

Urteilkopf

146 III 426

45. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon und B. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_806/2019 vom 14. September 2020

Regeste (de):

Art. 156 Abs. 2 SchKG. Herabsetzung gepfändeter Eigentümer- oder Inhabertitel in der Verwertung?

Art. 156 Abs. 2 SchKG ist auf gepfändete Eigentümer- oder Inhabertitel nicht anwendbar, und zwar auch nicht analog (E. 3).

Regeste (fr):

Art. 156 al. 2 LP. Les titres de gage créés au nom du propriétaire ou au porteur et qui ont été saisis sont-ils sujets à réduction dans la réalisation?

L'art. 156 al. 2 LP ne s'applique pas, même par analogie, aux titres de gage créés au nom du propriétaire ou au porteur et qui ont été saisis (consid. 3).

Regesto (it):

Art. 156 cpv. 2 LEF. I titoli di credito garantiti da pegno immobiliare per i quali è designato come creditore il proprietario o il portatore e che sono stati pignorati sono soggetti a riduzione nella realizzazione?

L'art. 156 cpv. 2 LEF non si applica, nemmeno per analogia, ai titoli di credito garantiti da pegno immobiliare per i quali è designato come creditore il proprietario o il portatore e che sono stati pignorati (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 426

BGE 146 III 426 S. 426

A. A. betreibt B. für eine Forderung von Fr. 1'850'503.30 nebst Zins (Betreibung Nr. x des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon). Am 17. Oktober 2012 pfändete das beauftragte Betreibungsamt Visp zwei damals im Eigentum von B. stehende Grundstücke (Kat. Nr. y und Kat. Nr. z in U.) provisorisch. Am 30. Oktober 2012 wurde ein Inhaberschuldbrief (Eigentümerschuldbrief) über Fr. 2,1 Mio., lastend an 1. Pfandstelle auf den beiden Grundstücken, errichtet. Das Betreibungsamt pfändete den Schuldbrief am 22. November 2012. Die auf den Grundstücken erlassene Verfügungsbeschränkung wurde am 29. November 2012 wieder gelöscht. Im Jahre 2017 wurde BGE 146 III 426 S. 427

das Eigentum an den genannten Grundstücken auf C., die damalige Ehegattin von B., übertragen. Nach seiner Darstellung erfolgte dies im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung infolge Scheidung. Am 4. Oktober 2018 verfügte das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon die Verwertung des gepfändeten Schuldbriefs auf dem Wege der Versteigerung nach Art. 125 ff. SchKG. Am 30. Oktober 2018 erliess das Betreibungsamt die Steigerungsanzeige. Die beiliegenden Steigerungsbedingungen enthielten unter anderem folgende Bestimmung (Ziff. 11; Hervorhebung unterstrichen 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."

B. Am 12. November 2018 erhob B. Beschwerde beim Bezirksgericht Meilen. Er beantragte, Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen sei 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. Antragsgemäss erteilte das Bezirksgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Das Betreibungsamt und A. ersuchten um Abweisung der Beschwerde. Mit Urteil vom 29. Januar 2019 wies das Bezirksgericht die Beschwerde ab.

C. Gegen dieses Urteil erhob B. am 14. Februar 2019 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Er verlangte die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen sei 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 analog Anwendung finde. Das Obergericht erteilte der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung. A. beantragte die Abweisung der Beschwerde. Mit Urteil vom 26. September 2019 hiess das Obergericht die Beschwerde gut. Es wies das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon an, die Steigerungsbedingungen wie folgt zu korrigieren (Hervorhebung unterstrichen im Original):

BGE 146 III 426 S. 428

"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."

D. Gegen dieses Urteil hat A. (Beschwerdeführer) am 10. Oktober 2019 Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhoben. Er verlangt, das angefochtene Urteil aufzuheben und Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen in ihrer ursprünglichen Fassung zu belassen. Mit Verfügung vom 25. November 2019 hat das Bundesgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Das Bundesgericht hat die Akten beigezogen und Vernehmlassungen eingeholt. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Mit Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2020 hat B. (Schuldner) um Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urteils ersucht. Das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon hat sich nicht vernehmen lassen. Diese Eingaben sind dem Beschwerdeführer zur Kenntnis zugestellt worden. Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.
Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob Art. 156 Abs. 2 SchKG analog auf den Fall eines gepfändeten Eigentümer- bzw. Inhabertitels anzuwenden ist. Während das Bezirksgericht dies abgelehnt hat, ist das Obergericht zum Schluss gekommen, es liege eine echte Lücke vor, die im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG geschlossen werden müsse.

3.

3.1 Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem

BGE 146 III 426 S. 429

Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 145 III 56 E. 5.3.1 S. 59; BGE 145 V 57 E. 9.1 S. 68; BGE 144 IV 97 E. 3.1.1 S. 106; BGE 142 III 695 E. 4.1.2 S. 699; je mit Hinweisen). Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht

aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (BGE 144 IV 97 E. 3.1.2 S. 106 f. mit Hinweisen). Umgekehrt ist Voraussetzung für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes, dass zunächst das Vorliegen einer Lücke im Gesetz festgestellt wird (BGE 141 III 43 E. 2.5.1 S. 45).

3.2 Gemäss Art. 156 Abs. 2 SchKG werden vom Grundeigentümer zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt. Der Wortlaut bezieht sich in allen drei Amtssprachen einzig auf verpfändete Titel ("zu Faustpfand begebene", "donnés en nantissement", "dati in pegno"). Gepfändete Titel werden in Art. 156 Abs. 2 SchKG nicht erwähnt. Das SchKG enthält auch sonst keine Regelung, die eine Art. 156 Abs. 2 SchKG entsprechende Rechtsfolge für BGE 146 III 426 S. 430

gepfändete Eigentümer- oder Inhabertitel anordnen würde oder das durch Art. 156 Abs. 2 SchKG für verpfändete Titel gelöste Problem (dazu sogleich) in allgemeiner Weise für gepfändete Titel lösen würde. Zum Wortlaut von Art. 156 Abs. 2 SchKG passt seine systematische Stellung. Er befindet sich im vierten Titel des SchKG, welcher die Betreibung auf Pfandverwertung zum Gegenstand hat, und nicht etwa in den Verwertungsvorschriften der Betreibung auf Pfändung. Dabei ist zu beachten, dass in den Normen über die Verwertung im Pfandbetreibungsverfahren mehrmals auf die Vorschriften des Pfändungsverfahrens verwiesen wird, so insbesondere in Art. 156 Abs. 1 SchKG. In systematischer Hinsicht unterstreicht dies die Sonderstellung von Art. 156 Abs. 2 SchKG.

Art. 156 Abs. 2 SchKG wurde mit der SchKG-Revision vom 16. Dezember 1994 ins Gesetz eingefügt und ist am 1. Januar 1997 in Kraft getreten (AS 1995 1264). Hintergrund und Anlass zur Schaffung von Art. 156 Abs. 2 SchKG bildete der Umstand, dass es zu ungerechten und geradezu schockierenden Ergebnissen führen konnte, wenn der Faustpfandgläubiger in der Pfandverwertung den verpfändeten Schuldbrief günstig erwarb und danach in seiner neuen Stellung als Grundpfandgläubiger gegen den Schuldner vorging, wobei der Gläubiger aufgrund der Abstraktheit der Schuldbriefforderung seinen Erlös aus der Grundpfandverwertung nicht auf seine Grundforderung gegen den Schuldner anrechnen musste und er letztere weiterhin mithilfe des Pfandausfallscheins geltend machen konnte. Das Bundesgericht schloss eine Korrektur auf dem Wege der Auslegung aus und hielt fest, es liege am Gesetzgeber, für Abhilfe zu sorgen, falls er dies als notwendig erachte (BGE 115 II 149 E. 3 und 6a S. 152 ff. mit Hinweisen; bestätigt in BGE 119 III 105 E. 2c S. 107 f.; vgl. sodann PAUL-HENRI STEINAUER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 2015, N. 161 f. zu Art. 842 ZGB; DÜRR/ZOLLINGER, Zürcher Kommentar, Das Grundpfand, 2. Aufl. 2013, N. 108 ff. zu Art. 816 ZGB, mit Kritik sowohl an der dogmatischen Annahme der strikten Abstrahierung der Schuldbriefforderung, die nicht zwingend gewesen sei, als auch an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die eine Rechtsfolge bedauerte, die sie selber geschaffen habe, und schliesslich am Lösungsansatz von Art. 156 Abs. 2 SchKG). Art. 156 Abs. 2 SchKG war im bundesrätlichen Entwurf für die damalige Revision noch nicht enthalten und wurde erst auf Antrag der nationalrätlichen Kommission eingefügt. Den Materialien lässt sich, wie BGE 146 III 426 S. 431

bereits die Vorinstanz festgehalten hat, nicht entnehmen, wie es sich im Falle gepfändeter Titel verhalten solle. Die Rede ist nur von faustverpfändeten Titeln (AB 1993 N 31; AB 1993 S 649; AB 1994 N 1419; ferner Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 16./17. November 1992, S. 54 f.; Protokoll der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 12.-14. Mai 1993, S. 53 f.; Protokoll der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 24. Juni 1993, S. 16; Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 8. November 1993, S. 22). Der Berichterstatter im Ständerat äusserte sich dabei unter anderem wie folgt: "A l'article 156, le Conseil fédéral et la commission ont voulu résoudre le problème, qui avait été déclaré choquant par le Tribunal fédéral, relatif à la réalisation des titres de gage donnés en nantissement par le propriétaire et la réalisation successive de l'immeuble..." (AB 1993 S 649). Der Beschwerdeführer vermutet, die Formulierung von Art. 156 Abs. 2 SchKG gehe auf die Dissertation von MOSER zurück (PETER MOSER, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, 1989, S. 164 f.). Dies lässt sich zwar anhand der Materialien nicht direkt nachweisen, doch ist immerhin festzuhalten, dass nicht nur der vorgeschlagene Text der Gesetzesergänzung, sondern auch die systematische Stellung (gemäss MOSERS Vorschlag Art. 156a SchKG) für die Begründetheit der Vermutung spricht. MOSER behandelt dabei nur das Problem der Verpfändung, nicht auch dasjenige der Pfändung eines Eigentümergrundpfandtitels. In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass sich Art. 156 Abs. 2 SchKG nur auf verpfändete Titel bezieht und auf gepfändete Titel nicht anzuwenden ist (INGRID JENT-SØRENSEN, Aktuelle

Probleme der Faust- und Grundpfandverwertung, ZBGR 76/1995 S. 81; JURGEN BRONNIMANN, Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, 1996, S. 141; URS PETER MÖCKLI, Das Eigentümergrundpfandrecht, 2001, S. 127; ROLAND PFÄFFLI, Die Rolle des Grundbuchs in der Insolvenz, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, 2017, S. 37; DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, ad N. 27 zu Art. 156 SchKG; ders., in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 6. Aufl. 2019, N. 14 zu Art. 857 ZGB und N. 14 zu Art. 860 ZGB; a.A. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2000, N. 57 zu BGE 146 III 426 S. 432

Art. 156 SchKG; SIDNEY KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédula hypothécaire, 2003, Rz. 158; CLAUDE AEMISEGGER, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, 2009, S. 208 und Fn. 1219). Gegen eine Anwendung auf gepfändete Titel haben sich sodann das Bezirksgericht Muri (Entscheid vom 14. Januar 2014, in: BISchK 2014 S. 184 ff.) sowie die Freiburger Aufsichtsbehörde über das Grundbuch (Entscheid vom 22. Oktober 2007, in: Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung[FZR]2008 S. 50 f.) ausgesprochen.

3.3 Das Problem, zu dessen Behebung Art. 156 Abs. 2 SchKG geschaffen wurde, kann sich in ähnlicher Weise auch im Rahmen der Pfändung und Verwertung eines Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefs stellen. Dies gilt grundsätzlich auch unter der Herrschaft des neuen Schuldbriefrechts (vgl. STEINAUER, a.a.O., N. 161 zu Art. 842 ZGB). Gestützt auf die soeben dargestellten Befunde (oben E. 3.2) ist zu untersuchen, ob diesbezüglich eine Lücke vorliegt, die durch die analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG geschlossen werden kann. Wie bereits ausgeführt, ist der Wortlaut von Art. 156 Abs. 2 SchKG klar. Er bezieht sich nur auf verpfändete und nicht auf gepfändete Titel. Dies wird durch seine systematische Stellung untermauert (oben E. 3.2). Im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten war nur von der Faustverpfändung die Rede und die Pfändung von Eigentümer- und Inhabertiteln ist nicht erwähnt worden. Dass der Zweck von Art. 156 Abs. 2 SchKG auf die Verpfändung von Eigentümer- und Inhabertiteln abzielt und sich seine Tragweite zugleich darauf beschränkt, wird vom ständerätlichen Berichterstatter deutlich umschrieben (oben E. 3.2). Hinweise für ein qualifiziertes Schweigen in Bezug auf gepfändete Titel fehlen jedoch. Weder aus dem Umstand als solchem, dass gepfändete Titel in Art. 156 Abs. 2 SchKG nicht erwähnt werden, noch aus den Materialien kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber bewusst auf ihre Erwähnung verzichtet hätte und damit hätte ausschliessen wollen, dass sie gleich wie verpfändete Titel zu behandeln seien. Zwar war grundsätzlich bekannt, dass sich die selbe Problematik wie bei den verpfändeten Titeln auch bei gepfändeten stellen konnte (BGE 89 III 43 E. 2 S. 46). Inwieweit dies dem Gesetzgeber bewusst war und welches die Gründe für die Nichtberücksichtigung der gepfändeten Titel waren, lässt sich den Materialien jedoch nicht entnehmen. Im Vordergrund der damaligen Diskussionen und juristischen Probleme standen aber jedenfalls die BGE 146 III 426 S. 433

verpfändeten und nicht die gepfändeten Titel (vgl. BGE 115 II 149 E. 3 S. 153; 52 III 158 S. 160; MOSER, a.a.O., S. 163 f.; je mit Hinweisen). Das gesetzgeberische Eingreifen wurde durch die Behandlung der verpfändeten Titel veranlasst. Damit ist davon auszugehen, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG einen spezifischen und punktuellen Eingriff vorsieht, um denjenigen Einzelfall zu lösen, der damals die Diskussion beherrschte (JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 80). Im Übrigen zeigen auch heute die geringe Anzahl an Fällen, die sich mit gepfändeten Titeln befassen, und die eher knappen Ausführungen in der aktuellen Lehre, dass es in Bezug auf gepfändete Titel eher selten zu Situationen zu kommen scheint, die nach Korrektur durch die Gerichte oder den Gesetzgeber rufen. Da der Eingriff des Gesetzgebers von seinem Zweck her eng begrenzt war und der Gesetzgeber gerade keinen Anlauf genommen hat, die Problematik umfassend zu lösen, kann nicht gesagt werden, dass er damals weitergehende Regeln hätte treffen müssen bzw. dass er eine planwidrige Unvollständigkeit (BGE 132 III 470 E. 5.1 S. 478) hinterlassen hätte. Eine Gesamtschau hätte dabei nicht nur die Verpfändung und die Pfändung von Eigentümer- und Inhabertiteln umfassen müssen, sondern gegebenenfalls noch weitere Fälle (vgl. dazu JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 80 f.). Entgegen der Auffassung des Obergerichts liegt somit keine echte Lücke und keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Vielmehr enthält das Gesetz eine Antwort für die gepfändeten Titel, auch wenn sie im Einzelfall nicht befriedigen mag, da es keine generelle Vorkehr gegen den Eintritt einer Situation enthält, in welcher sich der Schuldner mit einer doppelten Vollstreckung konfrontiert sehen oder sich der Gläubiger bereichern könnte. Im Hinblick auf die gepfändeten Titel verhält sich die Situation diesbezüglich gleich wie hinsichtlich der verpfändeten vor Erlass von Art. 156 Abs. 2 SchKG (BGE 115 II 149 E. 6a S. 155). Es liegt am Gesetzgeber, tätig zu werden, wenn er dies für erforderlich hält. Im Übrigen steht keineswegs fest, dass in Bezug auf die gepfändeten

Titel eine zu Art. 156 Abs. 2 SchKG analoge Lösung im Vordergrund stehen müsste (vgl. die Lösungsvorschläge bei JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 81 ff.). Neben einer Ergänzung von Art. 156 Abs. 2 SchKG kämen auch andere gesetzgeberische Eingriffe in Betracht. So könnte beispielsweise die Abstraktheit der vom Ersteigerer erworbenen Schuldbriefforderung punktuell gelockert bzw. in Fällen

BGE 146 III 426 S. 434

wie dem vorliegenden eine Anrechnungspflicht eingeführt werden (vgl. Art. 842 Abs. 2 und 3 ZGB; vgl. DÜRR/ZOLLINGER, a.a.O., N. 118 zu Art. 816 ZGB; kritisch JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 82). Sodann könnte in Betracht gezogen werden, auf die Pfändung von Eigentümer- und Inhabertiteln in Abkehr von der üblichen Pfändungsreihenfolge (Art. 95 Abs. 2 SchKG) zu verzichten und gleich das dahinter stehende Grundstück zu pfänden. Dies wäre im Einzelfall gestützt auf Art. 95 Abs. 4 bis und 5 SchKG bereits heute möglich. Die Abänderung der Pfändungsreihenfolge liesse sich umso eher rechtfertigen, als bei der Betreibung auf Pfändung (anders als bei derjenigen auf Pfandverwertung) der Zugriff des Gläubigers von Anfang an auf das gesamte Vermögen des Schuldners gerichtet ist und die Pfändung eines Eigentübertitels für den Gläubiger im Wesentlichen bloss zu einer Verzögerung und Verkomplizierung des Vollstreckungsverfahrens führt. Bei Fehlen anderer Vermögenswerte des Schuldners wird es nämlich am Ende ohnehin zu einer Pfändung und Verwertung des Grundstücks kommen. Im vorliegenden Fall hätte sich die Problematik sodann vermeiden lassen, wenn in der Pfändung die bereits gepfändeten Grundstücke nicht durch den Eigentümerschuldbrief ersetzt worden wären bzw. wenn eine solche Ersetzung gesetzlich untersagt wäre (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 2 der Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken [VZG; SR281.42]). Es liegt nicht am Bundesgericht, die verschiedenen denkbaren Lösungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen. Vielmehr ist auch dies Aufgabe des Gesetzgebers, sofern er ein Eingreifen für erforderlich hält.

Schliesslich zeigt der vorliegende Fall auch, dass nicht von vornherein davon ausgegangen werden kann, die Versteigerung des gepfändeten Schuldbriefs werde zu einem krass ungerechten und schockierenden Ergebnis führen. Es steht derzeit nämlich noch nicht fest, dass der Beschwerdeführer den Schuldbrief zu einem äusserst günstigen Preis ersteigern kann. Da die belasteten Grundstücke an die ehemalige Ehefrau des Schuldners übertragen worden sind, ist es denkbar, dass sie mitbietet oder den Schuldbrief sogar selber ersteigert. Die weitere Frage, ob sich der Schuldner sodann Rechtsmissbrauch vorwerfen lassen muss und er deshalb gar nicht schutzwürdig ist, kann offenbleiben, zumal keine genaueren Tatsachenfeststellungen über den Ablauf der Pfändung und die nachträgliche Errichtung des Eigentümerschuldbriefs getroffen wurden.

BGE 146 III 426 S. 435

3.4 Als Schlussfolgerung ist somit festzuhalten, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG auf gepfändete Eigentümer- oder Inhabertitel nicht, und zwar auch nicht analog, anwendbar ist. Die entsprechende Lückenfüllung durch das Obergericht erweist sich als bundesrechtswidrig. Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben. Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen bleibt folglich in ihrer ursprünglichen Fassung vom 30. Oktober 2018.