

## 6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht/ Exécution forcée et faillite

### BGer 5A\_806/2019: Gilt Art. 156 Abs. 2 SchKG analog bei gepfändeten Eigentübertiteln?

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_806/2019 vom 14. September 2020 (zur Publikation vorgesehen), A gegen Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon und B, Steigerungsbedingungen, Art. 156 Abs. 2 SchKG und dessen analoge Anwendung auf gepfändete Eigentübertitel.



ARNOLD F. RUSCH\*



JENNIFER ZBINDEN\*\*

*Art. 156 Abs. 2 SchKG reduziert zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses. Gilt dies analog auch bei gepfändeten Titeln? Die Interessen- und Problemlage ist identisch. Das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung dennoch mangels einer echten Lücke ab.*

### I. Sachverhalt

A. (Gläubiger und Beschwerdeführer) hat B. (Schuldner und Beschwerdegegner) für eine Forderung über CHF 1'850'503.30 nebst Zins betrieben. Daraufhin pfändete das zuständige Betreibungsamt am 17. Oktober 2012 zuerst zwei im Eigentum des Schuldners stehende Grundstücke provisorisch. Da der Schuldner jedoch anschliessend einen Inhaberschuldbrief (Eigentümerschuldbrief) über CHF 2.1 Millionen lastend auf der ersten Pfandstelle der beiden Grundstücke erstellte, pfändete das Betreibungsamt am 22. November 2012 anstelle der Grundstücke diesen Eigentümerschuldbrief und hob die Verfügungsbeschränkung auf den Grundstücken wieder auf. Im Jahr 2017 übertrug der Schuldner das Eigentum an den beiden Grundstücken auf seine damalige Ehefrau.

Am 4. Oktober 2018 verfügte das zuständige Betreibungsamt die Verwertung des gepfändeten Schuldbriefs mittels Versteigerung nach Art. 125 ff. SchKG. Hierzu erliess das Betreibungsamt Steigerungsbedingungen mit folgender, umstrittener Ziff. 11: «*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.*»

Der Schuldner erhob gegen diese Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen am 12. November 2018 Beschwerde beim Bezirksgericht Meilen (untere kantonale Aufsichtsbehörde). Er beantragte die Anpassung, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG Anwendung finde. Das Bezirksgericht wies die Beschwerde des Schuldners am 29. Januar 2019 ab, woraufhin er Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (obere kantonale Aufsichtsbehörde) erhob. Hier beantragte er die Anpassung, wonach Art. 156 Abs. 2 SchKG analog Anwendung finde. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Beschwerde mit Urteil vom 26. September 2019 gut und wies das Betreibungsamt zu einer Anpassung von Ziff. 11 der Steigerungsbedingungen an.<sup>1</sup> Gegen dieses Urteil reichte der Gläubiger am 10. Oktober 2019 Beschwerde beim Bundesgericht ein.

### II. Erwägungen

Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Entscheid die Frage zu untersuchen, ob Art. 156 Abs. 2 SchKG analog auf den Fall eines gepfändeten Eigentümerschuldbriefs anzuwenden ist (E. 2). Hierzu führte es zu Beginn verschiedene allgemein gehaltene, rechtsmethodische Überlegungen zur Auslegung von Gesetzesbestimmungen sowie zur Feststellung und Ausfüllung von Lücken an. Demnach sei eine Gesetzesbestimmung grundsätzlich nach ihrem Wortlaut auszulegen und das Gericht könne von einem klaren Wortlaut nur abweichen, wenn «*triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht*». Als solche Gründe kämen insbesondere die Entstehungsgeschichte einer Norm, deren Sinn und Zweck sowie ihr Zusammenhang zu weiteren Vorschriften infrage (E. 3.1).

Eine Lücke im Gesetz sei dann anzunehmen, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweise, «*weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt*». Davon abzugrenzen sei der Fall, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend im

\* Prof. Dr. ARNOLD F. RUSCH, LL.M., Rechtsanwalt, IRP-HSG, Universität St. Gallen.

\*\* JENNIFER ZBINDEN, B.A. HSG in Rechtswissenschaft, IRP-HSG, Universität St. Gallen.

<sup>1</sup> OGer ZH, PS190029-O/U, 26.9.2019.

negativen Sinn mitentschieden habe (sog. qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers). Die Auslegung bestimme, ob eine auszufüllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliege. Eine Lücke im Gesetz lasse sich oftmals mittels analoger Anwendung eines anderen Rechtssatzes schliessen. Die Lückenfüllung habe sich dabei an den zugrundeliegenden Zielsetzungen und Werten des Gesetzes zu orientieren (E. 3.1).

Anschliessend widmete sich das Bundesgericht spezifisch der Auslegung von Art. 156 Abs. 2 SchKG. Dabei zog es zuerst den Wortlaut von Art. 156 Abs. 2 SchKG in allen drei Amtssprachen bei und hielt fest, dass dieser sich übereinstimmend nur auf verpfändete Titel (*«zu Faustpfand begebene»*, *«donnés en nantissement»*, *«dati in pigno»*) beziehe und nicht auf gepfändete Titel. Hierzu passe die systematische Stellung der Bestimmung im vierten Titel des SchKG betreffend Betreibung auf Pfandverwertung (E. 3.2).

Als drittes Auslegungselement untersuchte das Bundesgericht die Entstehungsgeschichte der Norm. Es führte aus, dass das Parlament Art. 156 Abs. 2 SchKG im Rahmen der SchKG-Revision vom 16. Dezember 1994 ins Gesetz eingefügt habe. Anlass zur Schaffung der Bestimmung bildeten die ungerechten Ergebnisse, wenn ein Faustpfandgläubiger in der Pfandverwertung den verpfändeten Schuldbrief zu einem günstigen Preis erwerben und anschliessend als Grundpfandgläubiger gegen den Schuldner vorgehen könne. Denn aufgrund der Abstraktheit der Schuldbriefforderung musste der Gläubiger seinen Erlös aus der Grundpfandverwertung nicht an seine Grundforderung gegen den Schuldner anrechnen. Er konnte letztere weiterhin mittels Pfandausfallschein geltend machen. Die Materialien äusserten sich gemäss Bundesgericht nicht dazu, *«wie es sich im Falle gepfändeter Titel verhalten solle.»*. Die Lehre gehe überwiegend davon aus, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG nur auf verpfändete Titel und nicht auf gepfändete Titel anwendbar sei (E. 3.2).

In der Folge untersuchte das Bundesgericht, ob betreffend Pfändung und Verwertung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen eine Lücke vorliegt, deren Schliessung sich durch analoge Anwendung des Art. 156 Abs. 2 SchKG anbietet. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest, dass der Wortlaut, die systematische Stellung und die historische sowie teleologische Auslegung der Bestimmung nur verpfändete und nicht gepfändete Titel erfassen. Daraus lasse sich jedoch nicht schliessen, dass der Gesetzgeber bewusst auf die Erwähnung gepfändeter Titel verzichtet hätte. Insbesondere in den Gesetzesmaterialien würden Hinweise auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers fehlen und es sei nicht klar, weshalb der Gesetzgeber die gepfändeten

Titel in Art. 156 Abs. 2 SchKG nicht berücksichtigt habe (E. 3.3).

Aufgrund der Tatsache, dass verpfändete Titel das gesetzgeberische Eingreifen veranlasst haben, schloss das Bundesgericht, dass der Gesetzgeber mit Art. 156 Abs. 2 SchKG nur einen punktuellen Eingriff vornehmen wollte. Auch war für das Bundesgericht von Bedeutung, dass es betreffend gepfändeter Titel nur eine geringe Anzahl von Fällen gebe, in welchen eine Korrektur notwendig erscheine. Das Bundesgericht führte somit aus, dass der Zweck von Art. 156 Abs. 2 SchKG eng begrenzt sei und der Gesetzgeber die Problematik gerade nicht umfassend habe lösen wollen. Daraus folgte das Bundesgericht, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG nicht planwidrig unvollständig sei und somit keine Gesetzeslücke vorliege. Halte der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage für notwendig, müsste er selbst tätig werden (E. 3.3).

Zum Schluss machte das Bundesgericht drei weitere Lösungsvorschläge, die der Gesetzgeber eigenhändig gegeneinander abzuwägen habe (E. 3.3):

- Punktuelle Lockerung der Abstraktheit der vom Ersteigerer erworbenen Schuldbriefforderung bzw. Einführung einer Anrechnungspflicht (vgl. Art. 842 Abs. 2 und 3 ZGB).
- Verzicht auf die Pfändung von Eigentümer- oder Inhabertiteln und direkte Pfändung des dahinterstehenden Grundstücks, d.h. Abkehr von der üblichen Pfändungsreihenfolge nach Art. 95 Abs. 2 SchKG, was im Einzelfall bereits *de lege lata* gestützt auf Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> und 5 SchKG möglich sei.
- Gesetzliches Verbot der Ersetzung bereits gepfändeter Grundstücke durch Eigentümerschuldbriefe.

### III. Anmerkungen

Vor Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG stellte sich bei der Versteigerung von *verpfändeten* Schuldbriefen zu einem tiefen Preis aufgrund der Abstraktheit der Schuldbriefforderung das Problem, dass der Schuldner potentiell doppelt bezahlen musste – einmal gestützt auf den Eigentümer- oder Inhabertitel und einmal gestützt auf den Pfandausfallschein.<sup>2</sup> Wie der vorliegende Entscheid illustriert,

<sup>2</sup> JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 1023; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrediten, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Bern 1996, 133 ff., 139; BSK SchKG I-KÄNZIG/BERNHEIM, Art. 156 N 3, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Verfasser); DAVID DÜRR/DANIEL ZÖLLINGER, Zürcher Kommen-

kann sich dieselbe stossende Rechtsfolge auch im Falle von *gepfändeten* Schuldscheinen ergeben, indem der Schuldner einmal gestützt auf den Eigentümer- oder Inhabertitel und einmal gestützt auf die Nachpfändung bzw. den Verlustschein bezahlen muss.<sup>3</sup> Das Bundesgericht führte deshalb in seinem Urteil verschiedene mögliche Lösungsvarianten hierfür auf, die der Gesetzgeber umsetzen könnte.<sup>4</sup> Eine gerichtliche Korrektur der Rechtslage schloss es dagegen aus.<sup>5</sup> Unseres Erachtens hätten jedoch durchaus gerichtliche Korrekturmöglichkeiten bestanden, weshalb ein Eingreifen des Gesetzgebers nicht zwingend erforderlich erscheint. Nachfolgend richten wir den Fokus auf die Annahme des Rechtsmissbrauchs, des Analogieschlusses und des Handelns nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen des existierenden Art. 95 SchKG.

#### A. Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs?

Wer Urteile und Lehrmeinungen zur Konstellation der möglichen doppelten Inanspruchnahme studiert, stösst stets auf dieselben Aussagen: *«Der Schuldner konnte also gewissermassen doppelt – und weit über die ursprüngliche Faustpfandforderung hinaus – in Anspruch genommen werden, was auf breiter Front als stossend und unfair empfunden wurde.»*<sup>6</sup> *«(Moralisch) besonders stossend ist ein solches Ergebnis, wenn der Faust-/Grundpfandgläubiger auf diese Weise profitiert. Den Kritikern ist uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass ein solches Ergebnis dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderläuft.»*<sup>7</sup> *«Toutefois, cette même jurisprudence et la doctrine ont été obligées de reconnaître que l'indépendance des deux créances peut entraîner, le cas échéant, un «préjudice» pour le débiteur (...), un gain disproportionné pour le créancier (...), des résultats inévitables (...) ou extrêmement choquants (...). Plus simplement, et d'ailleurs non sans raisons, GUIBAN (...) parle de «gains vraiment scandaleux.»*<sup>8</sup> Wenn die doppelte Inanspruchnahme so stossend ist, sollte sie auch

nicht passieren. In einem solchen Fall kann unseres Erachtens der doppelten Geltendmachung in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der zweckwidrigen Rechtsausübung und des offensichtlichen Missverhältnisses der Interessen die *exceptio doli* entgegenstehen.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall kann der Rechtsmissbrauch mangels einer Handlung des Gläubigers und der in diesem frühen Stadium unklaren Folgen jedoch noch nicht greifen – auch wenn die Steigerungsbedingungen den Weg zur doppelten Inanspruchnahme ebnen. Nicht vergessen darf man auch, dass der Schuldner selbst an dieser Situation nicht ganz unschuldig ist. Er ist es, der mit der Schaffung des Eigentümerschuldbriefes die problematische Konstellation erst ermöglicht hat.

#### B. Analogieschluss

Eine weitere Lösungsvariante zur Verhinderung der unbegründeten Verdoppelung der Schuld läge in der analogen Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG auf gepfändete Titel. Diese Variante prüfte das Bundesgericht im vorliegenden Urteil ausführlich, wies sie aber ab, da nach seiner Ansicht keine dem Analogieschluss zugängliche Gesetzeslücke vorliege.<sup>10</sup> Anders als das Bundesgericht bejahen wir die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes und erachten die analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG als gangbaren Weg.

##### 1. Rechtsmethodische Grundlagen

Wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ausführt, ist für die rechtsmethodisch korrekte Lösung des vorliegenden Falles in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Gesetzeslücke besteht und in einem zweiten Schritt, wie diese zu schliessen ist.<sup>11</sup> Eine Gesetzeslücke liegt nach der vielzitierten Lehrmeinung von CANARIS dann vor, wenn das Gesetz, ausgelegt im Rahmen seines möglichen Wortsinns und gemessen am Massstab der Rechtsordnung, planwidrig eine bestimmte Regelung nicht enthält, d.h. *planwidrig*

tar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 805–823 ZGB, Wirkung des Grundpfands, 2. A., Zürich 2013 (zit. ZK-DÜRR/ZOLLINGER), Art. 816 ZGB N 108; INGRID JENT-SØRENSEN, Aktuelle Probleme der Faust- und Grundpfandverwertung, ZBGR 76/1995, 73 ff., 78 f.; DIETER ZOBL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Fahrnispfand, Art. 888–906 ZGB (mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 907–915 ZGB), 2. A., Bern 1996 (zit. BK-ZOBL), Art. 901 ZGB N 157.

<sup>3</sup> Vgl. JENT-SØRENSEN (FN 2), 80 f.

<sup>4</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.3.

<sup>5</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.3.

<sup>6</sup> Bezirksgericht Muri, 14.1.2014, E. 4.2, in: BLSchK 2014, 184 ff., 186.

<sup>7</sup> JENT-SØRENSEN (FN 2), 79.

<sup>8</sup> BGE 115 II 149 E. 3.

<sup>9</sup> BGE 143 III 279 E. 3.1: *«L'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC) demeure toujours réservé. Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif «manifeste» démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (...).»*

<sup>10</sup> BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.3.

<sup>11</sup> BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.1; so auch die Vorinstanz OGer ZH, PS190029-O/U, 26.9.2019, E. 3.1.5.

unvollständig ist.<sup>12</sup> Diese Definition einer Gesetzeslücke umfasst zwei Elemente: die Planwidrigkeit und die Unvollständigkeit des Gesetzes.<sup>13</sup> Ein Gesetz ist dann planwidrig unvollständig, wenn das Gesetz nach erfolgter Auslegung eine Antwort auf eine Frage vermissen lässt, obwohl nach dem dem Gesetz immanenten Zweck eine solche geboten wäre.<sup>14</sup> Gibt das Gesetz eine Antwort auf die gestellte Frage, die jedoch im Ergebnis nicht befriedigt, liegt keine Lücke vor.<sup>15</sup>

Das wichtigste Mittel zur Füllung offener Gesetzeslücken stellt der Analogieschluss dar.<sup>16</sup> Bei einem Analogieschluss beurteilt sich der Sachverhalt nach dem Modell einer gesetzlichen Vorschrift, obwohl der Wortsinn diesen nicht erfasst.<sup>17</sup> Grund für die Ziehung eines Analogieschlusses ist, dass der nicht geregelte Sachverhalt dem Wertmuster der gesetzlichen Vorschrift entspricht und sich somit die sinngemässe Gleichbehandlung aus dem positiven Gleichheitssatz (*«Gleiches ist gleich zu behandeln»*) ergibt.<sup>18</sup>

Davon abzugrenzen ist der vom Bundesgericht erwähnte Fall, dass der Gesetzgeber einen Sachverhalt nicht übersehen, sondern bewusst nicht gesetzlich geregelt hat (sog. qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers).<sup>19</sup> Ein Indiz hierfür wäre, wenn der Gesetzgeber die Regelung eines bestimmten Sachverhalts diskutiert, sich dann aber dagegen

entschieden hat.<sup>20</sup> Gemäss KRAMER lässt sich aus einem solchen qualifizierten Schweigen im Umkehrschluss folgern, dass keine Gesetzeslücke vorliegt und somit auch kein Analogieschluss möglich ist.<sup>21</sup>

Ob nun eine Gesetzeslücke oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist mittels Auslegung zu bestimmen.<sup>22</sup> Es ist einzelfallbezogen zu ermitteln, ob der zu beurteilende Sachverhalt wertungsmässig demjenigen entspricht, der gesetzlich erfasst ist, oder ob sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung erkennbar sind.<sup>23</sup> Ist kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte erkennbar, jedoch nur einer davon gesetzlich geregelt, spricht das für die Feststellung einer Gesetzeslücke und das Ziehen eines Analogieschlusses.<sup>24</sup> Bestehen dagegen sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung, ist von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen; es darf kein Analogieschluss erfolgen.<sup>25</sup> Bei dieser Auslegung kommt dem historischen Auslegungselement, d.h. den Materialien, eine besonders wichtige Bedeutung zu.<sup>26</sup>

## 2. Nichtregelung der Herabsetzung von gepfändeten Titeln nach Versteigerung

Im vorliegenden Entscheid ging es um die Frage, ob nach der Versteigerung von gepfändeten Eigentümerschuldbriefen eine Herabsetzung auf den Betrag des Versteigerungserlöses erfolgt. Eine Regelung, die diese Frage für gepfändete Eigentümer- und Inhabertitel lösen würde, findet sich im SchKG nicht.<sup>27</sup> So bezieht sich insbesondere der Wortlaut von Art. 156 Abs. 2 SchKG in allen drei Amtssprachen nur auf *«zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel»*.<sup>28</sup> Insofern erfasst der Wortsinn gepfändete Eigentümerschuldbriefe nicht. Das Gesetz ist in diesem Punkt unvollständig. Dies halten auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid sowie verschiedene Stimmen

<sup>12</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. A., Berlin 1983, 39; vgl. auch BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 27, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER), Art. 1 ZGB N 344; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 214.

<sup>13</sup> Vgl. BSK ZGB I-HONSELL (FN 12), Art. 1 N 27.

<sup>14</sup> BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 12), Art. 1 ZGB N 344.

<sup>15</sup> BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 12), Art. 1 ZGB N 344.

<sup>16</sup> KRAMER (FN 12), 226; vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.1; BGE 129 V 345 E. 4.1. So auch der vorliegende Entscheid BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.1. Eine ähnliche Option zur Lückenfüllung stellt die teleologische Extension dar, bei der sich ein gesetzlicher Tatbestand aus seiner eigenen *ratio legis* durch Streichung eines unzweckmässig einschränkenden Tatbestandsmerkmals auch auf andere Fälle erstreckt. Vgl. hierzu KRAMER (FN 12), 236; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 12), Art. 1 ZGB N 384.

<sup>17</sup> KRAMER (FN 12), 229 f.

<sup>18</sup> KRAMER (FN 12), 230.

<sup>19</sup> BSK ZGB I-HONSELL (FN 12), Art. 1 N 31; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, 70; vgl. auch das vorliegende Urteil BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.1. Nach BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 12), Art. 1 ZGB N 349 gilt sogar eine Vermutung, dass im Zweifel ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers und keine Lücke vorliegt.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 83 III 147 E. 4; sog. *«negative Entstehungsgeschichte»*, vgl. BSK ZGB I-HONSELL (FN 12), Art. 1 N 31.

<sup>21</sup> Vgl. KRAMER (FN 12), 237 f.

<sup>22</sup> BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 143 IV 49 E. 1.4.2; BGE 140 III 206 E. 3.5.3; MEIER-HAYOZ (FN 19), 70. So auch das vorliegende Urteil BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.1.

<sup>23</sup> KRAMER (FN 12), 238.

<sup>24</sup> KRAMER (FN 12), 216, 238.

<sup>25</sup> KRAMER (FN 12), 238.

<sup>26</sup> BGE 115 II 97 E. 2b; BSK ZGB I-HONSELL (FN 12), Art. 1 N 33.

<sup>27</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.2.

<sup>28</sup> Vgl. den französischen Wortlaut *«Les titres de gage créés au nom du propriétaire ou au porteur et donnés en nantissement par le propriétaire, seront ramenés au montant du produit de la réalisation en cas de réalisation séparée.»* und den italienischen Wortlaut *«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, sono ridotti, in caso di realizzazione separata, all'importo della somma ricavata»*.

aus der Lehre fest.<sup>29</sup> Eine Gesetzeslücke ist jedoch nur anzunehmen, wenn diese Unvollständigkeit auch planwidrig erfolgt ist.

### 3. Bewusste oder planwidrige Nichtregelung?

Die Frage, ob der Gesetzgeber einen Sachverhalt bewusst oder planwidrig nicht gesetzlich geregelt hat, ist mittels Auslegung zu beantworten. So ging auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid vor. Es zeigte auf, dass nebst dem Wortlaut auch die systematische Stellung von Art. 156 Abs. 2 SchKG für eine Anwendung nur auf verpfändete Titel spricht.<sup>30</sup> Denn Art. 156 Abs. 2 SchKG befindet sich nicht im Teil über die Betreibung auf Pfändung, sondern im vierten Titel, welcher nur die Betreibung auf Pfandverwertung betrifft.<sup>31</sup> Dieser Einschätzung ist zuzustimmen, doch hilft sie nicht weiter bei der Frage, ob die Nichtregelung von gepfändeten Titeln ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers oder ein planwidriges Versehen war.<sup>32</sup>

Hierzu sind, wie dies auch das Bundesgericht tat, vielmehr die Gesetzesmaterialien zu konsultieren.<sup>33</sup> Im vorliegenden Fall findet sich jedoch in den Materialien kein Hinweis auf eine negative Absicht des Gesetzgebers, gepfändete Titel bewusst von der Regelung gemäss Art. 156 Abs. 2 SchKG auszunehmen. Denn das Parlament nahm Art. 156 Abs. 2 SchKG erst aufgrund eines Antrags in der nationalrätlichen Kommission in den Entwurf auf, weshalb er in der Botschaft keine Erwähnung fand.<sup>34</sup> Im Laufe der parlamentarischen Beratungen äusserte sich einzig der Berichterstatter Salvioni zur Einfügung von Art. 156 Abs. 2 SchKG.<sup>35</sup> Wie auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid festhält, äusserte er sich nur zu verpfändeten Titeln, weshalb unklar bleibt, wie es sich im Falle gepfändeter Titel verhalten soll.

Den Materialien selbst lässt sich somit keine Antwort auf die Frage entnehmen, ob der Gesetzgeber bewusst auf die Erwähnung von gepfändeten Titeln verzichtet hat. So hielt auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid fest, dass in den Materialien Hinweise auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers in Bezug auf gepfändete Titel

fehlen. Aus diesen fehlenden Anhaltspunkten für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers schliessen wir nun aber entgegen der Argumentation des Bundesgerichts, dass eine gerichtlich auszufüllende Gesetzeslücke vorliegt. Entsprechend argumentierte das Bundesgericht selbst in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2015, sowie das Obergericht Zürich als Vorinstanz.<sup>36</sup>

Die teleologische Auslegung stützt dieses Auslegungsergebnis. So umschreibt Berichterstatter Salvioni den Zweck von Art. 156 Abs. 2 SchKG 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. Selon cette proposition, il ne sera plus possible de doubler la créance puisque les titres de gage donnés en nantissement par le propriétaire seront ramenés au montant du produit de la réalisation en cas de réalisation séparée»*.<sup>37</sup> Art. 156 Abs. 2 SchKG sollte also das vom Bundesgericht als schockierend bezeichnete Problem lösen, dass der Ersteigerer eines Faustpfands sowohl die Pfandausfallforderung als auch die Verwertung der Liegenschaft durchsetzen kann. Die Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG sollte dies verhindern, indem im Falle der separaten Verwertung eine Herabsetzung des ersteigerten Eigentümer- oder Inhabertitels auf den Betrag des Versteigerungserlöses erfolgt.

Ähnlich umschreibt die Lehre den Zweck von Art. 156 Abs. 2 SchKG. So soll Art. 156 Abs. 2 SchKG die als stossend empfundene Rechtslage korrigieren, wonach der Schuldner für eine Forderung einmal gestützt auf den Eigentümer- oder Inhabertitel und einmal gestützt auf den Pfandausfallschein bezahlen muss.<sup>38</sup> Insofern diene Art. 156 Abs. 2 SchKG dem Schutz des Schuldners.<sup>39</sup> Auch

<sup>29</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.2; JENT-SØRENSEN (FN 2), 81; ROLAND PFÄFFLI, Die Rolle des Grundbuchs in der Insolvenz, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Immobilien und Insolvenz, Zürich/Basel/Genf 2017, 7 ff., 37; URS PETER MÖCKLI, Das Eigentümergrundpfandrecht, Bern 2001, 127.

<sup>30</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.2.

<sup>31</sup> Vgl. BGer, 5A\_806/2019, 14.9.2020, E. 3.2.

<sup>32</sup> Vgl. auch OGer ZH, PS190029-O/U, 26.9.2019, E. 3.3.1.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 140 III 251 E. 4.2; PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Bd. II/1, Basel 2009, 126 f.

<sup>34</sup> BSK SchKG I-KÄNZIG/BERNHEIM (FN 2), Art. 156 N 3.

<sup>35</sup> Vgl. Votum Salvioni, AB 1993 S 649.

<sup>36</sup> BGE 141 IV 298 E. 1.5.4; OGer ZH, PS190029-O/U, 26.9.2019, E. 3.3.3.

<sup>37</sup> Vgl. Votum Salvioni, AB 1993 S 649.

<sup>38</sup> BRÖNNIMANN (FN 2), 139; JENT-SØRENSEN (FN 2), 78 f.; KREN KOSTKIEWICZ (FN 2), N 1023; ZK-DÜRR/ZOLLINGER (FN 2), Art. 816 ZGB N 108. Vgl. auch BK-ZOBL (FN 2), Art. 901 ZGB N 157; BSK SchKG I-KÄNZIG/BERNHEIM (FN 2), Art. 156 N 3; PAUL-HENRI STEINAUER, Zürcher Kommentar, Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842–865 und 875 ZGB, 2. A., Zürich 2015 (zit. ZK-STEINAUER), Art. 842 ZGB N 161.

<sup>39</sup> Vgl. KREN KOSTKIEWICZ (FN 2), N 1023; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 33 N 26; SK SchKG-RÜETSCHI/NAWID/LORENTAN, Art. 156 N 30, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Verfasser).

	Versteigerung <i>verpfändeter</i> Schuldbrief	Versteigerung <i>gepfändeter</i> Schuldbrief
Ausgangslage	Der Schuldner schuldet dem Gläubiger CHF 20'000. Der Schuldner sichert die Forderung durch Verpfändung eines Eigentümerschuldbriefs über CHF 20'000.	Der Schuldner schuldet dem Gläubiger CHF 20'000. Die Forderung ist nicht pfandgesichert.
Nichtbezahlung der Schuld	Einleitung Betreibung beim zuständigen Betreibungsamt.	Einleitung Betreibung beim zuständigen Betreibungsamt.
Betreibungsart	Betreibung auf Pfandverwertung nach Art. 151 ff. SchKG.	Betreibung auf Pfändung nach Art. 89 ff. SchKG.
Fortsetzung der Betreibung	Da das Vollstreckungssubstrat bereits feststeht (Faustpfand), fällt bei der Betreibung auf Pfandverwertung die Pfändung von Vermögensstücken weg. <sup>42</sup>	Pfändung der vorhandenen Vermögenswerte des Schuldners (Reihenfolge nach Art. 95 SchKG). Annahme, dass Pfändung des Eigentümerschuldbriefs erfolgt, wie in BGer, 5A_806/2019, 14.9.2020.
Verwertung	Öffentliche Versteigerung des Eigentümerschuldbriefs (Art. 156 Abs. 1 i.V.m. Art. 125 SchKG): Annahme, dass der Zuschlagspreis CHF 2'000 beträgt.	Öffentliche Versteigerung des gepfändeten Vermögensstücks, also des Eigentümerschuldbriefs (Art. 125 SchKG): Annahme, dass der Zuschlagspreis CHF 2'000 beträgt.
Rechtslage ohne Art. 156 Abs. 2 SchKG	<p><i>Ursprungsschuld: CHF 20'000</i></p> <p>Versteigerungserlös ist an Schuld des Schuldners anzurechnen, was eine Restschuld von CHF 18'000 ergibt.</p> <p>– CHF 2'000 = Restschuld CHF 18'000</p> <p>Für den Restschuldbetrag von CHF 18'000 erhält der Gläubiger einen Pfandausfallschein, den er durch Betreibung auf Pfändung einfordern kann (Art. 158 SchKG). Bei erfolgreicher Durchführung des anschließenden Betreibungsverfahrens erhält der Gläubiger somit max. CHF 18'000.</p> <p>– CHF 18'000 = Restschuld CHF 0</p> <p>Zusätzlich kann aber der Ersteigerer des Schuldbriefs (allenfalls der Gläubiger) als neuer Grundpfandgläubiger eine Betreibung auf Grundpfandverwertung einleiten und aufgrund der Abstraktheit der Schuldbriefforderung zusätzlich max. CHF 20'000 erhalten.</p> <p>+ CHF 20'000 zusätzliche Schuld</p> <p>Fazit: Ohne Art. 156 Abs. 2 SchKG hat der Schuldner die doppelte Schuld zu bezahlen. Falls der Gläubiger den Schuldbrief selbst ersteigert, erhält dieser den doppelten Betrag (abzüglich des bei der Ersteigerung bezahlten Betrags).</p>	<p><i>Ursprungsschuld: CHF 20'000</i></p> <p>Versteigerungserlös ist an Schuld des Schuldners anzurechnen, was eine Restschuld von CHF 18'000 ergibt.</p> <p>– CHF 2'000 = Restschuld CHF 18'000</p> <p>Für den Restschuldbetrag von CHF 18'000 ist entweder eine Nachpfändung (Art. 145 SchKG) durchzuführen oder ein Verlustschein auszustellen (Art. 149 SchKG), mittels welchem der Gläubiger erneut eine Betreibung auf Pfändung einleiten kann und somit max. CHF 18'000 erhält.</p> <p>– CHF 18'000 = Restschuld CHF 0</p> <p>Zusätzlich kann aber der Ersteigerer des Schuldbriefs (allenfalls der Gläubiger) als neuer Grundpfandgläubiger eine Betreibung auf Grundpfandverwertung einleiten und aufgrund der Abstraktheit der Schuldbriefforderung zusätzlich max. CHF 20'000 erhalten.</p> <p>+ CHF 20'000 zusätzliche Schuld</p> <p>Fazit: Der Schuldner hat die doppelte Schuld zu bezahlen. Falls der Gläubiger den Schuldbrief selbst ersteigert, erhält dieser den doppelten Betrag (abzüglich des bei der Ersteigerung bezahlten Betrags).</p>

soll der Gläubiger, der den Schuldbrief ersteigert, sich nicht zweifach bezahlt machen können.<sup>40</sup>

Dass sich bei der Versteigerung von gepfändeten Schuldbriefen dieselbe Problematik stellt, macht die Gegenüberstellung zweier Beispiele in der oben stehenden Tabelle ersichtlich.<sup>41</sup>

Diese Beispiele illustrieren, dass sich bei der Versteigerung verpfändeter und gepfändeter Schuldbriefe ohne Geltung von Art. 156 Abs. 2 SchKG die ursprüngliche Schuld des Schuldners verdoppelt und der Ersteigerer je nach Zuschlagspreis einen beträchtlichen Gewinn erzielen kann. Die Verhinderung dieser Konstellation entspricht genau dem Sinn und Zweck des Art. 156 Abs. 2 SchKG.<sup>43</sup> Im

<sup>40</sup> BRÖNNIMANN (FN 2), 139. Vgl. auch ZK-DÜRR/ZOLLINGER (FN 2), Art. 816 ZGB N 108.

<sup>41</sup> Vgl. auch die Berechnungsbeispiele bei GEORG GAUTSCHI, Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes, Davos 1928, 232; PETER MOSER, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, Diss., Zürich 1989, 163 f.

<sup>42</sup> KREN KOSTKIEWICZ (FN 2), N 1007.

<sup>43</sup> Vgl. Votum Salvioni, AB 1993 S 649; AMONN/WALTHER (FN 39), § 33 N 26; BK-ZOBL (FN 2), Art. 901 ZGB N 157 f.; BSK SchKG I-KÄNZIG/BERNHEIM (FN 2), Art. 156 N 3; JENT-SØRENSEN (FN 2), 78 f.; KREN KOSTKIEWICZ (FN 2), N 1023; SK SchKG-RÜETSCHI/NAWID/LORETAN (FN 39), Art. 156 N 30; ZK-DÜRR/ZOLLINGER (FN 2), Art. 816 ZGB N 108; ZK-STEINAUER (FN 38), Art. 842 ZGB N 161 f.

Fälle einer nicht pfandgesicherten Forderung wird es natürlich nicht in jedem Fall zur Pfändung eines Schuldbriefs kommen. Dies ist aufgrund der Pfändungsreihenfolge in Art. 95 SchKG nur der Fall, wenn einerseits nicht genügend bewegliches Vermögen, aber andererseits ein pfändbarer Schuldbrief besteht. In all diesen Fällen stellt sich nun aber dieselbe Problematik der Verdoppelung der Schuld wie bei verpfändeten Schuldbriefen. Da somit eine hinreichende Vergleichbarkeit der beiden Sachverhalte zu bejahen ist und keine Gründe für eine Ungleichbehandlung ersichtlich sind, entspricht es dem Gleichheitsgebot von Art. 8 BV, die in Art. 156 Abs. 2 SchKG vorgesehene Herabsetzung analog auf gepfändete Eigentümer- und Inhaberschuldbriefe anzuwenden. Insofern lässt sich das Vorliegen einer auszufüllenden Gesetzeslücke entgegen der Ansicht des Bundesgerichts bejahen.

### C. Änderung der Pfändungsreihenfolge

Das Bundesgericht argumentiert, dass die Änderung der Pfändungsreihenfolge in Einzelfällen gestützt auf Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> und Abs. 5 SchKG bereits heute offenstehe. Zudem argumentiert es, dass sich eine Abänderung der Pfändungsreihenfolge bei Betreibungen auf Pfändung umso mehr rechtfertigen liesse, als bei der Betreibung auf Pfändung der Zugriff des Gläubigers auf das gesamte Vermögen des Schuldners gerichtet ist und die Pfändung eines Eigentümercitels für den Gläubiger bloss zu einer Verkomplizierung des Vollstreckungsverfahrens führe.<sup>44</sup> Das ist tatsächlich so. Das Bundesgericht hat schon vor der Einführung von Abs. 4<sup>bis</sup> Abweichungen von der Pfändungsreihenfolge zugelassen.<sup>45</sup> Dabei hat sich der Betreibungsbeamte an den Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu orientieren, was die Entscheidung im vorliegenden Fall einfach macht: Der potentielle Wunsch des Gläubigers, doppelt zu kassieren, verdient aufgrund des Rechtsmissbrauchs keinen Schutz. Vielmehr soll der Betreibungsbeamte den Schuldner vor doppelter Inanspruchnahme schützen. Im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens drängt sich folglich die direkte Pfändung des Grundstücks auf, um die doppelte Inanspruchnahme *ab initio* zu verhindern. Auf genau dieses Ermessen verweist das Gesetz in Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> SchKG, wenn es sich auf die *Rechtfertigung durch die Verhältnisse* stützt. Dogmatisch lässt sich dieser Vorgang auch durch Heranziehen des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) im Rahmen der *Gesetzesergänzung intra legem* begründen: Herbeizuführen ist im Sinne eines Opti-

mierungsgebotes ein Interessenausgleich, um unbestimmte Rechtsbegriffe einer sinnvollen Ausfüllung zuzuführen.<sup>46</sup> Näher liegt indes das Handeln nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB, das an die in Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> SchKG erwähnte *Rechtfertigung durch die Verhältnisse* anknüpft. So ergänzt Art. 4 ZGB im Einzelfall fehlendes Recht und steuert es auf ein billiges Ergebnis zu.<sup>47</sup>

Daraus lässt sich eine alternative Lösung des vorliegenden Falles konstruieren: Sie liegt in der Kritik, der Betreibungsbeamte habe sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt, indem er durch die Pfändung des Eigentümercitels eine ungerechte Situation mit Gefahren für den Schuldner provoziert habe. Diese Lösung drängt sich in diesen Konstellationen generell auf. Sie weist den Vorteil auf, dass die analoge Anwendung und die legislatorische Erweiterung von Art. 156 Abs. 2 SchKG unterbleiben können. Aus exakt diesem Grund hat das Bezirksgericht Muri 2014 den Analogieschluss verweigert: *«Denn anders als bei der Faustpfandverwertung, wo das Verwertungssubstrat von Anfang an feststeht, besteht bei der Betreibung auf Pfändung die Möglichkeit, prioritär andere Vermögenswerte als solche Schuldbriefe zu pfänden. Namentlich wäre zu überlegen, gestützt auf Art. 95 Abs. 4bis und 5 SchKG in Abweichung von Art. 95 Abs. 1 und 2 SchKG sogleich das schuldnerische Grundstück zu pfänden, nicht aber darauf lastende Eigentümer- und Inhaberschuldbriefe (...). Es ist insofern vom Ergebnis her absolut gerechtfertigt, Art. 156 Abs. 2 SchKG entsprechend seinem Wortlaut und der in der Literatur überwiegenden Meinung einzig auf jene Eigentümer- und Inhabertitel anzuwenden, welche vom Grundeigentümer zu Faustpfand begeben wurden.»*<sup>48</sup>

Im vorliegenden Fall war es so, dass sich die Frage nach der Pfändungsreihenfolge erst durch die nachträgliche Errichtung des Inhaberschuldbriefes stellte. Das Grundstück unterlag zu diesem Zeitpunkt aufgrund der provisorischen Pfändung bereits einer Verfügungsbeschränkung, was die nachträgliche Belastung bewilligungspflichtig machte (Art. 96 SchKG).<sup>49</sup> Man könnte mit Fug argumentieren, dass das Betreibungsamt ohne triftigen Grund diese Bewilligung nicht hätte erteilen dürfen. Ohne Errichtung des Inhaberschuldbriefes hätte das Betreibungsamt direkt das Grundstück verwertet, was die problematische Verdoppelung der Schuld ohne Änderung der Pfändungsreihenfolge nach Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> SchKG *ab initio* verhindert hätte.

<sup>44</sup> BGer, 5A, 806/2019, 14.9.2020, E. 3.3.

<sup>45</sup> BGE 115 III 45 E. 3a; BGE 91 III 52 E. 4; vgl. BSK SchKG I-FoEx (FN 2), Art. 95 N 1, 59 ff., m.w.H.

<sup>46</sup> BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER (FN 12), Art. 2 ZGB N 91.

<sup>47</sup> Vgl. BSK ZGB I-HONSELL (FN 12), Art. 4 N 11.

<sup>48</sup> Bezirksgericht Muri, 14.1.2014, E. 4.2, in: BLSchK 2014, 184 ff., 186 f.

<sup>49</sup> BSK SchKG I-FoEx (FN 2), Art. 96 N 9 f.