

**V. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung
das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen
worden war.**

**Différends de droit civil
portés devant le Tribunal fédéral par convention
des parties.**

82. Urtheil vom 15. Juli 1878 in Sachen
Teyber gegen Kleß.

A. Durch Afford vom 5. Dezember 1873 übernahmen A. Teyber und S. Kleß gemeinsam mit J. Koele die Ausführung der Unterbauarbeiten der drei ersten Sektionen der Eisenbahnlinie Winterthur-Singen-Kreuzlingen. Das dritte Loos wurde später dem J. Koele allein übertragen, während die Litiganten als Gesellschafter das I. und II. Loos ausführten.

Am 13. April 1874 ging dann die Firma Kleß und Teyber mit der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen einen Supplementarvertrag behufs Uebernahme verschiedener Nebenarbeiten für die Thur- und Rheinbrücke ein, in welchem u. A. Folgendes vereinbart wurde: „Die Herren Kleß und Teyber werden an die am Ende der Bauperiode verfallenden letzten Abschlagszahlungen für den Betrag von 50,000 Fr. eigene Obligationen II. Ranges der Gesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen zum Kurs von 95 % übernehmen, wenn die Gesellschaft es vorziehen wird, einen solchen Betrag anstatt mit Baarschaft mit genannten Obligationen zu bezahlen.“

Wirklich beschloß dann die Generalversammlung der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen am 25. Januar 1875 die Emission eines Anleihe von 2,200,000 Fr., für welches ein Pfandrecht II. Ranges auf die Eisenbahnlinie Winterthur-Singen-Kreuzlingen bestellt wurde.

B. Unterm 15. April 1875 fand die Fusion zwischen den Eisenbahngesellschaften Winterthur-Singen-Kreuzlingen und Win-

terthur Zofingen zur schweizerischen Nationalbahngesellschaft statt und diese trat gemäß §§ 2 und 3 ihre Statuten in sämtliche Rechte und Pflichten der Erstern ein. Die Bundesversammlung genehmigte die Fusion am 1. Juli 1875, nachdem der Bundesrath konstatiert hatte, daß seitens der Pfandgläubiger ein Protest gegen dieselbe nicht eingelegt sei. Von da an verkehrten auch die Litiganten mit der Verwaltung der Nationalbahngesellschaft und in einem Briefe der Nationalbahndirektion vom 8. Oktober 1875 wurden Kleß und Teyber daran erinnert, daß die Gesellschaft befugt sei, an die am Ende der Bauperiode verfallenden Abschlagszahlungen für den Betrag von 50,000 Fr. Obligationen zu geben und von diesem Rechte Gebrauch machen werde. Eine Antwort ertheilten die Litiganten darauf nicht, wohl aber geht aus der zwischen ihnen selbst gepflogenen Korrespondenz hervor, daß insbesondere Beklagter sich berechtigt hielt, die Uebernahme von Obligationen für die erwähnten 50,000 Fr. zu verweigern, und es beschloß daher die Direktion der Nationalbahn am 26. Oktober 1875, bei Gelegenheit der Genehmigung des Protokolls über die Superkollaudirung der von Kleß und Teyber auf einer gewissen Strecke ausgeführten Unterbauarbeiten: Es werde dem Protokoll die Genehmigung seitens der Nationalbahndirektion unter der Bedingung ertheilt, daß die Herren Kleß und Teyber für den Betrag von 50,000 Fr. eigene Obligationen der Gesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen zum Kurse 95 % anstatt Baarschaft ohne Einwendung annehmen.

C. Inzwischen waren auch zwischen den Litiganten Differenzen entstanden, welche A. Teyber veranlaßten beim zürcherischen Handelsgericht klagend gegen Hrn. Kleß aufzutreten. Dieser Streit fand sodann am 9. November 1875 seine Erledigung durch einen unter richterlicher Mitwirkung abgeschlossenen Vergleich, durch welchen die Gesellschaft aufgelöst und u. A. Folgendes bestimmt wurde:

„6. Die der Gesellschaft noch zustehenden Forderungen an die schweiz. Nationalbahn und an wen immer, mit allen Rechten, Verpflichtungen und Beschwerden und Allem, was drum und dran hängt, übernimmt Herr Teyber und bezahlt dafür dem Herrn Kleß eine Aversalsumme von 120,000 Fr. Werth heute-

7. Herr Kleß verpflichtet sich nach Kräften dabei mitzuwirken, daß Herr Leyber die 50,000 Fr. Obligationen der Schweiz. Nationalbahn nicht übernehmen muß. Sofern dieß aber dennoch der Fall sein sollte, so wird Herr Kleß die Hälfte dieser 50,000 Franken Obligationen an Zahlungsstatt von Hrn. Leyber annehmen."

Im Sinne dieses Vergleiches vergütete A. Leyber sodann der Bank in Winterthur zu Händen des Herrn Kleß 145,000 Fr., Werth 9. November 1875, wovon die Bank dem Herrn Kleß mit Zuschrift vom 16. Dezember 1875 Kenntniß gab. Ebenso luden Kleß und Leyber die Nationalbahndirektion ein, mit ihnen zur Regelung der Angelegenheit wegen Uebernahme von 50,000 Fr. in Unterhandlung zu treten und ihnen ihr Restguthaben nach Abzug der Kaution zu behändigen. Letzteres stellte die Nationalbahndirektion in Aussicht, bezüglich des ersten Punktes dagegen bemerkte sie einfach, daß sie Kleß und Leyber mit den 50,000 Franken Obligationen belastet habe. Herr Leyber forderte deshalb am 29. November 1875 durch seinen Anwalt den Herrn Kleß auf, seine Mitwirkung im Sinne des Art. 7 des Vergleiches eintreten zu lassen, da ihm die Nationalbahn jede Zahlung sperre, bis die 50,000 Fr. anerkannt seien, und am 17. Januar 1876 bevollmächtigte er sodann den Anwalt des Herrn Kleß, die Angelegenheit wegen Uebernahme der 50,000 Fr. in Obligationen gegen die Nationalbahngesellschaft zur schiedsrichterlichen Austragung zu bringen. Auf Anfrage erwiederte die Nationalbahn, daß sie den Entscheid durch den ordentlichen Richter auszutragen wünsche, übrigens zu der Annahme Grund habe, daß Herr Leyber, welcher seinen Associe ausgekauft habe, sich mit ihr über diese Angelegenheit verständigen werde. Der Anwalt des Kleß leitete darauf die Klage beim zuständigen Richteramt ein. Am 14. Februar 1876 traf jedoch A. Leyber, als Rechtsnachfolger der Firma Kleß und Leyber, mit der Nationalbahn folgende Vereinbarung:

1. Dem Hrn. Leyber wird à conto der Baurechnung Winterthur-Zofingen ein ständiger Vorschuß von 25,000 Fr. gegeben.
2. Ferner erhält Herr Leyber à conto der ihm aus der Schlußabrechnung Winterthur-Singen-Kreuzlingen zukommenden

Summe (exklusive Rücklässe) jetzt schon eine Abschlagszahlung von 50,000 Fr.

3. Weiter werden dem Hrn. Leyber die als Kaution wegen seiner Bauübernahme Winterthur-Zofingen deponirten Werthpapiere im Betrage von 50,000 Franken ausgingegeben, wogegen die Eisenbahngesellschaft an Kaution nimmt den Werth der laut Ziffer 4 von Hrn. Leyber zu übernehmenden Obligationen II. Ranges im Betrag von 50,000 Fr.

4. Es übernimmt Herr Leyber die 50,000 Fr. in Obligationen II. Ranges Winterthur-Singen-Kreuzlingen, welche bisher streitig waren. Der Gegenwerth ist auf dem aus der Schlußabrechnung für den Bau Winterthur-Singen-Kreuzlingen hervorgehenden Guthaben des Hrn. Leyber abzuschreiben. Das Guthaben des Hrn. Leyber conto Rücklässe bleibt also auch durch diese Zahlung unberührt.

5. Endlich ist Herr Leyber damit einverstanden und es wird ihm versprochen, das Restguthaben aus dem Bau Winterthur-Singen-Kreuzlingen (Rücklässe und allfällig weiteres Ergebnis der Schlußabrechnung über die in Ziffer 2—4 besprochenen Posten hinaus) auf Mitte Juni 1876 zu bezahlen.

6. Soweit über die vorstehenden Vereinbarungen aushin noch gegenwärtig schon fällige Guthaben des Hrn. Leyber übrig bleiben, so wird diesem bezügliche Verzinsung von heute an bis zur Auszahlung à 5 % zugesichert.

7. Damit ist der von Kleß und Leyber gegen die Nationalbahn angehobene Prozeß als erledigt zu betrachten.

Zugleich zeigte er dem Fürsprech Goll durch seinen Anwalt an, daß er sich überzeugt habe, daß der Prozeß mit der Nationalbahn erfolglos wäre und ihn deshalb ersuche, die Klage zurückzuziehen. Darauf erwiederte Fürsprech Goll, daß Kleß nur unter der Bedingung von der Verfolgung wenigstens seines Anspruches zurücktrete, als ihm sein Antheil von 25,000 Franken bei der Bank in Winterthur in baarem Gelde zur Disposition gestellt werde, indem er so wenig als Kleß die Klage gegen die Nationalbahn für erfolglos halte. Und als Beklagter auf diese Zuschrift ohne Antwort blieb, so eröffnete er dem Kläger resp. dessen Anwalt am 1. März 1876, daß er aus seinem Still-

schweigen schliesse, derselbe gehe damit einig, daß Kieß für seinen eventuellen Antheil von 25,000 Fr. gegen die Nationalbahn weiter vorgehe. Wirklich leitete dann Beklagter die Klage gegen die Nationalbahn beim zürcherischen Handelsgerichte und, nachdem dieses sich unterm 10. März 1876 inkompetent erklärt hatte, beim Bezirksgerichte Winterthur ein. Am 24. März gl. J. gab sodann A. Teyber persönlich dem beklagten Anwalte von der Vereinbarung vom 14. März 1876 Kenntniß, worauf letzterer in dem vor Bezirksgericht Winterthur anhängig gemachten Prozesse dem A. Teyber mit der Eröffnung Streit verkündete, daß er ihm die Fortsetzung des Prozesses überlasse. Teyber erklärte jedoch, daß er den Prozeß nicht aufnehme und so wurde der letztere am 12. April 1876 als durch Abstand erledigt abgeschrieben.

D. Da Herr Kieß gestützt auf diese Vorgänge auf der Weigerung beharrte, 25,000 Fr. in den mehrfach bezeichneten Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen, so trat A. Teyber, gestützt auf eine mit dem Beklagten bezüglich des Gerichtsstandes getroffene Uebereinkunft, beim Bundesgerichte mit dem Klagebegehren auf: „Es sei der Beklagte Kieß verpflichtet, dem „Kläger gegen Uebergabe von Obligationen II. Ranges der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen im Nominalbetrage von 26,315 Fr. 78 Cts., die Summe von 25,000 Franken, We. th 19. November 1875, gutzuschreiben.“

Zur Begründung dieses Rechtsbegehrens führte Kläger an: Er klagt in erster Linie aus dem Vertrage vom 9. November 1875, dessen Art. 7 so gemeint sei, H. Kieß sei verpflichtet, die Hälfte der 50,000 Fr. Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen, falls Kläger dieselben von der Nationalbahn an Zahlungsstatt annehmen müsse. Unter dem „Müssen“ sei keineswegs bloß der gerichtliche Zwang verstanden, sondern es könne dasselbe auch in einer außergerichtlichen Situation liegen, und nun habe die Nationalbahn, welche gerade damals in bedeutender finanzieller Bedrängniß sich befunden, erklärt, keinen Rappen mehr zu bezahlen, so lange nicht die Pflicht der Uebernahme der 50,000 Franken in Obligationen förmlich neuerdings anerkannt werde. In dieser Lage, und um nicht während eines Prozesses zu Grunde zu gehen, habe er die Konvention vom 14. Februar 1876 abge-

schlossen, nachdem er sich überzeugt gehabt, daß ihn schließlich doch jeder Richter verurtheilen müßte, die Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen. Das sei auch ein Nichtanderskönnen und er dürfe daher behaupten, die Bedingung der Uebernahmspflicht sei erfüllt. Stelle man die Frage, ob er, Kläger, verpflichtet gewesen sei, die Obligationen anzunehmen, so müsse diese Frage bejaht werden. Beklagter wende lediglich ein, in Folge der Fusion der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen und der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Zofingen existire der ursprüngliche Schuldner, mit welchem der Vertrag vom 13. April 1874 abgeschlossen worden, nicht mehr und hätten in Folge dessen die Obligationen allen Werth verloren. Allein diese Einwendung sei unbegründet, denn

1. haben Kieß und Teyber gegen die Fusion keine Einsprache erhoben und damit gemäß Art. 10 lemma 1 des Bundesgesetzes über die Verpfändung von Eisenbahnen das Recht verwirkt, die Annahme der Obligationen mit der Nationalbahn als Schuldnerin zu verweigern;

2. haben dieselben die Nationalbahngesellschaft in den Haupt- und Nachtragsaktord als Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Gegenkontrahenten ohne Widerrede eintreten lassen und nie die geringste Einrede dagegen erhoben. Es gehe nun nicht an, nachdem die Nationalbahngesellschaft ihre Pflichten den Litiganten gegenüber bestens erfüllt, daß letztere nicht auch ihrerseits erfüllen müssen;

3. Kieß und Teyber haben auch mit Bezug auf die Obligationen keinen schlechtern Schuldner eingetauscht und das Pfand sei ihnen unverändert geblieben.

Eventuell werde die actio pro socio gestellt. Das Verhältniß von Kieß und Teyber zur Nationalbahn betreffend Uebernahme von 50,000 Fr. Obligationen sei noch ein Societätsgeschäft und dessen Erledigung dem Kläger übertragen. Er habe es mit dem Vertrage vom 14. Februar 1876 abgeschlossen und bei diesem Geschäfte diligentia quam suis zu prästiren. Diese habe er prästirt, denn der Prozeß mit der Nationalbahn sei ein verlorener, zum Mindesten sehr zweifelhafter gewesen.

E. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, indem er im Wesentlichen auf dieselbe entgegnete:

1. Nach Art. 7 des handelsgerichtlichen Vergleiches wollte und sollte Kläger dem Ansinnen der Nationalbahndirektion, jene 50,000 Franken in Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen, mit allen zu Gebote stehenden Mitteln Widerstand leisten und erst im Fall der fruchtlosen Erschöpfung aller Vertheidigungsmittel und wenn eine nicht weiter überwindbare Nothwendigkeit vorliege, die Annahme jener Obligationen effektuiren, und er, Beklagter, hätte demselben hiezu beistehen sollen. Daß nun Kläger selbst den Prozeßweg für das passendste und zutreffendste Mittel gehalten habe, um das Ansinnen der Nationalbahndirektion zu bekämpfen, gehe aus dessen nachherigen Briefen und aus der Ertheilung der Prozeßvollmacht an Fürsprech Goll hervor.

In diesem Prozesse, dessen Ausgang ein siegreicher hätte sein müssen, seien den Litiganten folgende Vertheidigungsmittel zur Seite gestanden:

a. Die Einrede, daß die Schuldnerin gar keine Schuldtitel der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen geben könne, weil dieselbe nicht mehr existirt habe. In den betreffenden Titeln erscheine die Nationalbahn als Schuldnerin. Ein Einspruchsrecht gegen die Fusion haben Leyber und Kleß nicht gehabt, da sie noch nicht Pfandgläubiger gewesen seien; erst der Besitz der Titel hätte sie zu solchen gemacht. Und den weitem Einwand, als hätten dieselben durch koncludente Handlungen den Eintritt der Nationalbahn in den Obligationenstatus anerkannt, werde mit der Replik begegnet, daß einerseits die alte Schuldnerin gänzlich verschwunden gewesen sei und daher mit derselben nicht mehr habe verkehrt werden können, und anderseits eine Novation nie vermuthet, sondern nur bei ausdrücklich und klar ausgesprochenem Willen anerkannt werde.

b. Die Einrede, daß statt eines vertraglich vorausgesetzten und ausdrücklich versprochenen Obligationenkapitals von 1,500,000 Franken ein solches von 2,200,000 Fr. ausgegeben, die Unterpfände daher um 700,000 Fr. geschwächt worden seien. Hr. Farnier habe nämlich bei Abschluß des Vertrages vom 3. April 1874 die bestimmte Zusicherung gegeben, daß dergleichen Obligationen II. Ranges höchstens im Belaufe von 1,500,000 Fr. ausgegeben würden, während die wirkliche Emission 2,200,000 Fr. betrage.

c. Die Einrede, daß der vertraglich stipulirte Kurs von 95 % nicht eingehalten worden sei und endlich

d. Die Einrede des ausdrücklichen verbalen und des faktischen Verzichtes der Schuldnerin, indem der Präsident der Nationalbahndirektion im Jahr 1875 anlässlich einer Besprechung über das Vertragsverhältniß die blüdigte Zusicherung ertheilt habe, daß die Bahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen die Unternehmer der Verpflichtung, Obligationen II. Ranges an Zahlungsstatt anzunehmen, entbinde, da die Aufrechterhaltung dieser Stipulation nach der Fusion nicht mehr diene.

2. Diese Vertheidigungsstandpunkte einzunehmen habe Leyber nicht nur versäumt, sondern freiwillig und ohne Nothwendigkeit aufgegeben, und was noch schlimmer, auch ihn, den Beklagten, vorsätzlich verhindert, dieß für seine Hälfte der 50,000 Fr. und für eigene Rechnung zu thun.

3. Er setze daher der Klage die Einrede des Vertragsbruches entgegen, des wissentlichen und freiwilligen Aufgebens wohl begründeter gemeinsamer Ansprüche und endlich die Einrede der Verunmöglichung der Wahrung und gerichtlichen Beschützung seiner, des Beklagten, Rechtsansprüche. Bei Abschluß des Vertrages vom 14. Februar 1876 habe Leyber nur seine eigenen Interessen und vornehmlich diejenigen als neuer Unternehmer der Bosingerlinie im Auge gehabt. Die finanzielle Bedrängniß des Klägers sei kein Grund gewesen für das Aufgeben eines positiven Rechts.

4. Da das Societätsverhältniß durch den Vergleich vom 9. November 1875 aufgelöst worden sei, so habe die actio pro socio keinen Platz mehr. Dem Kläger falle übrigens böse Absicht oder doch grobe Fahrlässigkeit zur Last und könne derselbe sich daher überall nicht darauf berufen, daß er diligentiam quam suis prästirt habe.

F. Das vom Instruktionsrichter ad fact. E Ziffer 2 lit. b, c und d, sowie über die klägerische Behauptung, daß die Direktion der Nationalbahn Ende 1875 und Anfang 1876 erklärt habe, keinen Rappen mehr zu bezahlen, so lange nicht die Pflicht der Uebernahme der 50,000 Fr. Obligationen neuerdings anerkannt werde, angeordnete Beweisverfahren hat die behaupteten Thatsachen nicht bestätigt.

G. Von den bestellten Experten wurde die Frage, ob die Sicherheit, beziehungsweise der Werth der Obligationen II. Ranges auf die Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen durch die Fusion genannter Gesellschaft mit derjenigen Winterthur-Bofingen in vermindertem Sinne influenzirt worden sei, verneint.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Während Kläger in seinen Rechtschriften erklärt hat, daß er in erster Linie aus dem Vertrage vom 9. November 1875 Klage und nur eventuel die actio pro socio stelle, hat derselbe heute umgekehrt die letztere Klage in den Vordergrund und erst in zweiter Linie sich auf den Boden jenes gerichtlichen Vergleiches gestellt. Indessen erscheint die actio pro socio hier von vornherein unstatthaft; denn dieselbe ist die Klage, mit welcher die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse geltend gemacht werden, während im vorliegenden Falle das Gesellschaftsverhältnis zwischen den Litiganten durch den erwähnten Vergleich definitiv aufgehoben und in der Weise bereinigt worden ist, daß Kläger die der Gesellschaft noch zustehenden Forderungen an die schweizerische Nationalbahn und an wen immer übernommen und dagegen sich verpflichtet hat, dem Beklagten die Uberschusssumme von 120,000 Fr., Werth 9. November 1875, zu bezahlen. An die Stelle der Realisirung des Geschäftsantheils des Beklagten ist sonach für denselben das vertragmäßige Recht auf Bezahlung der 120,000 Fr. gegen den Kläger getreten und kann sich daher nur fragen, ob Beklagter nach dem Vertrage resp. Vergleiche vom 9. November verpflichtet sei, von dem Kläger die im Klagebegehren bezeichneten Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen.

2. In dieser Hinsicht ist Art. 7 des Vertrages maßgebend, wonach Beklagter sich verpflichtet hat, nach Kräften dabei mitzuwirken, daß Kläger die 50,000 Fr. Obligationen der schweizerischen Nationalbahn nicht übernehmen müsse und, sofern dies doch der Fall sein sollte, die Hälfte jener Obligationen an Zahlungsstatt zu übernehmen. Es ist unstreitig, daß Beklagter die erste Verpflichtung, nach Kräften dabei mitzuwirken, daß die 50,000 Fr. Obligationen nicht übernommen werden müssen, erfüllt hat;

die zweite Verpflichtung ist dadurch bedingt, daß jene Obligationen dennoch haben angenommen werden müssen, und es ist daher Sache des Klägers, als derjenigen Partei, welche den Eintritt der Bedingung behauptet und für sich Rechte daraus herleitet, den Beweis für deren Erfüllung zu leisten.

3. Fragt es sich nun, ob dieser Beweis erbracht sei, so muß diese Frage verneint werden. Nach den Verhältnissen kann nämlich keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß unter dem „Muß“, von dessen Eintritt die Verpflichtung des Beklagten, Obligationen an Zahlungsstatt anzunehmen, abhängig gemacht wurde, ein rechtliches Muß, eine Rechtsnothwendigkeit zu verstehen ist. Sollte übrigens hierüber noch irgend welcher Zweifel möglich sein, so würde derselbe durch die nachher zwischen den Litiganten und ihren Anwälten gepflogene Korrespondenz, welche in der Ertheilung der Prozeßvollmacht seitens des Klägers an den beklaglichen Anwalt ihren Abschluß fand, gehoben. Und zwar spricht diese Korrespondenz dafür, daß die Litiganten es auf ein gerichtliches Urtheil beziehungsweise auf eine richterliche Condemnation ankommen lassen wollten und Beklagter daher nur insofern zur Uebernahme der Obligationen verpflichtet sein sollte, als Leyber und Kleß dadurch durch richterlichen Spruch verurtheilt würden. Diese Bedingung ist nun, und zwar in Folge der eigenen Handlungsweise des Klägers, nicht erfüllt und damit diejenige Verpflichtung des Beklagten, deren Erfüllung Kläger in diesem Prozesse verlangt, dahingefallen.

4. Wollte man indeß annehmen, daß die Rechtsnothwendigkeit zur Uebernahme der mehrerwähnten Obligationen seitens des Klägers nicht bloß durch ein gerichtliches Urtheil, sondern auch auf andere Weise dargethan werden könne, so müßte die Klage dennoch verworfen werden, weil auch ein solcher anderweitiger Beweis nicht gelungen ist. Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz kann die Uebernahme der Schuld eines andern nicht ohne Einwilligung des Gläubigers geschehen und wenn daher die Nationalbahngesellschaft für sich das Recht beanspruchte, die Akordanten Leyber und Kleß statt mit Obligationen der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen mit eigenen Obligationen zu bezahlen, so mußte sie den Nachweis

leisteten, daß Leyber und Kleß ihre Einwilligung dazu erteilt haben. Aus der Nichterhebung von Einsprache gegen die Fusion hätte dieses Einverständnis nicht hergeleitet werden können, da ja die Litiganten damals noch nicht Pfandgläubiger der Eisenbahn Winterthur-Singen-Kreuzlingen waren, ja sogar noch nicht einmal feststand, ob die Eisenbahngesellschaft von dem ihr in dem Vertrage vom 13. April 1874 eingeräumten Rechte Gebrauch machen werde, das Bundesgesetz vom 24. Juni 1874 aber das Recht zur Protestation nur den wirklichen Pfandgläubigern einräumt. Von mehr Bedeutung wäre dagegen der Umstand gewesen, daß die Litiganten nach der Fusion den Verkehr mit der Nationalbahngesellschaft ohne Anstand aufgenommen, die Arbeiten vertragsmäßig zu Ende geführt und von dieser Gesellschaft nicht nur Zahlungen, sondern auch Weisungen u. s. w. entgegengenommen haben. Nun ist aber zu beachten, daß die Arbeiten zur Zeit der Fusion beinahe vollendet waren und die Unternehmer Leyber und Kleß, gerade mit Rücksicht auf diesen Umstand, nicht nur kein Interesse daran hatten, die Annahme der Nationalbahngesellschaft als Rechtsnachfolgerin der Winterthur-Singen-Kreuzlingen-Eisenbahngesellschaft wenigstens insoweit, als erstere die Verpflichtungen der letztern zu erfüllen bereit und in der Lage war, zu verweigern, sondern es ihnen im Gegenteil, nachdem die Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen in der Nationalbahngesellschaft aufgegangen war, ebenso sehr wie der Nationalbahngesellschaft erwünscht sein mußte, die Geschäfte mit dieser letztern abzuwickeln. Etwas Weiteres aber als daß die Litiganten die Nationalbahngesellschaft, soweit dieselbe die Verpflichtungen der in ihr durch Verschmelzung aufgegangenen Winterthur-Singen-Kreuzlingen-Gesellschaft erfüllen konnte und wollte, als Rechtsnachfolgerin der letztern angenommen und anerkannt haben, könnte aus deren Benehmen gegenüber der Nationalbahngesellschaft nicht gefolgert werden, insbesondere also nicht die Verpflichtung der Unternehmer Leyber und Kleß, von der Nationalbahngesellschaft eigene Obligationen an Stelle solcher der Eisenbahngesellschaft Winterthur-Singen-Kreuzlingen anzunehmen. Hierzu hätte es eines besondern Einverständnisses bedurft

und auf ein solches weist nun, wenigstens nach den vorliegenden Akten, weder eine ausdrückliche Erklärung der Litiganten noch das Verhalten derselben hin. Der Inhalt der Uebereinkunft vom 14. Februar 1876 läßt denn auch keinen Zweifel darüber aufkommen, daß Leyber zu derselben nicht durch Gründe rechtlicher sondern finanzieller Natur dazu bewegt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage ist als unbegründet abgewiesen.