

lever l'hypothèse d'une demande de concordat formée après la faillite. Or il est incontestable que ce défaut de réglementation ne prouve pas encore que le législateur ait eu réellement le propos d'exclure l'application de la procédure de concordat hypothécaire après la faillite. On peut l'expliquer aussi bien par la considération que ces points, qui sont somme toute accessoires et qui ne touchent pas le fond du problème, ont simplement échappé à son attention, et rien n'empêche par conséquent de combler ces lacunes par voie de jurisprudence, d'autant moins du reste que, ainsi que le reconnaît l'arrêt Bœsch lui-même, l'opportunité d'une solution contraire est hors de discussion.

Le premier motif retenu par l'arrêt Bœsch était tiré du fait que l'ordonnance ne réglait pas la question des frais de la procédure, qui, disait-on, ne pouvaient être prélevés sans autre sur les biens composant la masse. Cet argument n'est pas décisif. Le concordat ordinaire nécessite également des frais et pourtant, pas plus qu'en matière de concordat hypothécaire, la loi n'indique les biens qui doivent servir à les couvrir. Si les créanciers y consentent, on ne voit donc pas ce qui empêcherait de prélever ces frais sur les biens de la masse. Ce ne serait pas là en tout cas une raison de refuser le concordat hypothécaire lorsque, comme en l'espèce, l'avance des frais est assurée par un tiers.

La longueur de la procédure de concordat hypothécaire ne saurait davantage constituer un empêchement de principe à l'octroi d'un tel concordat après la faillite. Le fait que la procédure durerait un mois ou deux compte peu au prix des intérêts engagés, le but de la procédure étant de maintenir l'existence économique du débiteur et cette mesure étant la plupart du temps à l'avantage des créanciers eux-mêmes. L'argument vaudrait d'autant moins d'ailleurs dans un cas où, comme en l'espèce, la faillite était déclarée avant que la débitrice eût pu envisager la possibilité de proposer le concordat.

Enfin on ne voit pas en quoi la disposition selon laquelle les fonctions de commissaire doivent être confiées au préposé à l'office des faillites lorsque ce dernier se trouve chargé de l'administration de la faillite, pourrait exclure la possibilité d'ouvrir la procédure de concordat hypothécaire après la faillite. Il se peut, il est vrai, que le législateur, s'il avait envisagé le cas, eût dérogé, pour des raisons pratiques, à la règle de l'art. 317 al. 2 LP., mais ce n'est pas parce que l'arrêté ni l'ordonnance ne contiennent de dispositions particulières à ce sujet qu'on est en droit de conclure qu'il partait de l'idée que le débiteur en faillite n'était pas recevable à bénéficier du concordat hypothécaire. Le préposé à l'office des faillites qui aura été désigné comme administrateur de la faillite verra donc simplement son mandat étendu en proportion des charges qui compètent au commissaire.

La Chambre des Poursuites et des Faillites prononce :

Le recours est admis. En conséquence la décision attaquée est annulée et la cause renvoyée devant le Président du Tribunal du district d'Aigle pour qu'il se prononce sur le fond.

55. Entscheid vom 28. September 1933 i. S. Gaensslen.

Pfandnachlassverfahren (Bundesbeschluss vom 30. September 1932, Art. 40, 1 Abs. 2).
Die Bestätigung des Nachlassvertrages und Anordnung von Pfandnachlassmassnahmen kann auch aus dem Grunde verweigert werden, dass (wie sich erst nachträglich herausstellt) die Zahlungsunfähigkeit eigenem Verschulden und nicht der wirtschaftlichen Krise zuzuschreiben ist (Erw. 1), z. B. einem viel zu hohen Erwerbspreis, der zudem die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners unwahrscheinlich erscheinen lässt (Erw. 2).
Verweigerung der Bestätigung des Nachlassvertrages mangels Sicherstellung (Erw. 3).

Procédure de Concordat hypothécaire (Arrêté fédéral du 30 septembre 1932, art. 40 et 1 al. 2).

L'autorité peut *refuser d'homologuer* le concordat et d'ordonner des « mesures de la procédure de concordat hypothécaire », par le motif que l'insolvabilité du débiteur est due à sa propre faute, non pas à la crise économique, lorsque ce fait a été avéré seulement après coup (consid. 1). — Exemple de faute : Acquisition de l'hôtel pour un prix beaucoup trop élevé, circonstance qui, d'ailleurs, rend très invraisemblable que les dispositions du concordat soient de nature à assurer l'existence économique du débiteur (consid. 2).

Refus d'homologuer le concordat faute de sûretés (consid. 3).

Procedura del concordato ipotecario (decreto federale 30 settembre 1932, art. 40, 1 cp. 2).

L'autorità può rifiutare d'omologare il concordato e d'ordinare delle misure previste dal decreto circa il concordato ipotecario, anche per il motivo, apparso solo in progresso di tempo, che l'insolvenza del debitore è dovuta a colpa propria e non alla crisi economica (consid. 1), come ad es. allorquando l'albergo venne acquistato per un prezzo molto troppo elevato, tale da rendere inverosimile la salvaguardia dell'esistenza economica del debitore (consid. 2).

Rifiuto d'omologare il concordato per mancanza di sigurtà.

Die Obergerichtliche Justizkommission von Obwalden hat durch unangefochten gebliebenen Entscheid vom 14. Dezember 1932 das Pfandnachlassverfahren über den Rekurrenten eröffnet. In der Hauptverhandlung vom 18. August 1933 haben die Pfandgläubiger Nidwaldner Kantonalbank und Balthasar Spahni Einwendungen gegen die Bestätigung des Nachlassvertrages und die Anordnung von Pfandnachlassmassnahmen erhoben. Mit Entscheid vom gleichen Tage hat die Obergerichtliche Justizkommission die Bestätigung des Nachlassvertrages und der Anträge auf Pfandnachlassmassnahmen abgelehnt. Diesen Entscheid hat der Rekurrent an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung:*

1. — Der Rekurrent meint, die Einsprecher können nicht mehr geltend machen, dass er nicht ohne eigenes Verschulden und nicht infolge der wirtschaftlichen Krise

die Pfandforderungen und -zinse nicht voll bezahlen könne, nachdem sie den auf der gegenteiligen Annahme beruhenden Entscheid über die Einleitung des Pfandnachlassverfahrens seinerzeit nicht an das Bundesgericht weitergezogen haben. Allein die Einleitung des Pfandnachlassverfahrens hat gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bundesbeschlusses vom 30. September 1932 zu erfolgen, wenn der Schuldner auch nur glaubhaft macht, dass er ohne eigenes Verschulden infolge der wirtschaftlichen Krise die Pfandforderungen und -zinse nicht voll bezahlen kann. Ist es auch nicht ausgeschlossen, dass diese Frage einer eingehenderen Prüfung unterzogen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bundesbeschluss 30.9.1932), so entspricht doch eine bloss summarische Prüfung der Natur der Bewilligung der Nachlassstundung und Einleitung des Pfandnachlassverfahrens als einer blossen vorläufigen und in ihrer Wirkung vorübergehenden Verfügung, zumal in den Fällen, wo der Nachlassbehörde keine Zweifel aufsteigen, die durch ein Sachverständigengutachten behoben werden müssten; denn regelmässig wird der Schuldner bereits von betreibungsrechtlichen Vorkehren bedroht oder gar bedrängt sein, wenn er sein Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung und Einleitung des Pfandnachlassverfahrens stellt, sodass das Pfandnachlassverfahren durch vorherige Pfandverwertung oder Konkursöffnung vereitelt würde, wenn vorerst längeren Zeitaufwand erfordernde Beweiserhebungen stattfänden. Daher kann auch die der Einleitung des Pfandnachlassverfahrens zugrunde liegende Entscheidung, dass der Schuldner ohne eigenes Verschulden infolge der wirtschaftlichen Krise die Pfandforderungen und -zinse nicht bezahlen kann, keine endgültige sein, welche die Nachlassbehörde selbst binden würde. Stellt sich vielmehr während der Dauer des Nachlassverfahrens, welches erst einen genauern Einblick in die Verhältnisse des Schuldners ermöglicht, heraus, dass es dem Schuldner im Einleitungsverfahren nur gelungen war, den Schein zu erwecken, dass die Krise

und nicht sein eigenes Verschulden die Ursache seiner Zahlungsunfähigkeit sei, während in Wahrheit das Gegenteil zutrifft, so braucht die Nachlassbehörde beim Zutreffen der in Art. 40 Bundesbeschluss 30.9.1932 genannten Voraussetzungen nicht etwa den Nachlassvertrag zu bestätigen und Pfandnachlassmassnahmen anzuordnen trotz dem nun zutage liegenden Fehlen der in Art. 1 Abs. 2 litt. a aufgestellten Voraussetzung, ohne die es überhaupt keinen Pfandnachlass geben soll. Und da die Nachlassbehörde die Bestätigungsvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat, so kann nichts darauf ankommen, ob überhaupt ein Gläubiger eine Einwendung gegen die Bestätigung erhebt, und somit auch nicht, ob er es erst jetzt tue, nachdem er seinerzeit von einer Weiterziehung des Einleitungsentscheides abgesehen hat — die ja gegebenenfalls erfolglos bleiben kann, wenn nämlich erst der weitere Verlauf des Pfandnachlassverfahrens zutage fördert, was die vom Schuldner glaubhaft gemachte und von der Nachlassbehörde zunächst angenommene Ursache seiner Zahlungsunfähigkeit zu erschüttern vermag.

2. — Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz mit Recht als krisenfremde und selbstverschuldete Ursache der Zahlungsunfähigkeit des Rekurrenten den von ihm ausgelegten übermässig hohen Kaufpreis (285,000 Fr.) angesehen, der nach dem Befund der Eidgenössischen Hotel-Pfandschätzungskommission um mehr als 100,000 Fr. den Betrag übersteigt, welcher aus dem Betriebsüberschuss guter Jahre allerhöchstens verzinst werden kann (156,000 Fr.); und zwar hatte der Rekurrent hievon nur 40,000 Fr. anderweitig aufbringen können, sodass die Hypotheken nicht weniger als 245,000 Fr. ausmachen. Hieraus folgt aber ohne weiteres, dass auch die in Art. 40 Bundesbeschluss 30.9.1932 aufgestellte, also gerade bei Anlass des Hauptentscheides zu prüfende weitere Voraussetzung der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Pfandnachlassmassnahmen nicht erfüllt ist, dass nämlich durch die Bestimmungen des Nachlassvertrages die

Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners wahrscheinlich gemacht sei. Sollte sich der Rekurrent während der Dauer der Pfandnachlassmassnahmen auch halten können, so ist ja nicht abzusehen, wieso es würde möglich sein können, sobald diese einmal abgelaufen sein werden. In dieser Beziehung bringt der Rekurrent nichts Belangreiches vor. Die Pfandschätzungskommission hat ja in keiner Weise auf den vom Vorbesitzer Spahni, der das Hotel nur während des bereits schlechten Jahres 1931 besass, erzielten Betriebsüberschuss abgestellt, sondern auf das Ergebnis der guten Jahre 1924/1930, weshalb nichts darauf ankommt, dass der Rekurrent sich zutraut, mehr herauszubringen als Spahni. Und die Besserung der Frequenz im Jahre 1933 gegenüber dem Jahre 1932 bedeutet nichts im Verhältnis zu der auch in guten Jahren untragbaren Hypothekenlast von 245,000 Fr.

3. — Dazu kommt noch, dass die Schweizerische Hotel-treuhandgesellschaft das für die Bezahlung der Nachlassdividende von insgesamt 4822 Fr. 52 Cts. erforderliche Geld bzw. die zur Schaffung eines Betriebsfonds auf 6000 Fr. aufgerundete Summe nur gegen Sicherstellung durch ein neu zu errichtendes Grundpfandrecht « wenn möglich im Nachgang zum Schätzungswert von 75,000 Fr. » zur Verfügung stellen will, jedoch die Nidwaldner Kantonalbank, welcher Hypotheken in hintern Rängen verpfändet sind, ihre Zustimmung zur Einschaltung einer solchen weitem Vorgangshypothek verweigert. Wenn auch die Schweizerische Hotel-treuhandgesellschaft ursprünglich jene Bedingung nicht als unverrückbar gesetzt hat, so hält sie laut Schreiben vom 3. August 1933 an die Nidwaldner Kantonalbank doch daran fest. Somit fehlt es auch an der von Art. 40 Bundesbeschluss 30.9.1932 bzw. Art. 306 Ziffer 3 SchKG aufgestellten Voraussetzung hinlänglicher Sicherstellung der Vollziehung des Nachlassvertrages.

Demnach erkennt die Schuldbetr. u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen.