Urteilskopf

85 III 146

33. Entscheid vom 2. Oktober 1959 i.S. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG gegen Gazzola und Konsorten.
Regeste (de):
Eröffnung des Konkurses über eine Bank (Art. 36 BankG, 55 Abs. 2 VV).

1. Die Frist zur Weiterziehung des kantonalen Konkurserkenntnisses läuft von der Zustellung des mit Begründung versehenen Entscheides an (Art. 19 SchKG, 77 Abs. 1 OG). Aufschiebende Wirkung nach Art. 36 SchKG kann schon vorher verlangt und erteilt werden (Erw. 1).

2. Darf das Konkursgericht ein erst nach dem Konkursbegehren hängig gewordenes Gesuch um bankenrechtliche Stundung (Art. 29 BankG, 46 VV) in entsprechender Anwendung von Art. 173 a SchKG berücksichtigen? Frage offen gelassen. Ein solches Gesuch fällt jedenfalls nicht mehr in Betracht, wenn es erst seit dem kantonalen Konkurserkenntnis gestellt worden ist (Erw. 2).

3. Zu einem Konkursbegehren nach Art. 190 SchKG ist jeder einzelne Gläubiger befugt, gleichgültig ob seine Forderung schon fällig ist (Erw. 3).

4. Wann liegt Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG vor? (Erw. 4).

5. Weiterziehung an das Bundesgericht wegen Unangemessenheit (Art. 55 Abs. 2 VV): Sie kommt nur in Frage, wenn und soweit der angefochtene Entscheid in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt war (Erw. 5).

Regeste (fr):
Ouverture de la faillite d'une banque (art. 36 LB et 55 al. 2 du règlement d'exécution).

1. Le délai pour recourir contre le jugement de faillite cantonal court dès la notification de la décision motivée (art. 19 LP et 77 al. 1 OJ). Mais l'effet suspensif selon l'art. 36 LP peut être requis et accordé auparavant (consid. 1).

2. Le juge de la faillite peut-il, en appliquant par analogie l'art. 173 a LP, tenir compte d'une demande de sursis (art. 29 LB et 46 du règlement d'exécution) déposée après la réquisition de faillite? Question laissée indécise. En tout cas, une telle demande ne peut plus être prise en considération lorsqu'elle est déposée après le jugement de faillite cantonal (consid. 2).

3. Chaque créancier peut requérir la faillite selon l'art. 190 LP, que sa créance soit exigible ou non (consid. 3).

4. Quand le débiteur a-t-il suspendu ses paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP? (consid. 4).

5. Recours au Tribunal fédéral pour le motif que la mesure prise n'est pas appropriée aux circonstances (art. 55 al. 2 du règlement d'exécution): il n'est possible que si et dans la mesure où la décision à prendre dépendait de l'appréciation de l'autorité compétente (consid. 5).

Regesto (it):
Apertura del fallimento di una banca (art. 36 LBCR e 55 cp. 2 del regolamento d'esecuzione).

1. Il termine per ricorrere contro la sentenza cantonale di fallimento decorre dalla notificazione della decisione motivata (art. 19 LEF e 77 cp. 1 OG). L'effetto sospensivo secondo l'art. 36 LEF può però essere chiesto e concesso già prima (consid. 1).

2. Può il giudice del fallimento, applicando per analogia l'art. 173 a LEF, tener conto di una domanda di moratoria (art. 29 LBCR e 46 del regolamento di esecuzione) presentata dopo la domanda di fallimento? Questione lasciata indecisa. In ogni caso, siffatta domanda non può più essere presa in considerazione quando sia stata presentata dopo la sentenza cantonale di fallimento (consid. 2).

3. Ogni creditore può chiedere il fallimento secondo l'art. 190 LEF, sia il suo credito esigibile o no (consid. 3).

4. Quando ha il debitore sospeso i suoi pagamenti giusta l'art. 190 cp. 1 num. 2 LEF? (consid. 4).

5. Ricorso al Tribunale federale per il motivo che il provvedimento preso sarebbe inadeguato (art. 55 cp. 2 del regolamento d'esecuzione): esso è possibile soltanto se e in quanto la decisione da prendere dipendeva dall'apprezzamento dell'autorità competente (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 147

A.- Gegen Organe der rekurrierenden Bank sind seit 1957 Strafuntersuchungen namentlich wegen Übertretung bankgesetzlicher Vorschriften hängig. Am 13. August 1959 wurde der eine Direktor, Max Kaufmann, wegen Kollusionsgefahr in Haft gesetzt, worüber das Polizeirichteramt Zug in der Presse eine Mitteilung erscheinen liess. Nach der Einvernahme des aus dem Ausland zurückgekehrten

andern Direktors, Albert Zürcher, wurde Direktor Kaufmann am Sonntag, dem 16. August, aus der Haft entlassen. Die Bank hielt in der darauffolgenden Woche zwar ihre Schalter weiterhin offen; an den Eingangstüren war jedoch folgende Bekanntmachung angeschlagen: "Konto-Korrent, Einlagehefte, Sparhefte, Depositen-Konto, Kassa-Obligationen. Auf Grund der am letzten Wochenende erfolgten Publikation befürchten wir einen sogenannten ‚Run'. Aus vorsorglichen Gründen und zur Abwendung von Privilegien werden bis auf weiteres keine Kapitalrückzüge vorgenommen." Demgemäss verweigerte die Bank jede solche Kapitalauszahlung. Gläubiger, die auf schriftlichem Wege Kapital abzuheben wünschten, erhielten ein vervielfältigtes Schreiben zugestellt, dem zu entnehmen war: "Wir besitzen Ihre Zuschrift vom ... und teilen Ihnen höflich mit, dass in letzter Zeit von gewisser Seite mindestens sehr tendenziöse, kreditschädigende Publikationen erschienen sind. Zur Selbstverteidigung und zur rechtsgleichen Wahrung aller Gläubigerinteressen haben wir zur Abwendung eines sogenannten ‚Run' auf unsere Bank vorübergehend jede Auszahlung zu Lasten der Anlage-Konti gesperrt. Wir hoffen, den Zahlungsdienst, wenn die Sache einmal etwas abgeebnet ist, in circa drei bis vier Wochen wieder aufnehmen zu können." Unter dem 19. August 1959 erliess die Bank folgende Mitteilung an die Presse: "...
3. Seit Jahren liegt unsere Bank im Rechtsstreit mit der eidg. Bankenkommission wegen der Bewertung einzelner Aktivpositionen. Die Bankbilanzen sind Jahr für Jahr durch die aktienrechtliche Kontrollstelle geprüft und

für richtig befunden worden. Die Verbindlichkeiten der Bank sind gemäss diesen Bilanzen und Kontrollberichten durch die vorhandenen Aktiven gedeckt.

B.- Indessen hatten bereits am 18. August 1959 fünf Gläubiger der Bank beim Kantonsgericht Zug als der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 36 Abs. 5 BankG die sofortige Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin wegen Einstellung der Zahlungen (Art. 190 Ziff. 2 SchKG) verlangt.

C.- Nach Durchführung einer Parteiverhandlung und Einvernahme des Direktors Kaufmann eröffnete das Kantonsgericht am 25. August 1959, 17 Uhr, über die Bank den Konkurs. Als Konkursverwaltung bezeichnete das Gericht die von der eidgenössischen Bankenkommission vorgeschlagene Schweizerische Treuhandgesellschaft in Zürich.

D.- Die Bank erhielt das Konkurserkenntnis zunächst, am 26. August 1959, nur im Dispositiv zugestellt, mit dem Vermerk, die vollständige Ausfertigung des Entscheides werde ihr später zugehen. Gleichen Tages erhob sie Rekurs an das Bundesgericht gemäss Art. 55 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum Bankengesetz, mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Konkursbegehren, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen. Sie behielt sich eine Ergänzung der Rekursbegründung nach Empfang des vollständigen Entscheides vor und verlangte, dass dem Rekurs aufschiebende Wirkung beigelegt werde, was geschah. Nach Zustellung des mit Begründung ver sehenen Entscheides am 28. August reichte die Bank am 7. September eine zusätzliche Rekursbegründung ein.

E.- Die Gläubiger, die das Konkursbegehren gestellt hatten, trugen auf Abweisung des Rekurses an. Die Bankenkommission äusserte sich am 4. September zum vorläufigen Rekurs und am 17. September zur Rekursergänzung, ohne einen formellen Antrag zu stellen.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Entscheidungen der als einzige kantonale Instanz eingesetzten Konkursgerichte unterliegen dem Rekurs an das Bundesgericht nach den Vorschriften über die Weiterziehung von Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs (Art. 55 Abs. 2 VV zum BankG). Somit läuft die Weiterzugsfrist vom Empfang des mit Begründung versehenen Entscheides an (Art. 19 SchKG, 77 Abs. 1 OG). Es ist daher auch auf die

binnen dieser Frist eingereichte Rekursergänzung einzutreten. Anderseits stand der Rekurrentin frei, bereits im vorläufigen Rekurs die Erteilung aufschiebender Wirkung nachzusuchen. Diesem Gesuche war mit Rücksicht auf die in Frage stehenden Interessen und auf die Unvollständigkeit der Akten zu entsprechen. Es waren die Entscheidungsgründe des Kantonsgerichts und die allfällige Rekursergänzung abzuwarten, die in der Tat einging, worauf noch Vernehmlassungen eingeholt wurden (Art. 81 OG).

2. In der ergänzenden Begründung verweist die Rekurrentin auf das von ihr erst seit dem angefochtenen Entscheid eingereichte Stundungsgesuch nach Art. 29 BankG. Dieses Gesuch kann jedoch nicht mehr als Grund zur Aussetzung des Entscheides über die Konkurseröffnung berücksichtigt werden. Nach Art. 46 Abs. 2 VV zum BankG ist ein Stundungsgesuch vorweg zu erledigen, wenn es vor dem Konkursbegehren angebracht worden ist, was hier nicht zutrifft. Freilich erhebt sich die Frage, ob nicht die bei der Teilrevision des SchKG vom 28. September 1949 eingeführte "Kann"-vorschrift des Art. 173 a auch auf Gesuche um bankenrechtliche Stundung anwendbar sei, ob also ein solches Gesuch, wenn auch nicht unbedingt, so doch unter Umständen nach Ermessen des Konkursgerichts, ebenso wie ein Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung oder einer Notstundung die Aussetzung des Konkurserkenntnisses zu rechtfertigen vermöge, sofern es auch nur vor dessen Ausfällung hängig gemacht worden ist. Die Bejahung dieser Frage liegt nahe angesichts des Art. 32 Abs. 1 BankG, wonach die bankenrechtliche Stundung die in Art. 317 g SchKG umschriebenen Wirkungen einer Notstundung hat. Wie dem aber auch sei, kann ein Gesuch um bankenrechtliche Stundung nicht mehr zur Aussetzung des Konkurserkenntnisses führen, wenn es erst nach einer in kantonaler Instanz ausgesprochenen Konkurseröffnung gestellt wird. Im Rekursverfahren vor Bundesgericht ist ein solches Stundungsgesuch - als eine

erst seit dem angefochtenen Entscheid eingetretene Tatsache - nach den auch hier anwendbaren Vorschriften über die Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen (Art. 75 ff. OG) nicht zu beachten. Das Bundesgericht hat die kantonalen Entscheidungen lediglich gemäss dem ihnen zu Grunde liegenden Tatbestande zu überprüfen. Damit stimmt überein, dass neue Begehren, Tatsachen, Bestreitungen und Beweismittel vor Bundesgericht nicht anbringen kann, wer dazu im kantonalen Verfahren Gelegenheit hatte (Art. 79 Abs. 1 Satz 2). Die Rekurrentin wurde zum Konkursbegehren angehört; wäre es aber nicht der Fall gewesen, so stünde ihr nur zu, die Vorbringen nachzuholen, die sie in kantonaler Instanz hätte machen können, also sich auf damals bereits eingetretene Tatsachen zu berufen, die das Konkursgericht nach ihrer Ansicht hätte berücksichtigen sollen. Das Stundungsgesuch, das sie nun geltend macht, lag zur Zeit der vorinstanzlichen Entscheidung nicht nur nicht vor, sondern die Rekurrentin erklärte vor Kantonsgericht noch ausdrücklich, es für überflüssig zu halten. Der Vorinstanz kann somit auch nicht etwa vorgeworfen werden, sie habe die Konkurseröffnung in übereilter Weise ausgesprochen, statt einem unmittelbar bevorstehenden Stundungsgesuch Raum zu geben. Vielmehr hat sich die Bank erst nach dem vorinstanzlichen Entscheide zur Einreichung des Stundungsgesuches entschlossen, das daher nicht geeignet sein kann, zur Anfechtung des kantonalen Entscheides zu dienen. Dessen Rechtmässigkeit ist ausschliesslich auf Grund der bei seiner Ausfällung bereits gegebenen Verhältnisse zu beurteilen.

3. Belanglos ist der Einwand, der eine der fünf Gesuchsteller sei (als blosser Mit-, nicht Alleininhaber zweier Sparhefte) nicht legitimiert gewesen, ein Konkursbegehren zu stellen. Jedenfalls war auf die Begehren der vier andern Gesuchsteller einzutreten. Die Rekurrentin hält freilich dafür, auch deren Begehren seien, mangels Fälligkeit ihrer Forderungen, unzulässig gewesen. Diesem Einwand hält

die Vorinstanz entgegen, angesichts der an den Eingangstüren ausgehängten Mitteilung wäre es zwecklos gewesen, die Sparhefte zur Abhebung eines Kapitalbetrages vorzuweisen. Daher seien die Sparguthaben bis zum Betrage von je Fr. 500.– spätestens mit der Stellung des Konkursbegehrens fällig geworden. Die Frage der Fälligkeit spielt indessen gar keine Rolle. Zu einem Konkursbegehren nach Art. 190 SchKG ist jeder Gläubiger

berechtigt, gleichgültig ob seine Forderung fällig ist oder nicht (JAEGER, N. 2 zu Art. 190 SchKG; JAEGER-DAENIKER, Praxis, ebendort). Nicht nur ist nach dem Wortlaut des Gesetzes Fälligkeit der Forderung nicht vorausgesetzt; es entspricht auch dem Zweck der Vorschrift, die Gläubiger beim Vorliegen eines der betreffenden Konkursgründe ohne Rücksicht auf die Fälligkeit ihrer Forderungen in solcher Weise zu schützen. Mit der Konkurseröffnung wird die Fälligkeit dann eben herbeigeführt (Art. 208 SchKG), sofern es sich nicht um Forderungen mit Pfandrecht an Grundstücken des Schuldners handelt, die jedoch im Konkurse gleichfalls berücksichtigt werden (Art. 259/135 SchKG).

4. Zur Frage, ob eine Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Ziff. 2 SchKG vorliege (d.h. ob dieser Konkursgrund im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides vorgelegen habe), stellt die Rekurrentin eine Reihe neuer Beweisanträge, die nach der bereits erwähnten Norm des Art. 79 Abs. 1 OG ausser Betracht fallen müssen. Nur dem Antrag auf Beizug eines Berichtes der Bankenkommission als eines mit amtlichen Aufgaben betrauten und mit den Verhältnissen vertrauten unparteiischen Organs konnte entsprochen werden (Art. 81 OG). Die vor Kantonsgericht beantragte Befragung von Direktor Kaufmann hat in der Verhandlung vom 25. August 1959 stattgefunden. Es erübrigte sich, diese Befragung inbezug auf die Überschuldungsfrage zu ergänzen und einen Bericht der aktienrechtlichen Kontrollstelle, Curator AG, einzuholen, wie die Rekurrentin es laut den vor Bundesgericht vorgelegten Plaidoyernotizen in der vorinstanzlichen Verhandlung verlangte.

Ist doch die Curator AG laut ihrem Bericht vom 27. April 1959 zur Bilanz und zur Gewinn- und Verlustrechnung der Rekurrentin (Seite 8 des von dieser dem Kantonsgericht vorgelegten Jahresberichtes 1958) nicht in der Lage, den inneren Wert gewisser Aktivposten zu beurteilen. Vielmehr ist auf die bankengesetzlichen Revisionsberichte abzustellen, denen amtlicher Charakter zukommt (Art. 18 ff. BankG, Art. 30 ff. VV). Nach der Vernehmlassung der Bankenkommission und dem von ihr vorgelegten Revisionsbericht der "Experta" war die Rekurrentin Ende September 1958 mindestens im Betrage von Fr. ... überschuldet. Dass die von ihr gemäss Art. 727 OR bestimmte Kontrollstelle (Curator AG) zu weniger grossen - übrigens unter gewissen Vorbehalten genannten - Überschuldungszahlen kam, vermag diese Tatsache nicht zu entkräften. Im übrigen hat die Rekurrentin der Vorinstanz keine konkreten Belege über die Möglichkeit einer baldigen Sanierung unterbreitet, sondern nur ihre Absicht betont, die Zahlungen in zwei bis drei Wochen wieder aufzunehmen. Die neuen Ausführungen in der Rekursergänzung (S. 3-5) sind unbeachtlich. Sie wären auch gar nicht geeignet, die Ergebnisse der bankengesetzlichen Revisionen zu widerlegen. Tun sie doch gerade dar, dass die Rekurrentin ihre Verpflichtungen nicht mehr aus eigenen Mitteln erfüllen kann, sondern schwer überschuldet ist und nur mit grossen (angeblich - unter Bedingungen - zugesicherten) fremden Mitteln sich sanieren könnte. Unter diesen Umständen lässt sich gegen die auf Art. 190 Ziff. 2 SchKG gestützte Konkurseröffnung rechtlich nichts einwenden. Nach Ansicht der Rekurrentin liegt zwar weder eine allgemeine noch eine dauernde und endgültige Zahlungseinstellung vor: Die Sperre betreffe nur die in der Mitteilung an die Kundschaft genannten Geschäftszweige. Auf andere Verpflichtungen, z.B. den Zinsendienst oder neue, nach Erlass der Sperre zur Abwicklung gelangende Geschäfte, beziehe sich diese Massnahme nicht.

Sie sei sodann nur für kurze Zeit vorgesehen. Beide Standpunkte erweisen sich aber als unhaltbar. a) Von der Einstellung "seiner" Zahlungen ist nicht nur bei Einstellung sämtlicher Zahlungen zu sprechen. Die Anwendung von Art. 190 Ziff. 2 SchKG ist auch schon dann gerechtfertigt, wenn sich die Zahlungssperre auf einen wesentlichen Teil des Geschäftsbetriebes bezieht. So verhält es sich, wenn eine Bank, wie im vorliegenden Falle, ihrem ganzen Kundenkreis aus dem Kontokorrent -, Sparheft-, Kassa-Obligationen - Geschäft usw. mitteilt,

sie leiste keine Zahlungen mehr. Wie die Vorinstanz an Hand des Jahresberichtes 1958 der Rekurrentin feststellt, handelt es sich dabei wert- und zahlenmässig um den überwiegenden Teil der Gläubiger. Die Behauptung, andere Verpflichtungen würden weiterhin erfüllt, ist übrigens durch nichts belegt. Dazu kommt, dass Zahlungen an einzelne Gläubiger bei der gegebenen Sachlage auf eine Gläubigerbegünstigung hinauslaufen würden, wie die Bankenkommission zutreffend bemerkt. b) Um einer in solchem Umfang erfolgten Einstellung der Zahlungen die Bedeutung eines Konkursgrundes im Sinne von Art. 190 Ziff. 2 SchKG abzusprechen, müsste man sie auf aussergewöhnliche Umstände vorübergehender Natur zurückführen können, so dass die Zahlungsfähigkeit nicht in Frage gestellt wäre. Einen solchen Sachverhalt vermag die Rekurrentin nicht darzutun. Wohl mag die Verhaftung eines Direktors und deren Bekanntwerden eine plötzliche "Run"-Gefahr geschaffen haben. Die hierauf von der Bank angeordnete Zahlungssperre liess aber eine auf wirklicher Zahlungsunfähigkeit beruhende Gefahr für die Gläubigergesamtheit vermuten. Dies um so mehr, als seit längerer Zeit Strafuntersuchungen gegen Organe der Bank hängig sind und sie, laut ihrer eigenen Mitteilung an die Presse, seit Jahren wegen der Bewertung von Aktivpositionen "im Rechtsstreit mit der eidgenössischen Bankenkommission liegt". Zur Entkräftung dieser Vermutung hätte es konkreter Beweise der Zahlungsfähigkeit

bedurft, wie sie ordentlicherweise die bankengesetzlichen Revisionsberichte bieten. Der Rekurrentin standen aber solche Ausweise nicht zur Verfügung, da die massgebenden Berichte ungünstig lauten. Nicht einmal einen bestimmten Termin der Wiederaufnahme der Zahlungen konnte sie dem Konkursgericht nennen, wie sie denn auch in ihrer Bekanntgabe an die Kunden nur in unbestimmter Weise die Aufhebung der Sperre in einigen Wochen in Aussicht gestellt hatte. Berücksichtigt man die oben erwähnten Ursachen der Zahlungsschwierigkeiten, so ist vollends ausgeschlossen, den in Frage stehenden Konkursgrund zu verneinen. In Wahrheit liegt eine Zahlungseinstellung bis auf weiteres, auf unbestimmte Zeit, vor, somit eine dauernde im Sinne des Art. 190 Ziff. 2 SchKG, d.h. eine nicht erwiesenermassen bloss vorübergehende Zahlungseinstellung (vgl. FRITZSCHE, II, S. 30/31).

5. Falls der angefochtene Entscheid als rechtmässig befunden wird, möchte ihn die Rekurrentin dennoch nicht gelten lassen, da er unangemessen, d.h. unzweckmässig sei. Denn einerseits ziehe der Konkurs einer Bank mit Sicherheit für viele Gläubiger eine erhebliche Gefährdung ihrer Rechte nach sich, und anderseits erscheine es als untunlich, einen so zahlreiche Gläubiger in Mitleidenschaft ziehenden Konkurs mit seinen weitreichenden Auswirkungen auf das Begehren einiger weniger Gläubiger auszusprechen. Diese Betrachtungsweise vermag gegenüber Art. 190 Ziff. 2 SchKG nicht durchzudringen. Allerdings können nach dem zweiten Satz von Art. 55 Abs. 2 VV zum BankG alle Entscheide des Konkursgerichtes und der Nachlassbehörde auch wegen Unangemessenheit an das Bundesgericht weitergezogen werden (abweichend von Art. 19 SchKG, wonach der Rekurs an das Bundesgericht in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, im Unterschied zu den im Bereich der kantonalen Instanzen geltenden Art. 17 und 18 SchKG, nur wegen Gesetzwidrigkeit zulässig ist, abgesehen von der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung). Indessen hat jene

Vorschrift von Art. 55 VV zum BankG vor allem die Fälle im Auge, in denen das Konkursgericht oder die Nachlassbehörde als Beschwerdeinstanz gegenüber der Konkursverwaltung (gemäss Art. 36 Abs. 2 BankG) oder dem Kommissär (gemäss Art. 37 Abs. 2 BankG) geurteilt hat. In einem solchen Falle ist die Weiterziehung an das Bundesgericht ebenso wie die Beschwerde an die kantonale Instanz auch wegen Unangemessenheit

zulässig (vgl. z.B. BGE 62 III 192 Erw. 3, ferner ROSSY/REIMANN, Schweizerisches Bankengesetz, N. 2 der Vorbem. zu Art 36 ff., S. 69). Dieser Beschwerde- und Weiterziehungsgrund fällt aber nur in Betracht, wenn und soweit eine Entscheidung in das Ermessen der zuständigen Beamten und Behörden gestellt ist. Wo eine bestimmte Amtshandlung oder Verfügung beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen geboten ist, sei es dass sie auf Antrag eines Berechtigten oder von Amtes wegen vorgenommen bzw. getroffen werden soll, bleibt kein Raum für die Verweigerung oder Unterlassung aus Gründen der Angemessenheit oder Zweckmässigkeit. Das hiesse nichts anderes als sich über ein gesetzliches Gebot aus vom Gesetz nicht anerkannten Gründen hinwegsetzen. Aus diesem Gesichtspunkt erweist sich nun insbesondere die Anfechtung eines gegen eine Bank ergangenen Konkurserkenntnisses wegen Unangemessenheit als unzulässig, gesetzt auch, die erwähnte Norm der VV zum BankG sei grundsätzlich auch auf andere als im Beschwerdeverfahren ergangene Entscheidungen des Konkursgerichts zu beziehen. Die Anwendung der Art. 171/72, 189 und 190 ff. SchKG ist eben keine Frage der Angemessenheit. Da hier der von den Gesuchstellern geltend gemachte Konkursgrund vorlag, war die Konkurseröffnung auszusprechen. Die Anzahl der Gesuchsteller war hiebei gleichgültig, da nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 190 SchKG jeder Gläubiger die Konkurseröffnung verlangen kann. Die besondere Frage, ob einer andern Art der Liquidation oder einer Sanierung der Vortritt vor der Eröffnung

des Konkurses zu gewähren sei, stellt sich im vorliegenden Falle nicht, da zur Zeit des angefochtenen Entscheides kein anderes Verfahren hängig war (oben Erw. 2). Während Art. 46 Abs. 2 VV zum BankG die Aussetzung des Konkurserkenntnisses geradezu gebietet, wenn vor dem Konkursbegehren ein Stundungsgesuch der Bank gestellt worden ist, lässt sich ein später, immerhin vor dem Entscheid über das Konkursbegehren, angebrachtes Stundungsgesuch höchstens in entsprechender Anwendung von Art. 173a SchKG, also nach richterlichem Ermessen, als allfälliger Grund zur Aussetzung des Konkurserkenntnisses berücksichtigen. Ob diese neue Vorschrift auf Bankenstundungsgesuche entsprechend anzuwenden sei, ist Rechtsfrage; ob sich die Aussetzung des Konkurserkenntnisses auf Grund dieser Bestimmung (deren Anwendbarkeit vorausgesetzt) im einzelnen Falle rechtfertige, eine Frage der Angemessenheit. Hier ist aber, wie in Erw. 2 dargelegt wurde, weder zu jener Rechtsfrage noch zu der sich bei deren Bejahung erhebenden Ermessensfrage Stellung zu nehmen, da der tatsächliche Vorgang, an den sich die beiden Fragen knüpfen würden, sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereignet hat und daher nach den Vorschriften über den Rekurs an das Bundesgericht nicht mehr in Betracht fällt.

6. Die dem Rekurs nach Art. 36 SchKG erteilte aufschiebende Wirkung ändert nichts daran, dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid gemäss Art. 75 ff. OG lediglich auf Grund der bei seiner Ausfällung bereits eingetretenen Tatsachen zu beurteilen hat. Dagegen hat die Aufschiebung des Vollzuges des kantonalen Konkurserkenntnisses nun zur Folge, dass als Datum der Konkurseröffnung dasjenige des heutigen Entscheides zu gelten hat, der erst den Hinfall der aufschiebenden Wirkung des Rekurses ausspricht. Nach früherer Auffassung wäre bei Erteilung aufschiebender Wirkung "das ganze Konkurserkenntnis suspendiert"; "wird es aber von der Berufungsinstanz bestätigt, so ist nicht etwa das Datum ihres

Erlassen, sondern dasjenige des erstinstanzlichen Erkenntnisses für den Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestimmend" (so JAEGER, N. 1 zu Art. 175 SchKG). Diese Betrachtungsweise stand im Einklang mit der Praxis der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, wonach die in erster Instanz ausgesprochene Konkurseröffnung als solche rechtskräftig wird, auch wenn Berufung eingelegt und ihr aufschiebende Wirkung erteilt wird,

vorausgesetzt nur, dass der Berufungsentscheid dann auf Bestätigung lautet. Denn die aufschiebende Wirkung hemme nicht sowohl die Rechtskraft, als vielmehr bloss die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Konkurserkenntnisses (vgl. BGE 46 I 365 ff., BGE 47 I 205 ff.). Später setzte sich jedoch eine abweichende Ansicht durch, die JAEGER-DAENIKER, Praxis (N. 1 zu Art. 175 SchKG) mit Hinweis auf VETSCH (in SJZ 33 S. 152) dahin umschreibt, die Wirkung der Konkurseröffnung trete bei Weiterziehung des erstinstanzlichen Konkurserkenntnisses und Erteilung aufschiebender Wirrkung "erst in dem Moment ein, wo die aufschiebende Wirkung dahinfällt, also entweder das erstinstanzliche Erkenntnis bestätigt wird, oder im Zeitpunkt des Rückzuges der Berufung oder der Aufhebung der Suspensivwirkung". In diesem Sinne hat sich nun die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts in mehreren Entscheiden ausgesprochen (BGE 53 III 204 ff. und namentlich BGE 79 III 43 ff., wo eingehend zu abweichenden Lehrmeinungen Stellung genommen wird; damit übereinstimmend die Ausführungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer in BGE 54 III 11, wonach Rechtsgeschäfte, die der Schuldner während der Hängigkeit seiner Berufung gegen das erstinstanzliche Konkurserkenntnis abschliesst, dann, wenn dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung beigelegt wurde, als vor der Konkurseröffnung abgeschlossen zu gelten haben). An dieser Betrachtungsweise (vgl. FRITZSCHE II 15 oben) ist festzuhalten, auch aus der praktischen Erwägung, dass es nicht wohl angeht, die Wirkungen einer infolge Anwendung von Art. 36 SchKG

im Weiterziehungsverfahren nicht eher bekannt gemachten Konkurseröffnung, namentlich die Konkursfolgen gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG, gleichwohl mit dem unter Umständen mehrere Monate zurückliegenden Datum des erstinstanzlichen Konkurserkenntnisses eintreten zu lassen. Das Datum der Konkurseröffnung ist somit das des heutigen Entscheides, und zwar das der Ausfällung, womit die Rechtskraft eintritt (Art. 38 OG).

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:
1.- Der Rekurs wird abgewiesen und der angefochtene Entscheid bestätigt. 2.- Die dem Rekurs vom 27. August 1959 verliehene aufschiebende Wirkung fällt dahin. Datum der Konkurseröffnung: 2. Oktober 1959, 11 Uhr.