Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 20 (1901)

Artikel: Das Rückkaufsrecht des Bundes und die Rechtsstellung der Obligationäre bei der Verstaatlichung schweizerischer Eisenbahnen

Autor: Wieland, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896613

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das Rückkaufsrecht des Bundes
und die Rechtsstellung der Obligationäre bei der Verstaatlichung schweizerischer Eisenbahnen.

Von Dr. Alfred Wieland in Basel.

Die Frage nach dem rechtlichen Schicksale der Eisenbahnanleihen beim konzessionsgemässen Rückkauf schweizerischer Bahnen durch den Bund ist gegenwärtig von weittragender, praktischer Bedeutung, nicht nur für die Obligationäre, sondern eben so sehr für die Eisenbahngesellschaften und den Bund.

Für die Obligationäre handelt es sich zunächst darum, ob in Folge des Rückkaufs die Anleihen ihren Bedingungen entgegen von der einen oder anderen Seite vorzeitig gekündigt werden können.

Erfolgt keine Rückzahlung, so entsteht die weitere Frage, worin in Zukunft die Sicherheit der Obligationen bestehen wird.

Für die Eisenbahngesellschaften andrerseits sind namentlich folgende Fragen von Interesse:

Wenn die Anleihen kündbar werden, ob und welche Entschädigung den Obligationären für vorzeitige Rückzahlung geschuldet wird.

Aendert der Rückkauf am Vertragsverhältnisse nichts, ob und in welchem Umfange trotzdem das Aktienkapital liquidiert werden darf.

Das Interesse des Bundes endlich liegt vornehmlich in der Hoffnung, durch Uebernahme der Anleihen der Notwendigkeit enthoben zu werden, trotz der voraussichtlich ungünstigen Situation des Kapitalmarktes den ganzen Rückkaufspreis in bar beschaffen zu müssen.

Aus diesem Grunde hat der Bundesrat neulich zwei Rechtsgutachten eingeholt, [1]) welche in Uebereinstimmung mit einer dritten Ansicht [2]) zu folgendem Resultate gelangen:

Der Rückkauf berechtigt weder den einen noch den anderen Teil zu einer vorzeitigen Kündigung, gleichgültig, ob die Anleihen pfandversichert sind oder nicht, denn die Pfandrechte gehen trotz des Rückkaufs nicht unter. Allerdings können die Obligationäre die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Liquidation aufgelöster Aktiengesellschaften verlangen, wonach das Gesellschaftsvermögen vor Befriedigung oder Sicherstellung der schwebenden Verbindlichkeiten nicht unter die Aktionäre verteilt werden darf. Eine genügende Sicherheit würde aber in der Garantierung richtiger Verzinsung und Rückzahlung der Anleihen durch den Bund liegen, auch wenn sich die Obligationäre den Eintritt des Käufers an Stelle des bisherigen Schuldners nicht gefallen lassen müssen.

Im praktischen Resultate haben sich also die Obligationäre mit der Staatsgarantie zu begnügen; die Eisenbahngesellschaften dürfen den ganzen Ueberschuss des Kaufpreises über den Betrag der Schulden unter die Aktionäre verteilen und der Bund muss den grössten Teil der Rückkaufsentschädigung nicht in bar beschaffen.

Ist das Resultat richtig, dann wird eine entsprechende Vereinbarung zwischen Bahngesellschaften und Bund zweifellos zu stande kommen. Denn ihre materiellen Vorteile wären für beide Teile so erheblich, auch für die Bahnen, welche ohne jegliche ihr Aktienkapital zu Gunsten der Gläubiger belastende Sicherstellungs- oder Entschädigungspflicht ihre Schulden faktisch abschütteln könnten, dass jeder schon im eigenen Interesse bereitwillig die Hand dazu bieten wird.

---

[1]) Prof. Huber und Laband: Zwei Gutachten über die Rechtsfragen, die sich aus dem Rückkauf der schweizerischen Hauptbahnen für deren Obligationenanleihen ergeben. Im Auftrage des Schweizerischen Eisenbahndepartements. Bern 1900.

[2]) Dr. J. J. Oberer: Ueber die Rechte der Gläubiger bei der Liquidation von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht. In dieser Zeitschrift Bd XIX S. 71 fg.

Ist die Richtigkeit des Resultates aber nicht so zweifellos, dass ruhig jedem gerichtlichen Entscheide entgegengesehen werden darf, dann könnten die Folgen einer voreiligen Vereinbarung im vorgeschlagenen Sinne für beide Teile gleich unangenehme sein.

Die Bahngesellschaften wären eventuell dem Risiko ausgesetzt, den ganzen Betrag der Anleihen trotzdem auszahlen oder auf andere Weise decken zu müssen, der Bund dagegen der Gefahr, den gesamten Rückkaufspreis plötzlich in bar zu beschaffen. [1])

Diese praktische Wichtigkeit des Resultates dürfte eine erneute Prüfung nicht überflüssig erscheinen lassen, um so mehr, als bereits gewichtige Bedenken dagegen geäussert wurden. [2])

Dabei wird zuerst die Stellung des Bundes zu den Eisenbahngesellschaften und Obligationären und nachher das interne Verhältnis der beiden letztern zu untersuchen sein. Dieses wiederum gesondert für die aus ihrem speziellen Vertragsrechte im Gegensatze zum allgemeinen Aktienrechte sich ergebenden Rechtsfolgen.

I.

Das Rechtsverhältnis des Bundes zu den Eisenbahngesellschaften und Obligationären als Rückkäufers im Sinne der Konzessionen.

Wie weit die Rechte Dritter, z. B. Pfandrechte, auch dem Bunde als Eigentümer der Bahnen gegenüber fortbestehen, muss in erster Linie von dem rechtlichen Inhalte seines Rückkaufsrechtes abhängen. Entstammt dasselbe einem Vor- oder Kaufvertrag rein obligatorischer Natur, wie etwa Laband annimmt, [3]) dann können schon obligatorische, nicht nur ding-

---

[1]) Vergl. die Uebersicht der Eisenbahnanleihen in der Botschaft des Bundesrates zum Rückkaufsgesetze; Bundesblatt v. 31. März 1897: Beilage XVI S. 467 f. und 463; dazu das Expertengutachten zum Rückkaufsgesetze: Bundesbl. v. 14. April 1897, Seite 916 fg.

[2]) In den Litteraturanzeigen dieser Zeitsch. Bd XIX, S. 323 f.

[3]) Zwei Gutachten, S. 31 f.

liche Ansprüche Dritter seine Ausübung beeinträchtigen. Beispielsweise arrestatorische Massregeln der Obligationäre,[1]) falls der Rückkauf zu einer aktienrechtlich unzulässigen Ausschüttung des Vermögens der aufgelösten Eisenbahngesellschaften führt.

Kommt ihm dagegen dingliche Wirkung zu, so entscheidet die weitere Frage, ob es nur dem Eigentume eines Dritten, oder auch dinglichen Rechten an fremder Sache gegenüber durchzudringen vermag.

Dass der Bund seinem Kontrahenten gegenüber berechtigt ist, unbeschwertes Eigentum zu beanspruchen, resp. für bestehende Lasten den Rückkaufspreis entsprechend zu kürzen, ist allseitig anerkannt. Ob und wie weit sich aber das Recht des Staates in diesem obligatorischen Anspruche erschöpft, ist eine andere, damit noch keineswegs entschiedene Frage, welche namentlich dann praktisch wird, wenn der Rückkaufspreis zur Deckung pfandversicherter Anleihen nicht genügt.

Dringt nämlich das Recht des Staates durch, dann verbleibt dem Pfandgläubiger für den Ausfall nur seine ungedeckte Forderung gegenüber der Bahn, welche im Falle ihrer Insolvenz illusorisch ist. Bestehen dagegen die Pfandrechte trotz des Rückkaufs fort, so muss der Bund zu ihrer Ablösung wohl oder übel mehr als den geschuldeten Kaufpreis auslegen und seinerseits mit dem prekären Regress gegen seinen Kontrahenten vorliebnehmen, wenn er das Pfandobjekt nicht auf dem Wege der Zwangsliquidation wieder in Privatbesitz übergehen lassen will.

1. Auffallender Weise sind beide Fragen trotz ihrer praktischen Tragweite bisher nirgends untersucht und nur indirekt, wenigstens die eine, durch Annahme des Fortbestandes der Eisenbahnhypotheken einstimmig[2]) zu Ungunsten des Staates beantwortet worden. So hält Laband mit der Definition der Rückkaufsklausel als civilrechtlichen Vertrages

---

[1]) Von Oberer, a. a. O., S. 79 für zulässig gehalten.

[2]) Expertengutachten zum Rückkaufsg., a. a. O., S. 920. — Oberer, S. 78 f., Prozessschriften des Bundesrates bei Huber: Zwei Gutachten, S. 22.

im Gegensatze zum Expropriationsrechte ihre rein obligatorische Natur als bereits erwiesen, obschon dieser Schluss keineswegs zwingend ist.

Allerdings muss sich in der Regel ein Kaufliebhaber im Gebiete des Privatrechts mit einem obligatorischen Anspruche begnügen, weil das positive Recht dem Eigentümer die Abtretung eines dinglichen nicht gestattet. Wie aber bei andern obligatorischen Rechtsverhältnissen, z. B. der Miete,[1]) so ist es doch auch hier nur legislatorische und für Ausnahmefälle, z. B. Vor- und Wiederkaufsrechte positivrechtlich mehrfach bejahte Frage, ob den Parteien nicht die Verstärkung zu einem dinglichen ermöglicht werden soll. Speziell der Gegenstand und Zweck des staatlichen Rückkaufsrechtes könnte eine gleiche Sonderstellung sehr wohl rechtfertigen.

Einmal nämlich ist jede Sache mit öffentlicher Zweckbestimmung, wie die Eisenbahn, dem privatrechtlichen Verkehre schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur soweit überlassen, als das öffentliche Interesse nach der Auffassung des positiven Rechts gestattet. Andererseits verfolgt aber auch das staatliche Rückkaufsrecht trotz seiner privatrechtlichen Gestalt den Zweck der Einführung des Staatsbetriebs ausschliesslich im öffentlichen Interesse.[2]) So gut nun die öffentliche Zweckbestimmung zu einem Verbote jeglicher Veräusserung oder Belastung der Bahn führen könnte, so gut vermöchte die Rücksicht auf das staatliche, ebenfalls dem öffentlichen Interesse dienende Rückkaufsrecht eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Konzessionärs wenigstens in dem Umfange zu rechtfertigen, dass auch von ihm abgeleitete Rechte Dritter dem Staate nicht präjudicieren dürfen, dem Anspruche des Staates also entsprechende dingliche Wirkung verliehen würde.

Diese Erwägung ist allerdings weniger für die Kompetenz des Bundes zu einer derartigen Bestimmung von Bedeutung,

---

[1]) Vergl. Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff, Jahrb. f. Dogm., Bd 31 S. 436.

[2]) Eger, Handbuch des preussischen Eisenbahnrechts, I. S. 26 f., gegen die veraltete Auffassung als Regal.

weil seine Gesetzgebungsgewalt seit 1872 für das ganze, auch privatrechtliche Gebiet des Eisenbahnwesens ausser Zweifel steht, als für die Richtigstellung der entscheidenden Frage.

Denn diese wird, wie von Laband, so auch von Huber vollständig verkannt, indem er ihre Lösung trotz eingehender Untersuchung dem rechtlichen Inhalt der Eisenbahnhypothek entnehmen zu müssen glaubt.[1] Und doch kann das Pfand- als ein aus dem Eigentum des Bestellers abgeleitetes Recht ohne speziellen Rechtssatz[2] nicht weiter als dieses dem Anspruche des Staates gegenüber wirksam werden, also nur die positivrechtliche Gestaltung des letztern selbst die Antwort ergeben.

Daran vermag auch die Berufung auf die Pfandrechte als wohlerworbene Rechte Dritter nichts zu ändern,[3] weil sich schon allgemeinen Grundsätzen zu Folge die gegenseitige Wirkung dinglicher Rechte nach dem Prinzip der Priorität beurteilt.[4] Selbst die absolute dingliche Wirkung des staatlichen Rückkaufsrechtes, welches wie das Eigentum des Konzessionärs an der Bahn als Sachgesamtheit bereits mit der Konzessionserteilung entstanden ist, würde somit noch keineswegs Rechte Dritter nachträglich, also rechtswidrig modificieren.[5]

2. Da nun der Inhalt eines Rechtssatzes vornehmlich durch seinen praktischen Zweck bestimmt wird,[6] mag zuerst von dieser Basis aus im Gegensatze zu der mehr äusserlichen der Ausdrucksweise der Rechtsquellen[7] das positive Recht untersucht werden. Dass aber dem Zwecke des Rückkaufsrechtes nur seine dingliche Wirkung, und zwar gegenüber

---

[1] A. a. O. S. 13 fg.

[2] Vergl. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, S. 178 f. und 199.

[3] Huber, S. 17.

[4] Z. B. Entsch. des D. Reichsg., Bd IV S. 230 fg.

[5] Dingliche Rechte an einzelnen Bestandteilen kommen überhaupt nicht in Frage, weder ältere noch jüngere.

[6] Gleichwertige Ausdrücke bei Regelsberger, Pandekten, S. 68 f.

[7] Laband, a. a. O., S. 32.

allen Rechten Dritter gerecht zu werden vermag, kann namentlich aus einem doppelten Grunde keinem Zweifel unterliegen.

I. Im allgemeinen wenigstens dingliche und nicht nur obligatorische Kraft erfordert schon die Bedeutung der Rückkaufsklausel als vornehmlichsten Rechtsmittels des Bundes zur Verstaatlichung der Bahnen, welche jeder Staat sich auf die eine oder andere Weise vorbehält. Denn abgesehen vom Wege des freihändigen Kaufs, auf den seiner Unzuverlässigkeit wegen nirgends ausschliesslich abgestellt wird, ist der Schweiz im Gegensatz zu andern Staaten weder ein Heimfallsrecht noch ein spezielles Expropriationsrecht an Eisenbahnen bekannt wie etwa Preussen.

Ob das gemeine Expropriationsrecht zum Ziele führen kann, ist aber für die Schweiz wie auch andere Staaten bestritten. Einmal ist fraglich, ob das Bedürfnis der Verwandlung des Privatbetriebes in den Staatsbetrieb als genügender Rechtsgrund für die Expropriation gelten kann.[1]) Andererseits wird aber nicht ohne gute Gründe die Ansicht vertreten, dass mit der Rückkaufsklausel den Bahnen hinsichtlich der Fristen und Minimalentschädigung für den Fall der Verstaatlichung eine Garantie erteilt wird, welche auch auf dem Enteignungswege nicht gebrochen werden darf.[2]) Selbst wenn aber die entgegengesetzte Auffassung der Bundesbehörden richtig wäre,[3]) dass dem Staate jederzeit das Expropriationsrecht zusteht, so ist doch zweifellos die nicht erst vom Bunde, sondern schon von den Kantonen in die Konzessionen aufgenommene Rückkaufsklausel in der Schweiz durchweg als normales, wenn auch nicht einziges Rechtsmittel zur Verstaatlichung der Bahnen aufgefasst worden.

---

[1]) Verneint z. B. von Grünhut, in seiner Ztschr. Bd 14 S. 717; als selbstverständlich verworfen von Laband, Denkschrift über die Verstaatlichung der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn-Gesellschaft, Mainz 1893, S. 5; nur bedingt anerkannt von Heusler, Die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession, S. 5 f.

[2]) Seiler, Rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession, S. 57; Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 23.

[3]) Botschaft, a. a. O., S. 342; nur zweifelhaft Expertengutachten dazu, S. 901 f.

Jedenfalls entspricht sie in ihrer materiellen Bedeutung nicht etwa dem Vorbehalte des freihändigen Kaufs, den auch die Konzessionen anderer Staaten enthalten, sondern trotz ihrer privatrechtlichen Gestalt dem speziellen Enteignungsrechte an Eisenbahnen, das jeder Staat daneben kennt. Denn praktisch viel wichtiger als der Unterschied, dass dieses ein öffentliches, die Rückkaufsklausel aber nur ein Privatrecht gewährt, ist die Uebereinstimmung beider darin, dass der Staat hier wie dort den Bahngesellschaften im Gegensatze zum Wege des freihändigen Kaufs und des gemeinen Enteignungsrechtes den Kaufpreis diktieren kann.

Selbstverständlich kann aber diesem Zwecke, nicht allein ein materiell vorteilhaftes Geschäft abzuschliessen, das auch seine Auflösung in eine Schadenersatzforderung ertragen könnte, sondern den Staatsbetrieb durchzuführen, nur ein dinglicher, kein obligatorischer Anspruch genügen. Mag auch dem Falle der Veräusserung durch den Eigentümer praktisch keine grosse Bedeutung zukommen,[1]) weil die Konzession nicht übertragbar ist, so soll doch zweifellos das Rückkaufsrecht sein Objekt treffen, gleichgültig in welchen Händen es sich befindet. Beispielsweise auch in denjenigen der Gläubiger des Konzessionärs, deren Recht auf Arrestierung bis zur Befriedigung durch das Eisenbahnpfandrechtsgesetz keineswegs ausgeschlossen wird, weil es lediglich den ungestörten Bahnbetrieb garantiert.

II. Dass das Rückkaufsrecht bestimmungsgemäss aber auch dinglichen Rechten an fremder Sache gegenüber durchdringen muss, ergiebt sich aus dem weitern Zweck des Staates, nicht nur Eigentum an den Bahnen, sondern dasselbe auch um den vereinbarten Preis zu erlangen. Was bereits oben im Hinblick auf den praktisch wichtigsten Fall der Pfandrechte Dritter gesagt wurde, gilt theoretisch von allen dinglichen Rechten an fremder Sache. Denn solange das Eigentum des Bundes damit belastet ist, unterliegt er der Gefahr, zu ihrer

---

[1]) Ausgeschlossen ist sie nicht, z. B. bei Veräusserung einzelner Teile in fraudem legis. Anders z. B. in Preussen: Eger, a. a. O., S. 422 f.

Ablösung mehr als den geschuldeten Betrag auslegen oder gar eine vertragswidrige Beeinträchtigung des Staatsbetriebes dulden zu müssen.[1]) Und doch soll zweifellos der schon in der ersten Konzession bestimmte Preis die einzige finanzielle Leistung bilden, welche dem Bunde im Fall der Verstaatlichung der Bahnen obliegt.

Dabei kann es konsequenterweise auch keinen Unterschied bedingen, ob im konkreten Falle die Entschädigung zur Ablösung der Rechte Dritter genügt oder nicht. Denn entweder ist das Rückkaufsrecht des Staates stärker oder schwächer als sie, dringt also ganz oder gar nicht durch. Keinesfalls kann aber sein rechtlicher Inhalt von dem materiellen Werte entgegenstehender Rechte Dritter abhängig sein. Darum ist ferner der von Huber betonte angebliche Gegensatz zum Expropriationsrechte irrelevant,[2]) wonach zwar die öffentliche Zweckbestimmung der enteigneten Sache, aber nicht diejenige des Rückkaufsobjektes Pfandrechte ausschliesse.

Einerseits nämlich ist der Zweck des Rückkaufsrechtes nicht nur die Verstaatlichung der Bahnen, sondern auch ihr Erwerb um einen bestimmten Preis, welchen der Fortbestand der Pfandrechte freilich vereiteln kann. Andererseits aber kommt dem öffentlichen Interesse für den Inhalt des Rückkaufsrechtes im Gegensatze zu demjenigen des Expropriationsrechtes überhaupt keinerlei rechtliche Bedeutung zu. Dieses steht und fällt allerdings mit dem öffentlichen Bedürfnis,[3]) jenes dagegen beurteilt sich ausschliesslich nach dem Umfange des Rückkaufsobjektes, das es ganz ergreift.

Gerade die Erwägung also, dass das Rückkaufsrecht trotz seiner privatrechtlichen Gestalt, wenigstens im Sinne des den Vertrag beherrschenden Kontrahenten[4]) die Funktionen des Enteignungsrechtes zu erfüllen hat, beweist, dass

---

[1]) Z. B. bei dinglicher Verpachtung einzelner Linien, Eger, a. a. O., S. 222 N. 118, und Endemann: Das Recht der Eisenbahnen, S. 384.

[2]) A. a. O., S. 16.

[3]) Vergl. z. B. die Konsequenz bei Grünhut, Enteignungsrecht, S. 133.

[4]) Ueber die Interpretation von Konzessionsurkunden: Exner, Gutachten z. Nordbahnfrage in Grünhuts Ztschr., Bd XIV S. 736.

nur eine unbeschränkte dingliche Wirkung seinem Zwecke entsprechen kann.

Und zwar liegt die Richtigkeit dieses Schlusses und die völlige Unzulänglichkeit eines rein obligatorischen oder auch eines dinglichen Anspruches mit geringerer Wirkung dergestalt auf der Hand, dass die entgegengesetzte Auffassung den Rechtsquellen nur auf Grund bestimmter Anhaltspunkte zugeschrieben werden darf, besonders da die Rücksicht auf wohlerworbene Privatrechte nach dem oben Gesagten keinerlei entgegengesetzte Präsumtion rechtfertigen kann.

3. Als Rechtsquellen kommen seit dem Uebergange der Eisenbahnhoheit auf den Bund im Jahre 1872 Bundesgesetzgebung und Konzessionen, für frühere Zeiten nur die letztern in Betracht.

I. Der massgebende Artikel der vom Bunde erteilten Konzessionen lautet in Anlehnung an die im Jahre 1873 aufgestellte Normalkonzession in der Regel folgendermassen:

„Für die Geltendmachung des Rückkaufsrechtes des Bundes gelten folgende Bestimmungen:

a) Der Rückkauf kann frühestens . . . . erfolgen.

b) Durch den Rückkauf wird der Rückkäufer Eigentümer der Bahn . . . . Immerhin bleiben die Drittmannsrechte hinsichtlich der Pensions- und Unterstützungsfonds vorbehalten. Zu welchem Zeitpunkte auch der Rückkauf erfolgen mag, ist die Bahn samt Zugehör in vollkommen befriedigendem Zustande abzutreten. Sollte dieser Verpflichtung keine Genüge gethan werden, ... so ist ein verhältnismässiger Betrag von der Rückkaufssumme in Abzug zu bringen.

c) Die Entschädigung für den Rückkauf beträgt . . . . den 25-fachen Wert des durchschnittlichen Reinertrages derjenigen 10 Jahre, welche . . . . jedoch in der Meinung, dass die Entschädigungssumme in keinem Falle weniger als die erstmaligen Anlagekosten betragen darf.“

Immerhin folgt aus dieser summarischen Fassung keineswegs, dass der Inhalt des Rückkaufsrechtes hinsichtlich der nicht speziell genannten Folgen, z. B. gegenüber Dritten,

lediglich aus der Interpretation des Wortes: „Rückkauf“ gewonnen werden muss. Vielmehr liegt die Ursache des Mangels einer nähern Präzision einfach darin, dass Art. 27 des Bundesgesetzes betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen das Recht des Staates ein- für allemal dahin definiert hat: „die betreffende Eisenbahn samt dem Material, den Gebäulichkeiten und den Vorräten, welche dazu gehören gegen Entschädigung an sich zu ziehen.“

Allerdings ist dann im Schlusssatze: „teils die Bedingungen festzusetzen, unter welchen der Rückkauf stattfinden kann,“ das vereinbarte Rechtsgeschäft gerade wie in den Konzessionen der Kürze halber als „Rückkauf“ bezeichnet. Aber die genaue und erschöpfende Definition des Inhaltes des staatlichen Rechtes selbst enthält keinerlei Hinweis auf ein kaufähnliches Rechtsgeschäft.

Vielmehr gestattet jedenfalls die Fassung: „an sich ziehen,“ welche viel eher an die Legaldefinition etwa des Retraktrechtes [1]) als des Kaufes erinnert, prinzipiell wenigstens den Griff auf das Rückkaufsobjekt auch Dritten, nicht nur dem Konzessionär gegenüber. — Speziell die Ausdrucksweise: „gegen Entschädigung an sich ziehen,“ d. h. die auch in den Konzessionen: „Entschädigung für den Rückkauf“ nicht etwa „Kaufpreis“ genannte, von der Rendite oder den Anlagekosten abhängige Summe kann ferner die weitere Konsequenz rechtfertigen, dass diese eine Gegenleistung die einzige Schranke für das Zugrecht des Staates bilden, also auch dingliche Rechte an fremder Sache beseitigen soll.

Als nicht von entscheidender, aber doch einiger Bedeutung mag ferner der ausschliessliche Vorbehalt der Rechte Dritter an den Unterstützungsfonds in den Konzessionen erscheinen. Denn wenn derselbe auch nicht selbstverständlich ist, so würde doch bei diesem Anlasse die gleiche Reservierung anderer, z. B. dinglicher Rechte an fremder Sache naheliegen, falls sie beabsichtigt wäre. Dasselbe gilt von der ausschliesslichen Wahrung des Rechts auf eine Reduktion des Rückkaufspreises wegen unbefriedigenden Zustandes des Rück-

[1]) Vergl. z. B. Huber, Schweiz. Privatr. III, S. 270.

kaufsobjekts im Gegensatze zu einer Entwertung durch Rechte Dritter.[1])

Auch wenn aber die aus dem praktischen Zwecke abgeleitete Tragweite des staatlichen Rechtes mit den Rechtsquellen nur als verträglich und nicht als zwingend erwiesen anerkannt werden sollte, so steht doch andererseits fest, dass sie für die herrschende Meinung gar keine Anhaltspunkte enthalten. Und doch wären solche zum Beweise ihrer Richtigkeit unerlässlich.

Schliesslich wird auch der weitere, gegen das bisherige Resultat denkbare Einwand, dass nämlich die dingliche Wirkung Dritte immerhin darum nicht treffe, weil sie unter der Herrschaft des örtlich massgebenden gemeinen Civilrechts kontrahiert hätten, das die Bestellbarkeit dinglicher Erwerbsrechte nicht kenne, durch die Definition des Rückkaufsrechtes im cit. Bundesgesetze entkräftet. Denn wenn auch keine allgemein verbindliche Rechtsquelle dem Staate direkt ein expropriationsartiges Recht an allen Bahnen verleiht, so ermächtigt ihn doch eine solche zu seinem Vorbehalte gegenüber jedem einzelnen Konzessionär, gerade wie auch andere Zugrechte etwa durch Vertrag bestellbar sind.[2])

II. Für die ältere Zeit der kantonalen Eisenbahnhoheit bietet nur die letztgenannte Frage Anlass zu besonderer Erörterung. Denn nach den Angaben der Rückkaufsbotschaft ist auch in den älteren Konzessionen das Recht des Staates in materieller Ueberein stimmung mit der cit. Fassung des Bundesgesetzes dahin definiert: „die betreffende Bahnlinie in der ganzen Ausdehnung samt dem Material, den Gebäulichkeiten und den Vorräten, welche dazu gehören, an sich zu ziehen.“ [3])

---

[1]) Art. 9 des Rückkaufsgesetzes, ferner die Worte der Botschaft, a. a. O., S. 402 können hier ganz abgesehen von ihrer ungewissen Tragweite schon darum nicht in Frage kommen, weil der Gesetzgeber ohne unzweideutige Vorschrift keinesfalls nachträglich ev. wohlerworbene, z. B. Pfandrechte Dritter durch dieses Gesetz modificieren könnte. Vergl. Bundesg. Entsch. Bd XXV, S. 234.

[2]) Z. B. bei Huber, Schw. P. R. III. S. 269 f.

[3]) Botschaft, a. a. O., S. 349; vergl. auch Bundesg. Entsch., a. a. O., S. 193.

Eben darum muss aber auch gegenüber Dritten, welche unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes mit den Bahnen kontrahiert haben, das staatliche Recht schon auf Grund seines Vorbehaltes in den einzelnen Konzessionen durchdringen. Denn weil damals alle dem gemeinen Rechte nicht überlassenen Rechtsverhältnisse an Eisenbahnen, welche heute durch eine umfangreiche Spezialgesetzgebung geregelt sind, ausschliesslich in den Konzessionen normiert waren, konnten diese so gut wie nach jeder andern durch das öffentliche Interesse gebotenen Richtung das Privateigentum des Konzessionärs auch hinsichtlich seiner Dispositionsfreiheit gegenüber Dritten mit allgemeiner Verbindlichkeit modificieren. Lediglich eine solche Eigentumsbeschränkung liegt aber in dem Vorbehalte eines dinglichen Erwerbsrechtes, [1]) nur weniger weitgehend als etwa in der ebenfalls denkbaren Untersagung jeglicher Belastung oder Veräusserung der Bahnen.

Auch den Konzessionen kann also, in dieser Hinsicht wenigstens, die Bedeutung einer allgemein verbindlichen Rechtsquelle nicht abgesprochen werden. [2])

Legt man übrigens das Vorurteil ab, dass dem Worte: „Rückkauf“ unbedingt juristische, namentlich einseitige [3]) Konsequenzen entstammen müssen, so kann nicht das hier abgeleitete, sondern nur das entgegengesetzte Resultat der herrschenden Meinung auffällig erscheinen.

Denn dem vom Staate mit der Rückkaufsklausel verfolgten Zweck, die Bahnen verstaatlichen zu können, und zwar auf Grund einer vom gemeinen Expropriationsrechte

---

[1]) Endemann, a. a. O., S. 380 f., und hinsichtlich des dinglichen Vorkaufsrechtes: Entsch. d. Deutsch.. R. G. IV S. 234.

[2]) Vergl. auch Heusler, a. a. O., S. 9.

[3]) Schon die landläufige Bezeichnung: „Rückkaufsrecht“ legt dem Staate ein näheres Recht auf die Bahnen bei als dem einfacnen Käufer, eben ein Rückkaufs- nicht nur Kaufsrecht. Ist es nun juristisch jedenfalls nicht Rückkaufsrecht, so muss es andererseits auch reiner Wortinterpretation zu Folge noch keineswegs ein einfaches Recht auf Kauf, sondern kann ein drittes Recht sein, wie etwa dinglichen Vorkaufsrechten, trotz vertraglicher Bestellung, die juristische Qualifikation als Kaufsrechte abgesprochen wird. So von Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatr. II. S. 181.

abweichenden finanziellen Basis, konnte niemals ein rein obligatorischer oder auch beschränkt dinglicher Vorvertrag oder Vertrag gerecht werden. Wäre dennoch die herrschende Auffassung durch die Rechtsquellen begründet, so könnte nur ein Irrtum des Staates in der Wahl des Rechtsmittels angenommen werden, der freilich angesichts der alten Streitfrage über Staats- und Privatbetrieb[1]) und der Möglichkeit auch rechtlicher Allgewalt des Staates speziell auf dem Gebiete des Eisenbahnwesens schwer verständlich wäre.

Daraus ergiebt sich für uns als praktisch wichtigstes Resultat, dass mit dem Rückkauf der Bahnen durch den Bund die Pfandrechte der Obligationäre untergehen.

Ob ipso iure oder erst infolge Löschung im Eisenbahnpfandbuche, ist eine Frage von lediglich formeller Bedeutung. Aus dem Texte des Eisenbahnpfandrechtsgesetzes lässt sich keine bestimmte Antwort ableiten. Immerhin entstehen die Eisenbahnhypotheken laut Art. 4 schon mit der Genehmigung des Bundesrates, nicht erst mit dem Eintrage im Pfandbuche.[2]) Ferner geht das Eigentum an den Bahnen mit Auszahlung der Entschädigung auch ohne Tradition oder andere Formalität auf den Bund über.[3]) Dass den Eisenbahngesellschaften trotzdem die Entschädigung vor Befriedigung ihrer Gläubiger nicht ausgehändigt werden darf, folgt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.[4])

Zusatz: Die juristische Natur des Rückkaufsrechtes.

I. Obschon das Privatrecht auch sonst in Ausnahmefällen, wo eine rein obligatorische Haftung des Verpflichteten mit den Interessen des Berechtigten unvereinbar erscheint,

---

[1]) Speziell in der Schweiz, vergl. Blumer-Morel, Schw. Bundesstaatsr. II, S. 42.

[2]) Meili, Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen, S. 23.

[3]) Art. 6 des Rückkaufsgesetzes.

[4]) O. R. Art. 107, auch Kirchhofer, Die Stellung der Hypothekargläubiger bei der Immobiliarversicherung nach schweiz. Recht, S. 13 u. 15 fg.

mehrfach dinglich wirkende Erwerbsrechte ausgebildet hat, so ergiebt doch ihre theoretische Behandlung nur eine geringe Ausbeute für dasjenige des Staates.

Denn gerade das auch dem Rückkaufsrechte des Staates eigentümliche Charakteristikum eines anscheinend obligatorischen Rechtes mit dinglicher Wirkung hat bisher eine auch nur einigermassen einheitliche Auffassung in der Doktrin nicht aufkommen lassen.[1])

Namentlich im Hinblicke auf die lebhafte Diskussion über die rechtliche Natur des Retraktrechtes wird auch für das staatliche Rückkaufsrecht kein positives, sondern höchstens ein negatives Resultat erhältlich sein, das einigermassen auf Billigung hoffen kann.

Ein „Rückkaufsrecht" liegt jedenfalls nicht vor, „weil jemand nur zurückkaufen kann, was er bereits gehabt hat."[2]) Ob andererseits ein Recht auf Kauf, hängt wie für das Retraktrecht von Fragen allgemeiner Natur ab, die über seinen Inhalt weit hinausgehen.

Ein obligatorisches Recht ist es nur dann, wenn man mit der Obligation begrifflich Wirkungen gegenüber Dritten

---

[1]) Beispiele: 1. Das Rückforderungsrecht des Expropriaten (Grünhut, a. a. O., S. 174; Meyer, Expropriationsrecht, S. 174), als Vorkaufsrecht von Stobbe, a. a. O., S. 181: „dinglich wirksames Retraktrecht" genannt. — 2. Partikularrechtlich das Einkaufsrecht des Nachbars in eine Scheidemauer (Roth, Bayrisches Civilrecht II, S. 64 fg.; Huber, Schweiz. Privatrecht III, S. 325; vergl. auch IV, S. 732, Nr. 58; Zachariae-Crome, Franz. Civilrecht I, S. 511 und 546 fg.), wird als Miteigentum erklärt, z. B. v. Appellationsg. v. Baselstadt in seinem Verwaltungsbericht v. 1886, S. 6; Mainzer Bauordnung, bei Roth, a. a. O., S. 65 f., N. 69. Der Einkauf als „contractus sui generis" vom Franz. Kassationshof bei Dalloz 64, I, 87, ähnlich vom Deutsch. Reichsg. Bd II, S. 364, vergl. auch Bd IV, S. 343 und Zachariae-Crome, a. a. O., S. 547. „Eine Art Enteignungsrecht im nachbarlichen Privatinteresse." 3. Das Wiederkaufsrecht des franz. Rechts, nach Zachariae-Crome, a. a. O., II, S. 503, Anm. 1 und 504. Anm. 10: „ius personale in rem scriptum."

[2]) Regelsberger, Rechtsgutachten in der Rekurssache der G. B. gegen den Bund. Basel, 1898, S. 1, Anm. 1.

für vereinbar hält.[1]) Ein dingliches Recht nur dann,[2]) wenn das Kriterium der Dinglichkeit nicht in einem Herrschaftsverhältnisse über die Sache liegt, was freilich auch für die moderne Hypothek in Frage kommt.[3])

Anerkennt man weder ein Forderungsrecht mit Wirksamkeit gegenüber Dritten, noch ein dingliches Recht ohne Herrschaftsverhältnis zur Sache, so bleibt nur folgende Alternative übrig:

Entweder man rezipiert die Auffassung Labands resp. Gerbers vom Retraktrechte,[4]) wonach dem Berechtigten „durch privilegierenden Rechtssatz ein persönlicher Anspruch geschaffen wird, dessen Inhalt sich mit keinem sonstigen Privatrechte genau deckt.“ Oder man anerkennt eine Kombination von persönlichem und dinglichem Recht,[5]) die freilich als begrifflich unmöglich angefochten ist.[6])

Ein positives Resultat liegt immerhin darin, dass diese Uneinigkeit der Theorie auf dem ganzen Gebiete der dinglichen Erwerbsrechte auch für dasjenige des Staates den Rechtsquellen gegenüber zur Vorsicht mahnen muss.[7]) Sonst wird

---

[1]) Litteratur bei Stobbe, a. a. O., S. 143 N. 11.

[2]) So nach Heusler, Instit. d. D. Privatr. II S. 62 und Entsch. des Deutsch. Reichsg., Bd IV S. 234 und Bd XVI S. 157.

[3]) Vergl. Schwind, a. a. O., S. 200 fg.

[4]) Laband, Archiv für civ. Praxis, Bd 52 S. 184 und 189. Gerber, Deutsches Privatrecht, S. 324; auch Roth, a. a. O., II S. 188; dagegen Meibom, Jen. Litteraturzeitg. 1875, S. 282.

[5]) Etwa in Anlehnung an die Erklärung der Grundschuld bei Hartmann: Die Obligation, S. 135 fg., vergl. auch Brunner, Archiv f. civ. Praxis, Bd 79 S. 89.

[6]) Laband, a. a. O., vergl. auch S. 189 N. 57 hinsichtlich des Rechtes auf den Notweg. Die Auffassung als Mit- oder Gesamteigentum ist für das Retraktrecht allseitig aufgegeben. Stobbe, a. a. O., S. 138 N. 1.

[7]) Namentlich hinsichtlich des Einflusses auf dingliche Rechte an fremder Sache, wie schon der Vergleich der in N. 1 Seite 15 hievor angeführten Fälle unter einander ergiebt. Absolute dingliche Wirkung hat das Einkaufsrecht des Nachbars; nur gegenüber Pfandrechten und Servituten, aber nicht dinglichen Pachtverträgen das Wiederkaufsrecht des code civil (Zachariae-Crome, II., a. a. O., S. 506). Beim Retraktrechte wird in der Regel der gute Glaube des Dritten geschützt (Stobbe, a. a. O., S. 149 und Gerber, a. a. O., S. 326 N. 12). Aehnlich beim Rückforderungsrechte des Expropriaten.

auf Grund einer zufälligen zumal schon sprachlich unpräzisen Ausdrucksweise, wie des Wortes „Rückkauf“ eine juristische Konstruktion in sie hineingetragen, die ihnen selbst völlig fern liegt.

Aus der Silbe „Kauf“ allein ein rein obligatorisches Recht abzuleiten, ist aber um so weniger zulässig, als das französische Recht den Wieder- und Rückkauf „rachat“ nennt. Und doch bildet möglicherweise gerade sein dingliches Wiederkaufsrecht die Ursache für die gleiche Benennung des staatlichen Rechtes an Eisenbahnen, resp. seine Uebersetzung als „Rückkaufsrecht.“ Jedenfalls hat weder die Verkehrs- noch die Rechtssprache eine technische Bezeichnung für dingliche Erwerbsrechte ausgebildet.

II. Andererseits folgt aus der expropriationsartigen Wirkung noch keineswegs, dass das Rückkaufsrecht überhaupt nicht dem Privat- sondern dem öffentlichen Rechte angehört, obschon auch diese Ansicht und zwar mit einer doppelten Begründung vertreten wird.

Nach Meyer[1]) beispielsweise ist jeder Staat zur „Verstaatlichung“ der Bahnen in seinem Gebiete auch ohne Vorbehalt in Gesetz oder Konzession schon Kraft seiner Eisenbahnhoheit berechtigt. Nach Regelsberger[2]) dagegen gehört wenigstens das ausdrücklich vorbehaltene Rückkaufsrecht dem öffentlichen Rechte an.

Da aber die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht nicht in abstrakter Weise, sondern für jeden Staat nur an Hand seines positiven Rechtes bestimmt werden kann,[3]) auch an den Eisenbahnen also durchweg wohlerworbene Privatrechte entstanden sind, soweit sie der Staat nicht ausdrück-

---

[1]) Lehrbuch des Verwaltungsrechts I S. 501 und staatsrechtliches Gutachten auf S. 2 f. der in Note 1 Seite 7 hievor cit. Denkschrift von Laband.

[2]) Gutachten, a. a. O., S. 1 Anmerk. und S. 5. — Zweifelhaft auch Huber, zwei Gutachten S. 18 f.

[3]) Vergl. z. B. Gareis, Allgem. Staatsrecht, S. 12, Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 158 f. und 191 f.

lich ausgeschlossen hat,[1]) kann diese Frage ausschliesslich auf Grund des Schweizerischen Staatsrechts entschieden werden.

Nun stellt Artikel 27 des cit. Bundesgesetzes im Gegensatze zum preussischen Rechte, wo der Staat laut Gesetz nach 30 Jahren gegen Auszahlung des durchschnittlichen 25-fachen Betrages der Jahresdividende der letzten fünf Jahre die Abtretung jeder Eisenbahn verlangen kann,[2]) nur das allgemeine Prinzip auf, dass in den Konzessionen ein Rückkaufsrecht des Staates vorbehalten werden soll. Dagegen sind alle essentialia des Rückkaufsgeschäftes, wie Fristen, sonstige Bedingungen und namentlich die Höhe der Entschädigung ausschliesslich der Festsetzung im einzelnen Falle überlassen. Ohne eine solche kann also ein Rückkauf wider Willen der Bahn nicht erfolgen, somit auch dem Bunde kein allgemeines öffentliches Rückkaufsrecht, resp. kein spezielles Expropriationsrecht an Eisenbahnen zuerkannt werden.

Eben darum vermag ihm aber auch die Rückkaufsklausel im konkreten Falle kein öffentliches Recht zu verschaffen.

Denn da im allgemeinen — was keines Beweises bedarf — der privatrechtliche Eigentümer einer Sache öffentliche Rechte an derselben Dritten nicht einzuräumen vermag, könnte das staatliche Rückkaufsrecht nur dann ein öffentliches sein, wenn es entweder nicht aus dem Eigentum des Konzessionärs abgeleitet wäre, oder wenn die Sonderstellung des Staates als Erwerbers eine Ausnahme bedingen würde. Weder das eine noch das andere ist aber der Fall.

Dass das staatliche Recht auf Abtretung eines Privatrechtes, nicht etwa auf Vorbehalt eines Hoheitsrechtes beruht, wird auch damit nicht widerlegt, dass die Rückkaufsklausel integrierenden Bestandteil der Konzession bildet, faktisch also der Konzessionär die letztere ohne Abschluss des Rückkaufsvertrages nicht erhält.

---

[1]) So namentlich Laband, in der cit. Denkschrift. Für das schweiz. Recht speziell: v. Salis, Rechtsgutachten über die Genehmigung der Statuten der E. G. durch den Bund, S. 20 fg.

[2]) Endemann, a. a. O., S. 288.

Denn rechtlich kann der Staat trotzdem im Gegensatze zu andern lediglich reservierten Rechten dasjenige auf Erwerb des Vermögens des Konzessionärs nicht vorbehalten, sondern nur durch Vertrag erwerben, weil ihm an Eisenbahnen so wenig als an anderen konzessionspflichtigen Gewerben oder Sachen mit öffentlicher Zweckbestimmung schon vorher ein gesetzlicher Anspruch zusteht.

Dass ferner trotz der Beiteiligung des Staates als Gegenpartei nur ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt, folgt schon aus demselben Argumente, welchem beim Streite um die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession gegenüber der reinen Vertragstheorie entscheidende Bedeutung beigelegt wurde, dass nämlich für einen Vertrag im Rechtssinne beide Kontrahenten sich in gleicher rechtlicher Stellung befinden müssen. [1])

Kann also der Staat einen Anspruch vermögensrechtlicher Natur nur durch Vertrag mit einer Privatperson erwerben, so vermag er nur als Fiscus, nicht als staats- oder völkerrechtliche Person, also lediglich auf dem Boden des Privatrechts zu kontrahieren. [2])

Endlich wäre aber auch die nachträgliche, einseitige Umwandlung des erworbenen Privatrechts in ein öffentliches Recht durch den Staat unmöglich, weil sie mit Rechten Dritter kollidieren, also nur durch Gesetz, nicht etwa schon auf dem Verwaltungswege durchgeführt werden könnte.[3]) Denn jedenfalls würden Rechte des Konzessionärs damit verletzt, welcher auch dem Staate gegenüber keineswegs auf das Privatrecht und seinen ordentlichen Richter verzichten wollte.

Demnach ist das Rückkaufsrecht des Bundes nach schweizerischem Staatsrecht ein Privat- und kein öffentliches Recht, weder ein allgemeines noch ein spezielles im Umfange seines Vorbehaltes in den einzelnen Konzessionen.

Uebrigens würde die praktische Bedeutung des Gegenteils weniger Dritte, z. B. Gläubiger des Konzessionärs treffen

---

[1]) Heusler, a. a. O., S. 8 f. und Seiler, a. a. O., S. 27.

[2]) Vergl. auch Laband, das Staatsrecht d. Deutschen Reichs, Bd I S. 687.

[3]) Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 31 und 140.

(weil ihnen gegenüber wenigstens ein Privatrecht mit absoluter dinglicher Wirkung ohnehin dieselben Rechtsfolgen bedingt), als den Konzessionär selbst. Denn dann wäre der Staat, z. B. hinsichtlich der Exekution gegenüber einer renitenten Bahn, nicht an den vom Civilrechte vorgeschriebenen Rechtsweg gebunden, sondern könnte seine Hoheitsrechte, wie Entzug der Konzession etc. auch in seinem fiskalischen Interesse als Käufer verwerten.[1])

II.

Die Rechtsstellung der Obligationäre zu den Eisenbahngesellschaften auf Grund ihres Vertragsverhältnisses.

Da die Eisenbahnanleihen mit dem Eisenbahnbetriebe rechtlich nicht enger zusammenhängen als im allgemeinen Darlehen oder öffentliche Anleihen mit demjenigen Gewerbe, für dessen Betrieb oder Erweiterung sie bestimmt sind, kann das Resultat der bundesrätlichen Experten nicht überraschen, wonach der Rückkauf die beidseitigen Kündigungsbedingungen nicht modifiziert.[2])

Zwar bedingt der Rückkauf die Einstellung des Gewerbes der Privatgesellschaften, aber auch das einem Einzelkaufmann im Hinblick auf sein Geschäft bewilligte Darlehen gilt im Zweifel als ihm persönlich creditiert und wird darum mit der Aufgabe jenes an sich weder fällig noch kündbar.

Freilich kann das Gegenteil ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, ohne dass aber hier eine Präsumtion in diesem Sinne zulässig wäre. Das folgt zwar weniger aus den von Laband angeführten Gründen[3]) als aus der speziell für Darlehensverträge aufgestellten Regel von freilich fraglicher Billigkeit, dass die Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schuldners, — und darin würde doch für die Gläubiger vornehmlich die Bedeutung der Einstellung des

---

[1]) Regelsberger, a. a. O., S. 5 und Endemann, a. a. O., S. 281.

[2]) Auch Oberer, S. 76 fg.

[3]) Zwei Gutachten, S. 35.

produktiven Gewerbes liegen, — nicht als stillschweigend vereinbarter Kündigungsgrund gelten soll.[1])

Allerdings führt die Verstaatlichung ausserdem die Auflösung der Privatgesellschaften herbei, aber auch bei andern Aktiengesellschaften wird die Aufgabe des Geschäftes häufig und sogar normalerweise dieselbe Folge haben, ohne dass deshalb aktienrechtlich diesem Auflösungsgrunde eine besondere Wirkung gegenüber Dritten zugeschrieben wird.[2])

Endlich vermag auch die weitere Thatsache, dass der Bahnbetrieb vom Bunde in seiner Gesamtheit übernommen und weitergeführt wird, keinerlei Modifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien zu rechtfertigen. Namentlich nicht im Sinne einer die Privatgesellschaften liberierenden Schuldübernahme durch den Bund.

Das träfe auch dann nicht zu, wenn entgegen dem bundesgerichtlichen Entscheide[3]) der Käufer seinem Verkäufer gegenüber zur Uebernahme der Passiven mit den Aktiven verpflichtet wäre.[4]) Denn trotzdem müssten die Gläubiger, welche einem bestimmten Schuldner und nicht dem jeweiligen Gewerbeinhaber kreditiert haben, sich keineswegs einen Schuldnerwechsel gefallen lassen.

Ebensowenig vermag aber die Befugnis des Pfandschuldners zur Veräusserung des Pfandobjektes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das weitere Recht gegenüber dem Gläubiger zu begründen, ihm wider Willen den neuen Pfandeigentümer als Alleinschuldner aufzunötigen.

Schon die Streitfrage, ob die Eisenbahnhypothek rechtlich überhaupt ein Pfandrecht und nicht lediglich ein Generalprivileg darstellt,[5]) beweist aber zur Genüge, dass es sich

---

[1]) Litteraturangaben bei Cohn, in Endemanns Hdb., Bd III S. 852 N. 147.

[2]) Präjudicien bei Ring, Kommentar zum Reichsg. betr. Kommanditg. auf Aktien und Aktiengesellschaften, S. 675.

[3]) Bundesger. E., a. a. O. und Bd XXV, II. Teil, S. 693 fg., dazu die abweichenden Ausführungen in der cit. Denkschrift von Laband, S. 20 fg.

[4]) Anders wohl Huber, zwei Gutachten, S. 3 f.

[5]) Roguin in den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins v. 1897, S. 31 fg.

keinesfalls um eine Grundschuld oder Gült ohne persönliche Haftung des Schuldners, noch weniger allerdings um eine Reallast handeln kann.[1])

Demnach bedarf lediglich die dingliche Wirkung des Rückkaufsrechtes einer speziellen Untersuchung hinsichtlich des Einflusses auf das Vertragsverhältnis.

I. Kündigungsrecht auf Seite des Schuldners.

Dass beim Darlehen als Kapitalanlage, namentlich also beim öffentlichen Anleihen der Fälligkeitstermin nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern auch des Gläubigers stipuliert ist, wird allseitig anerkannt.[2]) Dies selbst dann, wenn die Zinsfussverhältnisse sich nachträglich dergestalt ändern, dass nunmehr die vorzeitige Rückzahlung wirtschaftlich als Vorteil des Gläubigers erscheinen kann. Denn die bei der Begründung des Vertragsverhältnisses und daher auch für seine Beurteilung in der Folge massgebende Thatsache wird damit keineswegs beseitigt, dass dem Gläubiger ein Recht auf die Beobachtung der vertraglichen Kündigungstermine erwachsen ist.[3])

Ebensowenig berechtigt aber der Rückkauf den Schuldner etwa aus dem Grunde zu einer Kündigung, dass er die Ausübung des Rechtes des Staates und den ihm daraus erwachsenden Verlust nicht mit Bestimmtheit voraussehen konnte, wenn er die Pfandgläubiger für vorzeitige Rückzahlung entschädigen muss oder den seinerseits geschuldeten Zins aus dem gerichtlich hinterlegten Gegenwerte der Anleihen nicht herausschlagen kann.

Denn da der Rückkauf im Gegensatze zu der an keine bestimmten Termine gebundenen Expropriation keineswegs ausserhalb der Berechnung der Bahngesellschaften stand, haben sie aus eigener Schuld die Konsequenzen zu tragen,

---

[1]) Huber, a. a. O., S. 11 fg.

[2]) Cohn, a. a. O., S. 852 N. 149; Bundesg. Entsch., Bd VI S. 290 fg. Bd XIV, 58 Erw. 5.

[3]) Schey, die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts, Bd I, I. Heft, S. 103 N. 21.

wenn sie sich kein entsprechendes Kündigungsrecht vorbehielten.

Somit kann dem Schuldner nur in dem einen Falle das Recht vorzeitiger Tilgung zuerkannt werden, wenn das kantonale Recht ein solches verlieh, unter dessen Herrschaft das Anleihen aufgenommen wurde. [1])

II. Kündigungsrecht auf Seite des Gläubigers.

1. Für die nicht pfandgedeckten Gläubiger im allgemeinen ist nach dem oben Gesagten ein rechtlicher Einfluss des Rückkaufs auf ihr Kündigungsrecht ohne Weiteres zu verneinen. Ebenso aber auch für diejenigen unter ihnen, welche vom Schuldner das Recht auf Nichtherausgabe besser gestellter Schuldtitel als der ihrigen erworben haben. Denn in Ermanglung dinglicher Bindung einzelner Vermögensstücke wird dem Verbot jedenfalls solange genügt, als der Schuldner überhaupt keinerlei Vorzugsrechte an seinem Vermögen schafft.

Weil ausserdem nur die Aufnahme besser, nicht gleichgestellter Anleihen in beliebigem Betrage untersagt ist, dem Schuldner also die willkürliche Veränderung des Verhältnisses der Aktiven zu den Passiven auch rechtlich freisteht, kann selbst daraus kein Kündigungsgrund abgeleitet werden, dass der Rückkaufspreis hinter dem vollen Werte des Rückkaufsobjektes zurückbleiben, das Exekutionsobjekt somit zu Ungunsten der Gläubiger vermindern wird.

Schliesslich ist auch der weitere Umstand irrelevant, dass der Bund als Käufer ein bisher dergestalt gebundenes Eisenbahnnetz mit Pfandrechten belasten kann. Denn weil den Kreditoren ohnehin am Vermögen des Käufers keinerlei Rechte zustehen, ist es für sie gleichgültig, was damit geschieht. [2])

2. Den pfandgesicherten Gläubigern dagegen erwächst im Sinne der hier vertretenen Auffassung zweifellos aus dem Untergange ihrer Pfandrechte ein sofortiges Recht auf Kün-

---

[1]) Oberer, a. a. O., S. 76.

[2]) Unrichtig also Huber, S. 18, ganz abgesehen vom Schicksal der Pfandrechte.

digung, auch wenn der Gegenwert ihrer Guthaben gemäss O. R. Artikel 667 gerichtlich hinterlegt oder in durchaus unanfechtbarer Weise sichergestellt wird.

Denn dem Pfandgläubiger, welcher ein bestimmtes Objekt belehnt hat, kann wider Willen ebensowenig als ein anderes Unterpfand eine ungedeckte Forderung selbst von unanfechtbarer Güte aufgenötigt werden.

Wird auch im Falle der Expropriation etwa die gegenteilige Behauptung aufgestellt, dass der Schuldner durch Angebot eines mit dem enteigneten gleichwertigen Unterpfandes sich den vertraglichen Fälligkeitstermin wahren kann,[1]) so muss schon im allgemeinen die Richtigkeit dieser auf einseitige Billigkeitsrücksichten gegründeten Ansicht fraglich erscheinen. Jedenfalls trifft sie aber für den konzessionsgemässen Rückkauf aus dem bereits erwähnten Grunde keinesfalls zu, dass der Schuldner den Termin des Unterganges der Pfandrechte genau berechnen, also nicht unverschuldet in eine Zwangslage ähnlich derjenigen des Expropriaten gelangen konnte.

Aus demselben Grunde ist auch der Gläubiger nicht allein zur Rückforderung seines Guthabens berechtigt, sondern ausserdem zum Verlangen einer Entschädigung für den Vertragsbruch des Schuldners. Freilich nicht der Erfüllung des Vertrages, also Auszahlung der Darlehensvaluta und aller Zinsen bis zum vertraglichen Fälligkeitstermine, sondern lediglich einer Schadenersatzsumme für den vorzeitigen Verlust seiner Kapitalanlage.[2])

Dass der Schuldner seinerseits dem Gläubiger vorzeitige Rückzahlung, wenn überhaupt, so nur unter Angebot von Kapital und Zins bis zum Fälligkeitstermine aufnötigen kann,[3]) ändert daran nichts. Denn das Recht des Schuldners auf Liberierung bemisst sich ausschliesslich nach dem Umfange seiner Schuld, der Schadenersatzanspruch des Gläubigers aber ausschliesslich nach demjenigen seines Schadens.

---

[1]) Grünhut, a. a. O., S. 137.

[2]) Bundesg. Entsch. Bd XVI S. 377 f., auch Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 386 fg.

[3]) Cohn, a. a. O., S. 852 N. 149.

Somit wird die Höhe der Entschädigung von den thatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falls, prinzipiell vom Betrage desjenigen Agio abhängen, das zur Beschaffung einer Kapitalanlage von gleicher Sicherheit und Rentabilität am Tage der Rückzahlung erforderlich ist. Dies umsomehr, als die Rücksicht auf das Schuldmoment im Sinne von O. R. Artikel 116 in diesem Falle wenig Einfluss auszuüben vermag. [1]) Dagegen wäre die Verweigerung jeglicher Entschädigung, etwa weil die Obligationäre ebensowohl als ihr Schuldner die Rechtsfolgen des Rückkaufs voraussehen konnten, völlig unbegründet. Denn der Gläubiger ist keineswegs verpflichtet, die Fähigkeit des Schuldners zur Erfüllung eines zumal von ihm selbst proponierten Vertrages zu prüfen, sondern darf ausschliesslich mit der gesetzlichen Regel rechnen, dass der Vertrag erfüllt oder im Falle schuldhafter Nichterfüllung volle Entschädigung geleistet werden muss. [2])

Würde allerdings der Bund die bestehenden Pfandrechte freiwillig übernehmen, resp. neu bestellen, so wäre damit das Recht der Obligationäre sowohl auf Kündigung als auch Schadenersatz ausgeschlossen, da die Gefahr einer Deteriorierung des Pfandobjektes kaum anzuerkennen ist.

Ob aber dieser Vorteil allein genügt, um die Bahngesellschaften zum Abschlusse der von den bundesrätlichen Experten vorgeschlagenen Vereinbarung mit dem Bunde zu bewegen, wird von der weiteren Frage abhängen, ob die Auflösung der Aktiengesellschaften nicht ohnehin gleich lästige Pflichten für sie bedingt wie die Entschädigung der Pfandgläubiger für vorzeitige Rückzahlung. Dies um so mehr als der voraussichtlichen Zinsfussverhältnisse wegen ein Schaden der Gläubiger überhaupt kaum eintreten wird, wenigstens nicht bei den wieder verzinslichen Anleihen.

---

[1]) Vergl. die in N. 2 Seite 24 hievor cit. Entsch. des Bundesg.

[2]) Unrichtig also auch das von Laband, zwei Gutachten, S. 35 verwertete Argument.

III.

Die Rechtsstellung der Obligationäre zu den Eisenbahngesellschaften auf Grund Art. 667 des schweizerischen Obligationenrechts.

Da der Eisenbahnrückkauf durch den Bund thatsächlich zu einer Auflösung der Eisenbahnaktiengesellschaften führen wird, selbst wenn rechtlich noch ein Beschluss der Generalversammlung oder die Klage eines Aktionärs erforderlich wäre,[1]) kann über das aktienrechtliche Schicksal der Eisenbahnanleihen ausschliesslich Artikel 667 O. R. entscheiden,[2]) welcher folgendermasssen lautet:

„Das Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältnis ihrer Aktien verteilt.“

„Die Verteilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hiezu bestimmten öffentlichen Blättern zum dritten Male erfolgt ist.“

„Die aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlasse (rekommandierte Briefe) zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern; unterlassen sie dieses, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich zu hinterlegen. Das Letztere muss auch in Ansehung der noch schwebenden oder streitigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft geschehen, sofern nicht die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibt, oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit bestellt wird.“

„Mitglieder der Verwaltung und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind den Gläubigern persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet.“

---

[1]) Laband, S. 33; im praktischen Resultate auch Huber, S. 6.

[2]) Eine Universalsuccession kommt ganz abgesehen von den von Huber, S. 5 fg. aufgeführten Gründen schon darum nicht in Frage, weil nur das objetive Recht eine solche schaffen kann. (Heusler, Institut. d. D. Privatrechts II S. 534.)

Im Prinzipe soll also die Auflösung nicht durchgeführt, das Gesellschaftsvermögen nicht angetastet werden, bevor alle Gläubiger befriedigt sind. Während aber das frühere gemeine Recht diesen Grundsatz strikt durchführte, so dass eine Verteilung vor Ablauf der Verjährungsfrist von 30 Jahren unzulässig war,[1]) hat das O. R. in wörtlicher Uebereinstimmung mit Artikel 202 und 245 des alten deutschen Handelsgesetzbuches den Gesellschaften aus Zweckmässigkeitsgründen den Ausweg der gerichtlichen Hinterlegung oder Sicherstellung der Schuldbeträge gestattet. Da nun die Eisenbahnanleihen als betagte zu den schwebenden Verbindlichkeiten im Sinne des cit. Artikels 667 gehören,[2]) ist für das aktienrechtliche Schicksal der Obligationäre die Frage entscheidend, welchen der drei nachgenannten Wege die Eisenbahngesellschaften einschlagen werden:

1. Aussetzung der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Rückzahlung aller Anleihen,
2. Hinterlegung des Schuldbetrages bei Gericht,
3. Bestellung einer angemessenen Sicherheit.

Denn nach dem bestimmten Wortlaute des Gesetzes steht dem Schuldner, nicht etwa dem Gläubiger, die Wahl zu. Dies selbst dann, wenn die Möglichkeit sofortiger Barausweisung, wie im Falle des Eisenbahnrückkaufs, thatsächlich vorhanden ist.[3])

I. Aussetzung der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Rückzahlung der Anleihen.

Gilt sonst der Grundsatz, dass nur das Grund- oder Aktienkapital im Interesse der Gläubiger als Minimalgarantiefonds intakt zu halten ist,[4]) so wird für den Fall der Auflösung die schärfere Bestimmung aufgestellt, dass das gesamte Gesellschaftsvermögen bis zur Befriedigung der Kreditoren nicht angetastet werden darf, beispielsweise also auch ein vom

[1]) Renaud, das Recht der A. G., S. 268.
[2]) Litteratur bei Laband, S. 37 N. 1.
[3]) Renaud, a. a. O., S. 876.
[4]) Lehmann, das Recht der A. G., S. 160.

Gesetze nicht vorgeschriebener Reservefonds. Und mit Recht, denn der Aktionär hat nur Anspruch auf seine Quote am Reinvermögen. Die Rückforderung bereits verteilter Beträge durch die Gesellschaftsgläubiger wäre aber jedenfalls praktisch ein sehr prekärer Notbehelf, auch wenn er rechtlich nicht von vornherein am guten Glauben des Empfängers scheitern sollte. [1])

Freilich ist mit dem Verbote der Verteilung durch Artikel 667 nur der nächstliegende Fall einer gesetzeswidrigen Auskehrung von Gesellschaftsvermögen genannt. Denn jeder andere, z. B. die statutengemässe Zuwendung des Liquidationserlöses an eine gemeinnützige Anstalt, [2]) würde dem Grundgedanken des Gesetzes in gleicher Weise widersprechen, wonach das Gesellschaftsvermögen dem Griffe der Gläubiger erst nach ihrer vollständigen Befriedigung resp. Deckung und nach Ablauf des Sperrjahres entzogen werden darf.

Aus dem im Gesetze erwähnten Spezialfall muss also in der That die allgemeine Regel etwa in der Fassung von Wiener abstrahiert werden: [3])

„Der Verteilung gleichsteht jede Beseitigung des Vermögens vor der Schuldendeckung, im Gegensatze zu welcher es erhalten werden soll als Sondermasse für den ausschliesslichen Zugriff der Gesellschaftsgläubiger und behalten von der bisherigen Gesellschaft als Eigentümerin.“

Daraus ergiebt sich aber für den Fall des konzessionsgemässen Rückkaufs, dass die Eisenbahngesellschaften diesen Weg der Behandlung der Anleihen eventuell schon rechtlich gar nicht wählen können, obschon ihn die bundesrätlichen Experten nur seiner praktischen Unzuträglichkeiten wegen bei Seite lassen, Laband beispielsweise behauptet, dass er zu rechtlichen Erörterungen keinen Anlass gebe.

---

[1]) So Hafner, O. R. N. 7 zu Art. 667; Schneider und Fick, Kommentar S. 756. Dagegen Staub, Kommentar zum D. H. G. B., S. 637; Ring, a. a. O., S. 673 und 408 f.; auch Behrend, Lehrb. des H. R., S. 932 N. 37.

[2]) Staub, a. a. O., S. 634; auch Ring, a. a. O., S. 673.

[3]) Ztsch. f. Handelsrecht, 27. Bd S. 343 f.

Freilich verbietet das gesetzlich vorgeschriebene Sperrjahr weder den sofortigen Beginn noch die Durchführung der Liquidation durch einen Pauschalverkauf des gesamten Aktivvermögens, sofern nur der Erlös nicht vorzeitig und ohne Befriedigung der Gläubiger verteilt wird.

Beim Eisenbahnrückkauf durch den Bund handelt es sich aber weder um eine derartige Pauschalliquidation, deren Erlös nach Ansicht des Schuldners wenigstens der veräusserten Bahnanlage gleichwertig wäre, noch um einen Expropriationsfall, wo die Fiktion der Entschädigung des vollen Wertes einen einfachen Ersatz rechtfertigen würde. Vielmehr entspricht die Höhe des Rückkaufspreises weder nach der Meinung der Parteien noch nach der Schätzung des Sachwertes durch einen Dritten dem objektiven Werte des Rückkaufsobjektes am Tage seiner Veräusserung.

Somit wird die Abtretung an den Bund nur dann keine unzulässige Auskehrung von Gesellschaftsvermögen bedingen, wenn zufällig die nach der Rendite oder den erstmaligen Anlagekosten bemessene Entschädigung den objektiven Wert des Rückkaufsobjektes erreichen oder übertreffen sollte. Selbstverständlich kann diese Frage nur für jeden einzelnen Fall — und zwar ausschliesslich vom ordentlichen Richter zwischen Obligationär und Eisenbahngesellschaft — rechtskräftig entschieden werden. Immerhin lässt die übereinstimmende Auffassung aller beteiligten Kreise[1]) über den vollen Wert derjenigen Bahnen, deren Rückkauf bereits angekündigt ist, kein günstiges Resultat für die Gesellschaften erwarten.

Wäre also das frühere gemeine Recht massgebend, oder würde unter der Herrschaft des O. R. der Rest des Vermögens dem Schuldner den Ausweg der gerichtlichen Hinterlegung oder Bestellung angemessener Sicherheit nicht gestatten,[2]) so

[1]) Auch der Bundesbehörden, welche schon der Kostspieligkeit wegen den Weg der Enteignung verwarfen und bei den frühern Verhandlungen über einen freihändigen Ankauf von einer weit höhern Preisbasis ausgingen. (Rückkaufsbotschaft, a. a. O., S. 272 und Expertengutachten dazu, S. 902.)

[2]) Was namentlich bei Versicherungsgesellschaften oft zutrifft. Renaud, a. a. O., S. 876 und Wiener, a. a. O., S. 351.

könnten die Gläubiger nicht nur sofortige Befriedigung verlangen, sondern ausserdem das ganze Gesellschaftsvermögen ungeachtet der Ansprüche Dritter bis zur Deckung ihrer Forderungen und Schadenersatzansprüche mit Arrest belegen. Denn diese dem Gesetze direkt widersprechende Sachlage würde sie selbstverständlich zur sofortigen Lösung ihres Kreditverhältnisses berechtigen.

Dem dinglichen Rückkaufsrechte des Bundes gegenüber muss freilich dieses Rechtsmittel schon rechtlich versagen. Faktisch auch denjenigen Bahnen gegenüber, deren Rückkauf bisher beschlossen ist, da ihnen die Sicherstellung oder doch die gerichtliche Hinterlage des Gegenwertes der Anleihen thatsächlich möglich sein wird.

Immerhin kommt dem bisherigen Resultate auch ihnen gegenüber die praktische Bedeutung zu, dass die Obligationäre schon auf den Tag des Rückkaufs Befriedigung oder Deckung verlangen und nicht durch einstweilige Aussetzung der Verteilung des Rückkaufspreises an beiden verhindert werden können,[1]) sofern derselbe wenigstens den vollen Wert des Rückkaufsobjektes nicht deckt.

Da ferner die persönliche Haftung der Liquidatoren und Mitglieder der Verwaltung trotz des Rückkaufs bestehen bleibt, werden diese im Interesse ihrer Entlastung gut daran thun, den Auflösungsbeschluss so frühzeitig zu veranlassen, dass am Rückkaufstermine das Sperrjahr bereits abgelaufen und für Befriedigung oder unanfechtbare Deckung der Gläubiger Sorge getragen ist.[2])

II. Gerichtliche Hinterlegung des Schuldbetrages.

I. Dieser zweite Weg der Behandlung der Anleihen steht dagegen den Bahngesellschaften nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch insofern ohne weiteres offen, als der Rückkaufspreis vom Bunde in bar zu entrichten ist.

---

[1]) Unrichtig also Huber, S. 21.

[2]) Behrend, a. a. O., S. 931 anerkennt ein Klagerecht der Gläubiger schon vor Ablauf des Sperrjahres; vergl. auch Ring, a. a. O., S. 674.

Weil ausserdem die bisherigen Pfandrechte ipso iure untergehen oder doch jederzeit vom Bunde gelöscht werden können, wäre auch ihretwegen ein Abzug an der geschuldeten Entschädigung unzulässig.[1])

Trotzdem freilich werden die Bahngesellschaften aus praktischen Gründen anderer Natur den Ausweg der gerichtlichen Hinterlage nur im Notfalle wählen, wenigstens für die erst längere Zeit nach dem Rückkaufstermine fällig werdenden Anleihen. Erfordert er doch nicht etwa nur das Depot eines Kapitals in der Höhe des Pariwertes des Anleihens plus einem Zuschusse, der zusammen mit dem Depositenzinse der Gerichtsstelle dem Gesamtbetrage aller Zinscoupons entspricht,[2]) sondern dasjenige der ganzen Schuld an Kapital und Zins. Bei einem fünfprozentigen, erst 20 Jahre nach dem Rückkaufstermine fälligen Anleihen beispielsweise, wäre die Hinterlage des doppelten Paribetrages notwendig.

Denn da die Auflösung der Aktiengesellschaft an den schwebenden Verbindlichkeiten nichts ändert, in diesem Zeitpunkte also nur die Rückzahlung des gesamten bis zum Endtermine geschuldeten Kapital- und Zinsbetrages den Schuldner liberieren könnte,[3]) muss auch das gerichtliche Depot diesem Umfange entsprechen.[4])

II. Viel wichtiger als die Frage nach dem Betrage ist aber diejenige nach den Eigentumsverhältnissen an dem gerichtlichen Depot. Zwar weniger für seine eigenen praktischen Folgen, als für diejenigen des Begriffes der „angemessenen Sicherheit," welchen der cit. Art. 667 jenem rechtlich gleichstellt.

Aus der behaupteten Thatsache nämlich, dass der Fiskus Eigentümer des gerichtlichen Depots wird, zieht Laband unter Berufung auf ein Urteil des Oberlandesgerichts von

---

[1]) Unrichtig also die von Huber geteilte Auffassung der Bundesbehörden, zwei Gutachten, S. 22.

[2]) Wie Laband, S. 43 anzunehmen scheint.

[3]) Vergl. oben Anm. 3 Seite 24.

[4]) Der Depositenzins fällt allerdings ausschliesslich wieder dem Schuldner zu.

Köln den Schluss, dass darum schon die Garantie des Bundes als „angemessene Sicherheit“ gelten müsse, weil auch im Falle der gerichtlichen Hinterlage die Solvenz des Fiskus die einzige Garantie der Obligationäre bilde.

Während aber jenes Präjudiz sich damit begnügt,[1]) auf die §§ 7 und 8 der preussischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 abzustellen, welche ausdrücklich den Uebergang des hinterlegten Geldes in das Eigentum des Staates verfügt, scheint Laband dasselbe Resultat für die in Art. 667 O. R. erwähnte Hinterlage bei Gericht schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu folgern.[2])

Denn dieses Depot gehöre in die Kategorie der Hinterlegung als Zahlungssurrogates und nicht in diejenige zum Zwecke einfacher Sicherstellung. Ferner sei der Schuldner in diesem Falle im Gegensatze zu demjenigen des Annahmeverzuges des Gläubigers zum Depot verpflichtet, und auch zu seiner beliebigen Wiederaufhebung nicht berechtigt. Somit werde er endgültig liberiert und der Staat als Eigentümer des Geldes an seiner Stelle Schuldner des Gläubigers.

Demnach hängt die Richtigkeit des der gerichtlichen Hinterlage entnommenen Argumentes von der doppelten Frage ab, erstens ob jedes Depot gemäss Art. 667 O. R. und zweitens, ob doch wenigstens hinterlegtes Geld in das Eigentum des Fiskus übergeht.

1. Die erstgenannte Frage kann freilich ohne weiteres, wohl auch im Sinne Labands, verneint werden.

Allerdings liegt ein Fall der Hinterlegung als Zahlungssurrogates und nicht zum Zwecke einfacher Sicherstellung vor,[3]) da ganz abgesehen von den Gründen Labands das

---

[1]) Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der Rheinprovinz N. F. 67. Bd S. 69 mit sehr summarischer Begründung. Der preussische Gesetzesentwurf v. 1879 dagegen (zwei Gutachten S. 41 f.) beruft sich auch auf den materiellen Wert der Garantie des preussischen Staates, welcher hier natürlich nicht in Frage kommt.

[2]) Zwei Gutachten, S. 38 f.

[3]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 442, unterscheidet zwischen „Hinterlegung zur Schuldbefreiung“ und „Hinterlegung zur Sicherheitsleistung.“

Schuldobjekt selbst und nicht nur eine Art Kaution zu hinterlegen ist. Auch steht im Gegensatze zum Annahmeverzuge des Gläubigers, wo nur ein Schwebezustand angenommen wird, die liberierende Wirkung des Depot hier insofern ausser Zweifel, als die Aktiengesellschaft zur sofortigen Auskehrung ihres Vermögens berechtigt ist. Ob man deshalb von einer endgültigen Erfüllung oder — was wohl richtiger ist — nur von einem „der Erfüllung von dem Gesetz in der Wirkung gleichgestellten Thatbestand" sprechen will, ist aber jedenfalls für die Eigentumsverhältnisse am Depotgegenstande ohne Bedeutung.

Denn diese beurteilen sich ausschliesslich nach der für den Eigentums-, resp. Besitzesübergang vom Schuldner auf den Gläubiger entscheidenden Thatsache, welche allerdings vielfach bestritten,[1]) insofern aber ausser Frage ist, als erst das Eigentum des Gläubigers, nicht etwa ein solches des Fiskus ad interim dasjenige des Schuldners aufhebt.

Wird doch selbst im Falle der Hinterlegung des Betrages einer fälligen Schuld, nachdem ein gesetzlicher Grund das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen, der Gläubiger also jederzeit das Recht freier Verfügung hat, nur ein ipso iure Eigentumsübergang auf den Gläubiger[2]) oder der Fortbestand des Eigentums des Schuldners,[3]) aber niemals seine Uebertragung auf den Fiskus angenommen.

Somit kann für Gelddepositen, falls das Gegenteil zutrifft, die Ursache nur in der Sondernatur des Depotgegenstandes, d. h. in seiner Fungibilität, aber nicht in der liberierenden Wirkung der Uebergabe an die Hinterlegungsstelle liegen.[4])

---

[1]) Czyhlarz, in Grünhuts Ztsch. Bd 6 S. 666.

[2]) z. B. von Hellwig, a. a. O., S. 455.

[3]) Namentlich von Kohler, Annahme- und Ausnahmeverzug, Jahrb. f. Dogm. Bd 17 S. 354 f.

[4]) Auch für Gelddepositen ist natürlich die Streitfrage gleichgültig, ob die Empfangnahme von Depots auf einer öffentlich-rechtlichen Pflicht der Gerichtsstelle, oder auf einem Verwahrungsvertrag beruht. Denn auch im letztern Falle wäre damit noch keineswegs ein „depositum irregulare" nachgewiesen, sondern die entscheidende Frage nur dahin umgestellt: genügt der

2. Nun bezweckt aber wie bei nicht vertretbaren, so auch bei fungibeln Sachen die gerichtliche Hinterlage nichts anderes als die sichere Verwahrung des Depotgegenstandes, nicht allein im Hinblick auf die ihm vom Schuldner, sondern auch von Seite Dritter möglicherweise drohenden Gefahren. Freilich ist der gesetzlichen Fungibilität des Geldes wegen der Schuldner nur zur Deposition in genere, nicht in specie verpflichtet. Daraus folgt aber noch keineswegs das weitere Recht, auf den dinglichen Rechtsschutz überhaupt verzichten und die Depositengelder dem Fiskus zur beliebigen Verwendung kreditieren zu dürfen. Vielmehr „entspricht der Eigenschaft der Fungibilität nur der Mangel des Interesses an der species.“ [1])

Ist aber der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber auch bei Fungibilien nicht berechtigt, eigenmächtig das Hinterlegungs- in ein Darlehensverhältnis umzuwandeln, so steht ebensowenig der Gerichtsstelle dieses weitere Recht ohne spezielle gesetzliche Erlaubnis zu.

Denn weder will der Schuldner im Zweifel mehr Rechte aufgeben als nötig, mit dem faktischen Besitze also noch nicht das Eigentum, noch kann der dem Gläubiger vom Gesetze garantierte absolute Rechtsschutz durch die Gerichtsstelle eigenmächtig, auch nicht mit Konsens des Schuldners, dahin reduziert werden, dass nur noch eine bestimmungswidrige Verwendung durch den Schuldner, aber nicht auch jeden Dritten, z. B. den Fiskus ausgeschlossen ist.

Demnach vermag die Fungibilität des Depotgegenstandes nur in einer Beziehung das Rechtsverhältnis des Deponenten zur Gerichtsstelle auch wider Willen des Gläubigers zu modifizieren: nämlich durch die Verwandlung des Alleineigentums des Schuldners in ein Miteigentum an dem Gesamtbetrage der jeweiligen Gerichtsdepositen, in das sich alle Deponenten pro parte ihrer Quoten zu teilen haben.

Schuldner schon durch ein solches oder nur durch Vorbehalt von Eigentum seiner Depotpflicht? vergl. nam. Oertmann, Archiv f. civ. Praxis, Bd 79 S. 255 fg. und Litteraturangaben bei Schey, a. a. O., zweites Heft, S. 348 N. 5.

[1]) Ofner, Ztsch. f. Handelsrecht, Bd 37 S. 440.

Allerdings hat diese Art von Kollektiv- oder Summendepot in der Theorie bisher nur wenig Beachtung gefunden, weil der Unterschied zwischen kreditieren und deponieren von vertretbaren Sachen ziemlich allgemein verkannt wird. Das schliesst aber die Notwendigkeit ihrer rechtlichen Anerkennung nicht aus,[1]) wo sie thatsächlich im Verkehr ausgebildet ist.

Positivrechtlich ist übrigens gerade bei Gerichtsdepositen diese Konstruktion von Alters her mehrfach anerkannt. So in Oesterreich, wo „die gemeinschaftliche Verwahrung der gleichartigen zivilgerichtlichen Depositen" vorgeschrieben und daraus die zutreffende Konsequenz gezogen ist, dass bei zufälligem Untergang oder Minderung der Depotmasse alle Deponenten pro parte ihrer Anteile den Verlust zu tragen haben.[2])

Wenn trotzdem Czyhlarz, auf den sich auch Laband für das gemeine Recht beruft, ein depositum irregulare mit Eigentumsübergang auf den Fiskus annimmt, so liegt ein offenkundiger Trugschluss vor. Denn wenn die Gefahr nicht übergeht, liegt auch kein Eigentumswechsel, resp. kein depositum irregulare im gewöhnlichen Sinne der Rechtssprache vor. Will man trotzdem der Vertretbarkeit der hinterlegten Sache wegen von einem solchen sprechen,[3]) dann rechtfertigt diese, zumal im Gesetze selbst nicht enthaltene Bezeichnung noch keineswegs die behauptete Konsequenz.

---

[1]) Welche übrigens gerade neuerdings auch auf andern Gebieten erfolgt ist, z B.: 1. Im österreichischen Lagerhausgesetz vom 28. April 1889 (Adler, das österr. Lagerhausrecht S. 148 fg.) trotz der abfälligen Beurteilung des damit übereinstimmerden amerikanischen Rechtes durch die Doktrin (vergl. z. B. Sachs, Ztschr. f. Handelsrecht Bd XVIII S. 421, und Cohn a. a. O., S. 919 N. 132). — 2. Bei der Vorberatung des deutschen Bankdepotgesetzes, vergl. namentlich Strohal, in den Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages Bd IV S. 193 fg.; und Levy, S. 223 ebendaselbst. Unabhängig davon Schey, a. a. O., S. 383 N. 16, auch das Gutachten von Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft in Buschs Archiv, Bd XIV S. 265 f. Beistimmend Hafner, Kommentar zum O. R. Art. 484 N. 4.

[2]) Czyhlarz, a. a. O., S. 671, dazu auch Lesse in den Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins Heft 1 S. 38 f.

[3]) So z. B. Brinz, Pandekten, Bd II S. 603 N. 13.

Dass aber auch in Deutschland dieselbe Konstruktion ausserhalb Preussens gesetzlich geboten sein kann, geht schon aus dem Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch hervor, welches den Landesgesetzen nur die Vorschrift gestattet, nicht gebietet, „dass hinterlegte Gelder und Wertpapiere in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle sonst landesrechtlich bestimmten Anstalt übergehen.“ [1])

Uebrigens ergiebt diese Fassung noch den weitern Schluss, dass auch nach der Ansicht des deutschen Gesetzgebers die hier vertretene Konstruktion die normale oder doch der Eigentumsübergang auf den Fiskus nicht schon die Folge der Fungibilität des Depotgegenstandes ist. Sonst würde die Erlaubnis, das Gegenteil zu verfügen, welche für Wertpapiere selbstverständlich erforderlich ist, kaum ausdrücklich und in gleicher Weise auch für hinterlegte Gelder erteilt worden sein. [2])

Sollte aber trotzdem die Auffassung eines Kollektivdepot im Miteigentume aller Interessenten verworfen werden, so wäre auch damit die begriffliche Identität von Gelddepot bei Gericht und Staatsschuld infolge Krediterteilung noch keineswegs nachgewiesen.

Vielmehr würde sich daraus lediglich die Verpflichtung des Schuldners, resp. der Gerichtsstelle ergeben, auch hinterlegte Gelder wie jeden andern Gegenstand als species-Depot zu behandeln, so dass bei der gerichtlichen Hinterlage jeder Unterschied zwischen fungibeln und nicht vertretbaren Sachen zu leugnen wäre.

Denn das Recht, das dem Gläubiger verfangene Eigentum des Schuldners aufzuheben, modifiziert die gerichtliche Verwahrungspflicht für Gelddepositen gegenüber andern Objekten in so weitgehender Weise, dass nur ein spezielles Gesetz wie in Preussen dieses Privileg, sei es nun des Schuldners oder der Gerichtsstelle rechtfertigen kann. Dagegen sind

---

[1]) Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, II. S. 277.

[2]) So im Resultate auch Hellwig (a. a. O., 444 N. 893, vergl. auch S. 469), dem sonst Laband durchweg folgt.

die aus der Fungibilität des Depotobjektes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden Konsequenzen mit der Zulässigkeit der Verwandlung eines species-Depot des Schuldners in ein Kollektivdepot aller Deponenten erschöpft.[1])

III. Schon dieses Resultat dürfte aber hier genügen und eine spezielle Untersuchung des Rechtszustandes in der Schweiz überflüssig machen.

Denn der Begriff der gerichtlichen Hinterlegung — soweit er wenigstens zu Schlüssen für den ihm durch Artikel 667 O. R. gleichgestellten der „angemessenen Sicherheit" verwertet wird — ist ausschliesslich aus diesem Gesetze selbst zu interpretieren. Auch die zufällige Uebereinstimmung aller oder doch der Mehrzahl der kantonalen Gesetzgebungen mit der abweichenden preussischen vermöchte also das bisherige Resultat nicht zu widerlegen.

Da übrigens kantonalrechtlich nur die Haftungsfrage der Amtsstellen geregelt ist,[2]) könnte lediglich in Frage kommen, ob etwa das Gebot der Verzinsung der Gelddepositen, welches ausserdem mehr nur auf der Praxis als der Gesetzgebung beruht, notwendigerweise zu einem Eigentumsübergang auf den Fiskus führen muss. Dies ist aber um so weniger anzunehmen, als verschiedene Wege möglich sind, wie etwa die Anlage der gerichtlichen Gelddepositen direkt auf gemeinsame Rechnung und Gefahr der Deponenten, welche eine Verzinsung ohne gleichzeitige Verschmelzung mit dem Fiskalvermögen gestatten.[3])

Ferner ist selbst die rein formelle Beweiskraft des Argumentes von Laband, wonach die Staatsgarantie wenigstens thatsächlich wenn auch nicht begrifflich mit dem Gelddepot bei Gericht gleichwertig sei, für die Bundesgarantie von vornherein bedeutungslos.

---

[1]) Auch bei den Depositenbanken hatte erst die Verdrängung des Interesses an der sichern Verwahrung durch dasjenige an einer möglichst hohen Verzinsung den Eigentumsübergang auf den Schuldner zu Folge. Neumann-Hofer, Depositengeschäft und Depositenbanken, S. 7.

[3]) Hafner, a. a. O., N. 1 zu Art. 475.

[3]) Derartige Gesetze hat z. B. Oesterreich erlassen, Mischler-Ulrich, Oesterreichisches Staatswörterbuch, Bd I S. 278.

Denn weil gemäss O. R. Art. 107 der kantonale Richter die Hinterlegungsstelle zu bezeichnen hat, könnte auch im konkreten Falle, wo das kantonale mit dem preussischen Rechte übereinstimmt, damit lediglich die materielle Gleichwertigkeit oder gleiche Wertlosigkeit des betreffenden kantonalen, aber nicht des Bundesfiskus erwiesen werden.

Wie wenig Bedeutung übrigens dieser rein äusserlichen Argumentation überhaupt beigelegt werden darf, geht schon aus der naheliegenden Erwägung hervor, dass konsequenterweise auch die Garantie jedes dem Bankerotte nahen Staates als „angemessene Sicherheit" im Sinne O. R. Art. 667 gelten müsste, sofern nur das Eigentum an gerichtlichen Gelddepositen auf seinen Fiskus übergeht.

Schliesslich ist die Deduktion des Kölner Oberlandesgerichtes aber noch aus einem dritten Grunde verfehlt, der auch in anderer Hinsicht beim Rückkauf der Schweizerbahnen praktische Bedeutung erlangen kann.

Folgt doch aus dem Rechte der aufgelösten Aktiengesellschaften auf Zahlung an das Gericht noch nicht selbstverständlich die weitere Verpflichtung der Gläubiger, ihre Guthaben auf Jahrzehnte hinaus in der Verwaltung der Gerichtsstellen zu lassen.

Allerdings ist der Schuldner zum Genusse des Depositalzinses bis zum Fälligkeitstermine berechtigt. Trägt aber der Gläubiger diesem Interesse genügend Rechnung, etwa durch Verzicht auf den noch nicht verfallenen Zins, welcher dem vom Schuldner erzielbaren kaum nachstehen wird,[1]) dann dürfte der trotzdem aufrecht erhaltenen Weigerung vorzeitiger Rückzahlung als rein chikanöser Natur in der That der Rechtsschutz zu versagen sein.[2])

Schon im allgemeinen ist ja der Rechtsweg der gerichtlichen Hinterlage, wenigstens für unbestrittene, einfach betagte Verbindlichkeiten keineswegs dazu bestimmt, eine vorzeitige Befriedigung der Gläubiger um jeden Preis zu ver-

---

[1]) Das preuss. Gesetz schreibt eine Verzinsung von 2½% vor.

[2]) Vergl. die Präjudicien bei Gierke, Deutsches Privatrecht, I. S. 320 N. 7.

hindern, sondern als Zahlungssurrogat zu wirken, wenn an den Gläubiger nicht gezahlt werden kann. Speziell für die Verwaltung grosser Beträge wie der Eisenbahnanleihen bietet ferner auf Jahrzehnte hinaus auch das Depot bei Gericht nicht die volle Garantie absoluter Sicherheit,[1]) welche im Sinne des Gesetzes allein das Privileg des Schuldners rechtfertigt, sein Vermögen vor Befriedigung der Gläubiger ihrem Griffe entziehen zu dürfen.

Vermag aber der Gläubiger bei der gerichtlichen Hinterlage sein Kreditverhältnis zum Fiskus jederzeit zu lösen, so kann auch aus diesem Grunde die Staatsgarantie auf Jahrzehnte hinaus nicht als gleichwertig in Frage kommen.

III. Bestellung angemessener Sicherheit.

I. „Der Begriff der Sicherheitsleistung ist ein wirtschaftlicher,“ [2]) die Frage nach ihrer Angemessenheit also Thatfrage, speziell auch für das O. R., welches keinerlei gesetzliche Einschränkung kennt.

Immerhin ist die Tendenz der fremden modernen Rechte eine so einheitliche und bestimmte, dass sie auch für die Interpretation des O. R. zu beachten ist.[3]) Denn sicherlich hätte der Gesetzgeber eine grundsätzlich davon abweichende Auffassung ausdrücklich im Gesetze niedergelegt.

Und zwar liegt das Charakteristikum der modernen Auffassung namentlich in der unbedingten Bevorzugung des Pfandrechtes vor der Bürgschaft. Also in dem Gedanken, dass nur der selbständige innere Wert eines der Disposition des Schuldners und seiner Kreditoren entzogenen Rechtsobjektes und

---

[1]) Namentlich nicht in der Schweiz, wo die Verantwortlichkeit der Beamten zum Teile sehr mangelhaft normiert ist. Vergl. Verhandl. des Schweiz. Juristenvereins v. 1888, Zsch. f. schw. Recht, Bd VII S. 481 fg. u. Speiser in derselben Zsch., Bd VIII S. 129 fg.

[2]) Koch, Geld und Wertpapiere nach dem B. G. B., S. 8.

[3]) Vergl. die Zusammenstellung in den Motiven zum Entwurfe des D. B. G. B., Bd I S. 387 f., dazu Endemann, Einführung etc., I S. 398, Planck, Kommentar zum D. B. G. B., Bd I S. 286; auch Gierke, Entwurf eines D. B. G. B., S. 182.

nicht die Haftung eines persönlichen Schicksalsschlägen ausgesetzten Rechtssubjektes die erforderlichen Garantien bietet.

Demgemäss wird Bürgschaft gar nicht oder nur subsidiär zugelassen, wenn dem Schuldner die Bestellung anderer Sicherheit unmöglich ist, so z. B. auch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche, dem doch der Vorwurf allzu starker Abweichung vom römischen Rechte nie gemacht wurde.

Für die praktisch wichtigste Frage nach der Hinlänglichkeit der Bundesgarantie könnte hieraus allein das doppelte Resultat gefolgert werden: Erstens, dass schon prinzipiell die Staatsgarantie als Bürgschaft erst in zweiter Linie, und zweitens dass sie im konkreten Falle gar nicht in Frage kommen kann. Denn zweifellos ist der Schuldner in der Lage, beliebige andere Garantien zu stellen, beispielsweise die in den Gesetzen jeweilen an erster Stelle genannte Barkaution.

Immerhin kann nicht allein im Sinne des O. R., welches dem Richter überhaupt volle Freiheit lässt, sondern auch anderer Gesetze die Bürgschaft des Staates eine Ausnahme rechtfertigen. So wird etwa die Verpfändung von Staatspapieren trotz prinzipieller Verwerfung reiner Personalgarantien als Sicherheit zugelassen. Freilich nur ausnahmsweise und unter Gleichstellung mit Wertpapieren anderer juristischer Personen.[1]) Immerhin tritt dabei der Gedanke hervor, dass die thatsächlich singuläre Kreditwürdigkeit einzelner Rechtssubjekte auch ihre rechtliche Privilegierung rechtfertigen kann.

Speziell an die Sicherheit im Sinne von O. R. Art. 667 dürfen aber die Gläubiger jedenfalls weitgehende, wohl die grössten mit diesem Begriffe überhaupt verträglichen Anforderungen stellen.

Das ergiebt schon das mit Recht allseitig[2]) aufgestellte Erfordernis ihrer Gleichwertigkeit mit der Hinterlegung bei Gericht, welches aus der Fassung des Gesetzes selbst abzuleiten ist. Richtig aufgefasst bildet aber das gerichtliche Depot keineswegs eine Personalkaution des Fiskus, sondern

---

[1]) §§ 232, 234 und 1807 des deutsch. B. G. B.

[2]) Vergl. das Urteil des Hamburger L. G. in Hans. Gerichtszeitg. 1888, S. 37 fg.; Ring, a. a. O., S. 675, auch O. R. Art. 669.

die denkbar stärkste Form der Realsicherheit. Denn der Schuldbetrag selbst, nicht etwa nur ein beliebiges Wertobjekt, dessen Liquidation immerhin noch unerwartete Verluste bringen kann, ist dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Und zwar in der Verwaltung des Staates, der als Vertreter der öffentlichen Ordnung, nicht als Fiskus, — im Gegenteil nötigenfalls auch gegen diesen, — die ihm anvertrauten Interessen thatsächlich am besten zu schützen in der Lage und auch gesetzlich dazu verpflichtet ist.

Ganz dasselbe Resultat folgt aber auch aus dem Zwecke dieser Art von Sicherheit, dem Schuldner das singuläre Privileg zu verschaffen, sein Vermögen dem Griffe der Gläubiger vor ihrer Befriedigung entziehen zu dürfen. Schon darum kann nur eine solche Deckung als „angemessen" im Sinne des Gesetzes gelten, welche die volle Befriedigung der Gläubiger ausser Zweifel stellt. Denn selbstverständlich hängt jene Konzession an den Schuldner von der Voraussetzung ab, dass ein entgegengesetztes Interesse des Gläubigers an der Erhaltung des Vermögens gar nicht mehr in Frage kommen kann.

II. Somit darf die Bundesgarantie nur dann als „angemessene" Sicherheit erachtet werden, wenn sie ähnlich dem Erfüllungssurrogate der gerichtlichen Hinterlage die volle Befriedigung der Gläubiger bis zum Fälligkeitstermine auf unanfechtbare Weise zu garantieren vermag. Das ist aber keineswegs der Fall.

1. Jedenfalls genügt zum Beweise des Gegenteils noch nicht der Hinweis auf die gegenwärtige Finanzlage des Bundes, resp. auf seinen Kredit vor dem Rückkaufe, wie er etwa im Kurse der eidgenössischen Staatspapiere zum Ausdruck kommt, oder auf die Beliebtheit von Kapitalanlagen in Staatspapieren im allgemeinen.

Denn ganz abgesehen davon, dass bei einem Staate in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Schweiz die durch den Rückkauf vermehrte Staatsschuld seinen Kredit erschüttern, oder doch die Ueberschwemmung des Anlagemarktes mit seinen Schuldbriefen zu ihrem allgemeinen Kurssturze führen

kann,[1]) was bereits eine rechtswidrige Schädigung der Eisenbahnobligationäre bedingen würde, liegt in der gegenwärtigen Solvenz keinerlei Garantie für ihren Fortbestand auf ein halbes Jahrhundert oder doch Jahrzehnte hinaus.

Ist doch das Fiskalvermögen so wenig als dasjenige einer Privatperson vor Gefahren allgemeiner Natur geschützt und ausserdem dem speziellen Risiko einer Ueberschuldung durch die gesetzgebende Gewalt ausgesetzt, welchem selbst die vorsichtigste Finanzverwaltung nicht vorzubeugen vermag.

Die gleichzeitige staatsrechtliche Persönlichkeit des Schuldners kann aber die Stellung des Gläubigers keineswegs verbessern, wie die anerkannte Schwierigkeit der Exekution jeder Staatsschuld[2]) oder auch der wenigstens thatsächliche Uebelstand ergiebt, dass der Schuldner in letzter Linie sein eigener Richter, resp. der Gesetzgeber seines Richters ist.[3])

Namentlich bedingt aber die völkerrechtliche Stellung des Staates weitere Gefahren für sein Eigentum und seine Einkünfte, welche seine zukünftige Finanzlage zu einer völlig ungewissen gestalten.

Ob und wie weit hiebei die Grösse resp. die Finanzkraft des Staates oder der Betrag und Termin der in Frage stehenden Schuld im konkreten Falle eine Modifikation zu rechtfertigen vermag, kann hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls fehlen der Bundesgarantie im Verhältnisse zu den Eisenbahnanleihen alle Vorzüge einer Realsicherheit, namentlich in der durch O. R. Art. 667 bedingten Stärke.

2. Diesem Eindruck haben sich übrigens auch die bundesrätlichen Experten nicht zu entziehen vermocht, wie die übereinstimmende Anregung beider auf eine Trennung des Staatsbahnbetriebes vom übrigen Fiskalvermögen im Interesse der Obligationäre ergiebt. Aber auch dieses Mittel ist keines-

---

[1]) Saling, Börsenpapiere, I. S. 121 fg.

[2]) Vergl. z. B. Regelsberger, Pandekten, I. S. 418 und Litteraturangaben daselbst.

[3]) Sarwey, Allg. Verwaltungsrecht, S. 140 und die zutreffende Bemerkung in dieser Zsch. Bd XIX S. 326 über den Vorschlag von Huber.

wegs geeignet, die Sicherheit zu einer unanfechtbaren zu gestalten.

Gar keine der angeführten, ohnehin nur als nächstliegende Beispiele genannten Gefahren würde beispielsweise eine nur verwaltungsrechtliche Trennung im Sinne Hubers ausschliessen.[1]) Denn damit wäre den Eisenbahnobligationären weder ein Rechtsschutz gegen eine beliebige Wiederaufhebung der Trennung auf dem Verwaltungswege, noch ein Privileg gegenüber den andern Staatsgläubigern geschaffen, für welche der privatrechtliche Grundsatz der Einheitlichkeit des Fiskus gilt.[2])

Selbst ein privatrechtliches Vorzugsrecht nicht nur an der Bahnanlage, sondern auch an den weit wertvollern Einnahmen, im Sinne Labands, könnte aber nicht genügen.

Allerdings liegt der Wert der Eisenbahnhypotheken nach der Auffassung des Verkehrs in dem vollen, den Pfandgläubigern an erster Stelle verhafteten Geschäftswerte des ganzen verpfändeten Bahnnetzes. Immerhin geht aber ihre Bedeutung als Realsicherheit nicht über den Liquidationswert der hypothezierten Objekte z. B. im Falle der Versteigerung auf Abbruch hinaus, welche in Ermanglung eines Kaufliebhabers der Bahn als Sachgesamtheit allein übrig bleibt.[3])

Aber auch die gleichzeitige Verpfändung der Einnahmen vermöchte nur dem Risiko einer allgemeinen Misswirtschaft des Bundesfiskus, aber nicht demjenigen eines schlechten Geschäftsganges der Bahnen oder ihrer sonstigen Entwertung vorzubeugen. Eben so wenig übrigens den durch die Persönlichkeit des Schuldners bedingten Gefahren staats- und völkerrechtlicher Natur, welche mit dem Eigentum und den Einkünften des Fiskus in jeder Gestalt, also auch den Einnahmen aus Staatsbahnen untrennbar verknüpft sind.[4])

---

[1]) a. a. O., S. 26 f.

[2]) Litteratur bei Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 477 N. 11.

[3]) So hat neulich das Bundesgericht hinsichtlich der elektrischen Strassenbahn Stans-Stansstad diesen Weg vorgeschlagen. Vergl. auch Eger, a. a. O., I. S. 268 N. 153 u. Simon, Bilanzen der A. G., S. 372 N. 100.

[4]) Bulmerincq, Völkerrecht, S. 367.

III. Tritt man übrigens der hier vertretenen rechtlichen Auffassung des Begriffes der „angemessenen Sicherheit" bei, so ist das bisherige thatsächliche Resultat selbstverständlich. Denn auf Jahrzehnte hinaus kann naturgemäss weder die Personalkaution des Fiskus, noch die in der Verpfändung der Bahnen und ihrer Einnahmen liegende Realsicherheit eine Deckung darstellen, welche für Schulden im Betrage der Eisenbahnanleihen bis zum Fälligkeitstermine der Möglichkeit jeglicher Entwertung entzogen ist. Somit bedarf nur noch die rechtliche Auffassung der bundesrätlichen Experten einer Erörterung.

1. Jedenfalls unrichtig ist die Ansicht von Laband, wonach der Grad der Sicherheit von dem bisherigen Werte der zu deckenden Forderung abhängt, indem zwar kein schlechterer, wohl aber ein gleich guter Schuldner wie der bisherige, z. B. der Bund, als angemessene Sicherheit gelten müsse.[1])

Denn anerkanntermassen will Art. 667 die schwebenden Verbindlichkeiten der aufgelösten Aktiengesellschaften nicht modifizieren. Also weder die Rechte der Gläubiger schmälern, noch diejenigen des Schuldners vermehren, vielmehr nur die Lage des letztern soweit erleichtern, als ohne Gefährdung der Kreditoren möglich ist.

Nun fehlt allerdings dann, aber auch nur dann kreditorischerseits ein Interesse an der Erhaltung des Vermögens des Schuldners, wenn die volle Deckung aller Passiven ausser Zweifel gestellt ist. Im entgegengesetzten Falle würde dagegen das Recht des Schuldners auf Verteilung seines Vermögens notwendigerweise den Grundsatz verletzen, welcher für Aktiengesellschaften wie andere Debitoren in gleicher Weise gilt, dass das ganze Vermögen in erster Linie den Kreditoren bis zu ihrer vollen Befriedigung verhaftet ist. Somit vermag die Frage, ob überhaupt und welchen materiellen Wert die zu deckende Forderung bisher repräsentiert hat, keinerlei Einfluss auf den Grad der erforderlichen Sicherheit

---

[1]) Zwei Gutachten, S. 40 f.

auszuüben. Kann die volle Befriedigung der Gläubiger nicht garantiert werden, so darf ihnen auch das Haftungsobjekt nicht vorzeitig entfremdet werden. Es ist nirgends gesagt — heben die Protokolle zum deutschen Handelsgesetzbuche ausdrücklich hervor —, dass die Aktiengesellschaften ihr Vermögen vor Befriedigung der Kreditoren verteilen dürfen.[1])

2. Die Auffassung von Huber sowie auch Oberer gestattet dagegen keine Widerlegung, weil beide sich mit der Bezeichnung der Hinlänglichkeit der Bundesgarantie als „zweifellos" oder „wenig zweifelhaft" der Notwendigkeit einer Begründung überhoben erachten.[2])

Wohl aber lässt die weitere Behauptung von Oberer, dass jedenfalls die Sequestration oder Verpfändung 4 %iger erstklassiger Anlagepapiere zulässig wäre, auch seinerseits auf eine Verkennung des für die „Angemessenheit" der Sicherheit entscheidenden Momentes schliessen.[3]) Denn ganz abgesehen davon, dass überhaupt erst das deutsche bürgerliche G. B. Wertpapiere als Sicherstellung zulässt, und auch seinerseits nur einzelne und lediglich zu einem hinter dem Kurswert wesentlich zurückbleibenden Betrage,[4]) werden auch thatsächlich nur wenige zu finden sein, — nach dem oben Gesagten selbst unter den Staatspapieren, — welche die volle Garantie absoluter Gleichwertigkeit auf ein halbes Jahrhundert oder doch Jahrzehnte hinaus in sich schliessen.

3. Im Sinne der hier vertretenen Auffassung dürfte den Bahngesellschaften überhaupt nur ein Ausweg übrig bleiben,[5])

---

[1]) Primker, in Endemanns Handbuch I. S. 658.

[2]) Zwei Gutachten, S. 88, u. Oberer, a. a. O., S. 80.

[3]) Unrichtig in der Motivierung auch Staub, Commentar z. D. H. G. B., S. 636. Die Entscheidung bei Ring, a. a. O., S. 675, kann von dem Gesichtspunkte aus zutreffen, dass auch die Erfüllung eines Versicherungsvertrages event. nicht in der Bezahlung einer Summe, sondern nur in dem Einkauf in eine andere Versicherung liegt. Vergl. auch Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 384 u. 386, u. Wiener, a. a. O., S. 347.

[4]) Motive, a. a. O., S. 388: „Neu gegenüber den bisherigen Privatrechtsgesetzgebungen ist die Herbeiziehung der Wertpapiere" u. §§ 234 u. 236 verglichen mit § 1807 des B. G. B.

[5]) Abgesehen von der Barkaution, welche der gerichtlichen Hinterlage gegenüber keine Vorteile bietet.

um sich durch Sicherstellung des für die Durchführung der Liquidation lästigen Zwanges zur gerichtlichen Hinterlage entledigen zu können.

Da nämlich diejenige Anlage im Sinne der Kreditoren die angemessenste Sicherheit darstellen wird, welche sie selbst auswählen und eventuell nach Belieben verändern können, würde diesem Interesse die sofortige Rückzahlung am meisten entsprechen.

Eine Pflicht zur Annahme besteht freilich nicht, immerhin dürfte nunmehr die Verbindlichkeit des Schuldners etwas milder und sein Recht auf Auswahl der Deckung entsprechend freier zu beurteilen sein, als wenn er die Rückzahlung nur seinerseits verweigern würde. Vermag doch auch sonst etwa die Ausschlagung einer billigen Offerte durch den Gläubiger die Verpflichtung des Schuldners zu reduzieren[1]) und liegt doch offenbar auf Seite derjenigen Gläubiger, welche die Rücknahme ablehnen, nur ein geringes Interesse an der Art der Deckung vor. Aber allerdings müsste die Proposition des Schuldners, um seine Lage verbessern zu können, dem Rechte des Gläubigers entsprechen, bei hochverzinslichen Anleihen also nicht nur das Angebot der Rückzahlung al pari, sondern auch einer angemessenen Prämie enthalten, welche die Anschaffung einer andern Anlage von gleicher Sicherheit und Rentabilität gestattet.

Selbst wenn aber der Schuldner eine andere angemessene Sicherheit leisten könnte, wäre nach dem für die gerichtliche Hinterlage Gesagten das Recht der Gläubiger auf Auszahlung des Paribetrages ihrer Guthaben noch keineswegs ausgeschlossen. Denn der Barmittel des Schuldners wegen wird auch hier ein berechtigtes Interesse seinerseits kaum anzuerkennen sein, den Kreditoren wider Willen eine Deckung aufzunötigen.

IV. Jedenfalls bliebe zur Verwertung der Bundesgarantie als Sicherheit nur ein Mittel übrig, nämlich der Erlass eines Gelegenheitsgesetzes nach dem Vorschlage von Huber,[2]) das

[1]) Grünhut, Enteignungsrecht, S. 140 f.

[2]) Zwei Gutachten, S. 29.

freilich mehr der Gewalt als dem Rechte angehört und daher hier keiner Untersuchung bedarf.

Denn den Vorwurf der Gewaltthätigkeit vermag auch die Begründung, dass damit „ein Privileg, ein objektiver Rechtssatz in einer für die Gerichte verbindlichen Weise festgestellt wäre," nicht auszuschliessen. Würde es sich doch keineswegs nur um einen harmlosen Verzicht auf staatliche Hoheitsrechte handeln, sondern um eine Verletzung wohlerworbener Privatrechte der Obligationäre, somit um ein „privilegium odiosum" im vollen Sinne des Wortes.

Dass dieses Bedenken nicht mehr gewürdigt wird, muss aber um so mehr auffallen, als sonst der Eingriff in Privatrechte aus rein fiskalischen Gründen allseitig als verwerflich erachtet wird. Beispielsweise hat der zweite Experte des Bundesrates, zwar anlässlich eines andern Falles, aber mit prinzipieller Bedeutung, folgende Worte ausgesprochen,[1]) die ihrer Trefflichkeit wegen in extenso citiert werden mögen:

„Aber vielleicht haben diejenigen Personen, welche berufen sind an der Gesetzgebung teil zu nehmen, moralische und politische Bedenken gegen einen solchen Gebrauch der Gesetzgebungsgewalt. Gerade weil das Gesetz an keine staatsrechtliche Schranke gebunden ist und das schlechte und ungerechte Gesetz so gut gilt wie das weise und gerechte, steht der gewissenhafte Gesetzgeber unter dem Zwange der Gerechtigkeit und des Pflichtgefühls.

„Ein Staat, der seine Gesetzgebung missbraucht, um sich auf Kosten der ihm Untergebenen zu bereichern, und der ohne dringende Gründe wohlerworbene Privatrechte verletzt, um seinen Fiskus günstiger zu stellen, der untergräbt die Grundlage seiner eigenen Existenz, der vernichtet das Zutrauen, dass er der Aufgabe das Recht zu schützen sich bewusst und getreu ist, der entfesselt die schlechten Leidenschaften der Habgier und des Eigennutzes auch gegen sich selbst. Es ist nicht notwendig, hier zu wiederholen, was die grössten Juristen, Staatsmänner und Philosophen über die

---

[1]) in der mehrfach cit. Denkschrift von Laband, S. 14.

Grenzen der Gesetzgebung gesagt haben und was durch die Erfahrungen der Geschichte bestätigt wird. Einem unabweislich öffentlichen Interesse, einer politischen Notwendigkeit müssen allerdings auch wohlerworbene Rechte weichen; aber eine schnöde Bereicherung des Fiskus ist kein öffentliches Interesse solcher Art."

Und doch soll das dem Bunde proponierte Gesetz sicherlich in erster Linie den Interessen seines Fiskus dienen, und nur notgedrungen auch denjenigen der Bahngesellschaften, welchen wenigstens bisher der Staat als Rückkäufer wenig Wohlwollen gezeigt hat und als Vertragsgegner auch nicht zu zeigen verpflichtet war, soweit er sich an die Schranken des Rechts gehalten hat.[1])

Resultat.

Fast durchweg im Gegensatze zu der Ansicht der bundesrätlichen Experten kann die vorstehende Untersuchung dahin zusammengefasst werden:

I. Das Rückkaufsrecht des Bundes führt in Folge seiner dinglichen Wirkung zum Untergange der vom Verkäufer bestellten Pfandrechte.

II. Das Vertragsverhältnis zwischen Obligationären und Eisenbahngesellschaften wird durch den Rückkauf nicht berührt. Eine Ausnahme bilden die Pfandgläubiger, welche sofortige Rückzahlung nebst Schadenersatz für Vertragsbruch beanspruchen können.

III. Die Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften des Art. 667 O. R. auf den Rückkauf ergiebt folgendes Resultat:

1. Das Recht auf Aussetzung der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Befriedigung der Obligationäre steht den Bahngesellschaften nur dann zu, wenn

---

[1]) Was mit Ausnahme der Aufhebung der Schiedsgerichtsklausel der Konzessionen auch im Rechnungsgesetze geschehen ist, da das Bundesgericht die entgegengesetzte Auffassung entschieden zurückgewiesen hat. Bundesger. Entsch. Bd XXV S. 234 u. 236.

der Rückkaufspreis den vollen Wert des Rückkaufsobjektes erreicht oder übersteigt.

2. Die Hinterlage bei Gericht verlangt ein Depot im Gesamtbetrage der Schuld mit Einschluss aller Zinsen bis zum Fälligkeitstermine.

3. Die Bestellung angemessener Sicherheit erfordert eine gegen die Möglichkeit jeder Entwertung bis zum Verfalltage gesicherte Deckung. Namentlich ist die Bundesgarantie ungenügend.

4. Die Hinterlage bei Gericht und die Bestellung angemessener Sicherheit schliesst das Recht der Obligationäre auf Auszahlung des Paribetrages ihrer Guthaben nicht aus.

IV. Die Uebernahme der Anleihen durch den Bund kann nur dem aus dem Vertrags- im Gegensatze zum Aktienrechte abgeleiteten Kündigungsrecht der Obligationäre vorbeugen.

Jeder gesetzliche Eingriff in das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bedingt eine Verletzung wohlerworbener Privatrechte.