

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS200203-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Beschluss und Urteil vom 4. November 2020

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin,

gegen

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

2. **C.**_____ **S.A.**,

3. **D.**_____,

Beschwerdegegner,

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____

3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Herausgabe eines Inhaberschuldbriefes**
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. September
2020 (CB200019)

Erwägungen:

I.

1. Im Rahmen der gegen B._____ (Beschwerdegegner 1 und Schuldner; nachfolgend Schuldner) gerichteten Betreuung Nr. 1 des Gläubigers D._____ (Beschwerdegegner 3) liess das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon (nachfolgend Betreibungsamt) am 28. September 2012 zwei damals im Eigentum des Schuldners stehende Grundstücke in E._____ (eine Wiese, Kat.-Nr. 2, und ein Wohnhaus, Kat.-Nr. 3) vorsorglich durch das Betreibungsamt Visp pfänden.

Nachdem in der Folge – offenbar mit Zustimmung des Betreibungsamtes – am 30. Oktober 2012 ein Eigentümerschuldbrief (Inhaber-Papiersschuldbrief; Beleg-Nr. 4; vgl. act. 23/29/3 S. 1) 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. 5), wurden die erwähnten Verfügungsbeschränkungen über die beiden Grundstücke am 26. November 2012 wieder aufgehoben (vgl. zum Ganzen act. 24/40, E. I.1).

2. Die Beschwerdeführerin, A._____, ist die ehemalige Ehefrau des Schuldners B._____. Im Rahmen ihrer Scheidung wurde Ende 2016 das Eigentum an den beiden vorerwähnten Grundstücken vom Schuldner auf die Beschwerdeführerin übertragen, 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 Drittpfandeigentümerin mit ihren Grundstücken (vgl. zum Ganzen act. 24/40, E. I.2).

3. Am 3. Oktober 2018 wurde der vorerwähnte Inhaber-Papiersschuldbrief in der gegen B._____ gerichteten Betreuung Nr. 6 der Gläubigerin C._____ S.A. (Beschwerdegegnerin 2) ein zweites Mal – ohne Pfändungsanschluss – gepfändet (Pfändung Nr. 7, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon; vgl. act. 24/40, E. I.3).

4. In der Folge verlangten beide Gläubiger, D._____ und die C._____ 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. 23/29/3) 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 (vgl. act. 24/40, E. I.4). Eine (nur) 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 die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde gut (Urteil vom 26. September 2019; PS190029; act. 23/49). Dagegen gelangte der Gläubiger D._____ an das Bundesgericht, das der Beschwerde mit Verfügung vom 25. November 2019 die aufschiebende Wirkung erteilte (act. 2413/3; act. 24/40, E. I.4). Mit Urteil vom 14. September 2020 (Geschäfts-Nr. 5A_806/2019) hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil der Kammer auf und hielt fest, dass Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen in ihrer ursprünglichen, vom Betreibungsamt verfügten Fassung bestehen bleibe, wonach Art. 156 Abs. 2 SchKG auf die Versteigerung des gepfändeten Eigentümerschuldbriefes keine Anwendung finde (act. 23/57).

5. Mit Schreiben vom 29. Januar 2020 (act. 24/13/4) gelangte Rechtsanwalt und Notar lic. iur. Z._____ 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 E._____ 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". Mit selbigem Schreiben ersuchte Rechtsanwalt Z._____ das Betreibungsamt um Zustimmung zur geplanten Transaktion sowie um Herausgabe des gepfändeten Pfandtitels zwecks Eintragung des Geschäfts (vgl. zum Ganzen act. 24/40, E. I.5).

6. Das Betreibungsamt wies diese Begehren mit Verfügung vom 10. Februar 2020 ab (act. 24/3). Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter mit Urteil vom 8. Mai 2020 abgewiesen (act. 24/32). Die Kammer trat auf eine dagegen gerichtete Beschwerde mit Beschluss vom 9. Juli 2020 nicht ein (act. 24/40).

7. Mit Schreiben vom 10. Juni 2020 (act. 3/4) gelangte Rechtsanwalt Z._____ erneut an das Betreibungsamt und führte aus, die Beschwerdeführerin beabsichtige nun, auf ihren Grundstücken in E._____ eine grössere Überbauung zu realisieren, wozu ihre Parzellen Kat.-Nr. 3, 8 und 2 in E._____ zusammengelegt werden müssten. Hierfür müsse der vom Betreibungsamt gepfändete Eigentümer-Papier-Schuldbrief dem Grundbuchamt zur Eintragung der entsprechenden Mutationen vorgelegt werden. Entsprechend ersuche die Beschwerdeführerin das Betreibungsamt, diesen Schuldbrief ihrem Rechtsvertreter "schnellstmöglich zukommen zu lassen" (act. 3/4 S. 1; vgl. zudem das ergänzende Schreiben vom 15. Juni 2020; act. 3/5). Mit Verfügung vom 26. Juni 2020 wies das Betreibungsamt dieses Begehren ab (act. 3/2).

8. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Juli 2020 (act. 1) Beschwerde an das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (nachfolgend Vorinstanz) und beantragte im Wesentlichen, es sei das Betreibungsamt zu verpflichten, dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin den Papiersschuldbrief zur Eintragung des Geschäfts zuzusenden, und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

9. Mit Urteil vom 28. September 2020 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten wurde (act. 18). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. Oktober 2020 (act. 19) rechtzeitig (vgl. act. 16/5) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde und stellte folgende Anträge:

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 28. September 2020 im Verfahren Nr. CB200019-G/U/km vollumfänglich aufzuheben und es sei das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon zu verpflichten, dem unterzeichnenden Rechtsvertreter und Notar der Beschwerdeführerin den Papiersschuldbrief Nr. 4 zur Eintragung des Geschäfts betreffend

Parzellenzusammenlegung (Parzellen Nrn. 3, 8 und 2, F._____, E._____) zukommen zu lassen;

2. Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, das heisst allfällige Vollstreckungshandlungen, welche die von der Beschwerdeführerin gegenwärtig gehaltenen Parzellen Nrn. 3, 8 und 2 in E._____, welche zusammenzulegen sind, direkt oder indirekt betreffen, haben bis zur grundbuchlichen Eintragung des Geschäfts auf dem Papiersschuldbrief Nr. 4 zu unterbleiben;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 7.7 %."

10. Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-16) sowie die Akten der Verfahren PS190029-O (act. 23/1-57) und PS200112-O (act. 24/1-41) wurden beigezogen. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2020 informierte Rechtsanwalt Z._____, dass er das Mandat mit sofortiger Wirkung niederlege (act. 25). 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.

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 26. Juni 2020 (act. 3/2) wies das Betreibungsamt das mit Eingabe vom 10. Juni 2020 (act. 3/4) gestellte Begehren der Beschwerdeführerin um Herausgabe des gepfändeten Inhaber-Papier-Schuldbriefs (Beleg-Nr. 4) sinngemäss ab. Dabei handelt es sich ohne Weiteres um ein zulässiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 17 Abs. 1 SchKG, und es ist der die dagegen erhobene Beschwerde abweisende Entscheid der Vorinstanz 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 an den Grundstücken Kat.-Nr. 3, 8 und 2 in E._____ rechtlich geschütztes – und ohnehin ein tatsächliches – Interesse an der Zusammenlegung dieser Grundstücke zwecks Realisierung eines von ihr geplanten Bauprojekts. Diese Grundstücke sind als solche

nicht gepfändet und damit nicht mit Vollstreckungsbeschluss belegt, weshalb Verfügungen darüber vollstreckungsrechtlich grundsätzlich keiner Zustimmung des Betreibungsamtes (oder der betreibenden Gläubiger) bedürfen. Auf den Parzellen Nr. 3 und 2 lastet jedoch ein Grundpfandrecht (Papier-Schuldbrief; Beleg-Nr. 4). Materiell-rechtlich ist für die Zusammenlegung der erwähnten Grundstücke deshalb die Zustimmung der Grundpfandgläubiger (nicht der Pfändungsgläubiger) notwendig (Art. 974b Abs. 1 ZGB), und es ist die Verlegung des Grundpfandrechts auf das neue, vereinigte Grundstück (bzw. die neue Pfandbestellung am vereinigten Grundstück; vgl. BSK ZGB II-SCHMID, 6. Aufl. 2019, Art. 974b N 3) im Grundbuch einzutragen und auf dem entsprechenden Pfandtitel zu vermerken (bzw. ist ein neuer Pfandtitel auszustellen).

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 erfolgte) Übertragung des Grundeigentums auf die Beschwerdeführerin (Drittpfandeigentümerin) noch die Pfändung des Schuldbriefes etwas geändert. Unter dem Titel von Art. 974b Abs. 1 ZGB ist vorliegend jedoch nicht die Zustimmung des Grundpfandgläubigers selbst, 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).

2.4. Die Beschwerdeführerin hat dem Betreibungsamt und auch vor Vorinstanz zwar explizit nur den Antrag gestellt, es sei der erwähnte Schuldbrief zwecks Eintragung im Grundbuch und Vermerks auf dem Pfandtitel herauszugeben. Darin ist jedoch nach Treu und Glauben auch ein Antrag auf Zustimmung zur geplanten Zusammenlegung der Grundstücke, d.h. zur Verlegung des Schuldbriefes auf das neue, zu vereinigende Grundstück durch das Betreibungsamt gemäss Art. 974b Abs. 1 ZGB zu sehen. Diesbezüglich hat die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten ein rechtlich geschütztes Interesse und ist damit ohne Weiteres zur Erhebung der Beschwerde legitimiert.

3. Mit Eingabe vom 29. Januar 2020 (act. 24/13/4) hatte die Beschwerdeführerin dem Betreibungsamt bereits einmal beantragt, es sei ihr der fragliche Papier-Schuldbrief, Beleg-Nr. 4, herauszugeben. Dieser Antrag wurde rechtskräftig abgewiesen (vgl. den Entscheid der Kammer vom 9. Juli 2020; act. 24/40).

Dieses Herausgabebegehren wurde jedoch nicht im Zusammenhang mit der nunmehr geplanten Zusammenlegung der drei im Eigentum der Beschwerdeführerin stehenden Grundstücke gestellt, sondern vor dem Hintergrund einer damals angestrebten Errichtung von Stockwerkeigentum auf der Parzelle Nr. 3. In der Hauptsache begehrte die Beschwerdeführerin damals denn auch nicht die Zustimmung zu einer Zusammenlegung von Grundstücken bzw. zur Verlegung des Schuldbriefes auf das zu vereinigende Grundstück, wie sie es im vorliegenden Verfahren implizit beantragt, sondern die Zustimmung zur Errichtung von Stockwerkeigentum auf der Parzelle Nr. 3 bzw. zur Verlegung des Grundpfandrechts auf die neu zu errichtenden Stockwerkeigentumsanteile.

Entgegen der Auffassung des Betreibungsamtes (act. 3/2 S. 2; die Vorinstanz hat dies offengelassen; vgl. act. 18, E. 3.2) trifft es deshalb nicht zu, dass über die hier gestellten Rechtsbegehren (Zustimmung zur Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf das zu vereinigende Grundstück und Herausgabe des Pfandtitels zu diesem Zweck) bereits rechtskräftig entschieden worden sein soll bzw. dass die Rechtskraft des Beschwerdeentscheids der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde vom 8. Mai 2020 (Geschäfts-Nr. CB200004-G; vgl. zudem den Nichteintretensbeschluss der Kammer vom 9. Juli 2020; Geschäfts-Nr. PS200112-O) den im vorliegenden Verfahren gestellten Begehren entgegensteht (vgl. zur Frage der Rechtskraft von Verfügungen des Betreibungsamtes bzw. von Entscheiden der Aufsichtsbehörden im Allgemeinen unten, E. V.2.4-2.5).

Über die Frage, ob das Betreibungsamt gestützt auf Art. 974b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 96 Abs. 1, Art. 98 ff. und Art. 125 Abs. 2 SchKG seine Zustimmung zur geplanten Zusammenlegung der fraglichen Grundstücke und zur Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf das zu vereinigende Grundstück erteilen soll, wurde bisher noch nicht entschieden, weshalb hierauf sowie auf die weiteren gestellten Begehren einzutreten ist.

IV.

1. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit (unter Verweis auf den Beschluss der Kammer vom 9. Juli 2020, PS200112-O, E. IV.3.2.1-3.2.4), dass die vom Betreibungsamt festgesetzten Steigerungsbedingungen vom 30. Oktober 2018 (act. 23/29/3) – mit Ausnahme von Ziff. 11 – rechtskräftig seien und dass deshalb eine materielle Abänderung derselben ausgeschlossen sei. Eine solche inhaltliche Änderung der Steigerungsbedingungen sei aber, so die Vorinstanz implizit weiter, für die geplante Zusammenlegung der fraglichen Grundstücke (Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf das vereinigte Grundstück) erforderlich, weshalb das Betreibungsamt seine Zustimmung zu diesem Vorhaben und zur Herausgabe des fraglichen Pfandtitels im Ergebnis zu Recht verweigert habe (act. 18, E. 4).

2. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin zusammengefasst ein, die involvierten, in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke seien als solche nicht gepfändet, weshalb die gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckung Verfügungen darüber nicht erschweren dürfe. Der gepfändete Gegenstand, der Papier-Schuldbrief, werde durch das geplante Vorhaben gar nicht verändert; entsprechend liege kein Eingriff in die Substanz des Pfändungsobjekts vor, sondern nur ein solcher in das (nicht gepfändete) Unterpand (act. 19 Rz. 72 ff.). Im Übrigen würden die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Substanz des gepfändeten Schuldbriefes ohnehin vorliegen, weil das Unterpand substantiell vergrössert und damit der Wert des Schuldbriefes erhöht würde (act. 19 Rz. 81 ff., 87 ff., 109 ff.).

3. Weiter lässt die Beschwerdeführerin ausführen, die gegen Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen gerichtete Beschwerde des Schuldners habe dazu geführt, dass die Steigerungsbedingungen umfassend – auch im restlichen Umfang – weder in formelle noch in materielle Rechtskraft erwachsen seien. Entgegen den Ausführungen der Kammer im Beschluss vom 9. Juli 2020 (PS200112-O, E. IV.3.2.4) sei eine Teilrechtskraft der Steigerungsbedingungen nämlich gar nicht möglich. Dies müsse schon aus Praktikabilitätsgründen gelten, weil mit der Aufhebung oder Abänderung eines Teils der Steigerungsbedingungen durch die Auf-

sichtsbehörde eine Neuabfassung der Steigerungsanzeige notwendig werde, die neue Adresse des Betreuungsschuldners und das neue Steigerungsdatum angeführt werden müssten und ohnehin eine rechtliche Aktualisierung der gesamten Steigerungsbedingungen, beispielsweise im Zusammenhang mit dem BewG, notwendig werde. Ferner würden die Aufsichtsbehörden über umfassende Kognition verfügen, weshalb das Bundesgericht als oberste Aufsichtsbehörde die Steigerungsbedingungen in ihrer Gesamtheit – nicht nur beschränkt auf die angefochtene Ziff. 11 – abändern könne (act. 19 Rz. 27, 92 ff.).

V.

1. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, ihre drei Grundstücke in E. _____ (Kat.-Nr. 8, 2 und 3) zusammenzulegen und den auf den beiden Grundstücken Nr. 2 und 3 (bisher als Gesamtpfand) lastenden Papier-Schuldbrief auf das neue, vereinigte Grundstück zu verlegen. Ihr Einwand, es sei in Wahrheit nur der Papier-Schuldbrief gepfändet, nicht aber die erwähnten Grundstücke, und es dürften deshalb Verfügungen über diese im Rahmen des vorliegenden Vollstreckungsverfahrens nicht erschwert werden, geht fehl. Wie bereits erwähnt, erfordert die Zusammenlegung der drei Parzellen aus materiell-rechtlichen Gründen die Zustimmung der Gläubiger der auf den zusammenzulegenden Grundstücken lastenden Grundpfandrechte (Art. 974b Abs. 1 ZGB). Bei der hierfür notwendigen Verlegung dieser Grundpfandrechte von den bisherigen Grundstücken auf das neu zu gründende (vereinigte) Grundstück handelt es sich um eine materiell-rechtliche Verfügung über die bestehenden Pfandrechte, insbesondere über den Papier-Schuldbrief Nr. 4 (Auswechslung des Pfandobjekts durch Entlassung des bisherigen Haftungsobjekts aus der Pfandhaft und Bestellung eines neuen Pfandrechts am neuen Grundstück; vgl. BSK ZGB II-SCHMID, 6. Aufl. 2019, Art. 974b N 3; vgl. auch bereits OGer ZH, PS200112 vom 9. Juli 2020, E. IV.3.1).

Deshalb ist vorliegend – aufgrund der Pfändung des auf den Parzellen Nr. 2 und 3 lastenden Papier-Schuldbriefes – die Zustimmung des Betreibungsamtes (anstelle jener des Grundpfandgläubigers bzw. Eigentümers des Schuldbriefes) erforderlich.

2. Eine solche Zustimmung hat das Betreibungsamt aus folgenden Gründen im Ergebnis zu Recht verweigert.

2.1. Wie die Kammer bereits im Verfahren PS200112-O ausgeführt hat (Beschluss vom 9. Juli 2020, E. IV.3.2.1-3.2.3; vgl. zudem BGE 120 III 138, E. 2), sind im Rahmen der *Verwaltungstätigkeit* des Betreibungsamtes, d.h. der Verwaltung der gepfändeten Vermögenswerte (vgl. Art. 98 ff. SchKG), Eingriffe in die Substanz und Änderungen der Nutzung der zu verwertenden Vermögensgegenstände unzulässig, selbst wenn sie wirtschaftlich sinnvoll wären. Im Rahmen der *Vorbereitung der Versteigerung* sind solche tatsächlichen oder rechtlichen Eingriffe in die zu verwertenden Gegenstände demgegenüber zulässig, sofern dies erstens vor der rechtskräftigen Festsetzung der Steigerungsbedingungen erfolgt und sofern damit zweitens die Interessen der Beteiligten bestmöglich berücksichtigt werden (Art. 125 Abs. 2 SchKG), d.h. insbesondere ein höherer (Netto-)Erlös zu erwarten ist.

2.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erfordert die geplante Zusammenlegung ihrer Grundstücke Nr. 8, 2 und 3 in E. _____ nicht nur eine rechtliche Verfügung über diese Grundstücke, sondern auch eine solche über den bestehenden gepfändeten Inhaber-Papier-Schuldbrief Nr. 4 (Auswechslung des Pfandobjekts durch Verzicht auf das bisherige Pfandrecht und Begründung eines neuen Pfandrechts am vereinigten Grundstück). Eine solche substantielle rechtliche Umgestaltung des gepfändeten Schuldbriefs setzt nach dem Gesagten einerseits voraus, dass damit die Interessen der Beteiligten bestmöglich gewahrt werden (Art. 125 Abs. 2 SchKG), insbesondere ein höherer Steigerungserlös erwartet werden könnte. Ob diese Voraussetzung vorliegend – im Unterschied zum Verfahren PS200112-O, in dem eine Verlegung des Schuldbriefs auf neu zu errichtende Stockwerkeigentumsanteile angestrebt worden war – erfüllt wäre, wie die Beschwerdeführerin eventualiter geltend macht, weil das Unterpfand vergrössert und der Wert des Schuldbriefes gegebenenfalls erhöht würde (vorbehältlich allfälliger baulicher Veränderungen der darauf bestehenden Bauten; vgl. hierzu Art. 808 ff. ZGB), kann offenbleiben. Eine rechtliche Umgestaltung des gepfändeten Schuldbriefes, wie sie mit der Zustimmung zur Verlegung des Grundpfandes auf

ein anderes (neues) Grundstück einhergehen würde, hätte nämlich andererseits nur im Rahmen der Vorbereitung der Versteigerung, d.h. vor der rechtskräftigen Festsetzung der Steigerungsbedingungen (Art. 125 Abs. 2 SchKG), erfolgen dürfen.

2.3. Die Kammer hat bereits mit Beschluss vom 9. Juli 2020 festgehalten (PS200112-O, E. IV.3.2.4), dass die Steigerungsbedingungen vorliegend – mit Ausnahme der angefochtenen Ziff. 11 – mit Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist in formelle und materielle (Teil-)Rechtskraft erwachsen sind. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang eine Teilrechtskraft der Steigerungsbedingungen ohne weiteres möglich. Der Betreuungsschuldner hatte seine Beschwerde explizit auf die Frage beschränkt, ob im Rahmen der geplanten Versteigerung Art. 156 Abs. 2 SchKG zur Anwendung kommt oder nicht (Ziff. 11); mit Bezug auf alle anderen Belange blieben die Steigerungsbedingungen unangefochten. Die Beschwerdeführerin selbst hatte kein Rechtsmittel ergriffen und auch nicht geltend gemacht, sie habe keine Kenntnis von der fraglichen Anordnung des Betreibungsamtes gehabt oder eine Anfechtung sei ihr sonst verwehrt gewesen.

Vorliegend kommt hinzu, dass das Bundesgericht die vom Beschwerdegegner 3 gegen das Urteil der Kammer vom 26. September 2019 (PS190029-O) erhobene Beschwerde mit Urteil vom 14. September 2020 gutgeheissen und die vom Betreuungsschuldner – in jenem Verfahren vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ – gegen Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen erhobene Beschwerde abgewiesen hat (act. 23/57). Damit wird dem (bereits für sich unzutreffenden) Einwand der – im vorliegenden Verfahren ebenfalls durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ vertretenen – Beschwerdeführerin jede Grundlage entzogen, es könnten die Steigerungsbedingungen von vornherein nicht in formelle (Teil-) Rechtskraft erwachsen, solange eine dagegen erhobene Beschwerde hängig bzw. dieser aufschiebende Wirkung erteilt worden sei. In Wahrheit hatte das Bundesgericht bereits vor dem hier angefochtenen Entscheid der Vorinstanz abschliessend über die gegen die Steigerungsbedingungen erhobene Beschwerde entschieden, so dass jene bereits damals umfassend – auch mit Bezug auf

Ziff. 11 – in ihrer ursprünglichen Fassung (vgl. act. 23/57, Dispositivziffer 1) in formelle Rechtskraft erwachsen waren.

2.4. Weiter lässt die Beschwerdeführerin sinngemäss ausführen, die vom Betreibungsamt festgesetzten Steigerungsbedingungen seien einer materiellen Rechtskraft gar nicht zugänglich und könnten deshalb ohne Weiteres abgeändert werden (vgl. act. 19 Rz. 27, 92 ff., 101). Dies trifft nicht zu.

Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes – darunter fällt auch die Festsetzung der Steigerungsbedingungen gemäss Art. 125 Abs. 2 SchKG – erwachsen mit ungenutztem Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist (Art. 17 Abs. 2 SchKG) bzw. mit der formell rechtskräftigen Beurteilung einer dagegen gerichteten Beschwerde i.S.v. Art. 17 ff. SchKG in materielle Rechtskraft, wobei sich diese aber strikte auf dasjenige Vollstreckungsverfahren beschränkt, in der die fragliche Anordnung ergangen ist (BGE 133 III 580, E. 2.1; BGer, 5A_597/2008 und 5A_745/2008 vom 27. Januar 2009, E. 3.3.4; OGer ZH, PS170075 vom 18. April 2017, E. II.2.e; vgl. zur Frage der Zulässigkeit von Noven und neuen Anträgen *während* des Beschwerdeverfahrens OGer ZH, PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3, und zur Frage der Zulässigkeit einer Wiedererwägung durch das verfügende Amt gemäss Art. 17 Abs. 4 SchKG LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 17 SchKG N 301 ff. m.w.Nw.).

Als Folge dieser materiellen Rechtskraft ist eine Abänderung einer rechtskräftigen Anordnung in einem Betreibungsverfahren grundsätzlich nur dann möglich, wenn gestützt auf *echte Noven*, d.h. neue Tatsachen oder Beweismittel, die erst *nach* dem entscheidrelevanten Zeitpunkt entstanden sind (i.e. der Zeitpunkt der Verfügung bzw. der Beginn der Urteilsberatung der unteren Aufsichtsbehörde; vgl. OGer ZH, PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3), eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der relevanten Verhältnisse eingetreten ist, die Grundlage der rechtskräftigen Verfügung bzw. des Beschwerdeentscheids waren (BGer, 5A_597/2008 und 5A_745/2008 vom 27. Januar 2009, E. 3.3.4; vgl. auch BGE 133 III 580, E. 2.1). Gestützt auf *unechte Noven*, d.h. Tatsachen oder Beweismittel, die im entscheidrelevanten Zeitpunkt bereits bestanden haben, kann demgegenüber – abgesehen von einer allfälligen Nichtigkeit – nur unter den allgemeinen

Revisionsvoraussetzungen (vgl. hierzu Art. 328 ff. ZPO) auf den rechtskräftigen Entscheid zurückgekommen werden. Soweit keine Revisionsgründe vorliegen, ist eine Abänderung bzw. Wiedererwägung des rechtskräftigen Entscheids gestützt auf unechte Noven ausgeschlossen (BGer, 5A_198/2015 vom 28. Mai 2015, E. 3.1-3.2 [Frage der Rechtsgrundlage und der genauen Voraussetzungen der Revision im Betreibungsverfahren offengelassen]; vgl. auch BGer, 5A_312/2012 vom 18. Juli 2012, E. 4.2).

2.5. Mit einer Verlegung des Schuldbriefes auf das neue, vereinigte Grundstück (wofür die Beschwerdeführerin das Betreibungsamt sinngemäss um Zustimmung ersucht) müssten die formell und materiell rechtskräftigen Steigerungsbedingungen vom 30. Oktober 2018 (act. 23/29/3) – insbesondere der Beschrieb des Verwertungsgegenstandes – substantiell abgeändert werden, denn dadurch würden grundlegende Merkmale des zu verwertenden Rechtsobjekts modifiziert (i.e. das Pfandobjekt, das der verbrieften Schuldbriefforderung als Sicherheit dient). Eine solche Abänderung der rechtskräftigen Steigerungsbedingungen muss sich deshalb an den Schranken der materiellen Rechtskraft messen lassen.

Nach den sinngemäss verstandenen Ausführungen der Beschwerdeführerin soll eine solche Abänderung der Steigerungsbedingungen hinsichtlich des Beschriebs des zu verwertenden Gegenstandes (d.h. bezüglich des Pfandobjekts, auf dem der zu versteigernde Schuldbrief lastet) im Wesentlichen auf die neue Tatsache gestützt werden, dass nunmehr ein Bauprojekt vorliege, das eine Verlegung des Grundpfandrechts auf ein grösseres, zu vereinigendes Grundstück vorsehe, womit eine Wertsteigerung des zu verwertenden Schuldbriefes einhergehe. Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin wurde dieses Projekt im Jahre 2019 entworfen (vgl. act. 3/5; vgl. auch act. 3/2, wonach der von der Beschwerdeführerin eingereichte Plansatz vom 18. Oktober 2019 datiere). Damit stellt dieses Novum, das Anlass für die sinngemäss begehrte Abänderung der rechtskräftigen Steigerungsbedingungen bieten soll, zwar streng genommen eine Tatsache dar, die erst *nach* dem entscheiderelevanten Zeitpunkt entstanden ist (weil diesbezüglich keine Beschwerde erhoben worden war, bezieht sich die zeitliche Rechtskraftgrenze in diesem Punkt auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Festsetzung

der Steigerungsbedingungen am 30. Oktober 2018). Beim neu eingebrachten Bauvorhaben handelt es sich indessen um ein sog. *Potestativ-Novum*, d.h. eine nachträglich von einer Partei selber geschaffene Tatsache, die – abhängig vom Willen dieser Partei – ohne Weiteres auch bereits vor der Novenschranke hätte zur Entstehung gebracht und ins Verfahren eingeführt werden können. Solche Noven fallen im Rahmen des Novenrechts nicht unter die für *echte Noven* geltende Regelung, sondern sie werden letztlich *unechten Noven* gleichgestellt (zum Ganzen BGer, 4A_583/2019 vom 19. August 2020, E. 5, m.w.Nw. [zur Publ. vorgesehen]).

Dies muss – jedenfalls in der vorliegenden Konstellation – analog auch mit Bezug auf die materielle Rechtskraft gelten. Potestativ-Noven, d.h. neue Tatsachen, die abhängig vom Willen einer Partei auch bereits vor dem entscheiderelevanten Zeitpunkt hätten geschaffen werden können, werden insofern unechten Noven gleichgestellt und in zeitlicher Hinsicht von der materiellen Rechtskraft eines Entscheids erfasst, auch wenn dieser vor deren Entstehung gefällt worden ist. Solche Potestativ-Noven können deshalb ausschliesslich im Rahmen einer Revision geltend gemacht werden. Hierfür ist im Mindesten vorausgesetzt, dass Revisionsgründe vorliegen, wie sie etwa in Art. 328 ff. ZPO oder in einem anderen Erlass vorgesehen sind (vgl. BGer, 5A_198/2015 vom 28. Mai 2015, E. 3.1-3.2).

Inwiefern vorliegend die Voraussetzungen für eine Revision erfüllt sein sollen, insbesondere ein Revisionsgrund bestehen soll, hat die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise dargelegt. Namentlich zeigt sie nicht auf, inwiefern sie das allein von ihrem Willen abhängige Vorhaben, wonach die drei in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke in E._____ zusammengelegt werden sollen, trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits früher – vor Festsetzung der Steigerungsbedingungen – hätte beibringen können (vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Weil ein Revisionsgrund vorliegend nicht anzunehmen ist, kann offenbleiben, ob die im SchKG nicht geregelte Revision betriebsrechtlicher Verfügungen (vgl. hierzu LORANDI, a.a.O., Art. 20a SchKG N 106 ff.; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 66 [beide noch vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO]) auf einer bundesrechtlichen oder einer kantonalen Rechtsgrundlage beruht und welches

hierfür im Einzelnen die Voraussetzungen wären (ebenfalls offengelassen in BGer, 5A_198/2015 vom 28. Mai 2015, E. 3.1-3.2).

2.6. Nach dem Gesagten liegt kein Grund vor, der eine Abänderung der rechtskräftig festgesetzten Steigerungsbedingungen rechtfertigen würde. Weil die von der Beschwerdeführerin sinngemäss verlangte Zustimmung des Betreibungsamtes zur Verlegung des gepfändeten Schuldbriefes auf ein neues, zu vereinigendes Grundstück (und damit einhergehend auch die beantragte Herausgabe des Pfandtitels zwecks Eintragung entsprechender Mutationen) gerade eine solche Anpassung der Steigerungsbedingungen erfordern würde, hat das Betreibungsamt die Begehren der Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

3. Der gepfändete Schuldbrief ist folglich gemäss den rechtskräftig festgesetzten Steigerungsbedingungen zu verwerten. Der Beschwerdeführerin steht es im Rahmen dieser Versteigerung selbstverständlich frei, im Hinblick auf ihr Bauprojekt ein Gebot zum Erwerb des Schuldbriefes abzugeben oder aber im Anschluss an die Versteigerung den Erwerber des Schuldbriefes um Zustimmung zur Verlegung des Grundpfandrechts auf das zu vereinigende (grössere) Grundstück i.S.v. Art. 974b Abs. 1 ZGB zu ersuchen.

4. Die Beschwerde ist damit abzuweisen und das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist mit diesem Entscheid als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

5. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2020 ersuchte RA Z._____, es sei der Beschwerdeführerin nach seiner Mandatsniederlegung eine angemessene Frist zur Bezeichnung eines neuen Rechtsvertreters und eines Zustelldomizils einzuräumen (act. 25). Das Gesuch hat er nicht weiter begründet. Es sind im Übrigen keine Gründe für die Ansetzung einer solchen Frist ersichtlich, zumal die Beschwerdeführerin in der Schweiz lebt und ihr zuzumuten ist, bei Bedarf umgehend eine neue Rechtsvertretung zu mandatieren.

VI.

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. Der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Fristansetzung zur Mandatierung eines neuen Rechtsvertreters und Bezeichnung eines Zustelldomizils wird abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 19, 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.
5. 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:

6. November 2020