

rere selbständige Leistungen den Gegenstand des Vertrages bilden. Die Verabredung partienweiser Bezahlung nach Vollendung einzelner Arbeiten entspricht also gerade der Natur des Rechtsverhältnisses.

4. Wenn demnach anerkannt werden muß, daß den vom Bau-
guthaben der Rekurrentin zurückbehaltenen 10 % die Natur eines
Kautionsguthabens ursprünglich zukam, so kann es sich nur noch
fragen, ob dieses Verhältnis dadurch geändert worden ist, daß
infolge der Abrechnung vom 18. November 1877 die Rücklässe
bis auf einen Rest von 1136 Fr. zur Zahlung angewiesen wur-
den und daß seither bis zur Eröffnung des Konkurses der Na-
tionalbahn die Rekurrentin keine rechtlichen Schritte zur Ein-
forderung ihres Guthabens gethan hat. Allein diese Frage ist zu
verneinen. Wenn nämlich auch festzuhalten ist, daß ein Bauun-
ternehmer, welcher ein zahlfällig gewordenes Kautionsguthaben
bei der Bahngesellschaft freiwillig stehen läßt und also dieser
weiter kreditirt, seinen Anspruch auf das Privilegium IV. Klasse
verliert, da sein Guthaben nach eingetretener Zahlbarkeit eben
nicht mehr als Kautions, sondern in Folge weitem Kreditirens
seitens des Bauunternehmers stehen geblieben ist, so kann doch
im vorliegenden Falle von einem weitem Kreditiren seitens der
Rekurrentin, angesichts des Umstandes, daß die Nationalbahn
schon zur Zeit der Zahlungsanweisung materiell insolvent war,
rechtliche Schritte gegen dieselbe also doch von vornherein nutz-
los gewesen wären, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demnach, in Abän-
derung des Entscheides des Massabermalters, von der im Kon-
kurs der Nationalbahn angemeldeten Ansprache der Rekurrentin
der Betrag von 4627 Fr. (viertausend sechshundert sieben und
zwanzig Franken) in die vierte Klasse versetzt.

28. Urtheil vom 28. Februar 1880 in Sachen Wullschläger und Müller gegen Nationalbahn.

A. Am 15. August 1876 schlossen die Bauunternehmer Wull-
schläger und Müller in Beringen mit der Direktion der schwei-
zerischen Nationalbahngesellschaft einen Vertrag über die Her-
stellung der Hochbauarbeiten auf den Stationen Köllikon und
Safenwyl, mit Ausnahme der auf dieser Linie zu erstellenden
Wärterhuden. In § 4 dieses Vertrages ist bestimmt: „Für die
„genaue Erfüllung der Verpflichtungen des gegenwärtigen Ver-
„trages, welchem eine Gesamtübernahmssumme von 54 039 Fr.
„09 Cts. zu Grunde liegt, leisten die Unternehmer Personal-
„kautions und es haften die betreffenden Bürgen auf die Dauer
„von drei Jahren nach erfolgter definitiver Uebernahme der Ar-
„beiten als Bürgen und Selbstzahler.

„Außerdem wird ein unverzinslicher Rücklaß von 10 % der
„Verdienstsumme als weitere Kautions zurückbehalten, welcher
„Rücklaß jedoch nach gänzlicher Vollendung der Arbeiten und
„insofern die Ausführung derselben eine durchaus zufriedenstel-
„lende ist auf alleiniges Ermessen der Direktion ganz oder nur
„theilweise ausbezahlt wird.“

B. Am 25. Juni 1877 sodann schlossen die Bauunternehmer
Wullschläger und Müller mit der Direktion der Nationalbahn-
gesellschaft einen weiteren Vertrag über Ausführung verschiedener
Hochbauarbeiten auf den Stationen Beringen und Köllikon um
die Uebernahmssumme von im Ganzen 33 616 Fr. 56 Cts. In
§ 4 dieses Vertrages ist bestimmt: „Für die genaue Erfüllung
„der Verpflichtungen des gegenwärtigen Vertrages, welchem eine
„Gesamtübernahmssumme von 33 616 Fr. 56 Cts. zu Grunde
„liegt, leisten die Unternehmer Personalkautions und es haften
„der betreffende Bürgen auf die Dauer von drei Jahren nach
„erfolgter definitiver Uebernahme der vorstehenden Arbeiten als
„Bürgen und Selbstzahler.“

In § 6 sind für die verschiedenen Arbeitskategorien verschie-
dene Vollendungstermine festgesetzt und in Art. 8 ist stipulirt,
daß auf rechtzeitiges Verlangen den Unternehmern auf Mütte

jeden Monats der Bauperiode im Sinne des § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes Abschlagszahlungen aufgestellt und auf Ende desselben Monats geleistet werden, mit der Modifikation jedoch, daß nur am Bau selbst verwendete Materialien in die Berechnung eingezogen werden.

Der in Bezug genommene § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes bestimmt: „Die Unternehmer erhalten „während des Baues auf Grund der von den Organen der Gesellschaft beglaubigten Urkunden über Lieferung von Materialien und geleistete Arbeit Abschlagszahlungen von 90 % des „Werthes ihrer Leistungen. Die Berechnung jeder Abschlagszahlung umfaßt die Gesamtleistung der Unternehmer oder Lieferanten bis zum Tage der Aufstellung, also auch diejenigen „Leistungen aufs Neue, welche schon in den frühern Abschlagszahlungen berechnet waren. Von der Schlussumme werden 10 % „Rücklässe als Garantie, ferner sämtliche frühern Abschlagszahlungen in Abzug gebracht.“ In § 9 des Vertrages endlich ist stipulirt, daß nach gänzlicher Vollendung der Arbeiten die Bauobjekte nach Maßgabe des § 25 der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes von der Gesellschaft definitiv übernommen, die Abrechnung aufgestellt und das Restguthaben verabsolgt werde.

C. Laut Abrechnung vom 29. November 1877 über die in dem Fakt. A bezeichneten Verträge vom 15. August 1876 übernommenen Arbeiten betrug das Gesamtguthaben der Rekurrenten für diese Arbeiten 48 042 Fr. 25 Cts. Das Gesamtguthaben der Rekurrenten aus dem Vertrage vom 25. Juni 1877 (Fakt. B oben) dagegen betrug laut Abrechnung vom 12. Februar 1878 32 892 Fr. 99 Cts. Von diesem waren 3348 Fr. 51 Cts. als Rücklässe bei den Abschlagszahlungen zurückbehalten worden. Im Konkurse der Nationalbahn meldeten nun die Rekurrenten als Restguthaben aus beiden Verträgen eine Forderung von 26 968 Fr. an. Diese Forderung wurde vom Massaverwalter zu dem genannten Betrage in das Schuldenverzeichnis der Bahn aufgenommen und in folgender Weise locirt: 4804 Fr. 22 Cts. (als Betrag der 10prozentigen Garantierücklässe der Verdienstsomme aus dem Vertrage vom 15. August 1876) in Klasse IV; 22 163 Fr.

78 Cts. in Klasse VII. Gegen diese Lokation erhoben die Rekurrenten Einsprache, indem sie den Antrag stellten, ihr mit dem Vertrage vom 25. Juni 1877 zusammenhängendes Restguthaben im Betrage von 3348 Fr. 50 Cts. sei ebenfalls in Klasse IV zu lociren. Durch Entscheid vom 9. Oktober 1879 erhielt indeß der Massaverwalter seine frühere Lokation aufrecht.

D. Gegen diesen Entscheid haben die Bauunternehmer Wullschläger und Müller den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Sie stellten den Antrag: „Die hierseitige Einsprache vom 12. September sei, in Aufhebung des Entscheides des Massaverwalters vom 9. Oktober abhin, als eine begründete zu erklären und daher das den Beschwerdeführern kraft Vertrages vom 25. Juni 1877 zustehende Restguthaben von 3348 Fr. 50 Cts. ebenfalls in die IV. Klasse zu versetzen u. F. d. R.“ Zur Begründung wird angeführt: Der Vertrag vom 25. Juni 1877, aus welchem die streitigen 3348 Fr. 50 Cts. gefordert werden, weiche in Bezug auf die rechtliche Natur der 10 % Rücklässe von dem Vertrage vom 15. August 1876 sachlich nicht ab; es sei nur die Redaktion eine verschiedene, während der Sinn der gleiche sei und jedenfalls die Rekurrenten bei Unterzeichnung des Vertrages vom 25. Juni 1877 der Meinung gelebt haben, es verhalte sich mit den Rücklässen nach demselben in gleicher Weise, wie nach dem frühern Vertrage. Daß diesen Rücklässen der Charakter einer vertragsmäßig bestellten Kaution zukomme, ergebe sich deutlich aus § 8 des Vertrages, welcher auf § 24 der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes verweise, wo ausdrücklich gesagt sei, daß die bei den Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % als Garantie dienen sollen. Mit diesem Charakter der Rücklässe stehe auch § 9 des Vertrages nicht in Widerspruch; denn, wenn auch dieser § 9 besage, daß nach Vollendung der Arbeiten das Restguthaben zahlfällig werde, so sei es doch nicht nöthig, den Ausdruck „Restguthaben“ auf die Rücklässe zu beziehen; vielmehr habe man bei dieser Stipulation an die Möglichkeit gedacht, daß die Abschlagszahlungen nicht, wie verabredet, 90 % erreichen sollten und mit dem Ausdrucke „Restguthaben“ diese Differenz bezeichnen wollen. Die Rücklässe haben also wirklich als Kaution für die Güte der Arbeit und der Materialien während der Ga-

rantiefrist stehen bleiben sollen. Dem stehe nicht entgegen, daß daneben vertragsgemäß noch eine Personalkautio bestellt worden sei, denn dies schließe die Bestellung einer Realkautio durch Rücklaß nicht aus. Endlich sei darauf hinzuweisen, daß zur Zeit der Schlußabrechnung mit den Rekurrenten der Konkurs der Nationalbahngesellschaft vor der Thüre gestanden habe, die Verwaltungsbehörden der Letztern die Rekurrenten also jedenfalls nicht mehr hätten ausbezahlen können, so daß den Rekurrenten der Vorwurf, sie haben ihr Guthaben nicht mit der erforderlichen Diligenz eingefordert, jedenfalls nicht gemacht werden könne. In seiner Rekursbeantwortung stellt dagegen der Massaverwalter die Anträge: Das Bundesgericht wolle 1) den Rekurs abweisen, 2) den Rekurrenten die Gerichtskosten und eine angemessene Prozeßkostenentschädigung an die Masse auferlegen. Er weist zur Begründung darauf hin, daß in dem Vertrage vom 15. August 1876 ausdrücklich neben der Personalkautio auch eine Realkautio durch Rücklaß ausbedungen sei, während der § 4 des Vertrages vom 25. Juni 1877 nur die Bestellung einer Personalkautio vorsehe; der Inhalt der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes, insbesondere des § 24 desselben, sei nur insofern maßgebend, als er mit den Bestimmungen des abgeschlossenen besondern Vertrages nicht im Widerspruch stehe. Nun gehe aber aus § 9 des Vertrages vom 25. Juni 1877 hervor, daß das gesammte Restguthaben der Rekurrenten nach Vollendung der Arbeiten, bzw. der definitiven Uebernahme derselben, durch die Gesellschaft habe ausbezahlt werden sollen, während die Garantiefrist nach § 10 des Vertrages drei Jahre betrage und nach § 27 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes erst vom Tage der definitiven Uebernahme an laufe. Daraus ergebe sich, daß den auf den Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % nicht der Charakter von Garantierücklässen zukomme; die in § 8 des Vertrages enthaltene Hinweisung auf § 24 des Bedingnißheftes ändere daran nichts; diese Verweisung beziehe sich nur auf die Art und Weise der Ausrichtung der stipulirten Abschlagszahlungen, dagegen verleihe sie den zurückbehaltenen 10 % nicht den Charakter von Garantierücklässen, den sie nach den klaren Bestimmungen des Vertrages nicht haben.

Was die Behauptung der Rekurrenten anbelange, daß sie die Bestimmungen des Vertrages vom 25. Juni 1877 in Beziehung auf die Rücklässe für gleichbedeutend mit denjenigen des Vertrages vom 15. August 1876 gehalten haben, so werde dieselbe dem Bundesgerichte zu gutfindender Würdigung unterstellt.

In ihrer Replik begnügen sich die Rekurrenten, von der Letztern Erklärung des Massaverwalters, beziehungsweise davon, daß dieser ihre bezügliche Behauptung nicht direkt bestritten hat, Akt zu nehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 38 Ziffer 4 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 kommt, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, das Privilegium IV. Klasse allen Guthaben von Bauunternehmern zu, welche als Kautio, sei es für die Vollendung der Arbeiten bis zum Zeitpunkte der Vollendung, sei es für die Güte der Arbeit und der Materialien bis nach Ablauf einer vereinbarten Garantiefrist vertragsgemäß stehen geblieben sind, d. h. deren Zahlbarkeit infolge der vertraglichen Vereinbarung, daß sie als Kautio dienen sollen, über den im Allgemeinen für die Leistungen der Gesellschaft im Vertrage ausbedungenen Fälligkeitstermin hinaus erstreckt worden ist. Ob eine Vereinbarung dieses Inhaltes vorliege, ist eine Frage der Vertragsinterpretation im einzelnen Falle.

2. Die Frage nun, ob in dem Vertrage vom 25. Juni 1877 eine derartige Vereinbarung, wonach die auf den stipulirten Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % als Kautio, sei es für die Vollendung der Arbeiten, sei es für die Solidität derselben, dienen sollen, enthalten sei, ist zu bejahen, denn:

a. Das Bedingnißheft enthält ein Verzeichniß allgemeiner, von der Gesellschaft aufgestellter und kundgegebener Vertragsnormen, unter welchen dieselbe mit den Unternehmern kontrahiren zu wollen erklärt. Dadurch, daß die Unternehmer auf Grundlage des Bedingnißheftes mit der Gesellschaft kontrahirten, haben sie sich den Bestimmungen desselben unterworfen, dieselben mithin als Bestandtheile des Vertrages anerkannt. Der Inhalt des Bedingnißheftes gilt demnach als zwischen den Parteien vereinbarte *lex contractus*. (Vergl. Goldschmid in der Zeitschrift für das ge-

sammte Handelsrecht IV S. 594 u. ff.; Laband, *ibid.* XVII S. 476 u. ff.) Dies ist überdem in Art. 1 des Vertrages vom 25. Juni 1877 und dem dazu gehörigen Marginale ausdrücklich ausgesprochen. Wenn nun auch, soweit die speziellen Verträge von den allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes abweichende Vereinbarungen enthalten, unzweifelhaft die besondern Bestimmungen des Vertrages und nicht die allgemeinen des Bedingnißheftes zur Anwendung kommen müssen, da insoweit die Parteien offensichtlich die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes nicht gewollt haben, so ist doch ein solcher Widerspruch zwischen dem speziellen Vertrage und der allgemeinen Vertragsnorm, dem Bedingnißhefte, regelmäßig nicht zu unterstellen; es ist vielmehr im Zweifel anzunehmen, daß die Anwendung der als allgemeine Vertragsnorm von der Gesellschaft aufgestellten und von den Unternehmern anerkannten Bestimmungen des Bedingnißheftes auch im speziellen Falle gewollt sei.

b. § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes für Hochbauten enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß den Unternehmern Abschlagszahlungen verabfolgt, daß aber bei Leistung derselben 10 % als Garantie, d. h. zu Kautionszwecken zurückbehalten werden. § 27 *ibidem* bestimmt, daß für Solidität der ausgeführten Arbeiten „eventuell“ auch die 10 % Garantierücklässe während der Garantiefrist haften. Nach den Bestimmungen des Bedingnißheftes unterliegt es also keinem Zweifel, daß die zurückbehaltenen 10 % als vertragsmäßige Kautionszahlung zu betrachten sind. Das Bedingnißheft erkennt die Garantierücklässe *expressis verbis* als weitere Kautionszahlung neben der in Art. 1 desselben vorgeschriebenen besondern Real- oder Personalkautionszahlung an; es steht also selbst eine doppelte Kautionszahlung durch Rücklaß und durch Bürgschaft oder Pfandbestellung vor.

c. Im Vertrage vom 25. Juni 1877 ist die Anwendung dieser allgemeinen Normen des Bedingnißheftes keineswegs ausdrücklich ausgeschlossen; es wird im Gegentheil in Art. 8 des Vertrages, welcher den Unternehmern Abschlagszahlungen zusichert, auf § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes, welcher einen 10prozentigen Garantierücklaß vorstelt, spe-

ziell verwiesen; es werden also die Normen dieses Artikels speziell als anwendbar erklärt. Mit der Kautionsseignenschaft der zurückbehaltenen 10 %, welche demnach als vereinbart gelten muß, stehen denn auch die Bestimmungen des Vertrages durchaus nicht im Widerspruch. Aus dem citirten Art. 8 (vergl. oben Fakt. A) ergibt sich, daß die Unternehmer berechtigt sind, monatliche Abschlagszahlungen für die ausgeführten Arbeiten zu fordern, daß also diese Abschlagszahlungen an sich ihrem ganzen Betrage nach fällig wären und daß lediglich infolge der Vereinbarung einer Kautionsbestellung durch Rücklaß die streitigen 10 % zurückbehalten werden. Der Art. 9 des Vertrages sodann, auf welchen der Massaverwalter sich speziell bezieht, schließt den Garantiecharakter der Rücklässe ebenfalls nicht aus. Wenn man nämlich auch die Auslegung des Massaverwalters, daß das nach § 9 cit. mit Vollendung der Arbeiten fällig werdende Restguthaben gerade die streitigen 10 % umfasse, adoptirt, so kann doch daraus die Folgerung, daß dieselben mithin nicht als Garantierücklässe im Sinne des § 24 cit. des Bedingnißheftes betrachtet werden können, nicht abgeleitet werden. Denn aus dem Umstande, daß die Rücklässe mit Vollendung der Arbeiten fällig werden, folgt nur, daß dieselben nicht als Kautionszahlung für die Solidität der Arbeiten während der Garantiefrist bestellt worden sind; dagegen ist es damit keineswegs unvereinbar, daß sie als Kautionszahlung, freilich nicht für die Solidität, wohl aber für die Vollendung der Arbeiten, vertragsmäßig bestellt seien. Das Bedingnißheft hat denn auch eine Beschränkung der Garantiefunktion der Rücklässe auf diesen Zweck unverkennbar vorgesehen, wie sich daraus ergibt, daß es in § 24 der allgemeinen Bedingungen den Abzug von 10 % als „Garantie“ allgemein vorschreibt, dagegen in § 27, wo von der Garantie für die Solidität der Arbeiten die Rede ist, die Rücklässe nur „eventuell,“ d. h. für den Fall, daß sie nach den Bestimmungen des einzelnen Vertrages auch für diesen Zweck bestellt und nicht schon mit Vollendung der Arbeiten zurückzugeben sind, nennt. § 9 des Vertrages steht also, auch wenn man die vom Massaverwalter vertretene Auslegung desselben annimmt, mit den Bestimmungen der §§ 24 und 27 des Bedingnißheftes keineswegs im Widerspruch. Es müssen also die

Bestimmungen dieses Artikels als zwischen den Parteien vereinbarte *lex contractus* zur Anwendung kommen und danach der Kautionscharakter der zurückbehaltenen 10 % anerkannt werden.

d. Dieses Resultat wird auch durch das tatsächliche Verhalten der Parteien, insbesondere durch das, für sich allein freilich nicht entscheidende, Gebahren der Verwaltung der Nationalbahn in Bezug auf die Buchung der streitigen 10 % bestätigt. Es kann auch zur Bekräftigung auf die Erklärung der Rekurrenten hingewiesen werden, daß sie ihrerseits bei Unterzeichnung des Vertrages vom 25. Februar 1877 von der Anschauung ausgegangen seien, derselbe stimme in den hier fraglichen Punkten mit dem frühern Vertrage überein, welche Erklärung, da sie vom Massaverwalter in tatsächlicher Beziehung nicht bestritten worden ist, nach Art. 100 des eidgenössischen Zivilprozeßgesetzes als zugestanden gelten muß, und welcher immerhin eine gewisse Bedeutung als Interpretationsmoment zukommt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demnach in Abänderung des Entscheides des Massaverwalters von der Ansprache der Rekurrenten das diesen aus dem Vertrage vom 25. Juni 1877 zustehende Restguthaben von 3348 Fr. 50 Cts. (dreitausend dreihundert und acht und vierzig Franken fünfzig Rappen) ebenfalls in Klasse IV versetzt.

III. Civilstand und Ehe. — *État civil et mariage.*

29. Urtheil vom 13. Februar 1880 in Sachen
Eheleute Hunziker.

A. Durch Urtheil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 19. Dezember 1879 wurde, in einiger Ergänzung des Urtheils des Bezirksgerichtes Aarau von 10. Oktober gleichen Jahres, erkannt:

1. Die zwischen den Litiganten bestehende Ehe sei gänzlich getrennt;

2. Das derselben entsprossene Mädchen sei dem Vater zur Pflege und Erziehung überlassen;

3. Der Beklagte habe der Klägerin ihre zugebrachte Fahr- habe laut Inventar *in natura*, eventuell nach ihrem Werthe, sowie das eingebrachte Kapitalvermögen mit 5000 Fr. herauszugeben;

4. Die sämtlichen Streitkosten seien unter den Parteien wettgeschlagen.

Dispositiv 2 dieses Urtheils wurde vom Obergerichte damit begründet: In Beziehung auf die Zuthellung der Kinder sei das kantonale Recht maßgebend; dem § 149 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches, wonach die Kinder im Falle einer Scheidung dem unschuldigen Theile überlassen werden sollen, wenn sich die Ehegatten nicht anders darüber verständigt haben oder von dem Gerichte aus erheblichen Ursachen eine andere Anordnung als für die Kinder selbst vortheilhafter erachtet werde, liege nun aber das Prinzip zu Grunde, daß bei der Frage, welchem der getrennten Ehegatten die Kinder überlassen werden sollen, das Wohl und der Vortheil der letztern selbst als entscheidend angesehen werden müssen. Von diesem Standpunkte aus aber rechtfertige sich mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage die Zuthellung des Kindes an den Vater.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte Frau Pauline Hunziker durch Eingabe vom 7. Januar 1880 in Anbetracht, „daß die Klägerin als der unschuldige Theil, der die Scheidung verlangt hat, anzusehen ist, jedenfalls sie das geringere, den Beklagten das größere Verschulden trifft und weder durch die Prozedur festgestellt, noch vom Obergerichte erklärt wird, daß für den Richter, der die Schuldfrage zu Gunsten der Klägerin entscheidet und nicht wie das Obergericht unentschieden läßt, d. h. die Wahl zwischen zwei vermeintlich gleichberechtigten Eltern vornimmt, erhebliche Ursachen bestehen, um von der durch § 149 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches als Regel ausgesprochenen Vorschrift, es seien die Kinder dem unschuldigen Theile zu überlassen, Umgang zu nehmen,“ den Rekurs an das Bundesge-