

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS190029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.  
X2.\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_,

betreffend **Steigerung**  
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Januar 2019  
(CB180029)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Der Beschwerdeführer schloss gemäss seiner Darstellung mit C.\_\_\_\_\_ am 19. August 2010 einen Darlehensvertrag mit einer Darlehenssumme von € 1.5 Mio. ab. C.\_\_\_\_\_ habe die Forderung gegen ihn auf Rückzahlung des Darlehens an den Beschwerdegegner abgetreten (vgl. act. 26 Rz. 23).

In der vom Beschwerdegegner in der Folge gegen den Beschwerdeführer beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon (nachfolgend: Betreibungsamt) eingeleiteten Betreibung Nr. ... über einen Betrag von Fr. 1'850'503.30 (nebst Zins) erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen mit Urteil vom 22. März 2012 provisorische Rechtsöffnung (act. 3/5). Eine vom Beschwerdeführer dagegen geführte Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 3. September 2012 ab (act. 3/6, OGer ZH RT120063). In der Folge pfändete das seitens des Betreibungsamtes beauftragte Betreibungsamt Visp am 17. Oktober 2012 zwei damals im Eigentum des Beschwerdeführers stehende Grundstücke – eine Wiese Kat. Nr. 1 und ein Wohnhaus Kat. Nr. 2 in der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ – provisorisch (act. 11/1; act. 14/3). Am 30. Oktober 2012 wurde ein Inhaberschuldbrief (Eigentümer-Schuldbrief) über Fr. 2.1 Mio. lastend an 1. Pfandstelle auf den vorgenannten beiden Grundstücken des Beschwerdeführers errichtet (vgl. act. 11/3). Das Betreibungsamt pfändete diesen Schuldbrief am 22. November 2012. Nach entsprechender Beauftragung des Betreibungsamtes Visp wurde die auf den Grundstücken erlassene Verfügungsbeschränkung am 29. November 2012 wieder gelöscht (vgl. act. 11/1; act. 14/4). Im Jahr 2017 wurde das Eigentum an den genannten Grundstücken auf E.\_\_\_\_\_, die damalige Ehegattin des Beschwerdeführers übertragen. Dies erfolgte gemäss Darstellung des Beschwerdeführers im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung infolge Scheidung (vgl. act. 3/19; act. 26 S. 10).

1.2 Am 4. Oktober 2018 verfügte das Betreibungsamt die Verwertung des gepfändeten Schuldbriefs auf dem Weg der Versteigerung nach Art. 125 ff. SchKG (act. 3/17). Am tt. Oktober 2018 erliess das Betreibungsamt die Steigerungsan-

zeige. Die dieser beiliegenden Steigerungsbedingungen enthielten unter anderem die folgende Bestimmung (act. 3/2, Ziffer 11 [Hervorhebung im Original]):

"Der Schuldbrief wird dem Ersteigerer erst nach vollständiger Bezahlung des Restkaufpreises ausgehändigt. Die Bestimmung von Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt werden, findet vorliegend keine Anwendung."

1.3 Mit Eingabe vom 12. November 2018 (act. 1) erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (nachfolgend: Vorinstanz) und beantragte neben der Erteilung der aufschiebenden Wirkung, es sei Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen vom tt. Oktober 2018 insofern anzupassen, als der Hinweis erfolgen müsse, dass die Bestimmung von Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt würden, vorliegend Anwendung finde (zur weiteren vorinstanzlichen Prozessgeschichte vgl. act. 25 E. 2).

1.4 Mit Verfügung vom 20. November 2018 (act. 7) erteilte die Vorinstanz der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung. Mit Urteil vom 29. Januar 2019 (act. 22 = act. 25 [Aktenexemplar] = act. 27) wies sie die Beschwerde ab.

1.5 Dagegen erhob der Beschwerdeführer, damals noch vertreten durch RA X3.\_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 14. Februar 2019 (Datum des Poststempels) fristgerecht (vgl. act. 22 i.V.m. act. 23/1 i.V.m. act. 26 S. 1) Beschwerde an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (act. 26) mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 29. Januar 2019 im Verfahren Nr. CB180029-G vollumfänglich aufzuheben und es sei Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom tt. Oktober 2018 insofern anzupassen, als der Hinweis erfolgen muss, dass die Bestimmung von Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt werden, vorliegend analog Anwendung findet.
2. Es sei der Aufsichtsbeschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 7,7%."

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-23). Mit Verfügung vom 19. Februar 2019 (act. 30) wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Beschwerdegegner Frist zur Stellungnahme hierzu angesetzt. Eine solche ist nicht eingegangen.

1.7 Sodann stellte die Kammer ein Gesuch um Einsicht in die Kommissionsunterlagen zur SchKG-Revision vom 1. Januar 1997 mit der Geschäftsnummer 91.034, im Zuge derer der Art. 156 SchKG revidiert und dessen Abs. 2 eingefügt wurde. Nach Gutheissung des Gesuchs seitens der Parlamentsdienste in Bern wurden die Kommissionsunterlagen zu den Akten genommen (vgl. act. 31).

1.8 In der Folge teilte RA X3.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 18. März 2019 der Kammer mit, der Beschwerdeführer habe seinen Wohnsitz nach Ghana an die Adresse Hotel ..., ... [Adresse], verlegt. Weiter hielt RA X3.\_\_\_\_\_ fest, er vertrete den Beschwerdeführer nicht mehr und fungiere auch nicht als dessen Zustellempfänger (vgl. act. 33).

Mit Verfügung vom 11. April 2019 wurde dem Beschwerdeführer in der Folge Frist zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz angesetzt und für den Säumnisfall angedroht, die weiteren gerichtlichen Zustellungen würden durch Publikation im Amtsblatt erfolgen (vgl. act. 34).

Mit Unterschrift vom 18. Juni 2019 bescheinigte der Beschwerdeführer die rechtshilfweise Zustellung der Verfügung vom 11. April 2019 (vgl. act. 35/1). Da der Beschwerdeführer in einer anderen Sache am 17. Mai 2019 an einer Zustelladresse in der Schweiz noch hatte erreicht werden können (vgl. act. 37), wurde der Beschwerdeführer seitens der Kammer auch mit Schreiben an jene Zustelladresse aufgefordert mitzuteilen, ob er jene für das vorliegende Verfahren als Zustellungsdomizil bezeichnen wolle (vgl. act. 38). Dieses Schreiben wurde vom Beschwerdeführer jedoch nicht abgeholt (vgl. act. 39).

Mit Eingabe vom 27. Juni 2019 (act. 41), eingegangen bei der Schweizer Vertretung in Ghana am 28. Juni 2019 (vgl. act. 40 i.V.m. act. 41 S. 1), ersuchte der Beschwerdeführer innert der ihm mit Verfügung vom 11. April 2019 angesetzt-

ten Frist um deren Erstreckung um 20 Tage. Mit Eingabe vom 18. Juli 2019 liess der Beschwerdeführer unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht (act. 43) mitteilen, dass er sich im vorliegenden Verfahren neu durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_, X1.\_\_\_\_\_ X2.\_\_\_\_\_ & Partner, vertreten lasse und deren Kanzleiadresse als Zustellungsdomizil bezeichne (vgl. act. 42). Das Rubrum wurde entsprechend angepasst und das Fristerstreckungsgesuch als gegenstandslos abgeschrieben (vgl. act. 45).

1.9 Mit Verfügung vom 13. August 2019 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Erstattung einer Beschwerdeantwort angesetzt. Gleichzeitig wurden die einschlägigen, sich auf Art. 156 Abs. 2 SchKG beziehenden Auszüge aus den erwähnten Kommissionsunterlagen (vgl. oben E. 1.7) beigelegt und darauf hingewiesen, dass auf entsprechenden Wunsch vor Ort bei der Kammer vollumfängliche Einsicht in die übrigen Teile der umfangreichen Unterlagen gewährt werde (vgl. act. 45). Mit Eingabe vom 26. August 2019 erstattete der Beschwerdegegner die Beschwerdeantwort fristgerecht (vgl. act. 45 i.V.m. act. 46 i.V.m. act. 47), reichte eine Beilage ein (act. 48) und beantragte die Abweisung der Beschwerde (vgl. act. 47 S. 2).

1.10 Vom Einholen einer Vernehmlassung kann abgesehen werden (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 322 Abs. 1 sowie Art. 324 ZPO bzw. § 83 Abs. 2 GOG/ZH). Das Verfahren ist nunmehr spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1 Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Gemäss dessen Ziffer 2 ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG/ZH nach §§ 80 f. und 83 f. GOG/ZH. Danach sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG/ZH). Für den

Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG/ZH).

2.2 Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO). Das bedeutet, dass sie Anträge zu enthalten hat, welche zu begründen sind (vgl. BGE 137 III 617 ff., E. 4.2.2 m.w.H.). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Artikel 326 Abs. 1 ZPO schliesst neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel aus; dies gilt auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; OGer ZH PS140112 vom 4. Juli 2014, E. II./3.3 m.w.H.). Neue rechtliche Erwägungen sind hingegen zulässig (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 3).

2.3 Der Beschwerdegegner bringt im Beschwerdeverfahren vor, der Beschwerdeführer habe an der Beschwerde kein Rechtsschutzinteresse, weil er entgegen seinen eigenen Behauptungen noch über nicht deklarierte Vermögenswerte und über erhebliche freie Mittel verfüge oder verfügen könnte, mit welchen er den Schuldbrief auslösen könne (vgl. act. 47 Rz. 10 f. i.V.m. act. 48).

Der Beschwerdegegner macht damit zwar geltend, der Beschwerdeführer habe kein Rechtsschutzinteresse; in der Sache geht es dabei jedoch um die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers.

Zur Beschwerdeführung gegen eine Verfügung oder die Untätigkeit eines Vollstreckungsorganes ist berechtigt, wer dadurch beschwert ist, das heisst in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (vgl. BGE 129 III 595 ff., E. 3 m.w.H.; BGer 5A\_324/2015 vom 21. August 2015, E. 3.4.1; 7B.60/2005 vom 24. Mai 2005, E. 2.1). Dies ist für den Weiterzug an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde (in der Regel) die vor Vorinstanz unterliegende Partei (vgl. BGE 119 III 4 ff., E. 1).

Vor Vorinstanz unterlag der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern er dadurch nicht beschwert sein soll. Im Übrigen wäre er dadurch auch dann beschwert, wenn die Darstellung des betreibenden Beschwerdegegners zutreffend wäre und der Beschwerdeführer es zur Zwangsvollstreckung hätte kommen lassen, obwohl er seine Schuld freiwillig begleichen könnte. Es entspricht dem Wesen der Zwangsvollstreckung, dass Gläubiger sich bei Schuldnern bezahlt machen müssen, weil diese nicht freiwillig zahlen, obwohl sie hierzu gegebenenfalls – allenfalls auch erst nach freiwilliger Liquidierung von Vermögenswerten – in der Lage wären. Der Beschwerdeführer ist somit zur Beschwerde legitimiert bzw. hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz, mit welchem diese seine Beschwerde abwies.

### 3. Zur Beschwerde im Einzelnen

#### 3.1 Vorinstanz und Parteistandpunkte

3.1.1 Wie bereits dargelegt wurde der vom Beschwerdeführer errichtete Inhaberschuldbrief nicht an den Beschwerdegegner verpfändet, sondern im Rahmen der von diesem gegen den Beschwerdeführer geführten Betreuung auf Pfändung (anstelle der beiden ursprünglich gepfändeten Grundstücke) gepfändet. Der Beschwerdeführer hatte bereits vor Vorinstanz beantragt, es seien die Steigerungsbedingungen insofern anzupassen, als der Hinweis erfolgen müsse, dass die Bestimmung von Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt würden, auch vorliegend (analog) Anwendung fänden (vgl. act. 1).

3.1.2 Die Vorinstanz verwehrte in grammatikalischer, systematischer und historisch-teleologischer Auslegung von Art. 156 Abs. 2 SchKG dessen Anwendung auf andere Eigentümer- und Inhabertitel als die zu Faustpfand begebenen (vgl. act. 25 E. 4.2.1 ff.). Sie ging implizit von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers aus, indem sie erwog, das Gesetz enthalte eine Antwort, die im Einzelfall aber zu unbefriedigenden Ergebnissen führen könne. Zur Begründung führte die Vorinstanz unter Verweis auf den in ZBGR 76 im Jahr 1995 erschienenen Aufsatz von JENT-SØRENSEN, Aktuelle Probleme der Faust- und Grundpfand-

verwertung, S. 73 ff., S. 80 f., im Wesentlichen aus, bereits im Zeitpunkt der Revision des SchKG sei die Parallelität der Problematik bei ge- und verpfändeten Eigentümer- und Inhabertiteln offensichtlich gewesen und dennoch habe der Gesetzgeber auf eine umfassende Regelung verzichtet bzw. stattdessen den Einzelfall gelöst, welcher die Rechtsprechung am häufigsten beschäftigt habe (vgl. a.a.O., E. 4.3.2). Der Bundesrat und die Kommission hätten mit der Regelung in Art. 156 Abs. 2 SchKG das vom Bundesgericht für schockierend erklärte Problem der Verwertung der vom Eigentümer verpfändeten Grundpfandtitel und der anschliessenden Pfändung der Liegenschaft lösen wollen (vgl. a.a.O., E. 4.2.4). Es sei dem Gesetzgeber nur darum gegangen, vom Grundeigentümer verpfändete Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabsetzen zu lassen. Unangetastet geblieben sei namentlich der Grundsatz, dass die grundpfandrechtl. gesicherte Forderung (die derjenige geltend machen könne, welcher das Eigentum am Schuldbrief im Faustpfandverwertungsverfahren erworben habe) unabhängig sei von der Forderung, zu deren Sicherstellung der Schuldbrief verpfändet worden sei. Damit sei nicht das Verwertungsverfahren als solches geändert, sondern nur der besonders stossende Einzelfall gelöst worden, welcher die Rechtsprechung in den vorherigen Jahren am häufigsten beschäftigt habe. Bei diesem Resultat sei Art. 156 Abs. 2 SchKG entsprechend seinem Wortlaut anzuwenden, mithin einzig auf jene Titel, die zu Faustpfand begeben worden seien (vgl. a.a.O., E. 4.2.5 mit Verweis auf BGE 115 II 149, E. 3 = Pra 78, Nr. 271, S. 972 f. und JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 80).

Zum anderen erwog die Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung, selbst wenn eine echte Lücke vorliegen würde, welche das Gericht füllen dürfte, wobei es nach Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel zu entscheiden hätte, die es als Gesetzgeber aufstellen würde, komme die vom Beschwerdeführer gewünschte Regel hier nicht als allgemeine Lösung in Frage (vgl. a.a.O., E. 4.3.1 f. und E. 4.4.1 f.).

3.1.3 Im Beschwerdeverfahren macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, entgegen der Vorinstanz müsse die historisch-teleologische Auslegung zum Schluss führen, dass in Bezug auf Art. 156 Abs. 2 SchKG eine echte Lücke

vorliege. Diese hätte die Vorinstanz zu füllen gehabt. Sie hätte Art. 156 Abs. 2 SchKG analog (nicht nur auf verpfändete, sondern) auch auf gepfändete Titel zur Anwendung bringen müssen (vgl. act. 26 Rz. 22).

Zur Begründung führt er aus, die Räte hätten im Jahr 1995 die vom Bundesgericht in BGE 115 II 149 angemahnte Korrektur vorgenommen (vgl. act. 26 Rz. 43 f.). Es treffe nicht zu, dass der Gesetzgeber die vom Grundeigentümer gepfändeten Inhabertitel bewusst nicht analog geregelt habe. Vielmehr sei es dem Gesetzgeber nicht bewusst gewesen, dass der Gläubiger in der hier strittigen Konstellation eines gepfändeten Titels weiterhin von der Möglichkeit der Geltendmachung zweier selbstständiger Forderungen profitiere (vgl. a.a.O., Rz. 88 f.). Es gehe nicht aus den Ratsprotokollen hervor, dass dem Gesetzgeber die Parallelität der Problematik von ver- und gepfändeten Titeln bewusst gewesen sei. Davon gehe die Vorinstanz aber aus (vgl. act. 26 Rz. 108 f.). Es fänden sich darin keinerlei Hinweise darauf, dass im Falle von gepfändeten Titeln der Gesetzgeber die bisherige Rechtslage habe beibehalten wollen (vgl. a.a.O., Rz. 90). Es sei offensichtlich, dass der Gesetzgeber keinen Schimmer davon gehabt habe, dass dieselbe Situation der Verdoppelung der Schuld auch ausserhalb der neu im Art. 156 Abs. 2 SchKG für verpfändete Titel besonders geregelte Konstellation weiterhin möglich sei (vgl. a.a.O., Rz. 95, Rz. 99). Diese Regelung des Gesetzgebers sei – was angesichts der sehr rechtstechnischen Problematik auch nicht erstaune – zufällig nur "punktuell" erfolgt, da die Mehrzahl der vor der Rechtsanpassung bekannten Gerichtsfälle an Bankinstitute verpfändete Titel betroffen habe (vgl. a.a.O., Rz. 91). Es liege kein bewusstes Verhalten des Gesetzgebers, im Sinne eines bewussten Verzichts auf die Regelung analoger Problemfälle vor. Wäre sich der Gesetzgeber bewusst gewesen, dass sich die Rechtslage bei gepfändeten Titeln analog zu derjenigen bei verpfändeten Titeln gestalte und analog gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe, hätte die Rechtsanpassung mit Sicherheit auch die gepfändeten Titel betroffen (vgl. a.a.O., Rz. 96 ff., Rz. 100 ff., Rz. 104 f. und Rz. 107, Rz. 108 ff.).

3.1.4 Der Beschwerdegegner bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, insbesondere die Systematik von Art. 156 Abs. 2 SchKG lasse keinen Zweifel am

Willen des Gesetzgebers aufkommen. Der Gesetzgeber habe in Abs. 1 von Art. 156 SchKG für die Verwertung auf die Regelungen der Verwertung bei der Betreuung auf Pfändung verwiesen, mithin auf die Artikel 122-143b. In Abs. 2 erfolge dies gerade nicht, weshalb Abs. 2 nur für die Betreuung auf Pfandverwertung gelte, nicht aber für die Betreuung auf Pfändung (vgl. act. 47 Rz. 16).

Zur Entstehungsgeschichte führt der Beschwerdegegner im Wesentlichen aus, diese bekräftige, dass es dem Gesetzgeber nur darum gegangen sei, vom Grundeigentümer verpfändete Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabzusetzen (vgl. a.a.O., Rz. 17). Es fehlten Hinweise für eine Ausdehnung auf das Verfahren der Betreuung auf Pfändung in den Ratsprotokollen. Die Kommission des Ständerates vom 12.-14. Mai 1993 mache alles klar: Mit dem Vorschlag für die Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG sei nur das Verfahren der Betreuung auf Faustpfandverwertung angesprochen gewesen (vgl. a.a.O., Rz. 18 und 22). Die Zusammensetzung der Teilnehmenden an den Kommissionsitzungen – namhafte Juristen und Rechtsprofessoren – zeige, dass die Teilnehmenden sehr wohl einen "Schimmer" von der Materie gehabt hätten (vgl. a.a.O., Rz. 18 f.). Aus dem Fehlen von Hinweisen für eine Ausdehnung auf das Verfahren bei Betreuung auf Pfändung sei zu schliessen, dass keine Lücke im Gesetz bestehe (vgl. a.a.O., Rz. 22).

Selbst wenn es eine Lücke zu füllen gäbe, könne das Gericht die konkreten Umstände des Einzelfalls nicht vollständig ausblenden (vgl. a.a.O., Rz. 24). Das Betreibungsamt habe zunächst im Jahr 2012 das Ferienhaus des Beschwerdeführers gepfändet und mit einer Grundbuchsperrung belegt. Der Beschwerdeführer habe selber durch Errichtung eines Schuldbriefes diesen als Pfändungsobjekt vorgeschoben, so dass er die Ferienliegenschaft im Jahre 2016 seiner Frau habe überschreiben können (vgl. a.a.O., Rz. 25-27). Wie bereits die Vorinstanz (vgl. act. 25 E. 4.4.2) erblickt der Beschwerdegegner darin einen Grund, weshalb die vom Beschwerdeführer gewünschte Regel nicht als allgemeine Lösung in Frage kommen könne (vgl. a.a.O., Rz. 28).

3.1.5 Zusammengefasst geht es somit auch im Beschwerdeverfahren vor der Kammer um die Rechtsfrage, ob die Bestimmung in Art. 156 Abs. 2 SchKG bei

der Verwertung eines in einer Betreuung auf Pfändung vom Grundeigentümer gepfändeten Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefes (analog) zur Anwendung kommt und damit um die Frage, ob diese Papiere bei der Verwertung ebenfalls auf den Betrag des Erlöses herabzusetzen sind. Zur Beantwortung der Frage ist zunächst zu ermitteln, ob eine Lücke im Gesetz besteht und falls dem so ist, wie diese zu füllen ist.

## 3.2 Rechtliches

3.2.1 Artikel 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) regelt die Anwendung des Rechts und strahlt über das Bundesprivatrecht hinaus. Er entfaltet auch in anderen Teilrechtsgebieten Wirkung, so auch im Rechtsgebiet des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts; dies ist in Literatur und Rechtsprechung unbestritten (vgl. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, a.a.O., Art. 1 N 92 f. m.w.H.; vgl. ferner OGer ZH PS150021 vom 19. März 2015; PS130105 vom 9. September 2013; PS130067 vom 14. Mai 2013; PS120238 vom 24. Januar 2013). Dieser Artikel ist somit auch im Verfahren der Betreuung auf Pfändung anwendbar.

3.2.2 Laut Artikel 1 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält (Art. 1 Abs. 1 ZGB). In den Absätzen 2 und 3 wird geregelt, wie vorzugehen ist, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann: Dann soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB); dabei folgt es bewährter Lehre und Überlieferung (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB).

3.2.3 Das Gesetz enthält keine Bestimmung für eine Rechtsfrage bzw. ist lückenhaft, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Eine vom Gericht zu füllende, echte Lücke liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. BGE 142 V 402 ff., E. 4.2; 141 IV 298 ff., E. 1.3.1 je m.w.H.). Hat der Ge-

setzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für eine gerichtliche Lückenfüllung. Ob im konkreten Fall eine echte Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGE 143 IV 49 ff., E. 1.4.2; 141 IV 298 ff., E. 1.3.1 f.; 140 III 206 ff., E. 3.5.3).

Ausgelegt werden muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Das Bundesgericht befolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus (vgl. statt vieler BGE 143 III 646 ff., E. 3; 142 IV 401 ff., E. 3.3; 140 I 305 ff., E. 6.1; 140 II 495 ff., E. 2.3.3; 140 V 227 ff., 3.2) und lehnt es in konstanter Rechtsprechung ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. statt vieler BGE 143 III 646 ff., E. 3; 141 III 155 ff., E. 4.2; 140 V 485 ff., E. 4.1). In der Regel wird sich anhand der Materialien feststellen lassen, ob der Gesetzgeber eine Frage bewusst nicht geregelt hat (vgl. BGE 140 III 251 ff., E. 4.2).

Gibt das Gesetz auf die sich stellende Rechtsfrage eine Antwort, ist diese aber unbefriedigend (sog. unechte oder rechtspolitische Lücke), bleibt es dem Gericht nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, eine Korrektur vorzunehmen (vgl. BGE 143 I 187 ff., E. 3.2; 143 IV 49 ff., E. 1.4.2); unechte Lücken zu schliessen ist vielmehr die Aufgabe des Gesetzgebers (vgl. BGE 143 IV 49 ff., E. 1.6.3).

Gibt das Gesetz auf die sich stellende Rechtsfrage keine Antwort und ist es in diesem Sinne lückenhaft, ist es zu ergänzen. Als Massstab gelten hierfür die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen (vgl. BGE 143 IV 49 ff., E. 1.4.2 und E. 1.8.1; 142 V 402 ff., E. 4.2; 141 IV 298 ff., E. 1.3.1 je m.w.H.). Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (vgl. BGer 5A\_235/2007 vom 14. November 2007, E. 3 m.w.H.). Analogie ist die teleologisch

motivierte Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm jenseits der äusseren Wortlautgrenze. Auf den Theorienstreit, ob es sich dabei um Auslegung (Art. 1 Abs. 1 ZGB) oder Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) handelt (vgl. BGE 142 III 329 ff., E. 5.3; HÜRLIMANN-KAUP, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017, in: ZBJV 2019, S. 79 ff., S. 99 ff. m.w.H.), muss hier mangels Relevanz nicht weiter eingegangen werden. Der Analogieschluss setzt auf jeden Fall voraus, dass hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse vorliegen. Die Analogie hat somit zu berücksichtigen, dass jener Regelungszusammenhang, für den eine Vorschrift im positiven Recht existiert, und diese Thematik, welche durch das Fehlen einer gesetzlichen Norm gekennzeichnet ist und für die sich die Frage der analogieweisen Heranziehung der anderen Regel stellt, hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten aufweisen müssen (vgl. BGE 129 V 345 ff., E. 4.1; 129 V 30 ff., E. 2.2 m.H.).

Wie darzulegen sein wird, liegt eine echte Lücke vor (vgl. nachfolgende E. 3.3.1 ff.) und die Interessenlage bei der Verwertung gepfändeter und verpfändeter Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen ist hinreichend gleich gelagert (vgl. insbesondere unten E. 3.3.4), weshalb sich eine teleologisch motivierte Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 156 Abs. 2 SchKG hier rechtfertigt.

### 3.3 Würdigung

3.3.1 Der Artikel 156 SchKG befindet sich bei den Bestimmungen über die Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) und trägt den Titel "Verwertungsverfahren / Durchführung". Dessen Absatz 1 lautet wie folgt: "Für die Verwertung gelten die Artikel 122-143b. Die Steigerungsbedingungen (Art. 135) bestimmen jedoch, dass der Anteil am Zuschlagspreis, der dem betreibenden Pfandgläubiger zukommt, in Geld zu bezahlen ist, wenn die Beteiligten nichts anderes vereinbaren. Sie bestimmen ferner, dass die Belastung des Grundstücks, die zugunsten des Betreibenden bestand, im Grundbuch gelöscht wird". Absatz 2 lautet wie folgt: "Vom Grundeigentümer zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel werden im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt". Dieser Absatz entspricht der Fassung gemäss Ziff. I des Bun-

desgesetzes vom 16. Dezember 1994 und ist seit 1. Januar 1997 in Kraft (vgl. AS 1995 1227; BBI 1991 III 1 ff.).

Der Wortlaut von Art. 156 Abs. 2 SchKG ist in allen Amtssprachen eindeutig; erfasst werden vom Grundeigentümer *zu Faustpfand begebene* (bzw. *verpfändete*) Eigentümer- oder Inhabertitel ("Les titres de gage créés au nom du propriétaire ou au porteur et *donnés en nantissement* par le propriétaire"; "I titoli di credito garantiti da pegno immobiliare e per i quali è designato come creditore il proprietario o il portatore, *dati in pegno* dal proprietario"). Auch die systematische Stellung der Regelung im vierten Titel "Betreibung auf Pfandverwertung" und unter "Verwertungsverfahren / Durchführung" lässt keinen anderen Schluss zu.

Der Beschwerdegegner leitet aus der Tatsache, dass in Abs. 2 von Art. 156 SchKG – anders als in Abs. 1 – *nicht* auf die im Verfahren der Betreuung auf Pfändung geregelten, allgemeinen Bestimmungen zur Verwertung *verwiesen* wird, in systematischer Hinsicht ab, dass Abs. 2 die Verwertung von in der Betreuung auf Pfändung gepfändeten Titeln *mitregelt* (in dem Sinn, dass die Regelung von Abs. 2 dort ausdrücklich nicht gelten soll). Dies vermag nicht zu überzeugen. Ob daraus zu schliessen ist, dass der Gesetzgeber die Verwertung von in der Betreuung auf Pfändung gepfändeten Titel bewusst nicht geregelt bzw. diese Frage im Sinne eines qualifizierten Schweigens im negativen Sinne mitentschieden hat, wird – wie bereits dargelegt – anhand der Materialien festzustellen sein, zumal sich nach dem Gesagten weder anhand des Wortlauts noch der Systematik eine Vorschrift des Gesetzes für die Verwertung gepfändeter Eigentümer- oder Inhabertitel ermitteln lässt.

3.3.2 Wie die Vorinstanz bereits festhielt (vgl. act. 25 E. 4.2.1) ist die historisch orientierte Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien zwar für sich allein nicht entscheidend. Doch nur sie kann die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichtes bleibt (vgl. BGE 143 III 646 ff., E. 3; 140 III 616 ff., E. 3.3). Die Gesetzesmaterialien dienen in diesem Sinne somit auch als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (vgl. BGE 133 V 57 ff., E. 6.1 m.w.H.).

Der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 ist nicht zu entnehmen, wie es sich diesbezüglich mit gepfändeten Eigentümer- und Inhabertiteln verhalten soll (vgl. BBl 1991 III 1 ff. [nachfolgend: Botschaft]). In den parlamentarischen Beratungen wurde der dem Entwurf des Bundesrates (vgl. Botschaft S. 243) neu beigefügte Absatz 2 von Art. 156 SchKG zwar diskutiert. Es fehlt aber auch in den entsprechenden Protokollen an Hinweisen darauf, dass auch thematisiert worden wäre, wie es sich diesbezüglich mit gepfändeten Titeln verhalten soll (zum Ganzen: Kommission des Erstrates [Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 16./17. November 1992 S. 1-80, insb. S. 54 und 55]; Erstrat [AB 1991 I S. 1-29 {erste Sitzung, NR, 1. März 1993}; AB 1991 I S. 30-49, insb. S. 31 {zweite Sitzung, NR, 2. März 1993}]; Kommission des Zweitrates [Protokoll der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 12.-14. Mai 1993 {Eintretensdebatte} S. 1-77, insb. S. 53 und 54 und Protokoll der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 24. Juni 1993 S. 1-33, insb. S. 16]; Zweirat [AB 1991 I S. 628-658, insb. S. 649 {dritte Sitzung, SR, 22. September 1993}]; Differenzbereinigung [Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 8. November 1993 S. 1-29, insb. S. 22]).

Etwas anderes behauptet auch der Beschwerdeführer nicht. Er macht zwar geltend, die Frage sei bewusst nicht mitgeregelt worden, indem er anführt, aus den Ratsprotokollen würden sich keine Hinweise für eine Ausdehnung auf das Verfahren der Betreibung auf Pfändung ergeben und in einer Wortmeldung in der Sitzung des Ständerates vom 12.-14. Mai 1993 sei der ausdrückliche Hinweis erfolgt, dass mit dem Vorschlag für die Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG nur das Verfahren der Betreibung auf Faustpfandverwertung angesprochen sei, sowie an dieser Sitzung des Ständerates hätten namhafte Juristen und Rechtsprofessoren teilgenommen, weshalb man sehr wohl davon ausgehen könne, dass die Teilnehmenden einen "Schimmer" von der Materie gehabt hätten (vgl. oben E. 3.1.4).

Zunächst kann aus der Abwesenheit von Hinweisen darauf, dass ebenfalls thematisiert worden wäre, wie es sich mit gepfändeten Titeln verhält, nicht darauf

geschlossen werden, dass diese Frage bewusst nicht geregelt bzw. im negativen Sinne mitentschieden wurde. Daran änderte auch die blossе Tatsache der Teilnahme namhafter Juristen und Rechtsprofessoren an der Sitzung des Ständerates nichts; abgesehen davon war es nicht die Kommission des (zweitberatenden) Ständerates, die Absatz 2 von Art. 156 SchKG dem Entwurf des Bundesrates beigefügt bzw. diese Regelung an diesem Ort in der Systematik vorgeschlagen hatte (vgl. Fortsetzung der Differenzbereinigung [Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 25. August 1994, Anhang S. 20] und Erstrat [AB 1991 I S. 31 {zweite Sitzung, NR, 2. März 1993}]). Zudem ist die vom Beschwerdegegner auszugsweise zitierte Wortmeldung anlässlich der Sitzung des Ständerates vom 12.-14. Mai 1993 im Kontext zu lesen, zumal sie die Antwort auf eine zuvor gestellte Frage darstellt. Die Frage lautete wie folgt: "L'article 156 alinéa 2 de la version du Conseil national prévoit qu'en cas de réalisation séparée, certains titres de gage seront ramenés au montant du produit de la réalisation. Le produit ainsi visé est-il celui des différentes réalisations (du titre lui-même et de l'immeuble) ou uniquement celui de la réalisation de l'immeuble?". In voller Länge wiedergegeben lautet die zitierte Antwort wie folgt: "Es wird ein Wert nach dem anderen realisiert. Mit dem Vorschlag ist nur das Verfahren der Betreuung auf Faustpfandverwertung angesprochen. Die Titel müssen Eigentümer- und Inhabertitel sein. Solche begibt der Schuldner zu Pfand" (vgl. a.a.O., S. 53). Diese Antwort bezieht sich somit auf die gestellte Frage, ob mit dem "Erlös" laut Art. 156 Abs. 2 SchKG der Erlös der beiden Verwertungen (des Titels selbst und des Grundstücks) oder nur jener von der Verwertung des Grundstücks gemeint sei. Entgegen der Darstellung des Beschwerdegegners hat der Gesetzgeber damit nicht ausgedrückt, Art. 156 Abs. 2 SchKG beziehe sich nicht auf gepfändete Titel bzw. hat er dies nicht im negativen Sinne mitentschieden. Vielmehr wurde einzig thematisiert, welcher "Erlös" gemeint sei, auf dessen Betrag der zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel nach seiner separaten Verwertung herabgesetzt werden soll.

Aus der Botschaft und den Gesetzesmaterialien ergibt sich nach dem Gesagten nicht, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in Art. 156 Abs. 2 SchKG negativ mitentscheiden wollte, wie es sich diesbezüglich mit gepfändeten Titeln

verhält. Auch deutet nichts darauf hin, dass er gepfändete Titel generell anders bzw. von dieser Regelung abweichend hätte behandeln wollen. Gegen eine solche implizite Annahme spräche im Übrigen auch die Tatsache, dass die Problematik bei ver- und gepfändeten Titeln (Risiko der Verdoppelung der Schulden) parallel bzw. gleichgelagert ist (vgl. dazu nachfolgende E. 3.3.4).

3.3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Gesetz die Rechtsfrage, ob im Verfahren der Betreuung auf Pfändung gepfändete Eigentümer- oder Inhabertitel bei der Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabzusetzen sind, nicht beantwortet. Da keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegen, ist somit – entgegen der Ansicht der Vorinstanz und des Beschwerdegegners – von einer echten Lücke auszugehen, die vom Gericht zu füllen ist.

3.3.4 Gemäss Art. 156 Abs. 2 SchKG werden Eigentümer- oder Inhabertitel, die vom Grundeigentümer zu Faustpfand begeben wurden, im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt. Damit soll vermieden werden, dass der einstige Faustpfandgläubiger die Schuld quasi verdoppeln kann, indem er den Titel zunächst in der Betreuung auf (Faust-)Pfandverwertung verwerten lässt, diesen in der Verwertung zu einem Dumpingpreis selber erwirbt, damit in der Höhe des Nominalwertes des Titels zum Grundpfandgläubiger wird und den Schuldner so nicht nur auf die (ganze) Forderung aus dem (dem Faustpfandrecht zugrunde liegenden) Grundverhältnis (auf Pfändung) betreiben, sondern zusätzlich auch noch die Grundpfandforderung und das Pfandrecht am Grundstück in der Betreuung auf Pfandverwertung durchsetzen könnte; dies ohne Anrechnung des Ergebnisses auf die Forderung aus dem Grundverhältnis. Ein Gläubiger soll sich somit selber nicht (in materiell-rechtlicher Hinsicht) in eine Position setzen können, die ihm nicht zusteht. Da – wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt (vgl. act. 25 E. 4.2.5) – die grundpfandrechlich gesicherte Forderung (die derjenige geltend machen kann, welcher das Eigentum am Schuldbrief im Faustpfandverwertungsverfahren erworben hat) nach geltendem Recht (nach wie vor) unabhängig ist von der Forderung, zu deren Sicherstellung der Schuldbrief verpfändet wurde, könnte der Gläubiger durch den Erwerb des Titels im Faustpfandverwertungsverfahren – wie gesehen – selber zum Grundpfandgläubiger werden und

dadurch eine zweite Forderung erwerben, was zu einer quasi doppelten Inanspruchnahme des Schuldners bzw. zumindest zu einem Profit des Gläubigers führen kann. Da ein solches Ergebnis dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderläuft, wurde Art. 156 SchKG bei der Revision ein Abs. 2 beigefügt.

Namentlich bei Eigentümerschuldbriefen, die in der Betreibung auf Pfändung beim Schuldner und Grundeigentümer gepfändet werden, ist diese Problematik gleichgelagert. Wer einen gepfändeten Titel erwirbt, wird zum Grundpfandgläubiger und ist berechtigt, die im Grundpfandtitel verbrieftete Forderung vollumfänglich – ohne Anrechnung des Ergebnisses auf die Forderung aus dem Grundverhältnis – geltend zu machen. Wie bereits gesehen (vgl. E. 3.3.2), war sich der Gesetzgeber dieser Parallelität der Problematik bei der Revision jedoch nicht bewusst.

Aufgrund der ratio legis von Art. 156 Abs. 2 SchKG drängt sich eine analoge Anwendung der Regelung auf gepfändete Titel auf, zumal – wie bereits dargelegt – für diese Thematik eine gesetzliche Norm fehlt und für den Regelungszusammenhang der verpfändeten Titel eine Vorschrift im positiven Recht existiert sowie beide Fallkonstellationen hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten aufweisen bzw. die Verhältnisse hinreichend gleichgelagert sind.

An diesem Ergebnis ändern die von der Vorinstanz angestellten Überlegungen bzw. die vom Beschwerdegegner bekräftigten, entsprechenden Einwände nichts:

3.3.5 Die Vorinstanz erwog namentlich, eine analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG komme deshalb nicht in Frage, weil der Beschwerdeführer sich die Situation mit zwei voneinander unabhängigen Forderungen (Schuldbrief und Darlehensvertrag) selbst zuzuschreiben habe. Der Schuldbrief sei nur deshalb gepfändet worden und die jetzige Situation nur deshalb entstanden, weil der Beschwerdeführer diesen wenige Tage nach der Pfändung der Grundstücke errichtet habe und das Betreibungsamt diesen daraufhin in Nachachtung von Art. 95 Abs. 1 und 2 SchKG gepfändet und das Grundstück aus der Pfändung entlassen habe (vgl. act. 25 E. 4.4.2).

Auch der Beschwerdegegner stellt sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe sich die Situation selber zuzuschreiben bzw. habe dies im Jahr 2012 absichtlich getan, so dass er die Ferienliegenschaft im Jahre 2016 seiner Frau habe überschreiben können (vgl. oben E. 3.1.4).

Das Argument, der Beschwerdeführer habe sich die Situation selber zuzuschreiben, liesse sich grundsätzlich auch einem Faustpfandschuldner entgegenhalten, hat doch auch jener sich die Situation letztlich selber zuzuschreiben, indem er das Faustpfand bestellte und davon profitierte. Dessen ungeachtet erachtete das Bundesgericht diese Situation mit der Doktrin etwa als "schockierend" und das Ergebnis als stossend (vgl. BGE 115 II 149 ff., E. 3). Daher taugt das Argument nicht, um der Regelung in Art. 156 Abs. 2 SchKG hier die analoge Anwendung zu versagen.

Sofern der Beschwerdegegner im Übrigen geltend machen wollte, der Beschwerdeführer habe durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286-288 SchKG Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung entzogen, wäre er auf die entsprechenden Anfechtungsklagen zu verweisen.

3.3.6 Weiter erwog die Vorinstanz, die analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG sei für den Beschwerdegegner als Gläubiger bestenfalls eine unnötige Verkomplizierung und Verzögerung, im schlechtesten Fall könnte er weitgehend leer ausgehen. Dies nämlich, wenn dieser lediglich für den durch die Versteigerung nicht gedeckten Betrag einen Pfandausfallschein erhalten würde und der Beschwerdeführer vermögenslos sein sollte (vgl. act. 25 E. 4.4.2).

Das Szenario des schlechtesten Falls kann bereits deshalb nicht gegen eine analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG sprechen, weil es in der Natur der Sache liegt, dass ein Gläubiger, welcher seinem Schuldner Geld gegeben hat, ohne dieses mittels Real- oder Personalsicherheiten zu besichern, im schlechtesten Fall leer oder zumindest teilweise leer ausgehen kann. Dies nämlich dann, wenn der Schuldner über kein pfändbares Substrat verfügt oder dieses zur Deckung der Forderung nicht ausreicht und sich der Gläubiger mit einem Pfändungsverlustschein begnügen muss. Da dem Gläubiger die Möglichkeit der Be-

stellung von Sicherheiten grundsätzlich offen steht, erscheint es von vornherein nicht gerechtfertigt, dass er sich im Nachhinein noch in eine Position setzen können soll, die ihm von Vornherein nicht zusteht.

Auch stellte eine Verkomplizierung der Vollstreckung "lediglich" ein Vollstreckungsproblem dar. Demgegenüber drohte dem Schuldner das materielle Entstehen einer zusätzlichen Schuld, allenfalls – wie hier – in Millionenhöhe, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund gäbe. Die Interessen des Schuldners und eines allfälligen Drittpfand Eigentümers in dieser Situation sind somit qualitativ andere und als solche höher zu gewichten, als jene des Gläubigers.

3.3.7 Sodann vermögen auch die in dem von der Vorinstanz zitierten (vgl. act. 25 E. 4.4.2) Entscheid des Bezirksgerichts Muri vom 14. Januar 2014 (BISchK 2014, S. 184 ff.) enthaltenen Überlegungen nicht zu überzeugen. Danach sei es nicht sachgerecht, die beiden Situationen gleich zu behandeln, weil der Pfändungsgläubiger anders als der Faustpfandgläubiger kaum Einfluss darauf habe, was gepfändet werde, und weil das Interesse des Schuldners, nicht doppelt in Anspruch genommen zu werden, auch durch vorrangige Pfändung des Grundstücks nach Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> SchKG geschützt werden könne (vgl. a.a.O. S. 186).

Zum einen hat nicht nur der Gläubiger einen beschränkten Einfluss darauf, was gepfändet wird, sondern auch der Schuldner, sofern er seinen Offenlegungspflichten nachkommt (ansonsten er sich strafbar machen könnte). Der Gläubiger hätte bei einer analogen Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG wie der Schuldner die Möglichkeit, sich (wenn nötig beschwerdeweise) zur Wehr zu setzen, wenn das Grundstück nicht vorrangig gepfändet wird. Mit anderen Worten haben beide – Schuldner und Gläubiger – dieselben Möglichkeiten, sich vor den nachteiligen Folgen zu schützen. Dies ist dem Gläubiger jedoch – insbesondere nach dem Gesagten (vgl. E. 3.3.6) – eher zuzumuten, weil er im schlechtesten Fall in der Betreuung auf Pfändung einen Verlustschein erhalte, der in 20 Jahren verjähre (vgl. Art. 115 i.V.m. Art. 149 i.V.m. Art. 149a SchKG), während dem Schuldner wie gesehen das Entstehen einer neuen Schuld droht. Im Übrigen geht der Beschwerdegegner selber davon aus, dass der Beschwerdeführer über genü-

gende Mittel verfüge, um seine in Betreuung gesetzte Forderung zu begleichen (vgl. act. 47 Rz. 10 f.).

Zum anderen hätte auch ein Faustpfandgläubiger das Problem anders lösen können, indem er kein Faustpfand am Titel bestellt, sondern sich diesen direkt zu Eigentum hätte übertragen lassen. Dennoch erachtet das Bundesgericht diese Situation mit der Doktrin etwa als "schockierend" und das Ergebnis als stossend (vgl. auch oben E. 3.3.5).

3.3.8 Nach dem Gesagten weisen beide Fallkonstellationen hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten auf bzw. sind die Verhältnisse hinreichend gleichgelagert.

#### 3.4 Fazit

Nach dem Gesagten ist die Bestimmung in Art. 156 Abs. 2 SchKG bei der Verwertung eines in der Betreuung auf Pfändung vom Grundeigentümer gepfändeten Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefes analog anzuwenden.

Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und das Betreibungsamt anzuweisen, in den Steigerungsbedingungen darauf hinzuweisen, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG analoge Anwendung findet.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteientschädigungen sind in diesen Verfahren keine zuzusprechen (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon wird angewiesen, die Steigerungsbedingungen wie folgt zu korrigieren:

"Der Schuldbrief wird dem Ersteigerer erst nach vollständiger Bezahlung des Restkaufpreises ausgehändigt. Die Bestimmung von Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt werden, findet vorliegend analoge Anwendung."

3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeantwort samt Beilagenverzeichnis (act. 47), an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:  
27. September 2019