Urteilskopf

95 III 60

11. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Juni 1969 i.S. Bank Koschland & Hepner AG
Regeste (de):
Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) einer Bank.

1. Bestätigungsverfahren vor der kantonalen Nachlassbehörde für Banken (Art. 37 Abs. 5 BankG, Art. 52 der VV zum BankG, Art. 8 ff. VNB; Erw. 2).

2. Weiterziehung des Entscheides der kantonalen Nachlassbehörde an das Bundesgericht (Art. 53 Abs. 2 VV, Art. 19 SchKG, Art. 75 ff. OG, Art. 19 VNB; Art. 6 Ziff. 3 des Bundesgerichtsreglements; Erw. 3 und 1).

3. Annahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger (Art. 52 Abs. 2 VV, Art. 13 VNB, Art. 305 Abs. 2 und 3 SchKG; Erw. 4).

4. Materielle Voraussetzungen der Bestätigung des von einer Bank vorgeschlagenen Liquidationsvergleichs (Art. 37 Abs. 6 BankG, Art. 306 Abs. 1 SchKG). Auch wenn die Bankorgane unredliche und sehr leichtfertige Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen haben, kann der Liquidationsvergleich genehmigt werden, wenn er sich nach menschlicher Voraussicht für die Gläubiger günstiger auswirken wird als der Konkurs (Änderung der Rechtsprechung). Umstände, die diese Annahme rechtfertigen (Erw. 5, 6).

5. Ernennung der Liquidatoren und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (Art. 24 lit. b VNB). Öffentliche Bekanntmachung des Bestätigungsentscheides; Mitteilungen an das Handelsregisteramt, das Betreibungsamt und die Grundbuchämter der Orte, wo die Schuldnerin Grundeigentum besitzt (Art. 20 VNB, Art. 308 SchKG) (Erw. 7).

Regeste (fr):
Concordat par abandon d'actif proposé par une banque.

1. Procédure d'homologation devant l'autorité cantonale de concordat pour les banques (art. 37 al. 5 LB, art. 52 du Règlement d'exécution de la loi sur les banques et les caisses d'épargne, ci-après RE; art. 8 ss OTF concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne, ci-après OTF; consid. 2).

2. Recours au Tribunal fédéral contre la décision de l'autorité concordataire cantonale (art. 53 al. 2 RE, art. 19 LP, art. 75 ss OJ, art. 19 OTF; art. 6 ch. 3 du Règlement du Tribunal fédéral; consid. 3 et 1).

3. Acceptation du concordat par les créanciers (art. 52 al. 2 RE, art. 13 OTF, art. 305 al. 2 et 3 LP; consid. 4).

4. Conditions de fond requises pour l'homologation d'un concordat par abandon d'actif proposé par une banque (art. 37 al. 6 LB, art. 306 al. 1 LP). Même lorsque les organes de la banque ont commis au détriment des créanciers des actes déloyaux ou d'une grande légèreté, le concordat par abandon d'actif peut être homologué lorsqu'il apparaît probable que ses effets seront plus favorables aux créanciers que la faillite (changement de jurisprudence). Circonstances qui justifient un pareil pronostic (consid. 5 et 6).

5. Nomination des liquidateurs et des membres de la commission des créanciers (art. 24 lettre b OTF). Publication de la décision d'homologation; communication au préposé au registre du commerce, à l'Office des poursuites et aux conservateurs du registre foncier des lieux où la débitrice possède des immeubles (art. 20 OTF, art. 308 LP; consid. 7).

Regesto (it):
Concordato con abbandono dell'attivo proposto da una banca

1. Procedura d'omologazione davanti all'autorità cantonale dei concordati per le banche (art. 37 cpv. 5 LBCR, art. 52 RE della LBCR, art. 8 e segg. RTF concernente la procedura del concordato per le banche e le casse di risparmio, in seguito RTF; consid. 2).

2. Ricorso al Tribunale federale contro la decisione dell'autorità cantonale dei concordati (art. 53 cpv. 2 RE, art. 19 LEF, art. 75 e segg. OG, art. 19 RTF; art. 6 num. 3 del Regolamento del Tribunale federale; consid. 3 e 1).

3. Approvazione del concordato da parte dei creditori (art. 52 cpv. 2 RE, art. 13 RTF, art. 305 cpv. 2 e 3 LEF; consid. 4).

4. Requisiti materiali per l'omologazione d'un concordato con abbandono dell'attivo proposto da una banca (art. 37 cpv. 6 LBCR, art. 306 cpv. 1 LEF). Anche se gli organi della banca hanno commesso a pregiudizio dei creditori atti disonesti o molto inconsiderati, il concordato con abbandono dell'attivo può essere omologato qualora appaia probabile che i suoi effetti saranno più vantaggiosi per i creditori che non il fallimento (cambiamentodella giurisprudenza). Circostanze che giustificano un simile pronostico (consid. 5 e 6).

5. Nomina dei liquidatori e dei membri della delegazione dei creditori (art. 24 lett. b RTF). Pubblicazione della decisione d'omologazione; comunicazione all'ufficiale del registro di commercio, all'ufficio di esecuzione e agli ufficiali del registro fondiario dei luoghi in cui la debitrice possiede immobili (art. 20 RTF, art. 308 LEF; consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 62

BGE 95 III 60 S. 62

A.- Die Bank Koschland & Hepner AG in Zürich, die im Jahre 1954 gegründet worden war und seit 1956 in Montreux eine Filiale betrieb, musste am 14. Dezember 1967 infolge eines Ansturms auf ihre Kassen, der durch das Bekanntwerden von geschäftlichen Schwierigkeiten und von zwei Strafklagen gegen Bankorgane ausgelöst worden war, ihre Schalter schliessen und die Zahlungen einstellen. Sie ersuchte am 15. Dezember 1967 um Stundung im Sinne von Art. 29 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG), zog dieses Gesuch aber am 3. Januar 1968 zurück, nachdem eine Überschuldung festgestellt worden war, und ersuchte am 9. Januar 1968 um Nachlassstundung. Das Handelsgericht des Kantons Zürich als Nachlassbehörde für Banken entsprach diesem Gesuch am 19. Januar 1969 und ernannte die Gesellschaft für Bankrevisionen in Zürich zur Sachwalterin. Diese beantragte in ihrem Bericht vom 13. November 1968 die Bestätigung des von der Schuldnerin vorgeschlagenen Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Sie verwies dabei auf ein Angebot der Schweizerischen Bankgesellschaft, die Aktiven der Schuldnerin zu Fr. 28 000 000.– zu übernehmen. Am 19. November 1968 reichte die Schuldnerin den bereinigten Entwurf für einen Nachlassvertrag ein. Er lautet: "1.- Die Bank Koschland & Hepner AG, Zürich, mit Filiale in Montreux, räumt ihren Gläubigern das Dispositionsrecht über ihr Vermögen (mit Einschluss grundbuchlicher Verfügungen) im Sinne von Art. 316a SchKG und Art. 23 der Verordnung betr. das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen ein.
2.- Die Gläubiger erklären, sich für ihre Forderungen aus dem Verwertungserlös der Aktiven des Schuldners befriedigen zu wollen. Sie verzichten ausdrücklich auf die Nachforderung eines sich bei der Liquidation ev. ergebenden Ausfalles.
3.- Die Liquidationsmasse umfasst alle schuldnerischen Aktiven einschliesslich allfällige Verantwortlichkeits-

ansprüche; soweit die

BGE 95 III 60 S. 63

Liquidationsmasse auf die
Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet, ist das Abtretungsverfahren gemäss den Bestimmungen des Konkursrechts (Art. 260 SchKG) durchzuführen. Für Verkauf en bloc oder Entscheidungen im Interessenwerte von über Fr. 50000.– hat der Liquidator die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen.
4.- Zur Feststellung der am Liquidationsergebnis teilnehmenden Gläubiger und ihrer Rangstellung wird das Kollokationsverfahren gemäss den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt.
5.- Das den Gläubigern gemäss Ziff. 1 hievor eingeräumte Verfügungsrecht wird durch einen von der Nachlassbehörde zu wählenden Liquidator ausgeübt, der die Liquidationsmasse auch vor den Gerichten zu vertreten hat. Für die Prozessführung können vom Liquidator nötigenfalls auch Anwälte bestellt werden.
Der Liquidator vertritt die Firma Bank Koschland & Hepner AG in Nachlassliquidation rechtsgültig gegen aussen.
6.- Die Nachlassbehörde wählt einen dreigliedrigen Gläubigerausschuss und bezeichnet dessen Vorsitzenden.
Für das Zustandekommen gültiger Beschlüsse des Gläubigerausschusses ist die Zustimmung von mindestens zwei Mitgliedern des Gläubigerausschusses nötig.
7.- Scheiden der Liquidator oder Mitglieder des Gläubigerausschusses aus irgendeinem Grunde aus, so hat die Nachlassbehörde die erforderlichen Ersatzwahlen zu treffen.
8.- Die Abgrenzung der Befugnisse des Liquidators gegenüber denjenigen des Gläubigerausschusses sowie die Art und Weise der Liquidation richten sich nach dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, der Vollziehungsverordnung dazu, der Verordnung des Bundesgerichtes betr. das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen und dem SchKG Art. 316a bis 316t sowie nach Ziff. 3, Abs. 2 des vorliegenden Liquidationsvergleichs. 9.- Als Publikationsorgane werden bestimmt:
das Schweizerische Handelsamtsblatt
die Amtsblätter der Kantone Zürich und Waadt
die Neue Zürcher Zeitung
die Tribune de Lausanne.
10.- Dieser Vertrag tritt mit rechtsgültiger Bestätigung durch die Nachlassbehörde in Rechtskraft."

Am 20. November 1968 teilte die Schweizerische Bankgesellschaft der Schuldnerin mit, sie könne wegen erheblicher Verschlechterung der Aktiven seit ihrem vier Monate zurückliegenden ersten Angebot nur noch Fr. 22 000 000.– anbieten, wobei es nach wie vor die Meinung habe, dass ein allfälliger Mehrerlös unter Berücksichtigung ihrer Liquidationskosten den Gläubigern zur Verfügung gestellt würde. Am 27. November 1968 befürwortete

BGE 95 III 60 S. 64

die Sachwalterin die Bestätigung des Nachlassvertrags auch in Ansehung dieser neuen Lage.

B.- Der Entwurf des Nachlassvertrages und die in Art. 10 Abs. 1 der Verordnung des Bundesgerichts betr. das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 (VNB) genannten Unterlagen wurden für die Gläubiger vom 9. Dezember 1968 bis 7. Januar 1969 zur Einsicht aufgelegt. Innert dieser Frist erhoben S. Kraus-Adler im Namen von zehn Gläubigern, Frau Else Funk im Namen von Frau Ruth Wiener, Rechtsanwalt Dr. M. Lebedkin im Namen von M. Rotenberg und Rechtsanwalt Dr. P. Gissinger im Namen verschiedener

Inhaber von Nummernkonti Einwendungen gegen den Nachlassvertrag. Am 14. Januar 1969 gab die Sachwalterin ihren Bericht über die erhobenen Einwendungen ab (Art. 13 VNB). Die Gläubiger erhielten Gelegenheit, diese Einwendungen und den Bericht der Sachwalterin vom 24. Januar bis 6. Februar 1969 einzusehen. An der Verhandlung vor Handelsgericht vom 26. Februar 1969 hielt Rechtsanwalt Dr. Gissinger die im Namen seiner Klienten erhobene Einsprache nicht aufrecht. Der Vertreter Rotenbergs beantragte die Verwerfung des Nachlassvertrags. Die weiteren Opponenten waren an der Verhandlung nicht vertreten.
Mit Entscheid vom 26. Februar 1969 lehnte das Handelsgericht die Bestätigung des Nachlassvertrags ab, weil Organe der Schuldnerin unredliche Handlungen begangen hätten, weil die Geschäfte der Bank auch abgesehen von diesen Verfehlungen sehr unfachgemäss und leichtfertig geführt worden seien und weil nicht mit Bestimmtheit erwartet werden könne, dass der Nachlassvertrag für die Gläubiger vorteilhafter wäre als der Konkurs.

C.- Gegen diesen (ihr am 12. März 1969 zugestellten) Entscheid hat die Schuldnerin am 21. März 1969 rechtzeitig an das Bundesgericht rekurriert mit dem Antrag, "den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und das Begehren der Gesuchstellerin und Rekurrentin um Bestätigung des vorgeschlagenen Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gutzuheissen". Dem Rekurs wurde am 28. März 1969 aufschiebende Wirkung erteilt. Der öffentlichen Urteilsberatung, die der Schuldnerin, der Sachwalterin und den verbliebenen Opponenten angekündigt

worden war, wohnten der Vertreter der Schuldnerin sowie Organe der Sachwalterin bei. Das Bundesgericht schützt den Rekurs, hebt den angefochtenen Entscheid mit Ausnahme des Kostenspruchs auf, bestätigt den vorgeschlagenen Liquidationsvergleich, ernennt die Sachwalterin zur Liquidatorin, bestellt den Gläubigerausschuss, auferlegt der Rekurrentin die Kosten des Rekursverfahrens und ordnet die vorgeschriebenen Mitteilungen und öffentlichen Bekanntmachungen an.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Der Rekurs wurde entsprechend der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts gerichtet. Nach Art. 6 Ziff. 3 des Bundesgerichtsreglements vom 21. Oktober 1944 ist er jedoch von der II. Zivilabteilung zu behandeln.

2. Das BankG regelt in Art. 37 Abs. 6 die materiellen Voraussetzungen der Bestätigung des von einer Bank vorgeschlagenen Nachlassvertrages. Über das Verfahren, das dem Entscheid über die Bestätigung oder Verwerfung des Nachlassvertrages vorauszugehen hat, bestimmt es nur, eine Gläubigerversammlung finde nicht statt; die Gläubiger seien öffentlich aufzufordern, allfällige Einwendungen gegen den zu ihrer Einsicht aufzulegenden Nachlassvertragsentwurf geltend zu machen (Art. 37 Abs. 5).
Die vom Bundesrat am 30. August 1961 erlassene Vollziehungsverordnung zum BankG (VV) sagt in Art. 44, in welchen Blättern die öffentlichen Bekanntmachungen im Nachlassverfahren zu erfolgen haben, enthält in Art. 52 Abs. 1 und 2 nähere Bestimmungen über die Auflegung des Nachlassvertragsentwurfs und die Einwendungen der Gläubiger und sieht in Art. 52 Abs. 4 vor, das Bundesgericht könne für das Nachlassverfahren weitere Vorschriften aufstellen, die vom Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) abweichen dürfen. Die Verordnung, die das Bundesgericht in Ausführung der entsprechenden Bestimmung (Art. 54 Abs. 5) der durch die VV vom 30. August 1961 ersetzten VV zum BankG vom 26. Februar 1935 am 11. April 1935 erlassen und am 26. Februar 1936 ergänzt hat (VNB), erklärt in ihrer Einleitung, für die Durchführung

eines Nachlassverfahrens gegenüber einer dem BankG unterstehenden Firma seien neben den Vorschriften in Art. 37

BGE 95 III 60 S. 66

BankG und Art. 54-56 (nun 52-54) VV die Bestimmungen des 11. Titels des SchKG mit den nachfolgenden ergänzenden und abändernden Bestimmungen massgebend, und befasst sich in Art. 8 ff. mit dem Bestätigungsverfahren. Das Verfahren, das dem angefochtenen Entscheid vorausging, entspricht den einschlägigen Vorschriften. Insbesondere erfolgten die vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachungen, und zwar nicht bloss in den durch Art. 44 VV bezeichneten Amtsblättern, sondern auch in Tageszeitungen. Darüber hinaus wurde die Verfügung vom 14. Januar 1969, durch welche der Termin zur Verhandlung über den Nachlassvertrag festgesetzt, die Auflegung der Einwendungen und des Sachwalterberichts angeordnet und die Gläubiger über die ihnen nach Art. 14 VNB zustehenden Rechte unterrichtet wurden, den opponierenden Gläubigern besonders mitgeteilt, obwohl weder das SchKG (vgl. JAEGER N. 1 zu Art. 300, N. 6 zu Art. 304 SchKG) noch die Sondervorschriften über das Bankennachlassverfahren eine solche Mitteilung ausdrücklich vorschreiben.

3. Für die Beschwerdeführung gegen Entscheide der Banken-Nachlassbehörde gelten nach Art. 53 Abs. 2 Satz 1 VV die Vorschriften über die Weiterziehung von Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs an das Bundesgericht, also Art. 19 SchKG und Art. 75 ff. des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG); dies mit der Abweichung, dass alle Entscheide der Nachlassbehörde nicht nur wegen Gesetzwidrigkeit im Sinne von Art. 19 SchKG, sondern auch wegen Unangemessenheit an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 53 Abs. 2 Satz 2 VV) und dass die Frist zur Weiterziehung von Entscheiden über die Bestätigung oder Verwerfung des Nachlassvertrags nicht bloss zehn Tage, sondern zwanzig Tage von der schriftlichen Mitteilung des Entscheides an beträgt (Art. 19 Abs. 1 VNB). Der nach Art. 53 Abs. 2 Satz 1 VV anwendbare Art. 81 OG, wonach die Einholung von Vernehmlassungen (sowie die Einziehung weiterer amtlicher Akten) dem Bundesgericht freigestellt, also ins Ermessen des Bundesgerichts gestellt ist, wird ergänzt durch Art. 19 Abs. 3 VNB, der bestimmt, das Bundesgericht könne auch ausnahmsweise die rekurrierenden Parteien, den Schuldner und den Sachwalter zu einer mündlichen Verhandlung vorladen. Die Praxis, die sich auf die in Art. 307 SchKG vorgesehene Weiterziehung des Entscheides

BGE 95 III 60 S. 67

über den Nachlassvertrag an die vom Kanton gemäss Art. 23 Ziff. 3 SchKG aufgestellte obere kantonale Nachlassbehörde im gewöhnlichen Nachlassverfahren bezieht, ist für die Weiterziehung des Entscheides über den Nachlassvertrag einer Bank an das Bundesgericht nicht massgebend. Sie verlangt im übrigen die Anhörung der Gläubiger durch die obere Instanz nur unter der doppelten Voraussetzung, dass die betreffenden Gläubiger an der erstinstanzlichen Verhandlung teilgenommen haben und dass vor zweiter Instanz Nova zugelassen werden (oder dass die Vorbringen vor erster Instanz nicht protokolliert wurden) (BGE 42 I 116f.,BGE 25 I 401/402). Im vorliegenden Falle gab die von der Vorinstanz ohne Angabe einer Belegstelle getroffene Feststellung, die Sachwalterin halte die Einbringung von 6-8 Millionen Franken (worunter 2-3 Millionen von schweizerischen Schuldnern) über die bereits eingegangenen 18 Millionen hinaus für durchaus denkbar, dem bundesgerichtlichen Instruktionsrichter Anlass, einen Bericht der Sachwalterin einzuholen. Zur Einholung weiterer Vernehmlassungen oder zur Anordnung einer mündlichen Verhandlung bestand dagegen kein Grund. Die Beteiligten hatten vor Handelsgericht Gelegenheit, sich einlässlich zu äussern. Der Rekurs wirft keine wesentlichen Fra-

gen auf, die nicht schon im kantonalen Verfahren zur Diskussion gestanden hätten. Es genügte daher, der Schuldnerin, der Sachwalterin und den verbliebenen Opponenten den Termin der öffentlichen Urteilsberatung anzuzeigen.

4. Bestätigt werden kann nur ein von den Gläubigern angenommener Nachlassvertrag. Gläubiger, die innert der Frist, während welcher der Nachlassvertragsentwurf zur Einsicht aufliegt, keine Einwendungen erheben, gelten nach Art. 52 Abs. 2 Satz 2 VV als Gläubiger, die dem Entwurf zugestimmt haben. Ebenso sind auch Gläubiger zu behandeln, welche die innert Frist erhobenen Einwendungen nachträglich fallen gelassen haben, wie das hier für die von Rechtsanwalt Dr. Gissinger vertretenen Gläubiger zutrifft. Der Nachlassvertrag gilt nach Art. 13 VNB als angenommen, wenn nicht mehr als ein Drittel der im Passivenverzeichnis stehenden Gläubiger mit einem mehr als ein Drittel des Gesamtbetrags der Forderungen ausmachenden Forderungsbetrage gegen die Bestätigung des Nachlassvertrags Einwendungen erhoben haben. Im Zeitpunkt des Entscheides der Vorinstanz lagen nur noch

Einwendungen von zwölf Gläubigern mit Forderungen von zusammen Fr. 870 037.85 vor (wovon Fr. 851 721.15 auf die bestrittene Forderung Rotenbergs entfallen). Das Passivenverzeichnis enthält demgegenüber 3341 Gläubiger mit Forderungen von insgesamt rund 57,3 Millionen Franken. Die Zahl der opponierenden Gläubiger und deren Forderungen erreichen also bei weitem nicht ein Drittel der Gesamtzahl der Gläubiger bzw. des Gesamtbetrags der Forderungen. Dabei bleibt es auch dann, wenn man bei der Berechnung der Gesamtzahl der Gläubiger und des Gesamtbetrags der Forderungen die privilegierten Gläubiger (deren Zahl in den Akten nicht angegeben, aber unzweifelhaft verhältnismässig sehr gering ist) mit ihren Forderungen (die nach dem Status per 19. Januar 1968 zusammen mit den verrechenbaren Forderungen rund 6,4 Millionen Franken ausmachen) entsprechend Art. 305 Abs. 2 SchKG ausser Betracht lässt. Der Nachlassvertrag ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als angenommen zu betrachten, ohne dass im Sinne von Art. 305 Abs. 3 SchKG zu prüfen wäre, ob die bestrittene Forderung Rotenbergs mitzuzählen sei.

5. Gemäss Art. 37 Abs. 6 BankG ist der Nachlassvertrag nur zu genehmigen, wenn die Voraussetzungen von Art. 306 SchKG erfüllt sind und wenn sich ausserdem nach Prüfung aller Verhältnisse ergibt, dass die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger durch den Nachlassvertrag besser gewahrt werden als durch die Konkursliquidation. Da die Rekurrentin ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) vorgeschlagen hat, fallen, wie die Vorinstanz mit Recht erklärt, die in Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG genannten Voraussetzungen ausser Betracht. Nach Art. 306 Abs. 1 SchKG kann die Nachlassbehörde die Bestätigung des Nachlassvertrags verweigern, wenn der Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger unredliche oder sehr leichtfertige Handlungen begangen hat. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die Rekurrentin zugunsten ausländischer Banken gegen eine zum Teil nicht ihr, sondern den Mitgliedern ihres Verwaltungsrats gutgeschriebene Provision für sehr hohe Beträge Garantien erteilt, die gemäss interner Abmachung nicht in Anspruch genommen werden sollten, zur Täuschung der gesetzlichen Revisionsstelle Depotbelege über angeblich zur Deckung dieser Garantien

hinterlegte, in Wirklichkeit nicht vorhandene Wertpapiere hergestellt, Wechsel mit der nachgemachten Unter-

schrift eines (angeblich damit einverstandenen) Kunden versehen, ihren Geschäftsbetrieb sehr mangelhaft organisiert und geführt, wiederholte Beanstandungen der Revisionsstelle nicht beachtet, bei der Gewährung von Krediten (namentlich Wechselkrediten) allgemein anerkannte Geschäftsgrundsätze missachtet und den Mitgliedern ihres Verwaltungsrats übersetzte Vergütungen ausgerichtet, was alles den Gläubigern unmittelbar oder mittelbar zum Nachteil gereichte. Die Annahme der Vorinstanz, die Strafuntersuchung, die wegen der zum Schein erteilten Garantien eingeleitet wurde, habe zu massiven Abhebungen und damit zum Schalterschluss und wenigstens mittelbar zu einer Gefährdung der Gläubiger geführt, beruht entgegen der Behauptung der Rekurrentin nicht offensichtlich auf einem Versehen (vgl. zu diesem Begriff BGE 91 II 277 mit Hinweisen, 334); denn sie kann sich auf den Bericht der Sachwalterin vom 13. November 1968 stützen. Die übrigen "Korrekturen", welche die Schuldnerin an einzelnen Feststellungen der Vorinstanz anzubringen sucht, betreffen nebensächliche Punkte und vermögen am Tatbestand, wie er vorstehend zusammengefasst wurde, nichts zu ändern. Auf Grund dieses Tatbestandes hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, die Rekurrentin habe zum Nachteil ihrer Gläubiger unredliche und sehr leichtfertige Handlungen begangen. Das wird denn auch im Rekurs nicht bestritten. Eine solche Handlungsweise des Schuldners führt jedoch nicht ohne weiteres zur Verwerfung des Nachlassvertrages; denn Art. 306 SchKG sagt in seiner heutigen (seit dem 1. Februar 1950 geltenden) Fassung nicht mehr wie früher, die Bestätigung eines von den Gläubigern angenommenen Nachlassvertrages erfolge nur, wenn der Schuldner nicht zum Nachteil seiner Gläubiger unredliche oder sehr leichtfertige Handlungen begangen hat (und die weiteren gesetzlichen Voraussetungen zutreffen), sondern lautet wie erwähnt dahin, dass die Nachlassbehörde die Bestätigung verweigern "kann", wenn der Schuldner so gehandelt hat. Die sog. Nachlasswürdigkeit des Schuldners ist also heute nicht mehr eine unerlässliche Voraussetzung für die Genehmigung eines Nachlassvertrags. Diese kann zwar grundsätzlich auch heute noch wegen unredlicher oder sehr leichtfertiger Handlungen des Schuldners verweigert werden. Zumal bei einem Liquidationsvergleich, durch den der Schuldner sein

Geschäft aufgibt, kann dagegen die Bestätigung im Interesse der Gläubiger als geboten erscheinen, auch wenn der Schuldner nicht "nachlasswürdig" ist (BGE 87 III 37).

6. Im Anschluss an die Feststellung, dass der in Art. 37 Abs. 6 BankG enthaltene Hinweis auf Art. 306 SchKG seit der Revision des SchKG auf die heute geltende Fassung dieser Bestimmung zu beziehen ist und dass sich die erfolgte Änderung der Voraussetzungen für die Bestätigung eines Nachlassvertrags daher auch im Nachlassverfahren der Banken und Sparkassen auswirken muss, führte das Bundesgericht in BGE 87 III 37 /38 aus, die Genehmigung des Nachlassvertrages einer Bank oder Sparkasse könne also dem Grundsatze nach wegen unredlicher oder sehr leichtfertiger Handlungen der Schuldnerin verweigert werden; anders verhalte es sich, "wenn der vorgeschlagene Nachlassvertrag ein Liquidationsvergleich ist, von dem nach den gegebenen Umständen mit Bestimmtheit angenommen werden muss, er sei für die Gläubiger vorteilhafter als der Konkurs"; lasse sich dagegen diese letzte Annahme nicht rechtfertigen, so sei die Genehmigung nach Art. 37 Abs. 6 BankG in jedem Falle zu verweigern. Soweit mit diesen Ausführungen gesagt werden wollte, der Nachlassvertrag einer Bank oder Sparkasse könne nur genehmigt werden, wenn mit Bestimmtheit anzunehmen sei, er sei für die Gläubiger günstiger als der Konkurs, kann daran nicht festgehalten werden. Der Zusatz "mit Bestimmtheit" verschärft die gesetzlichen Voraussetzungen der Bestätigung. Art. 37 Abs. 6 BankG verlangt in dieser Beziehung nur, dass sich nach Prüfung aller Verhältnisse "ergibt", dass der Nachlassvertrag den Interessen der Gläubigergesamtheit besser dient als der Konkurs. Würde die Bestätigung voraussetzen, dass ein solcher Vorteil mit Bestimmtheit zu erwarten ist, so wäre sie abgesehen vom Falle, dass Dritte bedeutende Zuschüsse zur Finanzierung des Nachlassvertrags versprechen, nur selten möglich, da sich regelmässig nicht bestimmt voraussagen lässt, ob der Nachlassvertrag oder der Konkurs den Gläubigern mehr einbringen wird. Das die Wahrung der Gläubigerinteressen betreffende Erfordernis für die Bestätigung des Nachlassvertrags einer Bank oder Sparkasse muss daher als erfüllt gelten, wenn sich der Nachlassvertrag nach menschlicher Voraussicht für

die Gläubiger günstiger auswirken wird als der Konkurs. Bei Prüfung der Frage, ob durch den Nachlassvertrag die Gläubigerinteressen besser gewahrt werden als durch den Konkurs,

BGE 95 III 60 S. 71

im Falle einer nicht nachlasswürdigen Bank strengere Anforderungen zu stellen als im Falle einer nachlasswürdigen, ist namentlich dann nicht gerechtfertigt, wenn ein Liquidationsvergleich vorgeschlagen wird und die Bankfirma eine juristische Person ist, wie es hier zutrifft. In einem solchen Falle ist, wie der Vertreter der Rekurrentin mit Recht hervorhebt, das Erfordernis der Nachlasswürdigkeit überhaupt wenig sinnvoll. Es handelt sich hier, anders als in der Regel beim Prozent- oder Stundungsvergleich, nicht darum, dem Schuldner durch Opfer der Gläubiger eine Sanierung und die Fortführung des Geschäftes zu ermöglichen, was Bedenken wecken kann, wenn der Schuldner unredliche oder sehr leichtfertige Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen hat (vgl. SCHODER, ZBJV 1952 S. 433, und BGE 87 III 37). Die juristische Person hört vielmehr nach durchgeführter Nachlassliquidation zu bestehen auf. Bestraft werden kann sie selbst nicht, wogegen die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit ihrer Organe und die Ansprüche aus allfälligen anfechtbaren Handlungen im Falle des Liquidationsvergleichs wie im Falle des Konkurses bestehen bleiben (vgl. Art. 31 und 37 VNB). Der Entscheid über den von der Rekurrentin vorgeschlagenen Liquidationsvergleich hängt daher einzig davon ab, ob dieser Nachlassvertrag für die Gläubiger voraussichtlich vorteilhafter sei als der Konkurs. a) Beim Entscheid hierüber ist vorab die eigene Ansicht der Gläubiger zu beachten; denn es ist anzunehmen, dass die Gläubiger sich bei ihrer Stellungnahme zum Nachlassvertrag vom Bestreben leiten lassen, ihre Interessen möglichst gut zu wahren. Wie sich aus Erwägung 4 hievor ergibt, haben nur 12 von über 3000 Gläubigern an ihren Einwendungen gegen den Nachlassvertrag festgehalten und machen die Forderungen dieser Gläubiger nur ca. 1,5% aller Forderungen bzw. 1,7% der nicht privilegierten und nicht verrechenbaren Forderungen aus. Lässt man die bestrittene und nach den vorliegenden Akten nicht liquide Forderung Rotenbergs, der mit seinen Einwendungen wohl Sonderinteressen verfolgt, ausser Betracht, so schmilzt die Oppositionsgruppe auf 11 Gläubiger mit Forderungen von ca. Fr. 18 300.– zusammen. Es ist also davon auszugehen, dass eine überwältigende Mehrheit der Gläubiger mit Forderungen, die zusammen den weitaus grössten Teil der Kurrentforderungen ausmachen, den Nachlassvertrag dem Konkurs vorzieht. b) Diese Stellungnahme der Gläubiger ist sachlich begründet.

BGE 95 III 60 S. 72

Unter den Aktiven der Rekurrentin befinden sich bedeutende Posten, die sich voraussichtlich in einer Nachlassliquidation mit ihrem freieren Verfahren (vgl. Art. 34 VNB) günstiger verwerten lassen als im Konkurs (der nach Art. 270 SchKG grundsätzlich innert sechs Monaten abgeschlossen werden sollte, so dass die Konkursverwaltung z.B. in der Wahl des Zeitpunktes der Verwertung nicht so frei ist wie der Nachlassliquidator; vgl. REIMANN, Kommentar zum BankG, 1963, N. 8 zu Art. 36 BankG, S. 104). Hierin unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Falle BGE 87 III 33 ff., wo die Nachlasspetentin nicht darauf hinzuweisen vermochte, dass gewisse Aktiven vorhanden seien, die sich im Nachlassliquidationsverfahren besser verwerten liessen als im Konkurs (a.a.O. S. 39). Die Vorinstanz fand allerdings, der Nachlassvertrag wäre für die Gläubiger auf Grund des Angebots der Schweizerischen Bankgesellschaft, die Aktiven zu 22 Millionen Franken zu übernehmen, "nur dann günstiger, wenn im Konkursfalle voraussichtlich nicht weitere 4 Millionen Franken [über die schon eingebrachten 18 Millionen hinaus]flüssig gemacht werden könnten"; die Vertreter der Sachwalterin hielten es aber für durchaus denkbar, dass noch maximal 6-8 Millionen eingehen, darunter 2-3 Millionen von schweizerischen Schuldnern; somit bestehe die Möglichkeit, im Falle des Konkurses mehr zu lösen als die von der Schweizerischen Bankgesellschaft angebotenen 22 Millionen. Dass die Sachwalterin die ihr zugeschriebene Auffassung über den im Konkursfall erzielbaren Erlös vertrete, ergibt sichjedoch weder aus ihren Berichten

vom 13. und 27. November 1968 und 14. Januar 1969 noch aus dem Protokoll der Verhandlung vom 26. Februar 1969. Nach dem vom bundesgerichtlichen Instruktionsrichter eingeholten Bericht vom 23. April 1969 (vgl. Erw. 3 hievor) rechnet die Sachwalterin bei einer Liquidation im Rahmen des vorgeschlagenen Nachlassverfahrens mit einem weiteren Eingang von rund 7,7 Millionen, wovon 4,1 Millionen aus dem Inland und 3,6 Millionen aus dem Ausland. Inbezug auf die inländischen Aktiven dürfte das Ergebnis bei Liquidation im Nachlass- oder im Konkursverfahren ungefähr gleich sein. Anders bezüglich der ausländischen Aktiven. Bei den Wechseln auf das Ausland (70 in Deutschland domizilierte Bezogene mit einem Schuldbetrag von rund 5 Millionen Franken) befürchtet die Sachwalterin im Konkursfall wesentlich

empfindlichere Einbussen als bei einer Nachlassliquidation. Die Auffassung der Vorinstanz, der Konkurs stehe einer Klageerhebung im Ausland nicht entgegen, verharmlost die mit einem Konkurs verbundenen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten. Anderseits unterschätzt die Vorinstanz die Vorteile, welche die Verwertung der noch nicht realisierten Aktiven durch eine sie zu diesem Zweck übernehmende Bank, die über weitreichende Beziehungen und eine ausgedehnte Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse verfügt, zumal bei den ausländischen Aktiven bietet. Diese Vorteile dürften nicht nur beim Inkasso der Auslandwechsel, sondern vor allem auch bei der Verwertung der Whiskypartien, die der Rekurrentin als Pfand für Kontokorrentforderungen von Fr. 1770 000.– haften und in britischen Lagerhäusern hinterlegt sind, zur Geltung kommen. Auch abgesehen von diesen Vorteilen macht es im übrigen einen wesentlichen Unterschied aus, ob die vorhandenen schwer einbringlichen Aktiven nach kaufmännischen Grundsätzen und unter Berücksichtigung der Martklage oder konkursmässig (und unter dem Eindruck des Konkurses, der namentlich im Ausland zu Spekulationen verleiten kann) liquidiert werden. Höchst wahrscheinlich sind die von der Schweizerischen Bankgesellschaft angebotenen 22 Millionen freilich auch im Konkurs einzubringen. Denn 18 Millionen stehen bereits zur Verfügung, und von den noch nicht verwerteten Aktiven liegen 4,1 Millionen im Inland. Die Bankgesellschaft hat sich indessen verpflichtet, den Gläubigern den Mehrerlös nach Abzug ihrer Liquidationskosten zur Verfügung zu stellen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz besteht kein Anlass, diese Verpflichtung nicht ernst zu nehmen, d.h. daran zu zweifeln, dass die Bank sich ernstlich um die Erzielung eines Mehrerlöses bemühen werde. Das Angebot der Schweizerischen Bankgesellschaft bedarf im übrigen noch der Annahme. Es steht den Liquidationsorganen frei, es abzulehnen und eine allfällige günstigere Offerte zu berücksichtigen oder eine andere Art der Verwertung zu wählen (vgl. Art. 34 VNB). Bei Prüfung aller Verhältnisse ergibt sich also, dass die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger durch den Nachlassvertrag nach menschlicher Voraussicht besser gewahrt werden als durch die Konkursliquidation. Das ist auch die Ansicht der Sachwalterin, von der nicht ohne Not abzuweichen ist. Der Nachlassvertrag, der alle nach Art. 23 und namentlich

Art. 24 VNB wesentlichen Bestimmungen enthält, ist also zu bestätigen.

7. Bei Bestätigung eines Liquidationsvergleiches hat die Nachlassbehörde (oder gegebenenfalls das Bundesgericht) die Liquidatoren und die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu ernennen (Art. 24 lit. b VNB). Vor der Ernennung ist die Bankenkommission anzuhören (Art. 24 lit. b VNB; REIMANN N. 1 a.E. zu Art. 50 VV). Die Namen der Liquidatoren sind in der Publikation des Bestätigungsentscheids anzugeben (Art. 20 Abs. 3 VNB).

Als Liquidatorin hat die Rekurrentin die Sachwalterin vorgeschlagen, als Mitglieder des Gläubigerausschusses mit Zustimmung der Sachwalterin Dr. Peter Widmer, Dr. Veit Wyler und Dr. Harald Huber in Zürich. Die Bankenkommission hat diesen Vorschlägen am 24. Januar/21. Mai 1969 zugestimmt. Bei einem Liquidationsvergleich ist den Gläubigern bestrittener Forderungen eine Frist zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen (Art. 310 SchKG) nicht anzusetzen (Art. 17 Abs. 2 VNB). Vielmehr wird beim Liquidationsvergleich über sämtliche Forderungen im Kollokationsverfahren entschieden (Art. 17 Abs. 2 und Art. 30 VNB). Die Bestätigung des Nachlassvertrages ist öffentlich bekanntzumachen und ausser der Rekurrentin, der Liquidatorin, den Mitgliedern des Gläubigerausschusses und der Bankenkommission den in Art. 20 VNB genannten Amtsstellen (Betreibungsamt; Grundbuchämter der Orte, wo die Rekurrentin Grundeigentum besitzt; Handelsregisteramt) besonders mitzuteilen. Grundeigentum besitzt die Rekurrentin in Zürich-Enge (Seestrasse 43) und in Zürich-Wiedikon (Miteigentum an der Liegenschaft Goldbrunnenstrasse 111). Bei dem auf Seite 16 des Sachwalterberichts vom 13. November 1968 erwähnten Stockwerkeigentum in Montreux handelt es sich nicht um Stockwerkeigentum im Sinne von Art. 712a ZGB, sondern um eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft (S. 68 des genannten Berichts).

8. Die Rekurrentin (bzw. die Liquidationsmasse) hat die Kosten des Verfahrens vor der kantonalen Nachlassbehörde und des Rekursverfahrens vor Bundesgericht zu tragen, obwohl sie mit dem Rekurs materiell obsiegt. Dass der Nachlassschuldner auch im Falle der Bestätigung des Nachlassvertrages die Kosten des Entscheides (und des nachfolgenden Verfahrens) zu bezahlen hat, ist freilich weder für das gewöhnliche Nachlassverfahren

noch für das Nachlassverfahren der Banken ausdrücklich vorgeschrieben. Es entspricht aber dem für den Konkurs geltenden Grundsatz, dass die Kosten der Eröffnung und Durchführung des Konkurses aus dem Erlös der Masse vorab zu decken sind (Art. 262 SchKG; vgl. auch Art. 68 SchKG, wonach der Schuldner die Betreibungskosten trägt), und wird in Art. 64 ff. und 78bis ff. des Gebührentarifs zum SchKG vom 6. September 1957 (GebT) sowie in Art. 40, 44 und 45 VNB vorausgesetzt (vgl. auch JAEGER, N. 6 a.E. zu Art. 306 SchKG).
In BGE 82 III 48 Erw. 2 nahm das Bundesgericht freilich an, auf Rekurse gemäss Art. 55 Abs. 2 der VV vom 26. Februar 1935, womit Art. 53 Abs. 2 der heute geltenden VV vom 30. August 1961 wörtlich übereinstimmt, sei der GebT entsprechend anzuwenden; demzufolge könnten dem Rekurrenten in einem solchen Verfahren keine Kosten auferlegt werden (Art. 69 GebT). Dabei wurde übersehen, dass der GebT (Art. 83 Abs. 2) und die VNB (Art. 46) für Entscheide des Bundesgerichts über Rekurse gegen Entscheide des Stundungsgerichts, des Konkursgerichts und der Nachlassbehörde für Banken, d.h. für Entscheide über Rekurse im Sinne von Art. 53 Abs. 3 der geltenden VV, besondere Gebühren vorsehen. Art. 83 Abs. 2 GebT nennt eine Gebühr von höchstens Fr. 50.- (welcher Betrag sich gemäss Bundesratsbeschluss vom 14. Dezember 1964 um 20% auf Fr. 60.- erhöht), behält aber Art. 46 VNB vor. Nach dieser letzten Bestimmung bezieht das Bundesgericht für Rekursentscheide in Bankennachlassgeschäften eine Gebühr von Fr. 50.- bis 200.–. Diese Gebühr fällt nicht unter den erwähnten Bundesratsbeschluss (der nur einen Zuschlag zu den im GebT festgesetzten Gebühren vorsieht). - Im Falle BGE 82 III 46 ff. war überhaupt nicht zu prüfen, ob Rekursentscheide im Sinne von Art. 55 (neu 53) Abs. 2 VV gebührenpflichtig seien, da es sich damals in Wirklichkeit gar nicht um einen Rekurs gegen einen Entscheid des Stundungsgerichts, des Konkursgerichts oder der Nachlassbehörde für Banken handelte (a.a.O. 47 E. 1).