

werde der ihm vom Gesetz zuerkannte Schutz in keiner Weise beeinträchtigt, andererseits aber würde durch eine entgegengesetzte Regelung dem Gläubiger Kosten und Umstände bereitet und das Verfahren unliebsam verlangsamt.

B. — Gegen diesen Entscheid vom 4. April 1918 rekurierte die Schuldnerin Weh.li an das Bundesgericht, mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Abweisung der Beschwerde der Gläubigerin. Zur Begründung wurde angeführt: Wenn in einer Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden sei, so bleibe das Verfahren gehemmt, bis er beseitigt sei und die Beseitigung habe der Gläubiger nicht der Schuldner zu beweisen. Die Vorinstanz übersehe in ihrem Entscheide den Unterschied zwischen der nur provisorischen und der definitiven Rechtsöffnung und im übrigen würde gerade das von ihr eingeschlagene Verfahren zu einer Verzögerung der Verwertung führen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:*

1. — Der Gläubiger, der die Fortsetzung einer Betreibung verlangt, ist grundsätzlich verpflichtet, den Beweis dafür zu erbringen, dass er zu seinem Begehren berechtigt, bzw. dass die vom Gesetz vorgesehenen Grundlagen für ein solches vorhanden sind. Gestützt hierauf hat sich die Rekurrentin mit Recht gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid zur Wehr gesetzt. Denn die Grundlage eines Verwertungsbegehrens nach ergangener provisorischer Rechtsöffnung ist, dass diese durch Ablauf der Frist für die Erhebung der Aberkennungsklage (oder durch Abweisung der letzteren), zur definitiven geworden ist. Erst wenn daher der Gläubiger den negativen Beweis, dass eine Klage innerhalb der Frist nicht eingereicht worden ist, erbracht hat, kann er verlangen, dass das Betreibungsamt zur Verwertung schreite.

2. — Der Rekurs erweist sich aber noch von einem andern Gesichtspunkte aus als begründet. Bevor ein

Betreibungsamt einem Begehren um Fortsetzung einer Betreibung entsprechen darf, muss es sich selber vergewissern können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorhanden sind. Das heisst im vorliegenden Fall, das Betreibungsamt muss feststellen können, ob zufolge Ablaufes der Klagefrist die provisorische Rechtsöffnung definitiv geworden ist. Diese Vergewisserung liesse sich nur auf zwei Wegen erreichen, nämlich entweder durch die Beibringung der nötigen Ausweise seitens des Gläubigers, oder aber dadurch, dass das Betreibungsamt sich diese Ausweise vom Schuldner oder dem zuständigen Richter selber verschaffen würde. Wollte man nun aber diesen letztern Weg einschlagen, so würde man dem Betreibungsamt damit eine Verpflichtung auferlegen, für die im Gesetz schlechterdings eine Grundlage nicht zu finden ist. Auch von diesem Standpunkt aus kann es daher nur dem Gläubiger zukommen, für die Beibringung der erforderlichen Ausweise besorgt zu sein.

*Demnach erkennt die Schuldbetreib.- u. Konkurskammer:*

Der Rekurs wird gutgeheissen.

**18. Extrait de l'arrêt du 16 mai 1918  
dans la cause Franc et consorts.**

Sursis général aux poursuites. Obligation du requérant de produire une comptabilité exacte et régulièrement tenue. But du sursis. Faute consistant à favoriser certains créanciers.

Le bénéfice du sursis doit en tout cas être refusé au débiteur par les motifs suivants :

Il résulte du dossier que Fugazza exploite une pension dont le bénéfice brut annuel est d'environ 80 000 fr. Or, suivant l'art. 13, chiff. 3 litt. d du règlement du 6 mai 1890 sur le Registre du commerce et la Feuille officielle

du commerce, les entreprises dont l'exploitation oblige, à teneur de l'art. 865, alinéa 4, CO, à se faire inscrire au Registre du commerce sont entre autres les pensions, lorsque la recette brute de l'année atteint 10 000 fr. Fugazza était donc astreint à se faire inscrire, et en vertu de l'art. 877 CO, il était obligé d'avoir des livres de comptabilité régulièrement tenus, indiquant sa situation de fortune, ainsi que celle de ses dettes et créances qui se rattachent à ses affaires professionnelles. Le débiteur ne s'est pas conformé à cette obligation. L'expert constate que la comptabilité produite est tout à fait insuffisante. Les livres ne permettent aucun contrôle; ils ne fournissent aucun détail sur la nature des encaissements ni des paiements et ils ne peuvent servir à établir un bilan même approximatif. L'absence de toute comptabilité sérieuse implique une faute grave de la part d'une personne qui exploite une entreprise aussi importante que celle du débiteur. Par ce motif déjà celui-ci ne mérite pas d'être mis au bénéfice du sursis. La production d'une comptabilité régulière et exacte est en outre un des éléments des « preuves nécessaires sur sa situation de fortune » que le débiteur doit joindre à la demande de sursis (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 16 décembre 1916 concernant le sursis général aux poursuites; cf. JAEGER, Commentaire de l'ordonnance du 28 septembre 1914, art. 12, note 5). Il faut que l'Autorité de concordat puisse établir exactement la situation du requérant pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause sur la réalisation des conditions du sursis. Tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, toute base certaine fait défaut et que l'expert commis par l'Autorité de concordat déclare ne pouvoir établir un bilan même approximatif.

Le sursis, d'autre part, n'a pas seulement pour but de favoriser le débiteur en le mettant à l'abri de tous actes de poursuites, il vise à maintenir intacte la masse des biens existant lors du sursis et servant de gage commun aux créanciers (art. 7, Ord. du 16 décembre 1916; cf.

JAEGER Ordonnance du 28 septembre 1914, art. 17, notes 4, 5 et 6, RO 43 III p. 123 cons. 3). Or comment contrôler, en l'absence d'une situation initiale exacte, si le débiteur modifie ou non au détriment des créanciers la masse des biens affectée à leur paiement et s'il ne favorise pas certains d'entre eux? Quelle chance d'aboutir aurait dans ces conditions une demande de révocation du sursis (art. 15. Ordonnance du 26 décembre 1916)?

Le risque n'est nullement exclu en l'espèce que le débiteur favorise certains de ses créanciers, car il en a déjà usé ainsi. La remise d'une de ses pensions à un prix très inférieur à sa valeur et qui devait se compenser avec la créance chirographaire de l'acquéreur, constitue un acte favorisant ce créancier au détriment des autres. Ceux-ci sont frustrés de la part à laquelle ils auraient eu droit dans la répartition de l'actif de Fugazza que cette vente a eu pour effet de diminuer dans une notable proportion. Il y a là une seconde faute du débiteur, qui s'oppose également à l'octroi du sursis.

#### 19. **Entscheid vom 27. Mai 1918 i. S. Florin.**

Die Lastenbereinigung im Grundpfandverwertungsverfahren bezieht sich nicht auf Faustpfandrechte an Hypothekartiteln, die auf dem zu verwertenden Grundstück haften. Streitigkeiten über den Bestand eines solchen Faustpfandes hat der Richter im ordentlichen Verfahren zu beurteilen.

A. — Der Beschwerdeführer Florin ist Eigentümer eines Schuldbriefes per 8500 Fr., der auf der Liegenschaft eines gewissen Bammert in Affoltern haftete. Diesen Schuldbrief übergab Florin seinerzeit einem gewissen Gubler-Boller, indem er diesen ermächtigte, das Papier zu verpfänden. Von diesem Rechte machte Gubler Gebrauch, und erhob gegen Verpfändung des Briefes bei der