

## B. CIVILRECHTSPFLEGE

### ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

#### I. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen.

##### Hypothèque et liquidation forcée des chemins de fer.

75. Urtheil vom 16. September 1878 in Sachen  
Bögel und Consorten gegen  
die schweizerische Nordostbahngesellschaft.

A. Die Schweiz. Nordostbahngesellschaft hat in den Jahren 1859 bis 1876 theils allein, theils in Gemeinschaft mit der Schweiz. Centralbahngesellschaft, eine Reihe von Anleihen im Gesamtbetrage von circa 136 Millionen in der Weise aufgenommen, daß sie jeweilen Obligationen von 500 Fr. und 1000 Fr. emittirte, welche sämmtlich die Bestimmung enthalten: „Es dürfen im Verfolge keine Obligationen ausgegeben werden, welchen ein Vorrrecht gegenüber denjenigen des „gegenwärtigen Anleiheus eingeräumt würde.“ Gemäß dieser Zusage ist in den nach der ersten Anleihe emittirten Obligationen bemerkt, daß dieselben ein Vorrrecht auf das Eigenthum der Gesellschaft vor den bestehenden und etwa später zu emittirenden Gesellschaftsaktien haben, mit den bisherigen Anleihen der Gesellschaft aber in gleiche Rechte treten.

B. Zur Sicherung dieser Obligationen, sowie von fünf Subventionsanleihen im Gesamtbetrage von 12,690,000 Fr. und eines erst zu emittirenden Anleiheus von 65 Millionen Franken, eingetheilt in:

#### I. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen. N° 75. 413

a. 91,000 Obligationen zu 500 Fr., verzinslich zu  $4\frac{1}{2}$  % und rückzahlbar binnen sechszig Jahren, gemäß einer aufzustellenden Amortisationstabelle, und

b. 39,000 Obligationen zu 500 Fr., verzinslich zu 5 % und rückzahlbar binnen siebenzig Jahren, gemäß einer aufzustellenden, die ganze Hypothek II. Ranges umfassenden Amortisationstabelle, und endlich des Antheils der Schweiz. Centralbahn am gemeinschaftlichen Anleihen von 50 Millionen Fr. vom 1. April 1874, auf Grund der Mithaftbarkeit der Nordostbahngesellschaft für den ganzen Betrag, suchte die Nordostbahn beim Bundesrathe um die Bewilligung zur Bestellung eines Pfandrechtes auf ihr Bahnetz nach, nach Maßgabe gewisser näherer Bestimmungen, von welchen folgende herauszuheben sind:

1. Successive mit Ausgabe des Anleiheus von 65 Millionen Franken sind abzuzahlen: 64,000,000 Fr., (resp. 48,000,000 Fr.) früherer Anleihen. Im Weiteren sind von diesen Anleihen zu verwenden: 12,010,000 Fr. zu folgenden Zwecken:

- a. zur Rückzahlung des Subventionsanleiheus für die rechtsufrige Zürichseebahn, im Betrage von Fr. 3,740,000, nebst Zinsnachvergütung;
- b. der Erfüllung der Verpflichtungen der Nordostbahn zu Gunsten der Gotthardbahn;
- c. zur Vollendung der Bauarbeiten an den Linien Glarus-Einththal, aargauische Südbahn und im Bahnhof Winterthur.

2. Das Pfandrecht zerfällt in ein solches I. und ein solches II. Ranges.

Das Pfandrecht I. Ranges kommt zu:

- a. sieben Zehnthellen des Nominalbetrages der bereits emittirten Anleihen, in der Meinung, daß jeder einzelne Titel für  $\frac{7}{10}$  seines Nominalbetrages an diesem ersten Pfandrecht verhältnißmäßigen Antheil hat;
- b. den 91,000  $4\frac{1}{2}$  %igen Obligationen des zu emittirenden Anleiheus für ihren ganzen Nominalbetrag.

Das Pfandrecht II. Ranges kommt zu:

- a. drei Zehnthellen des Nominalbetrages der emittirten Anleihen, in der Meinung, daß jeder einzelne Titel für

$\frac{3}{10}$  seines Nominalbetrages an diesem zweiten Pfandrecht verhältnismäßigen Antheil hat;

b. den 39,000 5 %igen Obligationen des zu emittirenden Anleiheus für den ganzen Nominalbetrag.

3. Von der Verpfändung sind ausdrücklich ausgenommen:

a. alle zwar mit den Bahnanlagen zusammenhängenden, aber nicht für Bahnzwecke bestimmten Immobilien; ebenso die Imprägniranstalt nebst ihr zudienendem Ausgelände; endlich die für die Zürichsee-Dampfboote beabsichtigten Einrichtungen bei der Station Wollishofen;

b. alle nicht mit den Bahnanlagen zusammenhängenden Immobilien;

c. die Dampfboote und Schlepsschiffe auf dem Bodensee und dem Zürichsee.

4. Sollte in der Folge das Pfand zur ganzen oder theilweisen Befriedigung des hälftigen Antheils der schweiz. Centralbahn an dem Anleihen vom 1. April 1874 in Anspruch genommen werden, so steht, soweit dadurch die übrigen Hypothekargläubiger in Schaden kommen, das daherrige Regressrecht auf die Centralbahn ausschließlich diesen zu.

5. Die Placirung der Titel des zu emittirenden Anleiheus darf nur in der Weise stattfinden, daß stets mindestens eine verhältnismäßige Zahl der als 5 %ig bezeichneten Titel entweder gleichzeitig mit den als  $4\frac{1}{2}$  %ig bezeichneten oder aber zum Voraus abgegeben werden muß.

6. Der Nordostbahngesellschaft bleibt das Recht gewahrt, zur Deckung späterer Bedürfnisse in der Folge die Hypothek auf das gleiche Pfandobject bis auf 160,000,000 Fr., bezw. (zuzüglich des Antheils der Centralbahn am Gemeinschaftsanleihen vom 1. April 1871) auf 185,000,000 Fr. auszunützen und zwar gleichfalls zu  $\frac{1}{10}$  im I. und  $\frac{3}{10}$  im II. Rang.

Diesem Gesuche entsprach der Bundesrath in der Weise, daß er die amtliche Publikation des Verpfändungsprojectes unter Ansetzung der gesetzlichen Einspruchsfrist bewilligte. Dagegen lehnte der Bundesrath das Ansuchen, die Controlle dafür zu übernehmen, daß die Nordostbahn die Ausgabe der Titel für das 65 Millionen Anleihen in dem in Aussicht gestellten Verhältniß (Biffer 4 oben) begeben, ab.

C. Innert der eingeräumten Frist haben nun die Kläger, als Inhaber von Obligationen früherer Anleihen im Gesamtbetrag von 10,276,500 Fr., beim Bundesrathe Einsprache gegen das Verpfändungsproject erhoben und derselben dann durch Anhebung der Klage beim Bundesgerichte Folge gegeben, indem sie das Begehren stellten, daß sie bei ihrer Einsprache geschützt und der Nordostbahn die Bewilligung zu der beabsichtigten Verpfändung nicht ertheilt werde, eventuell, daß der Beklagten die Verpfändung nur unter der Bedingung gestattet werde, daß ihre in den Titeln festgestellten Rechte durch Versekung der erstern in die I. Hypothek gewahrt bleiben.

Zur Begründung der Klage wurde im Wesentlichen angeführt:

Der Vertrag, welcher durch den Obligationstitel dargestellt werde, beschränke die Befugniß der Beklagten hinsichtlich der Contrahirung neuer Schulden in einem Punkte: Sie dürfe den spätern Titeln gegenüber den bisherigen kein Vorrecht einräumen. Es sei also Vertragsrecht der bisherigen Obligationäre der Nordostbahn, dagegen Einsprache zu erheben, daß bei Contrahirung eines neuen Anleiheus für die Titel des letztern ein Vorrecht bestellt werde, und als ein Vorrecht in diesem Sinne sei die Pfandbestellung auf das Gesellschaftsvermögen zu betrachten. Den Begriff Vorrecht definiren sie als vorzügliches Anspruchsrecht auf das Gesellschaftsvermögen, so zwar, daß im Falle einer Zwangsliquidation der neue Titelinhaber vor dem bisherigen Zahlung erhalten würde.

Dieses Recht auf Ausschließung eines Vorrechtes werde nun durch die beabsichtigte Pfandbestellung verlegt.

Von vornherein werde die rechtsgültige Entstehung des Pfandrechtes beanstandet. Es liege ein Mangel in der Person des Pfandrechtsgläubigers vor. Das Pfandrecht solle nämlich bestellt werden zu Gunsten der bisherigen Gläubiger und zugleich zu Gunsten einer Eisenbahnbank, die noch gar nicht bestche. Der diesfällige Vertrag vom 11. März 1878 sehe bestimmt vor, daß die Eisenbahnbank erst nach der Erwirkung der hypothekarischen Sicherstellung in's Leben trete. Nun folge aus allgemein gültigen Rechtsätzen, daß die Pfandbestellung zwei existente Rechtspersonen — Pfandgläubiger und Pfandschuldner — zur Vorkaussetzung habe.

Eventuell sei zuzugeben, daß sich das Verhältniß zufolge des in Frage liegenden Pfandrechtsbegehrens nicht so präsentire, daß für die neuen Obligationen ein Pfandrecht auf das ganze Bahnnetz bestellt und die bisherigen Obligationen von demselben gänzlich ausgeschlossen würden. Allein durch das projektirte Arrangement werden die Rechte der Titelinhaber nur zum Scheine gewahrt. In der That liege in jenem Arrangement ein Vertragsbruch gegenüber den Klägern.

Die Nordostbahngesellschaft wolle den Klägern, als Inhaber bisheriger Obligationen, ein Pfandrecht gewähren, diese aber erklären, daß sie das anbotene Pfandrecht nicht begehren. Die Kläger wollen bei ihren bisherigen Rechten geschützt sein und widersetzen sich jedem Versuch des andern Kontrahenten, das Vertragsrecht zu ändern. Nun sei es ein allgemein gültiges Gesetz des Privatrechts, daß ein Kontrahent nicht befugt sei, gegen den Willen des Mitkontrahenten Rechte zu noviren, selbst dann nicht, wenn die Aenderung dem Gegner eine bessere Rechtsstellung schaffen würde. Mit dieser Auffassung stehe im Einklang das positive Gesetz. Der Art. 7 leg. cit. sehe vor, daß bei einem Pfandbestellungsbegehren die Bahngesellschaft und die bisherigen Obligationäre in Kollision gerathen können, und bestimme für diesen Fall, daß das Pfandrecht nur unter der Bedingung bewilligt werde, daß den Titelinhabern eines frühern Anleihe die zugesicherten Rechte gewahrt bleiben, soweit dieselben nicht darauf Verzicht leisten. Also entweder Verzicht oder dann die Wahrung der bisherigen Rechte, nicht aber die willkürliche Aenderung derselben durch die Eisenbahngesellschaft.

Die bisherigen Kundgebungen der Nordostbahn lassen im Unklaren darüber, welches Verfahren sie nach der Pfandrechtsbestellung in Beziehung auf den Bestand der bisherigen Titel einzuhalten gedenke. In Beziehung auf das Aussehen, das die bisherigen Obligationen nach der Pfandrechtsbestellung erhalten sollen, werde gar nichts angedeutet. Und doch sei es für die Kläger vom höchsten Belange, hierüber Gewißheit zu erhalten. Eine Aenderung des Inhaltes der Titel müsse doch wohl eintreten. Denn wenn ihnen ein Pfandrecht bestellt werden wolle, so müsse, damit dasselbe rechtsgültig und wirksam sei, die Si-

cherung in den Titeln selbst eingetragen werden (Art. 11 leg. cit.). Gleichzeitig aber müßte die bisherige Klausel über den Ausschluß von Vorrechten gestrichen werden. Zu einer solchen Alterirung wohlverworbener Rechte werden sie, Kläger, nicht mitwirken. Aus diesen Unklarheiten und drohenden Rechtsstörungen folgern sie, daß auch auf dem Standpunkte, den die Nordostbahn einnehme, nicht vorausgesehen werden könne, daß in Folge der Pfandbestellung die Rechte der bisherigen Titelinhaber in erforderlicher Weise gewahrt werden.

Bei näherer Prüfung des Geschäftes, das abgeschlossen werden wolle, ergebe sich unzweifelhaft, daß hier zu Gunsten des neuen Anleihe und eines Theils seiner Titel ein Vorrecht geschaffen werde.

Es werden in der Zukunft folgende Titel neben einander bestehen:

1. Obligationen zu 4 $\frac{1}{2}$  % mit Hypothek I. Ranges für 500 Fr.;
2. Obligationen zu 4 $\frac{1}{2}$  % (oder niederer) mit Hypothek I. Ranges für 350 Fr. und mit Hypothek II. Ranges für 150 Fr.;
3. Obligationen zu 5 % mit Hypothek II. Ranges für 500 Fr.

In dem Umstande, daß einer Anzahl von Titeln des neuen Anleihe für den ganzen Nennwerth Pfandrecht im I. Range eingeräumt werde, während die bisherigen Titel ein solches vorzügliches Pfandrecht nur für 70 % ihres Nennwerthes erhalten, liege die Statuirung eines Vorrechtes der neuen Titel gegenüber den bisherigen, eines Vorrechtes, das sich genau auf 30 % des Nennwerthes beziehere.

Für die Begehren, deren Zuspreehung die Kläger einzuklagen berechtigt seien, erscheinen als maßgebend die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 7 und 38 leg. cit. Die Anwendung sei diese:

1. Die Verpfändung des Bahnnetzes könne durch die Kläger nicht gehindert werden.
2. Dagegen dürfe die Bewilligung der Pfandbestellung nur unter der Bedingung ertheilt werden, daß die den Klägern in den Obligationentiteln zugesicherten Rechte gewahrt werden.

Die Wahrung dieser Rechte sei dahin zu verstehen, daß sie vor

der Realisirung des Pfandrechtes Zahlung von Kapital und Zinsen erhalten oder mindestens des gleichen Pfandrechtes theilhaftig werden, das den bestbedachten neuen Titeln zukommen solle. Das erstere Begehren habe die gesetzliche Begründung in Art. 38 Ziffer 5 leg. cit.; das andere Begehren, das sich an die Bestimmung des Art. 7 leg. cit. anlehne, werde nur eventuell geltend gemacht.

Von einigen Klägern wurde diesen Ausführungen noch beigefügt:

1. Sie lassen sich auch keine Veränderung der Rückzahlungsbedingungen gefallen, wie Beklagte solche für die ganze Hypothek II. Ranges beabsichtige.

2. Der ausgeschriebene Passus, die Platzirung dieses Anleihe dürfe nur in der Weise stattfinden, daß stets mindestens eine verhältnismäßige Zahl der 5 %igen und 4 1/2 %igen Titel ausgegeben werden müsse, sei vollständig irrelevant, da das ganze 4 1/2 %ige Anleihen bloß der Kursgewinn sei. Abgesehen hiervon, sei natürlich eine Kontrolle über Innehaltung des versprochenen Modus nicht möglich.

3. Die Beklagte wolle gewisse Aktiven von der Verpfändung ausnehmen. Dieß sei unzulässig. Das Gesetz bestimme, was zum Pfand gehöre und ohne Einwilligung der Kläger dürfe von der gesetzlichen Vorschrift nicht abgegangen werden.

4. Die Beklagte beabsichtige, dem ganzen gemeinschaftlich mit der Centralbahn erhobenen Anleihen von 50 Millionen ein Pfandrecht auf ihrem Netz einzuräumen, während sie nur ihre ideelle Hälfte an den gemeinschaftlichen Bahnen zu Pfand gebe. Dieß gehe nicht an. Entweder sei die der Centralbahn gehörende Hälfte vom Pfandrecht auszuschließen oder dann die ganze Bözbergbahn und Südbahn als Pfand einzusetzen.

5. Die Finanzoperation, welche nicht bloß eine Aenderung des Vertrages, sondern eine förmliche Novation des bisherigen Schuldverhältnisses involvire, lasse sich nicht ausführen, ohne Obligationen bis auf den Betrag von 150 Fr. in der II. Rangklasse und 350 Fr. in der I. Rangklasse zu emittiren. Eine solche Zerlegung der Schuld verstoße aber gegen §. 1102 des zürch. priv. Ges.-B.

6. Endlich werde auch noch der Standpunkt der actio pauliana geltend gemacht. Abgesehen davon, daß die schweizerische Nordostbahn wegen materieller Insolvenz sich durchaus nicht mehr in der Lage befinde, neue Schulden zu kontrahiren und dafür ihr Eigenthum zu verpfänden, so sei sie speziell nicht befugt, Schenkungen an andere Bahnunternehmungen zum Nachtheile der Obligationäre vorzunehmen. Eine solche Schenkung sei aber die neue Subvention an die Gotthardbahnunternehmung.

D. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an.

In prozessualischer Hinsicht stellte sie gegenüber einer Anzahl Kläger die Einrede mangelnder Aktivlegitimation entgegen, gestützt darauf, daß A. B. beim Bundesrath eine Kollektivprotestation eingereicht habe für eine Pauschalsumme von Obligationen, ohne die Inhaber der Titel oder die Titel selbst irgendwie anzugeben. Diese Eingabe sei formwidrig gewesen und existire durchaus keine Sicherheit dafür, daß A. B. wirklich für die erst jetzt in der Klageschrift bezeichneten Personen oder Titel eine Protestation eingereicht habe. Die Nordostbahn sei aber nicht verpflichtet, sich möglicherweise andere oder mehr Personen oder Titel als Protestanten substituiren zu lassen, nachdem die Einspruchsfrist verstrichen sei.

Zur Widerlegung der in der Klage angeführten Rechtsgründe machte Beklagte geltend:

Die Klage beanstande mit Unrecht die rechtsgültige Entstehung des Pfandrechtes. Sowohl das gemeine Recht als das Bundesgesetz über die Verpfändung der Eisenbahnen, Art. 4, sehen Verpfändungen der vorliegenden Art vor. Uebrigens scheinen die Kläger gänzlich übersehen zu haben, daß die von der Nordostbahn emittirten und zu emittirenden Obligationen zu der Klasse der Inhaberpapiere gehören.

Die Behauptung, die alten Obligationäre müssen sich gar keine Veränderung ihrer bisherigen Titel gefallen lassen, sei unhaltbar. Weder nach dem formellen Ausdruck der in den Obligationen enthaltenen Klausel, noch nach ihrer materiellen Bedeutung sei der Nordostbahn verboten worden, die alten Obligationäre mit einer bessern Rechtsstellung auszurüsten. Uebrigens könne man ohne Bedenken den Satz aufstellen, daß jeder Debitor berechtigt

sei, einen Kreditor sogar gegen seinen Willen in eine bessere Rechtsposition zu versetzen, nur habe der Debitor natürlich die daraus allfällig entstehenden Kosten zu tragen.

Die Kläger schlugen irrigerweise vor, es herrschen Unklarheiten über die neue Stellung der alten Titel und es drohen deswegen Rechtsstörungen. Art. 11 des cit. Bundesgesetzes habe nur Bezug auf solche Schuldtitel, denen zur Zeit ihrer Errichtung und gegen die Hingabe der betreffenden Summe die Einräumung der Hypothek versprochen worden sei. Wenn aber erst später eine Hypothekbestellung erfolge, so bedürfe es jener Vormerkung in den Titeln nicht, um so weniger, als sogar die Eintragung in das eidgenössische Pfandbuch nur eine Urkunde-Thatfache sei, nicht aber den pfandrechtlichen Kurationsakt darstelle. Es sei daher rechtlich indifferent, ob von den in Art. 11 citirten Angaben auch in den Titeln Vormerk genommen werde oder nicht. Aber gesetzt sogar, die Kläger könnten einen diesfälligen Vormerk in ihren Titeln verlangen, so würde einfach auf den leeren Stellen der alten Titel eine timbrirte Notiz über das Pfandrecht angebracht werden, wozu die Nordostbahn sich eventuell verpflichte.

Der Kern der Frage sei, ob durch die projektirte Pfandbestellung zu Gunsten der neuen Obligationen ein Vorrecht von 30 % gegenüber den bisherigen Titeln geschaffen werde, und dies sei zu verneinen. Die alten Obligationäre seien nach ihrer gleichartigen Rechtsstellung, übrigens auch nach der ausdrücklichen Anerkennung der Klage nicht berechtigt, gegen neue Emissionen von gewöhnlichen Obligationen zu protestiren und sie können in Folge dessen nicht verhindern, daß die Ansprüche der alten Obligationen auf die Aktiven der Nordostbahn successiv reduziert und unter Umständen effektiv werthlos würden. Die in den alten Obligationen enthaltene Klausel habe der Nordostbahn bloß verboten, spätere Obligationen zu emittiren, welchen zur Zeit der Emission in ihrer Gesamtheit ein materielles Vorrecht bei einer Liquidation gegenüber den alten Anleihen eingeräumt würde. Durch die Klausel sei der Nordostbahn nicht untersagt, eine reelle, der ganzen Schuldenlast entsprechende Quote besser und die übrige Quote schlechter zu stellen, sondern die Kontrahenten haben lediglich sagen wollen, es solle die Nordostbahn, wenn sie später in einer

gegebenen Situation dazu komme, neue Schulden zu kontrahiren dieser gesammten neuen Emission nicht ein materielles Vorrecht konstituiren, vermöge dessen bei einer allfälligen Liquidation der Unternehmung, z. B. also in einem Konkurse, die neue Emission gegenüber der alten Schuldenlast zum Voraus bezahlt würde. Der betreffende Passus habe also die Eventualität im Auge, daß die Nordostbahn nicht für alle Zeiten auf gewöhnliche Schuldscheine oder Obligo hin Geld erhalte, und es sei deswegen für jenen Fall, als zur Anlockung des Kapitals irgend eine Sicherheit bestellt oder ein Vorzug gewährt werden müßte, disponirt worden, daß bei einer Liquidation eine rechtliche Parität bestehen solle zwischen der alten Schuldenlast in ihrer Totalität und derjenigen Gesamtsumme, welche zur Deckung der neuen Bedürfnisse erforderlich sein sollte. Das Verbot des „Vorzugs“ involvire also die Verpflichtung der Nordostbahn, daß bei einer Liquidation die alten Obligationen in ihrer Gesamtheit nicht schlechter locirt werden, als die neuen. Die Nordostbahn mache nun jetzt, d. h. zu einer Zeit, wo sie eines Darlehens von 65 Millionen zur Deckung ihrer Bedürfnisse und zur Tilgung sehr drückender Schulden benöthigt sei, eine Gesamtübersicht ihrer Verpflichtungen; sie antizipire und stelle die Rechnungsweise auf, die ein Konkursrichter zum Zwecke der Vertheilung der Aktiven machen würde.

Kläger heben allerdings mit Accentuirung hervor, daß jede Obligation in ihrer Einzelheit in's Auge gefaßt werden müsse und daß das Promissum der Nordostbahn jedem einzelnen Inhaber abgegeben worden sei, und die Konsequenz dieser Ansicht wäre die, daß die Nordostbahn die Verpflichtung eingegangen hätte, späteren Obligationen niemals einen Vorzug, z. B. also eine Hypothek, einzuräumen vor irgend einer der frühern Obligationen. Diese Ansicht müsse aber als eine offenbar rechtsirrhümliche bezeichnet werden. Denn

a. Die erwähnte Klausel habe nach den gemachten Ausführungen gerade den Fall vorausgesehen daß einmal eine Zeit kommen könnte, in welcher die Nordostbahn gezwungen wäre, für Darlehensschulden eine Realsicherheit zu bestellen. Es wäre sonach diese Bestimmung zu Gunsten der Obligationäre förmlich

geschaffen worden, um zu bewirken, daß dieser Zweck nach bestimmten Modalitäten, wie sie heute in Frage liegen, vereitelt werde. Daß die Obligationäre auf Grund der historischen Entwicklung der Nordostbahn die Absicht gehabt haben, sich ein so außerordentlich weitgehendes Recht auszubedingen, sei unglaublich.

b. Ebensovienig als die einzelnen Obligationäre sich ein solches exorbitantes formales Recht ausbedingen wollten, ebensovienig habe die Nordostbahn den Willen haben können, die Verpflichtung einzugehen, daß sie nie und zu keiner Zeit Obligationen ausstellen wolle, von welchen die Quote einer neuen Emission bessere Rechte, also einen Vorzug, genießen sollte, die andere Quote aber in eine schlechtere Rechtsposition gelange. Die Nordostbahngesellschaft habe niemals einen Grund gehabt, einen derartigen Verzicht auf ihre Vertragsfreiheit auszusprechen und sie habe sich auch entschieden ihre Hände nicht in dieser Weise gebunden.

c. Die Ertheilung und die Entgegennahme eines Verzichtes, wie ihn die Klage behaupte, wären im höchsten Grade nichtsagend. Angesichts der Thatsache, daß die Nordostbahn unbestrittenermaßen, wie jeder Privatmann, das Recht habe, Schulden in infinitum zu kontrahiren, habe vernünftigerweise das fragliche Verbot, spätere Obligationen mit einem Vorrecht auszustatten, nur bezogen werden können auf die Gesamtheit der bestehenden resp. zu kontrahirenden Schuldenmasse. Das Versprechen sei also auch nur im Verhältnisse zu der Gesamtheit abgegeben worden und daran ändere die Thatsache nichts, daß es auf jedem einzelnen Titel gedruckt stehe. Dieser Modus habe eingeschlagen werden müssen, weil die einzelnen Obligationäre keinen Generalprokurator haben, an den die Erklärung hätte abgegeben werden können. Auch existire nicht etwa ein einheitlicher Schuldschein.

d. Das Verbot, wie es nachträglich von der Klage interpretirt worden, würde in praxi mit Nothwendigkeit zu Ungunsten der alten Obligationäre wirken. Denn gesetzt es wären 99 % aller alten Obligationäre mit dem von der Nordostbahn projektirten Arrangement einverstanden, so wäre nach der Ansicht der Klage 1 % berechtigt, eine für das ganze Unternehmen vortheilhafte Anleihe zu hintertreiben. Einen solchen Nonsens habe man nicht statuiren können.

e. Bei der Emission von Titeln durch große Aktiengesellschaften werden nicht individuelle, sondern Kollektiv-Verpflichtungen abgegeben. Damit stimme auch der Text der Klausel; denn es werde darin auf spätere Anleihen, die sich wirthschaftlich gesprochen natürlich aus einzelnen Obligationen zusammensetzen, verwiesen.

f. Würde die Interpretation, wie sie die Klage nachträglich mache, als richtig anerkannt, so wäre mit dem abgegebenen Versprechen dem Effekte nach der Nordostbahn verboten, neue Schulden zu kontrahiren. Dann, aber nur dann wäre es unmöglich, die jetzt bestehenden Rechte der alten Obligationen zu alteriren. Die Klage anerkenne aber selbst, daß die alten Obligationäre nicht berechtigt wären, gegen beliebige Kontrahirung von Schulden aufzutreten.

g. Im Zweifel sei bei einer Verpflichtung das Minus anzunehmen.

Aber auch die positiven Vorschriften des Bundesgesetzes über die Verpfändung der Eisenbahnen (Art. 15 u. 22) verlangen, daß Kollektivanleihen als einheitliche Forderungen aufzufassen seien, und der Richter sei an der Hand des Gesetzes gezwungen — auch abgesehen von der gegebenen Interpretation — die Rechte der alten Obligationäre nicht in ihrer Stellung als individuelle Personen, sondern als Einheit zu respektiren.

Indem die Nordostbahn das einheitliche Anleihen von 65 Millionen spalte in zwei Portionen und zwar in 45,5 Millionen, die sie mit I. Hypothek ausstatte und in 19,5 Millionen mit II. Hypothek, schädige sie weder den einzelnen alten Obligationär, noch auch die Gesamtheit, nämlich deßwegen nicht, weil sie sich verpflichte, an dem gegebenen Gesamtverhältnisse der Schulden nichts mehr zu ändern.

Die 160 Millionen Schulden seien und bleiben 160 Millionen mit gleichen Ansprüchen an die Aktiven der Nordostbahn, wie sich aus einer Gegenüberstellung sofort ergebe:

#### Erste Rechnungsart.

Das Vermögen der Nordostbahn hafte für den Fall der Hypothekbestellung folgenden Kreditoren:

- |   |                   |
|---|-------------------|
| a. zu $\frac{7}{10}$ der alten Obligationen | } in I. Linie und |
| b. " $\frac{7}{10}$ " neuen "               |                   |
| c. zu $\frac{5}{10}$ der alten Obligationen | } in II. Linie.   |
| d. " $\frac{3}{10}$ " neuen "               |                   |

### Zweite Rechnungsart.

Das Vermögen der Nordostbahn hafte, auch wenn die Hypothek nicht bestellt würde, folgenden Kreditoren:

- a. zu  $\frac{10}{10}$  der alten Obligationen,
- b. "  $\frac{10}{10}$  " neuen "

In einem wie im andern Falle betrage die Schuldenlast 160, resp. 185 Millionen, die sich gleichmäßig in die Aktiven der Nordostbahn theilen. Bei beiden Rechnungsarten sei das allfällige Exekutionssubjekt das gleiche und die Ansprüche aller Obligationäre bleiben bis auf den Betrag von 160, resp. 185 Millionen identisch und es komme endlich bei der Vertheilung ganz das gleiche Resultat heraus, ob das Pfandrecht zu  $\frac{7}{10}$  und  $\frac{5}{10}$  ausgeschieden sei oder nicht. Durch das Verpfändungsprojekt werden die alten Titel nicht nur nicht schlechter, sondern besser gestellt. An die Stelle des einfachen Schuldversprechens trete eine pfandrechtliche Garantie.

Zu den von einzelnen Klägern weiter vorgebrachten Einspruchsgründen machte Beklagte geltend:

ad 1. Die Einwendung, die Nordostbahn beabsichtige durch eine einseitig aufzustellende Amortisationstabelle die den frühern Obligationen anleihen versprochenen Rückzahlungstermine abzuändern, werde bestritten. Die Nordostbahn habe niemals daran gedacht, die alten Vereinbarungen zu alteriren, und sie erkläre rechtsverbindlich, daß die frühern vertraglichen Dispositionen getreu und strikte innegehalten werden.

ad 3. Die projektirten Bestimmungen über den Umfang des Pfandobjektes gehen die Kläger nichts an und jedenfalls werden sie durch dieselben in keiner Weise verletzt. Die Nordostbahn sei legitimirt, gewisse Objekte von der Verpfändung auszuschließen.

ad 4. Da anerkannt werde, daß die Darlehensschuld solidarisch sei, so sei diese Deduktion haltlos.

ad 5. Gegenüber der Ausrufung des § 1102 des zürcherischen

Civilgesetzes, wonach die einzelnen Stücke von Inhaberpapieren in der Regel nicht weniger als 500 Fr. betragen dürfen, sei einfach zu entgegnen, daß die freiwillige Gewährung eines Pfandrechtes zu ideellen oder ausgeschiedenen Quoten die unterliegende materielle Obligation keineswegs spalte.

ad 6. Es werde bestritten:

a. das Vorhandensein der materiellen Insolvenz. Die Nordostbahn sei bis dahin den gegen sie erzwingbaren Leistungen getreu nachgekommen;

b. daß der Beitrag an die Gotthardbahn als eine Schenkung qualifizirt werden könne;

c. die Existenz einer Arglist;

d. die Thatsache, daß die Obligationäre geschädigt werden.

Endlich stellte Beklagte der Klage die Einrede der Zuvielforderung (Pluspetition) entgegen, insofern Rückzahlung von Kapital und Zins verlangt und eventuell das Begehren gestellt werde, daß den klägerischen Obligationen neben den zu freirenden und im gleichen Range das Recht auf die zu errichtende I. Hypothek eingeräumt werde.

E. Bei der Schlußverhandlung gab der Vertreter der Nordostbahn die Erklärung ab, daß die letztere, im Hinblick auf die projektirte Pfandbestellung, von der zürcherischen Regierung die Ermächtigung erhalten habe, Obligationen im Betrage unter 500 Fr. auszugeben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was vorerst die von der Beklagten einer Anzahl der von Advokat Dr. B., beziehungsweise A. B., vertretenen Kläger entgegengesetzte Einrede der mangelnden Aktivlegitimation betrifft, so ist zu beachten, daß Beklagte nicht behauptet, es treten wirklich mehr oder andere Titelinhaber beim Bundesgerichte klagend auf, als beim Bundesrathe Einsprache erhoben haben, sondern dieselbe ihre Einrede lediglich auf die Formwidrigkeit der von A. B. dem Bundesrathe eingereichten Kollektivprotestation stützt, indem letztere keine Garantie dafür biete, daß die in der Klageschrift bezeichneten Personen oder Titel diejenigen seien, für welche A. B. jene Kollektivprotestation besorgt habe. Nun ist aber von den Klägern zutreffend bemerkt worden, daß die

Prüfung der Einsprachen hinsichtlich der Form, Rechtzeitigkeit u. s. w. ausschließlich dem Bundesrathe zustehe und dem Bundesgerichte nicht zukomme, Protestationen als formwidrig auszuschließen, welche vom Bundesrathe als zulässig anerkannt seien. Dies ist nun aber bezüglich der von A. B. eingereichten Einsprachen der Fall, indem der Bundesrath dieselben angenommen und den Einsprechern ohne irgend welchen Vorbehalt die gesetzliche Frist von 30 Tagen zur Anbringung der Klage beim Bundesgerichte angesetzt hat.

2. Zur Begründung ihrer Einsprache haben die Kläger in erster Linie die rechtsgültige Entstehung des Pfandrechtes bestritten, weil mit Bezug auf das erst zu emittirende Anleihen von 65 Millionen Franken der Pfandgläubiger noch nicht bekannt beziehungsweise existent sei. Dieser Einspruchsgrund ist hinfällig. Allerdings setzt das Pfandrecht nicht blos einen Gegenstand der Verpfändung, sondern, seinem Begriffe als Recht zur Sicherung einer Obligation nach, auch eine Schuldforderung voraus. Allein es kann auch für eine künftige Schuld schon im Voraus ein Pfand bestellt werden, dessen Entstehung dann von der Entstehung der Forderung abhängt, und so sagt auch der Art. 4 der cit. B.-Ges.: „Die Bewilligung schließt, wenn es sich um ein erst zu kontrahirendes Anleihen handelt, die eventuelle Begründung des Pfandrechtes in sich. Im letztern Falle wird das Pfandrecht durch die Einzahlung definitiv.“ Wo nun, wie dieß nach dem erwähnten Bundesgesetz unzweifelhaft der Fall ist, ein Pfandrecht auch für ein Anleihen bestellt werden kann, welches durch die Emission von Partialobligationen, die auf den Inhaber lauten, also durch Inhaberpapiere, beschafft werden soll, ist lediglich anstatt des Namens des Gläubigers dieser Charakter der Forderung hervorzuheben, indem die Person des Berechtigten erst bestimmt wird, wenn die Urkunden wirklich zur Emission, d. h. aus der Hand des Ausstellers in die Hand eines Andern gelangen.

3. Nicht weniger ungerechtfertigt ist die Behauptung einiger Kläger, daß sie auf dem bestehenden und in den Titeln selbst vorgeschriebenen Schuldverhältnisse beharren, demnach das ihnen anerbottene Pfandrecht ablehnen und damit auch die Verpfän-

dung der Nordostbahn zu Gunsten anderer Gläubiger verhindern können. In dieser Hinsicht ist einfach die Bestimmung des Art. 7 leg. cit. maßgebend, welche sich speziell auf das Vorrecht nicht pfandberechtigter Titel bezieht, in denen die Bestimmung enthalten ist, daß keine besser berechtigten Titel ausgegeben werden dürfen, und welche besagt, daß in solchen Fällen das Pfandrecht für das neue Anleihen nur unter der Bedingung erteilt werde, daß den Titelinhabern eines frühern Anleiheus die zugesicherten Rechte gewahrt bleiben. Es werden sonach zwar allerdings die in den frühern Obligationen enthaltenen Zusagen aufrecht erhalten, jedoch nicht mit der Wirkung, daß die Inhaber solcher Titel eine Verpfändung der betreffenden Bahnlinie verhindern könnten, sondern nur in der Weise, daß die gleichen Rechte auch den Titelinhabern der frühern Anleihen zukommen sollen, soweit dieselben nicht darauf Verzicht leisten. Den Inhabern älterer Titel steht sonach zwar frei, das Pfandrecht anzunehmen oder nicht; allein im letztern Fall wird die Pfandbestellung für das neue Anleihen gleichwohl bewilligt.

Wenn einige Kläger behauptet haben, daß die von der Beklagten beabsichtigte Finanzoperation eine Novation des zwischen der Beklagten und den Inhabern älterer Obligationen bestehenden Schuldverhältnisses involvire, so ist diese Ansicht sowohl nach gemeinem, als insbesondere auch nach zürcherischem Rechte, unter dessen Herrschaft jene Obligationen emittirt worden und zu erfüllen sind, durchaus unrichtig. Nach §§. 1061 und 1062 des zürch. priv. Gesb. ist eine freiwillige Novation nur da anzunehmen, wo die Absicht, die bisherige Schuld aufzuheben und an ihrer Statt eine neue Schuld zu begründen, klar vorliegt und sind bloße Vertragsänderungen, durch welche einzelne Bestimmungen eines im Wesen fortbestehenden Vertragsverhältnisses, wie z. B. über weitere Sicherung der Forderung durch Pfänder, abgeändert werden, nicht als Neuerungsvertrag aufzufassen. Nun beabsichtigt die Beklagte gar nichts anders, als zur Sicherung der ältern Anleihen ein Pfandrecht auf ihre Bahnlinien, welches bei seinen beschränkten Wirkungen (Art. 10 und 38, Ziffer 6 leg. cit.) mehr nur die Bedeutung eines bloßen Konkursvorrechtes vor den laufenden Gläubigern hat, zu bestellen. Von einer Um-

wandlung der ältern Schulden in neue, d. h. einer Aenderung ihres wesentlichen Inhaltes und Rekonstitution der selben ist überall keine Rede.

4. Dagegen könnte allerdings in Frage kommen, ob der Art. 7 leg. cit. auch dann seine Anwendung finden dürfe, bzw. die Inhaber älterer Obligationen nicht dann zur Verhinderung der Verpfändung einer Eisenbahn berechtigt wären, wenn, wie dies allerdings seitens einiger Gläubiger behauptet wird, die Einräumung des Pfandrechtes nur formell eine Besserstellung, materiell aber eine Verschlechterung der ältern Obligationen enthalten würde. In dieser Hinsicht ist geltend gemacht worden, daß erhebliche Aktiven vom Pfandrechte ausgeschlossen werden und in der mit der Verpfändung verbundenen Erhebung eines neuen Anleihe eine Verminderung des Vermögens der Beklagten liege. Auch ist von einem Kläger betont worden, daß schon die Spaltung der Obligationen in einen besser und einen schlechter gestellten Theil deren Werth benachtheilige. Diese letztere Behauptung fällt aus später zu erörternden Gründen außer Betracht. Auf die beiden erstern Behauptungen ist dagegen zu entgegnen, daß einerseits die von der Verpfändung ausgeschlossenen Aktiven einen verhältnißmäßig sehr unbedeutenden Werth haben, und anderseits nicht dargethan ist, daß durch deren Ausschluß den Klägern Rechte entzogen werden, welche ihnen bisher zugestanden hätten, bzw. Beklagte durch den Ausschluß weiter gehende Rechte hinsichtlich der Verfügung über jene Aktiven erwerbe, als sie vorher besessen hat. Und was endlich die Schwächung des Vermögens der Beklagten betrifft, welche durch das Verpfändungsprojekt herbeigeführt werden soll, so ist bekannt, daß sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als speziell auch nach den Vorschriften des zürch. Privatrechts (§§. 1019 ff.), der Schuldner, so lange er sich nicht im Konkurse befindet, über sein Vermögen frei verfügen kann und die Gläubiger nur dann ein Recht haben, Rechtsgeschäfte desselben, welche eine Schwächung seines Vermögens zur Folge haben, anzufechten, wenn dieselben in der Voraussicht des Konkurses und in der unredlichen Absicht, die Gläubiger zu schädigen, vorgenommen worden sind. Eine solche Absicht ist nun bei der Beklagten offenbar nicht

vorhanden; vielmehr steht fest, daß die hier in Frage stehende Finanzoperation gerade dazu dienen soll, die Beklagte in den Stand zu setzen, daß sie ihre Verpflichtungen gehörig erfüllen und den Konkurs vermeiden könne.

5. Es hängt sonach das Schicksal der Klage von der Beantwortung der Frage ab, ob durch die projektierte Pfandbestellung zu Gunsten der 91,000 Obligationen I. Ranges ein Vorrecht gegenüber den bisherigen Titeln geschaffen werde, welches die in den letztern enthaltene Zusage verleihe. In dieser Hinsicht hat nun Beklagte behauptet, die in den frühern Obligationen enthaltene Klausel verbiete ihr bloß, spätere Obligationen zu emittiren, welchen zur Zeit der Emission in ihrer Gesamtheit ein materielles Vorrecht gegenüber den alten Anleihen eingeräumt würde, dagegen sei ihr nicht untersagt, eine reelle, der ganzen Schuldenlast entsprechende Quote besser und die andere schlechter zu stellen. Und sie hat sodann ferner an Hand einer Reihe von Momenten und des cit. Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 weiter nachzuweisen versucht, daß die Rechte der alten Obligationäre nicht in ihrer Stellung als individuelle Personen, sondern nur als Einheit in Betracht kommen können, indem es ebensowenig der Wille der Nordostbahn, als der alten Obligationäre gewesen sein könne, für die letztern das Recht zu statuiren, daß gegen den Willen der einzelnen Titelinhaber zu keiner Zeit Obligationen ausgestellt werden dürfen, von welchen die Quote einer neuen Emission einen Vorzug erhalten solle. Dabei hat Beklagte namentlich betont, daß bei der Emission von Obligationen durch große Aktiengesellschaften nicht individuelle, sondern Kollektiv-Verpflichtungen und Rechte geschaffen werden.

6. Nun ist allerdings richtig, daß die Obligationen von der Beklagten nicht vereinzelt, sondern jeweilen serienweise zur Erhebung umfassender Anleihen ausgestellt und begeben worden sind und hievon auf den einzelnen Titeln Vormerk genommen ist, indem es auf denselben gewöhnlich heißt: „Der Gesamtbetrag dieser Obligationen, die in Titeln (von 1000 Fr. oder 500 Fr.) ausgegeben sind, beläuft sich auf Fr. 2c.“ Allein nichts desto weniger enthält jede Obligation eine völlig selbständige Schuldverpflichtung. Die Nordostbahngesellschaft erklärt „dem Inhaber

„dieser Obligation die Summe von 1000 Fr. (oder 500 Fr.) zu schulden und diese Summe bis zur Einlösung zu . . . verzinsen,“ und es ist auch die Zusage, „daß später keine Obligationen ausgegeben werden dürfen, welchen ein Vorrecht vor denjenigen des neuen (resp. gegenwärtigen) Anleiheus eingeräumt würde,“ in jedem einzelnen Titel enthalten, ohne daß irgendwie angedeutet wäre, daß die Zusage nur der Gesamtheit der jeweiligen gleichzeitig für ein Anleihen emittirten Obligationen und nicht dem einzelnen Inhaber ertheilt werde. Einheitliche Schuldscheine über die erhobenen Anleihen existiren, wie Beklagte ausdrücklich anerkannt hat, nicht. Die Beklagte ist jeweiligen selbst, ohne Thätigkeit einer Mittelsperson, als Emittentin aufgetreten und hat die Anleihen immer nur in der Weise erhoben, daß sie eine gewisse Anzahl von Obligationen in Titeln von 1000 Fr. oder 500 Fr. ausgab. Wie aber in diesen Titeln Verzinsung und Rückzahlung jedem Inhaber selbständig zugesichert ist, so ist auch die oben angeführte Zusage betreffend die Ausgabe späterer Obligationen jedem einzelnen Inhaber gegeben. Von dieser Auffassung, daß durch solche Zusagen individuelle Rechte geschaffen werden, geht auch offenbar das cit. Bundesgesetz über Verpfändung von Eisenbahnen aus, wenn es in Art. 8 jedem Titelinhaber ausdrücklich das Recht wahr resp. zuspricht, für seinen Theil der Forderung die bisherigen Titelsrechte beizubehalten, auch wenn die Mehrheit den Verzicht auf den zugesicherten Rang erklärt hat. Die von der Beklagten angerufenen Art. 15 und 22 leg. cit. kommen hier nicht in Betracht. Der Art. 22 enthält lediglich eine Erleichterung für die Titelinhaber und den Massaverwalter für das Zwangsliquidationsverfahren, indem Erstere von der Pflicht der Anmeldung ihrer Forderung enthoben werden und letzterer nicht die einzelnen Titel, resp. Titelinhaber, sondern nur das Anleihen als einheitliche Forderung in das Schuldenverzeichnis einzutragen braucht. Dagegen beschränkt Art. 15 ibidem allerdings insofern die Rechte des einzelnen Titelinhabers mit Rücksicht auf die andern Besitzer der Titel des gleichen Anleiheus, als erst nach einjährigem Verzug der Schuldnerin in Bezahlung des Kapitals oder Zinses ein einzelner Obligationeninhaber die Liquidation verlangen kann,

vorher aber eine Versammlung sämtlicher Titelinhaber mit Majorität der vertretenen Stimmen über die Liquidation, bzw. ein hierauf gerichtetes Begehren, entscheidet. Weiter geht aber die Beschränkung nicht und es ist daher sowohl nach den allgemeinen Interpretationsregeln, als insbesondere auch mit Rücksicht auf die bereits angeführten Art. 7 und 8 ibidem, durchaus unstatthaft, diejenigen Schlußfolgerungen aus dem Art. 15 zu ziehen, welche Beklagte aus demselben hergeleitet hat. Uebrigens stimmt mit diesen Schlußfolgerungen nicht überein, daß Beklagte das Recht der einzelnen Titelinhaber, die mehrerwähnte in den Obligationen enthaltene Zusage selbständig geltend zu machen, anerkannt hat.

7. Fragt es sich demnach, welchen Sinn und Bedeutung diese Zusage habe, so kann gewiß nicht bestritten werden, daß der Wortlaut derselben entschieden zu Gunsten der Kläger und gegen die Auffassung der Beklagten spricht. Es heißt in derselben nicht, es dürfen in der Zukunft keine Anleihen kontrahirt werden, welchen ein Vorrecht vor dem jetzigen eingeräumt würde, sondern die Zusage lautet ausdrücklich dahin: „es dürfen keine Obligationen ausgegeben werden, welchen ein Vorrecht vor denjenigen des neuen Anleiheus eingeräumt werde,“ und Alles, was seitens der Beklagten angeführt worden ist, um zu beweisen, daß die Klausel nach der Intention der Kontrahenten einen von dem Wortlaute abweichenden Sinn habe, ist nicht geeignet, diesen Beweis zu erbringen. Ein Vorrecht gegenüber den alten Obligationären wird nun aber offenbar geschaffen, wenn die Beklagte 91,000 neue Obligationen mit erster Hypothek ausgibt und den alten Titeln diesen Rang nur zu  $\frac{7}{10}$  einräumt, die übrigen  $\frac{3}{10}$  dagegen nur mit zweiter Hypothek ausrüstet. Dies steht die Beklagte selbst ein; sie behauptet aber, die Inhaber der frühern Titel werden durch diese Operation deshalb nicht geschädigt, weil das ganze Anleihen von 65 Millionen nur zur Deckung bereits bestehender Schulden erhoben und nur eine im Verhältnisse zur gesamten Schuldenlast bestehende Quote von  $\frac{7}{10}$  dieses Anleiheus ganz in die I. Hypothek, die andere Quote von  $\frac{3}{10}$  aber ganz in die II. Hypothek rangirt und so das Vorrecht den 91,000 Obliga-

tionen I. Ranges nicht auf Kosten der frühern Obligationen, sondern lediglich auf Kosten der 39,000 Obligationen II. Ranges eingeräumt werde. Die Wichtigkeit der Prämisse vorausgesetzt, daß nämlich das neue Anleihen, — welches übrigens nur äußerlich als Ein Anleihen sich darstellt, in Wirklichkeit aber offenbar aus zwei Anleihen besteht, welche nur von dem gleichen Consortium übernommen, resp. emittirt werden, — einzig zur Deckung bereits kontrahirter laufender Schulden erhoben werden sollte, kann zugegeben werden, daß für den Fall der Liquidation, in welcher sich das Vorrecht realisirt, für die Kläger kein Schaden entstehen würde, da ihnen zur Zeit vor den laufenden Gläubigern der Beklagten überall kein Vorzug zukommt; immerhin jedoch nur insofern, als nicht durch den Kursverlust auf den Anleihen die Schuldenlast vermehrt wird. Und wenn die Beklagte ferner gegenüber dem letztern Punkt, Vermehrung der Schuldenlast durch den Kursverlust, geltend macht, daß sie nicht gehindert werden könnte, zu den gleichen Bedingungen ein einheitliches Anleihen I. Ranges von 65 Millionen zu erheben, sofern sie nur auch allen frühern Obligationen den gleichen Rang einräume, so mag dies richtig sein und kann ferner zugegeben werden, daß es für den Liquidationsfall für die Inhaber früherer Titel auf das Gleiche herauskommt, ob dieses letztere Verfahren eingeschlagen oder das von der Beklagten beabsichtigte Projekt ausgeführt wird. Allein darauf kommt es nicht an, sondern entscheidend ist, ob die Obligationeninhaber ein vertragsmäßiges Recht darauf haben, daß später überhaupt keine Obligationen bessern Ranges ausgegeben werden. Ist ihnen dieses Recht zugesichert, und diese Frage ist nach dem oben Gesagten unbedingt zu bejahen, so kann Beklagte sich überall nicht darauf berufen, daß durch Verletzung desselben kein Schaden entstehe, sondern die Titelinhaber sind befugt, zu verlangen, daß die Zusage genau so, wie sie ihnen erteilt worden, gehalten werde, und erfordert es der öffentliche Kredit, daß der Richter sie bei diesem Begehren schütze, sofern, was hier zutrifft, in der Verabredung nichts Unstittliches oder Unerlaubtes liegt. Und wenn die Beklagte geltend macht, daß nach dem hier maßgebenden zürch. Rechte Gegenstand einer Obligation nur eine Leistung

sein könne, die einen Vermögenswerth habe, so ist darauf zu entgegnen, einerseits daß keineswegs feststeht, daß Kläger an der wortgetreuen Erfüllung der ihnen gegebenen Zusage kein rechtliches Interesse haben, indem es keineswegs ausschließlich darauf ankommen kann, wie die Inhaber früherer Titel sich im Konkurse gegenüber den übrigen laufenden Gläubigern der Beklagten stellen würden, und anderseits zur Gewährung des richterlichen Schutzes vollkommen genügt, daß an jene Zusage überhaupt ein vermögensrechtliches Interesse der Titelinhaber sich knüpft, was unzweifelhaft der Fall ist.

8. Aus dem Gesagten folgt, daß Beklagte gemäß Art. 7 des mehrcit. Bundesgesetzes entweder auf die Bestellung eines Pfandrechtes I. Ranges für die 91,000 Obligationen des neu zu emittirenden Anleiheus verzichten und alle Obligationen im Pfandrechte gleichstellen muß, oder dann jenes Pfandrecht I. Ranges nicht bestellen darf, ohne daß sie den Klägern als Titelinhabern des frühern Anleiheus ebenfalls für den vollen Betrag ihrer Titel erste Hypothek gibt, sofern sie nicht darauf verzichten. Ein weitergehendes Recht, auf Zahlung oder anderweitige Sicherstellung, haben Kläger nicht.

9. Was endlich die Frage betrifft, in welcher Form die Wahrung der Rechte der bisherigen Titel zu geschehen habe, ob nämlich neue Titel ausgefertigt oder auf den alten Titeln ein Vormerk gemacht werden müsse oder ein Vormerk im Pfandbuche genüge, so hat diese Frage nur insofern Bedeutung, als die Beklagte auf der projektirten Pfandbestellung überhaupt beharrt. Von der Ausfertigung neuer Titel wird unter allen Umständen abgesehen werden können und ein bloßer Vormerk auf dem alten Titel durch Abstempelung genügen. Vielleicht können sich aber die Titelinhaber auch damit begnügen, daß sie lediglich im Pfandbuche neben den neuen Obligationen in den I. Rang gestellt werden. Die Regulirung dieses Punktes wird wohl am Wichtigsten zunächst der Vereinbarung der Parteien und, sofern eine solche nicht sollte erzielt werden können, der Entscheidung derjenigen Behörde überlassen, welche die Pfandbestellung zu besorgen hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Die Einsprache der Kläger gegen das Pfandbestellungsbegehren der Beklagten ist in dem Sinne begründet erklärt, daß das Pfandrecht nicht errichtet werden darf, ohne daß den Klägern die zugesicherten Rechte gewahrt bleiben und deren Obligationen daher in vollem Umfange im Pfandrecht und Rang den bestzustellenden Obligationen gleichgehalten werden, soweit Kläger nicht darauf Verzicht leisten.

2. Die weitergehenden Begehren der Kläger sind abgewiesen.

## II. Ehescheidungen. — Divorces.

### 76. Urtheil vom 23. August 1878 in Sachen der Eheleute Sez.

A. Das Obergericht des Kantons Thurgau hat durch Urtheil vom 27. Juni 1878, in Bestätigung des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses, die Ehe Sez-Germann gerichtlich aufgelöst, die Ausschcheidung der Dekonomica, unter Abweisung des Entschädigungsbegehrens der Beklagten, ad separatam verwiesen und der Beklagten die Prozeßkosten, sowie eine Entschädigung an den Kläger auferlegt.

B. Diesen Entscheid zog Beklagte an das Bundesgericht und es stellte ihr Vertreter heute das Begehren, daß die Klage abgewiesen, eventuell der Kläger zu einer Entschädigung an sie verurtheilt werde; weiter eventuell, daß das Gericht nur auf temporäre Trennung erkenne und den Kläger während der Dauer derselben zu Bezahlung eines Subsistenzbeitrages verpflichte.

Der Kläger ließ sich heute nicht vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die ehelichen Zerwürfnisse, welche zwischen den Litiganten bestehen und den Kläger Anfangs Januar 1876 dazu geführt haben, die Beklagte aus dem Hause zu stoßen, finden, wie beide vorinstanzlichen Urtheile übereinstimmend feststellen und auch aus der eigenen Darstellung des Klägers hervorgeht, ihre Ursache in der Verschiedenheit der religiösen Ueberzeugung der Litiganten,

indem die Beklagte bei Anlaß der im Jahre 1874 zufolge eines Synodalbeschlusses im Kanton Thurgau eingetretenen Glaubensspaltung sich von der Landeskirche losgesagt und der freien Gemeinde des Pfarrer Wetter in Wyl einverleibt hat, während Kläger bei der Landeskirche verblieben ist und nicht dulden will, daß seine Frau den Gottesdienst des benannten Pfarrers in Wyl besuche.

2. Nun ist von vornherein klar und scheint übrigens auch von den thurgauischen Gerichten nicht bezweifelt zu werden, daß der Beklagten das gleiche individuelle Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit zusteht, wie dem Kläger. So wenig der Staat nach Art. 49 der Bundesverfassung und Art. 17 der thurgauischen Kantonsverfassung seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntniß vorschreiben oder verbieten oder denselben wegen ihres Glaubens die Ausübung irgend welcher bürgerlicher Rechte ganz oder theilweise vorenthalten darf, so wenig steht dem Ehemanne das Recht zu, die religiöse Ueberzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzuthun. Letztere ist vielmehr allen Staatsangehörigen ohne Unterschied des Geschlechtes als individuelles Recht verfassungsmäßig gewahrt. Nur über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum 16. Altersjahre, d. h. also bis zu deren Mündigkeit, steht dem Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gemäß Art. 49 lemma 3 der Bundesverfassung das Verfügungsrecht zu; mündige Personen sind dagegen, was ihr religiöses Bekenntniß und dessen Ausübung betrifft, keiner Gewalt unterworfen, seien sie in verehelichtem oder unverhehelichtem Stande. Auch bei Ehefrauen findet daher die Glaubensfreiheit ihre Schranke lediglich in der gesetzlichen Ordnung und dem Strafgesetze und kann dagegen keine Rede davon sein, daß die bloße Weigerung einer Ehefrau, sich bezüglich ihres Glaubensbekenntnisses und dessen Ausübung dem Willen des Ehemannes zu unterziehen, dem letztern das Recht gebe, die Frau aus dem Hause zu verstoßen und ein Scheidungsbegehren zu stellen. Nur wenn die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zur Folge hat, sei es, daß der eine Theil die ihm gegenüber dem andern obliegenden Pflich-