

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — C'est à tort que l'Autorité cantonale invoque l'arrêt rendu dans la cause Mangold (*Rec. off.* XXII, 265), pour prouver que les décisions qui déterminent le montant d'une retenue sur le salaire ne sont pas susceptibles d'être attaquées par voie de recours au Tribunal fédéral.

L'arrêt en question se borne à remarquer que la détermination de ce montant dépend tellement de l'appréciation des éléments de fait que l'instance fédérale se trouve presque toujours dans la nécessité de confirmer la décision de l'instance cantonale ; il admet cependant qu'il y ait des cas où la fixation du montant de la retenue soit arbitraire ou repose sur une erreur de droit. C'est dans ces cas là que la compétence du Tribunal fédéral devient efficace.

2. — Dans l'espèce, la décision cantonale contient évidemment une erreur de droit, en tant que pour déterminer le montant de la retenue, elle s'est laissée guider essentiellement et peut-être exclusivement par la cause qui avait donné origine à la dette, *en estimant que lorsqu'on pousse le luxe jusqu'à acheter du vin il faut le payer*, manière de voir qui est en opposition avec la disposition de l'art. 93 lequel, en statuant que le salaire ne peut être saisi *que déduction faite de ce qui est indispensable au débiteur et à sa famille*, exige implicitement que la détermination du montant du salaire à saisir doit se baser sur l'appréciation de la situation de fait du débiteur et de sa famille, non sur celle de la nature de la dette ou de son origine.

3. — D'autre part, la décision attaquée ne fournit aucun élément de fait permettant d'apprécier la situation du débiteur.

On est donc forcé de s'en rapporter au renseignement fourni par lui, sur la base duquel une retenue de 10 fr. par mois, sur un salaire de 100 à 110 fr., doit être envisagée comme trop élevée.

Telle paraît du reste être aussi l'opinion actuelle de l'Autorité cantonale, puisque sa réponse contient la déclaration *qu'étant donnés les faits nouveaux résultant du recours, elle serait disposée à modifier sa décision.*

Le recours doit donc être admis en tant qu'il vise à faire réduire la retenue à 5 fr. par mois.

4. — Il n'est par contre pas possible d'autoriser le débiteur à encaisser en entier son salaire, et à verser lui-même à l'Office le montant de la retenue ; car cela équivaldrait à l'annulation de la saisie.

Par ces motifs,

La Chambre des Poursuites et des Faillites
prononce :

Le recours est déclaré fondé en ce sens que la retenue à opérer sur le salaire du débiteur doit être réduite de 10 à 5 fr. par mois.

69. Entscheid vom 21. September 1901
in Sachen Zimmerli.

Ungesetzlichkeit einer Betreibung. — « Gesetzlicher Vertreter », Art. 47, Abs. 1, Sch.-K. — Anwendbarkeit von Abs. 3 *cod.* ?

I. Laut Urteil der Polizeikammer des Kantons Bern vom 13. Februar 1897 wurde Anna Maria Salchli geb. Stalder wegen Ehrverletzung der Civilpartei Sophie Zimmerli geborne Maurer gegenüber zu einer Entschädigung von 110 Fr. und der Civilpartei Aldine Zimmerli, Tochter der Sophie Zimmerli, gegenüber zu einer solchen von 100 Fr. verurteilt. Durch Zahlungsbefehle des Betreibungsamtes Nidau vom 7. April 1897 (Betreibung Nr. 12,038) und vom 28. April 1897 (Betreibung Nr. 12,441) leiteten Mutter und Tochter Zimmerli zusammen gegen Frau Salchli-Stalder für je 210 Fr., — die Summe ihrer beiden Ansprüchen, — Betreibung ein. Die erste dieser Betreibungen wurde gehemmt durch die Weigerung des Betreibungsbeamten, den Zahlungsbefehl der güterrechtlich von ihrem Manne nicht getrennten Frau Salchli zuzustellen, die zweite infolge Rechtsvorschlages des Ehemannes Salchli.

Am 21. März 1901 stellte der Vertreter der Gläubigerschaft,

Fürsprecher Albrecht in Biel, ein Gesuch um Eintragung der Frau Salchli-Stalder in das Handelsregister. Der Aufforderung des Handelsregisterführers von Nidau, binnen der ihr gesetzten Frist sich eintragen zu lassen oder die Weigerungsgründe schriftlich zu bezeichnen, gab Frau Salchli keine Folge, worauf am 2. April 1901 die Eintragung von Amtswegen stattfand.

Am 19. April 1901 wurde nun der Frau Salchli, und zwar wiederum persönlich, ein Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Nidau d. d. 17. April 1901 (Betreibung Nr. 1493) für die erwähnte Forderung von Mutter und Tochter Zimmerli zugestellt, gegen den die Betriebene Rechtsvorschlag erhob.

Infolge eines Gesuches der Frau Salchli um Löschung des Registereintrages, überzeugte sich der Handelsregisterführer am 22. April 1901 durch Besichtigung ihres Waarenlagers, daß Frau Salchli nicht eintragungspflichtig sei und überwies die Akten der kantonalen Justizdirektion um Erteilung von Weisungen. Letztere erklärte am 24. April 1901 das Lösungsbegehren für gerechtfertigt, worauf die Löschung am 29. April erfolgte.

Gegenüber dem von Frau Salchli gegen den Zahlungsbefehl vom 17./19. April erhobenen Rechtsvorschlag erteilte der Gerichtspräsident von Nidau am 13. Mai 1901 die Rechtsöffnung. Daraufhin verlangten die Gläubigerinnen unter Berufung auf den Registereintrag vom 2. April die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege des Konkurses. Am 14. Mai erließ das Betreibungsamt die Konkursandrohung und stellte sie der Schuldnerin am 17. Mai zu.

II. Unterm 25. Mai erhob nunmehr Frau Salchli Beschwerde mit dem Antrage, das ganze Betreibungsverfahren, speziell die Konkursandrohung vom 14./17. Mai 1901, weil ungesetlich, aufzuheben.

Die kantonale Aufsichtsbehörde erklärte am 24. Juli 1901 die Beschwerde im Sinne der Erwägungen ihres Entscheides für begründet. Diese Erwägungen führen des näheren aus:

Die Beschwerde sei nicht verspätet, da das ganze Betreibungsverfahren als solches wegen Ungesetlichkeit angefochten werde. Wenn sich Frau Salchli zunächst auf § 84 des kantonalen Einführungsgesetzes berufe, wonach die Einleitung der Betreibung gegen sie als güterrechtlich nicht getrennte Ehefrau schlechthin un-

zulässig gewesen sei, so sei zu bemerken, daß nach Bundesrecht die Betreibbarkeit auch der güterrechtlich nicht getrennten Ehefrau außer Frage stehe und daß dem gegenüber die Vorschrift von § 84, soweit widersprechend, nicht Stand halte. Dagegen habe die Aufhebung der angehobenen Betreibung aus dem Grunde zu erfolgen, weil es sich nicht um eine aus einem Geschäftsbetriebe im Sinne von Art. 35 D.-R. herrührende Forderung, sondern um eine Forderung aus Delikt handle, demnach die Ausnahmebestimmung des Art. 47, Al. 3, B.-G. nicht mehr zutrefte und also nach Al. 1 des citierten Art. 47 die Betreibung gegen den Ehemann Salchli als Vertreter seiner Frau hätte geführt werden sollen. Die Mißachtung dieser Vorschrift habe die absolute Nichtigkeit der Betreibung zur Folge. Es sei deshalb das ganze Betreibungsverfahren ab initio aufzuheben, wobei immerhin noch bemerkt werden möge, daß speziell auch die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege des Konkurses inkorrekt gewesen sei, indem Art. 40 B.-G. offenbar nicht zutrefte, wo die Streichung aus dem Handelsregister, wie hier, aus dem Grunde erfolgt sei, weil die Eintragung in Ermangelung der gesetzlichen Voraussetzungen überhaupt nicht hätte stattfinden sollen.

III. Gegen diesen Entscheid erklärten die Gläubigerinnen Sophie und Aldine Zimmerli rechtzeitig die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem sie darauf antrugen, die Beschwerde der Frau Salchli gänzlich, oder eventuell soweit abzuweisen, als sie gegen den Zahlungsbefehl vom 17./19. April 1901 gerichtet sei. Nach ihrer Ansicht soll das angefochtene Erkenntnis gegen die Art. 38, 39, 40 und 42 B.-G. verstoßen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Hat der betriebene Schuldner einen gesetzlichen Vertreter, so sind gemäß Art. 47, Al. 1, B.-G. die Betreibungsurkunden diesem und nicht dem Schuldner selbst zuzustellen.

Um einen Fall gesetzlicher Vertretung im Sinne genannter Bestimmung handelt es sich aber hier. Denn Satzung 83 des bernischen Zivilgesetzbuches bestimmt, daß der Ehemann die Frau „in ihren rechtlichen Angelegenheiten gegen andere zu vertreten“ habe. Diese gesetzliche Vertretung der Frau durch ihren Mann

besteht nach bernischem Rechte auch dann noch fort, wenn zwischen den Ehegatten die Gültertrennung eingetreten ist. Daß dies hier der Fall sei, ist übrigens nicht behauptet oder doch zum mindesten nicht erstellt und hätte, weil sich die Rekurrentinnen darauf als auf einen rechtlich relevanten Umstand hätten berufen wollen, von ihnen nachgewiesen werden müssen.

Es kann sich also nur noch fragen, ob man es mit dem Ausnahmefall des Art. 47, M. 3, B.-G. zu thun habe, welche Bestimmung für die Fälle des Art. 35 des Obligationenrechtes die persönliche Betreibbarkeit der Handels- und Gewerbefrau statuiert und also insofern den kantonalen Vorschriften über die gesetzliche Vertretung des Ehemannes durch die Frau Abbruch thut. Indessen hat in dieser Hinsicht die Vorinstanz in zutreffender Weise darauf hingewiesen, daß die in Betreibung gesetzte Forderung sich nicht als eine aus einem Geschäftsverkehr im Sinne des Art. 35 O.-R. herrührende darstellt, sondern sich auf außervertragliches Verschulden der Frau Salchli gründet, und zwar auf ein Verschulden in einer Angelegenheit, die zu einem möglichen Geschäftsverkehr genannter Art nicht in der geringsten Beziehung steht.

2. Nach dem Gesagten liegt somit darin, daß die fraglichen Betreibungsurkunden (Zahlungsbefehl vom 17./19. April und Konkursandrohung vom 14./17. Mai 1901) der Frau Salchli persönlich und nicht ihrem Ehemann als gesetzlichem Vertreter zugestellt wurden, eine Verletzung des Art. 47, M. 1, B.-G. Es muß dies die Wichtigkeit der ganzen Betreibung zur Folge haben, und zwar kann hieran auch der Umstand nichts ändern, daß, wenigstens hinsichtlich der Anfechtung der erstern der genannten Betreibungshandlungen (Zustellung des Zahlungsbefehles), die zehntägige Rekursfrist des Art. 17 B.-G. von Frau Salchli nicht innegehalten wurde. Denn wie die bundesgerichtliche Praxis konstant angenommen hat, kann gegen eine Betreibung, in der die Betreibungsurkunden unter Verletzung des Art. 47, M. 1, B.-G. statt dem gesetzlichen Vertreter des Betriebenen diesem selbst zugestellt wurden, jederzeit Beschwerde geführt werden (vergl. z. B. Entsch. in Sachen Nadlin vom 19. Februar 1901, Erw. 2 und die dort citierten Fälle, und Jäger, Kom-

* Oben No 17, S. 116.

mentar, Note 5 zu Art. 47). In der That läßt sich in einem solchen Falle von einem Zustellungsakte, der überhaupt eine rechtliche Wirkung hätte entfalten können, nicht sprechen, da das Gesetz der Zustellung an den Betriebenen irgend eine Rechtsgültigkeit nicht zuerkennt, anderseits aber der allein wirksame Zustellungsakt, d. h. der gegenüber dem Vertreter, nicht erfolgt ist. Die Ungültigkeit der vorgenommenen Betreibungshandlungen ist also eine absolute, durch Zeitablauf nicht heilbare.

3. Auf die Frage, ob die Konkursandrohung vom 14./17. Mai 1901 ungesetzlich sei, weil gegen die Vorschriften über die einzuschlagende Betreibungsart und speziell gegen Art. 40 B.-G. verstößend, braucht nicht eingetreten zu werden, da aus den obigen Erwägungen die Ungültigkeit der gesamten Betreibung und damit auch diejenige der Konkursandrohung sich ergibt.

Dennach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.