

D. Die Basler Handelsbank und der Massaverwalter stellten nun durch das Organ des letztern beim Bundesgerichte das Gesuch, daß dasselbe über die Klassifikation jener Kosten durch einfachen Beschluß entscheide.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Unter die Liquidationskosten, welche nach Art. 38 des Bundesgesetzes über Verpfändung und Liquidation der Eisenbahnen in erster Linie befriedigt werden müssen beziehungsweise von dem Steigerungserlöse vorweg zu nehmen sind, können nur diejenigen Kosten verstanden werden, welche nach erkannter Liquidation im Interesse sämmtlicher Gläubiger behufs deren Befriedigung durch Vertheilung des Massagutes in Folge der Anordnungen der Liquidationsbehörden entstehen und daher im Konkurse auch nicht angemeldet zu werden brauchen. Dagegen fallen unter diese Kosten nicht diejenigen Auslagen, welche einzelne Gläubiger oder eine gewisse Klasse derselben zum Zwecke der Herbeiführung der Liquidation gehabt haben. Diese erscheinen vielmehr lediglich als Parteikosten, welche wie jede andere Ansprache, um nicht von der Masse ausgeschlossen zu werden, von den betreffenden Gläubigern im Konkurse angemeldet werden müssen.

2. Solche Parteikosten sind nun aber diejenigen Auslagen, um welche es sich hier handelt. Wenn die Basler Handelsbank geltend macht, daß dieselben ohne oder sogar gegen ihren Willen erwachsen seien, so kann dieser Umstand nicht als entscheidend erachtet werden. Denn, wie das Bundesgericht schon in seinem Beschlusse vom 11. Dezember 1875 ausgeführt hat, mußte die Einberufung der Versammlung sämmtlicher Titelinhaber gemäß gesetzlicher Vorschrift erfolgen und es haben daher die diesfälligen Kosten eine ähnliche rechtliche Natur, wie Schuldbetreibungskosten, die ebenfalls gegen den Willen der Gläubiger zufolge gesetzlicher Vorschrift entstehen, weil sonst die Eröffnung des Konkurses gegen den säumigen Schuldner nicht statthaft ist. Als eine erste Kreditorenversammlung kann jene Versammlung keineswegs angesehen werden. Denn dieselbe bezog sich lediglich auf die Titelinhaber des Pfandanlehens, somit nur auf eine spezielle Klasse der Gläubiger, deren Interessen

mit denen der übrigen Kreditoren keineswegs identisch waren. Uebrigens ist klar, daß wenn die angeordnete Versammlung gegen das Begehren der Handelsbank entschieden hätte, von einer Einreihung der betreffenden Kosten unter die Liquidationskosten keine Rede sein könnte; wie sich nun aber die rechtliche Natur dieser Kosten ändern sollte, weil sich die Mehrheit der Titelinhaber dem Begehren der Bank angeschlossen hat, ist nicht einzusehen. Im einen wie im andern Falle sind diese Kosten vor dem Liquidationserkenntniß lediglich im Interesse einer speziellen Gläubigerklasse und keineswegs in demjenigen aller Gläubiger erfolgt und daher nach dem oben Gesagten keine Liquidationskosten.

Demnach hat das Bundesgericht
beschlossen:

Das Begehren um Abänderung des Klassifikationsbescheides des Massaverwalters ist abgewiesen und es hat daher bei demselben sein Verbleiben.

30. Urtheil vom 22. Februar 1877 in Sachen
Roget und Comp. gegen die Liquidationsmasse der
Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern.

A. Unterm 28. August 1873 wurde zwischen der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern und den Brüdern Jules, Joseph und Auguste Fabre ein Vertrag abgeschlossen, wodurch den letztern die Ausführung des ca. 1130 M. langen Zimmeregg隧nells zwischen Littau und Luzern übertragen wurde. Der Vertrag und das einen integrierenden Bestandtheil des letztern bildende Bedingnißheft enthalten u. A. folgende Bestimmungen:

§. 5 des Vertrages:

Der Unternehmer erhält während des Baues, auf Grund der von der Bauleitung aufgestellten approximativen Urkunden, monatliche Abschlagszahlungen im Betrage von circa neun Zehntel des Werthes seiner Arbeiten oder Lieferungen.

Bei Uebernahme der fertigen Arbeiten oder Lieferungen durch

die Gesellschaft wird, auf Grund der Maßurkunde, die Abrechnung aufgestellt, welche der Unternehmer zu prüfen und unter ausdrücklicher Verzichtleistung auf alle und jede Nachforderungen für die abgerechneten Gegenstände schriftlich anzuerkennen hat.

Nach erfolgter Abrechnung einzelner Bauobjekte oder Lieferungen steht es der Direktion frei, bis zur definitiven Abrechnung sämtlicher Vertragsgegenstände einen Zehntel des Betrages der Abrechnungen als Garantie zurückzubehalten.

Nach erfolgter definitiver Abrechnung sämtlicher Vertragsarbeiten, resp. Lieferungen findet die Auszahlung des Restes der Forderung des Unternehmers, abzüglich der Kaution, statt.

§. 19 des Bedingnißheftes:

Betreibt der Unternehmer die von ihm herzustellende Arbeit so, daß nach dem Ermessen der Bauleitung den Bedingungen des Vertrages entweder in Hinsicht auf die Beschaffenheit der Materialien und der Arbeit oder in Hinsicht auf die einzuhaltenden Termine nicht Genüge geleistet wird, so ist die Bauverwaltung berechtigt, mittelst Anschaffung tauglicher Materialien, Aufstellung weiterer Werkführer und Arbeiter auf Kosten des Unternehmers einzuschreiten oder demselben das Geschäft gänzlich abzunehmen und es, ohne dabei an die Preise des ersten Vertrages gebunden zu sein, einem andern zu übergeben.

Die besonderen Kosten, welche solche Maßregeln veranlassen, als erhöhte Tagelöhne, Belohnung von Werkführern, Aufbesserung der kontrahirten Preise für den neuen Unternehmer u. s. w. fallen dem ersten Unternehmer zur Last.

Die Anwendung derartiger Maßregeln wird auf den Vorschlag des Oberingenieurs durch die Direktion verfügt und dem Unternehmer 14 Tage vor der Exekution schriftlich mitgeteilt.

Drei vom Präsidenten des Bundesgerichtes zu bezeichnende Experten haben innerhalb dieser vierzehntägigen Frist den Stand der Arbeiten zu konstatiren und die Abrechnung nach Maßgabe des Vertrages zu prüfen, so daß nach Ablauf dieser 14 Tage die Weiterführung der Arbeiten seitens der Gesellschaft oder eines neuen Unternehmers ohne Weiters stattfinden kann. Der Unternehmer verzichtet hiemit ausdrücklich auf alle und jede Einsprache oder Forderung betreffend das Exekutionsverfahren.

Der Betrag der Abrechnung über die bereits ausgeführten Bauten wird, nach vollendetem Bau, dem Unternehmer ausbezahlt, im Sinne von §. 24 hienach.

§. 24 des Bedingnißheftes:

Auf Grund der Maßurkunden und Kostenberechnungen, sowie des Erfundes bei der provisorischen Uebernahme, wird das Kostenverzeichnis aufgestellt, welches der Unternehmer zu prüfen und unter ausdrücklicher Verzichtleistung auf alle und jede Nachforderungen für die in demselben abzurechnenden Baugesenstände unterschriftlich anzuerkennen hat.

Nach erfolgter Abrechnung findet die Ausbezahlung des Restes der Forderung des Unternehmers, abzüglich des Betrages der nach §. 3 von ihm hinterlegten Kaution, sowie des Betrages der nach §§. 18 und 23 etwa von dem Unternehmer zu leistenden Konventionalstrafe oder Verbesserungskosten statt.

B. Am 2. August 1874 notifizirte die Gesellschaft den Brüdern Favre, daß sie beschlossen habe, denselben die gesammte Arbeit des Zimmerreggtunnels abzunehmen und auf dem Wege der Exekution in Regie auszuführen. Am 7. August fand sodann unter Mitwirkung der vertragsmäßig bezeichneten Experten eine Abrechnung über die bis dahin ausgeführten Arbeiten statt, welche folgendes Resultat ergab:

a. Geleistete Arbeiten	310,649 Fr.
b. Vorräthige Moellons	54,000 "
Summa:	364,649 Fr.
Hievon ab ca. 10% als Garantie	36,449 "
bleiben:	328,200 Fr.
Provisorischer Zuschlag für Installationen, Hülfsmaterial, Werkgeschirr, Pumpen etc.	40,000 "
Summa:	368,200 Fr.
Davon ab die geleisteten Zahlungen	297,600 "
bleiben:	70,600 Fr.

Die Brüder Favre cedirten diese Restanz von 70,600 Fr. an Roget und Comp. in Genf, welche dieselbe bei der Eisenbahngesellschaft einforderten. Da jedoch letztere die Bezahlung ver-

weigerte und eventuell die Abrechnung von 27,200 Fr. als Betrag dreier nach dem 7. August 1874 gemachter Zahlungen verlangte, so gelangte der Streit an ein Schiedsgericht, welches am 21. Dezember 1874 erkannte, Roget und Comp. seien nicht berechtigt, den Betrag der Abrechnung vom 7. August 1874 jetzt schon einzufordern, sondern sie müssen mit der Geltendmachung der dahertigen Ansprüche zuwarten bis nach vollendetem Bau und bis zu der nachfolgenden definitiven Ausrechnung über das ganze Unternehmen. -- Die Begründung dieses schiedsgerichtlichen Urtheils geht im Wesentlichen dahin:

Der Spezialvertrag, durch welchen die Ausführung des Zimmerreggtunnels den Gebrüdern Favre übertragen worden, enthalte als §. 9 den Schlusssatz:

„Im Uebrigen gelten für diesen Vertrag die Bestimmungen „des Bedingnißheftes, welches der Unternehmer mit diesem Vertrage als für ihn in allen Theilen rechtsverbindlich unterzeichnet hat.“

Nun gelte die Vorschrift des §. 24 des allgemeinen Bedingnißheftes unzweifelhaft nur für den Fall, wenn das Vertragsverhältniß zwischen den Parteien seinen ungestörten Fortgang habe; unmöglich könne dasselbe auch auf den Fall bezogen werden, wo die Direktion sich veranlaßt finde, nach §. 19 des allgemeinen Bedingnißheftes Exekution eintreten zu lassen. Dieser Paragraph werde durch §. 5 des Uebernahme-Vertrages weder aufgehoben noch abgeändert, er müsse also seinem ganzen Inhalte nach in Würdigung gezogen und für die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage als maßgebend angesehen werden.

Der cit. §. 19 schreibe nun vor, daß beim Eintritt der Exekution, bevor die Gesellschaft oder ein neuer Unternehmer die Weiterführung der Arbeit beginnen dürfe, der Stand der Arbeiten und die Abrechnung nach Maßgabe des Vertrages durch Experten festzustellen sei, und dann heiße es am Schlusse des Paragraphs:

„Der Betrag der Abrechnung über die bereits ausgeführten Bauten wird nach vollendetem Bau dem Uebernehmer ausbezahlt, im Sinne von §. 24 hienach.“

Die der exekutiven Weiterführung der Arbeiten vorangehende

Beurkundung des Standes der Arbeiten sei eine gleiche Operation, wie sie früher für die Berechnung der Abschlagszahlungen monatlich vorgenommen worden, aber offenbar habe sie einen andern Zweck, welcher zwar nicht ganz erkennbar sei, dem aber für einmal auch nicht weiter nachzuforschen sei. Es genüge, zu konstatiren, daß der Zweck jedenfalls nicht der sein könne, die dem Unternehmer noch gebührenden Abschlagszahlungen zu ermitteln, weil nach dem Schlusssatz des §. 19 der Betrag der Abrechnung, also das durch dieselbe ermittelte Guthaben des Unternehmers demselben erst nach vollendetem Bau auszuzahlen sei.

Allerdings sei die hierfür gewählte Ausdrucksweise eine ganz unrichtige, weil die nach vollendetem Bau vorzunehmende Abrechnung auf ganz anderer Grundlage beruhe. Im vorliegenden Falle werde nämlich die Forderung des Unternehmers gemäß dem Vertrage einfach per Laufmeter Tunnel berechnet, das Ergebnis der beim Eintritt der Exekution erhobenen Abrechnung habe also für die Schlussrechnung gar keine Bedeutung. Aber dennoch sei soviel sicher, daß das Ergebnis, der Betrag dieser Abrechnung, nicht jetzt, sondern erst nach vollendetem Bau, erst bei der definitiven Abrechnung über das ganze Unternehmen ausbezahlt werden solle. Mit andern Worten, nach Eintritt der Exekution werden dem Unternehmer keine Abschlagszahlungen mehr geleistet. Das sei sehr bestimmt ausgesprochen dadurch, daß gesagt werde, die Auszahlung solle „nach vollendetem Baue“ stattfinden, der Zusatz „im Sinne von §. 24 hienach“ gebe gar keinem Zweifel Raum, daß damit auf die definitive Schlussrechnung verwiesen werde.

C. Darauf traten die Brüder Favre vor einem neu gebildeten Schiedsgerichte gegen die Eisenbahngesellschaft mit dem Rechtsbegehren auf, daß die letztere schuldig erklärt werde, ihnen zu bezahlen:

a. als Saldo für ausgeführte Arbeiten am Zimmerreggtunnel und als Vergütung für das durch die Beklagte behändigte Betriebsmaterial 189,175 Fr. 15 Cts. sammt Zinsen, und

b. als Entschädigung für die aus der ungerechtfertigten Exekution erwachsenen Nachteile die Summe von 200,000 Fr.

Durch Urtheil des Schiedsgerichtes vom 2. August 1876 wurden folgende Posten der Brüder Favre gutgeheißen:

1. Saldo für Arbeiten auf 6. August 1874	30,600 Fr.	—	Cts.
2. Zuschlag für Installationen	29,416 "	10	"
3. Rechnung über Regie-Arbeiten	3,351 "	60	"
4. Verwendetes Betriebsmaterial	73,463 "	79	"
5. Borräthiges Material	1,728 "	80	"
6. Zurückbehaltene Garantiesumme	36,419 "	—	"

Summa: 174,979 Fr. 29 Cts.

Hievon wurden in Abrechnung gebracht:

a. die geleisteten Abschlags-	
Zahlungen	27,200 Fr.
b. die der Gesellschaft zu-	
gespröch. Entschädigung	50,000 "

Summa: 77,200 " — "

so daß die Gesellschaft den Brüdern Favre
schuldig verblieb 97,779 Fr. 29 Cts.

Den Brüdern Favre wurde das Recht eingeräumt, den Rest des noch in natura vorhandenen Materials gegen entsprechenden Abzug von ihrer Forderung zu beziehen; sie erklärten jedoch, daß sie von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen.

D. In der Liquidation der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern wies der Massaverwalter, entgegen dem Begehren der Brüder Favre, daß die ganze Forderung von 97,779 Fr. 29 Cts. in die vierte Klasse rangirt werde, nur 9219 Fr. in diese Klasse, den Rest dagegen in die siebente Klasse, ohne Zahlungsmittel, ein, und zwar auf Grund folgender Erwägungen:

Den Charakter eines als Kaution bei der Gesellschaft stehen gebliebenen und daher in Klasse IV einzureichenden Guthabens haben nur die in der vorläufigen Abrechnung vom 7. August 1874 erscheinenden 36,419 Fr.; alle übrigen Forderungsposten seien entweder streitig oder nur für die Schlußabrechnung pro memoria vorgemerkt worden.

Die unterm 24. und 25. August und 1. September 1874 an die Arbeiter der Brüder Favre auf Rechnung der letztern ausbezahlten 27,200 Fr. seien an der Garantiesumme von 36,449 Fr. abzurechnen, weil zur Zeit der Ausbezahlung die Brüder Favre

kein anderes liquides Guthaben besessen haben, auf dessen Rechnung diese Auszahlung hätte geschehen können.

Um die erst durch schiedsgerichtliches Urtheil vom 2. August 1876 festgestellte weitere Forderung ebenfalls in Klasse IV zu lociren, fehle es an allen rechtlichen Anhaltspunkten, da die Ausbezahlung dieser Summe lediglich deshalb nicht erfolgt sei, weil erst nach Bauvollendung durch die alsdann vorzunehmende Abrechnung habe ermittelt werden können, ob überhaupt für die Ansprecher noch ein Guthaben bestehe.

E. Gegen diesen Entscheid ergriffen Roget und Comp. den Rekurs an das Bundesgericht. Sie wiederholten ihr Begehren, daß ihre ganze Forderung in die vierte Klasse angewiesen werde, und führten zur Begründung an:

1. Was den zurückbehaltenen Zehntel von 36,419 Fr. betreffe, so mache die Massaverwaltung lediglich geltend, daß die an die Brüder Favre geleisteten Abschlagszahlungen an dieser Garantiesumme abzurechnen seien. Allein der Begründung des Massaverwalters sei entgegenzuhalten, daß, abgesehen von den übrigen durch das schiedsgerichtliche Urtheil den Klägern zugesprochenen Posten, die Brüder Favre einen Saldo für Arbeiten auf 5. August 1874 im Betrage von 30,000 Fr. zu fordern gehabt haben, welcher von der Gesellschaft nicht bestritten gewesen sei. Auch liege auf der Hand, daß die Intention der Parteien nicht dahin gegangen sei, mit Uebergehung der übrigen Ansprüche gerade denjenigen Posten zu kompensiren, welcher unbestrittenermaßen als Kaution angelegt gewesen sei.

2. Bezüglich des übrigen Theiles der Forderung könne ebenfalls nachgewiesen werden, daß derselbe vertragsgemäß als Kaution bei der Eisenbahngesellschaft stehen geblieben sei, indem das Schiedsgericht die §§. 19 und 24 des allgemeinen Bedingnißheftes in seinem Urtheile vom 21. Dezember 1874 dahin interpretirt habe, daß das fragliche Guthaben erst nach vollendetem Baue auszubezahlen sei und mithin von der Gesellschaft bis zu diesem Zeitpunkt vertragsmäßig zurückbehalten werden dürfe. Dieser Rückbehalt sei kein zweckloser, willkürlicher gewesen, sondern habe augenscheinlich der Gesellschaft zur Kompensation für ihre Gegenansprüche, somit als Kaution für die Verpflichtungen der Bauunternehmer dienen sollen.

Das schiedsgerichtliche Endurtheil vom 2. August 1876 habe die Abrechnung vom 7. August 1874 bei Bestimmung der Favre'schen Forderungen im Wesentlichen zur Grundlage genommen und dieselbe bloß in einzelnen Punkten revidirt. Daß diese Ansprüche erst späterhin dem Betrage nach definitiv festgestellt worden seien, ändere nichts an dem Ursprunge und der Natur derselben.

3. Auch der Entschädigungsforderung der Unternehmer für das Betriebsmaterial im Betrage von 73,463 Fr. 79 Cts. müsse die nämliche Qualifikation zukommen, wie dem übrigen Guthaben, indem dieses Material von der Gesellschaft ebenfalls unter Bezugnahme auf den Vertrag und unter Androhung einer Berufung an das Schiedsgericht behändigt und als Garantie retinirt worden sei.

F. Der Massaverwalter trug auf Abweisung der Beschwerde an, im Wesentlichen gestützt auf die Begründung des angefochtenen Entscheides, welcher er noch beifügte:

1. Nach Art. 38 des Bundesgesetzes über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen sei klar, daß nur diejenigen Guthaben von Bauunternehmern in die vierte Klasse locirt werden können, welche vertragsgemäß als Kaution bei der Eisenbahngesellschaft stehen geblieben seien. Als solche Kaution für die Mängel der gelieferten Arbeit und sonstige Vertragswidrigkeiten qualifizire sich im vorliegenden Falle einzig die Summe von 36,419 Fr., welche gemäß §. 5 des Bauvertrages als Garantiezehntel auf der Gesamtleistung der Brüder Favre zurückbehalten worden sei. Den übrigen Theil habe die Gesellschaft nicht als vertragsmäßige Kaution retinirt, sondern es sei derselbe erst mit der Schlußabrechnung existent geworden.

2. Nachdem die Gesellschaft am 7. August 1874 den Brüdern Favre die Arbeit abgenommen und den Bau des Zimmeregg-tunnels in Regie übernommen gehabt, seien die Brüder Favre außer Stande gewesen, die schuldigen Arbeitslöhne auszubehalten. Im Einverständnisse mit den Favre habe daher die Gesellschaft, um den ungestörten Fortgang der Arbeit zu sichern, sich entschlossen, auf deren Rechnung das Erforderliche vorzuschießen. Da nun zu jener Zeit die Brüder Favre außer der Kaution ein

liquides Guthaben an die Gesellschaft nicht bebesen haben, so könne auch die Abrechnung der Zahlungen auf keinem andern Posten, als auf der Kaution stattfinden; dies um so weniger, als die Gesellschaft nach dem schiedsgerichtlichen Urtheile vom 21. Dezember 1874 damals durchaus keine Verpflichtung zu einer Zahlung an die Brüder Favre gehabt habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach §. 38 des Bundesgesetzes über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen sind im vierten Range zu bezahlen die Guthaben von Bauunternehmern, welche vertragsgemäß als Kaution bei der Eisenbahngesellschaft stehen geblieben sind. Als ein solches Guthaben hat nun der Massaverwalter lediglich denjenigen Zehntel der Verdienstsumme angesehen, zu dessen Rückbehaltung als Garantie die Eisenbahngesellschaft nach §. 5 Absatz 3 des Werkverdingungsvertrages vom 28. August 1873 berechtigt war, und hierin ist demselben beizupflichten.

2. Was nämlich den übrigen Theil der rekurrentischen Forderung betrifft, so fällt vorerst der den Rekurrenten, resp. ihren Rechtsvorfahren für verwendetes Betriebsmaterial zukommende Betrag ohne Weiters außer Betracht, indem aus den Akten sich überall nicht ergibt, daß dieses Guthaben als Kaution oder Garantie bei der Eisenbahngesellschaft stehen geblieben, beziehungsweise eine hierauf gerichtete Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden sei. Der einzige Grund, warum diese Summe den Brüdern Favre nicht früher ausbezahlt wurde, war vielmehr offenbar der, daß die Eisenbahngesellschaft eine größere Gegenforderung zur Kompensation verstellte und deshalb zwischen derselben und den Brüdern Favre Prozeß waltete.

3. Aber auch bezüglich desjenigen Betrages, welchen die Gesellschaft, abgesehen von dem in Erwägung 1 erwähnten sogen. Garantiezehntel, an die Verdienstsumme der Brüder Favre nach der Abrechnung vom 7. August 1874 schuldig verblieben ist, kann nicht gesagt werden, daß derselbe als Kaution stehen geblieben sei.

Die einschlagenden Bestimmungen sind die Fakt. A aufgeführten §. 19 lemma 3—5 und §. 24 des zu dem Vertrage gehörenden allgemeinen Bedingnißheftes. Unklar ist nun die in §. 19 a. G. enthaltene Verweisung auf §. 24; indessen kann doch wohl keinem

begründeten Zweifel unterliegen, daß der Sinn jenes 1. §. der ist: Wird gegen einen Unternehmer die Exekution angeordnet und derselbe daher außer Accord gesetzt, so findet mit demselben mit Bezug auf die ausgeführten Arbeiten unter Zuzug gerichtlich ernannter Experten eine Abrechnung statt, deren Betrag dem Unternehmer gutgeschrieben, jedoch erst nach vollendetem Bau ausbezahlt wird; abzüglich der hinterlegten Kaution, sowie des Betrages etwa von dem Unternehmer zu leistender Konventionalstrafen oder Verbesserungskosten. Für diese Interpretation spricht ganz entscheidend der oben angeführte Schlusssatz des §. 19, wonach „der Betrag der Abrechnung über die bereits ausgeführten Bauten nach vollendetem Bau ausbezahlt wird.“ Denn daß der erste Satz des §. 24 auf dieses Verhältnis gar keine Anwendung finden kann, sondern sich lediglich auf den Fall bezieht, wo der Unternehmer die übernommenen Arbeiten vollständig ausgeführt hat, ergibt sich zur Evidenz aus einer Vergleichung dieser Bestimmung mit §. 23 ibidem, wo von der provisorischen Uebernahme nach Vollendung eines jeden Bauobjektes und Prüfung der auf dasselbe bezüglichen Maßurkunden und Kosten die Rede ist.

Hienach ist nun zwar allerdings ziemlich klar, daß die Fälligkeit des aus der Abrechnung über die ausgeführten Arbeiten für die außer Accord gesetzten Unternehmer resultirenden Guthabens zu Gunsten der Eisenbahngesellschaft bis nach Vollendung des Baues hinausgerückt worden ist, um derselben Sicherheit für allfällige Gegenforderungen zu bieten, zumal nach §. 19 lemma 2 des Bedingnißheftes die besondern Kosten, welche die Exekution veranlaßt, als erhöhte Tagelöhne u. s. w., dem ersten Unternehmer zur Last fallen und bekanntermaßen die Regie-Arbeiten immer erheblich höher zu stehen kommen. Allein gleichwohl kann hier nicht von einer vertragsmäßigen Kaution oder Garantie die Rede sein, indem eben doch nichts weiter vorliegt, als die im Interesse des Werkübergebers getroffene Bestimmung, daß nach angeordneter Exekution an den Unternehmer bis nach vollendetem Bau keine Zahlungen mehr geleistet werden, und diese Bestimmung gegenüber dem Unternehmer offenbar mehr einen pönalen Charakter als denjenigen einer Kautionseinstellung hat.

4. Ist demnach der Entscheid des Massavertwalters, soweit es sich um die Frage handelt, welcher Theil der rekurritischen Forderung in die vierte Klasse zu verweisen sei, zu bestätigen, so fragt sich ferner, an welchem Theil jenes Guthabens die unbestrittenermaßen nach dem 7. August 1874 geleisteten drei Abschlagszahlungen von zusammen 27,200 Fr. in Abzug gebracht werden müssen. In dieser Hinsicht ist es nun nicht richtig, wenn der angefochtene Entscheid sagt, daß die Brüder Favre damals kein anderes liquides Guthaben gehabt haben, als den Garantiezehntel von 36,449 Fr. Vielmehr ist klar, daß, wenn dieser Garantiezehntel damals liquid gewesen ist, die Liquidität wenigstens auch denjenigen 30,600 Fr. zukam, welche sich nach Abzug der Garantiesumme und der geleisteten Abschlagszahlungen von 297,600 Fr. als Rest ihrer Verdienstofforderung von 364,649 Fr. (von welcher auch der Garantiezehntel berechnet ist) ergeben. In der That steht denn auch nach dem in der vorigen Erwägung dem Art. 19 des Bedingnißheftes gegebenen Interpretation fest, daß jene ganze Differenz zwischen Verdienstsumme und Abschlagszahlungen wohl liquid, dagegen allerdings nicht fällig war, indem der cit. §. 19 deren Fälligkeit bis zur Vollendung des Baues hinausshob. Mit dieser Auffassung und Auslegung des Bedingnißheftes stimmt aber auch ferner das eigene Verhalten der Eisenbahngesellschaft in den beiden schießsgerichtlich erledigten Prozessen überein, indem dieselbe in jenen Prozessen die beiden Posten von 36,449 Fr. Garantiezehntel und 30,600 Fr. Saldo der Arbeiten auf 6. August niemals in Zweifel gezogen, sondern stets als richtig anerkannt hat. (Vergl. Urtheil vom 21. Dezember 1874 und Erw. 9 des Urtheils vom 2. August 1876.) Es ergibt sich aber aus dem ersten schießsgerichtlichen Urtheile auch ferner, daß die Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern selbst die drei Zahlungen von 27,200 Fr. an dem Restguthaben von 70,600 Fr. in Abzug bringen wollte, indem sie für den Fall, als das Schiedsgericht dieses Guthaben als fällig ansehen sollte, die Reduktion desselben und jene 27,200 Fr. begehrte. Darin liegt aber der hinreichende Beweis dafür, daß jene Zahlungen nach der, in solchen Fällen in erster Linie entscheidenden Absicht, beider Parteien nicht auf Rechnung der Kaution von 36,449 Fr., sondern

der Restforderung der Brüder Favre gemacht worden sind, und daß sie daher auch in der Liquidation nicht an der Kaution, sondern an dem anderweitigen Guthaben der Brüder Favre in Abrechnung gebracht werden müssen. Uebrigens wäre auch für die Eisenbahngesellschaft in der That nicht der geringste Grund vorhanden gewesen, die Zahlungen gerade an den Garantiezehntel und nicht an den übrigen Theil ihrer Schuld zu leisten, indem der erstere für sie nicht etwa eine lästigere, sondern im Gegentheil deshalb eine weniger lästige Schuld war, weil dessen Fälligkeit erst nach derjenigen der Restforderung eintrat. Es läßt sich wohl begreifen, daß die Eisenbahngesellschaft trotz der angeordneten Exekution ihre Abschlagszahlungen fortsetzte, wie wenn die Exekution nicht eingetreten wäre, dagegen erscheint die Annahme von vornherein unstatthaft, daß die Gesellschaft zwar von dem ihr in §. 19 a. E. des Bedingnißheftes für den Fall der Exekution eingeräumten Rechte Gebrauch gemacht, dagegen auf das ihr unter allen Umständen zustehende Recht, einen Zehnthheil der Verdienstsomme als Garantie zurückzubehalten, Verzicht geleistet habe.

Demnach hat das Bundesgericht

in Klasse VII locirt, entgegen dem Begehren des Bernasconi, daß der letztere Betrag in die III. Klasse versetzt werde.

Die Begründung dieses Entscheides geht im Wesentlichen dahin:

1. Der Ansprecher habe für die Bern-Luzern-Bahngesellschaft als Maurermeister und Hersteller von Cementgebilden rohen Cement und Schüttsteine geliefert und verschiedene Cementarbeiten ausgeführt. Die Forderung sei daher zum Theil einfach aus einer Lieferung von Waare entstanden, welcher Theil füglich ohne Weiteres außer Betracht falle. Dabei müsse es als ganz nebensächlich erscheinen, daß möglicherweise der Ansprecher den Werth des gelieferten Gegenstandes durch von ihm veranlaßte Handtungen erhöht oder geschaffen habe.

Die Arbeiten, die den Grund der übrigen Restforderung bilden, seien dem Maurermeister Bernasconi übertragen und mit ihm hiefür Preise vereinbart worden. Ob letzteres vor Ausführung der Arbeit oder nachher geschehen, ob das Maß der Arbeit vor Uebertragung derselben bestimmt gewesen sei oder nicht, ob die Arbeiten demnach als Regiearbeiten mögen bezeichnet