

heute (am 6. Februar) durch Steigerung seinen gesamten Viehstand verwertet habe, werde auf den Steigerungserlös, soweit er zur Deckung von Forderung und Kosten erforderlich sei, Beschlagnahm gelegt. In der Begründung des Rekurses wird bemerkt, daß am 25. Januar die fragliche „Steigerung wegen Aufgabe der Pacht“ von Sachat in den Tagesblättern ausgeklündet und am 6. Februar vollzogen worden sei. — Daß es sich um noch nicht verfallenen Pachtzins handelt, wird nicht bestritten.

Die kantonale Aufsichtsbehörde beantragt Abweisung des Rekurses. Sie giebt an, daß Rekurrent sie auf die von ihm vor Bundesgericht unterbreiteten weiteren Tatsachen nicht aufmerksam gemacht habe.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Nach Art. 294 Abs. 3 OR kann der Vermieter, „wenn der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen will“, mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle die zu seiner Deckung erforderlichen Retentionsobjekte zurückbehalten. Diese Bestimmung hat durch Art. 283 SchRG ihre nähere Ausführung erhalten, was das bei der Wahrung des Retentionsrechtes einzuschlagende Verfahren anbetrifft, indem letzterer Artikel namentlich die „zuständige Amtsstelle“ genauer bezeichnet und die Aufnahme einer Retentionsurkunde vorsieht. Dagegen hat Art. 283 die Gründe, aus denen zur Aufnahme des Retentionsinventars geschritten werden darf, gegenüber Art. 294 Abs. 3 OR nicht weiter ausdehnen wollen, da er nichts in diesem Sinne bestimmt. Es bleibt also für die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Amt zur Aufnahme des Retentionsverzeichnisses schreiten darf, ausschließlich Art. 294 Abs. 3 OR maßgebend, wonach die gesamte Maßnahme (zur Sicherung von noch unverfallenen Mietzins) nur zulässig ist bei drohendem Wegzuge des Mieters (bezw. Pächters) oder drohender Fortschaffung von Retentionsgegenständen. Einen solchen gesetzlichen Grund stellt nun aber der hier allein behauptete nicht dar, daß der Pächter den Verpächter „zu schädigen beabsichtige“. Damit wird eine Gefährdung des Retentionsrechtes, wie sie Art. 294 Abs. 3 verhindern will, nicht, oder doch nur in so unbestimmter Weise geltend ge-

macht, daß gestützt hierauf die Aufnahme einer Retentionsurkunde für die (unbestrittenermaßen noch nicht fällige) Zinsforderung des Rekurrenten als gesetzlich unstatthaft erscheint. Mit Recht hat deshalb die Vorinstanz das Retentionsinventar vom 12. Januar 1905 aufgehoben.

Was die nachträgliche, am 6. Februar erfolgte Verinventurierung des Erlöses aus den versteigerten Inventarobjekten anbelangt, so hat man es hier mit einer betreibungsamtlichen Verfügung zu tun, die laut den Akten nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheides gebildet hat und nicht hat bilden können, da sie der Vorinstanz von keiner Partei namhaft gemacht worden ist. Es fehlt also in diesem Punkte an einem vor das Bundesgericht weiterziehbaren Entscheide einer kantonalen Aufsichtsbehörde (Art. 19 SchRG) und ist also insoweit auf den Rekurs nicht einzutreten.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

36. Entscheid vom 14. März 1905 in Sachen Tiefenauer.

Betreibbarkeit der Ehefrau. Frage, ob sie Handelsfrau gemäss Art. 35 OR sei; Zuständigkeit der Betreibungs- (u. Aufsichts)-behörden einerseits, der Gerichte anderseits. — Rückweisung an die kantonale Aufsichtsbehörde.

I. Am 17. November 1904 erwirkte die Firma Jorner, Ernst & Cie. in Winterthur vom Betreibungsamte Gofau gegen die Rekurrentin, Frau Tiefenauer, einen Zahlungsbefehl für eine auf einen Verlustschein sich stützende Forderung von 275 Fr. 11 Cts. Die Betriebene erhob Rechtsvoranschlag mit der Begründung, daß sie „nicht zu neuem Vermögen gekommen“ sei. Dieser Rechtsvoranschlag wurde durch einen die provisorische Rechtsöffnung bewilligenden Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Gofau vom 2. Januar 1905 beseitigt, worauf die gläubigerische Firma das Fortsetzungsbegehren stellte. Nunmehr verlangte die Betriebene auf

dem Beschwerdewege Aufhebung der Betreibung, indem sie geltend machte, daß sie nicht persönlich betrieben werden könne, da sie nicht in Gütertrennung lebe und auch nicht Handelsfrau im Sinne des Art. 35 OR sei. Die untere Instanz hieß die Beschwerde gut mit der Begründung: Es sei durch Bescheinigung der Gemeindefanzlei Gofzau ausgewiesen, daß Frau Tiefenauer mit ihrem Ehemanne in ungetrennter Ehe lebe, wogegen ihre Stellung als Handelsfrau nicht erwiesen sei. Gegen diesen Entscheid rekurrirten Forrer, Ernst & Cie. an die kantonale Aufsichtsbehörde mit dem Begehren auf Aufrechthaltung des Zahlungsbefehles vom 17. November und unter Berufung darauf, daß die Frage, ob die Betriebene als Handelsfrau zu gelten habe, nicht durch die Aufsichtsbehörden, sondern durch den ordentlichen Richter zu entscheiden sei.

In ihrem am 15. Februar 1905 ergangenen Entscheide erklärte die obere Aufsichtsbehörde in Gutheißung des Rekurses, daß sie der Ansicht der Rekurrenten beistimme, indem deren Richtigkeit aus Entscheiden des Bundesgerichtes (als welche sie citiert: *Amtl. Samml.*, Bd. XXII, Nr. 207; *Separatausgabe*, Bd. II, Nr. 50* und Bd. III, Nr. 2**) zur Genüge hervor-gehe.

II. Mit seinem nunmehrigen, innert Frist eingereichten Rekurse stellt der Ehemann Tiefenauer als gesetzlicher Vertreter seiner Ehefrau vor Bundesgericht das Begehren: in Aufhebung des Entscheides der kantonalen Aufsichtsbehörde die gegen Frau Tiefenauer eingeleitete Betreibung zu kassieren und nichtig zu erklären.

Die Vorinstanz hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse Umgang genommen. Die Rekursgegner Forrer, Ernst & Cie. tragen auf Abweisung des Rekurses an.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Die bundesgerichtlichen Entscheide (*Amtl. Samml.*, Bd. XXII, Nr. 207; desgleichen *Sep.-Ausg.*, Bd. II, Nr. 50 und Bd. III, Nr. 2), auf welche sich die Vorinstanz beruft, lassen sich in

* *Ges.-Ausg.* XXV, 1, Nr. 99, S. 499 ff. — ** *Id.*, XXVI, 1, Nr. 19, S. 117 ff.
(*Ann. d. Red. f. Publ.*)

Wirklichkeit für die von ihr vertretene Auffassung nicht anführen, daß die Kognition darüber, ob eine Ehefrau als Handelsfrau nach Art. 35 OR zu gelten habe und deshalb eine gegen sie angehobene Betreibung zulässig sei, schlechthin den Gerichten zukomme und also den Aufsichtsbehörden jede Kompetenz zu materieller Prüfung dieses Punktes abgehe. Im Gegenteile haben die zitierten Entscheide und in Übereinstimmung mit ihnen die anderweitige Praxis des Bundesgerichtes in der Frage (vergl. namentlich *Sep.-Ausg.*, Bd. VI, Nr. 66* und Bd. VII, Nr. 10**) eine derartige Kognition der Aufsichtsbehörden ausdrücklich vorbehalten, allerdings in der Weise, daß sie ihr, gegenüber derjenigen des Richters, einen bloß provisorischen Charakter beilegen. Man ging dabei von Rücksichten praktischer Natur der Kostenersparnis (*Sep.-Ausg.*, Bd. III, Nr. 2, S. 9) und von der Erwägung aus, daß die Frage nach der Zulässigkeit einer gegen eine Ehefrau als angebliche Handelsfrau angebrachten Betreibung d. h. nach der Betreibungsfähigkeit der betreffenden Ehefrau, an sich eine betreibungrechtliche sei, wenn auch die Entscheidung ganz wesentlich von zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältnissen (der Frage nach dem Vorhandensein eines Geschäftsbetriebes gemäß Art. 35 OR, einer unter denselben fallenden Geschäftsschuld, des Bestandes und des Umfanges der eingegangenen Verpflichtung, etc.) abhängt. Wegen dieser präjudiziellen Bedeutung der dem Entscheide über die Zulässigkeit der Betreibung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Punkte geht dann allerdings die Kognition des Richters derjenigen der Aufsichtsbehörden vor, d. h. es ist die Verfügung des Betreibungsbeamten über die Zulässigkeit der Anhebung und Durchführung der Betreibung bezw. der in Betreff einer solchen Verfügung erlassene Beschwerdeentscheid in seiner Gültigkeit abhängig von einem allfälligen gerichtlichen Urteil, das die Frage entscheidet, ob eine Forderung aus Geschäftsbetrieb nach Art. 35 OR und ob demnach die materielle Voraussetzung für die angebrachte Betreibung bestehe oder nicht.

Die Vorinstanz hat somit zu Unrecht das Begehren der Re-

* *Ges.-Ausg.* XXIX, 1, Nr. 118, S. 538 ff. — ** *Id.*, XXX, 1, Nr. 29, S. 188 f.
(*Ann. d. Red. f. Publ.*)

kurrentin um Aufhebung der gegen sie angehobenen Betreibung als ihrer Zuständigkeit nicht unterliegend erklärt. Da im fernern die Akten die nötigen Anhaltspunkte zu einer endgültigen Erledigung der Beschwerde durch das Bundesgericht vermiffen lassen, ist die Sache zu erneuter Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu erneuter Beurteilung begründet erklärt.

37. **Entscheid vom 21. März 1905** in Sachen **Dr. Meyer und Genossen.**

Arrest. — Stellung der Aufsichtsbehörden zum Arrestbefehl. — Arrestort für Exekution in Forderungen.

I. Unterm 7. Februar 1905 erließ der Gemeindegerechtspräsident von Herisau, auf Begehren der Firma Gustav Rosenbusch & Cie., in Orlikon, für eine Forderung von 362 Fr. 90 Cts. und Zins gegen Frau Anna Hagenbucher in Herisau einen Arrestbefehl, welcher als Arrestgegenstände bezeichnet: „Die pfändbaren Vermögensgegenstände“. Am gleichen Tag schritt das Betreibungsamt Herisau zum Vollzuge dieses Befehles, indem es unter anderm mit Arrest belegte: „1 Forderung von 7000 Fr. auf H. Naser, früher in Winterthur, gedeckt durch Schuldbrief von 8000 Fr. auf das Haus des in Goldau als Faustpfand“. Laut Angaben des Betreibungsamtes erklärte Frau Hagenbucher beim Arrestvollzug, daß sie an H. Naser in Winterthur eine Forderung von 7000 Fr. habe und daß ihr ein beim Rekurrenten Dr. Meyer befindlicher Hypothekartikel als Pfand für diese Forderung bestellt sei. Als das Betreibungsamt darauf den Titel von Dr. Meyer heraus verlangte, um ihn in amtliche Verwahrung zu nehmen, widersetzte sich Dr. Meyer diesem Begehren mit der Behauptung: Frau Hagenbucher besitze am fraglichen Titel kein Faustpfandrecht, wohl aber er, Dr. Meyer, dem er von Naser anlässlich eines Auftrages zur Erwirkung eines Nachlaßvertrages anvertraut worden sei.

II. Diese Behauptung hielten Dr. Meyer und Frau Hagenbucher in einer daraufhin eingereichten Beschwerde aufrecht, in der geltend gemacht wird: Der Arrestbefehl vom 7. Februar sei ungültig und sein Vollzug aufzuheben, weil er die Arrestgegenstände nicht genau spezifiziere. Im weitern sei das Betreibungsamt offensichtlich über den Arrestbefehl hinaus gegangen, indem das verarrestierte Guthaben in Winterthur „domiziliert“ sei und also dessen Arrestlegung nur den dortigen Behörden zustehe. Zudem erweise sich das verarrestierte Guthaben aus civilrechtlichen Gründen als unpfändbar, indem der Vertrag, auf den es sich stütze, als dahingefallen gelten müsse. Gänzlich ungesetzlich sei es gewesen, das dem Dr. Meyer bestellte Faustpfand bei demselben mit Arrest zu belegen. An einem Arrestbefehl hiefür habe es gefehlt und das Betreibungsamt sei, indem es Dr. Meyer über diesen Mangel hinweg getäuscht habe, unter Mißbrauch seiner Amtsgewalt vorgegangen; dies um so mehr, als ihm Frau Hagenbucher ausdrücklich erklärt habe, nicht sie, sondern Dr. Meyer besitze Pfandrecht an dem Titel.

Gestützt hierauf stellten Frau Hagenbucher und Dr. Meyer die Begehren: 1. Die Arrestlegung auf das Guthaben an Naser und die auf sie sich stützende „Pfändung“ als unzulässig zu erklären; 2. die vorgenommene Verarrestierung der fraglichen Hypothekobligation als angeblichen Faustpfandes für jenes Guthaben ebenfalls aufzuheben; 3. die „versuchte Arrestlegung“ bei Dr. Meyer als gesetz- und rechtswidrig zu erklären.

III. Mit Entscheid vom 22. Februar 1905 wies die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde als unbegründet ab, wobei sie dem Beschwerdeführer Dr. Meyer die Möglichkeit vorbehielt, seine Ansprüche am fraglichen Titel im Befahren der Art. 106/9 zur Geltung zu bringen.

IV. Mit ihrem nunmehrigen, innert Frist eingereichten Rekurse gegen genannten Entscheid erneuern Frau Hagenbucher und Dr. Meyer die gestellten Beschwerdebegehren vor Bundesgericht.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Bezüglich des ersten Beschwerdeggrundes, daß nämlich der Arrestbefehl vom 7. Februar 1905 ungültig sei, weil er die zu