

Thomas Pierson

Das Gesinde und die
Herausbildung moderner
Privatrechtsprinzipien



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2016

Umschlagbild:

Berliner Dienstmädchenversammlung im Jahre 1899

Holzstich (1899) nach einer Zeichnung von Karl Storch

© Bildagentur bpk

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH
Frankfurt am Main 2016

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf Alster Werkdruck der Firma Geese, Hamburg.
Alterungsbeständig  ISO 9706 und PEFC-zertifiziert 

Printed in Germany
ISSN 1610-6040
ISBN 978-3-465-04281-5

Inhalt

Vorwort	IX
Erstes Kapitel: Gesindeordnungen und Leitprinzipien des modernen Privatrechts	1
I. Große Prinzipien im Privatrecht seit der Sattelzeit	2
II. Das Gesinde im Spiegel der Forschung. Eine Kritik der Meistererzählung	5
III. Prämissen: Gesindewesen bis zum Preußischen Allgemeinen Landrecht	12
IV. Rechtsevolution und Rechtsrevolution. Preußen und Frankfurt 1810	19
1. Privatrechtsprinzipien und Gesinderecht	19
2. Prüfsteine für den prinzipiellen Charakter des Gesinderechts	22
3. »Nach dem Martini-Tage 1810 giebt es nur freie Leute ...«. Gesinderecht in Preußen seit 1810	24
4. Verfassung, Privatrecht und Gesindeordnung. Frankfurt 1810	29
Zweites Kapitel: Das Prinzip »Frei« im Gesinderecht	39
I. »Frei« im modernen Privatrecht, insbesondere im Recht der Arbeit des 19. Jahrhunderts	39
II. Durchführung des Prinzips im Gesindewesen?	43
1. Begründung des Gesindeverhältnisses – Abschlussfreiheit	45
2. Gestaltungsfreiheit	46
3. Das (Selbst-)Bindungsproblem und die Vertragsdauer	49
4. Privilegierung und Diskriminierung im Koalitionsrecht	51
III. Formelle und materielle Freiheit	53
Drittes Kapitel: »Gleich« und »ungleich« im Gesinderecht	57
I. Das Prinzip »Gleich« als gleiche rechtliche Freiheit	57
II. Gleiche Rechte, gleiche Pflichten im Gesindewesen?	58

1. Das Züchtigungsverbot	61
2. Der polizeiliche Zwang bei Verzug und rechtsgrundloser Beendigung	67
3. Kündigung sowie fristloser Abzug und Entlassung ...	73
4. Kontraktbruchstrafen	79
III. Vertragsbegründung, Vertragsdurchführung und Vertragsdurchsetzung	86
 Viertes Kapitel: Entwicklung des Prinzips »Sozial« im Gesinderecht	89
I. Der Beginn sozialen Privatrechts im 19. Jahrhundert ...	89
II. Alte und neue Spielarten von »sozial« im Gesinderecht	92
1. Die Fürsorge	94
2. Der Arbeitsschutz	98
3. Die Sozialversicherung	101
4. Herrschaftssicherung als soziale Schutzgesetzgebung	105
III. »Socialer« Schutz – ein oszillierender Begriff	106
 Fünftes Kapitel: Die Fabrikarbeit als Vergleichsperspektive	109
I. Das Gewerberecht als »Motor des Arbeitsrechts«	110
1. Vom Allgemeinen Landrecht bis zur Reaktion nach 1848	110
2. Die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869	116
3. Veränderungen der Gewerbeordnung im Kaiserreich	120
II. »Moderne Prinzipien« des Privatrechts im Recht der Fabrikarbeiter	122
1. Gleiche Freiheit	123
2. Frei und sozial	125
III. Prinzipiengleichlauf oder Prinzipiendifferenz?	127
 Sechstes Kapitel: Legitimationsstrategien zum Gesindewesen	131
I. Flucht in das Unbestimmte	132
II. Die »Andersartigkeit« des Gesinderechts und die Familienrechtsanalogie	134
III. Prinzipienwahrung durch Bereichsausnahme: Gesinderecht als öffentliches Recht	139
IV. »Schutz« des Gesindewesens vor den privatrechtlichen Zumutungen	143

Siebttes Kapitel: Gesinderecht und modernes Privatrecht.	
Fazit und Ausblick	145
I. Räume und Grenzen von »frei«, »gleich« und »sozial« im Gesinderecht	145
II. Ende des Gesinderechts. (K)ein Sieg moderner Privatrechtsprinzipien?	149
Quellen und Literatur	155
Gesetzes-, Orts-, Personen- und Sachregister	169

Vorwort

»Als ich zum ersten Mal vor ihnen zu reden begann, hielten sie mich für eine ›Gnädige‹. ›Nu aber jeht's los!‹ rief kampflustig eine rundliche Köchin. Alles lachte. Ich sprach von den Gesindeordnungen, den AusnahmeGesetzen für die Dienstboten, die sie den Dienstgebern fast rechtlos in die Hände liefern, von der erlaubten ›leichten‹ körperlichen Züchtigung, von den vielen Gründen zur Entlassung ohne Kündigung und schließlich von einer jener Schöpfungen der preußischen Reaktion, die den Streik der Dienstboten mit Gefängnis bestraft [...] ›Eine Sozialdemokratin!‹ kreischte neben mir eine Frau in hellem Entsetzen. Ein unbeschreiblicher Lärm erhob sich; auf die Tische sprangen die Mädchen in hysterischer Erregung, schrien und winkten mit den Taschentüchern; eine von ihnen drängte sich neben mich, ballte die Fäuste und rief schluchzend: ›Wir sind königstreu! Wir sind gottesfürchtig!‹ [...] Sie wollen eine Verbesserung der Gesindeordnung, als ob auf verunkrautetes Feld frischer Samen gesät werden sollte. Es gibt nur eine Forderung, die Sie stellen dürfen: ihre Abschaffung, damit sie den Arbeitern gleichgestellt werden – ›Wir sind keine Arbeiterinnen – wollen keine sein!‹ rief ein zierliches Zöpfchen mit gebrannten Stirnlocken entrüstet. [...] Aber der Dienst des Hauses wird nur dann den Charakter des Sklavendienstes verlieren und zur Würde selbständiger Arbeit sich entwickeln, wenn das abhängige Dienstmädchen sich in die freie Arbeiterin verwandelt, die ihre Arbeitskraft nur stundenweise verkauft [...].«

Aus: Lily Braun. Memoiren einer Sozialistin, hg. v. Elisabeth Fetscher (Serie Piper 444), 2. A. München 1986, 325–329.

Diese Schilderung ihrer Auftritte bei Dienstmädchenversammlungen 1899, wie eine solche das Umschlagbild zeigt, entstammt den erstmals 1908/1911 erschienenen Memoiren der Frauenrechtlerin Lily Braun. Bild und Erinnerung zeugen von einer selbstbewussten Berufsgruppe im Aufbruch, ihrem Standesbewusstsein, aber auch den Grenzen der Freiheit, in den eigenen Köpfen wie im Recht. Denn klar ist auch, dass die Perspektive des Rechts hier ganz entscheidend war, um die Situation des Gesindes zu verbessern. Das war ganz offensichtlich auch den Dienstboten selbst bewusst, auch wenn sie sich gegenüber der parteipolitischen – und rechtlich wenigstens teilweise unzutreffenden – Agitation Brauns reserviert zeigten.

Die Funktion des Gesinderechts zur Allokation günstiger Arbeitskräfte hatte, zumindest in Preußen, 1810 zunächst ausgedient. Die Untersuchung wird zeigen, wie der Gesetzgeber an dem halbherzigen Versuch scheiterte, die so entstandene Freiheit wieder effektiv einzuschränken. Die Mobilisierung durch prinzipielle Freiheit ließ sich durch »Ausnahmegesetze« zwar nicht zurücknehmen, dennoch wirkte das Gesinderecht durch Verschärfungen im Vergleich zum Recht anderer Arbeitsverhältnisse in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zunehmend repressiv – diese Repression aber war wiederum tatsächlich zunehmend unwirksam geworden.

Der vorliegende Band wurde ursprünglich als Magisterhausarbeit am Historischen Seminar der Goethe-Universität Frankfurt angefertigt, dem ich für die Auszeichnung der Arbeit mit dem Examenspreis des Stiftungsfonds Hilmar Kopper 2012 danken möchte. Besonderer Dank gebührt auch Prof. Dr. Werner Plumpe, der bereit war, die Betreuung der Arbeit trotz seines zeitgleichen Forschungsstipendiums am Historischen Kolleg in München zu übernehmen.

Die Studie ist meinem langjährigen Lehrer Prof. Dr. Dr. h. c. Joachim Rückert gewidmet. Er hat durch die Übernahme aller Grundlagenvorlesungen einschließlich der Propädeutika (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Methodenlehre) in meinen beiden Anfangssemestern mein Denken wesentlich geprägt. Diese Prägung wurde durch die Mitarbeit an seinem Lehrstuhl später noch einmal vertieft. Er war als Zweitgutachter der Magisterhausarbeit von Konzept und Durchführung der Studie überrascht, und bot zu meiner großen Freude an, sie zugleich als Dissertation anzunehmen. Zu diesem Zweck wurde die Untersuchung anhand seiner zahlreichen Hinweise überarbeitet und geringfügig erweitert. Prof. Dr. Louis Pahlow danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens im Promotionsverfahren, Prof. Dr. Thomas Duve für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe des Max Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte und schließlich in der Redaktion des Instituts insbesondere Frau Karin Reichstein für das Setzen des Buchs.

Die Überarbeitung wurde Anfang 2013 abgeschlossen. Wichtige Neuerscheinungen wurden bis Ende 2015 berücksichtigt. Für unermüdliches Korrekturlesen danke ich Frau Barbara Pierson und Herrn Florian Wolf.

Gesindeordnungen und Leitprinzipien des modernen Privatrechts

In der Zeit um 1800 wurde das Individuum aus den alten ständischen Bindungen entlassen oder kämpfte sich von diesen frei. Dies brachte enorme Veränderungen in allen Bereichen des sozialen Lebens mit sich, weshalb Historiker diese Zeit als Epochengrenze ausmachten, die von *Reinhard Koselleck* mit dem sprechenden Begriff der Sattelzeit belegt wurde. Die neugewonnene Freiheit des Individuums galt es zu organisieren, vor allem auch rechtlich. In besonderem Maß betraf dies das Arbeitsleben, das insofern *pars pro toto* steht und das bis dahin von verschiedenen, man spricht von »berufsständischen«, Bindungen und Differenzierungen durchzogen, ja dominiert war.

Die rechtliche Organisation im Rahmen der naturrechtlich gegründeten Kodifikationsbewegung schuf ein neues Rechtssystem, das nicht mehr vom Nebeneinander unterschiedlicher Ordnungen geprägt, sondern nach gleichmäßigen, neuen Prinzipien aufgebaut war.

Das Neue stieß auf Widerstand. Die Beharrungskräfte der alten Ordnung zeigten sich besonders dort unnachgiebig, wo sie viel zu verlieren hatten. In der Arbeitsverfassung war dies der Fall. Besonders die Landwirtschaft, die lange als Rückgrat der Ökonomie in Europa gedient hatte und noch diente, basierte auf einem Heer rechtlich abhängig gestellter, oft unfreier Arbeitskräfte, die, beispielsweise in Preußen durch das Martiniedikt 1810, freigesetzt wurden.

Ein besonders prekäres Element des Arbeitslebens war das Gesindeverhältnis. Die Rechtsreaktionen auf die neue Freiheit im Gesinderecht zu beobachten, erscheint daher besonders vielversprechend. Der Vorschlag, die Dienstbotengeschichte als »Exempel für die wichtigsten Entwicklungslinien von Wirtschaft und Gesellschaft im 19. Jahrhundert« zu begreifen,¹ wird damit für die Rechtsgeschichte aufgegriffen. Im deutschen Bereich lassen sich die Veränderungen

1 Dies ist der Ansatz von TONI PIERENKEMPER, »Dienstbotenfrage« und Dienstmädchenarbeitsmarkt am Ende des 19. Jahrhunderts, in: AfS 28 (1988), 173–201, 173 f. Wenn Pierenkemper die Zuordnung zu einer »umfassender konzipierten Gesellschaftsgeschichte« einfordert, so ist dies m. E. auch auf den Faktor Recht neben den Faktoren Ökonomie und Gesellschaft zu übertragen.

aufgrund einiger Koinzidenzen besonders gut am Modellfall Preußen beobachten, zumal das preußische Gesinderecht große Vorbildfunktion und Ausstrahlungswirkung besaß. Die Vorbildfunktion erklärte man, neben Preußens machtpolitischer Stellung, damit, dass das preußische Gesinderecht »mit der allgemeinen Aufklärung ziemlich gleichen Schritt gehalten habe« und die Nachbarn später gefolgt seien.²

Noch 1794 war das alte Gesindewesen im »janusköpfigen« Preußischen Allgemeinen Landrecht mit seinen hergebrachten Inhalten umfassend kodifiziert worden. Doch schon die Preußischen Reformen, konkret das Oktoberedikt von 1807 mit Inkrafttreten zum Martinitag 1810, machten eine Umgestaltung der Gesindeverhältnisse erforderlich. Sie erfolgte mit der Preußischen Gesindeordnung von 1810 (GesO). Dieser historisch konzentrierte Umbruch soll zum Ausgangspunkt der Untersuchung gemacht werden.

Die neue Rechtsordnung war nach Prinzipien aufgebaut. Die Entwicklung der neuen Prinzipien des Privatrechts soll dahingehend verfolgt werden, dass ihr Rechtsreflex auf der Ebene des Gesindewesens untersucht wird, d.h. das Gesinderecht soll auf Prinzipiendurchführung und Prinzipienbrüche geprüft werden.

Bevor dieses Arbeitsprogramm auf der Ebene der Einzelprinzipien verfolgt wird, müssen jedoch die Anfänge des prinzipiengesteuerten Privatrechts sowie die Grundzüge des Gesindewesens mit seinem historischen Hintergrund und überkommenen Recht näher bestimmt werden. Um die Fragestellungen zu konkretisieren, soll dazu auch das Bild des Gesindewesens im 19. Jahrhundert in der Forschung beleuchtet werden.

I. Große Prinzipien im Privatrecht seit der Sattelzeit

Das Arbeitsrecht bildet nur einen Ausschnitt dieser Umbruchszeit, allerdings einen »besonders signifikanten«.³ Es stellte einerseits ein wichtiges Element der Mobilisierung der »gesamten Rechtswelt« mit Personen, Handlungen und

2 JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde (Brandenburgisch-Preussische Geschichte), in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum I. Teil – Deutsche Rechtsgeschichte, Breslau 1905 (ND 1979), 165–195, 195. Ein Stammbaum der Gesindeordnungen findet sich bei WILHELM KÄHLER, Gesindewesen und Gesinderecht in Deutschland (Sammlung nationalökonomischer und statistischer Abhandlungen des Staatswissenschaftlichen Seminars zu Halle a.d. Saale 11), Jena 1896, 115.

3 JOACHIM RÜCKERT, Die Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland seit dem frühen 19. Jahrhundert, in: H. G. NUTZINGER (Hg.), Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland, Marburg 1998, 213–229, 214.

Gegenständen dar, erschien andererseits aber als »Besonderheit«, da es immer mehr Regeln formulierte, die von den allgemeinen Regeln abwichen.⁴

Im »Zeitalter grundsätzlich freien Privatrechts nach 1800« liegt eine Konzentration auf die Herausbildung von Privatautonomie nahe.⁵ Eine Betrachtung anhand des Metaprinzipis »Privatautonomie« verliert sich allerdings im Allgemeinen. Eine gewisse Konkretisierung auf wesentliche Punkte ist in zwei Schritten erforderlich. Erstens sind die das moderne Bürgerliche Recht charakterisierenden Privatrechtsprinzipien zu bestimmen, zweitens muss deren Umsetzung an entscheidenden Weichenstellungen des Arbeits- und Gesinderechts geprüft werden. Woher lassen sich diese Prinzipien modernen Privatrechts entnehmen? Die Gegenwartsliteratur scheint nicht geeignet, zeichnet sie sich doch vielfach durch das völlige Fehlen der Formulierung grundsätzlicher Prinzipien oder durch ein »Prinzipienpatt« aus.⁶

Bester Zeuge scheint das maßgebliche Gesetzbuch unseres Privatrechts zu sein, das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), welches ja – mit unterschiedlicher Wertungstendenz und deshalb besonders glaubwürdig – als »besonders prinzipiell«⁷ gilt. Es zieht die Summe aus den Überlegungen seit 1800, verrät also die entscheidenden prinzipiellen Weichenstellungen. Prinzipiell ist kein nichts-sagendes Adjektiv allgemeiner Charakterisierung, sondern als Umsetzung einer Prinzipienorientierung, der man zentrale Bedeutsamkeit beimaß, zu verstehen.⁸ Die europäische Philosophie hatte den »Glaube[n] an mehr Gerechtigkeit durch prinzipienorientierte Gesetzgebung« hervorgebracht.⁹ Gleichzeitig brachte das BGB für das Gesinderecht »einschneidende Änderungen« mit sich, nachdem der »privatrechtliche Grundstock« 90 Jahre lang weitgehend unverändert geblieben sei.¹⁰ Die Linie von der Preußischen Gesindeordnung zum BGB wird damit zur

4 RÜCKERT, Die Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, 220 f.

5 JOACHIM RÜCKERT, Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: M. SCHMOECKEL/J. RÜCKERT/R. ZIMMERMANN (Hgg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Tübingen 2003, 34–122, Rn. 5.

6 HKK-RÜCKERT, Rn. 110.

7 HKK-RÜCKERT, Rn. 1.

8 Zusammenfassend HKK-RÜCKERT, Rn. 33: »Eine so starke Prinzipienorientierung erscheint uns wohl eher übertrieben, aber sie war im ganzen noch GEMEINGUT DER BGB-ZEIT [Hervorhebung im Original]. Sie war Ausdruck sehr hoher Erwartungen und noch unenttäuschter Hoffnungen an Gesetzgebung und insbesondere Kodifikation«.

9 HKK-RÜCKERT, Rn. 53. Zu den Auswirkungen der rationalistischen Methoden auf die System- und Prinzipienbildung JAN SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850), München 2001, zusammenfassend 184 ff.

10 FRITZ SEYFFARTH, Die preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 unter der Herrschaft des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900, 2. Viele

zentralen Achse in der privatrechtlichen Ausgestaltung des Gesindewesens neben den schwankenden öffentlich-rechtlichen Prägungen.

Als zentrales Grundprinzip lässt sich dem BGB die »rechtliche Freiheit in rechtlicher Gleichheit« entnehmen.¹¹ Dabei sei auch »die Emanzipation des Schwächeren mitgedacht« worden, also Ansätze zu »sozial« als einem dritten Prinzip. Damit unterscheidet sich dieses Prinzip von alten Schutzmechanismen. Im Bereich des Arbeitsrechts war zwar schon immer »sozial Problematisches« geregelt worden, »Neues« habe aber mit dem Stellen »grundsätzlich privatrechtlicher Fragen an die alten arbeitsrechtlichen Regeln« begonnen.¹²

Neben diesen stark inhaltlich aufgeladenen Prinzipien stand die kategoriale Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, auf die sich das Blickfeld weniger zentrierte, ja die sogar weithin unbekannt und dennoch nicht weniger bedeutsam gewesen sei, wie beispielsweise *Gustav Hugo* konstatierte.¹³ Man nahm, so etwa *Friedrich Carl von Savigny*, ein arbeitsteiliges, komplementäres Verhältnis an:

»Dagegen [d. h. anders als im Familienverhältnis, Verf.] wird in den Vermögensverhältnissen die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts. Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts, und die Hülfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts [...].«¹⁴

Kommentierungen drucken die eingreifenden Paragraphen des BGB mit ab, vgl. Art. 95 II EGBGB. Es handelt sich um die §§ 105–115, 131, 278, 616–619, 624, 831, 840 II und 1357 f. Hinzu kommen Veränderungen in den Grundlagen, §§ 611 ff. gegenüber dem ALR. Betroffen waren also insbesondere Geschäftsfähigkeit, Haftung für Gehilfenverschulden, Maximaldauer des Dienstverhältnisses, Haftung bei unerlaubten Handlungen, Einwilligung des Ehemanns, sowie Kur und Pflege und auch »Arbeitsschutz« (§ 618). Siehe dazu auch ERICH ARON, *Herrschaft und Gesinde. Die Gesinde-Ordnung vom 19. August 1844 für die Rheinprovinz, wie sie vom 1. Januar 1900 ab Geltung hat, mit den einschlagenden gesetzlichen Vorschriften und Bemerkungen*, Düsseldorf 1899, 1 ff. Vieles davon ist wichtig in prinzipieller Perspektive und wird im Folgenden aufgegriffen. Zur Dienstherrnhaftung ERWIN KOCH, *Die Haftung des Dienstherrn für das Gesinde*, Diss. jur. Gießen 1905 – zu § 278 26–35, zu § 831 36–47.

- 11 HKK-RÜCKERT, Rn. 38. Rechtliche Freiheit und rechtliche Gleichheit verhalten sich dabei »komplementär« und »einander umgreifend«.
- 12 JOACHIM RÜCKERT, »Frei« und »sozial«: Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen, in: ZfA 23 (1992), 227–294, 227.
- 13 GUSTAV HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, 3. Aufl. Berlin 1809, §§ 112, 114. Dazu HKK-RÜCKERT, Rn. 74 f.
- 14 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts I*, Berlin 1840 (ND 1981), § 56, 371.

Spätere Kritiker hielten diese Trennung dagegen für eine Fiktion, gerade im Bereich der Arbeitsbeziehungen und der Frage nach dem Charakter des Arbeitsrechts:

»[...] dann fallen die Fiktionen der bürgerlichen Jurisprudenz, vor allem die Scheidung von privatem und öffentlichem Recht zu Boden: Das Recht des Kapitalisten ist delegierte öffentliche Gewalt, blind delegiert zu eigenem Vorteil des Gewalthabers, das Arbeitsverhältnis ist mittelbares Herrschaftsverhältnis, ist öffentliche Dienstpflicht, genau dasselbe wie die feudale Hörigkeit, mit der einzigen Verschiedenheit, daß dieses Herrschaftsverhältnis vertragsmäßig und nicht erblich begründet ist.«¹⁵

Unabhängig von ihrer inhaltlichen Bewertung scheint also der Trennung von Privatrecht und Öffentlichem Recht für das Vertragsrecht allgemein und das Arbeitsvertragsrecht im Besonderen große Bedeutung zugemessen worden zu sein.

Es gilt nachzuzeichnen, was die großen Prinzipien im Ordnungsbereich »Arbeit« und konkret für das Gesinde bedeuten sollten.

II. Das Gesinde im Spiegel der Forschung. Eine Kritik der Meistererzählung

Den größtmöglichen Kontrast zu dem skizzierten Bild modernen Privatrechts und noch mehr zur heutigen Imagination des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert bildet, folgt man der rechts- und sozialhistorischen Forschung, das Gesindewesen.

Auf den ersten Blick wurde zwischen 1794 und 1810, also innerhalb von nur gut 15 Jahren, ein Umbruch in der Rechtspraxis vollzogen. Dem Gesinderecht des ALR war scheinbar keine lange Wirkungskdauer beschieden. Wie also sah das Neue aus? Brachte die Preußische Gesindeordnung einen Prinzipienwandel und setzte sie Freiheit, Gleichheit und Emanzipation im Gesindeverhältnis durch?

Die Bewertung der historiographischen Hauptströmung fällt ernüchternd aus. Die Verteilung der Rechte und Pflichten, besonders im ALR, lasse den Schluss zu, dass für den Gesetzgeber offenbar »die Existenzberechtigung des Gesindes allein darin bestünde, die Interessen der Herrschaft zu fördern«.¹⁶ Die

- 15 KARL RENNER, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. Tübingen 1929 (ND 1965 [Arbeits- und sozialrechtliche Studien 4]), 97; 1. Aufl. 1904 unter Pseudonym erschienen.
- 16 So die harte Beurteilung von FRANZ DEMMER, Das Gesinderecht im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 und in der Gesindeordnung für sämtliche Provinzen der preußischen Monarchie von 1810, Diss. jur. Köln 1968, 75, bezogen aber nur auf das ALR; wenn THOMAS VORMBAUM, Politik und

Gesindeordnung von 1810 sei auch nach den Maßstäben der Zeit keine arbeitsrechtliche Neuerung und kein Fortschritt gewesen, sie habe nur eine Fülle jahrhundertealter Rechtsgebräuche festgeschrieben¹⁷ und eine Hauptaufgabe zu erfüllen gehabt, nämlich ein billiges Arbeitskräfteangebot zu sichern.¹⁸ »Umfassende Gehorsampflicht, das Fehlen von Arbeitszeitbeschränkungen, der Einsatz polizeilichen Zwanges bei Nichterfüllung der Dienstpflichten und die Strafbarkeit des Vertragsbruchs konservierten als charakteristische Gestaltungselemente feudaler Untertänigkeit ein Stück ständischen Systems.«¹⁹ Die Gesindeordnung lese sich als »pedantisch genau ausgeklügelter Katalog von Rechtsbeschränkungen« und sei ein Herrschaftsinstrument, das beispielhaft beweise, dass der Liberalismus »immer vor den untersten Schichten« halt mache.²⁰ Die Gesindeordnungen seien der »Rest feudalistischer Gesellschaftsstrukturen« gewesen, welchen der Liberalismus nicht beseitigen konnte.²¹ Es sei ein »Paradox«, »daß derselbe Staat, der die wirtschaftspolitische Liberalisierung seiner Gesellschaft entschieden vorangetrieben hatte, sich immer wieder auf altständische Hausgewalten stützte.«²² Dabei sei der Unterschied zwischen diesem

Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810–1918) (Schriften zur Rechtsgeschichte 21), Diss. phil. Münster 1979, Berlin 1980, den Satz für das Gesinderecht des 19. Jh. mit Bezug auf Normen der GesO 1810 zitiert (112), verkehrt er Demmers These gerade ins Gegenteil.

- 17 KLAUS TENFELDE, Ländliches Gesinde in Preußen: Gesinderecht und Gesindestatistik 1810–1861, in: AfS 19 (1979), 189–229, 207; ähnlich RAINER SCHRÖDER, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, Frankfurt 1992, 13, »wenig« Abweichungen von den älteren Vorbildern.
- 18 SCHRÖDER, Das Gesinde war immer frech und unverschämt, 67.
- 19 DIETMAR WILLOWEIT, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6. Aufl. München 2009 § 33 II 1; auch nach RAINER SCHRÖDER, Wirtschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung zum ALR in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: B. DÖLEMEYER/H. MOHNHAUPT (Hgg.), 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 75), Frankfurt 1995, 239–274, 274 sei die Gesindeordnung ergangen, um »Ungleichheit« zu konservieren.
- 20 HANS-ULRICH WEHLER, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. II: Von der Reformära bis zur industriellen und politischen »Deutschen Doppelrevolution« 1815–1845/49, 2. Aufl. München 1989, 168 f.
- 21 THILO RAMM, Die Arbeitsverfassung des Kaiserreichs, in: O. TRIFFTERER/F. VON ZEZSCHWITZ (Hgg.), Festschrift für Walter Mallmann, Baden-Baden 1978, 191–211, 195; zust. ULRICH EISENHARDT, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. München 2008, Rn. 589 und RAINER SCHRÖDER, Gesinderecht im 18. Jahrhundert, in: G. FRÜHSORGE (Hg.), Gesinde im 18. Jahrhundert, Hamburg 1995, 13–39, 37. Ähnlich auch VORMBAUM, 140: Gesindeordnung als Ausdruck »ständisch-feudalen Denkens«.
- 22 REINHART KOSELLECK, Die Auflösung des Hauses als ständischer Herrschaftseinheit. Anmerkungen zum Rechtswandel von Haus, Familie und Gesinde in

»rechtlichen Relikt« und den dominanten Strukturprinzipien des 19. Jahrhunderts immer offensichtlicher geworden.²³

Damit folgt man den Pfaden der älteren Gesinderechtsforschung, welche die Andersartigkeit des Gesinderechts entweder legitimieren oder aber bestehende Unterschiede angreifen wollte.²⁴ Ja mehr noch, die Gesindeordnung von 1810 habe als »Korrektiv« des freiheitlicheren Oktoberedikts gewirkt, um so viel wie möglich von der Leibeigenschaft zu »retten«.²⁵ Wie das Heer habe das ländliche Arbeitsrecht eine »Bastion« des »vorkonstitutionellen Obrigkeitsstaats« gegen die »Herausforderungen des Liberalismus« und die »Industriegesellschaft« gebildet.²⁶ Der formal freie Gesindevertrag sei ein »Unterwerfungsvertrag« auf Zeit gewesen, der selbst Züchtigung »gestattete«,²⁷ obwohl das Martiniedikt die vertragliche Begründung von Untertänigkeitsverhältnissen unterbunden habe. Die »schikanösen Ausbeutungsformen des Zwangsgesindedienstes« seien juristisch fortgeschrieben worden, so dass die Gesindeordnung Missbrauchsmöglichkeiten (erst) »geschaffen« und herrschaftliche Übertretungen »legalisiert« habe.²⁸ In diese Richtung stößt auch die Sichtweise, auf den »Rückzug des

Preußen zwischen der Französischen Revolution und 1848, in: N. BULST/J. GOY/J. HOOK (Hgg.), Familie zwischen Tradition und Moderne. Studien zur Geschichte der Familie in Deutschland und Frankreich vom 16. bis zum 20. Jahrhundert (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 48), Göttingen 1981, 109–124, 122 mit dem Gesinde als »altständischer Überhang«, der die »gesamte Sozialgeschichte des 19. Jahrhunderts prägte«, 114. Er erklärt dies erhellend mit fehlenden staatlichen Handlungsspielräumen, die noch nicht einmal die finanziellen Mittel für eine staatliche Polizeikontrolle beinhalten, 120 ff.

- 23 JÜRGEN KOCKA, Arbeitsverhältnisse und Arbeiterexistenzen. Grundlagen der Klassenbildung im 19. Jahrhundert (Geschichte der Arbeiter und der Arbeiterbewegung in Deutschland seit dem Ende des 18. Jahrhunderts 2), Bonn 1990, 125; ähnlich VORMBAUM, 15 »zahlreiche Errungenschaften versagt« geblieben und daraus folgend immer größerer Kontrast. Das Gesinderecht als Ausnahme von den »neuen Freiheiten« auch bei MATHIAS SCHMOECKEL, Rechtsgeschichte der Wirtschaft. Seit dem 19. Jahrhundert, Tübingen 2008, Rn. 463.
- 24 Knapp historisierend zur Forschungsgeschichte CLAUDIA HARRASSER, Von Dienstboten und Landarbeitern. Eine Bibliographie zu (fast) vergessenen Berufen (Geschichte und Ökonomie 7), Innsbruck 1996, 22 f.
- 25 JENS FLEMMING, Obrigkeitsstaat, Koalitionsrecht und Landarbeiterschaft: Zur Entwicklung des ländlichen Arbeitsrechts in Preußen zwischen Vormärz und Reichsgründung, in: H.-J. PUHLE/H.-U. WEHLER (Hgg.), Preußen im Rückblick, Göttingen 1980, 247–272, 256.
- 26 FLEMMING, Obrigkeitsstaat, 255.
- 27 KOSELLECK, Die Auflösung des Hauses, 116; ebenso ANDREAS KAISER, Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, insbesondere in den Auseinandersetzungen über den Arbeitsvertrag, Diss. jur. Berlin 1972, 89.
- 28 TENFELDE, 207. Dagegen THORSTEN KEISER, Vertragsfreiheit und Vertragszwang im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne (Studien zur

Gesetzgeber[s] aus der Mitgestaltung« des Dienstvertrags die »Konservierung« alter Zustände nach der Aufhebung der Zwangsdienste im Wege der Durchsetzung genehmer Abreden durch die Herrschaften folgen zu lassen.²⁹

Die Gesindeordnung habe daher zu einer Machtausweitung der Herrschaft geführt, welche dem wegen des Inkrafttretens des Regulierungsedikts voraussehbaren Arbeitskräftemangel vorbeugen sollte.³⁰ Der Gesindemangel war tatsächlich ein wichtiges Thema der zeitgenössischen und historischen Literatur.³¹ Andererseits sei so, in einer gewissen Diskrepanz zum vorangegangenen Argument, durch die Bauernbefreiung ein Überangebot ungelernter Arbeiter freigesetzt worden, was zu extremen Lohnminderungen geführt habe, und das Ende der Gutsherrschaft habe auch das Ende der »fürsorgenden« obrigkeitsstaatlichen »Regierungspraxis« bedeutet.³² Die Vertragsfreiheit als liberales Kernstück modernen Privatrechts sei also auf den Bereich der Industrie beschränkt geblieben.³³ Der Kampf, freie Fabrikarbeiter und freie Landarbeiter auf das »Niveau« des Gesindes zu drücken und die hausherrliche Gewalt auszudehnen, sei dagegen an der Justiz gescheitert.³⁴ Hier ergeben sich erste Widersprüche in der so konsistenten Erzählung. Die liberale Vertragsfreiheit kann nicht gleichzeitig auf die Industrie beschränkt und für die Misere des Gesindewesens verantwortlich gewesen sein.

Zwischen Rechten und Pflichten nach der Gesindeordnung von 1810 bestünde ein »ins Auge springendes Ungleichgewicht«.³⁵ Man habe das Gesindeverhältnis als »Machtverhältnis« angesehen und ihm »ethische Qualitäten« beigemessen.³⁶ Vertragsfreiheit wird in diesem Kontext als bloß formal verstanden, gern auch als »nominell«.³⁷ Beherrschendes Merkmal der Gesindeordnung sei also rechtliche Ungleichheit gewesen. Dies drücke sich auch in den

europäischen Rechtsgeschichte 278), Habil. Frankfurt 2012, Frankfurt 2013, 370, wenn er die »Macht der Tradition« als entscheidendes Hindernis an der Nutzung der neuen Freiheiten der GesO sieht.

29 HARALD STEINDL, Entfesselung der Arbeitskraft, in: DERS. (Hg.), Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte (Ius Commune. Sonderhefte 20), Frankfurt 1984, 29–135, 84.

30 TENFELDE, 207; ebenso SCHRÖDER, Wirtschafts- und Arbeitsrecht, 274.

31 Siehe allein die 99 Nachweise in der Rubrik »Dienstbotennot« bei HARRASSER, 153–157. Als Nachwuchsmangel knapp KOCKA, Arbeitsverhältnisse und Arbeiterexistenzen, 215.

32 DIETMAR WILLOWEIT, Historische Grundlagen des Privatrechts. 4. Teil. Arbeit, in: JuS 17 (1977), 573–579, 576; ähnlich KAISER, 55.

33 EISENHARDT, Rn. 590.

34 KOSELLECK, Die Auflösung des Hauses, 118 f.

35 FLEMMING, Obrigkeitsstaat, 256 f. mit Gegenüberstellung.

36 FLEMMING, Obrigkeitsstaat, 258.

37 »zumindest nominell« freier Arbeitsvertrag im Gesindeverhältnis bei FLEMMING, Obrigkeitsstaat, 255.

Strafsanktionen einseitig zulasten des Gesindes aus. Diejenigen strafrechtlichen Normen, die sich gegen die Herrschaft richteten, schützten nicht Rechte des Gesindes, sondern andere, konkurrierende Herrschaften.³⁸ Gesinderecht und modernes Privatrecht stünden entweder isoliert nebeneinander oder das Privatrecht sichere das Herrschaftsverhältnis und verrate damit seine Prinzipien.

Einige Aspekte dieser Meistererzählung scheinen schon auf den ersten Blick fragwürdig. So gewährte das angeblich bessere ältere Recht beim sogenannten Dienst nach Gnade überhaupt keinen Lohnanspruch und die Lohntaxen gaben nur nach unten offene, strafbewehrte Höchstlöhne³⁹ vor. Die Taxen des gebundenen Gesinderechts wirkten also nicht als Schutzbestimmungen für das Gesinde, im Gegenteil.⁴⁰ Eine »fürsorgende Regierungspraxis« sucht man da im Zweifel vergeblich. Merkwürdig ist auch, dass gerade die Herrschaften massiv gegen die Preußische Gesindeordnung protestierten. Insbesondere die ostelbischen Gutsbesitzer zogen gegen die neue Gesindeordnung als Ursache unerschwinglicher Löhne zu Felde.⁴¹

Seltener wird daher eine andere Geschichte erzählt: Während die Regelungen des Allgemeinen Landrechts noch »den Geist ständestaatlichen Denkens atmeten«, habe die Gesindeordnung einen »geistesgeschichtlichen Umbruch« bedeutet und »tiefgreifende Änderungen« gebracht.⁴² Die Umstellung des Gesindeverhältnisses auf den bloßen Vertrag habe eine »juristische und reale Revolution« bedeutet.⁴³ Die Gesindeordnung konstituierte die Vertragsfreiheit, die (nur) zum Schutz des schwächeren Teils, des Gesindes, dessen Rechte erstmals fixiert

38 VORMBAUM, 86.

39 Zu den Höchstlohntaxen als Dauerproblem mit Strafsanktion für beide Parteien auch SCHRÖDER, *Gesinderecht im 18. Jahrhundert*, 22 und DERS., *Das Gesinde war immer frech und unverschämt*, 38 ff. mit den drastischen Strafdrohungen für beide Seiten, teilweise für jeden Reichstaler Überschreitung 100 Taler als Strafe zum einen, Gefängnis mit halbiertem Wasser und Brot bei mehr als drei Hafttagen zum anderen.

40 So auch REINHARD RICHARDI, *Die rechtliche Ordnung der Arbeitswelt*, in: JA 18 (1986), 289–298, 292.

41 BARBARA VOGEL, *Allgemeine Gewerbefreiheit. Die Reformpolitik des preußischen Staatskanzlers Hardenberg (1810–1820)* (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 57), Göttingen 1983, 186 m. w. N.; allgemein zu den Protesten siehe auch HEDEMANN, *Die Fürsorge des Gutsherrn*, 209. Als unsubstantiiert erweist sich in diesem Zusammenhang die Überlegung, die Aufhebung der Gutsuntertänigkeit sei im Interesse der Herrschaften erfolgt, um niedrigere Löhne im Wege der Arbeitsmarktkonkurrenz zu erzwingen, so aber KAISER, 55 mit Fn. 2.

42 So schon 1968 DEMMER, 1 und 92.

43 JOACHIM RÜCKERT, »Frei und sozial« als Rechtsprinzip (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 34), Baden-Baden 2006, 23.

worden seien, wieder eingeschränkt wurde;⁴⁴ insbesondere sei diesem erstmals gesetzlich ein Kündigungsrecht zugestanden worden.

Außerdem habe der hochqualifizierte Teil des Gesindes immer hohe Löhne verdient und auch das einfache Gesinde Zeiten des Gesindemangels – wie offenbar nach 1810 – für sich zu nutzen gewusst. Für die einen war die Marktsituation dauerhafter, für die anderen zumindest temporär günstig. Entsprechend aufwendig musste man die Höchstlohntaxen in der älteren Zeit begründen:⁴⁵ Lohnverabredungen seien unerlaubt, sofern sie der Absicht des Gesetzes zuwiderliefen, weshalb eine Taxunterschreitung, aber keine Taxüberschreitung erlaubt sei. Schließlich sei eine Belastung des herrschaftlichen Haushaltsbudgets gemeinwohlwidrig. Der Staat griff daher allgemein zum Mittel der Gesindeordnungen, um einen »Interessenausgleich« herzustellen⁴⁶ oder besser, wie noch zu zeigen sein wird, um die Interessen der Herrschaften zu wahren. Die zeitgenössische Erklärung des Zwecks der Taxordnung vermittelt diesbezüglich schon einen gewissen Eindruck – man erhob Herrschaftsinteressen zu Interessen des Gemeinwesens und rechtfertigte damit Eingriffe.

Schon in der älteren Zeit beschreibt *Dorn* 1794 die rechtlichen Maßnahmen, die getroffen wurden und auf Bindung des Gesindes und die Allokation von Arbeitskräften zielten: Das »Sitzen auf eigene Hand«, also ohne Anstellung, wurde durch Ausweisung oder Zuchthaus bestraft, kinderreiche Familien dazu angehalten, »überflüssige«(!) Kinder in Dienste abzugeben, und der Dienstzwang für Untertanenkinder auf dem Land wurde mit Heirats- und Niederlassungsverboten vor Ableistung des Zwangsdienstes verbunden.⁴⁷ Weiter heißt es, es dürfe keine Konkurrenz unter den Dienstherrn entstehen, denn:

»Wird der Lohn nicht bestimmt, so werden die Herrschaften der Unverschämtheit und Bosheit des Gesindes gänzlich Preis gegeben.«

All das änderte sich 1810. Die beiden Geschichten sind miteinander unvereinbar.

Zwei Probleme birgt die überkommene Meistererzählung. Sie verzeichnet einerseits das Bild des älteren Gesindewesens, hier beispielhaft an der Frage der Lohntaxen vorgeführt, andererseits beachtet sie nicht den historischen Verlauf von Prinzipienorientierung und Problemlösungen. Die zeitgenössische Perspektive ist verständlich. Neue Perspektiven aus der Sicht gleicher Freiheit ließen vormals als »natürlich« wahrgenommene Unfreiheit und Ungleichheit als

44 VOGEL, 185.

45 Im Folgenden die Begründung bei JOHANN LORENZ DORN, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts, Erlangen 1794, 364 f., 372.

46 HANS HATTENHAUER, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung, 2. Aufl. München 2000, 265.

47 DORN, 50–57.