch die sich ein Prinzipal einem anderen Prinzipal gegenüber verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem im Dienst gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, nicht einklagbaren Koalitionsabreden gleichgestellt sind (§ 75 ff. HGB.).

## II.

### Das Arbeitsverhältnis ohne Vertrag.

Es gibt Arbeitsverhältnisse, die nicht durch einen Anstellungsvertrag ins Leben gerufen und doch Arbeitsverhältnisse sind. Ihre Arten und Gründe sind verschieden. Im folgenden werden einzelne Arbeitsverhältnisse zusammengestellt, die nicht auf einem Anstellungsvertrag beruhen. Sie zeigen, daß das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Arbeitsvertrag identifiziert werden darf, daß es ein

---

1) Z. B. der Reichstarifvertrag für die akademisch gebildeten Angestellten der chemischen Industrie, herausgeg. von der Geschäftsstelle des Bundes angestellter Chemiker und Ingenieure E. V., Berlin W. 35, Potsdamerstr. 36.

selbständiges, über das Arbeitsvertragsverhältnis hinausreichendes Rechtsverhältnis ist<sup>1)</sup>.

1. Das Arbeitsverhältnis des Kindes. Das Kind ist angestellt wenn in seinem Namen ein Anstellungsvertrag geschlossen worden ist. Dieser Anstellungsvertrag ist gültig, wenn er nicht gegen § 138 BGB. verstößt oder ein Abschlußverbot (S. 130, 131) verletzt. Ist kein Anstellungsvertrag geschlossen und das Kind doch beschäftigt, so finden, wenn die Arbeit eine gewerbliche oder Hausarbeit ist, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des KinderArbG. und HausArbG. Anwendung. Die Beziehungen, die so geregelt werden, gehören dem Arbeitsverhältnis an. § 2 des Entwurfs eines Arbeiterschutzgesetzes sagt deshalb: „Arbeitnehmer sind Arbeiter und Angestellte, einschließlich der Lehrlinge. Als Arbeitnehmer gelten auch Kinder, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrags beschäftigt werden.“

2. Das Arbeitsverhältnis auf Grund eines nichtigen Anstellungsvertrags. Es kann sein, daß ein Anstellungsvertrag abgeschlossen, daß er aber aus irgend einem Grund nichtig ist, und trotzdem, sei es mit oder ohne Wissen der Nichtigkeit, eine Beschäftigung des Arbeitnehmers stattfindet<sup>2)</sup>. Eine solche Beschäftigung ist ein Arbeitsverhältnis und es ist gleichgültig, daß ein nichtiger Anstellungsvertrag sein Grund ist<sup>3)</sup>.

3. Das Arbeitsverhältnis mit fremden Arbeitnehmern. Fremde Arbeitnehmer können dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen auf Grund eines Dienstverschaffungsvertrags (z. B. ein Rotes Radler-Institut stellt einer Firma für 1 Woche mehrere Gehilfen zur Aus-

---

1) Es ist das besondere Verdienst POTTHOFFS, immer wieder darauf hingewiesen zu haben, daß die rechtliche Betrachtung des Arbeitsverhältnisses durch die rechtliche Betrachtung des Arbeitsvertrags nicht erschöpft sei. Die neueste Rechtslehre beschäftigt sich in wachsendem Maße mit der Differenzierung zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag, vgl. HUECK, Jherings Jahrb. 74, S. 361 ff.; MOLITOR, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, S. 37 ff.; SILBERSCHMIDT, Das Deutsche Arbeitsrecht, S. 338 ff.

2) RGZ., Bd. 66, S. 42 ff.

3) § 52 AllgArbVGE.

führung von Propagandaarbeiten zur Verfügung) oder eines Hilfspersonenverhältnisses zwischen dem eigenen Arbeitnehmer des Arbeitgebers und einer Hilfsperson oder mehreren Hilfspersonen (z. B. die Kellnerin eines Gastwirts hat ein Wassermädchen, der Roller in der Zigarrenfabrikation einen Wickler, der Putzer oder Tüncher einen Träger, der Instmann einen Scharwerker zu stellen). In allen diesen Fällen besteht kein Arbeitsvertrag zwischen den Beschäftigten und den Arbeitsempfängern und doch liegt zwischen ihnen, wenn nicht nur eine vorübergehende Berührung in Frage kommt, ein Arbeitsverhältnis vor. Der Arbeitsempfänger hat, wenn sich aus der Natur des Arbeitsverhältnisses nicht ein anderes ergibt, Befehlsrechte, erwirbt das Arbeitsprodukt des Beschäftigten, hat Arbeiterschutzpflichten und Haftungspflichten nach § 278, 831 BGB. § 110 AllgArbVGE. spricht einen Satz aus, der auch heute schon gilt, wenn er auch nicht ausdrücklich angeordnet ist. Er besagt: „Ist der Arbeitnehmer nach Vereinbarung oder Ortsübung zur Stellung eines Gehilfen verpflichtet, so hat der Arbeitgeber im Zweifel auch diesem gegenüber die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers.“

4. Das Arbeitsverhältnis des Fürsorgezöglings. Die Fürsorgeerziehungsbehörde kann den Fürsorgezögling in einer Arbeitsstelle unterbringen, indem sie einen Anstellungsvertrag in seinem Namen abschließt. Ist dies der Fall, so liegt ein Arbeitsverhältnis auf Grund eines Anstellungsvertrags vor. Die Fürsorgeerziehungsbehörde kann aber auch kraft des ihr zustehenden Erziehungsrechts den Fürsorgezögling anweisen, bei einem Dritten, mit dem sie in einem Vertragsverhältnis steht, in Dienst zu treten. In diesem Fall steht der Fürsorgezögling in einem Arbeitsverhältnis zu dem Dritten, ohne daß ein Anstellungsvertrag zugrunde liegt.

5. Das Arbeitsverhältnis des Erwerbslosen nach § 14 ErwFürsV. Der Verwaltungsausschuß des öffentlichen Arbeitsnachweises hat, soweit die Gelegenheit dazu besteht, die Erwerbslosenunterstützung von einer Arbeitsleistung abhängig zu machen. Geschieht dies, so liegt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Erwerbslosen und der

Stelle vor, der die Arbeit geleistet wird. Dieses Arbeitsverhältnis beruht auf keinem Vertrag. Der Erwerbslose leistet die Arbeit, weil er zu ihrer Leistung öffentlich-rechtlich verpflichtet ist (S. 99). Das Arbeitsverhältnis des Erwerbslosen nach § 14 darf mit dem Arbeitsverhältnis des Notstandsarbeiters, das auf Vertrag beruht (S 134 ff.), nicht verwechselt werden.

---

### 3. Kapitel.

#### Der Inhalt.

Der Inhalt erfordert der Entstehung des Arbeitsverhältnisses gegenüber eine selbständige Betrachtung, weil sich der Bestimmungsgrund, d. h. der Grund, der den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmt, keineswegs ohne weiteres aus dem Entstehungsgrund des Arbeitsverhältnisses ergibt. Es ist eines der hervorstechendsten Merkmale des Arbeitsverhältnisses, daß diejenigen Faktoren, die es in das Leben rufen, nicht auch die Faktoren sind, die ihm seinen Inhalt geben. Im Gegenteil empfängt das Arbeitsverhältnis seinen Inhalt überwiegend nicht aus der freien Einzelabrede der Parteien, die es erzeugen, sondern aus Normen, die es in festgefügter Ordnung vorfindet<sup>1)</sup>. Diese Normen gehen auf Mächte zurück, die den Parteien des Anstellungsvertrags selbständig gegenüber treten und seinen Inhalt bilden ohne Rücksicht darauf, ob die Vertragsparteien ihn wollen oder kennen. Das Wirken dieser Mächte läßt deutlich die Epoche des Abbaus des „freien Arbeitsvertrags“ erkennen, in der wir uns befinden. Sie schreiben mit ehernem Griffel unauswischbar in die Tafel der einzelnen Anstellungsverträge den Inhalt ein, den das Prinzip des Menschentums im Arbeits-

1) Daß Normen bestehen, ist ein Ausdruck dafür, daß die Vertragsfreiheit in dem Sinne, daß die einzelnen ihre Verträge inhaltlich nach freiem Belieben gestalten, eine Fiktion ist. Die Vertragsinhalte sind als sozial-typische Verhältnisse gegeben, „in der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein“ (MARX, Zu Kritik der politischen Ökonomie, 2. Neuausg., herausg. von KAUTSKY, 1907, Vorwort LV; dazu neuerdings treffende Bemerkungen von ROSENSTOCK, Vom Industrierecht, 1926, S. 170 ff.). Wenn daher ein Einfluß auf den Inhalt der Verträge gewonnen werden soll, so kann dies nur durch staatliche und kollektive Kräfte geschehen, die sich in Normen aussprechen.

verhältnis fordert. Die beiden Mächte, die dem „freien Arbeitsvertrag“ im Laufe einer von schweren geistigen und wirtschaftlichen Kämpfen erfüllten Geschichte entgegengetreten sind, sind der Staat und die Kollektivmächte der Arbeit. Staatliches Schutzrecht und autonomes Kollektivrecht haben auf weiten Gebieten den Einzelvertrag in der Bestimmung des Arbeitsverhältnisses zurückgedrängt. Nur soweit kann sich der Einzelwille noch betätigen, als ihm die festgefügte soziale Personenordnung Raum läßt.

Die Aufgabe der folgenden Ausführungen besteht darin, die Struktur zu zeigen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses beherrscht. Diese Struktur ergibt sich aus der Grundanschauung, daß das Arbeitsverhältnis einen gewaltrechtlichen und schuldrechtlichen Inhalt hat.

## I.

### Der gewaltrechtliche Inhalt.

Der gewaltrechtliche Inhalt ist an ein Gewaltverhältnis, d. h. daran gebunden, daß eine Hingabe des Arbeitnehmers in die Gewalt des Arbeitgebers stattgefunden hat. Ein solches Gewaltverhältnis setzt nicht voraus, daß es in einem Rechtsgrunde wurzelt. Es genügt, daß es tatsächlich besteht. Gewaltrechtlicher Inhalt ist deswegen nicht nur dann gegeben, wenn das Gewaltverhältnis durch einen Anstellungsvertrag oder eine andere juristische Tatsache rechtlich begründet ist. Er liegt auch dann vor, wenn das Gewaltverhältnis, wie z. B. bei dem nichtigen Arbeitsverhältnis, rechtlich nicht begründet ist. Nur in einer Beziehung ist der gewaltrechtliche Inhalt daran gebunden, daß das Gewaltverhältnis als Gewaltrechtsverhältnis besteht. Diese Beziehung ist das Befehlsrecht des Arbeitgebers (S. 146). Ein Befehlsrecht kann der Arbeitgeber nur haben, wenn ihm ein Gewaltrecht zusteht. In allen anderen Beziehungen genügt es, daß er die Gewalt tatsächlich ausübt<sup>1)</sup>.

1) Das Gewaltverhältnis wird stillschweigend in allen Vorschriften vorausgesetzt, die sich auf die Gestaltung der Betriebsordnung, d. h. die Regelung

In jedem Fall ist das Gewaltverhältnis ein Rechtsverhältnis. Dies zeigt sich darin, daß an den Tatbestand des Gewaltverhältnisses, auch wenn es rechtlich nicht begründet ist, Rechtswirkungen angeschlossen sind. Man denke vorläufig nur an den Erwerb des Eigentums am Arbeitsprodukt, der für den Arbeitgeber auch dann unmittelbar eintritt, wenn die Arbeit auf Grund eines nichtigen Anstellungsvertrags geleistet wird. Die Gewalt ist darin dem Besitz ähnlich. Wie der Besitz ein „Rechtsding“ ist<sup>1)</sup> und dem Besitzer eine Rechtsstellung zuweist, ohne Rücksicht darauf, ob er ein Recht zum Besitz hat oder nicht, so ist auch die Gewalt ein „Rechtsding“, ohne Rücksicht darauf, ob der Gewalthaber Gewaltberechtigter ist oder nicht.

Alle gewaltrechtlichen Wirkungen, die im folgenden dargelegt werden, beruhen darauf, daß das Arbeitsverhältnis als Gewaltverhältnis ein Einheitsverhältnis ist (S. 12).

#### A. Das Befehlsrecht.

Die Gewalt besteht zunächst in dem Recht des Arbeitgebers, zu befehlen. Diesem Recht entspricht die Pflicht des Arbeitnehmers, zu gehorchen. Im Befehlsrecht kommt die verwaltungsrechtliche Funktion der Gewalt zum Ausdruck (S. 15). Durch den Befehl faßt der Arbeitgeber die einzelnen ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte zu einheitlichem Wirken zusammen. Das Befehlsrecht wurzelt im Wesen des Arbeitsverhältnisses, auch ohne daß

---

der Verrichtung der Arbeit beziehen (KASKEL, S. 160). Kraft des Betriebschutzes (s. im Text S. 157) ist der Arbeitgeber verpflichtet, neben einer gefahrlosen Einrichtung der Betriebsmittel auch für eine gefahrlose Gestaltung der Betriebsordnung zu sorgen. Die Betriebsordnung kann, muß aber nicht in der Arbeitsordnung enthalten sein. Ihr Inhalt ist fixiert (vgl. z. B. die von KASKEL, S. 26 Anm. 3 zit. Verordnungen, die dem Arbeitgeber bestimmte Anweisungen an seine Arbeitnehmer auferlegen) oder nicht fixiert. Im letzteren Fall handelt es sich um Dienstvorschriften, die im Wege der Betriebsvereinbarung zustandekommen.

1) So nennt Brinz, a. a. O., I<sup>2</sup>, S. 493, den Besitz und er knüpft hierbei an die treffenden Worte des Donellus an: „Longe aliud est, possessionem esse juris, aliud possessionem esse jus.“

es dem Arbeitgeber, wie z. B. nach § 121 GewO., ausdrücklich eingeräumt ist.

Der Arbeitgeber macht dieses Recht geltend, nicht weil er Gläubiger, sondern weil er Herr ist. Gewiß kann auch ein Gläubiger, der nichts ist als ein Gläubiger, dem Schuldner Direktiven geben. Wenn ich bei einem Schneider einen Anzug bestelle, so kann ich ihm Anweisungen geben, wie er die Arbeit ausführen soll. Aber ein solches Direktionsrecht ist kein Befehlsrecht. Wohl ist das Direktionsrecht in dem Befehlsrecht enthalten. Aber das Befehlsrecht ist mehr als das Direktionsrecht. Es bezieht sich nicht nur auf die Bestimmung der Leistung, sondern auch des persönlichen Verhaltens bei der Leistung, auf ihre Zeit, ihren Ort und ihre Umwelt. Es realisiert eine Ordnung, nicht eine Forderung<sup>1)</sup>.

Seine Grundlage ist das Eigentum an den Arbeitsmitteln (S. 25). Seine Ausübung ist personenrechtliche Verfügung über das Eigentum. Ob der Arbeitgeber das Gewaltrecht ausübt oder nicht, steht in seinem Belieben, wie es im Belieben des Eigentümers steht, ob er von seinem Eigentum Gebrauch macht oder nicht. Hier liegt der Grund dafür, daß der Arbeitnehmer kein Recht auf Beschäftigung hat, wenn nichts anderes aus dem Gesetz oder besonderer Vereinbarung erhellt. Aus dem Gesetz ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers, den Schwerbeschädigten nicht nur anzustellen, sondern auch zu beschäftigen<sup>2)</sup>. Die besondere Vereinbarung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu sein. Sie kann aus dem Gesamthalt und Zweck des Vertrags nach Treu und Glauben folgen, z. B. aus dem Vertrag mit einem Heldenentor, den der Theaterunternehmer nicht nur bezahlen, sondern auch auftreten lassen muß. Besteht eine Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung, so ist sie eine obligatorische Pflicht, die dem schuldrechtlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses angehört<sup>3)</sup>. Hieraus folgt, daß der Arbeitgeber

1) Treffende Bemerkungen hierüber bei ROSENSTOCK, Vom Industrierecht, 1926, S. 25 f.

2) KASKEL, S. 116.

3) Über die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschäftigung s. KASKEL S. 116 unter A, und die dort angegebene Literatur. § 46 AllgArbVGE. ent-

auch nicht dazu verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer die zu seiner Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Eine solche Verpflichtung kommt nur in Frage, wenn der Arbeitgeber zur Beschäftigung des Arbeitnehmers besonders verpflichtet ist. Wenn ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitsmittel nicht zur Verfügung stellt, so verletzt er keine Pflicht, er kommt in Annahmeverzug, weil er eine in seinem Interesse zur Bewirkung der schuldnerischen Leistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt<sup>1)</sup>. Diese Regeln gelten auch für den Akkord. Die Akkordabrede schließt nicht die Pflicht des Arbeitgebers in sich, den Arbeiter zu beschäftigen und die dafür erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber kann den Akkordarbeiter zur Disposition stellen, ihm die Akkordarbeit entziehen usw.<sup>2)</sup>. Tut er dies, so kommt er in Annahmeverzug, wobei sich die Akkordabrede nur in

hält eine Regelung, die bereits heute unausgesprochen nach § 242 BGB. als geltendes Recht angesehen werden darf. § 46 lautet: „Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Dies gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Maße zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren. Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen wichtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen. Im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung findet § 888 Absatz 1 der Zivilprozeßordnung keine Anwendung. Auf die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schadenersatz finden die §§ 842 bis 847 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung.“ Zu beachten ist auch, daß dem Arbeitnehmer ein Recht zur sofortigen Kündigung zusteht, wenn der Arbeitgeber ihn beschäftigen muß, ihn aber nicht beschäftigt. — Anstellungsverträge, die ein Arbeitgeber abschließt, um besonders qualifizierte Arbeitnehmer davon abzuhalten, bei anderen Arbeitgebern in Dienst zu treten, ohne sie selbst beschäftigen zu wollen und zu beschäftigen, sind nichtig und können einen Verstoß gegen § 826 BGB. bilden.

1) A. M. KASKEL, S. 116 unter B. Seine Ansicht, daß eine Pflicht zur Arbeitsbeschaffung bestehe, soweit eine Beschäftigung des Arbeitnehmers stattfindet, ist unhaltbar, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, wenn er ihn beschäftigt, ohne daß eine Pflicht zur Beschäftigung besteht, jederzeit zur Disposition stellen kann. Die falsche Voraussetzung KASKELS führt zu falschen Ergebnissen in der Lehre vom Betriebsrisiko. Gegen KASKEL besonders auch TITZE, JW., 1922, S. 551.

2) JAERISCH, Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit, 1925, S. 24 ff. (wo auch nähere Literatur angegeben ist).

dem besonderen Vergütungsanspruch ausdrückt, den der Akkordarbeiter hat. Seine Höhe bemißt sich nach demjenigen Akkordlohn, den er verdient hätte, wenn der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug gekommen wäre.

Damit ein Befehlsrecht existiert, ist nicht erforderlich, daß es tatsächlich ausgeübt wird (S. 123). Es genügt, daß es ausgeübt werden kann (S. 123) <sup>1)</sup>. Man denke an den Direktor einer Aktiengesellschaft. Ihm kann in weitem Rahmen die Freiheit selbständiger Dispositionen zugesichert sein. Deswegen ist er doch Angestellter. Er kann jederzeit zur Disposition gestellt werden. Dasselbe gilt vom Erfinder, dem im Betrieb die schöpferische Durchführung seiner Versuche überlassen ist <sup>2)</sup>. Dies hindert nicht, ihn als Arbeitnehmer zu behandeln. Der Arbeitgeber kann ihm die Arbeitszeit vorschreiben, die Arbeitsstätte anweisen, ihn zur Disposition stellen.

Der Umfang des Befehlsrechts ist an seinen Entstehungsgrund gebunden. Beruht das Arbeitsverhältnis auf einem Anstellungsvertrag, so ist seine Grenze durch den Inhalt des Vertrags gezogen. Nur ausnahmsweise kann der Arbeitgeber einseitig in den Inhalt des Vertrags eingreifen. Ein solches Eingriffsrecht ist dem Arbeitgeber nach § 2 Abs. 2 u. 3 StillegV. im Falle einer behördlich genehmigten Arbeitsstreckung, d. h. einer Beschäftigung des Arbeitnehmers zu verkürzter Arbeitszeit gewährt. Immer ist das Befehlsrecht durch den Zweck begrenzt, dem es dient. Dieser Zweck ist Einfügung der Arbeit in ein Ganzes. Über den Arbeitszweck reicht das Befehlsrecht nicht hinaus. Verhältnisse, die diesem Zweck nicht dienen, wie die Lebensbeziehungen des Arbeitnehmers außerhalb des Arbeitsverhältnisses, ergreift das Befehlsrecht nur, wenn das Gesetz dies ausdrücklich zuläßt (vergl. § 134b Abs. 3 Satz 2 GewO.).

---

1) NIKISCH, a. a. O., S. 121.

2) CONRAD ENGLÄNDER, Die Angestellterenerfindung nach geltendem Recht, 1925, S. 56 f.

Im Inhalt des Befehlsrechts zeigt sich die Abschwächung des Gewaltrechts im Laufe der Geschichte. Das Befehlsrecht ist nur noch ein Recht zu befehlen, nicht mehr auch ein Recht, den Befehl zu exequieren. Es wurzelt in der potestas, die sich aus dem Eigentum ergibt, nicht in dem imperium, das nur dem Staat zusteht. Ein Mensch kann einen anderen Menschen physisch nur dann zwingen, wenn ihm Staatsgewalt zusteht<sup>1)</sup>. Der Arbeitgeber hat keine Staatsgewalt. Er vertritt nicht den Staat, sondern das Eigentum. Fügt sich ein Arbeitnehmer dem Befehl des Arbeitgebers nicht, so hat der Arbeitgeber kein Mittel, ihn selbst zur Einhaltung des Befehls zu zwingen. Er kann aus dem Ungehorsam des Arbeitnehmers andere Folgen ziehen, er kann ihm kündigen, ihn verklagen usw. Ein Erfüllungszwang steht ihm nicht zu. Deswegen hat auch kein Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmer einer Türkontrolle zwangsweise zu unterwerfen, selbst wenn ihm das Recht eingeräumt ist, sie vorzunehmen<sup>2)</sup>. Und wie der Arbeitgeber kein Recht hat, den Befehl zu exequieren, so hat er auch kein Recht, zu strafen, es sei denn, daß ihm ein solches Recht ausdrücklich durch Vertrag eingeräumt oder durch den Staat delegiert ist, was nach § 91 SeemO. der Fall ist. Strafgewalt ist der privaten Gewalt nicht immanent. Strafen kann nur der Staat, nicht auch die Privatperson<sup>3)</sup>.

Das Befehlsrecht ist gesteigert, wenn der Arbeitnehmer in die

---

1) Vgl. dazu die tiefgehenden Ausführungen JELLINEKS, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 214 ff.

2) Wenn HERZFELDER, Gewalt und Recht, S. 6, 46 f., das Bestehen eines Gewaltverhältnisses in allen Fällen leugnet, in denen der Gewalthaber nicht die Gewalt zum physischen Zwang hat, so beruht dies auf einer materialistischen Auffassung der Gewalt, die sich HERZFELDER nur in sinnlicher Erscheinung denken kann.

3) Das Bestehen einer Disziplinargewalt bei dem Vorliegen eines Gewaltverhältnisses nimmt HERZFELDER, a. a. O., S. 47 f., an. Es ist aber hierbei zu beachten, daß HERZFELDER das Arbeitsverhältnis nicht als ein Gewaltverhältnis ansieht (S. 51, 52). Seine Begründung ist allerdings merkwürdig genug. Er meint, das Arbeitsverhältnis könne kein Gewaltverhältnis sein, weil es ein Vertragsverhältnis sei. Als ob es nicht möglich wäre, durch Vertrag gewaltrechtliche Wirkungen herbeizuführen.

häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen ist. Dann tritt zur arbeitsherrlichen auch seine hausherrliche Gewalt.

### **B. Das Eigentum am Arbeitsprodukt.**

Die Gewalt des Arbeitgebers besteht weiterhin in dem unmittelbaren Erwerb des Eigentums an dem Arbeitsprodukt des Arbeitnehmers. Im Eigentum am Arbeitsprodukt kommt die vermögensrechtliche Funktion der Gewalt zum Ausdruck (S. 13, 15). Der Arbeitgeber faßt durch das Eigentum die Einzelergebnisse der Arbeit zu einem Gesamtergebnis, das nur seiner Verfügung unterliegt, zusammen. Auch diese Gewaltwirkung wurzelt unausgesprochen im Wesen des Arbeitsverhältnisses, weil und soweit es ein Gewaltverhältnis ist.

Daß das Eigentum am Arbeitsprodukt unmittelbar dem Arbeitgeber zufällt, nicht aber dem Arbeitnehmer, der es herstellt, steht im Widerspruch mit der Spezifikationsregel des § 950 BGB., wonach das Arbeitsprodukt seinem Hersteller, nicht dem Eigentümer des Rohstoffs gehört. Die herrschende Lehre, die in dem Anstellungsvertrag nur einen schuldrechtlichen Vertrag sieht, kann diesen Widerspruch nicht lösen<sup>1)</sup>. Sie nimmt an, daß der Arbeitnehmer auf Grund eines Vertretungsverhältnisses für den Arbeitgeber das Arbeitsprodukt erwerbe. Aber der Eigentumserwerb des Arbeitgebers an dem Arbeitsprodukt ist unabhängig von einem darauf gerichteten Willen des Arbeitnehmers und unabhängig auch von der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber wird Eigentümer an dem Arbeitsprodukt, auch wenn der Arbeitnehmer es in der Absicht herstellt, es nicht für den Arbeitgeber zu erwerben, sondern sich selbst zuzueignen. Und der Arbeitgeber wird Eigentümer des Arbeitsprodukts, auch

<sup>1)</sup> S. ausführlich über alle Streitfragen im einzelnen ERNST HERZ, Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, JheringsJ., 74. Bd., S. 1ff. Was RIEZLER, Das Recht am Arbeitsergebnisse, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, herausg. von MOLITOR, HUECK, RIEZLER, S. 229 ff., gegen die im Text vorgetragene Grundauffassung vorbringt, trifft nicht ihre wesentlichen Punkte.

wenn es ein Wahnsinniger herstellt. Alle diese rechtlichen Erscheinungen sind nur dadurch zu begreifen, daß der Erwerb des Eigentums am Arbeitsprodukt nicht auf einer Vertretung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer, sondern auf der Gewalt des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer beruht. Soweit sie reicht, ist eigener Erwerb des Gewaltunterworfenen rechtlich nicht möglich, hat der Arbeitnehmer keine eigene Hand, sondern „gleicht seine Hand der Hand des Eigentümers“<sup>1)</sup>. Hieraus erklärt es sich auch, daß es für den Eigentumserwerb gleichgültig ist, ob das Arbeitsverhältnis auf Vertrag beruht oder nicht. Entscheidend ist nur die Existenz eines Gewaltverhältnisses, in dem sich das Einheitsrecht ausspricht. Auf den Rechtsgrund der Gewalt kommt es nicht an. Der Arbeitgeber erwirbt das Eigentum an dem Arbeitsprodukt aus jedem Arbeitsverhältnis, einerlei ob es auf Vertrag beruht oder nicht. Was sich hier durchsetzt, ist nicht Zufall oder Willkür, sondern das  
?! → Gesetz der Einheit. Dieses Gesetz schließt Einzelrechte an Einzelwirkungen aus. Es erfordert einen Träger der Einheit, der nicht nur die Produzenten zu einer Produktion, sondern auch die Produkte zu einem Produkt zusammenfügt. Dieses Einheitsgesetz wird gelten, solange es soziale Einheiten gibt, auch wenn die Subjekte und Zwecke des Einheitsrechts sich wandeln. Denn es beruht auf dem Wesen der Einheit.

Was im allgemeinen von dem Arbeitsprodukt des Arbeitnehmers gesagt ist, gilt auch von der Erfindung des Ange-

1) So drückt das talmudische Recht anschaulich das in Frage kommende Verhältnis aus. Das im Text wiedergegebene Zitat entstammt einer noch ungedruckten Frankfurter Dissertation von MOSES SILBERG, Dienstvertrag und Werkvertrag im talmudischen Recht, 1926. Das talmudische Recht zog aus dieser Beschränkung des Arbeitnehmers eine interessante Folgerung. Es gab dem Arbeiter ein jederzeitiges Rücktrittsrecht für den Fall, daß er zur Selbständigkeit zurückkehren wollte. Als Grund dafür heißt es — nach SILBERG — im Talmud: „Mir (Gott) sind die Kinder Israels Knechte — meine Knechte — aber nicht Knechte von Knechten.“ Ein Anklang hieran findet sich in § 146 Ziff. 1 AllgArbVGE., wonach dem Arbeitnehmer ein Kündigungsrecht zugesprochen wird, wenn ihm aus Gründen seines Fortkommens die Durchhaltung des Vertrages billigerweise nicht zugemutet werden kann und überwiegende Betriebsinteressen durch sein Ausscheiden nicht verletzt werden.

stellten. Die Erfindung ist ein Arbeitsprodukt des Angestellten, wenn auch ein qualifiziertes Arbeitsprodukt. Als solches fällt sie unmittelbar kraft der Einheitsnatur des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zu<sup>1)</sup>. Die besonderen Fragen, die auf diesem Gebiet entstehen, beziehen sich darauf, ob im Einzelfall eine Erfindung des Angestellten vorliegt, und ob sie, wenn eine solche vorliegt, aus dem Arbeitsverhältnis oder dem freien Schaffensbereich des Erfinders herrührt.

In der ersten Frage geht die herrschende Meinung davon aus, daß eine Erfindung des Angestellten nur vorliegt, wenn es sich nicht um eine Betriebserfindung handelt. Was aber eine Betriebserfindung ist, ist streitig<sup>2)</sup>. Eine gesetzliche Definition gibt es nicht. Einen Anhaltspunkt bietet der für allgemeinverbindlich erklärte Reichstarifvertrag für die akademisch gebildeten Angestellten der chemischen

---

1) Für Muster und Modelle ist dies in § 2 des Gesetzes, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. 1. 1876, ausdrücklich anerkannt. Die Theorien über den Uebergang des Erfinderrechts auf den Arbeitgeber schwanken. Es stehen sich die sog. Derivativtheorie und die Originärtheorie gegenüber (vgl. darüber ausführlich CONRAD ENGLÄNDER, a. a. O., S. 10 ff. und S. 52 ff). Nach der ersten Theorie erwirbt der Angestellte das Recht an seiner Erfindung; auf den Arbeitgeber geht es nur über durch ein besonderes Verfügungsgeschäft. Nach der zweiten Theorie erwirbt der Arbeitgeber die Erfindung unmittelbar, wobei eine einheitliche Auffassung über diesen originären Erwerbsgrund nicht besteht. Der Unterschied der beiden Theorien ist praktisch unerheblich. Denn auch nach der Derivativtheorie wird nach Treu und Glauben angenommen, daß das erforderliche Verfügungsgeschäft stillschweigend mit dem Abschluß des Anstellungsvertrags erfolgt ist (als vertragsmäßige Verfügung über künftige Rechte). Dies wird auch von ENGLÄNDER, der auf dem Boden der Derivativtheorie steht, anerkannt (S. 62 Anm. 44). Der unmittelbare Erwerb des Arbeitgebers, wie er im Text angenommen ist, steht nicht der Auffassung entgegen, daß dem Angestelltenerfinder ein Persönlichkeitsrecht auf Nennung seines Namens in der Patentrolle und der Patentschrift, sowie ein Anspruch auf eine Sondervergütung für seine Erfindung zugebilligt werden soll (wie dies in dem Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, das auf dem Boden der Originärtheorie steht, ausdrücklich vorgesehen ist, §§ 121, 125, 128). Beides ergibt sich aus der Erwägung, daß dem Arbeitgeber durch die Erfindung des Angestellten ein qualifiziertes Vermögensrecht zufällt (ENGLÄNDER, a. a. O., Anm. 44, S. 64). Die Derivativtheorie kann übrigens niemals den Übergang der Erfindung auf den Arbeitgeber im Falle eines Arbeitsverhältnisses ohne Vertrag erklären.

2) Vgl. darüber vorzüglich ENGLÄNDER, a. a. O., S. 15 ff.

Industrie vom 27. 4. 1920 (§ 9, II A). Danach liegt eine Betriebs-erfindung vor, „wenn die Merkmale einer Erfindung durch die Anregungen, Erfahrungen, Vorarbeiten und Hilfsmittel des Betriebs dergestalt gegeben sind, daß die Durchführung über eine handwerksmäßige Tätigkeit (im patentrechtlichen Sinne einer normalen Berufstätigkeit) nicht hinausgeht“.

Die zweite Frage ist für die Frage des Erwerbs der Erfindung von Bedeutung. Nur solche Erfindungen fallen dem Arbeitgeber zu, die sog. Diensterfindungen sind. Auch diesen Begriff versucht der erwähnte Tarifvertrag klarzustellen. Diensterfindungen liegen hiernach (§ 9 II B) vor, „wenn a) die erfinderische Tätigkeit zu den dienstlichen Obliegenheiten des Angestellten gehört, oder b) die Verwertung oder Verwendung dieser Erfindungen in den Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens fällt“. Indessen dürfte der so formulierte Begriff im Punkt b zu weit gehen, wenn der in Frage kommende Angestellte überhaupt nicht dazu angestellt ist, Erfindungen zu machen. Deswegen ist die Begriffsbestimmung, die § 122 AllgArbVGE. vorschlägt, zutreffender. Danach ist eine Erfindung nur dann eine Diensterfindung, „wenn der Arbeitnehmer zu erfinderischer Tätigkeit angestellt, oder eine solche nach den Umständen von ihm zu erwarten ist und er in Erfüllung seiner Leistungspflicht eine Erfindung macht“. Erfindungen des Arbeitnehmers, bei denen diese Voraussetzungen fehlen, fallen nicht dem Arbeitgeber zu, „auch wenn ihre Verwertung in den Tätigkeitsbereich des Betriebs fällt“. Diese Aufstellung des Entwurfs darf schon heute als geltendes Recht angesehen werden<sup>1)</sup>. Erfindungen, die nicht Diensterfindungen sind, sind freie Erfindungen. Sie gehören dem Arbeitnehmer. Es besteht heute keine Pflicht, sie dem Arbeitgeber zum Kaufe anzubieten. Solche Pflicht besteht nur, wenn sie vereinbart ist. Ob Erfindungsklauseln, die dem Arbeitgeber alle Erfindungen zuweisen, die ein Angestellter macht, einerlei ob sie Diensterfindungen oder freie Erfindungen

---

1) ENGLÄNDER, a. a. O., S. 32 ff.

sind, gültig sind, ist heute nach § 138 Abs. 1 BGB. zu prüfen. Mit Recht stellt § 124 AllgArbVGE. für die Gültigkeit einer solchen Klausel besondere Voraussetzungen auf. Im übrigen hat der Angestellte heute keinen Anspruch auf Nennung seines Namens in der Patentrolle und der Patentschrift, auch nicht auf eine Sondervergütung für seine Erfindung. Solche Ansprüche können heute nur durch besondere Vereinbarung entstehen, wie sie z. B. in dem erwähnten Reichstarifvertrag getroffen ist. Für das künftige Recht sollen nach §§ 125, 127, 128 AllgArbVGE. die fraglichen Ansprüche gesetzlich bestehen.

### C. Die Schutzpflicht.

Gewalt ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht. Schon von altersher ist dieser Grundsatz anerkannt<sup>1)</sup>, und zwar nicht nur im deutschen<sup>2)</sup>, sondern auch im römischen Recht<sup>3)</sup>. Wie das Gewaltrecht, so folgt die Gewaltpflicht aus dem Wesen des Einheitsverhältnisses. Im Einheitsverhältnis ist der Gewaltunterworfenen in der Hand des Gewalthabers. Eine solche Unterwerfung bringt Gefahren für die persönlichen Güter des Gewaltunterworfenen hervor, die abzuwenden Pflicht des Gewalthabers

---

1) HERZFELDER, Gewalt und Recht, S. 29: „Neben den Gewalten können . . . allerdings Rechtspflichten bestehen, welche den Gewalthabern vom objektiven Recht in bezug und mit Rücksicht auf ihre Gewalt auferlegt werden, um letztere zu normieren, in ihrer Ausübung zu beschränken.“ Diese Äußerung ist nur insofern bedenklich, als HERZFELDER die Gewaltpflichten als Pflichten ansieht, die neben der Gewalt, also wohl außerhalb von ihr bestehen, während die richtige Auffassung in der Annahme liegt, daß die Gewaltpflicht im Gewaltrecht als eine beschränkende Form des letzteren enthalten ist.

2) v. GIERKE, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 17; Die Wurzeln des Dienstvertrags, S. 57.

3) Die römischrechtliche Anschauung, an die nicht immer bei der Erörterung der Pflichtseite der Gewalt gedacht wird, ist besonders von BRINZ in der Lehre vom „officium“ der Gewalt, namentlich der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt, dargelegt worden (I, S. 210, 444; II, 1, S. 45, 46, 52, 131; III, 2, S. 590, 591, 602 bis 605, 679, 782, 806, 870). Dazu v. JHERING, Geist des römischen Rechts, II, 1, S. 197: „Nicht bloß im eigenen Interesse hat der Hausherr diese Gewalt, sondern zugleich in dem des Staats, sie ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, ein Amt.“

ist, wie es Pflicht des Verwahrers ist, das ihm anvertraute Gut vor Schaden zu behüten<sup>1)</sup>. Die Gewaltpflicht kommt im Arbeiterschutz zum Ausdruck.

Arbeiterschutz ist das zugunsten des Arbeitnehmers regulierte Gewaltrecht des Arbeitgebers. Seine Zweckbestimmung „zielt auf die Sicherung der günstigsten Entwicklungsmöglichkeiten der Arbeiterpersönlichkeit ab<sup>2)</sup>“, ist „Eingengung des Nutzungsrechtes des Arbeitgebers an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers zugunsten des Interesses der Gesellschaft an der Erhaltung dieser Arbeitskraft“<sup>3)</sup>. Er bringt der im Eigentum wurzelnden Gewalt des Arbeitgebers gegenüber die soziale Personenordnung zur Geltung. Nur schrittweise, in langjährigem Ringen hat sich sein Grundgedanke gegen die „Freiheit und Gleichheit der Personen“ durchgesetzt. Ausgegangen ist er von England. Von dort griff er auf die übrigen Staaten über. „Das ist der große Prozeß der Rezeption des britischen Arbeitsrechts, der an Tragweite für die Menschheit mindestens so wichtig ist, wie die Übernahme und Umbildung des römischen Eigentums- und Obligationenrechts“<sup>4)</sup>.

Der Arbeiterschutz erfaßt das Arbeitsverhältnis an verschiedenen Stellen. Er besteht nicht neben dem Arbeitsverhältnis als eine besondere Ordnung, sondern im Arbeitsverhältnis, dem er sich einordnet<sup>5)</sup>. Wir unterscheiden Arbeiterschutz im weiteren und

1) Es ist charakteristisch, daß das Wort „commendare“ im Mittelalter sehr häufig sich findet für deponere, zur Aufbewahrung übergeben; ROTH, Feudalität und Untertanenverband, S. 274.

2) STEFAN BAUER, Art. Arbeiterschutzgesetzgebung, Handw. der Staatsw., 4. Aufl., I, S. 401 ff., insb. S. 402. Dazu auch LEDERER und MARSCHAK, Arbeiterschutz, Grundriß der Sozialökonomik, Abt. IX, Teil II, S. 259 ff.

3) PRELLER, Vereinbarter Arbeiterschutz, RABl., NAT., 1926, S. 62 ff.

4) STEFAN BAUER, a. a. O., S. 403.

5) Damit setze ich mich in Widerspruch mit der grundlegenden Auffassung KASKELS (vgl. dessen Darstellung des Arbeiterschutzrechts in seinem Arbeitsrecht, S. 150 ff.). KASKEL trennt den Arbeiterschutz, soweit er öffentlichrechtlich ist, vom Arbeitsvertrag. Er hat darin recht, daß der Arbeiterschutz nicht dem Arbeitsvertrag angehören kann, weil er sich an die Beschäftigung anschließt, einerlei, ob diese auf einem Arbeitsvertrag beruht oder nicht. Aber diese An-

engeren Sinn. Arbeiterschutz im weiteren Sinn ist der sog. Vertragsschutz, Arbeitszeitschutz und Fortbildungsschutz<sup>1)</sup>. Arbeiterschutz im engeren Sinn ist der sog. Betriebsschutz, der in der Pflicht des Arbeitgebers zur Abwendung von Gefahren für die persönlichen Lebensgüter des Arbeitnehmers bei der Beschäftigung im Betriebe besteht<sup>2)</sup>. Der Arbeiterschutz im weiteren Sinn ordnet sich in die Lehre vom Abschluß des Anstellungsvertrags (Abschlußgebote, Abschlußverbote), des schuldrechtlichen Inhalts des Arbeitsverhältnisses (Arbeitszeitregelung, Lohnsicherung) und seiner Beendigung (Kündigungsschutz) ein. Nur mit dem Arbeiterschutz im engeren Sinn haben wir es hier zu tun. Denn er reguliert die gewaltrechtliche Wirkung des Arbeitsverhältnisses im Sinne besonderer Gewaltpflichten, die dem Arbeitgeber obliegen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis auf Grund eines Anstellungsvertrags handelt oder nicht<sup>3)</sup>. Wir betrachten die Schutzpflicht zunächst in ihrer privatrechtlichen, sodann in ihrer öffentlichrechtlichen Regelung, um schließlich den inneren Zusammenhang beider Regelungen darzutun.

1. Die privatrechtliche Regelung enthält die Regelung der Gewaltpflicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie ergibt sich aus den zwingenden Rechtssätzen der §§ 617, 618 BGB. und des § 62 HGB.<sup>4)</sup> Neben dem gesetzlichen Arbeiterschutz gibt es auch vereinbarten Arbeiterschutz, der auf Tarifvertrag

---

sicht berührt unseren Standpunkt nicht, weil wir überhaupt nicht vom Arbeitsvertrag, sondern vom Arbeitsverhältnis ausgehen. Die hier vertretene Auffassung ist bereits von JASTROW, Was ist Arbeiterschutz?, Sonderabdruck aus dem Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI, 1912/13, dargelegt worden; s. auch LEDERER und MARSCHAK, a. a. O., S. 265. Ihr hängt offenbar auch an v. GIERKE, Die Wurzeln des Dienstvertrags.

1) KASKEL, S. 166 ff., 186 ff., 202 ff., 207 ff., 210 ff.

2) KASKEL, S. 157 ff., 198 ff. Über die neuen Aufgaben, die dem Betriebsschutz bei Fließarbeit außer dem Unfallschutz hinsichtlich des Tempos, Takts und der Monotonie, sowie des Arbeitsplatzes, der Körperhaltung und der Sitzgelegenheit gegeben sind, s. die vorzüglichen Ausführungen von PRELLER, RABl., NAT., 1927, S. 21 ff.

3) KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., S. 349 ff.

4) S. auch §§ 553, 559—62 SeemO.

oder Betriebsvereinbarung beruht<sup>1)</sup>. § 617 regelt die Pflicht des Arbeitgebers zur Pflege des in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmers im Falle einer Erkrankung. Er ist mit Rücksicht auf das Krankenversicherungsrecht praktisch kaum von Bedeutung. § 618 regelt die Schutzmaßregeln, die der Arbeitgeber zu treffen hat, damit der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet. Diese Schutzmaßregeln gelten in erhöhtem Maße für die Ausübung der hausherrlichen Gewalt, wenn der Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist.

Ein Anspruch auf Erfüllung der Gewaltpflicht steht dem Arbeitnehmer nicht zu. Gewaltpflicht besteht nur, wenn Gewalt ausgeübt wird. Sie bedeutet, daß der Arbeitgeber, wenn er Gewalt ausübt, sie so ausübt, daß die persönlichen Lebensgüter des Arbeitnehmers geschützt sind. Eine Pflicht des Arbeitgebers, seine Verfügungsgewalt über den Arbeitnehmer auszuüben, besteht aber nicht (S. 147). Der Arbeitgeber ist, wenn der Arbeitnehmer die Erfüllung der Gewaltpflicht verlangt, rechtlich in der Lage, die Ausübung seiner Gewalt überhaupt einzustellen. Ist das Gewaltverhältnis aufgehoben, so entfällt auch die Ausübung der Gewalt in pflichtmäßiger Form (natürlich unbeschadet des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers). Ein Erfüllungsanspruch kann nur dann bestehen, wenn sich aus dem Anstellungsvertrage eine Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Arbeitnehmers ergibt<sup>2)</sup>. Die

---

1) S. darüber vorzüglich PRELLER, a. a. O., RABl., 1926, S. 62 ff.

2) Der im Text ausgesprochenen Ansicht stimmen, wenn auch mit teilweise anderer Begründung zu TITZE, Das Recht des kaufmännischen Personals, S. 856, HUECK, das Arbeitsvertragsrecht, S. 163, MÜLLER-ERZBACH, JheringsJ., Bd. 73, S. 174 ff. Dagegen erkennen LOTMAR, II, S. 278, KASKEL, S. 114 und die anderen dort in Anm. 2 angegebenen Schriftsteller einen Anspruch auf Erfüllung an. Das Urteil des RG. vom 6. 1. 1922, RGZ., Bd. 103, S. 374, NZfAR. 22, Sp. 575, steht in keiner Weise der Auffassung im Text entgegen. Wenn KASKEL annimmt, daß § 618 BGB. praktisch entwertet würde, wenn ein Erfüllungsanspruch nicht bestünde, so verkennt er die übrigen Rechtsbehelfe des Arbeitnehmers, von denen das Weigerungsrecht des Arbeitnehmers mindestens so durchschlagend ist, wie der Erfüllungsanspruch.

privatrechtliche Sicherung der Gewaltpflicht besteht in der Hauptsache darin, daß der Arbeitnehmer die ihm obliegende Arbeitsleistung verweigern kann, wenn der Arbeitgeber ihn unter Verletzung der Gewaltpflicht beschäftigt. Daß der Arbeitgeber in dem Gewaltverhältnis seine Verfügungsgewalt ausübt, ist eine Mitwirkungshandlung, die er zum Vollzuge der Arbeitsleistung vorzunehmen hat (§ 295 BGB). Übt er sie in der vorgeschriebenen Form nicht aus, so kommt er in Annahmeverzug. Dazu kommt ein außerordentliches Kündigungsrecht des Arbeitnehmers aus wichtigem Grund, verbunden mit einem Anspruch auf Schadensersatz wegen der Kündigung nach § 628 Abs. 2 BGB. Außerdem steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Schadensersatz zu, wenn der Arbeitgeber die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Arbeitnehmers obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hat und dem Arbeitnehmer dadurch ein Schade erwachsen ist. Auf diese Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schadensersatz finden die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 entsprechende Anwendung (§ 618 Abs. 3 BGB.). Hierbei haftet der Arbeitgeber auch für fremdes Verschulden nach Maßgabe des § 278 BGB. 1), während auf eigenes oder konkurrierendes Verschulden des Arbeitnehmers § 254 BGB. Anwendung findet 2). Indessen hat dieser Schadensersatzanspruch eine Grenze durch die §§ 898 ff. RVO. Danach ist ein Arbeitgeber Unfallversicherten und deren Hinterbliebenen gegenüber, auch wenn sie keinen Anspruch auf Rente haben, zum Ersatz des Schadens, den ein Betriebsunfall verursacht

1) RGZ., Bd. 103, S. 374; Bd. 106, S. 293 (die beiden Entscheidungen sind nicht ohne Bedenken).

2) Rechtsprechung, S. 363 unter 2. Besonders zu beachten ist die Entsch. des RG. vom 11. 10. 1921, JW., 1922, S. 485, in der der Nachweis für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der gesundheitsschädlichen Beschaffenheit des Arbeitsraums und der Gesundheitsbeschädigung erleichtert wird (vgl. dazu die auf demselben Standpunkt stehenden Entsch. des RG. vom 19. 11. 1918, Recht, 1919, Nr. 1336, und vom 26. 10. 1923, Rechtsprechung, S. 365). Für die Praxis wichtig ist die Frage der Ersatzpflicht des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers durch gesundheitsschädliche Beschaffenheit des Arbeitsraums, insbes. ungenügende Erwärmung der Arbeitsräume. Sie wird bejaht in der Entsch. der RG. vom 20. 1. 1920, Recht, 1920, Nr. 966.

hat, nur dann verpflichtet, wenn strafgerichtlich festgestellt worden ist, daß der Arbeitgeber den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat<sup>1)</sup>.

2. Die öffentlichrechtliche Regelung enthält die Regelung der Gewaltpflicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Staat. Sie ergibt sich aus besonderen Tatbeständen, der Tätigkeit besonderer Behörden und der Anwendung von Zwangsmitteln und Strafen. Die Regelung ist im geltenden Recht herbeigeführt durch staatlichen und berufsgenossenschaftlichen Arbeiterschutz. Der berufsgenossenschaftliche Arbeiterschutz ist in den Unfallverhütungsvorschriften enthalten, welche die Berufsgenossenschaften nach den §§ 848, 1030, 1199 RVO. zu erlassen berechtigt und verpflichtet sind.

a) Die Tatbestände des öffentlichrechtlichen Arbeiterschutzes ergeben sich insbesondere aus den §§ 120a—e GewO. Arbeiter im Sinne dieser Vorschriften sind alle Kategorien von gewerblichen Arbeitern, also auch Lehrlinge, Werkmeister, Betriebsbeamte und Techniker; ausgenommen sind die Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften, für die Ausnahmebestimmungen gelten (§ 154 Abs. 1, Ziff. 1 u. 2 GewO.). Der Schutz bezieht sich auf die Gestaltung der Betriebsmittel (Betriebsstätten und Betriebseinrichtungen) und der Betriebsordnung. Daneben besteht ein besonderer Schutz für kaufmännische Angestellte (§§ 139g, h und m GewO.), Heimarbeiter (HausArbG.), Seeleute (SeemO.) und Bergleute (AllgBergG.). Der Schutz der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer ergibt sich ausschließlich aus Unfallverhütungsvorschriften<sup>2)</sup>; Der Betriebsschutz ist erhöht für Jugendliche und Frauen. Für Jugendliche nach dem Kinderarbeitsgesetz, sowie nach §§ 139a Abs. 1 Nr. 1 und 120a GewO. (vgl. dazu § 154a Abs. 1 GewO.). Für Frauen nach § 139c Abs. 1 Nr. 1 GewO. und nach dem Gesetz

1) Verneint das Reichsversicherungsamt das Vorliegen eines Betriebsunfalls, so steht der Erhebung des Anspruchs aus § 618 BGB. nichts entgegen, weil nach § 901 RVO. die Entscheidung des Reichsversicherungsamts nur insoweit bindende Kraft hat, als es sich um die Frage handelt, ob ein versicherungspflichtiger Betriebsunfall vorliegt (WARNEYER, 1920, Nr. 133).]

2) KASKEL. S. 164 unter III.

über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften vom 15. 1. 1920<sup>1)</sup>).

b) Zur Durchführung des Arbeiterschutzes (übrigens über den Kreis des engeren Arbeiterschutzes hinaus<sup>2)</sup> ist als besondere Behörde die Arbeitsaufsicht berufen<sup>3)</sup>. Die zurzeit bestehenden Organe zur Durchführung dieser Aufsicht sind vor allem die Gewerbeaufsichtsbehörden, denen die Polizeibehörden und die technischen Aufsichtsbeamten der Berufsgenossenschaften teilweise ergänzend zur Seite stehen. Für den Bergbau und die Schifffahrt sind davon verschiedene Behörden mit den Aufgaben der Arbeitsaufsicht betraut (Revierbeamte, Seemannsämter).

c) Die Zwangsmittel, die der Durchführung des Arbeiterschutzes (nicht nur des engeren) zur Verfügung stehen, sind teils besondere Zwangsmittel des Arbeiterschutzes, insbesondere die polizeiliche Einstellung des Betriebs nach § 147 Abs. 4 GewO., teils die Mittel des allgemeinen Verwaltungszwangs (in Preußen nach §§ 132 ff., 53 des Gesetzes über die AllgLandesverw. vom 30. 7. 1883). Die Strafen ergeben sich aus besonderen strafrechtlichen Tatbeständen (dem sog. Arbeitsstrafrecht), die im Titel X der GewO. enthalten sind, aber auch in anderen Gesetzen, z. B. im Kinderarbeitsgesetz (§§ 23 ff.) und HausArbG. (§§ 49 ff.). Besonderes gilt hierbei für die strafrechtliche Haftung des Unternehmers für strafbares Tun von Betriebsleitern und Aufsichtspersonen (vgl. § 151 GewO.), für den Rückfall und die Verjährung<sup>4)</sup>.

3. Die privatrechtliche und die öffentlichrechtliche Regelung bilden die Gesamtregelung der Schutzpflicht des Arbeitgebers, die in sich zusammenhängt. Dieser Zusammenhang zeigt sich nicht, soweit die Schutzpflicht nur privatrechtlich geregelt ist. Er zeigt sich aber, soweit sie öffentlichrechtlich geregelt ist. Denn soweit die Schutzpflicht öffentlichrechtlich ge-

1) Näheres bei KASKEL, S. 198 ff.

2) S. dazu KASKEL, S. 214 unter C, D.

3) Geschichtliches hierüber bei KASKEL, S. 213 unter II.

4) Einzelheiten bei KASKEL, S. 219, 220.

regelt ist, schließt sie auch die privatrechtliche Regelung in sich. Die öffentlichrechtliche Regelung der Gewaltpflicht ruft ein verwaltungrechtliches Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Staat hervor<sup>1)</sup>. Aber die Bestimmungen, die dieses Verhältnis hervorgerufen, sind zugleich Bestimmungen, die das Arbeitsverhältnis regeln. Sie wirken nicht nur öffentlichrechtlich, sondern auch privatrechtlich<sup>2)</sup>. Ihre Tatbestände sind Tatbestände mit gemischten Rechtsfolgen<sup>3)</sup>. Dies zeigt sich mit aller Deutlichkeit darin, daß die Verletzung der öffentlichrechtlich normierten Gewaltpflicht im Arbeitsverhältnis dieselben privatrechtlichen Folgen hat, wie die Verletzung der nur privatrechtlich gesicherten Gewaltpflicht. In beiden Fällen findet keine Erfüllungsklage statt (S. 158). Aber der Arbeitnehmer kann die Arbeitsleistung verweigern, wenn die Gewaltpflicht nicht erfüllt ist, kann aus wichtigem Grunde kündigen und Schadensersatz fordern (S. 159)<sup>4)</sup>. Man kann höchstens darüber streiten, ob der Anspruch auf Schadensersatz wegen Gesundheitsschädigung usw. ausschließlich auf § 823 Abs. 2 BGB. gestützt werden kann, oder auch auf § 618. Ich nehme das letztere an. Die Bestimmungen, welche die öffentlichrechtliche Regelung der Gewaltpflicht hervorrufen, sind, wie wir sahen, zugleich privatrechtliche Bestimmungen. Sie gehen neben ihren öffentlichrechtlichen Wirkungen auch in den gewaltrechtlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses ein. Sie tragen ein Doppel-

1) Dies immer wieder mit Nachdruck hervorgehoben zu haben, ist ein besonderes Verdienst KASKELS (s. dessen Schrift „Das Wesen des Arbeiterschutzes“ in der Festgabe für HEINRICH BRUNNER, 1913, und zusammenfassend sein „Arbeitsrecht“, S. 150 ff.).

2) Dies hebt insbesondere auch v. GIERKE, Die Wurzeln des Dienstvertrags, S. 62, 63 hervor.

3) MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der Sozialökonomik, III. Abt., S. 387: „Und vor allem kann ein Interessengebiet durch gesetztes Recht absichtlich derart geregelt werden, daß die Schaffung von Privatansprüchen Einzelner und von Befehlsgewalten oder anderen Funktionen von Staatsorganen sogar für ein und denselben Sachverhalt konkurrierend nebeneinanderstehen.“

4) Daß diese Rechtsfolgen im Arbeitsverhältnis eintreten, wird im Grunde von KASKEL nicht bestritten (Arbeitsrecht, S. 212).

gesicht, das sowohl auf den Staat wie auch auf das Arbeitsverhältnis gerichtet ist<sup>1)</sup>. Dies schließt nicht aus, das mit dem Anspruch aus § 618 zugleich ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 (mit der praktisch wichtigen Folge der Anwendung des § 847 BGB.) konkurrieren kann<sup>2)</sup>.

Der Schwerpunkt der Gesamtregelung liegt nicht in der Herbeiführung des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses, sondern in dem Schutz des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Die öffentlichrechtliche Regelung ist nur ein Hilfsmittel zur Sicherung dieses Schutzes. Die Gewaltpflicht des Arbeitgebers besteht dem Arbeitnehmer gegenüber. Damit sie wirksam sei, ist sie privatrechtlich und öffentlichrechtlich gesichert. Diese doppelte Sicherung entspricht dem Wesen des Guts, um dessen Schutz es sich handelt. Das Gut ist die menschliche Arbeitskraft. Ihr Schutz liegt nicht nur im privaten, sondern auch im öffentlichen Interesse. Würde man den Arbeiterschutz von dem Arbeitsverhältnis trennen, weil er zugleich eine öffentlichrechtliche Sicherung enthält, so würde man ihm den Boden entziehen, in dem er wurzelt und für den er bestimmt ist. Dieser Boden ist das Arbeitsverhältnis, sind die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die aus der Schutzpflicht des Arbeitgebers folgen<sup>3)</sup>.

1) So im Grundsatz zustimmend LANDMANN, II, zu § 120a, S. 358 unter d.

2) LANDMANN, a. a. O., S. 358, vorletzter Absatz am Ende, und die dort angegebene Judikatur; dazu v. GIERKE, Wurzeln des Dienstvertrags, S. 58.

3) Von der Arbeiterschutzpflicht des Arbeitgebers zu unterscheiden sind die Pflichten des Arbeitgebers in Ansehung der Sozialversicherung. Der Arbeitgeber hat die gesetzliche Verpflichtung, die Krankenkassenbeiträge zu zahlen (§ 393 RVO.) und die Beiträge zur Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung durch Markenkleben zu entrichten (§ 1426—1431 RVO.; §§ 175, 176, 177, 182, 183 AngVG.). Diese Verpflichtungen entfließen nicht dem Gewaltrecht des Arbeitgebers. Sie sind dem Arbeitgeber von außen her öffentlichrechtlich auferlegt. Sie sind Verpflichtungen, die einen ausschließlich öffentlichrechtlichen Charakter haben. Ihre Nichterfüllung ist keine Vertragsverletzung. Nur wenn sich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend zum Zahlen oder Kleben verpflichtet hat, kommt eine Vertragsverletzung in Frage (RGZ., Bd. 63, S. 53 ff.; Rechtsprechung, S. 367 unter D).

#### **D. Die Haftung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer.**

Die Gewalt des Arbeitgebers wirkt schließlich nicht nur nach innen, sondern auch nach außen. Sie wirkt heute nicht mehr wie nach älterem Recht nach außen, indem der Arbeitgeber Dritten gegenüber seinen Arbeitnehmer vertreten und sein Gewaltrecht gegen jede Störung durch Dritte schützen kann<sup>1)</sup>. Die Außenwirkung der Gewalt besteht heute nur noch darin, daß der Arbeitgeber für den Schaden haftet, den sein Arbeitnehmer Dritten zufügt. Begründet ist diese Haftung in der Einheit, die dem Arbeitgeber zurechnet, was durch den Arbeitnehmer geschieht. Sie hat ihre Wurzeln in den ältesten Zeiten des Rechts. Ihr Verpflichtungsgrund ist „nicht die Schuld, sondern die Macht“<sup>2)</sup>.

Nach geltendem Recht kommt es für die Haftung darauf an, ob der Verstoß des Arbeitnehmers gegen Dritte in Ausführung eines Vertrags zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten, oder ohne einen solchen durch unerlaubte Handlung geschehen ist. Für die Vertragshaftung gilt als Grundregel § 278 BGB., wonach der Arbeitgeber ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, im gleichen Umfang zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Für die Delikts haftung gilt § 831 BGB., wonach derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Während die Haftung des Arbeitgebers für ein Verschulden seines Arbeitnehmers aus Vertrag unbedingt ist, tritt die Ersatzpflicht bei der Schadenzufügung durch Delikt nicht ein, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung

---

1) Der Rest eines solchen Gewaltrechts gegen Dritte schimmert noch in § 125 GewO. nach. Zu weit in der Annahme eines Gewaltrechts geht ARTHUR HERZFELD, *Rechtliche Reflexwirkung der arbeitsrechtlichen Unselbständigkeit*, ArbR., 1921 S. 75 ff.

2) v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II. Teil, 1. Abt., S. 105.

oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde<sup>1)</sup>. In beiden Fällen der Haftung kommt es nicht darauf an, daß das Arbeitsverhältnis auf einem Anstellungsvertrag beruht. Es genügt, daß ein Arbeitsverhältnis besteht<sup>2)</sup>. Außer der Pflicht zum Schadensersatz kann der Arbeitgeber auch noch andere Pflichten gegenüber Dritten haben. So insbesondere die Pflicht zur Einwirkung auf den Arbeitnehmer, wenn dieser unlautere Wettbewerbshandlungen vorgenommen hat (§§ 13 Abs. 3, 14 Abs. 3, 16 Abs. 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb). Unter Umständen ist der Arbeitgeber für Taten seines Arbeitnehmers auch strafrechtlich verantwortlich, selbst wenn er ohne Schuld an diesen Taten ist<sup>3)</sup>.

## II.

### Der schuldrechtliche Inhalt.

In dem schuldrechtlichen Inhalt treten sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Schuldner und Gläubiger, nicht als Diener und Herr gegenüber. Der schuldrechtliche Inhalt enthält die Verpflich-

1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt in weitgehendem Maße eine Lockerung dieser Haftung für Großbetriebe zu, indem sie den Betriebsinhaber von der Haftung schon dann freiläßt, wenn er die mit der Auswahl und Beaufsichtigung der Schaden stiftenden Personen betrauten Hilfskräfte ordnungsgemäß ausgewählt und beaufsichtigt hat, auch wenn diese Hilfskräfte die an sich dem Geschäftsherrn obliegenden allgemeinen Pflichten nicht in derselben Weise erfüllt haben, wie dies das Gesetz vom Geschäftsherrn in § 831 verlangt. Eine scharfe und berechtigte Kritik an dieser Rechtsprechung hat neuerdings HANS WERNER WEIGERT, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte (Rechtsvergleichende Abhandlungen, herausg. von TITZE und WOLF, 1925) geübt.

2) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 928 Anm. 32. Wie verhält es sich, wenn zwar ein Anstellungsvertrag vorliegt, dieser aber durch Verwaltungsakt zustande gebracht worden ist (sog. „diktierter Vertrag“)? In diesem Fall nimmt NIPPERDEV, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 151 ff. unter 3 an, daß die Haftung des Arbeitgebers nicht besteht. Vgl. dazu § 738 HGB. (Schiffszusammenstoß infolge Verschuldens eines Zwangsloten).

3) WALTER OSTWALD, Der Erfüllungsdienner, 1920, S. 51 ff.

tung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und den Anspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung eines Entgelts. Der gewaltrechtliche Inhalt kann ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund, der das Gewaltverhältnis ins Leben ruft, bestehen. Der schuldrechtliche Inhalt ist an den Anstellungsvertrag als seinen Entstehungsgrund gebunden. Ohne Anstellungsvertrag kein schuldrechtlicher Inhalt. Wohl können Arbeitsverhältnisse, die ohne Anstellungsvertrag ins Leben gerufen sind, verpflichtende Kraft haben, z. B. das Arbeitsverhältnis des Fürsorgezöglings. Aber diese verpflichtende Kraft wurzelt nicht in schuldrechtlichem Inhalt, wenn dieser auch analoge Anwendung finden kann. Es kann vorkommen, daß Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis bewirkt werden, ohne daß eine schuldrechtliche Verpflichtung besteht, wie z. B. beim nichtigen Anstellungsvertrag. Ist dies der Fall, so müssen die Leistungen rechtlich so bewirkt werden, als ob sie rechtlich geschuldet wären. Man denke an den Arbeitszeit- oder Lohnschutz. Solche Schutzmaßnahmen regulieren die Leistungen, auch wenn sie nicht auf einem rechtlichen Schuldgrund beruhen. Es genügt für ihre Anwendung, daß die Leistungen tatsächlich bewirkt werden. Der Grund dafür liegt darin, daß das Schutzrecht der sozialen Personenordnung angehört, das Schutzbedürfnis des Menschen aber nicht von der Rechtswirksamkeit des Verpflichtungsgrundes, sondern von dem persönlichen Zustand des Schutzbedürftigen abhängt.

Die schuldrechtlichen Wirkungen des Arbeitsverhältnisses beruhen darauf, daß das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis ein Verhältnis unter einzelnen ist. Sie dienen dem Austausch von Leistungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

1. Die Arbeitsobligation ist auf den Austausch gerichtet, indem Arbeit gegen Entgelt ausgetauscht wird. Als Austauschverhältnis unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis vom Gemeinschaftsverhältnis<sup>1)</sup>. Ein Gemeinschaftsverhältnis liegt vor, wenn Leistungen

---

1) LOTMAR, I, S. 37 ff.

mehrerer zur Erfüllung eines gemeinschaftlichen Zweckes vereinigt werden. Gemeinschaftlicher Zweck ist ein Zweck, an dem beide Teile teilhaben, der beiden Teilen zugute kommt. In diesem Fall entsteht aus den Leistungen der einzelnen eine Vermögensgemeinschaft. Dies trifft bei dem Arbeitsverhältnis nicht zu. Die Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis werden nicht vereinigt, sondern für die Gegenpartei vollzogen. Die Arbeit gebührt dem Arbeitgeber, der Lohn dem Arbeitnehmer. Eine Vermögensgemeinschaft entsteht nicht. Beide Teile sind vermögensrechtlich voneinander getrennt. Das Arbeitsergebnis geht in das Vermögen des Arbeitgebers, der Lohn in das Vermögen des Arbeitnehmers ein. Von einer Vermögensgemeinschaft ist selbst dann keine Rede, wenn der Arbeitnehmer am Gewinn des Arbeitgebers beteiligt ist. Durch solche Beteiligung entsteht nur ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Auszahlung einer bestimmten Quote am Gewinn des Arbeitgebers (sog. „partiarischer Arbeitsvertrag“), aber keine Teilhaberschaft. Wenn daher das Reichsgericht von einer „Arbeitsgemeinschaft“ zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesprochen und hieraus für die Behandlung der Lohnforderung vermögensrechtliche Konsequenzen gezogen hat <sup>1)</sup>, so ist dies eine Anschauung, die rechtlich der Klärung bedarf. Wohl besteht im Betrieb nach neuerem Recht eine Gemeinschaft. Diese Gemeinschaft gehört aber nicht dem Arbeitsverhältnis, sondern der Arbeitsverfassung an (S. 207 ff.). Sie bezieht sich nicht auf das Vermögen, sondern die Gewalt des Arbeitgebers (S. 210). Vermögensrechtlich steht den Arbeitnehmern nicht eine Vermögensgemeinschaft des Betriebs, sondern die Person des Arbeitgebers gegenüber, der dem Arbeitnehmer nicht nur mit seinem Betriebsvermögen, sondern mit seinem ganzen Vermögen haftet. Wenn daher der Begriff der Gemeinschaft im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgebern verwendet werden soll, genügt es nicht, festzustellen, daß in diesem Verhältnis irgendeine Gemeinschaft besteht. Entscheidend ist, worin diese

1) RGZ., Bd. 106, S. 272.

Gemeinschaft besteht, was vergemeinschaftet ist. Sobald die Frage in diesem Sinne gestellt wird, zeigt es sich, daß im Arbeitsverhältnis keine rechtliche Gemeinschaft vermögensrechtlicher Art vorhanden ist. Die Folge wäre nicht nur eine Teilung des Risikos, sondern auch des Gewinns<sup>1)</sup>.

2. Die Arbeitsobligation ist auf Austausch von Leistungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gerichtet, indem sie nur Beziehungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hervorbringt. Die einzelnen Anstellungsverträge, die ein Arbeitgeber abschließt, bestehen selbständig nebeneinander, wie die einzelnen Sachlieferungsverträge, die er für seinen Betrieb abschließt. „Der Anstellungsvertrag — schreibt NIKISCH mit Recht — bleibt derselbe, ob sich ein Schlosser in einer Fabrik mit 5000 Arbeitern oder ein Ziegenhirt bei einem Gebirgsbauern anstellen läßt“<sup>2)</sup>. Die Einheit in dem Zusammenwirken der Arbeitnehmer eines Betriebs beruht nicht auf einer Schuldgemeinschaft, sondern auf der Gewalteinheit, der alle Arbeitnehmer des Betriebs unterworfen sind. Darum gerade ist dem Arbeitgeber die Gewalt gegeben, damit er die schuldrechtlich voneinander getrennten Arbeitskräfte einheitsrechtlich zusammenfasse. Die sog. „kollektivistische“ Betrachtungsweise, die die Arbeitnehmerschaft eines Betriebs, ja sogar die Arbeitnehmerschaft über den Betrieb hinaus rechtlich als ein „Kollektivum“ ansieht, beruht auf einer Vermischung von schuldrechtlichen und gewaltrechtlichen Begriffen<sup>3)</sup>. Sie verwechselt Schuldgemeinschaft und Gewalteinheit. Gewalteinheit kann ohne Schuldgemeinschaft bestehen. Wenn deswegen in neuerer Zeit von einer „Solidarität“ der Arbeitnehmerschaft ge-

1) Die Anschauung des RG., wie sie in dem auf S. 167 in Anm. 1 zit. Urteil zum Ausdruck kommt, ist fast einmütig abgelehnt worden, vgl. SINZHEIMER, JW., 1923, S. 832; HUECK, Rechtsprechung, S. 334; G. SIMSON, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, 1925, S. 23 ff.

2) NIKISCH, a. a. O., S. 185.

3) Dies muß mit Schärfe gegen die Ausführungen von SIMSON, a. a. O., S. 22 ff., und HEINZ HÄRMSEN, Lohnzahlung bei Betriebsstockungen, 1926, S. 52 ff., die beide die „Solidaritätstheorie“ zu begründen suchen, hervorgehoben werden.

sprochen wird und hieraus Folgerungen für die Lohnansprüche der Arbeitnehmer gezogen werden, so gilt für diese „Solidarität“ der Arbeitnehmer dasselbe, was soeben von der „Arbeitsgemeinschaft“ des Betriebs gesagt worden ist. Es kommt nicht darauf an, daß eine Gemeinschaft besteht, es kommt darauf an, worin eine Gemeinschaft besteht, wozu die einzelnen Arbeitnehmer vergemeinschaftet sein sollen. Allerdings besteht heute eine „Solidarität“ der Arbeitnehmer im Betrieb. Sie sind durch das BRG. zu einer in sich verbundenen Einheit zusammengeschlossen, die die Aufgabe hat, die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmerschaft dem Arbeitgeber gegenüber zu vertreten. Aber diese Aufgabe ist begrenzt. Sie bezieht sich nur auf Mitwirkung bei der Gewaltausübung des Arbeitgebers im Betrieb (S. 217 f.). Sie berührt die schuldrechtliche Stellung des Arbeitnehmers in keiner Weise. Eine vermögensrechtliche Einheit der Arbeitnehmerschaft folgt aus ihrer öffentlichrechtlichen Zusammenfassung im Betrieb so wenig, wie aus der öffentlichrechtlichen Zusammenfassung der Kaufmannschaft in einer Handelskammer eine privatrechtliche „Solidarität“ der einzelnen Kaufleute folgt. Der Arbeitgeber steht schuldrechtlich keiner Arbeitnehmereinheit, sondern immer nur den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber (wenn es sich nicht um Gruppenverträge handelt, S. 123). Er stellt den einzelnen Arbeitnehmer ein und entläßt ihn. Für das Verhalten des Arbeitnehmers ist nicht eine Gemeinschaft von Arbeitnehmern maßgebend, sondern nur der Wille des Arbeitgebers<sup>1)</sup>. Wie bei der „Arbeitsgemeinschaft“, wenn sie eine vermögensrechtliche Gemeinschaft wäre, nicht nur Risikoteilung, sondern auch Gewinnteilung eintreten müßte, so müßte bei der Annahme einer schuldrechtlichen „Solidarität“ der Arbeitnehmerschaft nicht nur gemein-

1) Völlig abwegig sind die Ausführungen SIMSONS, a. a. O., S. 36 f. SIMSON meint, die Gemeinschaft der Arbeitnehmer äußere sich darin, daß der Arbeitnehmer auf seine Arbeitsgenossen einwirken könne. Wie kann er auf sie einwirken? Der Arbeitnehmer versuche einmal ohne den Willen des Arbeitgebers anderen Arbeitnehmern Verhaltensmaßregeln zu geben, um das Interesse des Ganzen zur Geltung zu bringen. Der Arbeitgeber würde ihn sehr bald darüber belehren, wer dieses Interesse im Betrieb zu wahren hat.

same Schuld, sondern auch gemeinsame Forderung der Arbeitnehmerschaft die Folge sein und darüber hinaus ein Übergang von Gewaltbefugnissen des Arbeitgebers auf die sich selbst regulierende und verantwortliche Arbeitnehmerschaft stattfinden. Der individuelle Arbeitsvertrag würde nicht nur durch den Tarifvertrag ergänzt, sondern durch einen kollektiven Arbeitsvertrag im strengen Sinne des Wortes ersetzt. Alle Theorien, die von einer schuldrechtlichen „Solidarität“ der Arbeitnehmerschaft sprechen, setzen eine Entwicklung voraus, die heute weder rechtlich, noch sozial besteht<sup>1)</sup>.

Ist hiernach die Arbeitsobligation nur eine individuelle Austauschobligation, so ist ihre Gestalt doch dadurch beeinflußt, daß der Vollzug der Obligation nicht im freien Raum von Einzelverhältnissen, sondern im personenrechtlichen Gehäuse von Einheitsverhältnissen erfolgt. Auf die Darstellung der dadurch bedingten Eigenart der Arbeitsobligation kommt es an, wenn die spezifischen Merkmale der Arbeitspflicht und des Arbeitslohns hervortreten sollen. Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich deswegen nicht mit allen Beziehungen, die sich aus dem schuldrechtlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses ergeben. Sie beschränken sich, dem Begriff des Arbeitsrechts entsprechend, auf diejenigen Beziehungen, die daraus folgen, daß die Arbeit abhängige Arbeit ist und diejenigen, die sie leisten, Arbeitnehmer sind<sup>2)</sup>.

---

1) S. dazu die treffenden Ausführungen von VOLLBRECHT, Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer unter sich, mit dem Arbeitgeber oder Berufsverbundenheit der Arbeitnehmer?, ArbR., 1926, S. 767 ff.

2) Diese Beschränkung kann auch deshalb erfolgen, weil der gesamte schuldrechtliche Inhalt des Arbeitsverhältnisses bereits ausgezeichnete Darstellungen gefunden hat, auf deren Wiederholung wohl kein Wert gelegt wird. Zu verweisen ist insbesondere außer dem Monumentalwerk von LOTMAR auf die Darstellungen von GIERKE, Deutsches Privatrecht, III, S. 590 ff., HUECK, Handbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, Arbeitsvertragsrecht, OERTMANN, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, und vor allem auch auf TITZE, Das Recht des kaufmännischen Personals (in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, auch Sonderabdruck, Leipzig, 1918).

### A. Die Arbeitspflicht.

Die Abhängigkeit wirkt auf den Inhalt, vor allem auf die zeitliche Begrenzung der Arbeitspflicht ein.

#### 1. Inhalt.

a) Die Abhängigkeit kann die Arbeitspflicht steigern. Die Steigerung beruht darauf, daß der Arbeitnehmer in ein Ganzes eingegliedert ist, das einheitliches Zusammenwirken erfordert. Hierbei ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Arbeitnehmer nicht mehr und keine andere Arbeit zu leisten hat, als er vertraglich übernommen hat. Nur in Ausnahmefällen kann von einem Arbeitnehmer Mehrarbeit verlangt werden. Dies trifft für landwirtschaftliche Arbeiter in dringenden Fällen zu (§ 3 LandAO.), ebenso für Seeleute (§§ 35 ff. SeemO.). Dasselbe gilt für Angestellte nach § 242 BGB., wenn die Beendigung begonnener dringender Arbeit in Frage steht, oder Geschäftsbedürfnisse vorliegen, die nicht anders als durch Mehrarbeit befriedigt werden können, sofern nicht durch solche Leistungen eine unbillige Häufung von Mehrarbeit eintritt. Wird Mehrarbeit geleistet, so ist sie besonders, und zwar höher als die vertragsmäßige Arbeit zu vergüten (vgl. §§ 3, 11, 12 LandAO., §§ 35 Abs. 3, § 37 Abs. 3 SeemO.). Die Leistung anderer Arbeit als der vertraglich übernommenen kann in Notfällen und vertretungsweise gefordert werden, wenn die in Frage kommende Arbeit in körperlicher und gesellschaftlicher Beziehung der vertragsmäßigen Tätigkeit entspricht<sup>1)</sup>. Ist die andere Arbeit, die durch den Arbeitnehmer geleistet werden soll, Streikarbeit, so besteht für den Arbeitnehmer keine Verpflichtung, sie zu leisten<sup>2)</sup>. Hat der Arbeitnehmer die Leistung von Streikarbeit vertraglich übernommen, so ist die Verpflichtung unwirksam, weil ihre Erfüllung gegen die guten Sitten verstößt<sup>3)</sup>. Im

1) KASKEL, S. 74 unter IV.

2) Grundlegend LOTMAR, Streikbruch und Streikarbeit, ArbR. II, S. 265 ff.

3) Diese Ansicht ist allerdings bestritten, insbes. auch von HUECK, Arbeitsvertragsrecht, S. 65. Wir schließen uns der Begründung LOTMARS an, der in der

übrigen nimmt die herrschende Meinung an, daß der Arbeitnehmer „indirekte Streikarbeit“, d. h. die Fortsetzung der bisher geleisteten Arbeit, zu der lediglich die Vorarbeiten von anderen als den bisherigen zurzeit im Streik befindlichen Arbeitnehmern geleistet wird, nicht verweigern darf<sup>1)</sup>. Man wird von diesen Grundsätzen nur dann abweichen dürfen, wenn es sich um Abwendungen unmittelbarer Gefahr für den Betrieb oder die Allgemeinheit handelt.

b) Die Abhängigkeit kann die Arbeitspflicht erweitern. Die Erweiterung folgt aus den persönlichen Zusammenhängen unmittelbarer Art, die für den Arbeitnehmer im Betrieb bestehen. Sie ist nicht in einer besonderen „Treupflicht“ begründet. Soweit man von einer „Treupflicht“ des Arbeitnehmers sprechen kann, ist sie nur die Anwendung der allgemeinen Regel des § 242 BGB. auf die Arbeitspflicht. Eine Erweiterung der Arbeitspflicht ergibt sich aus den §§ 60, 61 HGB. Sie begründen die Pflicht des Handlungsgehilfen, bestimmte Nebengeschäfte zu unterlassen. Eine Erweiterung ergibt sich fernerhin aus den §§ 12, 13, 17 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Die §§ 12 und 13 begründen eine besondere Ehrlichkeitspflicht der Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs durch das Verbot der Annahme von Schmiergeldern. § 17 begründet eine besondere Schweigepflicht für Angestellte, Arbeiter oder Lehrlinge eines Geschäftsbetriebs hinsichtlich von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, die ihnen vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut, oder sonst zugänglich geworden sind. Die Erweiterung der Arbeitspflicht durch die erwähnten Bestimmungen schließt nicht aus, daß in Anwendung des §§ 242 BGB. auf die Arbeitspflicht Erweiterungen auch dann angenommen werden können, wenn sie nicht besonders im Gesetz ausgesprochen sind. So wird man das Recht des Arbeitnehmers, außerhalb des Arbeitsverhältnisses eine Nebenbeschäftigung zu betreiben, aner-

---

Leistung von Streikarbeit nicht nur die Verletzung einer Klassenmoral, sondern die Verletzung eines allgemeinen moralischen Grundsatzes sieht, der für alle Klassen gilt (a. a. O., S. 282).

1) HUECK, a. a. O., S. 65; KASKEL, S. 74.

kennen müssen. Man wird aber dem Arbeitgeber ohne Rücksicht auf § 60 HGB. nicht zumuten können, auch dann die Nebenbeschäftigung zu dulden, wenn sie ihm Konkurrenz macht oder ihn sonst geschäftlich schädigt.

c) Die Abhängigkeit kann schließlich die Arbeitspflicht inhaltlich beschränken. Die Beschränkung ist ein Ausdruck dafür, daß die Arbeit eine Dauerleistung persönlicher Art ist, die den Arbeitnehmer seinen eigenen Zwecken entzieht und fremder Ordnung unterwirft. Sie erfolgt, indem das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen dem Arbeitnehmer Ansprüche auf Befreiung von der Arbeitsleistung gewährt. Diese Ansprüche sind privatrechtliche Ansprüche, die zugleich öffentlichrechtlich gesichert sein können. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Befreiung für die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter nötige freie Zeit (Art. 160 RV.). Wie weit ihm hierbei der Anspruch auf Vergütung erhalten bleibt, bestimmt das Gesetz (§ 616 BGB., § 35 BRG., § 139 RVO.). Zu den öffentlichen Ehrenämtern gehört das Amt der Betriebsratsmitglieder, des Betriebsobmanns (§ 59 BRG.), der Vertrauensmänner (§ 12 Schwerbesch., § 80c AllgBergG.), und der Arbeitnehmerbeisitzer in den Arbeitsgerichtsbehörden (§ 26 ArbGerG.). Vertragliche Beschränkungen sind nichtig (§ 134, 138 Abs. 1 BGB.), Beeinträchtigungen und Benachteiligungen unzulässig und unter Umständen strafbar (§§ 139, 140 RVO.; §§ 95, 99 BRG.). Der Arbeitnehmer hat weiterhin einen Anspruch auf Urlaub gemäß § 629 BGB. Hiernach hat der Arbeitgeber nach der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren. Einen weiteren gesetzlichen Urlaubsanspruch hat der Arbeitnehmer nach geltendem Recht nicht<sup>1)</sup>. Ein Anspruch

1) Der Allgem. Arbeitsvertragsgesetzentwurf will jedem Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch auf einen jährlichen ununterbrochenen Erholungsurlaub von mindestens drei Arbeitstagen gewähren, wenn das Arbeitsverhältnis ununterbrochen ein Jahr gedauert hat (§§ 93 ff.)

auf Urlaub steht heute dem Arbeitnehmer, abgesehen von § 629 BGB., nur zu, wenn er vereinbart ist. Solche Vereinbarungen sind hauptsächlich in Tarifverträgen enthalten. Der Zeitpunkt des vertraglich eingeräumten Urlaubs hängt in der Regel von dem Ermessen des Arbeitgebers ab. Der Lohn ist während seiner Dauer fortzuzahlen. Wenn das Arbeitsverhältnis endigt, bevor der vertragliche Urlaub gewährt worden ist, hat der Arbeitgeber den nicht gewährten Urlaub durch Zahlung des Lohns für die Urlaubstage abzugelten. Ein Anspruch auf Befreiung ergibt sich schließlich aus dem Fortbildungsschutz. Fortbildungsschutz besteht für jugendliche Arbeiter und Angestellte unter 18 Jahren in gewerblichen Betrieben (§§ 120, 139i GewO.), außerdem für alle Arbeitnehmer und Arbeitslose unter 18 Jahren ohne Rücksicht darauf, ob sie in gewerblichen Betrieben beschäftigt werden oder nicht (VO. über Erweiterung der Fortbildungsschulpflicht vom 28. 3. 1919), insbesondere auch für jugendliche Bergarbeiter (§ 87 AllgBergG.). Hier nach hat der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern unter 18 Jahren, die eine Fortbildungsschule besuchen, die hierzu erforderliche Zeit zu gewähren. Eine Pflicht des Arbeitnehmers zum Besuch der Fortbildungsschule besteht nur, wenn durch statutarische Bestimmungen einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbands eine solche Pflicht angeordnet worden ist (§ 1 der VO. vom 28. 3. 1919; dazu § 120 Abs. 3 GewO.). Verletzungen des Fortbildungsschutzes sind strafbar (s. z. B. § 150 Ziff. 4 GewO.)<sup>1)</sup>.

## 2. Zeitliche Begrenzung.

Die zeitliche Begrenzung der Arbeitspflicht führt zur Regelung der Arbeitszeit. Der Arbeitsvorgang ist seiner Natur nach ein zeitgebundener Vorgang. Er kann nicht anders erfolgen, als in einer bestimmten Zeit. Diese zeitliche Bestimmung der Arbeits-

1) Eine Beschränkung der Arbeitspflicht enthält auch § 137a, wonach Arbeiterinnen und jugendlichen Arbeitnehmern für die Tage, an welchen sie in dem Betriebe die gesetzliche Arbeitszeit hindurch beschäftigt waren, Arbeit zur Verrichtung außerhalb des Betriebes vom Arbeitgeber überhaupt nicht übertragen oder für Rechnung Dritter überwiesen werden darf.

leistung ist regelmäßig eine absolute Bestimmung in dem Sinne, daß die Arbeitsleistung, die zu einer bestimmten Zeit erfolgen muß, zu einer anderen Zeit nicht mehr erfolgen kann, so daß, wenn die Zeit für die Arbeitsleistung verstrichen ist, nicht Verzug, sondern Unmöglichkeit der Leistung vorliegt<sup>1)</sup>. Aber nicht diese Zeit meinen wir, wenn wir von Arbeitszeit sprechen. Von Arbeitszeit sprechen wir, wenn die Zeit für eine Arbeitsleistung nicht nur wesentlich, sondern auch vorgeschrieben ist. Arbeitszeit ist die einem Arbeitnehmer zur Leistung seiner Arbeit vorgeschriebene Zeit, ausschließlich der Pausen<sup>2)</sup>, des Hinwegs zur Arbeitsstätte und des Rückwegs von der Arbeitsstätte<sup>3)</sup>, aber einschließlich der Arbeitsbereitschaft (S. 115).

Der Arbeitgeber bedarf ihrer Regelung, damit ihm die Arbeitskräfte einheitlich zur Verfügung stehen. Der Arbeitnehmer bedarf ihrer Regelung, damit ein Raubbau an seinen persönlichen Kräften verhütet wird. Der Kampf um den Inhalt dieser Regelung hat Jahrhunderte gedauert und ist heute noch nicht beendet. Der Grund dafür liegt in dem Gegensatze der beiderseitigen Interessen, der sich in dem Gegensatz zwischen Güter- und Menschenökonomie, zwischen Eigentumsordnung und sozialer Personenordnung ausspricht.

Die Regelung der Arbeitszeit ist eine öffentlichrechtliche und privatrechtliche Regelung.

#### a) Die öffentlichrechtliche Regelung.

Die öffentlichrechtliche Regelung enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, Arbeitnehmer zu anderen als den zugelassenen Zeiten zu beschäftigen. Sie bestimmt die Arbeitsleistung, indem sie ihren Umfang zeitlich begrenzt. Dem Verbot an den

1) Diese rechtliche Auffassung des Zeitmoments für die Arbeitsleistung ist vorzüglich durchgeführt von NIKISCH, Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 178 ff.

2) Ausnahmsweise werden auch Pausen in die Arbeitszeit eingerechnet, vgl. Ziff. IV ArBAO.

3) Vgl. aber § 4 LandAO., § 8 Abs. 2 ArbZeitV., § 44 Abs. 2 SeemO., §§ 545a, 1055a RVO.

Arbeitgeber, diese Grenze nicht zu überschreiten, entspricht kein Gebot an den Arbeitnehmer, sich innerhalb dieser Grenze beschäftigen zu lassen. Wie lange ein Arbeitnehmer einem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen muß, ist, wenn nicht besondere Fälle vorliegen (Notstandsarbeit, Arbeit des Fürsorgezöglings), ausschließlich eine Frage der privatrechtlichen Regelung. Das Verbot knüpft an das Beschäftigungsverhältnis, nicht an den Anstellungsvertrag an. Seine Einhaltung steht unter der Kontrolle der Gewerbeaufsicht und unter dem Schutz von Strafbestimmungen<sup>1)</sup>.

Die öffentlichrechtliche Regelung schaltet zunächst bestimmte Zeiten als Arbeitszeit aus. Die Zeiten, die das Gesetz als Arbeitszeiten ausschaltet, sind die Nacht und der Sonntag. Ein Verbot der Nachtarbeit besteht für Arbeiterinnen nach § 137 Abs. 1 GewO., für jugendliche Arbeiter nach § 136 Abs. 1 GewO., für Kinder nach den §§ 5 Abs. 2, 13 Abs. 1 KinderAG. und für die Arbeiter in Bäckereien und Konditoreien nach § 3 der VO. über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien vom 23. 12. 1918. Die Sonntagsruhe findet ihre Regelung für gewerbliche Arbeiter in den §§ 105a ff. GewO., in der VO. über die Sonntagsruhe im Handelsgewerbe und in Apotheken vom 5. 2. 1919, in § 9 Abs. 1 KinderAG., § 136 Abs. 4 GewO. und § 6 Abs. 2 HausArbG., außerdem in § 8 AngV. und § 6 der VO. über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien vom 23. 12. 1919.

Die öffentlichrechtliche Regelung schaltet weiterhin Freizeiten in die Arbeitszeit ein. Die Freizeiten, die das Gesetz in die Arbeitszeit einschaltet, sind Mindestruhezeiten und Pausen. Mindestruhezeiten sind, von Einzelvorschriften, z. B. nach Ziff. IV. ArbAO. abgesehen, nur gegeben für weibliche Arbeiter nach § 137 Abs. 1 u. 4 GewO., für jugendliche Arbeiter nach § 136 Abs. 3 GewO., sowie für Angestellte nach § 2 Abs. 2 AngV. Pausen sind gesichert für

1) Über Einzelheiten s. GERHARD JÄKEL, Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit, Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 1926, S. 93 ff.

weibliche Angestellte nach § 137 Abs. 3 u. 5 GewO. in Verb. mit Ziff. V Abs. 3 ArbAO., für jugendliche Arbeiter nach § 136 Abs. 1 GewO. in Verb. mit Ziff. V Abs. 3 ArbAO., für Kinder nach § 135 Abs. 2 GewO. in Verb. mit Ziff. V Abs. 3 ArbAO. und §§ 5 Abs. 2, 13 Abs. 1 KinderAG., sowie für Angestellte nach § 2 Abs. 1 AngV., § 139e Abs. 3 GewO., schließlich in Bäckereien und Konditoreien nach § 1 Abs. 2 BäckV. und Krankenpflegeanstalten nach § 1 Abs. 1 KrPflV.

Der Schwerpunkt der öffentlichrechtlichen Regelung der Arbeitszeit liegt in der Regelung der Arbeitslänge<sup>1)</sup>. Sie enthält eine allgemeine Regelung, die für eine Mehrzahl von Arbeitnehmergruppen gilt, und Sonderregelungen, die nur für bestimmte Arten von Betrieben oder einzelne Arbeitnehmergruppen gelten.

Die allgemeine Regelung gilt für alle Arbeitnehmer, die nicht in den Betrieben der Land- und Forstwirtschaft einschließlich ihrer nichtgewerblichen Nebenbetriebe, in der Seeschifffahrt, in der Hauswirtschaft und Hausindustrie beschäftigt sind, und auch nicht Beamte oder Personen sind, die auf Grund charitativer, religiöser, sittlicher, wissenschaftlicher oder künstlerischer Tendenzen eine nicht in erster Linie dem Erwerbe dienende Arbeit leisten. Sie gilt nicht für Generalbevollmächtigte, oder die im Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Vertreter eines Unternehmens, sonstige Angestellte in leitender Stellung, die Vorgesetzte von in der Regel mindesten zwanzig Angestellten oder fünfzig Arbeitnehmern sind oder deren Jahresarbeitsverdienst die im Versicherungsgesetz für Angestellte für die Versicherungspflicht jeweils bestimmte Höchstgrenze des Jahresarbeitsverdienstes übersteigt, Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken<sup>2)</sup>. Die allgemeine

1) Was die Lage der Arbeitszeit anlangt, so ist Beginn und Ende der Arbeitszeit durch das Gesetz nicht unmittelbar festgelegt. Doch bestehen Vorschriften darüber, daß für den Beginn und das Ende der Arbeitszeiten bestimmte Vereinbarungen getroffen werden müssen (Ziff. VIII ArbAO., § 3 AngV.; dazu §§ 75, 80 BRG.).

2) Die Grundlage der allgemeinen Regelung der Arbeitszeit bildet die Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. 12. 1923, abgeändert durch das am

Regelung enthält die Regelung der ordentlichen und außerordentlichen Arbeitszeit.

α) Ordentliche Arbeitszeit ist die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit. Sie darf ausschließlich der Pausen die Dauer von acht Stunden nicht überschreiten. Jedoch kann der an einzelnen Werktagen für den Betrieb oder eine Betriebsabteilung eintretende Ausfall von Arbeitsstunden nach Anhörung der gesetzlichen Betriebsvertretung durch Mehrarbeit an den übrigen Werktagen der gleichen oder der folgenden Woche ausgeglichen werden. Streitig ist, ob ein solcher Ausgleich ausgefallener Arbeitsstunden auch zulässig ist, wenn der Ausfall auf Streik oder Kurzarbeit beruht. Man wird die Frage, soweit sie, wie hier, öffentlichrechtlich gestellt ist, bei dem Streik bejahen, bei der Kurzarbeit aber verneinen müssen. Man kann ein Recht des Arbeitgebers zum Ausgleich nach § 1 AZVO. nur anerkennen, wenn die Arbeitszeit, die ausgefallen ist, durch Arbeit hätte ausgefüllt werden können, aber aus besonderen Gründen nicht ausgefüllt worden ist. Bei Kurzarbeit handelt es sich um Ausfall von Arbeitszeit, die aus geschäftlichen Gründen nicht ausgefüllt werden konnte<sup>1)</sup>. Soweit die Frage, insbesondere bei Streik, privatrechtlich gestellt wird, ist eine Verpflichtung der Arbeitnehmer, an den zum Ausgleich herangezogenen Wochentagen über das gesetzliche Höchstmaß zu arbeiten, nicht ohne weiteres anzuerkennen (vgl. dazu S. 182).

β) Außerordentliche Arbeitszeit ist die Arbeitszeit, die ausnahmsweise über das Höchstmaß der ordentlichen Arbeitszeit hinaus gestattet ist. Außerordentliche Arbeitszeit kann herbeigeführt werden durch einseitige Bestimmung des Arbeitgebers nach Ziff. IV ArBAO.,

1. 5. 1927 in Kraft getretene Gesetz vom 14. 4. 1927, in Verbindung mit der Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23. 11. bzw. 17. 12. 1918 und der Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten vom 18. 3. 1919. Die beiden Demobilmachungsverordnungen kommen nur insoweit in Frage, als sie nicht durch § 14 Abs. 1 ArbZeitV. außer Kraft gesetzt sind. Ergänzungen enthalten die AusfBest. zur VO. über die Arbeitszeit vom 17. 4. 1924.

1) Vgl. dazu ausführlich JÄKEL, a. a. O., S. 38 ff., bes. S. 40, 42 f. Dort finden sich auch die näheren Literatur- und Judikaturnachweise.

§§ 3, 4, 10 ArbZeitV. (in den beiden letzten Fällen nur nach Anhörung der gesetzlichen Betriebsvertretung), durch tarifliche Regelung nach §§ 2 und 5 ArbZeitV. und durch behördliche Anordnung nach § 6 ArbZeitV. Einzelvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen können die Zulässigkeit außerordentlicher Arbeitszeit nicht herbeiführen. Soweit außerordentliche Arbeitszeit zulässig ist, darf sie nach § 9 ArbZeitV. 10 Stunden täglich nicht überschreiten, vorbehaltlich der Ausnahmen, die § 9 vorsieht. Dabei bleiben die sonstigen gesetzlichen Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere der weiblichen und jugendlichen Arbeitnehmer unberührt<sup>1)</sup>. —

Die Sonderregelungen enthalten eine engere oder weitere Begrenzung der Arbeitszeit. Eine engere Begrenzung finden wir für alle gesundheitsgefährlichen Betriebe nach § 7 ArbZeitV.<sup>2)</sup>, für den Bergbau unter Tage nach § 8 Abs. 1 ArbZeitV., für gewisse

1) Vgl. dazu im einzelnen JÄKEL, S. 58 unter II. Die Strafvorschrift der § 11 ArbZeitV., der die allgemeine Regelung der Arbeitszeit schützt, war früher dadurch erheblich eingeschränkt, daß der Arbeitgeber nach dem früheren § 11 Abs. 3 straflos bleiben sollte, wenn er freiwillige Mehrarbeit duldet oder annahm. Allerdings stellte § 11 Abs. 3 noch weitere Voraussetzungen der Straflosigkeit des Arbeitgebers auf. Sie entfiel, wenn die Mehrarbeit durch Ausbeutung der Notlage oder der Unerfahrenheit des Arbeitnehmers von dem Arbeitgeber erwirkt wurde. Der hiernach maßgebende Ausbeutungsbegriff war nicht der Ausbeutungsbegriff des Wuchers nach § 302a StGB. Eine Notlage des Arbeitnehmers konnte schon darin liegen, „daß der Arbeitnehmer Grund zur Befürchtung hat, die Arbeitsstelle, die er zurzeit innehat, zu verlieren, so daß er sich nur unter dem Druck dieser ersten und naheliegenden wirtschaftlichen Sorge dazu versteht, die Mehrarbeit zu leisten. Der Arbeitgeber aber, der diese Zwangslage kennt und gleichwohl die unter ihrem Druck geleistete Mehrarbeit geschehen läßt oder annimmt, beutet die Notlage aus“ (Entsch. des RG. vom 16. 11. 1926, JW. 1927, S. 267). Was war aber freiwillige Mehrarbeit? Das RG. (a. a. O.) meint, daß freiwillige Arbeit solche Arbeit sei, die der Arbeitnehmer leiste, ohne dazu verpflichtet zu sein. Aber der Arbeitnehmer kann ja niemals zur Mehrarbeit, die gesetzlich unzulässig ist, verpflichtet sein. „Freiwillige“ Mehrarbeit konnte deswegen nur solche Arbeit sein, die der Arbeitnehmer ohne jede fremde Einwirkung durch eigenen Antrieb anbot. § 11 Abs. 3 ist nunmehr durch das Gesetz vom 14. 4. 1927 beseitigt.

2) Auf Grund des § 7 sind mehrere Ausführungsverordnungen ergangen, darunter die VO. über die Arbeitszeit in Kokereien und Hochofenwerken vom 20. 1. 1925 (über die neuesten Verordnungen s. SYRUP, Drei neue Arbeitszeitverordnungen, NZfAR, 1927, S. 197 ff.

gesundheitsgefährliche Betriebsarten (sog. hygienischer Maximalarbeitstag) nach §§ 120e, 120f GewO.<sup>1)</sup> und außerdem für Bäckereien und Konditoreien nach der VO. vom 23. 12. 1918. Eine weitere Begrenzung der Arbeitszeit ergibt sich in Krankenpflegeanstalten für das Pflegepersonal und die ihr gleichgestellten Personen aus der VO. vom 13. 2. 1924. In beiden Fällen sind Ausnahmen unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen.

#### b) Die privatrechtliche Regelung.

Die Antwort auf die Frage, wie lange ein Arbeitnehmer einem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muß, folgt nicht aus der öffentlichrechtlichen Regelung der Arbeitszeit, sondern aus den Entstehungsgründen des Arbeitsverhältnisses, insbesondere dem Anstellungsvertrag<sup>2)</sup>. Nur diejenige Arbeitszeit ist für den in einem Anstellungsverhältnis stehenden Arbeitnehmer maßgebend, die mit ihm vereinbart ist, abgesehen von den besonderen Ausnahmefällen, in denen unter Umständen der Arbeitnehmer über das vertragliche Maß der Arbeit hinaus Arbeit leisten muß (S. 171). Die Vereinbarung der Arbeitszeit in diesem Sinne kann auf Einzelabrede, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag beruhen. Liegt ein Tarifvertrag vor, so ist zu beachten, daß der Tarifvertrag im Arbeitszeitrecht eine doppelte Funktion hat. Er ist dazu berufen, auf der einen Seite öffentlichrechtlich außerordentliche Arbeitszeit herbeizuführen, auf der anderen Seite privatrechtlich Verpflichtungen der Arbeitnehmer zur Arbeitsleitung innerhalb dieser Arbeitszeit zu erzeugen. Wenn daher in einem Tarifvertrag eine Arbeitszeit von neun Stunden vereinbart wird, so ist hiermit die Schranke des Normalarbeitstags erweitert und zugleich der zeitliche Umfang für die Arbeitsleistungspflicht des einzelnen Arbeitnehmers bestimmt<sup>3)</sup>.

1) Die Bekanntmachungen bzw. Verordnungen, die auf Grund der §§ 120e, 120f GewO. ergangen sind, sind zusammengestellt bei JÄKEL, a. a. O., S. 64.

2) Die schuldrechtliche Verpflichtung erschöpft die Möglichkeiten einer Verpflichtung zur Leistung abhängiger Arbeit nicht. Es gibt Verpflichtungen zur Arbeitsleistung, die nicht aus einem Anstellungsvertrag folgen (S. 140).

3) Die doppelte Funktion des Tarifvertrags kommt auch in der Nachwirkung des Tarifvertrags (S. 260f.) zum Ausdruck. Ist ein Tarifvertrag, der die ordentliche

Hiernach fällt der privatrechtliche Arbeitstag mit dem öffentlich rechtlichen Arbeitstag nicht ohne weiteres zusammen<sup>1)</sup>.

Dies tritt zunächst bei der Frage der Mehrarbeit hervor. Man muß den öffentlichrechtlichen und den privatrechtlichen Sinn des Begriffs der Mehrarbeit auseinanderhalten. Öffentlichrechtlich ist Mehrarbeit diejenige Arbeit, die innerhalb der erlaubten Grenzen die ordentliche Arbeitszeit überschreitet. Privatrechtlich ist Mehrarbeit diejenige Arbeit, die das vereinbarte Maß der Arbeit überschreitet<sup>2)</sup>. Darf z. B. in einem bestimmten Betrieb die Arbeitszeit zehn Stunden betragen und ist mit dem einzelnen Arbeitnehmer eine Arbeitszeit von neun Stunden vereinbart, so ist die neunte Stunde öffentlichrechtlich Mehrarbeit, privatrechtlich aber nicht. Privatrechtlich liegt in diesem Falle Mehrarbeit erst vor, wenn eine zehnte Stunde als Überstunde vereinbart wird. Diese Unterscheidung ist vor allem für die Frage der Vergütung von Bedeutung. In der Regel wurde nur die Mehrarbeit im privatrechtlichen Sinn besonders, d. h. mit Zuschlag vergütet. Durch das Gesetz vom 14. 4. 1927 ist indessen der Grundsatz anerkannt worden, daß zuschlagspflichtig jede Arbeit sein soll, die den Normalrahmen des § 1 überschreitet (§ 6a)<sup>3)</sup>.

Arbeitszeit kraft seiner öffentlichen Funktion erweitert hat, abgelaufen, so ist die durch ihn bewirkte öffentlichrechtliche Erweiterung der ordentlichen Arbeitszeit weggefallen. Die durch seine privatrechtliche Funktion bewirkte Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht wird dadurch hinfällig, weil durch den Wegfall des Tarifvertrags die Schranke für die ordentliche Arbeitszeit wieder besteht, die eine privatrechtliche Verpflichtung nicht überschreiten kann. Eine Nachwirkung des Tarifvertrags in bezug auf die Arbeitszeitdauer kommt daher nicht in Frage, wenn die Arbeitszeitdauer, die in einem Tarifvertrag festgelegt war, die ordentliche Arbeitszeit überschritten hatte (zustimmend das Urteil des OLG. Karlsruhe vom 11. 11. 1926, SchlichtW., 1927, S. 102).

1) JÄKEL, a. a. O., S. 67 ff. JÄKEL führt mit großer Klarheit die strenge Trennung zwischen der öffentlichrechtlichen Begrenzung der Arbeitszeit und der privatrechtlichen Verpflichtung zu ihrer Einhaltung durch. POTTHOFF, Arbeitszeitgesetz und Arbeitsleistungspflicht, ArbR., 1924, S. 287 ff., hat zuerst auf diese Trennung hingewiesen. Genaue Literaturübersicht bei JÄKEL a. a. O., S. 68, Anm. 117, 118. § 9 des Entwurfs eines Arbeitsschutzgesetzes geht von der Trennung der beiden Regelungen aus.

2) KASKEL, S. 82 unter a.

3) Dieser Grundsatz wird indessen durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen (§ 6a). Und er ist auch durch eine höchst leichtfertige

Dasselbe gilt für die Frage der Ausgleichsarbeit. Auch zu ihrer Leistung ist der Arbeitnehmer nur verpflichtet, wenn sich diese Verpflichtung aus dem Anstellungsvertrag ergibt. Der Arbeitgeber hat öffentlichrechtlich die Befugnis, ausgefallene Arbeitsstunden im Rahmen der 48- Stunden- oder der 96- Stundenwoche auszugleichen. Nimmt der Arbeitgeber in Ausübung dieser Befugnis einen Ausgleich vor, so ist damit lediglich die öffentlichrechtliche Zulässigkeit eines solchen Ausgleichs ausgesprochen. Ob der Arbeitnehmer auch privatrechtlich verpflichtet ist, im Rahmen dieses Ausgleichs Arbeit zu leisten, hängt davon ab, ob eine vertragliche Verpflichtung zur Ausgleichsarbeit besteht. Jedenfalls ergibt sich eine solche Verpflichtung nicht ohne weiteres aus dem Anstellungsvertrag. Dies ist besonders wichtig, wenn die bereits oben erwähnte Frage der Ausgleichsarbeit im Falle eines Streiks ins Auge gefaßt wird (S. 178)<sup>1)</sup>.

Der innere Zusammenhang zwischen der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Regelung der Arbeitszeit zeigt sich darin,

---

gesetzliche Fassung entwertet. § 6a Abs. 2 sagt: „Als angemessene Vergütung gilt, sofern die Beteiligten nicht nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eine andere Regelung vereinbaren oder besondere Umstände eine solche rechtfertigen, ein Zuschlag von 25 v. H.“ Wer sind die „Beteiligten“? Auch die Parteien der einzelnen Anstellungsverträge? Ist dies der Fall, so wird es dem Arbeitgeber ein leichtes sein, mit dem einzelnen Arbeitnehmer den gesetzlichen Zuschlag von 25 v. H. wegzubedingen. Und gilt § 6a Abs. 2 auch, wenn der Zuschlag tariflich geregelt ist? Dann wäre in der Frage des Zuschlags das Prinzip der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags durchbrochen. Dazu kommt die Erweiterung der Zuständigkeit des Schlichters nach § 6a Abs. 3. Der Schlichter kann den Zuschlag tariflich und betrieblich bindend regeln. Ist dem Schlichter dieses Recht auch gegeben, wenn gültige Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen bestehen, sodaß er in der Frage des Zuschlags bindend in sie eingreifen kann? Und wenn der Schlichter den Zuschlag in Betriebsvereinbarungen „bindend“ regelt, kann dann ein Tarifvertrag eine andere Regelung treffen? Man steht hier vor einer Fülle neuer, ungelöster Streitfragen, die der Gesetzgeber an den empfindlichsten Punkten des Arbeitslebens neu geschaffen hat.

1) Die Ansicht von KASKEL, S. 77, wonach im Zweifel angenommen werden soll, daß der Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet sei, einerseits bis zur Grenze des Normalarbeitstags zu arbeiten und andererseits, soweit ausnahmsweise eine Überschreitung des Normalarbeitstags zulässig ist, auch eine solche Mehrarbeit zu leisten, kann nicht als begründet angesehen werden (vgl. JÄKEL, S. 73).

daß die zwischen den Parteien des Anstellungsvertrags getroffene Arbeitszeitvereinbarung insoweit nichtig ist, als sie die Grenzen des öffentlichrechtlich zugelassenen Umfangs der Arbeitszeit übersteigt <sup>1)</sup>.

### B. Der Arbeitslohn.

Auch auf den Arbeitslohn wirkt die Abhängigkeit ein. Die Lohnforderung, die eine Forderung auf Natural- oder Geldleistung ist und den verschiedensten Lohnformen zugänglich gemacht werden kann <sup>2)</sup>, unterscheidet sich formal von keiner anderen schuldrechtlichen Forderung. Sieht man aber auf das Verhältnis, in dem sie wurzelt, so zeigt es sich, daß sie doch einen besonderen Charakter hat. Die Leistung abhängiger Arbeit versetzt den Arbeitnehmer in einen Zustand, der es rechtlich ausschließt, daß der Arbeitnehmer, solange dieser Zustand besteht, einer anderen Beschäftigung nachgeht. Er ist, wenn man das regelmäßige, die ganze Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers in Anspruch nehmende Arbeitsverhältnis in Betracht zieht, mit seiner ganzen Arbeitskraft gebunden. Sein Einkommen beruht auf einer Beziehung. Der Lohn ist sein einziges Einkommen. Dieses Einkommen übersteigt bei der Masse der Arbeitnehmer das Existenzminimum nicht, wenn es überhaupt erreicht wird. Der Lohn ist daher in der Regel nicht nur das alleinige, sondern auch das notwendige Einkommen des Arbeitnehmers.

Hier entspringt das Bedürfnis nach rechtlicher Sicherung des Lohns. Die Lohnsicherung, deren Vorschriften in verschiedenen Gebieten des Arbeitsrechts zerstreut sind und auf eine frühgeschichtliche Entwicklung zurückgehen <sup>3)</sup>, ist personenrechtlicher Ausdruck

---

1) Deswegen kann ein Arbeitnehmer sich niemals dazu verpflichten, Mehrarbeit über die Grenzen des öffentlichrechtlich zugelassenen Maßes zu leisten.

2) Lohnformen sind: Zeitlohn, Akkordlohn, Prämie, Gratifikation (ein Rechtsanspruch auf Gratifikation, die nicht Schenkung ist, sondern Lohnbestandteil, besteht nur, soweit die Gratifikation vereinbart oder in dem Betriebe oder Geschäftszweig so üblich ist, daß sie als stillschweigend vereinbart gilt), Provision, Tantieme, Zulagen und gleitende Löhne.

3) SINZHEIMER, Lohn und Aufrechnung, 1902, S. 3 Anm. 1.

für die Beziehung, in der sich der Lohn zu den persönlichen Bedürfnissen des Menschen befindet. Sie knüpft bald an die Lohnforderung als solche, bald nur an die unpfändbare Lohnforderung an. Das personenrechtliche Element führt in wesentlichen Beziehungen zu doppelter Sicherung durch öffentliches und privates Recht. Sie ist äußere oder innere Sicherung, je nachdem sie den Lohn schützt Dritten gegenüber, die nicht an dem Arbeitsverhältnis beteiligt sind, oder dem Arbeitgeber gegenüber, der den Lohn schuldet.

### 1. Äußere Lohnsicherung.

Äußere Lohnsicherung findet sich in folgenden Sicherungsmaßnahmen:

a) Das Verbot der Lohnbeschlagnahme. Es beruht auf dem Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns vom 21. 6. 1869 in Verb. mit § 850 Ziff. 1 CPO. Das zuerst erwähnte Gesetz ist durch die VO. vom 7. 1. 1924 abgeändert. Es darf hiernach die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, sofern dieses Verhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat. Diese Vergütung ist bis zur Summe von 30 RM. für die Woche und, soweit sie diesen Betrag übersteigt, zu  $\frac{1}{3}$  des Mehrbetrags der Pfändung nicht unterworfen<sup>1)</sup>. Hat der Schuldner seinem Ehegatten, früheren

<sup>1)</sup> Um auch den pfändbaren Teil des Gehalts der Pfändung zu entziehen, werden bisweilen sog. „1500 Mark-Verträge“ abgeschlossen, wonach der Arbeitgeber als Arbeitslohn nur die unpfändbare Summe dem Arbeitnehmer selbst zusagt, einen weiteren Betrag dagegen einem Dritten, vor allem der Ehefrau. Die Rechtsprechung hält diese Verträge für zulässig (RGZ., Bd. 69, S. 59; Bd. 81, S. 41).

Ehegatten, Verwandten oder einem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren, so erhöht sich der unpfändbare Teil des Mehrbetrags für jede Person, der Unterhalt zu gewähren ist, um  $\frac{1}{6}$ , höchstens jedoch auf  $\frac{2}{3}$  des Mehrbetrags. Übersteigt der Arbeits- oder Dienstlohn die Summe von 100 RM. für die Woche, so findet auf den Mehrbetrag der soeben ausgesprochene Satz keine Anwendung. Das Verbot der Lohnbeschlagnahme hat Ausnahmen, die § 3 des Gesetzes vom 21. 6. 1869 enthält. Es mindert sich für die Bietreibung der zugunsten eines unehelichen Kindes von dem Vater zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge nach Maßgabe des § 4a a. a. O.

b) Das Verbot der eigenen Lohnverfügung. Es ergibt sich aus § 2 Abs. 2 des erwähnten Gesetzes vom 21. 6. 1869. Hiernach ist, soweit die Lohnbeschlagnahme unzulässig ist, auch jede Verfügung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung. Die Bedeutung dieser Bestimmung erschöpft sich nicht, wie wir noch sehen werden (S. 195), in der äußeren Lohnsicherung, aber sie findet hier eine Hauptanwendung, indem sich der Gläubiger des Arbeitnehmers an der unpfändbaren Lohnforderung auch kein vertragliches Sicherungsobjekt verschaffen kann.

c) Die Vorzugsstellung der Lohnforderung. Die Vorzugsstellung der Lohnforderung besteht darin, daß im Falle einer Vermögenszerrüttung des Arbeitgebers der Lohnforderung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung eingeräumt wird. Die Vorzugsstellung ist nicht auf die unpfändbare Lohnforderung beschränkt, sondern besteht unter den gesetzlichen Voraussetzungen für die Lohnforderung überhaupt. Sie besteht im Konkurse nach § 61 KonkO., bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken nach § 10 ZwangsverstGes.<sup>1)</sup>

1) Eine besondere Sicherung ist nach dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. 6. 1909 vorgesehen, wonach auch die Forderungen von Bauarbeitern durch die Eintragung eines „Bauvermerks“ im Grundbuch dinglich gesichert werden können. Doch bedarf es zur Einführung einer solchen Sicherung einer landesrechtlichen Verordnung. Solche landesrechtlichen Verordnungen sind bisher nicht ergangen.

## 2. Innere Lohnsicherung.

Die innere Lohnsicherung ist Lohnzahlungs- oder Lohn-erhaltungsschutz, je nachdem die in Betracht kommenden Vorschriften darauf gerichtet sind, die Zahlung oder die Erhaltung des Lohns zu sichern<sup>1)</sup>.

a) Der Lohnzahlungsschutz besteht zunächst in dem sog. Truckverbot, das für alle gewerblichen Arbeiter, einschließlich der Hausgewerbetreibenden, Bergarbeiter und ähnlichen Arbeiter gilt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine pfändbare oder unpfändbare Lohnforderung handelt (§§ 115, 119b, 154a Abs. 1, 146 Abs. 1 Ziff. 1 GewO.)<sup>2)</sup>. Das Truckverbot ist in zwei Rechtssätzen enthalten. Der erste Rechtssatz findet sich in § 115 Abs. 1. Danach sind die von ihm betroffenen Arbeitgeber verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung zu berechnen und bar auszuzahlen. Dieses Gebot der Barzahlung enthält nicht ein Aufrechnungsverbot, sondern nur das Verbot der Leistung an Erfüllungs Statt<sup>3)</sup>. Es wird durch den zweiten Rechtssatz sichergestellt, der in § 115 Abs. 2 Satz 1 enthalten ist. Hiernach dürfen die fraglichen Arbeitgeber den Arbeitern keine Ware kreditieren. Durch dieses Kreditierungsverbot soll die Umgehung des Barzahlungsgebots verhindert werden. Die Verträge, auf denen eine verbotene Leistung an Erfüllungs Statt oder Kreditierung beruht, sind nichtig (§ 117 Abs. 1 GewO.). Der Arbeitnehmer kann trotz der Leistung an Erfüllungs Statt den vollen Arbeitslohn verlangen, und der Arbeitgeber kann eine Aufrechnung mit einer Warenforderung nicht vornehmen, weil diese Forderung nichtig ist.

1) SINZHEIMER, Lohn und Aufrechnung, S. 5, 6.

2) Die Bestimmungen über das Truckverbot finden auch Anwendung auf Schiffer und Schiffsmannschaften der Binnenschifffahrt, sowie auf Floßführer und Floßmannschaften (§§ 20, 21 des RGes. über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt, Text v. 20. 5. 1898; § 17 des RGes. über die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei vom 15. 6. 1895). Nicht anwendbar sind die §§ 115 bis 119b GewO. auf die Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften (§ 154, Abs. 1, Ziff. 1 und 2 GewO.).

3) SINZHEIMER, a. a. O., S. 7 ff; LANDMANN, II, S. 311 unter h.

Das aus den nichtigen Verträgen Geleistete kann, soweit eine Bereicherung des Arbeitnehmers vorliegt, zurückgefordert werden, aber nur zugunsten gemeinnütziger Kassen (§§ 116, 118 GewO.). Von alledem enthält § 115 Abs. 2, Satz 2 eine Ausnahme, indem die dort genannten Leistungen an Erfüllungs Statt gegeben, oder aber „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung“, d. h. im Wege der Aufrechnung, kreditiert werden dürfen.

Der Lohnzahlungsschutz ist weiterhin durch eine Anzahl zwingender Einzelbestimmungen gewährleistet. Sie sind darauf gerichtet, die Lohnzahlung zur rechten Zeit (§ 134b) und am rechten Ort (§ 115a) sicherzustellen<sup>1)</sup>.

b) Um den Lohnerhaltungsschutz abmessen zu können, ist zunächst ein Blick auf das rechtliche Schicksal der Lohnforderung überhaupt zu werfen.

Die Lohnforderung wird durch die allgemeine Regeln bestimmt, die für schuldrechtliche Verträge überhaupt gelten, insbesondere durch die §§ 611, 614, 615 BGB. Sie entsteht nicht, wenn der Arbeitnehmer den Dienst nicht antritt. Sie entfällt, wenn die Arbeitsleistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hat (§ 323 BGB.), wenn der Arbeitnehmer nicht die geschuldete Arbeit, sondern eine andere Arbeit verrichtet, einerlei ob es sich um Zeit- oder Akkordarbeit handelt (§ 611 BGB.)<sup>2)</sup>, wenn der Arbeitnehmer mit der ihm obliegenden Arbeitsleistung in Verzug gerät oder diese Leistung infolge eines Umstandes, den der Arbeitnehmer zu vertreten hat, unmöglich wird. Wird die Arbeitsleistung infolge eines Umstandes, den der Arbeitgeber zu vertreten hat, unmöglich, so behält der Ar-

---

1) Die Empfangnahme des Lohns gilt im Zweifel als Arbeitsleistung. Die Lohnzahlung hat daher entweder während der Arbeitszeit zu erfolgen, oder aber es ist die dafür erforderliche Zeit besonders zu vergüten (KASKEL, S. 98 unter X). Die Bestimmung des § 119a Abs. 2, Ziff. 2 GewO., wonach durch statutarische Bestimmung festgesetzt werden kann, daß der von minderjährigen Arbeitern verdiente Lohn an die Eltern oder Vormünder usw. gezahlt wird, spielt in der Praxis keine Rolle. Vgl. dazu auch § 119a Ziff. 3.

2) JAERISCH, Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit, S. 68 f. S. 70.

beitnehmer den Anspruch auf den Lohn (§ 324 BGB.). Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt (§ 615 BGB.), wobei hervorzuheben ist, daß Annahmeverzug ein Verschulden nicht voraussetzt. In beiden Fällen muß sich der Arbeitnehmer jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er in infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Leistet der Arbeitnehmer die Arbeit, ist die Arbeitsleistung aber mangelhaft (sog. Schlechtleistung), so besteht ein Anspruch auf den vollen Arbeitslohn, einerlei, ob es sich um Zeitlohn oder Akkordlohn handelt<sup>1)</sup>. Doch erwächst dem Arbeitgeber ein Anspruch auf Schadensersatz, wenn den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft. Den Beweis für das Vorliegen eines Verschuldens hat nach der allgemeiner Regel der Arbeitgeber zu führen, und zwar sowohl bei Zeitlohnarbeit wie auch bei Akkordarbeit<sup>2)</sup>. Eine Schadensersatzforderung steht dem Arbeitgeber auch zu, wenn der Arbeitnehmer mit seiner Leistung in Verzug gekommen ist, oder seine Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den er zu vertreten hat. Liegt in dem Verzug ein Vertragsbruch, d. h. hat der Arbeitnehmer rechtswidrig die Arbeit verlassen, so kann der Arbeitgeber (wie auch umgekehrt der Arbeitnehmer bei entsprechender Vertragsverletzung des Arbeitgebers)

1) Dies ist beim Zeitlohnvertrag nicht streitig, wohl aber beim Akkordvertrag. Vgl. dazu die Ausführungen bei JAERISCH, a. a. O., S. 65 ff.; dort auch die näheren Literaturangaben und die Auseinandersetzung mit den gegnerischen Auffassungen. JAERISCH hebt den leitenden Gesichtspunkt insbesondere bei dem Akkordvertrag mit treffender Schärfe hervor: „Es kann nicht scharf genug betont werden, daß der Erfolg (beim Akkordvertrag) lediglich ein äußerer Lohnmaßstab ist, und daß allein die auf den Erfolg gerichtete, nicht die den Erfolg garantierende Arbeitsleistung geschuldet und zu vergüten ist“ (S. 68). Was bei mißlungener Akkordarbeit gilt, gilt entsprechend, wenn überhaupt kein Arbeitsergebnis erzielt worden ist.

2) JAERISCH, a. a. O., S. 72 unter f. Anders, wenn bei der Akkordarbeit die Vereinbarung getroffen worden ist, daß „Ausschuß“ nicht bezahlt wird. In diesem Fall dreht sich die Beweislast insofern um, als der Akkordarbeiter nicht nur die Leistung der Vertragsarbeit, sondern auch die ausschließliche Schuld des Arbeitgebers und damit seine eigene Schuldlosigkeit am Mißerfolg seiner Arbeit darzutun hat (JAERISCH, S. 74).

ohne Nachweis eines tatsächlich erlittenen Schadens gemäß § 124b GewO. für jeden Tag des Vertragsbruchs den ortsüblichen Tageslohn, höchstens aber einen Wochenlohn als Schadensersatz verlangen. Wird dieser fixierte Schadensersatzanspruch geltend gemacht so ist ein weiterer Schadensersatzanspruch ausgeschlossen<sup>1)</sup>. Die Verzugsfolge tritt auch ein, wenn der Verzug des Arbeitnehmers in Streikhandlungen begründet ist. Legt ein Arbeitnehmer die Arbeit vertragswidrig nieder, um an einem Streik teilzunehmen, so kommt er in Verzug. Der Arbeitgeber kann ihn nicht nur mit sofortiger Wirkung entlassen, sondern hat auch Anspruch auf Schadensersatz gegen ihn. Der Umstand, daß der Streik durch eine Gewerkschaft angeordnet ist, kann den Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht nicht befreien. Es gibt kein subjektives Streikrecht, das die Arbeitsniederlegung rechtfertigt (S. 94)<sup>2)</sup>.

Diese Regeln gelten auch, wenn es sich um die Frage des Betriebsrisikos handelt<sup>3)</sup>. Wir sprechen von Betriebsrisiko, wenn der Arbeitnehmer an der Arbeit verhindert ist, weil infolge eines Zufalls das Arbeitssubstrat (Arbeitsgegenstand oder Arbeitsmittel) nicht vorhanden ist oder nicht funktioniert<sup>4)</sup>. Der Zufall kann innerhalb oder außerhalb des Betriebs liegen. Seine Gründe können politischer, sozialer oder technischer Art sein (militärische Besetzung, Streik, Explosion). Die Frage des Betriebsrisikos ist

1) § 124b gilt nur für gewerbliche Betriebe, in denen weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 134 Abs. 1 GewO.). Er findet auch auf Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker Anwendung (§ 133e GewO.).

2) KASKEL, S. 320; Urt. des LG. Potsdam von 4. 3. 1926, JW., 1927, S. 305<sup>23</sup>. Dagegen insb. POTTHOFF in vielen Aufsätzen, z. B. JW., 1925, S. 1842, und LEVY, ArbR., 1927, S. 107 ff.

3) Die Frage ist eine äußerst bestrittene. Literatur dazu bei KASKEL, S. 89 unter 3, HEDEMANN, Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, 1923, und dazu die im Text auf S. 168, Anm. 1 u. 3 angegebenen Schriften.

4) Als Zufall sind nicht wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers anzusehen; vgl. dazu SINZHEIMER, Absatzstockung und Arbeitsvertrag, ArbR., 1924, S. 474 ff. Anfechtbar ist eine neuere Entscheidung des RG. vom 23. 3. 1926, wonach Verschlechterung der Wirtschaftslage ein wichtiger Kündigungsgrund sein kann, JW., 1927, S. 245<sup>3</sup>, mit feinsinniger Anm. von ABEL, die aber bedenklich ist. Dagegen POTTHOFF, ArbR., 1926, S. 817 und eine frühere Entsch. des RG. vom 27. 1. 1925, ArbR., 1926, S. 822.

die Frage, ob im Falle des Eintritts solcher Ereignisse die Lohnforderung entfällt oder erhalten bleibt. Sie entfällt, wenn für den Arbeitnehmer Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eintritt (§ 323 BGB.). Sie bleibt erhalten, wenn Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliegt (§ 615 BGB.).

Kein Zweifel, daß ein Arbeitsergebnis nur zustandekommen kann, wenn Arbeit geleistet wird und das Arbeitssubstrat vorhanden ist. Die Arbeit ist Sache des Arbeitnehmers. Die Bereitstellung des Arbeitssubstrats ist Sache des Arbeitgebers. Sie ist eine Handlung, die der Arbeitgeber vorzunehmen hat, wenn die Arbeit bewirkt und damit die Arbeitspflicht erfüllt werden soll<sup>1)</sup>. Bleibt diese Handlung des Arbeitgebers aus, ist aber der Arbeitnehmer zur Arbeit oder zur Betätigung seiner Arbeitskraft bereit und imstande, so scheidet die Erfüllung. Sie scheidet nicht, weil der Arbeitnehmer den ihm obliegenden Einsatz seiner Arbeitskraft nicht vornehmen konnte, sondern weil die durch den Arbeitgeber zu erbringende Mitwirkung ausgeblieben ist<sup>2)</sup>. Es liegt daher nicht Unmöglichkeit der Leistung auf der Seite des Arbeitnehmers, sondern Annahmeverzug auf der Seite des Arbeitgebers vor. Hierbei genügt es, wenn der Arbeitnehmer die Betätigung seiner Arbeitskraft wörtlich anbietet (§ 295 BGB.). Der Umstand, daß der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung nicht vornehmen kann, weil ihn ein Zufall daran hindert, entlastet ihn nicht, denn Annahmeverzug setzt Verschulden nicht voraus.

---

1) Zu dieser Handlung ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, denn es gibt keine Pflicht zur Beschäftigung (S. 147f.). Die Handlung des Arbeitgebers ist ein Akt, den er im eigenen Interesse für sich vornimmt. Man kann deswegen von einer Unmöglichkeit der Leistung des Arbeitgebers nicht sprechen, wenn er die in Frage kommende Mitwirkungshandlung nicht vornehmen kann, wie dies KASKEL, NZfAR., 1922, Sp. 1 ff, allerdings allein stehend, annimmt; vgl. gegen KASKEL besonders TITZE, JW., 1922, S. 548, und das RG. in der auf S. 167 Anm. 1 zit. Entsch.

2) Diese Auffassung ist von TRAUTMANN, Unmöglichkeit und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruchots Beitr., Bd. 59, S. 434 ff. begründet. Sie ist auch die Auffassung der Glossatorenliteratur des 12. und 13. Jahrhundert auf die HEDEMANN, a. a. O., S. 17, verweist.

Mithin ist der Fall des Betriebsrisikos im Anstellungsvertrag nur ein Unterfall des allgemeinen Vertragsrisikos, wonach zufällige Verhinderung des Gläubigers an der Annahme der geschuldeten Leistung ihn nicht von seinen Verpflichtungen entbindet. Unstreitig hat z. B. der Käufer einer Maschine, die in ein Fabrikgebäude eingebaut werden soll, den Preis für die Maschine zu zahlen, auch wenn das Gebäude abbrennt, für das die Maschine bestimmt ist. Wobei nicht zu verkennen ist, daß bei Anwendung des § 615 BGB. Härten für den Arbeitgeber entstehen, wenn der Zufall nicht nur individuell, sondern kollektiv wirkt, z. B. infolge einer Störung im Gaswerk die Gasmotore in den Fabriken einer Stadt nicht laufen und dadurch eine Masse von Arbeitnehmern beschäftigungslos wird. Auch ist zuzugeben, daß die Verfasser des BGB. bei der Schaffung des § 615 BGB. wohl weniger an kollektive Ereignisse mit kollektiven Wirkungen gedacht haben, als an Einzelereignisse mit individuellen Wirkungen. In einzelnen Fällen wird sich der Arbeitgeber durch Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts entlasten können. Dieser Ausweg versagt aber in jedem Fall, wenn die Voraussetzungen des § 124a GewO. nicht vorliegen, so daß nur die Kündigungsgründe des § 123 GewO. gegeben sind, zu denen der hier in Betracht kommende Tatbestand nicht gehört<sup>1)</sup>. Diese Rechtslage war offenbar die Veranlassung dazu, für die Behandlung des Betriebsrisikos im Anstellungsvertrag eine besondere „arbeitsrechtliche Anschauung“ zu empfehlen<sup>2)</sup>. Diese besondere

---

1) S. dazu die abwägenden Ausführungen von VOLKHAUSEN, Das Recht der fristlosen Entlassung, 1927, S. 34 ff., 36, 37. Wenn in manchen Tarifverträgen bestimmt wird, daß nur geleistete Arbeit bezahlt werden soll, so bezieht sich diese Bestimmung in der Regel nur auf den Ausschluß des § 616, nicht auch des § 615 (so auch KASKEL, S. 88, Anm. 2). Dabei gehe ich mit HUECK, Arbeitsvertragsrecht, S. 89, davon aus, daß § 615 kein zwingender Rechtssatz ist, wie KASKEL, S. 88, Anm. 5, im Anschluß an LOTMAR, II, S. 314 ff., S. 293 f. annimmt.

2) HEDEMANN, a. a. O., S. 32: „Die Generalerkenntnis, die sich uns aufdrängt, ist die, daß wir in einem Übergangsstadium stehen. Es sind zwei ganz verschiedene Betrachtungsweisen, die miteinander ringen; vorbehaltlich einer besseren Namengebung mögen sie die ‚zivilistische‘ und die ‚arbeitsrecht-“

„arbeitsrechtliche Anschauung“ besteht darin, daß man den Anstellungsvertrag aus seiner individualrechtlichen Form heraushebt und ihn auf Grund seiner angeblichen sozialen Erscheinung als ein Kollektivgebilde behandelt. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ist bereits dargetan (S. 166 ff.)<sup>1)</sup>.

Wenn dieses Ergebnis Interessen des Arbeitgebers im Einzelfall verletzt, so ist zu beachten, daß die umgekehrte Entscheidung, die dem Arbeitnehmer den Lohn abspricht, die Härte nicht ausschaltet, sondern sie nur auf den Arbeitnehmer abwälzt. Ist dem

liche' genannt werden. Alles Reden über Einzelheiten, alle Reformvorschläge bleiben zwecklos, wenn man nicht diese erste und grundlegende Erkenntnis in sich lebendig macht.“

1) Die Ausführungen im Text gelten auch für den Fall des Teilstreiks, auf den sich die auf S. 167, Anm. 1 zit. Entsch. des RG. bezieht. Nach geltendem Recht kann ein Verlust der Lohnforderung der Arbeitswilligen im Falle des Teilstreiks nur dann begründet werden, wenn die Arbeitswilligen mit den Streikenden gemeinsame Sache machen. In diesem Fall steht der Lohnforderung der Arbeitswilligen die Einrede der Arglist entgegen. Daß im übrigen der Verlust der Lohnforderung weder auf eine Theorie der „Arbeitsgemeinschaft“, noch auf eine Theorie der „Arbeitnehmergeinschaft“ gestützt werden kann, ist bereits dargetan (S. 166 ff.). Das Urteil des RG. findet eine beachtenswerte Ergänzung in dem Urteil des OLG. Karlsruhe vom 20. 1. 1926, NZfAR., 1927, S. 51. Es hat keineswegs allgemeine Folge gefunden (s. z. B. das Ur. des LG. Köln, JW., 1927, S. 299<sup>17)</sup>). In neuester Zeit hat HUECK, Rechtsprechung, S. 334 ff. versucht, die Entsch. des RG., die er in seiner Begründung verwirft, im Ergebnis durch ein neues Argument zu stützen. Die Arbeitnehmerschaft sei durch das kollektive Moment zu erhöhter Macht gelangt, so daß sie sich nicht beklagen könne, wenn dieses Moment auch zu ihrem Nachteil berücksichtigt werde. Man kann hieraus höchstens schließen, daß die Angehörigen der Kampforganisation unter den Kampfakten der Organisation leiden sollen. Man begreift aber nicht, warum der Verlust der Lohnforderung sich auch auf solche arbeitswilligen Arbeitnehmer erstrecken soll, die dieser Organisation nicht angehören, und man begreift es noch weniger, wenn es sich um wilde Streiks handelt, gegen die die Organisationen aufgetreten sind. Aber davon abgesehen, ist der Grund für die von HUECK angenommene Kollektivhaftung keinem allgemeinen Rechtsprinzip zu entnehmen. Man denke einmal nicht an Kämpfe zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, sondern an Kämpfe zwischen Lieferanten und Abnehmern. Sperren Lieferanten einem Abnehmer die Lieferung von Rohstoffen und muß deswegen der Abnehmer seinen Betrieb einstellen, so kann er die Abnahme anderer für seinen Betrieb bestimmten Lieferungen nicht verweigern unter Berufung darauf, daß er seinen Betrieb infolge eines Wirtschaftskampfes habe einstellen müssen und deswegen die Nachteile von allen Lieferanten zu tragen seien.

Arbeitgeber nicht zuzumuten, den Lohn im Fall des Betriebsrisikos weiterzuzahlen, so ist dem Arbeitnehmer, der von seinem Lohne lebt, noch weniger zuzumuten, den Verlust des Lohnanspruchs zu tragen. Die Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber ist begründet im sozialen System des Kapitalismus, der dem Arbeitgeber das Risiko zuweist, weil es ihm den Unternehmergewinn gewährleistet<sup>1)</sup>. Jedenfalls hat es die Arbeitgeberschaft im ganzen in der Hand, durch Selbsthilfe Härten im einzelnen auszugleichen. Sie kann Berufskassen gründen, in die die einzelnen Arbeitgeber Beiträge einzahlen und die aus Gesamtmitteln die Lasten tragen, die infolge des Betriebsrisikos die einzelnen treffen. Die Rechtsprechung wird nicht umhin können, bei der Prüfung der Frage, ob dem Arbeitgeber die Lohnzahlung zuzumuten ist, die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, durch geeignete Maßnahmen Härten im Einzelfall auszugleichen. Haben die Arbeitgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, so steht es ihnen nicht zu, sich über die Härten zu beklagen, die sich aus der Anwendung des § 615 BGB für sie ergeben, oder gar das Risiko von sich auf die Schultern des Arbeitnehmers abzuwälzen<sup>2)</sup>.

Auf dieser Grundlage erhebt sich der Lohnerhaltungsschutz, indem er nach verschiedenen Richtungen hin die Lohnforderung auszeichnet.

α) Zunächst sorgt § 616 BGB. in Abweichung von § 323 BGB. dafür, daß der Arbeitnehmer bei einer nur vorübergehenden Unmöglichkeit seiner Leistung den Lohnanspruch behält, wenn die Unmöglichkeit ihren Grund in der Person des Arbeitnehmers hat,

1) M. J. BONN, Das Schicksal des deutschen Kapitalismus, 1926, S. 46: „Denn die kapitalistische Wirtschaftsordnung, die das Recht auf Gewinn anerkennt, setzt damit die Pflicht zum Verluste voraus.“

2) De lege ferenda versucht der allgemeine Arbeitsvertragsgesetzentwurf, §§ 76 ff., einen Mittelweg zu finden, indem er nur gewisse Fälle des Betriebsrisikos dem Arbeitnehmer aufbürdet. Insbesondere soll der Arbeitnehmer keinen Entgeltsanspruch haben, soweit Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern das Arbeitshindernis verursachen (§§ 76 Abs. 2). Dies entspricht der Stellung, die das Reichsgericht in der Frage des Teilstreiks eingenommen hat.

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. 2. Aufl.

von ihm aber nicht verschuldet ist, und die Behinderung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit andauert. Diese im Hinblick auf § 619 BGB. nicht zwingende Bestimmung ist für Handlungsgehilfen, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker und Bergbauangestellte nach § 63 HGB., § 133c Abs. 2 GewO. und § 90a AllBergG. dahin ausgebaut, daß diese Personengruppen trotz unterbliebener Arbeitsleistung ihren Lohnanspruch bis zur Dauer von 6 Wochen erhalten, wenn das Hindernis der Dienstleistung in einem unverschuldeten Unglück besteht.

β) Des weiteren spricht § 394 BGB. ein Aufrechnungsverbot aus<sup>1)</sup>. Aufrechnung gegen Lohnforderungen findet nicht statt, soweit Lohnforderungen der Pfändung nicht unterworfen sind. Das Verbot trifft alle Gegenforderungen des Arbeitgebers, auch soweit sie sich aus Vertragsbruch ergeben oder aber auf die Zahlung sog. Fabrikstrafen gerichtet sind. Nur wenn sich die Gegenforderung auf vorsätzliche Schadenszufügung stützt, etwa auf Diebstahl, ist das Verbot nach Treu und Glauben unanwendbar<sup>2)</sup>. Eine Ausnahme besteht nach § 115 Abs. 2 Satz 2 GewO., der als Spezialbestimmung durch das allgemeine Aufrechnungsverbot nicht berührt wird<sup>3)</sup>. Hiernach dürfen Forderungen, die aus den dort bezeichneten Leistungen herrühren, unter den dort angegebenen Bedingungen aufgerechnet werden. Das Aufrechnungsverbot ist kein Anrechnungsverbot. So kann der Arbeitgeber Lohnvorschuß als vorausbezahlten Lohn anrechnen, ebenso alle Leistungen, die von seiner oder dritter Seite gemacht sind, soweit daß Gesetz solche Leistungen für anrechenbar erklärt<sup>4)</sup>.

1) SINZHEIMER, Lohn und Aufrechnung, S. 35 ff.

2) RGZ., Bd. 85, S. 108 ff.

3) LANDMANN, II, S. 317 unter 4.

4) Eine Zusammenstellung dieser Leistungen, wie sie sich insbesondere aus der Sozialversicherung ergeben, dann aber auch aus den §§ 324, 615 BGB, § 74c HGB., §§ 88, 89, 96 Abs. 4 BRG., findet sich bei KASKEL, S. 103 unter C. Eine Ausnahme von der Anrechnung von Leistungen aus der Sozialversicherung macht § 63 Abs. 2 HGB., der eine solche Anrechnung zwingend ausschließt. Hierher gehört auch die Anrechnung oder die Aufrechnung von Erstattungsansprüchen, die dem Arbeitgeber für verauslagte Beiträge zur Sozial-

γ) Das Aufrechnungsverbot findet seine Ergänzung im Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts am unpfändbaren Lohn für Geldforderungen des Arbeitgebers. Dieser Ausschluß ist nicht ausdrücklich ausgesprochen. Er folgt aber aus der Wirkung, die die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts hat, wenn sich Geldforderungen gegenüberstehen. In diesem Fall wirkt die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wie eine Aufrechnung und muß wie die Aufrechnung verboten sein<sup>1)</sup>. Ob auch im übrigen, wenn sich nicht Geldforderungen gegenüberstehen, kein Zurückbehaltungsrecht am unpfändbaren Lohn besteht, z. B. der Arbeitgeber hält den Lohn zurück, weil der Arbeitnehmer ein Werkzeug nicht herausgibt, ist streitig<sup>2)</sup>. M. E. ist die Frage aus § 273 BGB. zu bejahen. Nach § 273 besteht ein Zurückbehaltungsrecht, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Aus dem Anstellungsvertrag ergibt sich, daß dem Lohnanspruch durch die Lohnsicherung eine Vorzugsstellung eingeräumt ist, die ihn rechtlich aus dem Kreise anderer Ansprüche emporhebt und den Gegenansprüchen des Arbeitgebers gegenüber höher wertet. Es wäre nicht zu verstehen, daß das Gesetz dem Arbeitgeber die Zurückbehaltung des Lohns untersagt, wenn er ein Darlehn zurückfordert, ihm aber dieses Zurückbehaltungsrecht einräumen würde, wenn er nicht ein Darlehen, sondern z. B. ein Werkzeug, das der Arbeitnehmer verlegt hat, zurückfordert.

δ) Schließlich schützt § 2 Abs. 2 LohnbG. den Arbeitnehmer vor eigener Lohnverfügung. § 2 Abs. 2 hat nicht nur Dritten, sondern auch dem Arbeitgeber gegenüber Bedeutung. Die Verfügungsgeschäfte, die durch § 2 Abs. 2 getroffen sind, sind hauptsächlich Verpfändungs-, Erlaß- und Aufrechnungsverträge. Alle

---

versicherung zustehen (§§ 381, 393, 1426, 1428 RVO., § 183 AngVG., dazu §§ 395, 1433 RVO., § 183 AngVG.). Das gleiche gilt für die dem Aufrechnungsverbot nicht unterliegende Einziehung des durch den Arbeitgeber für den Vertrauensmann der Bergarbeiter verausgabten Lohns (§ 80c AllgBergG.).

1) RGZ., Bd. 85, S. 108 ff.

2) Dafür SINZHEIMER, Lohn- und Aufrechnung, S. 77 ff; dagegen KASKEL, S. 102 unter B unten.

diese Verträge bleiben durch die bisher besprochenen Bestimmungen des Lohnerhaltungsschutzes unberührt, insbesondere bezieht sich § 394 BGB. nur auf Zwangsaufrechnung, nicht auch auf vertragsmäßige Aufrechnung. § 2 Abs. 2 wird ergänzt und erweitert durch die Bestimmungen des §§ 115a, 2. Halbsatz, und 117 Abs. 2 GewO. § 117 Abs. 2 geht insofern über § 2 Abs. 2 hinaus, als er Abreden über die Verwendung des Verdienstes des Arbeitnehmers zu anderen Zwecken als zur Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien nicht nur für den unpfändbaren, sondern auch den pfändbaren Lohn ausschließt. Soweit § 2 Abs. 2 gilt, ist auch die sog. Lohnbeschränkungsabrede ungültig. Die Lohnbeschränkungsabrede kann Lohneinbehaltungs- oder Lohnverwirkungsabrede sein (§ 119a, § 134 Abs. 1 GewO.). Die Lohneinbehaltungsabrede ist die Verpfändung der eigenen Lohnforderung zugunsten des Arbeitgebers zur Sicherung des Ersatzes eines ihm aus Vertragsbruch erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe. Die Lohnverwirkungsabrede ist ein bedingter Erlaß, d. h. ein Verzicht auf die Lohnforderung für den Fall rechtswidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses<sup>1)</sup>. Nach § 2 Abs. 2 LohnbG. sind beide Verfügungsgeschäfte ohne rechtliche Wirkung, wenn es sich um unpfändbaren Lohn handelt. Wenn daher die GewO. die Lohneinbehaltungs- und Lohnverwirkungsabrede einschränkt, so läßt sie nicht etwa zu, was § 2 Abs. 2 ausschließt, sondern die Beschränkung gilt nur für diejenigen Fälle, in denen die Lohnbeschränkungsabrede rechtliche Wirkung hat, d. h. der Lohn pfändbar ist. Es mag sein, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung der §§ 119a und 134 Abs. 1 an die allgemeine Gültigkeit der Lohnbeschränkungsabrede geglaubt

1) Diese beiden rechtlichen Konstruktionen sind ausführlich begründet von SINZHEIMER, Lohn und Aufrechnung, S. 92 ff. Ihnen steht insbesondere für die Lohnverwirkungsabrede nahe OERTMANN, Der Arbeitslohn, Bücherei des Arbeitsrechts, Bd. 16, S. 130. Die späterhin erschienene Literatur haben sie, wie ich glaube, nicht erschüttert, vgl. z. B. LANDMANN, II, S. 332, 333, 335. Auch die neuesten Gegen Ausführungen von MUNDRY, Zur Lohnverwirkung nach § 134 Abs. 1 GewO., NZfAR., 1927, S. 211 ff., sind nicht überzeugend.

hat. Dies kann aber nicht dazu führen, in den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen einen Sinn hineinzudeuteln, den er nicht hat. Die §§ 119a und 134 Abs. 1 könnten nur dann auch für die unpfändbare Lohnforderung gelten, wenn sie ausdrücklich die Lohnbeschränkungsabrede von der Geltung des Verfügungsverbots nach § 2 Abs. 2 LohnbG. ausgenommen hätten. Dies ist nicht geschehen.

---

#### 4. Kapitel.

### Die Beendigung.

Wenn wir im Folgenden von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen, so haben wir nur seine rechtliche Beendigung, nicht auch seine tatsächliche Beendigung, die durch die Aufhebung des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt, im Auge. Und wir sprechen nur von dem Arbeitsverhältnis, das auf Vertrag beruht, nicht auch von den Arbeitsverhältnissen, die nicht auf Vertrag beruhen. Arbeitsverhältnisse, die nicht auf Vertrag beruhen, folgen einem Beendigungsrecht, das sich aus der Eigenart des einzelnen Falles ergibt.

Die Lehre von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erschöpfte sich bis zur Revolution in der Lehre von den Beendigungsgründen und Beendigungswirkungen.

1. Die Lehre von den Beendigungsgründen beschäftigt sich mit dem Ablauf des Arbeitsverhältnisses, der entweder von selbst durch Zeitablauf oder Erreichung seines Zwecks eintritt, oder aber durch Kündigung herbeigeführt wird<sup>1)</sup>, die eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung ist, je nachdem sie unter Einhaltung einer Kündigungsfrist<sup>2)</sup>, oder aber aus wichtigen Gründen

1) s. dazu besonders HUECK, Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921; VOLKHAUSEN, Das Recht der fristlosen Entlassung, 1927.

2) Es gibt auch eine entfristete ordentliche Kündigung, d. h. eine Kündigung, für die vertraglich die Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen ist. Die Fristen unterliegen grundsätzlich freier Vereinbarung, die aber gesetzlichen Schranken unterworfen ist (§§ 623, 624 BGB.; §§ 122, 133a GewO.; § 67 HGB.; §§ 81, 88a AllgBergG.; § 27 SeemO., § 25 BinnSchG.; beachte dazu RGZ., Bd. 68, S. 317). Ausnahmen von den bezeichneten Beschränkungen ergeben die §§ 68, 69 HGB., §§ 133 a und b, 133 a und c GewO., § 88 AllgBergG. Ist keine Vereinbarung über die Kündigungsfrist getroffen, so gelten die gesetzlichen Kündigungszeiten, die teils allgemein im BGB. für alle Arbeitsverhältnisse vorgesehen sind,

mit sofortiger Wirkung erfolgt<sup>1)</sup>. Besondere Beachtung verdienen hierbei der Tod oder Konkurs der Beteiligten (§§ 22, 17, 23 KonkO.; dazu auch §§ 9, 11 der VO. vom 14. 12. 1916). Im einzelnen sei hervorgehoben, daß der Arbeitskampf als solcher, d. h. die Arbeitsniederlegung oder Aussperrung, nicht ohne weiteres eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt. Nur wenn die Kampfhandlung unter Umständen erfolgt, die auf eine Kündigung schließen lassen, oder gar ausdrücklich mit einer Kündigung verbunden wird, ist mit dem Eintritt der Wirksamkeit der Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Andererseits erwächst den Beteiligten ein außerordentliches Kündigungsrecht, wenn die Arbeitsniederlegung oder die Aussperrung vertragswidrig erfolgt.

2. Die Lehre von den *Beendigungswirkungen*<sup>2)</sup> beschäftigt sich mit den Einwirkungen und Nachwirkungen, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erzeugt oder erzeugen kann. Einwirkungen auf das Arbeitsverhältnis entstehen, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch außerordentliche Kündigung herbeigeführt wird (§ 628 BGB.), außerdem durch die Entstehung der Pflicht zur Ausstellung eines Zeugnisses<sup>3)</sup> (§§ 630 BGB., 73 HGB., 113,

teils nur für einzelne Berufsstände gelten. Die Kündigungszeiten des BGB. ergeben sich aus den §§ 621, 622, 623 (die letztere Bestimmung ist besonders wichtig für Akkordarbeiter). Besondere Kündigungszeiten bestehen für gewerbliche Arbeiter, Bergarbeiter und Schiffsmannschaften der Binnenschifffahrt (§§ 122 GewO., 81 AllgBergG., 25 BinnSchG.), sowie für kaufmännische und technische Angestellte, Betriebsbeamte, Werkmeister und Floßführer (§§ 56 HGB., 133a GewO., 88 AllgBergG.; 16 FlößG., 20 BinnSchG.) und für Seeleute (§ 551 HGB). Besondere Beachtung verdient die Kündigung zur Abänderung des Dienstverhältnisses (darüber STRITZKE, ArbR., 1927, S. 97 ff, und die Ausführungen ebenda S. 139).

1) Die Gründe, welche die außerordentliche Kündigung rechtfertigen, sind teils allgemeine, die für alle Berufsstände, teils besondere, die nur für bestimmte Berufszweige gelten, wobei die allgemeinen Kündigungsgründe nur gelten, soweit für einzelne Berufsstände keine besonderen Kündigungsgründe vorgesehen sind (§§ 626 BGB., 16 LandAO., 71, 72 HGB., 133c und GewO., 89, 90 AllgBergG., 123, 124 GewO., 82, 83 AllgBergG.; dazu § 134c GewO.).

2) S. dazu besonders die Darstellung bei KASKEL, S. 136 ff.

3) Das Zeugnis kann schon vom Zeitpunkt der Kündigung ab verlangt werden (so HUECK, S. 226; a. M. KASKEL, S. 138 zu Anm. 5).

114 GewO., 84, 85a AllgBergS., 19—21 SeemO.), sowie zur Gewährung von Urlaub zum Aufsuchen einer neuen Stelle (§ 629 BGB; dazu S. 173 f.). Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses entstehen insbesondere durch ein Wettbewerbsverbot, wenn es ausdungen ist. Sein Inhalt findet zwar im allgemeinen nur eine Grenze an § 138 BGB, für die kaufmännischen und technischen Angestellten sind aber Sonderbestimmungen gegeben, die für sie eine besondere Einschränkung des Wettbewerbsverbots herbeiführen (§ 74 ff. HGB., 133f GewO.). Die Beschränkung ist hierbei für die kaufmännischen Angestellten umfassender als für die technischen Angestellten. Dies gilt namentlich für das Versprechen einer Entschädigung als Gegenleistung, das für die kaufmännischen, nicht aber für die technischen Angestellten eine Voraussetzung für den wirksamen Abschluß eines Wettbewerbsverbots ist. —

Schon vor der Revolution setzte die Kritik an diesen Lehren ein. Sie richtete sich dagegen, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jederzeit nach freiem Belieben durch Ausübung eines unumschränkten Kündigungsrechts, wenn auch unter Einhaltung von Kündigungsfristen, entlassen konnte. Eine solche Freiheit des Kündigungsrechts führe zur Unfreiheit der meisten Arbeitnehmer, deren Lebensgrund im Anstellungsvertrag wurzele, und die diesen Grund verlören, wenn sie die Kündigung ereile. Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung sei deswegen die Forderung, die zur Reform des Anstellungsvertrags erhoben werden müsse. Der Wortführer in diesem Streit gegen die unbeschränkte Freiheit der Verfügung über die Arbeitsstelle war Karl Flesch, der seine Gedanken in der im Jahre 1901 erschienen Schrift „Zur Kritik des Arbeitsvertrags“ niederlegte. Seine Anregungen blieben erfolglos. Es bedurfte der Revolution, um den Boden für eine Verwirklichung seiner Ideen reif zu machen. Der Kündigungsschutz ist heute einer der wichtigsten Bollwerke der sozialen Personenordnung im Arbeitsverhältnis. Er besteht der ordentlichen, in einzelnen Fällen auch der außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers gegenüber,

aber nicht für alle Arbeitnehmer und nur unter bestimmten Voraussetzungen.

1. Die rechtliche Gestalt, in der der Schutz des Arbeitnehmers vor der ordentlichen Kündigung durchgeführt ist, ist verschieden.

a) Der Schutz besteht in der Einräumung eines Einspruchsrechts gegen die Kündigung (§§ 84 bis 90 BRG.)<sup>1)</sup>. Das Einspruchsrecht steht allen Arbeitnehmern im Sinne des BRG. in Betrieben mit einem Betriebsrat zu, wenn einer der vier in § 84 Abs. 1 bis 4 aufgezählten Einspruchsgründe und keiner der im § 85 angegebenen Ausnahmefälle gegeben ist. Für die Geltendmachung des Einspruchsrechts ist ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben. Der Einspruch ist binnen einer Einspruchsfrist von fünf Tagen nach der Kündigung durch Anrufung des Arbeiter- oder Angestelltenrats zu erheben<sup>2)</sup>. Der Arbeiter- oder Angestelltenrat nimmt eine Vorprüfung vor. Weist er den Einspruch ab, so ist das Verfahren erledigt. Nimmt er den Einspruch als begründet an, so hat er zu versuchen, durch Verhandlungen eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Gelingt diese Verständigung binnen einer Woche, beginnend mit dem Tage, der auf den zur ersten Verständigungsverhandlung mit dem Arbeitgeber angesetzten Tag folgt, nicht, so kann der Arbeiter- oder Angestelltenrat oder der betroffene Arbeitnehmer binnen weiteren fünf Tagen, gerechnet vom Ablaufe der einwöchigen Frist an, Klage vor dem Arbeitsgericht

---

1) Bei fristloser (außerordentlicher) Kündigung ist nach § 84 Abs. 2 und 86 Abs. 2 ebenfalls ein Einspruchsrecht gegeben. Dies ist notwendig, weil stets, wenn die außerordentliche Kündigung sich als unbegründet herausstellt, sie rechtlich als ordentliche Kündigung bewertet werden muß, sodaß dann zu prüfen ist, ob gegen sie ein Einspruch, wie gegen eine ordentliche Kündigung, begründet ist oder nicht.

2) Der AllgArbVGE. will in den §§ 148 ff. die Intervention der Betriebsvertretung beseitigen, dem Arbeitnehmer ein unmittelbares Widerrufsrecht gegen den Arbeitgeber einräumen und die Beschränkung auf Arbeitnehmer in Betrieben, die einen Betriebsrat haben, aufheben. So sehr der Wegfall dieser Beschränkung zu begrüßen wäre, so bedenklich ist die Schmälerung der Rechte der Betriebsvertretung, die aus der vorgeschlagenen Regelung folgen würde.

erheben (§ 2 Ziff. 4 ArbGerG.). Das Einspruchsrecht ist auf die Erneuerung des Arbeitsverhältnisses gerichtet. Doch hat der Arbeitgeber, wenn der Einspruch begründet ist, das Recht, seine Verpflichtung durch Zahlung einer „Entschädigungssumme“, deren Höhe sich nach § 87 Abs. 2 bemißt, abzuwenden. Das Arbeitsgericht erläßt deswegen, wenn der Einspruch begründet ist, ein Urteil dahin, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen oder eine Entschädigung von . . . . Mark zu zahlen. Das Urteil ist ein konstitutives Urteil<sup>1)</sup>. Seine Abwicklung richtet sich nach den Einzelvorschriften der §§ 87 Abs. 3, 88, 89 BRG.

b) Der Schutz besteht in einer Bindung des Kündigungsrechts an die Zustimmung Dritter mit der Wirkung, daß die Kündigung in Ermangelung dieser Zustimmung nichtig ist. Die Fälle dieses Schutzes sind folgende:

α) Die Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern und sonstigen Mitgliedern einer Betriebsvertretung bedarf nach § 96 bis 98 BRG. der Zustimmung der Betriebsvertretung oder, falls diese versagt wird, der Zustimmung des Arbeitsgerichts (§ 2 Ziff. 5 ArbGerG.), wenn nicht einer der in § 96 Abs. 2, Ziff. 1 bis 3 angegebenen Ausnahmegründe vorliegt<sup>2)</sup>. Die Zustimmung kann vor und nach dem Kündigungsausspruch erteilt werden. Sie ist nicht ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, sondern ein öffentlichrechtlicher Akt. Wird die Zustimmung der Betriebsvertretung durch das Arbeitsgericht

1) Das Einspruchsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Seine Geltendmachung und Anerkennung ruft ein neues Arbeitsverhältnis ins Leben, und zwar mit rückwirkender Kraft (§ 88 BRG.). Lehnt der Arbeitgeber es ab, den Arbeitnehmer wieder zu beschäftigen, so kommt er in Annahmeverzug. Aus diesem Annahmeverzug des Arbeitgebers entsteht für den Arbeitnehmer eine Lohnforderung von unbestimmter Höhe. Diese Lohnforderung kann der Arbeitgeber durch eine einmalige Zahlung, die in dem Einspruchsurteil im voraus festgesetzt ist, befriedigen. Hiernach bin ich der Ansicht, daß die „Entschädigungsforderung“ des Arbeitnehmers nach § 87 Abs. 2 BRG. ihrer rechtlichen Natur nach eine Lohnforderung ist, die auch der Lohnsicherung unterliegt (A. M. KASKEL, S. 124 Anm. 3; FLATOW, neueste Auflage, S. 382 zu 4).

2) Aus § 95 BRG. folgt weiterhin, daß Kündigungen von Arbeitnehmern, die zur Wahl als Betriebsvertreter vorgeschlagen sind, nichtig sein können (FLATOW, zu § 95, neueste Aufl.).

ersetzt und ist die vertragliche Kündigungsfrist schon abgelaufen, so wirkt die Kündigung vom Tage der Entscheidung ab<sup>1)</sup>.

β) Gegenüber Schwerbeschädigten bedarf die Kündigung nach § 13 bis 17 SchwerbeschG. der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Wird die Zustimmung verweigert, so kann dagegen Beschwerde bei dem Schwerbeschädigtenausschuß erhoben werden, der ohne Rückwirkung endgültig entscheidet. Von diesem Grundsatz bestehen Ausnahmen bezw. Einschränkungen nach §§ 13 Abs. 4, 17, 15, 16, 13 Abs. 1 Satz 2, 14.

γ) Bei Betriebsstillegungen bedarf die Kündigung der behördlichen Zustimmung (§ 2 StilleGV.). Doch ist hier die Nichtigkeit der nicht genehmigten Kündigung keine absolute. Die mangelnde Zustimmung der Behörde hemmt lediglich die Wirksamkeit der Kündigung innerhalb der Wartezeit. Nach Ablauf der Wartezeit wird die nicht genehmigte Kündigung wirksam. Absolute Nichtigkeit ist nur gegeben, wenn eine Stillegung anzeigungspflichtig war, die Anzeige aber nicht erfolgt ist, sodaß eine Wartezeit nicht eintrat. Kündigungen, die genehmigungspflichtig sind, für die aber eine Genehmigung nicht eingeholt wird, sind überdies strafbar (§ 7).

c) Der Schutz besteht in der Nichtigkeit der Kündigung. Schon aus allgemeinen Grundsätzen kann sich die Nichtigkeit einer Kündigung ergeben, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorliegen. § 826 ist dazu bestimmt, illoyalen Schädigungen im Verkehrsleben entgegenzutreten. Er findet daher grundsätzlich auch Anwendung auf Handlungen, die in Ausübung eines formalen Rechts vorgenommen werden, falls sie dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügen<sup>2)</sup>. Dazu kommen besondere Nichtigkeitsgründe. Nach Art. 159 Satz 2 RV. sind Kündigungen,

1) Entsch. des KG. vom 12. 4. 1924, NZfAR., 1924, S. 634. Über Einzelheiten s. vor allen FLATOW, neueste Aufl., S. 410 unter 7.

2) RGZ., Bd. 62, S. 138. Die Bedenken MOLTORS, Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen, Intern. Rundschau der Arbeit, 1926, S. 1102, sind nicht durchschlagend.

die ergehen, um auf die Freiheit zur Koalition einzuwirken, nichtig (S. 93). In derselben Weise ist nach Art. 118 RV. das Recht der freien Meinungsäußerung auch dem Arbeitgeber gegenüber geschützt. Dasselbe gilt nach § 26 ArbGerG., wenn es sich um eine Kündigung handelt, die deswegen erfolgt, um Arbeitnehmer wegen der Übernahme oder Ausübung des Beisitzeramts in den Arbeitsgerichtsbehörden zu benachteiligen. Eine solche Kündigung ist überdies strafbar (§ 26 Abs. 2 ArbGerG.). Außerdem können Kündigungen nichtig sein, wenn tarifliche Rechte verletzt werden. Dies gilt für Kündigungen, die erfolgen, weil ein Arbeitnehmer auf eine Beschäftigung zu tarifwidrigen Bedingungen nicht eingeht. Ihre Nichtigkeit folgt aus dem Prinzip der Unabdingbarkeit, das durch eine solche Kündigung umgangen wird<sup>1)</sup>. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber kündigt, um eine tarifwidrige Aussperrung durchzuführen. Durch den Tarifvertrag geht in alle tarifbeherrschten Anstellungsverträge eine „latente Arbeitsnorm“ ein, wonach auf Grund dieser Anstellungsverträge alle Handlungen vertraglich ausgeschlossen sind, die den Zweck haben, die durch den Tarifvertrag gegebene Tarifordnung zu beseitigen oder zu ändern. Erfolgt deswegen eine Kündigung, die diesem vertragsmäßigem Ausschluß widerspricht, so ist sie nichtig<sup>2)</sup>.

d) Schließlich ist nach dem Gesetz vom 9. 7. 1926 ein weiterer Schutz durch eine Erweiterung der Kündigungsfristen geschaffen<sup>3)</sup>. Er gilt für die älteren Angestellten, die nach § 1 AngVG. versicherungspflichtig sind oder sein würden, wenn ihr Jahresarbeitsverdienst die Gehaltsgrenze nach § 3 des AngVG. nicht überstiege.

1) NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 63 ff.; dazu HUECK, JW., 1927, S. 242, Anm. unter 5.

2) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 111 ff. Dazu im Ergebnis zustimmend GROH, Koalitionsrecht, 1923, S. 140 ff., S. 144. Dagegen HUECK, Das Recht des Tarifvertrags, 1920, S. 155 ff, und KASKEL, S. 319 unter B Ziff. 2; gegen HUECK wendet sich besonders GROH, a. a. O., S. 145 Anm. 12. Die Rechtsprechung hat zu dem in Frage kommenden Punkt noch keine entscheidende Stellung genommen.

3) GEORG BAUM, Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926, Schriften des deutschen Werkmeisterverbandes, 1926.

Durch den Schutz sind sowohl die früheren gesetzlichen als auch die früheren vertraglichen Kündigungsfristen betroffen, sofern letzere kürzer sind als die neuen Schutzfristen. Das Gesetz besteht zu gunsten des Angestellten, es berührt deswegen nicht sein Kündigungsrecht, sondern nur das Kündigungsrecht des Arbeitgebers<sup>1)</sup>. Der Schutz besteht darin, daß Arbeitgeber, die in der Regel mehr als zwei Angestellte ausschließlich der Lehrlinge beschäftigen, einem Angestellten, den sie oder im Falle einer Rechtsnachfolge sie und ihre Rechtsvorgänger mindestens 5 Jahre beschäftigt haben, nur mit mindestens drei Monaten Frist für den Schluß eines Kalendervierteljahres kündigen dürfen. Die Kündigungsfrist erhöht sich nach einer Beschäftigungsdauer von 8 Jahren auf 4 Monate, von 10 Jahren auf 5 Monate und von 12 Jahren auf 6 Monate. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Dienstjahre, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen, nicht berücksichtigt<sup>2)</sup>. Die Erweiterung der Kündigungsfristen ist zwingend, doch berührt sie die Bestimmungen über die außerordentliche Kündigung nicht.

2) Der Schutz des Arbeitnehmers gegen außerordentliche Kündigung besteht darin, daß gesetzlich in einzelnen Fällen zu gunsten des Arbeitnehmers bestimmte Gründe als wichtige Gründe ferngehalten werden oder eine besondere rechtliche Behandlung finden. So ist nach § 21 der VO. über die Einstellung und Ent-

---

1) Für falsch halte ich die Ansicht von BAUM, a. a. O., S. 35 unter 2, wonach auch für den Arbeitnehmer die gesetzliche Kündigungsfrist durch das Gesetz vom 9. 7. 1926 erweitert werden soll. Dies widerspricht dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 1, wonach die Erweiterung der Kündigungsfristen ausdrücklich auf Arbeitgeber beschränkt ist. § 2 Abs. 2 ist deswegen nicht überflüssig, weil nach § 2 Abs. 1 ein Zweifel darüber hätte entstehen können, ob durch die Erweiterung der gesetzlichen Kündigungsfristen vertraglich bedungene Kündigungsfristen gelöscht seien oder nicht. Eine andere Auslegung entspricht dem Schutzgedanken des Gesetzes nicht.

2) Ist bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer eine Tätigkeit als Arbeiter einzurechnen? Die Praxis schwankt in der Beantwortung dieser Frage (s. dazu z. B. die Entsch. der LGe. Berlin und Breslau, GewKaufmG. 1927, S. 91, 93).

lassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12. 2. 1920 im Falle der Betriebsstillegung der durch Mangel an Kohle oder Rohmaterial verursachte Zwang zur vorübergehenden Betriebseinstellung nicht als wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung anzusehen. Nach § 13 Abs. 2 SchwerbeschG. kann zwar Krankheit des Schwerbeschädigten, die eine Folge der Kriegsbeschädigung ist, wichtiger Kündigungsgrund sein. Soll aber deswegen eine fristlose Kündigung erfolgen, so bedarf sie der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. § 13 Abs. 3 a. a. O. ordnet weiterhin an, daß Schwerbeschädigte, denen lediglich aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist, nach Beendigung eines Streiks oder der Aussperrung wieder einzustellen sind.

---

## II. Abschnitt.

### Die Arbeitsverfassung.

#### 1. Kapitel.

#### **Das Wesen.**

Das Wesen der Arbeitsverfassung ist nur zu verstehen, wenn wir unsere Gedanken in die Zeit des „freien Arbeitsvertrags“ zurücklenken, als die Arbeit noch keine kollektive Macht war. In dieser Zeit lag die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ausschließlich in der Hand des Arbeitgebers. Er war der Herr über die Arbeitskraft und bestimmte allein die wirtschaftlichen Vorgänge. Er verfügte darüber, ob ein Mensch Arbeit finden konnte, unter welchen Bedingungen er sie fand, wie und warum er mit anderen Arbeitskräften organisatorisch verbunden wurde. Wohl gehörte der einzelne Arbeitnehmer seit Zerschlagung der feudalen Bande keinem einzelnen Arbeitgeber. Denn er durfte sich seinen Herrn wählen. War jedoch die Wahl vollzogen, so war er dem Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis und oft darüber hinaus unterworfen, wie der Untertan dem absoluten Fürsten. Grenzen fand diese Herrschaft nur in dem wirtschaftlichen „Gesetz“ von Angebot und Nachfrage oder in staatlichen Schutzgesetzen, die die Herrschaft des Arbeitgebers in steigendem Maße zu beschränken suchten.

Wir kennen die Herkunft dieser absoluten Rechte. Sie entspringen dem Eigentum, das nicht nur eine Sach-, sondern auch eine Personengewalt bildet (S. 25). Solange dieser Gewalt keine

Gegengewalt gegenübersteht, ist die Arbeit dem Eigentum nur untergeordnet, ist der Arbeitgeber allein „Herr im Hause“, hat die Wirtschaft nur einen Träger, der im Eigentum wurzelt. Es spiegelt sich darin ein Verhältnis wider, das auf staatlichem Gebiet bestand, solange ein absoluter Fürst unbeschränkt über Volk und Land gebot. Wie dieser allein in sich alle persönlichen und sachlichen Bestandteile seiner Herrschaft verkörperte<sup>1)</sup>, so „vertritt“ auch jener ausschließlich alle Kräfte, die in der Wirtschaft wirken.

In diesen Zustand, den der kollektive Arbeitswille schon vor dem Kriege in vielfältigem Ringen tatsächlich erschüttert hatte, hat Art. 165 RV. nun auch gesetzlich Bresche gelegt. Indem Art. 165 RV. Arbeiter und Angestellte und ihre Organisationen dazu beruft, „gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken“, begründet er eine Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum. Was früher der Alleinverfügung des Arbeitgebers unterlag, soll nunmehr von Rechtswegen in bestimmten Beziehungen der Mitwirkung durch die Arbeit unterliegen. Neben das Eigentum, das rechtlich bisher der alleinige Träger der Wirtschaft war, tritt ein zweiter Träger, der nicht im Recht über Sachen, sondern im Recht der Arbeit seinen Grund hat. Die Arbeit hört auf, nur im Eigentum ihre Repräsentation zu finden. Die Arbeit führt zu eigener Repräsentation. Eine Entwicklung wiederholt sich, die überall durchbrach, wo Menschen an andere Menschen gebunden waren. Sie erkennen ihren Eigenwert und ihre Eigenleistung. Sie erkennen ihren Beitrag am gemeinsamen Werk. Als Träger eines eigenen Willens wollen sie nicht mehr nur Objekte, wollen sie auch Subjekte sein. So trat im alten Hofrecht die Hofgenossenschaft, im Staate des absoluten Fürsten der Wille der Stände auf. Es ist der ewige Weg von der Knechtschaft zur Freiheit, von der

1) „persona una, cuius voluntas ex pactis plurium hominum pro voluntate habenda est ipsorum omnium“ (HOBBS).

Untertänigkeit zur Bürgerschaft, der nunmehr auch in der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum seinen Ausdruck findet.

Blicken wir auf die Grundzüge dieser Gemeinschaft, so sehen wir:

1. Die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft kraft Gesetzes. Nicht privater Wille hat sie geschaffen. Geschaffen hat sie das öffentliche Recht der Reichsverfassung. Die Reichsverfassung hat der Arbeit einen Machtbereich verliehen, der sie auf bestimmten Gebieten dem Eigentum gleichordnet. Man kann nicht sagen, daß Art. 165 Abs. 1 RV. nur eine programmatische Erklärung ist. Art. 165 Abs. 1 ist mehr. Er „beruft“ die Arbeit zur Gemeinschaft mit dem Eigentum. Er weist der Arbeit dem Eigentum gegenüber eine bestimmte rechtliche Grundstellung zu. Er verleiht ihr einen neuen „status“ aktiver Art, eine Qualifikation, die ihr anhaftet. Arbeit und Eigentum stehen sich nicht mehr unverbunden gegenüber. Arbeit und Eigentum sind durch Art. 165 zu einer neuen organischen Einheit verbunden. Diese Einheit ist unabhängig von dem Willen der Beteiligten. Nur das Gesetz kann sie scheiden, und zwar ein verfassungsänderndes Gesetz (Art. 76 RV.).

2. Die Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Sie löst eine bestimmte Sphäre des Eigentums von der alleinigen Verfügungsmacht des Eigentums los und unterwirft sie ungeteilt gemeinsamem Willen. Es entsteht Gemeinschaftsrecht, das nur zusammen von seinen Trägern ausgeübt werden kann. Das Eigentum, das früher allein durch den Eigentümer ausgeübt wurde, wird in der dazu bestimmten Sphäre gemeinsam durch die Träger des Eigentums und der Arbeit ausgeübt. Die Arbeit erhält eine „Mitzuständigkeit des Dominiums“<sup>1)</sup>. Was wir im Mittelalter in den gemeinsamen Bereichen von Herren und Gesamtheiten sahen<sup>2)</sup>, was wir im alten Reiche als Form der „gemischten Verfassung“ im Verhältnis zwischen Fürst und Stand kennen, wiederholt sich auf sozialem Gebiet in neuer Weise. Wie dort die Herr-

1) BRINZ, Pandekten, III, 2<sup>2</sup>, S. 614, 615 Anm. 2 zu § 460.

2) v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 421 ff.

schaft des Fürsten und der Stände angesehen wurde als „ungeteilte Gemeinschaft unter mehreren Subjekten der Majestät“, als „vergemeinschaftete Majestät“<sup>1)</sup>, so entsteht hier auf Grund des Art. 165 ungeteilte Gemeinschaft unter mehreren Subjekten des Eigentums, vergemeinschaftetes Eigentum. Die Einheit, vordem allein im Willen des Eigentums ruhend, wird „zweigliedrige, organische Einheit“<sup>2)</sup>. Die Existenz der gesamten Hand ist nicht daran gebunden, daß ihren Trägern gleiche Rechte zustehen. Gleiche Rechte haben sie z. B. beim Abschluß eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung. Ungleiche Rechte haben sie z. B. bei der Mitwirkung im Betriebe, wenn es sich nur um Rechte des Einwirkens, nicht des Zusammenwirkens handelt (S. 241 ff.)<sup>3)</sup>.

3. Die Gemeinschaft ist eine beschränkte Gemeinschaft. Sie ergreift das Eigentum, aber nicht das ganze Eigentum. Was die Gemeinschaft ergreift, ist nur eine Sphäre des Eigentums. Das Eigentum ist kein einheitliches Recht. Es ist ein „Bündel von Funktionen“ (HEDEMANN), die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung in einem Recht zusammengefaßt wurden. Das Eigentum ist ein Haben, ein Verwerten und ein Verwalten. Die Gemeinschaft bezieht sich nicht auf das Haben. Sie bezieht sich auch nicht auf das Verwerten. Sie ist keine Vermögensgemeinschaft. Sie bezieht sich nur auf das Verwalten. Das Verwalten besteht in der Ausübung der im Eigentum liegenden Gewalt über Sachen und Menschen (vgl. S. 25). Nur in diesen Beziehungen tritt Vergemeinschaftung ein. Die Gemeinschaft zwischen Arbeit und

1) v. GIERKE, a. a. O., IV, S. 477 ff; dazu v. GIERKE, Johannes Althusius, 2. Aufl., S. 168, 181, 189.

2) v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 55.

3) Die ungleiche Rechtsverteilung in der Ausgestaltung der gesamten Hand widerspricht nicht ihrem Wesen. Man braucht nur an die Verteilung der Rechte im ehelichen Güterrecht, an die Verschiedenheiten der Mitwirkung der Hofgenossenschaft im alten Hof, an das Zweikammersystem im konstitutionellen Staat mit ungleichen Befugnissen der beiden Kammern zu denken, um zu sehen, daß die Verbundenheit durch ungleiche Rechtsverteilung nicht aufgehoben, sondern nur modifiziert wird.

Eigentum ist eine Verwaltungsgemeinschaft<sup>1)</sup>. Soweit sich diese Gemeinschaft auf die Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bezieht, sprechen wir von ihrer sozialpolitischen, soweit sie sich auf die gesamte wirtschaftliche Entwicklung der produktiven Kräfte bezieht, von ihrer wirtschaftspolitischen Funktion.

4. Die Gemeinschaft drückt einen gemeinsamen Willen, nicht einen Gemeinwillen aus. Die Wirtschaft besteht aus einer Summe von Einzelwirtschaften, deren Inhaber im eigenen Namen und für sich selbst tätig sind. Über ihnen besteht kein Gemeinwesen der Wirtschaft, in das die einzelnen Wirtschaftssubjekte eingegliedert sind, in dessen Namen und für dessen Rechnung sie wirtschaften. Die heutige Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum bringt deswegen nur Individualwillen, wenn auch organisierten Individualwillen zum Ausdruck. Sie ist Subjekt-, nicht Organgemeinschaft. Ihre geschichtliche Stufe entspricht auf politischem Gebiet der eingeschränkten Patrimonialfürstengewalt, einem Zustand, in dem man „von der Idee einer abstrakten Einheit, für welche Herr und Gesamtheit nur Glieder gewesen wären“, noch weit entfernt war<sup>2)</sup>. Wie hier der Staat als ein Gemeinwesen noch nicht geworden war, so ist heute die Wirtschaft als Gemeinwesen noch nicht vorhanden. Die bestehende Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum kann daher, streng genommen, nicht als „wirtschaftliche Demokratie“ bezeichnet werden. Denn die Idee der Demokratie setzt ein Gemeinwesen voraus, in dem alle seine Angehörigen zur Bildung eines Gemeinwillens berufen sind. Die Gemeinschaft, die hier in Frage steht, ist lediglich die Form, in der Individualrechte einer gemeinschaftlichen Ausübung unterworfen sind. Sie führt nicht zur Beschränkung ge-

1) Hierbei gebrauchen wir den Begriff der Verwaltung im weitesten Sinn, wonach Verwaltung jede Ausübung der Eigentumsgewalt, auch die normsetzende (S. 48, 49) bedeutet.

2) v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 433.

meinheitlicher, sondern nur zur Beschränkung individueller Gewalten. Allerdings trägt diese Gemeinschaft in Verbindung mit den Impulsen, die heute die Wirtschaft beherrschen, Keime in sich, die zu einer gemeinheitlichen Entwicklung führen können.

Das Recht, das diese Gemeinschaft regelt, ist die Arbeitsverfassung<sup>1)</sup>. Sie hat die Aufgabe, die Bildung eines einheitlichen Willens in der Gemeinschaft zu sichern. Dies soll friedlich in vorgeschriebenen Organisationsformen erfolgen. Aber diese Formen können versagen. Dann kann ein Arbeitskampf entstehen. Arbeitskämpfe erstreben durch wirtschaftliche Kampfmittel die Beugung des gegnerischen Willens, um dadurch eine neue Ordnung herbeizuführen. Auch der Arbeitskampf dient der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum, wenn auch mit anderen Mitteln als den durch die Organisation gegebenen<sup>2)</sup>. Sein Ziel ist die Wiederherstellung der gestörten Gemeinschaft, wie das Ziel des Krieges die Friedensordnung ist<sup>3)</sup>. Der Arbeitskampf führt zu wirtschaftlichen Schäd-

1) Das rechtliche Wesen der Arbeitsverfassung ist von KASKEL, S. 221, nicht ausreichend erkannt. Er sieht die Arbeitsverfassung an als die Gesamtheit der Rechtsnormen über die rechtliche Organisation der Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmerschaft. Damit wird das wesentliche Element, das die Arbeitsverfassung beherrscht, nämlich die Gemeinschaft, die zwischen diesen Faktoren besteht, übersehen. Sie bildet die Grundlage für das der Arbeit zustehende Mitwirkungsrecht, in dem das Arbeitsverfassungsrecht gipfelt.

2) Es ist richtig, daß es Arbeitskämpfe gibt, die sich außerhalb der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum abspielen. Man denke an politische Arbeitskämpfe. Es ist auch richtig, daß es Arbeitskämpfe gibt, die sich nicht zwischen den Trägern jener Gemeinschaft abspielen. Man denke an die „wilden Streiks“. Diese Arbeitskämpfe werden von der im Text befolgten Systematik nicht ergriffen. Deswegen besteht aber kein Bedürfnis, von dieser Systematik abzuweichen. Ein System hat es mit den normalen Grundtendenzen zu tun und ihnen ihre rechtliche Stellung anzuweisen. Die normale Grundtendenz des Arbeitskampfes verweist sie auf die Arbeitsverfassung, weil der Arbeitskampf ein Mittel ist, auf seine Weise einen Einheitswillen zwischen den Gemeinschaftsträgern in der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum herzustellen. Jene außerverfassungsmäßigen Arbeitskämpfe sind deswegen nicht illegal. Sie entziehen sich nur einer besonderen arbeitsrechtlichen Betrachtung. Sie sind nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu behandeln. Damit wende ich mich gegen Ausführungen, die POTTHOFF, Der Streik als Gesetzgebungsakt?, Gewerkschaftsarchiv, 4. Bd., S. 10 ff., gemacht hat.

3) DIETRICH SCHINDLER, Werdende Rechte, S. 402.

gungen auf beiden Seiten, die auch das öffentliche Interesse betreffen. Deswegen muß es ein Mittel geben, Arbeitskämpfe zu vermeiden oder, wenn sie ausgebrochen sind, alsbald zu beenden. Dieses Mittel ist die Schlichtung.

Organisation, Arbeitskampf und Schlichtung sind daher die Formen, in denen sich die Arbeitsverfassung auswirkt.

## 2. Kapitel.

### Die Organisation.

#### I.

#### Die Betriebsorganisation.

Die Betriebsorganisation stellt die Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Betriebe her. Sie ist eine staatliche Einrichtung. Das Recht, das die Betriebsorganisation regelt, ist öffentliches Recht. Die Quelle dieses Rechts ist das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 mit seinen Nebengesetzen, dem Betriebsbilanzgesetz vom 5. 2. 1921 und dem Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. 2. 1922.

#### A. Der Betrieb.

Der Betrieb ist die Grundlage der Betriebsorganisation. Im folgenden untersuchen wir seinen Begriff, seine Natur und seine Arten. Dabei ist im Auge zu behalten, daß es sich hier nur um den Betrieb im Sinne der Betriebsverfassung handelt.

1. Der Betrieb ist der Herrschaftsbereich einer Person, in dem eine Mehrheit von Arbeitnehmern zu einheitlichem Wirken zusammengefaßt ist.

a) Der Betrieb ist ein Herrschaftsbereich. Als Herrschaftsbereich ist er ein Ganzes. Das Ganze umfaßt Menschen und in der Regel auch Sachen. Weil der Betrieb eines Ganzes ist, existieren in ihm die Menschen nicht als einzelne, sondern als Glieder, und die Sachen nicht als Einzelsachen, sondern als Teile. Die Menschen bilden eine Personengesamtheit. Wir nennen sie Belegschaft. Die

Sachen bilden eine Sachgesamtheit. Wir nennen sie Betriebsvermögen. Das Ganze ist ein Gebilde, ein „corpus quoddam“, das sich als eine von den übrigen Beziehungen des Herrn losgelöste Einheit darstellt, die sich gleichbleibt, auch wenn Glieder und Teile wechseln. Es ist an eine räumliche Grundlage gebunden. Diese Grundlage braucht aber nicht immer dieselbe zu sein<sup>1)</sup>. Auch die wandernde Zirkustruppe ist ein Betrieb. Sie braucht auch nicht alle ihre Mitglieder oder Teile auf einem Raum zu umfassen. Der Monteur, der Außenarbeit verrichtet, ist Betriebsangehöriger, wie ein verliehenes Fabrikauto nicht aufhört, zum Betrieb zu gehören. Als Herrschaftsbereich ist der Betrieb nichts anderes als das Haus oder die Familie im alten Sinne. Haus oder Familie hieß „der durch den Hausvater beherrschte Kreis von Personen und Sachen, den Hausvater inbegriffen“<sup>2)</sup>.

b) Der Betrieb ist der Herrschaftsbereich einer Person. Er ist keine Person. Er gehört einer Person. Er ist nicht Subjekt, sondern Objekt. Deshalb ist das „Betriebsvermögen“ Personenvermögen, das „ad utilitatem singulorum“, nicht ein Zweckvermögen, das auf einen außerhalb der Person liegenden Zweck bezogen ist. Das Betriebsvermögen ist von dem übrigen Vermögen des Betriebsinhabers tatsächlich, nicht rechtlich getrennt<sup>3)</sup>. Der Betriebsinhaber bestimmt den Anfang und das Ende des Betriebs. Er veräußert, teilt und vererbt ihn. Er haftet für die Schulden, die sich aus der Betriebsführung ergeben, mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit dem Betriebsvermögen. Er ist der aus der Betriebsführung allein Berechtigte. Wenn das Recht oft nur den Betrieb anspricht, so spricht er ihn nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern nur als einen besonderen „personenrechtlichen Zustand“ einer Person an, die so nicht als „Person schlechthin“, sondern in der „Personenrolle“ des Betriebsinhabers erscheint. Es ist möglich,

1) ERWIN JACOBI, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Sonderabdruck aus der Leipziger Festschrift für VICTOR EHRENBURG, 1926, S. 11.

2) BRINZ, Pandekten, I<sup>2</sup>, S. 148.

3) Dazu grundsätzlich BRINZ, Pandekten, III, 2, S. 457, 470, 478<sup>1</sup> und 562.

daß die Entwicklung des Rechts dazu führt, den Betrieb von seinem Inhaber loszulösen und ihm eine eigene rechtliche Existenz zu verleihen. Die Entwicklung würde dann in der Wirtschaft denselben Weg gehen, den sie im Staate schon gegangen ist, als sie von dem Privatvermögen des Fürsten das Staatsvermögen schied. Für das geltende Recht kommt eine solche Selbständigkeit des Betriebs nicht in Frage<sup>1)</sup>.

c) Der Betrieb ist ein Herrschaftsbereich, in dem eine Mehrheit von Arbeitnehmern zu einheitlichem Wirken zusammengefaßt ist. Von einer Mehrheit von Arbeitnehmern sprechen wir, wenn mindestens zwei Arbeitnehmer in Betracht kommen. Daß ein Betrieb im Sinne der Betriebsverfassung nur vorhanden ist, wenn es sich um die Zusammenfassung von Arbeitnehmern handelt, bedarf keiner Begründung. Kein Betrieb ist vorhanden, wenn nicht Arbeitnehmer, sondern andere Personen zusammengefaßt sind (z. B. freie Ärzte in einem Institut für Krebsforschung), oder wenn überhaupt keine Personen zusammengefaßt sind (die sog. Alleinbetriebe)<sup>2)</sup>. Die Zusammenfassung muß den Zweck haben, ein einheitliches Wirken herbeizuführen, einerlei ob dieses Wirken nach außen oder nur nach innen gerichtet ist<sup>3)</sup>. Der Betrieb ist immer ein Betreiben. Das ist auch der Grund, daß wir davor zurückscheuen, die Familie und den Familienhaushalt als einen Betrieb anzusehen. In der Familie sind Menschen und Sachen nicht nur zu einheitlichem Wirken zusammengefaßt<sup>4)</sup>.

1) Vgl. zu diesem Problemkreis vor allen HEDEMANN, Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem (Die sozialen Probleme des Betriebes, herausg. von POTTHOFF, 1925), S. 17 ff., und die interessanten, aber ergebnislosen Auseinandersetzungen von SILBERSCHMIDT, GOEPPERT, POTTHOFF und VOLLBRECHT im RABl., NAT., 1925, S. 84, 165, 289, 290, 662.

2) Anders JACOBI, a. a. O., S. 5 Anm. 12, der mit Recht den allgemeinen Begriff des Betriebs nicht an das Vorhandensein von Arbeitnehmern knüpft, aber mit Unrecht annimmt, daß auch der betriebsverfassungsrechtliche Begriff des Betriebs das Dasein von Arbeitnehmern nicht voraussetze. Nach FLATOW, S. 36, 37, genügt ein Arbeitnehmer.

3) JACOBI, a. a. O., S. 30.

4) Vgl. zur Problematik des Begriffs des Familienhaushalts JACOBI, a. a. O., S. 8, Anm. 18.

2. Die Frage nach der rechtlichen Natur des Betriebs ist die Frage nach dem Grunde der rechtlichen Verbundenheit, in der die persönlichen und sachlichen Elemente des Betriebs zu seinem Inhaber stehen. Sie ist die Kernfrage in der arbeitsrechtlichen Lehre des Betriebs. Wir sehen den Grund in der Unterworfenheit dieser Elemente unter die im Eigentum liegende Personen- und Sachgewalt (S. 25). Diese Gewalt ist es, welche die Menschen und Sachen im Betriebe zu einer Einheit zusammenfügt und ihr einheitliches Wirken bestimmt. Eine solche Einheit ist ein Herrschaftsverband. Der Betrieb ist ein Herrschaftsverband<sup>1)</sup>.

Der Begriff des Herrschaftsverbands ist geschichtlich aus der Familie und dem Fronhof erwachsen. Er wirkt, wenn auch unter anderen Voraussetzungen, im heutigen Betriebe weiter. Es ist das Verdienst v. GIERKES, schon im Jahre 1868 diesen geschichtlichen Zusammenhang erkannt und die juristische Anschauung von der individualistischen Vorstellung befreit zu haben, wonach der Betrieb nur eine Summe von Einzelverhältnissen, nicht eine organische Einheit ist. „Die Kapitalherrschaft schuf — so schreibt v. GIERKE — in dem Verhältnis von Unternehmern und Arbeitern eine neue Form des wirtschaftlichen Herrschaftsverbands, dem, ob er gleich tatsächlich ein ebensogut in das öffentliche, wie in das private Recht eingreifender selbständiger Organismus ist, das heutige Recht prinzipiell nur die Bedeutung einer Summe von Privatrechten zwischen einem und vielen zugesteht“<sup>2)</sup>. Herrschaftsverband und Genossenverband sind die beiden großen geschichtlichen Grundkräfte im Aufbau sozialer Einheiten. Sie unterscheiden sich grundsätzlich voneinander, wenn sie sich im Laufe der Geschichte auch oft durchkreuzen und ineinander übergehen. Während im Genossenverband die Einheit aus Genossen besteht, denen gemeinschaftlich gehört, was die Einheit bildet, besteht im Herrschaftsverband die Einheit im Willen eines Herrn, der in sich unter Ausschluß aller

1) JACOBI, a. a. O., S. 15, lehnt ohne zureichenden Grund diese Auffassung ab.

2) Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, S. 911.

anderen die Einheit ist <sup>1)</sup>. Der Genossenverband umschließt Gleichberechtigte. Sein Einheitsrecht ist Gesamtrecht. Der Herrschaftsverband umschließt Dienende. Sein Einheitsrecht ist Einzelrecht. Der Betrieb ist kein Genossenverband <sup>2)</sup>. Sein Aufbauprinzip ist herrschaftlich, nicht genossenschaftlich. Ein Gesamtrecht besteht im Betriebe nur insoweit, als es sich um die Verwaltungsgemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum handelt (S. 210 f.). Sie führt zu keiner Umbildung des Betriebs aus einem Herrschaftsverband in einen Genossenverband. Sie führt nur zu einer Beschränkung des individuellen Herrschaftsrechts des Betriebsinhabers. Weiter besteht rechtlich keine Gemeinschaft. Was das Zusammenwirken im Betrieb herbeiführt, ist nicht Gesamtwille, sondern Alleinwille, nicht Gesamtrecht, sondern Herrschaftsrecht. Das zeigt sich mit aller Deutlichkeit darin, daß das Betriebsvermögen und das Produkt der Betriebsarbeit ausschließlich dem Arbeitgeber gehört.

3. Die Betriebsorganisation umfaßt alle Betriebe. Es macht keinen Unterschied, ob sie einen wirtschaftlichen Zweck haben oder nicht. Es kommt auch nicht darauf an, ob ihnen eine Erwerbsabsicht zugrunde liegt oder nicht. Sie können private oder öffentliche Betriebe sein. § 9 BRG. sagt ausdrücklich: „Als Betriebe im Sinne des Gesetzes gelten alle Betriebe, Geschäfte und Verwaltungen des öffentlichen und privaten Rechts“. Nur innerhalb der Betriebsorganisation sind Betriebe mit wirtschaftlichen Zwecken und ohne solche Zwecke zu unterscheiden (§ 66 Ziff. 1 und 2 BRG.). Ein Betrieb mit wirtschaftlichen Zwecken ist ein Betrieb, durch den in fortgesetzter Tätigkeit die unmittelbare Erlangung wirtschaftlicher Vorteile oder die unmittelbare Abwehr wirtschaftlicher Nachteile erstrebt wird, wobei Gewinnabsicht nicht nötig ist (DERSCH). Deswegen sind Betriebe mit wirtschaftlichen Zwecken z. B. auch gemeinnützige Sparkassen. Betriebe ohne wirtschaftliche Zwecke

1) v. GIERKE, a. a. O., S. 13, S. 89.

2) Daß er eine Gemeinschaft sei, nimmt bekanntlich das RG. an (RGZ., Bd. 106, S. 272 ff; GewKfmG., 31. Jahrg., Sp. 338, dazu im Text S. 167).

sind Betriebe mit ideellen oder verwaltungsmäßigen Zwecken, z. B. Bibliotheken, Erziehungsanstalten, Krankenhäuser, Verwaltungsbüros der staatlichen und kommunalen Behörden. Sind mit solchen Betrieben wirtschaftliche Zwecke verbunden, z. B. der Küchenbetrieb in einem Krankenhaus, so sind sie insoweit Betriebe mit wirtschaftlichen Zwecken. Besondere Betriebe sind die „Tendenzbetriebe“, d. h. Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, militärischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestrebungen dienen (§ 67 BRG.). Auf sie finden bestimmte Vorschriften keine Anwendung, und zwar auch dann nicht, wenn sie wirtschaftlichen Zwecken dienen (§§ 67, § 73 Abs. 1, 85 Abs. 1 BRG.). Doch gilt dies nur, soweit ihre Eigenart diesen Ausschluß bedingt.

### **B. Die Betriebsvertretung.**

Betriebsvertretung ist jede gesetzliche Arbeitnehmervertretung zur Mitwirkung der Arbeit in der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Betrieb.

1. Die Betriebsvertretung ist eine gesetzliche Vertretung. Dies besagt:

a) Die Betriebsvertretung ist eine gesetzlich notwendige Vertretung. Sie ist für bestimmte Betriebe kraft Gesetzes obligatorisch eingeführt. Schon dadurch unterscheidet sich die heutige Betriebsvertretung von den durch das Arbeiterschutzgesetz von 1891 im § 134h GewO. geschaffenen Arbeiterausschüssen in Fabriken, die nicht obligatorisch waren<sup>1)</sup>. Dementsprechend ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Betriebsvertretung zu errichten (§§ 23 Abs. 2 und 3,

<sup>1)</sup> Obligatorische Arbeiterausschüsse gab es vor dem Kriege lediglich für Bergbaubetriebe nach der Novelle zum Allg. Berggesetz f. d. Preuß. Staaten vom 14. 7. 1905. Im Kriege führte das Hilfsdienstgesetz zuerst die Bildung von Arbeiter- und Angestelltenausschüssen in allen Hilfsdienstbetrieben mit mindestens 50 Arbeitern oder Angestellten obligatorisch herbei. Nach dem Kriege hat dann zuerst die VO. vom 23. 12. 1918 für alle Betriebe, Verwaltungen und Büros mit mindestens 20 Arbeitern oder Angestellten obligatorische Arbeiter- und Angestelltenausschüsse geschaffen.

99 Abs. 2 BRG.). Er ist weiterhin verpflichtet, die Betriebsvertretung zu unterhalten, indem er nach § 36 BRG. die durch die Geschäftsführung der Betriebsvertretung entstehenden notwendigen Kosten einschließlich etwaiger Aufwandsentschädigung zu tragen, auch für die Sitzungen, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung die nach Umfang und Beschaffenheit des Betriebs und den gesetzlichen Aufgaben der Betriebsvertretung erforderlichen Räume und Geschäftsbedürfnisse zur Verfügung zu stellen hat. Er ist schließlich verpflichtet, die Betriebsvertretung in der Ausübung ihres Amtes zu unterstützen, indem er unter Umständen den Betriebsvertreter von der Arbeit zur Wahrnehmung von Vertretungssitzungen freizustellen (§ 30 Abs. 2) und die Einrichtung regelmäßiger Sprechstunden innerhalb der Arbeitszeit mit der Betriebsvertretung zu vereinbaren hat (§ 76 Satz 2). Weil die Betriebsverfassung öffentliches Recht ist, gibt es keinen zivilrechtlichen Anspruch auf die Erfüllung dieser Pflichten durch den Arbeitgeber. Wohl aber kann die Betriebsvertretung — oder die Arbeitnehmerschaft, wenn eine Betriebsvertretung noch nicht gewählt werden konnte —, eine Entscheidung durch das Arbeitsgericht herbeiführen (§ 93 Ziff. 1, 3, 4 BRG.; § 2 Ziff. 5 ArbGerG.). Allerdings ist diese Entscheidung nicht vollstreckbar (S. 245). Deswegen kann im Ernstfalle nur § 95 in Verbindung mit § 99 Abs. 1 und 2, der öffentliche Strafe vorsieht, helfen. Unter Umständen kann auch, wenn einzelne in ihrer Vermögenssphäre durch die Verletzung jener Verpflichtungen betroffen werden, § 823 Abs. 2 BGB. in Frage kommen. Das Schlichtungsverfahren steht der Betriebsvertretung nur im Falle des § 76 Satz 2, der den Abschluß einer Betriebsvereinbarung vorsieht, offen. Andererseits erkennt das Gesetz eine andere Betriebsvertretung als die gesetzlich vorgeschriebene nicht an. Besteht deswegen in Betrieben, für die eine Betriebsvertretung vorgeschrieben ist, die Betriebsvertretung nicht, etwa weil die Arbeitnehmer von ihrem Wahlrechte keinen Gebrauch gemacht haben, so ist die Arbeitnehmerschaft dieser Betriebe gesetzlich vertretungslos.

b) Die Betriebsvertretung ist eine gesetzlich umgrenzte Vertretung. Das Gesetz bestimmt zwingend den Aufbau, die Aufgaben und den Rechtsschutz der Betriebsvertretungen. Das Vertretungsrecht ist, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen zuläßt, dem Belieben der Beteiligten entzogen. Dies schließt nicht aus, daß durch Tarifvertrag (abgesehen von dem Fall des § 62 BRG.) besondere Vertretungen geschaffen oder die Rechte gesetzlicher Betriebsvertretungen erweitert werden können. Eine solche Rechtsgestaltung beruht dann aber nicht auf Betriebs-, sondern Tarifrecht. Die dadurch geschaffenen Rechte können nicht in den Formen des BRG. (man denke z. B. an das Einspruchsverfahren nach § 84 BRG.) geltend gemacht werden. Sie können sich nur nach tarifrechtlichen Grundsätzen durchsetzen<sup>1)</sup>. Werden durch Tarifvertrag die Befugnisse bestehender gesetzlicher Betriebsvertretungen erweitert, so erhalten die Betriebsvertretungen nach den Grundsätzen über die Verträge zugunsten Dritter (§ 328 ff. BGB.) selbständige, im Wege des Zivilprozesses vor dem Arbeitsgericht verfolgbare Ansprüche (§ 2 Ziff. 1 ArbGerG.). Die Betriebsvertretungen können diese Rechte nicht als Betriebsvertretungen, sondern nur als Tarifinstanzen geltend machen. Daß auch im übrigen Betriebsvertretungen Geschäfte ausführen können, die im Gesetz nicht vorgesehen sind, wie z. B. den Einkauf von Kohlen für die Belegschaft usw., entspricht der Praxis. In solchen Fällen treten die Betriebsvertretungen ebenfalls nicht kraft ihres Amtes, sondern als Privatpersonen nach privatrechtlichen Grundsätzen auf, wobei die Mitglieder der Betriebsvertretungen einzeln oder zur gesamten Hand, im eigenen oder fremden Namen handeln können.

c) Wenn auch die Betriebsvertretung eine gesetzlich notwendige und umgrenzte Vertretung ist, so ist sie doch nicht die gesetzlich ausschließliche Vertretung. Neben und über ihr stehen die Koalitionen. Sie sind durch das BRG. nicht ausgeschaltet.

---

1) FLATOW, S. 23.

§ 8 BRG. hebt ausdrücklich hervor, daß die Befugnis der Koalitionen, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten, durch die Vorschriften des BRG. nicht berührt wird. „Der Kampf zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften — sagt FLATOW mit Recht<sup>1)</sup> — ist damit arbeitsrechtlich in der gleichen Weise entschieden worden, wie ihn die Arbeiterbewegung selbst in den Jahren 1918—1920 entschieden hat, indem sie die Betriebsrätebewegung zu einem Glied der Gewerkschaftsbewegung gemacht und damit verhindert hat, daß die im BRG. schlummernde Tendenz des Betriebsegoismus, des Syndikalismus und seines Widerparts, des gelben Werkvereins, über den gewerkschaftlichen Gedanken einer beruflichen Arbeiterpolitik siegte.“ Dieser Gedanke hat einen besonderen Niederschlag in den §§ 31, 47 BRG. gefunden, wo den Koalitionen unter bestimmten Voraussetzungen ein Beisitzrecht (kein Stimmrecht) in den Betriebsvertretungen eingeräumt ist. Den Koalitionen sind damit besondere Rechte auch dem Arbeitgeber gegenüber verliehen, der die Ausübung dieses Rechts nicht verhindern darf, indem er z. B. Koalitionsvertretern das Betreten der Betriebsräume untersagt, wenn diese ihr Beisitzrecht ausüben wollen<sup>2)</sup>.

2. Die Betriebsvertretung ist jede gesetzliche Vertretung. Wir nennen die Betriebe, in denen eine gesetzliche Betriebsvertretung bestehen muß, „Vertretungsbetriebe“. Die Vertretungsbetriebe sind große oder kleine Betriebe. Große Vertretungsbetriebe sind diejenigen Betriebe, die in der Regel mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1). Kleine Vertretungsbetriebe sind diejenigen Betriebe, die in der Regel weniger als 20, aber mindestens 5 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, von denen mindestens 3 wählbar sind (§ 2; Ausnahme für die Landwirtschaft, § 4).

a) In den großen Vertretungsbetrieben sind zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) dem Arbeitgeber gegenüber und zur

1) Betriebsräte und Gewerkschaften, NZfAR., 1924, S. 385 ff, 388.

2) FLATOW, S. 394.

Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke Betriebsräte zu errichten (§ 1). Zur Wahrnehmung der besonderen wirtschaftlichen Interessen der Arbeiter und Angestellten des Betriebs dem Arbeitgeber gegenüber sind in allen Betrieben, in deren Betriebsräte Arbeiter und Angestellte vertreten sind, Arbeiterräte und Angestelltenräte zu errichten (§ 6, § 16). In Betrieben, die mindestens 20 Hausgewerbetreibende (§ 119b GewO.) beschäftigen, welche in der Hauptsache für denselben Betrieb arbeiten und selbst keine Arbeitnehmer beschäftigen, muß ein besonderer Betriebsrat für die Hausgewerbetreibenden errichtet werden (§ 3 BRG.). Nach §§ 50 ff. BRG. kann für mehrere gleichartige oder nach dem Betriebszweck zusammengehörigen Betriebe, die sich in der Hand eines Eigentümers innerhalb einer Gemeinde oder wirtschaftlich zusammenhängender nahe beieinander liegenden Gemeinden befinden, neben den einzelnen Betriebsräten ein Gesamtbetriebsrat oder anstatt eines Gesamtbetriebsrats ein gemeinsamer Betriebsrat errichtet werden, der an die Stelle der Einzelbetriebsräte tritt. Ausnahmsweise kann nach § 62 BRG. an die Stelle des gesetzlichen Betriebsrats eine Tarifvertretung treten, die als gesetzliche Betriebsvertretung gilt (wichtig für die Baubetriebe mit Saisonarbeit und vielen Baustellen). Neben diesen Vertretungen ist eine Betriebsversammlung vorgeschrieben (§§ 45 ff.), die Wünsche und Anträge an den Betriebsrat richten kann. Dazu gibt es unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Vertrauensmänner der Schwerbeschädigten (§ 12 Schwerbesch.), welche sich um die Durchführung des Schwerbesch. Gesetzes bemühen sollen, und die Vertrauensmänner der Bergarbeiter (§ 80c Abs. 2 AllgBergG.), die das Verfahren bei Feststellung ungenügender oder vorschriftswidriger Beladung und des bei der Lohnberechnung anzurechnenden Teils der Beladung überwachen.

b) In den kleinen Vertretungsbetrieben ist ein Betriebsobmann zu wählen (§ 2, § 4). Der Betriebsobmann vertritt neben den gemeinsamen Interessen auch die besonderen Interessen der

Arbeiter und Angestellten (§ 7 Abs. 2). Sind in den Betrieben mindestens 5 wahlberechtigte Arbeiter und 5 wahlberechtigte Angestellte beschäftigt, so wählen Arbeiter und Angestellte je einen Betriebsobmann, wenn eine Einigung der Mehrheit beider Gruppen auf einen gemeinsamen Obmann nicht zu erzielen ist (§ 2 Abs. 2, § 7 Abs. 1).

In Betrieben, die keine Betriebsvertretung haben (kleinste Betriebe), kann die Arbeitnehmerschaft selbst unmittelbar ihren Willen zur Geltung bringen. Die Arbeitnehmerschaft ist ein Majoritätsverband. Sie bildet eine organisierte Personeneinheit, die mit einfacher Stimmenmehrheit der Anwesenden rechtsgültige Beschlüsse faßt<sup>1)</sup>. Sie ist in § 15 der 2. VO. zur Ausführung der SchlichtV. anerkannt.

3. Die Betriebsvertretung ist eine Arbeitnehmervertretung. Sie ist die Vertretung der Arbeitnehmer eines Betriebs, die durch Arbeitnehmer geschaffen und von Arbeitnehmern ausgeübt wird<sup>2)</sup>.

a) Die Betriebsvertretung ist eine Vertretung der Arbeitnehmer des Betriebs. Die „Vertretung“ ist keine Vertretung im privatrechtlichen Sinn, so daß die Betriebsvertretung im Namen der einzelnen Arbeitnehmer des Betriebs handelt. Die „Vertretung“ ist auch keine Organschaft. Von einem Organ kann nur gesprochen werden, wenn eine Gesamtperson in Frage steht. Eine Gesamtperson, deren Organ die Betriebsvertretung sein könnte, ist nicht vorhanden. Der Betrieb kommt als Gesamtperson nicht in Betracht (S. 215 f., 217)<sup>3)</sup>. Aber auch die Arbeitnehmerschaft scheidet als Gesamtperson aus.

---

1) Vgl. dazu grundsätzlich v. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, S. 678 ff., 682 Anm. 1.

2) Über den Arbeitnehmerbegriff des BRG. s. §§ 10 ff. Die Eigenschaft als Arbeitnehmer hängt nicht davon ab, daß die in Frage kommende Person auf Grund eines Anstellungsvertrags angestellt ist. Es genügt, daß sie im Dienste eines Arbeitgebers gegen Entgelt oder als Lehrling beschäftigt ist (vgl. S. 33, 63a im Text).

3) Dies erkennt FLATOW, S. 20, 21, der von den Betriebsvertretern als „Organen“ der Betriebsverfassung spricht (auch noch in der neuesten Aufl., S. 15, 16).

Man könnte die Arbeitnehmerschaft als Gesamtperson (Vollperson oder Teilperson) nur dann auffassen, wenn bei ihr irgendwie auch im Innenverhältnis, d. h. im Verhältnis der Arbeitnehmerschaft zu den einzelnen Arbeitnehmern des Betriebs, eine einheitliche Macht vorhanden wäre. Dies ist nicht der Fall. Den einzelnen Arbeitnehmern des Betriebs steht die Arbeitnehmerschaft als eine Einheit nicht gegenüber. Und dies entspricht einer Grundtendenz der BRG. Man wollte in den Betrieben keine Zwangsorganisation schaffen, die mit den Gewerkschaften in Konkurrenz treten könnte. Deswegen wurde in § 48 die Zuständigkeit der Betriebsversammlung auf ein Minimum beschränkt und in § 37 angeordnet, daß die Erhebung und Leistung von Beiträgen der Arbeitnehmer für irgendwelche Zwecke der Betriebsvertretungen unzulässig ist<sup>1)</sup>. Die Betriebsvertretung ist weder Vertretung noch Organschaft, sondern Repräsentation<sup>2)</sup>. Das Vertretungsprinzip, auf dem sie beruht, ist das Prinzip der Eigenberechtigung im fremden Interesse<sup>3)</sup>.

1) Dies berücksichtigt KASKEL nicht, der die Theorie der „juristischen Teilperson“ für die Arbeitnehmerschaft entwickelt hat (vgl. schon „Das neue Arbeitsrecht“, S. 174 ff., und bes. NZfAR., 1921, S. 11 ff.). Gegen KASKEL auch GIESEKE, Der Betriebsrat (Grundriß der Betriebswirtschaftslehre), S. 40, und SCHULTE-HOLTHAUSEN, Die Rechtspersönlichkeit der Arbeitnehmerschaft und der Betriebsvertretung, NZfAR., 1926, S. 717 ff.

2) Vgl. über diesen Grundbegriff KORMANN, Grundzüge des allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Annalen des Deutschen Reichs, 1911, S. 904 ff.

3) Dieses Prinzip findet sich sowohl im öffentlichen, wie auch im privaten Recht. Im öffentlichen Recht ist z. B. die Handelskammer auf dieses Prinzip gebaut. Die Handelskammer handelt im eignen Namen. Sie ist nicht das Organ der Kaufmannschaft, die als eine juristische Person aufzufassen wäre. Dasselbe gilt auch von den Mieterausschüssen (Reichsmietegesetz vom 24. 3. 1922; dazu Preuß. AusfV. zum Reichsmietengesetz vom 12. 6. 1922). Im Privatrecht gilt dasselbe Prinzip z. B. für den Testamentvollstrecker, den Konkursverwalter, den Gläubigerausschuß. Auch der Treuhänder zeigt deutlich die rechtliche Möglichkeit der Eigenberechtigung im fremden Interesse (vgl. dazu ERNST HEYMANN, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlagen des Deutschen Industrierechts, 1921, S. 215 ff.) Tiefe Bemerkungen über das Rechtsinstitut im allgemeinen finden sich bei BRINZ, Pandekten, II, 1, S. 168, 205, 206, III, 22, S. 704, § 475. Hierher gehören auch die Ausführungen HEUSLERS, Institutionen des deutschen Privatrechts, S. 255 ff., über die Rechtsstellung des Familienoberhaupts. Aus der deutschen Rechtsgeschichte kennen wir Eigenberechtigte im fremden Interesse in der Gestalt der „Zins-

Sie erklärt im eigenen Namen den Willen der Arbeitnehmerschaft. Wie das Volk „seinen Willen an dem des Parlaments hat“, so hat die Arbeitnehmerschaft ihren Willen an dem Willen der Betriebsvertretung<sup>1)</sup>. Es ist kein Unterschied, ob die Betriebsvertretung aus einzelnen oder mehreren Personen besteht. Besteht sie aus mehreren Personen, so ist sie keine juristische Person, sondern ein Kollegium, das Beschlüsse durch Stimmenmehrheit faßt (§ 32)<sup>2)</sup>. Hieraus ergibt sich:

α) Nur die Betriebsvertretung, nicht die Arbeitnehmerschaft ist parteifähig. Sie schließt im eigenen Namen die Betriebsvereinbarungen (S. 234 ff.) ab, tritt im eigenen Namen vor dem Arbeitsgericht auf (§ 2 Ziff. 4, 5 ArbGerG.) und betreibt im eigenen Namen das Schlichtungsverfahren<sup>3)</sup>.

β) Für Handlungen der Betriebsvertretung haften, wenn ein Haftungsgrund vorhanden ist, nicht die Arbeitnehmerschaft oder

---

meister“, „Lehnsträger“ usw. (v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 204, 953.).

1) Vgl. dazu grundsätzlich G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 583; RIEKER, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, S. 52, 53; KUHLMANN, Das Recht der gesetzlichen Berufsvertretungen, 1908, S. 31 f.

2) Der Betriebsrat wird durch seinen Vorsitzenden vertreten (§ 28). Hat er 9 oder mehr Mitglieder, so wählt er aus seiner Mitte einen Betriebsausschuß von 5 Mitgliedern (§ 27).

3) SCHULTE-HOLTHAUSEN, a. a. O. § 15 der 2. VO. zur Ausführung der SchlichtV. steht dieser Auffassung nicht entgegen, wie DERSCH, Kommentar zur SchlichtV., 1924, S. 164, Anm. 7c, irrigerweise annimmt. Denn wenn es hier heißt, daß die Arbeitnehmerschaft eines Betriebs durch die Mitglieder des Betriebsrats „vertreten“ wird, so ist diese „Vertretung“ nichts anderes als Repräsentation. Auch die Handelskammer „vertritt“ die Kaufmannschaft eines Bezirks. Aber sie klagt deswegen doch im eigenen Namen. Sehr unglücklich ist die Fassung des § 10 ArbGerG., die offenbar von der Theorie KASKELS beeinflusst ist. Trotz dieser unglücklichen Wortfassung wird man indessen auch für das ArbGerG. die natürliche Auffassung zu vertreten haben, daß die Betriebsvertretung im eigenen, nicht in fremdem Namen auftritt. Diese Auffassung steht auch allein im Einklang mit § 86 BRG., wonach die Betriebsvertretung das Einspruchsrecht wahrzunehmen hat (so auch FLATOW, neueste Aufl., S. 378). Wie die Frage der Parteifähigkeit vor allem für das arbeitsgerichtliche Verfahren von Bedeutung ist, zeigt E. FRAENKEL, Betriebsräte und Arbeitsgerichtsgesetz, 1927, S. 9 ff., S. 13, mit eindringlicher Klarheit.

ihre Angehörigen, sondern nur die Mitglieder der Betriebsvertretung<sup>1)</sup>. Gehen haftungspflichtige Handlungen von einer kollegialen Betriebsvertretung aus, so kann die Haftung nur gegen diejenigen Mitglieder des Kollegiums geltend gemacht werden, die wirklich schuldig sind<sup>2)</sup>.

b) Die Betriebsvertretung wird durch die Arbeitnehmer des Betriebs gebildet. Die Bildung erfolgt durch Wahl. Die Form der Wahl ist die unmittelbare geheime Verhältniswahl (Listenwahl) in grundsätzlich getrennter Wahlhandlung für Arbeiter und Angestellte. Die Wahlhandlung besteht in der Entscheidung der einzelnen Wähler für eine der eingereichten Listen. Die Feststellung des Wahlergebnisses wird nach dem System der Höchstzahlen vorgenommen. Die Gewählten sind vom Wahlvorstand schriftlich von der auf sie entfallenen Wahl zu benachrichtigen. Erklären sie nicht binnen einer Woche, daß sie die Wahl ablehnen, so gilt die Wahl als angenommen. Über Anfechtung und Gültigkeit der Wahl entscheidet das Arbeitsgericht (§ 2 Ziff. 5 ArbGerG.). Wahlberechtigt sind alle mindestens 18 Jahre alten männlichen und weiblichen Arbeitnehmer des Betriebs, die sich im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden.

c) Die Betriebsvertretung kann nur aus Arbeitnehmern des Betriebs bestehen. Wählbar sind die mindestens vierundzwanzig Jahre alten reichsangehörigen wahlberechtigten Arbeitnehmer, die nicht mehr in Berufsausbildung sind und am Wahltage mindestens 6 Monate dem Betriebe oder dem Unternehmen, sowie mindestens 3 Jahre dem Gewerbebezweig oder dem Berufszweig angehören, in dem sie tätig sind (§ 20 Abs. 2 BRG.). Erlischt das Arbeitsver-

---

1) Unbegründet ist die Auffassung von HEYMANN, a. a. O., der die Haftung sämtlicher einzelner Arbeitnehmer des Betriebs für die im Rahmen des Mitbestimmungsrechts vorgenommenen Handlungen des Betriebsrats annimmt.

2) Über die grundsätzliche Frage s. STOBBE, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 4. Bd., S. 565 und dort weitere Literatur; v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, I., S. 685, Anm. 106; v. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie, S. 584, Anm. 3.

hältnis, so erlischt auch die Mitgliedschaft in der Betriebsvertretung. Streik und Aussperrung führen deshalb zum Erlöschen der Mitgliedschaft in der Betriebsvertretung, wenn sie zu einer Auflösung des Arbeitsvertrags führen. Wird nach der Kampfhandlung ein sogenanntes „Friedensabkommen“ geschlossen, in dem erklärt wird, daß die Arbeitsverträge als durch die Kampfhandlung nicht aufgelöst betrachtet werden sollen, so leben die Arbeitsverträge wieder auf, die Mitgliedschaft in der Betriebsvertretung gilt als nicht erloschen und eine Neuwahl zur Betriebsvertretung ist nicht erforderlich<sup>1)</sup>. Die Selbständigkeit der Arbeitnehmersvertretung wird dadurch nicht berührt, daß der Arbeitgeber die Anberaumung von Sitzungen verlangen kann und an solchen Sitzungen teilnehmen darf, zu denen er eingeladen ist oder die auf seinen Antrag anberaumt sind (§ 29; dazu §§ 30 Abs. 2, 31 Abs. 2, 33 Abs. 2). Denn stimmberechtigt ist der Arbeitgeber auf keinen Fall.

Als Betriebsvertreter erhält der Arbeitnehmer nach dem BRG. eine Stellung, die ihn von den übrigen Arbeitnehmern auszeichnet. Diese Stellung beruht nicht auf dem Arbeitsvertrag, sondern auf öffentlichrechtlichem Auftrag<sup>2)</sup>. Ein solcher Auftrag räumt dem Beauftragten ein Amt ein (§ 35 BRG.)<sup>3)</sup>. Das Amt ist ein Ehrenamt. Der Betriebsvertreter hat keinen Anspruch auf Vergütung. Doch darf notwendige Versäumnis von Arbeitszeit eine Minderung der Entlohnung oder Gehaltszahlung nicht zur Folge haben (§ 35 BRG.). Die Ausübung des Amtes steht unter öffentlichrechtlichem Schutz. Arbeitgeber, welche ihre Arbeitnehmer in der Übernahme und Ausübung der gesetzlichen Betriebsvertretung beschränken, oder deswegen benachteiligen, werden bestraft (§§ 95, 98, 99 Abs. 1). Zur Kündigung des Dienstverhältnisses eines Mitglieds einer Be-

1) FLATOW, S. 110 unter 4; Entsch. des KG. in JW., 1925, S. 1883. AM. DERSCH, Einwirkung von Streik und Aussperrung auf den Einzelarbeitsvertrag (Koalitionen und Koalitionskampfmittel, S. 121).

2) Vgl. dazu grundsätzlich (bezügl. der Stellung des Konkursverwalters) RGZ., Bd. 43, S. 62.

3) Urteil des RG. vom 25. 9. 1923, NZfAR., 1924, S. 117.

etriebsvertretung oder zu seiner Versetzung in einen anderen Betrieb<sup>1)</sup>, bedarf der Arbeitgeber — wenn nicht die besonderen im Gesetz angegebenen Ausnahmefälle vorliegen —, der Zustimmung der Betriebsvertretung (§§ 96, 98, dazu § 97)<sup>2)</sup>. Andererseits ist die Betriebsvertretung für eine ordnungsmäßige Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten verantwortlich. Auf Antrag des Arbeitgebers oder von mindestens einem Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer kann das Arbeitsgericht das Erlöschen der Mitgliedschaft eines Vertreters wegen gröblicher Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten beschließen (§ 39 Abs. 2 BRG.; § 2 Ziff. 5 ArbGerG.). Unter denselben Voraussetzungen kann das Arbeitsgericht die Auflösung des Betriebsrats beschließen (§ 41). Eine besondere Pflichtverletzung der Betriebsvertretung ist die unbefugte Offenbarung vertraulicher Angaben, von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, die dem Betriebsvertreter als einem Angehörigen der Betriebsvertretung bekannt geworden und als solche bezeichnet worden sind. Sie wird nach § 100 BRG. bestraft. Die Möglichkeit einer besonderen Bestrafung besteht außerdem für die Betriebsvertreter im Aufsichtsrat. Sie unterstehen nach § 3 des Gesetzes über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. 2. 1922 denselben gesetzlichen Bestimmungen, die für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder gelten, also auch den in Betracht kommenden Strafbestimmungen gegen Pflichtverletzungen der Aufsichtsratsmitglieder (§§ 312—315, 320 Abs. 3 HGB., §§ 146—148 GenGes., § 82 GmbHGes. u. a.).

Ob neben dieser öffentlichrechtlichen Haftung der Betriebsvertreter auch noch eine besondere zivilrechtliche Haftung besteht,

1) Der Kündigungsschutz kann schon vor der Übernahme des Amtes bestehen, Urt. des LG. Mannheim, NZfAR., 1927, S. 118 (s. auch im Text S. 202, Anm. 2).

2) Kann der Arbeitgeber einem Betriebsvertreter fristlos kündigen, wenn er ihn bei der Wahrnehmung von Betriebsvertretungsgeschäften beleidigt? Das RG. bejaht die Frage in der Entsch. vom 29. 6. 1926, NZfAR., 1826, S. 759. Ich halte die Entscheidung für bedenklich. Was der Betriebsvertreter als Betriebsvertreter tut, tut er nicht als Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber ist nach § 39 BRG. geschützt. Die Anm. ABELS zu der Entsch. des RG. (JW., 1927, S. 252), die den Standpunkt des RG. billigt, verkennt, daß die Stellung eines Betriebsratsmitglieds nicht „auf dem konkreten Arbeitsverhältnis“ beruht, sondern auf öffentlichrechtlichem Amt, für welches das Arbeitsverhältnis nur ein Berufungsgrund ist.

ist im Einzelfall nach § 823 Abs. 2 oder § 826 BGB. zu entscheiden. § 839 BGB. ist nicht anwendbar. Denn die Betriebsvertretung ist kein Staatsamt und der Betriebsvertreter ist kein Staatsbeamter. § 823 Abs. 2 ist anwendbar, wenn der Betriebsvertreter eine Bestimmung verletzt hat, die als ein Schutzgesetz aufzufassen ist. Die Bestimmungen des BRG. sind im allgemeinen keine Schutzgesetze, insbesondere auch nicht § 66 Ziff. 3, 6 oder § 69. Denn alle diese Bestimmungen bezwecken weder unmittelbar noch mittelbar den Schutz Einzelner, sondern die Organisation eines Ganzen. Als Schutzgesetze können nur solche Bestimmungen des BRG. aufgefaßt werden, die in erster Linie den Schutz des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers bezwecken. Dies trifft z. B. für die Verletzung der Schweigepflicht durch den Betriebsvertreter nach § 100 oder für die Vereitelung des Einspruchs eines Arbeitnehmers nach § 86 BRG. zu 1).

Ein besonderer Haftungsgrund besteht für Betriebsvertreter im Aufsichtsrat. Es ist bereits gesagt, daß nach § 3 AufsRatG. auf die in den Aufsichtsrat entsandten Betriebsratsmitglieder die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden, die für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder gelten. Als Mitglieder des Aufsichtsrats haben die Betriebsvertreter bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzen sie ihre Obliegenheiten, so haften sie der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden (§ 249 HGB., § 320 Abs. 3 HGB., § 41 Abs. 2 GenGes., § 53 GmbHGes. u. a.) 2).

4. Die Betriebsvertretung ist zur Mitwirkung der Arbeit in der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Betrieb berufen. Das Gesetz faßt diese Mitwirkung als eine Aufgabe auf (§§ 66, 78). Es spricht damit aus, daß die Mitwirkung nicht nur

---

1) KASKEL, S. 244, Anm. 6; FLATOW, S. 22; Entsch. des RG. vom 17. 5. 1926, JW., 1927, S. 253<sup>8</sup>.

2) DERSCH, Aufsichtsratsgesetz (Betriebsräte im Aufsichtsrat), 1922, S. 84 unter III.

ein Recht, sondern auch eine Pflicht ist. Man kann dies auch so ausdrücken: Das Recht der Betriebsvertretung zur Mitwirkung hat innere Schranken, welche die Betriebsvertretung einzuhalten hat.

Diese inneren Schranken ergeben sich aus den Interessen, deren Wahrnehmung der Betriebsvertretung anvertraut ist. Die Betriebsvertreter haben nicht eigene Interessen, sondern fremde Interessen wahrzunehmen. Diese fremden Interessen sind die gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer, nicht die der einzelnen Arbeitnehmer (§ 1). Nur ausnahmsweise handelt es sich auch um Interessen einzelner Arbeitnehmer (§ 78 Ziff. 4 und 7, §§ 84ff). Aber auch hierbei sind die Interessen der gesamten Arbeitnehmerschaft zu berücksichtigen<sup>1)</sup>. Diese Interessen sind an den Betrieb gebunden. Daraus ergibt sich, daß die Betriebsvertretung die Interessen der Arbeitnehmerschaft nur wahrnehmen kann, wenn sie auch das Betriebsinteresse wahrnimmt (§ 66 Ziff. 3). Aber das Betriebsinteresse, welches die Betriebsvertretung wahrzunehmen hat, ist nicht ohne weiteres identisch mit Erwerbsinteressen des Arbeitgebers.

Das Betriebsinteresse, wie es die Arbeitnehmerschaft wahrnimmt, ist das Interesse aller Betriebsangehörigen. Es ist nicht nur darauf gerichtet, daß der Betrieb einen möglichst hohen Gewinn abwirft, sondern auch darauf, die menschliche Arbeitskraft im Betrieb vor Raubbau zu bewahren und eine angemessene Entlohnung zu sichern. Damit nimmt die Betriebsvertretung zugleich das Gemeininteresse wahr, dessen Wahrung ihr anvertraut ist (§ 68). Das Gemeininteresse erheischt nicht nur, daß Güter produziert werden, sondern daß sie so produziert und verteilt werden, daß die Existenzbedingungen der Arbeitnehmer gesichert sind.

---

1) Deswegen „vertritt“ die Betriebsvertretung, wenn sie das Einspruchsverfahren vor dem Arbeitsgericht betreibt, nicht den einzelnen Arbeitnehmer (wie FLATOW, neueste Aufl., S. 378, anzunehmen scheint). Dafür auch mit ausführlicher Begründung FRAENKEL, a. a. O., S. 13 ff. Praktisch ergibt sich hieraus, daß der Arbeitnehmer im Einspruchsverfahren als Zeuge vernommen werden kann.

Die Betriebsvertretung ist hierbei nicht unbeschränkt. Die Betriebe sind keine Atome. Die Betriebe sind „Zellen“ in einem Ganzen. Deswegen steht der Beruf über dem Betrieb, die Berufsvertretung über der Betriebsvertretung. Die Folge ist, daß die Betriebsvertretung nur in Verbindung mit den Koalitionen, die alle Arbeitnehmer im Beruf und Volk zusammenzufassen suchen, wirken können und sollen. Dieses Verhältnis erhöht und begrenzt die Stellung der Betriebsvertretung. Es erhöht ihre Stellung, indem die Betriebsvertretung gestützt wird durch die Macht der Koalitionen, die ihrem Wirken auch Wirksamkeit verleiht. Es begrenzt ihre Stellung, indem eine Verteilung der Aufgaben zwischen Betriebsvertretung und Koalition herbeigeführt wird. Diese Verteilung wird vor allem in der Frage des Arbeitskampfes sichtbar. Nicht die Betriebsvertretungen, sondern die Koalitionen sind die Subjekte des Arbeitskampfes. Die Betriebsvertretung überschreitet ihre Aufgabe, wenn sie als solche Arbeitskämpfe führt. Berufen zur Führung von Arbeitskämpfen ist nur die Koalition. Sie überblickt die Verhältnisse im Betrieb, aber auch die Verhältnisse im Beruf und in der ganzen Volkswirtschaft. Sie hat die Mittel, die einen Arbeitskampf überhaupt erst ermöglichen. Aber wenn die Betriebsvertretung kein Subjekt des Arbeitskampfes ist, so ist sie damit noch nicht eine Einrichtung gegen den Arbeitskampf. Sie hat nicht die Aufgabe, Arbeitskämpfe der Koalitionen zu hindern oder zu hemmen. Werden Arbeitskämpfe geführt, so kann die Betriebsvertretung nicht gegen sie auftreten, sie muß zur Seite treten. Dies folgt aus § 8 BRG. § 66 Ziff. 3 kommt dagegen nicht auf. Die Betriebsvertretung würde in die nach § 8 vorbehaltene Befugnis der Koalition, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder auch im Wege des Kampfes zu vertreten, eingreifen, wenn sie unter Berufung auf § 66 Ziff. 3, um den Betrieb vor Erschütterungen zu bewahren, dem Kampfe entgegenwirken würde<sup>1)</sup>.

---

1) Daß hieraus unter Umständen Konflikte für die Stellung der Betriebsvertretung entstehen können, zeigt GIESEKE, Gewerkschaften und Betriebsräte, NZfAR., 1925, S. 633, an einem interessanten Beispiel. Ich bin der Ansicht, daß der von GIESEKE geschilderte Konflikt in seinem Sinne entschieden werden

Nehmen deswegen Mitglieder der Betriebsvertretung an einem Kampfe der Koalitionen teil, so ist ihre Teilnahme rechtmäßig, wenn sie an dem Kampfe nicht als Mitglieder der Betriebsvertretung unter Benutzung der Betriebsratseinrichtungen, sondern als Mitglieder der Koalition teilnehmen. In dieser Zweiteilung der Aufgaben liegt ein guter Sinn. Die Betriebsvertretung hat nach dem BRG. eine organisatorische Aufgabe. Diese Aufgabe wäre gefährdet, wenn die Betriebsvertretung als solche Kampfgegnerin des Arbeitgebers im Betrieb sein könnte.

### C. Die Betriebsregelung.

Die Aufgabe, die der Betriebsvertretung nach Art. 165 Abs. 1 RV. gestellt ist, besteht darin, im Betriebe „gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken“. Das BRG. bringt dies noch einmal besonders zum Ausdruck, indem § 1 die Errichtung der Betriebsräte vorschreibt „zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber und zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke.“

Will man die Aufgabe im einzelnen erkennen, so muß man die einzelnen Gewalten ins Auge fassen, die der Mitwirkung unterliegen. Es sind dieselben Gewalten, die überall bestehen, wo ein einheitliches Zusammenwirken von Menschen zu bestimmten Zwecken stattfinden soll. Sie sind uns als Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz bekannt. Auch im Betriebe muß die Einheit des Wirkens geregelt werden, indem sie durch Normen geordnet, in Anordnungen durchgeführt und in der Disziplin der einzelnen gesichert wird. Die Betriebsregelung zerfällt daher in die Betriebsordnung, die Be-

muß. Daß übrigens unter besonderen Umständen auch ein von der Betriebsvertretung geführter Kampf möglich und zulässig ist, zeigt GROTE, der im übrigen den im Text ausgeführten Standpunkt billigt (Streik und Betriebsrat in „Koalitionen und Koalitionskampfmittel“, S. 122 ff.).

triebsführung und die Betriebsdisziplin. Die Betriebsordnung enthält die Normen zur Regelung von Arbeitnehmerverhältnissen. Die Betriebsführung ist die verwaltende Tätigkeit im engeren Sinn. Der Betriebsdisziplin dienen die Strafen, welche die Aufrechterhaltung der Ordnung im Betrieb sichern sollen.

In allen diesen Beziehungen greift die Mitwirkung der Betriebsvertretung ein. Sie besteht aus einer Vielheit von Rechten, die ungleiche Stärke haben und in vielfältigen Formen sich äußern.

## 1. Die Betriebsordnung.

### a) Entstehung.

Es gibt Betriebe, die eine Ordnung mit einem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt haben müssen. Wir nennen diese Ordnung die obligatorische Betriebsordnung. Neben dieser Ordnung in diesen Betrieben oder aber in Betrieben, die keine Betriebsordnung haben müssen, kann eine Ordnung bestehen, für die ein bestimmter gesetzlicher Inhalt nicht vorgeschrieben ist. Wir nennen diese Ordnung die fakultative Betriebsordnung. Die obligatorische Betriebsordnung wird gesetzlich als Arbeitsordnung bezeichnet. Diese Bezeichnung kommt aber auch vor für die fakultative Betriebsordnung oder wenigstens für Teile und Arten derselben.

α) Die obligatorische Betriebsordnung ist mit dem aus den Gesetzen ersichtlichen Inhalt vorgeschrieben in gewerblichen Betrieben, in denen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, für Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge und sonstige gewerblichen Arbeiter, mit Ausnahme der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker nach §§ 134a, b, 133g, h, 154 Abs. 1, Ziff. 1—3, 154 Abs. 2 GewO., in öffentlichen Verkaufsstellen, in welchen in der Regel mindestens 20 Gehilfen oder Lehrlinge beschäftigt werden, für dieses kaufmännische Personal nach § 139k GewO., in den der vorläufigen Landarbeitsordnung unterstehenden Betrieben für die in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer nach § 13 LandAO. und landesrechtlich in den Landesberggesetzen, insbesondere nach § 80a bis k

AllgBergG. Im folgenden haben wir ausschließlich die gewerbliche Betriebsordnung im Auge<sup>1)</sup>.

Die obligatorische Betriebsordnung entsteht wie ein Gesetz in Stufen<sup>2)</sup>. Die erste Stufe ist der Entwurf. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, bei Meidung von Strafe (§ 147 Abs. 1, Ziff. 5 GewO.) in denjenigen Betrieben, für die die Arbeitsordnung vorgeschrieben ist, alsbald nach Eröffnung des Betriebs und jedenfalls so rechtzeitig, daß der Erlaß innerhalb von 4 Wochen erfolgen kann, den Entwurf aufzustellen und dem Arbeiterrat bzw. dem Betriebsrat einzureichen (§ 134a). Die zweite Stufe ist die Feststellung des Inhalts. Sie erfolgt im Wege der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Meidung von Strafe (§ 147 Abs. 1, Ziff. 5) den Schlichtungsausschuß anzurufen. Der Schlichtungsausschuß trifft — abgesehen von der Dauer der Arbeitszeit — eine bindende Entscheidung (§§ 75, 80 BRG.). Die Entscheidung ist ein Verwaltungsakt<sup>3)</sup>. Die dritte Stufe ist die Sanktion. Sie besteht in der Unterzeichnung der Arbeitsordnung durch den Arbeitgeber und Vorsitzenden des Arbeiterrats bzw. Betriebsrats (§ 104 IV BRG.). Die vierte Stufe ist die Verkündung. Sie erfolgt durch Aushang an geeigneter, allen beteiligten Arbeitern zugängiger Stelle. Auch ist die Arbeitsordnung jedem Arbeiter bei seinem Eintritt in die Beschäftigung zu behändigen (§ 134e Abs. 2 GewO.). Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Verkündung in dieser Weise herbeizuführen (§ 149 Abs. 1 Ziff. 7 GewO.).

Die obligatorische Betriebsordnung steht unter verwaltungsrechtlicher Kontrolle. Arbeitsordnungen, welche nicht vorschriftsmäßig erlassen sind, oder deren Inhalt den gesetzlichen Bestimmungen

---

1) Über die Verhältnisse in der Land- und Forstwirtschaft s. besonders CARL KOEHNE, Die Arbeitsordnung in der Land- und Forstwirtschaft (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig, 12. Heft, 1927.

2) Vgl. dazu KASKEL, S. 22, 23.

3) Dazu grundsätzlich KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 123.

zuwiderläuft, sind auf Anordnung der unteren Verwaltungsbehörde (in Preußen des Gewerbeaufsichtsamts) durch gesetzmäßige Arbeitsordnungen zu ersetzen, oder den gesetzlichen Vorschriften entsprechend abzuändern (§ 134f GewO.). Damit die Behörde das ihr zustehende Prüfungsrecht ausüben kann, hat der Arbeitgeber der Behörde die Arbeitsordnung binnen drei Tagen nach ihrem Erlaß bei Meidung von Strafe einzureichen (§ 134e Abs. 1, § 148 Abs. 1, Ziff. 12 GewO.).

β) Die fakultative Betriebsordnung kann nur Normen enthalten, die gesetzlich zugelassen sind. Sie kann enthalten:

αα) Gemeinsame und besondere Dienstvorschriften nach §§ 66 Ziff. 5, 78 Ziff. 3 BRG., wozu auch Vorschriften der sog. fakultativen Arbeitsordnung nach § 134h Abs. 3 GewO. zu rechnen sind,

ββ) die Regelung der Lohn- und sonstigen Arbeitsverhältnisse nach § 78 Ziff. 2 BRG., wozu auch die Vereinbarung einer Einigungs- oder Schiedsstelle gehört (§§ 66 Ziff. 3, 4; 78 Ziff. 5; 82 Abs. 3 BRG.),

γγ) Richtlinien über die Einstellung von Arbeitnehmern in den Betrieb nach § 78 Ziff. 8 BRG.,

δδ) Bestimmungen über die Beteiligung der Betriebsvertretung an der Verwaltung von Pensionskassen und Werkswohnungen, sowie sonstiger Betriebswohlfahrtseinrichtungen (§ 66 Ziff. 9 BRG. 1),

Die fakultative Betriebsordnung entsteht durch Betriebsvereinbarung<sup>2)</sup>. Einseitiger Erlaß durch den Arbeitgeber ist im Vertretungsbetrieb nicht möglich, es sei denn, daß ausnahmsweise, etwa durch Nichtausübung des Wahlrechts zur Betriebsvertretung die gesetzlich vorgeschriebene Betriebsvertretung nicht besteht<sup>3)</sup>. Die Vereinbarung ist formlos, kann also auch mündlich erfolgen.

1) S. dazu FLATOW zu § 66 Ziff. 9.

2) Auch in vertretungslosen Betrieben ist eine fakultative Betriebsordnung auf Grund einer Betriebsvereinbarung möglich. Sie wird abgeschlossen zwischen der Arbeitnehmerschaft des Betriebs und dem Betriebsinhaber. Kommt eine Einigung nicht zustande, so kann die Arbeitnehmerschaft den Schlichtungsausschuß anrufen. Die Betriebsordnung kann in diesem Fall nur nach § 5 und 6 SchlichtV. herbeigeführt werden.

3) FLATOW, S. 183.

Die Anregung zu ihrem Abschluß kann von der Betriebsvertretung oder dem Arbeitgeber ausgehen.

Kommt eine Betriebsvereinbarung nicht zustande, so kann die Betriebsvertretung oder der Arbeitgeber den Schlichtungsausschuß anrufen (§§ 66 Ziff. 3, 78 Ziff. 5). Der Schlichtungsausschuß trifft, wie bei der obligatorischen Betriebsordnung, in den Fällen zu  $\alpha\alpha$ ) bis  $\gamma\gamma$ ) eine bindende Entscheidung (§§ 75, 80).

Dieses Recht des Schlichtungsausschusses ergibt sich für die gemeinsamen und besonderen Dienstvorschriften (oben zu  $\alpha\alpha$ ) ohne weiteres aus den §§ 75 und 80 BRG. Es besteht aber auch für den übrigen Inhalt der fakultativen Betriebsordnung zu  $\beta\beta$  und  $\gamma\gamma$ . Wohl kann der Wortlaut der fraglichen Vorschriften Zweifel erregen, ob er in diesem umfassenden Sinn zu verstehen ist. Indessen spricht der Wortlaut nicht dagegen. Die in § 80 genannten „Arbeitsordnungen“ müssen nicht im technischen Sinne aufgefaßt werden. Unter „Arbeitsordnung“ kann jede Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen für einen Betrieb verstanden werden. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 80<sup>1)</sup>. Jedenfalls wird diese Auffassung durch innere Gründe gestützt. FLATOW<sup>2)</sup> weist mit Recht darauf hin, daß die der Betriebsvertretung zugesprochene Befugnis, bei der Aufstellung der Betriebsordnung mitzuwirken (vgl. auch Art. 165 Abs. 1 RV.) keine volle Befugnis wäre, wenn sie nicht durchgesetzt werden könnte. Der im Schlichtungsverfahren nach § 5 SchlichtV. zu erreichende Schiedsspruch ist dafür kein Ersatz. Denn er ist unverbindlich und wird nur in Ausnahmefällen, wenn eine Verbindlicherklärung erfolgt (§ 6 SchlichtVO.), verbindlich. Wollte man das Recht des Schlichtungsausschusses, eine bindende Entscheidung zu treffen, nur auf „Dienstvorschriften“ beschränken, so würde die Schwierigkeit entstehen, Dienstvorschriften von sonstigen Arbeitsregelungen zu unterscheiden, was kaum möglich ist<sup>3)</sup>. Andererseits ist nicht zu befürchten, daß die Zulassung des

1) FLATOW, S. 179.

2) S. 180.

3) KASKEL, S. 26 unter A, insb. Anm. 2.

Zwangsentscheid in allen diesen Fällen das Berufsinteresse der Koalitionen schädigt. Denn sie können jederzeit durch Abschluß eines Tarifvertrags den Zwangsentscheid verhindern oder außer Kraft setzen (S. 240)<sup>1)</sup>.

Das eben besprochene Recht des Schlichtungsausschusses besteht nicht für die fakultative Betriebsordnung, soweit sie Bestimmungen der unter §§ bezeichneten Art enthält (§ 66 Ziff. 9 BRG.). Man kann es als einen Mangel des Gesetzes ansehen, daß das Recht nicht allgemein für den gesamten Umfang der Betriebsordnung gilt. Jedenfalls schließt es der Wortlaut der §§ 75 und 80 BRG. aus, auch die Vereinbarungen über die Beteiligung der Betriebsvertretung an der Verwaltung von Pensionskassen usw. dem Zwangsentscheid zu unterwerfen. Sie kann als Dienstvorschrift oder Arbeitsordnung nicht angesehen werden. Deswegen kann auf eine Streitigkeit dieser Art nur das Schlichtungsverfahren nach § 1ff. SchlichtVO. Anwendung finden.

Im übrigen sind für die fakultative Betriebsordnung Sanktion und Verkündung nicht vorgeschrieben. Auch besteht für sie keine verwaltungsrechtliche Kontrolle.

#### **b) Kraft.**

Die Betriebsordnung ist, einerlei ob sie obligatorisch oder fakultativ ist, objektives Recht. Sie gilt ohne Rücksicht darauf, ob die ihr unterworfenen Betriebsangehörigen ihr zustimmen oder nicht<sup>2)</sup>.

---

1) Die im Text vertretene Auffassung ist zuerst von FLATOW, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung, S. 33 ff., begründet worden. Der Text geht weiter als FLATOW. FLATOW nimmt von der Betriebsvereinbarung, die durch Zwangsentscheid zustande kommen kann, die Vereinbarung von Richtlinien nach § 78 Ziff. 8 aus. Die Konsequenz seiner Grundanschauung ist aber notwendig der im Text eingenommene Standpunkt, wonach auch die Vereinbarung von Richtlinien dem Zwangsentscheid unterliegt. Die Auffassung FLATOWS ist bestritten (KASKEL, S. 25 unter II; HILLER, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag, S. 66 ff.). Neuerdings hat FLATOW, neueste Aufl., zu § 75, seine im Text dargelegte Ansicht widerrufen.

2) Dies wird für einen Teil der fakultativen Betriebsordnung von KASKEL, S. 27, bestritten.

Ihre Bestimmungen sind, wie die Tarifbestimmungen, unabdingbar, so daß keine Abrede getroffen werden kann, die nach unten von der Betriebsordnung abweicht<sup>1)</sup>. Dies ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Es ergibt sich aus der Erwägung, daß die in § 1 TarifV. festgelegte Unabdingbarkeit nicht eine Sondervorschrift, sondern der Ausdruck des kollektiven Rechtsprinzips ist, das überall gilt, wo eine vom Gesetz geregelte Kollektivordnung vorliegt. § 134c Abs. 2 GewO. steht dem nicht entgegen<sup>2)</sup>. Denn diese Bestimmung ist entstanden, ehe ein Kollektivrecht vorhanden war, und bezieht sich auf Arbeitsordnungen, die diktiert, nicht vereinbart sind. Besonderes gilt für die Richtlinien über die Einstellung von Arbeitnehmern. Diese Richtlinien können in das Arbeitsverhältnis nicht eingehen, weil sie sich auf seine Eingehung, nicht auf seinen Inhalt beziehen. Ihre Verwirklichung unterliegt daher den besonderen Vorschriften der §§ 82, 83 BRG. Besonderes gilt auch für die Bestimmungen über die Beteiligung der Betriebsvertretung an der Verwaltung von Pensionskassen usw. Auch sie enthalten keine Inhaltsnormen zur Regelung des Arbeitsverhältnisses. Sie können in die Satzungen der Pensionskassen, die Verträge der Werkwohnungen und die Benutzungsbedingungen sonstiger Betriebswohlfahrtseinrichtungen eingehen. Insofern unterscheiden sie sich nicht von dem übrigen Inhalt der fakultativen Betriebsordnung. Wenn sie aber solche Bestimmungen enthalten, die in jene Verhältnisse nicht eingehen können (z. B. der Arbeitgeber ist verpflichtet, vor der Kündigung einer Werkwohnung die Betriebs-

1) HILLER, a. a. O., S. 83 ff. Wenn HILLER (S. 83 ff.) für die „Werkvereinbarung“ (d. h. für die Arbeitsordnung und die Dienstvorschriften) auch eine Abweichung nach oben nicht zuläßt, so sind seine Gründe dafür nicht überzeugend, abgesehen von den zweifelhaften Begriffen der „Werkvereinbarung“ und „Arbeitsvereinbarung“ (§ 78 Ziff. 2), die er unterscheidet. Die erstere soll nur betriebliche, die letztere nur berufliche Interessen berühren. Eine Abrede nach oben sei bei der „Werkvereinbarung“ aus betrieblichen Gründen nicht wünschenswert.

2) KASKEL, S. 24, nimmt dies an und zwar unter Berufung auf meinen Arbeitsnormenvertrag, II, S. 84 ff., wobei KASKEL übersieht, daß meine früheren Ausführungen vor der gesetzlichen Regelung des Tarifvertrags gemacht worden sind.

vertretung zu hören), so ist die Betriebsvertretung lediglich auf den allgemeinen Schutz angewiesen, der überhaupt für Betriebsvertretungsrechte besteht (S. 244 ff.).

Die Kraft der obligatorischen oder fakultativen Betriebsordnung kann sich nur soweit entfalten, als ihr eine auf Tarifvertrag beruhende Berufsordnung nicht entgegensteht (§§ 66 Ziff. 5, 75, 78 Ziff. 2, 8). Berufsrecht bricht Betriebsrecht. Hieraus ergibt sich:

α) Setzt ein Tarifvertrag die Betriebsordnung fest, so ist nur diese Ordnung für den Betrieb gültig. Der Tarifvertrag kann Betriebsordnungen mit normativer Wirkung für die Arbeitnehmerverhältnisse im Betrieb aufstellen. Denn wenn der Tarifvertrag einzelne Arbeitsnormen für die Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen in den Betrieben schaffen kann, so kann er diese Normen auch in der Form einer Normenordnung schaffen<sup>1)</sup>. Ist eine solche Normenordnung im Wege eines Tarifvertrags geschaffen, so erübrigt sich die Errichtung einer obligatorischen Betriebsordnung<sup>2)</sup>; Doch werden dadurch die besonderen Bestimmungen über die Sanktion, Verkündung und verwaltungsrechtliche Kontrolle, die für die Errichtung der obligatorischen Betriebsordnung bestehen, nicht außer Kraft gesetzt.

β) Widersprechen Bestimmungen in einer Betriebsordnung den Bestimmungen in einem Tarifvertrag, so sind die Bestimmungen der Betriebsordnung nichtig. Eine Betriebsordnung widerspricht einem Tarifvertrag, wenn sie nach unten abweicht. Weicht sie nach oben von ihnen ab, so sind die abweichenden Bestimmungen gültig. Dies folgt aus § 1 TarifV.<sup>3)</sup> Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Tarifvertrag zur Zeit der Errichtung der Betriebsordnung schon bestand oder nicht.

---

1) FLATOW, S. 182, nimmt in diesem Fall nur eine obligatorische Wirkung des Tarifvertrags an. Der Tarifvertrag kann in diesem Sinne abgefaßt sein, er muß aber nicht in diesem Sinne abgefaßt sein.

2) FLATOW, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung, S. 58.

3) A. M. FLATOW, S. 182. Gegen ihn mit treffenden Gründen vor allen HUECK, Konkurrenz von Gesamtvereinbarungen, NZfAR., 1926, S. 385, 403.

### c) Die Dauer.

Die Dauer der Betriebsordnung richtet sich nach dem Parteiwillen. Sie kann für bestimmte Zeit oder für unbestimmte Zeit und mit oder ohne Festlegung einer Kündigungsfrist errichtet sein. Ist die Betriebsordnung für eine unbestimmte Zeit errichtet und eine Kündigungsfrist nicht festgelegt, so ist sie jederzeit kündbar<sup>1)</sup>.

Ist die Zeit für die Betriebsordnung abgelaufen, so hört ihre rechtliche Existenz auf, wenn auch in den einzelnen unter ihrer Herrschaft abgeschlossenen Arbeitsverträgen ihre Bestimmungen wie bei dem Tarifvertrag weiter wirken können. Eine Ausnahme gilt für die obligatorische Betriebsordnung, die fort dauert, bis eine neue errichtet worden ist (§ 134a Abs. 3 GewO.)<sup>2)</sup>.

Daß weder ein Wechsel in der Betriebsvertretung, noch ein Wechsel in der Person des Arbeitgebers Einfluß auf den rechtlichen Fortbestand der Betriebsordnung hat, folgt aus ihrem objektivrechtlichen Charakter (S. 49).

## 2. Die Betriebsführung.

Das Mitwirkungsrecht der Betriebsvertretung bei der Betriebsführung besteht in dem Rechte der Einwirkung auf den Arbeitgeber und der Zusammenwirkung mit dem Arbeitgeber. Die beiden Rechte unterscheiden sich dadurch, daß das Recht der Einwirkung schwächer ist, als das Recht der Zusammenwirkung. Soweit ein Recht der Einwirkung besteht, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Einwirkung zu dulden. Nimmt er aber die Betriebsführungshandlung vor ohne daß die Betriebsvertretung das Einwirkungsrecht ausüben konnte, so wird die Rechtsgültigkeit der Betriebsführungshandlung nicht berührt. Anders bei dem Rechte der Zusammenwirkung. Hier kommt das Rechtsprinzip der gesamten Hand, auf dem die Mit-

1) FLATOW, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung, S. 51.

2) Die Ansicht FLATOWS, a. a. O., S. 51 ff., daß die rechtliche Fortgeltung der Betriebsordnung auch für die fakultative Betriebsordnung gelte, ist angesichts des § 134a Abs. 3 GewO., der nur für die obligatorische Arbeitsordnung gilt, irrig.

wirkung der Betriebsvertretung beruht, zur vollen Geltung. Der Arbeitgeber ist diesem Rechte gegenüber nicht nur verpflichtet, ein Zusammenwirken mit der Betriebsvertretung zu dulden. Seine Betriebsführungshandlung ist auch rechtlich unwirksam, wenn sie nicht auf einem Zusammenwirken zwischen Betriebsvertretung und Arbeitgeber beruht.

a) Das Recht des Einwirkens auf den Arbeitgeber enthält die folgenden Befugnisse der Betriebsvertretung:

α) Das Audienzrecht, d. h. das Recht, von dem Arbeitgeber gehört zu werden, um in Betrieben mit wirtschaftlichen Zwecken mit der Betriebsleitung für einen möglichst hohen Stand und für möglichste Wirtschaftlichkeit der Betriebsleistungen zu sorgen (§ 66 Ziff. 1), sowie an der Einführung neuer Arbeitsmethoden fördernd mitzuarbeiten (§ 66 Ziff. 2), auch den Arbeitgeber zu beraten, wenn infolge von Erweiterungen, Einschränkung oder Stilllegung des Betriebs oder infolge von Einführung neuer Techniken oder neuer Betriebs- oder Arbeitsmethoden die Einstellung oder die Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern erforderlich wird (§ 74), und sich in den Fällen der §§ 3 und 4 ArbZeitV. über die Verlängerung der Höchstarbeitszeit zu äußern;

β) das Petitionsrecht, d. h. das Recht, Beschwerden entgegenzunehmen, zu untersuchen und auf ihre Abstellung in gemeinsamer Verhandlung mit dem Arbeitgeber hinzuwirken (§ 66 Ziff. 7, § 78 Ziff. 4);

γ) das Interpellationsrecht, d. h. das Recht, von dem Arbeitgeber Auskünfte, Aufschlüsse, Berichte, Erläuterungen und Vorlagen zu fordern (§ 71, § 72 BRG., dazu Gesetz über die Betriebsbilanz und die Betriebsgewinn- und -verlustrechnung vom 5. 2. 1921);

δ) das Kontrollrecht, d. h. das Recht, darüber zu wachen, daß die Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmerschaft gewahrt werde (§ 66 Ziff. 6), die maßgebende Kollektivordnungen für die Betriebe eingehalten (§ 66 Ziff. 4, § 78 Ziff. 1), sowie Unfall- und Gesundheitsgefahren im Betrieb abgewandt und die gewerbepolizeilichen Bestimmungen, die Unfallverhütungsvorschriften und die zugunsten der Arbeitnehmer gegebenen gesetzlichen Vorschriften durchgeführt

werden (§ 66 Ziff. 8, § 78 Ziff. 1, Ziff. 6), auch bei Unfalluntersuchungen im Betrieb anwesend zu sein (§ 77);

ε) das Interventionsrecht, d. h. das Recht, bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen vereinbarte Richtlinien über die Einstellung von Arbeitnehmern in den Betrieben Einspruch vor dem Arbeitsgericht zu erheben und bei Entlassungen von Arbeitnehmern Einsprüche der Arbeitnehmer entgegenzunehmen, zu prüfen und dem Arbeitgeber gegenüber, wie auch vor dem Arbeitsgericht zu vertreten (§§ 82, 83, 84).

b) Das Recht der Betriebsvertretung, das sich auf ein Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber richtet, kommt in folgenden Beziehungen zum Ausdruck:

α) Der Arbeitgeber bedarf zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Mitgliedes einer Betriebsvertretung oder zu seiner Versetzung in einen anderen Betrieb der Zustimmung der Betriebsvertretung, bzw. der Mehrheit der wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs (§§ 96, 97, 98). Kündigungen oder Versetzungen ohne diese Zustimmung sind rechtlich unwirksam. Die fehlende Zustimmung der Betriebsvertretung kann nach § 97 durch das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren ersetzt werden (§§ 2 Ziff. 5, 80 ff. ArbGerG.).

β) In Unternehmen, für die ein Aufsichtsrat besteht und nicht auf Grund anderer Gesetze eine gleichartige Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vorgesehen ist, haben Betriebsratsmitglieder Sitz und Stimme in allen Sitzungen des Aufsichtsrats, um die Interessen und Forderungen der Arbeitnehmer, sowie deren Ansicht und Wünsche hinsichtlich der Organisationen des Betriebs zu vertreten (§ 70 BRG.; dazu das Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. 2. 1922; Ausnahme in § 73 BRG.). Soweit Betriebsvertreter im Aufsichtsrat Sitz und Stimme haben, sind seine Beschlüsse, wenn die Betriebsvertreter von den Sitzungen des Aufsichtsrats ausgeschlossen waren oder nicht ordnungsmäßig mitgewirkt haben, ungültig. Das letztere ergibt sich aus § 3 AufsRatG., wonach auf die in den Aufsichtsrat

entsandten Betriebsratsmitglieder die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden, die für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder gelten. —

Die Mitwirkungsrechte sind zivilrechtlich nicht geschützt. Es folgt dies aus der öffentlichrechtlichen Natur der Betriebsverfassung<sup>1)</sup>. Zivilrechtliche Wirkungen aus der Verletzung von Betriebsvertretungsrechten können nur indirekt eintreten. Dies trifft z. B. zu, wenn der Arbeitgeber das Interventionsrecht der Betriebsvertretung dadurch ausschließt, daß er es rechtswidrig unterläßt, eine Betriebsvertretung zu errichten, so daß Arbeitnehmer das ihnen nach § 84 BRG. zustehende Einspruchsrecht gegen Kündigungen nicht ausüben können. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 823 Abs. 2 BGB.<sup>2)</sup> Zivilrechtliche Wirkungen können auch dadurch eintreten, daß ein Arbeitgeber durch Nichtachtung von Betriebsvertretungsrechten Schaden stiftet oder nicht verhütet. So wird stets Fahrlässigkeit nach § 618 BGB. anzunehmen sein, wenn eine Betriebsvertretung in Ausübung ihres Petitionsrechts dem Arbeitgeber eine Beschwerde über die Verletzung von Arbeiterschutzvorschriften übermitteln will, der Arbeitgeber diese Beschwerde aber nicht entgegengenommen hat. Schließlich kann die Verletzung der Einwirkungsrechte auf die zivilrechtliche Beurteilung von Kampfhandlungen von Bedeutung sein. Wenn ein Arbeitgeber Betriebsvertretungsrechte verletzt und es entsteht dadurch ein Arbeitskampf, so wird das Verhalten des Arbeitgebers bei der Würdigung der Frage, ob der Arbeitskampf den guten Sitten widerspricht (§ 826 BGB.), eine Rolle spielen, mindestens insoweit, als ein konkurrierendes Verschulden des Arbeitgebers nach § 254 BGB. anzunehmen ist.

Dagegen sind die erwähnten Rechte strafrechtlich geschützt. Allerdings findet einen speziellen strafrechtlichen Schutz nur das

1) Entsch. des RG. in NZfAR., 1924, S. 117, 631.

2) S. z. B. das Urteil des LG. Erfurt vom 20. 11. 1925, GewKfmG., 31. Jahrg. S. 334 unter 56, allerdings mit falscher Begründung.

Interpellationsrecht der Betriebsvertretung nach § 99 Abs. 3, 4 und 5 BRG. Deswegen sind aber die übrigen Rechte der Betriebsvertretung strafrechtlich nicht schutzlos. Das BRG. hat in § 95 in Verbindung mit § 99 Abs. 1 eine Generalklausel aufgestellt, wonach es den Arbeitgebern und ihren Vertretern bei Meidung von Strafe untersagt ist, ihre Arbeitnehmer in der Ausübung der gesetzlichen Betriebsvertretung zu beschränken oder sie deswegen zu benachteiligen. Diese Generalklausel findet in allen Fällen Anwendung, in denen der Arbeitgeber die Ausübung von Betriebsvertretungsrechten vorsätzlich vereitelt oder grundlos erschwert. Ein Arbeitgeber wird deswegen zu bestrafen sein, wenn er z. B. Betriebsvertreter, die in Ausübung ihres Kontrollrechts Feststellungen im Betriebe treffen wollen, vorsätzlich daran hindert<sup>1)</sup>.

Schließlich stellt das BRG. den Betriebsvertretungen nach § 93 Ziff. 3 zur Wahrung ihrer Rechte einen besonderen verwaltungsrechtlichen Schutz zur Verfügung, zu dessen Gewährung die Arbeitsgerichte (§ 2 Ziff. 5 ArbGerG.) zuständig sind. Bestreitet ein Arbeitgeber die Berechtigung von Maßnahmen, welche die Betriebsvertretung in Ausübung ihrer Rechte vornimmt, oder stört er sie in ihrer Geschäftsführung, indem er z. B. die Betriebsvertretung nicht hört, trotzdem ein rechtliches Gehör vorgeschrieben ist, so tritt dieser Schutz (im Beschlußverfahren, §§ 80 ff. ArbGerG.) ein. Indessen ist dieser Schutz unzureichend, denn die in Frage kommenden Beschlüsse sind nicht vollstreckbar. Immerhin sind sie nicht ohne rechtliche Bedeutung. Dies zeigt sich in einem etwaigen Strafverfahren nach § 99 BRG. Der Arbeitgeber wird sich, wenn zuvor in dem Beschlußverfahren eine Entscheidung zu seinen Ungunsten ergangen ist, nicht darauf berufen können, daß er über die Rechte der Betriebsvertretung im Irrtum war oder nicht vorsätzlich gehandelt hat.

---

1) Versagt ein Arbeitgeber einem Koalitionsvertreter den Zutritt zu einer Betriebsratssitzung oder Betriebsversammlung (§§ 31, 47 BRG.), so liegt auch hierin der Tatbestand des § 95 BRG.

### 3. Die Betriebsdisziplin.

In vielen Fällen wird zur Aufrechterhaltung der Betriebsdisziplin die Möglichkeit einer Bestrafung des Arbeitnehmers für erforderlich gehalten. Die Bestrafung des Arbeitnehmers setzt ein Recht zur Strafe voraus. Ein solches Recht hat der Arbeitgeber nur, wenn es ihm vertraglich eingeräumt ist<sup>1)</sup>. Der einseitige Erlass einer Strafbestimmung durch den Arbeitgeber ist ausgeschlossen (S. 150). Sind hiernach alle Strafen, welche für die Betriebsdisziplin bestehen können, Vertragsstrafen (auch die sog. „Ordnungsstrafen“), so finden auf sie die Vorschriften der §§ 339 ff. BGB. Anwendung. Für Strafen, die in einer obligatorischen Betriebsordnung nach § 134b GewO. enthalten sind, gelten außerdem die besonderen Bestimmungen des § 134b Abs. 2 GewO. über Inhalt und Umfang von Strafen<sup>2)</sup>. Soweit in einem Tarifvertrag Strafbestimmungen enthalten sind, können nach § 1 TarifV. günstigere Strafbestimmungen durch Einzelabreden für die einzelnen Arbeitnehmer herbeigeführt werden. Dasselbe gilt auch für die Betriebsordnungen, soweit es sich nicht um obligatorische Betriebsordnungen handelt (§ 134c Abs. 2, Satz 2 GewO.). Fraglich ist, ob, wenn in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsordnung Strafen für bestimmte Fälle festgesetzt sind, in Einzelabreden für

1) Vgl. die sorgfältige Untersuchung von MOLITOR, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925, S. 132 ff.

2) Mit der Strafe ist nicht zu verwechseln die vorbeugende Maßnahme der Torkontrolle und Leibesvisitation. Die Ausführungen von JOH. FUCHS, Wichtige Gegenwartsfragen des Arbeitsrechts, S. 29 ff., die dem Arbeitgeber ein Recht zu dieser Maßnahme ohne weiteres zusprechen, sind nicht überzeugend. Aus der Treupflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber nicht zu bestehlen, folgt nicht die Pflicht eines jeden Arbeitnehmers, sich von dem Arbeitgeber körperlich untersuchen zu lassen. Die körperliche Untersuchung auf gestohlenes Gut ist die Bekundung eines Verdachts, den der Arbeitnehmer als ehrenkränkend zurückweisen darf. Aus ähnlichen Gründen ist auch die Zumutung an den Arbeitnehmer, in einem besonderen Revers eine Erklärung über seine Vorstrafen abzugeben, sittenwidrig (dagegen ohne ausreichende Begründung FUCHS, a. a. O., S. 43 ff.). Ist ein Arbeitnehmer vorbestraft, und zwar in einer Weise, daß dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, ihn weiter zu beschäftigen, so kann der Arbeitgeber den Anstellungsvertrag nach §§ 119, 123 BGB. anfechten.

andere Fälle weitere Strafbestimmungen vereinbart werden können. Die Frage ist nur zu bejahen, wenn anzunehmen ist, daß die dort enthaltenen Strafbestimmungen nicht erschöpfend sein sollen<sup>1)</sup>.

Die Bestrafung selbst besteht in der Straffestsetzung, Strafvollstreckung und Strafverwendung.

a) Die Straffestsetzung erfolgt nach § 80 Abs. 2 BRG. durch den Arbeitgeber gemeinsam mit dem Arbeiterrat oder Angestelltenrat. In Streitfällen entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren (§§ 2 Ziff. 5; 80ff ArbGerG.). Daß sich § 80 Abs. 2 BRG. nicht nur auf die generelle Bestimmung der Strafvorschriften bezieht, sondern auf ihre Anwendung im Einzelfall, entspricht der herrschenden Meinung<sup>2)</sup>. § 80 Abs. 2 hätte keinen Sinn, wenn man ihn nur auf die Mitwirkung bei der Feststellung der Strafvorschrift beziehen wollte. Denn diese Mitwirkung ergibt sich schon aus § 78 Ziff. 3 BRG. und bedurfte keiner besonderen Hervorhebung. Doch beschränkt sich § 80 Abs. 2 BRG. nach seinem Wortlaut auf die obligatorische Betriebsordnung. Auf Strafvorschriften, die sich aus anderen Bestimmungsgründen ergeben, findet § 80 Abs. 2 BRG. keine Anwendung. Es müssen deswegen, wenn das gleiche auch für solche Strafvorschriften gelten soll, besondere Vereinbarungen getroffen werden. Die Vereinbarung kann sich mit einer Bestimmung begnügen, die die entsprechende Anwendung des § 80 Abs. 2 vorsieht.

b) Die Strafvollstreckung ist in der obligatorischen Betriebsordnung gemäß § 134b Ziff. 4 GewO zu regeln. Besteht die Strafe nicht in einer Geldstrafe, so ergibt sich ihre Vollstreckung aus dem dem Arbeitgeber zustehenden Befehlsrecht. In Ausübung dieses

---

1) Nach § 31 AllgArbVGE. soll das Strafrecht des Arbeitgebers neu geregelt werden. Die Strafen, die dem Arbeitnehmer angedroht werden, müssen sich auf bestimmt bezeichnete Pflichtverletzungen beziehen. Sie sind nur zulässig, wenn sie durch Tarifvertrag oder Betriebsordnungen vorgesehen oder vom Arbeitnehmer schriftlich versprochen sind. Strafen, die lediglich Ordnungszwecken dienen, dürfen den durchschnittlichen Tagesverdienst des Arbeitnehmers nicht übersteigen.

2) FLATOW, zu § 80 Abs. 2 BRG.; KASKEL, S. 108.

Rechts kann der Arbeitgeber z. B. einen Verweis aussprechen (über die Mitwirkung der Betriebsvertretung hierbei s. oben unter a). Besteht die Strafe in einer Geldstrafe, so gewinnt der Arbeitgeber durch die Straffestsetzung eine Forderung auf Zahlung der Geldsumme an den Arbeitnehmer. Die Forderung kann der Arbeitgeber gegen die Lohnforderung aufrechnen, soweit nicht die Aufrechnung nach § 394 BGB. verboten ist. Ist die Aufrechnung verboten, so kann die Vollstreckung nur in der Weise erfolgen, daß der Arbeitgeber Klage auf Zahlung gegen den Arbeitnehmer erhebt.

c) Die Strafverwendung muß in der obligatorischen Betriebsordnung geregelt werden (§ 134b Ziff. 4 GewO). In Betrieben, für die eine obligatorische Betriebsordnung vorgeschrieben ist, müssen alle Strafgehalte zum Besten der Arbeitnehmer des Betriebs verwendet werden (§ 134b Abs. 2 GewO.). Für andere Betriebe besteht eine solche Vorschrift nicht<sup>1)</sup>.

#### **D. Die Betriebsstillegung.**

Der Betrieb ist der Herrschaftsbereich einer Person. Der Betriebsinhaber kann daher grundsätzlich nach freiem Ermessen Betriebsanlagen ganz oder teilweise abbrechen, oder bisher zu Betrieben gehörige Sachen in anderer Weise dem Betrieb entziehen, insbesondere veräußern oder betriebsuntauglich machen, auch über zum Betrieb gehörige Rechte verfügen (Betriebsabbruch), sowie Betriebsanlagen ganz oder teilweise nicht benutzen (Betriebseinstellung<sup>2)</sup>.

Diese Freiheit kann allgemeine Interessen schädigen, indem der Volksgesamtheit Produktionsmöglichkeiten oder den Arbeitnehmern

---

1) § 31 Abs. 3 AllgArbVGE. sieht vor, daß die Verwendung von Geldstrafen, die lediglich Ordnungszwecken dienen, in allen Betrieben zum Besten der Arbeitnehmerschaft zu erfolgen hat.

2) Über den Begriff der Betriebsstillegung siehe insbesondere die grundlegenden Ausführungen von ERWIN JACOBI in JW., 1925, S. 187 ff. Dort ist auch der Unterschied des Betriebsstillegungsbegriffs nach §§ 74, 85, 96 BRG. und der StillegV. klar und überzeugend begründet (weitere Literatur s. dort).

Arbeitsgelegenheiten entzogen werden. Um dies zu verhüten, werden dem Betriebsinhaber durch die Verordnung, betr. Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und Stilllegungen vom 8. 11. 1920, in der Fassung der VO. über Betriebsstilllegungen und Arbeitsstreckung vom 15. 10. 1923 Beschränkungen auferlegt.

Die Beschränkungen gelten nicht für alle Betriebsinhaber, sondern nur für Inhaber oder Leiter von gewerblichen Betrieben (§ 105b Abs. 1 GewO.) und Betrieben des Verkehrsgewerbes, in denen in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt werden, jedoch ausschließlich der Betriebe des Reichs und der Länder.

Die Beschränkungen treten auch nicht in allen Fällen eines Betriebsabbruchs oder einer Betriebseinstellung ein, sondern nur in solchen Fällen, in denen durch den Betriebsabbruch die gewerbliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens wesentlich verringert wird (§ 1 Ziff. 1) oder durch die Betriebseinstellung eine größere Anzahl von Arbeitnehmern zur Entlassung kommt (§ 1 Ziff. 2).

Die Beschränkungen haben eine dreifache Wirkung:

1. Es darf der Betriebsinhaber ohne Zustimmung der zuständigen Behörde (in Preußen der Regierungspräsident) den Betriebsabbruch oder die Betriebseinstellung nicht vornehmen vor Ablauf einer bestimmten Wartezeit. Die Wartezeit soll der Behörde die Möglichkeit geben, inzwischen aufzuklären, welche Umstände die beabsichtigte Maßnahme veranlassen und welche Hilfsmaßnahmen zur Behebung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebs angezeigt erscheinen. Die Wartezeit beginnt mit dem Tage der Erstattung der Anzeige des Betriebsinhabers von der beabsichtigten Betriebsstilllegung und endet im Falle des Abbruchs mit Ablauf von 6 Wochen, im Falle der Einstellung mit Ablauf von 4 Wochen nach Erstattung der Anzeige (§ 1 Abs. 2, § 4 Ziff. 1). Der Betriebsinhaber, der eine Betriebsstilllegung beabsichtigt, ist verpflichtet, hiervon der Behörde Anzeige zu machen (§ 1). Die Verletzung dieser Pflicht ist nach § 7 strafbar.

2. Während der Wartezeit unterliegt der Betriebsinhaber einem sachlichen und einem persönlichen Verfügungsverbot.

a) Das sachliche Verfügungsverbot enthält § 2 Abs. 1. Hiernach darf der Betriebsinhaber innerhalb der Wartezeit ohne Genehmigung der Behörde eine die ordnungsmäßige Führung des Betriebs beeinträchtigende Veränderung der Sach- oder Rechtslage nicht vornehmen. Namentlich darf er über die in dem Betrieb vorhandenen und für ihn bestimmten Vorräte an Roh- und Betriebsstoffen, insbesondere Brennstoffen und Halbfabrikaten nur im Rahmen der ordnungsmäßigen Führung des Betriebs verfügen. Verfügungen, die dagegen verstoßen, sind nichtig (§ 134 BGB.). Außerdem können die Gegenstände, auf die sich die Zuwiderhandlung bezieht, eingezogen werden, und zwar ohne Unterschied, ob sie dem Betriebsinhaber gehören oder nicht (§ 7 Abs. 2).

b) Das persönliche Verfügungsverbot enthält § 2 Abs. 2, 4, 5. Hiernach sind Kündigungen nur mit Genehmigung der Behörde wirksam. Der Betriebsinhaber ist außerdem strafbar, wenn er eine genehmigungspflichtige, aber nicht genehmigte Kündigung vornimmt (§ 7). Ist der Arbeitgeber nicht in der Lage, die Arbeitnehmer während der Wartezeit voll zu beschäftigen, so kann die Behörde für ihre Dauer eine Verkürzung der Arbeitszeit (Streckung) anordnen. Hierbei darf jedoch die Wochenarbeitszeit eines Arbeitnehmers nicht unter 24 Stunden herabgesetzt werden (§ 2 Abs. 2, 3).

3. Schließlich hat die Behörde das Recht, die oben erwähnten Betriebsvorräte, im Falle des Abbruchs auch die vom Abbruch oder der Entziehung bedrohten oder betroffenen Gegenstände (Sachen und Rechte), zu beschlagnahmen und zugunsten des Landesfiskus zu enteignen. Statt der Enteignung kann die Übertragung der Gegenstände auf eine von der Behörde zu bestimmende andere Person ausgesprochen werden. Eine Enteignung des ganzen Betriebs ist nicht vorgesehen. Über weitere Einzelheiten bezüglich der Beschlagnahme und Enteignung, insbes. ihre Formen und Wirkungen, s. § 4 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2. —

Die vorstehenden Beschränkungen treten nicht ein, wenn die Betriebsstilllegung auf Anordnung oder mit Zustimmung einer da-

für zuständigen Behörde oder mit behördlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle erfolgt (§ 6a), sowie wenn die Betriebseinstellung lediglich als Mittel in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verwendet wird (§ 6b).

Ist eine ordnungsmäßige Betriebsstillegung erfolgt, so endet die Betriebsverfassung. Den Mitgliedern der Betriebsverfassung kann ohne Zustimmung der Betriebsvertretung (§ 96 BRG.) gekündigt werden, wenn es sich um eine Kündigung handelt, die durch die Stilllegung des Betriebs erforderlich und privatrechtlich zulässig ist<sup>1)</sup>. Ob und wie die Anstellungsverträge bei einer Betriebsstillegung endigen, hängt von den maßgebenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ab. Keineswegs werden durch die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Betriebsstillegung die privatrechtlichen Grundsätze über die Endigung des Arbeitsverhältnisses berührt. Der Betriebsinhaber kann deswegen noch Arbeitgeber sein, auch wenn der Betrieb, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt war, stillliegt und stillliegen darf.

## II.

### Die Berufsorganisation.

Die Berufsorganisation dient der Regelung der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Beruf. Sie kommt im Tarifvertrag und in der Arbeitsgemeinschaft zum Ausdruck. Der Tarifvertrag dient der sozialpolitischen Funktion, die Arbeitsgemeinschaft in erster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, der wirtschaftspolitischen Funktion. Der Tarifvertrag ist nicht auf dauerndes Zusammenwirken angelegt. Seine hauptsächliche Aufgabe besteht darin, eine Normenregelung für den Beruf herbeizuführen. Dagegen ist die Arbeitsgemeinschaft auf fortgesetztes Zusammenarbeiten gerichtet. Sie dient weniger der Aufstellung von Ordnungen, als der Durchführung von Einzelaufgaben. Man kann daher den

1) Über nichtige fraudulöse Betriebsstillegung s. RGZ., Bd. 113, S. 87.

Tarifvertrag als das Instrument der Berufsgesetzgebung, die Arbeitsgemeinschaft als das Instrument der Berufsverwaltung bezeichnen.

### A. Der Tarifvertrag.

Das kollektive Arbeitsrecht findet im Tarifvertrag seinen umfassendsten Ausdruck. Er hat vor dem Kriege schwer um sein Dasein ringen müssen. Am frühesten war er in das Buchdruckgewerbe eingedrungen. Das Streben der Arbeitnehmerschaft, durch den Abschluß von Tarifverträgen ihre Lohn- und Arbeitsbedingungen kollektiv zu sichern, setzte seit der Jahrhundertwende mit verschärfter Kraft ein. Doch gelang es ihr vor dem Kriege nicht, größere Teile der Großindustrie für den Tarifgedanken zu gewinnen. Dies gelang erst im Krieg, als die Not der Zeit Kämpfe um die „Anerkennung der Gewerkschaften“ ausschloß. Nach dem Abschluß des Kriegs wurde der Tarifvertrag die allgemeine und normale Regelungsform für fast alle Berufe und Betriebsarten. Der tatsächlichen Entwicklung des Tarifvertrags entsprach seine rechtliche Entwicklung<sup>1)</sup>. Es gab vor dem Kriege keine besondere Regelung des Tarifwesens. Die Kriegszeit war für eine gesetzliche Regelung des Tarifvertrags nicht geeignet. Wie dringlich aber eine besondere Regelung war, zeigt sich darin, daß sofort nach der Beendigung des Kriegs im Wege der Verordnung die besondere Regelung des Tarifvertrags geschaffen wurde, die heute noch die Hauptzüge des Tarifrechts enthält. Es ist die VO. über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918. In Betracht kommen für das Tarifrecht die §§ 1–6b der im Laufe der Zeit in Nebenpunkten verschiedenfach ergänzten Verordnung. Die übrigen Materien, die früher die VO. enthielt, sind heute durch besondere Gesetze geregelt und haben keine Gültigkeit mehr (abgesehen von den Schlußbestimmungen der §§ 31, 32). Eine umfassende Neu-

1) SINZHEIMER, Der Tarifgedanke in Deutschland, Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, herausg. von HCH. BRAUN, Bd. III, S. 531 ff.

regelung des Tarifrechts ist in Vorbereitung. Der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, ausgearbeitet von dem Arbeitsausschuß für ein einheitliches Arbeitsrecht in Reichsarbeitsministerium, liegt mit ausführlicher Begründung bereits vor (RABL., AT., 1921, S. 491 ff.).

### 1. Die Tarifschöpfung.

Die Tarifschöpfung erfolgt, wenn es sich um den hier allein interessierenden „echten“ Tarifvertrag handelt (S. 50), durch schriftlichen Vertrag zwischen Koalitionen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder ihren Koalitionen. Auf der Arbeitnehmerseite sind Koalitionen notwendige und alleinige Tarifparteien<sup>1)</sup>.

a) Die Koalitionen sind notwendige Tarifparteien. Nur sie sind zum Abschluß von Tarifverträgen berufen (Art. 165 Abs. 1 RV., § 1 TarifV.). Die Berufung bedeutet negativ, daß einzelne Arbeitnehmer oder andere Vereinigungen Tarifverträge nicht abschließen können. „Gelbe Werkvereine“ oder Harmonieverbände, Arbeiterkonsumvereine oder Betriebsvertretungen können keine Tarifparteien sein. Die Berufung bedeutet positiv, daß Koalitionen, wenn sie Koalitionen sind, Tarifverträge abschließen können<sup>2)</sup>.

---

1) Die Tarifschöpfung kann einen Tarifvertrag auf bestimmte und unbestimmte Zeit hervorbringen, eine Kündigungsfrist vorsehen oder nicht. Ist keine Kündigungsfrist vorgesehen, so ist der Tarifvertrag nicht etwa ungültig, sondern jederzeit kündbar, vgl. HUECK, Handbuch des Arbeitsrechts, III, Das Tarifrecht, S. 37 ff. Kündigung aus wichtigem Grund ist rechtlich möglich. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn einer Tarifpartei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu seinem ordnungsmäßigen Ablauf nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (Nähres bei HUECK, a. a. O.). Über die Frage des Fortbestands des Tarifvertrags beim Untergang einer Vertragspartei s. HUECK, a. a. O., S. 40 ff.

2) Auf Arbeitgeberseite ist es fraglich, ob Innungen und gesetzliche Berufsvertretungen Tarifverträge abschließen können. Es wird dies für Innungen angenommen (KASKEL, S. 17), für gesetzliche Berufsvertretungen aber abgelehnt (KASKEL, ebda). Wenn es sich um eine Zwangsinnung handelt, so schließt die Zugehörigkeit zur Zwangsinnung nicht auch die Zugehörigkeit zu freien Arbeitgeberkoalitionen aus, die ihrerseits Tarifverträge für alle ihre Mitglieder schließen können, vgl. dazu die Entsch. des RG. vom 23. 3. 1926, JW., 1927, S. 243 mit Anm. von KASKEL, und dazu POTTHOFF, Zwangsinnung und Arbeitskampf, ArbR., 1927, S. 125 ff.

Man nennt die Fähigkeit, Tarifverträge abschließen zu können, Tariffähigkeit. Die Tariffähigkeit ist eine öffentlichrechtliche Eigenschaft der Koalitionen (S. 72 ff.). Über sie besteht kein Streit, wenn die Satzung der Koalition den Abschluß von Tarifverträgen ausdrücklich vorsieht. Sie ist aber auch gegeben, wenn die Satzung einen solchen Abschluß nicht vorsieht, sofern es sich um eine Koalition handelt<sup>1)</sup>. Und sie ist selbst dann vorhanden, wenn die Satzung einer Koalition den Abschluß von Tarifverträgen ausdrücklich ausschließt<sup>2)</sup>. Es gibt keine sog. „gewollte Tarifunfähigkeit“.

---

1) Dies ist nunmehr der Standpunkt des RG. (vgl. die Entsch. vom 9. 10. 1925 und 29. 10. 1926, JW. 1926, S. 703; 1927, S. 258 mit Anm. von SINZHEIMER und NIPPERDEY). Die Schwierigkeit liegt im Einzelfall darin, festzustellen, ob eine Koalition vorliegt oder nicht. Bekanntlich ist die Streitfrage über das Wesen und die Voraussetzungen der Tariffähigkeit auf Arbeitgeberseite entstanden. Arbeitgeberverbände bestritten ihre Tariffähigkeit, um dem Schlichtungsverfahren nicht unterworfen zu sein. Arbeitgeberverbände sind vorhanden, wenn sich Arbeitgeber zu einem Verbandsverbande zusammengeschlossen haben, um Arbeitgeberinteressen geltend zu machen. Arbeitgeberinteressen können geltend gemacht werden, ohne daß der Verband Tarifverträge abschließt. Man denke nur an interne Verbandsbeschlüsse, die ein einheitliches Vorgehen der im Verband zusammengeschlossenen Arbeitgeber in Arbeiterfragen herbeiführen sollen. Ich kann deswegen die Bedenken von HUECK, die er neuerdings in JW., 1927, S. 231, 232 geltend macht, nicht für begründet erachten. HUECK verkennt die Möglichkeit einer sehr energischen Wahrnehmung von Arbeitgeberinteressen außerhalb des Abschlusses eines Tarifvertrags. Und dasselbe gilt für die neuesten Ausführungen von NIPPERDEY in seiner Anm., JW., 1927, S. 258. NIPPERDEY spricht folgenden Satz aus: „Der Verband muß es sich zum Ziel, zur Aufgabe gesetzt haben, auf dem Gebiete der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen handelnd einzugreifen. Das ist aber nicht der Fall bei einer Satzungsklausel i. S. der ‚gewollten Tarifunfähigkeit‘“ (s. weiter oben im Text). Ich halte diesen Satz für falsch. Die Arbeitgeberverbände der Vorkriegszeit haben sehr handelnd auf dem Gebiete der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen eingegriffen, dabei aber den Abschluß von Tarifverträgen abgelehnt. Der berühmte Generalsekretär BUECK war Sekretär der deutschen Arbeitgeberverbände, als er auf der Mannheimer Tagung des Vereins für Sozialpolitik in den letzten Jahren des vorigen Jahrhunderts das Wort aussprach, daß die deutschen Arbeitgeberverbände niemals mit den deutschen Gewerkschaften verhandeln würden.

2) Dieser Standpunkt ist äußerst bestritten. Eine reichhaltige Literatur über die Frage ist bereits entstanden. Außer der in der vorigen Anm. angegebenen Literatur kommen vor allem die Ausführungen von HUECK, NZfAR., 1926, S. 641 ff., und NIPPERDEY, Rechtsprechung, S. 4 ff. in Betracht. Beide treten

Die „gewollte Tarifunfähigkeit“ widerspricht dem öffentlichrechtlichen Charakter der Tariffähigkeit. Ist die Tariffähigkeit eine öffentlichrechtliche Eigenschaft, so ist sie von dem Willen der mit ihr Begabten unabhängig. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es auf eine sog. „Tarifberechtigung“, d. h. auf eine besondere, durch Satzung sich selbst beigelegte Abschlußmöglichkeit nicht ankommt<sup>1)</sup>. Dagegen kommt es darauf an, daß die jeweilige Koalition die „Tarifzuständigkeit“ besitzt<sup>2)</sup>. Eine Koalition kann nicht jeden Tarifvertrag abschließen. Ein Metallarbeiterverband kann keinen Tarifvertrag für das Buchdruckgewerbe abschließen. Die Koalition muß die Verhältnisse, die sie regeln will, als ihr Interessengebiet behandeln.

b) Die Koalitionen sind alleinige Tarifparteien. An ihrer Stelle oder neben ihnen können nicht auch ihre Mitglieder Tarifparteien sein<sup>3)</sup>. Sie schließen den Tarifvertrag im eigenen Namen ab, nicht im Namen ihrer Mitglieder. Treten sie als Vertreter ihrer Mitglieder auf, so liegt ein „echter“ Tarifvertrag nicht vor. Ohne diese „Verbandstheorie“, von der § 1 TarifV. ausgeht, wäre der Tarifvertrag rechtlich nicht lebensfähig. Er ist ein Massenvertrag, nicht eine Summe von Individualverträgen. Er bedarf konzentrierter, einheitlicher Trägerschaften, die ausschließlich über die Tarifbeziehungen verfügen. Nur so kann der für ihn wesentliche Wille

---

für die „gewollte Tarifunfähigkeit“ ein. Die weitere Literatur s. in den zit. Aufsätzen. Ein Urteil des RG. über die „gewollte Tarifunfähigkeit“ liegt bis jetzt noch nicht vor. Für den Standpunkt im Text tritt vor allem ein JOERGES, SchlichtW., 1926, S. 21 ff, ERDEL, zuletzt in JW., 1927, S. 239 und das Gutachten über die Frage der „gewollten Tarifunfähigkeit“ von Arbeitgeberorganisationen, erstattet von HANS GERBER, im Einvernehmen mit dem Inst. f. öffentliches und Arbeitsrecht an der Universität Marburg, 1926, Hanseatische Verlagsanstalt. Aus der Praxis s. z. B. den Beschluß des Schlichtungsausschusses Halberstadt vom 27. 5. 1926, der dem Standpunkt im Text entspricht, SchlichtW., 1926, S. 237 unter 3.

1) A. M. KASKEL, S. 16 unter C.

2) JOERGES, a. a. O.

3) Anders bei den Arbeitgeberkoalitionen, weil bei ihnen das Massenmoment nicht, wie bei den Arbeitnehmerkoalitionen, eine Rolle spielt und einzelne Arbeitgeber Tarifparteien sein können (§ 1 TarifV).

zur kollektiven Lebensgestaltung zum Ausdruck kommen<sup>1)</sup>. In-  
dessen schließt dies nicht aus, daß Dritte, die nicht Tarifparteien  
sind, insbesondere die Mitglieder von Tarifverbänden Einzelansprüche  
aus geschlossenen Tarifverträgen nach den Grundsätzen über die  
Verträge zugunsten Dritter haben können (§ 328 ff. BGB.)<sup>2)</sup>. Die  
Koalitionen sind Zweigvereine oder Zentralverbände. Zweigvereine  
können Tarifparteien sein, wenn sie selbständige Vereine sind (S. 69).  
Zweigvereine, die nicht selbständig sind, sind Organe des Zentral-  
verbands. Schließen mehrere Koalitionen einen Tarifvertrag ab  
(„mehrgliedriger Tarifvertrag“), so können sie einzeln keine vom  
Tarifvertrag abweichende Sonderabrede mit Tarifparteien der anderen  
Seite treffen; im übrigen sind sie selbständig berechtigt und ver-  
pflichtet<sup>3)</sup>.

## 2. Die Tarifwirkung.

Durch den Abschluß des Tarifvertrags wird eine Rechtsordnung  
errichtet (S. 50), zugleich aber ein Schuldverhältnis zwischen den  
Tarifparteien erzeugt, das diese Rechtsordnung sichert, und eine  
organisatorische Bindung zwischen den Tarifverbänden und ihren  
Mitgliedern herstellt, die die Tarifgeltung den einzelnen Verbands-  
angehörigen gegenüber gewährleistet. Es ist hiernach eine normative  
obligatorische und organisatorische Funktion des Tarifvertrags zu  
unterscheiden. Diese Funktionen beruhen nicht auf verschiedenen  
Rechtsakten, die nur äußerlich zusammengefaßt sind, sondern sie  
sind verschiedene Äußerungsformen eines Vertragsganzen, in dem  
sich die Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Beruf  
ausspricht.

1) Über die Begründung der „Verbandstheorie“ gegenüber der „Vertretungs-  
theorie“ s. ausführlich SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I,  
S. 61 ff.

2) RGZ., Bd. 73, S. 105; Bd. 113, S. 198.

3) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 229 ff.; ders.,  
Ein Arbeitstarifgesetz, S. 83 ff.; dazu § 8 ArbTarGE.

a) Die normative Funktion.

In der normativen Funktion wirkt der Tarifvertrag als Rechtsquelle. Eine normative Funktion kommt denjenigen Bestimmungen des Tarifvertrags zu, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses regeln und in den Inhalt des Arbeitsverhältnisses eingehen können<sup>1)</sup>. Wir nennen diese Bestimmungen Arbeitsnormen. Die Arbeitsnormen sind objektives Recht. Sie gehören dem autonomen Arbeitsrecht an (S. 46 ff., 48 ff.).

Indem die Arbeitsnormen auf die Regelung des Inhalts von Arbeitsverhältnissen beschränkt sind, scheiden aus der normativen Funktion alle Bestimmungen aus, die nicht auf den Inhalt, sondern den Abschluß des Arbeitsverhältnisses abzielen. Tarifbestimmungen können auf den Abschluß von Arbeitsverhältnissen positiv oder negativ einwirken, wie z. B. die Vorschriften über die Einstellung bestimmter Vorarbeiter oder die Nichtbeschäftigung von Frauen. Eine besondere Rolle spielt hierbei die „Wiedereinstellungsklausel“, wonach streikende oder ausgesperrte Arbeitnehmer wieder eingestellt werden sollen<sup>2)</sup>. Sie kann eine Inhaltsbestimmung sein, wenn sie nur darauf gerichtet ist, Anstellungsverträge, die nicht aufgelöst waren, wieder in Gang zu bringen, oder Kündigungen von Anstellungsverträgen als nicht erfolgt anzusehen. Wenn die Klausel diesen Sinn nicht hat, ist sie eine Abschlußbestimmung, die dem Arbeitgeber aufgibt, mit streikenden oder ausgesperrten Arbeitnehmern neue Anstellungsverträge abzuschließen<sup>3)</sup>. Als Abschlußbestimmung scheidet die „Wiedereinstellungsklausel“ aus der normativen Funktion aus.

1) Es macht hierbei keinen Unterschied, ob das Arbeitsverhältnis auf einem Anstellungsvertrag beruht oder nicht; vgl. dazu neuerdings POTTHOFF, Die Rechtsform des Arbeitsverhältnisses, JW., 1927, S. 225, 226 unter 4, und die Entsch. des LG. Dresden v. 6. 2. 1926, NZfAR, 1926, S. 758 unter 3. — Im übrigen können nur rechtlich gültige Bestimmungen in Frage kommen (§§ 134, 138 BGB.). — Zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gehören auch die Nebenabreden.

2) NIPPERDEY, Der Schiedsspruch auf Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, ArbR., 1924, S. 553.

3) RGZ., Bd. 111, S. 170.

Aber auch soweit eine Arbeitsnorm auf den Inhalt von Arbeitsverhältnissen gerichtet ist, kann ihr die normative Funktion fehlen, wenn sie nicht geeignet ist, in den Inhalt einzugehen<sup>1)</sup>. Dies trifft in zwei Fällen zu. Der erste Fall betrifft die negative Inhaltsbestimmung, wie z. B. das Verbot, Akkordarbeit zu leisten. Eine solche Bestimmung hat nur insoweit normative Funktion, als sie dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses einverleibt werden kann. Diese Einverleibung ist in der Weise möglich, daß der Arbeitnehmer die Leistung von Akkordarbeit verweigern darf. Soweit aber eine solche Einverleibung rechtlich nicht möglich ist, versagt die normative Funktion. Der zweite Fall ist die Arbeitsnorm, die Solidarbeziehungen des Arbeitsverhältnisses regelt (S. 109f.). Auch solche Normen können der normativen Funktion teilhaftig sein, soweit sie Individualansprüche aus dem Arbeitsverhältnis hervorrufen. Man denke an den Fall, daß eine Tarifbestimmung für einen Tarifbetrieb eine bestimmte Ventilationseinrichtung vorschreibt. Nimmt der Arbeitgeber diese Einrichtung nicht vor, so steht dem Arbeitnehmer nach allgemeiner Regel (S. 158f.) das Recht zu, die Arbeit zu verweigern. Insofern wirkt die Tarifbestimmung normativ. Soweit aber eine solche Wirkung nicht in Frage kommt, wie z. B. bei der Vorschrift einer bestimmten Lehrlingsskala, besteht eine normative Funktion nicht. Tarifbestimmungen, die hiernach keine normative Funktion haben, werden durch die obligatorische und organisatorische Funktion gesichert.

Im folgenden betrachten wir den Geltungsbereich und die Kraft der Arbeitsnormen.

*α) Der Geltungsbereich der Arbeitsnormen.*

Der Geltungsbereich der Arbeitsnormen ist in persönlicher, beruflicher, räumlicher und zeitlicher Beziehung von Bedeutung.

---

1) Umstritten ist die Frage, ob eine Schiedsklausel oder ähnliche Klauseln in das Arbeitsverhältnis eingehen können. Die Frage ist zu bejahen, wenn die Angelegenheiten, die durch die Klausel betroffen werden, Angelegenheiten des Arbeitsverhältnisses sind; so auch das RG. in NZfAR., 1926, S. 700.

Der persönliche Geltungsbereich umfaßt alle Arbeitgeber, die Tarifparteien sind, sowie alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Mitglieder der vertragsschließenden Koalitionen sind, einerlei, ob sie dies zur Zeit des Tarifabschlusses schon waren oder während der Geltungsdauer des Tarifvertrags geworden sind. Das Gesetz sieht weiterhin als „beteiligte Personen“ alle diejenigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an, die zwar nicht mehr Mitglieder der vertragsschließenden Koalitionen sind, es aber bei dem Abschluß des Anstellungsvertrags waren, oder den Anstellungsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlossen haben. Ist der Abschluß des Anstellungsvertrags unter Berufung auf den Tarifvertrag erfolgt, so ist damit eine besondere Tarifunterworfenheit entstanden, die so lange währt, als der Anstellungsvertrag dauert. Die Unterwerfungserklärung kann sich stets nur auf den ganzen Tarifvertrag beziehen, eine Unterwerfung unter einzelne Tarifteile, wie etwa die Bestimmungen über die Arbeitszeit, ist rechtlich nicht möglich<sup>1)</sup>. Darüber hinaus können Arbeitsnormen auch auf Anstellungsverträge von Personen ausstrahlen, die nicht beteiligte Personen sind. Die Voraussetzung dafür ist, daß diese Arbeitsnormen in eine Übung eingegangen sind. Sie sind dann aber keine unabdingbaren Arbeitsnormen (S. 52).

Der berufliche Geltungsbereich umfaßt diejenigen Personen, die eine berufliche Tätigkeit der im Tarifvertrag geregelten Art ausüben. Welche Tätigkeit dies ist, wird durch den Willen der Tarifparteien bestimmt. Die berufliche Zusammensetzung der vertragsschließenden Verbände ist nicht ohne weiteres ausschlaggebend. Nur wenn der berufliche Geltungsbereich des Tarifvertrags weder ausdrücklich bestimmt ist, noch aus dem sonstigen Inhalt des Tarifvertrags entnommen werden kann, kommt für die Ermittlung des Parteiwillens die berufliche Zusammensetzung der vertragsschließenden Verbände in Betracht<sup>2)</sup>. Streitfrage ist, ob ein Berufs-

1) POTTHOFF, Wer darf auf Grund eines Tarifvertrages über 48 Stunden wöchentlich hinaus beschäftigt werden?, NZfAR., 1927, S. 87 ff.

2) HUECK, Handbuch, III, S. 53.

fachtarif (z. B. ein für das Baugewerbe abgeschlossener Tarifvertrag) auch für die im fremden Berufszweig beschäftigten Facharbeiter (z. B. Bauarbeiter sind in Metallbetrieben angestellt) gilt<sup>1)</sup>.

Der räumliche Geltungsbereich wird durch den Willen der Tarifparteien bestimmt. Fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, so muß der Geltungsbereich aus den Umständen ermittelt werden. Ist z. B. der Tarifvertrag zwischen örtlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalitionen abgeschlossen, so gilt er im Zweifel auch nur für den betreffenden Ort<sup>2)</sup>. Dies schließt aber nicht aus, daß die Arbeitsnormen des örtlichen Tarifvertrags gelten, wenn ein Arbeitgeber außerhalb des Ortes Arbeiten für seinen Betrieb ausführen läßt<sup>3)</sup>.

Der zeitliche Geltungsbereich richtet sich nach der Geltungsdauer des Tarifvertrags. Der Tarifvertrag kann den Arbeitsnormen rückwirkende Kraft beilegen. Rückwirkung ist nur anzunehmen, wenn sie im Tarifvertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Ist Rückwirkung vorgesehen, so ergreift sie die Arbeitsverhältnisse von dem Zeitpunkt ab, für den der Geltungsbeginn der Arbeitsnormen angesetzt ist. Sind die Arbeitsverhältnisse in der Zeit zwischen dem Geltungsbeginn und dem Zeitpunkt des Tarifabschlusses aufgelöst, so bezieht sich die Rückwirkung auch auf diese Arbeitsverhältnisse<sup>4)</sup>. Die Arbeitsnormen des Tarifvertrags wirken weiter, auch wenn der Tarifvertrag, der sie geschaffen hat, abgelaufen ist. Diese Weiterwirkung ergibt sich aus dem Wesen der Arbeitsnormen. Arbeitsnormen sind Rechtsnormen. Sie bestimmen, wie andere Rechtsnormen, den Inhalt der unter ihrer Herrschaft abgeschlossenen Verträge. Fallen sie weg, so bleibt dieser Inhalt bestehen, wie er

1) HUECK, a. a. O., S. 54; BECKER, Die Tarifnormen-Kollision (Schriften des Inst. f. Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig), 1924; KASKEL, NZfAR., 1926, S. 335; LG. Frankfurt a. M., JW., 1923, S. 246<sup>3</sup>.

2) HUECK, a. a. O., S. 51 ff.

3) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 11 ff.

4) Diese Ansicht ist bestritten; vgl. dazu KASKEL, S. 29 Anm. 3. Für die Rückwirkung die Entsch. des RG. in NZfAR., 1924, S. 496; ebenso KG. in NZfAR., 1923, S. 763.

durch sie geschaffen war. Was hierbei weiterwirkt, ist nicht der Tarifvertrag, sondern der tariflich bestimmte Anstellungsvertrag. Die Parteien des Anstellungsvertrags können seinen Inhalt ändern. Der Änderung stehen keine unabdingbaren Arbeitsnormen mehr entgegen. Solange aber die Parteien diesen Inhalt nicht geändert haben, gilt der alte, durch den früheren Tarifvertrag bestimmte Inhalt des Anstellungsvertrags<sup>1)</sup>. Die Weiterwirkung der Tarifbestimmungen beschränkt sich auf die privatrechtlichen Bestimmungen des Tarifvertrags. Soweit ein Tarifvertrag auch das öffentliche Recht bestimmt, wie z. B. nach § 5 ArbZeitV. (S. 180 Anm. 3), erlischt die öffentlichrechtliche Bestimmung mit seinem Ablauf. Denn die öffentlichrechtliche Bestimmung erfolgt nur für die Geltungsdauer des Tarifvertrags. Wenn daher ein Tarifvertrag über die Normalarbeitszeit hinaus außerordentliche Arbeitszeit zugelassen hat, so endet die Zulässigkeit, sie zu leisten, mit dem Ablauf des Tarifvertrags<sup>2)</sup>. Die Weiterwirkung hört auf, wenn ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen wird. Wohl bleiben nach § 1 TarifV. Abreden über günstigere Arbeitsbedingungen auch dem neuen Tarifvertrag gegenüber in Kraft. Es ist aber anzunehmen, daß der neue Tarifvertrag diese Abreden ausgeschlossen hat, wenn sie auf dem alten Tarifvertrag beruhen.

β) Die Kraft der Arbeitsnormen.

Die Arbeitsnormen gehen in den Inhalt der Arbeitsverhältnisse der Tarifbeteiligten ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Beteiligten sie kennen oder nicht (S. 49). Stellt sich ihnen eine Abrede oder eine Arbeitsordnung, ein Untertarifvertrag oder ein anderer dem

1) Die — bestrittene — Nachwirkungstheorie ist vor allen von HUECK, Die Nachwirkung der Tarifverträge, NZfAR., 1926, S. 151 ff, eingehend begründet. Auch das RG., NZfAR., 1926, S. 700, vertritt sie (s. auch JW., 1927, S. 265 mit Anm. von ERWIN JACOBI). Über die neuesten Versuche, sie praktisch auszuscheiden, s. POTTHOFF, ArbR., 1927, S. 58.

2) SINZHEIMER, Arbeitsrecht im Betrieb, Beilage zur Betriebsrätezeitschrift für die Funktionäre der Metallindustrie, 1925, Nr. 14, S. 30 ff. (Gutachten); Entsch. des LG. Berlin I vom 26. 11. 1925, SchlichtW., 1927, S. 28 unter 4c. Dazu S. 180 im Text.

Tarifvertrag nachgehender Bestimmungsgrund entgegen, so vernichten sie dies alles. Aber sie begnügen sich mit dieser Vernichtung nicht, so daß § 139 BGB. eingreifen könnte. Sie setzen sich vielmehr selbst und ohne daß die Gültigkeit der Anstellungsverträge berührt wird, an die Stelle des nichtigen Bestimmungsgrunds. Die Arbeitsnormen gehen deshalb in den Inhalt der Arbeitsverhältnisse der Tarifbeteiligten nicht nur automatisch und zwingend, sondern unabdingbar ein.

In dieser Unabdingbarkeit gipfelt das kollektive Arbeitsrecht. Sie begründet die Herrschaft des Kollektivwillens über den Individualwillen. Ohne diese Herrschaft wäre der Tarifvertrag machtlos. Seine Geltung würde von dem Belieben der Tarifbeteiligten abhängen. Dem früheren Recht war die Unabdingbarkeit fremd. Es kannte keine Normwirkung<sup>1)</sup>. Der Tarifvertrag war keine Rechtsquelle, sondern nur ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag<sup>2)</sup>. Erst durch § 1 TarifV. wurde der Tarifvertrag nicht nur zu einer Rechtsquelle erhoben, sondern auch die Unabdingbarkeit ihrer Normen ausgesprochen. Bis dahin waren Abreden unter den Parteien des Anstellungsvertrags, die vom Tarifvertrag abwichen, gültig. Ein Einschreiten wegen der tarifwidrigen Abrede war nur auf Grund einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers (die, wenn ein Arbeitgeberverband Partei war, nicht in Frage kam) im Wege der Klage durch die Tarifpartei möglich.

Indessen ist durch die Unabdingbarkeit der Individualwille der Tarifbeteiligten nicht völlig ausgeschaltet. Sie gestattet abweichende Vereinbarungen, soweit sie im Tarifvertrag grundsätzlich zugelassen sind, oder eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des

---

1) Das Gegenteil versuchte LOTMAR in seiner epochemachenden Abhandlung „Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“, Archiv f. soz. Gesetzgebung und Statistik, XV, S. 1 ff, darzutun, ohne indessen durchzudringen (vgl. dazu SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 54 ff.).

2) Über die Kritik an dem damaligen Rechtszustand s. SINZHEIMER, Rechtsfragen des Arbeitstarifvertrags; Brauchen wir ein Arbeitstarifgesetz?, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 44, 1913.

Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind (§ 1 TarifV.). Hierbei ist streitig, in welchen Fällen „eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers“ vorliegt. Eine solche Änderung liegt nur vor, wenn die Abrede dem Arbeitnehmer Vorteile über das Maß der im Tarifvertrag festgelegten Bedingungen gewährt. Eine Änderung zugunsten des Arbeitnehmers kommt deswegen nicht in Frage, wenn ein niedrigerer Lohn mit ihm vereinbart wird, weil er bei Einhaltung des Tariflohns entlassen worden wäre<sup>1)</sup>. Dasselbe gilt für den Fall, daß der Anstellungsvertrag zwar aufrechterhalten, die Arbeit aber ausgesetzt wird, so daß der Arbeitnehmer für die Zeit der Aussetzung überhaupt keinen Lohn empfängt (S. 113, Anm. 4). In anderen Einzelfällen kann die Antwort auf die Frage, ob eine Änderung zugunsten des Arbeitnehmers vorliegt, zweifelhaft sein. Man denke an die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist, als wie sie im Tarifvertrag vorgesehen ist. Die Entscheidung wird in solchen Fällen stets nur aus der konkreten Lage unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der Arbeitsmarktlage zu treffen sein. Feste Regeln lassen sich dafür nicht aufstellen<sup>2)</sup>. Jedenfalls bedeutet die Ausschaltung des Individualwillens in solchen Fällen keine Erstarrung des Tarifvertrags. Wenn die Gesamtlage es erforderlich macht, die Tarifsätze zu durchbrechen, so können jederzeit Abweichungen vom Tarifvertrag durch die Tarifparteien selbst vereinbart werden. Sehen daher Tarifbeteiligte Tarifsätze als untragbar an, so können die Tarifparteien, aber auch nur die Tarifparteien Abhilfe schaffen. Dadurch wird der kollektivrechtliche Charakter des Tarifvertrags gewahrt, und doch individuellen Erfordernissen Rechnung getragen<sup>3)</sup>.

1) Vgl. dazu die Entsch. des RG. vom 27. 11. 1925, JW., 1927, S. 241 u. dazu die Anm. von HUECK; NIPPERDEY, Rechtsprechung, S. 26 ff.

2) Vgl. dazu HUECK, Handbuch, III, S. 60 ff.; NIPPERDEY, Rechtsprechung, S. 19.

3) SINZHEIMER, Grundrechte und Pflichten aus den Tarifverträgen, Vortrag auf der 25. Generalversammlung des Verbandes der Bergarbeiter Deutschlands, herausgegeben vom Vorstand des Verbandes der Bergarbeiter Deutschlands, Bochum, 1926, S. 12.

Die Unabdingbarkeit ist das Rückgrat des Tarifvertrags. Alle Rechtsakte, die darauf gerichtet sind, die Unabdingbarkeit zu umgehen, sind daher unwirksam. Dahin gehören nicht nur Kündigungen, die erfolgen, wenn ein Arbeitnehmer mit der Zumutung tarifwidriger Bestimmungen nicht einverstanden ist (S. 204). Dahin gehört vor allem auch der Verzicht auf den tarifmäßigen Lohn. Der Verzicht ist zweifellos ungültig, wenn schon vor der Fälligkeit des Tariflohns zwischen den Tarifbeteiligten verabredet worden ist, daß der Arbeitnehmer nach der Fälligkeit den vollen Tariflohn nicht erheben soll. Eine solche Abrede ist nichts anderes als eine tarifwidrige Lohnabrede. Der Verzicht ist weiterhin ungültig, wenn er zwar nicht auf Grund einer vorherigen Abrede erfolgt, aber doch darin seinen Grund hat, daß der Arbeitnehmer befürchtet, in seiner Stellung benachteiligt zu werden, wenn er den Verzicht nicht aussprechen würde. Prima facie ist in solchen Fällen anzunehmen, daß der Verzicht tarifwidrigen Zwecken dient. Soll daher der Verzicht auf fällig gewordenen Tariflohn gültig sein, so hat der Arbeitgeber den Beweis zu erbringen, daß der Verzicht aus Gründen erfolgt ist, die nichts mit dem Tarifvertrag und der Stellung des Arbeitnehmers zu tun haben (z. B. der Arbeitnehmer hat auf Tariflohn verzichtet, weil der Arbeitgeber wegen Krankheit in der Familie nicht in der Lage ist, den ganzen Lohn zu zahlen)<sup>1)</sup>.

#### b) Die obligatorische Funktion.

In der obligatorischen Funktion wirkt der Tarifvertrag als schuldrechtlicher Vertrag. Der schuldrechtliche Vertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Ihm entspringt die Pflicht der Tarifparteien, solange der Tarifvertrag in Geltung ist, den Arbeitsfrieden zu halten. Wir nennen diese Pflicht die Friedenspflicht. Die Friedenspflicht ist für den Tarifvertrag wesentlich. Ohne sie ist ein Tarifvertrag

<sup>1)</sup> NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 18 ff.; ders., Rechtsprechung, S. 19 ff., S. 26 ff., S. 30 ff. Die Frage ist bestritten. Literatur und Judikatur bei NIPPERDEY. Anderer Meinung ist z. B. LG. Dresden in einer Entsch. vom 6. 2. 1926 (SchlichtW., 1927, S. 26, mit einer Anm. von JOERGES gegen die Zulässigkeit des Verzichts).

nicht vorhanden. Neben der Friedenspflicht können weitere Pflichten der Tarifparteien bestehen, wenn sie in dem Tarifvertrag vereinbart sind. Wir nennen diese Pflichten, weil sie im Rechtssinn keine wesentlichen Pflichten sind, Nebenpflichten.

α) Die Friedenspflicht.

Die Friedenspflicht ist eine Pflicht zur Unterlassung und zu einem Tun. Die Tarifparteien sind verpflichtet, eigene Kampfhandlungen gegen den Bestand des Tarifvertrags zu unterlassen und, wenn sie Tarifverbände sind, dafür zu sorgen, daß auch ihre Mitglieder solche Kampfhandlungen unterlassen. Wenn die Tarifparteien Tarifverbände sind, was auf Arbeitnehmerseite immer der Fall ist, so unterliegen ihre Mitglieder obligatorisch der Friedenspflicht nicht. Denn die Mitglieder sind keine Vertragsparteien. Die Friedenshaltung der Mitglieder ist nach geltendem Recht obligatorisch nur dadurch gesichert, daß ihre Verbände verpflichtet sind, auf sie zur Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens einzuwirken. Wenn daher ein Arbeitgeberverband Tarifpartei ist und seine Mitglieder sperren Arbeitnehmer tarifwidrig aus, so kann der Arbeitnehmerverband nur den Arbeitgeberverband in Anspruch nehmen. Unmittelbare Ansprüche gegen die einzelnen Arbeitgeber stehen dem Arbeitnehmerverband nicht zu.

Die Friedenspflicht ist keine absolute, sondern eine relative Pflicht. Es werden durch sie Kampfhandlungen nicht überhaupt, sondern nur insoweit ausgeschlossen, als sie sich gegen Bestimmungen des Tarifvertrags richten<sup>1)</sup>. Kämpfe während des Bestandes eines Tarifvertrags, welche die Tarifregelung nicht berühren, z. B. Kämpfe um die Arbeitszeit, wenn der Tarifvertrag die Arbeitszeit nicht geregelt hat, sind keine Friedensbrüche.

Wird die Friedenspflicht verletzt — die Verletzung muß nicht ein offener Arbeitskampf sein, es genügt auch ein stiller Arbeitskampf, ein fortgesetztes Unterwühlen der Tarifordnung —, so er-

1) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 137 ff.; RG. in JW., 1915, S. 407; 1927, S. 246<sup>4</sup> (mit Anm. von GROH); RGZ., Bd. 111, S. 107, Bd. 113, S. 198.

geben sich für die vertragstreue Tarifpartei alle Ansprüche, die nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts bestehen. Es handelt sich um Ansprüche auf Erfüllung, Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen und Schadensersatz. Neben diesen Ansprüchen kommt das Rücktrittsrecht nach § 326 und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BRG. in Frage<sup>1)</sup>. Die Ansprüche können durch Klage oder, falls die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, auch durch einstweilige Verfügung geltend gemacht werden. Neben den Ansprüchen der Tarifparteien können Ansprüche Dritter, insbesondere der Mitglieder der Tarifverbände bestehen. Wenn eine Arbeitnehmerkoalition tarifwidrig Mitglieder eines Arbeitgeberverbands bestreikt, so hat nicht nur der Arbeitgeberverband Ansprüche gegen die Arbeitnehmer-Koalition, sondern auch der bestreikte Arbeitgeber. Dasselbe gilt umgekehrt für die Mitglieder der Arbeitnehmer-Koalition, wenn sie tarifwidrig ausgesperrt worden sind<sup>2)</sup>. Dabei ist aber zu beachten, daß diese Einzelansprüche stets nur gegen die Tarifparteien bestehen. Wenn Mitglieder eines Arbeitgeberverbands Arbeitnehmer tarifwidrig ausgesperrt haben, so haben die Arbeitnehmer nur Ansprüche gegen den Arbeitgeberverband, wenn dieser seiner Einwirkungspflicht nicht genügt hat, nicht auch gegen die einzelnen Arbeitgeber, für die nach dem Gesagten keine obligatorische Friedenspflicht besteht<sup>3)</sup>. Für die aus der Verletzung der Friedenspflicht sich ergebenden Rechtsstreitigkeiten sind, einerlei, ob es sich um Ansprüche von Tarifverbänden oder Dritten handelt, die Arbeitsgerichte zuständig (§ 2 Ziff. 1 ArbGerG.).

Die Haftung aus dem Friedensbruch regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen<sup>4)</sup>. Sind die Tarifparteien Verbände, so

1) Eine ausführliche Darstellung der Rechtsfolgen bei SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 183 ff., S. 204 ff.; s. auch KASKEL, Zur Lehre vom Tarifbruch, Sonderabdruck aus der NZfAR.

2) RGZ., Bd. 73, S. 92 ff.; Bd. 113, S. 198.

3) Dem Vertrag zugunsten Dritter entspricht kein Vertrag zu Lasten Dritter, s. SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 161.

4) S. den Überblick über diese Haftung in dem Gutachten NIPPERDEYS für den 34. Deutschen Juristentag (Verhandlungen, 1. Bd., S. 395 ff.). Es kommen

haften sie für den Friedensbruch, wenn sie ihn selbst begehen. Sie haften außerdem für den Friedensbruch, den ihre Organe oder Angestellte begehen. Diese Haftung beruht auf § 278 BGB., bei rechtsfähigen Vereinen dazu noch besonders auf § 31 BGB., falls es sich um das Verhalten von Vereinsorganen handelt. Eine Haftung der Verbände für ihre Mitglieder besteht nicht, wenn sie nicht in dem Tarifvertrag ausdrücklich übernommen worden ist. Neben den Verbänden haften ihre Mitglieder nicht. Für rechtsfähige Vereine ist dieser Ausschluß der Haftung selbstverständlich. Bei nicht-rechtsfähigen Vereinen ist davon auszugehen, daß zwar nach § 54 BGB. eine grundsätzliche Haftung aller einzelnen Mitglieder für Verbandsverpflichtungen besteht. § 54 ist aber nicht zwingend. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluß ist bei dem Abschluß von Tarifverträgen anzunehmen<sup>1)</sup>. Dagegen haften neben nichtsrechtsfähigen Vereinen die sog. Abschlußpersonen, d. h. diejenigen Personen, die im Namen des Verbands den Tarifvertrag abgeschlossen haben (§ 54 BGB.). Eine vertragsmäßige Ausschließung dieser Haftung ist zwar auch an sich möglich, aber nur unter besonderen Umständen anzunehmen<sup>2)</sup>. In jedem Fall ist die Haftung unbeschränkt. Die Verbände haften mit ihrem ganzen Vermögen bis zur vollen Höhe des Schadens ohne Rücksicht auf die Zwecke, denen etwaige Einzelfonds ihres Vermögens dienen.

#### β) Die Nebenpflichten.

Die Tarifparteien können aus dem Tarifvertrag Nebenpflichten haben. Sind die Tarifparteien Tarifverbände, so können sich diese Nebenpflichten auf ein Verhalten der Verbände selbst oder ihrer Mitglieder beziehen. Das erstere ist der Fall, wenn sich z. B. die Tarifverbände verpflichtet haben, mit anderen Organisationen

---

hier nur diejenigen Kampfhandlungen in Frage, die gegen einen Tarifvertrag gerichtet sind und deswegen Vertragspflichten verletzen. Über Kampfhandlungen als unerlaubte Handlungen später im Text.

1) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 154 ff.

2) RGZ., Bd. 82, S. 298.

keine Tarifverträge abzuschließen oder einen tariflichen Schlichtungsausschuß zu beschicken. Das letztere ist der Fall, wenn z. B. Mitglieder von Tarifverbänden streikende Arbeitnehmer wieder einstellen, Heimarbeitsverträge nicht abschließen oder eine Lehrlingskala beobachten sollen.

Die Erfüllung solcher Verpflichtungen erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen. Handelt es sich um ein Verhalten von Verbandsmitgliedern, so finden die dargelegten Grundsätze über die Friedenspflicht der Verbände entsprechende Anwendung. Die einzelnen Mitglieder sind der Gegenseite gegenüber nicht obligatorisch verpflichtet, das für sie im Tarifvertrag vorgesehene Verhalten zu beobachten. Das der Tarifvorschrift entsprechende Verhalten der Mitglieder ist vielmehr nur mittelbar durch die Verpflichtung des Verbands, organisatorisch auf seine Mitglieder einzuwirken, gesichert. Ist daher in einem Friedensabkommen tariflich vorgesehen, daß die einzelnen Arbeitgeber die streikenden oder ausgesperrten Arbeitnehmer wieder einstellen und sie tun dies nicht, so ist eine Klage nur gegen den Arbeitgeberverband auf Grund seiner Einwirkungspflicht möglich, falls der Tarifvertrag mit einem Arbeitgeberverband abgeschlossen ist und die Arbeitgeber Mitglieder desselben sind.

### **c. Die organisatorische Funktion.**

In der organisatorischen Funktion wirkt der Tarifvertrag als Verbandsbeschluß. Wenn die Tarifpartei ein Tarifverband ist, so beruht der Abschluß eines Tarifvertrags stets auch auf einem Beschluß des zuständigen Verbandsorgans. Dieser Beschluß verpflichtet die Verbandsmitglieder dem Verband gegenüber zur Einhaltung des abgeschlossenen Tarifvertrags. Dadurch werden die Verbandsmitglieder, die keine obligatorischen Verpflichtungen aus dem Tarifvertrag haben, dem Tarifvertrag organisatorisch unterworfen. Nicht der gegnerische, sondern der eigene Verband tritt ihnen als das Subjekt der Tarifrechte gegenüber. Die organisatorische Funktion beruht nicht unmittelbar auf dem Tarifvertrag. Sie ge-

hört aber trotzdem dem Tarifvertrage an, weil sie eine mittelbare Folge von ihm ist und er sie zur Durchführung der obligatorischen Funktion voraussetzt.

In der organisatorischen Funktion kommt das Doppelwesen des Tarifvertrags zum Ausdruck. Der Tarifvertrag schaltet den Tauschkampf, aber auch den Konkurrenzkampf aus. Er schaltet den Tauschkampf aus, indem er zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern eine Regelung herbeiführt. Er schaltet den Konkurrenzkampf aus, oder legt wenigstens seine Bedingungen fest, indem er unter den Angehörigen der einen oder der anderen Gruppe gleiche Arbeits- oder Produktionsbedingungen herbeiführt. Der Tarifvertrag bindet deswegen nicht nur den sozialen „Gegenspieler“, sondern auch den sozialen Mitspieler. Die Lohn- und Arbeitsbedingungen werden durch ihn dem Arbeitskampf und der Schmutzkonkurrenz entzogen<sup>1)</sup>. Schreitet daher ein Verband gegen seine Mitglieder ein, weil sie Tarifbestimmungen nicht einhalten, so tut er dies nicht nur, weil ihn der Tarifvertrag dazu verpflichtet, sondern auch, weil er ein Eigeninteresse daran hat, daß seine Mitglieder die Gleichheit der Arbeits- und Produktionsbedingungen nicht verletzen. Hieraus ergibt sich, daß der Tarifverband gegen seine Mitglieder wegen Nichtbeachtung der Tarifbestimmungen auch dann einschreiten kann, wenn die gegnerische Tarifpartei ein Einschreiten nicht fordert oder fordern kann. Es genügt, daß der Verband im eigenen Interesse ein solches Einschreiten für erforderlich hält<sup>2)</sup>.

---

1) Deswegen kann die Nichtbezahlung tariflicher Löhne unlauterer Wettbewerb sein, der den Mitbewerbern gegenüber zur Unterlassung und zum Schadensersatz verpflichtet, Urteil des LG. II Berlin vom 22. 4. 1926, NZfAR., 1927, S. 52 unter II.

2) Man denke z. B. an den Fall, daß ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer untertariflich entlohnt. Der Schutz des Tarifvertrags wird in diesem Fall durch die Einzelarbeitsverträge gewährleistet. Die Arbeitnehmer können gegen den Arbeitgeber auf Zahlung der Differenz klagen. Es besteht kein Anspruch der Tarifparteien aus dem Tarifvertrag auf Nachzahlung der Löhne. Trotzdem kann der Tarifverband der Arbeitgeber aus eigenem Recht gegen den Arbeitgeber, wenn dieser dem Verband angehört, wegen tarifwidrigen Verhaltens einschreiten.

Die organisatorische Funktion war bisher nicht für alle Verbände rechtlich ausgebildet. Ihrer Durchführung stand bei gewerblichen Koalitionen § 152 Abs. 2 GewO. entgegen. Die Bestimmung ist heute durch Art. 159 RV. aufgehoben (S. 84). Damit ist die organisatorische Funktion für alle Tarifverbände der rechtlichen Sicherung unterworfen. Ob und inwieweit die Verbände von ihr Gebrauch machen, unterliegt ihrem Ermessen. Man kann dem Abschluß eines Tarifvertrages nicht ohne weiteres die Pflicht entziehen, die Tarifgeltung verbandsrechtlich, etwa durch Androhung von Vereinsstrafen, zu sichern.

### 3. Die Tariferweiterung.

Der Tarifvertrag umfaßt die Tarifparteien und die Tarifbeteiligten. Der Tarifgeltung sind deswegen alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer entzogen, die nicht Tarifparteien oder Tarifbeteiligte sind. Und doch strebt jeder Tarifvertrag in seinem innersten Wesen nach allgemeiner Geltung für alle Berufsangehörige. So entsteht das rechtliche Bedürfnis, auch solche Berufsangehörige der Tarifgeltung zu unterwerfen, die nicht dem Tarifbereich angehören.

Es gibt verschiedene Formen, in denen die Befriedigung dieses Bedürfnisses möglich ist. Das Recht kann für alle Berufsangehörige Zwangsorganisationen zum Abschluß von Tarifverträgen gründen. Ihre Tarifverträge wären dann ohne weiteres für alle Berufsangehörige wirksam. Diese Form hat BRENTANO, der unermüdliche Vorkämpfer des Tarifgedankens in Deutschland, vorgeschlagen, ohne aber mit Rücksicht auf die Bedenken, die der Gründung von Zwangsorganisationen entgegenstehen, durchdringen zu können<sup>1)</sup>. Ein anderer Weg, den die Gesetzgebung einschlagen kann, ist die Personaldelegation<sup>2)</sup>. Das Recht kann die bestehenden Organisationen mit der Fähigkeit begaben, Tarifwirkungen nicht nur für

1) S. dazu die Begründung des ArbTarGE., RABL., AT., 1921, S. 491 ff., 493 unter II.

2) S. darüber grundsätzlich ROSIN, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 187 ff.

ihre Verbandsangehörigen, sondern darüber hinaus für alle Berufsangehörigen, auch wenn sie nicht organisiert sind, hervorzubringen. Aber auch dieser Weg wäre bedenklich, weil man nicht jedem Tarifvertrag ohne Rücksicht auf die Organisation, die ihn schließt, und ohne Rücksicht auf den Umfang, den er hat, eine solche übergreifende Bedeutung beilegen kann, ganz abgesehen von den Konflikten, die bei einer Mehrheit von Tarifverträgen verschiedener Organisationen entstehen würden. Deswegen bleibt als praktische Möglichkeit nur die Form der Tarifierweiterung übrig, die § 2 TarifV. vorsieht<sup>1)</sup>. Hiernach kann die Reichsarbeitsverwaltung<sup>2)</sup> oder der zuständige Fachausschuß für Hausarbeiter, wenn es sich um Hausarbeitertarife handelt (§ 31 HausArbG.), Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben<sup>3)</sup>, für allgemeinverbindlich erklären. Sie sind dann innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs für Arbeitsverträge, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen, auch dann verbindlich im Sinne des § 1 TarifV., wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer oder beide an dem Tarifvertrag nicht beteiligt sind (§ 2 Abs. 1 TarifV.).

Die allgemeine Verbindlichkeitserklärung ist eine Rechtsverordnung<sup>4)</sup>, deren Eigentümlichkeit darin besteht, daß sie ihren Inhalt nicht selbst schafft, sondern, ohne ihn abändern zu können, einem bestehenden Tarifvertrag entnimmt<sup>5)</sup>. Ihre Gültigkeit ist der richterlichen Nachprüfung entzogen, aber nur insoweit, als

---

1) Auf diesen Weg habe ich bereits im Jahre 1907 hingewiesen (Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 297).

2) Nach der Bekanntmachung des Reichsarbeitsministers vom 1. 6. 1922, RABl., AT., 1922, S. 292.

3) Diese Voraussetzung muß bei der Verbindlichkeitserklärung von Hausarbeitertarifen nicht vorhanden sein (§ 31 HausArbG.).

4) FRANZ NEUMANN, Die Rechtsnatur der Verbindlichkeitserklärung, NZfAR., 1926, S. 353 ff.

5) Die allgemeine Verbindlichkeitserklärung muß nicht den ganzen Inhalt, der an sich der Verbindlichkeitserklärung zugänglich ist, übernehmen; sie kann sich auf einzelne Teile desselben beschränken.

nicht eine richterliche Nachprüfung der Gültigkeit von Rechtsverordnungen nach allgemeiner Lehre zulässig ist<sup>1)</sup>. Sie ist in ihrer Wirkung persönlich und sachlich begrenzt.

Die allgemeine Verbindlichkeitserklärung umfaßt nur die Außenseiter, nicht auch die Tarifbeteiligten. Für die Tarifbeteiligten gilt nach wie vor der Tarifvertrag und nur der Tarifvertrag. Die praktische Bedeutung dieser Begrenzung liegt darin, daß die Tarifparteien durch die allgemeine Verbindlichkeitserklärung die Verfügung über die Tarifbeziehungen nicht verlieren. Sie können den Tarifvertrag abändern oder aufheben. Für sie ist das Tarifrecht nur Vertragsrecht, kein Verordnungsrecht. Verordnungsrecht ist das Tarifrecht nur für die Außenseiter. Sie werden durch die allgemeine Verbindlichkeitserklärung nicht als Tarifbeteiligte dem Tarifvertrag eingegliedert, sondern nur seinem Inhalt durch Verordnung unterworfen. Ihre Beziehungen richten sich daher nur nach dem Inhalt und der Dauer der Verordnung. Wird durch die Tarifparteien der Tarifvertrag geändert oder aufgehoben, so hat dies keinen Einfluß auf die Außenseiter. Das für sie maßgebende Tarifrecht ist erst abgeändert oder aufgehoben, wenn die allgemeine Verbindlichkeitserklärung abgeändert oder aufgehoben ist<sup>2)</sup>. Die Unterwerfung der Außenseiter unter das verordnete Tarifrecht schließt nicht aus, daß sie durch Abschluß eines Tarifvertrags Tarifbeteiligte werden. Die Bestimmungen des neuen Tarifvertrags können aber, wenn nicht der Umgehung der allgemeinen Verbindlichkeitserklärung Tür und Tor geöffnet werden soll, nur so weit gelten, als nach § 1 TarifV. abweichende Vereinbarungen zulässig sind<sup>3)</sup>.

Die allgemeine Verbindlichkeitserklärung umfaßt nur die norma-

---

1) Über die allgemeine Lehre s. FLEINER, S. 73 ff.

2) Die im Text vertretene Auffassung entspricht der sogenannten beschränkten Gesetzestheorie, wie sie von OERTMANN, GewKfmG., 24. Jahrg., S. 232, begründet worden ist. Ihr folgen auch §§ 21 ff. ArbTarGE. Über die entgegengesetzten Ansichten s. KASKEL, S. 19, Anm. 1, und neuerdings PAUL WELL, Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, 1926.

3) S. allgemein HUECK, Konkurrenz von Gesamtvereinbarungen, NZfAR., 1926, S. 385 ff.

tive, nicht auch die obligatorische und organisatorische Funktion des Tarifvertrags. Deswegen ist die Bestimmung der normativen Funktion für das Tarifrecht so wichtig, weil von ihr nicht nur die Kraft der Arbeitsnormen, sondern auch die Möglichkeit abhängt, Tarifbestimmungen für allgemeinverbindlich zu erklären. Soweit die Bestimmungen normative Funktion haben und allgemeinverbindlich sind, ist die Kraft der Arbeitsnormen für die Außenseiter dieselbe wie für die Tarifbeteiligten (§ 1 TarifV.).

#### 4. Die Tarifnatur.

Wenn wir die Natur des Tarifvertrags bestimmen wollen, so müssen wir die Tarifparteien, den Tarifvertragsakt und die Tarifwirkung unterscheiden.

Die Tarifparteien gehören dem Privatrecht an. Sind die Tarifparteien einzelne Arbeitgeber, so bedarf dies keiner weiteren Ausführung. Sind die Tarifparteien, was auf der Arbeitnehmerseite immer der Fall ist, Koalitionen, so hängt die Bestimmung des Rechts, dem sie angehören, von der Natur der Koalitionen ab. Wir sahen bereits, daß die Koalitionen keine öffentlichrechtlichen Verbände sind (S. 79 ff.). Der Tarifvertrag gehört mithin, soweit die Parteien in Betracht kommen, dem Privatrecht an.

Dagegen ist der Tarifvertragsakt zwiespältig. Der Tarifvertrag bringt Rechtssätze, schuldrechtliche und organisatorische Beziehungen hervor. Soweit der Tarifvertrag schuldrechtliche und organisatorische Beziehungen hervorbringt, ist er eine Erscheinung des Privatrechts. Die Frage ist, ob der Tarifvertrag, soweit er Rechtssätze hervorbringt, dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört. An sich ist ein Rechtssetzungsakt nicht ohne weiteres ein Vorgang, der dem öffentlichen Recht angehört. Auch Vereine bringen objektives Recht hervor. Deswegen ist aber der darauf bezügliche Rechtssetzungsakt noch kein öffentlichrechtlicher Akt. Indessen läßt sich der tarifliche Rechtssetzungsakt mit diesem Vorgang nicht völlig vergleichen. Der tarifliche Rechtssetzungsakt unterscheidet sich von den privatrechtlichen Rechtssetzungsakten durch

die Personen, für die er bestimmt ist, und durch das Verhältnis, in dem er zum Staate steht. Dem Vereinsrecht sind nur Vereinsmitglieder unterworfen. Den Arbeitsnormen des Tarifvertrags sind aber nicht nur Verbandsangehörige, sondern auch andere Personen unterworfen (S. 259). Es kommt dazu, daß der Staat die Arbeitsnormen als Rechtssätze ansieht, die an die Stelle seines eigenen Rechts treten. Das zeigt sich vor allem in der Tarifierweiterung. Das Wesen der Tarifierweiterung besteht darin, daß der Staat tarifliches Recht übernimmt, als ob er es selbst geschaffen hätte, um es auf Personen zu übertragen, die außerhalb des Vertragsbereichs sich befinden. Der Staat bedient sich des Tarifrechts für seine Zwecke. Das staatliche Interesse tritt weiterhin in dem Institut des Zwangstarifvertrags (S. 304) hervor. Es steht nicht nur im Belieben der Koalitionen, ob sie Tarifrecht und welches Tarifrecht sie erzeugen wollen. Der Staat kann auch der tarifunwilligen Koalition im Wege des verbindlich erklärten Schiedsspruchs einen Tarifvertrag auferlegen.

Faßt man dies ins Auge, so ist der tarifliche Rechtssetzungsakt als ein öffentlichrechtlicher Vorgang anzusehen, einerlei, ob man das Wesen des öffentlichen Rechts auf die Interessen- oder Gewalttheorie gründet. Der Tarifvertragsakt ist mithin ein Akt, der privatrechtliche und öffentlichrechtliche Elemente in sich vereinigt. Diese Feststellung ist nicht ohne praktische Bedeutung. Vor allem wird die rechtliche Behandlung der Anfechtung eines Tarifvertrags von der zwiespältigen Natur des Tarifvertragsakts abhängig sein. Die Bestimmungen des BGB. über die Anfechtung, insbesondere § 142 Abs. 1 BGB., sind nicht ohne weiteres auf die Anfechtung eines Tarifvertrags zu übertragen<sup>1)</sup>.

Rein privatrechtlich ist der Tarifvertrag wiederum in seinen Wirkungen<sup>2)</sup>. Die Wirkungen des Tarifvertrags sind privatrecht-

1) Vgl. darüber einerseits TECKLENBURG, NZfAR., 1924, S. 437, andererseits POTTHOFF, a. a. O., 1924, S. 670, und HUECK, Normenverträge, Iherings, J., Bd. 73, S. 109.

2) Privatrechtliche Wirkungen können selbst durch einen reinen öffentlichrechtlichen Vertrag erzeugt werden; s. darüber besonders KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 29 ff., S. 30, 33 oben.

licher Art, auch soweit Arbeitsnormen erzeugt werden. Die Arbeitsnormen gehören nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Privatrecht an. Der Inhalt des Tarifvertrags ist ein privatrechtlicher Inhalt. Die Streitigkeiten aus einem Tarifvertrag sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten (§ 2 Ziff. 1 ArbGerG.)<sup>1)</sup>.

Wir schließen, indem wir feststellen, daß der Tarifvertrag ein Vertrag zwischen Privaten mit privatrechtlichen Wirkungen ist, der aber in seinem Abschluß privatrechtliche und öffentlichrechtliche Elemente vereinigt.

### 5. Tarifprobleme.

Das geltende Tarifrecht enthält gegenüber den unregulierten Zuständen vor der Verordnung vom 23. 12. 1918 einen Fortschritt. Dieser Fortschritt liegt vor allem in der Einführung der Unabdingbarkeit und allgemeinen Verbindlichkeitserklärung. Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß das geltende Tarifrecht dringend der Weiterbildung bedarf<sup>2)</sup>. Wenn wir die Fragen, die hieraus entstehen, kurz erörtern, so geschieht dies nicht nur, um auf die gesetzgeberischen Probleme hinzuweisen, sondern auch um die Bedeutung des geltenden Tarifrechts in zwei entscheidenden Punkten noch einmal scharf zu beleuchten. Die beiden Punkte, um die es sich handelt, sind die Subjekts- und Haftungsgestaltung.

Die Subjektsgestaltung des geltenden Rechts entspricht der herrschenden schuldrechtlichen Auffassung. Hiernach können aus einem schuldrechtlichen Vertrag Verpflichtungen nur für Vertragsparteien entstehen. Diese Auffassung führt für den Tarifvertrag zu den unerträglichsten Ergebnissen. Man nehme als Beispiel

---

1) Unhaltbar ist deswegen die Entsch. des RG. in RGZ., Bd. 107, S. 247 ff., wonach Streitigkeiten aus einem Tarifvertrag über die Entsendung von Vertretern in einen tarifvertraglichen Hauptausschuß keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sein sollen. Vgl. grundsätzlich zu der Frage FRANZ NEUMANN, ArbR., 1926, S. 39.

2) S. dazu neuerdings ERDEL, Die Krise des Tarifgedankens und des Schlichtungswesens, Vortrag, Schriften des Bundes der technischen Angestellten und Beamten, Heft 31, 1926.

die Wiedereinstellungsklausel. Ist sie in einem Tarifvertrag vereinbart, der auf Arbeitgeberseite durch einen Arbeitgeberverband abgeschlossen ist, so ist ihre Einhaltung praktisch nicht zu erzwingen. Der Arbeitnehmerverband kann die Klage wegen Nichtbeachtung der Klausel durch den einzelnen Arbeitgeber nur gegen seinen Verband richten. Der Gegenstand der Klage kann nur das Verlangen sein, daß der Arbeitgeberverband auf sein Mitglied zur Einhaltung der Wiedereinstellungsklausel einwirke. Selbst wenn in einem solchen Verfahren der Arbeitnehmerverband ein obsiegendes Urteil erstreitet, ist die tatsächliche Einhaltung der Wiedereinstellungsklausel noch nicht gewährleistet. Es bedarf dazu eventuell einer zweiten Klage des Arbeitgeberverbandes gegen sein Mitglied auf Einhaltung der Wiedereinstellungsklausel. Es liegt auf der Hand, daß der dadurch geschaffene rechtliche Mechanismus für das Tarifverbandswesen praktisch unbrauchbar ist. Dem Mangel, der überall auftritt, wo ein Einzelverhalten von Verbandsangehörigen in Frage steht, kann nur abgeholfen werden, wenn das Gesetz nicht nur Pflichten der Tarifparteien, sondern auch unmittelbare obligatorische Pflichten der Verbandsangehörigen begründet. Sobald dies der Fall ist, erfährt der Tarifvertrag nach allen Seiten hin die rechtliche Sicherung, die er heute infolge des angegebenen Rechtsmechanismus nicht hat. Wenn das Kollektivrecht durchgeführt werden soll, so genügt es nicht, daß Kollektivrechten Kollektivpflichten entsprechen, es muß vielmehr auch möglich sein, Kollektivrechte durch Einzelpflichten sicherzustellen. Dies muß für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gelten und sich auf die Friedenspflicht und alle Nebenpflichten beziehen. Dieser Auffassung hat der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes in § 17 teilweise Rechnung getragen, indem er bestimmt, daß alle Vorschriften, welche sich auf das Arbeitsverhältnis beziehen (z. B. die Abschlußbestimmungen), auch dann gegen die einzelnen Tarifbeteiligten geltend gemacht werden können, wenn sie nicht in das Arbeitsverhältnis eingehen und in den Anstellungsverträgen ihren Schutz finden. Dagegen hat der Entwurf keine Vorsorge dafür getroffen, daß auch die

übrigen Pflichten, die sich auf ein Verhalten von Verbandsmitgliedern beziehen, unmittelbar gegen sie durchgesetzt werden können, daß insbesondere die Friedenspflicht nicht nur eine Pflicht der Verbände, sondern auch aller ihrer Angehörigen sein soll. Mit Recht sieht deswegen der Gegenentwurf NIPPERDEY's 1) in § 18 eine Regelung vor, die den hier dargelegten Bedürfnissen entspricht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob man die in Frage kommende Rechtsgestaltung als eine Erweiterung der normativen oder obligatorischen Funktion durchführen will.

Die Haftungsgestaltung des geltenden Rechts bedarf einer Reform in doppelter Hinsicht. Zwar ist nunmehr infolge des § 10 ArbGerG. eine Benachteiligung der Verbände, die keine rechtsfähigen Vereine sind, weggefallen. Parteifähig im arbeitsgerichtlichen Verfahren sind auch diejenigen Koalitionen, die keine rechtsfähigen Vereine sind. Damit ist die Rechtsverfolgung in allen Tarifstreitigkeiten (§ 2 Ziff. 1 ArbGerG.) sichergestellt. Geblieben aber ist die Sonderhaftung bei nichtrechtsfähigen Koalitionen, wie sie sich aus § 54 BGB., und die unbeschränkte Haftung aller Koalitionen, wie sie sich aus allgemeinen Grundsätzen ergibt. Für die erwähnte Sonderhaftung besteht im Tarifvertragswesen kein innerer Grund. Sie sollte im künftigen Recht für Tarifangelegenheiten gestrichen werden. Dies sieht auch mit Recht § 5 des ArbTarGE. vor, wonach tariffähige Vereinigungen in Angelegenheiten, die einen bestehenden Tarifvertrag betreffen, rechtsfähig sind. Was aber die unbeschränkte Haftung der Tarifverbände anlangt, so besteht kraft Gesetzes die Gefahr, daß gegen die Verbände ungemessene Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Die Tarifverbände sind keine öffentlichrechtlichen Verbände (S. 79 ff.). Aber sie dienen öffentlichen Interessen. Sie sind notwendige Träger der Arbeitsverfassung. Ihre Tätigkeit ist auf sozialpolitischem Gebiet unentbehrlich. Man darf deswegen die Verbände nicht der Gefahr aus-

---

1) Beiträge zum Tarifrecht, S. 186 ff.

setzen, durch Schadensersatzklagen vernichtet zu werden. Wie auch sonst die Gesetzgebung aus öffentlichen Gründen die Haftung von Personen des öffentlichen und privaten Rechts beschränkt hat<sup>1)</sup>, sollte die Gesetzgebung auch auf dem Tarifgebiet den öffentlichen Interessen durch Beschränkung der Haftung Rechnung tragen. Der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, dem der Entwurf NIPPERDEYS folgt, setzt deswegen mit Recht an die Stelle des unbeschränkten Schadensersatzanspruchs als Folge des Friedensbruchs eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs in Form einer Buße (§§ 19, 20).

Erst wenn die Entwicklung des Tarifrechts in diesen Richtungen fortschreitet, kann die durch den Tarifvertrag zum Ausdruck gebrachte Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Beruf eine ihr angemessene Rechtsform finden. Der Tarifvertrag würde in ihr seinen Charakter als Vertrag abstreifen und zur Berufssatzung werden, die für alle beteiligten Berufsangehörigen eine unmittelbare, gesetzlich begrenzte Wirkung hätte<sup>2)</sup>. Aus dem korporativen Arbeitsnormenvertrag wäre die Arbeitsnormenkorporation geworden<sup>3)</sup>.

## B. Die Arbeitsgemeinschaft.

### 1. Die autonome Arbeitsgemeinschaft.

Die Grundlage der autonomen Arbeitsgemeinschaft bildet nicht das Gesetz, sondern eine freie Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist das zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden abgeschlossene Zentralabkommen vom 15. 11. 1918 (Deutsch. Reichsanzeiger v. 18. 11. 1918, Nr. 273).

In Ziff. 10 und 11 dieses Abkommens ist bestimmt, daß zu

1) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 158 ff.

2) Daß der Tarifvertrag bereits heute eine solche Berufssatzung sei, hat im kühnen Fluge ein Urteil des LG. Dortmund vom 26. 2. 1925, SchlichtW., 1925, S. 89 ff., für das geltende Recht angenommen. Das Urteil versucht auf diese Weise die Wiedereinstellungsklausel für alle einzelnen Arbeitgeber wirksam zu machen.

3) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II, S. 257.

seiner Durchführung, sowie zur Regelung der zur Demobilisierung, zur Aufrechterhaltung des Wirtschaftslebens und zur Sicherung der Existenzmöglichkeit der Arbeitnehmerschaft, insbesondere der Schwerkriegsbeschädigten zu treffenden weiteren Maßnahmen, von den beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen ein Zentralausschuß auf paritätischer Grundlage mit beruflich gegliedertem Unterbau errichtet wird, dem auch die Entscheidung grundsätzlicher Fragen, soweit sich solche namentlich bei der kollektiven Regelung der Lohn- und Arbeitsverhältnisse ergeben, sowie die Schlichtung von Streitigkeiten, die mehrere Berufsgruppen zugleich betreffen, obliegen soll.

Zur Durchführung dieser Bestimmungen wurde am 4. 12. 1918 die „Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands“ gegründet<sup>1)</sup>. Es folgte die Gründung weiterer Zentralarbeitsgemeinschaften für das Transport- und Verkehrsgewerbe, des Handels und der land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen. Alle diese Zentralarbeitsgemeinschaften funktionieren heute praktisch nicht mehr. Aber sie sind nicht aufgelöst. Hieraus ergibt sich die Berechtigung, auch heute noch die autonome Arbeitsgemeinschaft als eine besondere Rechtsform der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum im Beruf zu betrachten. Den folgenden Ausführungen liegt die Satzung der Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands zugrunde.

Die autonome Arbeitsgemeinschaft ist ein Verband von Verbänden. Die Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich in ihr zusammenschließen, schließen nicht nur einen Vertrag ab, sondern gründen einen Gemeinschaftskörper. Dieser Gemeinschaftskörper ist ein nicht rechtsfähiger Verein. Seine Mitglieder sind die Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie sind in der Zentralarbeitsgemeinschaft zu Reichsarbeitsgemein-

1) Die Satzung ist abgedruckt in der Schrift von LEIBROCK, Arbeitsgemeinschaft, 1920, S. 150.

schaften der Berufszweige und deren Gruppen auf fachlicher, bezirklicher oder örtlicher Grundlage zusammengeschlossen. Die Zentralarbeitsgemeinschaft bezweckt die gemeinsame Lösung aller die Berufe und Berufszweige berührenden wirtschafts- und sozialpolitischen Fragen, sowie alle sie betreffenden Gesetzgebungs- und Verwaltungsangelegenheiten, dazu auch die Auslegung von Kollektivvereinbarungen und die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, soweit diese in Kollektivvereinbarungen vorgesehen ist. Ihre Organe sind der Zentralvorstand und der Zentralauschuß. Die Organe der Reichsarbeitsgemeinschaften und der Gruppen sind die Vorstände und Ausschüsse.

In diesen Organen kommt die Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum, wie folgt, zum Ausdruck:

a) Die Organe der Arbeitsgemeinschaft werden paritätisch aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern gebildet.

b) Die Arbeitgeber und Arbeitnehmer bilden in ihnen zwei Gruppen, die getrennt abstimmen.

c) Die Beschlüsse werden mit Stimmenmehrheit gefaßt. Zur Gültigkeit eines jeden Beschlusses ist erforderlich, daß die vorgeschriebene Mehrheit sowohl auf seiten der Arbeitgeber als auch auf seiten der Arbeitnehmer vorhanden ist.

d) Die Arbeitnehmermitglieder der Organe werden durch die Organisationen der Arbeitnehmer benannt, oder durch die Arbeitnehmergruppe in den Organen gewählt.

## 2. Die gesetzliche Arbeitsgemeinschaft.

In Art. 156 RV., der sich auf dem Sozialisierungsgesetz vom 23. 3. 1919 aufbaut, ist dem Reiche das Recht zugesprochen, durch Gesetz im Falle dringenden Bedürfnisses zum Zwecke der Gemeinwirtschaft wirtschaftliche Unternehmungen und Verbände auf der Grundlage der Selbstverwaltung zusammenzuschließen, mit dem Ziele, die Mitwirkung aller schaffenden Volksteile zu sichern, Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Verwaltung zu beteiligen und Erzeugung, Herstellung, Verteilung, Verwendung, Preisgestaltung, so-

wie Ein- und Ausfuhr der Wirtschaftsgüter nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen zu regeln. In Ausübung dieses Rechts hat das Reich auf verschiedenen Wirtschaftsgebieten durch besondere Gesetze oder Verordnungen Gemeinschaftskörper ins Leben gerufen. Die Gesetze bzw. Verordnungen sind:

a) Das Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 23. 3. 1919, abgeändert durch Gesetz vom 20. 8. 1919, mit Ausführungsbestimmungen vom 23. 3. 1919;

b) das Gesetz über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. 4. 1919, abgeändert durch Gesetz vom 19. 7. 1919 und Verordnung vom 2. 7. 1920, mit Durchführungsvorschriften vom 18. 7. 1919, abgeändert durch Verordnung vom 4. 7. 1921;

c) das Gesetz, betr. die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft vom 31. 12. 1919;

d) die Verordnung zur Regelung der Eisenwirtschaft vom 1. 4. 1920;

e) Die Verordnung über die Regelung der Schwefelsäurewirtschaft vom 31. 5. 1920, mit Ausführungsbestimmungen (Reichsanzeiger, 1920, Nr. 131);

f) die Verordnung über die Regelung der Teerwirtschaft vom 7. 6. 1920, mit Ausführungsbestimmungen (Reichsanzeiger, 1920, Nr. 152).

Der Aufbau der dadurch errichteten Gemeinschaftskörper ist nicht gleichartig. Da es hier nur darauf ankommt, die Grundlinien der Gemeinschaft darzulegen, dürfte es genügen, wenn im folgenden ausschließlich eine gesetzliche Arbeitsgemeinschaft dargelegt wird. Wir wählen zu diesem Zweck die durch das Kohlenwirtschaftsgesetz begründete Gemeinschaft.

Die Kohlenwirtschaft ist einer gemeinwirtschaftlichen Organisation unterworfen, der alle Kohlenerzeuger des Reichs angehören. Ihr oberstes Organ ist der Reichskohlenrat, dem auch Vertreter der Länder, Kohlenhändler, Kohlenverbraucher, Genossenschaften usw. angehören (§ 24). Der Reichskohlenrat leitet die Brennstoffwirtschaft einschließlich der Ein- und Ausfuhr nach gemeinwirtschaft-

lichen Grundsätzen unter Oberaufsicht des Reichs (§ 47 ff.). Diese Leitung bedarf der Ausführung. Zu diesem Zweck sind die Kohlenerzeuger für bestimmte Bezirke zu Verbänden und diese zu einem Gesamtverband zusammengeschlossen (§ 2 des Ges. vom 23. 3. 1919). Die Verbände sind die Kohlensyndikate und das Gaskokssyndikat. Der Gesamtverband ist der Reichskohlenverband. Die Kohlensyndikate und das Gaskokssyndikat regeln auch die Förderung, den Selbstverbrauch und den Absatz der Brennstoffe ihrer Mitglieder, einschließlich der allgemeinen Lieferungsbedingungen. Der Reichskohlenverband stellt die Grundsätze auf für die Bestimmung der Selbstverbrauchsrechte der Syndikatsmitglieder, genehmigt die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Syndikate und führt die gesamte Preispolitik.

In allen diesen „Organen“ ist die Arbeit an der Ausübung wirtschaftspolitischer Funktionen beteiligt, aber in anderer Weise als in den autonomen Arbeitsgemeinschaften.

a) Die Arbeitnehmer bilden keine besonderen Gruppen, sondern sind mit den Arbeitgebern und den übrigen Beteiligten in einer Vertreterschaft vereinigt.

b) Die Abstimmungen in den einzelnen „Organen“ erfolgen ungetrennt, so daß jederzeit eine Überstimmung der Arbeitnehmer möglich ist.

c) Die Arbeitnehmervertreter werden in indirekten Wahlen gewählt. Die Wahlen erfolgen auf Grund einer von den Arbeitnehmervertretern im Reichskohlenrat eingereichten Vorschlagsliste für das geschäftsführende Organ der Verbände (Kohlensyndikate und Gaskokssyndikat) und des Reichskohlenverbands durch deren Aufsichtsrat und für den Aufsichtsrat durch das zu seiner Wahl befugte Organ. Für den Reichskohlenrat werden die Arbeitnehmervertreter von den betreffenden Fachgruppen der Zentralarbeitsgemeinschaft gewählt.

### 3. Kapitel.

#### **Der Arbeitskampf.**

Der Arbeitskampf sucht durch Schädigung des Gegners zu erreichen, was in der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum in den Formen der Organisation nicht zu erreichen ist. Wir sahen bereits, daß die geltende Rechtsordnung den Arbeitskampf erlaubt, indem sie ihn nicht verbietet oder ausdrücklich zuläßt (S. 87 ff.). Im Arbeitskampf werden die Subjekte der Gemeinschaft Subjekte des Kampfes. Hierbei scheiden die Betriebsvertretungen aus. Die Betriebsvertretung kann nicht Subjekt eines Arbeitskampfes sein (S. 232). Sie ist auf die organisatorischen Formen angewiesen, welche die Betriebsverfassung zur Verfügung stellt. Versagen diese Formen, so steht der Betriebsvertretung, abgesehen von den Fällen des Zwangsentscheids (S. 235, 237), nur das Schlichtungsverfahren offen (S. 299 ff.). Der Arbeitskampf innerhalb der Arbeitsverfassung kann daher nur Koalitionskampf sein. Dieser Kampf vollzieht sich innerhalb der bestehenden öffentlichen und privaten Rechtsordnung.

#### I.

##### Der Arbeitskampf und die öffentliche Rechtsordnung.

Für das Verhältnis zwischen Staat und Arbeitskampf sind folgende Grundsätze maßgebend:

1. Der Staat darf den Arbeitskampf nicht hindern, weil er ein Arbeitskampf ist. Damit ist insbesondere der polizeilichen Tätigkeit eine Grenze gezogen. Die Polizei kann nicht auf Grund der

allgemeinen Ermächtigungsklauseln gegen Arbeitskämpfe als solche durch Polizeiverfügungen einschreiten. Sie kann z. B. nicht die Aufstellung von Streikposten, deren Aufstellung an sich erlaubt ist<sup>1)</sup>, weil es sich um Streikposten handelt, verbieten. Dasselbe gilt für den Erlaß von Polizeiverordnungen. Ein polizeiliches Einschreiten könnte nur rechtmäßig sein, wenn es auf Grund eines Reichsgesetzes oder gültigen Landesgesetzes (S. 88 f.) ausdrücklich zugelassen wäre. Allerdings sind dadurch indirekte Kampf-hinderungen durch polizeiliches Einschreiten nicht ausgeschlossen. Solche indirekten Kampfhinderungen ergeben sich aus Vorschriften der Straßenpolizei und des Plakat- und Zettelverteilungswesens<sup>2)</sup>. So wurde z. B. während des großen Hamburger Hafendarbeiterstreiks im Jahre 1911 Streikerposten das Betreten der Hafenanlagen untersagt. Ebenso wurde die Verteilung von Streiknachrichten usw. auf Straßen und Plätzen verboten. Diese indirekte Kampfhinderung erhält dadurch ihre besondere Bedeutung, daß der Richter im Einzelfall die objektive Zweckmäßigkeit des polizeilichen Vorgehens nicht nachprüfen darf, so daß das polizeiliche Ermessen freiesten Spielraum hat<sup>3)</sup>.

2. Der Staat darf den Arbeitskampf nicht hindern, er darf ihn aber auch nicht fördern. Hieraus erklären sich die besonderen Bestimmungen der §§ 42, 44 ANachwG., sowie des § 3 Abs. 1 ErwFürsV. Die amtlichen und nichtamtlichen Nachweise haben während der Dauer eines Arbeitskampfes ihre Vermittlungstätigkeit unverändert fortzusetzen. Soweit aber ein Arbeitsnachweis vom Ausbruch eines Arbeitskampfes die vorschriftsmäßige Anzeige erhalten hat, — diese Anzeige muß nach § 42 Abs. 1 erstattet werden —, hat der Arbeitsvermittler den Arbeitssuchenden von der

1) RGZ., Bd. 76, S. 44.

2) Vgl. dazu die §§ 9, 10, 41 des Preuß. Preßgesetzes vom 12. 5. 1851, die nach der Entsch. des KG., Johow, 2, S. 242, u. 26 C, S. 73, in Kraft geblieben sind.

3) Das Koalitionsrecht und die strafrechtlichen Neben- und Polizeigesetze, Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 57, 1917, S. 20 ff.

Tatsache des Ausstandes oder der Aussperrung Kenntnis zu geben und die Vermittlung nur dann vorzunehmen, wenn sie trotzdem verlangt wird. Die Gewährung staatlicher Erwerbslosenunterstützung tritt nicht ein, wenn sie durch Ausstand oder Aussperrung überwiegend verursacht ist. Frühestens vier Wochen nach Abschluß des Ausstandes oder der Aussperrung können die Gemeinden den Arbeitnehmern beim Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen Erwerbslosenunterstützung gewähren.

3. Der Staat darf, wenn der Arbeitskampf das Gemeinwohl schädigt, Notmaßnahmen treffen.

a) Der Reichsminister des Innern ist nach § 2 der VO. vom 10. 11. 1920 berechtigt, wenn durch eine Aussperrung oder Arbeitsniederlegung gemeinnötige Betriebe im Sinne dieser Verordnung ganz oder teilweise stillgelegt werden, Notstandsarbeiten und Notstandsversorgung zu sichern, sowie alle Verwaltungsmaßnahmen zu treffen, die zur Versorgung der Bevölkerung oder zur Weiterführung des Betriebs geeignet sind. Hierzu gehört auch die Herbeiführung der Befriedigung berechtigter Ansprüche der Arbeitnehmer. Die durch derartige Anordnungen entstehenden Kosten fallen dem Betriebsunternehmer zur Last.

b) Die Polizeibehörden können die technische Nothilfe anfordern und einsetzen, wenn infolge eines Streiks ein öffentlicher Notstand oder eine Gefahr für die Allgemeinheit dies erfordert. Die technische Nothilfe ist keine staatliche Behörde, sondern ein freigebildeter privater Verein mit eigenen Organen, der bei Streiks die Interessen der Allgemeinheit sichern soll. Sie untersteht nach Maßgabe besonderen Richtlinien der Aufsicht des Reichsministers des Innern, und die erforderlichen Mittel werden vom Reiche aufgebracht. Ihre Mitglieder erhalten bei Ausübung ihrer Tätigkeit polizeilichen Schutz, der nötigenfalls durch Reichswehr zu verstärken ist<sup>1)</sup>. Der technischen Nothilfe entspricht noch keine soziale Nothilfe, die ebenso dringend ist. Wenn es die Allgemeinheit

---

1) KASKEL, S. 318 unter C.

hindern muß, daß durch einen Streik lebenswichtige Betriebe zum Erliegen kommen, so muß sie es auch hindern, daß ausgesperrte Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen durch Hunger gesundheitlichen und moralischen Schaden erleiden. Jedenfalls steht außer Zweifel, daß weder Streik noch Aussperrung die Pflicht der Gemeinden zur Armenunterstützung aufheben können <sup>1)</sup>, daß sie auch gemeindliche Fürsorge für notleidende Familienangehörige Streikender oder Ausgesperrter, z. B. durch Beschaffung von Milch für Kinder, zulassen <sup>2)</sup>.

4. Der Staat hat gegen Kämpfende einzuschreiten, wenn strafbare Handlungen im Arbeitskampf begangen werden. Seitdem die alten Koalitionsverbote und Strafbestimmungen gegen Arbeitskämpfe gefallen sind und auch im Kriege § 153 GewO. beseitigt worden ist, sind Kampfhandlungen als solche nicht mehr strafbar. Von dieser Regel besteht nur die durch die VO. vom 10. 11. 1920 geschaffene Ausnahme für Arbeitskämpfe in Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität versorgen. Auf der anderen Seite ist der Arbeitskampf aber auch kein Strafausschließungsgrund. Eine strafbare Handlung wird dadurch nicht straflos, daß sie durch Kämpfende in einem Arbeitskampf begangen wird. Wenn daher Kämpfende beleidigen, Körperverletzungen begehen, Sachen beschädigen usw., so sind sie wie jeder andere Bürger straffällig. Es kann sich nur fragen, ob im Einzelfall eine strafbare Handlung vorliegt. Eine besondere Veranlassung zu dieser Frage hat die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 6. 11. 1890 <sup>3)</sup> gegeben, wonach als Erpressung nach § 253 StGB. bestraft wird, wenn vereinigte Arbeiter zum Zwecke der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, auf die ihnen ein rechtlich begründeter Anspruch nicht zusteht, eine Arbeitsniederlegung ankündigen. Der

1) LEHMANN, Soz. Praxis, 33. Jahrg., Nr. 24, Sp. 488; SCHINDLER, Werdende Rechte, S. 414 (wo auch die Schweizerische Praxis erwähnt ist).

2) Bayr. VGH., NZfAR., 1923, S. 391.

3) Entsch. des RG. in Strafs., Bd. 21, S. 114 ff.

Begriff der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bei der Erpressung erfordere nichts weiter, als das Nichtbestehen eines Rechts auf den erstrebten Vermögensvorteil in Verbindung mit dem Umstande, daß zu dessen Erreichung das Mittel des Zwangs durch Gewalt oder Drohung angewendet werde. Die Ankündigung der Arbeitsniederlegung sei eine Drohung, sie stelle ein Übel in Aussicht, das im Falle der Weigerung eintrete.

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist unhaltbar<sup>1)</sup>. Dies hat auch das Reichsgericht selbst in einer späteren Entscheidung anerkannt, die allerdings nur für das Zivilrecht (§ 823 Abs. 2 BGB.) ergangen ist<sup>2)</sup>, indem es ausführt, daß die Androhung eines Kampfes nicht unerlaubt sein könne, wenn der Kampf selbst erlaubt sei.

Der Arbeitskampf ist seiner Natur nach auf die Erlangung materieller Vorteile und auf die Schädigung des Gegners gerichtet. Sein Mittel ist Willensdruck und Willensbeugung. Seine Ankündigung ist ein Teil des Arbeitskampfes selbst. Sie entspricht der Kampfmentalität und ist geeignet, den Kampf zu vermeiden. Betrachtet man § 253 StGB. allein für sich, so mögen auf den Arbeitskampf und seine Ankündigung alle Merkmale zutreffen, die § 253 enthält. Aber diese Tatbestandsmäßigkeit führt noch nicht zur Anwendung des § 253 StGB. § 253 StGB. darf nicht isoliert, er muß im Rahmen der gesamten Rechtsordnung betrachtet werden<sup>3)</sup>. Geschieht dies, so zeigt sich, daß der Arbeitskampf erlaubt ist (S. 87). Ist eine Handlung gesetzlich erlaubt, so ist sie dem Anwendungsgebiet der Strafvorschrift, die diese Handlung an sich ergreift, entzogen. Ihre Rechtswidrigkeit ist ausgeschlossen, weil sie rechtmäßig ist. Dazu kommt noch ein anderes. Der Rechtsschutz ist niemals ein absoluter Schutz. Die Rechtsgüter existieren nicht im luftleeren Raum. Ihre Träger sind keine isolierten Individuen. Die

1) S. dazu insbesondere Koalitionsrecht und Strafrecht, Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 56, S. 1 ff.

2) RGZ., Bd. 64, S. 52 ff.

3) v. LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 19. Aufl., S. 145; MAX ERNST MAYER, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 52 f.

Rechtsgüter und ihre Träger stehen im gesellschaftlichen Lebensprozeß, der sie formt und ihren Wirkungskreis bestimmt. Das Rechtsgut existiert nicht so, wie der Rechtssatz es angibt. Es existiert nur so, wie es innerhalb des Rechtssatzes gesellschaftlich ist. Ich habe das freie unbeschränkte Verfügungsrecht über den Garten, der mir gehört. Wenn aber neben diesem Garten eine lärmende Fabrik entsteht, so kann ich es nicht hindern, daß mir der Genuß des Gartens entzogen wird. Ich habe die Freiheit, jedes Gewerbe zu betreiben. Diese Freiheit schließt aber nicht aus, daß ich mein Gewerbe aufgeben muß, weil ein anderer mich vom Markte verdrängt. Dasselbe gilt für die Vertragsfreiheit und für die Kampffreiheit. Weil ich ein Recht habe, bin ich nicht dagegen gefeit, daß andere mich bekämpfen und mir durch Kampf Schaden zufügen. Der einzelne kann sich der Wirkung der gesellschaftlich anerkannten Aktionsformen nicht entziehen. Jeder einzelne ist der sozialen Dynamik des Rechtslebens ausgesetzt. Der Rechtsschutz setzt diese Dynamik voraus. Er findet seine Grenze, wo diese Dynamik eingreift. § 253 StGB. schützt den freien Willen und das Vermögen der einzelnen. Er schützt diese Güter aber nur so, wie sie in jener Dynamik gegeben sind<sup>1)</sup>. Wer den Arbeitskampf und seine Ankündigung als Erpressung ansieht, verkennt daher nicht nur die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes, sondern auch die soziale Bedingtheit der Rechtsgüter. Dies alles gilt für alle Arten des Arbeitskampfes, auch für den Boykott<sup>2)</sup>.

1) Dieser Auffassung dürfte die Formulierung entsprechen, die heute als herrschende Meinung anzusprechen ist. Hiernach liegt keine Erpressung vor, wenn die in Aussicht gestellten Nachteile zur Erlangung des angestrebten Vermögensvorteils „ordnungsmäßige und verkehrsübliche Mittel“ darstellen (Kommentar zum StGB., von EBERMAYER, LOBE, ROSENBERG, zu § 253, S. 700).

2) Dies bestreitet KRÜCKMANN, Der Boykott im Lohnkampf, Arch. f. civ. Prax., 113, S. 167 f., 190, 216. Gegen die falsche Auffassung KRÜCKMANNs wendet sich ausführlich „Der Koalitionskampf nach geltendem Zivilrecht“, Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 60, S. 24 ff. Befremdend ist, daß der Kommentar zum StGB. von EBERMAYER usw. kritiklos (S. 701 unter 4, letzter Absatz) die haltlosen Ausführungen KRÜCKMANNs ohne Beachtung der erwähnten gegnerischen Ausführungen sich zu eigen macht.

Es bedarf keiner Änderung des § 253 StGB., um den Arbeitskampf davor zu schützen, als Erpressung geschändet zu werden<sup>1)</sup>. Schon nach geltendem Recht liegt in einem Arbeitskampf und seiner Ankündigung keine Erpressung. Immerhin mag es aus Sicherheitsgründen wünschenswert sein, wenn durch § 253 von vornherein jedem Mißbrauch vorgebeugt wird. Den Versuch hierzu unternimmt § 306 des neuen amtlichen Entwurfs des Allg. Deutschen Strafgesetzbuches. Die Neufassung ist nach der Begründung (S. 161) hauptsächlich auf die Erfahrungen zurückzuführen, die in bezug auf Arbeitskämpfe auf dem Boden des geltenden Rechts gemacht worden sind. Es soll durch den neuen § 306 des Entwurfs eine „dem Volksempfinden nicht entsprechende Anwendung der Strafdrohung wegen Erpressung ausgeschlossen“ werden<sup>2)</sup>.

## II.

### Der Arbeitskampf und die private Rechtsordnung.

Indem der Arbeitskampf rechtlich freigegeben ist, ist noch nicht jede Ausübung dieser Freiheit freigegeben. Ich darf auf meinem Grundstück Klavier spielen. Wenn ich aber durch Vertrag gebunden bin, nicht Klavier zu spielen, so verletze ich den Vertrag, wenn ich von meiner Freiheit des Klavierspielens Gebrauch mache.

1) Die Ansicht KASKELS, daß die Anwendung des § 253 StGB. auf Arbeitskämpfe durch Gewohnheitsrecht ausgeschaltet worden sei, ist unhaltbar, weil es ein Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts nicht gibt (v. LISZT, a. a. O., S. 95). Übrigens kann die Zurückhaltung der Behörden in der Verfolgung von Arbeitskämpfen als Erpressungshandlungen auf anderen Erwägungen beruhen als der Überzeugung, daß § 253 StGB. in Anwendung auf Arbeitskämpfe nicht mehr zu Recht bestehe.

2) § 306 des Entwurfs lautet: „Wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, jemanden mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, die für das Vermögen des Genötigten oder eines Dritten nachteilig ist, wird mit Gefängnis bestraft. Der Versuch ist strafbar. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren.“

Ich darf auf meinem Rade über die Straße fahren. Wenn ich aber hierbei einen Menschen überfahre, so bin ich trotz meiner Freiheit des Fahrens verantwortlich für die Folgen, die aus der unerlaubten Handlung entstehen. Genau dasselbe gilt für den Arbeitskampf. Trotz der durch das Gesetz gegebenen Kampffreiheit (S. 87), kann der Arbeitskampf eine Vertragsverletzung sein oder zu einer unerlaubten Handlung führen. Gerade hierin zeigt sich deutlich die Unrichtigkeit der Auffassung, daß nicht nur eine Kampffreiheit, sondern auch ein Kampfrecht bestehe (S. 94). Gäbe es ein Kampfrecht, so würde seine Ausübung weder eine Vertrags-, noch eine Rechtswidrigkeit zulassen.

Der Arbeitskampf ist eine Vertragsverletzung, wenn er einen Tarifvertrag oder einen Arbeitsvertrag verletzt. Es ist bereits früher ausgeführt (S. 189, 265 f.), unter welchen Voraussetzungen eine Tarifverletzung oder Arbeitsvertragsverletzung durch Arbeitskampf vorliegt.

Der Arbeitskampf ist keine unerlaubte Handlung, von der einen Ausnahme abgesehen, die sich aus der VO. vom 10. 11. 1920 ergibt (S. 87). Mit dem Arbeitskampf kann aber eine unerlaubte Handlung verbunden sein. Ist dies der Fall, so ist nicht der ganze Arbeitskampf unerlaubt, sondern nur die Teilhandlung, die eine unerlaubte Handlung ist<sup>1)</sup>. Die Rechtsfolgen, die aus unerlaubter Handlung entstehen, insbesondere die Verpflichtung zum Schadensersatz, treten nur insoweit ein, als sie sich aus der in Frage kommenden unerlaubten Handlung ergeben. Werden z. B. an einem Tage durch körperliche Mißhandlung Arbeitswillige von der Betriebsstätte ferngehalten, so entsteht ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der infolge dieser Kampfhandlung an dem in Frage kommenden Tag entstanden ist<sup>2)</sup>. Die Geltendmachung des

1) KASKEL, S. 325: „Eine deliktische Haftung auf Grund unerlaubter Handlung kommt . . . . nur insoweit in Betracht, als einzelne Kampfmaßnahmen eine unerlaubte Handlung bilden.“

2) RGZ., Bd. 76, S. 35 ff., 42 hebt ausdrücklich hervor, daß, wenn einzelne Flugblätter mit beleidigendem Inhalt bei einem Boykott verwendet werden, nicht der ganze Boykott sittenwidrig ist (§ 826 BGB.).

Schadens, der durch den Arbeitskampf überhaupt entstanden ist, ist ausgeschlossen. Die Frage ist, wann eine unerlaubte Handlung vorliegt, und wie sich die Haftung gestaltet, wenn eine unerlaubte Handlung begangen ist<sup>1)</sup>.

1. Das BGB. hat in den §§ 823 Abs. 1 und 2, 824 und 826 die Tatbestände festgelegt, die eine unerlaubte Kampfhandlung bilden.

a) § 823 Abs. 1 kommt in Frage, wenn der Kampf eine widerrechtliche Verletzung der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechts eines anderen ist. Auf die Freiheit der Entschließung wirkt der Kampf insofern immer ein, als er eine bestimmte Handlung des Kampfgegners erzwingen will. Indessen nimmt § 823 Abs. 1 die Freiheit gegen eine solche Beeinträchtigung nicht in Schutz. Denn solche Beeinträchtigungen ergeben sich ohne weiteres aus der gesamten Rechts- und Wirtschaftsordnung, welche die Verfolgung eigener Interessen zuläßt, auch wenn dadurch das Gebiet der freien Betätigung des Kampfgegners eingeschränkt wird<sup>2)</sup>. Dagegen ist die Verletzung der physischen Freiheit stets rechtswidrig, so daß eine unerlaubte Kampfhandlung vorliegt, wenn ein Arbeitgeber Arbeitnehmer durch Schließung der Fabrikthore daran hindert, an einem Arbeitskampf teilzunehmen, oder Streikposten arbeitswillige Arbeitnehmer körperlich davon abhalten, die Arbeitsstätte zu betreten. Hierbei ist zu beachten, daß die Aufstellung von Streikposten und die damit verbundene Tätigkeit der Benachrichtigung und Aufklärung von Arbeitswilligen an sich zulässig ist (S. 87). Eine Verletzung des Eigentums kommt durch den Kampf nicht ohne weiteres in Frage. Der Kampf an sich läßt das Eigentum

1) Ich schließe mich in den folgenden Ausführungen zum Teil wörtlich der (von mir verfaßten) Darlegung an, die in der Schrift „Der Koalitionskampf nach geltendem Zivilrecht“, Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 60, enthalten ist (S. 21 ff.). Über die Rechtsprechung im einzelnen vgl. die Kommentare zum BGB. zu § 823 ff. Eine sehr gute Übersicht über alle in Betracht kommenden Fragen bietet neuerdings NIPPERDEY in seinem auf S. 266, Anm. 4 bereits zitierten Gutachten für den 34. Deutschen Juristentag. Einzelfragen sind in der Schrift „Koalitionen und Koalitionskampfmittel“ behandelt.

2) RGZ., Bd. 58, S. 28; JW., 1908, S. 679<sup>11</sup>.

unberührt; er wendet sich höchstens gegen das Vermögen. Das Vermögen ist aber durch § 823 Abs. 1 nicht geschützt<sup>1)</sup> Eigentumsverletzung durch Arbeitskampf kann nur in Frage kommen, wenn direkte Eingriffe in das Eigentum stattfinden, z. B. Sabotageakte. Schließlich enthält der Kampf auch keine widerrechtliche Verletzung eines sonstigen Rechts eines anderen. Man hat die Behauptung aufgestellt, es sei ein Persönlichkeitsrecht eines jeden, sein Gewerbe ungestört zu betreiben und seine Arbeitskraft frei zu betätigen. Dieses Persönlichkeitsrecht würde durch den Kampf beeinträchtigt. Diese Auffassung ist insbesondere von PAPE<sup>2)</sup> und LOBE<sup>3)</sup> vertreten worden. In glänzender Rede hat ROSIN<sup>4)</sup> auf dem Deutschen Juristentag in Karlsruhe im Jahre 1908 diese Auffassung zurückgewiesen und den Standpunkt des Reichsgerichts, das solche Rechte verneint<sup>5)</sup> (s. aber S. 129 Anm. 1), gerechtfertigt. „Man kann — so faßt ROSIN seine Anschauungen zusammen — nicht das Individuum zu einer uneinnehmbaren Festung machen nach unseren heutigen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen und dann erst den Kampf sich abspielen lassen, der dann natürlich aussichtslos ist. Der Kampf der sich überall stößt an den Mauern, die das Individuum um sich gezogen hat, der würde einen Triumph des Individuums gegenüber dem wirtschaftlichen Fortschritt bedeuten. Wir können die legitimen Mittel des Kampfes nicht entbehren und deshalb können wir ihn nicht durch solche uneinnehmbaren Festungen von absoluten Rechten unmöglich machen, sondern wir können nur darauf hinwirken, daß dieser Kampf in einer Weise und mit Mitteln geführt wird, welche nach dem Bewußtsein aller rechtlich und vernünftig Denkenden zulässig sind“<sup>6)</sup>.

1) OERTMANN, Gutachten über die zivilrechtlichen Folgen der Verrufserklärungen, Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 59.

2) Gutachten über die zivilrechtlichen Folgen der Verrufserklärungen, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, Bd. 4, S. 246 ff.

3) a. a. O., Bd. 5, S. 173.

4) a. a. O., S. 195 ff., 205.

5) RGZ., Bd. 64, S. 52 ff.; 51, S. 369 ff.; JW., 1913, S. 35<sup>94</sup>.

6) Der Versuch KRÜCKMANNs, Der Boykott im Lohnkampf, a. a. O., S. 167 ff., 190, wenigstens für den Boykott die Auffassung des Reichsgerichts

b) § 823 Abs. 2 BGB. macht eine Handlung unerlaubt, wenn gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen ist. Als Schutzgesetze kommen namentlich die Strafgesetze in Betracht, insbesondere die §§ 185, 186, 240, 253 StGB. und außerdem § 1 der VO. vom 10. 11. 1920. Wegen des Tatbestandes des § 253 bzw. des § 240 wird auf die früheren Ausführungen (S. 286 ff.) verwiesen. Bei der Anwendung der §§ 185, 186 StGB. ist stets auch § 193 StGB. im Auge zu behalten. Darin liegt zugunsten der Kampfhandlungen eine wichtige Einschränkung. Denn selbst wenn z. B. in einem Flugblatt falsche und an sich ehrenrührige Behauptungen aufgestellt werden, entsteht keine Haftung, wenn die Behauptungen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgestellt worden sind, oder diejenigen, die sie aufgestellt haben, wenigstens des Glaubens waren, daß sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen handeln <sup>1)</sup>).

c) § 824 BGB kommt zur Anwendung, wenn mit der Kampfhandlung die Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache verknüpft ist, die geeignet ist, den Kredit des Angegriffenen zu gefährden oder sonstigen Nachteil für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen. Diese Tatsache braucht nicht beleidigend zu sein. Die Haftung tritt selbst dann ein, wenn die kämpfende Partei die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß. Hat die kämpfende Partei an der Mitteilung der Tatsache jedoch ein berechtigtes Interesse, was bei den Kampfhandlungen in der Regel anzunehmen sein wird, so haftet sie nur dann, wenn sie die Unwahrheit kannte. Praktisch bedeutet dies: Wenn bei einer Kampfhandlung die kämpfende Partei wissentlich unwahre, wirtschaftlich schädigende Behauptungen aufstellt oder verbreitet, so haftet sie dafür. Solche Wissentlichkeit wird in den seltensten Fällen vorhanden sein, so daß § 824 BGB. nur dann zur Anwendung kommen wird, wenn berechnete Interessen nicht bestehen. Das berechnete

in Frage zu stellen, ist mißlungen; darüber ausführlich „Der Koalitionskampf nach geltendem Zivilrecht“, a. a. O., S. 24 f.

1) OERTMANN, Gutachten, a. a. O., S. 62 f.

Interesse muß objektiv vorhanden sein. Der bloße Glaube, ein solches sei vorhanden, genügt im Gegensatz zum § 193 StGB., hier nicht<sup>1)</sup>).

d) Die größte Bedeutung für die zivilrechtliche Beurteilung des Arbeitskampfes hat § 826 BGB. Hiernach steht alles gesellschaftliche Handeln unter der Kontrolle der guten Sitten. Selbst wenn der Handelnde ein Recht ausübt oder berechnigte Interessen wahrnimmt, wird er nicht haftfrei, wenn er die guten Sitten verletzt. Dies bedeutet nicht, daß die absoluten Gebote der Sittlichkeit über das wirtschaftliche Leben und seine Kämpfe herrschen sollen. Das Recht kennt die Gewalt des wirtschaftlichen Egoismus und nimmt seinen Nutzen an, auch dort, wo die Ethik solchem Egoismus entgegentritt. § 826 BGB. „ethisiert“ nicht das Wirtschaftsleben, er verlangt aber, daß auch das wirtschaftliche Handeln die Normen beachtet, welche die guten Sitten der wirtschaftlichen Betätigung entgegenstellen. Diese Sitten sind nicht die Gebräuche einer Klasse, eines Standes, eines Berufes. Gute Sitte ist, was als solche von allen Klassen, Ständen, Berufen, usw. anerkannt wird. Sind solche Sitten nicht feststellbar, so ist der Maßstab des sittlich Erlaubten der Gesinnung des gerecht und billig Denkenden zu entnehmen.

Auf Grund dieser Auffassung hat das Reichsgericht auch für die Arbeitskämpfe ein System der guten Sitten entworfen, dem sie unterstehen, trotzdem sie rechtlich erlaubt sind. Am klarsten spricht die Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. 9. 1908<sup>2)</sup> die maßgebenden Grundsätze aus. Danach sind Handlungen, die im gewerblichen Lohnkampf den Gegner durch Druckmittel zu einem bestimmten, dem Handelnden günstigen Verhalten bestimmen sollen, dann als gegen die guten Sitten verstoßend zu betrachten, „wenn entweder die zur Erreichung des zunächst erlaubten Zweckes angewandten Mittel an sich unsittlich sind, wie wahrheitswidrige und aufhetzende Darstellungen, oder wenn der als Druckmittel benutzte, dem Gegner zugefügte Nachteil so erheblich ist, daß da-

1) OERTMANN, a. a. O., S. 68 f.

2) JW., 1908, S. 679.

durch dessen wirtschaftlicher Ruin herbeigeführt wird, oder wenn dieser Nachteil wenigstens zu dem erstrebten Vorteil in keinem erträglichen Verhältnis steht, endlich auch, wenn nach Lage der Sache der Erfolg, der durch das Druckmittel herbeigeführt werden soll, als ein berechtigtes Ziel nicht mehr erscheint“. Davon abgesehen, herrscht Übereinstimmung darüber, daß eine wirtschaftliche Kampfhandlung, die nur den Zweck hat, den Gegner zu schädigen, um Rache an ihm zu nehmen oder ihn wegen vergangenen Verhaltens zu strafen, unsittlich und darum rechtswidrig ist.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts herrscht heute in der gesamten Judikatur des § 826. Sie ist aber keineswegs ganz einheitlich und unbedenklich. Das zeigt sich in der Frage, was im Einzelfall ein unlauteres Mittel ist<sup>1)</sup>. Es zeigt sich vor allem auch in der Frage, was als ein „berechtigtes Ziel“ erscheint. Zunächst hat das Reichsgericht es abgelehnt, überhaupt die objektive Berechtigung des Kampfzwecks nachzuprüfen<sup>2)</sup>, hat dann aber diese Haltung wieder aufgegeben, indem es sich nicht darauf beschränkte, die Gesetzmäßigkeit des Ziels nachzuprüfen, sondern dazu überging, das Kampfziel auch an einem sittlichen Maßstab zu messen. Wie gefährlich eine solche Nachprüfung ist, zeigen ihre Ergebnisse. Wir werden heute unser Erstaunen darüber nicht unterdrücken können, daß das Reichsgericht z. B. den Kampf um die Beseitigung der Heimarbeit, die Anerkennung eines Arbeitsnachweises und der Arbeiterverbände als unsittlich angesehen hat, weil solche Ziele unberechtigt seien. „Es wäre“, so meint das Reichsgericht, „unerträglich und deshalb sittlich unerlaubt, wenn eine Gruppe einseitig Beteiligter es unternehmen wollte, so bedeutungsvolle und weittragende Fragen der Wirtschaftspolitik vermöge der in ihre Hand gegebenen Machtmittel zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwangs und der Geschäftssperre gewaltsam auszu-

1) Vgl. einerseits JW., 1913, S. 35<sup>24</sup>, andererseits RGZ., Bd. 76, S. 35 ff.; dazu „Der Koalitionskampf nach geltendem Zivilrecht“, S. 31 ff.

2) RGZ., Bd. 64, S. 42 ff., 61.

tragen“<sup>1)</sup>. Das Reichsgericht verkennt hierbei die Bedeutung der sozialen Selbstbestimmung, deren Wesen gerade darin besteht, die Gesetzgebung zu ergänzen und ihr voranzueilen. Und es verkennt, daß der Richter kaum dazu berufen erscheint, über die „Berechtigung“ wirtschaftlicher Kämpfe zu entscheiden<sup>2)</sup>.

2. Bei der Haftung aus unerlaubter Kampfhandlung unterscheiden wir Kollektivhaftung und Individualhaftung, je nachdem die Haftung der Koalition oder der einzelnen Mitglieder in Frage steht. Die Kollektivhaftung erfaßt das Koalitionsvermögen, die Individualhaftung das Vermögen der einzelnen.

a) Kollektivhaftung besteht für eigene Schuld. Eigene Schuld ist bei rechtfähigen Koalitionen gegeben, wenn ihre Organe in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen unerlaubte

---

1) JW. 1912, S. 810<sup>34</sup>; JW. 1913, S. 91<sup>7</sup>; dazu JW. 1911, S. 43<sup>30</sup>; JW. 1913, S. 35<sup>24</sup>.

2) Daß auch sonst das RG. oft die Eigenart des kollektiven Vorgehens auf der Arbeiterseite, das sich nur in der Öffentlichkeit abspielen kann und auf die Massenpsychologie Rücksicht nehmen muß, verkennt, rügt insbesondere mit ausgezeichneten Gründen KESTNER, Der Organisationszwang, 1912, S. 360 f. KESTNER weist darauf hin, daß es nicht angängig ist, dieselben Gesichtspunkte, die man für die Arbeitgeberseite gelten läßt, ohne weiteres auf die Arbeitnehmerseite anzuwenden. Er sagt mit Recht: „Es mag wünschenswert sein, wenn die Parteien sich nicht beschimpfen, aber das Brutalste sind oft gerade beim Organisationszwang nicht die lauten Streitigkeiten, sondern die lautlosen Zwangsakte, das einfache Nichtantworten; dem Außenseiter, dem die Lieferung verweigert wird, hilft es nichts, wenn das Kartell ihm in ausgezeichnete Hochachtung schreibt. Eine Rechtsprechung, die dahin geht, höflicher abgefaßten Zwang milder zu beurteilen, kann unter Umständen sogar die Gefahr mit sich bringen, daß sie die wirkliche Sachlage verdunkelt.“ Eine ausführliche Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts enthält auch die (von mir verfaßte) Schrift „Der Koalitionskampf als Problem der Gesetzgebung“ (Das Recht der Organisationen im neuen Deutschland, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 61, S. 17 ff., insbesondere S. 19 ff.). Kritische Gesichtspunkte auch bei STRAUSS in „Koalitionen und Koalitionskämpfe“ S. 145 Abs. 5 und 6. — Im Text sind nur einige Ausschnitte aus der Rechtsprechung des RG. zu § 826 behandelt. Im übrigen muß auf die ausführliche Judikatur zu § 826 in der Frage der Arbeitskämpfe, die sich aus jedem Kommentar zum BGB. ergibt, hingewiesen werden. Dort auch Näheres über den Fall der unzulässigen „Koalitionswerbung“ („Der Koalitionskampf nach geltendem Recht“, S. 34), insbesondere die Terrorisierung nicht organisierter Arbeiter.

Handlungen begehen. Die Haftung ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Sie ist für den Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder einen anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter überdies besonders in § 31 BGB. begründet. Bei nicht rechtsfähigen Koalitionen ist zu beachten, daß sie, weil sie keine Verbandswesen sind, Organe nicht haben, daß die sogenannten Organe nur Bevollmächtigte einer Personengesamtheit sind und daß Bevollmächtigte bei Begehung von unerlaubten Handlungen ihre Machtgeber nicht vertreten<sup>1)</sup>. Insbesondere findet § 31 BGB. nach herrschender Meinung auf nicht rechtsfähige Vereine keine Anwendung<sup>2)</sup>. Eigene Schuld nicht rechtsfähiger Koalitionen kann deswegen nur angenommen werden, wenn die Mitgliederversammlung selbst eine unerlaubte Handlung begeht<sup>3)</sup>.

Kollektivhaftung besteht auch für fremde Schuld. Sie ergibt sich aus § 831 BGB. in gleicher Weise für rechtsfähige und nicht rechtsfähige Koalitionen. Auf Arbeitnehmerseite kommt die Haftung hauptsächlich für Angestellte, Streikleitungen und Ortsvereine in Betracht. Eine Haftung für die Mitglieder besteht nicht. Denn Mitglieder sind keine Verrichtungspersonen. Nur wenn Mitglieder zu „einer Verrichtung bestellt“ sind, wie etwa Streikposten, kann

1) Vgl. statt aller v. GIERKE, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902, S. 19.

2) v. GIERKE, a. a. O., S. 19 Anm. 29. Ob die herrschende Meinung für alle Zeiten gesichert sein wird, erscheint fraglich. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die im Gegensatz zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für deliktisches Handeln ihrer Geschäftsführer annimmt, birgt trotz des Widerspruchs, den sie gefunden hat (vgl. v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 584 Anm. 1; ders., Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 685 Anm. 106) die Gefahr in sich, auf nicht rechtsfähige Vereine übertragen zu werden. Für die Anwendung des § 31 treten schon ein OLG.Rechtspr. 22, S. 115 (OLG. Düsseldorf), DERNBURG, Das bürgerliche Recht, I, § 66, § 79, u. a.

3) Diese Auffassung ist allerdings nicht ohne weiteres nach dem Wortlaut des geltenden Rechts zu rechtfertigen. Auf nicht rechtsfähige Vereine finden die Vorschriften der Gesellschaft Anwendung. Wenn die Mehrheit der Gesellschafter eine unerlaubte Handlung begeht, so ist es nach Gesellschaftsrecht sehr zweifelhaft, ob damit die Haftung der Gesellschaft, also aller Gesellschafter, gegeben ist.

§ 831 BGB. eingreifen<sup>1)</sup>. § 831 BGB. läßt den Entlastungsbeweis der Koalition in der dort angegebenen Weise zu. Die Praxis zieht diesem Entlastungsbeweis bei Arbeitskämpfen enge Grenzen. Sie stellt an die Aufsichtspflicht höchste Anforderungen<sup>2)</sup>. Die Folge davon ist, daß die Ausnahmestellung, welche für nicht rechtsfähige Koalitionen in Ermangelung des § 31 BGB. besteht, durch die Art der Anwendung des § 831 BGB. so gut wie aufgehoben ist<sup>3)</sup>. Hierbei spielt die gestaffelte Haftung eine besondere Rolle. Wenn z. B. eine Streikleitung Streikposten aufstellt, und die Streikposten begehen eine unerlaubte Handlung, so haftet die Streikleitung, für die Streikleitung haftet der Ortsverein, der sie bestellt hat, und für den Ortsverein haftet der Zentralverein, der sich des Ortsvereins zur Durchführung von Kämpfen bedient<sup>4)</sup>.

b) Auch bei der Individualhaftung unterscheiden wir die Haftung für eigene und fremde Schuld. Haftung für eigene Schuld kommt bei rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Koalitionen vor. Wenn Koalitionsmitglieder unerlaubte Handlungen begehen, so haften sie als Einzelpersonen. Haftung für fremde Schuld kommt nur bei nicht rechtsfähigen Koalitionen vor. Die fremde Schuld, die in Frage steht, ist die Koalitionsschuld. Diese Schuld ist bei rechtsfähigen Koalitionen ausschließlich eine Schuld der Koalition. Für sie besteht keine Individualhaftung. Bei nicht rechtsfähigen Koalitionen ist die Koalitionsschuld, wenn sie auf unerlaubter Handlung beruht, stets auch eine Schuld der Mitglieder, die nach § 54 in Verbindung mit den §§ 705 BGB. als Gesamtschuldner neben der Koalition haften<sup>5)</sup>.

1) Vgl. dazu im einzelnen WEIGERT, Die außervertragliche Haftung der Berufsvereine für Streikende, insbesondere für Streikposten (Koalitionen und Koalitionskampfmittel, S. 192 ff.)

2) Entsch. des RG. vom 26. 4. 1926, abgedr. bei NIPPERDEY, Gutachten, a. a. O., S. 413, Anm. 71.

3) Daß das Reichsgericht die Haftung der Koalitionen für Verrichtungspersonen viel strenger auffaßt, als die Haftung des Unternehmers für seine Verrichtungspersonen, ist bei WEIGERT, a. a. O., S. 197 f., mit Recht hervorgehoben.

4) Vgl. die in Anm. 2. zit. Entsch. des RG.

5) Für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, sofern es sich um Maßnahmen zu Zwecken des Arbeitskampfes handelt, sind nunmehr die Arbeitsgerichte zuständig (§ 2 Ziff. 1 ArbGerG.).

#### 4. Kapitel.

### Die Schlichtung.

Die Regelung der Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum wäre unvollständig, wenn sie kein Mittel wüßte, das ihre Träger wieder eint, wenn sie zerfallen sind. Dieses Mittel ist die Schlichtung. Sie ist in der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923, sowie in den beiden Verordnungen vom 10. 12. 1923 und 29. 12. 1923 geregelt, die zur Ausführung der ersten Verordnung ergangen sind. Die Aufgabe der Schlichtung besteht darin, zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen (Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen) Hilfe zu leisten (§ 3 SchlichtV.). Sie setzt eine Gesamtstreitigkeit voraus. Gesamtstreitigkeiten sind Streitigkeiten zwischen den Trägern der Gemeinschaft, die auf den Abschluß einer Gesamtvereinbarung gerichtet und Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens sind<sup>1)</sup>. Die Gesamtstreitigkeit kann aus einem Arbeitskampf hervorgehen und von einem Arbeitskampf begleitet sein. Sie kann sich aber auch unabhängig von jedem Arbeitskampf als sog. „trockener Arbeitskampf“ vollziehen. Die Schlichtung ist dazu bestimmt, den Streit zu beendigen, aus der nichtfunktionierenden Gemeinschaft wieder eine funktionierende zu machen.

Im Einzelnen gilt für die Schlichtung das Folgende:

1. Die Schlichtung ist keine Rechtsprechung, auch keine freiwillige Gerichtsbarkeit, sondern Verwaltungstätigkeit. Sie ist keine

---

1) Ausnahmsweise kann nach § 8 der 2. AusfV. zur SchlichtV. der Vorsitzende des Schlichtungsausschusses oder der Schlichter in Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die nicht durch eine Gesamtvereinbarung beigelegt werden können (man denke an wilde Streiks), vermittelnd eingreifen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert.

Rechtsprechung. Schlichten ist kein Richten. Sie setzt keine Rechtsverletzung voraus und wendet nicht bestehendes Recht an, sondern schafft neues Recht<sup>1)</sup>. Sie ist keine freiwillige Gerichtsbarkeit. Ihre Aufgabe ist nicht die Auseinandersetzung von Rechten, sondern der Ausgleich von Interessen. Die staatliche Schlichtung greift nur ein, wenn eine vereinbarte Schlichtungsstelle nicht besteht oder den Abschluß einer Gesamtvereinbarung nicht herbeiführt (§ 3 SchlichtV., § 9 der 2. AusfV. z. SchlichtV.). Schlichtungsstellen können in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vereinbart sein.

2. Die staatliche Schlichtung erfolgt durch Schlichtungsausschüsse und Schlichter. Der Reichsarbeitsminister kann für ihre Tätigkeit allgemeine Richtlinien erlassen. In ihrer Entschließung im Einzelfalle sind Schlichtungsausschüsse und Schlichter unabhängig und nicht an Weisungen gebunden. Der Reichsarbeitsminister führt die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schlichter. Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schlichtungsausschüsse führt die oberste Landesbehörde. Doch kann der Reichsarbeitsminister mit Zustimmung der obersten Landesbehörde die Geschäftsführung der Schlichtungsausschüsse prüfen und die Vorlage von Akten verlangen.

a) Die Schlichtungsausschüsse bestehen aus einem oder mehreren unparteiischen Vorsitzenden und aus Beisitzern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gleicher Zahl. Die unparteiischen Vorsitzenden bestellt die oberste Landesbehörde nach Anhörung der wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Bezirks. Die Beisitzer beruft sie auf Vorschlag dieser Vereinigungen. Die Vorsitzenden werden im Haupt- oder Nebenamt auf Grund eines Dienstvertrags angestellt, der jederzeit am ersten Werktag eines Monats zu Monatsende gekündigt werden kann,

---

1) Sehr fein sagt SCHINDLER, *Werdende Rechte*, S. 412: „So erfüllt die Sonderbehandlung von Interessen und Streitigkeiten im werdenden Arbeitsrecht und Völkerrecht eine ähnliche Funktion der Rechtsumbildung und Neugestaltung, wie das prätorische Edikt im werdenden römischen Recht . . .“

vorbehaltlich des Rechts der obersten Landesbehörde, den Vorsitzenden oder seinen Stellvertreter jederzeit abzurufen. Die oberste Landesbehörde kann für bestimmte Gewerbe- oder Berufszweige Fachkammern bilden, wenn die besonderen Verhältnisse des Gewerbe- oder Berufsart und die Zahl der Streitigkeiten es notwendig erscheinen lassen. Zuständig ist, falls die Parteien nichts anderes vereinbaren, oder nicht ein Schlichter eingreift, der Schlichtungsausschuß, in dessen Bezirk die beteiligten Arbeitnehmer beschäftigt sind. Der unparteiische Vorsitzende des Schlichtungsausschusses hat zunächst zu versuchen, den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen. Gelingt ihm das nicht, so ist die Sache vor der Schlichtungskammer zu verhandeln. Diese bildet der unparteiische Vorsitzende des Schlichtungsausschusses mit je 2 Beisitzern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer.

b) Die Schlichter werden durch den Reichsarbeitsminister nach Anhörung der beteiligten obersten Landesbehörden für größere Wirtschaftsbezirke bestellt. Der Reichsarbeitsminister kann auch für den Einzelfall einen besonderen Schlichter bestellen. Er kann sich selbst oder Angehörige seines Ministeriums als Schlichter berufen. Die Schlichter übernehmen die Schlichtung in Fällen, die für das Wirtschaftsleben von besonderer Wichtigkeit sind. Die ständigen Schlichter und ihre Stellvertreter werden durch den Reichsarbeitsminister nach denselben Grundsätzen angestellt, wie die unparteiischen Vorsitzenden der Schlichtungsausschüsse. Der Schlichter hat zunächst zu versuchen, den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen. Gelingt ihm das nicht, so ist die Sache vor einer Schlichtungskammer zu verhandeln. Diese bildet der Schlichter mit Beisitzern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer in gleicher Zahl, die er zu diesem Zwecke beruft.

3. Schlichtungsausschüsse und Schlichter werden auf Anruf einer Partei oder von Amts wegen tätig. Der Schlichtungsausschuß muß auf Anruf einer Partei tätig werden. Der Schlichter wird auf Anruf tätig, wenn nach seinem Ermessen oder dem Ermessen des

Reichsarbeitsministers ein besonders wichtiger Fall vorliegt. Von Amts wegen soll der Schlichtungsausschuß oder der Schlichter tätig werden, wenn das öffentliche Interesse sein Eingreifen erfordert. Erscheinen ordnungsmäßig geladene Parteien in den Schlichtungsverhandlungen nicht, so kann der Vorsitzende des Schlichtungsausschusses oder der Schlichter ihnen bzw. den gesetzlich oder satzungsgemäß zu ihrer Vertretung berufenen Personen für unentschuldigtes Ausbleiben eine Ordnungsgeldstrafe androhen und bei unentschuldigtem Ausbleiben festsetzen. Bei Streitigkeiten, die sich auf einen einzelnen Betrieb beschränken, kann der Vorsitzende des Schlichtungsausschusses oder der Schlichter das persönliche Erscheinen sowohl des Arbeitgebers wie der nach dem BRG. zum Auftreten für die Betriebsvertretung berufenen Mitglieder anordnen. Die Verhandlung vor dem Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses oder dem Schlichter ist mündlich und nicht öffentlich. Die Verhandlung vor der Schlichtungskammer ist mündlich und öffentlich. Soweit in dem Vorverfahren keine Einigung zustande kommt, ist eine Verhandlung vor der Schlichtungskammer anzuberaumen. Die Schlichtungskammer hat durch Anhörung der Parteien die Streitpunkte und die für ihre Beurteilung wesentlichen Verhältnisse klarzustellen. Soweit sie es für erforderlich hält, kann sie amtliche Auskünfte einholen, den Parteien die Beibringung von Unterlagen aufgeben und Auskunftspersonen hören, falls die Parteien sie stellen. Hierbei stehen der Schlichtungskammer Zwangsbefugnisse zur Beibringung von Unterlagen und zum Gehör von Auskunftspersonen nicht zu.

4. Die Schlichtung wird abgeschlossen durch eine Gesamtvereinbarung der Parteien. Die Gesamtvereinbarung beendet den Streit. Sie kommt zustande durch Einigung oder durch Schiedsspruch.

Die Schlichtungsstellen haben in allen Stadien der Verhandlung zu versuchen, eine Einigung der Parteien herbeizuführen. Kommt eine Einigung zustande, so ist sie ihrem Wortlaut nach

niederzuschreiben und von den Parteien oder ihren Vertretern zu unterschreiben. Die Einigung der Parteien im Schlichtungsverfahren steht der Einigung außerhalb desselben gleich.

Kommt keine Einigung zustande, so hat die Schlichtungskammer einen Schiedsspruch abzugeben. Der Schiedsspruch ist auf Antrag der erschienenen Parteien auch dann abzugeben, wenn eine Partei trotz rechtzeitiger Ladung nicht erschienen ist, oder wenn sie nicht verhandelt. Der Schiedsspruch ist vor der Verkündung schriftlich abzufassen, vor Vorsitzenden zu unterschreiben und zu verkünden. Eine nachträgliche Änderung des Schiedsspruchs kann von der Schlichtungskammer im Wege der Selbständerung vorgenommen werden. Der Inhalt des Schiedsspruchs soll so abgefaßt sein, daß er unverändert an die Stelle einer Vereinbarung zwischen den Parteien treten kann. Wird der Schiedsspruch von beiden Parteien angenommen — der Annahme steht eine vorherige Vereinbarung der Parteien, sich ihm zu unterwerfen, gleich —, so hat er die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung.

Der Annahme des Schiedsspruchs bedarf es nicht, wenn der Spruch auf Grund gesetzlicher Vorschrift bindend ist. Bindend ist der Schiedsspruch nur nach §§ 80, 75 BRG. (S. 235, 237).

Wird der Schiedsspruch nicht von beiden Parteien angenommen und ist er auch nicht bindend, so ist er nur verbindlich, wenn er für verbindlich erklärt ist. Er kann für verbindlich erklärt werden, wenn die in ihm getroffene Regelung bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht und ihre Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist. Dies gilt für Schiedssprüche, die den Entwurf eines Tarifvertrags, und für Schiedssprüche, die den Entwurf einer Betriebsvereinbarung enthalten<sup>1)</sup>. Die Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs ersetzt die fehlende Annahmeerklärung einer oder

1) Die Ansicht KASKELS, S. 298 oben, wonach es eine Zwangsverbindlichkeit für Betriebsvereinbarungen nicht gibt, ist angesichts des klaren Wortlauts des § 6 SchlichtV. unhaltbar.

beider Parteien. Sie ist ein Verwaltungsakt, der durch den Schlichter oder den Reichsarbeitsminister erfolgt, je nachdem der Geltungsbereich der vorgeschlagenen Gesamtvereinbarung in dem Bezirk eines Schlichters liegt oder nicht. Bei der Verbindlichkeitsklärung darf der Schiedsspruch nur mit Zustimmung der Parteien abgeändert werden. Betrifft er mehrere Streitpunkte, so kann die Verbindlichkeitsklärung auf einzelne von ihnen beschränkt werden, wenn sie mit den übrigen nicht notwendig zusammenhängen. Die Entscheidung ist endgültig. Sie kann von den Parteien mit Rechtsmitteln nicht angegriffen werden und ist der Selbständerung durch die entscheidende oder übergeordnete Stelle entzogen. Eine Nachprüfung der Verbindlichkeitsklärung durch andere Behörden, namentlich durch die Gerichte, ist zulässig, soweit es sich um ihre formelle Rechtsgültigkeit als Verwaltungsakt handelt. Ihre Zweckmäßigkeit unterliegt der Nachprüfung nicht<sup>1)</sup>. Der verbindlich erklärte Schiedsspruch ist sonach ein Zwangstarifvertrag oder eine Zwangsbetriebsvereinbarung. Für beide Vereinbarungen gelten dieselben Regeln, die für eine freiwillig abgeschlossene Gesamtvereinbarung gelten. Insbesondere entsteht auch aus dem Zwangstarifvertrag die Friedenspflicht der Parteien.

---

1) KASKEL, S. 300.

## Sachregister.

- Abhängige Arbeit 4, 7, 10 ff.  
Abhängigkeit 10 ff.  
Abschlußgebote 132 ff., 157.  
Absperrungsklausel 82 ff.  
Achtstundentag 55  
Akkord 125 f., 148 f., 188.  
Altersversicherung 101.  
Angestellte 35.  
Angestelltenversicherung 101 ff.  
Annahmeverzug (des Arbeitgebers) 148, 188, 190.  
Anrechnung (von Leistungen auf den Arbeitslohn) 194.  
Anspruch auf Erfüllung von Arbeiterschutzpflichten 158, 162.  
Anstellungsvertrag 117 ff.  
Arbeit 4, 7 ff., 21 f.  
Arbeit außerhalb des Betriebs 138  
Arbeiter 34.  
Arbeiterräte 107.  
Arbeiterschutz 3, 156 ff.  
Arbeiterversicherung 6, 101 ff.  
Arbeitnehmer 3, 47, 32 ff.  
Arbeitnehmerähnliche Personen 30<sup>4</sup>, 42.  
Arbeitsaufsicht 55, 58, 161.  
Arbeitsausgleich 17<sup>8</sup>, 18<sup>2</sup>.  
Arbeitsbereitschaft 115.  
Arbeitsbeschaffung 95 ff.  
Arbeitsfreiheit 129<sup>1</sup>.  
Arbeitsgemeinschaft (im Arbeitsverhältnis) 167.  
Arbeitsgemeinschaften 6, 278 ff.  
Arbeitsgerichte 75, 106.  
Arbeitsgewohnheitsrecht 52.  
Arbeitshausinsasse 21.  
Arbeitskammern (im Bergbau) 108.  
Arbeitskampf  
Arbeitskampf und Arbeitsvertrag 199—  
und Betriebsvertretung 232 — und  
öffentliche Rechtsordnung 283 ff. —  
und private Rechtsordnung 289 ff. —  
und Vertragsverletzung 290 — und  
unerlaubte Handlung 290 ff. — und  
die guten Sitten 294 ff. — und Er-  
pressung 286 ff. — und Notstands-  
arbeiten 285 — und Armenunter-  
stützung 286 — und technische Not-  
hilfe 285 — und Haftung 296 ff.  
Arbeitskraft 7, 8.  
Arbeitslohn 183 ff.  
Arbeitslosigkeit 58.  
Arbeitsnachweis 6, 96 f.  
Arbeitsordnung 51, 234 ff.  
Arbeitspflicht 171 ff.  
Arbeitsprodukt 151 ff.  
Arbeitsrecht 3 ff., 61.  
Arbeitsruhe 115.  
Arbeits selbstverwaltung 105  
Arbeitsstätte 28.  
Arbeitsstand 62.  
Arbeitsstrafrecht 161.  
Arbeitsstreckung 149.  
Arbeitsurkunden 130<sup>1</sup>.  
Arbeitsverband 63 f.  
Arbeitsverfassung 109, 207 ff.  
Arbeitsverhältnis 109 ff., 140 ff., 166 ff.  
Arbeitsvermittlung 96 f.  
Arbeitsvertrag 117.  
Arbeitszeit 174 f.  
Arbeitszeitschutz 157, 174 ff.  
Aufrechnungsverbot 194.  
Ausländische Arbeiter 55, 132.  
Ausschuß (beim Akkord) 188.

- Außenarbeiter 27.  
Autonomes Arbeitsrecht 46.  
Beamte 36 ff.  
Beamtenrecht 40.  
Befehlsrecht 146 ff.  
Berner Konvention 54.  
Bergarbeiter 160.  
Bergarbeitervertrag 128.  
Berufsgenossenschaften 106 f.  
Berufskassen 193.  
Berufsorganisation 251 ff.  
Beschäftigungsverhältnis 113.  
Bescheide (des Reichsarbeitsministers) 52 f.  
Betrieb 214 ff.  
Betriebsbeamte 35.  
Betriebsdziplinen 246 ff.  
Betriebserfindung 153 f.  
Betriebsführung 241 ff.  
Betriebsgeheimnisse 172.  
Betriebsgruppe 124.  
Betriebsordnung 145<sup>1</sup>, 160, 234 ff.  
Betriebsorganisation 214 ff.  
Betriebsregelung 233, 248 ff.  
Betriebsrisiko 189 ff.  
Betriebsschutz 157  
Betriebsstilllegung 203, 248 ff.  
Betriebsvereinbarung 49 ff, 234 ff.  
Betriebsvertretung 219 ff.  
Bezirkswirtschaftsräte 108.  
Commendatio 120.  
Dienstordnungen 47.  
Dienstvertrag 117 f.  
Dienstvorschriften 51.  
Direktionsrecht 147.  
Eigentum 22 ff., 151 ff.  
Eigentumsordnung 59 ff.  
Ehrenamt 21, 173.  
Einheit und Einheiten 11 ff.  
Einheitliches Arbeitsrecht 6, 45.  
Einheitsrecht 11 ff.  
Einheitsverhältnisse 11 ff.  
Einspruch (gegen Kündigungen) 201 f.  
Einzelverhältnisse 12.  
Erfinder 149.  
Erfindungen und arbeitsrechtliches Erfindungsrecht 154 ff.  
Erfindungsklausel 154 f.  
Erfindungsvergütung 155.  
Erfüllungszwangsrecht (des Arbeitgebers) 150.  
Ersatzpflicht (des Arbeitgebers) 159.  
Erwerb 28.  
Erwerbsabsicht 28.  
Erwerbslosenfürsorge 97 ff.  
Erwerbslosenunterstützung 97 ff.  
Fachauschüsse (für die Hausarbeit) 108.  
Familienarbeit 30 ff.  
Familienhilfe 32.  
Fernwirkung (des Tarifvertrags) 52.  
Feudalismus 18<sup>4</sup>, 26.  
Fortbildungsschutz 157, 174.  
Frauenarbeit 58, 131, 160.  
Freie 17 ff.  
Freie Erfindung 154.  
Freiheit des Arbeitsvertrags 62.  
Freizeit 58, 176 f.  
Freizügigkeit 19.  
Friedensabkommen (in Tarifverträgen) 228.  
Fürsorgezögling 142.  
Geistige Arbeiter 30.  
Gemeinschaft zwischen Arbeit und Eigentum 208 ff.  
Gesamtvereinbarungen 49.  
Geschäftsgeheimnisse 172.  
Geschäftsbetrieb 27 f.  
Gesellschaft 17.  
Gesindeordnungen 79, 129.  
Gewalt 12 ff., 14, 15 ff.  
Gewaltverhältnis 11, 118 f., 145 ff.  
Gewerbebetrieb 28, 127.  
Gewerblicher Arbeitsvertrag 127.  
Gratifikation 183<sup>2</sup>.  
Grundherr 25.  
Gruppenvertrag 123 f.  
Haftung (des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer) 164 f.  
Handlungsagent 118.  
Handlungsgehilfen 35, 139, 140, 160.  
Handlungsgehilfenvertrag 127 ff.  
Hausangestellte 35.  
Hausarbeiter 30.  
Hausgewerbetreibende 30.

- Haus herrschaft 25.  
Hausindustrielle 30.  
Hausverfassung 18<sup>4</sup>.  
Häusliche Dienste 31.  
Heimarbeit 27 ff.  
Heimarbeiter 30, 160.  
Heimwerker 30.  
Herrschaftsverband 217.  
Heuervertrag 58.  
Hinterbliebenenversicherung 101.  
Hofgänger 112.  
Hofrecht 21<sup>1</sup>, 208.  
Individualbeziehungen (im Arbeitsverhältnis) 109.  
Internationales Arbeitamt 55.  
Internationale Arbeitsorganisation 55 ff.  
Internationales Arbeitsrecht 53.  
Internationale Vereinigung für gesetzlichen Arbeiterschutz 54.  
Invalidenversicherung 101.  
Jugendschutz 55, 58, 130, 160.  
Kampfbetätigung (der Koalition) 85 ff.  
Kampfkoalitionen 71 f., 84.  
Kassenzwang 102.  
Kinder 21, 22, 31, 141.  
Kinderarbeit 31, 55, 58.  
Koalitionen 67 ff.  
Koalitionsfreiheit 81 ff.  
Koalitionsrecht 6, 55, 90 ff.  
Koalitionsverbote 76 f.  
Kommunalarbeiter 17.  
Konkurrenzverbot 172.  
Krankenversicherung 101.  
Kriegsteilnehmer 132 f.  
Kündigung  
  außerordentliche — bei Werksbeurlaubung 114 — bei Notstandsarbeiten 137<sup>1</sup> — bei Nichtbeschäftigung 147<sup>3</sup>, 148 — bei Betriebsstockung 191 — bei Beleidigungen durch den Betriebsvertreter 229<sup>2</sup>.  
— unzulässige — bei Werksbeurlaubung 114 — Betriebsvertretern gegenüber 202 f. — Schwerbeschädigten gegenüber 203 — bei Betriebsstilllegung 203 — bei illoyalen Kündigungen 203 — bei Eingriffen in Grund- und Schutzrechte 203 f. — zur Umgehung von Tarifpflichten 204.  
— des Notstandsarbeiters 137<sup>1</sup>.  
— Einspruch gegen Kündigung 201 ff.  
— Erweiterung der Kündigungsfristen bei alten Angestellten 204 f.  
Kündigungsschutz 157, 200 ff., 264.  
Kurzarbeit 178.  
Kurzarbeiterfürsorge 98<sup>2</sup>.  
Landarbeiter 58, 160.  
Landarbeitervertrag 128.  
Landwirtschaft 31.  
Lebenswichtige Betriebe 87.  
Lehrlinge 41.  
Lehrlingsregelungen (der Innungen, Zwangsinnungen und Handwerkskammern) 47.  
Lehrlingsskala 110.  
Lehrvertrag 42, 130<sup>2</sup>.  
Leitende Angestellte 35.  
locatio conductio operarum 120 f.  
Lohnbeschlagnahme 184.  
Lohnbeschränkungsverträge 196.  
Lohneinbehaltung 196.  
Lohnerhaltungsschutz 187 ff., 193 ff.  
Lohnfabriken 29.  
Lohnindustrien 29.  
Lohnsicherung 3, 137<sup>1</sup>, 157, 183 ff.  
Lohnschiebungsvertrag 184.  
Lohnverfügung 185, 195 f.  
Lohnverpfändung 185, 195 f.  
Lohnverwirkung 196.  
Lohnvorzugsstellung (im Konkurs, bei der Zwangsversteigerung) 185.  
Lohnzahlungsschutz 186 ff.  
Manus 25.  
Mehrarbeit 171, 179, 181.  
Mindestentgeltfestsetzungen (der Fachausschüsse der Heimarbeit) 47.  
Mindestruhezeiten 176.  
Minimallohn 55.  
Mitarbeitervertrag 124.  
Mitwirkung (der Betriebsvertretung) 241 ff.  
Munt 25.  
Nachtarbeit 58, 176.  
Nebenabreden 137 ff.

- Nebenbeschäftigung 172 f.  
Nichtiger Anstellungsvertrag 141.  
Notstandsarbeiten 100.  
Notstandsarbeiter 100, 134 ff.  
Oeffentlich-rechtliche Verbände 79 f.  
Organisationsklausel 82 f.  
Ortskrankenkenkassen 106.  
Ortsstatuten 45.  
Paritätische Vertretungskörper 107 f.  
Pausen 176 f.  
Pensionskassen 138 f.  
Pensionsversprechen 138<sup>a</sup>.  
Personalordnung (der deutschen Reichsbahn) 47.  
Personalordnung 61.  
Pflichtarbeit (des Erwerbslosen) 99, 142 ff.  
Politische Vereinigungen 73 ff.  
potestas 19, 150.  
Produktionsmittel 23, 27.  
Produktive Erwerbslosenfürsorge 100.  
Produktivgenossenschaft 17.  
Quellen des Arbeitsrechts 43 ff.  
Recht auf Beschäftigung 147 f., 190<sup>1</sup>.  
Regelung (der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse) 51.  
Reichsbahnpersonalvertrag 128.  
Reichsversicherungsanstalt 107.  
Reichswirtschaftsrat 74, 107.  
Richtlinien 51, 111, 130.  
Seeleute 160.  
Seitenabreden 140.  
Sklave 18, 26.  
Solidarbeziehungen (im Arbeitsverhältnis) 108 f.  
Solidarität (im Arbeitsverhältnis) 168 f.  
Sonntagsarbeit 176.  
Soziale Selbstbestimmung 80.  
Soziale Selbstverwaltung 105.  
Sozialistengesetz 78, 85.  
Soziallohn 32.  
Sprechstunde 51.  
Schiedsstellen 51.  
Schiffahrtsrechtliche Arbeitsverträge 128.  
Schlechtleistung 188.  
Schlichtung 299 ff.  
Schlichtungsausschüsse 74, 106.  
Schlichtungsfähigkeit 73.  
Schmiergelder 172.  
Schollenpflichtigkeit 19.  
Schutz des Mitwirkungsrechts (der Betriebsvertretung) 244 ff.  
Schutzgesetze 230.  
Schutzpflicht (des Arbeitgebers) 155.  
Schwarze Listen 93.  
Schwerbeschädigte 133 f.  
Staatsarbeiter 17.  
Staatsbürgerliche Rechte (des Arbeitnehmers) 173.  
Staatliches Arbeitsrecht 43 ff.  
Stand 18 ff.  
Stellenvermittlung 58.  
Sterbegeld 32.  
Strafen 138, 150, 246 ff.  
Sträfling 21.  
Streikarbeit 171 f.  
Streikrecht, Streikfreiheit 85 ff, 137<sup>1</sup>, 189.  
Tarifberechtigung 255.  
Tariffähigkeit 73, 254 f.  
Tarifvertrag  
Begriff 50; Rechtliche Natur 273 ff.; Entstehung 253, 302 f.; Tarifparteien 253 ff.; Tarifbeteiligte 259; Tarifvertrag u. Betriebsordnungen 240; Tarifkonkurrenz 259 f.; Tarifwirkung 256 ff.; normative Funktion 257 ff.; Unabdingbarkeit 262 ff.; Verzicht auf den Tariflohn 264; Kündigungen wegen tarifmäßigen Verhaltens 204, 264; Weiterwirkung 180 f., 260; obligatorische Funktion 264 ff.; Friedenspflicht 265 ff.; Haftung wegen Tarifbruchs 266 ff.; Nebenpflichten 267; Organisatorische Funktion 268 ff.; Allgemeine Verbindlichkeitserklärung 270 ff.; Tarifprobleme der Gesetzgebung 275 ff.  
Tarifzuständigkeit 255.  
Technische Angestellte 35.  
Teilstreik 192.  
Treuendienstvertrag 120.  
Treupflicht 172.  
Truckverbot 186.  
Türkontrolle 246<sup>o</sup>.  
Umsatzsteuer 27<sup>1</sup>.  
Unfallverhütungsvorschriften 47, 160.

- Unfallversicherung 101.  
Unfreie (unfreie Menschen) 17 ff.  
Urlaub 137<sup>1</sup>, 173 f.  
Usance 52.  
Verbandsautonomie 47.  
Vereinbarter Arbeiterschutz 157.  
Verlagsarbeit (Heimarbeit) 28.  
Vermögensgemeinschaft (im Arbeitsverhältnis) 166 f.  
Versicherungsanspruch 103.  
Versicherungsbehörden 103 f., 106.  
Versicherungszwang 102.  
Vertragsautonomie 48.  
Vertragsschutz 157.  
Vertretung 14, 72 f., 79.  
Verwaltungsausschüsse (der öffentlichen Arbeitsnachweise) 75, 106.  
Verzug (des Arbeitnehmers) 188 f.  
Vorstandsmitglieder (als Arbeitnehmer) 36.  
Warenkreditierung 138.  
Werkmeister 35.  
Werksbeurlaubung 113 f.  
Werkswohnung 114, 139.  
Werkvertrag 117.  
Wettbewerbsverbot 139, 200.  
Wiedereinstellungsklausel 130, 257.  
Wirtschaftliche Selbstverwaltung 105.  
Wirtschaftseinheit 25.  
Wochenhilfe 32.  
Wohlfahrtseinrichtungen 51, 138.  
Zeitlohnvertrag 125.  
Zuschlag (für Mehrarbeit) 181.  
Zurückbehaltungsrecht (am Arbeitslohn) 195.  
Zwangsarbeit 21.  
Zwischenmeister 28, 29<sup>2</sup>, 111.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) Jena. — 5615

---

## Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena

Herausgeber: Prof. Dr. Justus Wilhelm Hedemann, Jena

- Nr. 1: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag.** Von Dr. Hans Carl Nipperdey, Privatdozent der Rechte an der Universität Jena. VII, 168 S. gr. 8° 1920 Rmk 4.—

Inhalt: Das Problem. Der Begriff des Kontrahierungszwangs. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Kontrahierungszwangs. — Kontrahierungszwang zur Erzielung der normalen Güterbewegung. Einzelfälle. Der allgemeine Kontrahierungszwang aus § 826 BGB. Kontrahierungszwang zur Herbeiführung einer von der Rechtsordnung verlangten anormalen Wettbewegung. — Die Wirkungen des Kontrahierungszwangs. Allgemeines. Die Verpflichtung des Schuldners. Das Recht des Berechtigten. Der Untergang der Verpflichtung. Die Erzwingung der Verpflichtung. Das Zustandekommen des Vertrages. Der diktierter Vertrag. Die Verletzung der Verpflichtung aus dem Kontrahierungszwang und die Rechtsfolge des Schadenersatzes. Behandlung des aus dem Kontrahierungszwang hervorgegangenen Vertrages. Die Erzwingung der Leistung des Verpflichteten in dem Kontrahierungszwang hervorgegangenen Vertrag. Der korrigierte Vertrag. — Sachregister.

- Nr. 2: Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen.** Von Dr. Paul Gieseke, Privatdoz. für Handels- u. Industrierecht an d. Univers. Bonn. VIII, 135 S. gr. 8° 1922 Rmk 3.—

Inhalt: Der Begriff der Gemeinwirtschaft. — Die gemeinwirtschaftlichen Organisationen: I. Der Aufbau der Wirtschaftsträger: Die Verwaltungsstellen. Die Geschäftsstellen. — II. Die Tätigkeit der Wirtschaftsträger: Die Verwaltungsstellen. Die Geschäftsstellen. — III. Zusammenfassung, Begriffe und Folgerungen.

- Nr. 3: Grundsätzliches über die Betriebsorganisation.** Von Dr. Roland Freisler, Cassel. IV, 127 S. gr. 8° 1922 Rmk 2.40

Diese Abhandlung sucht die grundsätzliche Frage der Betriebsorganisation nach ihrer rechtlichen Natur einer Lösung entgegenzuführen. Auf Grund einer Stellungnahme zu dieser Kardinalfrage erhält die Behandlung aller weiteren Fragen erst ihre feste Grundlage. Dahin gehören die Frage der Rechtsbeziehungen der einzelnen Vertretungsmitglieder, die Frage der Haftung der Betriebsorganisation gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, gegenüber dem Arbeitgeber und gegenüber dem Außenstehenden und schließlich die Frage des Ausbaues der zur juristischen Person zusammengefaßten Belegschaft in ihren Organen und die Beziehung der Organe zueinander.

- Nr. 4: Die Bescheide des Reichsarbeitsministers unter dem Gesichtspunkt der Fortentwicklung des Rechts.** Von Dr. jur. Else Buddeberg. VI, 68 S. gr. 8° 1925 Rmk 3.60

Inhalt: a) Theoretischer Teil. 1. Verwaltungsrechtliche Grundbegriffe und die Bescheide. 2. Rechtsgewinnung und Rechtsanwendung. b) Historischer Teil. 3. Reskripte des klassischen römischen Rechts. c) Materieller Teil. 1. Gesetzliche Grundlagen. 2. Erwerbslosenfürsorge. 3. Schlichtungswesen. 4. Tarifvertrag. 5. Schlußwort zum materiellen Teil: Der Rechtssatz kraft faktischer Geltung die Quelle der Rechtsfortbildung.

- Nr. 5: Die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses der Notstandsarbeiter.** Von Kurt Hessler. X, 74 S. gr. 8° 1926 Rmk 3.60

- Nr. 6: Der Staatsangehörige und seine Rechte, insbesondere seine Vermögensrechte, im System des Völkerrechts.** Studie über die dogmatische Berechtigung und Auswirkung wirtschaftsrechtlicher Vorstellungen in den Gedankengängen des Völkerrechts. Von Dr. Bernhard Meier, Referendar im Kammergerichtsbezirk. XVI, 160 S. gr. 8° 1927 Rmk 8.—

**Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.** Von Konrad Cosack und Heinrich Mitteis.

Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. Achte, umgearbeitete Auflage. 21.—23. Tausend. XIII, 864 S. gr. 8°

Rmk 38.—, geb. 40.—

Band 2: Sachenrecht. Recht der Wertpapiere. Gemeinschaftsrecht. Familien- und Erbrecht. 2 Teile. 7. u. 8., umgearbeitete Auflage. XVI, 518 S. gr. 8° 1924

Rmk 20.—, geb. 22.50

Dieses Buch soll ein echtes und rechtes Lehrbuch sein. Damit hat es sich ein hohes Ziel gesetzt: es ist geschrieben, um kraftvoll mitzuhelfen bei der Erziehung derer, die des deutschen Rechts in naher Zukunft zu walten berufen sind. Schlicht, klar, wahr will es sein, um dieser Aufgabe gerecht zu werden; allem Blendwerk allem Schellenklang ist es abhold, auch in Scherz und Spott ist es von herbem Ernst erfüllt . . . Dies Buch ist mit Liebe geschrieben — trotz aller Not der Zeit. So wird es auch Liebe finden — trotz aller Not der Zeit.

**Lexikon des Arbeitsrechts.** In Verbindung mit Dr. Felix Clauß, Mitglied des Bureaus für Sozialpolitik in Berlin, Dr. Herm. Hog, Magistratsassessor in Frankfurt a. M., Dr. Herm. Luppe, Stadtrat in Frankfurt a. M., herausgegeben von Dr. Alexander Elster, Jena. VI, 228 S. 8° Mit Nachtrag: Die Reichsversicherungsordnung. 12 S. 1910/11

Rmk 3.60, geb. 5.—

Die Hilfe. 9. Februar 1911: . . . Man darf sagen, daß die Lösung der Aufgabe im allgemeinen sehr gut gelungen ist. In knappen, übersichtlich disponierten und durchdachten Artikeln werden die einzelnen Themata so erörtert, daß auch der, welcher ihnen ferner steht, ein klares und zuverlässiges Bild erhält. Es wird kaum eine wichtigere Frage, z. B. in der Praxis der Gewerbeberichte, auftauchen, über die man sich in dem Buche nicht bald unterrichten könnte. Besonders begrüßenswert ist es, daß auch die Fragen der allgemeinen Rechtslehre, die in das Recht des Arbeitsvertrages öfters hineinspielen, ausreichend erörtert sind, wie in den Artikeln: Haftpflicht, Geschäftsbesorgung, Botenrecht, Schadenersatz.

**Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht.** Von Dr. W. Endemann, Prof. an der Universität Bonn. (Abdr. aus „Jahrb. f. Nationalökon. u. Stat.“ Bd. 67.) 92 S. gr. 8° 1896

Rmk 2.40

Vorwärts (Berlin). 8. Jan. 1898: Endemann gibt in dieser Abhandlung einen außerordentlich wertvollen Beitrag zum Arbeitsrecht. . . . Verf. bemüht sich in 5 Abschnitten die Behandlung oder Mißhandlung des Arbeitsvertrages in den verschiedensten Zeitperioden darzustellen. Der 1. Abschnitt behandelt das römische Recht, der 2. den Einfluß des kanonischen Rechts, der 3. die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland bis in das 18. Jahrhundert, der 4. die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft bis zu unserer Zeit, der letzte die Regelung des Arbeitsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch. . . .

**Einfache und höhere Arbeit.** Eine sozialpolitische Untersuchung zum Arbeitsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Dr. phil. Walter Heß, Referendar. („Abhandlungen d. staatswissensch. Seminars Jena“. Hrsg. von J. Pierstorff. Bd. II, 2.) XI, 77 S. gr. 8° 1905

Rmk 2.—

**Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge.** Von Dr. jur. Wilhelm Schall. VIII, 206 S. gr. 8° 1907

Rmk 4.—

Inhalt: 1. Wirtschaft und Recht beim Tarifvertrag. 2. Die Kontrahenten der Tarifverträge. Das Privatrecht der Koalitionen: Tatbestand. Das Privatrecht der Arbeiter- und Arbeitgebervereinigungen. Die Vereinigungen und der Tarifvertrag. 3. Die Rechtsverbindlichkeit der Tarifverträge. 4. Die Rechte und Pflichten aus dem Tarifvertrag: Allgemeines. Der T.-V. mit einzelnen. Der T.-V. mit Verbänden. Die Zwecke des T.-V. und die Tarifvertragstypen. 5. Tarifvertrag und Arbeitsvertrag. 6. Die Tarifgemeinschaft. 7. Organe für die Festsetzung und Durchführung der Tarifverträge. Einigungsämter, Schlichtungskommissionen, Schiedsgerichte. 8. Der T.-V. und die Gesetzgebung.

8. 4. 73

2

29. 5. 60 Z

23. 6. 1962

- 2. 8. 66

- 5. 12. 64

12.

- 1. 7. 1970  
26. 3. 1971

25. 6. 1971

31. 11. 72

18. Jan. 1973

- 2. Mai 1973

5W1376<2> *Besatzvermerk*

Freie Universität Berlin



4925361/188

