

3. — Das Konkursamt hätte das Gesuch sogleich dem Konkursrichter unterbreiten sollen, zumal keine im Beschwerdeverfahren zu erledigende Punkte streitig geworden waren. Im Ermessen des Konkursrichters wäre es gestanden, über das Gesuch ohne Aufschub zu entscheiden und gegebenenfalls eine Nachfrist zur Vorschussleistung festzusetzen oder aber bloss aufschiebende Wirkung zu verfügen, um erst später den Entscheid über das Gesuch und über die Rechtswirksamkeit einer inzwischen etwa erbrachten Vorschussleistung zu treffen. Nachdem jedoch einerseits der Konkursrichter mit dem Begehren der Rekurrentin noch nicht befasst worden ist und diese andererseits die Sicherheit angeboten hat (und im Beschwerde- und Rekursverfahren weiterhin anbietet), wird das Konkursamt die Sicherheit entgegenzunehmen und das Begehren der Rekurrentin alsdann mit den zugehörigen Akten dem Konkursrichter zu überweisen haben.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und der angefochtene Entscheid insoweit aufgehoben.

21. Arrêt du 26 novembre 1948 dans la cause Giacobino.

Saisie d'une créance inexistante. S'il n'y a rien d'autre à saisir, l'office ne peut refuser de délivrer un acte de défaut de biens (art. 115 LP).

Pfändung einer nicht existierenden Forderung. Lässt sich nichts anderes pfänden, so darf das Amt die Ausstellung eines Verlustscheins nicht verweigern (Art. 115 SchKG).

Pignoramento di un credito inesistente. Se non esistono altri beni pignorabili, l'ufficio non può rifiutare di rilasciare un attestato di carenza di beni (art. 115 LEF).

Dans les poursuites nos 86645, 86646 et 86647 intentées par Giacobino à Wacker, l'Office de Genève a saisi, le 5 octobre 1948, à la requête du créancier, une créance « au montant inconnu » en mains de J. Leandro. Celui-ci a fait

savoir à l'office qu'il ne devait rien à Wacker, qui était au contraire son débiteur. Wacker, de son côté, avait déclaré ne posséder aucune créance. Estimant dès lors que la saisie ne portait sur rien, Giacobino a réclaté un acte de défaut de biens. L'office lui a répondu que la saisie subsistait.

Débouté par l'Autorité genevoise de surveillance, qui a jugé qu'il ne pouvait renoncer à la saisie, le créancier recourt au Tribunal fédéral.

Considérant en droit :

Pour obtenir un acte de défaut de biens, le créancier doit mener la poursuite jusqu'à son terme, soit qu'aucun objet ne puisse être saisi (art. 115 LP), soit que, en dépit de la réalisation, il ne soit pas payé intégralement (art. 149). S'il renonce à la vente des biens saisis, il ne peut exiger la délivrance d'un tel document (RO 57 III 137 ; 48 III 133 ; 37 I 345 consid. 2 = éd. sp. XIV p. 174). Cette règle suppose toutefois une saisie effective. Or, il arrive que des objets échappent à la saisie qui les frappait. Il en est ainsi quand des tiers revendiquent un droit de propriété ou de gage sur tous les objets saisis et que leur revendication n'est pas contestée par le créancier ni, dans le cas de l'art. 106, par le débiteur. Alors, la saisie tombe et l'office est tenu, s'il n'y a rien d'autre à saisir, de dresser un acte de défaut de biens (art. 115).

A l'hypothèse où des meubles sont soustraits ultérieurement à une saisie valable, il convient d'assimiler celle où, dès le début, la saisie n'a pas d'objet parce que les biens mentionnés dans le procès-verbal n'existent pas. Tel est le cas en l'espèce. Il résulte des déclarations concordantes de tous les intéressés que Wacker n'a pas de créance contre Leandro. Subordonner à une réalisation infructueuse la délivrance d'un acte de défaut de biens pour la seule raison que le recourant avait requis expressément la saisie d'une créance à la réalité de laquelle il croyait à tort témoignerait d'un formalisme exagéré. Ce mode de

faire se justifierait d'autant moins que l'art. 26 al. 3 de l'ordonnance du 24 janvier 1941 permet au préposé de renoncer à la vente et d'établir un acte de défaut de biens s'il apparaît d'emblée qu'une adjudication n'est pas possible.

Par ces motifs, la Chambre des poursuites et des faillites

Admet le recours et réforme la décision attaquée en ce sens que l'Office des poursuites de Genève est invité à délivrer au créancier un acte de défaut de biens dans les poursuites n^{os} 86645 à 86647.

22. Auszug aus dem Entscheid vom 29. November 1948 i. S. Flury.

Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen. Ein Freihandverkauf ist ohne Zustimmung des Schuldners (oder eines sie ersetzenden Gerichtsurteils) nicht zulässig (Art. 130 Ziff. 1 SchKG, Art. 10 Abs. 2 VVAG).

Réalisation de parts de communautés. Elles ne peuvent être vendues de gré à gré qu'avec l'assentiment du débiteur ou en vertu d'un jugement en tenant lieu (art. 130 ch. 1 LP, 10 al. 2 ord. concernant la saisie et la réalisation de parts de communautés).

Realizzazione di diritti in comunione. Essi non possono essere ceduti a trattative private che con il consenso del debitore o in base ad una sentenza (art. 130 cifra 1 LEF, art. 10 ep. 2 del regolamento concernente il pignoramento e la realizzazione di diritti in comunione).

In Betreibungen gegen Flury wurde das Anteilsrecht des Schuldners an einer einfachen Gesellschaft gepfändet. Nachdem die Verwertung verlangt worden war, verfügte die untere Aufsichtsbehörde auf Vorschlag des Mitgesellschafters R. im Einverständnis aller übrigen Beteiligten mit Ausnahme des Schuldners, das gepfändete Anteilsrecht sei freihändig zu verkaufen. Die kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde des Schuldners gegen diese Verfügung ab. Das Bundesgericht heisst sie gut.

Begründung :

Art. 10 Abs. 2 VVAG stellt der gemäss Art. 132 SchKG zur Bestimmung des Verwertungsverfahrens berufenen Aufsichtsbehörde nur zwei Verwertungsarten zur Wahl: sie kann verfügen, dass das gepfändete Anteilsrecht als solches zu versteigern, oder dass die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeizuführen sei. Die Versteigerung durch den Verkauf aus freier Hand zu ersetzen, ist bei Anteilsrechten wie bei beweglichen Sachen und Forderungen nur im Rahmen von Art. 130 SchKG zulässig. Gepfändete Anteilsrechte können also, da sie nicht zu den in Art. 130 Ziff. 2-4 behandelten Gegenständen gehören, nur im Falle von Ziff. 1 dieser Bestimmung, d. h. auf Begehren aller Beteiligten freihändig verkauft werden. Die Zustimmung des Schuldners ist demnach unerlässlich. Angesichts der mit dem Freihandverkauf verbundenen Gefahren leuchtet dies ohne weiteres ein.

Art. 6 Abs. 1 am Ende VVAG, auf den R. sich berufen hat, erlaubt keinen gegenteiligen Schluss. Diese Vorschrift betrifft nach ihrem klaren Wortlaut nur Verfügungen über die zur Gemeinschaft gehörenden Vermögensgegenstände, wie sie sich während der Dauer der Pfändung im Interesse der Mitglieder der Gemeinschaft als notwendig erweisen können, nicht Verfügungen über das Anteilsrecht des betriebenen Mitglieds bzw. über seinen Liquidationsanteil.

Ob der Betriebene nach dem unter den Mitgliedern der Gemeinschaft bestehenden Rechtsverhältnis verpflichtet sei, bei einem Freihandverkauf mitzuwirken, haben die Betreibungsbehörden nicht zu prüfen, da es sich hierbei um eine materiellrechtliche Frage handelt. Sie könnten einer solchen Verpflichtung des Betriebenen mangels Zustimmung desselben höchstens dann Rechnung tragen, wenn sie gerichtlich festgestellt wäre.