

ZH_OBERGERICHT LI170001 vom 14. Mai 2018

ZH Obergericht, 2018-05-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LI170001

FR: ZH_OBERGERICHT LI170001 du 14 mai 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LI170001 del 14 maggio 2018

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin ist Willensvollstreckerin im Nachlass von C._____, welcher am tt.mm.2012 verstarb. C._____ war alleiniger wirtschaftlicher Berechtigter sämtlicher Aktien der Baugesellschaft D._____ AG mit heutigem Sitz in E._____. Die D._____ AG hält mehrere Mehrfamilienhäuser an der F._____-Strasse 1/3/5 in G._____ und an der H._____-Strasse 2/4/6 in I._____. Einziger Verwaltungsrat der AG war seit dem Jahr 1991 bis zu seinem Tod am tt.mm.2015 Rechtsanwalt Dr. B._____ (fortan RA B._____). Am 2. Juni 1997 schlossen C._____ und RA B._____ einen Treuhandvertrag (act. 4/4). Im Falle des Todes von C._____ sollte der Treuhandvertrag nicht erlöschen, für den Fall des Todes oder Konkurses von RA B._____ sah die Vereinbarung nichts vor.

E. 1.1

Mit der Aussonderungsklage prüft das zuständige Gericht, ob ein strittiger Gegenstand dem Konkursbeschlagnahme unterliegt oder nicht. Auch wenn materiellrechtliche Aspekte zum Tragen kommen, erfolgt keine rechtskräftige Beurteilung der Eigentumsverhältnisse (BGE 131 III 595 f. E. 2.1; RUSSENBERGER, BSK SchKG II, 2. A., Art. 242 N 6); es handelt sich um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Das Eigentumsrecht bildet immerhin den wichtigsten Aussonderungsgrund. Des weiteren kommen der Auftrag (Art. 401 Abs. 3 OR) sowie auch konkursrechtliche Aussonderungsgründe (Art. 201 - 203 SchKG) in Betracht. Die Klägerin begründet ihren Aussonderungsanspruch im Hauptstandpunkt mit ihrem Eigentum, in den zwei Eventualbegründungen beruft sie sich auf die Aussonderung nach Art. 201 SchKG bzw. nach Art. 401 Abs. 3 OR. Diese Aussonderungsgründe sind nachfolgend im Einzelnen zu prüfen. Dabei ist vorab festzuhalten

- 5 - ten, dass die Aktiv- bzw. Passivlegitimation der Parteien unbestritten und ohne weiteres zu bejahen ist.

E. 1.2

Es ist unbestritten, dass C._____ als Treugeber und RA B._____ als Treunehmer am 2. Juni 1997 den Treuhandvertrag gemäss act. 4/4 unterzeichneten. Darin wurde RA B._____ beauftragt, sämtliche Rechte aus den Aktien der D._____ AG sowohl gegenüber der Baugesellschaft wie auch gegenüber Dritten wahrzunehmen. Zu diesem Zweck übergab C._____ fünf Aktienzertifikate über sämtliche 2000 Aktien der Gesellschaft, wobei in Ziff. 1 festgehalten ist, dass der Treugeber Eigentümer sämtlicher 2'000 Inhaber-Aktien Nr. ... - ... der Baugesellschaft D._____ AG sei. RA B._____ übernahm das Mandat als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift, und er verpflichtete sich, die ihm zustehenden Rechte und Pflichten als Aktionär und Verwaltungsrat nur nach den Weisungen von C._____ auszuüben (Ziff. 1 - 3 Treuhandvertrag). Für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat

war eine feste Entschädigung vereinbart (Ziff. 4 Treuhandvertrag). Ziffer 5 des Vertrages regelt die Entlastung des Treuhänders, Ziff. 6 die Weitergeltung des Vertrages bei Tod, Verschollenerklärung und Handlungsunfähigkeit des Treugebers. In Ziff. 7 verpflichtet sich der Treuhänder, auf erstes Verlangen des Treugebers sein Mandat niederzulegen und die Aktien-Titel zurückzugeben. Andererseits ist er berechtigt, jederzeit aus dem Verwaltungsrat zurückzutreten. In beiden Fällen hat er Anspruch darauf, dass ihm die Generalversammlung der AG formell Entlastung erteilt und dass er unverzüglich im Handelsregister gelöscht wird. In Ziff. 8 wird die Bevollmächtigung der dritten Ehefrau von C._____ und des Sohnes J._____ festgehalten (act. 4/4). 2. Eigentumsansprache nach Art. 641 ZGB

E. 2

Nach dem Tod von C._____ lief das Treuhandverhältnis unverändert weiter. Nach dem Tod von RA B._____ schlugen dessen Erben das Erbe aus und das Bezirksgericht Meilen ordnete mit Urteil vom tt. Mai 2015 für den Nachlass die konkursamtliche Liquidation an (act. 4/19 f.). Im darauf erstellten konkursamtlichen Inventar verzeichnete das verfahrensführende Konkursamt Riesbach-Zürich die fünf Inhaberaktienzertifikate der Baugesellschaft D._____ AG (Zertifikate

- 3 - Nr. 6-10; act. 4/67 S. 5 f.). Mit Schreiben vom 2. Juni 2015 beanspruchte die Willensvollstreckerin im Nachlass von C._____ die Aktien zu Eigentum des Erblassers und verlangte deren Herausgabe (act. 4/71). Mit Verfügung vom 8. Februar 2017 wies das Konkursamt den Anspruch am Aktienzertifikat Nr. ... über 490 Inhaberaktien der Baugesellschaft D._____ AG zu je Fr. 1'000.-, Nummern ...-..., ab und setzte der Eigentumsansprecherin in Anwendung von Art. 242 Abs. 2 SchKG eine Frist von 20 Tagen an, um Klage auf Herausgabe des Aktienzertifikats Nr. ... zu erheben. Es nahm dabei Bezug auf eine (nicht bei den Akten liegende) Vereinbarung zwischen der Konkursmasse und der Klägerin vom 29. November 2016 und 17. Januar 2017, welche von den Konkursgläubigern am 30. Januar 2017 genehmigt worden war, und in welcher das vorgesehene Vorgehen genehmigt worden sein soll (act. 4/2).

E. 2.1

Im Hauptstandpunkt verlangt die Klägerin die Aussonderung des streitigen Aktienzertifikates gestützt auf Art. 641 ZGB. Sie macht geltend, es liege eine Verwaltungstreuhand vor, wobei der Treuhandvertrag mit dem Tod von RA B._____ dahingefallen sei; ein Weiterbestand des Vertrages sei nur für den Fall des Todes des Treugebers vorgesehen worden. Damit habe das Treuhandver-

- 6 - hältnis mit dem Tod des Treunehmers, am tt.mm.2015, geendet. Die Klägerin lässt ausführen, die Parteien des Treuhandvertrages hätten das Eigentum an den Inhaberaktien (nur) resolutiv bedingt auf RA B._____ übertragen, so dass dieses bei dessen Tod an C._____ (bzw. dessen Erben) zurückgefallen sei. Zweck des Vertrages sei die Verwaltung der Inhaberaktien durch RA B._____ gewesen, der seine Aufgaben stets gemäss den Weisungen und im Interesse des Treugebers auszuüben gehabt habe. Gerade bei der Treuhand sei davon auszugehen, dass die Übereignung nur gegenüber dem Fiduziar persönlich erfolge und beim Tod des Treunehmers deshalb nicht auf die (häufig unbekannt) Erben übergehe. Im konkret zu beurteilenden Vertrag sei nichts Gegenteiliges vereinbart. Eine solche Resolutivbedingung könne explizit vereinbart werden oder sich aus der Auslegung ergeben; für den Nachlasskonkurs werde sie auf den Tod des Treunehmers

hin vermutet. Mit dem Eintritt der Bedingung werde das Rechtsgeschäft ipso iure hinfällig, was automatisch zum Rückfall des Eigentums führe. Der Treuhandvertrag enthalte keine explizite Regelung eines solchen Rückfalls, doch bestehe wie erwähnt im Nachlasskonkurs im Sinne einer Beweiswürdigungsregel die natürliche Vermutung, dass das Eigentum mit dem Tod des Beauftragten auf den Auftraggeber zurückfalle. Damit ergebe sich der Herausgabeanspruch direkt aus Art. 641 ZGB. Selbst wenn man eine solche Vermutung ablehne, führe die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens zu keinem anderen Ergebnis. Dabei habe das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht sei, weil nicht anzunehmen sei, die Parteien hätten eine unangemessene Lösung gewollt. Vorliegend hätten die Parteien keine Absicht gehabt, das Treugut auf die Erben von RA B. _____ übergehen zu lassen; RA B. _____ habe sein treuhänderisches Mandat und die daraus fließenden Rechte bis zu seinem Tod ausüben, diese aber nicht weiter vererben sollen, was denn auch der gesetzlichen Regelung für Forderungen entspreche. Das Bundesgericht lasse schliesslich die Aussonderung des Treuhandvermögens zufolge Eigentums zu Gunsten bestellter Mitfiduziare ohne weiteres zu. Der Übergang des Treugutes auf die Erben des Treuhänders stelle mithin die absolute Ausnahme dar, von der keineswegs reflexartig ausgegangen werden dürfe (act. 2 S. 22 - 27, Rz 60 - 78).

- 7 - In der Replik ergänzte die Klägerin, dass sich der Herausgabeanspruch nach Art. 641 ZGB nicht nur über die Auslegung des Treuhandvertrages ergebe, sondern auch über die Vertragsergänzung. Die Beklagte räume selber ein, dass in Bezug auf das Schicksal des Treugutes für den Fall des Konkurses bzw. Nachlasskonkurses eine Vertragslücke vorliege, wenn sie davon ausgehe, dass dieser Fall sowohl für die Vertragsparteien als auch für die Allgemeinheit ausserhalb jeglicher Vorstellung gelegen habe. Gehe man wie von der Beklagten ausgeführt davon aus, dass die Parteien bei Vertragsschluss nicht an die heute eingetretene Konstellation gedacht hätten, gehe es nicht mehr um die Frage der Vertragsauslegung, sondern es liege eine Vertragslücke vor, die unter Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu schliessen sei. Dabei sei zu beachten, dass als Ausgangspunkt für die Ergänzung des Vertrages immer der hypothetische Wille und das dispositive Recht nur gelte, wenn in einem konkreten Fall hypothetisch davon ausgegangen werden dürfe, dass die Parteien eine bestimmte dispositive Regel vereinbart hätten. Unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien sowie des Umstandes, dass mit dem Treuhandvertrag eine Verwaltungstreuhand begründet worden und der wirtschaftliche Wert und Nutzen der übergebenen Aktienzertifikate immer beim Treugeber geblieben sei, könne kein Zweifel daran bestehen, dass der tatsächliche und übereinstimmende Wille der Parteien darauf gerichtet gewesen sei, dass die Aktienzertifikate im Falle des Ablebens bzw. (vor allem) im Falle des Konkurses/Nachlasskonkurses von RA B. _____ an die wirtschaftlich Berechtigten herausgegeben würden. Vorliegend hätten die Vertragsparteien darauf vertraut, dass das Treugut dem jeweiligen Treugeber herausgegeben würde. Hätten sie bei Vertragsschluss bedacht, dass über den Nachlass von RA B. _____ der Konkurs eröffnet würde, hätten sie zweifelsfrei eine Regelung zum Schutz des ursprünglichen Treuguts im Sinne der Vereinbarung einer Resolutivbedingung vereinbart (act. 36 S. 8 - 13 Rz 15 - 31).

E. 2.2

Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort die von der Klägerin behauptete Auslegung. Aufgrund der Rollenverteilung der Vertragsparteien sei ohne weiteres anzunehmen, dass RA B. _____ der Verfasser des Vertrages gewesen sei. Damit komme der Rechtsauffassung

und der Verkehrsübung in Anwaltskreisen erhebliche Bedeutung zu. Mit der Klägerin sei festzustellen, dass der Wortlaut des Ver-

- 8 - trages nahelege, die Parteien hätten eine Verwaltungstreuhand bezweckt. Unklar sei, weshalb im Jahr 1997 sämtliche Aktien übertragen worden seien, wenn RA B._____ bereits seit 1991 einziger Verwaltungsrat der Baugesellschaft D._____ AG gewesen sei. Die subjektive Auslegung ergebe keinerlei Hinweise, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien darauf gerichtet gewesen wäre, eine resolutiv bedingte Übertragung der Aktienzertifikate auf RA B._____ und bei dessen Tod ein automatischer Rückfall der Aktien ins Eigentum an C._____ bzw. dessen Erben zu vereinbaren. Im Gegenteil lasse der Umstand, dass C._____ die Aktien nicht in seiner Steuererklärung aufführte, eher darauf schliessen, dass er nicht wollte, dass diese bei Beendigung des Treuhandvertrages wieder in seinem Vermögen aufscheinen; und für eine Vertragsänderung nach dem Tod C._____s lägen keine Anzeichen vor. Mit dem Tod des Treuhänders habe der Treuhandvertrag zwar geendet, was jedoch auf das Eigentum an den fiduziarisch übertragenen Vermögenswerten keinen Einfluss gehabt habe. Die Resolutivbedingung, welche die Klägerin vermutungsweise annehme, stelle eine unzulässige Vertragsergänzung dar und bedürfte einer expliziten Vereinbarung im Treuhandvertrag, die fehle. Die Zulässigkeit eines automatischen Rückfalls sei überdies umstritten. Aufgrund des Standes der Lehre im Zeitpunkt des Vertragsschlusses könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Resolutivbedingung stillschweigend angenommen werden könne. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ex tunc ergebe, dass ausgeschlossen werden könne, dass die Parteien bei Abschluss des Vertrages an den später eingetretenen Fall dachten. Für diesen nicht geregelten Fall seien die Erben von RA B._____ in dessen Rechtsstellung getreten, mit allen Rechten und Pflichten, mithin auch der Herausgabe des Treugutes. Die Erben von C._____ seien Gläubiger im Nachlasskonkurs B._____, deren Anspruch auf Herausgabe der Aktienzertifikate in eine Geldforderung umgewandelt werde (act. 20 S. 12 - 19 Rz 52 - 80 und S. 47 - 49 Rz 204 - 216). In der Duplik vertieft die Beklagte zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Abrede einer resolutiv bedingten Eigentumsübertragung und kommt zum Schluss, dass solche Abreden die konkursrechtliche Grundordnung untergraben und daher nichtig seien. Für die Sicherungstreuhand herrsche hierüber in der Lehre Einig-

- 9 - keit, bei der Verwaltungstreuhand dränge sich eine Gleichbehandlung auf. Gegen die Zulässigkeit spreche, dass der Konkursbeschlagnahme als zwingendes Recht der Privatautonomie entzogen sei. Die Argumentation, dass die Gläubiger des Treuhänders bei einem Einbezug von Treugut in dessen Konkursmasse unrechtmässig bereichert wären, weil sie in den Genuss von wirtschaftlich fremden Vermögenswerten kämen, lasse den Rechtsschein ausser Acht, den das Treuhandverhältnis gegenüber Dritten schaffe. Nach Schweizer Rechtsauffassung bilde das Treugut kein Sondervermögen, vielmehr erlange der Treuhänder nach der Vollrechtstheorie Eigentümerstellung; es fehlten de lege lata – mit Ausnahme von finanzmarktrechtlichen gesetzlichen Spezialregelungen – rechtliche Möglichkeiten, Treugut speziell als solches auszuweisen und Dritten gegenüber publik zu machen. Zum Schutz eines fairen Konkursverfahrens dränge sich die Folgerung auf, dass es potentielle Gemeinschuldner nicht in der Hand haben sollten, verwertbare Vermögenswerte des Konkursiten der Gläubigergemeinschaft durch vertragliche Abrede zu entziehen, weshalb solche Abreden nichtig seien (act. 46 S. 9 - 16 Rz 17 - 44). Eine Parteivereinbarung über eine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung ergebe sich weder aus dem Treuhandvertrag noch aus dem Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss oder

der konkreten Interessenlage. Insbesondere steuerliche Aspekte seien vielmehr als Indiz zu werten, dass sie keine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung vorsehen wollten. Die Diskussion über die Zulässigkeit solcher Klauseln sei bei Vertragsschluss sodann relativ neu gewesen. Es fehlten Hinweise auf einen tatsächlichen, aber auch einen mutmasslichen Parteiwillen für die behauptete resolutiv bedingte Übergabe. Schliesslich verkenne die Klägerin das Wesen der Vertragslücke, wenn sie davon ausgehe, eine solche liege vor, weil der Wortlaut des Treuhandvertrages vom 2. Juni 1997 zu den Folgen des (Nachlass-)Konkurses schweige. Eine Lücke setze voraus, dass dem Vertrag keine Regelung zu entnehmen sei für eine Frage, die zwingend einer Parteiabrede bedürfe. Es könne indes nicht darum gehen, eine Unzulänglichkeit der Vertragsgestaltung im Nachhinein zu korrigieren, um gesetzlich vorgesehene, als unbillig empfundene Konsequenzen abzuwenden. Hätten die Parteien für den Konkursfall des Treuhänders keine spezielle, vom Gesetz abweichende Regelung getroffen, dann gelte die gesetzliche, welche vorliegend zwingend sei. Eine allfäll-

- 10 - lige Vertragslücke wäre schliesslich mit dispositivem Gesetzesrecht zu ergänzen gewesen; dieses sehe vor, dass das Treugut in die Konkursmasse des Treuhänders falle und dem Treugeber nur eine Konkursforderung verbleibe. Bei der Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen habe das Gericht zu fragen, was vernünftige und redlich handelnde Parteien ex tunc vereinbart hätten. Gerade wegen des ausserordentlich grossen Vertrauens bei einer Verwaltungstreuhand würden Vertragsparteien eine Resolutivbedingung für den Fall des Konkurses des Treuhänders eher nicht aufnehmen, sondern bei Zweifeln eher überhaupt auf den Abschluss eines solchen Vertrages verzichten. Eine Vertragslücke bestehe indes vorliegend nicht, die Parteien hätten aufgrund ihres damaligen Verständnisses eines unbedingten Treuhandvertrages auch die Verfügung über die Aktienzertifikate unbedingt vorgenommen (act. 46 S. 16 - 23 Rz 45 - 75). 2.3.1 Beim Treuhandgeschäft erwirbt der Treuhänder typischerweise Sachen, Werte oder Forderungen zu vollem Recht und verpflichtet sich gleichzeitig, das Treugut im Interesse des Treugebers zu halten und zu verwalten und unter bestimmten Voraussetzungen zurückzugeben. Er erhält volles Recht übertragen, unterliegt aber einer vertraglichen Verfügungsbeschränkung und Rückgabepflicht. Aufgrund der in der Schweiz vertretenen Vollrechtstheorie kann der Treuhänder gegenüber Dritten über ein Recht bzw. eine Sache beliebig verfügen; die entsprechende Rechtseinräumung ist mithin gewollt. Das rechtliche Können des Treuhänders geht über sein Dürfen hinaus, die Einschränkungen der Verfügungsmacht haben aber nur obligatorische Wirkung. Nach (teilweise relativierter) herrschender Lehre und Rechtsprechung stehen dem Treugeber gegenüber dem Treuhänder nur obligatorische Rechte aus dem Treuhandverhältnis zu, währenddem die dinglichen Rechte am übergebenen Treugut dem Treuhänder zustehen. Er ist nach schweizerischer Rechtsauffassung grundsätzlich vollberechtigter Eigentümer des ihm übertragenen Treugutes; Sachen und Rechte, die ihm fiduziärisch gehören, fallen daher in seine Konkurs- oder Nachlassmasse, auch wenn sie wirtschaftlich einem andern zustehen (BGE 119 II 328; 114 II 50 E. 4c; 113 III 31 E. 3 mit Hinweisen; 107 III 103; 106 III 86 f.; FELLMANN, BK OR, 1992, N 57 ff. zu Art. 394 OR; WEBER, BSK OR I, 6. A., N 11 ff. zu Art. 394 OR; WATTER, Die Treuhand im Schweizer Recht, in: ZSR 114/1995 II, S. 187 ff.).

- 11 - Mit der Übertragung erwarb RA B._____ an den ihm übergebenen Aktienzertifikaten rechtliches Eigentum, er verpflichtete sich aber, diese im Interesse von C._____ zu

verwalten, der wirtschaftlich Eigentümer der Aktien blieb. Der zwischen C._____ und RA B._____ abgeschlossene Treuhandvertrag wird von den Parteien übereinstimmend und zutreffend als sog. Verwaltungstreuhand qualifiziert. Unbestritten ist, dass RA B._____ die D._____ AG umfassend verwaltete und er die ihm als Verwaltungsrat obliegenden Pflichten wahrnahm. Für seine Bemühungen und sein Verwaltungsmandat stellte er regelmässig Rechnung, und die Dividenden der D._____ AG überwies er regelmässig dem wirtschaftlich Berechtigten (act. 2 S. 14 -18, Rz 37 - 44; act. 4/22 - 61). Rechtsprechung und herrschende Lehre unterstellen die Verwaltungstreuhand als mindestens auftragsähnliches Vertragsverhältnis jedenfalls teilweise den Bestimmungen des Auftragsrecht (vgl. dazu FELLMANN, a.a.O., Art. 394 N 65; WEBER, a.a.O., Art. 394 N 11 m.w.H.), was auch für den Treuhandvertrag zwischen C._____ und RA B._____ als sachgerecht erscheint und grundsätzlich nicht umstritten ist. Kommen die auftragsrechtlichen Normen zur Anwendung, so gilt mit Bezug auf die Beendigung des Vertrages Art. 405 Abs. 1 OR, was bedeutet, dass der Treuhandvertrag mit dem Tod von RA B._____ endete. Für den Tod des Treugebers, C._____, vereinbarten die Parteien die Weitergeltung des Vertrages, für den Fall des Todes des Treuhänders trafen sie dagegen keine vertragliche Regelung. Es ist damit mit der Klägerin davon auszugehen, dass der zu beurteilende Treuhandvertrag mit dem Tod von RA B._____, am tt.mm.2015 endete (vgl. act. 2 S. 24 Rz 69). Die Beklagte bestreitet dies nicht. Uneinig sind sich die Parteien über die Folgen dieser Vertragsbeendigung. Während die Klägerin behauptet, dass damit das Eigentum an den Aktienzertifikaten an den Treugeber zurückgefallen sei, geht die Beklagte davon aus, dass die Vertragsbeendigung auf das Eigentum am fiduziarisch übergebenen Treugut keinen Einfluss habe (act. 20 S. 47 Rz 206). Letzteres trifft grundsätzlich zu. Zu prüfen ist indes der Einwand der Klägerin, die Parteien hätten einen resolutiv bedingten Eigentumsübergang vereinbart. Sie beruft sich dabei auf Art. 154 Abs. 1 OR (act. 2 Rz 70). Die Beklagte bestreitet Bestand und Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung.

- 12 - 2.3.2 Mit Blick auf den Meinungsstand im Schrifttum (vgl. dazu im Sinne einer Übersicht: ZOBL/THURNHERR, BK Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 2010, N 1413 ff. Systematischer Teil mit zahlreichen weiteren Hinweisen), kann davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung einer resolutiv bedingten Eigentumsübertragung bei der Sicherungstreuhand grundsätzlich als zulässig erscheint. Dies anerkennt auch die Beklagte (act. 46 S. 12 Rz 31 ff.). Umstritten ist, ob dies auch gelten soll, wenn der Rückfall des Eigentums für den Konkursfall vereinbart wird. Da dies den Interessen des Treuhänders und dessen Gläubiger zuwiderläuft, wird dies bei der Sicherungstreuhand verneint und eine entsprechende Vereinbarung als nichtig erachtet. Aufgrund der Verschiedenartigkeit der Interessenlage bei der Verwaltungstreuhand halten indes einige Autoren dafür, dass die Vereinbarung einer Resolutivbedingung für den Konkursfall bei der Verwaltungstreuhand zugelassen werden sollte, zumal von einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Gläubiger des Fiduziars in diesem Fall keine Rede sein könne (so ZOBL/THURNHERR, a.a.O. und WATTER, Die Treuhand im Schweizer Recht, in: ZSR 114/1995 II, S. 225 f.). Dem steht die Auffassung gegenüber (vgl. z.B. STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004 S. 363 ff., S. 370), wonach konkursrechtliche Vorrechte, seien es eigentliche Privilegien oder zivilrechtliche Aussonderungs- und Pfandrechte, nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen begründet werden können; zu diesen gehöre die blosse Parteivereinbarung nicht. Nichtig wären gemäss Art. 157 OR Bedingungen, die ihrem Inhalt nach einer zwingenden objektiven, privat- oder öffentlich-rechtlichen Norm des

geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts widersprechen (HUGUENIN/MEISE, BSK OR I,

E. 2.6

Soweit die Klägerin geltend macht, der Bestand einer Resolutivbedingung werde für den Nachlasskonkurs auf den Tod des Trenehmers hin vermutet (act. 2 S. 24 Rz 70 a.E.), stützt sie sich auf eine im Schrifttum vereinzelt geäußerte Meinung von WOLF (Bemerkungen zum Aussonderungsrecht des Fiduzianten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Fiduziar, in: Aequitas und bona fides, Festgabe Simonius, Basel 1955, S. 427), wo dieser Bezug nimmt auf den Bundesgerichtsentscheid 78 II 451. In dieser Entscheidung wird die ausdrückliche oder stillschweigende Rückfallsvereinbarung als zulässig bezeichnet. Der Autor weist indes darauf hin, dass das Bundesgericht hieraus noch nicht die Konsequenz gezogen habe, dass für den Nachlasskonkurs des Trenehmers eine Resolutivbedingung auf den Tod des Trenehmers vermutet werde. Auch wenn der Autor dafür hält, dass man den gesteigerten Bedürfnissen des wirtschaftlichen Verkehrs nicht mehr gerecht werde (a.a.O.), hat sich an der von WOLF kritisierten Rechtsprechung nichts geändert. Es besteht auch heute keine Veranlassung dazu.

E. 2.7

Als Zwischenergebnis ergibt sich aus dem Gesagten, dass eine Aussonderung des in Frage stehenden Aktienzertifikates Nr. ... aufgrund der Eigentumsansprache der Erben von C._____ nicht möglich ist, weil für den Fall, dass man eine

- 20 - solche Vereinbarung überhaupt als zulässig betrachten will, in Auslegung des Treuhandvertrages nicht davon ausgegangen kann, dass die Vertragsparteien vereinbarten, dass das Eigentum am übertragenen Treugut im Falle des Todes oder Konkurses des Trenehmers an den Treugeber zurückfällt. Eine solche Vereinbarung lässt sich nicht auf dem Weg der Lückenfüllung ergänzen. Verblieb das Treugut beim Tod im Eigentum von RA B._____, dann fiel es in dessen Nachlass und mit der Anordnung der konkursamtlichen Nachlassliquidation am 11. Mai 2015 (act. 4/19) in die Konkursmasse. 3. Aussonderung gestützt auf Art. 201 SchKG

E. 3

Mit Eingabe vom 24. Februar 2017 reichte die Eigentumsansprecherin und Klägerin (nachfolgend Klägerin) direkt beim Obergericht des Kantons Zürich Klage gegen die Konkursmasse von RA B._____ sel. (nachfolgend Beklagte) ein; sie stellt die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 2. März 2017 wurde ihr Frist angesetzt zur Leistung eines vorläufig auf Fr. 20'000.00 festgesetzten Prozesskostenvorschusses. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, sich zum inneren Wert des streitigen Aktienzertifikats zu äussern (act. 7). Die Leistung des Kostenvorschusses und die Eingabe erfolgten fristgerecht (act. 9 und 12). Mit Verfügung vom 24. März 2017 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 14). Diese erging innert erstreckter Frist am 29. Juni 2017 (act. 20). Nachdem beide Parteien die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens verlangt hatten (act. 23 und 29), erstattete die Klägerin am 16. Oktober 2017 innert erstreckter Frist ihre Replikschrift (act. 36). Am 24. Oktober 2017 folgte die Fristansetzung für die schriftliche Duplikatschrift (act. 37), welche innert mehrfach erstreckter Frist am 29. Januar 2018 erging (act. 46). Mit Verfügung vom 5. März 2018 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen, der Klägerin die Duplikatschrift zugestellt und den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Durchführung einer Hauptverhandlung zu

äussern (act. 47). Mit Eingaben vom 28. März und 4. April 2018 verzichteten beide Parteien auf die

- 4 - Durchführung der Hauptverhandlung (act. 49 und 50). Das Verfahren ist damit spruchreif. II. Formelles Nach Eingang der Klage prüfte und bejahte die Kammer mit Verfügung vom 2. März 2017 das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen sowie die Prozesslegitimation der Klägerin (act. 7); diese sind von der Beklagten auch anerkannt (act. 20 S. 3). Es kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die Erwägungen der genannten Verfügung verwiesen werden. III. Materielles 1. Allgemeines

E. 3.1

Die Klägerin stützt den Aussonderungsanspruch eventualiter auf Art. 201 SchKG. Die Inhaberpapiere, welche sich im Zeitpunkt der Anordnung der konkursamtlichen Nachlassliquidation in den Händen von RA B._____ befunden hätten, seien nicht zum Ausgleich einer Schuld übergeben worden, weshalb die Voraussetzungen zur Aussonderung erfüllt seien. RA B._____ habe keine Forderungen gegen C._____ gehabt. Sodann seien während Jahren substantielle Dividenden auf den Inhaberaktien an C._____ ausgerichtet worden. In einer Gesamtbeurteilung der Zweckbestimmung des Treuhandvertrages, welcher namentlich auch das Inkasso von Dividenden umfasste, liege ohne weiteres ein Inkassomandat im Sinne von Art. 201 SchKG. Insbesondere aus dem Wortlaut der Bestimmung – dort das Wort 'bloss' – lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten. Die Klägerin stützt sich dabei mitunter auf das von ihr eingeholte Rechtsgutachten von Prof. Dr. K._____ (act. 4/72 vom 8. November 2016 S. 2/3; act. 2 S. 27 ff. Rz 79 - 87; act. 36 S. 15 - 20 Rz 36 - 61).

E. 3.2

Die Beklagte verneint die Anwendbarkeit von Art. 201 SchKG, weil die Aussonderung nach dieser Bestimmung nur dann erfolgen könne, wenn die Übergabe der Inhaberpapiere zur Einkassierung erfolgt sei. C._____ habe RA B._____ mit der Übergabe der Aktienzertifikate die langfristige umfassende Verwaltung übertragen; dabei seien die Aktientitel für die Ausübung des Verwaltungsratsmandates

- 21 - und der Mitgliedschaftsrechte und damit für die Beschlussfassung über die Dividende zwar notwendig, nicht aber für das Einkassieren der Dividende. Der Anwendungsbereich von Art. 201 SchKG könne nicht auf alle Inhaberpapiere ausgedehnt werden, welche dem Schuldner 'nicht zum Ausgleich einer Schuld' übergeben worden seien; die Übergabe müsse vielmehr ausschliesslich zur Einkassierung der im Wertpapier verkörperten Forderungen erfolgen, was sich aus dem Gesetzestext in allen drei Sprachen ergebe ('bloss', 'seulement', 'soltanto'). Die Regelung gelte sodann nur für die im Wertpapier verkörperte Forderung, klassischerweise der Check oder Wechsel, nicht aber für die Inhaberaktie, welche nicht ein Forderungs-, sondern ein Mitgliedschaftsrecht verbrieft. Selbst wenn man aber annehmen wolle, auch eine Inhaberaktie könne bloss zur Einkassierung übergeben werden, sei dies vorliegend gerade nicht der Fall gewesen, weil RA B._____ Eigentümer der Aktien mit sämtlichen damit verbundenen Rechten geworden sei; von einer Übergabe 'bloss zur Einkassierung' könne damit keine Rede sein (act. 20 S. 19 ff. Rz 82 - 104 und Rz 218 - 221; act. 46 S. 8 Rz 14, S. 23 ff. Rz 76 - 96).

E. 3.3

Wertpapiere, die nach den Regeln des Wertpapierrechts auf den Gemeinschuldner übertragen werden, werden ungeachtet allfällig wirtschaftlich daran Berechtigter dessen Eigentum und fallen in die Konkursmasse. Artikel 201 SchKG beseitigt die Strenge dieser wertpapierrechtlichen Vorschrift in den im Gesetz genannten zwei Fällen, wenn nämlich das Wertpapier 'bloss zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben' worden ist. Bei Art. 201 SchKG handelt es sich gemäss herrschender Auffassung um eine Ausnahmebestimmung, welche nicht ausdehnend interpretiert werden darf und nicht Grundlage einer Regel sein kann, dass fiduziarisches Eigentum immer durch den wirtschaftlich Berechtigten ausgesondert werden könnte; dies, auch wenn die 'Bedürfnisse des modernen Verkehrs' eine ausnahmsweise Aussonderung von formell ins Eigentum des Schuldners übergegangenen Vermögensgegenständen auch noch in anderen Fällen als billig und gerecht erscheinen lassen können. Das Gesetz beschränkt die Ausnahmefälle ausdrücklich auf Inhaber- und Ordrepapier und auf zwei namentlich genannte Zwecke (HANDSCHIN/HUNKELER, BSK SchKG II, 2. A., Art. 201 N 2 und 5; SCHOBER, in: Kren Kostkiewicz/Vock, SK Kommentar

- 22 - zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., 2017 N 5 zu Art. 201; WALDER/KULL/KOTTMANN, in: Jaeger, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Art. 201 N 4). Beim Übergabezweck der Einkassierung ist privilegiert, wer ein Wertpapier dem Gemeinschuldner übergeben hat, damit dieser das Wertpapier veräussert, und ihn zum Inkasso ermächtigte (HANDSCHIN/HUNKELER, a.a.O., N 3). Der Zweck der Übergabe muss 'zur Einkassierung' erfolgen, wobei das Wort 'bloss', welches in das Gesetz Eingang gefunden hat, die Ausschliesslichkeit dieses Zwecks jedenfalls nahelegt. Der Nachweis des Übergabezwecks obliegt im Streitfall dem Ansprecher (WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N 5; SCHOBER, a.a.O., N 6; BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1991, S. 636).

E. 3.4

Es ist unstrittig, dass RA B._____ die Aktienzertifikate im Rahmen des Treuhandvertrages (act. 4/4) übernahm; die Aktienzertifikate sind als Inhaberpapiere ausgestaltet und fallen deshalb grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 201 SchKG (SCHOBER, a.a.O., N 2 zu Art. 201 SchKG). Unbestritten ist auch, dass RA B._____ im Rahmen dieses Mandates über Jahre substantielle Dividenden an den wirtschaftlichen Eigentümer C._____ bzw. dessen Erben weiterleitete (vgl. act. 4/53 - 61). Damit bildete das Inkasso dieser Dividenden Teil des Mandates. Im Vertrag selber ist dieses Inkasso nicht erwähnt. Der Auftrag lautet vielmehr dahingehend, dass RA B._____ sämtliche Rechte aus den Aktien sowohl gegenüber der AG als auch gegenüber Dritten wahrzunehmen habe (Ziff. 1), und zu diesem Zweck wurden die Aktientitel übergeben. Als Inhaber dieses umfassenden Mandates, als einziger Verwaltungsrat und Alleinaktionär setzte er diese Dividenden denn auch fest, bevor er sie an den Treugeber weiterleitete. Nach dem Wortlaut und Zweck des Treuhandvertrages stand das Inkasso der Dividenden und deren Weiterleitung an den Treugeber nicht im Vordergrund, das Inkasso war nicht Hauptzweck der Übergabe. Hievon geht denn auch die Klägerin nicht aus. Die Übergabe der Aktienzertifikate erfolgte nicht 'bloss zur Einkassierung' im Sinne des restriktiv auszulegenden Art. 201 SchKG, sondern zur Wahrnehmung umfassender Rechte und Pflichten, wobei darunter auch das Inkasso und die Weiterleitung der Dividenden gehörte. Ein Anwendungsfall einer Aussonderung nach Art. 201 SchKG ist bei dieser Sachlage zu verneinen.

E. 3.5

Es ergibt sich als Zwischenergebnis, dass eine Aussonderung des in Frage stehenden Aktienzertifikates Nr. ... auch nicht auf Art. 201 SchKG gestützt werden kann. 4. Aussonderung gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR 4.1 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass das von der Klägerin herausverlangte Aktienzertifikat Nr. ... in die Konkursmasse gefallen ist. Zu prüfen ist, ob gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR ein Aussonderungsrecht besteht. Das Konkursamt hat dies unter Hinweis auf BGE 117 II 429 verneint (act. 4/2). Die Klägerin hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch die Rechtsentwicklung für überholt und stützt sich dabei insbesondere auch auf das von ihr eingeholte vorerwähnte Rechtsgutachten (act. 2 S. 30 ff. Rz 89 ff. und act. 36 S. 20 ff. Rz 62 ff. und act. 4/72). Die Beklagte kommt dagegen zum Schluss, es sei dem Bundesgericht und dem grössten Teil der Lehre zu folgen und davon auszugehen, dass vom Wortlaut her Art. 401 Abs. 3 OR nur auf Sachen anzuwenden sei, die der Treuhänder in eigenem Namen, aber für Rechnung des Treugebers von Dritten erworben habe (act. 20 S. 24 - 45 Rz 205 ff. und act. 46 S. 28 - 43 Rz 97 ff.). Es ist nachstehend auf die Vorbringen im Einzelnen einzugehen.

4.2.1 Die Klägerin macht geltend, das Bundesgericht begründe seinen Entscheid (BGE 117 II 429) äusserst knapp, erwähne zwar die verschiedenen Lehrmeinungen, setze sich mit ihnen aber nicht auseinander. Bei umfassender Betrachtung habe bereits im Jahr 1991 keineswegs die überwiegende Lehre die Sichtweise des Bundesgerichts geteilt; unter den vorliegend interessierenden Umständen hätten sodann selbst diejenigen Autoren, welche eine einschränkende Sichtweise vertraten, eine Aussonderung befürwortet, jedenfalls für den Fall, wo – wie vorliegend – das Treugut gesondert aufbewahrt wurde. Die grammatikalische Auslegung der Gesetzesbestimmung ergebe nicht, dass das Treugut von Dritten übergeben worden sein müsse, die wirtschaftliche Sichtweise spreche für die Gleichbehandlung von Treugeber und Dritten bei der Aussonderung, systematisch ergebe sich, dass die Aussonderung nichts anderes sei als die Realerfüllung

- 24 - des Ablieferungsanspruchs von Art. 400 OR, beide Bestimmungen umfassten auch das Treugut. Bei einer Gesamtbetrachtung der Rechtsordnung, namentlich vor dem Hintergrund der neueren spezialgesetzlichen Aus- und Absonderungsrechte (Trust, Strafrecht, Finanzmarktrecht), welche allesamt auch das ursprüngliche Treugut erfassten, dränge sich eine gleichläufige Auslegung von Art. 401 Abs. 3 OR zwingend auf. Es könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe solch offenkundige Wertungswidersprüche bei gleichgelagerter wirtschaftlicher Interessenlage gewollt. Die historische Auslegung stehe dem nicht entgegen und auch die Rechtsvergleichung, oder die mindestens analoge Anwendung von Art. 401 Abs. 3 OR auf das vom Treugeber erworbene Treugut wie auch eine Lückenfüllung führe zu keinem anderen Ergebnis (act. 2 S. 30 ff. Rz 89 ff. mit Hinweis auf act. 2/72).

4.2.2 In der Klageantwort differenziert die Beklagte vorab unter Hinweis auf die Methodenlehre zwischen Auslegung und gerichtlicher Fortbildung und legt dar, dass nur aus triftigen Gründen vom eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut einer Bestimmung abgewichen werden dürfe und unter welchen Bedingungen eine gerichtliche Fortbildung bzw. eine gerichtliche Praxisänderung möglich sei. Angewandt auf den zu beurteilenden Fall gehe es um die Frage, ob Abs. 3 von Art. 401 OR, der sich aufgrund des Wortlautes auf bewegliche Sachen beziehe, welche der Treunehmer von einem Dritten erhalten habe, gegen den Gesetzeswortlaut durch das Gericht korrigiert und auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt werden könne, welche der

Beauftragte direkt vom Auftraggeber erhalten habe (act. 20 S. 24 - 27). Die grammatikalische Auslegung ergebe klar, dass sich Art. 401 Abs. 3 OR nur auf von Dritten erworbene Sachen beziehen könne; die historische Auslegung bestätige dies. Auch die teleologische Auslegung führe zu keinem andern Ergebnis. Den Regelungsgedanken von Art. 401 OR habe das Bundesgericht am treffendsten im Entscheid BGE 39 II 800 zum Ausdruck gebracht, der klar mache, dass Art. 401 OR Situationen im Auge habe, in denen der Beauftragte nach dem Willen der Parteien bloss vorübergehend Eigentümer einer Forderung oder Sache werden sollte und der Tatsache, dass die Ablieferungspflicht des Beauftragten vor Konkurseröffnung nicht mehr erfüllt wurde, etwas Zufälliges anhafte. Der gesetzgeberische Gedanke bestehe nicht darin, dass allge-

- 25 - mein diejenigen Gläubiger aussonderungsberechtigt seien, die dem Gemeinschuldner gegenüber ein obligatorisches Recht auf Herausgabe oder Restitution einer bestimmten Sache oder Forderung besitzen. Der Zweck von Art. 401 OR spreche gerade nicht dafür, die Bestimmung auch auf das Treugut anzuwenden. Auch aus den Sondertatbeständen lasse sich solches nicht ableiten, weil es sich dort um hochgradig regulierte Bereiche (Banken, Effekthändler, Fonds) handle oder um den in der schweizerischen Rechtsordnung nicht geregelten und ebenfalls weitgehend formalisierten Trust. Für die Anwendung von Art. 401 Abs. 3 OR auf den zu beurteilenden Fall per Analogieschluss sieht die Beklagte sodann keinen Raum, weil dies vom Gesetzeszweck nicht gedeckt wäre und sie lehnt auch eine Gesetzeskorrektur mittels Lückenfüllung ab (act. 20 S. 28 - 45). 4.2.3 In der Replik hält die Klägerin der Beklagten vorab entgegen, sie überhöhe die Bedeutung der grammatikalischen Auslegung und versuche, die Frage des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 401 Abs. 3 OR von Anfang an weg von der Auslegungsfrage hin zur Gesetzeskorrektur durch den Gesetzgeber zu verlagern. Alsdann versuche sie zu Unrecht, der Auslegungsfrage den Anstrich eines fundamentalen Paradigmenwechsels zu geben, der die Grundfesten des schweizerischen Sachenrechts tangiere (act. 36 Rz 68 ff.). Unter Hinweis auf das Gutachten (act. 4/72) und Aufführung der einzelnen Lehrmeinungen geht sie davon aus, dass die grammatikalische Auslegung ergebe, dass Art. 401 Abs. 3 OR keine Unterscheidung danach treffe, ob das ursprüngliche Treugut oder von Dritten erworbene Sachen ausgesondert werden sollen. Ersteres einzubeziehen erfolge damit weder in Abweichung noch gegen den Wortlaut (act. 36 Rz 83 - 92). Der historischen Auslegung misst die Klägerin angesichts der grossen zeitlichen Distanz keine Bedeutung zu und hält dafür, dass diese auf die sich stellende Frage keine Antwort gebe; auch die von der Beklagten aufgeführten Autoren befassten sich nicht mit der Frage (act. 36 Rz 93 - 101). Bei der teleologischen Auslegung, der ratio legis, sei zwar richtig, dass mit Art. 401 Abs. 3 OR die Wirkungen der indirekten an jene der direkten Stellvertretung angeglichen werden sollten, doch sei damit nicht gesagt, dass sich der Zweck der Norm hierin erschöpfe. BGE 39 II 800, der von der Beklagten ausführlich, aber selektiv zitiert werde, beschlage die Frage, ob Grundstücke ausgesondert werden könnten - und damit einen andern Fall;

- 26 - auch sei der Entscheid in einer Zeit ergangen, in welcher die Treuhandabrede zwar bekannt gewesen sei, Literatur und Praxis diesem Institut indes äusserst skeptisch gegenüber gestanden seien. Von der im zitierten Entscheid vertretenen Auffassung, dass Art. 401 OR nur bei einer "bloss vorübergehenden" Beauftragung zur Anwendung gelange, habe sich das Bundesgericht distanziert (act. 36 Rz 113 unter Hinweis auf BGE 130 III 312 E. 5.2). Die Klägerin bekräftigt ihre Auffassung, dass die im BGE 117 II 429

vom Bundesgericht vertretene Auffassung, wonach die wirtschaftliche Interessenlage nicht ausreiche, um "über Wortlaut und Sinn von Art. 401 OR hinaus eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des vollen Rechtserwerbs des Fiduziars zu begründen" als verfehlt, und mit Blick auf die zahlreichen Gegenbeispiele, in welchen das Bundesgericht die wirtschaftliche Interessenlage durchaus beachtet habe, als unrichtig (act. 36 Rz 114 - 129). Davon ausgehend, dass auch Surrogate gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR ausgesondert werden können, lege die teleologische Auslegung eine Gleichbehandlung des ursprünglichen Treuguts mit Surrogaten nahe und zwar gerade aus Gründen der Folgerichtigkeit und zur Vermeidung von Widersprüchen. Bei der systematischen Auslegung verweist die Klägerin darauf, dass der sachliche Geltungsbereich der beiden Bestimmungen Art. 400 und 401 OR deckungsgleich sei und schliesst daraus, dass das Treugut in Art. 401 Abs. 3 OR umfasst sein soll (act. 36 Rz 141 - 145). Beim Vergleich zwischen Treuhand und Trust macht die Klägerin geltend, die Botschaft (zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005 [BB1 2006 S. 551 ff.]) stipuliere, dass die Aussonderbarkeit von Trustvermögen mindestens im Umfang von Art. 401 OR anerkannt werden müsse. Dies zeige, dass in Bezug auf die Aussonderung eine Gleichschaltung von Treuhand und Trust-Recht Platz greifen solle; eine Ungleichbehandlung rechtfer- tige eben gerade keine rechtspolitische Zurückhaltung der Gerichte bei allfälligen Annäherungen der beiden Institute. Sie verweist sodann erneut auf den auch im Straf- und im Finanzmarktrecht bestehenden Schutz des Treugutes. Gerade auf- grund der signifikanten Veränderungen im Finanzmarktrecht träten eine Vielzahl von Autoren sehr überzeugend dafür ein, aufgrund der systematischen Auslegung auch das ursprüngliche Treugut unter Art. 401 Abs. 3 OR fallen zu lassen; dies

- 27 - sei auch aus rechtsvergleichenden Überlegungen bei der Auslegung zu befürwor- ten. Mit Ausnahme der grammatikalischen Auslegung, welche zu einem offenen Ergebnis führe, sprächen damit alle andern Auslegungselemente klar dafür, das ursprüngliche Treugut unter Art. 401 Abs. 3 OR zu subsumieren (act. 36 Rz 146 - 177). Durch Analogieschluss, welcher keiner Gesetzeslücke bedürfe, komme man zum gleichen Schluss, zumal – wie selbst das Bundesgericht im Entscheid 117 II 429 erkannt habe – weitgehend identische Interessen vorlägen. Schliesslich habe sich die gesamte Rechtslage wesentlich verändert, weshalb sich die Gleichbe- handlung von Dritt- und Treugut auch auf dem Weg der Lückenfüllung aufdränge (act. 36 Rz 178 - 199). 4.2.4 In der Duplik hält die Beklagte daran fest, dass es um grundsätzliche, rechtsübergreifende Fragen gehe. Mit dem Eingehen eines Treuhandverhältnis- ses trete der Treugeber aus welchen Gründen auch immer nach aussen nicht in Erscheinung. Es beinhalte ein beträchtliches Missbrauchspotential, wenn ein simpler Vertrag genüge, um Vermögenswerte auszuscheiden und einer andern Person zuzuordnen. Die absolute Offenheit des möglichen Personenkreises de- rer, die als Treuhänder auftreten können, stelle eines der Hauptprobleme der Treuhand dar, weshalb die Teilnehmer am Rechtsverkehr de lege lata sich wei- terhin auf den Rechtschein verlassen können sollen und nicht mit unvorherseh- baren und im Voraus nicht überprüfbaren Aussonderungstatbeständen rechnen müssen. Jedenfalls wäre es problematisch, wenn im Rahmen einer vom Einzelfall bestimmten Rechtsprechung (und nicht vom Gesetzgeber) die tangierten Grund- prinzipien neu definiert würden (act. 46 Rz 103 - 106). Die Beklagte hält alsdann an ihrer Darstellung in der Klageantwort fest (act. 46 Rz 108 ff. und Rz 165 ff.) und kommt hinsichtlich der Auslegung zum Schluss, dass in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht und einem gewichtigen Teil der Lehre Art. 401 Abs. 3 OR vom Wortlaut

und von der ratio legis her nur auf Sachen anzuwenden sei, die der Treuhänder in eigenem Namen, aber für Rechnung des Treugebers von Dritten erworben habe. Die Anwendung dieser Bestimmung auf das ursprüngliche Treugut könne deshalb nur dann erreicht werden, wenn die Grenzen des Wortlautes überschritten und gerichtliche Rechtsfortbildung – Lückenfüllung – betrieben würde (act. 46 Rz 164).

- 28 - 4.3 Die Klägerin unterlegt ihre Vorbringen mit einem von ihr in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten (act. 4/72), welches sich mit Rechtsprechung und Literatur zu den Aussonderungstatbeständen von Art. 201 SchKG und Art. 401 Abs. 3 OR auseinandersetzt und den klägerischen Standpunkt unterstützt. Soweit die Klägerin diese Standpunkte in ihre Rechtsschriften aufnimmt, können sie ohne weiteres Berücksichtigung finden, wogegen ein pauschaler Verweis unberücksichtigt bleiben müsste. Als Rechtsgutachten ist dieses nicht Beweismittel für umstrittene Tatsachen, sondern ergänzt die klägerischen Vorbringen in rechtlicher Hinsicht. Die Beklagte hat sich in der Klageantwort- und Duplikatschrift mit den sowohl im Gutachten wie auch in den Rechtsschriften der Klägerin vertretenen Standpunkten ausführlich auseinandergesetzt. 4.4 Ausgangspunkt der vorliegenden Auseinandersetzung ist die Verfügung des Konkursamtes Riesbach-Zürich vom 8. Februar 2017, mit welcher die Eigentumsansprüche der Klägerin am Aktienzertifikat Nr. ... über 490 Inhaberaktien zu je Fr. 1'000.00, Nummern ...-..., abgewiesen wurde. Die Abweisung wurde im Wesentlichen mit dem Entscheid vom 13. August 1991 begründet (BGE 117 II 429), worin das Bundesgericht festhielt, das Aussonderungsrecht des Beauftragten gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR gelte nicht für Sachen, welche der Auftraggeber dem Beauftragten direkt zu (fiduziarischem) Eigentum übertragen habe (act. 4/2). Seinem Wortlaut nach beziehe sich Art. 401 OR nur auf Sachen, die der Beauftragte von Dritten erworben habe und auch vom Normzweck her dränge es sich auf, Art. 401 Abs. 3 OR seinem Wortlaut gemäss auszulegen und die Ausnahmeregelung auf von Dritten erworbene Sachen und diesen gleichgestellte Vermögenswerte zu beschränken. Die weitgehend identische Interessenlage hinsichtlich der von Dritten erworbenen Sachen und des ursprünglichen Treuguts reiche de lege lata nicht aus, über den Wortlaut und Sinn von Art. 401 OR eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des vollen Rechtserwerbs des Fiduziars zu begründen (a.a.O.). Das Bundesgericht verwies mit Belegstellen darauf, dass Rechtsprechung und überwiegende Lehre den Wortlaut in diesem Sinne auslegen; es legte indes auch die abweichende Auffassung dar, wonach Art. 401 Abs. 3 OR auch auf die dem Treuhänder vom Treugeber überlassenen Sachen anwendbar sein solle, sowie auf eine ebenfalls vertretene Mittellösung. Das Bundesgericht kam

- 29 - zum Schluss, dass vom Regelungsgedanken und vom Normzweck von Art. 401 Abs. 3 OR her keine Veranlassung bestehe, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen (BGE 117 II 429 E. 3). Die Klägerin hält die Rechtsprechung wie gesehen für überholt und nur knapp begründet. Und sie macht geltend, das Bundesgericht habe sich mit den verschiedenen (Lehr-)Meinungen im Schrifttum nicht auseinandergesetzt. Letzteres trifft insofern zu, als im knapp gehaltenen höchstgerichtlichen Entscheid eine differenzierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen nicht erfolgte. Mit deren Erwähnung steht indes mindestens fest, dass das Bundesgericht in Kenntnis der bereits damals teilweise mit Vehemenz vertretenen Gegenmeinung sowohl bezüglich der Bedeutung des Wortlautes als auch des Normzweckes von Art. 401 Abs. 3 OR (vgl. z.B. GAUTSCHI, BK 1960, Art. 401 N 20, HOFSTETTER, in: SPR VII/2, 1979 S. 102) daran

festgehalten hat, nach der Provenienz der auszu-sondernden Sache zu unterscheiden. Hieran hat sich – auch nach Darstellung der Klägerin – nichts geändert. Nach 1991 hat sich das Bundesgericht zur Frage nicht mehr explizit geäußert. Immerhin wurde in BGE 122 III 361 ff. E. 3a unter Verweis auf BGE 112 II 444 E. 2 S. 447 f. explizit wiederholt, dass Legalzession und Aussonderungsrecht an Forderungen und beweglichen Sachen nur Anwendung finden, wenn ein Auftragsverhältnis vorliegt, in dessen Rahmen der Beauftragte Vermögenswerte zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers von Dritten erworben habe. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass das Bundesgericht sodann in BGE 127 III 273 ff. E. 3b die Frage, welche Vermögenswerte gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR ausgesondert werden können, als umstritten bezeichnet habe. Das Bundesgericht verwies auch in dieser Entscheidung auf BGE 117 II 429 (und die dortigen Hinweise) und alsdann auf die im Schrifttum neueren Datums vertretene Kritik, darunter HANDSCHIN/HUNKELER (in: BSK SchKG, Art. 197 N 69 ff.), die festhalten, dass trotz beachtlicher Argumente die Meinung, dass auch dem Auftraggeber vom Auftraggeber zur Verwaltung übergebene Vermögenswerte gemäss Art. 401 Abs. 3 OR ausgesondert werden können sollen, beim Bundesgericht kein Gehör gefunden habe. Bezogen wurde in BGE 127 III 273 E. 3b auch auf RUSSENBERGER (in: BSK SchKG, Art. 242 N 22), der seinerseits Bezug nehmend auf WATTER (in: ZSR 114 / 1995 II., S. 223) die

- 30 - Meinung teilt, dass der Nichteinbezug des ursprünglich vom Treugeber übertragenen Treugutes in Art. 401 Abs. 3 OR unpraktikabel und unsinnig sei, da nicht einzusehen sei, weshalb Treugut, welches dem Treugeber noch gar nie gehört habe, besser geschützt sein solle als Treugut, an dem er schon einmal Eigentum hatte (a.a.O). Auch erwähnt werden in BGE 127 III 273 E. 3b AMMONN/GASSER (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, § 40 N 29 und weitere), die insbesondere im Vergleich mit der Bankentreuhand und unter Hinweis auf die spezialgesetzliche Regelung im Bankengesetz es als unverständlich bezeichnen, wenn eine Bankentreuhand bezüglich des ursprünglichen Treuguts als sicherer gelten würde als jede andere Treuhand. Artikel 401 OR müsse deshalb im Sinne des Bankengesetzes ausgelegt werden. Damit ergibt sich, dass das Bundesgericht soweit ersichtlich zuletzt in BGE 122 II 361 ff. seine Auffassung, dass Treugut nicht unter Art. 401 Abs. 3 OR falle, bestätigt und in BGE 127 III 273 sich trotz Gelegenheit nicht dazu geäußert hat, indes dort (wie schon in BGE 117 II 429) auf die im Schrifttum seit dem BGE 117 II 429 ergangene, zum Teil heftige Kritik gegen diese Praxis, mindestens hingewiesen hat. Damit erweist sich der Schluss, das Bundesgericht sei trotz Kritik der Auffassung, dass Art. 401 Abs. 3 OR auch Treugut umfasse, bis heute nicht gefolgt, als zutreffend. Zu prüfen ist, ob der zu beurteilende Fall Anlass und Grund gibt, von der bisherigen Praxis abzuweichen. Gestützt auf die umfassenden Analysen der Gesetzesbestimmung durch die Parteien bejaht dies die Klägerin, während die Beklagte dies ablehnt. Hierauf ist nachstehend näher einzugehen.

4.5.1 Zu den für die Auslegung massgeblichen Grundsätzen hat sich das Bundesgericht jüngst wie folgt geäußert: Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnistheorie ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen

- 31 - Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 142 III 442 E. 1 mit Verweis auf BGE 141 III 195 E. 2.4; BGE 140 III 206, E. 3.5.4.; BGE 140 IV 1 E. 3.1, wiederum je mit Hinweisen). Dem ist auch nachstehend zu folgen. Dabei ist – weil die Kritik des zitierten BGE 117 II 429 im Zentrum steht – zu- nächst auf die grammatikalische und die teleologische Auslegung einzugehen, welche zur Begründung des kritisierten Entscheides herangezogen wurden. Ob ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis vorliegt, hat sich dabei nicht in erster Linie an den konkreten Auswirkungen im zu beurteilenden Fall zu messen. 4.5.2 In Bezug auf die grammatikalische Auslegung weist die Klägerin zunächst zu Recht darauf hin, dass das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, dass die Forderungsrechte (Abs. 1 und 2) oder die beweglichen Sachen (Abs. 3) "von Dritten" erworben sein müssen und die Marginalie ("Übergang von Rechten") keine Unterscheidung nach der Provenienz der auszusondernden Sache treffe (act. 36 Rz 83 ff.). Immerhin geht die Klägerin davon aus, die grammatikalische Auslegung ende mit einem offenen Auslegungsergebnis (act. 36 Rz 175). Die Beklagte spricht ihrerseits von einem "selbstverständlichen Verständnis des Wortsinns" und einem "natürlichen Sprachverständnis", welches dazu führen müsse, dass es sich um Forderungsrechte von Dritten handeln müsse. Sie bezieht dies auf Abs. 1 von Art. 401 OR (act. 20 Rz 116 ff.; act. 46 Rz 108 ff.). Die Anknüpfung "gilt auch ..." bzw. "Ebenso..." stellt die Verbindung auch zu den Abs. 2 und Abs. 3 her. Sie weist zu Recht darauf hin, dass diese Auffassung nicht nur der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts entspreche, welche bis heute keine Änderung erfahren habe, sondern im Schrifttum mitunter auch von Vertretern so verstanden werde (vgl. WEBER, a.a.O., Art. 401 N 5), die das ursprüngliche Treugut von Art. 401 Abs. 3 OR mitumfasst haben wollen (act. 20 Rz 118). Das Bundesgericht geht im kritisierten Entscheid wie gesehen so weit, dass es den Einbezug des Treugutes als über den Wortlaut und Sinn von Art. 401 OR hinausgehend betrachtet. Ob es allein schon gestützt auf den Wortlaut zu diesem Schluss käme, kann offen gelassen werden, weil dieser allein nicht massgebend ist. Anlass für eine vom Bundesgericht abweichende Auslegung des Wortlautes besteht nach dem Gesagten jedenfalls nicht.

- 32 - 4.5.3 Die Entstehungsgeschichte von Art. 401 OR ist nicht umstritten. Die Bestimmung besteht in unveränderter Fassung seit Inkrafttreten des Obligationenrechts am 1. Januar 1912. Sie entsprach Art. 399 aOR (von 1881). In der Expertenkommission war bereits auf die fehlende Klarheit hingewiesen worden, die vorberatenden Kommissionen befanden indes, dass das bisherige Recht beizubehalten sei, indem durch die Praxis bereits die nötige Erklärung in befriedigender Weise gegeben worden sei (vgl. FELLMANN, a.a.O., Art. 401 N 8 mit Verweis auf das Protokoll der Expertenkommission 9.3.1909 und StenBull NR 1909 715). Die Klägerin verweist zu Recht darauf, dass die Rechtspraxis zu Art. 401 OR im Laufe des vergangenen Jahrhunderts eine gewisse Entwicklung und Klärung erfahren hat. So wurde Art. 401 OR über den Wortlaut (Konkurs) hinaus auch für die Pfändung sowie den Arrest und Nachlassvertrag als anwendbar erklärt (BGE 122 III 367, 99 II 393 E. 5). Geklärt wurde in BGE 99 II 396 auch, dass Art. 401 OR auch auf Treuhandverhältnisse anwendbar ist (auch: BGE 115 II 468 und BGE 130 III 312). Ebenso beschied das Bundesgericht in BGE 102 II 107 (= Pra 65 [1976] Nr. 251 S. 627 ff.), 102 II 303 und weiter zurückliegenden Entscheiden, dass bei Geld eine Aussonderung wegen Vermischung mit dem Vermögen des Beauftragten nicht erfolgen könne, wobei die Voraussetzungen, welche an die Individualisierung des Aussonderungsgutes gestellt wurden, restriktiv gehandhabt wurden. In BGE 127 III 275 und 108 II 121 (= Pra 71 [1982])

Nr. 176 S. 450) bekräftigte das Bundesgericht als Voraussetzung für den Übergang von Forderungsrechten bzw. die Aussonderung von beweglichen Sachen, dass eine hinreichende Individualisierung vorliegen müsse. Im Schrifttum unbestritten ist zudem, dass Grundstücke nicht ausgesondert werden können (vgl. Lit.zitate in act. 36 Rz 110). Mit Bezug auf die zu beurteilende Frage hat das Bundesgericht sich indes stets im Sinne des kritisierten Entscheides ausgesprochen, zunächst in dem in den Parteivorbringen diskutierten BGE 39 II 800 ff., der zwar – wie die Klägerin zu Recht einwendet (act. 36 Rz 110) – ein Grundstück zum Gegenstand hatte, dessen Erwägung 5 indes allgemein dahingehend gehalten ist, dass kein Gläubiger die Aussonderung eines ihm geschuldeten Vermögenswertes soll verlangen können. Nach dem kritisierten Entscheid erging sodann wie gesehen mindestens eine Bestätigung im gleichen Sinn in BGE 122 II 361. Den Sinn, Regelungsgedanken

- 33 - und Normzweck von Art. 401 OR sieht das Bundesgericht darin, die Wirkungen der indirekten Stellvertretung soweit möglich denjenigen der direkten anzugleichen. Dies wird von der Klägerin zwar anerkannt. Sie hält indes dafür, dass das Bundesgericht der wirtschaftlichen Interessenlage – mitunter im Widerspruch zu dessen weiterer Rechtsprechung auch zu Art. 401 OR zu Unrecht keine massgebliche Bedeutung zukommen lasse (act. 36 Rz 105 ff mit Hinweis auf act. 4/72 Rz 45 ff., auch act. 20 Rz 113). Im Zeitpunkt des kritisierten Entscheides lag eben diese Interessenlage und ebenso das Unbehagen über die unbefriedigende Situation bei einer Ungleichbehandlung von ursprünglichem Treugut und von Dritten erworbenen Sachen aber offen vor. Das Unbehagen um die gesetzliche Regelung wurde damals erkannt und erwähnt. Die Problematik als solche hat sich bis heute nicht verändert, auch wenn sie vermehrt beklagt wird. Die von der Klägerin geltend gemachte Interessenlage, die heute ausschlaggebend sein soll für das Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung, bestand gleichermassen wie heute bereits im Zeitpunkt des kritisierten Entscheides (1991) und den diesen bestätigenden Entscheiden 122 II (1996) und 127 III (2001). Trotz der gleichen Interessenlage und ungeachtet der als Folge der Ungleichbehandlung allenfalls resultierenden stossenden Ergebnisse, welche mit dem Entscheid bewirkt würden, hat es das Bundesgericht bis heute abgelehnt, gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR beim Treuhänder befindliches Treugut des Treugebers auszusondern. Die Kritik im Schrifttum mag zugenommen haben, die Problematik bleibt die Gleiche und ist vom Bundesgericht beantwortet. Allein die allenfalls höhere Gewichtung dieser Interessenlage rechtfertigte es nicht, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens anders zu entscheiden. Die Rechtsprechung zur Aussonderung von hinreichend individualisiertem und gesondert aufbewahrttem Geld ist sodann wie gesehen restriktiv (BGE 102 II 297 E. 3b), weshalb auch hieraus nicht abgeleitet werden kann, es müsste anders entschieden werden. Das Bundesgericht erklärt in BGE 117 II 429, dass es "eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des vollen Rechtserwerbs des Fiduziars" ablehnt. Es nimmt dabei Bezug auf MERZ in: ZBJV 111 (1975), S. 115, der auf das bisherige, gefestigte

- 34 - Verständnis des fiduziarischen Rechtsgeschäftes hinweist, welches dem Treuhänder gegenüber Dritten die uneingeschränkte Rechtsträgerschaft zugesteht. Diese Rechtsauffassung herrscht auch heute unbestrittenermassen vor (vgl. vorstehende Erwägungen). Der Einbezug des ursprünglichen Treugutes in die Aussonderungsmöglichkeit gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR änderte zwar nichts daran, dass der Treuhänder volles Recht am Treugut erhält und er gleichzeitig gegenüber dem

Treugeber einer vertraglichen Verfügungsbeschränkung und Rückgabepflicht unterliegt, es verschaffte dem Treugeber gegenüber dem Treuhänder aber wie gesehen ein über diese vertraglichen Möglichkeiten hinausgehendes Sonderrecht im Konkurs des Treuhänders, was einer bedeutenden Besserstellung gleichkommt und insofern grundsätzlicher Natur ist, als eine weitere Ausnahme vom grundsätzlich umfassenden Konkursbeschlagnahme des beim Konkursiten angefallenen Eigentums geschaffen würde. Betroffen wären zudem die von der Beklagten erwähnte, mit dem Rechtsschein verbundene Rechtssicherheit und der Schutz Dritter im Rechtsverkehr, mithin ebenfalls Grundpfeiler der Rechtsordnung. Das Bundesgericht wertete angesichts dieser rechtlich und praktisch erheblichen Auswirkungen, welche mit einem Einbezug von ursprünglich Treugut in die Aussonderungsmöglichkeit gestützt auf Art. 401 Abs. 3 OR verbunden wären, die "weitgehend identische Interessenlage" als weniger gewichtig und lehnte diesen Einbezug deshalb de lege lata ab. Die Begründung erweist sich auch heute als sachlich begründet und rechtlich insoweit auch befriedigend. Es besteht heute keine Veranlassung hievon abzuweichen. Die Gewichtung könnte sich zwar verschieben, wenn – wie das im Schrifttum vertreten wird – das vom Treugeber erworbene Treugut beim Treuhänder wie ein Sondervermögen vom übrigen Vermögen des Treuhänders getrennt aufbewahrt und verwaltet würde (vgl. dazu insbesondere EICHNER, Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand, Diss. Basel 2007 S. 132 f. Rz 312 ff.), weil damit der beim Dritten erweckte Rechtsschein weniger tangiert wäre. Auf der andern Seite würde diesem Unterscheidungskriterium wiederum etwas Zufälliges anhaften und tangierte insoweit wiederum die Rechtssicherheit. Insgesamt vermöchte auch dies einen Einbezug des vom Treugeber erworbenen Treugutes in die Aussonderungsmög-

- 35 - lichkeit nach Art. 401 Abs. 3 OR de lege lata daher nicht zu rechtfertigen. Dass die Aufrechterhaltung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im zu beurteilenden Fall zum unbefriedigenden Resultat führt, dass die unbestrittenen wirtschaftlichen Eigentümer der Aktienzertifikate diese nicht aussondern können, vermag hieran nichts zu ändern.

4.5.4 Die weiteren Auslegungselemente, insbesondere die systematische Auslegung, vermögen am bisherigen Ergebnis nichts zu ändern:

Für die von den Parteien unterschiedlichen Auffassungen zum Zusammenhang zwischen Art. 400 und Art. 401 OR finden sich im Schrifttum je unterstützende Stimmen. Die Systematik des Gesetzes ordnet die "Rechenschaftsablegung" (Art. 400 OR) und den "Übergang der erworbenen Rechte" (Art. 401 OR) allerdings unter dem Titel "II. Verpflichtungen des Beauftragten" neben der "Vorschriftsgemässe Ausführung" (Art. 397 und 397 a OR) und der "Haftung für getreue Ausführung" (Art. 398 und 399 OR) auf gleicher Stufe nebeneinander ein, weshalb sich der Schluss der Klägerin, es sei in Art. 401 OR alles umfasst was auch Art. 400 OR umfasse, nicht ohne weiteres ergibt. Ebensowenig vermag der Vergleich bei der Behandlung des Treugutes in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Trust- und Finanzmarktrecht, eine Auslegung im Sinne der Klägerin zu begründen. Während ein Trustrecht in der Schweiz heute nicht existiert, handelt es sich beim Finanzmarktrecht um spezialgesetzliche Regelungen, welche den spezifischen Bedürfnissen in diesem Rechtsbereich Rechnung tragen sollen. Diese finden auf das allgemeine Treuhandrecht keine Anwendung und könnten ohne Veranlassung durch den Gesetzgeber auch nicht analog oder gar auf dem Wege der Auslegung darauf Anwendung finden. Dass der strafrechtliche Schutz keine Unterscheidung wie bei Art. 401 Abs. 3 OR trifft, kann sodann auch nicht dazu führen, dass über den Weg der Gesetzesauslegung oder Analogie Gleiches auch im OR geschieht, und das von der Klägerin angestrebte Ziel kann auch nicht über den Hinweis der Klägerin zur

Anerkennung der Aussonderbarkeit von Trusts im Rahmen des entsprechenden Haager Übereinkommens erreicht werden, da die schweizerische Rechtsordnung den als Sondervermögen ausgestalteten Trust unbestrittenemassen bis heute eben nicht kennt. Gleiches muss auch gelten, soweit die Klägerin rechtsvergleichend auf die Rechtsordnungen aus umliegenden Ländern bzw. das an-

- 36 - sächsisches Recht verweist. All diese Elemente mögen allenfalls Argumente für den Gesetzgeber sein, gesetzgeberisch eine Gleichbehandlung anzustreben. 4.5.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Analyse und Auslegung von Art. 401 Abs. 3 OR es nicht gebieten, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, sondern es vielmehr dabei bleibt, dass in Auslegung von Art. 401 Abs. 3 OR im Konkurs des Treuhänders nur Treugut ausgesondert werden kann, das dieser von Dritten erworben hat. Die Aussonderung des ursprünglichen Treugutes ist damit von Art. 401 Abs. 3 OR, wie er heute vorliegt, nicht erfasst. Eine Gesetzeslücke ist nicht auszumachen, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen. Das aus wirtschaftlicher Sicht für die Erben des C. _____ stossend erscheinende Ergebnis, dass diese das in Frage stehende Aktienzertifikat nicht aussondern können, sondern auf ihre Gläubigerstellung im Konkurs beschränkt sind, ist die Folge des von den Vertragsparteien des Treuhandvertrages gewählten rechtlichen Instrumentes, welche auch auf dem Weg über Art. 401 Abs. 3 OR nicht abgewendet werden kann. Im konkreten Fall in den Auswirkungen für die Erben von C. _____ stossend, entspricht es der geltenden Rechtsordnung und ist aus diesem Grund auch als sachlich vertretbar zu betrachten. 5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Klage abzuweisen ist, weil das von der Klägerin herausverlangte Aktienzertifikat nicht aus dem Konkursbeschluss ausgesondert werden kann. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Die Parteien gehen übereinstimmend (act. 12 und act. 20 Rz 11) von einem Streitwert von Fr. 854'340.90 aus. Dieser Wert beruht auf dem Revisionsbericht des Treuhandbüros L. _____ zur Jahresrechnung der D. _____ AG (act. 4/6) und erscheint jedenfalls nicht als offensichtlich unrichtig, weshalb davon auszugehen ist (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Gestützt je auf § 4 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung und der Anwaltsgebührenver-

- 37 - ordnung, je vom 8. September 2010 sind Entscheidgebühr und Prozessentschädigung auf vier Drittel festzusetzen. Das ergibt eine Entscheidgebühr von Fr. 37'000.00 und eine Prozessentschädigung von Fr. 38'900.00. Darauf geschuldet ist der Ersatz der Mehrwertsteuer von 8% bis Ende 2017 (geschätzt 2/3 der Entschädigung) und 7,7% ab 1. Januar 2018 (geschätzt 1/3 der Entschädigung). Es resultiert eine Entschädigung von gerundet Fr. 42'000.00 (inkl. Mehrwertsteuer). Es wird erkannt:

E. 6

A., N 15 zu Art. 19/20 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung: BGer 4A_173/2010 E. 2.2; BGE 134 III 438; BGE 134 III 54 u.w.). Neben den materiellrechtlichen sind damit auch die konkursrechtlichen Schranken zu beachten, so z.B. die Privilegienordnung gemäss Art. 219 SchKG oder der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger unter Vorbehalt der gesetzlichen Privilegien. Die Vereinbarung darf nicht zu einem verbotenen Resultat führen, wobei ein solches Verbot sich schon darin erblicken lasse, dass auf dem Weg der Parteiver-

- 13 - einbarung ein konkursrechtliches Vorrecht geschaffen wird. Bei der Verwaltungstreuhand steht das Treugut im (rechtlichen) Eigentum des Treuhänders. Es ist bei dessen

Konkurs grundsätzlich ohne weiteres vom Konkursbeschlagn betroffen (Art. 197 SchKG). Eine Resolutivbedingung mit automatischem dinglichem Rückfall des Treugutes ins Eigentum des Treugebers greift ohne gesetzliche Grundlage in die Konkursordnung ein. In Fällen, wo die treuhänderische Funktion des Treuhänders nicht klar ersichtlich ist, spielt der Rechtsschein des Eigentums und damit verbunden der Publikumschutz eine wesentliche Rolle; die obligatorische Vereinbarung des automatischen dinglichen Rückfalls bei Konkurs oder auch bei Tod des Treuhänders stünde mit diesen Grundsätzen in Widerspruch. Unabhängig von der Frage der Nichtigkeit wird im Schrifttum aber jedenfalls mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine Resolutivbedingung nicht von Rechts wegen vermutet wird, sondern einer Vereinbarung bedarf (ZOBL/THURNHERR, a.a.O., N 1415 mit zahlreichen Hinweisen; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge. Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015, N 1668). Mit Rücksicht auf die vorerwähnten Grundsätze ist dem jedenfalls zuzustimmen. Zu prüfen ist, ob die Parteien des Treuhandvertrages vom 2. Juni 1997 eine solche Rückfallsvereinbarung geschlossen haben.

2.4.1 Die Klägerin behauptet, dass die Parteien des Treuhandvertrages das Eigentum an den Inhaberaktien (nur) resolutiv auf RA B._____ übertragen wollten (act. 2 S. 22 Rz 61; act. 36 S.71 Rz 288). Dies bestreitet die Beklagte (act. 20 S. 47 Rz 204).

2.4.2 Streiten die Parteien um die Bedeutung vertraglicher Vereinbarungen, so bildet der Text dieser Vereinbarung Gegenstand der Auslegung. Für die Beurteilung des Inhaltes eines Vertrages ist in erster Linie der übereinstimmende Parteiwille festzustellen, welchen die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. Die Auslegung eines Vertrages muss somit in erster Linie auf diesen Konsens abstellen. Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Ergibt sich, dass ein solcher natürlicher Konsens nicht bestand, so ist zu prüfen, ob ein sog. normativer Konsens zustande gekommen ist. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Ver-

- 14 - trauensprinzipes so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1; 131 III 469; WIEGAND, BSK OR I, 6. A., Art. 18 N 7 ff.). Beim Willen handelt es sich um eine innere Tatsache, die nicht direkt bewiesen werden kann. Vielmehr kann nur aus bestimmten Indizien auf das Vorhandensein eines solchen Willens geschlossen werden. Es müssen demnach hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, um einen Schluss auf den tatsächlichen oder mutmasslichen Willen der Partei bei Abgabe der Erklärung zu ermöglichen. Bei der objektivierten Betrachtungsweise wird darauf abgestellt, was vernünftige Parteien unter den gegebenen Umständen unter dem vorliegenden Wortlaut wohl verstanden hätten, wobei nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 16 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, 10. A. Rz 1200 ff.).

2.4.3 Die Klägerin räumt ein, dass der Treuhandvertrag keine explizite Regelung enthält, wonach die übergebenen Inhaberaktien im Falle der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses von RA B._____ auf C._____ zurückfallen sollen (act. 2 S. 25 Rz 73). Sie geht davon aus, dass sich die behauptete Resolutivbedingung aus der Auslegung des konkreten Vertrages ergebe (act. 2 S. 24 Rz 70 a.E.). Dabei verweist sie einerseits auf die Interessenlage der Parteien sowie die unbestritten gebliebene Tatsache, dass immer nur C._____ bzw. seine Erben an den Aktienzertifikaten wirtschaftlich berechtigt gewesen seien. Es könne unter diesen Umständen

kein Zweifel daran bestehen, dass das Eigentum an den Aktienzertifikaten automatisch an den Treugeber zurückfalle (act. 36 S. 10 Rz 20 und act. 2 S. 25 Rz 72). Gleiches müsse die Auslegung nach Treu und Glauben ergeben. Es widerspreche jedem gesunden Rechtsempfinden, wenn die dem Treuhänder zu Verwaltungszwecken übereigneten Sachen im Falle eines Konkurses den Gläubigern des Treuhänders zur Beute fallen sollten. Auch die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ergebe nichts anderes: Hatten die Parteien bei Abschluss des Vertrages tatsächlich nicht an den Fall gedacht, dass RA B._____ überschuldet

- 15 - versterben könnte, dann liege insoweit eine Vertragslücke vor, welche die Parteien zweifelsfrei dahingehend gefüllt hätten, dass das Eigentum am Treugut bei der nunmehr eingetroffenen Situation an C._____ bzw. an seine Erben zurückgefallen wäre (act. 36 S. 10 - 13 Rz 22 - 31; act. 2 S. 26 Rz 7). 2.4.4 Die Klägerin schliesst auf die Vereinbarung einer Resolutivbedingung im wesentlichen daraus, dass C._____ und RA B._____ den Treuhandvertrag als Verwaltungstreuhand ausgestaltet haben, bei welcher das wirtschaftliche Eigentum am Treugut immer beim Treugeber bleiben soll. Entsprechend seien auch die Dividenden immer an C._____ bzw. dessen Erben überwiesen worden. Dies ist denn auch nicht umstritten. Der Umstand, dass RA B._____ im Erbvertrag mit seinen Erben die Aktien auch nachträglich nicht erwähnte, lässt sich zwar zwanglos dahingehend interpretieren, dass er selbst das Treugut nicht als sein Eigentum betrachtete, das nach seinem Tod an seine Erben fallen sollte. Daraus allein auf eine Vereinbarung eines Rückfalls des Eigentums zu schliessen, reicht indes nicht aus. Auch wenn mit der Verwaltungstreuhand das wirtschaftliche Eigentum beim Treugeber bleiben soll, ist für die Verwaltungstreuhand auch kennzeichnend, dass das rechtliche Eigentum an der übertragenen Sache aus welchen Gründen auch immer auf den Treuhänder übergeht. Mit der Unterzeichnung des Treuhandvertrages vom 2. Juni 1997 wollten C._____ und RA B._____ unstrittig beides. Mit der Vereinbarung, dass die Aktienzertifikate nach dem Tod von C._____ bei RA B._____ verbleiben, wollten die Vertragsparteien diese Ordnung auch nach dem Tod des Treugebers ausdrücklich aufrechterhalten. Hieraus lässt sich indes nichts dafür ableiten, wie es sich beim Tod bzw. Konkurs des Treuhänders verhalten sollte. Die Klägerin hat keine Umstände dargetan, welche auf den von ihr behaupteten übereinstimmenden Parteiwillen schliessen liessen. Allein die Interessenlage und der Vertragszweck einer Verwaltungstreuhand, auf welche die Klägerin wiederholt hinweist (u.a. act. 36 Rz 20, 134, 223 ff.), genügen nicht, um darauf schliessen zu können, die Vertragsparteien hätten im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Rückfallsklausel vereinbart oder vereinbaren wollen bzw. dass die vertragliche Vereinbarung nach objektivierter Auslegung so verstanden werden muss; dies auch dann nicht, wenn eben diesen Elementen eine grosse Bedeutung zukommen mag.

- 16 - Mit dem Tod von RA B._____ endete der Treuhandvertrag (Art. 405 Abs.1 OR) und damit der Grund für die Übertragung der in Frage stehenden Aktienzertifikate. Das Eigentum an beweglichem Treugut geht allerdings erst durch eine Besitzübertragung seitens der Erben des Treuhänders an den Treugeber zurück (so ausdrücklich auch WATTER, a.a.O., S. 216 Rz 87), was vorliegend nicht erfolgte. Trotzdem – wie die Klägerin dies will – auf einen Rückfall des Eigentums zu schliessen, ohne dass es hierauf im Vertrag Hinweise gäbe, hiesse nichts anderes, als den Rückfall bei Tod oder Konkurs des Treunehmers für die Verwaltungstreuhand generell anzunehmen. Wenn die Klägerin in der Replik sodann geltend macht, das Eigentum könne bereits durch Besitzkonstitut

übertragen werden und demnach würde mit dem Konkurs über den Nachlass Besitz und Eigentum auf den Treugeber übergehen (act. 36 Rz 292), hilft dies insofern nicht weiter, als die für das Vorliegen eines solchen Besitzkonstituts erforderliche Willenseinigung der Parteien (vgl. ZOBL/THURNHERR, BK ZGB, 2010, Art. 884 N 716) weder behauptet ist noch sich aus dem Vertrag ergibt. Die bei Vertragsschluss von den Parteien ausdrücklich gewollte Divergenz zwischen wirtschaftlicher und dinglicher Berechtigung an den Aktienzertifikaten fiel mit der Beendigung des Vertrages dahin, ohne dass sich dies aus dem Vertrag ergäbe. Dies anzunehmen bedeutete einen weitgehenden Einbruch in die sachenrechtliche Ordnung und wird gemäss heutigem Stand von Rechtsprechung und mehrheitlich vertretener Auffassung im Schrifttum zu Recht abgelehnt. 2.5.1 Die Klägerin macht weiter geltend, es widerspreche jedem gesunden Rechtsempfinden, wenn die dem Treuhänder zu Verwaltungszwecken übereigneten Sachen im Falle eines Konkurses den Gläubigern des Treuhänders zur Beute fallen würde. Die Beklagte selbst habe dies als stossendes Resultat bezeichnet. Das Gericht habe bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nach einem sachgerechten Resultat zu suchen. Angesichts der Tatsache, dass es unbestrittenmassen die Erben von C._____ seien, welche an den Aktienzertifikaten wirtschaftlich berechtigt seien, könne kein Zweifel bestehen, dass die Vertragsparteien nach dem tatsächlichen, mutmasslichen oder dem hypothetischen Parteiwillen wollten, dass das Aktienzertifikat aus der Konkursmasse von RA B._____ herausverlangt werden könne. Auch die Auslegung nach Treu und Glauben lasse keinen

- 17 - anderen Schluss zu als dass die Parteien sicher nicht gewollt hätten, dass das ursprüngliche Treugut in die Konkursmasse falle. Sie macht geltend, dass für den Fall, dass die Herausgabe aufgrund eines fehlenden entsprechenden Parteiwillens verneint werde, eine Lücke des Vertrages anzunehmen sei, die im Sinne des hypothetischen Parteiwillens zu füllen sei (act. 36 Rz 22 ff und Rz 223 f.; act. 20 Rz 22). 2.5.2 Die Beklagte verneint das Vorliegen einer Vertragslücke und entsprechend die Notwendigkeit einer Vertragsergänzung. Hätten die Parteien für den Konkursfall keine spezielle, vom Gesetz abweichende Regelung vorgesehen, so liege keine Vertragslücke vor, sondern allenfalls eine verpasste Chance. Die Vertragsergänzung diene indes nicht dazu, im Nachhinein gesetzlich vorgesehene, als unbillig empfundene Konsequenzen abzuwenden, wenn die Parteien selber dies verpasst hätten; vielmehr habe sie den Zweck, eine für den Umgang mit einer bestimmten Situation unabdingbare vertragliche Abrede zu treffen. Überdies enthalte das Gesetz für den Nachlasskonkurs des Treuhänders zwingende Normen. Selbst wenn man aber eine Lücke annehmen wollte, habe das Gericht diese erst dann nach dem hypothetischen Willen der Parteien zu füllen, wenn dispositiven Gesetzesbestimmungen fehlten, was nicht der Fall sei. Schliesslich sei fraglich, ob die typischen Parteien einer Verwaltungstreuhand bei Abschluss des Vertrages tatsächlich eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Regelung treffen würden (act. 20 Rz 71 ff; act. 46 S. 18 f. Rz 55 ff.). 2.5.3 Eine Vertragsergänzung soll stattfinden, wenn zwischen den Parteien ein Punkt, welcher der vertraglichen Regelung bedurft hätte, in dem von ihnen geschlossenen Vertrag nicht geregelt ist und damit eine Vertragslücke besteht. Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien sich über regelungsbedürftige Punkte nicht geeinigt haben. Die Lücke besteht darin, dass die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben, obwohl das Gesetz die Regelung der betreffenden Frage den Parteien belässt. Sind die Parteien durch zwingendes Gesetzesrecht in ihrer Dispositionsbefugnis eingeschränkt, spricht man nicht von einer Vertragslücke (vgl. zum Ganzen: BGE 129 III 535 ff. E. 4, 115 II 484 ff. E. 3 und 4 a;

JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK zu

- 18 - Art. 18 OR, 4. A., 2014, N 542, 546 und 547; WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 61 ff., insbes. N 65; HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A. N 281 ff.). Eine Vertragslücke kann u.a. dann entstehen, wenn die Parteien nicht an die sich stellende Frage gedacht haben. Hievon geht die Beklagte aus, wenn sie ausführt, die Parteien hätten bei Vertragsschluss nicht an die Möglichkeit gedacht, dass RA B._____ überschuldet versterben könnte (vgl. act. 20 Rz 66, 79 und act. 46 Rz 55 f.); die Klägerin behaftet die Beklagte hierauf (act. 36 S. 11 Rz 24). Ob dieser Umstand zur Annahme einer Vertragslücke genügt, hängt auch davon ab, ob die Parteien in ihrer Parteiautonomie durch zwingendes Recht eingeschränkt sind, wovon die Beklagte wie gesehen ausgeht (act. 20 Rz 77, act. 46 Rz 33). Wird dessen ungeachtet das Vorliegen einer Vertragslücke bejaht und kommt es zur Vertragsergänzung, ist wiederum umstritten, ob bei der Schliessung der Vertragslücke primär auf dispositives Gesetzesrecht zu greifen ist, wie dies gegebenenfalls die Beklagte verlangt oder auf den hypothetischen Parteiwillen, wie die Klägerin geltend macht. Dies wird auch im Schrifttum kontrovers diskutiert. Das Bundesgericht folgt überwiegend der ersteren Auffassung und hält so in BGE 115 II 484 ff. E. 4b z.B. fest, dass das Gericht – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln habe, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens habe er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (a.a.O. mit Hinweisen auf BGE 111 II 262, 108 II 114, 107 II 149 und verschiedene Literaturstellen; auch BGE 4A_380/2011 vom 5. März 2012 E. 5.1.3). Eine differenzierende Auffassung unterscheidet insbesondere danach, ob ein typischer oder ein spezieller, atypischer Vertrag zu ergänzen ist und ob eine in Frage kommende dispositive Gesetzesbestimmung einen Gerechtigkeitsgehalt hat oder nicht. Dabei kann bei einer typischen Vertragsgestaltung eher als bei einer speziellen, individuellen Vertragsgestaltung davon ausgegangen werden, dass die Ergänzung durch das dispositive Gesetzesrecht in der Regel zu sachgerechten Ergebnissen führt und die Nichtanwendung einer an sich einschlägigen Norm des dispositiven Rechts einer beson-

- 19 - deren Begründung bedürfte (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 568 ff; KRAMER, BK zu Art. 1 - 18 OR, Art. 18 N 217; WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 71). Für den Fall, dass vorliegend nicht schon zum vornherein eine Vertragslücke verneint wird, weil zwingendes Gesetzesrecht der Vertragsergänzung entgegensteht, wäre für den von den Parteien nicht bedachten und nun eingetretenen Fall primär das dispositive Gesetzesrecht für die Vertragsergänzung heranzuziehen. Dies nicht nur deshalb, weil es einen in seiner Ausgestaltung typischen Verwaltungstreuhandvertrag zu beurteilen gilt, sondern vor allem auch deshalb, weil wie vorstehend erwogen wurde, zu verlangen ist, dass ein dinglicher Rückfall des Treugutes zum Treugeber im Falle der Vertragsauflösung nicht ohne entsprechende Abrede erfolgen können soll. Dies wäre aber der Fall, wenn im Sinne der Klägerin die Vertragslücke nach dem von ihr angenommenen hypothetischen Parteiwillen gefüllt würde. Nach dem dispositiven Gesetzesrecht bliebe es dabei, dass der Rückfall des Eigentums nicht ohne Besitzübertragung erfolgen konnte.

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