

S. 32 / Nr. 8 Pfandnachlassverfahren (d)

BGE 59 III 32

8. Entscheid vom 4. Februar 1933 i. S. Häfliger.

Regeste:

Pfandnachlassverfahren (Bundesbeschluss vom 30. September 1932):

Art. 294 SchKG: Anhörung des Schuldners (Erw. 3).

Art. 295 SchKG: Sachwalter, Wählbarkeitsvoraussetzungen (Erw. 4 e.).

Art. 1 zit. BBeschl.: Nachweis des Beitrittes zur paritätischen Arbeitslosenkasse des Hotelgewerbes (Erw. 4 a). Objektive und subjektive Voraussetzungen der Sanierbarkeit (Erw. 4 b-c).

Art. 1, 5, 29, zit. BBeschl.: Inwiefern kann von einem Nachlassvertrag mit den Kurrentgläubigern abgesehen werden? (Erw. 4 d).

Art. 31 zit. BBeschl.: Rekurs an das Bundesgericht, Schranken der Überprüfungsbefugnis (Erw. 1).

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

Art. 294 LP: Audition du débiteur (consid. 3).

Art. 296 LP: Choix du commissaire (consid. 4 e.).

Art. 1er de l'arrêté: Preuve de l'affiliation à la caisse paritaire d'assurance chômage (consid. 4 a). Conditions dans lesquelles l'assainissement financier peut être considéré comme réalisable, tant en ce qui concerne le titulaire de l'entreprise qu'en ce qui concerne cette dernière elle-même (consid. 4 b-c).

Art. 1er, 5, 29 de l'arrêté: Dans quelle mesure le débiteur peut-il se dispenser de conclure un concordat avec les créanciers chirographaires? (consid. 4 d).

Seite: 33

Art. 31 de l'arrêté: Recours au Tribunal fédéral; limites du pouvoir de contrôle (consid. 1).

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

Art. 294 LEF: Interpellazione del debitore (consid. 3). Art. 295 LEF: Nomina del commissario (consid. 4 e.).

Art. 1 del decreto: Prova d'appartenenza alla cassa d'assicurazione contro la disoccupazione (consid. 4 a). Condizioni alle quali il risanamento finanziario può essere ritenuto conseguibile tanto in riguardo del titolare dell'azienda che in riguardo dell'azienda stessa (consid. 4 b-c).

Art. 1, 5, 29 del decreto: In qual misura è lecito prescindere d'un concordato coi creditori chirografari? (consid. 4 d).

Art. 31 del decreto: Ricorso al Tribunale federale; limiti della facoltà di controllo (consid. 1).

A. - Die nicht im Handelsregister eingetragene Rekurrentin erwarb am 15. Juni 1929 auf einer Grundpfandverwertungssteigerung die Kurhausliegenschaft Hinterlützelau in Weggis nebst Mobilien um 81500 Fr., woran sie rund 70000 Fr. an Grundpfandkapitalforderungen übernahm. Seither belastete sie die Liegenschaft mit weitem 11/2 Dutzend Schuldbriefen im Gesamtbetrag von über 40000 Fr., die zum grösseren Teil verpfändet sind, teilweise für Forderungen in geringerem Betrag als dem Nominalbetrag.

Anfangs 1932 wurde infolge Insolvenzerklärung der Konkurs über die Rekurrentin eröffnet, der vom Konkursamt Weggis verwaltet wurde, jedoch mit einem am 6. Oktober von der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern bestätigten Nachlassvertrag der Kurrentgläubiger endigte, denen eine Nachlassdividende von 20% ausgerichtet wurde.

B. - Am 29. November stellte die Rekurrentin das Gesuch um Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens, wobei sie als Sachwalter Louis Bannwart in Luzern vorschlug. Sie brachte wesentlich vor: Sie sei infolge des Rückganges der Fremdenfrequenz in Schwierigkeiten geraten und werde gegenwärtig von verschiedenen Pfandgläubigern bedrängt. Gerade seit der Übernahme des Unternehmens habe sich die Krise für das Gastgewerbe in wesentlich

Seite: 34

verschärfter Form geltend gemacht. Eine andere Existenz als durch den Betrieb der Kurhausliegenschaft könne sie nicht finden. Nachdem durch den gerichtlichen Nachlassvertrag die Sanierung mit den Lieferantenposten durchgeführt sei, komme nur noch ein Pfandnachlassverfahren mit den Grundpfandgläubigern in Frage, weshalb sich eine Nachlassstundung zur Durchführung des Verfahrens erübrige.

Auf telephonisches Ersuchen der Nachlassbehörde hin erstattete das Konkursamt Weggis am 2. Dezember einen Bericht, dem folgendes zu entnehmen ist: Bücher wurden nicht geführt. Die Saison 1929 war für die Hotellerie von Weggis sehr gut, die Saison 1930 normal. Trotzdem blieb die

Rekurrentin schon pro 1930 Steuern und Wasserzins, sowie Hypothekarzins zum grösseren Teile schuldig. Im Konkurs wurden ausstehende Kurrentforderungen von rund 45000 Fr. zugelassen. Als die Rekurrentin während des Konkursverfahrens den Kurhausbetrieb weiterführte, vermochte sie trotz durchschnittlich guter Frequenz nichts für Patentgebühren, Steuern, Kurtaxen oder Hypothekarzinsen herauszuwirtschaften. Von dem neu aufgenommenen Kapital wurden etwelche tausend Franken in die Wasseranlage investiert, die dem Geschäft allerdings kaum etwas nützen werden, solange es von der Rekurrentin geführt werde. Aus all dem schliesst der Konkursbeamte, dass die Rekurrentin nicht zufolge der Krise, sondern wegen mangelnder Fähigkeit zu richtiger Geschäftsführung die Hypothekarzins nicht bezahlen könne.

D. - Der Amtsgerichtspräsident von Luzern-Land hat am 6. Januar 1933 das Gesuch abgewiesen. Zur Begründung wurde zunächst angeführt, die Rekurrentin habe weder bewiesen noch auch nur behauptet, dass sie irgendwelche Schritte zwecks Beitrittes zur paritätischen Arbeitslosenkasse getan habe. Im weitem wurde wesentlich auf den Bericht des Konkursbeamten abgestellt, auch bezüglich der persönlichen Geschäftstüchtigkeit der Rekurrentin, und schliesslich der Betrieb mit einer

Seite: 35

Pfandkapitalbelastung von rund 113000 Fr. als auch in guten Jahren nicht lebensfähig bezeichnet, «wie es sich unzweideutig gezeigt hat».

E. - Diesen Entscheid hat die Rekurrentin an das Bundesgericht weitergezogen, unter Erneuerung ihres Gesuches und unter Beilage einer (formulärmässigen) Bestätigung der paritätischen Arbeitslosenkasse für das Hotelgewerbe vom 2. Januar über den erfolgten Beitritt. Dabei hat die Rekurrentin im wesentlichen noch folgendes vorgebracht: Früher war der Betrieb alkoholfrei und vegetarisch, jetzt aber, seit 1. Juli 1929, auf Alkoholausschank umgestellt, was grosse Reklame zur Anwerbung einer neuen Kundschaft nötig machte - deren anerkennende Schreiben vorgelegt werden -, weshalb in den allerersten Jahren ohnehin nicht mit Gewinn gerechnet werden durfte. Enorme Aufwendungen wurden für bauliche Zwecke gemacht, nämlich für die Beschaffung von Quellwasser und Auffindung und Nutzbarmachung des früher einmal ausgenützten, seit langem versiegten Heilwassers (hiefür allein mindestens 15000 Fr.), sodann zur Ergänzung des Inventars zwecks Erhöhung der Bettenzahl von 25 auf 32, und schliesslich für das Nachlassverfahren. Die bevorstehende Fertigstellung des Ausbaues der Strasse Luzern-Vitznau wird neuen Verkehr bringen. Unfähigkeit der Betriebsführung wird bestritten, dagegen zu rasche und hohe Investierung eventuell zugegeben.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

zieht in Erwägung:

1.- Der Entscheid über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Pfandnachlassverfahrens kann «gemäss Art. 19 SchKG» an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 31 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über das Pfandnachlassverfahren für die Hotel- und die Stickereiindustrie vom 30. September 1932, im folgenden «Bundesbeschluss» genannt). Hieraus folgt ohne weiteres, dass

Seite: 36

bezw. nur wegen Bundesrechtsverletzung gutgeheissen werden können, dass das Bundesgericht also im allgemeinen die Feststellungen der Nachlassbehörde über tatsächliche Verhältnisse als richtig anzunehmen hat und insbesondere keine neuen Behauptungen aufgestellt und keine neuen Beweisanträge gestellt werden können (ausser von solchen Pfandgläubigern, welche keine Gelegenheit hatten, sich im Verfahren vor der Nachlassbehörde zu beteiligen) (Art. 80 und 81 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege).

2.- Das Pfandnachlassverfahren bildet einen Bestandteil des allgemeinen Nachlassverfahrens; der Schuldner, der davon Gebrauch machen will, hat das Gesuch um Eröffnung des Verfahrens gleichzeitig mit der Einreichung des Nachlassvertragsentwurfes gemäss Art. 293 SchKG zu stellen und zu begründen, und die Nachlassbehörde entscheidet gleichzeitig über die Bewilligung der Nachlassstundung gemäss Art. 295 SchKG und über die Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens («Bundesbeschluss» Art. 1, 29, 30). An der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Vorschriften des SchKG über die Eröffnung des Nachlassverfahrens konnte natürlich im vorliegenden Falle der Umstand nichts ändern, dass die Rekurrentin selbst beantragte, von einer Nachlassstundung abzusehen. Dieser Antrag konnte von vorneherein nicht wörtlich genommen werden, weil die Rekurrentin ja von Pfandgläubigern wegen rückständigen Zinsen bedrängt wird und deshalb auf eine Nachlassstundung angewiesen ist; nur des Abschlusses eines Nachlassvertrages mit den Kurrentgläubigern will sie entgehen sein, weil keine solchen vorhanden sind. Hievon abgesehen ist die Heranziehung jener Vorschriften des SchKG über die Eröffnung des Nachlassverfahrens schon deswegen unerlässlich, weil keine anderen Vorschriften über die Einleitung des Pfandnachlassverfahrens bestehen, es also an jeglicher Anleitung fehlen würde, wie die

Nachlassbehörde behufs Eröffnung des Verfahrens vorzugehen habe.

Seite: 37

3.- Zu diesen Vorschriften gehört nun vor allem Art. 294 SchKG, wonach die Nachlassbehörde «nach Anhörung des Schuldners» entscheidet, ob auf das Begehren einzutreten sei. Damit ist nicht etwa bloss das Gesuch des Schuldners um Eröffnung des Verfahrens gemeint; denn dass es eines solchen Gesuches bedarf, damit die Nachlassbehörde überhaupt erst Veranlassung erhält, sich mit einer Sache zu befassen, ist selbstverständlich und wird schon im vorausgehenden Art. 293 SchKG vorausgesetzt, der des näheren ordnet, was dieses Gesuch enthalten muss (nämlich einen Nachlassvertragsentwurf) und was ihm beigelegt werden muss. Ebensowenig kann damit bloss gemeint sein, dass es dem Schuldner gestattet sein solle; sein Gesuch auch noch mündlich vorzutragen. Denn nachdem der Schuldner schon ein schriftliches Gesuch hat stellen müssen, so würde ein anschliessender einseitiger mündlicher Vortrag kaum viel mehr zur Förderung des Verfahrens beitragen. Vielmehr muss der erste Satz des Art. 294 SchKG dahin aufgefasst werden, dass er die Offizialmaxime anordnet. Gerade der vorliegende Fall bietet ein lehrreiches Beispiel dafür, dass es dem Schuldner nicht möglich wäre, ohne rechtskundigen Beistand ein Gesuch um Eröffnung des Pfandnachlassverfahrens zu stellen, wenn die Verhandlungsmaxime angewendet würde; ist doch das Gesuch der Rekurrentin in erster Linie aus dem Grunde zurückgewiesen worden, dass sie nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen habe, der paritätischen Arbeitslosenkasse für das Hotelgewerbe beigetreten zu sein. Eine Vorschrift, dass der bezügliche Nachweis schon dem Gesuch selbst beigegeben werden müsse, ist aber nirgends aufgestellt, weshalb der Schuldner auch gar keine Veranlassung hat, die Erwähnung dieser Tatsache und die Beweisantretung dafür als ein Essentiale seines Gesuches anzusehen, deren Unterbleiben ihm einen Rechtsnachteil eintragen könnte. Erachtet die Nachlassbehörde den Nachweis als unerlässlich - wobei ihr nur zugestimmt werden kann -, so ist dann

Seite: 38

eben die vom Gesetze vorgeschriebene Anhörung des Schuldners dazu zu benutzen, um ihn darauf hinzuweisen, dass seinem Gesuche nicht entsprochen werden könne, sofern er diese Voraussetzung des Pfandnachlassverfahrens nicht nachweise. Nach anderer Richtung hat denn auch die Vorinstanz selbst eingesehen, dass mit der Verhandlungsmaxime nicht auszukommen sei, indem sie von sich aus einen amtlichen Bericht des früheren Konkursverwalters der Rekurrentin einholte. Die Vorschrift der Anhörung des Schuldners machte es auch dem Nachlassrichter zur Pflicht, der Rekurrentin von dem im Bericht des Konkursamtes enthaltenen Einwendungen gegen ihr Gesuch, sofern er sie nicht etwa von vorneherein als unbegründet erachtete, irgendwie, in der ihm gutschheinenden Weise, Kenntnis und ausserdem Gelegenheit zu geben, das anzubringen, was ihr zur Widerlegung jener Einwendungen tauglich erschien. Was die Vorschrift der Anhörung im einzelnen bedeutet, ist vom Bundesgericht im Kreisschreiben vom 18. Mai 1914 über das Entmündigungsverfahren (BGE 40 II 182) näher dargelegt worden und motatis mutandis, also entsprechend, auch bei der Eröffnung des Nachlassverfahrens zu befolgen. Ja bei Berücksichtigung des Unterschiedes, der darin besteht, dass im Nachlassverfahren derjenige anzuhören ist, der ein Gesuch gestellt hat, nicht wie im Entmündigungsverfahren derjenige, gegen welchen es gestellt worden ist, wird die Anhörungspflicht sogar weitergehend dahin ausgelegt werden müssen, dass der Nachlassrichter die Gründe, aus denen er von sich aus glaubt, dem Gesuche nicht entsprechen zu können, zunächst einmal mit dem Schuldner erörtern muss, um ihm Gelegenheit zu geben, nachträglich noch vorzubringen, was er für geeignet erachtet, um die Bedenken des Nachlassrichters zu zerstreuen. Vorliegend hat aber nach Ausweis der Akten überhaupt keine derartige Anhörung der Rekurrentin stattgefunden, indem sich den Akten nicht entnehmen lässt, dass die Nachlassbehörde seit dem Eingang des Berichtes des frühern

Seite: 39

Konkursverwalters der Rekurrentin am 3. Dezember bis zur Fällung des Nichteintretensentscheides am 6. Januar noch irgendetwas anderes zur weitem Instruktion des Verfahrens getan habe, als einen Kostenvorschuss einzufordern und eine vorsorgliche Verfügung zu erlassen. Unter diesen Umständen fallen die im Rekurs an das Bundesgericht enthaltenen neuen Vorbringen indirekt doch noch in Betracht, indem anzunehmen ist, dass die Rekurrentin bei richtiger Anhörung allermindestens alles das, was sie im Rekurs an das Bundesgericht neu vorgebracht und als Belege beigefügt hat, schon der Nachlassbehörde selbst vorgetragen haben würde, wobei durch geeignete Fristansetzungen unschwer hätte erzielt werden können, dass das Verfahren vor der Nachlassbehörde nicht länger gedauert hätte, als es ohnehin bereits der Fall war. Diese Vorbringen verdienen aber gewiss geprüft zu werden. Da jedoch nach dem eingangs Gesagten die Prüfung neuer Vorbringen dem Bundesgerichte nicht zusteht, so bleibt nichts anderes übrig, als den Entscheid der Vorinstanz wegen

Verletzung des Art. 294 Satz 1 SchKG aufzuheben und die Sache zur Nachholung der Anhörung der Rekurrentin und dann allfällig notwendig erscheinenden weiteren Instruktion an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.- Ohne der vom Nachlassrichter unter eigener Verantwortlichkeit vorzunehmenden neuen Beurteilung vorgreifen zu wollen, mag bezüglich einzelner Fragen doch noch beigefügt werden:

a) Sollte sich auch ergeben, dass die Rekurrentin erst nach Einreichung ihres Gesuches vom 29. November 1932 der paritätischen Arbeitslosenkasse beigetreten ist, so könnte dies noch nicht ohne weiteres rechtfertigen, dass auf ihr Gesuch nicht eingetreten werde. Denn es ist bei der Rekursinstanz gerichtsnotorisch, dass die Gründung dieser Kasse erst nach längerer Verzögerung zustandekam, in einem Zeitpunkt, der eigentlich nie genau in Erfahrung gebracht werden konnte, weshalb dahinsteht, ob der Beitritt schon vor dem 29. November möglich war, oder

Seite: 40

mindestens leicht begreiflich wäre, dass die Rekurrentin noch nichts davon wusste, dass sie jetzt beitreten könne.

b) Das von der Vorinstanz ihrem Entscheide zugrunde gelegte Ergebnis der Prüfung der objektiven Voraussetzungen der Sanierbarkeit beruht offensichtlich auf einer irrtümlichen Bezifferung der Kapitalschuldenlast der Rekurrentin, indem auch die verpfändeten Schuldbriefe mit ihrem vollen Nominalbetrag eingestellt sind, während die Beträge der faustpfandversicherten Forderungen in einigen Fällen niedriger sind, ohne dass den vorliegenden Akten im einzelnen entnommen werden könnte, welches die abzuziehenden Mehrbeträge sind. Genaueres hierüber dürfte nur unter Beiziehung eines Auszuges des Kollokationsplanes des eben abgeschlossenen Konkurses über die faustpfandversicherten Forderungen festgestellt werden können, auf den das vorliegende Lastenverzeichnis mehrfach verweist. Im Verhältnis zu einer etwas reduzierten Pfandschuldenlast erschiene dann der vom Privatexperten der Rekurrentin angegebene normale Ertrag von 5500 Fr. weniger gering, als die Vorinstanz angenommen hat.

c) Erst wenn der Gesamtbetrag der neu aufgenommenen Gelder einmal genau ermittelt worden ist, wird sich auch ein zuverlässiger Rückschluss auf die subjektive Voraussetzung der Sanierbarkeit, die Sanierungswürdigkeit der Rekurrentin, machen lassen, indem ihr anlässlich der Anhörung unter Ansetzung einer kurzen, aber doch angemessenen Frist aufzugeben sein wird, sich über die Art und Weise der Verwendung der neu aufgenommenen Gelder im einzelnen auszuweisen. Der Schluss auf mangelnde Fähigkeit zur Betriebsführung wird nur dann als begründet erscheinen, wenn es der Rekurrentin nicht gelingt, sich über entsprechende Investitionen auszuweisen, oder wenn ihr nicht zugutegehalten werden muss, dass die Umstellung des Betriebes natürlicherweise in den Anfangsjahren Betriebsausfälle zur Folge haben musste.

Seite: 41

d) Der Antrag der Rekurrentin, das Verfahren nicht auf die Kurrentforderungen auszudehnen, erscheint auf den ersten Blick dem «Bundesbeschluss» zu widersprechen, kann aber angesichts der ganz besonderen Umstände des Falles doch nicht von vorneherein als unzulässig bezeichnet werden. Da nämlich im letzten Jahre das Konkursverfahren über die Rekurrentin durchgeführt wurde, sie während dessen Dauer für Rechnung der Konkursmasse gearbeitet hat, und schliesslich erst einen Monat vor der Stellung des vorliegenden Gesuches ein Nachlassvertrag (Prozentvergleich) zustande gekommen und erfüllt worden ist, wird mit Sicherheit darauf geschlossen werden dürfen, dass die Rekurrentin gegenwärtig keine Kurrentschulden hat, ausser vielleicht solche aus Kreditgewährung zwecks Durchführung des Nachlassvertrages. Bei dieser Sachlage steht nichts entgegen, den unmittelbar vor dem Inkrafttreten der Vorschriften über die Zulässigkeit der Ausdehnung des Nachlassvertrages auf die Pfandschulden mit den Kurrentgläubigern geschlossenen Nachlassvertrag als antizipierten Bestandteil des Pfandnachlassverfahrens anzusehen, und darf daher der Schuldenruf, sowie das weitere Verfahren, füglich auf die Pfandschulden beschränkt werden, wobei in der Bekanntmachung der Grund dieses aussergewöhnlichen Vorgehens kurz anzugeben ist. Insbesondere erschiene es unbillig, den Kreditgeber, welcher der Rekurrentin den Nachlassvertrag ermöglicht haben mag, sofort einem Nachlass zu unterwerfen, obwohl er seinen Kredit zur Durchführung eines Nachlassvertrages gewährt hat, welcher der Sache nach, wenn zwar auch nicht formell, in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Pfandnachlassverfahren steht, indem doch erst jener Nachlassvertrag den Weg für das Pfandnachlassverfahren geebnet hat, als dieses durch den Bundesbeschluss vom 30. September 1932 möglich wurde. Dementsprechend wird dann aber auch die auf die ungedeckten Pfandzinsforderungen (und gegebenenfalls auch auf ungedeckte Pfandkapitalforderungen) nach Art. 5 des

Seite: 42

Bundesbeschlusses 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 Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung zurückgewiesen wird