

Dieser Betrachtungsweise ist indessen nicht zu folgen. Nach der formellen Vorschrift von Art. 40 SchKG haben sich die Betreibungsbehörden auch bei der G.m.b.H. an den Registerstand zu halten. Es ist ihnen verwehrt, darüber hinwegzusehen und sich mit der Frage zu befassen, ob der Rekurrent sich seit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses noch als « Kaufmann » betätige. Es braucht deshalb hier auch nicht geprüft zu werden, ob die vom Rekurrenten geltend gemachte *ratio* des Eintragungsgebotes von Art. 39 Ziff. 4bis SchKG zutreffe. Seine Betrachtungsweise hätte ihm nur Veranlassung geben können, nach Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft (die noch nicht deren Löschung nach sich zog; Art. 939 OR, Art. 64 und 66 HRV) bei den Registerbehörden seine Streichung zu beantragen, um eben sechs Monate nach Bekanntmachung dieser Massnahme (noch während des Gesellschaftskonkurses) nicht mehr der Konkursbetreibung zu unterliegen. Es ist hier nicht zu erörtern, ob die Registerbehörden Grund gehabt hätten, einem solchen Begehren zu entsprechen, obschon die geltenden Vorschriften über das Handelsregister für solch getrennte Streichung eines eingetragenen Mitgliedes keine Handhabe bieten und es die Meinung des Gesetzgebers war, zwar nicht unbedingt alle, aber doch die geschäftsführenden Mitglieder der G.m.b.H. (in welcher Stellung sich vermutungsweise alle befinden, die an der Gründung beteiligt waren, Art. 811 OR), den Mitgliedern einer Kollektivgesellschaft vollstreckungsrechtlich gleichzustellen (vgl. etwa das Votum von Nationalrat Schmid, Sten. Bull. 1934 NR S. 735/36, namentlich aber die Ausführungen der Redaktionskommission der Expertenkommission zu Art. 8 der Übergangsbestimmungen des Entwurfs).

3. — Der Rekurs ist somit unbegründet, soweit er sich gegen die Konkursandrohung Nr. 2098 richtet. In der Betreibung Nr. 2097 zugunsten einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes muss dagegen noch die Rechtsnatur der Forderung im Hinblick auf Art. 43 SchKG

geprüft werden, was zur Rückweisung der Sache in diesem Punkte Anlass gibt.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs gegen die Konkursandrohung Nr. 2098 wird abgewiesen.

Der Rekurs gegen die Konkursandrohung Nr. 2097 wird dahin gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid insoweit aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Aufsichtsbehörde zurückgewiesen wird.

19. Arrêt du 11 juillet 1952 dans la cause Clerc.

Poursuite en réalisation de gage. Mode de poursuite (gage immobilier ou gage mobilier).

Si le créancier au bénéfice d'un droit de gage sur une créance garantie par une hypothèque intenté, à tort, une poursuite en réalisation d'un gage immobilier, le débiteur doit former opposition pour obtenir que ce soit la créance hypothécaire, non l'immeuble, qui soit réalisée; à ce défaut, la poursuite intentée suit son cours.

La voie de la plainte dans les dix jours n'est ouverte que si le créancier, tout en reconnaissant n'être au bénéfice que d'un gage mobilier, requiert cependant une poursuite en réalisation d'un gage immobilier.

Betreibung auf Pfandverwertung. Betreibungsart (Grundpfand oder Faust- bzw. Forderungspfand).

Betreibt ein Gläubiger mit Pfandrecht an einer Grundpfandforderung unrichtigerweise auf Verwertung eines Grundpfandes, so hat der Schuldner Recht vorzuschlagen, wenn er die Verwertung des Grundstückes verhindern und nur die Verwertung der Grundpfandforderung zulassen will. Versäumt er dies, so nimmt die Betreibung, so wie sie angehoben wurde, ihren Fortgang.

Nur wenn der Gläubiger anerkennt, bloss ein Faust- bzw. Forderungspfand zu haben, und dennoch Grundpfandbetreibung anhebt, steht dem Schuldner der Weg der Beschwerdeführung nach Art. 17 ff. SchKG binnen zehn Tagen offen.

Esecuzione in via de realizzazione del pegno. Specie d'esecuzione (pegno immobiliare o pegno manuale).

Se il creditore al beneficio di un diritto di pegno su un credito garantito da ipoteca promuove, a torto, l'esecuzione in via di realizzazione di un pegno immobiliare, il debitore deve fare opposizione se vuole che non venga realizzato l'immobile, ma

il credito ipotecario. Se il debitore omette di fare opposizione, l'esecuzione promossa dal creditore è proseguita.

Il debitore può interporre reclamo entro il termine di dieci giorni soltanto se il creditore, pur riconoscendo di non essere al beneficio che di un pegno manuale, promuove nondimeno l'esecuzione in via di realizzazione di un pegno immobiliare.

A. — En mars 1951, Henri Clerc s'est fait ouvrir un crédit de construction par la Banque populaire suisse (BPS), à Fribourg. En vue de garantir ce crédit, il a souscrit une « obligation avec hypothèque au porteur », pour un capital de 35 000 fr., en 1^{er} rang sur un immeuble sis à Villars s/Glâne. Selon un acte de constitution de gage, du 12 mars 1951, Clerc a remis cette obligation en nantissement à la banque « pour garantir les créances de cette dernière contre lui-même et contre le constituant ».

En octobre 1951, la BPS a dirigé contre Clerc une poursuite en réalisation d'hypothèque, par laquelle elle requérait paiement de 32 500 fr. avec intérêts et accessoires. Le commandement de payer indiquait comme titre et date de la créance ou cause de l'obligation : « Solde dû au 20 octobre 1951 sur un crédit de construction garanti par une obligation avec hypothèque en 1^{er} rang ... au porteur ... ».

Le 20 avril 1952, la BPS a requis la vente. Le débiteur a obtenu la suspension moyennant le versement d'acomptes. Le 9 mai 1952, l'Office des poursuites de la Sarine lui a adressé un « dernier avis » portant que, faute de paiement d'un acompte de 4500 fr. jusqu'au 16 mai 1952, la vente des immeubles serait annoncée dans la Feuille officielle.

B. — Clerc a porté plainte contre la décision de l'office ordonnant la vente des immeubles et a conclu à l'annulation de la poursuite en réalisation d'un gage immobilier. Il faisait valoir ce qui suit :

Le gage dont la BPS est bénéficiaire n'est pas un gage immobilier, mais un gage mobilier, constitué par le titre au porteur mis en nantissement. Dès lors, seule une poursuite en réalisation d'un gage mobilier peut être intentée. Ce n'est que si la banque devenait elle-même adjudicataire

du titre mis en vente qu'elle pourrait le dénoncer au remboursement et introduire une poursuite en réalisation d'un gage immobilier. Elle ne saurait s'approprier sans autre, à titre de remboursement, le titre au porteur qui lui a été remis en gage. Le fait que le débiteur n'a pas porté plainte, dès que la poursuite en réalisation d'hypothèque lui a été notifiée, ne le prive pas du droit de faire annuler cette poursuite ultérieurement, à n'importe quel stade de la procédure.

La Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal fribourgeois a déclaré la plainte irrecevable par le motif que le débiteur aurait dû former opposition dans les 10 jours au commandement de payer et qu'en admettant qu'il eût pu agir par la voie de la plainte, celle-ci serait tardive.

C. — Contre cette décision, Clerc recourt au Tribunal fédéral en reprenant les fins de sa plainte.

Considérant en droit :

Le créancier au bénéfice d'un droit de gage sur une créance garantie par une hypothèque doit en effet, comme un créancier nanti d'un titre hypothécaire (RO 52 III 158), intenter une poursuite en réalisation d'un gage mobilier. Mais s'il requiert une poursuite en réalisation d'un gage immobilier, c'est qu'il prétend que sa créance est directement garantie par l'hypothèque, et il appartient alors au débiteur de former opposition pour contester cette prétention et obtenir que ce soit la créance hypothécaire, et non l'immeuble, qui soit réalisée. A défaut d'opposition, la poursuite ne peut que suivre son cours comme poursuite en réalisation d'un gage immobilier.

Il ne suffit pas d'objecter, avec l'Autorité de surveillance du canton de Berne (décision du 19 septembre 1936, dans Rev. Soc. jur. bern., vol. 73 p. 296, approuvée par JAEGER-DAENIKER, Ergänzung V, notes 2 et 5 à l'art. 151 LP), que seuls des gages immobiliers peuvent être réalisés par la poursuite en réalisation de gage immobilier et qu'un

droit de gage sur un immeuble ne peut pas naître du seul fait que le débiteur garde le silence à réception d'une poursuite de ce genre intentée à tort par le créancier, de sorte que le débiteur pourrait en tout temps porter plainte contre le mode de poursuite choisi. La poursuite en réalisation d'un gage immobilier tend elle aussi, comme toute poursuite, à ce que, faute d'opposition, le commandement de payer forme titre exécutoire, cela en vue de la réalisation de l'immeuble. Sans doute n'en doit-il résulter aucun préjudice pour les autres personnes qui ont des droits sur l'immeuble. Mais il n'y a pas lieu de le craindre, car ces tiers ont la faculté, dans la procédure d'épuration de l'état des charges, de contester le droit de gage immobilier du créancier poursuivant. Quant au débiteur, il ne peut naturellement se servir de ce moyen pour réparer ce qu'il a omis au début de la poursuite. On se trouve donc dans le cas visé par l'art. 42 ORI selon lequel la réalisation suit précisément son cours, mais de façon à ne pas léser les intérêts des créanciers qui ont contesté avec succès une prétention reconnue par le débiteur (mise aux enchères avec et sans la charge).

Ce qui est vrai, d'après le système légal de la poursuite, pour un créancier ordinaire qui, en requérant une poursuite en réalisation d'un gage immobilier, se borne à affirmer l'existence d'un droit de gage sur un immeuble, l'est aussi pour le créancier nanti d'un titre hypothécaire ou au bénéfice d'un droit de gage sur une créance hypothécaire, qui, s'appuyant sur une clause imprécise d'un acte de constitution de gage, croit pouvoir, comme bon lui semble, intenter une poursuite en réalisation d'un gage immobilier, plutôt que d'un gage mobilier.

A cela s'ajoute que ce n'est pas l'affaire des autorités de poursuite — office et autorités de surveillance — d'empêcher des réalisations de gages immobiliers qui ne se fondent pas sur un titre correspondant. Ces autorités n'ont pas le pouvoir ni ne sont en mesure d'examiner si le droit allégué dans la requête de poursuite en réalisation d'un

gage immobilier existe ou non ; il appartient exclusivement au débiteur de contester ce droit en formant opposition en temps utile (RO 52 III 141 consid. 3 *in fine*).

La voie de la plainte n'est ouverte que si le créancier, tout en reconnaissant n'être au bénéfice que d'un droit de gage mobilier, requiert cependant une poursuite en réalisation d'un gage immobilier ; mais le débiteur doit en principe porter plainte dans les dix jours, à moins qu'il n'ait été induit en erreur par les énonciations du commandement de payer (cp. art. 85 al. 2 ORI). A cet égard, le recourant fait état d'une contradiction entre le libellé de la poursuite et l'indication de l'objet du gage. Cette contradiction ne résulte pas déjà de la mention du titre de la créance ou de la cause de l'obligation (« solde dû sur un crédit de construction garanti par une obligation avec hypothèque au porteur »). Elle existerait si le commandement de payer indiquait comme objet du gage, non l'immeuble, mais la créance hypothécaire. Toutefois, le débiteur ne s'en est pas prévalu dans sa plainte et ne produit même pas le commandement de payer. Il y a d'ailleurs lieu d'admettre que l'office n'aurait pas donné suite à une réquisition aussi contradictoire, cela d'autant moins que la formule française, à la différence de l'allemande, exige la « désignation de l'immeuble ». Or, si l'immeuble était désigné comme objet du gage à réaliser, toute incertitude que pouvait susciter la mention de la cause de l'obligation était levée.

Au demeurant, la plainte et le recours auraient pu être écartés sans autre forme de procès, car ils n'ont visiblement été formés que pour gagner du temps. On ne voit pas que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la créance hypothécaire mise en gage soit d'abord réalisée — ce qui aurait pu avoir lieu depuis des mois. Car, s'il ne réussit pas à échapper à cette réalisation, il n'évitera certainement pas la perte de l'immeuble lui-même. D'une façon générale, on se plaint que, dans des situations semblables, le débiteur souffre préjudice d'une réalisation trop

rapide du gage mobilier et voie délivrer contre lui deux certificats d'insuffisance de gage ; c'est pourquoi certains auteurs préconisent-ils que les titres hypothécaires donnés en gage soient réalisés dans une poursuite en réalisation d'un gage immobilier (GUISAN, JdT, 1926 p. 194). Si le recourant adopte le parti contraire, c'est parce qu'il a déjà pu bénéficier des longs délais de ce genre de poursuite.

Par ces motifs, la Chambre des poursuites et des faillites rejette le recours.

20. Entscheid vom 3. Juli 1952 i. S. Brändli.

Pfändung von Dritteigentum. Der Dritte, der in einer Betreuung gegen einen Andern eigene Sachen freiwillig pfänden lässt, kann auf diesen Verzicht nachher nicht zurückkommen, weder durch Erhebung einer Dritttansprache im Sinne von Art. 106 ff. SchKG noch durch Admassierung in seinem eigenen Konkurs, ebensowenig seine Konkursmasse.

Saisie d'un bien appartenant à un tiers. Le tiers qui, dans une poursuite dirigée contre le débiteur, a laissé saisir volontairement des biens dont il était propriétaire, n'est pas recevable à les revendiquer plus tard par la voie de la tierce opposition selon les art. 106 et suiv. LP ni à demander qu'ils soient inclus dans sa propre faillite.

Pignoramento di un bene appartenente ad un terzo. Il terzo che nell'esecuzione promossa contro il debitore ha lasciato pignorare volontariamente dei beni di cui era il proprietario, non può rivendicarli più tardi a norma degli art. 106 e seguenti LEF, nè può chiedere ch'essi siano inclusi nel proprio fallimento.

A. — In der mit doppeltem Zahlungsbefehl gemäss Art. 86bis SchKG eingeleiteten Betreuung des E. Brändli gegen Frau Schmid-Stauffacher für eine Vollschuld derselben wurden u.a. ein Blocher, ein Radiogerät und eine Couch gepfändet. Nachdem der Ehemann Schmid seinerseits Nachlassstundung erhalten hatte, stellte die Ehefrau die ihr bewilligten Abschlagszahlungen ein. Zufolge Beschwerde ihres Gläubigers Brändli ordnete das Bundesgericht mit Rekursentscheid vom 7. März 1952 (BGE 78

III 54) die Verwertung der genannten Gegenstände an. Daraufhin führte der Ehemann Schmid am 13. März 1952 durch Insolvenzerklärung die Konkursöffnung über sich herbei. Als das Betreibungsamt gemäss dem bundesgerichtlichen Entscheid die Steigerung der gepfändeten Sachen ansetzte, beschwerte sich der Ehemann dagegen mit der Begründung, gemäss Art. 199 SchKG fielen diese in die Konkursmasse und könnten nicht mehr allein zugunsten des pfändenden Gläubigers Brändli verwertet werden.

B. — Die untere Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, weil es sich bei den fraglichen Gegenständen um der Ehefrau gehörendes und für eine Vollschuld derselben gepfändetes Frauengut handle ; etwas anderes behauptete der Beschwerdeführer selber nicht ; Art. 199 finde daher nicht Anwendung.

Die obere Aufsichtsbehörde dagegen hiess die Beschwerde, der sich vor ihr auch noch die Konkursverwaltung anschloss, gut, verfügte Einstellung der Verwertung und stellte fest, dass die drei Gegenstände zur Konkursmasse des Ehemannes gehören. Zur Begründung wird ausgeführt, der Konkursmasse müsse, obwohl sie vor der unteren Aufsichtsbehörde am Verfahren nicht beteiligt gewesen sei, angesichts des Interesses der durch sie vertretenen Konkursgläubiger das Recht zum Weiterzug an die obere zugebilligt werden. In materieller Beziehung sei die Behauptung des Beschwerdeführers, die gepfändeten Gegenstände seien sein Eigentum, vor der oberen Aufsichtsbehörde neu erhoben. Ob ihm dieses Vorbringen noch gestattet sei, obwohl er gegen die Pfändung der Gegenstände für einen Gläubiger der Ehefrau nicht opponiert habe, könne dahingestellt bleiben ; denn es genüge, dass die Konkursverwaltung, die sich erst seit Ausbruch des Konkurses äussern könne, diese Behauptung erhebe. Heute liege nun bezüglich aller drei Gegenstände eindeutig der Beweis vor, dass sie Eigentum des Mannes seien, indem dieser die Belege für die bezüglichen Ankäufe vorlege, der Lieferant der Couch die Restforderung im Konkurse des