563

vor Obergericht und bem obergerichtlichen Urtheile Kenntniß zu geben.

B. Civilrechtspflege.

C. Die Chefrau Bog trug auf Abweisung bes gestellten Besuches an, indem fie bestritt, daß Betent erst am 12. Ottober 1879 von bem obergerichtlichen Urtheile Kenntniß erhalten habe, und eventuell, daß berselbe durch unverschuldete Sinderniffe abgehalten worden fei, innert ber Frift zu handeln.

Das Bunbesgericht giebt in Ermagung:

- 1. Da nach \$ 70 des Bundesgesetze über das Verfahren vor bem Bundesgerichte vom 22. November 1850 die Wiederein= setzung nicht bloß gegen Versäumung von richterlichen, sondern auch von gesetzlichen Fristen stattfindet und bekanntlich auch nach gemeinem Prozefrechte eine Restitution gegen Berfaumung bon gesetzlichen Nothfristen nicht ausgeschlossen ist, so steht bei bem Stillschweigen ber Art. 29 und 30 bes Bundesgesetzes über bie Organisation ber Bundesrechtspflege ber analogen Anwendung bes genannten § 70 auf Falle ber vorliegenden Art ein Sinder= nift nicht entgegen.
- 2. Run ist aber nach dieser Gesetzesbestimmung die Wiebereinsehung nur julässig, wenn ber Impetrant barthut, bag er ober sein Sachwalter burch unverschuldete Sindernisse abgehalten worden sei, innerhalb ber Frist zu handeln, und Dieser Nachweis ist nun nicht nur nicht geleistet, sondern nicht einmal anerboten, so bag bas Gesuch ohne Weiters abgewiesen werben muß. Denn nach ber eigenen Darstellung bes Petenten soll biefes hinderniß barin bestanden haben, daß er nach Unhebung des Scheidungsprozesses sich unbefannt wohin entfernt und weber seinem Anwalte noch seinen Eltern Kenntnig von seinem Aufenthalte gegeben hat, und nun liegt in diesem Berhalten offenbar eine unentschuldbare Nachlässfakeit, welche ihn bes Rechtes auf Wiebereinsetzung in ben vorigen Stand verlustig macht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das gestellte Gesuch ist abgewiesen.

## II. Liquidation von Eisenbahnen. Liquidation forcée des chemins de fer.

113. Urtheil bom 1. Dezember 1879 in Sachen Winterthur gegen Liquidationsmaffe ber Nationalbahn.

A. Um das von den Statuten der Gesellschaft Winterthur-Bofingen vorgeschriebene Aftienkapital von acht Millionen Franfen vollständig zu machen und damit den Finanzausweis vor bem Bundesrathe leisten zu können, hatte bie Ortsbürgergemeinde Bofingen durch Beschluß vom 7. September 1874, über die früher von derselben beschlossene Aftienbetheiligung von ein Million Franken binaus, weitere 400000 Franken fest und 100 000 Fr. unter der besonderen Bedingung, "daß sowohl die Subvention bes Staates Bern für die Linie Zofingen-Luß ausgesprochen, als überhaupt diese Linte finanziell gesichert sei", an Aftien übernommen.

Da nun aber eine solche bedingte Aftienzeichnung für ben Zwed des Finanzausweises unthunlich erschien, wurde die Stadtgemeinde Winterthur ersucht, in den Rig zu treten, und biese beschloß sodann am 13. September 1874:

- 1. Die Stadt Winterthur betheiligt fich bei bem Gisenbahnunternehmen Winterthur-Bofingen mit einer weitern Beichnung von 150 000 Fr. (unter gewissen Bedingungen).
- 2. Für ben Fall, daß die von ber Ortsbürgergemeinde Bofingen unterm 7. September 1874 an ihre Nachsubvention gefnupften Bedingungen wiber Erwarten nicht in Erfullung geben follten, wird die unter Dispositiv I beschlossene Rach= tragszeichnung auf 210 000 Fr. erhöht.

In ber biesfälligen Weisung bes Stadtrathes Winterthur ist ausgeführt, daß eine Nachtragszeichnung von 250 000 Fr. für die Kompletirung des Aftienkapitals und zur Leiftung des Finanzausweises unumgänglich nöthig fet. Ein Gemeindsgenoffe fand aber, daß zur Erganzung des Aftientapitals nur noch

150 000 Fr. resp. 210 000 Fr. erforderlich seien und beffen folgendermaßen motivirter Antrag:

B. Civilrechtspflege.

"In Anbetracht, daß entgegen ber unter I Biff. 3 bes ftabträthlichen Antrages enthaltenen Boraussetzung die Ortsbürgergemeinde Bofingen unterm 7. September ihrer prinzipiell juge= sicherten zweiten Nach-Subvention von 100 000 Fr. eine Bebingung, die finanzielle Sicherung ber Seftion Rofingen = Luf beschlagend, beigefügt hat, welche zwar voraussichtlich mit ber Reit in Erfüllung geben wird, gegenwärtig aber die prompte Leistung bes Finanzausweises vor dem Bundesrathe und bem züricherischen Kantonsrathe und damit die definitive finanzielle Konsolidirung der Settion Winterthur-Zofingen und die Anhandnahme des Baues hindert, ferner daß nach den gemachten Erfahrungen über die Erganzung des Aktienkapitals von acht Millionen Franken nicht wohl einzusehen ift, von welch anderer Seite ber Ausfall binnen furzester Frift fich beden laffen konnte, endlich daß zufolge ber Verpflichtung einzelner Gemeinden, fich in Aftien für das von ihnen abzutretende Gemeindeland bezahlen zu laffen, ber Ausfall am Aktienkapital, wenn die 100000 Fr. Nachtragssubvention ber Ortsgemeinden Zofingen nicht gerechnet werden, nur noch rund 60000 Fr. beträgt." wurde bann von ber Gemeinde angenommen.

- B. Da die von Zofingen an die Nachtragszeichnung von 100 000 Fr. geknüpfte Bedingung nicht in Erfüllung ging, so wurde biefer Betrag von der genannten Gemeinde auch nicht einbezahlt. Nach Ausbruch des Konkurses über die Nationalbahn fand sich daher der Masseverwalter der Nationalbahn ver= anlaßt, in Form einer Widerklage die Stadtgemeinde Winterthur für die gemäß Disp. II ihres Beschlusses vom 13. September 1874 eventuell gezeichneten 60 000 Fr. in Anspruch zu nehmen. Allein dieselbe bestritt die Zahlungspflicht, weil
- a. diese 60 000 Fr. nur gezeichnet worden seien, um vor ben tompetenten Behörden (Bundesrath und gurch, Kantonsrath) ben Finanzausweis für die Zeichnung des Aftienkapitals von acht Millionen Franken zu leisten, dieses statutarische Attienkapital aber ohne die 60000 Fr. erreicht worden sei;
  - b. die Einforderung dieses Betrages nur ber Aftiengesell-

schaft zugestanden habe und mit der Konturgeröffnung dabin gefallen fei. Eventuell verftellte ber Stadtrath Winterthur

c. alle biejenigen Guthaben, welche er in feiner Forderungs= eingabe an die Nationalbahn geltend gemacht habe, insbesondere bestehend aus Obligationenkapital und Zinsen hievon zur Rompensation.

Der Masseverwalter verpflichtete jedoch die Stadtgemeinde Winterthur, die rudständige Aftieneinzahlung von 60000 Fr. zu leisten. unter Anerkennung der Kompensationsberechtigung nur für die= jenigen Guthaben, welche die Stadt erft feit ber Liquidation aus Rechtsgeschäften mit der Masseberwaltung erworben habe.

Dieser Entscheid beruht im Wesentlichen auf folgender Begründung:

- 1. Maggebend für ben Entscheid über bie Bablunaspflicht sei nur der Wortlaut und Inhalt des Gemeindebeschlusses vom 13. September 1874, hauptfächlich auch beswegen, weil er in Diesem Wortlaut und Inhalt einen integrirenden Bestandtheil der hoheitlich genehmigten Finanzausweise gebildet habe. Die vom Stadtrath angerufenen Nebenverumständigungen können bie Zahlungspflicht nicht entfräften.
- 2. Die Rechtsauffassung, daß Aftienzeichnungen nur von ber Gesellschaft und ihren Organen eingeklagt werden können und die Einzahlungspflicht mit dem Konkurs der Gesellschaft dahinfalle, sei gang unhaltbar; sie wurde ber hobeitlichen Genehmi= gung des Finanzausweises jeden prattischen Werth nehmen, da im Kinanzausweis die Garantien für die finanzielle Eriftenzfähigfeit einer neu konzessionirten Unternehmung nicht mit schon einbezahltem, sondern mit rechtsverbindlich zugesichertem erst noch einzuzahlendem Aftienkapital geboten werden. Die bei der Liqui= dationseröffnung noch rückständigen Aftieneinzahlungen bilben daber ein Aftibum ber Maffe, eine Schuld aus Aftienzeichnung, zu beren Ginklagung ber Maffeverwalter einzig kompetent fet.
- 3. Die Berechtigung zur Rompensation mit benjenigen Guthaben, welche ber Stadtrath erst seit ber Liquidation aus Rechtsgeschäften mit der Masseverwaltung erworben habe, oder noch erwerbe, erscheine unbestreitbar. — Zweifelhaft erscheine bie Statthaftigfeit ber Kompensation rudftandiger Aftieneinzahlun-

565

gen mit solchen Guthaben, welche der zahlungsfäumige Aftionär resp. Aftienzeichner an der eigenen Aftienzeselschaft vor ihrem Eintritt in Zwangsliquidation erworben habe und für welche er — beim Abgang einer kompensivbaren Schuld — in die Rollokation zu treten hätte. Noch zweifelhafter erscheine die Statthaftigkeit der Kompensation rückständiger Eisenbahnaktieneinzahlungen mit solchen Guthaben, welche der zahlungssäumige Aktionär resp. Aktienzeichner aus seinem Besich an Partialtiteln von Kollektivanseihen und dazu gehörigen Zinskoupons ableite.

Diese Rompensation erscheine ausgeschlossen:

a. Durch die Rechtsstellung, welche den Kollektivanleihen, soweit ste neben dem Aktienkapital einen integrirenden Bestandtheil des gesammten Anlagekapitals bilden, im Bundesgesetz vom 23. Dezember 1872 und in der bundesräthlichen Berordnung zu diesem Bundesgesetz vom 1. Februar 1875 speziell im Art. 8 c., 26, 27—31, im hoheitlich genehmigten Finanzausweis angewiesen sei.

b. Durch die Rechtsstellung, welche dem Kollektivanleihen in der Zwangsliquidation durch das Bundesgesetz vom 24. Juni 1874, speziell im Art. 22 Schlußsatz, als einheitliche Forderung angewiesen sei, welche Rechtsstellung jegliche Rücksicht auf den

momentanen Besitzer des Partialtitels ausschließe.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff die Stadtgemeinde Wintersthur ben Refurs an das Bundesgericht, indem ste geltend machte:

1. Die Beranlassung zu der Schlußnahme vom 13. September 1874 betressend Mehrübernahme von 60 000 Fr. Aktien sei hinfällig geworden und die Direktion der Nationalbahn habe dies selbst anerkannt, indem sie diesen Betrag nie eingesordert habe. Die Uebernahme dieser Aktien habe nur den Zweck gehabt, den nöthigen Finanzausweiß zu ermöglichen, wie dies aus der Begründung des Gemeindebeschlusses klar hervorgehe. Nun habe aber laut Bilanz der Nationalbahn das Aktienkapital ohne die 60 000 Fr. die Summe von 8 164 000 Fr. erreicht und deshalb sei die Forderung gegen Winterthur nicht geltend gemacht worden. Es komme nur darauf an, daß die acht Millionen Aktienkapital effektiv einbezahlt worden seien, nicht aber von wem die Zahlung geschehe.

- 2. Unter allen Umständen müsse ihr aber die Kompensation mit allen Forderungen an die Nationalbahn, namentlich mit denjenigen, welche ihr schon vor der Liquidationseinseitung zugestanden haben, gegen die rückständige Aftieneinzahlung zuerfannt werden. Diese Frage sei nach dem zürcherischen Rechte zu beurtheilen und nun anerkenne dasselbe gemäß § 1050 des priv. Gest. das Kompensationsrecht jeder Gegensorderung im Konkurse. Das eidg. Recht habe hieran nichts geändert, denn die im Entscheide des Masseverwalters angerusenen Bestimmungen erwähenen des Institutes der Kompensation mit keiner Silbe.
- D. Der Masseverwalter trug auf Abweisung des Returses an, im Wesentlichen gestützt auf die in dem rekurrirten Entscheide angeführten Gründe, die er unter Verweisung auf die deutsche Doktrin und Rechtssprechung weiter aussührte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrentin hat vor diesseitiger Stelle die Legitimation der Liquidationsmasse zur Einforderung rückständigen Aktienskapitals nicht mehr bestritten. Es braucht daher hierorts auf diese Frage, die übrigens vom Masseverwalter ganz richtig bejaht worden ist, nicht weiter eingetreten zu werden.

2. Dagegen beharrt Rekurrentin auf ihrer Behauptung, daß die hier in Rede stehende Aktienzeichnung hinfällig geworden sei, weil dieselbe nur den Zweck gehabt habe, das Aktienkapital von acht Millionen Franken zu erfüllen, dieses Kapital aber

ohnehin erreicht worden sei.

3. Nun kann nach den Akten in der That keinem begründeten Zweisel unterliegen, daß der einzige Bestimmungsgrund für die Stadtgemeinde Winterthur zur eventuellen Erhöhung ihrer Nachtragszeichnung von 150000 Fr. auf 200000 Fr. die Annahme war, daß das Grundkapital von acht Millionen Fransken bis auf den Betrag von 60000 Fr. noch nicht vollständig gezeichnet und daher die Uebernahme dieses Betrages durch die Stadt Winterthur zur Kompletirung des Grundkapitals und Leistung des Finanzausweises nothwendig sei. Es geht dies zur Evidenz aus der Weisung des Stadtrathes und den Verhandslungen der Gemeindeversammlung vom 13. September 1874 hervor, und daß auch die Nationalbahngesellschaft selbst hier-

568

über im Klaren war, beweist einerseits der Umstand, daß sie durch ihre Direktion bei der Stadtgemeinde Winterthur das dringende Gesuch um die nachträgliche Aktienzeichnung damit motivirte, daß sonst das Aktienkapital nicht vollständig wäre und der Finanzausweis bei den Behörden nicht geleistet werden könne, und anderseits die Thatsache, daß der Präsident der Nationalbahndirektion als Stadtpräsident von Winterthur die betreffende Gemeindeversammlung selbst geleistet hat.

4. Aus den Aften, namentlich aus dem Aftienbuche der Rationalbahnaesellschaft eraibt fich nun aber allerdings, daß bamals zur Erganzung bes Grundfapitals über bie von Bofin= gen und Winterthur am 7. und 13. September 1874 befinitiv übernommenen 400000 Fr. und 150000 Fr. hinaus nicht mehr bie Summe von 60000 Fr., sondern nur noch ber Betrag von 18519 Fr. erforderlich war, indem das Aftienbuch, ohne die von Bofingen bedingt übernommenen 100000 Fr., Aftienzeich= nungen im Betrage von 7 981 480 Fr. 95 Cts. aufweift. Die Stadtgemeinde Winterthur befand fich daber, indem fie bie eventuelle Attienzeichnung auf 60 000 Fr. bezifferte, zweifellos in einem thatsächlichen Irrthum, und ba bieser Irrthum, wie ausgeführt, der einzige Bestimmungsgrund für bieselbe war, die nachträgliche Aftienzeichnung in jenem Betrage vorzunehmen. so kann fie diese Beichnung, soweit ber Irrthum reicht, anfechten und verlangen, daß dieselbe auf benjenigen Betrag reduzirt werde, welcher wirklich zur Kompletirung bes Aktienkapitals erforderlich war. Und zwar muß ihr dieses Ansechtungsrecht um so eher zuerkannt werden, als bie Statuten für die Gisenbahn= unternehmung Binterthur-Bofingen bas Aftienkapital ausdrucklich auf acht Millionen Franken limitirt hatten und eine Erhöhung besselben ohne Statuten-Aenderung unzuläsig war.

5. Dagegen kann Rekurrentin sich nicht darauf berusen, daß später durch neue Aktienzeichnungen das Grundkapital von acht Millionen Franken ergänzt und sogar überzeichnet worden sei; denn einerseits ist später, bei Gelegenheit der Bereinigung der Eisenbahngesellschaften Winterthur-Zosingen und Winterthur-Singen-Rreuzlingen zu der Nationalbahngesellschaft, das Grundkapital wirklich erhöht worden, und anderseits könnten

solche nachträgliche Zeichnungen nach allgemeinen Rechtsgrundfägen keinen Sinfluß auf die Rechtsverbindlichkeit der hier in Frage stehenden Aktienübernahme haben.

- 6. Daß die Stadtgemeinde Winterthur später in rechtsgültiger Weise von ihrer Verpslichtung zur Einzahlung der eventuell gezeichneten 60 000 Fr. liberirt worden sei, ist nicht bewiesen. Ebenso mangelt aber auch der Beweis dafür, daß sie seither jene Verpslichtung anerkannt habe, beziehungsweise damit einsverstanden gewesen sei, daß ihre Zeichnung in die spätere Erhöhung des Grundkapitals einbezogen werde, und ist demnach Rekurrentin einsach zur Bezahlung von 18 519 Fr. zu verurtheilen.
- 7. Was nun noch bas Begehren ber Refurrentin betrifft, an bieser Schuld die ihr an die Nationalbahngesellschaft zustehenden Gegenforderungen in Abrechnung zu bringen, so ist es nicht nöthig. die Frage erneuter Prüfung zu unterstellen, ob bei dem Umstande, daß bas Bundesgeset über die Zwangeliquidation von Gisenbahnen über die Anwendung der Kompensation im Konfurse feinerlei Bestimmungen ertheilt, für die Bulaffigfeit ber Rompensation das örtliche Recht jenes Rantons maßgebend sei, welchem das Schuldverhältniß seiner innern Natur nach angebort, - ober ob bas Bundesgericht im Interesse ber Ginheit der Rechtssprechung bei Stillschweigen des Awangsliguidations. gesetzes jene Frage nach allgemein geltenben Rechtsgrundsäten zu entscheiben habe. Wurde auch hier kantonales Recht angewendet werden muffen, welches tein anderes als basjenige bes Ranton's Burich sein tonnte, wo Forderung und Gegenforderung entstanden sind und ihre Erfüllung zu finden hatten, so ware solches für den Entscheid vorliegenden Falles gleichwohl ohne Einfluß.
- 8. Nach zürcherischem Rechte (§ 1049 bes zürch, priv. Geseth.) kann eine Forderung in der Regel durch Abrechnung mit einer Gegenforderung getilgt werden, insofern die nämlichen Personen in der Forderung als Gläubiger und Schuldner und in der Gegenforderung als Schuldner und Gläubiger erscheinen, ferner der Gegenstand der Forderung in vertretbaren Sachen gleicher Art besteht und die Gegenforderung mindestens

gleichzeitig mit ber Forderung fällig ift. Diefe Boraussehungen ber Kompensabilität wurden bier zutreffen. Allein die Kompensation bildet nur die Regel und es muß dieselbe weichen, sofern die besondere Natur bes Schuldverhältniffes den Ausschluß der Kompensation erfordert, und dies ist nun allerdings ber Fall.

9. Nach ziemlich allgemeinem, auch im Gebiete bes zürich. privatrechtl. Gefeth. anerkannten Rechte wird nämlich die Rompensation durch die Verpflichtung zur Baarzahlung ausgeschlosfen und nun kann nach ber Ratur ber Aftiengesellschaft, beziehungsweise dem Awecke, zu dem das Aftienkapital zusammengelegt wird, einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß bie Einzahlungen an dasselbe in der That baar geleiftet werben muffen, und fich die von der Rekurrentin prätendirte Rompensationsbefugniß mit der Bestimmung desselben nicht ver= trägt. Denn da die Aftionäre ausschließlich mit ihren Aftien an bem betreffenden Unternehmen fich betheiligen, eine perfonliche Saft ber Gesellschafter nicht stattfindet, sondern ben Gläubigern lediglich bas zusammengelegte Kapital haftet, so muß jeder Aftionar, wie er nur mit seiner Ginlage burch bas Schickfal bes Unternehmens betroffen wird, mit biefer Ginlage bann aber auch voll und gang an bemselben fich betheiligen und namentlich ben Berluft mittragen. Hierauf allein beruht ber Rredit ber Gesellschaft und die Sicherheit ber Gläubiger und es bilbet jene Verpflichtung das nothwendige Korrelat der mangelnden perfonlichen Saftbarkeit. Mun liegt insbesondere fur ben Ronfursfall flar vor, daß ohne die Verpflichtung zur Baareinzahlung, beziehungsweise durch Zulassung der Kompensation mit Forderungen, welche ben Aftionaren an die Gesellschaft zusteben, die Pflicht ber Aftienzeichner, im gangen Umfange bes gezeichneten Aftienkapitals am Berlufte bes Unternehmens theilzunehmen, jum Schaden ber Gläubiger rein illusorisch gemacht und bie Stellung ber lettern erheblich gefährbet werden konnte. Es fteht daher zweifellos ber Gesellschaft gegen die Aftienzeichner ber Anspruch zu, daß dieselben das übernommene Grundkapital baar einbezahlen, und in dieses Recht tritt nach Ausbruch des Konfurses über die Gesellschaft die Konkursmasse ein.

10. Muß sonach allgemein bei Attiengesellschaften die Berpflichtung zur Baareinzahlung ber gezeichneten Aftien angenommen werden, so muß dies noch in erhöhtem Mage für Gisenbahngesellschaften gelten, welche im Interesse des Kredites por den Bundesbehörden den Ausweis zu leiften haben, daß die Kosten bes Baues und ber Ginrichtungen jum Betrieb ber ganzen Unternehmung burch Aftien ober biesen gleichkommenbe Werthe, oder durch bindende Zusicherungen von Gemeindewesen, Gesellschaften oder Privaten, den nothwendigen Betrag in effektivem Gelbe beschaffen zu wollen, gedeckt seien. (Art. 5 bes Bundesrathsbeschlusses betreffend Grundlagen für Die Genehmigung von Finanzausweisen für Gifenbahnunternehmungen vom 11. Mai 1874.)

11. Auf die erst heute von der Rekurrentin vorgebrachte Einrebe, daß die Kontursmaffe nicht im Stande fei, ihr gegen Leistung der Ginzahlung Aftien zu behändigen, fann wegen

Berspätung nicht mehr eingetreten werben.

## Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Die Stadtgemeinde Winterthur ist pflichtig, an die Liquidationsmasse der Nationalbahn 18519 Fr. ruckständiges Attienfapital zu bezahlen; die Mehrforderung der Masse, sowie die Kompensationseinrede der Refurrentin find verworfen.

114. Urtheil vom 26. Dezember 1879 in Sachen Leiß gegen Masseverwaltung ber Rationalbahn.

A. Durch Entscheid vom 20. Januar 1879 hatte der Masseverwalter der Nationalbahn die Forderung des F. Leiß im Betrage von 4000 Fr. "als Gratifikation für erfolgreiche Dienstleistungen als Settionsingenieur auf ber Strede Glattbrugg-Mellingen" abgewiesen.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff Ingenieur Leif ben Refurs an das Bundesgericht, welches durch Urtheil vom 5. Juli 1879