

www.schkg260-praxis.ch

BGE 133 III 377 = Entscheid 4C.324/2006 vom 29. März 2007

Pra 2008 Nr. 17

Die Praxis

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes
für Menschenrechte

ISSN 1017-8147 – Erscheint 12 x jährlich

www.pra.ch

www.legalis.ch

Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, 4051 Basel

Der Helbing Lichtenhahn Verlag hat die Veröffentlichung der Übersetzung auf www.pauliana-praxis.ch genehmigt. Alle Rechte verbleiben beim Helbing Lichtenhahn Verlag.

zeichnis hätte jedoch die Berufungsklägerin binden können. Das Recht der Letzteren, die Lastenverzeichnisse vom 8. Januar 2004 anzufechten, kann demnach aus diesem Grunde nicht als verwirkt betrachtet werden.

6.3 Aus den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils geht weder hervor, dass die Liquidatoren die Mietzinse von der Bestätigung des Nachlassvertrages an eingezogen hätten, noch, welcher Betrag unter diesem Titel im Inventar aufgeführt wäre (Art. 33 KOV; Form. 3 b K), noch, welcher Betrag verteilt worden wäre und aufgrund welcher Verteilungsliste sie zu dieser Verteilung geschritten wären. Es ist ausschliesslich von «durch das Betreibungsamt und den Schuldner vorgenommenen Zahlungen» an die Verkäuferin die Rede. Das Bundesgericht ist daher nicht in der Lage, über das Schicksal der streitigen Mietzinse, die zwischen der Bestätigung des Nachlassvertrages am 13. Oktober 1994 und der Verwertung der Grundstücke am 22. Januar 2004 fällig geworden sind, zu entscheiden. Die Sache ist deshalb zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).

Es wird Sache des kantonalen Gerichts sein zu bestimmen, welche Monatsbetroffnisse nach der Bestätigung des Nachlassvertrages am 13. Oktober 1994 vom Betreibungsamt vereinnahmt worden sind, aufgrund welcher Verteilungsliste der Pfandgläubigerin im zweiten Rang der Vorzug gegeben wurde (Form. VZG 17), ob diese rechtskräftig geworden ist oder nicht, und demnach, ob die Berufungsklägerin noch berechtigt ist oder nicht, die Verteilungsliste im Rahmen des vorliegenden Verfahrens anzufechten.

Es wird ihm in der Folge obliegen, abzuklären, welche Monatsbetroffnisse tatsächlich durch die Liquidatoren eingezogen worden sind, und die Lastenverzeichnisse der Grundstücke vom 8. Januar 2004 in dem Sinne abzuändern, dass die Forderung der Berufungsklägerin durch das Grundstück und durch die im Inventar erwähnten und im Formular 3 b K aufgeführten Mietzinse gesichert ist («Pfandgegenstand» des Form. VZG 9 a K).

7.–8. [...]

Nr. 17 Bundesgericht, I. Zivilabteilung
Urteil vom 29. März 2007 i.S. A. SA in Liquidation, vertreten durch die Eidgenössische Bankenkommission als Liquidatorin, c. B. (4C.324/2006)

Übersetzt von REMO BORNATICO

(Originaltext italienisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 133 III 377.)

Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis mit einem Streitwert unter CHF 30 000.-; Auswirkungen des Konkurses des Arbeitgebers auf das Gerichtsverfahren (Art. 343 Abs. 2 OR; Art. 207 Abs. 1 SchKG). *Auswirkung der Konkurseröffnung auf die hängigen Zivilprozesse: im Allgemeinen (E. 5) und im Besonderen auf «dringliche» Fälle i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG (E. 6). Kriterien zur Beurteilung der Dringlichkeit (E. 7.1). Prozesse, die Lohnforderungen betreffen, werden nach Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt, unabhängig von der Art des Verfahrens (ordentlich oder summarisch), dem sie unterworfen sind (E. 7.2). Wirkungen eines während der Zeitspanne der zwingenden Einstellung ergangenen Urteils (E. 8).*

Sachverhalt:

B. wurde per 1. April 2006 von der A. SA angestellt.

Im Mai 2006 hat die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) die Rechtsanwälte C. und D. als Beauftragte für die Untersuchung über die A. SA i.S.v. Art. 23^{quater} des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) ernannt und in das Handelsregister eingetragen.

Im Verlaufe der Untersuchung hat B. am 31. Juli 2006 gekündigt.

Am 8. August 2006 hat er gegen die A. SA beim Einzelrichter des Bezirks Lugano, Abteilung 1, Klage auf Bezahlung von CHF 13 500.-, entsprechend dem Lohn für den Monat August 2006 und dem Saldo der fälligen und nicht bezogenen Ferien, nebst Zinsen erhoben.

Zufolge des Entscheides der EBK (Art. 33 BankG) ist am 25. August 2006 der Konkurs über die A. SA eröffnet worden.

Am 29. August 2006 hat die EBK mündlich den Einzelrichter über den Konkurs der Gesellschaft informiert, welcher dann am 1. September auf der Webseite der Eidgenössischen Bankenkommission und am 6. September 2006 im SHAB publiziert worden ist.

Am 30. August 2006 fand die Hauptverhandlung in dem von B. eingeleiteten Verfahren statt, an der nur der Kläger teilnahm.

Mit auch der EBK zugestelltem Urteil vom 1. September 2006 hat der Einzelrichter unter der Annahme, dass das Verfahren nicht gemäss Art. 207 SchKG einzustellen sei, da es sich um ein «rasches Verfahren» handle, die von B. erhobene Klage gutgeheissen; er hielt dafür, die Forderung sei durch die Akten ausgewiesen und von der Gegenpartei, die zur Hauptverhandlung, die tags zuvor stattgefunden hatte, nicht erschienen war, nicht bestritten. Die A. SA in Konkurs wurde daher zur Bezahlung von CHF 13 500.- zuzüglich Zinsen von 5% ab 24. Juli 2006 verurteilt.

Die gegen diesen Entscheid von der A. SA in Liquidation, vertreten durch die Liquidatorin, die EBK, rechtzeitig eingereichte Berufung wurde am 14. September 2006 abgewiesen.

Die II. Zivilkammer des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin hat in erster Linie festgehalten, dass im zu prüfenden Fall die Frage, ob das Verfahren dringlicher Art sei, offen gelassen werden könne. Selbst wenn man annehmen würde, dass es nicht dringlicher Art sei und daher der Einstellung aufgrund von Art. 207 SchKG unterliege, habe die Rechtsprechung schon entschieden, dass das vom Einzelrichter während der Zeit der wegen des Konkurses obligatorischen Einstellung des Prozesses gefällte Urteil in keinem Fall nichtig oder anfechtbar ist, weil kein nicht wieder gut zu machender Nachteil gegeben sei.

Die Richter des höchsten kantonalen Gerichtes haben des Weiteren die von der Berufungsklägerin bzw. deren Vertreterin erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs – weil sie sich an der Hauptverhandlung nicht habe äussern können beziehungsweise über keine Frist verfügt habe, um zu entscheiden, ob sie das Verfahren in deren Namen fortsetze, die Fortsetzung den Gläubigern abtrete oder die Forderung anerkenne – als offensichtlich unbegründet erklärt. Denn im Berufungsverfahren – so die Tessiner Richter – habe sie erklärt, den Einzelrichter mündlich über den Konkurs der Gesellschaft informiert zu haben, aber nicht geltend gemacht, die Einstellung des Verfahrens i.S.v. Art. 207 SchKG oder Art. 107 ZPO/TI beantragt, den Widerruf des den zwei Tessiner Anwälten anvertrauten Mandats als Untersuchungsbeauftragte mitgeteilt oder schliesslich um Verschiebung der für den nachfolgenden Tag vorgesehenen Hauptverhandlung ersucht zu haben. Unter diesen Umständen habe der Einzelrichter berechtigterweise annehmen dürfen, dass die Beklagte, vertreten durch die beiden Tessiner Anwälte oder durch die EBK, an der Hauptverhandlung teilnehmen werde und dass sie bei dieser Gelegenheit neben den Vorbringen in der Sache ihre allfälligen verfahrensmässigen Einwendungen in Bezug auf die Fortsetzung des Verfahrens vorbringen würde; indem sie nicht zur Hauptverhandlung erschienen sei, habe sie jedoch darauf verzichtet.

Gegen dieses Urteil ist die unterliegende Beklagte rechtzeitig mit eidgenössischer Berufung, die sie mit der Verletzung von Art. 207 SchKG und Art. 26 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs der Banken (BKV; SR 952.812.32) begründete, an das Bundesgericht gelangt. Im Hauptantrag verlangt sie die Abänderung des angefochtenen Urteils in dem Sinne, dass die Berufung gutgeheissen, das Urteil des Einzelrichters aufgehoben und das Verfahren eingestellt werde, und eventualiter, dass in Abänderung des Urteils angeordnet werde, dass «die Beruungsfrist gegen das Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Lugano erst zu laufen beginnt, nachdem die Konkursliquidatorin darüber entschieden hat, ob sie den Prozess selber fortsetzen oder ob sie das Recht zur Prozessführung i.S.v. Art. 260 SchKG und Art. 26 BKV abtreten will».

Mit Antwort vom 12. Oktober 2006 hat B. die Abweisung des Rechtsmittels und die Bestätigung des kantonalen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht heisst die Berufung gut.

Aus den Erwägungen:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110; AS 2006 1205, 1241) in Kraft getreten. Da das vorliegend angefochtene Urteil vor diesem Datum gefällt worden ist, bleibt das vorliegende Berufungsverfahren trotzdem vom OG geregelt (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Gemäss ihren Ausführungen in der Berufungsschrift ist die Beklagte der Ansicht, die kantonale Berufung sei aus zwei Gründen abgewiesen worden, nämlich in erster Linie, weil das vom Einzelrichter in der Sache gefällte Urteil ihr keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zufügen würde, und zweitens, weil sie es unterlassen habe, anlässlich der vom Einzelrichter angeordneten Verhandlung Verfahrensanhträge zu stellen.

Dem ist nicht so. Abgesehen von der Frage, ob das Verfahren eingestellt werden musste oder nicht, haben die Richter der höchsten Tessiner Instanz vorliegend die Tatsache für entscheidend gehalten, dass die Vertreterin der Beklagten mit dem Einzelrichter vor der zur Diskussion stehenden Verhandlung Kontakt aufgenommen und diesen mündlich über den Konkurs informiert hat, ohne dass sie die Einstellung des Verfahrens i.S.v. Art. 207 SchKG oder gestützt auf Art. 107 ZPO/TI verlangt, den Widerruf des den zwei Tessiner Anwälten erteilten Untersuchungsauftrages mitgeteilt und die Verschiebung der zur Diskussion stehenden Verhandlung beantragt hätte. Unter diesen Umständen schlossen sich die kantonalen Richter dem Entscheid des Einzelrichters an, die Abwesenheit der Vertreter der Beklagten an der Verhandlung als Verzicht auf Stellung von verfahrensmässigen Einwänden in Bezug auf die Fortsetzung des Verfahrens und auf Bestreitung der klägerischen Forderung interpretieren zu können. Deshalb wurde die Berufung abgewiesen und der Entscheid des Einzelrichters auch in der Sache im Wesentlichen bestätigt, mit der – von der Beklagten richtig festgestellten – Konsequenz, dass die Konkursmasse als Empfängerin des erstinstanzlichen Entscheides sich den Entscheid des Einzelrichters entgegenhalten lassen müsse und die Forderung des Klägers ohne Möglichkeit eines Widerspruchs in den Kollokationsplan aufzunehmen habe.

3.

Unter Berücksichtigung des soeben Dargelegten stellt das angefochtene Urteil – es ist vom höchsten Tessiner Gericht in einem Zivilverfahren mit vermögensrechtlicher Natur gefällt worden, dessen Streitwert vor der letzten kantonalen Instanz höher als CHF 8000.– (Art. 46 OG) war – einen Endentscheid i.S.v. Art. 48 Abs. 1 OG dar (vgl. BGE 128 III 250 E. 1 b m.Hinw.), der vor dem Bundesgericht mit einer auf der Verletzung von Bundesrecht gestützten Berufung angefochten werden kann (Art. 43 OG).

4.

In der Berufung wird der kantonale Entscheid deswegen gerügt, weil er die unterbliebene Teilnahme der Konkursliquidatorin an der Hauptverhandlung vom 30. August 2006 sanktioniert. Letztere legt dar, dass sie das Verfahren für i.S.v. Art. 207 SchKG von Gesetzes wegen als eingestellt erachtet habe, ohne dass es nötig gewesen wäre, einen ausdrücklichen Antrag in diesem Sinne zu stellen, wie dies irrtümlicherweise von den Tessiner Richtern behauptet werde. Wie immer es sich damit verhalte – der Einzelrichter habe die Frage der Einstellung des Verfahrens aufgrund von Art. 207 SchKG geprüft und sie mit seinem Entscheid, das Verfahren nicht einzustellen und die Klage gutzuheissen, gezwungen, gegen das Urteil die Berufung zu erklären, um die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zu wahren. Denn Art. 26 BKV sehe im Fall, in dem die Konkursliquidatorin darauf verzichtet, das Verfahren fortzusetzen, die Notwendigkeit vor, den Gläubigern die Möglichkeit einzuräumen, die Abtretung des Rechts i.S.v. Art. 260 SchKG zu verlangen. Die höchste Tessiner Instanz habe daher Bundesrecht verletzt, indem sie es unterlassen habe, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben, damit das Verfahren aufgrund von Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt werde, oder die Frist zur Einreichung der Berufung als sistiert zu anerkennen.

5.

Es sind kurz die Wirkungen der Konkurseröffnung auf hängige Zivilverfahren in Erinnerung zu rufen.

5.1 Mit der Konkurseröffnung verliert der Schuldner das Recht, über zur Konkursmasse gehörende Vermögensstücke zu verfügen (Art. 204 SchKG), und eine der Konsequenzen seiner Verfügungsunfähigkeit ist die Einstellung gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG der Zivilfälle, in denen er Partei ist und welche die Zusammensetzung der Masse beeinflussen (BGE 118 III 40 E. 4 = Pra 84 Nr. 47), in dem Sinne, dass sie die Passiven erhöhen oder die Aktiven vermindern können (SchKG-WOHLFART, N 15 zu Art. 207; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 40 N 17 f. S. 126).

Die Einstellung erfolgt von Gesetzes wegen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (Art. 175 SchKG) und nicht erst nach seiner Publikation (BGE 118 III 40 E. 5b = Pra 84 Nr. 47). Ausserdem ist der Richter gehalten, das Verfahren von Amtes wegen einzustellen, sobald er vom Konkurs Kenntnis hat (BGE 132 III 89 E. 2 S. 95).

Die eingestellten Verfahren können im Fall des ordentlichen Konkursverfahrens frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung und im summarischen Konkursverfahren frühestens zwanzig Tage nach der Auflage des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden (Art. 207 Abs. 1 SchKG).

5.2 Die Einstellung hat den Zweck, der Gläubigerversammlung und den Gläubigern, die die Abtretung der Forderungen, auf welche die Masse verzichtet hat, verlangen können (Art. 260 Abs. 1 SchKG), die nötige Zeit einzuräumen, um sich über die Fortsetzung der den Schuldner betreffenden Prozesse schlüssig zu werden. Im ordentlichen Verfahren ist dieser Entscheid nicht vor der zweiten Gläubigerversammlung möglich, weil im Zeitpunkt der ersten Versammlung die Frist für die Eingabe der Forderungen noch nicht abgelaufen ist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 und Ziff. 5 SchKG; SchKG-WOHLFART, N 15 zu Art. 207; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 40 N 19 S. 127).

5.2.1 Während der Zeit der Einstellung werden die Forderungen, die Gegenstand der hängigen Verfahren sind, im Kollokationsplan pro memoria eingetragen, ohne Gegenstand eines besonderen Entscheides der Konkursverwaltung zu sein (Art. 63 Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, KOV; SR 281.32).

Wenn der Prozess weder von der Masse noch von einem der Gläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG fortgeführt wird, gilt die Forderung als anerkannt (Art. 63 Abs. 2 KOV; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 40 N 20 S. 128 f.).

Wird hingegen der Prozess fortgeführt, wird die Forderung – je nach Ausgang des Verfahrens – im Kollokationsplan gestrichen oder definitiv kolloziert, ohne dass die Gläubiger irgend ein Recht haben, diesbezüglich Einwendungen zu erheben (Art. 63 Abs. 23 KOV). Auf diese Weise verwandelt sich der hängige Prozess automatisch in einen Kollokationsprozess, ohne dass der Abtretungsgläubiger den Prozess von neuem anfangen muss (BGE 132 III 89 E. 1.4 S. 93 m.Hinw.).

5.2.2 Wenn, wie im vorliegenden Fall, der Konkurs zufolge eines Entscheides der Eidgenössischen Bankenkommision gemäss Art. 33 ff. BankG eröffnet wird, enthält Art. 26 BKV analoge Bestimmungen wie die soeben beschriebenen.

Der erste Absatz bestimmt nämlich, dass die Forderungen, die Gegenstand von bereits bei einer gerichtlichen Behörde hängiger Prozesse (Zivilprozesse oder Verwaltungsverfahren) sind, im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in der Schweiz im Kollokationsplan zunächst pro memoria vorgemerkt werden. Gemäss Absatz 2 räumt der Konkursliquidator den Gläubigern die Möglichkeit ein, die Abtretung des Rechtes i.S.v. Art. 260 Abs. 1 SchKG zu verlangen, wenn er auf die Fortführung des Prozesses verzichtet; eine Gläubigerversammlung findet nur statt, wenn es der Liquidator als angezeigt erachtet (Art. 35 Abs. 1 BankG). Schliesslich sieht Absatz 3 vor, dass die Forderung als anerkannt gilt und die Gläubiger kein Recht mehr haben, sie anzufechten, wenn das Verfahren weder von der Konkursmasse noch von einzelnen Abtretungsgläubigern fortgeführt wird.

6.

Vom allgemeinen Grundsatz der Einstellung nicht erfasst sind die Fälle ohne Einfluss auf die Zusammensetzung der Masse beziehungsweise jene, die höchstpersönliche Rechte des Schuldners oder vom Konkurs ausgeschlossene Vermögenswerte betreffen (vgl. SchKG-WOHLFART, N 33 zu Art. 207), die in Art. 207 Abs. 4 SchKG – nicht abschliessend (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite*, Art. 159–270, Lausanne 2001, N 43 zu Art. 207 SchKG) – aufgezählten (Entschädigungsklagen wegen Ehr- und Körperverletzungen oder familienrechtliche Prozesse) sowie die dringlichen Fälle i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG.

6.1 Der Ausschluss der Einstellung bedeutet dennoch nicht, dass in diesen i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG «dringlichen» Fällen der Prozess gegen den Schuldner mit Wirkung auch gegenüber der Konkursmasse einfach fortgesetzt und zu Ende geführt wird.

Es bedeutet vielmehr, dass die Masse schneller dazu aufgerufen werden wird, darüber zu entscheiden, ob sie die Forderung anerkennen oder den Prozess fortsetzen will – entweder anlässlich der ersten Gläubigerversammlung (vgl. Art. 238 SchKG) oder, wenn diese nicht einberufen wird, durch die Konkursverwaltung (BGE 54 I 254 E. 2c S. 265 = Pra 17 Nr. 169; SchKG-WOHLFART, N 33 ff. zu Art. 207; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 40 N 24 S. 131 und N 26 S. 132; MAX GULDENER, *Schweizerisches Prozessrecht*, Zürich 1979, S. 276 Fn. 57; CLAUDE SANDOZ, *De l'effet de la faillite sur les procès du débiteur*, Lausanne 1938, S. 52).

6.2 Dies führt zu einer ersten Schlussfolgerung, dass nämlich, wenn auch der zu prüfende – ohne Zweifel zur Beeinflussung der Masse geeignete – Fall unter die gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG dringenden fiele, wie dies die erste Instanz angenommen hat, das Appellationsgericht in jedem Fall Bundesrecht verletzt hat, indem es das Vorgehen des Einzelrichters schützte, der trotz der Benachrichtigung über den Konkurs den Prozess zu Ende geführt und in der Streitsache mit Wirkungen gegenüber der Konkursmasse materiell entschieden hat.

Unter Berücksichtigung des oben Dargelegten hätte der Richter zunächst die Parteien über die Fortsetzung des – als dringend i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG betrachteten – Prozesses informieren und die Konkursmasse formell einladen müssen, sich darüber auszusprechen, ob sie die klägerische Forderung anerkenne oder statt dessen das Verfahren fortzuführen beabsichtige, beziehungsweise hätte er sie benachrichtigen müssen, dass, falls sie nicht zur Wahrung der eigenen Interessen an der angesetzten Hauptverhandlung teilnehmen würde, das Verfahren weitergeführt und in ein für sie verbindliches Urteil münden werde (BGE 54 I 254 E. 2d S. 269 = Pra 17 Nr. 169).

Gewiss nicht in diesem Sinne verstanden werden kann das Telefongespräch, das am Tag vor der Hauptverhandlung zwischen der Liquidatorin und dem Ein-

zelrichter stattgefunden hat, in welchem sich die Liquidatorin nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Art. 55 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 2 OG) darauf beschränkt hat, die Konkursöffnung mitzuteilen, ohne sich auf irgendeine Weise über die Einstellung oder materiell über die dem Einzelrichter zum Entscheid vorgelegene Streitsache zu äussern. Aufgrund dieser Mitteilung konnte der Einzelrichter, entgegen den Annahmen im angefochtenen Urteil, nicht berechtigterweise davon ausgehen, dass die Beklagte an der Verhandlung teilnehmen werde, und die Abwesenheit eines Vertreters als Verzicht darauf, sich der Fortsetzung des Prozesses zu widersetzen und die klägerische Forderung zu bestreiten, interpretieren. Wenn schon ist es wahrscheinlich, dass die Liquidatorin überzeugt gewesen ist, dass die Meldung der Konkursöffnung – diese sollte nur einige Tage später publiziert zu werden – die unverzügliche Einstellung des Falles aufgrund von Art. 207 Abs. 1 SchKG nach sich ziehen würde.

6.3 Der Einzelrichter hat daher Bundesrecht verletzt, indem er im Rahmen des von B. gegen seine ehemalige Arbeitgeberin A. SA eingeleiteten Verfahrens ein die Konkursmasse verpflichtendes Urteil gefällt hat, ohne der Konkursmasse die Gelegenheit eingeräumt zu haben, zu entscheiden, ob sie die klägerische Forderung anerkennen oder in den als i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG als dringlich zu betrachtenden Prozess eintreten wolle.

Der Entscheid des Tessiner Gerichtes, ein solches Urteil zu bestätigen und demzufolge die Berufung abzuweisen, muss daher aufgehoben werden.

7.

Es ist nun auf die Wirkungen dieser Aufhebung einzugehen. In ihrer Berufung stellt die Beklagte den Hauptantrag, das angefochtene Urteil sei in Gutheissung der Berufung in dem Sinne aufzuheben, dass das einzelrichterliche Urteil aufgehoben wird, weil es in der Zeit, als der Prozess zwingend einzustellen gewesen wäre, gefällt worden sei. Eventualiter verlangt sie, dass zumindest die Frist für die Berufungserklärung bis zum Entscheid der Konkursliquidatorin darüber, ob das Verfahren fortzuführen sei, oder bis zur erfolgten Abtretung des Rechts an einen Gläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG, ausgesetzt werde.

Die Antwort auf diese Frage verlangt, dass über die «dringende» Natur i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG des zu prüfenden Falles, der eine sich aus Arbeitsvertrag ergebende Streitigkeit mit einem Streitwert von weniger als CHF 30 000.– betrifft und als solcher dem in Art. 343 OR und Art. 416 f. ZPO/TI vorgesehenen einfachen und raschen Verfahren unterliegt, entschieden wird.

7.1 Es gibt keine klare und eindeutige Definition der «Dringlichkeit» i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG.

Die Lehre stimmt wenigstens dahingehend überein, dass sie Prozesse als dringend betrachtet, die wegen der Natur des Streitgegenstandes beziehungsweise des Streitgegenstandes nicht bis zur zweiten Gläubigerversammlung eingestellt bleiben können und unabhängig von den Vorschriften des Konkursverfahrens

eine schnelle Erledigung erfordern. Unter diese fallen beispielsweise die Ausweisungsverfahren (vgl. auch das unveröffentlichte Urteil des Bundesgerichtes vom 5. August 2005 im Fall 4C.129/2005 E. 4), die sofort feststellbare Sachverhalte betreffenden summarischen Verfahren (Art. 488 a ZPO/TI) sowie die Streitigkeiten, die verderbliche Waren oder Leistungen, die während der Wartezeit unmöglich werden könnten, betreffen (SchKG-WOHLFART, N 35 zu Art. 207; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 40 N 23 S. 131; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bd. II, Art. 159–292, Zürich 1997/1999, N 11 zu Art. 207 SchKG; CLAUDE SANDOZ, a.a.O., S. 53; ERNEST BRAND, Faillite: Effets sur les procès civils en cours au moment de l'ouverture de la faillite, SJK 1002 1953, S. 5).

Als weiteres Kriterium zur Beurteilung der Dringlichkeit betrachtet ein Teil der Lehre auch die Verfahrensart, die den Prozess regelt, aus welchem Grund die Prozesse, die sich im summarischen oder beschleunigten Verfahren abwickeln, für dringend gehalten werden (SchKG-WOHLFART, N 35 zu Art. 207; KARL SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. Aufl., 2003, S. 93), zumindest jene, die vom SchKG geregelt werden und nicht mit der Konkursöffnung dahin gefallen sind (CLAUDE SANDOZ, a.a.O., S. 53; ERNEST BRAND, a.a.O., S. 5). Andere Autoren scheinen hingegen dieses Kriterium nicht als massgeblich zu betrachten (vgl. ausdrücklich PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, a.a.O., N 19 zu Art. 207 SchKG).

7.2 Letzterer Auffassung ist zu folgen. Die Dringlichkeit hängt vor allem von der Art des Streites und vom Streitgegenstand ab sowie vom Schaden, den das Zuwarten im konkreten Fall den Parteien oder auch nur einer von ihnen verursachen könnte (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N 13 zu Art. 207 SchKG), während die Art des Verfahrens, das auf den Fall anwendbar ist, eher ein nebensächliches Beurteilungselement darstellt.

Das bedeutet, dass dem Entscheid des Einzelrichters, die Dringlichkeit des ihm zur Beurteilung unterbreiteten Falles zu bejahen, weil dieser das Merkmal der «Raschheit» aufweist, nicht gefolgt werden kann. Nur die Tatsache, dass der zu prüfende Fall, weil er Lohnforderungen mit einem Streitwert von weniger als CHF 30 000.– zum Gegenstand hat, durch das einfache und rasche Verfahren geregelt ist (Art. 343 OR und Art. 416 f. ZPO/TI), genügt nicht, um ihn als dringend i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG zu betrachten. Anzumerken bleibt, dass die Ansprüche des Klägers – selbst wenn darüber schneller entschieden würde als über andere Gläubigeransprüche, welche geeignet sind, die Zusammensetzung der Masse zu beeinflussen – trotzdem grundsätzlich nicht vor den anderen Ansprüchen befriedigt würden, da in jedem Fall bis zur (eventuellen) Verteilung des aus der Liquidation der Masse erzielten Erlöses der Ausgang des Konkursverfahrens abgewartet werden muss.

Daraus ist zu schliessen, dass die Prozesse, die Lohnforderungen zum Gegenstand haben, gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG einzustellen sind, und zwar un-

abhängig davon, ob sie dem ordentlichen oder summarischen Verfahren unterliegen.

7.3 Das zu überprüfende Verfahren war demnach vom Zeitpunkt der Konkursöffnung – vom 25. August 2006 an – von Gesetzes wegen eingestellt (BGE 118 III 40 E. 5b = Pra 84 Nr. 47).

8.

Sowohl die Hauptverhandlung vom 30. August 2006 als auch das Urteil vom darauf folgenden Tag sind daher, wie von der Beklagten geltend gemacht, während der Dauer der zwingenden Einstellung aufgrund von Art. 207 Abs. 1 SchKG erfolgte Handlungen. Es stellt sich daher die Frage der Wirkungen eines während der Dauer der zwingenden Einstellung gefällten Urteils.

8.1 Gemäss einer nunmehr gefestigten Praxis ist das während der Dauer der Einstellung durch eine Behörde, der die Konkursöffnung nicht bekannt war, gefällte Urteil nicht ohne weiteres absolut nichtig (BGE 132 III 89 E. 2 m.Hinw.).

Über die Anfechtbarkeit eines solchen Urteils spricht sich die Lehre nicht einheitlich aus. Einige Autoren beschränken sich darauf, hervorzuheben, dass in jedem Fall die Berufungsfrist unterbrochen ist (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, a.a.O., N 37 zu Art. 207 SchKG; SchKG-WOHLFART, N 16 zu Art. 207).

Andere hingegen bemerken, dass ein den Konkursiten verpflichtendes Urteil jedenfalls der beim Verfahren abwesenden Konkursmasse gegenüber ohne Wirkung bleibe (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N 21 zu Art. 207 SchKG, für die die ohne die Teilnahme der Konkursverwaltung erfolgten Handlungen «unbeachtlich» sind; MAX GULDENER, a.a.O., S. 275 Fn. 57 m.Hinw. auf BGE 37 I 430 E. 2 S. 432; vgl. auch CLAUDE SANDOZ, a.a.O., S. 82 f., der jedoch auch von Nichtigkeit spricht). Mit anderen Worten wird dieses Urteil im Rahmen der laufenden Vollstreckung nicht berücksichtigt werden und die Forderungen, die Gegenstand des hängigen Verfahrens sind, werden so behandelt, wie wenn der Prozess nicht fortgeführt worden wäre (BGE 37 I 430 E. 2 S. 432 f.).

8.2 Der soeben beschriebene Sachverhalt unterscheidet sich indessen von dem vorliegend zu prüfenden in erster Linie deshalb, weil vorliegend der Richter, der entschieden hat, über die Konkursöffnung nicht in Unkenntnis war, sondern irrtümlicherweise dafür hielt, dass das Verfahren dringend sei, und in zweiter Linie deshalb, weil er nicht gegenüber der Konkursitin, sondern gegenüber der Konkursmasse, welcher er das Urteil zugestellt hat, entschieden hat. Nun hatte im Fall, in dem das Urteil der Konkursmasse gegenüber gefällt und/oder ihr zugestellt worden ist, das Bundesgericht schon die Gelegenheit zu befinden, dass die Masse es anfechten (BGE 54 I 254 E. 1 b S. 263 = Pra 17 Nr. 169) und

verlangen muss, dass dessen Unwirksamkeit ihr gegenüber festgestellt wird (zitiertes BGE E. 1e S. 270), ansonsten sie die Gefahr läuft, später die darin geschützte Forderung nicht mehr anfechten zu können (zitiertes BGE E. 1b S. 263; vgl. auch MAX GULDENER, a.a.O., S. 275 Fn. 57).

Dies hat die Liquidatorin der Beklagten vorliegend zu Recht getan.

9.

Das angefochtene Urteil ist demnach gemäss diesen Erwägungen im Sinne des Hauptantrags der Beklagten und Berufungsklägerin zu ändern.

Das vom Einzelrichter des Bezirks Lugano am 1. September 2006 gefällte Urteil ist aufzuheben aufgrund der Einstellung des Verfahrens i.S.v. Art. 207 Abs. 1 SchKG vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung beziehungsweise vom 25. August 2006 an und bis zur Entscheidung der Konkursliquidatorin darüber, ob das Verfahren weiterzuführen sei, oder gegebenenfalls bis zur erfolgten Abtretung der Forderung an einen Gläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG (Art. 26 BKV).

10. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]