

# ZH\_OBERGERICHT PS180039 vom 26. März 2018

ZH Obergericht, 2018-03-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS180039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS180039)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS180039 du 26 mars 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT PS180039 del 26 marzo 2018

## Erwägungen

### E. 1.1

Das Betreibungsamt Wetzikon pfändete mit Pfändungsurkunde vom 27. Oktober 2016 (Pfändung Nr. 3) für die Betreibung Nr. 4 (Betreibung auf Pfändung) des Gläubigers und Beschwerdegegners (nachfolgend Gläubiger) nebst anderem den Miteigentumsanteil des Schuldners und Beschwerdeführers (fortan Schuldner) zu 1/6 an der Liegenschaft Grundbuchblatt 5 (freistehendes 6 ½ Zimmer) Wohnhaus mit Scheune, Kataster Nr. 1, Gubel (Fläche insgesamt 2'134 m<sup>2</sup>), Plan Nr. 2, in C.\_\_\_\_\_. Den Wert des Miteigentumsanteils schätzte das Betreibungsamt ausgehend von einem Verkehrswert von Fr. 1,3 Mio. und nach Abzug der Pfandbelastungen auf Fr. 10'000.00 (act. 11/2 = act. 4/2/2; vgl. auch das Betreibungsbegehren und den Zahlungsbefehl act. 4/2/1). Die Gläubigerin stellte am 17. März 2017 das Verwertungsbegehren, welches dem Schuldner am 20. März 2017 mitgeteilt wurde (act. 4/2/4). Am 3. August 2017 erliess das Betreibungsamt Wetzikon die Spezialanzeige nach Art. 139 SchKG i.V.m. Art. 30 VZG an den Schuldner. Die SHAB-Publikation gemäss Art. 138 Abs. 2 lit. c SchKG erfolgte am tt.mm.2017 mit dem Hinweis, Ort und Zeit der Versteigerung würden aufgrund der vorausgehenden Einigungsverhandlung (Art. 73e VZG) zu einem späteren Zeitpunkt bekannt gegeben (act. 4/2/6). Die ... Kantonbank meldete mit Eingabe vom 5. September 2017 eine grundpfandgesicherte Forderung von rund Fr. 1,07 Mio. an und erklärte, das Pfandrecht laste auf dem Gesamtgrundstück und die zugrundeliegenden Festhypotheken seien am 4. September 2017 gekündigt und auf den 7. September 2017 zur Rückzahlung fällig gestellt worden (act. 4/2/7). Das Betreibungsamt teilte den Beteiligten am 25. September 2017 das Lastenverzeichnis mit (vgl. act. 4/2/8).

### E. 1.2

Das Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter führte am 9. Januar 2018 die Einigungsverhandlung nach Art. 73e VZG durch. Die Verhandlung endete ergebnislos (act. 9 S. 2, act. 11/4 S. 2; vgl. auch act. 4/6).

- 4 -

### E. 1.3

Der Schuldner gelangte mit Schreiben vom 10. Januar 2018 an das Betreibungsamt Wetzikon und ersuchte um Einstellung des Verwertungsverfahrens hinsichtlich des erwähnten Miteigentumsanteils. Zur Begründung machte der Schuldner geltend, es sei offensichtlich, dass niemand den Miteigentumsanteil ersteigern würde. Ein Ersteigerer müsste zuerst das Pfandrecht von Fr. 1'150'000.00 ablösen. Das würde niemand tun. Nach Art. 92 Abs. 2 SchKG seien Gegenstände nicht zu pfänden, bei welchen von vornherein anzunehmen sei, der Überschuss des Verwertungserlöses über die Kosten wäre so gering, dass sich eine Wegnahme nicht rechtfertige. So verhalte es sich hier (act. 2/1 = act. 11/5).

#### **E. 1.4**

Das Betreibungsamt Wetzikon informierte den Schuldner mit E-Mail vom 13. Februar 2018 darüber, dass der Gläubiger an der Verwertung festhalte (act. 2/2 = act. 11/6). Mit einem weiteren E-Mail vom 14. Februar 2018 teilte das Betreibungsamt dem Schuldner den Terminplan für die Verwertung mit. Am tt.mm.2018 ist danach die Publikation geplant, vom tt.mm. bis tt.mm.2018 die Auf- lage der Steigerungsbedingungen und des Lastenverzeichnisses, am tt.mm.2018 die geführte Besichtigung und am tt.mm.2018 die Versteigerung im D.\_\_\_\_\_ (act. 2/3 = act. 11/7).

#### **E. 1.5**

Der Schuldner erhob mit Eingabe vom 19. Februar 2018 Beschwerde an das Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungs- ämter (nachfolgend Vorinstanz) und stellte sinngemäss den eingangs angeführten Beschwerdeantrag (act. 1).

#### **E. 1.6**

Die Vorinstanz trat auf die Beschwerde mit dem eingangs angeführten Be- schluss vom 9. März 2018 nicht ein (act. 5 = act. 8 = act.10). Der Beschluss wur- de dem Schuldner am 15. März 2018 zugestellt (act. 6).

#### **E. 1.7**

Der Schuldner erhob mit Eingabe vom 19. März 2018 Beschwerde gegen den Beschluss vom 9. März 2018 und stellte sinngemäss die eingangs angeführ- ten Beschwerdeanträge (act. 9 S. 5 f.).

#### **E. 1.8**

Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-6). Es wurde davon abgesehen, dem Gläubiger Frist zur Beantwortung der Be-

- 5 - schwerde anzusetzen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Aller- dings ist dem Gläubiger noch ein Doppel von act. 9 zuzustellen.

#### **E. 2.1**

Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 i.V.m. § 85 GOG für das Verfahren des Weiterzugs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde auf das Beschwerde- verfahren nach Art. 319 ff. ZPO verwiesen, welches dementsprechend als kanto- nales Recht anzuwenden ist (vgl. dazu JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitli- chung, BISchK 2013 S. 89 ff., S. 103 f.).

#### **E. 2.2**

Die Beschwerde ist innert der 10tägigen Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 bzw. Art. 18 Abs. 1 SchKG zu erheben. Die Beschwerde vom 19. März 2018 (act. 9) gegen den Beschluss vom 9. März 2018 erfolgte in Wahrung der Be- schwerdefrist.

#### **E. 2.3**

Während der Betreibungsferien, insb. sieben Tage vor und nach Ostern, dürfen keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden (vgl. Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Entscheide der Aufsichtsbehörden stellen indes nur dann Betreibungs- handlungen dar, wenn die

Aufsichtsbehörden selbständig in das Verfahren eingreifen, dem Betreibungsbeamten die Vornahme einer Betreibungshandlung vorschreiben oder den Parteien von sich aus eine Frist ansetzen. Wird (wie mit dem vorliegenden Entscheid) lediglich über die Begründetheit einer Beschwerde befunden, ist das nicht der Fall (vgl. BSK SchKG-BAUER, 2. Auflage 2010, Art. 56 N 27).

#### **E. 2.4**

Mit dem heute ergehenden Erledigungsentscheid wird das Begehren des Schuldners um vorsorgliche Einstellung der Verwertung (act. 9 S. 6) gestandslos. Ein Entscheid darüber erübrigt sich, und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

- 6 -

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, der Schuldner führe Beschwerde gegen das erwähnte E-Mail des Betreibungsamts Wetzikon vom 14. Februar 2018. Dieses E-Mail sei dahingehend zu verstehen, dass das Betreibungsamt dem Schuldner die weiteren Absichten des Amtes bzw. den aktuellen Stand und das weitere Vorgehen im Vollstreckungsverfahren mitteilen wollte. Mit dem E-Mail selber sei das Vollstreckungsverfahren indes nicht vorangetrieben worden. Das E-Mail sei deshalb nicht als Verfügung nach Art. 17 SchKG zu qualifizieren. Mangels Vorliegens einer Verfügung sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Ergänzend wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Schuldner den Standpunkt, es seien unpfändbare Gegenstände gepfändet worden, mit Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde hätte vorbringen müssen. Die Pfändungsurkunde sei am 27. Oktober 2016 versandt worden. Wenn die Beschwerde als gegen die Pfändungsurkunde erhoben betrachtet würde, sei sie daher verspätet erfolgt. Auch aus diesem Grund sei auf die Beschwerde nicht einzutreten (act. 8 S. 3 f.).

#### **E. 3.2**

Anfechtungsobjekt:

##### **E. 3.2.1**

Mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG können Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter (sowie der atypischen Organe des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach SchKG) angefochten werden. Als Verfügung gilt eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren, die in Ausübung amtlicher Funktionen aufgrund des SchKG und dessen Ausführungsgesetzgebung erlassen wird. Die Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkungen zeigen. Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild entscheidet darüber, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt, sondern der tatsächliche und rechtliche Gehalt. Blosser Meinungsäusserungen, Mitteilungen, Willens- oder Absichtserklärungen (namentlich über zukünftiges Handeln) geltend nicht als Verfügungen (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage 2010, Art. 17 N 15, N 18 f., N 22; LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Art. 17 N 50 ff.). Die Abgrenzung kann im Einzelfall

- 7 - schwierig sein. Bei Unklarheiten ist die Erklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. LORANDI, a.a.O., Art. 17 N 55).

##### **E. 3.2.2**

Der Schuldner macht geltend, das Betreibungsamt Wetzikon habe mit den eingangs erwähnten E-Mails vom 13. und 14. Februar 2018 (vgl. vorne Ziff. 1.4) auf sein Begehren vom 10. Januar 2018 Bezug genommen und habe dieses ab- gelehnt. Daher liege inhaltlich eine Verfügung vor. Mit den Terminen im E-Mail vom 14. Februar 2017 (act. 11/7) habe das Amt klar zum Ausdruck gebracht, dass das Verfahren weitergeführt werde. Das bedeute eine Ablehnung seines Gesuches (act. 9 S. 3).

### **E. 3.2.3**

Das Betreibungsamt Wetzikon informierte den Schuldner im erwähnten E- Mail vom 14. Februar 2018 (act. 2/3 = act. 11/7) nicht von sich aus über den wei- teren Ablauf. Das E-Mail ist im Zusammenhang mit dem Begehren des Schuld- ners an das Betreibungsamt vom 10. Januar 2018 (act. 2/1 = act. 11/5) und dem E-Mail des Betreibungsamts vom 13. Februar 2018 (act. 2/2 = act. 11/6) zu ver- stehen (vgl. vorne Ziff.1.3-4). Die E-Mails mit der Information, dass der Gläubiger an der Verwertung festhalte, und den Angaben zum weiteren Ablauf des Verwer- tungsverfahrens, sind als Reaktion auf das Begehren des Schuldners vom 10. Ja- nuar 2018 um Einstellung der Verwertung zu verstehen. Die E-Mails stellten in dieser Konstellation mehr als eine blossе Meinungsäusserung dar. Das Betrei- bungsamt teilte dem Schuldner damit nicht nur den weiteren Verfahrensablauf mit, sondern (sinngemäss bzw. e contrario) auch, dass seinem Begehren um Ein- stellung der Verwertung nicht gefolgt werde. In dieser Konstellation rechtfertigt es sich, von einer anfechtbaren Verfügung auszugehen.

### **E. 3.2.4**

Danach kann an sich offen bleiben, ob die Beschwerde des Schuldners auch als rechtzeitige Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde vom 27. Oktober 2016 (act. 11/2) zu behandeln gewesen wäre (so der Schuldner, act. 9 S. 3 f.). Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend festhielt, die Unpfändbarkeit eines gepfändeten Gegenstands sei mit Beschwerde innert 10 Tagen ab der Zustellung der Pfändungsurkunde geltend zu machen, und der Verzicht auf eine solche Beschwerde gelte als Verzicht, die Unpfändbarkeit

- 8 - geltend zu machen (vgl. act. 8 S. 4 mit Hinweis auf BSK SchKG I-VONDER MÜHLL, 2. Auflage 2010, Art. 92 N 64). Die Frage der Verwertungsmodalitäten hat auf den Wert des gepfändeten Gegenstands grundsätzlich keinen Einfluss. Eine Ände- rung der erwarteten Verwertungsmodalitäten kann deshalb nicht bedeuten, dass erneut beschwerdeweise geltend gemacht werden könnte, ein gepfändeter Ge- genstand sei unpfändbar im Sinne von Art. 92 Abs. 2 SchKG. Die Beschwerde wäre daher verspätet, wenn sie als Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde verstanden würde. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob ein Verzicht auf die Ver- wertung gestützt auf Art. 127 SchKG verlangt werden kann. Das wird nachfolgend geprüft.

### **E. 3.2.5**

Da die Mitteilungen des Betreibungsamts somit als Verfügungen zu verste- hen sind, kann ebenfalls offen bleiben, ob (wenn das Betreibungsamt keine Ver- fügung erlassen hätte) von einer formellen Rechtsverweigerung auszugehen wä- re, die beschwerdeweise geltend gemacht werden könnte (so der Schuldner, act. 9 S. 3).

### **E. 3.3**

Verzicht auf die Verwertung nach Art. 127 SchKG

### **E. 3.3.1**

Nach Art. 127 SchKG kann das Betreibungsamt auf Antrag des betreibenden Gläubigers von der Verwertung eines gepfändeten Gegenstands absehen, wenn von vornherein anzunehmen ist, dass kein Zuschlag nach Art. 126 SchKG möglich sein wird, d.h. wenn aus der Verwertung kein Erlös zu erwarten ist, der die allfälligen vorgehenden Pfandforderungen und die Kosten deckt (vgl. BSK SchKG I-RUTZ/JÖRG, 2. Auflage 2010, Art. 127 N 2). Die Bestimmung ist nach einhelliger Auffassung insoweit wörtlich auszulegen, als lediglich der betreibende Gläubiger einen solchen Antrag stellen kann. Der Schuldner ist dazu nicht berechtigt (vgl. BGE 116 III 23 sowie KREN KOSTKIEWICZ, SchKG-Kommentar, 19. Auflage 2016, Art. 127 N 3; vgl. auch BSK SchKG-RUTZ/ROTH, 2. Auflage 2010, Art. 127 N 3). Allerdings ist – das macht der Schuldner zu Recht geltend (act. 9 S. 5) – ein Verwertungsverzicht gestützt auf Art. 127 SchKG auch von Amtes wegen möglich, etwa wenn das zu erwartende Ergebnis zweifellos nicht einmal die anfallenden

- 9 - Kosten decken würde (vgl. OGer ZH PS150039 vom 26. März 2015, E. 2.4; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Auflage 2014, S. 229 N 847; vgl. auch RUTZ/ROTH, a.a.O., N 4). Vor diesem Hintergrund kann es dem Schuldner nicht verwehrt sein, das Betreibungsamt auf Umstände hinzuweisen, die einen Verwertungsverzicht nahelegen könnten. Ob der Schuldner einen Anspruch darauf hat, dass das Amt auf seinen Hinweis hin – wenn es diesem nicht folgt – eine anfechtbare Verfügung erlässt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da das Betreibungsamt Wetzikon sinngemäss wie gesehen eine solche Verfügung erliess. Zu prüfen ist somit, ob das Betreibungsamt auf das Schreiben des Schuldners vom 10. Januar 2018 hin gehalten gewesen wäre, von Amtes wegen von einer Verwertung des Miteigentumsanteils abzusehen. Dabei ist davon auszugehen, dass dem Betreibungsamt bei der Beurteilung dieser Frage (wie allgemein beim Entscheid, ob ein Vermögenswert des Schuldners für die Zwangsvollstreckung heranzuziehen ist, vgl. BSK SchKG I-VONDER MÜHLL, 2. Auflage 2010, Art. 92 N 45) ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht.

### **E. 3.3.2**

Der Schuldner erklärte im erwähnten Schreiben an das Betreibungsamt Wetzikon wie gesehen (vgl. vorne Ziff. 1.3), es sei offensichtlich, dass niemand den Miteigentumsanteil ersteigern würde. Ein Ersteigerer müsste aufgrund des bestehenden Pfandrechts einen Kaufpreis von über Fr. 1'150'000.00 anbieten, um den Miteigentumsanteil zu erwerben. Das mache niemand. Die Verwertung stelle deshalb eine reine Schikane dar (vgl. act. 11/5). Seine Person, so der Schuldner weiter vor der Vorinstanz, werde nutzlos in amtlichen Medien angeprangert (act. 1 S. 2; vgl. auch act. 9 S. 4 f.).

### **E. 3.3.3**

Der Schuldner und die Miteigentümerin E. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 4/2/7) gehen offenbar davon aus, aufgrund der Kündigung der auf dem Grundstück als ganzem lastenden Hypothekarkredite müsse ein Ersteigerer des gepfändeten Miteigentumsanteils vorab die gesamte Hypothekarschuld tilgen. Das ist nicht der Fall. Richtig ist, dass nach dem Scheitern der Einigungsverhandlung das Miteigentum fortbesteht und das Pfandrecht, welches auf dem Grundstück als ganzes lastet, nicht auf die einzelnen Miteigentumsanteile aufgeteilt werden kann. Das hat zur

- 10 - Folge, dass der Miteigentumsanteil alleine zu versteigern ist. Die Steigerungsbedingungen müssen bestimmen, dass der Ersteigerer hinsichtlich der auf dem Grundstück als ganzem lastenden Pfandrechte gemäss rechtskräftigem Lastenverzeichnis ohne Anrechnung dieser Lasten auf den Steigerungspreis vollständig in die Rechtsstellung des Schuldners eintritt. Vorbehalten bleibt eine Erklärung des Pfandgläubigers im Sinne von Art. 832 Abs. 2 ZGB, er wolle den früheren Schuldner beibehalten (Art. 73 f Abs. 1, Art. 73g Abs. 2 VZG). Ein Ersteigerer würde somit bezüglich der eingangs erwähnten Hypothekarschuld gegenüber der ... Kantonbank vollständig in die Rechtsstellung des Schuldners eintreten. Das heisst nicht, dass der Ersteigerer die Hypothekarschuld vorab tilgen müsste und somit, um den Miteigentumsanteil zu erwerben, mindestens den Betrag der Hypothekarschuld aufbringen müsste. Aus dem soeben erwähnten Art. 73g Abs. 2 VZG ergibt sich gegenteils, dass die Pfandforderungen, welche auf dem Grundstück als ganzem lasten, nicht auf den Steigerungspreis anzurechnet werden. Der Ersteigerer würde hinsichtlich der fällig gestellten Hypothekarschuld in die Rechtsstellung des Schuldners eintreten und würde für die Schuld somit (wie bisher der Schuldner, act. 4/2/7) solidarisch haften. An der Solidarhaftung der Miteigentümerin E.\_\_\_\_\_ würde sich aber nichts ändern. Das würde dem Ersteigerer in letzter Konsequenz, wenn die Hypothekarkreditbank ihn in Anspruch nimmt, den Rückgriff auf die Miteigentümerin erlauben. Ein Ersteigerer könnte somit in diesem Fall gegenüber der Miteigentümerin geltend machen, dass sie ihm die Hypothekarschuld als auf dem Grundstück lastende Schuld im Verhältnis ihres Anteils, also zu fünf Sechsteln zu erstatten hätte (Art. 649 ZGB). Zwar ist einzuräumen, dass die Ungewissheit über die zukünftige Inanspruchnahme für die fällig gestellten Hypothekarkredite geeignet ist, den Erlös einer Verwertung des Miteigentumsanteils zu schmälern (vgl. BSK SchKG I-FEUZ, 2. Auflage 2010, Art. 140 N 100). Das heisst aber nicht, dass ohne weiteres davon auszugehen wäre, es würde kein Erlös erzielt, der die Kosten deckte, und dass das Betreibungsamt deshalb von Amtes wegen von einer Verwertung abzu- sehen hätte. Je nach den konkreten Umständen kann durchaus ein Erlös erwartet werden, auch wenn er geringer ausfallen dürfte, als es im Fall der Aufteilung der

- 11 - Grundpfandschuld auf die einzelnen Miteigentumsanteile der Fall gewesen wäre. Es stellt deshalb keine blosser Schikane dar, wenn die Verwertung fortgeführt wird. Der Gläubiger hat an dieser trotz der Ungewissheiten über den erwarteten Verwertungserlös ein legitimes Interesse. Dass das Betreibungsamt in dieser Situation ermessensweise an einer Verwertung des Miteigentumsanteils festhielt, ist somit nicht zu beanstanden. Die damit (und mit jeder Zwangsvollstreckung) verbundenen Unannehmlichkeiten für den Schuldner sind hinzunehmen. Aus den geschilderten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 4**

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Ohnehin wäre der Beschwerdegegnerin mangels eines ihr entstandenen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

- 12 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.