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^{er} 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

Zürcher Kantonalbank ein Darlehen von 7500 Fr. und räumte ferner dem Beschwerdegegner Wachter ein Nachfaustpfandrecht für eine Forderung von 648 Fr. 30 Cts. ein.

In der Folge wurde auf Betreibung Florins hin die Liegenschaft, auf der der Schuldbrief haftete, versteigert und derselbe gänzlich herausgeboten. Im Lastenverzeichnis wurde er als im Eigentum Gublers befindlich und in vollem Umfang an die Kantonalbank verpfändet vorge-merkt. Florin verlangte dann die Rektifikation des Lastenverzeichnisses in dem Sinne, dass das Faustpfandrecht der Bank nur für eine Forderung von 7500 Fr. vorgemerkt und er als Eigentümer des Briefes angeführt werde. Wie sich aus der Verteilungsliste ergibt, hat das Betreibungsamt dieses Rektifikationsbegehren als be- gründet anerkannt.

Nach der Versteigerung meldete dann das Rechtsbureau Leutert in Zürich namens des Beschwerdegegners Wachter dem Betreibungsamt das diesem letztern von Gubler eingeräumte Nachfaustpfandrecht an, worauf das Amt in der Verteilungsliste den Kapitalbetrag des fraglichen Briefes derart verteilte, dass es der Kantonalbank 7500 Fr., Wachter 648 Fr. 30 Cts. und Florin 351 Fr. 20 Cts. zuwies.

Da jedoch Florin das Pfandrecht Wachters beanstandete, deponierte das Betreibungsamt die diesem und Florin zugewiesenen Summen und setzte Florin Frist zur Anfechtung der Kollokation an.

B. — Hiegegen erhob Florin Beschwerde bei der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde, indem er Aufhebung der Fristansetzung, Kassierung der Kollokation Wachters, und Herausgabe des dem Beschwerdegegner und des ihm zugewiesenen Betrages, auf alle Fälle aber Herausgabe des letzteren verlangte.

Inzwischen hatte Wachter den erwähnten Gubler, den er für den Schuldbriefeigentümer hielt, auf Faustpfand- verwertung betrieben, wobei es zwischen ihm und Florin

zu einem Vindikationsprozess kam, in dessen Verlauf er den Eigentumsanspruch Florins anerkannte.

C. — Bevor dieser Vindikationsprozess erledigt war, entschied die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde die Beschwerde dahin, dass sie das Betreibungsamt zur Auszahlung des in der Verteilungsliste dem Beschwerdeführer zugeteilten Betrages anwies, im übrigen aber die Begehren Florins als unbegründet erklärte.

Diesen Entscheid zog Florin an das zürcherische Obergericht weiter, mit der Begründung, für die Verteilung sei einzig das rechtskräftige Lastenverzeichnis, in welchem der Anspruch Wachters nicht vorgemerkt sei, massgebend, und im übrigen sei die Streitfrage schon durch die Anerkennung des Vindikationsanspruches seitens des Beschwerdegegners erledigt. — Das Obergericht hob daraufhin zwar die Fristansetzung zur Anfechtung der Kollokation Wachters auf, wies aber im übrigen die Beschwerde ebenfalls ab. Es ging davon aus, es sei Sache des ordentlichen Richters, nicht der Aufsichtsbehörden und auch nicht des Richters im beschleunigten Verfahren, festzustellen, ob das Faustpfandrecht Wachters zu Recht bestehe, denn es handle sich ja nicht um die Berechtigung an einem Objekt des Schuldners Bammert, sondern an dem eines Dritten, Florins. Dementsprechend habe das Betreibungsamt allerdings zu Unrecht eine Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes angesetzt, anderseits aber sei durchaus richtig, dass es den dem Beschwerdegegner zugeteilten Betrag deponiert habe, denn erst nach Beurteilung der Frage des Bestandes des Faustpfandrechtes Wachters durch den ordentlichen Richter dürfe der betreffende Betrag an Wachter bzw. Florin ausgegeben werden.

D. — Hiegegen rekurrierte Florin an das Bundesgericht indem er beantragte : « 1. Es sei A. Wachter vom Kollokationsplan sowie von der Verteilungsliste im Grundpfandverwertungsverfahren gegen E. Bammert wegzuzweisen. 2. Es sei der totale deponierte Betrag von 1000 Fr.

dem Rekurrenten sofort zuzuweisen und auch auszuzahlen. »

Zur Begründung wird angeführt: Da Wachter sein Pfandrecht bei Aufstellung des Lastenverzeichnisses nicht angemeldet, und da inzwischen dasselbe rechtskräftig geworden sei, so habe er sämtliche Ansprüche an den Versteigerungserlös verwirkt. Zudem habe ja er, Florin, allein das Eigentum Gublers an dem Schuldbrief bestritten, sodass schon aus dem « Gesichtspunkte des Prozessgewinnes » alle Rechte aus dem Schuldbrief an ihn gefallen seien. Endlich habe im Vindikationsprozess Wachter sein Eigentum am fraglichen Schuldbrief anerkannt. Der Nichtbestand des Pfandrechtes Wachters sei damit bereits festgestellt und es sei daher nicht verständlich, warum die Vorinstanz noch einen Entscheid des ordentlichen Richters vorbehalten wolle.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Die Aufstellung bezw. Bereinigung des Lastenverzeichnisses im Grundpfandverwertungsverfahren (Art. 138 bis 140) bezweckt einzig die Feststellung der Existenz, des Umfangs und des Ranges der auf dem betreffenden Grundstück lastenden dinglichen Rechte, nicht aber die Feststellung allfälliger an denselben wiederum bestehender Rechte, welche die Liegenschaft selber nicht belasten.

Wenn daher ein Hypothekartitel einem Dritten zu Faustpfand gegeben worden ist, so ist dieses Faustpfandrechte nicht in den Kreis der Lastenbereinigung zu ziehen. Dementsprechend kann aber die Nichtanmeldung eines Faustpfandrechtes zum Lastenverzeichnis auch keine Verwirkungsfolgen für den Berechtigten haben, und andernfalls kann der Anmeldung eines solchen Rechtes nur insofern eine Bedeutung zukommen, als dadurch das Betreibungsamt auf das Bestehen des Rechtes aufmerk-

sam gemacht und veranlasst wird, bei der Verteilung dasselbe zu berücksichtigen.

Besteht nun aber unter den Interessenten, dem Hypothekar- und dem Faustpfandgläubiger Streit über das Bestehen oder den Umfang des Faustpfandrechtes, so kann das Amt die Verteilung hinsichtlich der in Frage kommenden Summe nicht vornehmen bis dieser Streit erledigt ist, und da hiezu das Bereinigungsverfahren nach dem oben Gesagten keine Gelegenheit bietet, muss es zuwarten, bis der ordentliche Richter entschieden hat. Bis dahin aber ist, wie das im vorliegenden Falle geschehen, die betreffende Summe im Sinne von Art. 168 OR gerichtlich zu hinterlegen.

Demnach erkennt die Schuldbetreib.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen.

20. Beschluss vom 4. Juni 1918 i. S. Willmann.

Begehren um Anordnung einer Oberexpertise i. S. von Art. 17 der bundesrätlichen Verordnung vom 27. Oktober 1917 betr. Ergänzung und Abänderung des SchKG in bezug auf den Nachlassvertrag. Einreichung bei der kantonalen Nachlassbehörde zu Händen des Bundesgerichts. — Voraussetzungen für die Ueberprüfung des durch die Schätzung des Sachwalters im Inventare festgestellten Jetztwertes der Pfänder nach Art. 6 und 16 ebenda. — Weisung an den Oberexperten, seinen Befund auch auf solche nach Art. 2 der Verordnung für die Bewilligung der Stundung wesentliche Punkte auszudehnen, welche im ersten Gutachten nicht behandelt worden sind. — Auslegung von Art. 2 Ziff. 2 der Verordnung. Deckung der Pfandforderungen durch den Wert, welchen das Pfand voraussichtlich nach Eintritt normaler Zeiten haben wird, wenn die Stundung nicht nur für die grundversicherten Kapitalien, sondern auch für Zinsen verlangt worden ist.

A. — Durch Erkenntnis des Amtsgerichtspräsidenten von Luzern-Land als unterer kantonalen Nachlassbehörde