



Geschäfts-Nr. PN040078/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
lic. iur. P. Helm und Dr. iur. J. Zürcher
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 18. Juni 2004

in Sachen

Konkursmasse der X. (Schweiz) AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt P.

gegen

L. B.,

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Kollokation**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Uster (VP lic. iur. Oswald) vom 13. Februar 2004 (FB...)

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger und Beschwerdegegner arbeitete ab 1. Juli 1997 bei der X. (Schweiz) AG. Am 27. Januar 2003 wurde über die Arbeitgeberin der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt D. stellte den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. März 2003 frei. Der Kläger machte im Konkurs der Arbeitgeberin Fr. 4'340.10 Ferienguthaben und Fr. 1'767.35 Überzeitguthaben geltend. Mit Verfügung vom 12. Januar 2004 wies das Konkursamt diese Forderungen ab. Mit Urteil vom 13. Februar 2004 betreffend Kollokation wurde die vom Kläger auf Fr. 4'340.10 reduzierte Forderung für Ferienguthaben in der ersten Klasse zugelassen. Mit dagegen erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragte die Beklagte, das angefochtene Urteil sei aufzuheben. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Der Kläger und Beschwerdegegner reichte innert der angesetzten Frist keine Beschwerdeantwort ein.

2. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO zum Gegenstand. Es kann daher nur geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, er verstosse gegen klares materielles Recht oder er beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme. Klares materielles Recht liegt vor, wenn über die Auslegung einer Rechtsvorschrift oder eines Rechtsgrundsatzes kein begründeter Zweifel bestehen kann. Ein Rechtssatz ist verletzt, wenn er unrichtig angewendet wurde, sei es durch unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache, sei es durch unrichtige Auslegung der anzuwendenden Vorschrift (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. N 51 zu § 281 Ziff. 3 ZPO). Gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO sind die Nichtigkeitsgründe nachzuweisen, das heisst es ist darzulegen, inwiefern und weshalb ein Nichtigkeitsgrund gegeben sein soll. Die Kassationsinstanz überprüft nur die geltend gemachten Mängel (§ 290 ZPO). Da das Nichtigkeitsverfahren keine Fortführung des vorinstanzlichen Verfahrens ist, sind neue tatsächliche Be-

hauptungen und neue Beweismittel (Noven) unzulässig (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., S. 16 f.).

3. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die zürcherischen Konkursämter würden Ferienansprüche regelmässig abweisen, soweit solche während der Kündigungsfrist kompensiert werden könnten. Das Konkursamt Dübendorf habe sich anlässlich der Kollokation der arbeitsvertraglichen Ansprüche der rund neunzig Arbeitnehmer der konkursiten X. (Schweiz) AG dementsprechend von der Überlegung leiten lassen, dass jedenfalls die Hälfte der Kündigungszeit für den Bezug von Überstunden- und Ferienguthaben zu beanspruchen sei, welche nur in einem diese Zeit allenfalls übersteigenden Umfang bar abzugelten seien. Das Bundesgericht habe im Leitentscheid BGE 128 III 271 ff. erwogen, das zwingende Abgeltungsverbot gemäss Art. 329d Abs. 2 OR stehe auch während der sog. Freistellung im Vordergrund, weshalb die Barabgeltung immer dann unzulässig sei, wenn die Freistellungsdauer den verbliebenen Ferienanspruch deutlich übersteige (E. 4a cc). Die Lehre stimme dieser Rechtsprechung zu. Das angefochtene Urteil verletze klares materielles Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO, da es die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur Beurteilung von Ferienansprüchen des Arbeitnehmers während der Freistellung nach einer ordentlichen Kündigung nicht angewendet habe. Die subjektive Einschätzung der Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin durch den Arbeitnehmer müsse irrelevant bleiben. Denn wenn die X. (Schweiz) AG dem Kläger noch vor Konkurseröffnung auf denselben Termin gekündigt und ihn ab dem 27. Januar 2003 freigestellt hätte, hätte sich für ihn nichts geändert. Der vorleistungspflichtige Arbeitnehmer sei im einen wie im anderen Fall dem Risiko ausgesetzt, dass die Arbeitgeberin die Lohnschuld bei Fälligkeit nicht erfüllen könne. Es gehe nicht an, dem Arbeitnehmer des in Konkurs gefallenen Arbeitgebers, anders als jedem anderen freigestellten Arbeitnehmer, einen zusätzlichen Anspruch zu verschaffen, indem ihm der grundsätzlich real zu beziehende Ferienanspruch nachträglich (auch) noch bar ausbezahlt werde. Im Konkurs sei zudem die Gleichbehandlung aller Gläubiger im Auge zu behalten. Die Vorin-

stanz gehe zutreffend von 46 Arbeitstagen zwischen Konkureröffnung und Arbeitsvertragsende aus, wobei die Beklagte aber lediglich einen Ferienanspruch von 15,4 (nicht von 16,4) Arbeitstagen anerkannt habe, wovon 3,3 Arbeitstage auf den Ferienanspruch für die beiden Kündigungsmonate fallen würden. Die Vorinstanz lehnte die Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 128 III 271 ff.) zur Behandlung der Ferienansprüche der nach ausgesprochener Kündigung freigestellten Arbeitnehmer mit der Begründung ab, wenn die Freistellung durch die Konkureröffnung über die Arbeitgeberin veranlasst worden sei, sei es - anders als bei "normalen" Freistellungen - fraglich, ob die Lohnzahlungen bis zum Ende der Anstellung überhaupt erhältlich gemacht werden könnten. Dementsprechend habe sich der Kläger umgehend bei der Arbeitslosenkasse gemeldet, womit er ab 1. Februar 2003 den Vorschriften des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) unterstanden habe, insbesondere Art. 21 Abs. 1 der Verordnung (AVIV), wonach die angemeldeten Versicherten sicherstellen müssten, dass sie in der Regel innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden könnten. Die gezielt zu tätigen Arbeitsbemühungen müssten gegenüber der Amtsstelle nachgewiesen werden (Art. 26 Abs. 1 und 2 AVIV) und ein Anspruch auf (fünf aufeinander folgende) kontrollfreie Tage bestehe erst nach sechzig Tagen kontrollierter Arbeitslosigkeit (Art. 27 Abs. 1 AVIV). Bei dieser Sachlage sei es dem Kläger nicht möglich gewesen, sich tagesweise Freizeit zur Erholung zu gönnen, was der gesetzliche Zweck des Ferienanspruchs sei (m. Hinw. auf Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5.A. Zürich 1992, N 11 zu Art. 329c OR und JAR 1989 S. 188). Die Tatsache, dass die Beklagte die in der ersten Klasse privilegierten Ansprüche zu 100% habe decken können, sei zu Beginn der Konkureröffnung nicht offensichtlich gewesen.

4. Der Argumentation der Vorinstanz ist aus den folgenden Überlegungen zuzustimmen:

- a) Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt grundsätzlich voraus, dass die versicherte Person (ganz oder teilweise) arbeitslos ist bzw. sie in keinem Arbeitsverhältnis steht (Art. 8 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 10 Abs. 1 AVIG; vgl. dazu act. 1 S. 8, D. Ziff. 9 Abs. 4). Wegen des Fortbestehens des Arbeitsvertrags nach der Konkursöffnung bis zum 31. März 2003 bestand indessen ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gestützt auf Art. 29 Abs. 1 AVIG, wonach die Kasse Arbeitslosenentschädigungen auszahlt, wenn sie *begründete Zweifel* darüber hat, ob der versicherte Arbeitnehmer für die Zeit eines unverschuldeten Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche i.S. von Art. 11 Abs. 3 hat *oder ob sie erfüllt werden*. Dabei steht es nicht im freien Ermessen der Kasse, ob sie die Arbeitslosenentschädigung ausrichten will oder nicht, vielmehr wird sie gesetzlich angewiesen, die Entschädigung auszu zahlen, sobald sie "*nach den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten*" begründete Zweifel über das Bestehen oder die Durchsetzbarkeit von arbeitsvertraglichen Ansprüchen hätte haben *müssen*. Diesfalls kann der Richter die Kasse zum Vorgehen nach Art. 29 AVIG verhalten (BGE 114 V 344 E. 6e).
- b) Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Arbeitslosenkasse den Entschädigungsanspruch des Klägers i.S. von Art. 29 AVIG anerkannte. Die Vorinstanz hat gestützt auf die Parteibefragung erwogen, der Kläger habe seit dem 1. Februar 2003 Arbeitslosenunterstützung bezogen, bis er am 1. Mai 2003 eine neue Stelle habe antreten können. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei in tatsachen- und aktenwidriger Weise von dieser Annahme ausgegangen, ist zurückzuweisen, nachdem die Beklagte diese Sachdarstellung des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Februar 2004 nicht bestritten hat. Denn die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 4 OR entbindet die Parteien nicht von ihrer Behauptungs- bzw. Bestreitungs- und Beweisführungspflicht (BK-Rehbinder, OR 343 N 22). Die Lohngefährdung zufolge Konkurses der

Arbeitgeberin ist ein klassischer Anwendungsfall für den Art. 29 Abs. 1 AVIG, was sich aus dessen Absatz 2 ergibt, wonach "*mit der Zahlung (...) alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über(gehen)*". Der gesetzliche Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 Abs. 1 AVIG entlastet die Arbeitnehmer in diesen Fällen vom Risiko des Lohnverlusts zufolge Konkurses der Arbeitgeberin im Umfang ihrer Ansprüche auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie sich bei der Arbeitslosenkasse anmelden und sich den einschlägigen Vorschriften der Art. 17 ff. AVIG und der dazugehörigen Verordnung unterziehen (vgl. act. 2 S. 4 f). Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, schliessen die Kontrollvorschriften und die Pflicht des anspruchsberechtigten Versicherten, sich der Amtsstelle für die Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu halten, den Realbezug von Ferienguthaben aus dem Arbeitsverhältnis aus. Es braucht daher weder geprüft zu werden, ob die Vorinstanz aktenwidrig von einem Ferienguthaben von 16,4 anstatt 15,4 Arbeitstagen ausgegangen ist, noch ob sie die Verhandlungsmaxime verletzte, indem sie ihrem Urteil die tatsächliche, nicht näher substantiierte Feststellung zugrunde legte, notwendige Bemühungen im Zusammenhang mit der Stellensuche und der Stempelkontrolle hätten "*den grössten Teil*" der noch zur Verfügung stehenden Arbeitstage in Anspruch genommen. Die Höhe der geltend gemachten Forderung von Fr. 4'340.10 Ferienguthaben wurde ausdrücklich anerkannt, weshalb auch aus diesem Grund offen gelassen werden kann, ob nun 16.4 oder 15.4 Arbeitstage als Ferienguthaben eingesetzt wurden. Die Darstellung des Klägers, er sei "*im hier interessierenden Zeitraum von Februar und März 2003*", mithin während der gesamten verbliebenen Dauer des Arbeitsvertrags, auf Stellensuche gewesen, ist ebenfalls unbestritten geblieben. Auf die entsprechende Rüge ist wegen des Novenverbots nicht einzutreten.

- c) Das tatsächliche Verhalten des Klägers wäre nur dann rechtserheblich, wenn er die einschlägigen Kontrollvorschriften von Gesetz und Verord-

nung der Arbeitslosenversicherung nicht eingehalten und damit in offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Weise (Art. 2 Abs. 2 ZGB) einerseits Arbeitslosenentschädigung bezogen und andererseits sich - trotz tatsächlich genossener Ferien-Freizeit - das Ferienguthaben hätte auszahlen lassen wollen. Ein derartiges rechtsmissbräuchliches Verhalten wurde im Verfahren vor Vorinstanz nicht behauptet, weshalb auf die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin wegen des im Kassationsverfahren geltenden Novenverbots erneut nicht einzutreten ist. Die Beklagte und Beschwerdeführerin hätte vor Vorinstanz den Beizug der Akten der Arbeitslosenversicherung beantragen können, wenn sie die Verletzung der Kontrollvorschriften hätte geltend machen wollen. In solchen Fällen sind die Organe der Arbeitslosenversicherung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG verpflichtet, eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu verfügen, die bis zu sechzig Tagen betragen kann (Art. 30 Abs. 3 AVIG).

- d) Während die Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 ff. AVIG die Lohnforderungen der versicherten Person vor Konkurs deckt, gewährt Art. 29 Abs. 1 AVIG dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Taggeldleistungen für Lohnansprüche während der Kündigungsfrist, die nach Eröffnung des Konkurses liegen (Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 2. A. 1998, S. 73 f.). Das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung eines Anspruchs auf Insolvenzenschädigung von demjenigen auf Arbeitslosenentschädigung ist dabei, ob ein Versicherter in der fraglichen Zeit der *Vermittlung zur Verfügung stehen* und die *Kontrollvorschriften erfüllen konnte* (BGE 111 V 270 E. 1b), was - wie im vorliegenden Fall - zutrifft, wenn der Versicherte von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt ist. Art. 29 AVIG kann daher durchaus auch zur Anwendung gelangen, wenn nicht die Konkursverwaltung, sondern der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer noch kurz vor Konkurseröffnung unter Freistellung gekündigt hat. Die Sonderregelung des Art. 29 Abs. 1 AVIG greift in

Zweifelsfällen, wenn die Anspruchsberechtigung von versicherten Personen nicht eindeutig feststeht, um diese trotzdem in den Genuss von Versicherungsleistungen gelangen zu lassen (Stauffer, a.a.O., S. 72). Wenn der Kläger in der Replik aussagte, "*theoretisch hätte ich auch erst im April stempeln und davor die Ferien beziehen können, aber das weiss ich jetzt erst im Nachhinein*", so brachte er genau die Sachlage des wegen ungenügender Zahlungsfähigkeit der Arbeitgeberin entlassenen freigestellten Arbeitnehmers zum Ausdruck, entweder die Ferien zu beziehen, mit dem Risiko, während dieser Zeit kein Einkommen zu erzielen, oder darauf zu verzichten und durch sofortige intensive Stellensuche möglichst ein Einkommen zu sichern. Diese Sachlage hat der Gesetzgeber mit der Regelung des Art. 29 AVIG einer angemessenen Lösung zugeführt, indem der drohende Verlust des Einkommens und des Ferienguthabens wenigstens im Umfange der Arbeitslosenentschädigung kompensiert werden. Da die Arbeitslosenkasse gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG in die Ansprüche aus Arbeitsvertrag subrogiert, ist eine Bereicherung des versicherten Arbeitnehmers ausgeschlossen. Der Kläger war berechtigt, diese Rechtswohltat ab dem ersten Tag seiner Arbeitslosigkeit zu beanspruchen, was er denn auch tat. Die Einwendung der Beschwerdeführerin, wonach die Stellensuche den Ferienbezug realistischerweise nicht "*monatelang*" auszuschliessen vermöge, ist hier nicht relevant, weil die Ferienanspruchsregel des Art. 27 Abs. 1 AVIV zwingend zur Anwendung gelangte.

- e) Die Unterscheidung zwischen dem zufolge einer ordentlichen Kündigung der Arbeitgeberin und "*aufrechtstehenden Schuldnerin*" (vgl. act. 1 S. 6 Ziff. 8) freigestellten Arbeitnehmer einerseits und einem von einer zufolge Konkurses oder aus anderen Gründen zahlungsunfähigen Arbeitgeberin gekündigten und freigestellten Arbeitnehmer andererseits ist mithin sachlich gerechtfertigt. Die Nichtanwendung der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Realisierung des Ferienguthabens des gekündigten, freigestellten Klägers stellt im vorliegenden Fall keine unrichtige rechtliche Beurteilung des Sachver-

halts dar, weil das zusätzliche Tatbestandselement der Lohngefährdung i.S. von Art. 29 Abs. 1 AVIG die Rechtsfolge des Art. 17 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 AVIV zeitigt. Der während der ersten sechzig Tage der kontrollierten Arbeitslosigkeit zwecks Erhaltung der Vermittlungsfähigkeit von Gesetzes wegen aufgeschobene Ferienbezug schloss den realen Bezug des Ferienanspruchs aus Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der zweimonatigen Kündigungsfrist aus. Die Vorinstanz verletzte daher kein klares materielles Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO, wenn sie die eingeklagte Kollokation des Ferienguthabens guthiess.

5. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Die Verfahrenskosten fallen zufolge Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 343 Abs. 3 OR) ausser Ansatz. Mangels nennenswerter Umtriebe hat die Beklagte und Beschwerdeführerin dem Kläger und Beschwerdegegner keine Umtriebsentschädigung zu zahlen.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
3. Dem Kläger und Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:
 - den Vertreter der Beschwerdeführerin,
 - den Beschwerdegegner,
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. V. Girsberger

versandt am: