Urteilskopf

102 III 94

18. Entscheid vom 2. März 1976 i.S. W. H.

Regeste (de):
Arrestierung des Anspruchs gegen eine inländische Bank auf Herausgabe von im Ausland verwahrten Wertpapieren.

1. Ansprüche auf Übertragung des Eigentums können beim Drittschuldner arrestiert werden, sofern ihr Inhaber im Ausland wohnt (Erw. 2).

2. Frage des Eigentums an den im Ausland verwahrten Papieren (Erw. 3).

3. Der Anspruch des Bankkunden gegen die inländische Depotbank auf Herausgabe von Wertpapieren, die in deren Namen bei ausländischen Korrespondenzbanken hinterlegt sind, ist bei der Depotbank arrestierbar, sofern der Kunde im Ausland wohnt (Erw. 4 und 5).

Regeste (fr):
Séquestre du droit relatif compétent au déposant, en vertu duquel il peut exiger qu'une banque dépositaire sise en Suisse lui remette des papiers-valeurs conservés à l'étranger.

1. Le droit en transfert de la propriété d'un objet peut être séquestré auprès du tiers débiteur, si le titulaire du droit est domicilié à l'étranger (consid. 2).

2. Qui est propriétaire des titres conservés à l'étranger? Question laissée indécise (consid. 3).

3. Le droit compétent au client de la banque dépositaire sise en Suisse, en vertu duquel il peut exiger que lui soient remis des papiers-valeurs déposés au nom de la banque auprès de banques correspondantes à l'étranger, peut être séquestré auprès de la banque dépositaire si le client est domicilié à l'étranger (consid. 4 et 5).

Regesto (it):
Sequestro della pretesa contro una banca svizzera relativa al rilascio di carte-valori conservate all'estero.

1. Il credito avente per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa può essere sequestrato presso il terzo debitore, se il titolare del credito è domiciliato all'estero (consid. 2).

2. Questione della proprietà di titoli conservati all'estero (consid. 3).

3. Il credito in virtù del quale il cliente della banca depositaria svizzera può esigere la consegna di carte-valori depositate all'estero, al nome della banca, presso banche corrispondenti estere, può essere sequestrato presso la banca depositaria se il cliente è domiciliato all'estero (consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 95

BGE 102 III 94 S. 95

A.- B. H., Berlin, erwirkte am 12. Juni 1975 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 350'000.– gegen ihren ebenfalls in Deutschland wohnhaften, geschiedenen Ehemann W. H. einen Arrest auf "Guthaben des Arrestschuldners bei der Bank Julius Bär & Co. AG, Bahnhofstrasse 36, 8001 Zürich, insbesondere Wertschriften und Depotkonten Nr. 13111 und 16212 und Konten, soweit sie Werte enthalten, die der Arrestschuldner seit dem 24. März 1969 aus den erwähnten Konten übertragen hat". Die Bank Bär weigerte sich zunächst, über allenfalls vorhandene Vermögenswerte Auskunft zu erteilen, so dass der Arrestvollzug nur provisorisch und unter gattungsmässiger Bezeichnung der Arrestgegenstände erfolgen konnte (Arresturkunde Ziff. 1-4). Mit Schreiben vom 4. Juli 1975

BGE 102 III 94 S. 96

übersandte sie dem Betreibungsamt Zürich 1 indessen Fotokopien der Depotverzeichnisse der Konten Nr. 13111 und 16212. Dabei wies die Bank darauf hin, dass mit Ausnahme der Anteilscheine "Bärbond, Anlagefonds für Obligationen" sämtliche in den Depotverzeichnissen aufgeführte Wertpapiere - es handelt sich um BMW-Aktien sowie um auf verschiedene ausländische Währungen lautende Obligationen - von ausländischen Korrespondenzbanken verwahrt würden. Ferner machte sie das Betreibungsamt darauf aufmerksam, dass sie an den Titeln der erwähnten Konten ein Faustpfandrecht geltend mache. Das eine Konto weise einen Saldo von Fr. 1'621.91, das andere einen solchen von Fr. 15'408.95 zu ihren Gunsten auf. Gestützt auf diese Angaben der Bank Bär ergänzte das Betreibungsamt Zürich 1 am 18. Juli 1975 den Arrestvollzug, indem es die in den Depotverzeichnissen aufgeführten Wertpapiere in einem Nachtrag unter Ziff. 5-11 in die Arresturkunde aufnahm.

B.- Gegen den Arrestvollzug erhob der Arrestschuldner beim Bezirksgericht Zürich als unterer kantonaler Aufsichtbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass der Arrest hinsichtlich der im Ausland deponierten Wertpapiere (Arrestgegenstände Nrn. 6-10) nichtig sei, und das Betreibungsamt sei anzuweisen, diese Gegenstände aus der Arresturkunde zu streichen; das Betreibungsamt sei ferner anzuweisen, auch die Gegenstände Nrn. 1-4 aus der Arresturkunde zu streichen. Er machte geltend, die bei ausländischen Korrespondenzbanken verwahrten Titel könnten in der Schweiz nicht mit Arrest belegt werden, da Wertpapiere nur am Ort ihrer Lage arrestierbar seien. Ebensowenig könne der Herausgabeanspruch gegen die Bank Bär arrestiert werden. Für die Arrestierung der bloss gattungsmässig bezeichneten Arrestgegenstände Nrn. 1-4 bleibe kein Raum mehr, nachdem die Bank Bär über die bei ihr vorhandenen Vermögensstücke Auskunft erteilt habe und die Arresturkunde entsprechend ergänzt worden sei. - Das Bezirksgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 22. Oktober 1975 ab.
Gegen diesen Beschluss rekurrierte der Arrestschuldner an das Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde. Mit Entscheid vom 28. Januar 1976 hiess das Obergericht den Rekurs teilweise gut, hob den Arrestvollzug

BGE 102 III 94 S. 97

in bezug auf die in Ziff. 6-10 der Arresturkunde bezeichneten Gegenstände auf und wies das Betreibungsamt an, statt dessen die Ansprüche des Arrestschuldners gegen die Bank Bär auf Herausgabe der betreffenden Wertpapiere mit Arrest zu belegen. Im übrigen wies es den Rekurs ab. Zur Begründung führte die Aufsichtsbehörde aus, als Sachen seien die in Ziff. 6-10 der Arresturkunde bezeichneten Titel nicht arrestierbar, da sie im Ausland lägen. Wäre der Arrestschuldner Eigentümer der Papiere, so wäre der Arrest insoweit definitiv ins

Leere gefallen. Eigentümerin der im Ausland deponierten Titel sei aber die Bank Bär, die sie als Kommissärin im eigenen Namen erworben habe. Dem Arrestschuldner stehe nur ein obligatorischer Herausgabeanspruch gegen die Bank zu. Dieser Anspruch könne arrestiert werden.

C.- Mit dem vorliegenden Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts beantragt W. H., es sei festzustellen, dass auch keine Herausgabeansprüche an den in Ziff. 6-10 der Arresturkunde aufgeführten Wertpapieren arrestierbar seien, und diese Gegenstände seien dementsprechend aus der Arresturkunde zu streichen; ferner seien auch die bloss gattungsmässig bezeichneten Positionen Nrn. 1-4 aus der Arresturkunde zu streichen. Ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 13. Februar 1976 abgewiesen. Die Arrestgläubigerin beantragt in ihrer Vernehmlassung die Abweisung des Rekurses.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. In erster Linie ist streitig, ob die im Namen der Bank Bär auf Rechnung und Gefahr des Rekurrenten bei ausländischen Korrespondenzbanken deponierten Wertpapiere (Ziff. 6-10 der Arresturkunde) bei der Bank Bär arrestiert werden können. Dabei steht fest, dass diese Papiere als Sachen in der Schweiz nicht mit Arrest belegt werden können, denn Sachen sind nur am Ort ihrer Lage arrestierbar (Art. 272 SchKG; BGE 99 III 20, BGE 90 II 162, je mit Hinweisen). Der Streit dreht sich einzig darum, ob der Anspruch des Rekurrenten gegen die Bank Bär auf Herausgabe der Titel vom Arrest erfasst werden könne.

Wie das Bundesgericht mehrfach entschieden hat, können Vindikationsansprüche als solche nicht arrestiert werden, sondern es ist die Sache selbst beim unmittelbaren Besitzer mit Arrest zu belegen (BGE 90 II 163, BGE 61 III 152, 60 III 232, BGE 44 III 19). Dies ergibt sich aus der Regelung des Widerspruchverfahrens im Gesetz; Art. 109 SchKG setzt nämlich voraus, dass Gegenstände des Schuldners, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden bei diesem gepfändet werden müssen, um ihm zu ermöglichen, seine Rechte geltend zu machen. Auch bei der Verwertung geht das Gesetz davon aus, dass der Ersteigerer die Sache selbst und nicht bloss den Herausgabeanspruch erwirbt. In BGE 60 III 229 ff. hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung über die Unpfändbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs des Eigentümers auf den obligatorischen Herausgabeanspruch des Hinterlegers aus Hinterlegungsvertrag ausgedehnt. Werde die Sache vom Eigentümer hinterlegt, so falle der obligatorische Herausgabeanspruch gegen den Aufbewahrer mit dem dinglichen zusammen und sei aus dem gleichen Grund unpfändbar wie jener. Hinterlege aber der Nichteigentümer für einen Dritten, so sei fraglich, ob das Rückforderungsrecht des Hinterlegers überhaupt ein Vermögensstück desselben darstelle. Jedenfalls sei unerfindlich, wie ein obligatorischer Herausgabeanspruch aus Hinterlegungsvertrag verwertet werden könne. Der Ersteigerer des Anspruchs werde nicht ohne weiteres Eigentümer der an ihn herauszugebenden Sache. Er müsse daher wie bei der Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse im Konkurs (vgl. Konkursformular Nr. 7; Ziff. 3 der Abtretungsbedingungen) die herausgegebene Sache zunächst dem Betreibungsamt zur Pfändung aushändigen, worauf mit der Geltendmachung von Drittansprüchen im Widerspruchsverfahren zu rechnen sei. Bei dieser Perspektive sei aber ein vernünftiges Verwertungsergebnis nicht zu erwarten. Es sei auch nicht nötig, den Umweg über die Verwertung des Herausgabeanspruches zu machen, da die Sache ja beim Gewahrsamsinhaber selber gepfändet werden könne.

2. Nach der zutreffenden Ansicht der Vorinstanz kann sich diese Rechtsprechung nicht auf diejenigen Fälle

beziehen, in denen der Bankkunde gegen die Bank einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren hat. In diesen Fällen besteht kein dinglicher Herausgabeanspruch und

BGE 102 III 94 S. 99

auch die Sache selbst kann nicht gepfändet und arrestiert werden. Der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums ist dagegen sehr wohl pfändbar. Das Bundesgericht hat denn auch die Arrestierung des Anspruches des Käufers auf Verschaffung des Eigentums an der gekauften Sache als zulässig erklärt (BGE 78 III 68 ff.). Die Verwertung eines solchen Anspruches bietet ebensowenig Schwierigkeiten wie diejenige einer Geldforderung. Wird behauptet, der Anspruch stehe einem Dritten zu, so ist das Widerspruchsverfahren durchzuführen (vgl. BGE 97 III 64, BGE 88 III 115). Insbesondere kann in diesem Verfahren abgeklärt werden, ob der Anspruch gemäss Art. 401 Abs. 1 OR auf den Dritten übergegangen sei, auf dessen Rechnung der Bankkunde - etwa als Vermögensverwalter - die Wertpapiere allenfalls verwahren lässt. Der Rekurrent macht allerdings geltend, ein allfälliger Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren sei in der Schweiz nicht arrestierbar. Die Arrestierung unkörperlicher Rechte habe grundsätzlich am Wohnsitz ihres Inhabers, im vorliegenden Fall also in Deutschland, zu erfolgen. Nur Geldforderungen könnten bei ausländischem Wohnsitz ihres Titulars beim Drittschuldner arrestiert werden. Der Rekurrent stützt sich dabei auf BGE 90 II 163. In der Tat hat das Bundesgericht in diesem Entscheid in einer beiläufigen Erwägung ausgeführt, die Ausnahme vom Grundsatz, dass nicht in einem Wertpapier verkörperte Rechte bei ihrem Inhaber zu pfänden seien, gelte nur für Geldforderungen, ohne allerdings diese Ansicht näher zu begründen. Aus den zitierten Entscheiden der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer (vgl. BGE 80 III 126, BGE 76 III 19, BGE 75 III 26, BGE 56 III 50, 230) ergibt sich indessen nichts Derartiges. Das Bundesgericht hat im Gegenteil auch die Arrestierung von andern als Geldforderungen beim Drittschuldner gebilligt, sofern deren Titular im Ausland wohnt. So wurde im bereits erwähnten BGE 78 III 68 ff. ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums aus Kaufvertrag in der Schweiz als arrestierbar erklärt, obwohl der Käufer und Arrestschuldner im Ausland Wohnsitz hatte. Ferner entschied das Bundesgericht in BGE 91 III 22 /23, der Anspruch auf den Liquidationsanteil an einer ungeteilten Erbschaft sei grundsätzlich am Wohnsitz des betriebenen Miterben gelegen (vgl. Art. 2 der Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen; BGE 56 III 230);

BGE 102 III 94 S. 100

wohne dieser jedoch im Ausland, so könne der Anteil am letzten Wohnsitz des Erblassers in der Schweiz arrestiert werden, da die Erbschaft selbst gewissermassen als Drittschuldnerin des Liquidationsanteils zu gelten habe. Diese Beispiele zeigen, dass das Bundesgericht die Arrestierung von Ansprüchen beim Drittschuldner bei ausländischem Wohnsitz des Titulars nicht auf Geldforderungen hat beschränken wollen. Für eine unterschiedliche Behandlung von Geldforderungen und anderen Ansprüchen besteht in dieser Hinsicht denn auch kein vernünftiger Grund.

3. Die Vorinstanz geht in ihrem Entscheid davon aus, die Bank Bär habe die streitigen Wertpapiere als Kommissionärin im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Rekurrenten erworben und sei dadurch deren Eigentümerin geworden. Der Kommittent erwerbe das Eigentum an den gekauften Titeln erst dann, wenn diese in sein Depot bei der Kommissionärin gelegt würden. Lasse die Bank die Papiere jedoch in einem auf ihren Namen lautenden Depot bei einer ausländischen Korrespondenzbank verwahren, so behalte sie das Eigentum. Der Rekurrent sei daher nicht Eigentümer der im Ausland verwahrten Papiere - diesfalls wäre der Arrest ins Leere gefallen -, sondern er habe bloss einen obligatorischen Anspruch gegen die Bank Bär auf Verschaffung des Eigentums

an den Titeln. Dieser Anspruch sei bei der Bank Bär arrestierbar. Bei ihrer summarischen Prüfung der Eigentumsverhältnisse hat die Vorinstanz indessen übersehen, dass sich die Frage des Eigentums an den im Ausland liegenden Papieren nach ausländischem Recht beurteilt (BGE 96 II 150, BGE 94 II 303, BGE 93 II 375, mit Hinweisen). Da der Ort der Lage nur für einen Teil der Papiere bekannt ist, ist die Ermittlung des Eigentümers nur zum Teil möglich. Zudem steht in keiner Weise fest, dass die Wertpapiere tatsächlich von der Bank Bär für den Rekurrenten gekauft worden sind. Der Rekurrent hat schon im kantonalen Verfahren behauptet, sie seien ihm von einem andern Bankkunden durch Besitzanweisung übertragen worden. Abgesehen davon ist die Frage umstritten, auf welche Weise bei der Einkaufskommission das Eigentum an der gekauften Sache vom Verkäufer bzw. vom Kommissionär auf den Kommittenten übergeht. Die Vorinstanz stützt ihre Ansicht einzig auf GAUTSCHI, N. 39/40 zu Art. 396, N. 10a zu Art. 401 und N. 4b vor Art. 472 ff. OR (Gl.M. HAAB/SIMONIUS, N. 37 zu Art. 714

ZGB). In der ältern Lehre wird aber auch die Meinung vertreten, der Kommissionär könne direkt für den Kommittenten Eigentum erwerben, wenn es dem Verkäufer im Sinne von Art. 32 Abs. 2 OR gleichgültig ist, an wen er das Eigentum überträgt (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 12 zu Art. 401 OR; BECKER, N. 1/2 zu Art. 434 OR; HOMBERGER, N. 13 zu Art. 923 ZGB; VON TUHR/SIEGWART, OR, I, S. 334/335. vgl. auch BGE 84 II 262). Sodann wäre nicht undenkbar, dass das Eigentum an den im Ausland liegenden Wertpapieren durch Besitzanweisung auf den Rekurrenten übergegangen wäre. GAUTSCHI (Im Ausland hinterlegte Wertpapiere im Konkurs, bei Arrestlegung oder Pfändung gegenüber Depotkunden einer Schweizer Bank, SJZ 1969 S. 250/251, sowie N. 5e vor Art. 472 ff. OR) ist zwar der Auffassung, die Bank bleibe stets (fiduziarische) Eigentümerin der Titel, die sie im eigenen Namen, aber auf Rechnung ihres Kunden bei einem ausländischen Korrespondenten verwahren lasse (vgl. ihm folgend auch KLEINER, Bankdepot - auswärtsliegende Titel und deren Pfändung bzw. Verarrestierung, SJZ 1968 S. 212). Diese Auffassung ist jedoch nicht die einzig mögliche. Auch der Nichteigentümer kann Sachen im eigenen Namen hinterlegen. Es ist daher nicht unbedingt erforderlich, dass die Bank das Eigentum an den Papieren erwerben oder behalten muss, wenn sie diese im Ausland verwahren lassen will. So geht z.B. die Bank Bär in ihrem Depotreglement gerade von der gegenteiligen Annahme aus, der Hinterleger verliere sein Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren bei auswärtiger Verwahrung nicht. Gemäss Ziff. 11 des Reglementes behält er vielmehr auch bei auswärtiger Sammelverwahrung einen entsprechenden Miteigentumsanteil am Sammelbestand. Im deutschen Recht wird sogar vermutet, dass bei der Zwischenverwahrung die Wertpapiere nicht dem Zwischenverwahrer gehören (§ 4 des Depotgesetzes vom 4. Februar 1937; vgl. SCHÖNLE, Bank- und Börsenrecht, München 1971, S. 264). Es ist daher unsicher, wer Eigentümer der im Ausland verwahrten Papiere ist. Diese Frage kann von den Betreibungsbehörden zudem gar nicht rechtskräftig entschieden werden. Es bliebe dem Zivilrichter unbenommen, allfällige dingliche Herausgabeansprüche des Rekurrenten gegen die Bank Bär zu schützen (nach der Lehre kann sich die Vindikationsklage auch gegen den bloss mittelbaren Besitzer richten; vgl. MEIER-HAYOZ,

N. 42 zu Art. 641 ZGB), auch wenn die Betreibungsbehörden diesem das Eigentum an den Papieren abgesprochen hätten. Würde der Arrest nur die obligatorischen Ansprüche erfassen, so müsste dies zur absurden Konsequenz führen, dass zwischen dem Gläubiger und dem Arrestschuldner ein Widerspruchsprozess über die Natur des Herausgabeanspruchs durchzuführen wäre. Wie sich im folgenden ergeben wird, kann indessen die Vollziehbarkeit des Arrestes nicht von der Frage des Eigentums an den Papieren abhängen. Vielmehr muss in

Abweichung von der bisherigen Praxis angenommen werden, der Anspruch des Bankkunden gegen die Bank auf Herausgabe von im Ausland verwahrten Wertpapieren sei selbst dann arrestierbar, wenn gegenüber der Bank kein Eigentumsverschaffungsanspruch besteht, sondern der Bankkunde selbst oder allenfalls ein Dritter Eigentümer der Papiere ist.

4. a) Zunächst ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die in BGE 60 III 234 anvisierte Alternative zwischen der Pfändung der Sache selbst und derjenigen des Herausgabeanspruchs nicht besteht, weil die Titel im Ausland liegen. Die Arrestierbarkeit des Herausgabeanspruchs kann also nicht mit der an sich zutreffenden Begründung abgelehnt werden, die Arrestierung der Sache selbst sei der normale, vom Gesetz vorgesehene Weg, der die Interessen der Beteiligten am besten wahre.
b) In BGE 60 III 229 ff. hat das Bundesgericht die Arrestierbarkeit und Pfändbarkeit des Herausgabeanspruches aus Hinterlegungsvertrag vor allem deswegen verneint, weil die Verwertung des Anspruches kein vernünftiges Ergebnis erwarten lasse. Bei der Prüfung der Frage, wie es sich damit verhalte, ist vorerst zu untersuchen, wie bei der Arrestierung und Verwertung eines solchen Anspruchs vorzugehen ist. Nach Art. 275 SchKG wird der Arrest nach den für die Pfändung massgebenden Vorschriften vollzogen. Im Pfändungsverfahren hat das Betreibungsamt gemäss Art. 100 SchKG für die Erhaltung der gepfändeten Rechte zu sorgen und Zahlung für fällige Forderungen zu erheben. Der Anspruch des Depotkunden auf Erstattung der für ihn im Ausland verwahrten Titel ist jederzeit fällig. Das Betreibungsamt kann daher von der Bank die Auslieferung der Titel verlangen. Liefert die Bank die Papiere aus, so treten diese an die

Stelle des Herausgabeanspruches (BGE 78 III 71). Das weitere Vorgehen richtet sich nach den ordentlichen Vorschriften, wie wenn von Anfang an die Sache selbst gepfändet worden wäre. Insbesondere kann das Widerspruchsverfahren durchgeführt werden. Weigert sich die Bank, die Titel auszuliefern, so ist sie entsprechend dem Formular Nr. 9 aufzufordern, ihre Weigerung zu begründen. Macht sie darauf geltend, dass sie für ihre Gegenforderungen ein Retentionsrecht an den Titeln habe, so kann der betreibende Gläubiger die Gegenforderungen bezahlen, um die Auslieferung der Papiere an das Betreibungsamt zu veranlassen, wobei dem Gläubiger diese Auslagen aus dem Verwertungserlös vorweg zu erstatten sind (BGE 78 III 71). Behauptet die Bank dagegen, Titular des Depotkontos sei in Wirklichkeit ein Dritter, so ist über diese Frage wie bei der Pfändung von Geldforderungen das Widerspruchsverfahren durchzuführen. Gleich verhält es sich, wenn die Weigerung der Bank darauf beruht, dass ein Dritter die Eigentumsklage anhängig gemacht habe (Art. 479 OR). Auch diese Frage kann im Widerspruchsverfahren geklärt werden. Obsiegt der Gläubiger in diesen Widerspruchsprozessen, so ist die Bank wiederum aufzufordern, die Titel dem Amt abzuliefern, so dass das Verfahren seinen normalen Fortgang nehmen kann. In allen diesen Fällen bieten sich keinerlei Probleme. c) Die von der Praxis befürchteten Schwierigkeiten können nur dann eintreten, wenn es dem Betreibungsamt nicht gelingt, sich die Titel aushändigen zu lassen. In diesem Fall ist der Herausgabeanspruch zu verwerten. Dabei ist allerdings richtig, dass der Ersteigerer des Anspruchs nicht ohne weiteres Eigentümer der Wertpapiere wird, wenn diese ihm von der Bank herausgegeben werden. Die Bank kann ihm nicht mehr Rechte verschaffen, als sie selber hat. Ist sie bloss Besitzerin der Papiere und dem Arrestschuldner nicht zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet, so kann auch der Ersteigerer bloss den Besitz an den Titeln erwerben. War der Arrestschuldner nicht Eigentümer, so kann es daher diesfalls auch der Ersteigerer nicht werden. Dieser kann sich nicht darauf berufen, er habe das Eigentum gutgläubig erworben, da er die Titel von der Bank nicht "zu Eigentum übertragen" erhalten hat (Art. 714 Abs. 2 und 933 ZGB). Er muss somit in der Tat damit rechnen, dass die Titel nachträglich vom wahren Eigentümer vindiziert werden könnten.

Die Gefahr einer erfolgreichen Vindikation ist indessen dermassen gering, dass nicht zu befürchten ist, es lasse sich deswegen kein vernünftiges Verwertungsergebnis erzielen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ist entweder die Bank zur Übertragung des Eigentums an den Kunden verpflichtet oder ist der Kunde (mindestens fiduziarischer) Eigentümer der im Depot befindlichen Papiere. In der Regel ist der Ersteigerer des Anspruchs, der die Papiere von der Bank ausgehändigt erhält, somit in seinem Erwerb geschützt. Lässt der Arrestschuldner fremde Werte verwahren (diesen Fall hat BGE 60 III 233 im Auge), so ist über die Frage des Eigentums das Widerspruchsverfahren durchzuführen. Wohl verwirkt nach dem Gesagten der Eigentümer an sich sein Eigentum bei Unterlassen des Widerspruches nicht. Er muss aber damit rechnen, dass die Wertpapiere vom Ersteigerer nach Erhalt sogleich veräussert werden, so dass er nicht mehr auf sie greifen kann. Der Eigentümer ist deshalb interessiert daran, dass seine Rechte im Widerspruchsverfahren angemeldet werden. Ein Interesse an der rechtzeitigen Anmeldung von Drittansprüchen hat aber auch der Arrestschuldner selbst, da er dem Eigentümer schadenersatzpflichtig werden könnte, wenn er dessen Rechte verschweigt. In aller Regel dürften somit allfällige Drittansprüche auch bei der Verwahrung von Werten, die dem Arrestschuldner von Dritten anvertraut wurden, ordnungsgemäss noch vor der Verwertung des Herausgabeanspruchs abgeklärt werden. Entgegen der in BGE 60 III 234 vertretenen Ansicht besteht daher kein Anlass, den Ersteigerer des Anspruchs zu verpflichten, die herausgegebene Sache dem Betreibungsamt zur Pfändung und zur nachträglichen Durchführung des Widerspruchsverfahrens abzuliefern. Praktisch beschränkt sich die Gefahr nachträglicher Vindikationen auf die Fälle, in denen die Wertpapiere ihrem Eigentümer wider Willen abhanden gekommen sind. In derartigen Fällen ist aber auch der Ersteigerer der Sache selbst nicht absolut geschützt, behält doch Art. 108 SchKG die Art. 934 ff. ZGB ausdrücklich vor. Jedenfalls dürfte die äusserst geringe Wahrscheinlichkeit, dass ein Bankdepot abhanden gekommene Wertpapiere enthält, den Wert des Herausgabeanspruches kaum wesentlich vermindern. Im übrigen hat es der Arrestschuldner in der Hand, seine Bank zur Auslieferung der Wertpapiere

an das Betreibungsamt zu veranlassen, wenn er wirklich befürchtet, durch die Verwertung des Herausgabeanspruches geschädigt zu werden. d) Der Rekurrent macht geltend, der Anspruch auf reale Verschaffung der im Ausland liegenden Papiere könne ohne Mitwirkung der ausländischen Behörden in der Schweiz nicht durchgesetzt werden. Dieser Einwand ist an sich zutreffend, macht jedoch den Herausgabeanspruch nicht wertlos. Erweist es sich im Vollstreckungsverfahren als unmöglich, die Herausgabe einer Sache zu erzwingen, so kann der Berechtigte statt dessen Geldersatz verlangen (vgl. § 376 zürch. ZPO; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, S. 608). Denkbar ist allerdings, dass die Bank ohne ihr Verschulden gar nicht in der Lage ist, die Papiere herauszugeben, etwa weil sie im Ausland blockiert sind. In einem solchen Fall ist der Herausgabeanspruch jedoch auch für den Arrestschuldner prekär, und es ist nur folgerichtig, wenn seine Verwertung zu einem ungünstigen Ergebnis führt. So verhält es sich immer, wenn bestrittene Ansprüche verwertet werden müssen. e) Die Realisierung des Anspruches könnte schliesslich auch daran scheitern, dass es dem Rekurrenten gelingen könnte, die Titel im Ausland zu vindizieren, wie er es androht. Die schweizerischen Betreibungsbehörden können nicht verhindern, dass die Titel derart der Zwangsvollstreckung entzogen werden. Indessen ist fraglich, ob das ausländische Recht eine solche Vindikation zulassen würde. Abgesehen von der materiell-rechtlichen Frage wäre sie jedenfalls schon aus praktischen Gründen ohne Mitwirkung der Schweizer Bank kaum denkbar. Der Bankkunde weiss in der Regel nicht, bei welcher Korrespondenzbank die Titel verwahrt werden. Im vorliegenden Fall kennt der Rekurrent offenbar nicht einmal für alle Papiere das Aufbewahrungsland. Der Verwahrerbank ist sodann der Name des Kunden nicht bekannt, sondern sie kennt nur den Namen der Schweizer Bank, für die sie eine Anzahl Titel verwahrt. Dazu kommt, dass gewisse Arten von Wertpapieren in verschiedenen Ländern mehr und mehr in zentralen Wertpapiersammelbanken verwahrt werden. Nur Banken und allenfalls Börsenmakler sind bei diesen Sammelbanken als Deponenten zugelassen (für Deutschland vgl. SCHÖNLE, a.a.O. S. 267 ff.). Ob das entsprechende ausländische

Recht den direkten Zugriff des Bankkunden auf die Wertpapiersammelbank gestatten würde, ist äusserst zweifelhaft. Ermöglicht aber die Schweizer Bank dem Arrestschuldner, im Ausland über die dort liegenden Papiere zu verfügen, so muss sie damit rechnen, dem Ersteigerer des Herausgabeanspruches schadenersatzpflichtig zu werden. Abgesehen davon hätte es der Rekurrent sich selber zuzuschreiben, wenn das Verwertungsergebnis durch solche Vindikationsversuche geschmälert würde. Er kann deshalb nicht geltend machen, der Herausgabeanspruch dürfe deswegen nicht arrestiert werden. f) Alle diese geschilderten, an sich denkbaren Ausnahmefälle dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass es dem Ersteigerer des Herausgabeanspruchs in aller Regel gelingen wird (allenfalls nach Durchführung eines Widerspruchsverfahrens), die Titel unbeschwert von der Bank herauszuerhalten. Es ist daher nicht zu befürchten, der Herausgabeanspruch lasse sich nicht zu vernünftigen Bedingungen verwerten. Da durch die Verwertung des Anspruchs auch die Rechte Dritter nicht geschmälert werden, halten die in BGE 60 III 229 ff. gegen die Arrestierbarkeit des Anspruchs auf Herausgabe von im Ausland verwahrten Wertpapieren bei der Depotbank angeführten Gründe einer erneuten Prüfung nicht stand.

5. Dagegen lassen sich gewichtige Gründe für die Arrestierbarkeit derartiger Ansprüche beim Drittschuldner anführen: a) So entspricht es zunächst der Verkehrsanschauung, dass ein Wertpapierdepot bei derjenigen Bank gelegen ist, die das Depotkonto führt, wo immer sich die einzelnen Papiere befinden. Der Bankkunde kann in der Regel nur über die kontoführende Bank auf seine Wertpapiere greifen. Hier erteilt er seine Börsenaufträge, und hier lässt er auch die mit der offenen Verwahrung von Wertpapieren üblicherweise verbundenen Verwaltungsarbeiten, wie Inkasso von Coupons und dergleichen, vornehmen. Die Depotbank führt sodann für den Kunden regelmässig ein Kontokorrent, auf welchem sie ihm die Erlöse aus Börsengeschäften und die Erträgnisse der verwahrten Papiere gutschreibt (vgl. BGE 96 II 149, BGE 94 II 169, BGE 78 II 254, BGE 63 II 242/243). Auch der Bankkunde selbst geht davon aus, sein Vermögen sei in der Schweiz gelegen, wenn er bei einer Schweizer Bank Wertpapiere hinterlegt hat. Er weiss

normalerweise nicht, wo sich die Papiere tatsächlich befinden. Solange er bei der kontoführenden Bank jederzeit über die Wertpapiere verfügen kann, mag ihm diese Frage auch gleichgültig sein. Ist das Depot aber in der Schweiz gelegen, so sollen die Gläubiger auch in der Schweiz darauf greifen können, soll doch die Zwangsvollstreckung das gesamte in der Schweiz liegende Vermögen des Schuldners erfassen. b) Dazu kommt, dass eine Vollstreckung praktisch nicht möglich oder doch sehr erschwert wäre, wenn die Wertpapiere nur am Orte ihrer Lage arrestiert und gepfändet werden könnten. Die Gläubiger wissen noch viel weniger als der Bankkunde, wo sich die Titel befinden. Schon an dieser Ungewissheit über den Aufbewahrungsort müssten allfällige Arrestbegehren scheitern. Gelänge es den Gläubigern, den Aufbewahrungsort ausfindig zu machen, so wären sie gezwungen, in den verschiedensten Ländern Vollstreckung zu verlangen. Dadurch würde das Vollstreckungsverfahren ausserordentlich kompliziert. Auch für den Schuldner wäre es von Nachteil, wenn er sich an mehreren Orten gegen Arrestprosequierungsklagen verteidigen müsste. Im übrigen ist zweifelhaft, ob das ausländische Zwangsvollstreckungsrecht den direkten Zugriff der Gläubiger auf im Namen der Schweizer Bank deponierte Wertpapiere zulassen würde, zumal wenn die ausländische Bank die Papiere ihrerseits durch eine Wertpapiersammelbank verwahren lässt. Nimmt man mit GAUTSCHI an (vgl. Erw. 3), die Depotbank sei fiduziarische Eigentümerin der im Ausland hinterlegten Wertpapiere, so wäre die Zwangsvollstreckung im Ausland auch aus

Gründen des materiellen Rechtes aussichtslos.
c) Würde man die Arrestierbarkeit des Anspruches auf Herausgabe der im Ausland verwahrten Wertpapiere bei der Depotbank verneinen, wären diese Werte somit praktisch der Zwangsvollstreckung entzogen. Ein Schuldner könnte sein Vermögen daher auf einfache Weise vor seinen Gläubigern in Sicherheit bringen; er müsste nur bei einer schweizerischen Bank ausländische Wertpapiere in ein Wertpapierdepot einliefern und die Bank beauftragen, die Papiere im eigenen Namen im Ausland zu hinterlegen. Ein solches Ergebnis wäre untragbar. Wer sein Vermögen durch eine Schweizer Bank, wenn auch im Ausland, verwahren lässt, soll sich auch hier belangen lassen müssen.

BGE 102 III 94 S. 108

d) Aus all diesen Gründen ist in Abweichung von der bisherigen Praxis davon auszugehen, der Anspruch des Bankkunden gegen die Depotbank auf Herausgabe der bei ausländischen Korrespondenten liegenden Wertpapiere sei bei der Depotbank pfänd- und arrestierbar, sofern der Kunde im Ausland wohnt. In diesem Sinne spricht sich mehrheitlich auch die Lehre aus (KLEINER, SJZ 1968 S. 211 ff.; GAUTSCHI, SJZ 1969 S. 249 ff.; ENGEL, Quelques problèmes relatifs au contrat de dépôt bancaire, in Mémoires publiées par la faculté de droit de Genève, No 24, S. 31/32; PIOTET, JdT 1964, I, S. 630 ff.; HAAB, ZBJV 1935 S. 743 ff.; GERWIG, ZSR 1934 S. 128/129; a.M. lediglich HARALD HUBER, Verarrestierbarkeit von Wertpapieren, welche durch inländische Banken im Ausland verwahrt werden, SJZ 1969 S. 149 ff.; sowie, aber ohne Begründung, FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, II, S. 214). Der angefochtene Entscheid ist daher im Ergebnis in diesem Punkt zu bestätigen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob die Bank Bär oder der Rekurrent Eigentümer der streitigen Titel sei und wie der Anspruch gegen die Bank qualifiziert werden müsse. Sollte der Rekurrent auch dingliche Ansprüche gegen die Bank Bär haben, so müssten diese ebenfalls als arrestiert gelten. Insoweit ist der angefochtene Entscheid zu präzisieren. Einer Abänderung des Dispositives bedarf es deswegen jedoch nicht, da dort ganz allgemein von den Ansprüchen des Rekurrenten gegen die Bank Bär auf Herausgabe der fraglichen Wertpapiere die Rede ist. Diese Formulierung umfasst auch Herausgabeansprüche, die sich auf allfällige dingliche Rechte des Rekurrenten stützen. Anderseits genügt die Umschreibung des Arrestgegenstandes dem in BGE 78 III 70 aufgestellten Erfordernis, dass ein Herausgabeanspruch für sich allein der Pfändung und Arrestierung nicht unterliegt, sondern stets auf das ihm zugrundeliegende (dingliche oder obligatorische) Vermögensrecht gegriffen werden muss. Er ist klar, dass der Arrest die Herausgabeansprüche des Rekurrenten gegen die Bank Bär aus dem Depotvertrag erfassen soll.

6. Der Rekurrent macht geltend, die nachträgliche Aufnahme des Herausgabeanspruches in die Arresturkunde sei nicht zulässig, weil derartige Ansprüche im Arrestbefehl nicht genannt seien. Indessen sind im Arrestbefehl als Arrestgegenstände nicht nur Wertpapiere angeführt, sondern ganz allgemein

BGE 102 III 94 S. 109

Guthaben des Arrestschuldners bei der Bank Bär, insbesondere Wertschriften und Depotkonten Nr. 13.111 und 16.212. Die Arrestierung der Depotkonten erfasst auch die Ansprüche auf Herausgabe der zu diesen Konten gehörenden, aber auswärts verwahrten Wertpapiere, Abgesehen davon werden mit dem allgemeinen Begriff "Guthaben" entgegen der Ansicht des Rekurrenten nicht nur Geldforderungen bezeichnet.

7. Der Rekurrent beantragt schliesslich, die bloss gattungsmässig bezeichneten Arrestgegenstände Ziff. 1-4 seien aus der Arresturkunde zu streichen, nachdem die Bank Bär am 4. Juli 1975 über seine Guthaben Auskunft erteilt habe und die Arrestgegenstände dementsprechend spezifiziert worden seien. Aus dem Schreiben

der Bank Bär vom 4. Juli 1975 an das Betreibungsamt ergibt sich indessen nur, welche Wertpapiere die Depotkonten Nr. 13.111 und 16.212 enthielten. Dagegen steht in dieser Mitteilung nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, der Rekurrent habe bei der Bank Bär keine andern Guthaben, Konten usw. Die Arrestgegenstände Ziff. 1-4 wurden deshalb zu Recht in der Arresturkunde belassen. Dem Rekurrenten erwächst daraus kein Nachteil nachdem der Arrest im übrigen ohnehin aufrecht erhalten bleibt. Bestehen ausser den Ansprüchen aus den beiden Depotkonten keine andern Guthaben bei der Bank Bär, so ist der Arrest diesbezüglich gegenstandslos. Sollten jedoch solche Werte bestehen, so bleiben sie zu Recht arrestiert.

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer:
Der Rekurs wird abgewiesen.