S. 441 / Nr. 76 Obligationenrecht (d)

BGE 78 II 441

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1952 i. S. Modern A.-G. gegen Meyer.

Regeste:
Dienstvertrag.
Entlassung aus wichtigen Gründen. Rechtsnatur des Anspruchs des zu Unrecht Entlassenen.
Contrat de travail.
Résiliation pour de justes motifs. Nature juridique de la prétention de celui qui a été congédié sans droit.
Contratto di lavoro.
Resiliazione per cause gravi. Natura giuridica della pretesa di chi è stato licenziato a torto.

6.- ... a) Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts hatte der ohne wichtige Grund entlassene Dienstpflichtige keinen Erfüllungsanspruch, sondern vielmehr bloss einen Schadenersatzanspruch in der Höhe des Erfüllungsinteresses. Denn - so wurde gesagt - durch sein Vorgehen habe der Dienstherr das Dienstverhältnis tatsächlich aufgehoben, ohne dass die Möglichkeit bestünde, es wieder aufleben zu lassen. Bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs des Entlassenen sei nach den Grundsätzen über die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97 ff. OR) auch ein allfälliges Mitverschulden des Dienstpflichtigen (Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 43/44 OR) zu berücksichtigen, und ferner habe sich dieser in analoger Anwendung von Art. 332 OR den anderweitig erworbenen oder versäumten Verdienst anrechnen zu lassen (BGE 49 II 349).
In der Folge gab das Bundesgericht jedoch diese Betrachtungsweise auf und nahm gestützt auf die

Seite: 442
Entstehungsgeschichte von Art. 332 OR an, dem ohne wichtigen Grund Entlassenen stehe wegen Annahmeverzugs des Dienstherrn nicht nur ein Schadenersatz-, sondern ein Lohnanspruch zu. Infolgedessen seien die allgemeinen Bestimmungen über die Nichterfüllung nicht anwendbar und eine Reduktion des Anspruchs wegen Mitverschuldens des Entlassenen falle nicht in Betracht. Eine Herabsetzung könne einzig auf dem Wege der in Art. 332 OR vorgesehenen Anrechnung anderweitig erworbenen oder versäumten Verdienstes erfolgen (BGE 53 il 249).
In einem späteren Entscheid (BGE 57 II 186) wurde die Frage der Rechtsnatur des Anspruches des zu Unrecht Entlassenen offen gelassen, da das Ergebnis dasselbe sei. Denn auch wenn es sich dabei um einen Lohnanspruch handle, sei ein allfälliges Mit verschulden des Dienstpflichtigen als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen. Die Nichterwähnung dieser Reduktionsmöglichkeit in Art. 332 OR beruhe auf einem Versehen des Gesetzgebers, das durch analoge Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR zu belieben sei (vgl. im gleichen Sinne die beiden nicht veröffentlichten Urteile vom 2:3. September 1931 i.S. S.A. Les Maître. d'Architecture e. Schmidt und vom 19. Januar 1932 i.S. Honegger & Cie. e. Dreiftiss: die spätere Praxis weist gewisse Schwankungen auf, siehe etwa die nicht veröffentlichten Entscheide der i. Zivilabteilung i.S. Adler S.A. c. Adler vom 21. März 1950, Erw. 3 d, VOP-Stadtplan A.-G. e. Fehlmann vom 20. Februar 1951, Erw. 2 am Ende, Zweifel e. Busch vom 26. Juni 1951, Erw. 3, Chardon und Abriel c. Jeanrenaud vom 6. November 1950, sowie Schuberth e. Castan vom 16. Oktober 1951, Erw. 4).
b) Bei neuer Prüfung des Problems ist vorweg festzuhalten, dass die grundlose sofortige Entlassung das Dienstverhältnis rechtlich nicht beendigt; dieses bleibt vielmehr bestehen. Es wird lediglich seine normale Weiterführung, die in der Leistung von Arbeit durch den Dienstpflichtigen und in der Lohnzahlung durch den Dienstherrn zu bestehen hätte, durch das Verhalten des Dienstherrn

Seite: 443
verunmöglicht. Dadurch, dass dieser dem Dienstpflichtigen die Gelegenheit entzieht, durch Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Arbeitsleistung die Voraussetzungen für die Entstehung seines Lohnanspruches zu schaffen, versetzt er sich in Annahmeverzug mit der Folge, dass bei vergeblichem Leistungsangebot des vorleistungspflichtigen Arbeitnehmers auch die Gegenleistung fällig wird. Da aber der Lohn die Vergütung für geleistete Arbeit darstellt und ein Lohn ohne Arbeit begrifflich nicht denkbar ist, müsste streng genommen an Stelle des Lohnanspruchs ein solcher auf Ersatz desjenigen treten, was der Dienstpflichtige bei Erfüllung des Dienstvertrages verdient hätte, d.h. der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, also ein Schadenersatzanspruch. Allein das Gesetz regelt die Folgen des Annahmeverzuges des Dienstherrn anders, indem es in Art. 332 OR dem

Dienstpflichtigen ausdrücklich einen Lohnanspruch zubilligt und ihn der Pflicht zur nachträglichen Erbringung seiner Arbeitsleistung enthebt. Das Gesetz will also den Dienstpflichtigen grundsätzlich so stellen, wie wenn er die ihm obliegende Vertragsleistung erbracht hätte; es wird die Fiktion der Erfüllung des Dienstvertrages seitens des Dienstpflichtigen aufgestellt. Diese Lösung ist vom Gesetzgeber bei der Revision des Gesetzes im Jahre 1911 in Anlehnung an die Regelung des deutschen Rechts, § 615 BGB, bewusst und absichtlich so getroffen worden. Wie nämlich die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zeigt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 1. Juni 1909, BBl. 1909 III S. 747), wollte man mit der gewählten Lösung den Dienstpflichtigen besser stellen als dies bei einem blossen Schadenersatzanspruch der Fall gewesen wäre. Denn die Zubilligung eines Lohnanspruchs hat zur Folge, dass der grundlos Entlassene im Konkurs des Dienstherrn für seinen Anspruch das Lohnprivileg nach Art. 219 SchKG beanspruchen kann. Besser gestellt ist er aber auch insofern, als er vom Nachweis eines Schadens befreit ist, den er bei einem Schadenersatzanspruch zu erbringen hätte.

Seite: 444
c) Nach dem klaren Wortlaut von Art. 332 OR hat somit der zu Unrecht Entlassene einen Lohnanspruch. Dieser versieht aber seinem Wesen nach die Funktion eines Schadenersatzanspruchs. Das kommt zum Ausdruck in der Vorschrift, dass der Entlassene sich anrechnen lassen muss, was er an Auslagen erspart, anderweitig erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Er soll also, entsprechend dem obersten Grundsatz des Schadenersatzrechts, nicht mehr erhalten, als er bei ordnungsgemässer Abwicklung des Dienstverhältnisses bekommen hätte. Doch wirkt sich auch hier die vom Gesetzgeber verfolgte Schutztendenz zu Gunsten des Entlassenen aus, indem grundsätzlich der Dienstherr die Voraussetzungen für eine Reduktion des Lohnanspruches (anderweitigen Verdienst oder Versäumung eines solchen) nachzuweisen hat. Immerhin drängt sich hinsichtlich der Beweislast eine Annäherung an die Ordnung des Schadenersatzrechts insofern auf, als der Tatsache Rechnung zu tragen ist, dass der Dienstherr sich in dieser die persönlichen Verhältnisse des Entlassenen betreffenden Frage in einem gewissen Beweisnotstand befindet. Er genügt daher in der Regel seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, dass im betreffenden Beruf allgemein Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, so dass der Entlassene bei gutem Willen mit grosser Wahrscheinlichkeit eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können. Diesfalls hat dann der Entlassene darzutun, Mass besondere Schwierigkeiten ihm das Auffinden einer andern Stelle verunmöglichten.
Der Schadenersatzfunktion des Anspruches aus Art. 332 OR entspricht es auch, bei allfälligen Mitverschuldens Dienstpflichtigen an der Entlassung eine Herabsetzung seiner Forderung eintreten zu lassen. Dass Art.:132 OR die Berücksichtigung eines solchen Mitverschuldens nicht erwähnt, ist nach den zutreffenden Ausführungen in BGE 57 II 186 einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers zuzuschreiben, das durch analoge Anwendung von Art. 44 OR zu berichtigen ist