

ses auszurichtende Nachlassdividende ebenfalls 20% betragen müssen.

e) Die von der Rekurrentin als Sachwalter vorgeschlagene Person war ihr Vertreter im Nachlassvertragsbestätigungsverfahren, weshalb sie zu diesem Amte nicht tauglich erscheint (vgl. BGE 46 III S. 77).

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:*

Der Rekurs wird dahin begründet erklärt, dass der Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten von Luzern-Land vom 6. Januar 1933 aufgehoben und die Sache zur Aktenvollständigung und neuen Beurteilung zurückgewiesen wird.

### 9. Entscheid vom 8. Februar 1933 i. S. Burkard & C<sup>ie</sup>.

**Pfandnachlassverfahren** (Bundesbeschluss vom 30. September 1932):

Gegen die Verweigerung der Eröffnung des Verfahrens kann auch wegen Verletzung der Vorschriften des SchKG über das Nachlassverfahren an das Bundesgericht rekuriert werden (Erw. 1).

Steht der Eröffnung des Verfahrens die Einrede der abgeurteilten Sache aus der Nichtbestätigung eines vor Inkrafttreten des zit. Bbeschl. abgeschlossenen Nachlassvertrages entgegen? (Erw. 2).

Voraussetzungen der Verweigerung der Einleitung des Verfahrens

a) gestützt auf Art. 1 Abs. 2 litt. a des zit. Bbeschl., insbesondere bezüglich des Notleidendwerdens der Pfandforderungen und des eigenen Verschuldens (Erw. 3).

b) gestützt auf Art. 306 Ziff. 1 und 2 SchKG (Erw. 4).

*Procédure de concordat hypothécaire* (Arrêté fédéral du 30 septembre 1932):

Le débiteur peut recourir au TF contre le rejet d'une requête tendant à l'ouverture de la procédure susdite, même lorsqu'il se plaint d'une violation des dispositions de la LP sur la procédure concordataire (consid. 1).

Quand, avant l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral précité, l'autorité compétente a refusé d'homologuer un concordat, ce fait permet-il d'opposer l'exception de chose jugée à la requête

tendant à l'ouverture de la procédure susdite? (consid. 2).  
Conditions du refus d'ouvrir la procédure de concordat hypothécaire:

- a) suivant l'art. 1 al. 2 litt. a de l'arrêté fédéral précité (notamment examen de la question de savoir si c'est en raison de la crise économique et sans faute de sa part que le débiteur est hors d'état de payer ses dettes hypothécaires) (consid. 3),  
b) suivant l'art. 306 ch. 1 et 2 LP (consid. 4).

*Procedura di concordato ipotecario* (decreto federale del 30 settembre 1932):

Il debitore può ricorrere al Tribunale federale contro il rigetto di una domanda tendente all'inizio della procedura suddetta anche quando si duole solo di una violazione di un disposto della LEF (consid. 1).

Permette il fatto che, prima dell'entrata in vigore del decreto precitato, l'autorità competente si è rifiutata di omologare un concordato, di opporre l'eccezione della cosa giudicata alla domanda di apertura del procedimento suddetto? (consid. 2).

Condizioni che si oppongono all'apertura del concordato ipotecario:

- a) A stregua dell'art. 1 cap. 2 litt. a del decreto federale suddetto, (specialmente, esame della questione, se l'impossibilità nella quale il debitore si trova di solvere i debiti ipotecari dipenda realmente dalla crisi ipotecaria e non da colpa propria (consid. 3).  
b) A stregua dell'art. 306 cif. 1 e 2 LEF (consid. 4).

A. — Im Herbst 1930 gingen Josef Burkard als Komplementär und Hermann Burkard-Spillmann als Kommanditär mit 30,000 Fr. die Kommanditgesellschaft « Burkard & C<sup>ie</sup> » zum Erwerb und Betriebe des Hotels Kurhaus Walzenhausen ein. Der Kaufpreis betrug 181,500 Fr. Um es als Hotel ersten Ranges betreiben zu können, liessen sie bauliche Renovationen aller Art vornehmen und machten sie Mobiliaranschaffungen, beides für hohe Beträge. Schon nach einem Jahre gerieten sie in Zahlungsschwierigkeiten.

B. — Am 19. November 1931 stellten Burkard & C<sup>ie</sup> beim Bezirksgericht des Vorderlandes als unterer Nachlassbehörde ein erstes Gesuch um Gewährung einer Nachlassstundung. Der dann vorgeschlagene Nachlassvertrag, wonach die Forderungen unter 100 Fr. (sowie die nicht

durch 100 teilbaren Reste) mit 50 % bar bezahlt, die grösseren Forderungen dagegen in Aktien einer neu zu gründenden Aktiengesellschaft umgewandelt werden sollten, wurde von gut  $\frac{3}{4}$  der 106 Kurrent-Gläubiger mit Forderungen von insgesamt rund 200,000 Fr. angenommen und von der untern Nachlassbehörde bestätigt, dagegen auf Appellation von 13 Gläubigern hin von der oberen Nachlassbehörde, dem Obergericht des Kantons Appenzell A. Rh., am 30. Mai 1932, verworfen, und eine staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgerichte am 29. Oktober abgewiesen, worauf 3 Gläubiger sofort das Konkursbegehren stellten, das jedoch vom Konkursrichter erster Instanz abgewiesen wurde und gegenwärtig beim Konkursrichter zweiter Instanz hängig ist.

C. — Am 7. November 1932 stellten nämlich Burkard & C<sup>ie</sup> ein neues Gesuch um Gewährung einer Nachlassstundung und Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens, wobei sie vorläufig die Ausschüttung einer Nachlassdividende von 20 % in Aussicht nahmen, sofern sie die erforderlichen Mittel von der Hotel-Treuhandgesellschaft erhalten.

D. — Die kantonale Nachlassbehörde, das Obergericht des Kantons Appenzell A. Rh., ist am 28. November 1932 auf das Gesuch nicht eingetreten.

E. — Diese Entscheidung haben Burkard & C<sup>ie</sup> an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
zieht in Erwägung :*

1. — In BGE 49 III S. 145 ist das Bundesgericht in einem Falle, wo eine Nachlassstundung gewährt, die Entscheidung über die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens zunächst ausgesetzt und das Pfandnachlassverfahren erst nachträglich eröffnet wurde, davon ausgegangen, dass der dann gegen den letzteren Entscheid gerichtete Rekurs eines Gläubigers nur mit der Verletzung der besonderen Vorschriften der Pfandnachlassverordnung

begründet werden könne. Hiefür wurde hauptsächlich angeführt, dass der Entscheid über die Gewährung der Nachlassstundung und derjenige über die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens nicht in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, da eine Nachlassstundung in Anwendung der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften gewährt werden könne, ohne dass dadurch der Frage der Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens präjudiziert werde: dass insbesondere eine derart gewährte Nachlassstundung nicht etwa ohne weiteres dahinfalle, wenn später die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens verweigert werden sollte. Ob hieran festgehalten werden könne, erscheint zweifelhaft. Wie dem aber auch sei, so könnte daraus jedenfalls nicht gefolgert werden, dass die gleiche Beschränkung auch für einen Rekurs des Schuldners gelte, dem die Nachlassstundung nicht gewährt und das Pfandnachlassverfahren nicht eröffnet worden ist. Denn die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens scheitert notwendigerweise an der Nichtgewährung einer Nachlassstundung, so zwar dass, wenn eine Nachlassstundung nicht gewährt wird, über die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens nicht mehr entschieden werden muss, noch darf. (Art. 1 Abs. 2, 29, 30, 33 des Bundesbeschlusses = Bundesbeschluss vom 30. September 1932 über das Pfandnachlassverfahren für die Hotel- und Stickereiindustrie). In diesem umgekehrten Falle besteht also ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Entscheidung über die Nachlassstundung und derjenigen über die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens. Somit würde die dem Bundesgerichte vorbehaltene Rechtskontrolle über die Handhabung der Vorschriften über das Pfandnachlassverfahren in allen Fällen der Nichtgewährung der Nachlassstundung von vorneherein verunmöglicht, wenn es die Entscheidung über die Nachlassstundung nicht ebenfalls nachprüfen könnte, sondern einfach hinnehmen müsste.

2. — Die Vorinstanz ist auf das Gesuch der Rekurrentin nicht eingetreten, weil es sich um eine bereits abgeurteilte

Sache handle. Indessen ist der im ersten Nachlassverfahren vorgeschlagene Nachlassvertrag nur wegen der Unzulässigkeit seines Inhaltes verworfen worden, und heute schlägt die Rekurrentin einen Nachlassvertrag grundsätzlich andern Inhaltes vor. Dabei handelt es sich offenbar keineswegs etwa nur um ein trölerisches Manöver, sondern die Rekurrentin hat zunächst für sich, dass ihre Gläubiger nicht etwa überhaupt nichts von einem Nachlassvertrage wissen wollen, sondern im Gegenteil den vorgeschlagenen Nachlassvertrag angenommen haben, und ihre veränderte Stellungnahme ist durch eine seither neu eingetretene Tatsache bedingt, nämlich das Wiederaufleben der aktiven Geschäftstätigkeit der Hoteltreuhandgesellschaft, deren finanzielle Hilfe die Rekurrentin nicht ohne Grund in Anspruch nehmen zu können glaubt. Erweckt es schon an und für sich Bedenken, dem Begriff der materiellen Rechtskraft über das Gebiet des Zivilprozesses hinaus Geltung einzuräumen (vgl. z. B. FLEINER, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. S. 271), so versagt die Einrede der abgeurteilten Sache aus dem frühern Entscheid des Obergerichtes jedenfalls gegenüber einem derart auf eine veränderte Sachlage gestützten grundsätzlich verschiedenen Nachlassvertragsentwurf (vgl. BGE 47 III S. 190).

Dazu kommt noch, dass die Rekurrentin mit ihrem heutigen Gesuch gestützt auf den inzwischen erlassenen zitierten Bundesbeschluss weitergehende Rechte verfolgt, als sie seinerzeit mit ihrem ersten Gesuch verfolgen konnte, nämlich die Einbeziehung der Grundpfandgläubiger in das Nachlassverfahren, die neu eingeführt wurde, um den Hotelier und seine Gläubiger vor der Wertzerstörung durch Verschleuderung zu einem Spottpreis, und jenem ausserdem seine wirtschaftliche Existenz zu bewahren. Damit kann die Rekurrentin heute gerade einem im frühern Entscheid des Obergerichtes ihrem damaligen Nachlassvertragsentwurf entgegengehaltenen Bedenken Rechnung tragen, nämlich dass keine Gewähr dafür bestehe, dass das Hotel der Rekurrentin (bezw. der zu

gründenden Aktiengesellschaft) nicht durch die Grundpfandgläubiger entzogen werde. Hieraus ergibt sich auch, dass das Gesuch um Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens keineswegs etwa nur zum Zwecke der Verschleierung gestellt wird, sondern im Gegenteil einen wichtigen Bestandteil des neuen Sanierungsplanes bildet. Selbst abgesehen von der Stundung der Pfandkapitalforderungen, von denen mindestens eine bereits vor längerer Zeit gekündigt wurde, ist es eine nicht zu unterschätzende Erleichterung der Rekurrentin, wenn sie die rückständigen Pfandzinse nicht bar zu bezahlen, sondern nur langsam zu amortisieren braucht, was viel mehr ins Gewicht fällt als die Reduktion um einen Viertel. Aus Art. 51 des zitierten Bundesbeschlusses lässt sich nichts gegen die Rekurrentin herleiten, da hieraus nichts weiteres geschlossen werden darf, als dass gegen einen Schuldner, der auf die Durchführung des bereits eröffneten gewöhnlichen Nachlassverfahrens verzichtet, um zum Pfandnachlassverfahren überzugehen, Art. 309 SchKG nicht angewendet werden darf; dagegen folgt daraus nicht, dass das Pfandnachlassverfahren nicht mehr angerufen werden könne, wenn ein vor dem Inkrafttreten des zitierten Bundesbeschlusses vorgeschlagener gewöhnlicher Nachlassvertrag verworfen wurde (ebensowenig wie wenn er bestätigt wurde; vgl. S. 41 hievor). In diesem Falle gilt es freilich, das Pfandnachlassverfahren so rasch in die Wege zu leiten, um allfälligen auf Art. 309 SchKG gestützten Konkursbegehren zuvorzukommen. Den Schuldner darauf zu verweisen, dass ein Nachlassvertrag auch noch im Laufe des Konkurses abgeschlossen werden könne, geht umsoweniger an, als dies für die Durchführung des Pfandnachlassverfahrens nicht zutrifft (BGE 47 III S. 59).

3. — Nach Art. 1 des zitierten Bundesbeschlusses darf das Pfandnachlassverfahren nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner glaubhaft macht, dass er ohne eigenes Verschulden infolge der wirtschaftlichen Krise die Pfandforderungen und ihre Zinse nicht voll bezahlen kann. Zu

Unrecht glaubt die Vorinstanz das Fehlen dieser Voraussetzung durch den Hinweis darauf darzutun, dass die Rekurrentin « leichtfertig und aus offenbar spekulativen Gründen das Kurhaus Walzenhausen übernommen und unverantwortlich hohe Summen in dasselbe hineinsteckt » und damit an einer von vorneherein « total verfehlten Spekulation » teilgenommen habe. Durch die von der Vorinstanz so genannte « spekulative Aufplusterung » des Hotels Kurhaus Walzenhausen sind die Pfandforderungen nur unbedeutend vermehrt worden (abgesehen von der Grundpfandverschreibung zugunsten des Kommanditárs Hermann Burkard, der jedoch in diesem Zusammenhang eigentlich nicht Rechnung getragen zu werden braucht, da nicht zu befürchten steht, er werde sie zur Unzeit gegenüber der Rekurrentin geltend machen), und es ist nicht anzunehmen, dass sie, wenn das Haus im frühern Zustande belassen worden wäre, gegenwärtig eher verzinst oder, sofern gekündigt, zurückbezahlt werden könnten. Nach der in Vergleich zur Brandassekuranzschätzung sehr tiefen Schätzung des Sachwalters im ersten Nachlassverfahren sind denn auch mindestens die Pfandkapitalforderungen, sogar mit Einschluss derjenigen des Kommanditárs, durch den Wert des Hotels gedeckt, und die Zinse sind erst seit 1. Oktober 1931 rückständig und müssen daher nur in diesem geringen Betrage der Reduktion um  $\frac{1}{4}$  unterworfen werden. Dagegen sind durch die Renovation und Neueinrichtung des Hotels freilich unversicherte Forderungen in grösseren Beträgen notleidend geworden, und die eigenen Investitionen der Gesellschafter in nicht weniger grossem Betrage. Allein hierum kümmert sich der von der Vorinstanz angerufene Art. 1 litt. a des zitierten Bundesbeschlusses nicht, und er steht daher nicht entgegen, dass dem Gesuch der Rekurrentin entsprochen werde. Ist das Hotelunternehmen der Rekurrentin weit überkapitalisiert und kann mithin nur eine ganz einschneidende Sanierung das finanzielle Gleichgewicht für die Zukunft wieder herstellen,

wie die Vorinstanz meint, so ist ja gerade das vorliegend in die Wege geleitete Verfahren darauf angelegt, diese Sanierung herbeizuführen, die man nicht einfach zur Strafe für die « unvernünftigen Kapitalaufwendungen » der Gesellschafter scheitern lassen darf, sondern unvoreingenommen daraufhin prüfen muss, ob sie im Interesse der Gläubiger liege. Dies kann nicht von vorneherein verneint werden. Denn wenn die Hoteltreuhandgesellschaft die angesprochene Hilfe leistet, worüber sie selbstständig, ohne Rücksicht auf die Betrachtungsweise der Nachlassbehörde, befindet, so wird der jetzt vorgeschlagene Nachlassvertrag den Gläubigern bedeutend mehr als das mutmassliche Konkursergebnis bieten, das der frühere Sachwalter auf 3 % Dividende veranschlagt hat. Übrigens erschiene es gewagt, der Rekurrentin « eine offenbar leichtsinnige Gründung oder die spekulative Überzahlung eines übernommenen Betriebes » zur Last zu legen, worin ihr Selbstverschulden im Sinne der angeführten Vorschrift bestehen müsste, damit die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens sogar gegen das Interesse der Gläubiger verweigert werden dürfte (vgl. die Botschaft des Bundesrates BBl. 1932 II S. 265 der deutschen, S. 253 der französischen Ausgabe). Frühere Verluste auf dem Unternehmen beweisen nicht viel, zumal da sie zum guten Teil ebenfalls Krisenfolgen waren. Und es ist nicht einzusehen, warum die finanzielle Lage des Hotel Kurhaus Walzenhausen entgegen aller Erfahrung nicht ebenfalls von der gegenwärtigen Krise ungünstig beeinflusst worden wäre, m. a. W. ohne die Krise nicht wesentlich besser wäre, womit genügend dargetan ist, dass die gegenwärtige wirtschaftliche Krise mindestens eine erhebliche Mitursache des Zusammenbruches ist. Ausserdem ist insbesondere die von der ersten Instanz im früheren Verfahren festgestellte Nichterfüllung von Zusagen der Beteiligung Dritter an der Finanzierung gerade der gegenwärtigen wirtschaftlichen Krise zuzuschreiben. Von « offenbar leichtsinniger Gründung » dürfte nur gesprochen werden,

wenn es jedem vernünftigen Hotelfachmann von vorneherein höchst wahrscheinlich erscheinen musste, dass das Unternehmen bei normalen Verhältnissen nie zu einer Rendite zu bringen sei. Hiegegen sprechen jedoch der Ruf des Kommanditärs als eines erfahrenen Hoteliers, das grosse investierte eigene Kapital, der von den Lieferanten und Handwerkern eingeräumte hohe Kredit und endlich die wohlwollende Haltung der Hoteltreuhandgesellschaft.

4. — Schliesslich hat die Vorinstanz auch noch Gründe für die Abweisung des Gesuches angeführt, die nur unter dem Gesichtspunkte zu verstehen sind, dass ein allfällig angenommener Nachlassvertrag wegen Fehlens der Voraussetzungen des Art. 306 Ziffern 1 und 2 SchKG doch nicht bestätigt werden könnte. Indessen ist die Verweigerung der Eröffnung des Verfahrens aus solchen Gründen nur bei ganz liquider Sach- und Rechtslage zulässig (wird näher ausgeführt).

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

Der Rekurs wird begründet erklärt, der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Appenzell A. Rh. vom 28. November aufgehoben, der Gesuchstellerin eine Nachlassstundung von 4 Monaten gewährt und das Pfandnachlassverfahren eröffnet.

## C. Zwangsliquidation und Sanierung von Eisenbahnunternehmungen.

### Liquidation forcée et assainissement des entreprises de chemins de fer.

#### URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

#### ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

#### 10. Extrait de l'arrêt de la II<sup>me</sup> Section civile du 9 février 1933 dans la cause *Compagnie du chemin de fer de Glion aux Rochers de Naye.*

*Concordat des entreprises de chemins de fer.*

(Loi fédérale du 25 septembre 1917 concernant la constitution de gages sur les entreprises de chemins de fer et de navigation et la liquidation forcée de ces entreprises. Ordonnance du 20 février 1918 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations.)

Les créanciers d'une entreprise de chemin de fer qui sont au bénéfice d'une hypothèque de droit commun — par opposition à celles qui portent sur le réseau et sont inscrites dans le registre spécial des gages prévu à l'art. 5 de cette loi — ne peuvent être appelés à faire de sacrifices que sur la part de leur créance qui n'est pas couverte par le gage (cf. art. 63 al. 2).

Toutefois, si la situation l'exige, rien n'empêche d'appliquer simultanément dans la même procédure les dispositions de la loi du 25 septembre 1917 et celles de l'ordonnance du 20 février 1918 qui, elle, ne prévoit pas cette restriction.

*Nachlassvertrag einer Eisenbahnunternehmung.*

(Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen, vom 25. September 1917 = VZEG; Verordnung betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen, vom 20. Februar 1918 = GGv.)