

que nullement qu'il soit à son égard investi par la loi anglaise de pouvoirs de représentation. Dans ces conditions, il n'y a pas de motifs de regarder comme nulle la notification faite directement à dame Kennedy.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites
prononce :

Le recours est admis ; en conséquence, la décision de l'Autorité cantonale de surveillance est annulée et la plainte portée par dame Kennedy contre la notification du commandement de payer 12 610 est écartée.

125. Entscheid vom 10. Oktober 1912 in Sachen Müry.

Art. 106 ff. SchKG: *An einer grundversicherten Forderung des bisherigen baselstädtischen Rechtes hat nicht derjenige Gewahrsmann, der den Hypothekartitel besitzt, sondern derjenige, der über die Forderung tatsächlich verfügen kann. Ist die Abtretung einer Forderung simuliert, so ist sie für die Frage des Gewahrsmanns ohne Bedeutung. Kompetenz der Aufsichtsbehörden zur Entscheidung der Frage der Simulation in diesem Zusammenhang.*

A. — Gestützt auf einen vom Gerichtspräsidenten Arlesheim auf Begehren des Hans Brodtbeck in Gelterkinden gegen K. Müry-Streit in Basel erlassenen Arrestbefehl legte das Betreibungsamt Binningen am 23. Juli 1912 Arrest auf das „Guthaben des Arrestschuldners bei Ernst Kamber-Böhmeler in Neu-Müllwil laut Hypothekarobligation auf die Liegenschaft Kolmarerstrasse 78 in Basel über 6000 Fr. und laut Hypothekarobligation auf die Liegenschaft Kolmarerstrasse 48, ebenda über 4000 Fr.“ Da sich bei der Beschlagnahme herausstellte, daß der Arrestschuldner beide Obligationen durch schriftliche Erklärung vom 7. April 1911 an seine mit ihm in vertraglicher Gütertrennung lebende Ehefrau Klara Müry-Streit abgetreten hatte und daß diese Abtretung am 8. April 1911 im Grundbuche vorgemerkt worden war, setzte das Betreibungsamt bei Zustellung der Arresturkunde dem Gläubiger Frist zur Klage nach Art. 109 SchKG an.

Hierüber beschwerte sich Brodtbeck bei der kantonalen Aufsichts-

behörde mit dem Antrage, es sei das Betreibungsamt anzuhalten, das Bestreitungsverfahren nach Art. 106 SchKG einzuleiten. Zur Begründung machte er geltend: Frau Müry habe von der Umschreibung der Titel auf ihren Namen nie Kenntnis erhalten und es sei diese auch dem Schuldner Kamber nie angezeigt worden; beide Obligationen seien nach wie vor und auch noch bei der Arrestlegung im Besitze des Ehemannes Müry-Streit gewesen, dieser habe die Zinsen eingezogen und dafür in seinem eigenen Namen quittiert, die Zession sei also nur ein Scheinmanöver und könne für den Entscheid der Gewahrsmannsfrage nicht in Betracht fallen.

Die kantonale Aufsichtsbehörde vernahm zuerst Kamber-Böhmeler und einen gewissen Haberseger als Zeugen ein und hieß sodann mit Entscheid vom 31. August 1912 die Beschwerde im Sinne des gestellten Begehrens gut, im wesentlichen mit folgender Begründung: Für die Fristsetzung sei nicht maßgebend, wem das Eigentum, sondern einzig, wem der Gewahrsmann an den beschlagnahmten Forderungen zugestanden habe. Nun habe allerdings der Zeuge Haberseger erklärt, daß er zur Zeit der Arrestlegung die beiden Hypothekartitel im Gewahrsmann gehabt habe und daß sie ihm von der Ehefrau Müry-Streit übergeben worden seien. Haberseger mache aber daran keinen Anspruch geltend, sondern gebe zu, daß er sie nur als Depositär bebesse. Es frage sich daher nur, ob er als solcher den Gewahrsmann für den Ehemann oder die Ehefrau Müry ausgeübt habe. Diese Frage müsse nach den vorgenommenen Erhebungen im ersteren Sinne entschieden werden. Denn nach diesen Erhebungen stehe fest, daß Kamber-Böhmeler bis zur Arrestlegung die Zinsen an den Ehemann Müry habe bezahlen müssen, daß dieser dafür quittiert und erst nach dem Arreste im Quittungsbuch des Kamber vor seiner Unterschrift den Zusatz „per Klara Müry-Streit“ eingefügt habe. Ferner stehe fest, daß Müry nach der Arrestlegung die beiden Titel bei Haberseger geholt und dem Betreibungsamte übergeben habe. Und endlich ergebe sich aus zwei bei den Akten befindlichen Briefen der Frau Müry vom gleichen Datum (5. August 1912), daß diese selbst nicht recht wisse, wo sich die Titel befänden, dieselben also vielleicht nie in ihrem Besitze gewesen seien. Alle diese Momente ließen darauf schließen, daß die Zession in der Tat nur ein Manöver gewesen sei, daß Haberseger beim ganzen Vorgange im Auftrage des Ehe-

mannes Mury gehandelt und somit den Gewahrsm als Depositär des Ehemannes und nicht der Ehefrau ausgeübt habe. Es sei daher nach Art. 106 und nicht nach Art. 109 vorzugehen.

B. — Gegen diesen Entscheid rekuriert Frau Mury-Streit an das Bundesgericht mit dem Begehren: es sei derselbe aufzuheben und die vom Betreibungsamt erlassene Fristansetzung nach Art. 109 als zu Recht bestehend zu erklären. Zur Begründung wird ausgeführt: Gegenstand des Arrestes seien nicht die beiden Hypothekartitel, sondern die darin verurkundeten Forderungen. Denn die alten baselstädtischen Hypothekarobligationen seien keine Wertpapiere, sondern bloße Beweisurkunden. Nun habe das Bundesgericht aber bereits im Falle Amado (Archiv 9 Nr. 33) entschieden, daß, wenn eine gepfändete oder beschlagnahmte Forderung vor der Pfändung oder dem Arreste abgetreten worden sei, die Fristansetzung nach Art. 109 an den betreibenden Gläubiger zu erfolgen habe. Ob die Abtretung rechtsgültig sei oder sich bloß als „Mandöver“ darstelle, hätten die Aufsichtsbehörden nicht zu prüfen, der Entscheid hierüber sei dem Richter vorbehalten. Im übrigen seien auch die Momente, welche die Vorinstanz als Beweis für die angebliche Simulation aufführe, in keiner Weise schlüssig. So lasse sich insbesondere nichts daraus herleiten, daß der Ehemann nach der Arrestlegung die Titel bei Habenseger habe erheben können, da dieser sie ihm nur zwecks Vorzeigung der Zession auf ihren, der Rekurrentin, Auftrag herausgegeben habe. Ebenso sei es unerheblich, daß er die Zinsen eingezogen habe; denn auch dies habe er nur als ihr Vertreter kraft einer besonderen Vollmacht, die sie ihm kurz nach der Zession ausgestellt habe, getan. Wenn Kamber bei der Einvernahme durch die Vorinstanz erklärt habe, daß der Zusatz „per Klara Mury-Streit“ erst nach dem Arreste in das Quittungsbuch eingetragen worden sei, so treffe dies nicht zu, es sei dies vielmehr schon anlässlich der letzten Zinszahlung im Mai oder Juni d. J. geschehen.

Zum Beweise für die Behauptungen produziert die Rekurrentin eine Bescheinigung des Ernst Kamber-Böhmeler des Inhalts: er müsse bestätigen, daß seine Aussage vor der Vorinstanz, so wie sie protokolliert worden sei, den Tatsachen nicht entspreche, daß der streitige Zusatz im Quittungsbuch in der Tat schon im Mai oder Juni angebracht worden und daß er, Kamber, schon längst im Be-

sitz einer von Frau Mury ausgestellten Erklärung sei, wonach ihr Mann Vollmacht habe, die Kapitalzinsen für sie in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren.

C. — Die kantonale Aufsichtsbehörde und der Arrestgläubiger Brodtbeck haben auf Abweisung des Rekurses angetragen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Zweifellos sind als Arrestobjekt im vorliegenden Falle nicht etwa die beiden Hypothekartitel selbst, sondern die darin verurkundeten grundpfandversicherten Forderungen anzusehen. Denn die Hypothekarobligationen des bisherigen baselstädtischen Rechtes sind keine Wertpapiere, sondern bloße Beweisurkunden über das Bestehen der Pfandforderung und die Errichtung des Pfandrechtes (vgl. H u b e r, Schweiz. Privatrecht Bd. III S. 444 und 556 f.). Maßgebend für den Entscheid darüber, ob die Fristansetzung nach Art. 106 oder 109 SchRG zu erfolgen habe, ist daher nicht, in wessen Gewahrsm sich die beiden Hypothekartitel befanden, sondern wer tatsächlich über die beiden Forderungen verfügen konnte, die daraus entspringenden Rechte ausübte. War dies der Arrestschuldner Mury, so ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen, ohne daß auf die zu Gunsten der Rekurrentin ausgestellte Zession etwas ankommen könnte. Denn wenn die Praxis erklärt hat, daß im Falle der Vindikation einer vor der Pfändung oder Arrestlegung abgetretenen Forderung die Fristansetzung nach Art. 109 an den betreibenden Gläubiger zu erfolgen habe, so geschah dies jeweilen nur von der Erwägung aus, daß, wer eine Forderung abtrete, sich damit regelmäßig auch der Verfügung über sie begebe. Diese Erwägung trifft aber nur dann zu, wenn die Abtretung sich als ernstliches Rechtsgechäft darstellt, muß dagegen notwendig versagen, wenn dieselbe nur zum Schein geschah, also simuliert ist. Kann eine solche Simulation schon vor den Aufsichtsbehörden nachgewiesen werden, so ist klar, daß diese beim Entscheide der Gewahrsmfrage nicht auf den simulierten, sondern auf den wirklichen Tatbestand abzustellen haben. Der Einwand, daß sie damit auf ein dem Richter vorbehaltenes Gebiet übergreifen, hält nicht Stich. Denn die Untersuchung darüber, ob Simulation vorliege, geschieht ja nicht, um über die Rechtsgültigkeit des Abtretungsaktes zu ent-

scheiden — was allerdings ausschließlich Sache des Richters ist — sondern lediglich im Sinne der Feststellung eines Präjudizialpunktes für die Lösung der Gewahrhamsfrage. Ähnliche materiell-rechtliche Präjudizialpunkte müssen aber häufig von den Aufsichtsbehörden erörtert werden, um entscheiden zu können, wem der Gewahrham an einem Pfändungsobjekte zukomme, so in den zahlreichen Fällen, wo der Ehegatte des Pfändungsschuldners als Vindikant auftritt und der Entscheid über den Gewahrham davon abhängt, unter welchem Güterstande die Eheleute leben u. s. w.

2. — Zu prüfen bleibt somit nur, ob die Annahme, daß es sich bei der vorliegenden Abtretung um bloße Simulation gehandelt habe, zutreffe. Diese Frage ist im Hinblick auf die mit den Zeugenansagen übereinstimmenden, somit altengemäßen und für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zu bejahen.

Denn danach steht fest, daß der Hypothekarschuldner Kamber trotz der Zession nach wie vor die Zinsen an den Ehemann Mury zahlte, daß letzterer darüber auf seinen Namen quittierte und erst nachträglich, nachdem der Arrest vollzogen war, im Quittungsbuch einen Zusatz, der auf ein Vertretungsverhältnis hindeuten sollte, beifügte. Ferner steht fest, daß Mury selbst die Hypothekartitel dem Betreibungsamte überbrachte und daß die angebliche Zessionarin Frau Mury in zwei Briefen vom nämlichen Tage über den Verbleib dieser Titel widersprechende Behauptungen aufstellte.

In diesen Momenten liegen aber hinreichend schlüssige Indizien dafür, daß die Abtretung an die Rekurrentin nur zum Scheine ausgestellt worden war und daß der Arrestschuldner Mury sich nach wie vor als Gläubiger der Forderung betrachtete und als solcher handelte. Denn als wesentlichstes Merkmal des Innehabens einer Darlehensforderung wie der vorliegenden muß es doch zweifellos angesehen werden, daß man deren Zinsen für sich beanspruchen kann.

Wenn die Rekurrentin einwendet, daß gerade dieses Merkmal nicht zutreffe, weil ihr Ehemann die Zinsen in Wirklichkeit nicht für sich, sondern lediglich als ihr Bevollmächtigter bezogen habe, so kann sie damit nicht gehört werden. Denn soweit sie diese Ein-

wendung damit begründet, daß sie demselben eine besondere Vollmacht ausgestellt habe, handelt es sich um eine neue, vor der Vorinstanz nicht vorgebrachte tatsächliche Behauptung, soweit sie geltend macht, daß gemäß der mit dem Rekurse produzierten schriftlichen Bescheinigung des Kambers der streitige Zusatz schon vor der Arrestlegung im Quittungsbuch angebracht worden sei, um ein neues, im Widerspruch zu den von der Vorinstanz erhobenen stehendes Beweismittel. Beides, neue Behauptungen wie neue Beweismittel sind aber im Verfahren vor Bundesgericht unzulässig. Aus dem nämlichen Grunde kann auch auf das nachträgliche Vorbringen, daß Haberseker die Titel nur auf ihren Auftrag hin herausgegeben habe, nicht eingetreten werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

126. Entscheid vom 17. Oktober 1912

in Sachen **Aktiengesellschaft vormals Blösch, Schwab & Cie.**

Art. 53 SchKG: *Pflicht des Betreibungsamtes, die Fortsetzung einer von ihm eingeleiteten Betreibung, auch wenn die Zustellung des Zahlungsbefehles unangefochten geblieben ist und sich die für die Kompetenz massgebenden Verhältnisse seither nicht verändert haben, zu verweigern, sofern es nachträglich zur Ueberzeugung gelangt, dass es schon von Anfang an nicht zuständig war.*

A. — Die Rekurrentin, die Aktiengesellschaft vormals Blösch, Schwab & Cie. in Bödingen, stellte beim Betreibungsamt Zürich III das Begehren um Betreibung des J. K. Müller, der in Rothkreuz eine „Stahlspäne- und Reformdrahtfabrik“ besitzt, für eine Forderung von 159 Fr. 80 Cts. Obwohl im Handelsregister als Wohnsitz des Schuldners Kreuzstraße 80 in Zürich V eingetragen war, nahm das Betreibungsamt Zürich III an, der Schuldner wohnte bei seiner Mutter, Werdegägli 55 in Zürich III, und seine Zuständigkeit sei daher vorhanden. Infolgedessen stellte es den Zahlungsbefehl dem Prokuristen des Schuldners in Rothkreuz zu. Als dann aber die Rekurrentin am 25. Juli 1912 das Fort-