Occorrerà pertanto ritenere, in via di massima, che ai fideiussori ed ai coobbligati solidali spetti il diritto a ricorrere contro il decreto che inizia la procedura e concede la moratoria: non altrimenti che « ai creditori pignoratizi interessati » di cui all'art. 32. Il decreto, ove l'autorità abbia pronunciato l'inizio della procedura e concessa la moratoria, dovrà quindi essere comunicato anche ai fideiussori e coobbligati solidali e il giorno della intimazione varrà come il termine a quo per ricorrere. Ma affinché l'autorità dei concordati sia in grado di procedere a questa comunicazione occorrerà che gli eventuali fideiussori e coobbligati solidali le vengano indicati dal debitore istante nella sua domanda di moratoria. Se non l'ha fatto, l'autorità, prima di statuire, gli assegnerà un breve termine per farlo.

2° — Nel merito basta rilevare:

A stregua dell'art. 2 dell'ordinanza « la procedura del concordato ipotecario fa parte della procedura del concordato ordinario ». Nel caso in esame il debitore si è limitato a chiedere il concordato ipotecario allegando di aver concluso in precedenza un concordato estragiudiziale coi creditori chirografari, e l'autorità dei concordati gli ha concesso la proroga ed ha iniziato il procedimento ai soli « fini di un concordato ipotecario. » Questo modo di procedere è inammissibile. Secondo il concetto fondamentale che informa l'ordinanza, il concordato ipotecario non è che una modalità del concordato generale; esso richiede l'esame della situazione finanziaria del debitore nel suo insieme e tende ad una riduzione dei suoi debiti chirografari e garantiti da pegno immobiliare nella misura consentita dall'autorità in base alla legge. Il procedimento esige quindi l'allestimento di un inventario completo dei beni del debitore, la loro stima (art. 299 LEF), la diffida ai creditori chirografari per l'insinuazione dei crediti (art. 300 LEF) e, in genere, l'adempimento di tutte le condizioni previste dagli art. 293 e seg. LEF. L'omologa-

zione del concordato soggiace, oltrechè alle condizioni speciali previste dall'ordinanza (art. 41 e seg.), a quelle generali dell'art. 306 e non sarà conseguibile se le une e le altre non siansi avverate. Non è concepibile infatti come un concordato ipotecario possa combinarsi con un accomodamento privato relativo ai debiti correnti, che suppone l'adesione di tutti i creditori chirografari. Ora, l'unanimità delle adesioni non può ritenersi raggiunta finchè non è noto, se e per quali importi i creditori pignoratizi possano partecipare al concordato ordinario per la parte dei loro crediti rimasta scoperta a sensi dell'art. 6 dell'ordinanza.

L'istanza del debitore, limitata alla richiesta di un concordato ipotecario, era dunque improponibile in ordine e l'autorità dei concordati avrebbe dovuto respingerla senz'altro. Il ricorso deve quindi essere accolto, senza che sia necessario di esaminare se ricorrano gli estremi dell'art. 2 a e b dell'ordinanza.

La camera esecuzioni e fallimenti pronuncia:

Il ricorso è ammesso e vien annullato il decreto 11 marzo 1921 dall'autorità dei concordati del Cantone Ticino.

17. *Entscheid vom 6. Mai 1921 i. S. Bösch.*

HPfNV Art. 31: Nach Eröffnung des Konkurses ist die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens nicht mehr zulässig.

A. — Am 28. Februar eröffnete das Konkursgericht von Davos auf Begehren eines Gläubigers den Konkurs über den Rekurrenten J. Bösch, Eigentümer des Hotels Rhätischer Hof in Davos-Platz. Dieser erklärte am 6. März die Berufung an den Bezirksgerichtsausschuss Oberlandquart und reichte für den Fall der Abweisung

am 17. März das Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens unter Beilage eines Nachlassvertragsentwurfes ein.

B. — Der Bezirksgerichtsausschuss Oberlandquart hat am 4. April sowohl die Berufung gegen die Konkursöffnung als auch das Gesuch um Gewährung einer Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens abgewiesen, letzteres mit folgender Begründung: Die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens sei nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr zulässig; auch müsste der Nachlassvertragsentwurf gemäss Art. 317 SchKG zunächst von der Konkursverwaltung begutachtet und zudem könnte er so, wie vorgelegt, nicht gerichtlich bestätigt werden; endlich treffe den Rekurrenten ein erhebliches Selbstverschulden an seiner Zahlungsunfähigkeit.

C. — Gegen diesen Entscheid hat Bösch am 8. April den Rekurs an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage auf Gewährung einer Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Wie das Bundesgericht bereits ausgesprochen hat, ist nach Eröffnung des Konkurses die Gewährung einer Nachlassstundung unzulässig, und zwar auch solange die Frist zur Berufung gegen das Konkursöffnungserkenntnis noch nicht abgelaufen ist (BGE 30 I S. 849 ff Erw. 2, Sep.-Aug. 7 S. 419 ff. Erw. 2). Mit Recht hat daher die Vorinstanz das Gesuch des Rekurrenten insoweit abgewiesen, als es auf die Gewährung einer Nachlassstundung abzielte. Auch wenn es übrigens einem Schuldner, über den das Konkursgericht erster Instanz den Konkurs eröffnet hat, gelingen sollte, eine Nachlassstundung zu erwirken, so vermöchte dieser Umstand doch nicht zur Gutheissung seiner Berufung gegen das Konkursöffnungserkenntnis zu führen. Denn

die Wirkung der Nachlassstundung besteht gemäss Art. 297 SchKG nur darin, dass Betreibungen gegen den Schuldner nicht mehr angehoben und die bereits angehobenen nicht mehr fortgesetzt werden können; dagegen dürfen die bereits vorgenommenen Betreibungshandlungen nicht gestützt auf eine seither bewilligte Nachlassstundung nachträglich wieder rückgängig gemacht werden.

2. — Muss es sonach bei der Eröffnung des Konkurses über den Rekurrenten jedenfalls sein Bewenden haben, so erscheint die Einleitung des Pfandnachlassverfahrens deswegen doch nicht von vorneherein ausgeschlossen, weil es gemäss Art. 2 Abs. 2 HPfNV einen Bestandteil des allgemeinen Nachlassvertragsverfahrens bildet, der Abschluss eines Nachlassvertrages während des Konkurses aber durch Art. 317 SchKG ausdrücklich vorgesehen wird. Auch lässt sich der Zweck, den es erfüllen soll, nach der Konkursöffnung noch ebenso wohl erreichen wie vorher. Dagegen ergibt eine nähere Prüfung, dass die Ordnung des Pfandnachlassverfahrens, wie sie in der HPfNV niedergelegt ist, für den Fall, dass über den Gesuchsteller bereits der Konkurs eröffnet ist, nicht ausreicht, es vielmehr hiefür einer besonderen Ordnung bedarf. So kann z. B. nicht wohl angenommen werden, dass die Wohltat des Pfandnachlassverfahrens nur demjenigen Gemeinschuldner zur Verfügung stehen soll, der den für das Verfahren, insbesondere die Schätzung zu leistenden Kostenvorschuss mit fremder Hilfe aufzutreiben vermag; doch kann anderseits von seiner Entnahme aus der Konkursmasse ohne gesetzliche Ermächtigung nicht die Rede sein. Ferner darf es wegen der langen Dauer, welche das Pfandnachlassverfahren in Anspruch nimmt, dem Gemeinschuldner nicht freigestellt sein, dessen Einleitung erst in einem fortgeschrittenen Stadium des Konkursverfahrens zu beantragen; vielmehr erheischen die Interessen der Gläubiger die Bestimmung eines Zeitpunktes in einem

frühen Stadium des Konkursverfahrens, nach welchem der Gemeinschuldner mit dem Gesuch um Einleitung des Pfandnachlassverfahrens ausgeschlossen sein muss. Endlich geht es offenbar auch nicht an, das Konkursamt als solches, sofern ihm die Konkursverwaltung übertragen ist, mit den Funktionen des Sachwalters im Pfandnachlassverfahren zu betrauen, da sich dessen Tätigkeit mit dem Abschluss des Nachlassvertrages bzw. dem Schluss des Konkurses nicht erschöpft, er vielmehr den Nachlassvertrag selbst zu vollziehen hat. Die danach für die sachgemässe Durchführung des Pfandnachlassverfahrens während des Konkurses unerlässlichen Verfahrensvorschriften im Wege der Rechtsprechung aufzustellen, darf der Richter nicht für sich in Anspruch nehmen. Alsdann aber erweist sich die Durchführung des Pfandnachlassverfahrens erst nach erfolgter Konkurseröffnung, obwohl sie *de lege ferenda* wünschbar erscheint, auf Grund der Ausgestaltung, die es durch die HPfNV erfahren hat, in der Tat als nicht zugänglich und ist der angefochtene Entscheid schon aus diesem Grunde zu bestätigen. Somit braucht nicht geprüft zu werden, ob die Nachlassbehörde das Gesuch des Rekurrenten *a limine* abweisen durfte, weil ihm der beigelegte Nachlassvertrag zur Beanstandung Anlass gab, sowie ob sie die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens wegen Selbstverschuldens des Rekurrenten an seiner Zahlungsunfähigkeit verweigern durfte, ohne in dieser Beziehung irgendwelche tatsächlichen Feststellungen zu machen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

18. Auszug aus dem Entscheid vom 24. Mai 1921
i. S. Schweizerische Bodenkreditanstalt A.-G. und Luzerner
Kantonalbank gegen Schräfli-Bucher.

HPfNV, Art. 31 : Steht schon zur Zeit der Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens zweifelsfrei fest, dass der Nachlassvertrag den Schuldner nicht vor dem Zusammenbruch in absehbarer Zeit zu bewahren vermag, so ist dem Gesuch nicht zu entsprechen.

Der Zweck jedes Nachlassverfahrens und damit auch des mit dem Pfandnachlassverfahren verbundenen Nachlassvertrages besteht in der Sanierung des notleidenden Schuldners, und es ist jenem demnach die Bestätigung zu versagen, sofern er eine Sanierung nicht herbeizuführen, d. h. den Schuldner nicht vor dem Zusammenbruch in absehbarer Zeit zu bewahren vermag (HPfNV Art. 41 ; BGE 45 III S. 103 f. Erw. 3 b, S. 202 f. Erw. 3 a). Steht aber schon zur Zeit der Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens zweifelsfrei fest, dass sich dieses Ziel nicht erreichen lässt, so ist schon diesem Gesuch nicht zu entsprechen, damit das weitere Anwachsen der Schulden während der Dauer des Verfahrens vermieden und unnütze Kosten erspart werden können. Dies hat insbesondere dann zu gelten, wenn von vorneherein ausgeschlossen erscheint, dass der Schuldner die ihm nach Durchführung des Pfandnachlassverfahrens allermindestens verbleibenden Lasten zu tragen imstande sein wird.