

Deckung, die der Obervermieter durch den Retentionsvollzug erhalten hat, nicht nachträglich ohne Gegenleistung vermindert, hat das Amt, sobald ihm die retinierten Sachen als Eigentum eines Untermieters bezeichnet werden, dafür zu sorgen, dass dieser Untermieter künftig seine Untermietzinsen nicht mehr an den Untervermieter bezahlt, sondern an das Amt für Rechnung des Untervermieters. Und da der Untermieter wissen muss, was für Folgen eine Nichtbeachtung dieser Anweisung hat, muss ihm auch genau gesagt werden, welche Gegenstände retiniert worden sind. Das Zahlungsverbot wird ihm daher am zweckmässigsten auf einer Abschrift der Retentionsurkunde notifiziert. Mit dieser Zustellung wird dann gleichzeitig auch dem Untermieter gegenüber die Frist für die Geltendmachung von Eigentums- oder Kompetenzansprüchen in Gang gesetzt und damit schon zu Beginn des Verfahrens Klarheit darüber erzielt, ob noch mit solchen Ansprüchen zu rechnen ist oder nicht.

Die Verzichtserklärung des Rekurrenten steht jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, im vorliegenden Fall der Gutheissung des Rekurses entgegen.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird abgewiesen.

## II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

### ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

#### 72. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. November 1933 i. S. Konkursmasse Kuranstalt Schöneck A.-G. gegen Erben Borsinger.

Konkursprivileg der Lohn- und Besoldungsforderungen, Art. 219 SchKG. Das Privileg geht mit der Forderung, aber nur mit dieser an Dritte über. Dass ein Dritter das Geld zur Bezahlung der Forderung zur

Verfügung stellt und sich das Privileg ausbedingt, bewirkt den Übergang nicht ; es muss Abtretung der Forderung (Erw. 1) oder Subrogation (Erw. 2) erfolgen.

*Privilège des créances de salaire et de traitement produites dans la faillite (art. 219 LP.).* — Le privilège peut passer à des tiers mais seulement avec la créance. Pour opérer le transfert, il ne suffit pas que le tiers mette de l'argent à disposition pour désintéresser le créancier et réclame le privilège ; il faut qu'il acquière la créance par voie de cession (consid. 1) ou de subrogation (consid. 2).

*Privilegio dei crediti per salari e stipendi notificati nel fallimento (art. 219 LEF).* — Il privilegio può essere trasferito a un terzo ma solo col credito. Per operare il trapasso non basta che il terzo metta a disposizione del denaro allo scopo di disinteressare il creditore e rivendichi il privilegio ; occorre ch'egli acquisti il credito mediante cessione (consid. 1) o subrogazione (consid. 2.)

A. — Über die Kuranstalt Schöneck A.-G. in Emmetten wurde am 22. Juli 1931 der Konkurs eröffnet. Die Anstalt war im wesentlichen ein Unternehmen der Familie Borsinger, die einen beträchtlichen Teil der Aktien und der von der Gesellschaft ausgegebenen Obligationen besass. Auch war C. Borsinger-Michel bis 1930 Direktor der Anstalt.

Im Konkurs meldete Frau Olga Borsinger-Michel, die Ehefrau des frühern Direktors, eine Forderung von 14,326 Fr. an mit dem Begehren um Kollokation in erster Klasse. Sie stützte die Forderung auf Vorschüsse, die sie am 30. September, 31. Oktober und 20. November 1930 aus ihren Mitteln für die Auszahlung der Löhne an das Personal geleistet hatte. Diese Leistungen waren im Kassabuch der Anstalt jeweilen folgendermassen vermerkt : « Vorschuss für Löhne unter ausdrücklicher Wahrung der Vorrechtsqualifikation seitens der Vorschussleistenden Frau O. Borsinger ».

Die Konkursverwaltung liess die Forderung bis zum Betrage von 12,331 Fr. 40 Cts. zu, kollozierte sie aber in der fünften Klasse.

B. — Mit der vorliegenden Klage focht Frau Borsinger die Verfügung der Konkursverwaltung an, indem sie darauf beharrte, dass ihre Forderung, soweit sie zugelassen sei, in der ersten Klasse kolloziert werde.

Das Konkursgericht von Nidwalden wies die Klage ab. Dieses Urteil zogen die Erben der inzwischen verstorbenen Frau Borsinger an das Kantonsgericht weiter.

Im Verlaufe des zweitinstanzlichen Verfahrens verschickten die Kläger an die Angestellten, deren Löhne aus den Vorschüssen der Frau Borsinger bezahlt worden waren, maschinengeschriebene Formulare folgenden Inhaltes zur Unterzeichnung und Rücksendung:

« Abtretung.

Unterzeichnete... tritt hiemit seine (ihre) Forderung aus Lohn gegenüber der Kuranstalt Schöneck A.-G. im Betrage von Fr. .... an Frau Olga Borsinger-Michel, bzw. deren Erben ab. Obiger Betrag wurde mir aus dem Privatvermögen der Frau Borsinger bezahlt.....

(Ort und Datum). .....

Von den Angestellten schickten lediglich zwei die Formulare ausgefüllt und unterschrieben zurück, nämlich Marie Blättler in Stans und Robert Perrin in Pontarlier. Zwei weitere Angestellte, W. Lerch und L. Bachmann, antworteten, dass sie nicht wissen, aus wessen Vermögen ihnen die Löhne ausbezahlt worden seien. Die eingegangenen Erklärungen wurden von den Klägern dem Kantonsgericht vorgelegt.

Das Kantonsgericht hiess in seinem Urteil vom 14. Juni 1933 die Klage gut mit der Begründung, dass die Vermerke im Kassabuch über die Vorschüsse auf Grund der Abtretungserklärungen von Marie Blättler und Robert Perrin als richtig erscheinen.

C. — Gegen dieses Urteil erklärte die beklagte Konkursmasse rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

### Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Nach Lehre und Rechtsprechung ist das Konkursprivileg für Lohn- u. Besoldungsforderungen nach Art. 219 SchKG nicht mit der Person des Berechtigten, sondern mit der Forderung verbunden und geht bei Gläubigerwechsel auf den neuen Gläubiger über (JAEGER, Kommentar Art. 219 N. 9; BLUMENSTEIN, Handbuch S. 682; BGE 49 III 202 ff.). Der Anspruch der Frau Borsinger-Michel (bzw. ihrer Erben) auf das Konkursprivileg ist daher begründet, sofern und soweit nachgewiesen werden kann, dass sie von den Hotelangestellten privilegierte Forderungen erworben hatte. Als Erwerbsgründe kommen dabei Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und Subrogation nach Art. 110 Ziff. 2 OR in Betracht.

1. Zwei Angestellte, Marie Blättler und Robert Perrin, bescheinigen unter dem Datum des 25. bzw. 27. März 1933, dass sie « hiemit » ihre Forderungen von 200 Fr. bzw. 65 Fr. den Erben der Frau Borsinger abtreten und dass ihnen der Forderungsbetrag im September 1930 aus dem Privatvermögen der Frau Borsinger ausbezahlt worden sei. Aus diesen Erklärungen schliesst die Vorinstanz auf die Richtigkeit der Eintragungen im Hauptbuch, wonach Frau Borsinger die Löhne vorgeschossen und sich dabei das Konkursprivileg ausbedungen habe. Dagegen scheint die Vorinstanz nicht anzunehmen, dass ausser den genannten zwei noch weitere Angestellte solche Abtretungserklärungen ausgestellt haben. In der Tat wird von den Klägern auch ausdrücklich zugegeben, dass nur diese zwei Angestellten die ihnen unterbreiteten Abtretungsformulare unterzeichnet zurückgeschickt haben. Selbst wenn es aber alle getan hätten, so wäre damit für die Kläger nichts gewonnen. Denn die Forderungen, deren Abtretung sie im März 1933 veranlassen wollten, waren ja unbestrittenermassen schon im Jahre 1930 bezahlt worden und damit untergegangen, sodass sie nachher nicht mehr abgetreten werden konnten. Eine Abtretung war nur

vor der Tilgung möglich. Was die Angestellten ausbezahlt erhielten, wäre dann nicht Lohn, sondern Gegenleistung für die Abtretung gewesen. Dass aber damals eine Abtretung erfolgt sei — und sie hätte gemäss Art. 165 OR schriftlich erfolgen müssen — wird von den Klägern nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen.

2. Subrogation nach Art. 110 Ziff. 2 OR tritt dann ein, wenn der Dritte den Gläubiger befriedigt und der Schuldner diesem anzeigt, dass der Zahlende an seine, des Gläubigers, Stelle treten solle. Weder die eine noch die andere Voraussetzung ist hier erfüllt.

Bezahlt wurden die Angestellten nicht von Frau Borsinger, sondern von der Kuranstalt Schöneck A.-G., also von der Lohnschuldnerin. Frau Borsinger machte, wie es im Kassabuch heisst, « Vorschüsse ». Damit können nur Vorschüsse, d. h. Darlehen an die finanziell notleidende Kuranstalt gemeint sein, durch welche dieser die Lohnauszahlung ermöglicht werden sollte. Die Zahlungen an das Personal sind denn auch im Lohnbuch der Kuranstalt eingetragen und wurden ihr von den Empfängern im Quittungsbuch bescheinigt, sollten also unverkennbar als Zahlungen der Anstalt gelten. Eine Ausnahme scheint nur die am 15. Oktober 1930 erfolgte Zahlung von 145 Fr. an die Angestellte Anna Stöckli zu machen, die im Quittungsbuch zunächst wie alle andern Angestellten den Empfang des Lohnbetrages bescheinigte und dann noch folgende, der ordentlichen Quittung beigefügte besondere Erklärung unterschrieb: « Obige Summe von Frau O. Borsinger-Michel als Vorschusslohn für die Kuranstalt mit allfälliger Vorrechtsqualifikation von Seiten der Vorschussleistenden heute dankend erhalten ». Allein abgesehen davon, dass schon die Kläger diese Erklärung nicht besonders releviert haben, wurde sie auch von der Vorinstanz nicht als beweiskräftig genug angesehen, um in ihrem Urteil herangezogen zu werden. In der Tat vermag der Umstand, dass diese Angestellte zunächst die gewöhnliche Quittung zuhanden der Kuranstalt und nachher

noch eine solche für Frau Borsinger unterschrieb, trotz des beigesetzten Datums Bedenken darüber zu erwecken, wann und wie die zweite Quittung zustande gekommen ist. Hat aber die Vorinstanz der Quittung keinen Beweiswert beigemessen, so ist sie auch für das Bundesgericht erledigt (Art. 81 OG), sodass daraus weder für die angebliche Zahlung der Frau Borsinger an die Angestellte Anna Stöckli, noch viel weniger für die Zahlungen an die andern Angestellten etwas abgeleitet werden kann.

Wollte man aber auch annehmen, die Zahlungen an das Personal seien im Namen der Frau Borsinger erfolgt, so würden immer noch die Anzeigen der Kuranstalt an die Angestellten fehlen, dass mit der Zahlung nunmehr Frau Borsinger in die Gläubigerrechte eintreten solle. Für solche Anzeigen sind, da die Bescheinigung der Angestellten Anna Stöckli aus dem bereits erwähnten Grunde ausscheidet, keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Sie wären aber, wie das Bundesgericht in BGE 57 II 93 ausgesprochen hat, nur dann überflüssig gewesen, wenn die Gläubiger, d. h. die Angestellten, gewusst hätten, dass es sich bei den Zahlungen nicht um Tilgung der Forderungen, sondern um einen Gläubigerwechsel handle. Dass dies der Fall war, ist nicht nachgewiesen. Die Angestellten scheinen im Gegenteil nicht einmal davon Kenntnis gehabt zu haben, dass Frau Borsinger der Kuranstalt das Geld zur Verfügung gestellt hatte. Die Angestellten W. Lerch und L. Bachmann bestätigen das ausdrücklich. Auch M. Blättler und R. Perrin erklären lediglich, den geschuldeten Betrag aus dem Vermögen der Frau Borsinger erhalten zu haben, was nicht ausschliesst, dass sie erst seither über die Herkunft des Geldes orientiert worden sind, und was auf jeden Fall nicht schon dahin ausgelegt werden darf, dass ihnen damals von der Absicht des Gläubigerwechsels etwas bekannt war; denn die Bezahlung durch die Frau Borsinger konnte an sich ebensowohl Tilgung der Forderung wie Gläubigerwechsel bedeuten.

Die Klage der Erben Borsinger muss daher abgewiesen werden, obwohl Frau Borsinger ihr Geld im Vertrauen darauf hingegeben hatte, das Konkursprivileg werde auf sie übergehen. Um den Übergang zu bewirken, genügte es eben nicht, dass sie bei ihren Zahlungen an die Kuranstalt eine Erklärung in jenem Sinne abgab; es hätte dafür der gesetzlich allein anerkannte Weg der Abtretung oder der Subrogation gewählt werden müssen.

Die Vorinstanz hat auch zu Unrecht ohne weiteres vorausgesetzt, dass die Forderungen, die aus dem Gelde der Frau Borsinger bezahlt wurden, wirklich privilegiert gewesen seien. Das erscheint jedenfalls mit Bezug auf die Forderungen des Anstaltsarztes, die sich ebenfalls darunter befinden, zweifelhaft. Ferner ging ein Teil der Forderungen von Dienstboten und Bureauangestellten offenbar auf mehr als ein Jahr bzw. ein halbes Jahr vor die Konkursöffnung zurück, sodass sie des Privilegs nach den Vorschriften des Art. 219 SchKG nicht mehr teilhaftig waren. Diese Fragen brauchen aber nicht näher geprüft zu werden, nachdem den Klägern das Privileg schon aus andern Gründen abgesprochen werden muss.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, der Forderung das eingeklagte Konkursprivileg erster Klasse abgesprochen und ihre Kollokation in fünfter Klasse angeordnet.