

die bei Erlass des Zahlungsbefehls bestand und fällig war, selbst dann abzuweisen sei, wenn dem Schuldner in zwischen eine Einrede gegen die Forderung erwachsen ist. Dem Gläubiger durch Abweisung der Aberkennungsklage die Fortsetzung der Betreibung für eine nach Erlass des Zahlungsbefehls untergegangene Forderung zu ermöglichen, stünde mit dem materiellen Recht, dessen Verwirklichung das Betreibungsrecht und namentlich auch die Einrichtung der Aberkennungsklage zu dienen hat, in unerträglichem Widerspruch. In BGE 68 III 87 hat deshalb das Bundesgericht entschieden, dass der Schuldner im Aberkennungsprozess mit allen Einreden gegen die streitige Forderung zuzulassen sei, gleichgültig, ob sie vor oder nach Erlass des Zahlungsbefehls entstanden seien. Dass die Forderung und das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, schon bei Erlass des Zahlungsbefehls bestanden haben, ist also zwar notwendige Voraussetzung für die Abweisung der Aberkennungsklage, da der Schuldner sich nicht gefallen lassen muss, zu früh betrieben zu werden, und da sonst der vorzeitig betreibende Gläubiger gegen denjenigen Gläubigern, die korrekt vorgehen, im Vorteil wäre (BGE 68 III 88). Bestand und Fälligkeit der Forderung bei Erlass des Zahlungsbefehls reichen dagegen zur Abweisung der Aberkennungsklage nicht aus, sondern es besteht hiefür die weitere Voraussetzung, dass seit Erlass des Zahlungsbefehls keine Einreden gegen die Forderung entstanden sind. Bis zu welchem Stadium des Aberkennungsprozesses Einreden gegen die Forderung noch vorgebracht werden können, bestimmt das kantonale Prozessrecht (BGE 68 III 87). Das angefochtene Urteil ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Bundesvorschriften über die Aberkennungsklage nicht zu beanstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. Dezember 1945 bestätigt.

B. Rechtliche Schutzmassnahmen für die Hotelindustrie. Mesures juridiques en faveur de l'industrie hôtelière

ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULD- BETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER

ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

17. Entscheid vom 4. Juli 1946 i. S. Hypothekarkasse des Kantons Bern.

Hotelschutz, veränderliche Verzinsung (Verordnung von 1941/43, Gesetz von 1944): 1. Jährliche Verteilung des Gewinnes, Rechtsmittel. — 2. Ist die veränderliche Verzinsung für mehrere getrennt verpfändete Grundstücke bewilligt, so ist das Betriebsergebnis für jedes Grundstück gesondert zu ermitteln. Anders nur bei praktisch nicht trennbarer wirtschaftlicher Einheit mehrerer Grundstücke. Kriterien hiefür.

Mesures juridiques en faveur de l'industrie hôtelière. Intérêt variable (ordonnances de 1941 et 1943, loi du 28 septembre 1944): 1° Répartition annuelle du bénéfice. Voies de recours. — 2° Lorsque le plan prévoit un intérêt variable selon le résultat de l'exploitation et que l'entreprise comprend plusieurs immeubles hypothéqués séparément, le résultat de l'exploitation doit être déterminé de façon distincte pour chacun d'eux. Cette règle ne souffre exception que s'ils constituent une unité économique pratiquement indivisible. Circonstances déterminantes.

Misure giuridiche a favore dell'industria degli alberghi. Interesse variabile (ordinanze del 1941 e del 1943, legge 28 settembre 1944): 1. Riparto annuale dell'utile. Mezzi di ricorso. — 2. Se il piano di risanamento prevede un interesse variabile a seconda del risultato dell'esercizio e l'azienda comprende più immobili ipotecati separatamente, il risultato dell'esercizio dev'essere stabilito in modo distinto per ciascuno di essi. Questa regola è soggetta ad eccezione soltanto se essi formano un'unità economica praticamente indivisibile. Criteri determinanti.

A. — Die Aktiengesellschaft Storck in Interlaken erlangte im Jahr 1942 Hotelschutzmassnahmen für ihre Hotels Bellevue und Central, jenes in Interlaken, dieses in Unterseen gelegen. Damit wurde sie insbesondere der vom

Betriebsergebnis abhängigen Verzinsung ohne Minimum für die auf dem einen und die auf dem andern Hotel lastenden Pfandschulden teilhaftig, vorerst bis Ende 1943, dann aber von Rechts wegen weiterhin bis Ende 1944 (Verordnung vom 17. Dezember 1943) und nun auch für die Jahre 1945-47 (Gesetz vom 28. September 1944). Im Prüfungsbericht vom 7. September 1945 über das Geschäftsjahr 1944 stellte die Oberländische Hilfskasse, welche die Befugnisse der Schweizerischen Hotel-Treuhand-Gesellschaft im Gebiete des Kantons Bern ausübt, beim Hotel Bellevue einen Betriebsüberschuss von Fr. 4112.78, beim Hotel Central dagegen einen Betriebsverlust von Fr. 7077.27 (und beim Ballihaus, das schon seit 1914 nicht mehr dem Hotelbetrieb dient, einen Verlust von Fr. 1020.22) fest. Mit Hinweis auf das negative Gesamtergebnis verneinte sie die Voraussetzung zur Ausrichtung von Zinsen.

B. — Darüber beschwerte sich die Hypothekarkasse des Kantons Bern bei der Nachlassbehörde mit dem Antrag auf Zuerkennung eines Zinses zum gesetzlichen Maximalsatz von 3 ½ % (Art. 19 der Hotelschutzverordnung von 1941/43, Art. 20 des Hotelschutzgesetzes von 1944) = Fr. 2420.90 auf der ihr zustehenden I. Hypothek von Fr. 69,169.70 auf der Bellevue-Besitzung. Mit Entscheid vom 23. April 1946 abgewiesen, hält sie mit dem vorliegenden Rekurs am Beschwerdeantrage fest. Die Schuldnerin beantragt Abweisung des Rekurses. Die als zentrales Hilfsinstitut zur Vernehmlassung eingeladene Schweizerische Hotel-Treuhand-Gesellschaft spricht sich in einem Bericht vom 21. Juni 1946 für Gutheissung des Rekurses aus.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 40 in Verbindung mit den Art. 23 und 24 der Hotelschutzverordnung von 1941 wäre die Zulässigkeit des vorliegenden Rekurses zweifelhaft. Indessen ist

nun hierfür das Hotelschutzgesetz vom 28. September 1944, in Kraft seit dem 1. Januar 1945, massgebend. Dieses findet nach seinem Art. 90 Abs. 3 soweit möglich auch auf Verfahren Anwendung, die bei seinem Inkrafttreten schon bei der Nachlassbehörde hängig waren. Um so mehr gilt dies für das vorliegende, erst im Jahre 1945 hängig gewordene Beschwerde- und Rekursverfahren. Art. 59 des Hotelschutzgesetzes unterstellt der Weiterziehung wegen Gesetzesverletzung usw. ausdrücklich alle nach diesem Gesetz der Nachlassbehörde zustehenden Entscheidungen. Dazu gehören auch Beschwerdesachen im jeweiligen Verteilungsverfahren bei veränderlichem Zins. Wenn das Gesetz in Art. 25 hinsichtlich einer besondern Art solcher Beschwerdeführung sagt, die Nachlassbehörde entscheide endgültig, so will es damit nur — im Gegensatz zu Art. 24 der frühern Verordnung — die Anrufung des Richters ausschliessen, nicht etwa den Rekurs gegen den Entscheid der Nachlassbehörde an das Bundesgericht.

2. — Daraus, dass nach Verordnung und Gesetz der Hotelschutz dem Eigentümer des Hotels zukommt, schliesst die Vorinstanz, bei einem Eigentümer mehrerer Hotels sei auf das Ergebnis des « Gesamtunternehmens » abzustellen. Darnach entscheide sich bei veränderlichem Zins Möglichkeit und Umfang der auszurichtenden Zinse. Die Rekurrentin nimmt dagegen den Standpunkt ein, « dass sich bei separater Verpfändung mehrerer Objekte der Pfandgläubiger eines jeden derselben als dinglich Berechtigter an das Betriebsergebnis des ihm haftenden Grundstückes halten darf, sofern die verschiedenen Hotels keine wirtschaftliche Einheit bilden ». Die Schweizerische Hotel-Treuhand-Gesellschaft findet beim Fehlen einer zutreffenden Norm der Verordnung und nun des Gesetzes einen Anhaltspunkt in den Vorschriften über die Entschuldung, namentlich in Art. 38 Abs. 2 des Gesetzes und im Schlussabsatz von Art. 6 des Schätzungsreglementes vom 29. Dezember 1944, lautend : « Sind einzelne Teile des Hotelunternehmens getrennt verpfändet, so ist jeder

Teil besonders zu schätzen ». Diese Vorschrift wolle verhüten, dass in Entschuldungsverfahren der hintere Hypothekargläubiger eines « guten » Objektes zu Gunsten des Gläubigers auf einem « schlechten » Unterpfand Einbussen erleiden müsse. Dementsprechend sei bei veränderlichem Zins wenn möglich das Betriebsergebnis jedes getrennt verpfändeten Grundstückes durch detaillierte Betriebsrechnung genau festzustellen und ein Reinertrag in erster Linie den darauf berechtigten Grundpfandgläubigern zukommen zu lassen. Nur wo besondere Schwierigkeiten bestehen, so dass sich der Einzelertrag eines Pfandobjektes gar nicht ermitteln lasse, wie etwa allenfalls bei einem auf besonderem Grundstück errichteten Dépendance-Gebäude, einem Angestellten-Logishaus, einer Wäscherei, Garage und dergleichen, « die trotz getrennter Verpfändung wirtschaftlich nur Teile eines einheitlichen Hotelbetriebes sind », könne es angezeigt sein, das Gesamtergebnis des betreffenden Hotelbetriebes nach den Schätzungswerten auf die einzelnen dazu gehörenden Grundstücke aufzuteilen (wie dies JAEGER, Kommentar zur Hotelschutzverordnung von 1940, N. 6 zu Art. 19, aus reinen Zweckmässigkeitsgründen für ein solches Beispiel empfehle). Von solchen Fällen abgesehen, sei aber das Betriebsergebnis jedes Pfandgrundstückes einzeln zu ermitteln. « Würde dabei auf Grund rechnungsmässig genauer Erfassung festgestellt, dass der eine Betrieb lukrativ, der andere defizitär arbeitet, so betrachten wir es als unhaltbar, aus den Überschüssen des einen Objektes zuerst die Fehlergebnisse des andern abzudecken und dadurch die Hypothekargläubiger des rentablen Geschäfts um den Zinsgenuss zu bringen. Denn man käme auf diese Weise — für die Pfandgläubiger völlig unverständlich — zu zweierlei Recht, je nachdem, ob die beiden Betriebe zufällig ein und demselben Schuldner oder aber zwei verschiedenen Eigentümern gehören. »

Dem letztern Argument kann nicht entgegengehalten werden, der Hotelschutz bezwecke, dem Eigentümer unter Umständen auch einen vorderhand defizitären Betrieb zu

erhalten. Dies darf keineswegs durch Heranziehung des Ertrages eines ihm ferner gehörenden florierenden Betriebes geschehen, soweit dieser Ertrag den am betreffenden Grundstück pfandberechtigten Gläubigern zukommt. Und die Spezialität des Pfandrechts (Art. 797, 815 ZGB) ist eben auch für die Handhabung des veränderlichen Zinses als beherrschendes Prinzip anzuerkennen. Wie das Vorrecht jedes Pfandgläubigers auf den Erlös gerade des ihm verpfändeten Grundstückes soweit möglich zu wahren ist, weshalb das Bundesgericht eine gesamthafte Verwertung getrennt verpfändeter Grundstücke nur bei schwer trennbarer wirtschaftlicher Einheit zugelassen hat (BGE 63 III 8), so sind die Vorrechte der Pfandgläubiger am einzelnen Grundstück auch bei Anwendung des dem Eigentümer als Hotelier gewährten veränderlichen Zinsfusses soweit möglich zur Geltung zu bringen. Die Hotelschutzvorschriften (Art. 19 der Verordnung und nun auch Art. 20 des Gesetzes) stellen ja gleichfalls das Grundpfandrecht mit seinen zivilrechtlichen Grundlagen in den Vordergrund. Durch die Gewährung des veränderlichen Zinses wird jedes dieser Ordnung unterstellte Hotelgrundstück hinsichtlich der Zinsausrichtung zu einem nach bestimmten Regeln ausgestalteten Nutzpfaunde, und zwar eben je für die am einzelnen Grundstück pfandberechtigten Gläubiger. Im Rahmen des diesen zustehenden Zinsgenusses (bis zu 3 ½ % nach den erwähnten Vorschriften der Hotelschutz-erlasse) haben andere Gläubiger, insbesondere solche mit Pfandrecht lediglich an anderen Grundstücken, seien diese auch ihrerseits des veränderlichen Zinsfusses teilhaftig, keinen Anspruch. Ebenso wenig darf der Hoteleigentümer den von den Pfandansprüchen erfassten Reinertrag eines solchen Grundstückes zu irgendwelchen andern Zwecken verwenden, wie etwa zur Deckung von auf andern Grundstücken entstandenen Betriebsverlusten. Hiezu ist er, wie auch zur Erhaltung eines vorderhand geschlossenen Hauses, unter Umständen auf Beiträge des Hilfsinstitutes angewiesen, sofern nicht die notleidenden Grundpfand-

gläubiger selbst etwas beitragen (vgl. Art. 808 ff., 819 ZGB). Übrigens ist nicht von vornherein ausgemacht, dass er, zumal eine Aktiengesellschaft, zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz beide Hotels nötig habe. Notfalls muss er das defizitäre Hotel fahren lassen und für allfällige Pfandausfallschulden ergänzende Sanierungsmassnahmen nachsuchen. Der Reinertrag jedes Hotelgrundstückes ist also den daran pfandberechtigten Gläubigern bis zu einem Zinsbetrag von $3 \frac{1}{2} \%$ verfangen und lässt sich nicht mit dem allenfalls mindern Ertrag oder Ausfall anderer Grundstücke vermengen, sofern diese nicht wirtschaftlich untrennbar mit jenem zu einer Einheit verbunden sind. Nur auf einen allfälligen Überschuss nach Ausrichtung dieses Zinssatzes an alle am betreffenden Grundstück pfandberechtigten Gläubiger erstreckt sich deren Vorrecht nicht. Ein solcher Überschuss gehört zum unbelasteten Vermögen des Hoteliers.

3. — Der Zinsanspruch der Rekurrentin ist demnach angesichts des beim Hotel Bellevue erzielten Betriebsgewinnes zu schützen. Die Gewinnermittlung als solche wurde nicht angefochten. Die Vornahme von Abschreibungen ist eine interne Angelegenheit der Schuldnerin. Die Rechte der Hypothekargläubiger des einen und des andern Hotels werden dadurch nicht berührt. Gewiss besteht Veranlassung, aus den reichlich fliessenden Erträgen des einen Geschäftes das andere Pfandobjekt abzuschreiben. Dafür stehen aber nach dem Gesagten nur die nach Erfüllung der gesetzlichen Zinsansprüche der Pfandgläubiger verbleibenden Überschüsse zur Verfügung, die nicht allenfalls für sonstige Verbindlichkeiten verwendet werden müssen.

Dass das Hotel Bellevue einen Betrieb für sich darstellt, der nicht untrennbar mit dem (auf der andern Seite der Aare, in einer andern Gemeinde, angeblich in einer Entfernung von 200 bis 300 Metern gelegenen) Hotel Central verbunden ist, steht ausser Zweifel. Nach unbestrittenen Angaben der Rekurrentin waren Betriebsleitung, Küche und Personal immer getrennt und besteht auch vom wirt-

schaftlichen Standpunkt aus kein Bedürfnis zum Zusammenschluss, da jedes der beiden Hotels « für sich punkto Grösse zu der Kategorie zählt, die den rationellsten Typ darstellt ». Dass nur das eine Hotel ein Garage hat, das auch von den Gästen des andern Hotels benutzt wird, ändert an der Selbständigkeit der beiden Betriebe nichts, auch nicht die gegenseitige Aushilfe und die Zuweisung von Gästen bei Platzmangel des einen Hauses. All dies kann auch im Verhältnis zwischen Hotels verschiedener Eigentümer vorkommen, die damit ihre Selbständigkeit ebenfalls nicht einbüssen. Daraus ergeben sich nur gewisse Vergütungen des einen Betriebes an den andern. Auch darauf kommt nichts an, ob die Geschäftsbücher tatsächlich mehr oder weniger getrennt geführt werden. Richtigerweise sind sie getrennt zu führen, eben um die Ermittlung des Betriebsergebnisses jedes Betriebes einzeln zu ermöglichen und den Ansprüchen der Pfandgläubiger Rechnung zu tragen. Wie sich aus den Akten ergibt, erfordert denn auch die völlige Trennung der Betriebsbuchhaltungen (natürlich ohne die Generalunkosten, die angemessen zu verlegen sein werden) keinerlei erhebliche Umstellungen in der Betriebsorganisation. Gegen die Rechte der Pfandgläubiger am einzelnen verpfändeten Grundstück kommt vollends nicht die Zusammenfassung der zwei Hotels durch die Zweckumschreibung der Aktiengesellschaft in den Statuten auf. Jene Rechte müssen gegenüber einer Aktiengesellschaft ebenso zur Geltung kommen wie gegenüber einer die beiden Hotels zu Eigentum besitzenden natürlichen Person.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen und der Rekurrentin auf dem Darlehen von Fr. 69,169.70, lastend im 1. Rang auf dem Hotel Bellevue, für das Jahr 1944 ein Zins von $3 \frac{1}{2} \%$ = Fr. 2420.90 zuerkannt.