

Formulierung PFUEB¹ II an CBF

Es werden gepfändet alle **gegenwärtigen** (die aus dem Umtausch laut Angebot vom 28.12.2004 resultieren sowie aus Rückkäufen durch Argentinien und Übertragungen von Argentinienanleihen an Argentinien) und **zukünftigen** (bei weiteren Umschuldungsangeboten seitens Argentinien sowie aus Rückkäufen durch Argentinien und Übertragungen von Argentinienanleihen an Argentinien) Ansprüche und Forderungen (schuldrechtlicher Art aus dem Verwahrvertrag nach § 695 BGB und dinglicher Herausgabeanspruch² nach § 985 BGB) Argentinien an den Drittschuldner CBF und Vermögenswerte Argentinien bei dem Drittschuldner CBF. Die Pfändungsreihfolge soll sein: 1. Die Anteilspfändung des Miteigentumsanteils nach § 857 ZPO und folgend die Pfändung des schuldrechtlichen Herausgabeanspruches nach §§ 829, 846 ZPO³:

Xxxxxxxxxnoch einfügen alter pfueb und weiteres

Gegebenenfalls Pfändung des Rechtes der ARGYS den Verwahrvertrag mit BoNY bzw. damit CBF auflösen zu können um die Einwendung des § 986 BGB (Einwendungen des Besitzers) (siehe Kümpel Rn 11.203) aushebeln zu können, so fern diese Einwendung des Besitzers nach § 986 im Verwahrverhältnis überhaupt zum tragen kommt....

Es handelt sich insbesondere (nicht umfassend und nicht ausschließend in der Aufzählung) um folgende Wertpapiere (Anleihen):

¹ Dieser schuldrechtliche (§ 695 BGB) und insbesondere der sachenrechtliche (§ 985 BGB) Pfändungsansatz läuft letztendlich auf ein Upper Tier Attachment hinaus. Siehe dazu u. v. Bundesrat Drucksache 407/04 11.05.04 EU - Fz – Wi Unterrichtung durch die Bundesregierung Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat und das Europäische Parlament: Clearing und Abrechnung in der Europäischen Union - Künftige Maßnahmen KOM(2004) 312 endg.; Ratsdok. 9224/04 Seite 29 (der abrufbar unter: http://www.bundesrat.de/coremedia/generator/Inhalt/Drucksachen/2004/0407_2D04.property=Dokument.pdf). ,...Andere noch zu klärende Fragen beziehen sich auf die Festsetzung der Prioritäten zwischen den widerstreitenden, auf den betreffenden Konten eingetragenen Ansprüchen und die Vermeidung des Umstands, dass Gläubiger ein Anlegerrecht auf einer höheren Ebene innerhalb der Wertpapierkette fordern oder beanspruchen als tatsächlich eingetragen oder begründet ist („**upper-tier attachment**“). Da Wertpapiere in der Regel in Sammeldepots aufbewahrt werden, hätte ein „upper-tier attachment“ zur Folge, dass alle auf dem Konto buchmäßig erfassten Wertpapiere, für das der Anspruch bzw. die Forderung geltend gemacht wird, und nicht nur die Wertpapiere des betreffenden Anlegers eingefroren würden....“. Weitere intensive Diskussionen bei UNIDROIT, Haager Konventions-Entwurf, Potok Cross Border Collateral....

² Umschuldungsprospekt vom 28.12.2004, Seite 27: „...1. April 2005 oder so schnell wie möglich danach..... Abrechnung (vorbehaltlich einer Verschiebung der Abrechnung oder Verlängerung oder vorzeitigen Beendigung des Einreichungszeitraums) **Das Eigentum an den zum Umtausch eingereichten und angenommenen Umtauschberechtigten Wertpapieren geht auf Argentinien über.** Die Anleger erhalten als Gegenleistung die Neuen Wertpapiere und Barzahlungen, auf die sie entsprechend dem Angebot einen Anspruch haben. (abrufbar unter: <http://www.georgesonshareholder.com/argentina/documents/Verkaufsprospekt%20Argentinien.pdf>)

³ **Redundanzen** bitte ich nachzusehen. Da ich als „juristischer Laie“ und mangels Vorlagen und bereits gefällter Urteile zu diesem Thema in gewisser Weise einen **juristischen „Blindflug“** unternahme und das geflügelte Wort: „**Auf hoher See und vor Gericht....**“ kenne, halte ich mich vorsorglich an den Wahlspruch: „**doppelt gemoppelt hält besser.....**“.

WKN: 130 020, 130 860, 134 090, 132 501, 134 091, 134 810, 135 475, 131 950, 292 385, 296 690, 352 796, 353 891, 308 985, 450 055, 190 430, 197 460, 248 320, 248 850, 176 710, 246 620, 292 945, 299 895, 450 900, 545 025, 304 535, 195 490, 410 300 sowie die zum Zwecke des Umtausch eingerichtete Wertpapiere mit „Zwischen“-WKN und die ABRA-Tranchen.

Bei den Anleihen sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Anleihen, bei denen es nur effektive Stücke gibt (130 020⁴, 130 860, 134 090, 132 501, 134 091, 134 810, 135 475, 131 950, 292 385, 296 690)

- a. **In Sammelverwahrung (Pfändung des Miteigentumsanteils bzw. des Herausgabeanspruches)**

- b. **In Sonderverwahrung (Streifband) (Pfändung des Eigentum bzw. des herausgabeanspruches)**

Effektive Stücke dieser Anleihen liegen abgesondert und separat gekennzeichnet (Streifband) bei CBF. Je nach Umtauschvariante (€Par, €Disc, ARS-Par und ARS-Disc) wurden Zwischen-WKN erzeugt und die Tauschbestände-Bestände diesen WKN zugeordnet. Z. B. für die WKN 130 020 folgende: -DE000A0DGNU0 (Opt. 5/ARS-PAR) -DE000A0DGNW6 (Opt. 7 / ARS-DISC) -DE000A0DGNQ8 (Opt. 1 / €PAR) -DE000A0DGNS4 (Opt. 3 / €DISC). Entsprechendes gilt für alle anderen Anleihenserien ebenfalls; sie seien hiermit ebenfalls adressiert.

- c. jjhjh

Anleihen, bei denen es gemischt effektive Stücke und Globalurkunde gibt (352 796, 353 891, 308 985, 450 055, 190 430, 197 460, 248 320)

- d. **In Sammelverwahrung (sowohl als Globalurkunde als auch die effektiven Stücke in Sammelverwahrung)**

⁴ Eine weitgehend komplette Auflistung der Anleihen nach deutschem Recht, siehe Seite 39 ff (abrufbar unter: <http://www.abdreco.de/materialien/chance-risiko-profil-argentinien-klagen-v-45.pdf>)

DE000A0DWDB8,	DE000A0DWDC6,	DE000A0DWDD4,	DE000A0DWDE2,	DE000A0DWDF9,
DE000A0DWDG7,	DE000A0DWDH5,	DE000A0DWDJ1,	DE000A0DWDK9,	DE000A0DWDL7,
DE000A0DWM5,	DE000A0DWDN3,	DE000A0DWDP8,	DE000A0DWDQ6,	DE000A0DWR4,
DE000A0DWS2,	DE000A0DWDT0,	DE000A0DWDU8,	DE000A0DWDV6,	DE000A0DWEJ9,
DE000A0DWEK7,	DE000A0DWEN1,	DE000A0DWEPE6,	DE000A0DWC84,	DE000A0DWEL5

- i. Kjkj
- j. Lklk
- k. lklk

Die interimistischen ISIN-Codes (Zwischen-WKN) wurden von Clearstream Banking AG Frankfurt bzw. von ABRA bei den Wertpapiermitteilungen⁶ angefordert. Wenn also CBF in seiner Drittschuldnererklärung vom Mai 2005 angibt mit Argentinien in keiner Geschäftsbeziehung zu stehen oder aber keine Kenntnisse zu haben, welche Bestände an Anleihen Argentinien im Zuge des Umtausches zum Eigentum kommen, ist das wohl schlicht unwahr. Durch die interimistischen ISIN können wir genau benennen und bestimmen, welche Anleihebestände⁷ im Zuge des Umtausches in argentinisches Eigentum übergehen bzw. übergangen.

Aus vorgehenden Ausführungen und Auflistungen geht hervor, dass ein eventuelles Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Wertpapiere, die im PFUEB angesprochen werden, durchaus gegeben ist.

Weiterhin werden meine Rechte dinglicher Art (?) (auf Grund des vollstreckbaren Urteils vs. Argentinien nach erfolgter Pfändung der den Schuldscheinen (Anleihen) zugrunde liegenden

⁶ WKN / ISIN-Anforderungen Mit den untenstehenden Formularen können Sie bei uns WKNs/ISINs per Email oder Fax anfordern. Bei Rückfragen stehen wir Ihnen unter der Rufnummer +49-(0)69 -2732 - 480 oder per E-Mail via help-desk@wmdaten.com gerne zur Verfügung. http://www.wmdaten.de/wkn_service.php?link=3

⁷ Aus einer Passage eines Papiers zu „Richtlinien für die Umschuldungstilgung der durch die Argentine Bond Restructuring Agency plc ("ABRA") an die Inhaber von ABRA-Zertifikaten (die "Zertifikatinhaber“) ausgegebenen Zertifikate aufgrund der Abwicklung des Umschuldungsangebotes Argentinien“ der Bayerische **Hypo- und Vereinsbank AG, München**, im Juni 2005 können wir die **Bestimmbarkeit** gut erkennen. Dort ist auf den Seiten 3 und vier wie folgt formuliert: „...**Die Neuen Anleihen werden an eine Verwahrbank nur übertragen, wenn zuvor dem Konto dieser Verwahrbank bei Clearstream die Provisionen durch Clearstream belastet wurden**, die von allen Zertifikatinhabern der Verwahrbank gemäß dem Verkaufsprospekt vom 28. April 2003 für das ABRA-Zertifikatsprogramm zu zahlen sind. Diese Provisionen müssen zudem an ABRA übertragen und von ABRA erhalten worden sein. Zu den Provisionen gehören die Fixed Fees und die Distribution Agency Fees von insgesamt 1,6% des Nennbetrages der Zertifikate (außer im Falle von ISIN US04011NAP33 / ABRAZertifikat DE0001426948, ISIN US04011NAR98 / ABRA-Zertifikat DE0001426989 und ISIN XS0043120236 / ABRA-Zertifikat DE0001427391, bei denen **diese Provisionen auf Basis der Nennbeträge**, die anhand der im Verkaufsprospekt dargestellten ScalingFaktoren angepasst wurden) sowie die Performance Fees, die durch die Unabhängige Berechnungsstelle gemäß dem ABRA-Zertifikatsprogramm festgestellt und drei ABRA-Geschäftstage (wie untenstehend definiert) vor der Tilgung der Zertifikate von ABRA an Clearstream mitgeteilt werden (die "ABRAProvisionen"). **Die Verwahrbanken dürfen die Neuen Anleihen nur dann dem Wertpapierdepot eines Kunden zubuchen, nachdem dieser Kunde die entsprechenden ABRA-Provisionen bezahlt hat....“**

Forderungen) gemäß § 952⁸ Abs. 1 Satz 2 BGB geltend gemacht und der Herausgabeanspruch an den Schuldscheinen (Anleiheurkunden) gepfändet.

Der Zustand der Globalurkunden sollte für uns gemäß § 810⁹ BGB einsehbar sein. (Stichwort: elektronische Lochung; d. h. ob die bis zu 600 Mio. € Nennwert wertvollen argentinischen Bruchteileigentumsanteile noch vorhanden sind). M. E. nach kann eine Globalurkunde weder elektronisch gelocht werden noch können Teilbewertungen oder „Abschnipselungen“ vorgenommen werden.

Die (Neu)-Umtauschanleihen¹⁰ (US040114GN48, ARARGE03E162, XS0205540536, ARARGE03E170, US040114GP95, ARARGE03E188, XS0205550170, ARARGE03E196, ARARGE03E204...)

Diese Anleihen werden von Argentinien geschaffen und befinden sich Anfangs im Eigentum von Argentinien. Beim Umtauschvorgang werden sie in WP-Rechnung durch CBF den Umtauschwilligen „besitzvermittelt“ (Besitzkette: Argentinien, BoNY London, CBL bzw. Euroclear, CBF). In dieser logischen Sekunde des Übergangs vom gemeinsam durch CBL

⁸ § 952 Eigentum an Schuldurkunden

(1) Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu. **Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.**

(2) Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschul- und Rentenschuldbriefe.

⁹ § 810 Einsicht in Urkunden

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

¹⁰ Einheit aus Par und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf U.S.-Dollar lauten und dem Recht des Bundesstaates New York unterliegen **US040114GN48**; Einheit aus Par und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf U.S.-Dollar lauten und argentinischem Recht unterliegen **ARARGE03E162**; Einheit aus Par und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf Euro lauten **XS0205540536**; Einheit aus Par und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf Peso lauten **ARARGE03E170**; Einheit aus Discount und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf U.S.-Dollar lauten und dem Recht des Bundesstaates New York unterliegen **US040114GP95**; Einheit aus Discount und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf U.S.-Dollar lauten und argentinischem Recht unterliegen **ARARGE03E188**; Einheit aus Discount und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf Euro lauten **XS0205550170**; Einheit aus Discount und BIP-gebundenem Wertpapier, die auf Peso lauten **ARARGE03E196**; Einheit aus Quasi-Par und BIP-gebundenem Wertpapier **ARARGE03E204**;

Pars, die auf U.S.-Dollar lauten und dem Recht des Bundesstaates New York unterliegen **US040114GK09**; Pars, die auf U.S.-Dollar lauten und argentinischem Recht unterliegen **ARARGE03E097**; Pars, die auf Euro lauten **XS0205537581**; Pars, die auf Peso lauten **ARARGE03E105**; Discounts, die auf U.S.-Dollar lauten und dem Recht des Bundesstaates New York unterliegen **US040114GL81**; Discounts, die auf U.S.-Dollar lauten und argentinischem Recht unterliegen **ARARGE03E113**; Discounts, die auf Euro lauten **XS0205545840**; Discounts, die auf Peso lauten **ARARGE03E121**; Quasi-Pars **ARARGE03E139**;

BIP-gebundene Wertpapiere, die auf U.S.-Dollar lauten und dem Recht des Bundesstaates New York unterliegen **US040114GM64**; BIP-gebundene Wertpapiere, die auf U.S.-Dollar lauten und argentinischem Recht unterliegen **ARARGE03E154**; BIP-gebundene Wertpapiere, die auf Euro lauten **XS0209139244**; BIP-gebundene Wertpapiere, die auf Peso lauten **ARARGE03E147**;

und Euroclear bestimmten Verwahrer (BoNY London) bestimmten Verwahrer über CBL (Luxemburg) an CBF befinden sie sich noch im Eigentum Argentiniens und unterliegen somit dem Pfändungsvorgang. Siehe dazu auch das Papier von ABRA („Richtlinien für die Umschuldungstilgung der durch die Argentine Bond Restructuring Agency plc ("ABRA") an die Inhaber von ABRA-Zertifikaten (die "Zertifikatinhaber“) ausgegebenen Zertifikate aufgrund der Abwicklung des Umschuldungsangebotes Argentiniens“).

Literaturquellen mit Überlegungen zur Pfändung von Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung der Sammelverwahrung und des „Upper Tier Attachment“

2003

Baumbach-Hopt¹¹ Rn 1 zu § 7 DepotG:

„...Aufgrund des Depotvertrags kann der Hinterleger, auch wenn er nicht der Eigentümer ist, jederzeit (§ 695 BGB) Auslieferung von Papieren gemäß seinem Anteil (nicht der von ihm eingelieferten Stücke) fordern, I. Anspruchsgegner sind der Verwahrer als Vertragspartner und der Drittverwahrer entspr §§ 546 II, 604 IV BGB. Neben dem schuldrechtlichen Auslieferungsanspruch nach § 7 steht der dingliche nach § 8; zum Auseinanderfallen s dort. Auslieferungs-, ggf Ersatzanspruch nach I, II gegen (Dritt-) Sammelverwahrer hat Zwischenverwahrer, gegen diesen hat ihn Hinterleger. Vollstreckung gegen (Dritt-)Sammelverwahrer aus § 883 ZPO, gegen Zwischenverwahrer durch Pfändung seines Herausgabeanspruchs gegen Sammelverwahrer....“

und Rn 1 zu § 8 DepotG:

„...Der Hinterleger ist uU nicht Miteigentümer, weil er nicht Eigentümer war (also ein anderer Miteigentümer wurde, § 6 R.n 1, oder weil er sein Miteigentum veräußerte), oder der Hinterleger (oder Miteigentümer, der nicht Hinterleger ist) ist nicht verfügungsberechtigt, weil der Anteil einem anderen verpfändet oder zugunsten eines anderen sonstwie belastet ist. Dann hat der Hinterleger nur schuldrechtliche Ansprüche (§ 7); die dinglichen hat der wahre Berechtigte (§ 8, besondere Ausprägung des § 985 BGB). Der Verwahrer kann mit befreiender Wirkung entweder an den Hinterleger (idR ohne Prüfung) oder an den berechtigten Nichthinterleger (idR nach Prüfung) ausliefern. Liefert der Verwahrer an den nichtberechtigten Hinterleger aus, wird entspr § 6 der Miteigentümer am Sammelbestand Alleineigentümer der ausgelieferten WP (§ 6 Rn 1, 3), str....“

Eigentlich müsste diese Kurzkomentierung von Hopt zur Pfändung langen. Aber da CBF bzw. Argentinien diese Sache bis zum letzten „auskämpfen“ werden, soll im Folgenden in aller Tiefe¹² das Problem erörtert werden.

¹¹ Baumbach/Hopt Kurzkomentar zum Handelsgesetzbuch 31. Auflage S1716.

¹² Natürlich nur in so weit, wie es meine beschränkten Kenntnisse, Fähigkeiten und der begrenzte Zeitaufwand gestatten. Diese, für einen PFUEB relativ umfangreiche Formulierung ist auch entstanden, da wohl der Pfändungsanspruch mit einer Klage durch alle Instanzen vs. CBF durchgesetzt werden muss. Für diese Klage muss der tatsächliche Sachverhalt sowie die rechtlichen Ansichten ohnehin ausführlich erarbeitet werden. Nicht zuletzt habe ich Interesse und gefallen an diesem Thema (der internationalen Wertpapierabwicklung, Abrechnung und Verwahrung) gefunden.

1928¹³ (Dr. Riesser)

Bereits in dem Kommentar („Für die Praxis erläutert“) von Dr. Riesser zum Bankdepotgesetz¹⁴ aus dem Jahre 1928 wird explizit das „Upper Tier Attachment“¹⁵ formuliert.

Zuerst müssen wir uns kurz mit der Terminologie aus den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts zum Depotrecht vertraut machen:

Es sind¹⁶:

Terminologie der 1920er Jahre	Erklärung nach Riesser	Heutige Terminologie	In unserem konkreten Pfändungsbegehren
Effektengirobank	körperlicher Verwahrer, unmittelbarer Besitzer	(I)CSD Zentralverwahrer	Clearstreambanking AG Frankfurt
Zentralbankier	Unmittelbarer Hinterleger, mittelbarer Verwahrer und Besitzer zweiter Hand	Z.B. Die TXB Für Die Sparkassen In Hessen	Bank of New York BoNY
Provinzbankier	Mittelbarer Hinterleger, mittelbarer Verwahrer und Besitzer zweiter Hand	Sparkasse Darmstadt	
Provinzkunde	Eigentümer, mittelbarer Hinterleger, mittelbarer Besitzer dritter Hand	Geprellter Argentinien-Anleiheeigentümer	Republik Argentinien

¹³ Die hier von mir zitierten Quellen sind teilweise sehr schwierig im Original aufzufinden. Ich bin gerne bereit, Kopien der Zitatstellen (auch im text-mäßigen Zusammenhang) zur Verfügung zu stellen.

¹⁴ Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 in der Fassung der Verordnung über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 21. November 1923.

¹⁵ Natürlich nicht in „Neudeutsch“ (Anglizismen).

¹⁶ Riesser Seite 119. Auch zu Beginn des vorigen Jahrhunderts gab es schon übergreifenden Wertpapierverkehr, den so genannten **Effektenferngiroverkehr**. Für die den Effektenferngiroverkehr vermittelnden Effektengirobanken wie insbesondere in Berlin, Frankfurt a. Main, Hamburg, Köln, Dresden, Essen ist es notwendig, dass sie beieinander im eigenen Namen für Rechnung der Effektengirobanken Sammeldepotkonten unterhalten. In diesem Falle verlängert sich die Verwahrpyramide nach oben: Die Effektengirobank des Zentralbankiers wird zum mittelbaren Besitzer erster, der Zentralbankier mittelbarer Besitzer zweiter ... usw.

Jetzt zu den einschlägigen Formulierungen von Riesser (1928) Bankdepotgesetz von 5. Juli 1896, Seite 132 ff:

Unter dem Kapitel 3. Zwangsvollstreckungsfragen beim Sammeldepot finden wir folgende, interessante Textpassagen:

Seite 133:

„...Es besteht jedoch auch die theoretische Möglichkeit, dass sich der Gläubiger des Provinzbankiers dessen dingliches Anrecht am Sammeldepot der Effektengirobank pfänden lässt, der gegenüber der Provinzbankier einen depotrechtlichen Zurückforderungsanspruch nicht¹⁷ besitzt, weil die Effektengirobank in einem Depotvertragsverhältnis lediglich zu dem Zentralbankier steht, unter welchem der Provinzbankier an ihrem Sammeldepot beteiligt ist....“

Seite 135:

„...Die Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe¹⁸ von Wertpapieren ist in Ansehung des Sammeldepots vor allem dann praktisch bedeutungsvoll (3), wenn es sich für den mittelbaren Hinterleger darum handelt, sein Miteigentumsrecht am Sammeldepot im Wege des Arrests oder der einstweiligen Verfügung gegen Eingriffe des unmittelbaren Hinterlegers zu sichern (4). Zu denken ist vor allem an den Fall, dass ein Provinzbankier Tatsachen in bezug auf seine Bankierverbindung am Börsenplatz erfährt, die ihm seinen und seiner Kunden Anteil am Sammeldepot der Effektengirobank gefährdet erscheinen lassen und ihm die Ausbringung einer derartigen Sicherungsmaßnahme zur Pflicht machen. Die Vollstreckung des hier in Rede stehenden Herausgabeanspruchs erfolgt gemäß § 886 ZPO. Durch Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruches der Vollstreckungsschuldners gegen die Effektengirobank oder den sonstigen Sammeldepothalter.....“

In den 13 Paragraphen des Bankdepotgesetzes von 1896 finden sich noch keine speziellen Regelungen zum Depotrechtlichen Herausgabeanspruch bzw. zum dinglichen Anspruch des Eigentümers. In der dortigen Kommentierung wird noch direkt auf die einschlägigen §§ des BGB (§ 695 und § 985) Bezug genommen. Im Depotgesetz vom 4. Februar 1937 sind diese Rechte explizit in den §§ 7,8 angesprochen.

¹⁷ M. E. nach besteht dieser „depotrechtliche Zurückforderungsanspruch“ dennoch; dass werde ich weiter hinten belegen. Siehe als ersten Ansatz Opitz, Bemerkung 25 zu §§ 6,7,8 Depotgesetz; §§ BGB 556 Abs. 3 (Mieter) und 604 Abs. 4 (Entleiher).

¹⁸ Hier begibt sich Riesser m. E. in Widerspruch zur eignen Argumentation von Seite 133, wo er noch indirekt die Möglichkeiten des Herausgabeanspruches verneint, wegen nicht direkter Verwahrverträge.

1937 (Quassowski¹⁹, Schröder)

In seinen Erläuterungen zum Bankdepotgesetz von 1937 schreibt Quassowski:

Seite 26:

„...Die Belange des Kunden sind dadurch ausreichend gewahrt, dass seine Befugnis, die in Verwahrung gegebenen Wertpapiere jederzeit zurückzufordern, auch nach Einleitung einer Drittverwahrung unberührt bleibt (vgl. § 695 BGB.)...“

Seite 131:

„...Das Pfändungspfandrecht am Sammelbestand wird erworben gemäß § 857 ZPO. Wird der Auslieferungsanspruch gepfändet, so gilt § 847 ZPO. Danach ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Sammelverwahrer (§ 829 ZPO) erforderlich. Bei der Drittsammelverwahrung ist die Zustellung an Zwischensammelverwahrer und Drittsammelverwahrer angezeigt, damit nicht der Miteigentümer auf Grund seines Auslieferungsanspruches nach § 749 BGB. sich unmittelbar die Wertpapiere aushändigen lassen kann...“

Seite 132:

„...Nimmt der Eigentümer den Verwahrer auf Herausgabe in Anspruch, so kann der Verwahrer dem Hinterleger den Streit verkünden und behaupten, der Hinterleger habe den Auslieferungsanspruch. Bestreitet der Hinterleger dies oder erklärt er sich überhaupt nicht, so kann der Verwahrer den Herausgabeanspruch des Eigentümers erfüllen. Besteht der Hinterleger auf dem Auslieferungsanspruch, so kann er den Prozeß übernehmen (vgl. im einzelnen § 76 ZPO.).....“

¹⁹ Bankdepotgesetz, Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937: erläutert von L. Quassowski, (Ministerialdirigent) und Dr. Schröder (Landgerichtsrat) im Reichsjustizministerium, Berlin 1937.

1955 (Opitz²⁰, Depotgesetz Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937)

Seite 161:

„...**19. Eigentumsanspruch.** Der Anspruch des Teilhabers auf Herausgabe der Wertpapiere richtet sich gegen den Besitzer, also gegen den SammelVerwahrer (§§ 985 ff. BGB), aber auch gegen den Zwischenverwahrer als mittelbaren Besitzer (vgl. RGRK Anm. 2 zu § 985 BGB; RGZ 105, 21). Gegenstand des Herausgabeanspruchs ist aber nicht ein bestimmtes Wertpapier, sondern der Anspruch auf eine Menge von hinterlegten einartigen Wertpapieren. Die Vorschriften der §§ 1011, 932 kommen nicht zur Anwendung; dem Teilhaber steht nur sein Anteilsbetrag zu (§ 320 BGB; vgl. Opitz-Schultz, JW 1926, 476 = Sammelband III). Hierbei ist von dem Normalfall ausgegangen, daß der Sammelbestand unversehrt ist. Hat er sich durch einen Verlust, den der Sammelverwahrer nicht zu vertreten hat (§ 7 Abs. 2), verringert, so kann es kommen, daß die Leistung unteilbar geworden ist. §§ 1011, 932 BGB würden dann Platz greifen. Daß dem Teilhaber nur sein Anteilsrecht zusteht, ist jetzt durch § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 ausdrücklich bestimmt. Hierbei ist im letzten Halbsatz von § 7 noch betont, daß der Hinterleger (oder Teilhaber, § 8) nicht den Anspruch darauf hat, die für ihn zur Sammelverwahrung eingelieferten Einheiten zurückzufordern. Diese Beschränkung ergibt sich schon aus § 6 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 Halbsatz 1. Der zweite Halbsatz soll das nur verdeutlichen. Gleichzeitig soll zum Ausdruck kommen, daß der Hinterleger oder Sammeldepotteilhaber keinen Anspruch darauf hat, daß in bestimmter Stückelung, etwa in derselben, in der die Einlieferung erfolgte, an ihn geleistet wird....“

Seite 166 oben:

„...Bei §71 handelt es sich um den **schuldrechtlichen Herausgabeanspruch** des Hinterlegers (vgl. Begr.). Der Hinterleger ist der vermutete Eigentümer (Miteigentümer). Miteigentümer kann aber ein anderer sein, für den der Hinterleger die Wertpapiere der Sammelverwahrung zugeführt hat. Der **Herausgabeanspruch des Eigentümers ist in § 8 geregelt**, und zwar in der Weise, daß § 7 sinngemäß anzuwenden ist. Der Eigentümer hat also, **auch wenn er mit der Hinterlegung nichts zu tun hatte**, Rechte und Pflichten, als ob er Hinterleger wäre. Er ist Miteigentümer nach § 6 und hat Herausgaberechte nach § 7. Der Verwahrer hat es vertraglich nur mit dem Hinterleger zu tun. Bei einem Streit des Hinterlegers und (angeblichen) Eigentümers kann sich der Verwahrer — wie beim Streifbanddepot — durch die Urheberbenennung aus dem Wagnis halten (§ 76 ZPO; vgl. Bern. 3 zu § 2)....“

Seite 166 unten ff:

²⁰ Depotgesetz Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937 Nebst einem ausführlichen Anhang; Schrankfächer und Verwahrstücke und zahlreichen Anlagen Erläutert von Dr. Georg Opitz Süsel / Holstein Zweite, stark vermehrte Auflage

„...Die Natur des Herausgabeanspruchs rechtfertigt es, daß der Hinterleger ihn nicht nur dem Verwahrer gegenüber geltend machen kann, dem er die Wertpapiere anvertraut hat und mit dem er in Geschäftsverbindung steht, sondern unter entsprechender Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB auch dem Drittverwahrer gegenüber, wie überhaupt gegenüber jedem dritten Besitzer²¹ (vgl. Staudinger, Anm. 3 c; RGRK Anm. 1 zu § 691 BGB; Planck, 4. Aufl.(a.M. 3. Aufl.), Anm. 1 zu § 691 BGB Oertmann, Bem. 3 zu § 695 BGB; Enneccerus § 390 Anm. 1)...“

Seite 175 ff:

„...36. Die Zwangsvollstreckung in Sammeldepotanteile. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Sammeldepotanteile wegen einer Geldforderung ergibt sich aus §§ 747, 751 Satz 2 BGB. Sie wird bewirkt durch Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gemäß §§ 857, 829, 835, 836 ZPO (OLG 9, 126; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, Anm. 1 zu § 857 ZPO; Opitz-Schultz, JW 1926, 479 = Sammelband III; Metzke, ZHR. 90, 426 ff.; Deichmann, Effekten-Zentralsammeldepots S. 115 ff.). Der Sammeldepotanteil ist zwar eine Sache (vgl. Mot. III, 439; a. M. Deichmann a. a. O. S. 116, der den Anteil unzutreffend nur für ein Recht halt), aber nicht eine solche, die der Schuldner im Gewahrsam hat (§ 808 ZPO). Auch der Sammelverwahrer hat nicht die Anteile, sondern die Wertpapiere für die Hinterleger in Gewahrsam. Selbst wenn er Pfändungsschuldner und selbst am Sammelbestand beteiligt ist, kann die Pfändung nicht nach § 308 ZPO. erfolgen, denn durch Wegnahme von Wertpapieren aus dem Sammelbestand würde der Gerichtsvollzieher die Rechte der übrigen Teilhaber verletzen. Der Sammeldepotanteil ist ein anderes Vermögensrecht im Sinn des § 857 ZPO.

Die Überweisung kann nur zur Einziehung ausgesprochen werden und nicht an Zahlungs Statt, da das Sammeldepotanteilsrecht keinen bestimmten Nennwert hat.

*Drittschuldner sind beim Gemeinschaftsverhältnis an sich die anderen Teilhaber (OLG 9, 126; so auch noch Opitz-Schultz, JW 1926, 479 = Sammelband III, doch wird diese Meinung für die Pfändung von Sammeldepotanteilen nicht mehr aufrechterhalten). Gleichwohl ist bei der Sammelverwahrung als Drittschuldner der Verwahrer anzusehen, dem der Schuldner die Wertpapiere anvertraut hat (zustimmend Gadow, Anm. 88 Anhang II zu § 424 HGB). Die Sammelverwahrung nimmt eben im Gemeinschaftsrecht eine Sonderstellung ein. Die Teilhaber stehen untereinander in keiner anderen Beziehung als der einer **technischen Notgemeinschaft**. Ihre Rechte hinsichtlich der Auseinandersetzung. übt der Sammelverwahrer als Treuhänder aus.*

²¹ Diese Passage stützt meine Einschätzung, dass die CBF-Drittschuldnererklärung, nur beim unmittelbaren Vertragspartner (in unserem Falle die BoNY) könne der schuldrechtliche Herausgabeanspruch gepfändet werden könne falsch ist.

Der Anspruch des Hinterlegers zielt im wesentlichen auf die Herausgabe der Wertpapiere, die an Stelle des Anteils treten (§ 695 BGB; vgl. Bern. 11, 12, 17, 25).

*Die Verwertung des gepfändeten Anteils erfolgt gemäß § 847 ZPO. Das Vollstreckungsgericht hat anzuordnen, daß die Wertpapiere an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben seien. Sammeldepotanteile als solche können nicht herausgegeben werden. An Stelle des Anteils treten nach dem **Grundsatz der gelockerten Identität** (vgl. Bern. 25) die nach Art und Menge bestimmten Wertpapiere, auf deren Herausgabe der Pfändungsschuldner Anspruch hat (§ 7 Abs. 1 DepG). Auf die Verwertung dieser Wertpapiere finden die Vorschriften über die Verwertung von gepfändeten Sachen Anwendung. Der Drittschuldner, also der Verwahrer, hat, wenn gegen den Hinterleger gepfändet ist, die "Wertpapiere an den Gerichtsvollzieher herauszugeben, sofern **das Gepfändete nicht nur gepfändet, sondern auch, überwiesen ist**. Der Gerichtsvollzieher hat die Wertpapiere nach §§ 814 ff, ZPO. zu verwerten. **Haben die Wertpapiere einen Börsenkurs, so sind sie von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurs zu verkaufen, sonst sind sie zu versteigern** (§ 821 ZPO).*

*An Stelle der Pfändung des Sammeldepotanteils ist auch die Pfändung des schuldrechtlichen Anspruchs des Hinterlegers gegen den Verwahrer, dem er die Wertpapiere anvertraut hat, denkbar, aber nicht zu empfehlen, **da das stärkere Recht (Pfändung des Anteils) vorgeht**.*

Bei der Pfändung brauchen die Sammeldepotanteile als solche nicht bezeichnet zu sein; die Bezeichnung „Depot“ genügt (§ 133 BGB).

Der Sammeldepoteilhaber hat das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO (Vollstreckungsintervention), wenn Sammeldepotguthaben eines Verwahrers von dessen Gläubiger gepfändet und der Teilhaber an diesem Guthaben beteiligt ist. Jeder Teilhaber und jeder Hinterleger kann unter denselben Voraussetzungen gegen den Vollstreckungszugriff Widerspruch erheben, unter denen er im Fall des Konkurses des Pfändungsschuldners das Aussonderungsrecht geltend machen könnte. Es kann deshalb auf die zum Aussonderungsrecht in Bern. 20 gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Jeder Sammelverwahrer ist als Treuhänder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dieses Widerspruchsrecht für die Hinterleger, die von dem Vollstreckungszugriff oft gar nichts wissen, geltend zu machen. Ist der Verwahrer selbst Pfändungsschuldner, so würde er sich überdies der Untreue schuldig machen, wenn er es vorsätzlich unterließe, den Widerspruch geltend zu machen.

Im übrigen besteht die Vermutung, daß die Sammeldepotguthaben, die ein bankgewerblicher Verwahrer unterhält, fremdes Vermögen darstellen. Nach §§ 4, 9 DepG gut diese Vermutung allerdings zunächst nur im Verhältnis vom Zwischenverwahrer zum Drittverwahrer. Aber mit dieser Vermutung ist nur das gesetzlich festgelegt, was dem normalen Sachverhalt entspricht. Von diesem normalen Sachverhalt muß auch beim Zwangsvollstreckungszugriff ausgegangen werden. Das

Anderdepot, das Pfanddepot und das Sonderpfanddepot (vgl. Bern. 9—11 zu § 4), das ein Pfändungsschuldner bei einem Verwahrer unterhält, werden deshalb von der Pfändung nicht erfaßt, und der Verwahrer ist insoweit nicht Drittschuldner, aber auch in Ansehung des Eigendepots erfaßt die Pfändung das Sammeldepotguthaben des Pfändungsschuldners beim Verwahrer nur insoweit, als es sich wirklich um eigene Bestände handelt und nicht um solche, die nach § 12 Abs. 4 DepG verpfändet sind (unbeschränkte Verpfändung). Ein dem Verwahrer zugestellter, gegen einen bankgewerblichen Hinterleger gerichteter Pfändungs- und Überweisungsbeschluß trifft ihn als Drittschuldner also nur wegen der Bestände, zu denen er vom Hinterleger eine Eigenanzeige nach § 4 Abs. 2 (§§ 9, 30) erhalten hat.

Schon das Vollstreckungsgericht wird diese Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen haben. Wird ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gegen einen bankgewerblichen Verwahrer beantragt, so ist die Vollstreckung auf das Sammeldepotguthaben zu beschränken, das nach der Eigenanzeige als Nostrobestand erkennbar ist.....“

1971 Schönle (Bank- und Börsenrecht, Beck 1971)

Seite 271:

„...Neben dem geschilderten Auslieferungsverfahren, das sich ähnlich gestaltet, wenn dingliche Herausgabeansprüche gemäß § 8 Abs. 1 DepG gegenüber der zwischenverwahrenden Bank geltend gemacht werden, können sich sowohl der Anteilsinhaber (§ 985 BGB), als auch der von ihm verschiedene Hinterleger (§§556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB per analogiam, vgl. OPITZ a. a. O.²²) unmittelbar an den verwahrenden Kassenverein wenden. Diese theoretische Möglichkeit wird allerdings in der Praxis kaum genutzt²³“

²² Opitz, Depotgesetz Seite 166

²³ Das wird sich mit unserem Pfändungsansatz jetzt etwas ändern.

1975 (Heinsius, Horn, Than²⁴)

Seite 147:

*„...D. Dingliche Rechtsposition des Teilhabers an der Bruchteilsgemeinschaft
I. Eigentum*

*32 Als Miteigentümer des Sammelbestandes stehen dem Hinterleger die Ansprüche aus §§ 98 5 ff BGB zu. **Der Herausgabeanspruch richtet sich gegen den Besitzer; im Falle der Drittverwahrung gegen den Verwahrer als unmittelbaren Besitzer und gegen jeden Zwischenverwahrer als mittelbaren Besitzer**²⁵. Der Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer geht jedoch nur auf Abtretung seines Herausgabeanspruchs (BGHZ 2, 166; 12. 397; RGZ 105, 21). Der Anspruch aus § 985 BGB geht nur auf Einräumung des Mitbesitzes. Unmittelbaren Alleinbesitz an bestimmten Stücken kann der Miteigentümer am Sammelbestand nur über den Aufhebungsanspruch aus § 749 BGB erlangen, der durch § 8 i.V.m. §§ 7, 6 Abs. 2 modifiziert ist (siehe Rdn. 2 5; Opitz §§ 6, 7, 8 Bern. 19). Gegen Dritte, die der Miteigentumsgemeinschaft nicht angehören, hat der Miteigentümer gemäß § 1011 BGB den Anspruch auf Herausgabe des Gesamtbestandes oder auch einzelner Stücke. Der Anspruch geht gemäß § 432 BGB auf Herausgabe an alle Miteigentümer gemeinschaftlich (a.A. offenbar Opitz §§ 6, 7, 8 Bern. 19, der die Anwendbarkeit der §§ 1011, 432 BGB verneint). Gemäß § 18 GB KV nimmt der Kassen verein für sich das Recht in Anspruch, Dritten gegenüber treuhänderisch alle Rechte eines Eigentümers der verwahrten Wertpapiere geltend zu machen, soweit er dies für die Verwaltung für erforderlich h;ilt. Zur Verwaltungsbefugnis des Sammelverwahrers siehe im einzelnen Rdn. 5 I ff....“*

²⁴ Depotgesetz, Kommentar zum gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937; de Gruyter 1975

²⁵ In der Drittschuldnererklärung vom Mai 2005 führt CBF Heinsius noch als „Kronzeugen“ für ihre Ansicht der Pfändung/dinglicher Herausgabeanspruch nur beim ersten Depotkontakt (BoNY) an. Aber, wie wir an obiger Textstelle sehen, ist Heinsius durchaus der Meinung, dass der dingliche Herausgabeanspruch unmittelbar gegen den unmittelbaren Verwahrer (bei uns CBF) besteht!!!

1995 (Einsele Wertpapierrecht als Schuldrecht 1995²⁶)

Seiten 76 und 77:

„...aa) *Direktherausgabeanspruch gegenüber Drittverwahrer?*

Nach wohl h. M. besteht der Auslieferungsanspruch des Hinterlegers gegen den Verwahrer gem. §7 Abs. 1 Halbs. 1 DepotG nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber dem Drittverwahrer²⁷; dieses Ergebnis wird mit der analogen Anwendung der §§556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB begründet. (362) Für die analoge Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB wird angeführt, beim »normalen« Verwahrungsvertrag sei ein solcher vertraglicher Herausgabeanspruch allgemeine Meinung. Nicht ersichtlich sei aber, warum § 7 Abs. 1 DepotG, der lediglich die Besonderheiten regle, die sich aus der Sammelverwahrung und der Umwandlung des Alleineigentums in Miteigentum bei Einlieferung von Wertpapieren in die Sammelverwahrung ergeben (§6 Abs. 1 DepotG), gleichzeitig zum Verlust des ansonsten bestehenden vertraglichen Herausgabeanspruchs gegenüber dem Drittverwahrer führen solle. Vielmehr werde durch § 7 Abs. 1 DepotG lediglich der Inhalt des vertraglichen Herausgabeanspruchs gegen den Drittverwahrer in der Weise modifiziert, daß der Ersthinterleger nur Wertpapiere in Höhe des Nennbetrages bzw. der Stückzahl der in Verwahrung genommenen Wertpapiere herausverlangen könne, (363)... “

Die Fußnoten dazu:

„....

362 Vgl. zur direkten Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB MünchKommHüffer §691 Rdnr. 7, §695 Rdnr. 5; RGRK-Krohn §691 Rdnr. 4, §695 Rdnr. 1; Staudinger-Reuter § 695 Rdnr. 4, § 691 Rdnr. 5,10; Soergel-Mühl(11) § 695 Rdnr. 3; zur analogen Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB für den Anwendungsbereich des Depotgesetzes Opitz, DepotG, §§ 6-8 Bern. 25; Wolter S. 316; Schönle § 21 II 2 (S. 299); Canaris Rdnr. 2163.

363 So Canaris Rdnr. 2163.

... “

Seiten 132 bis 134:

„....III. Pfändung

²⁶ Mit dem Untertitel „Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr“ von Dorothee Einsele

²⁷ Diese Passage ist für unseren schuldrechtlichen Pfändungsansatz sehr wichtig!!

Weitere Mängel der eigentumsrechtlichen Konstruktion des Depotgesetzes zeigen sich bei der Pfändung von Sammelanteilen. Ausgangspunkt ist zunächst, daß für die Pfändung einzelner Inhaber- und Orderpapiere die Vorschriften über die Pfändung beweglicher Sachen (vgl. § 808 Abs. 1 und 2, §831 ZPO) Anwendung finden,(648) wobei die Verwertung von Inhaberpapieren gem. § 821 ZPO, die von Orderpapieren gem. §§ 835ff. ZPO erfolgt.(649)

Da es sich bei den Girosammelanteilen um Miteigentumsanteile an beweglichen Sachen handelt, können diese gem. §§747, 751 BGB i. V.m. §§857, 829, 835, 836 ZPO gepfändet werden,(650) Obwohl außerhalb des Depotgesetzes grundsätzlich unstreitig ist, daß die anderen Miteigentümer bei Pfändung eines Miteigentumsanteils Drittschuldner sind,(651) ist bei Pfändung von Sammeldepotanteilen ebenso unstreitig, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht den Miteigentümern, sondern nur der Sammelbank zuzustellen ist.(652) Dieses Ergebnis ist zwar sinnvoll, da eine Pfändung des Miteigentumsanteils praktisch nicht durchführbar wäre, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß allen übrigen Miteigentümern zuzustellen wäre.(653) Jedoch dürfte dieses Ergebnis der h. M. nur mit Mühe begründbar sein. Während ein Teil der Literatur sich mit der schlichten Feststellung begnügt, Drittschuldner sei der Verwahrer, ohne hierfür eine Begründung abzugeben,654 bemühen andere Autoren die problematische Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung des Kassenvereins durch die Miteigentümer zum Empfang der Zustellung655 oder begnügen sich mit dem Hinweis, die Teilhaber stünden untereinander in keiner anderen Beziehung als der einer technischen Notgemeinschaft und ihre Rechte hinsichtlich der Auseinandersetzung über der Sammelverwahrer als Treuhänder aus.(656) Um Mißverständnissen vorzubeugen soll nochmals betont werden, daß dieses Ergebnis sicherlich sachgerecht ist. Immerhin wird für eine andere Art der Miteigentümergeinschaft, nämlich das Wohnungseigentum, ebenfalls für ausreichend gehalten, daß Schriftstücke in einer Ausfertigung dem Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft zugestellt werden;(657) wenn auch die einzelnen Miteigentümer nicht namentlich aufgeführt werden müssen, so erfolgt in diesem Fall jedoch die Zustellung an den Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümer, während eine (gewillkürte) Ermächtigung des Verwalters durch die Wohnungseigentümer auf der Passivseite generell für unzulässig gehalten wird.(658)

Die Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung des Verwahrers durch die Miteigentümer der Sammeldepotgemeinschaft zum Empfang der Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in bezug auf einen Sammelbestandsanteil dürfte daher als gewillkürte Ermächtigung auf der Passivseite (659) ebenfalls recht problematisch und das durchaus sachgerechte Ergebnis der h.M. de lege lata nur mit Mühe mit einem Hinweis auf die Rechtsnatur der Sammeldepotgemeinschaft als technischer Notgemeinschaft begründbar sein. Bezeichnend ist auch, daß die Verwertung der gepfändeten Girosammelanteile nach einer starken Meinung in der Literatur gem. § 847 ZPO analog, also in derselben Weise verwertet werden sollen (660) wie bei der nach allgemeiner Meinung ebenfalls möglichen Pfändung des Auslieferungsanspruchs des Hinterlegers gem. §7 Abs. 1 DepotG i.V.m. §§846, 847, 829 ZPO.(561) Solange allerdings in Konkurrenz zur Pfändung des Auslieferungsanspruchs gem. §7 Abs. 1 DepotG eine Pfändung des

Miteigentumsanteils möglich ist, ist die bloße Pfändung des Auslieferungsanspruchs grundsätzlich nicht empfehlenswert, da eine spätere Pfändung des Miteigentumsanteils den Rechten des Erstpfinders gem. § 847 ZPO vorgehen würde.(662)

Auch für die Pfändung zeigt sich also, daß die vom Depotgesetz gewählte Konstruktion und rechtlichen Regelungen den tatsächlichen Verhältnissen und Abläufen bei der Girosammelverwahrung nicht gerecht werden und daher zu rechtlichen Problemen führen....“

Die Fußnoten seien auch wiedergegeben:

„.....

648 Vgl. statt vieler Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, §808 Rdnr. 1, 3.

649 Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, §831 Rdnr. 1.

650 Münzberg in Stein/Jonas, ZPO, § 857 Rdnr. 17; Wieczorek in Wieczorek/Schütze, ZPO, §857 D II c; Thomas/Putzo, ZPO, §857 Rdnr. 2 (Anm. 1 a); W. Zimmermann, ZPO, §857 Rdnr. 2; Alternativkomm.-Schmidt-v. Rhein, ZPO, § 857 Rdnr. 14,

651 OLG Braunschweig 16.5. 1903, OLGRspr. 9, 126-128, 126f.; Münzberg in Stein/Jonas, ZPO, §857 Rdnr.. 97; Wieczorek in Wieczorek/Schütze, ZPO, §857 F I c; Thomas/Putzo, ZPO, §857 Rdnr. 10 (Anm. 4 a); W. Zimmermann, ZPO, §857Rdnr. 9; Alternativkomm.-Schmidt-v. Rhein, ZPO, § 857 Rdnr. 16; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, §857 Rdnr. 4.

652 Allgemeine,Meinung, vgl. Opitz, DepotG, §§6, 7, 8 Bern. 36 (S. 175); HeinsiuslHorn/Than DepotG, § 6 Rdnr. 50; Baumbach/Dudenhopt, HGB, § 6 DepotG Anm. 1 B; RGRK-Gadow, HGB, Anhang II zu § 424 HGB Anm. 88; Kumpel Rdnr. 8/79.

653 So aber noch Opitz/Schultz S. 64.

654 Vgl. so Kumpel Rdnr. 8/79; Heinsius/Horn/Than, DepotG, §6 Rdnr. 50; RGRK Gadow, HGB, Anh. II zu §424 Anm. 88.

655 Vgl. so Baumbach/Dudenhopf, HGB, §6 DepotG Anm, 1 B.

656 Opitz, DepotG, §§6, 7, 8 Bern. 36 (S. 175); ähnlich, wenn auch weitergehender die Wertpapiersammelbank als insoweit verfügungsbefugt ansehend, Deichmann S. 117f., wobei Deichmann bezeichnenderweise die Wertpapiersammelbank mit einem Testamentsvollstrecker vergleicht; Ascher S. 23 f.

657 BGH 25.9. 1980, BGHZ78, 166-176, 173; BayObLG Beseht. 20.1. 1983, BayObLGZ 1983. 14-19,19; vgl. auch § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG.

658 Vgl. BGH 25.9. 1980, BGHZ 78, 166-176, 169; BayObLG Beschl. 24.6. 1975, BayObLGZ 75, 233-239, 23S; OLG Koblenz 20. 5. 1956, NJW 1977, 55-57, 56; Bärman/Pick, WEG, §27 Rdnr. 36f.; Soergel-Stürner § 27 WEG Rdnr. 5 c; Erman-Ganten §27 WEG Rdnr. 4.

659 Vgl. allgemein gegen die Zulässigkeit gewillkürter passiver Prozeßstandschaft, Zöller-Vollkommer, ZPO, vor §50 Rdnr. 43 ; v. Brunn S. 74-80: beide mit der Begründung, der gewillkürten Ermächtigung auf der Passivseite entsprechen materiellrechtlich die Verpflichtungsermächtigung, die allgemein als unzulässig

angesehen werde; a. A. allerdings Rosenberg/ Schwab/Gottwald §46 I 2 sowie Fn. 3 (S.234); offengelassen in BGH 17.3.82, NJW 1983, 684-687,685.

660 *So KümpelRdnr. 8/79; Opitz, DepotG, §§6,7,8Bern. 36 (S. 175); StöberRdm, 1787f.; wohl anders RGRK-Gadow, HGB, Anh. II zu § 424 Anm. 88, wonach die Verwertung durch Anordnung des Vollstreckungsgerichts erfolgt, aufgrund der der gepfändete Anteil (wohl ohne Auslieferung) versteigert und an der Börse freihändig verkauft wird. Ähnlich Ascher S.23, der allerdings daneben auch eine Verwertung gem. §847 ZPO für möglich hält; Deichmann S. 116, wonach die Verwertung des Anteilsrechts gem. §857 Abs.5 ZPO i. V.m. § 844 Abs. 2 ZPO erfolgt.*

661 *Vgl. Heinsius/Horn/Than, DepotG, §6 Rdnr. 50; Quassowski/Shröder, DepotG, §8 Anm, C 3; Opitz, DepotG, §§6, 7, 8 Bern. 36 (S. 176); Stöber Rdnr. 1787 i; RGRK-Gadow, HGB, Anh. II zu § 424 Anm. 88; Kumpel Rdnr. 8/80; Ascher S. 24.*

662 *Vgl. dazu Opitz, DepotG, §6, 7, 8 Bern. 36 (S.176); Kumpel Rdnr. 8/80; vgl. auch Stöber Rdnr. 2031; Deichmann S. 118.*

....“

2001 (Einsele, WM Heft 1/2001 Seiten 7 ff)

Seite 12:

„....“...Der schuldrechtliche Auslieferungsanspruch gem. § 7 Abs. 1 DepotG richtet sich auf jeden Fall gegen den Vertragspartner des Hinterlegers, also seine Geschäftsbank. Nach wohl h. M. soll sich dieser schuldrechtliche Auslieferungsanspruch des Hinterlegers in analoger Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB aber auch gegen den Drittverwahrer richten (41)....“

Die Fußnote 41 dazu:

„...VgL statt vieler Canaris. a.a.O. (Fn. 12²⁸), Rdn. 2119,2163; Wolter, Effektenkommission und Eigentumserwerb, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Geschäft für denjenigen, den es angeht, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Bd. 21, Rechtswissenschaft 1979, 316; Opitz, a.a.O. (Fn. 28²⁹), § 6, 7,8 Bem. 25; Schönle, a.a.O. (Fn. 28), §21 II 2(S. 299)....“

Mein Kommentar dazu:

Für die schuldrechtliche Komponente unseres Pfändungsansatzes vs. CBF kommt es auf diese „h. M.“ (herrschende Meinung) entscheidend an. Einsele kennt sich in der Problematik der Sammelverwahrung etc. bestens aus; so ist ihre hier wiedergegebene Einschätzung zur h. M. von großem Gewicht!! Diese Frage wird imvho wohl erst durch den BGH geklärt werden. In der ersten Drittschuldnererklärung von CBF vom 30. Mai 2005³⁰ stellt sich CBF mit diversen

²⁸ Fn. 12 gibt die Quelle Canaris an: **Canaris**, Großkomm. zum HGB, 3. Aufl., Bd. III/3, Bankvertragsrecht, 2. Bearb. 1981

²⁹ Fn. 28 gibt die Quelle für Opitz und Schönle an: **Opitz**, DepotG, 2. Aufl. 1955, **Schönle**, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976

³⁰ Die Drittschuldnererklärung, die im wesentlichen nur auf den **schuldrechtlichen Aspekt** abstellt und den **eigentumsrechtlichen, dinglichen Ansatz** komplett ausblendet und die ganze Angelegenheit meint mit der fälschlichen Interpretation von **Konfusion** (die im Zusammenhang mit verbrieften Inhaberteilschuldverschreibungen vollkommen deplatziert ist) aushebeln zu können, ist abrufbar unter: <http://www.rolfjkoeh.net/golive-web-site-second/argentina/arg-pdf-files/clearstreambanking/cbf-drittschuldner-erklrg.pdf>. Das in dieser Drittschuldnererklärung von CBF zitierte BGH-Urteil (WM 2004, 1747, 1748) (IXa ZB 24/04) ist keineswegs so einschlägig wie CBF das sieht (abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=daaf036db6744c8366ea05fc6fb89faa&client=12&nr=29948&pos=0&anz=1>) und nimmt zur der von CBF herangezogenen Problematik wie folgend Auszugsweise zitiert Stellung: Seite : „...Diese läßt sich jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art durch die Umbuchung im Verwahrungsbuch (vgl. § 14 Abs. 1 DepotG) vollziehen, die den Willen der Depotbank dokumentiert, die übertragenen Wertpapiere nunmehr für den Erwerber zu verwahren (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 1999 - III ZR 56/98, NJW 1999, 1393 - für Investmentanteile -; MünchKomm-HGB/Einsele aaO m.w.N.; vgl. auch § 18 Abs. 3, § 24 Abs. 2 DepotG)....“; Serite 9: „...Die Verwahrung der existierenden Wertpapierurkunde erfolgt vielfach nicht bei der Depotbank des Kunden, sondern bei der Wertpapiersammelbank (Clearstream Banking AG, vgl. § 9a Abs. 1 DepotG; zu den Besitzverhältnissen vgl. etwa Habersack/Mayer aaO S. 1679 ff. m.w.N.). Für die Vollstreckung entsprechend § 886 ZPO kommt es auch nicht auf den Gewahrsam an der Sammelurkunde an, sondern darauf, daß die Depotbank den Eigentumswechsel durch eine Umbuchung vollziehen kann. Den

20

Fundstellen garniert auf den Standpunkt, nur beim ersten, direkten Verwahrverhältnis (BoNY) könne gepfändet werden. Ich bin naturgemäß ganz anderer Meinung und werde die Sache versuchen höchstrichterlich klären zu lassen.

2001³¹ (Einsele, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 5 München 2001)

Seiten 1509,1510 Rn 121 – 124:

*„...**(121) Pfändung.** Für die **Pfändung sonderverwahrter Inhaber- und Orderpapiere** finden die Vorschriften über die Pfändung beweglicher Sachen (§§ 808 Abs. 1, 2, 831 ZPO) Anwendung,(426) wobei die Verwertung von Inhaberpapieren gem. § 821 ZPO, die von Orderpapieren gem. §§ 835 ff. ZPO erfolgt.(427) Unstimmigkeiten zwischen der eigentumsrechtlichen Konstruktion des DepotG und der (tatsächlichen und rechtlichen) Handhabung von Problemen der Girosammelverwahrung zeigen sich aber bei der Pfändung von Sammelanteilen.*

(122) Werden girosammelverwahrte Wertpapiere verpfändet, so handelt es sich um die Pfändung von Miteigentumsanteilen an beweglichen Sachen, die sich nach §§ 857, 829, 835, 836 ZPO richtet.(428) Obwohl außerhalb des DepotG grds. unstr. ist, daß die anderen Miteigentümer bei Pfändung eines Miteigentumsanteils Drittschuldner sind,(429) ist bei Pfändung von Sammeldepotanteilen ebenso unstr., daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht den Miteigentümern, sondern nur dem Verwahrer zuzustellen ist.(430) Dieses Ergebnis ist sicherlich sinnvoll, da eine Pfändung des Miteigentumsanteils praktisch nicht durchführbar wäre, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß allen übrigen Miteigentümern zuzustellen wäre.(431) Jedoch läßt sich dieses Ergebnis nur mit Mühe begründen. Während ein Teil der Lit. sich mit der schlichten Feststellung begnügt, Drittschuldner sei der Verwahrer, ohne hierfür eine Begründung ab zu geben,(432) bemühen andere Autoren die Konstruktion einer stillschweigenden Ermächtigung der Sammelbank durch die Miteigentümer zum Empfang von Zustellungen,(433) die allerdings als gewillkürte Ermächtigung auf der Passivseite ziemlich problematisch ist.(434) Damit bleibt nur noch das Argument, die Teilhaber stünden untereinander in keiner anderen Beziehung als der einer technischen Notgemeinschaft; die Teilhaberrechte hins. der Auseinandersetzung übe der Sammelverwahrer als Treuhänder aus.(435)

dahin gehenden Anspruch des Schuldners muß der Gläubiger pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können, um eine erfolgreiche Vollstreckung aus dem Herausgabebetitel zu bewirken....“; Seite 10: „...Der Gläubiger kann sich aber den Auslieferungsanspruch der Schuldnerin gegen die Depotbank gemäß § 886 ZPO als Teil der bereits gepfändeten Anteilsrechte zur Einziehung überweisen lassen. Die beantragte Überweisung der Anteilsrechte geht zu weit...“

³¹ Die Formulierungen 2001 sind denen aus 1995 recht ähnlich.

*(123) Neben der Möglichkeit der Pfändung des Miteigentumsanteils besteht nach allgM auch die Möglichkeit einer **Pfändung des Auslieferungsanspruchs** des Hinterlegers gem. § 7 Abs. 1 DepotG iVm. den §§ 846, 847, 829 ZPO.(436) Da jedoch in Konkurrenz zur Pfändung des Auslieferungsanspruchs gem. § 7 Abs. 1 DepotG auch eine Pfändung des Miteigentumsanteils möglich ist, ist die bloße Pfändung des Auslieferungsanspruchs grds. nicht empfehlenswert, weil eine spätere Pfändung des Miteigentumsanteils den Rechten des Erstpfinders gem. § 847 ZPO vorgehen würde.(437)*

*(124) Daß die **Verwertung** der gepfändeten Girosammelanteile nach einer starken Meinung in der Lit. gem. § 847 ZPO,(438) also in derselben Weise erfolgen soll wie bei der Pfändung des Auslieferungsanspruchs gem. den §§ 846, 847, 829 ZPO, ist bezeichnend. Die vom DepotG gewählte Konstruktion, wird auch hier nicht den tatsächlichen Verhältnissen und Abläufen bei der Girosammeverwahrung gerecht und führt daher zwangsläufig zu rechtlichen Problemen....“*

2004 (Zwangsvollstreckung in Wertpapiere Susanne Kunst³²)

Seite 163 ff:

„...*Viertes Kapitel Zwangsvollstreckung in verwahrte Wertpapiere*

*Die Zivilprozessordnung geht davon aus, dass sich die **Wertpapiere im Gewahrsam des Schuldners befinden**, und der Gerichtsvollzieher sie dort vorfindet. Der Fall, dass ein Dritter die Papiere verwahrt, wird in der ZPO nur als Ausnahmefall in § 809 ZPO geregelt. Tatsächlich ist aber bei bestimmten Wertpapieren die Eigenverwahrung die Ausnahme. (952) Denn in der Regel nutzt der Anleger die Möglichkeit, die Verwahrung und Verwaltung einem Dritten, meist einer Bank, zu übertragen. (953) Das gilt allerdings nur für verwahrfähige Wertpapiere, deren Kreis durch § 1 Abs. 1 DepotG auf Aktien, Kuxe, Zwischenscheine, Reichsbankanteilscheine, Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine, Inhaber- und Orderschuldverschreibungen und sonstige vertretbare Wertpapiere beschränkt wird. (954)*

*In einem solchen Fall vollzieht sich die Pfändung im **Wege der Inbesitznahme, wenn der verwahrende Dritte herausgabebereit ist**. § 809 ZPO gilt unmittelbar bei Papieren, die nach § 821 ZPO zu pfänden sind. (955) Sie werden anschließend der Verwertung gemäß § 821 ZPO zugeführt. Im Anwendungsbereich des § 831 ZPO ist § 809 ZPO jedoch grundsätzlich nicht einschlägig. Es wurde gezeigt, dass § 831 ZPO keine Sachpfändung, sondern eine Rechtspfändung darstellt. Die Inbesitznahme im Sinne von § 831 ZPO hat mit § 808 ZPO nicht mehr als die äußere Form gemeinsam. (956) Gleichwohl muss § 809 ZPO analoge Anwendung finden. (957) Denn die Interessen des Dritten sind ausreichend gewahrt, wenn er sich zur Herausgabe bereit erklärt. (958)*

Ist der Dritte nicht herausgabebereit, darf der Gerichtsvollzieher die Papiere nicht mit Gewalt wegnehmen. Er muss die Rechtsposition des Schuldners im Verhältnis zum Dritten pfänden. Die Art dieser Beziehung ist abhängig von der rechtlichen Gestaltung der Depotverwahrung....“

Die Fußnoten dazu:

„....“

952 Siehe oben im Ersten Teil A III 1.

953 Siehe oben Erster Teil A III 2. Die Entmaterialisierung der Wertpapiere ist noch weiter fortgeschritten durch die Entwicklung der Dauerglobalurkunde, vgl. Einsele, WM 2001, 7. Darunter ist ein Wertpapier zu verstehen, das mehrere Rechte verbrieft, die jedes für sich in vertretbaren Wertpapieren ein und derselben Art verbrieft sein können, deren Auslieferung auf Dauer ausgeschlossen ist, § 9 a DepotG. In der Zwangsvollstreckung werden die in solchen Sammelurkunden verbrieften Rechte wie sonstige Rechte behandelt, weshalb auf ihre Behandlung im Rahmen dieser Arbeit

³² Zwangsvollstreckung in Wertpapiere Von Dr. Susanne Kunst Carl Heymanns Verlag KG 2004

verzichtet³³ wird. Gleiches gilt für die unverbrieften Wertrechte, vgl. dazu Röder, DGVZ 1992,103 (104f.).

954 Der Wechsel, der Scheck, das Sparbuch, das Konnossement, der Lager- und Ladeschein gehören beispielsweise nicht zu den erwähnten Papieren, Kohls Rn 345; Söffing, ZAP 1992, Fach 14,69 (72).

955 David Rn 756; Hintzen/Höppner/DavidS. 142; Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (78).

956 Siehe oben Zweiter Teil, Zweiter Abschnitt D II 2 b, 3.

957 Förster/Kann § 831 Anm2a.

958 Vgl. zum Zweck des § 809 ZPO Wieczorek/Lüke § 809 Rn 3. 164

...“

Seite 165:

„...Zwangsvollstreckung in sonderverwahrte Papiere

Befinden sich die Wertpapiere in Sonderverwahrung (959), erfolgt die Zwangsvollstreckung durch Pfändung des Herausgabeanspruchs nach §§ 829, 846 ZPO. (960) Sowohl der dingliche Anspruch gemäß 8 985 BGB (961) als auch der schuldrechtliche Anspruch aus dem Verwahrungsvertrag (962) kann gepfändet werden. Zusammen mit der Pfändung wird die Anordnung im Sinne von § 847 ZPO erlassen. Im Zeitpunkt der Herausgabe an den Gerichtsvollzieher entsteht das Pfändungspfandrecht an den Papieren.

Ihre Verwertung richtet sich gemäß § 847 Abs. 2 ZPO nach den „Vorschriften über die Verwertung gepfändeter Sachen“. Krieger macht zu Recht auf den missverständlichen Wortlaut aufmerksam. (963) Der Verweis ist so zu verstehen, dass die für die Papiere jeweils maßgeblichen Verwertungsregelungen Anwendung finden sollen. Die Wertpapiere des § 821 ZPO werden durch freihändigen Verkauf verwertet. Die Papiere des § 831 ZPO werden überwiesen gemäß § 83 5 ZPO....“

Die Fußnoten dazu:

„....“

959 Siehe oben Erster Teil A III 2 a.

960 Krieger S. 75f.; MüKo/Schilken § 808 Rn 2; Räder W 21-55; Schrader/Steinert Rn 924; Söffing, ZAP 1992, Fach 14,69 (78); Stöber Rn 1787b; Viertelhausen, DGVZ 2000, 129 (132); Wenz S. 93; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 12; Zöller/Stöber § 857 Rn 2.

961 Krieger S.75f.

962 AG Pforzheim, JurBöro 1992, 703 (704); Krieger S. 75f.

963 Krieger S. 76f.

.....“

³³ Wir können in unserem Pfändungsansatz gerade **nicht darauf verzichten**, da die Globalurkunden noch sehr lange in Frankfurt liegen werden. Laut ALB müssen die „Globalis“ so lange aufbeahrt werden, biss auch der letzte „Schnipsel“ getilgt ist....und wir werden dafür sorgen, dass mit Sicherheit kleine Restbestände so lange nicht zur Umschuldung eingereicht werden, bis wir unser Geld bekommen haben.

Seiten 166 :

„...Zwangsvollstreckung in sammelverwahrte Papiere

Befinden sich die Wertpapiere in Sammel Verwahrung (964) bei der nicht herausgabebereiten Depotbank,, steht dem Schuldner nicht das Eigentum an den Papieren zu, sondern nur der Anteil am Bruchteilseigentum aller Anleger, Dieser Anteil ist ein anderes Vermögensrecht im Sinne von §857 Abs. 1 ZPO, das nach §§ 828ff, 835f ZPO gepfändet und verwertet werden kann. (965) Das gilt für Bruchteilseigentum, das durch Sammelverwahrung gemäß § 6 DepotG entsteht, wie auch für sonstiges Bruchteilseigentum. (966) Denn aus §§ 747, 751 S. 2 BGB ergibt sich, dass Verfügungen über den Anteil möglich sind.

Der Pfändungsbeschluss ist nur der Depotbank als Drittschuldnerin zuzustellen (968), nicht auch den übrigen Miteigentümern. (969) Eine solche Zustellung wäre ohnehin praktisch unmöglich, da zum Einen die Zahl der Anteilshaber zu groß ist und zum Anderen die Bank zur Geheimhaltung ihrer Namen verpflichtet ist. (970) Sie wäre auch rechtlich ein Fremdkörper im System des Sammeldepotgemeinschaftsrechts. Denn das Depotgesetz nimmt im Gemeinschaftsrecht eine Sonderstellung ein. Seine Regelungen gehen den bürgerlichrechtlichen Vorschriften über das Bruchteilseigentum vor. (971) Anders als die sonstigen Miteigentümer haben die Anteilshaber einer Sammeldepotgemeinschaft im Innenverhältnis keinerlei Rechte. (972) Sie können nicht

Fußnoten dazu:

„....

964 Siehe oben Erster Teil AIII 2 b.

965 Baumbach/Hopt § 6 DepotG (13) Rn2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Grundz. § 704 Rn 114; David Rn 759; Erk, Rpfleger 1991, 236; Heinsius/Horn/Than § 6 Rn 50; Hintzen/Höppner/David S. 142; Krieger S. 80; MüKo/Schilken § 808 Rn 2; MüKo § Smid § 857 Rn 15; MüKo-BGB/K Schmidt § 1008 Rn 31; Opitz §§6-8 Rn 11; ders./Schulz, JW 1926, 473 (479); Räder G 41-66, W 20-49; Schrader/Steinert Rn 924; Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79); Stein/Jonas/Brehm § 857 Rn 17, 18; Stöber Rn 1787e; Thomas/Putzo/Putzo § 857 Rn 6; Viertelhausen, DGVZ 2000, 129 (132); Wenz S. 94; Wiczorek/Lüke § 808 Rn 13; Zöller/Stöber § 857 Ra 2.

966 Schuschke³⁴/Walker/Walker § 857 Rn 15; Stöber Rn 1548,

967 Heinsius/Horn/Than § 6 Rn 50; Krieger S. 80; Opitz §§6-8 Rnll; ders./Schuh JW 1926,473 (479); Stein/Jows/Brehm § 857 Rn 17,

968 Baumbach/Hopt § 6 DepotG (13) Rn2; Erk, Rpfleger 1991, 236 (237); Heinsius/Hom/Than § 6 Rn 50; Krieger S. 81f.; Opitz §§6-8 Rn 11; MüKo-BGB/K: Schmidt § 1008 Rn31; Stöber Rn 1787e; Viertelhausen, DGVZ 2000, 129 (132);

³⁴ Den Autor **Schuschke** habe ich persönlich in einem Arrestverfahren vs. Republik Argentinien (Streitwert ca. 500.000 €) Anfang 2005 in der zweiten Instanz als vorsitzenden Richter (kurz vor der Pensionierung) beim OLG Köln erlebt.

Wenz S.94; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13. Baumbach/Hopt, Viertelhausen und Luke nehmen eine stillschweigende Ermächtigung der Depotbank zur Empfangnahme der Zustellung an, vgl. Baumbach/Hopt §6 DepotG (13) Rn2; Viertelhausen, DGVZ 2000, 129 (132); Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13. Im Regelfall richtet sich jedoch die Vertretungsmacht der verwahrenden Bank auf sämtliche Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Verwaltung der Papiere, nicht aber auf die Entgegennahme eines dem Drittschuldner zugestellten Pfändungsbeschlusses, Opitz/Schulz, JW 1926,473 (479).

969 So aber Opitz/Schulz, JW 1926, 473 (479), die deshalb vorschlagen, nur den Herausgabeanspruch gegen die Bank zu pfänden;

970 Krieger S. 80. Vgl. zum Bankgeheimnis Baumbach/Hopt BankGesch (7) Rn A/9.

971 Opitz §§ 6-8 Rn 11; Wenz S.94.

972 Krieger S. 82.

Seite 167:

„...Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. §749 BGB wird durch §§ 7, 8 DepotG derogiert, weshalb nur ein Auslieferungsanspruch gegen die Bank besteht. (973) Das Depot ist auf Dauer angelegt und kann durch Einzelne nicht aufgelöst werden. (974) Auch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands steht nicht den Teilhabern zu, sondern obliegt der Depotbank. Die §§744, 745 BGB gelten nicht. (975) Schließlich existieren entgegen § 748 ZPO keine Rückgriffsansprüche der Anteilsinhaber untereinander wegen aufgewandter Kosten zur Erhaltung und Verwaltung des Gegenstands. (976) Auch ein Pfandrecht an einem Anteil berührt die Rechte der übrigen Anteilsinhaber nicht. (977) Sie sind deshalb insgesamt nur im Verhältnis zur Depotbank berechtigt und verpflichtet. Die Wahrnehmung ihrer Rechte ist der Bank treuhänderisch übertragen. (978) Deshalb kann nur sie als Drittschuldner jedes einzelnen Anlegers angesehen werden³⁵.

In dem praktisch wichtigen Fall der Girosammelverwahrung (979) ist nicht die Wertpapiersammelbank, sondern die Depotbank Drittschuldnerin, Sie ist die Zwischenverwahrerin, die in direkten Beziehungen zum Schuldner steht, weshalb ihr der Pfändungsbeschluss zuzustellen ist. (980)

Anstelle der Anteilspfändung kann der Gläubiger auch nur den Herausgabeanspruch pfänden, §§ 829, 846f ZPO, und den Beschluss der Depotbank zustellen lassen. (981) Diese Vorgehensweise gleicht der zuvor beschriebenen. (982) Denn auch bei der Anteilspfändung wird der Herausgabeanspruch gemäß §§ 7, 8 DepotG als Teil der schuldnerischen Rechtsposition mitgepfändet. Auch ohne den Anspruch ausdrücklich im Pfändungsbeschluss zu erwähnen, wird er von dem Pfandrecht erfasst. (983) Sie hat aber gegenüber der Anteilspfändung einen Nachteil. Mit der Pfändung nach § 857 ZPO wird der Miteigentumsanteil an den Wertpapieren erfasst, während sich die Pfändung nach §§ 846f ZPO auf die Wertpapiere erst mit Herausgabe an den

³⁵ Das sehe ich natürlich ganz anders.

Gerichtsvollzieher erstreckt. (984) Das nach § 857 ZPO entstandene Pfandrecht geht daher dem Pfandrecht gemäß §§ 846f ZPO im Rang vor....“

Die Fußnoten dazu:

„...“
973 *Canaris Rn 2119; Krieger S. 82; Opitz §§ 6-8 Rn 1 I; Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79); Stöber Rn 1787e, 1787f.; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13. Aus diesem Grund halten auch Erk und Söffing die Bank für die Drittschuldnerin, vgl. Erk, Rpfleger 1991, 236 (237); Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79).*
974 *Krieger S. 82;*
975 *Kohls Rn 355.*
976 *Kohls Rn 355*
977 *§ 1258 BGB findet keine Anwendung, Stöber Rn 1787f.*
978 *Opitz §§ 6-8 Rn 11.*
979 *Siehe oben Erster Teil A III 2 b.*
980 *David Rn 760; Hensius/Horn/Than § 8 Rn 50; Hintzen/Höppner/David S. 143; Stöber Rn 1787e; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13. „*
981 *Heimius/Horn/Tham § 6 Rn 50; Krieger S. 82; Opitz §§ 6-8: R 111; ders./Schulz, JW 1926, 473 (479); Röder W 20-49; Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79); Stöber Rn 1787i; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13; Zöller/Stober § 857 Rn 2,*
982 *Söffing, ZKP 1992, Fach 14, 69 (79).*
983 *David Rn 759; Erk, Rpfleger 1991, 236; Schrader/Steinert Rn 924; Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79); Stöber Rn 1787, 1787f.; Wieczorek/Lüke § 808 Rn 13.*
984 *BGHZ 72, 334 (336f.); MüKo/Smid § 847 Rn 9; Stöber Rn 2027.*
...“

Seite 168:

„...Die Verwertung erfolgt deshalb in beiden Fällen grundsätzlich durch Überweisung zur Einziehung und gleichzeitiger Anordnung zur Herausgabe an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher. (985) Die Depotbank hat Wertpapiere in Höhe des Nennbetrags der in Verwahrung genommenen Papiere herauszugeben. (986) Deren Verwertung erfolgt wiederum nach den jeweils einschlägigen Vorschriften, § 821 ZPO bzw. §§ 831, 835 ZPO. (987)

Dieses Vorgehen entspricht zwar den Vorstellungen des Gesetzgebers, hat aber aus praktischer Sicht einen entscheidenden Nachteil. Denn der Vorzug der heute üblichen Girosammelverwahrung bei der Wertpapiersammelbank »Deutscher Kassenverein AG³⁶« besteht darin; dass die effektiven Stücke nicht mehr bewegt werden müssen. Sämtliche Verfügungen können kostengünstig auf elektronischem Wege vollzogen werden. (988) Auch die Pfändung und Verwertung sollte daher sinnvollerweise durch Umbuchung der Girosammeldepotanteile erfolgen, ohne die Papiere an den Gerichtsvollzieher herauszugeben, der ohnehin nicht zu ihrem Verkauf in der Lage ist.

³⁶ Seit 1.1.2000 ist der einzige deutsche Sammelverwahrer die CBF; hier hat Kunst wohl nicht genau recherchiert.

Das Zwangsvollstreckungsrecht sieht ein solches Verfahren zumindest nicht explizit vor. Im Gegenteil, in § 847 Abs. 1 ZPO wird der Erlass der Herausgabeanordnung bei der Pfändung sogar ausdrücklich angeordnet. (989) In ähnlicher Weise schreibt auch § 808 Abs. 2, S. 1 ZPO die Wegnahme von Kostbarkeiten und Wertpapieren aus dem Gewahrsam des Schuldners vor. Gemäß § 809 ZPO gilt dasselbe für im Gewahrsam herausgabebereiter Dritter befindliche Wertpapiere. Entgegen der scheinbar zwingenden Vorschrift des § 808 ZPO müssen jedoch Kostbarkeiten und Wertpapiere nicht in jedem Fall vom Gerichtsvollzieher weggenommen werden. Bei Durchführung der Pfändung nach §§ 808, 809 ZPO kann der Gerichtsvollzieher die Gegenstände auch beim Dritten belassen, wenn Gläubiger und Schuldner ihre Genehmigung erteilen (990) oder wenn der Dritte ausdrücklich zum Verwahrer bestellt wird. (991)

Dasselbe muss auch im Verfahren des § 847 ZPO gelten. Denn strukturell entsprechen sich § 847 ZPO und §§ 808, 809 ZPO. Sie unterscheiden sich nur durch den Umstand der mangelnden Herausgabebereitschaft bei § 847 ZPO. Der Gerichtsvollzieher sollte daher die Papiere in amtliche Verwahrung geben und die Wertpa-

Die Fußnoten dazu:

„....

985 Erk, Rpfleger 1991, 236 (237); Söffing, ZAP 1992, Fach 14, 69 (79); Stöber Rn 1787f. Die Herausgabeanordnung ergeht gemäß § 847 Abs. 2 ZPO bei Pfändung des Herausgabeanpruchs und entsprechend § 847 Abs. 2 ZPO bei Pfändung des Anteils, § 857 ZPO.

986 Opitz §§6-8Rn 11.

987 Krieger S. 83 und siehe oben Vierter Teil A.

988 Schwintowski/SchäferRa 111.

989 Vgl, den Wortlaut »ist anzuordnen«.

990 BGH NJW 1953, 902 (903); Stein/Jonas/Münzberg § 808 Rn22 Fn 159, Nur die Zustimmung des Gläubigers verlangen das OVG Münster, NJW 1958, 1460 für die parallelen Regelungen des VwVG. Ähnlich Rosenberg/Goul/Schilken § 51 II 1 a; Stein/Jonas/Münzberg § 808 Rn 22 für die Verwahrung durch den Schuldner. Eine solche Verwahrung soll auch zulässig sein, wenn eine anderweitige Unterbringung sachwidrig wäre, etwa wegen erheblicher Transportschwierigkeiten Rosenberg/Gaul/Schilken § 51 II 1 a.

991 BGH, NJW 1953, 902 (903).

....“

Seit 169:

„....piersammelbank zum Verwahrer bzw. die Depotbank zum Zwischenverwahrer bestellen. (992) Beide können eine sichere Verwahrung und Verwaltung der Papiere gewährleisten. (993)

Aus demselben Grund ist eine Überweisung zur Einziehung unzweckmäßig. Der Sammeldepotanteil wird sinnvollerweise durch elektronischen Verkauf an der Börse verwertet. Seine Einziehung ist mit Schwierigkeiten verbunden im Sinne von § 844 Abs. 1 ZPO. Solche Schwierigkeiten sind anzunehmen, wenn die Einziehung mit Sicherheit einen geringeren Erlös als die andere Verwertungsart erbringt und deshalb wirtschaftlich nicht vertretbar ist. (994) Daher sollte ein Antrag gemäß § 844 ZPO auf Verwertung durch Verkauf an der Börse gestellt werden. (995) Mit dem Verkauf wird die Depotbank beauftragt. Der Verkauf vollzieht sich dann durch elektronische Umbuchung, ohne dass das Papier bewegt wird. Der Erwerber wird Eigentümer der Papiere gemäß § 929 S. 1 BGB, indem er den mittelbaren Besitz von der Depotbank erhält. (996)....“

Die Fußnoten dazu:

”...

992 Vgl. RGZ 102, 77 (79); Rosenberg/Gaul/Schilken § 25 IV 1 b.

993 Vgl. Schumacher S. 91.

994 MüKo/Smid § 844 Rn 2; Schuschke/Walker/Schuschke § 844 Rn 1.

995 Opitz/Schulz, JW 1926, 473 (479).

996 Vgl. Schwintowski/Schäfer Rn 118. Ein Wechsel in der Person des unmittelbaren Besitzers ist für § 929 S. 1 BGB nicht erforderlich, Palandt/Bassenge § 929 Rn 14.

....“

2004 (Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage)

Seiten 1646,7 (Rn. 11.200 bis 11.207)

„.... 3. Herausgabeanspruch des Depotkunden gegenüber Wertpapiersammelbank

11.200 Bei der GS-Verwahrung bestehen vertragliche Beziehungen nur zwischen der Depotbank und ihrem Kunden einerseits und andererseits zwischen der Depotbank und der WSB als Drittverwahrer. Gleichwohl kann auch der Depotkunde als mittelbarer Besitzer der zweiten Stufe unter bestimmten Voraussetzungen aus eigenem Recht die Herausgabe der Wertpapiere von der WSB als Drittverwahrerin und damit unter Umgehung seiner Depotbank als Zwischenverwahrer verlangen.

11.201 Dem Depotkunden stehen hierbei zwei Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Es handelt sich um den dinglichen Herausgabeanspruch als Miteigentümer der sarnelverwahrten Wertpapiere (§985 BGB i.V.m. §§7 Abs. 1, 8 DepG). Solche dinglichen Ansprüche richten sich gegen jeden Besitzer einer Sache. Daneben hat der Depotkunde den schuldrechtlichen Rückforderungsanspruch analog §§546 Abs. 2, 604 Abs. 4 BGB (I). Dieser schuldrechtliche Anspruch gewinnt für den Hinterleger praktische Bedeutung, wenn der Depotkunde nicht zugleich auch Eigentümer der von ihm eingelieferten Wertpapiere ist und ihm daher der dingliche Herausgabeanspruch gegen die drittverwahrende WSB fehlt.

11.202 Dem dinglichen und schuldrechtlichen Herausgabeanspruch des Depotkunden gegen die WSB kommt freilich keine große praktische Bedeutung zu. Denn beide Herausgabeansprüche setzen voraus, dass die Depotbank als Zwischenverwahrerin gegenüber ihrem Depotkunden nicht mehr zum Besitz der von ihr zwischenverwahrten Wertpapiere befugt ist.

11.203 §§ 546 Abs. 2 und 604 Abs. 4 BGB gewähren dem Vermieter bzw. Verleiher den Rückforderungsanspruch erst nach Beendigung der Miete bzw. der Leihe. Solange das verwahrungsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Depotkunden und seiner (zwischenverwahrenden) Depotbank besteht, kann deshalb der Depotkunde seinen Rückforderungsanspruch analog §§ 546 Abs. 2 und 604 Abs. 4 BGB gegen die WSB als Drittverwahrer nicht geltend machen. Der unmittelbare Besitzer kann auch gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers die Herausgabe der Sache verweigern, solange der mittelbare Besitzer (hier Depotbank) gegenüber dem Eigentümer (Depotkunde) zum Besitz berechtigt ist (vgl. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB).

a) Geltendmachung des Herausgabeanspruchs bei Vollstreckungen gegen Depotbank

11.204 Praktisch bedeutsam können die eigenen Herausgabeansprüche des Depotkunden gegen die WSB werden, wenn die Gläubiger der Depotbank in deren Depot bei der WSB vollstrecken, in das die von den Depotkunden hinterlegten Wertpapiere eingebucht sind. Gegenstand solcher Vollstreckungsmaßnahmen können nur solche Rechte sein, die der Depotbank selbst hinsichtlich des von ihr bei der WSB

unterhaltenen Depots zustehen. Dies sind Miteigentumsrechte, soweit in diesem Depot auch eigene Wertpapiere der Depotbank verbucht sind. Im Übrigen hat die Depotbank aus ihrer verwahrungsvertraglichen Beziehung zur WSB eigene schuldrechtliche Auslieferungsansprüche. Von solchen Vollstreckungsmaßnahmen werden jedoch der dem Depotkunden zustehende dingliche Herausgabeanspruch und der schuldrechtliche Rückforderungsanspruch analog den §§546 Abs. 2, 604 Abs. 4 BGB nicht erfasst.

11.205 *Gegenüber diesen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen des Depotkunden kann die WSB die Einrede des Rechtes zum Besitz nicht mehr geltend machen, sobald der Depotkunde seine verwahrungsvertragliche Beziehung zur Depotbank aufgekündigt hat, weil er die Rückgabe der Wertpapiere von seiner Depotbank verlangt hat. Kann sich der Depotkunde mit Hilfe einer entsprechenden Bestätigung seiner Depotbank gegenüber der WSB als Berechtigter legitimieren, so muss die WSB die Wertpapiere unmittelbar an den Depotkunden der zwischenverwahrenen Depotbank ausliefern (1).*

11.206 *Auf die Ausstellung eines solchen urkundlichen Legitimationsnachweises hat der Depotkunde einen (neben-)vertraglichen Anspruch, wenn seine Depotbank an der eigenen Auslieferung der Wertpapiere infolge der gegen sie gerichteten Vollstreckungsmaßnahmen gehindert ist.*

11.207 *Mit dieser unmittelbaren Auslieferung der Wertpapiere an den Depotkunden leistet die WSB zugleich mit befreiender Wirkung gegenüber der zwischenverwahrenen Depotbank als ihrem Vertragspartner des zugrunde liegenden Verwahrungsvertrages. Die Depotbank und ihre Depotkunden können jeder für sich die entsprechende Anzahl von Wertpapieren von der WSB verlangen. Diese ist zugleich Schuldnerin des verwahrungsvertraglichen Rückforderungsanspruches der zwischenverwahrenen Depotbank einerseits und andererseits des dinglichen bzw. schuldrechtlichen Herausgabeanspruches der Depotkunden der zwischenverwahrenen Depotbank. Die Wertpapiersammelbank braucht jedoch die von ihr geschuldete Rückgabe nur einmal zu bewirken. Es liegt ein Gesamtgläubigerverhältnis im Sinne des § 428 BGB vor (2).*

Fußnoten dazu:

”...

1 *Canaris, Bankvertragsrecht(2), Rn 2119 [noch zu §§ 556 Abs. 3 a.F, 604 Abs. 4 BGB].*

1 *Zur Schadensersatzpflicht des gegen den Zwischenverwahrer vollstreckenden Gläubigers wegen Eigentumsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB), wenn dem Drittverwahrer durch die Vollstreckung eine Herausgabe an den Hinterleger als (Mit)eigentümer unmöglich gemacht wird, vgl. BGH, WM 1977, 78, Schütz, JR 1957, 433:*

2 *Vgl. Canaris, Bankvertragsrecht(2), Rn 2120.*

....“

Diskussion der Drittschuldnererklärung der CBF vom 30.5.2005³⁷

An Hand der bereits in einem ersten Pfändungsverfahren von CBF im Mai 2005 abgegebenen Drittschuldnererklärung von CBF können wir schon im Vorfeld einige kritische Bemerkungen vornehmen. Aus im Eigeninteresse von CBF verständlichen (gleichwohl eigennützigen) Gründen wies CBF damals alle Pfändungsansprüche zurück bzw. und wird wohl auch hier wiederum alle Ansprüche zurückweisen.

Unter **I** führt CBF auf Seite 2 aus:

„...Die Schuldnerin unterhält mit der CBF keine Geschäftsbeziehung und wäre hierzu - mangels Erfüllung der Voraussetzung - auch nicht in der Lage, da Kunden der CBF ausschließlich Institute im Sinne des Kreditwesengesetzes sein können. Es besteht keine Geschäftsverbindung mit der Schuldnerin, auf deren Basis CBF Konten für die Schuldnerin führt. CBF ist nicht in Kenntnis, ob die Schuldnerin über andere Zwischenverwahrer Wertpapierbestände bei CBF unterhält, die dieser wiederum als Kunde der CBF auf seinen Konten bei CBF verwahrt. Dies liegt darin begründet, dass CBF die wirtschaftlich Endberechtigten der Bestände, die CBF für ihre Kunden verwahrt, regelmäßig nicht bekannt sind....“

Dazu ist anzumerken, dass, wie vorne ausgeführt wurde, CBF sehr wohl umfangreiche Kenntnisse über Bestände von Argentinien bei CBF hat. So hat CBF bei den Wertpapiermitteilungen Interims-WKN angefordert und auch sonst erhebliche logistische Hilfestellungen für den Umtausch bereitgestellt. (siehe auch die etwa 120 Seiten Anlage „**Wo lagern die Umschuldungsbonds?**“).

Unter **II** führt CBF auf Seite 2 aus:

„...Nach dem gegenwärtigen Stand des laufenden Umtauschverfahrens der Schuldnerin (s.oben) ist bislang kein Erwerb einer Rechtsposition Argentiniens an den bei CBF für ihre Kunden verwahrten Anleihen anzunehmen. Eventuelle Ansprüche auf Rechtsübertrag dieser Anleihen können sich ausschließlich gegen die Altanleihegläubiger, nicht jedoch gegen CBF richten....“

Mit erfolgtem Abschluss der Umschuldung Mitte 2005 (Abgerechnet am 2.6.2005) mit einer Beteiligung von etwas über 76% hat Argentinien sehr wohl Eigentum an den angedienten (Alt)-umtauschleihen erworben.

Unter **II b)** führt CBF auf Seite 2, unten und 3 oben aus:

³⁷ Abruflbar unter: <http://www.rolfjkoeh.net/golive-web-site-second/argentina/arg-pdf-files/clearstreambanking/cbf-drittschuldner-erklrg.pdf>

„....b) Dingliche Ansprüche oder Vermögenspositionen der Schuldnerin gegenüber oder bei der CBF können von uns aus mehreren Gründen nicht anerkannt werden.

• Innerhalb von mehrstufigen Verwahrverhältnissen, wie im vorliegenden Sachverhalt, erfolgt die Besitzmittlung an sammelverwahrten Wertpapierbeständen immer nur gegenüber dem Berechtigten aus dem bilateralen Verwahrvertrag. So wird auch das Bruchteileigentum auf letzter Stufe gegenüber dem Endbegünstigten dadurch vermittelt, dass die Depotbank die entsprechende Umbuchung in ihrem Verwahrbuch vornimmt (vgl. BGH, WM 2004, 1747, 1748). Entsprechend dieser Systematik des Depotrechts besteht ein dinglicher Herausgabeanspruch nur seitens dieses Berechtigten gegenüber seiner Depotbank und nicht gegenüber einem Zentralverwahrer. Im vorliegenden Fall kommen daher Herausgabeansprüche bezüglich der Altanleihen immer nur im Verhältnis zwischen BoNY und CBF in Betracht.

Der (dingliche) Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer (§ 985 BGB) richtet sich gegen den Besitzer. Unmittelbarer Besitzer ist CBF!

CBF führt weiter aus (Seite 3 mitte):

„....• Einem Durchgreifen des Herausgabeanspruchs des endbegünstigten Wertpapierinhabers, den er gegenüber seiner Depotbank besitzt, auch gegenüber der Wertpapiersammelbank wird in der juristischen Literatur einhellig abgelehnt, da einem solchen Anspruch insbesondere auch der höherrangige Besitzanspruch des unmittelbar bei der CBF hinterlegenden Institutes – hier BoNY – entgegensteht (vgl. Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 11.200 u. 11.202, Heinsius/Horn/Than, Depotgesetz, § 7 Rn. 4³⁸)....“

³⁸ Der Text (Seite 194 und 195) lautet: „4...II. Auslieferungsverpflichteter Auslieferungsverpflichteter ist der Sammelverwahrer. Der Anspruch des Hinterlegers richtet sich nur gegen seinen Vertragspartner, der Anspruch des Kunden also gegen den Lokalbänkier, dem seinerseits der gleiche Anspruch gegen den Zentralbankier zusteht (zur Drittsammelverwahrung siehe § 5 Abs. 3). Hat dieser die Wertpapiere seinerseits einer Wertpapiersammelbank in Verwahrung gegeben, so steht ihm der Anspruch auf Herausgabe zu. Nach Opitz (§§ 6, 7, 8 Bern. 2 5) rechtfertigt es die Natur des Herausgabeanspruchs, „daß der Hinterleger ihn nicht nur dem Verwahrer gegenüber geltend machen kann, dem er die Wertpapiere anvertraut hat und mit dem er in Geschäftsverbindung steht, sondern unter entsprechender Anwendung der §§ 5 56 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB auch dem Drittverwahrer gegenüber, wie überhaupt gegenüber jedem dritten Besitzer“. Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie in ihrem Schutzbemühen über den Rahmen der gesetzlichen Regelung hinauschiebt. Das im Falle der Drittverwahrung zustandekommende Drittverwahrungsverhältnis ist gegenüber dem Verwahrungsverhältnis völlig selbständig. Dies gilt regelmäßig auch dann, wenn der Name des Hinterlegers dem Drittverwahrer aus verwahrungstechnischen Gründen bekanntgegeben wird (vgl. § 3 Rdn. 1 3). Das Verwahrungsverhältnis kommt nur mit dem Zwischenverwahrer zustande. Auch aus § 3 kann Gegenteiliges nicht hergeleitet werden; die Hinterlegung beim Drittverwahrer erfolgt im Namen des Zwischen Verwahrers, der Drittverwahrer besitzt nicht für den Hinterleger des Lokalbänkiers, sondern für den Lokalbänkier, seinen Hinterleger. Die Rechtsfolgen der gesetzlichen Vermutung in § 4 bleiben auf den darin geregelten Tatbestand beschränkt, nämlich die Fremdvermutung zum Zwecke der Verhinderung des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs durch den Drittverwahrer. Ist der Zwischenverwahrer gegenüber dem Drittverwahrer alleiniger Anspruchsberechtigter, so kann der Ersthinterleger (Kunde) den Anspruch aus § 7 gegen den Drittverwahrer nur

Diese Darstellung, dass die juristische Literatur einhellig das Durchgreifen des Herausgabeanspruches über den unmittelbaren Vertragspartner (Depotbank, BoNY) hinaus zum zentralen Sammelverwahrer (CBF) ablehne, ist **schlichtweg falsch**. Vielmehr ist das **Gegenteil richtig**. Wie Einsele, die wohl als die zur Zeit wichtigste Stimme zu diesem Themenbereich in Deutschland ist, 1995 (Wertpapierrecht als Schuldrecht) und auch 2001 in WM 1/2001 schreibt, ist die h. M. genau andersherum und unterstützt meinen Pfändungsansatz.

So schreibt Einsele 1995:

„...Nach wohl h. M. besteht der Auslieferungsanspruch des Hinterlegers gegen den Verwahrer gem. §7 Abs. 1 Halbs. 1 DepotG nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber dem Drittverwahrer ; dieses Ergebnis wird mit der analogen Anwendung der §§556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB begründet....“

Und 2001:

„...Nach wohl h. M. soll sich dieser schuldrechtliche Auslieferungsanspruch des Hinterlegers in analoger Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB aber auch gegen den Drittverwahrer richten (41)...“

Das heißt, das Einsele auch im Jahre 2001 resümiert und die herrschende Meinung wie oben steht, wiedergibt.

Siehe auch weitere der vielfältigen Zitate von einschlägigen Stellen weiter vorn.

geltend machen, wenn er ihm vom Zwischenverwahrer abgetreten ist (Quassowski-Schröder § 7 Anm. B I 4a; Ratz in RGR Komm. z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 90).

5 Die Geltendmachung des Auslieferungsverlangens gegenüber einer Wertpapiersammelbank erfordert die Einhaltung besonderer, in den Geschäftsbedingungen der Kassenvereine geregelter Verfahrensvorschriften (Formularzwang). Danach erfolgt die Auslieferung von Wertpapieren aus dem Sammelbestand gegen Vorlage eines Weißen Wertpapierschecks (§ 28 GB KV). Der Weiße Wertpapierscheck ist kein Scheck im Sinne des Scheckgesetzes, er ist eine Anweisung (§§ 78 3 ff BGB), vgl. Hueck S. 97. Die Anweisung ist eine Urkunde, in der der Aussteller einen anderen anweist, zugunsten eines Dritten eine Leistung zu erbringen und sie dem Anweisungsempfänger auszuhändigen. Der Weiße Wertpapierscheck ist naturgemäß übertragbar (§ 6 Rdn. 75). Der Kassenverein ist befugt, aber nicht verpflichtet, die Berechtigung des Überbringers des Schecks zu prüfen. Durch die Leistung an den Überbringer wird der Kassenverein befreit (vgl. Schütz, BFB, S. 107); siehe im einzelnen § 6 Rdn. 7 3 ff. Der Formularzwang der Kassenvereine gilt nicht, sofern die Verfügung durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen die Wertpapiersammelbank durch den Depotkunden des Zwischenverwahrers erfolgt. Die Hinführung des Formularzwangs beruht auf einer rechtsgeschäftlichen Abrede, welche nur die unmittelbaren Vertragspartner des Kassen-Vereins bindet (LG München WM 1951, 296 sowie WM 1951, 502). Im Verhältnis Depotkunde zum Haussammelverwahrer beziehungsweise Zwischenverwahrer besteht regelmäßig für das Auslieferungsgeschäft kein Formularzwang (Opitz §§ 6, 7, 8 Bern. 28); der Hinterleger wird sich als Depotkunde beziehungsweise als sonst über das Depot Verfügungsberechtigter auszuweisen haben. Es besteht grundsätzlich kein Anlaß zum Zweifel, daß der Depotinhaber, wie er in den Depotauszügen des Kreditinstituts genannt wird, auch Eigentümer der im Depotauszug bezeichneten Wertpapiere ist (LG Frankfurt a. M. WM 1951, 229)....“

34

Im Übrigen ist die Darstellung von Heinsius (Bemerkungen 4 und 5, Seiten 194,195) in sich widersprüchlich. Führt er unter 4 noch aus, dass die Ansicht von Opitz abzulehnen sei, da sie in ihrem Schutzbemühen über den Rahmen der gesetzlichen Regelung hinausschießt, so führt er unter 5 zum Thema **weißer Wertpapierscheck** aus, dass „...*Der Formularzwang der Kassenvereine gilt nicht, sofern die Verfügung durch **Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die Wertpapiersammelbank durch den Depotkunden des Zwischenverwahrers erfolgt**...*“ Implizit räumt er damit die Möglichkeit der Abtretung des Herausgabeanspruches des Depotkunden unmittelbar gegenüber dem Zentralverwahrer (in unserem Falle CBF) ein; und genau diesen pfänden wir.

Unter **II c)** führt CBF aus:

„...Entsprechend den vorgenannten Ausführungen geht der Bundesgerichtshof (WM 2004, 1747, 1749) wie auch die überwiegende Literatur (siehe z.B. Kunst, in: Zwangsvollstreckung in Wertpapiere, S. 167; Heinsius/Horn/Than, Depotgesetz, § 6 Rn. 50³⁹; Einsele, Wertpapierrecht als Schuldrecht, S. 79; Kumpel, in: Bankrecht und Bankpraxis, 2003, Band 4, 8/79a, 79b) davon aus, dass eine Pfändung von Ansprüchen eines endbegünstigten Schuldners (z.B. des Herausgabeanspruchs) bei sammelverwahrten Wertpapieren nur auf Ebene der Depotbank erfolgen kann. Die Depotbank ist demnach die allein richtige Adressantin einer Pfändung durch einen Gläubiger....“

Diese (einseitige) Zitate Auswahl gibt den Stand der Literatur zu dieser Problematik falsch wieder. (Siehe oben). Der hier als „Kronzeuge“ zitierte Heinsius schreibt an der angegebenen Stelle (Rn. 50; siehe Fußnote unten für den Halbsatz im Zusammenhang) quasi im Nebensatz **„...im mehrstufigen Verwahrungsverhältnis ist dies derjenige Zwischenverwahrer, der in unmittelbarer Rechtsbeziehung zum Schuldner steht, also die Depotbank...“** dass die (unmittelbare) Depotbank (hier ist wohl die BoNY gemeint) der zu adressierende Drittschuldner sei. Aus dem kompletten Zusammenhang ist zu entnehmen, dass diese Zitatstelle in ihrer Zielrichtung von Heinsius auf die Darlegung der Problematik, dass Drittschuldner nicht die (unübersehbare und nicht direkt ansprechbare enorme Vielzahl) am Sammelbestand beteiligten Anleger sein können, sondern der Verwahrer. Welcher Verwahrer, ob die gesamte Verwahrkette mit CBF an der Spitze oder eben nur der in unmittelbarer

³⁹ Seite 155 (Heinsius, Horn, Than 1975) Rn 50: „...**50 b)** Zwangsvollstreckung in einen Sammelbestandanteil Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in einen Sammelbestandanteil wegen einer Geldforderung ergibt sich aus § 751 Satz 2 BGB. Drittschuldner sind nicht die Beteiligten am Sammelbestand, sondern ist der Verwahrer, dem der Schuldner die Wertpapiere anvertraut hat; **im mehrstufigen Verwahrungsverhältnis ist dies derjenige Zwischenverwahrer, der in unmittelbarer Rechtsbeziehung zum Schuldner steht, also die Depotbank** (Ratz in RGR Komm. z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 88). Die Pfändung erfolgt, sofern der Titel auf Geld lautet, nach §§ 857, 829, 835, 836 ZPO. Lautet der Titel auf Herausgabe, so geschieht die Vollstreckung nach § 886 ZPO. Der Gläubiger kann aber auch an Stelle des Anteils den Anspruch auf Herausgabe der Wertpapiere nach §§ 846, 847, 829 ZPO pfänden lassen. Die Verwertung geschieht in diesem Fall nach §§ 847 Abs. 2, 814, 821 ZPO. Die Pfändung in ein Jungscheinguthaben muß nach § 857 Abs. 1 u. Abs. 2 ZPO durchgeführt werden, die Verwertung nach § 844 ZPO (Büchner S. 221). Zur Zwangsvollstreckung in Sammelschuldbuchforderungen siehe § 42 Rdn. 35, ferner Saalfrank. WM 1960, 1138. Siehe im einzelnen auch § 8 Rdn. 8....“

Vertragsbeziehung zum Schuldner stehende erststufige unmittelbare Verwahrer (BoNY) wird von Heinsius nicht problematisiert oder diskutiert. CBF's Interpretation schießt somit doch weit über die Intention von Heinsius hinaus.

Die Aussagen zu dem BGH Urteil IXa ZB 24/04 (WM 2004, 1747, 1749) werden von CBF auch verfälschend und tendenziös dargestellt. Beim durchlesen des Urteils wird klar, dass der BGH sich keines Wegs vorrangig mit der Frage der Pfändungsreihenfolge befasst hat, wie es CBF mit der Zitierung glaubend machen will.

Unter **II d)** führt CBF aus:

„...Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen zum Herausgabeanspruch im Rahmen des mehrstufigen Verwahrverhältnisses und zur Pfändbarkeit auf Ebene der Wertpapiersammelbank, erlischt die in der Altanleihe verbrieftete Forderung durch Konfusion, sobald Argentinien als Emittent die Altanleihe im Rahmen des Umtauschgebots zu Eigentum zurück erwirbt (siehe Marburger, in: Staudinger, BGB, § 797 Rn. 9⁴⁰; Palandt-Sprau, § 793 Rn. 9⁴¹)....“

⁴⁰ Aus Staudinger-Marburger Seite 257:

„...III. Erlöschen des verbrieften Rechts

9 Die in der Urkunde verbrieftete Forderung erlischt, wenn der Aussteller die Schuldverschreibung durch schuldbeitende Leistung einlöst und dann das Eigentum am Papier nach Satz 2 zurück erwirbt (aM BGB-RGRK/STEFFEN Rn 11). Solange das Erlöschen aus dem Papier nicht hervorgeht oder die Urkunde nicht vernichtet ist, bleibt allerdings die Möglichkeit eines gutgläubigen Dritterwerbs. **Dagegen ruht die Forderung und kann durch erneute Begebung oder redlichen Erwerb wieder aufleben, wenn der Aussteller die Urkunde aus anderen Gründen als zur Einlösung erwirbt** (RGZ 147, 233, 243; ERMAN/HECKELMANN Rn 2; s § 793 Rn 19).

IV. Einlösung durch eine Zahlstelle

10 In der Praxis bedient sich der Aussteller zur Einlösung der Schuldverschreibung gewöhnlich einer Bank als beauftragter Zahlstelle. Zur Erfüllung der Verbindlichkeit und zum Eigentumserwerb, der idR unmittelbar in der Person des Ausstellers eintritt (vgl OLG Düsseldorf WM 1955,163; KG WM 1958,1261), kommt es dann erst, wenn die Zahlstelle leistet, nicht schon mit der Bereitstellung der Mittel durch den Aussteller (BGB-RGRK/STEFFEN Rn 10; zu den Einzelheiten s BGHZ 26,167,170 ff; CANARIS, Bankvertrag-recht Rn 2186 mwN). Der Anspruch des Inhabers gegen den Aussteller bleibt vom Insolvenzverfahren über das Vermögen der Zahlstelle oder von einer Blockierung der ihr zur Verfügung gestellten Einlösungsmittel durch hoheitlichen Eingriff unberührt (BGB-RGRK/SIEFFEN Rn 10; vgl vCAEMMERER JZ 1951, 740)....“

⁴¹ Palandt-Sprau, § 793 Rn. 9 bis 11, (Seite 1164)

„...9 5) Berechtigter ist der Träger des in der Urk verbrieften FdgsRechts. - a) Materiell berechtigt ist der Eigentümer der Urk. Das ist zunächst der Ersterwerber, der das Eigentum durch Begebung mit dem AusSt (Rn 8) erworben hat. Vfg über die Urk (u damit auch das verbrieftete R) nach sachenrechtl Grds (Einf 3); Übertragung erfolgt daher gemäß §§ 929 ff (Übertr bei DepotVerwahr s § 676 Rn 2). Nachfolgende Inh erwerben desh ggf auch gutgl nach §§ 932 ff, 935 II, HGB 366 f; sa § 794, § 796 Rn 4. **Dieser starke sachenrechtl Einschlag führt auch dazu, dass der RSatz vom Untergang der Fdg durch Zutreffen von Glaub- u SchuStellg hier grdsätzl nicht gilt (RG 147, 233/243); and bei Einlösg des Papiers durch den AusSt (sa § 797 Rn 2), sie führt zum Untergang des verbrieften Rechts (Staud/Marburger Rn 19). Nach hL kann das verbrieftete R auch gem 10 § 398 übertr werden (Folge: § 952 II; MüKo/Hüffer Rn 19). - b) Berechtigungsvermutung. Für den Besitzer der Urk gilt die Eigentumvermutung des § 1006. Aus I 2 folgt außerdem, dass die materielle Berechtigung des Inhabers der Urk vermutet wird, sog formelle Berechtigung. Inh ist, wer die rein tats Gewalt über das Papier ausübt. Das ist nicht immer der Besitzer; mittelb Besitz genügt, wenn die Ausübung des R durch Dr ausgeschl ist 11 (zB Depotverwahr; MüKo/Hüffer Rn 12). Sa Rn 12. - c) Innehabung der Urkunde (Rn 10) ist Voraussetz für die Durchsetzbarkeit des**

Konfusion ist im Zusammenhang mit verbrieften Inhaberteilschuldverschreibungen überhaupt nicht einschlägig! Wie Marburger in Rn 9 zutreffend bemerkt („...*Dagegen ruht die Forderung und kann durch erneute Begebung oder redlichen Erwerb wieder aufleben, wenn der Aussteller die Urkunde aus anderen Gründen als zur Einlösung erwirbt....*“) ruht die Forderung, wenn die Urkunde nicht zur Einlösung vom Aussteller erworben wird. Das Charakteristikum des Zwangsumtausches der Republik Argentinien ist ja gerade, dass die ausstehenden Schuldverschreibungen ja gerade nicht durch Leistung⁴² der versprochenen „Leistung“ erworben wurden. Das wird u. A. schon daran deutlich, dass auch Inhaberteilschuldverschreibungen „umgetauscht“ wurden, die noch gar nicht endfällig und somit fällig waren.

Auch Rn. 9 Palandt-Sprau („...*Dieser starke sachenrechtl Einschlag führt auch dazu, dass der RSatz vom Untergang der Fdg durch ZusTreffen von Glaub- u SchuStellg hier grdsätzl nicht gilt (RG 147, 233/243...)*“) führt zutreffend aus, dass Konfusion hier grundsätzlich nicht einschlägig ist. Der weiter folgende Halbsatz bezieht sich auf Staudinger-Marburger Rn. 9 (Im Palandt wohl mit Druckfehler fälschlich mit Rn 19 und nicht Rn. 9 indiziert); zur Nichtanwendbarkeit dieser Qualifizierung siehe oben (**es handelt und handelte sich bei diesem „Zwangsumtausch“ ja gerade nicht um eine Einlösung des Papiers durch den Aussteller nach § 797**). Zum „normalen“ Verfahren von Einlösung von Inhaberteilschuldverschreibungen siehe Staudinger-Marburger Rn 10 zu § 797 BGB.

Die Grundlage des Zwangsumtausches ist der Verkaufsprospekt Argentinische Republik vom 28. Dezember 2004⁴³. **Dort wird ausdrücklich von einem öffentlichen Umtauschangebot gesprochen.** An keiner Stelle im Prospekt ist davon die Rede, dass die alten, defaulten

verbrieften FdgsR, weil der AusSt nur gg Aushändiggg zur Leistg verpfl ist, § 797. HerausgAnspr des mat Berecht nach § 985. Bei Verlust KraftlosErkl nach § 799....“

⁴² § 797 BGB:

Leistungspflicht nur gegen Aushändigung

Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist.

⁴³ Seite 1 des Verkaufsprospektes:

*„...Verkaufsprospekt Argentinische Republik **Öffentliches Umtauschangebot***

*Die Argentinische Republik („Argentinien“ oder die „Republik“) gewährt Inhabern der in Anhang A zu diesem Verkaufsprospekt (nachfolgend als „Prospekt“ bezeichnet) aufgeführten Wertpapiere (zusammen, die „Umtauschberechtigten Wertpapiere“) die Möglichkeit, diese **Umtauschberechtigten Wertpapiere zum Umtausch gegen die folgenden von Argentinien zu begebenden Wertpapiere anzubieten:***

.....

*Die Frist, innerhalb derer Inhaber von **Umtauschberechtigten Wertpapieren berechtigt sind, Umtauschberechtigte Wertpapiere in Neue Wertpapiere umzutauschen**, läuft vom 14. Januar 2005 bis zum 25. Februar 2005 (16:15 Uhr New Yorker Zeit), soweit sie nicht nach freiem Ermessen von Argentinien verlängert oder verkürzt worden ist. Argentinien behält sich das Recht vor, **eingereichte Umtauschberechtigte Wertpapiere nach freiem Ermessen nicht zum Umtausch anzunehmen.***

*Der Umtausch der **Umtauschberechtigten Wertpapiere** ist mit erheblichen Risiken verbunden. Siehe „Risikofaktoren“ beginnend auf Seite 58, die von Anlegern in Neue Wertpapiere berücksichtigt werden sollten....“*

Inhaberteilschuldverschreibungen durch Leistung der versprochenen Leistung nach BGB eingelöst werden. Es bleibt also als Ergebnis festzuhalten, dass die Alt-Umtauschbonds keineswegs durch „Konfusion“ erloschen bzw. untergegangen sind.

Unter **III** (Seite 4) führt CBF aus:

„...Ansprüche im Zusammenhang mit der Zuteilung der Neuanleihen und Zinszahlungen hierauf.

Die im Rahmen des Umtauschverfahrens an die teilnehmenden Altgläubiger zu übertragenden Neuanleihen werden ausschließlich im Ausland bei dortigen Lagerstellen bzw. Wertpapiersammelbanken hinterlegt und begeben. Eine Girosammetverwahrung solcher Anleihen im Inland bei CBF erfolgt zu keinem Zeitpunkt.

Ausgehend von dem derzeitigen Stand des Umtauschverfahrens werden CBF die auf die Altgläubiger entfallenden Anteile an diesen Anleihen ausschließlich von den ausländischen Lagerstellen/Wertpapiersammelbanken in Ihrer Funktion als Treuhänder der Altanleihegläubiger übertragen und durch CBF für die Altgläubiger in Wertpapierrechnung verwahrt. CBF erwirbt ausschließliches treuhändisches Eigentum zugunsten der Altgläubiger. Rechtsbeziehungen respektive Ansprüche oder Forderungen der Schuldnerin gegenüber CBF bestehen dabei zu keinem Zeitpunkt. Ebenso verhält es sich betreffend der Zinszahlungen die auf die Neuanleihen erfolgen. Diese Zahlungen werden CBF gleichfalls ausschließlich treuhändisch durch die Zahlstellen für die Altgläubiger übertragen und an die Kunden der CBF weitergeleitet werden....“

Der Sachverhalt bei der Zuteilung der Neuanleihen durch CBF stellt sich doch etwas anders dar, als CBF es glauben machend will. Siehe dazu Auszüge aus dem Papier von ABRA („Richtlinien für die Umschuldungstilgung der durch die Argentine Bond Restructuring Agency plc ("ABRA") an die Inhaber von ABRA-Zertifikaten (die "Zertifikatinhaber“) ausgegebenen Zertifikate aufgrund der Abwicklung des Umschuldungsangebotes Argentinien“).

Dem Pfändungsansatz liegt folgender Abwicklungsprozess zu Grunde:

Diese Anleihen werden bzw. wurden von Argentinien geschaffen und befinden sich Anfangs im Eigentum von Argentinien. Beim Umtauschvorgang werden sie in WP-Rechnung durch CBF den Umtauschwilligen „besitzvermittelt“ (Besitzkette: Argentinien, BoNY London, CBL bzw. Euroclear, CBF). In dieser logischen Sekunde des Übergangs vom gemeinsam durch CBL und Euroclear bestimmten Verwahrer (BoNY London) bestimmten Verwahrer über CBL (Luxemburg) an CBF befinden sie sich noch im Eigentum Argentinien und unterliegen somit dem Pfändungsvorgang.

Die angebliche Rolle von CBF als „Treuhänder“ für die Neuanleihen-Inhaber stößt doch auf größte rechtliche bedenken. CBF möge die Treuhandvereinbarung offen legen. Ansonsten ist auch beim Treuhänder Eigentum von Argentinien pfändbar.