

Zeitschrift: Gewerkschaftliche Rundschau für die Schweiz : Monatsschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes

Herausgeber: Schweizerischer Gewerkschaftsbund

Band: 23 (1931)

Heft: 1

Artikel: Der Lohnanspruch bei Krankheit und Militärdienst : unter besonderer Berücksichtigung des Fabrikarbeiterverhältnisses

Autor: Wolf, E.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-352486>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 25.01.2025

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

Der Lohnanspruch bei Krankheit und Militärdienst.

(Unter besonderer Berücksichtigung des Fabrikarbeiter-
verhältnisses.)

Von E. Wolf, Basel.

I.

Die gesetzliche Regelung des Lohnanspruches bei Verhinderung an der Arbeitsleistung durch Krankheit, Militärdienst oder ähnliche Gründe ist im Schweizerischen Obligationenrecht enthalten. In Artikel 335 des Obligationenrechts ist der Grundsatz ausgesprochen, dass bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag der durch Krankheit usw. an der Arbeitsleistung Behinderte für verhältnismässig kurze Zeit den Anspruch auf Lohnzahlung behält. Diese Gesetzesbestimmung hat zu vielen Kontroversen Anlass gegeben, und es sollen hier die hauptsächlichsten Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung kurz beprochen werden. Dabei wenden wir unsere besondere Aufmerksamkeit dem Arbeitsverhältnis der dem *Fabrikgesetz* unterstellten Betriebe zu, da dieses in dem vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund soeben neu herausgegebenen Kommentar zum Dienstvertrag von Otto Lang nicht behandelt ist.

II.

Artikel 335 des Obligationenrechts lautet wörtlich:

Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag hat der Dienstpflichtige, wenn er an der Leistung der Dienste durch Krankheit, schweizerischen obligatorischen Militärdienst oder ähnliche Gründe ohne sein Verschulden verhindert wird, gleichwohl für eine verhältnismässig kurze Zeit Anspruch auf Lohnzahlung.

Die wichtigste Frage besteht darin: Auf welche Dienstverhältnisse ist Artikel 335 anwendbar? Ein gesetzlicher Anspruch auf Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung besteht nicht bei jedem, sondern nur bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag. Das Gesetz sieht vor, dass ein Dienstvertrag bis auf zehn Jahre unkündbar eingegangen werden kann. Praktisch aber kommt es nur selten vor, dass bei Abschluss des Dienstvertrages eine längere Dauer von vorneherein verabredet wird (z. B. wenn der Arbeitgeber für das Anlernen des Dienstpflichtigen besondere Aufwendungen zu machen hat oder wenn der Dienstpflichtige eine bisherige sichere Stellung aufgibt.) Die Anwendbarkeit des Artikel 335 ist daher auszudehnen auf Fälle, wo auf andere Weise als durch Vereinbarung einer längeren Vertragsdauer die Absicht der Parteien ersichtlich wird, den Vertrag längere Zeit bestehen zu lassen. Dies wird dann der Fall sein, wenn eine längere als die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart worden ist, ferner dann, wenn infolge Ueberjährigkeit des

Dienstverhältnisses von Gesetzes wegen eine längere Kündigungsfrist eintritt. Hat nämlich das Dienstverhältnis länger als ein Jahr gedauert, so kann bei den nicht dem Fabrikgesetz unterstellten Dienstpflichtigen gegenseitig erst auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats gekündigt werden. In dieser Ausdehnung von Artikel 335 sind Wissenschaft und Praxis einig.

Die Praxis ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat sich dafür entschieden Artikel 335 immer dann anzuwenden, wenn ein Dienstverhältnis tatsächlich längere Zeit gedauert hat. Dabei wird nicht darauf Rücksicht genommen, ob eine kurze Kündigungsfrist z. B. von 14 Tagen oder bloss einer Woche vereinbart ist. Gegen diese Rechtsentwicklung hat sich die Wissenschaft gewendet, unter anderm auch unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im Entwurf des Bundesrates von 1905 zum revidierten Obligationenrecht war nämlich bei unserm Artikel 335 folgender von den Räten gestrichene Satz enthalten: «Die Dauer des Dienstvertrages ist hierbei nicht nur nach der Frist, auf die eine Kündigung erfolgen kann, sondern auch nach der Dauer der bishin dem Arbeitgeber geleisteten Dienste zu beurteilen.» Indessen darf die Entstehungsgeschichte vor allem bei einem zu langer Geltung bestimmten Gesetzestext, der entwicklungsfähig sein muss, nicht zur Auslegung herangezogen werden. Zudem ergibt sich aus der Streichung des erwähnten Satzes nur, dass der Gesetzgeber den Gerichten in der Auslegung der Praxis freie Hand lassen wollte. Das Zürcher Obergericht hat dies in einem Entscheid vom 15. Oktober 1921 (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Bd. 21, S. 42) treffend ausgeführt. Weiterhin hat die Wissenschaft eingewendet, bei einer Kündigungsfrist von 14 Tagen oder weniger fehle es an der nötigen Konsolidierung des Dienstverhältnisses (Becker, Kommentar zu Art. 335 N. 6). Indessen lässt die Vereinbarung einer kurzen Kündigungsfrist keineswegs den Schluss zu, dass der Dienstvertrag auf kurze Dauer gedacht ist. Die kurze Kündigungsfrist pflegt von vielen Arbeitgebern auch dann vereinbart zu werden, wenn sie nicht die Absicht haben, ihrem Arbeiter oder Angestellten bald zu künden. Der wahre Charakter des Dienstverhältnisses lässt sich, wie die Erfahrung lehrt, am besten aus der tatsächlichen Dauer desselben ermessen. Es rechtfertigt sich daher, den gesetzlichen Lohnanspruch des Artikels 335 auf alle Fälle auszudehnen, bei welchen entweder von Anfang an eine längere Kündigungsfrist vereinbart war oder das Dienstverhältnis trotz kurzer Kündbarkeit schon längere Zeit bestanden hat. Dies ist auch die Praxis der Gewerbegerichte, z. B. derjenigen von Basel, Bern und Zürich.

III.

Es ist sehr umstritten, ob Artikel 335 auf die dem Fabrikgesetz unterstehenden Dienstverhältnisse anwendbar ist. Gemäss Artikel 20 des Fabrikgesetzes gelten die Vorschriften des

Obligationenrechts nur insoweit als keine besondere Regelung im Fabrikgesetz getroffen worden ist. Das Fabrikgesetz enthält nun nichts über den Lohnanspruch bei Verhinderung an der Arbeitsleistung, es enthält aber in Artikel 23 die dem Obligationenrecht unbekannteste Bestimmung, dass bei Krankheit erst nach Ablauf von vier Wochen und bei obligatorischem Militärdienst überhaupt nicht gekündigt werden kann. Ueber die Lohnzahlung während dieser Zeit ist im Fabrikgesetz nichts gesagt; daraus kann nicht entnommen werden, dass ein Lohnanspruch nicht bestehe, da es hierzu einer ausdrücklichen Bestimmung bedürft hätte. Weiterhin enthält das Fabrikgesetz als Besonderheit für das Verhältnis des Fabrikarbeiters in Artikel 26 den Grundsatz, dass bei vertrags- oder gesetzwidriger Lösung des Dienstverhältnisses durch den Fabrikhaber dieser dem Arbeiter nie mehr als den Lohn von sechs Tagen als Schadenersatz zu bezahlen hat. Auch wenn die Kündigungsfrist 14 Tage beträgt, so hat der Arbeiter bei fristloser Entlassung ohne Grund nur einen Lohnanspruch von 6 Tagen. Wollte man den Schadenersatz bei Entlassung während den ersten vier Wochen einer Krankheit oder während des obligatorischen Militärdienstes ebenfalls auf 6 Tage beschränken, so hätte es der Fabrikhaber in der Hand, durch gesetzwidrige Entlassung des kranken oder im Militärdienst befindlichen Arbeiters, dessen Lohnanspruch unter allen Umständen auf 6 Tage zu beschränken. Der entsprechend dem Gesetz handelnde Fabrikhaber müsste dagegen seinem Arbeiter, wenn er ihn schon längere Zeit im Betriebe hat, für mehrere Wochen Krankheit oder Militärdienst Lohn ausrichten. Dieses unbillige Resultat lässt sich aber ohne weiteres vermeiden, wenn man Artikel 23 des Fabrikgesetzes so auslegt, dass eine während der ersten vier Wochen der Krankheitsdauer oder während des obligatorischen Militärdienstes ausgesprochene Kündigung erst auf den Ablauf der vier ersten Krankheitswochen bzw. auf den Schluss des Militärdienstes wirksam wird. Der Arbeiter hat einen Rechtsanspruch nach dem Ende einer Krankheit von längstens vier Wochen oder nach Schluss des Militärdienstes wieder in den Betrieb eingestellt zu werden. Bei Nichteinstellung kann er den Lohn von 6 Tagen beanspruchen. Ueberdies und ohne Berührung seines Rechtes auf Wiedereinstellung hat der Arbeiter gemäss Artikel 335 des Obligationenrechts, wenn das Dienstverhältnis schon längere Zeit gedauert hat, einen Lohnanspruch für verhältnismässig kurze Zeit der Krankheit oder des Militärdienstes.

Man hat eingewendet, das Fabrikarbeiterverhältnis sei seiner ganzen Natur und Gestaltung nach ein kurzfristiges und aus diesem Grunde Artikel 335 des Obligationenrechts nicht auf Fabrikarbeiter anzuwenden (vgl. Abt « Der Dienstvertrag », S. 59). Jedoch lehrt die Erfahrung des täglichen Lebens, dass der einzelne Fabrikarbeiter häufig 20 und mehr Jahre in der gleichen Fabrik beschäftigt ist. Es wäre stossend, ihm in diesem Falle einen Lohnanspruch bei Krankheit oder Militärdienst zu versagen. Beim

Fabrikarbeitsverhältnis erweist sich wie bei jedem andern Dienstverhältnis dessen Dauerhaftigkeit dann, wenn es tatsächlich längere Zeit gedauert hat. Dieser Auffassung hat sich auch das Eidgenössische Versicherungsgericht durch Urteil vom 16. März 1922 angeschlossen, wo es im Falle eines bei einer Maschinenfabrik in Winterthur im Stunden- und Akkordlohn beschäftigten Schlossers ausgeführt hat: «Dem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstverhältnis sind unbedenklich auch solche Dienstverhältnisse gleichzustellen, welche tatsächlich längere Zeit bestanden haben.» (Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 19, S. 86.) Dieser in der Wissenschaft kritisierte Entscheid des Versicherungsgerichts, das an Ansehen dem Bundesgerichte gleichkommt, dürfte in der Praxis der kantonalen Gewerbegerichte als Richtschnur dienen. Er gilt auch dann, wenn gegenseitig eine Kündigungsfrist nicht besteht.

In der schweizerischen «Bau- und Holzarbeiter-Zeitung» vom 18. Dezember 1930 veröffentlicht Genosse Pelizzoni einen neuesten Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts Zürich, wo folgender Grundsatz ausgesprochen ist: «Art. 335 OR. umfasst (wenn das Dienstverhältnis faktisch längere Zeit gedauert hat) alle Arbeiter und Angestellten, ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise sie beschäftigt und entlohnt werden und unbekümmert darum, ob sie für einen Kleinbetrieb oder für einen Fabrikbetrieb tätig sind.» Auch das Gewerbliche Schiedsgericht von Baselstadt hat sich erst kürzlich wieder für die Anwendung von Art. 335 OR. auf die dem Fabrikgesetz unterstellten Arbeiter ausgesprochen.

IV.

Der Lohnanspruch besteht nur «für verhältnismässig kurze Zeit». Die Zeit, für welche er nach Eintritt der Arbeitsverhinderung fortbesteht, richtet sich vor allem nach der bisherigen Dauer des Dienstverhältnisses. Die Praxis ist von Kanton zu Kanton verschieden. Ueber die bernische Praxis enthält der Jahresbericht der Gewerbegerichte der Stadt Bern folgende Zusammenstellung:

Dienstdauer	Lohnzahlung
1 bis 2 Monate	2 bis 4 Tage
3 Monate	1 Woche
6 Monate	2 Wochen
9 Monate	3 Wochen
1 Jahr	1 Monat
2 bis 4 Jahre	2 Monate
5 bis 9 Jahre	3 Monate
10 bis 14 Jahre	4 Monate usw.

V.

Von Bedeutung ist sodann die Frage, ob Artikel 335 zwingend ist oder ob er durch vertragliche Vereinbarung wegbedungen werden kann. Da die Wissenschaft im allgemeinen annimmt, der

Arbeitgeber könne sich dadurch den Bestimmungen des Artikels 335 entziehen, dass er eine kurze Kündigungsfrist vereinbart, lehnt sie auch den zwingenden Charakter der Gesetzesbestimmung ab (Becker, Oser). Doch haben sich auch Stimmen gefunden, welche den zwingenden Charakter bejahen (Fick). Die letztere Annahme, dass Artikel 335 zwingendes Recht enthält, d. h. unbedingt gilt, entspricht allein dem Zweck des Gesetzes. Das Gesetz verlangt die Lohnzahlung für verhältnismässig kurze Zeit, stellt also eine Minimalforderung auf. Diese liegt im Interesse der öffentlichen Ordnung; es wäre auch stossend, wenn ein Arbeitgeber mit dem Dienstpflichtigen, der naturgemäss immer der schwächere Teil ist, vereinbaren könnte, dass er ihm bei Krankheit trotz längerer Dauer des Dienstverhältnisses auch nicht für kurze Zeit den Lohn zu bezahlen braucht und im Gegensatz dazu ein anständiger Arbeitgeber, der eine solche Vereinbarung nicht getroffen hätte, den Lohn bezahlen müsste. Wie bei den übrigen zum Schutze des Dienstpflichtigen aufgestellten Bestimmungen, muss auch bei Artikel 335 angenommen werden, dass er zwingendes Recht enthält und durch Parteiabrede nicht wegbedungen werden kann. Praktisch wird sich dies vor allem auf den Fall des **Tarifvertrages** auswirken. Wenn ein Tarifvertrag die Fälle der Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung aufzählt, ohne den Fall von Krankheit oder Militärdienst zu erwähnen (so der Gesamtarbeitsvertrag des Schweizerischen Typographenbundes), oder wenn ein Tarifvertrag die Lohnzahlung bei Krankheit und Militärdienst geradezu ausschliesst, so besteht trotzdem der gesetzliche Lohnanspruch des Artikel 335. Dagegen ist es zulässig, dass ein Tarifvertrag innerhalb des Rahmens des Artikel 335 diejenige Zeit feststellt, für welche der Lohnanspruch bestehen soll. Dabei kann statt für verhältnismässig kurze Zeit die volle Lohnzahlung beispielsweise für eine längere Zeit die halbe Lohnzahlung vereinbart werden. Dagegen sind Bestimmungen eines Tarifvertrags, welche die Lohnzahlung auch für verhältnismässig kurze Zeit ausschliessen, ungültig, weil sie dem Gesetze widersprechen.

VI.

Wir gelangen somit zu folgenden **E r g e b n i s s e n** :

1. Ein Lohnanspruch bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung besteht
 - a) bei Dienstverhältnissen mit längerer Kündigungsfrist (1 Monat oder mehr) von Anfang an;
 - b) bei allen anderen Dienstverhältnissen, sobald sie längere Zeit (mindestens 1 bis 2 Monate) gedauert haben.
2. Diese Regel gilt auch für den Fabrikarbeiter.
3. Der Anspruch besteht für verhältnismässig kurze Zeit; er steigert sich im Verhältnis zur Dauer des Dienstverhältnisses.
4. Durch Vereinbarung oder Tarifvertrag kann auf den Lohnanspruch im voraus nicht verzichtet werden.