

a) Die Frage, ob das Dienstverhältnis durch die Abwesenheit des Gehilfen im Kriegsdienst auch ohne ausdrückliche Kündigung aufgelöst wird, ist verschieden beantwortet worden. Kündigen kann der Prinzipal natürlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist, aber ob ohne solche Kündigung das Verhältnis sich von selbst auflöst, darüber sind jüngst in der Deutschen Rechtsanwalts-Zeitung zwei einander direkt entgegengesetzte Meinungen vertreten worden. »Ist der Krieg zu Ende«, heißt es dort von Dr. W. St., »lehrt der Angestellte wieder nach Hause zurück, so kann er seinen Dienst sogleich wieder antreten, er braucht sich keine neue Stellung, keine andere Arbeitsstätte zu suchen, ebenso wie auch der Arbeitgeber die Annehmlichkeit hat, mit seinem alten geschulten Personal, seinen ihm vertrauten Mitarbeitern weiter schaffen zu können. Das Dienstverhältnis wird unverändert fortgesetzt, es bleibt unberührt.« In derselben Nummer (Nr. 11) wird dann von anderer Seite (W. S.) dem sofort entgegnet, daß von einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach der Rückkehr nicht die Rede sein könne. Da bei dem Fortgang der Tag der Rückkehr ganz unsicher sei, liege eine dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung der Vertragspflichten vor, und frühere Urteile des Reichsoberhandelsgerichts (von 1872) haben denn auch unzweideutig den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen, weil die präsumtive Absicht des Dienstherrn dahin gehe, sich die Gewährung der Dienstleistungen dauernd und ohne Unterbrechung zu verschaffen. Unser soziales Empfinden geht natürlich dahin, daß man den Verteidigern des Vaterlandes ihre Stelle nach Möglichkeit offen halten und sie nach ihrer Rückkehr sofort unter gleichen Bedingungen wieder einstellen solle. In der weitaus größten Mehrzahl der Fälle wird dies auch ohne weiteres getan werden, da man froh sein wird, den eingearbeiteten Mann wieder zu haben, zumal doch notgedrungen Lücken in der arbeitsfähigen Bevölkerung gerissen sein werden. Aber es kann doch der Fall praktisch werden, daß man sich auf den Rechtsstandpunkt stellen will, und da kann man meines Erachtens nur sagen, daß der Prinzipal den Zurückkehrenden nicht wiederzunehmen braucht, wenn die Dauer der Abwesenheit eine verhältnismäßig längere war. Denn § 72 HGB. gibt als wichtigen Grund zu sofortiger Entlassung u. a. an: wenn der Gehilfe durch längere Abwesenheit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird. Die sofortige Entlassung könnte also, wenn vorher nicht gekündigt wurde, sogar am Tage der Rückkehr ausgesprochen werden. So steht es rechtlich, obwohl es natürlich sozial unschön und unpatriotisch obendrein ist. Zugleich aber ersieht man daraus, daß, wenn der Eingesogene etwa alsbald als untauglich oder verwundet zurückkehrt und die Zeit der Abwesenheit gegenüber der Dauer seiner Dienste in dem betreffenden Hause kurz war, er nicht sogleich wieder entlassen werden darf. Aber dies wird wohl eine akademische Frage bleiben, denn man wird froh sein, nach dem Kriege überhaupt gute und geschulte Leute zu haben.

b) Schwieriger noch ist die Frage, ob dem zum Kriegsdienst Eingesogenen ein Anspruch auf das Gehalt für weitere 6 Wochen zusteht. Ich gebe hierfür zunächst den Gedankengang der herrschenden Meinung wieder. Diese sagt ungefähr so, wie Dr. Georg Baum in der Juristischen Wochenschr. (Nr. 16 v. 15. September) ausführt:

»Die Erfüllung der Militärpflicht begründet die Unmöglichkeit der Leistung der vertraglich übernommenen Arbeit, und zwar die Unmöglichkeit infolge eines Umstandes, den weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hat . . . § 323 BGB. bestimmt, daß hier beiden Teilen der Anspruch auf die Gegenleistung verloren geht . . . Zugunsten des Arbeitnehmers kommt aber noch § 616 BGB. in Betracht. Der zur Dienstleistung Verpflichtete verliert den Anspruch auf die Vergütung nicht dadurch, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit ohne sein Verschulden durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert wird . . . Als Momente für die Beurteilung (der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit) kommen die Größe des Betriebes, der Umfang der durch das Wegbleiben hervorgerufenen Störung und die tatsächliche Dauer des Arbeitsverhältnisses in Betracht . . . Gemäß § 72 HGB. (zusammen mit § 63 HGB.) haben Handlungsgehilfen einen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts, wenn sie durch unverschuldetes Unglück

an der Leistung der Dienste verhindert sind. Die bisherige Praxis nimmt aber übereinstimmend an, daß die Einberufung zu militärischen Dienstleistungen nicht unter diesen Begriff fällt . . . Man kann unmöglich die militärische Dienstleistung deswegen als Unglück ansehen, weil sie für den eigentlichen und letzten Zweck aller militärischen Ausbildung, nämlich für den Kriegsfall, erfolgt. Es erscheint auch nicht angängig, ein deutsches Gesetz dahin auszulegen, daß man die Erfüllung nationaler Pflichten als Unglücksfall bezeichnet.«

Diese Darlegungen, die wir gekürzt, aber in den Hauptzügen wiedergeben, klingen ganz überzeugend, haben auch das für sich, daß sie den Prinzipal vor starker Belastung, die ihm zu Kriegzeiten besonders unangenehm ist, bewahren. Indessen hier steht andererseits die Sorge für die Familie der verheirateten Angestellten entgegen, so daß hier hinüber wie herüber soziale Erwägungen gültig bleiben. Juristisch aber scheint mir die Darlegung der herrschenden Meinung, der übrigens das Kaufmannsgericht Mannheim (wenn auch mit nicht ganz schlagenden Gründen) entgegentrat, angreifbar. Denn zunächst werden die Bestimmungen der §§ 323 und 616 BGB. für die Handlungsgehilfen gänzlich nebensächlich, sobald Bestimmungen des HGB. Anderes, Spezielleres bestimmen. Lex specialis geht der lex generalis immer vor. Wir haben es also mit den §§ 63 und 72 des HGB. zu tun, die offenbar in organischem Zusammenhang mit einander stehen. Diese aber lauten in den uns hier angehenden Teilen:

§ 63. Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

§ 72. Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

3. Wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehilfen nicht berührt.

Zwar kann man 1. gewiß den Kriegsdienst nicht buchstäblich unter die unverschuldeten Unglücksfälle (§ 72 Abs. 2) rechnen, und 2. ist der Militärdienst in diesem Fall von längerer als achtwöchiger Dauer (§ 72 Abs. 1 Nr. 3), aber dem Sinn der Bestimmung entspricht eine solche Auslegung schlechterdings nicht. Der Sinn ist vielmehr der, daß militärische Dienstleistungen nur dann zur sofortigen Entlassung (ohne Fortzahlung des Gehalts auf 6 Wochen) berechtigen, wenn sie über die Pflichtleistungen hinausgehen. Daher die Fassung des Gesetzes »eine die Zeit von 8 Wochen übersteigende militärische Dienstleistung«. Damit ist eine freiwillige Dienstleistung auf Beförderung gemeint. Den Krieg damit gleichzustellen, geht nicht an.

Den Ausdruck »unverschuldeter Unglücksfall« so wörtlich zu nehmen, daß man aus patriotischem Empfinden den Kriegsdienst nicht darunter rechnet, geht nach dem Sinn dieser Bestimmung ebenfalls nicht an. Auch Staub's Kommentar zeigt ganz deutlich, daß die beiden Paragraphen in organischem Zusammenhang mit einander stehen, denn er sagt zu § 72: »Soweit diese Entlassungsgründe unter den Begriff des unverschuldeten Unglücks fallen, wird durch die Entlassung der im § 63 bezeichnete Anspruch auf die Vergütung für 6 Wochen nicht berührt, wie in § 72 Abs. 2 bestimmt ist«, und von einer militärischen Übung zum Zweck des Avancements spricht er als von einer »nicht unverschuldeten« Arbeitsunterbrechung. Fassen wir also den Sinn der — ohne Zweifel höchst sozial gemeinten — Bestimmung richtig, so ist jede Arbeitsversäumnis, die nicht verschuldet ist (und dazu gehört der Kriegsdienst!), gesetzlich eine solche, die 1. nicht zu sofortiger Entlassung berechtigt und zugleich 2. einen Anspruch auf Gehalt für weitere 6 Wochen gewährt.

Erst wenn wir diesen Beweis e contrario nach den militärischen muß-Dienstleistungen nicht anerkennen, können wir weiter