

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS200112-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil.
D. Glur sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Beschluss vom 9. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt / Notar lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____, Dr.,

2. **C.**_____,

3. **D.**_____ **S.A.**,

Beschwerdegegner,

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y2._____,

betreffend
Zustimmung zur Begründung von Stockwerkeigentum
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Mai 2020
(CB200004)

Erwägungen:

I.

1. Im Rahmen der gegen B._____ (nachfolgend Schuldner) gerichteten Betreuung Nr. 1 des Gläubigers C._____ liess das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon (nachfolgend Betreibungsamt) am 28. September 2012 zwei damals im Eigentum des Schuldners stehende Grundstücke in Zermatt (eine Wiese, Kat.-Nr. 2, und ein Wohnhaus, Kat.-Nr. 3) vorsorglich durch das Betreibungsamt Visp pfänden (vgl. act. 13/1 S. 4). Nachdem in der Folge – offenbar mit Zustimmung des Betreibungsamtes – am 30. Oktober 2012 ein Eigentümerschuldbrief (Inhaber-Papierschuldbrief; Beleg-Nr.; act. 23) über eine Forderungssumme von Fr. 2.1 Mio., lastend auf den beiden genannten Grundstücken (als Gesamtpfand), jeweils in der 1. Pfandstelle, errichtet und alsdann am 22. November 2012 vom Betreibungsamt (als bewegliches Vermögen) gepfändet worden war (Pfändung Nr. 4; act. 13/1), wurden die erwähnten Verfügungsbeschränkungen über die beiden Grundstücke am 26. November 2012 wieder aufgehoben (act. 13/1 S. 4).

2. Die Beschwerdeführerin, A._____, ist die Ex-Frau des Schuldners B._____. Im Rahmen ihrer Scheidung wurde Ende 2016 das Eigentum an den beiden vorerwähnten Grundstücken vom Schuldner auf die Beschwerdeführerin übertragen (vgl. act. 4; act. 13/2 S. 5), wobei – soweit ersichtlich – eine Übernahme der persönlichen Schuldbriefforderung durch die Beschwerdeführerin (Art. 845 i.V.m. Art. 832/834 ZGB) nicht erfolgt ist. Letztere haftet mithin nur als Drittpfand Eigentümerin mit ihren Grundstücken.

3. Am 3. Oktober 2018 wurde der vorerwähnte Inhaber-Papierschuldbrief in der gegen B._____ gerichteten Betreuung Nr. 5 der Gläubigerin D._____ S.A. ein zweites Mal – ohne Pfändungsanschluss – gepfändet (Pfändung Nr. 6, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon; act. 13/2).

4. In der Folge verlangten beide Gläubiger, C._____ und die D._____ S.A., die Verwertung des gepfändeten Inhaber-Papierschuldbriefs des Schuldners, woraufhin das Betreibungsamt dessen Versteigerung gemäss Art. 125 ff. SchKG anordnete und die Steigerung samt den Steigerungsbedingungen (act. 23) öffentlich bekanntmachte. Letztere enthalten eine Bestimmung (Ziff. 11), wonach Art. 156 Abs. 2 SchKG (Herabsetzung des Schuldbriefs auf den Betrag des Erlöses) keine Anwendung finden soll. Eine gegen diese Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen erhobene Beschwerde des Schuldners wies die untere kantonale Aufsichtsbehörde ab (Urteil vom 29. Januar 2019; CB180029-G), die Kammer hiess eine solche demgegenüber gut (Urteil vom 26. September 2019; PS190029). Dagegen gelangte der Gläubiger C._____ an das Bundesgericht, das der Beschwerde mit Verfügung vom 25. November 2019 die aufschiebende Wirkung erteilte (act. 13/3; Geschäfts-Nr. 5A_806/2019). Dieses Verfahren ist, soweit der Kammer bekannt, nach wie vor hängig.

5. Mit Schreiben vom 29. Januar 2020 (act. 13/4) gelangte Rechtsanwalt und Notar lic. iur. X._____ an das Betreibungsamt und teilte diesem mit, er habe im Auftrag der Beschwerdeführerin einen "Vertrag" zur Begründung von Stockwerkeigentum betreffend die Parzelle Nr. 3 in Zermatt beurkundet. Danach sei vorgesehen, dass auf dieser Parzelle Stockwerkeigentum, aufgeteilt in drei Stockwerkeigentumsanteile, begründet werde. Die bisherige, das Stammgrundstück betreffende Belastung (i.e. der Schuldbrief) bleibe dabei "vollumfänglich bestehen und [werde] auf die einzelnen STWE-Anteile gelegt" (act. 13/4). Mit selbigem Schreiben ersuchte Rechtsanwalt X._____ (erkennbar im Namen der Beschwerdeführerin handelnd) das Betreibungsamt, namens und in Vertretung des Pfändungsgläubigers C._____, der nach Auffassung der Beschwerdeführerin "Inhaber" des gepfändeten Schuldbriefs und damit Grundpfandgläubiger sei, um Zustimmung

zur geplanten Transaktion sowie um Herausgabe des gepfändeten Pfandtitels zwecks Eintragung des Geschäfts.

6. Das Betreibungsamt wies diese Begehren mit Verfügung vom 10. Februar 2020 ab (act. 13/5 = act. 3). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt X._____, mit Eingabe vom 21. Februar 2020 (act. 1) Beschwerde an das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (nachfolgend Vorinstanz), und stellte folgende Anträge:

- " 1. Es sei die mit Schreiben vom 29. Januar 2020 von der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin verlangte Zustimmungserklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum auf der Parzelle 3 in Zermatt abzugeben bzw. das [dem Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon] zugestellte Formular zu unterzeichnen;
2. Es sei [das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon] entsprechend zu verpflichten, dem unterzeichnenden Rechtsvertreter und Notar der Beschwerdeführerin den Papierschuldbrief Nr. ... zur Eintragung des Geschäfts zukommen zu lassen;
3. [Aufschiebende Wirkung];
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

7. Mit Urteil vom 8. Mai 2020 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab (act. 32). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 22. Mai 2020 (act. 33) rechtzeitig (vgl. act. 28/4/2) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde und stellte folgende Anträge:

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 08. Mai 2020 im Verfahren Nr. CB200004-G/U/jd vollumfänglich aufzuheben und es sei die mit Schreiben vom 29. Januar 2020 von der Beschwerdeführerin verlangte Zustimmungserklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum auf der Parzelle 3 in Zermatt abzugeben bzw. das dem Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon zugestellte Formular zu unterzeichnen;
2. Es sei das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon entsprechend zu verpflichten, dem unterzeichnenden Rechtsvertreter und Notar der Beschwerdeführerin den Papierschuldbrief Nr. ... zur Eintragung des Geschäfts zukommen zu lassen;
3. [Aufschiebende Wirkung]
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 7.7%."

8. Mit Verfügung vom 25. Mai 2020 (act. 37) wurde auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten und die Prozessleitung delegiert. Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-30) wurden beigezogen. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung ist abzusehen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 322 und Art. 324 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

9. Der Vertreter der Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass er ohne entsprechenden Auftrag von B._____ als Schuldner und Beschwerdegegner 1 nicht als dessen schweizerische Zustelladresse zur Verfügung stehe und er dies überdies aus standesrechtlichen Gründen auch nicht dürfte (vgl. act. 33 S. 6 Ziff. 25 ff.; act. 39). Unabhängig davon, wie es sich mit den aufgeworfenen standesrechtlichen Fragen verhält, trifft zu, dass ein Zustellempfänger vom im Ausland wohnhaften Schuldner B._____ zu bezeichnen wäre, was nicht geschehen ist. Dieser Entscheid ist ihm daher auf dem Weg der Rechtshilfe zuzustellen.

II.

1. Gegen Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes kann nach Art. 17 SchKG innert zehn Tagen bei der unteren Aufsichtsbehörde und gegen deren Entscheid hernach – ebenfalls innert zehn Tagen – bei der oberen Aufsichtsbehörde (Art. 18 SchKG) Beschwerde geführt werden. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmung enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 f. EG SchKG nach §§ 80 f. und §§ 83 f. GOG. Nach § 83 Abs. 3 GOG sind die Vorschriften der ZPO sinngemäss anwendbar; für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO sinngemäss (§ 84 GOG; vgl. hierzu JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BISchK 2013, S. 89 ff., S. 103).

2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO; JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 103 f.). Die Beschwerde ist gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die Beschwerde führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt bzw. den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt hat. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; OGer ZH, PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 2.2; PS180238 vom 14. Januar 2019, E. 2.2).

III.

1. Mit formeller Verfügung vom 10. Februar 2020 wies das Betreibungsamt ein Begehren der Beschwerdeführerin um Zustimmung zur Begründung von Stockwerkeigentum auf einem in Zermatt gelegenen Grundstück sowie um Herausgabe eines gepfändeten Pfandtitels zwecks Eintragung eines entsprechenden Vermerks ab (act. 13/5). Dabei handelt es sich ohne Weiteres um ein zulässiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 17 Abs. 1 SchKG, und es ist der die Beschwerde abweisende Entscheid der Vorinstanz somit nach Art. 18 Abs. 1 SchKG anfechtbar.

2.

2.1. Zur Erhebung einer Beschwerde gemäss Art. 17 bzw. Art. 18 SchKG ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung des Vollstreckungsorgans bzw. durch den Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde in seinen rechtlich geschützten oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung bzw. des Beschwerdeentscheids hat (BGE 129 III 595, E. 3).

2.2. Die Beschwerdeführerin hat ein durch ihr Eigentumsrecht am fraglichen Grundstück in Zermatt (Kat.-Nr. 3) rechtlich geschütztes – und ohnehin ein tatsächliches – Interesse an der Errichtung von Stockwerkeigentum an ihrer Liegenschaft. Weil dieses Grundstück als solches nicht gepfändet und damit nicht mit

Vollstreckungsbeschluss belegt ist, ist hierfür eine Zustimmung des Betreibungsamtes (oder der betreibenden Gläubiger) grundsätzlich nicht erforderlich. Soweit die Beschwerdeführerin eine *Verlegung der Grundpfandrechte* (gepfändeter Schuldbrief) vom Stammgrundstück auf die neu zu begründenden Stockwerkeigentumsanteile anstrebt (vgl. act. 13/4 S. 1 und 2; vgl. neuerdings aber act. 33 Rz. 97 f.), benötigt sie jedoch aus materiell-rechtlichen Gründen die Zustimmung der betroffenen *Grundpfandgläubiger* (nicht der Pfändungsgläubiger), und es ist die Verlegung der Grundpfandrechte zudem auf dem entsprechenden Pfandtitel zu vermerken (vgl. dazu unten, E. IV.2-3). Soweit die Beschwerdeführerin demgegenüber (neu) eine Begründung von Stockwerkeigentum *ohne Verlegung der Grundpfandrechte* beabsichtigt (vgl. act. 33 Rz. 97 f.), ist eine Zustimmung der Grundpfandgläubiger (bzw. des den Schuldbrief pfändenden Betreibungsamtes) gar nicht erforderlich, so dass es hierfür von vornherein an einem schutzwürdigen Interesse fehlt (vgl. unten, E. IV.2).

2.3. Inhaber (Eigentümer) und damit Grundpfandgläubiger des gepfändeten (ursprünglich als Eigentümerschuldbrief errichteten) Schuldbriefes ist nach wie vor der betriebene Schuldner, B._____, der auch Schuldner der Schuldbriefforderung ist; daran haben weder die (ohne Schuldübernahme erfolgende) Übertragung des Grundeigentums auf die Beschwerdeführerin (Drittpfandeigentümerin) noch die Pfändung des Schuldbriefes etwas geändert. Vorliegend ist jedoch – soweit mit der Errichtung von Stockwerkeigentum überhaupt eine Verlegung des Schuldbriefes auf die einzelnen Anteile verbunden sein soll – nicht die Zustimmung des Grundpfandgläubigers, i.e. des betriebenen Schuldners, erforderlich, sondern jene des *Betreibungsamtes*, denn es ist die Verfügungsbefugnis über den Schuldbrief mit der Pfändung auf dieses übergegangen (Art. 96 SchKG), und es handelt sich bei einer solchen Zustimmung um eine rechtliche Verfügung über das Grundpfandrecht (Auswechslung des Pfandobjekts).

2.4. Mit ihrem Schreiben vom 29. Januar 2020 hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin unmissverständlich klargestellt, dass sie eine Zustimmung zum geplanten Rechtsgeschäft sowie die Herausgabe des gepfändeten Pfandtitels vom Betreibungsamt bloss *als Vertreterin des Pfändungsgläubigers C._____* –

d.h. in fremdem Namen – und damit nicht in seiner amtlichen Funktion als Vollstreckungsorgan – handelnd anstelle des nicht mehr Verfügungsberechtigten Schuldners – verlangt (act. 13/4). Angesichts der klaren Formulierung des genannten Schreibens, und auch mit Blick auf die beigeheftete, von der Beschwerdeführerin vorformulierte "Zustimmungserklärung" (act. 13/4 S. 2), die das Betreibungsamt ihrer Auffassung nach "[f]ür Herrn C._____" abzugeben habe, kann der entsprechende Antrag nicht dahingehend umgedeutet werden, es habe das Betreibungsamt seine Zustimmung (auch) in Ausübung des dem betriebenen Schuldner entzogenen Verfügungsrechts zu erteilen.

Eine Zustimmung des pfändenden Gläubigers – C._____ war im Übrigen nicht einmal der einzige Pfändungsgläubiger – ist für die Errichtung von Stockwerkeigentum am fraglichen Grundstück der Beschwerdeführerin vorliegend aber gar nicht erforderlich, so dass es diesbezüglich von vornherein an einem schutzwürdigen Interesse fehlte. Hinzu kommt ferner, dass das Betreibungsamt gar nicht befugt ist, im Namen der betreibenden Gläubiger eine Zustimmung abzugeben.

2.5. Mit ihrer vor Vorinstanz eingereichten Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin sodann, es sei "die mit Schreiben vom 29. Januar 2020 [...] verlangte Zustimmungserklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum auf der Parzelle 3 in Zermatt abzugeben bzw. das [dem Betreibungsamt] zugestellte Formular zu unterzeichnen", und es habe das Betreibungsamt zudem den betreffenden Pfandtitel zwecks Eintragung eines Vermerks herauszugeben (act. 1 S. 2 f.). Damit hat die Beschwerdeführerin nicht, wie sie nunmehr in ihrer an die Kammer gerichteten Beschwerde geltend macht (act. 33 Rz. 50 ff.), ein vom ursprünglichen Antrag an das Betreibungsamt abweichendes Rechtsbegehren gestellt. Vielmehr hat sie gleichermassen beantragt, es habe das Betreibungsamt *im Namen C.____s* die Zustimmung zu erteilen und den Pfandtitel herauszugeben. Dies geht bereits aus dem expliziten Verweis auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. Januar 2020 hervor sowie zudem aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch vor Vorinstanz die Unterzeichnung der von ihr verfassten – auf den Namen C.____s lautenden – Zustimmungserklärung verlangt hat.

Damit fehlte es der Beschwerdeführerin auch im vorinstanzlichen Verfahren an einem schutzwürdigen Interesse, denn eine Zustimmung des den Schuldbrief pfändenden Gläubigers C._____ ist für die Errichtung von Stockwerkeigentum auf dem fraglichen Grundstück der Beschwerdeführerin in Wahrheit gar nicht erforderlich.

2.6. Mit ihrer zweitinstanzlichen Beschwerde stellt die Beschwerdeführerin formell zwar nach wie vor dieselben Anträge (act. 33 S. 2), sie führt im Rahmen ihrer Begründung neuerdings jedoch aus, dass sie die Zustimmung bzw. Herausgabe des Pfandtitels vom Betreibungsamt nicht mehr namens und in Vertretung des Gläubigers C._____ verlange, sondern gewissermassen "in eigenem Namen", d.h. in Ausübung des dem Schuldner entzogenen Verfügungsrechts über den Schuldbrief (act. 33 Rz. 32, 50 ff.). Diese erst im zweitinstanzlichen Verfahren erfolgende Änderung der Rechtsbegehren – diese sind im Lichte der Begründung zu verstehen – ist verspätet und damit unzulässig (vgl. dazu ausführlich OGer ZH, PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3).

Mit Bezug auf die ursprünglich gestellten Begehren – soweit die Beschwerdeführerin daran in ihrer zweitinstanzlichen Beschwerde überhaupt noch festhält – fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse, da eine Zustimmung des pfändenden Gläubigers C._____, wie erwähnt, nicht erforderlich ist.

2.7. Die Vorinstanz hat das Begehren der Beschwerdeführerin *abgewiesen*, u.a. mit der Begründung, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das Betreibungsamt mit der Verweigerung einer Zustimmung "namens bzw. in Vertretung [von C._____]" gegen das Gesetz verstossen oder unangemessen gehandelt haben soll (act. 32, E. 4). Mangels schutzwürdigen Interesses an den gestellten Begehren wäre richtigerweise bereits im vorinstanzlichen Verfahren auf die Beschwerde *nicht einzutreten* gewesen. Der angefochtene Entscheid, der die Beschwerde abweist anstatt darauf wegen Unzulässigkeit nicht einzutreten, ist vorliegend jedoch nicht zu korrigieren, da (auch) an einer solchen Korrektur kein Interesse besteht (vgl. BGE 142 III 643, E. 3.3).

2.8. Fehl geht sodann der Einwand der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin, das Betreibungsamt bzw. die Vorinstanz seien in Anwendung von Art. 32 Abs. 4 SchKG verpflichtet gewesen, sie darauf hinzuweisen, dass ihr Rechtsbegehren mangelhaft sei, bzw. ihr Gelegenheit zur Verbesserung einzuräumen (act. 33 Rz. 53 f.). Dies träfe allenfalls zu, wenn die Anträge der Beschwerdeführerin *unklar* gewesen wären, doch dies war hier wie erwähnt nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Schreiben vom 29. Januar 2020 (act. 13/4) – und mittels Verweises auch in ihrer an die Vorinstanz gerichteten Beschwerde (act. 1 S. 2 f.) – unmissverständlich klargemacht, dass sie eine Zustimmung und Herausgabe des Pfandtitels vom Betreibungsamt nur *im Namen von C._____* verlange.

3. Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten. Selbst wenn aber darauf eingetreten würde – bzw. wenn ein Antrag zu beurteilen wäre, es habe das Betreibungsamt der Begründung von Stockwerkeigentum bzw. der Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf die neuen Anteile "in eigenem Namen" zuzustimmen –, wäre die Beschwerde abzuweisen. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

IV.

1. Gepfändet ist ein Inhaber-Papierschuldbrief über Fr. 2.1 Mio., Beleg-Nr. ..., der in der ersten Pfandstelle auf den Grundstücken Nr. 2 und Nr. 3 in Zermatt lastet (als Gesamtpfand), und zwar in den Betreibungen Nr. 1 des Gläubigers C._____ (act. 13/1) und Nr. 5 der Gläubigerin D._____ SA (act. 13/2). Als solche nicht gepfändet sind demgegenüber die beiden genannten Grundstücke, die im Eigentum der Beschwerdeführerin (Drittpfandeigentümerin) stehen. Über diese kann sie aus zwangsvollstreckungsrechtlicher Sicht deshalb – mangels Vollstreckungsbeschlags – frei verfügen. Zu beachten sind nur, aber immerhin, materiellrechtliche Beschränkungen des Eigentums, namentlich die auf den Grundstücken lastenden Pfandrechte.

2.

2.1. Bei der Errichtung von Stockwerkeigentum treten die neu begründeten Stockwerkeigentumsanteile als neue Grundstücke (Rechtsobjekte) neben das bereits bestehende Stammgrundstück, das als solches nicht verändert wird (vgl. zum grundbuchlichen Vollzug Art. 23 und Art. 97 GBV). Lasten auf dem bisherigen (Stamm-)Grundstück Grundpfandrechte, so werden diese grundsätzlich darauf belassen, wobei die neuen Stockwerkeigentumsanteile dann, als solche, lastenfrei begründet werden; Letztere können aber in der Folge mit neuen dinglichen Rechten belastet werden (Art. 648 Abs. 3 ZGB e contrario). In einem solchen Fall geht die früher begründete Belastung des Stammgrundstücks den Belastungen vor, die auf den Stockwerkeigentumsanteilen lasten (ZK-WERMELINGER, Art. 712d ZGB, 2. A. 2019, N 16; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, 2. A. 2014, Art. 712d N 12). Eine nachträgliche Begründung und Belastung von Stockwerkeigentumsanteilen erschwert zwar in gewisser Weise, jedenfalls aus praktischer Sicht, die Zwangsverwertung des grundpfandbelasteten Stammgrundstücks (vgl. dazu BK-MEIER-HAYOZ, Art. 646 ZGB, 4. A. 1966, N 57 ff.). Eine Zustimmung der bisherigen Grundpfandgläubiger ist aber – sofern die bestehenden Grundpfandrechte auf dem Stammgrundstück belassen werden – dennoch weder für die Begründung von Stockwerkeigentum noch für eine nachträgliche Belastung der Anteile erforderlich, denn es werden die bestehenden Pfandrechte dadurch nicht berührt, insbesondere wird das Pfandobjekt (Haftungsobjekt) dadurch nicht verändert (vgl. Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches [Miteigentum und Stockwerkeigentum] vom 7. Dezember 1962, BBI 1962 II 1461, 1500 ff.; BRÜCKNER/KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2016, N 1232 f.).

2.2. Der Beschwerdeführerin stünde es somit ohne Weiteres frei, auf ihrem Grundstück Nr. 3 in Zermatt Stockwerkeigentum *ohne Verlegung der Grundpfandrechte* auf die Stockwerkeigentumsanteile zu begründen, und zwar ohne dass hierfür eine Zustimmung der Grundpfandgläubiger – bzw. hier des den Schuldbrief pfändenden Betreibungsamtes – notwendig wäre. Ebenso wenig erforderlich wäre in einem solchen Fall ein entsprechender Vermerk auf dem Pfandtitel (vgl.

Art. 135 Abs. 1 i.V.m. Art. 144 Abs. 2 lit. e und lit. i GBV und Art. 151 GBV e contrario).

In ihrer an die Kammer gerichteten Beschwerde verlangt die Beschwerdeführerin vom Betreibungsamt neuerdings offenbar nur noch die Zustimmung zu einem solchen Vorhaben (act. 33 Rz. 97 f.), d.h. zur Errichtung von Stockwerkeigentum ohne Verlegung des gepfändeten Schuldbriefs. Mangels materiell-rechtlichen Erfordernisses einer solchen Zustimmung des betroffenen Grundpfandgläubigers bzw. hier des pfändenden Betreibungsamtes fehlt es der Beschwerdeführerin mit Bezug auf einen solchen Antrag an einem schutzwürdigen Interesse. In diesem Umfang ist auf ihre Beschwerde bereits aus diesem Grund nicht einzutreten.

3. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer zweitinstanzlichen Beschwerde überhaupt noch eine Verlegung des gepfändeten Schuldbriefs auf die neu zu begründenden Stockwerkeigentumsanteile – unter Entlassung des Stammgrundstücks aus der Pfandhaft – anstrebt (vgl. noch act. 13/4 S. 1 und 2 sowie act. 1 S. 2 f.), gilt Folgendes:

3.1. Unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin beabsichtigt, den Schuldbrief (i) in Form eines Gesamtpfandrechts (Art. 798 Abs. 1 ZGB) auf sämtliche neuen Anteile zu verlegen, (ii) ihn in Form von Teilpfandrechten (Art. 798 Abs. 2 ZGB) im Verhältnis der vorgesehenen Wertquoten auf die einzelnen Anteile zu verteilen oder (iii) diese Verteilung in einem anderen Verhältnis vorzunehmen bzw. das Pfandrecht nur auf bestimmte Anteile zu legen, wäre in allen Fällen stets die Zustimmung der betroffenen Grundpfandgläubiger (hier: des den Schuldbrief pfändenden Betreibungsamtes) erforderlich (Botschaft Stockwerkeigentum, a.a.O., S. 1500 ff.; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 712d ZGB, 1988, N 41 ff.; ZK-WERMELINGER, Art. 712d ZGB, 2. A. 2019, N 16 ff.; WERMELINGER, Stockwerkeigentum a.a.O., Art. 712d N 12; a.A. BRÜCKNER/KUSTER, a.a.O., N 1232 f., die eine Zustimmung der Grundpfandgläubiger nur bei einer Verlegung in der Form von Teilpfandrechten für notwendig erachten). Bei einer solchen Verlegung der Grundpfandrechte vom Stammgrundstück auf die neu begründeten Anteile handelt es sich nämlich

um eine rechtliche Verfügung über das Grundpfandrecht (Auswechslung des Pfandobjekts bzw. Entlassung des bisherigen Haftungsobjekts aus der Pfandhaft).

3.2. Eine solche Zustimmung hat das Betreibungsamt vorliegend, selbst wenn die Beschwerdeführerin diese nicht bloss "namens und in Vertretung des Pfändungsgläubigers C._____" verlangt hätte, zu Recht verweigert.

3.2.1. Zutreffend verwies das Betreibungsamt (act. 13/5 S. 2) diesbezüglich auf eine – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (act. 33 Rz. 68 f., 113 ff.; act. 1 Rz. 31 f.) sehr wohl existierende – Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach Änderungen der Nutzung und Eingriffe in die Substanz der zu verwertenden Sache *im Rahmen der Verwaltungstätigkeit* des Betreibungsamtes grundsätzlich selbst dann unterbleiben müssen, wenn sie aus wirtschaftlicher Sicht sinnvoll wären (BGE 120 III 138, E. 2b). Dieser Entscheid betraf zwar ein Verfahren auf Pfandverwertung eines Grundstückes, die massgeblichen Erwägungen treffen sinngemäss aber auch auf die Betreuung auf Pfändung zu (vgl. BGE 120 III 138, E. 2a) und gelten überdies in ähnlicher Weise für gepfändete Fahrnis. Auch hier hat das Betreibungsamt nämlich, soweit nötig, mittels geeigneter Sicherungs- bzw. Verwaltungsmassnahmen (Art. 98 ff. SchKG; vgl. auch Art. 124 Abs. 2 SchKG) für die Erhaltung und Bewahrung der gepfändeten Sache zu sorgen. Diese Verwaltungstätigkeit entspricht der Verantwortung des Betreibungsamtes für die zur Verwertung bestimmte Sache, über die der Schuldner seinerseits nicht mehr unbewilligterweise verfügen darf; sie ist nicht auf Dauer angelegt, sondern findet ihren Abschluss mit der grundsätzlich vom Gläubiger zu beantragenden Verwertung (vgl. BGE 120 III 138, E. 2b). Diese Verwaltungstätigkeit mag zwar unter Umständen den Wert der gepfändeten Sache steigern, sie darf jedoch als solche nicht über die Erhaltung der Sache hinausgehen. Unzulässig sind insofern Verwaltungshandlungen, die den Charakter bzw. die Substanz der Sache verändern, wie etwa eine Neuparzellierung oder eine Umnutzung (BGE 120 III 138, E. 2b; vgl. auch BGer, 5D_172/2019 vom 3. Oktober 2019, E. 1.3).

3.2.2. Im Hinblick auf die Verwertung hat das Betreibungsamt alsdann die Steigerungsbedingungen so festzulegen, dass die Interessen der Beteiligten bestmöglich berücksichtigt werden, d.h. insbesondere ein möglichst hoher Erlös erzielt

wird; dies gilt sowohl bei zu verwertenden Grundstücken (Art. 134 Abs. 1 SchKG) als auch bei Fahrnis (Art. 125 Abs. 2 SchKG). *Im Rahmen dieser Verwertungs-vorbereitung* ist es – im Unterschied zur vorgelagerten Verwaltungstätigkeit des Amtes – nicht ausgeschlossen, jedenfalls sofern alle Beteiligten zustimmen, dass zwecks Erzielung eines höheren Erlöses Eingriffe in die Substanz der Sache vorgenommen werden bzw. diese im Hinblick auf die Steigerung umgestaltet wird (BGE 129 III 583, E. 3.2.1; SCHLEGEL/ZOPFI, Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, 2019, N 267; offen gelassen in BGE 120 III 138, E. 2c). Dies setzt jedoch voraus, dass ein solches Vorgehen die Interessen der Beteiligten bestmöglich berücksichtigt und dass sich dadurch erwartungsgemäss ein höherer (Netto-)Erlös erzielen lässt.

3.2.3. Soweit die Beschwerdeführerin überhaupt noch eine Zustimmung zur Verlegung des Schuldbriefs auf die neu zu begründenden Stockwerkeigentumsanteile beantragt, verlangt sie vom Betreibungsamt eine *rechtliche Verfügung* über das gepfändete Rechtsobjekt (Schuldbrief), was nicht bloss eine ausserordentliche Verwaltungsmassnahme darstellt, sondern eine eigentliche Umgestaltung des gepfändeten Grundpfandrechts betrifft, denn dadurch würde wie erwähnt das Pfandobjekt ausgewechselt. Ein solches Vorgehen wäre nach dem Gesagten höchstens im Rahmen der Steigerungsvorbereitung und zudem nur dann zulässig, wenn damit die Interessen der Beteiligten – gemeint sind jene der Gläubiger und jene des Schuldners – bestmöglich gewahrt würden, d.h. das zu erwartende Verwertungsergebnis verbessert würde (Art. 125 Abs. 2 SchKG). Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, und es hat die Beschwerdeführerin dies auch nicht substantiiert dargetan, inwiefern der Wert des zu versteigernden Schuldbriefes bzw. der zu erwartende Steigerungserlös durch eine solche Massnahme erhöht würde. Im Gegenteil wäre bei einer Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile vielmehr davon auszugehen, dass damit in der Verwertung ein geringerer Erlös erzielt würde (so im Ergebnis auch die Vorinstanz; act. 32, E. 5.3), jedenfalls soweit die Beschwerdeführerin die Begründung von Teilpfandrechten anstrebt (vgl. act. 13/4 S. 2). Dadurch würde nämlich das Ausfallrisiko des den Schuldbrief ersteigernden Grundpfandgläubigers offenkundig erhöht, weil dann die Miteigentumsanteile nur noch für einen Teil der Forde-

rung haften würden, das Stammgrundstück aber von der Pfandbelastung befreit würde; entsprechend würde auch der Wert des Schuldbriefes geschmälert, was den Interessen der Pfändungsgläubiger und jenen des betriebenen Schuldners entgegenliefe.

3.2.4. Hinzu kommt, darauf hat das Betreibungsamt ebenfalls zu Recht hingewiesen (act. 13/4 S. 2), dass die Steigerungsbedingungen vom 30. Oktober 2018 (act. 23) im Grundsatz – abgesehen von der Frage der Anwendbarkeit von Art. 156 Abs. 2 SchKG (Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen; Herabsetzung des Schuldbriefes auf den Betrag des Steigerungserlöses) – rechtskräftig sind. Eine nachträgliche materielle Änderung der Steigerungsbedingungen, wie sie durch die Verlegung des Schuldbriefes auf neu zu begründende Stockwerkeigentumsanteile zwangsläufig erforderlich würde, ist damit von vornherein ausgeschlossen.

Dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch das Bundesgericht in einem Beschwerdeverfahren, das einzig Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen betrifft, auch die Verbindlichkeit der übrigen Steigerungsbedingungen in Frage stellen soll, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (act. 33 Rz. 79 ff., 117; act. 1 Rz. 22 ff., 42 ff.), trifft nicht zu. Ebenso wenig zutreffend ist, dass sich die (Teil-)Rechtskraft der Steigerungsbedingungen nicht auf die Beschwerdeführerin erstrecken soll, weil diese offenbar nicht (aktiv) am gegen die Steigerungsbedingungen (Frage der Anwendbarkeit von Art. 156 Abs. 2 SchKG) gerichteten Beschwerdeverfahren teilgenommen hat. Insbesondere macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, vom laufenden Betreibungsverfahren bzw. von den Steigerungsbedingungen keine Kenntnis gehabt zu haben. Es wäre ihr somit, bei gegebener Beschwerdelegitimation, freigestanden, die Steigerungsbedingungen mit Beschwerde anzufechten und geltend zu machen, es sei der zu verwertende Schuldbrief dergestalt zu verändern, dass das entsprechende Grundpfandrecht auf neu zu begründende Stockwerkeigentumsanteile zu verlegen sei. Dass sie dies getan hätte, macht sie nicht geltend.

4. Zusammengefasst ergibt sich Folgendes: Soweit die Beschwerdeführerin vom Betreibungsamt Zustimmung zur Begründung von Stockwerkeigentum und zur Verlegung des Schuldbriefes auf die neu zu begründenden Anteile verlangt,

erweist sich die Weigerung des Betreibungsamtes als rechtmässig. Dasselbe gilt entsprechend auch für die Verweigerung der Herausgabe des gepfändeten Pfandtitels zwecks Eintragung eines Vermerks. Soweit die Beschwerdeführerin vom Betreibungsamt demgegenüber Zustimmung zur Begründung von Stockwerkeigentum ohne Verlegung der Grundpfandrechte – bei fortdauernder Belastung des Stammgrundstückes – verlangt, fehlt es mangels Erforderlichkeit einer entsprechenden Zustimmung an einem schutzwürdigen Interesse.

V.

Das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 33 und 39, an den Beschwerdegegner 1 auf dem Weg der Rechtshilfe, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.

4. 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

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:
10. Juli 2020