

## II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

## ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

## 45. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1922

i. S. Pletscher und Konsorten

gegen Konkursmasse Schröter, Jenny & C<sup>ie</sup>.

Tritt die Konkursverwaltung des Dienstherrn nicht in den Dienstvertrag ein, so erwächst dem Dienstpflichtigen daraus nur eine (nicht privilegierte) Schadenersatzforderung (SchKG Art. 211, Abs. 2, 219 (erste Klasse), OR Art. 332).

A. — Die Kläger Klöti, Pletscher, Rupli, Schudel standen als Werkmeister, der Kläger Frei als Techniker im Dienste der Firma Schröter, Jenny & C<sup>ie</sup>. Nachdem Pletscher bereits früher ausgetreten war, kündigte die Firma am 31. Dezember 1920 die Dienstverträge der übrigen Kläger auf Ende Februar 1921. Gleichen Tages wurde der Konkurs über sie eröffnet. Die Konkursmasse trat nicht in die Dienstverträge ein, sondern schloss die Fabrik sofort nach Kenntnisnahme vom Konkursdekret am 3. Januar 1921. In der Folge meldeten die Kläger (neben anderen, heute nicht mehr streitigen) folgende Forderungen an :

	Frei	Klöti	Pletscher	Rupli	Schudel
Rückständige Teuerungs-					
zulagen . . . . Fr.	—	1170	800	1920	1170
Lohn für Januar und					
Februar 1921 . Fr.	1500	1000	—	1000	1000

und beanspruchten dafür ein Privileg in erster Klasse. Die Konkursverwaltung nahm die Lohnforderungen für Januar und Februar 1921 als nicht privilegierte Schadenersatzforderungen und die Teuerungszulagenforderungen des Klöti, Pletscher und Schudel, letztere freilich

nur im reduzierten Betrage von 970 Fr., ebenfalls in die fünfte Klasse des Kollokationsplanes auf, wies dagegen die Teuerungszulagenforderung des Rupli gänzlich ab. Mit der vorliegenden Klage (soweit sie heute noch streitig ist) verlangen die Kläger Abänderung des Kollokationsplanes dahin, dass ihre erwähnten Forderungen in erster Klasse kolloziert werden.

B. — Durch Urteil vom 14. Juni 1921 liess das Konkursgericht Schaffhausen die Lohnforderungen für Januar und Februar 1921 und die Teuerungszulagenforderung des Rupli im Betrage von 120 Fr. in erster Klasse, deren Mehrbetrag von 1800 Fr. und die Teuerungszulagenforderungen der übrigen Kläger in fünfter Klasse zu, diejenige des Schudel freilich ebenfalls nur im reduzierten Betrage von 970 Fr. Gegen dieses Urteil appellierte einzig die Beklagte, mit den Anträgen, die Lohnforderungen für Januar und Februar seien in die fünfte Klasse zu versetzen und die Teuerungszulagenforderung des Rupli gänzlich abzuweisen. Durch Urteil vom 20. Januar 1922 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Appellation mit Bezug auf die Lohnforderungen für Januar und Februar 1921 gutgeheissen, dagegen mit Bezug auf die Teuerungszulagenforderung des Rupli das Urteil der ersten Instanz bestätigt.

C. — Gegen dieses am 3. Mai zugestellte Urteil haben die Kläger am 23. Mai die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem (d. h., wie sich aus der beigelegten Berufungsschrift ergibt, im oben angegebenen) Umfang.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Da die Kläger das erstinstanzliche Urteil hingenommen haben, durch welches ihre Teuerungszulagenforderungen (abgesehen von einem Teil derjenigen des Rupli) bloss als nicht privilegierte in 5. Klasse zugelassen wurden, deren Zulassung in erster Klasse also vor der Vorinstanz nicht mehr streitig war, ist die

Berufung insoweit unzulässig, als sie hierauf abzielt (vergl. OG Art. 59 Abs. 1). Kann somit auf diesen Berufungspunkt nicht eingetreten werden, so erreicht der Streitwert doch ohnedies immer noch die für das schriftliche Verfahren erforderliche Berufungssumme, da nach dem Bericht des Konkursamtes eine derart geringe Konkursdividende zu erwarten ist, dass die nominell noch streitig gebliebenen 4500 Fr. durch deren Zuteilung nicht auf weniger als 4000 Fr. herabgemindert würden.

2. — Gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG hat die Konkursverwaltung das Recht, die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu erfüllen, ist also nicht verpflichtet, es zu tun. Ist sie aber zur Erfüllung nicht verpflichtet, so kann sie durch die Nichterfüllung auch nicht in Verzug kommen, weil der Verzug seinem Begriffe nach eine solche Verpflichtung voraussetzt. Zu Unrecht glauben daher die Kläger, die noch im Streite liegenden « Lohnforderungen » für die Monate Januar und Februar bzw. das dafür beanspruchte Konkursprivileg aus Art. 332 OR herleiten zu können, wonach, wenn der Dienstherr mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug kommt, der Dienstpflichtige den vereinbarten Lohn fordern kann, immerhin unter Anrechnung dessen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Diese Vorschrift kann nach dem Gesagten dann nicht angerufen werden, wenn die Konkursverwaltung nicht in den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Dienstvertrag eintritt, mindestens nicht, wenn sie es unverzüglich ablehnt, wie sie es vorliegend getan hat. Vielmehr hat es bei dem an die Stelle des Erfüllungsanspruches tretenden Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, also auf Schadenersatz sein Bewenden. Die Verweigerung des Lohnes rechtfertigt sich denn auch vollauf dadurch, dass der Dienstpflichtige nicht zur weiteren Dienstleistung verpflichtet bleibt, wenn die Konkursverwal-

tung nicht in den Vertrag eintritt, während er durch den blossen Verzug des Dienstherrn in der Annahme der Dienstleistung seiner Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag nicht enthoben wird, sondern die Dienstleistung wieder aufnehmen muss, sobald es der Dienstherr verlangt, und infolgedessen nicht in eine andere feste Anstellung treten, sondern allfällig nur auf eigene Rechnung arbeiten oder aber Dienstleistungen nur auf kurze Zeit übernehmen kann. Daher braucht sich der Dienstpflichtige im letzteren Falle auch nur anrechnen zu lassen, was er (erspart oder) durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat, während bei der Bemessung jenes Schadenersatzanspruches ein Abzug auch dann zu machen ist, wenn der Dienstpflichtige lediglich infolge seiner Nachlässigkeit nicht anderweitige angemessene Beschäftigung hat finden können. Insbesondere lässt sich für die Anwendbarkeit des Art. 332 OR auf Fälle vorliegender Art dessen Entstehungsgeschichte nicht heranziehen. Aus den von der Vorinstanz angeführten Stellen aus der Botschaft des Bundesrates (Bundesblatt 1909 III S. 747) und dem Referat HUBER (Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1909, Nationalrat S. 635/6) ist nur auf die Absicht des Gesetzgebers zu schliessen, dass, wenn der Dienstherr in der letzten Zeit vor der Konkursöffnung mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug gekommen ist, der Dienstpflichtige dann im Konkurs nicht, wie nach dem alten OR, auf die Geltendmachung eines nicht privilegierten Schadenersatzanspruches angewiesen sein, sondern den gegebenenfalls privilegierten Lohn soll beanspruchen können, wie wenn er die Dienste geleistet hätte; dagegen ist von einem privilegierten Lohnanspruch für die Zeit nach der Konkursöffnung nicht die Rede. Zweifellos hatte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Art. 332 OR auf Fälle der vorliegenden Art auch gar nicht im Auge; würde sie doch zu dem absurden Resultat führen, dass

auch der auf lange Zeit fest angestellte Dienstpflichtige für den ganzen Rest der Vertragsdauer den vollen Lohn beanspruchen könnte, ohne sich entgegenhalten lassen zu müssen, er habe sich nicht nach einer anderweitigen Beschäftigung umgesehen.

Beschränkt sich aber der Anspruch der Kläger aus der Nichterfüllung der Dienstverträge auf Schadenersatz, so sind sie dafür auch nicht des Konkursprivilegs teilhaftig, welches Art. 219 SchKG für Lohnansprüche gewährt, ohne es auch auf Schadenersatzansprüche aus Nichterfüllung von Dienstverträgen auszudehnen. In der Tat lässt sich dieses Privileg, gleichwie dasjenige der teilweisen Unpfändbarkeit, nur rechtfertigen für die Gegenleistung für Dienste, welche der Dienstpflichtige wirklich geleistet hat oder zu deren Leistung er mindestens zur Verfügung stehen musste.

3. — Sollte man übrigens Art. 332 OR auf den vorliegenden Fall anwenden und annehmen, jene Vorschrift habe den Lohnanspruch auf die nach der Konkurseröffnung liegende Zeit ausdehnen wollen, so ergäbe sich daraus doch noch nicht ohne weiteres eine Abänderung des SchKG im Sinne der Ausdehnung des von ihm nur für eine gewisse Zeit vor der Konkurseröffnung gewährten Privilegs auch auf diesen Lohnanspruch. Hiefür hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift schon deswegen bedurft, weil sonst ganz ungewiss ist, auf wie lange hinaus es daure, ob wiederum während der für die Zeit vor der Konkurseröffnung vorgesehenen Frist, oder einfach im ganzen, d. h. für die Zeit vor und nach der Konkurseröffnung zusammen, während jenes Zeitraumes, oder aber für welche Zeit immer. Zudem könnte eine derart abwegige Rechtsfigur wie ein erst nach der Konkurseröffnung entstehendes Konkursprivileg ohne ausdrückliche gesetzliche Sanktion nicht anerkannt werden. Entgegen der Auffassung der Kläger darf nämlich nicht davon ausgegangen werden, ihre Forderung fliesse aus der noch vor der Konkurs-

eröffnung erfolgten Kündigung, weil die Kündigung ja bis zum Ablauf der Kündigungsfrist das Dienstverhältnis nicht beeinflusst, mindestens nicht in der hier in Frage stehenden Beziehung, also keine nicht ohnehin bestehenden Ansprüche zur Entstehung kommen lässt. Bildet nun auch der Dienstvertrag die Grundlage für die Lohnansprüche, so gelangen diese doch erst nach Massgabe der geleisteten bzw. angebotenen Dienste zur Entstehung, also vor der Konkurseröffnung über den Dienstherrn nur für die bis dahin geleisteten bzw. zur Verfügung gestellten Dienste. Nach dem Ausgeführten entspringt aber die Forderung, welche die Kläger gegenüber der Konkursmasse noch geltend machen können, vielmehr eigentlich der Weigerung der Konkursverwaltung, in den Vertrag einzutreten, einer Tatsache also, welche in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Soweit auf die Berufung eingetreten werden kann, wird sie abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 20. Januar 1922 bestätigt.

#### 46. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juli 1922

**i. S. Konkursmasse Keller gegen Korporation Freiteil und Graf.**

ZGB Art. 716, OR Art. 226 und 277 : Wirkung des Eigentumsvorbehaltes im Konkurs ; Wahlrecht des Verkäufers (Erw. 1).  
ZGB Art. 895 ff., insbesondere 896 Abs. 2 : Retentionsrecht.  
Voraussetzungen : fremdes Eigentum, ausschliesslicher Besitz. Ausschluss beim Kreditkauf (Erw. 2).  
SchKG Art. 250, KV Art. 47 ff. : Unzulässigkeit einer auf Aussonderung abzielenden Hauptintervention im Kollationsprozess (Erw. 3).

A. — Am 15. März 1920 verkaufte die Klägerin an Walter Keller in Sachseln und Otto Graf in Sarnen