

## II. Zwangsliquidation von Eisenbahnen.

### Liquidation forcée des chemins de fer.

28. Urtheil vom 22. Februar 1878 in Sachen L. Roget und Comp. gegen Liquidationsmasse der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern.

A. Durch Vertrag vom 5. November 1873 übernahmen die Brüder Jules, Jos. und Aug. Favre in Genf von der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern die Ausführung des Unterbaues des Looses Nr. 8 bei Littau, bestehend in der Strecke von Kilometer 45,800 bis zum Zimmeregg-tunnel. In diesem Vertrage wurde u. A. bestimmt:

1. Die Ausführung der übernommenen Arbeit soll bis zum 1. September 1874 vollendet sein und auf diesen Zeitraum annähernd gleichmäßig vertheilt werden, so daß jeden Monat ca.  $\frac{1}{12}$  der ganzen Arbeit ausgeführt werde.

Im Verspätungsfalle werden den Uebernehmern von ihrem Verdienst für jede Woche der Verspätung nach dem festgesetzten Termine 2000 Fr. abgezogen (§. 3).

2. Die Unternehmer erhalten während des Baues, auf Grund der von der Bauleitung aufgestellten approximativen Urkunden, monatliche Abschlagszahlungen im Betrage von ca.  $\frac{9}{10}$  des Werthes ihrer Arbeiten.

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

Nach erfolgter definitiver Abrechnung sämtlicher Vertragsarbeiten findet die Auszahlung des Restes der Forderung der Unternehmer, abzüglich der Kaution, statt (§. 5).

B. Als nun im Konkurse der Bern-Luzern-Eisenbahngesellschaft Roget und Comp. in Genf, als Cessionare der Brüder Favre, für Ausführung des Unterbaues auf Bauloos 8 eine Restforderung von 40,000 Fr. geltend machten, wies der Massaverwalter diese Ansprache ab, gestützt auf folgende Gründe: „Aus

den Akten ergebe sich, daß die Brüder Favre im Ganzen Arbeiten ausgeführt haben im Betrage von 207,310 Fr. 26 Cts.

An Abschlagszahlungen haben sie erhalten . . . . .	175,580	„	—	„
bleibe Rest	31,730	Fr.	26	Cts.
Hiezu für gelieferte Wuhrnägel . . . . .	1,015	„	—	„
	32,745	Fr.	26	Cts.

Dieser Forderung werde aber eine Gegenforderung gegenüber gestellt:

a) Konventionalstrafe laut §. 3 des Vertrages, 35  $\frac{1}{2}$  Wochen Verspätung à 2000 Fr. . . . 70,572 Fr. — Cts.

b) Entschädigung an die Zwangsge-meinde Blatten . . . 2,587 „ 11 „

Summa 73,159 Fr. 11 Cts.

so daß die Brüder Favre noch heraus-schulden . . . . . 40,413 Fr. 85 Cts.“

C. Gegen diesen Entscheid ergriffen Roget und Comp. den Rekurs an das Bundesgericht. Sie stellten das Begehren, daß die in Rechnung gesetzte Konventionalstrafe von 70,572 Fr. gestrichen, eventuell angemessen herabgesetzt und demgemäß der angefochtene Entscheid abgeändert werde.

Zur Begründung dieses Begehrens führten Rekurrenten an:

1. Die Gesellschaft habe sich mit der Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen gegenüber den Unternehmern im Verzuge befunden, indem sie nach dem Vertrage verpflichtet gewesen sei, denselben monatliche Abschlagszahlungen von  $\frac{9}{10}$  des Werthes der Arbeiten zu leisten, so daß die zurückbehaltene Garantiesumme höchstens 20,731 Fr. betragen sollte, während sie nach der eigenen Aufstellung des Hrn. Massaverwalters auf 31,731 Fr. sich belaufe.

2. Sodann werde bestritten, daß eine erhebliche Verspätung in der Ausführung des 8. Baulooses eingetreten sei. Dasselbe sei mit Ausnahme einer verhältnißmäßig sehr kurzen Strecke

auf der Seite Luzern schon im Herbst 1874 vollendet und von da hinweg durch die Gesellschaft übernommen, beziehungsweise benutzt worden. Die eingetretene Verspätung aber rühre hauptsächlich daher, daß unvorhergesehene außerordentliche Terrain-schwierigkeiten das Vorrücken der Arbeiten verzögert haben. Dazu komme, daß die von der Eisenbahngesellschaft gegen die Brüder Favre als Unternehmer des Zimmeregg隧nells angeordnete Exekution auch auf den Fortbetrieb der Arbeiten am 8. Bauloos ungünstig eingewirkt habe.

3. Abgesehen hiervon habe sich die Gesellschaft mit ihren eigenen Arbeiten und insbesondere mit der Ausführung des von ihr in Regie betriebenen Zimmeregg隧nells' vermaßen im Rückstande befunden, daß eine allfällige Säumniß in der Uebergabe des 8. Baulooses ihr ganz und gar keinen Nachtheil gebracht habe. Die Unternehmer dieses Looses haben daher nie daran denken können, daß eine Konventionalstrafe wegen angeblicher Verspätung gegen sie geltend gemacht werde, zumal sie nie, weder mündlich noch schriftlich, zur Beförderung ihrer Arbeiten angehalten worden seien. Die Gesellschaft habe auch bei keinem der übrigen Unternehmer einen Abzug wegen Verspätung in Rechnung gebracht.

4. Ferner werde behauptet, daß der Uebnahmungsvertrag in Bern abgeschlossen worden sei, und daß nach der bernischen Gesetzgebung die Gültigkeit einer derartigen Stipulation über Konventionalstrafe nirgends vorgesehen sei.

5. Jedenfalls könne der Gesellschaft nicht gestattet werden, die Konventionalstrafe in einem so ruinösen Umfang in Anwendung zu bringen, wie es hier versucht werden wolle, indem die als Konventionalstrafe geforderte Summe ungefähr den dritten Theil der Gesamtleistung der Unternehmer für das 8. Bau-loos ausmache. Selbst nach dem Wortlaute des §. 3 des Vertrages könne die Gesellschaft die Konventionalstrafe nur in so weit geltend machen, als es das jeweilige Restguthaben vom Verdienste betreffe. Hierin liege also zugleich die Grenze, über welche hinaus eine allfällige Konventionalstrafe nicht geltend gemacht werden könne.

D. Die Massverwaltung der Eisenbahngesellschaft Bern-Lu-

zern trug auf Abweisung der Beschwerde an, indem sie auf dieselbe erwiederte:

Ad 1. Diese Behauptung sei unrichtig. Die Abschlagszahlungen seien regelmäßig und rechnungsmäßig geleistet worden bis zu dem Zeitpunkte, wo durch die Renitenz und Säumniß der Unternehmer die Ausführung des Vertrages in Frage gestellt worden sei und die Konventionalstrafe zu laufen begonnen habe. Da es sich nun ergebe, daß die Konventionalstrafe den Rechnungssaldo von 31,730 Fr. um mehr als das Doppelte übersteige, so könne von einem Verzuge der Gesellschaft nicht die Rede sein. Allein selbst abgesehen hiervon sei die Differenz zwischen 20,000 Fr. und 31,000 Fr. mit Rücksicht auf die gesammte Bau-summe nicht so groß, daß sie nicht in dem Rahmen des circa aufginge, welches vor dem  $\frac{2}{10}$  stehe. Die Brüder Favre haben denn auch die Abschlagszahlungen stets unbeanstandet und ohne jede Reklamation angenommen. Endlich dürfe nicht übersehen werden, daß unvollendete Arbeiten keineswegs gleichwerthig mit vollendeten seien und daher der Schluß von dem endlich festgestellten Saldo auf die Proportion der Abschlagszahlungen unrichtig und unstatthaft erscheine.

Ad 2. Der Bauvertrag unterscheide nicht zwischen erheblichen und unerheblichen Verspätungen; übrigens seien die diesfälligen Behauptungen der Rekurrenten unrichtig und ebenso unbegründet sei die Behauptung, daß unvorhergesehene außerordentliche Terrainschwierigkeiten die Verspätung verursacht haben. Die Arbeiten auf dem Bau-loose 8 seien nicht nur nicht auf das bestimmte Datum, 1. September 1874, sondern überhaupt nie fertig gestellt worden. Dies gelte besonders von dem Einschnitt 51,600. Die daherige Vervollständigung resp. Verbesserung der Arbeit der Gebrüder Favre sei zum Theil erst in Liquidationskosten ausgeführt worden. Die Anfangs August 1874 angeordnete Exekution am Zimmeregg隧nel habe die Brüder Favre in keiner Weise am gehörigen Betriebe der Arbeiten am 8. Loose gehindert.

Ad 3 werde die Behauptung, daß die Unternehmer nie gemahnt worden seien, bestritten. Mit den übrigen Unternehmern haben gültliche Abmachungen stattgefunden und habe die Gesell-

schaft nicht die enormen Schädigungen erfahren, wie mit den Brüdern Favre, insbesondere als Uebernehmer des Zimmeregg-tunnels. Daß der Regiebau den formidablen Rückstand der Brüder Favre, welche monatlich statt 100 nur 48 Laufmeter Tunnel ausgeführt haben, nicht einzuholen oder zu beseitigen vermocht, liege auf der Hand; allein daraus erwachse den Brüdern Favre für das 8. Bauloos um so weniger ein Entschuldigungsgrund, als speziell durch die Nichtvollendung des Einschnittes 51,600 der Gesellschaft ein bedeutender und ganz selbständiger Schaden dadurch entstanden sei, daß man nicht durch diesen Einschnitt zum Zimmeregg-tunnel habe fahren und damit die dortigen Arbeiten fördern können.

Ad 4. Daraus, daß die bernische Gesetzgebung, welche allerdings hier maßgebend sei, die Konventionalstrafe nicht erwähne, folge nicht, daß solche nicht rechtsgültig und verbindlich stipulirt werden könne. Konventionalstrafen seien vielmehr im Kanton Bern so bekannt wie anderswo.

Ad 5. Die geforderte Konventionalstrafe stehe in keinem Verhältnisse zu dem enormen Schaden, welcher der Gesellschaft aus der Säumniß der Brüder Favre entstanden sei. Die Interpretation, welche Rekurrenten dem §. 3 des Vertrages geben, sei falsch. Zu derselben gebe weder der §. 3 noch der §. 5 ibidem Veranlassung, da der §. 3 schlechtweg ein Abzug von 2000 Fr. per Woche Verspätung ausspreche und die bestellte Kautions-summe von 12,500 Fr. gar keinen Sinn hätte, wenn der Abzug das Restguthaben nicht übersteigen dürfte. Daß unter dem Ausdrucke Verdienst nicht der für Dritte ganz unbekanntes Nettogewinn, sondern das Guthaben der Unternehmer verstanden sei, liege auf der Hand.

E. Den Parteien wurden folgende Beweise auferlegt:

1. Den Rekurrenten:

a. Daß die übernommenen Arbeiten des Baulooses Nr. 8 mit Ausnahme einer kleinen Strecke auf der Seite Luzern schon im Herbst 1874 vollendet gewesen und von da an von der Gesellschaft übernommen resp. benutzt worden seien;

b. Daß die Verspätung bei Vollendung der übernommenen Arbeiten hauptsächlich durch unvorhergesehene außerordentliche Terrainschwierigkeiten verursacht worden sei.

2. Der Rekursbeflagten:

Daß die Brüder Favre wegen Verspätung ihrer Arbeiten auf dem Bauloos Nr. 8 wiederholt gemahnt worden seien.

F. Die Rekurrenten beriefen sich zur Leistung der ihnen auferlegten Beweise auf Zeugen und Expertise.

Nach vorgenommener Zeugeneinvernahme wurden die Experten, unter Aufstellung bestimmter Fragen, beauftragt, gestützt auf die Aussagen der Zeugen, die Zahlungslisten, Tag- und Wochenrapporte u. s. w. ihr Gutachten über die streitigen Punkte abzugeben, und es ging dasselbe im Wesentlichen dahin:

I. Die nach dem 31. Oktober 1874 von den Gebrüdern Favre auf der Strecke von dem Uebergang bei der Station Littau aufwärts ausgeführten Arbeiten haben bis zum 22. Dezember gl. Jk. gedauert, — und diejenigen auf der Strecke abwärts von dem genannten Uebergang bis zum 5. Mai 1875.

II. Die Ende Oktober 1874 auf der obern Strecke gegen Malters noch rückständigen Arbeiten haben das Legen des Oberbaues und die regelmäßige Fortsetzung dieser Arbeit nicht gehindert. Die Verzögerung, die hierin entstanden, sei nicht sowohl dem Zustande des Unterbaues als dem ungenügenden Vorrathe von Schienen u. s. w. zuzuschreiben.

III. Aus den Profilen, Situationsrapporten u. s. w. ergebe sich, daß die Beschotterung und Legung des Oberbaues auf der Station und im Einschnitt von Littau von Ende Oktober 1874 an möglich gewesen wäre und daß man diese Arbeit ohne Unterbruch bis zu Kilom. 51,640 hätte fortführen können. Von diesem Punkte an bis zum Ende des Looses sei die Beschotterung und die Legung des Oberbaues erst vom 25. März 1875 an möglich gewesen.

IV. Der Augenschein, die Aussagen der Zeugen u. s. w. haben zur Gemißheit ergeben, daß der Einschnitt bei Littau Schwierigkeiten geboten habe. Die thonige und wasserreiche Beschaffenheit des Terrains habe ohne Zweifel sowohl vermehrte Ausgaben als größern Zeitaufwand erfordert. Immerhin können aber diese Schwierigkeiten nicht als außerordentliche bezeichnet werden. Abgesehen von der Härte eines Theiles der angetroffenen Schichten, welche die Anwendung von Minen erheischt habe, haben die Schwierigkeiten hauptsächlich in dem Vorhandensein von Wasser

und schlüpfriger, zu Erdstürzen geneigter Schichten bestanden. Mit Hilfe rationeller zur richtigen Zeit angebrachter Entwässerungen wäre wahrscheinlich die Ausführung des Einschnittes ohne rechtliche Hindernisse möglich gewesen.

Nun ergebe sich allerdings, daß während der Arbeit die nöthigen Vorrichtungen zur Wegschaffung des Wassers nicht getroffen worden seien. Diese Vorrichtungen können in zwei Kategorien getheilt werden, nämlich in

a. diejenigen, welche durch die Unternehmer gemacht werden, um ihre Arbeit zu erleichtern, und in der Ableitung des Wassers durch Abzugsgraben (Rigolen), Coulißen und dergl. bestehen;

b. diejenigen, welche einen definitiven und permanenten Charakter haben und deren Nothwendigkeit sich in der Regel erst während der Arbeit ergebe, wenn die erstern sich als ungenügend erweisen, und welche in Entwässerungsanlagen (drainage), Steingerinnen u. s. w. bestehen. Diese letztern seien die wahren Entwässerungsvorrichtungen.

Nun scheinen nach den Aussagen der Zeugen von den Brüdern Favre Einrichtungen der erstern Art getroffen worden zu sein; dieselben haben aber nicht genügt und hätten daher durch Vorrichtungen der zweiten Art vervollständigt werden sollen. Diese letztern, eigentliche Entwässerungen, seien in den Abhebungskosten nicht inbegriffen, denn sie seien in der Preisserie besonders aufgeführt. Die Entwässerungsarbeiten hätten daher von der Gesellschaft besonders angeordnet werden sollen. Dies sei aber nach den Akten nicht geschehen.

Nach Ansicht der Experten hätten die Unternehmer einen Theil der Schwierigkeiten durch vorsorgliche Entwässerungsvorrichtungen vermeiden können; aber diese Vorrichtungen hätten zur rechten Zeit auf dem Wege der Exekution von der Gesellschaft vorgeschrieben und von derselben bezahlt werden sollen.

In diesem Falle wäre es bei gehöriger Vermehrung der Betriebsmittel möglich gewesen, den Einschnitt wenn auch nicht zu vollenden, so doch bis zum 1. September 1874 soweit auszuführen, daß der Oberbau hätte gelegt werden können. Da den Schwierigkeiten nicht vorgebeugt worden sei, so haben sie die Inne-

haltung der gesetzten Frist verhindern müssen und ein Hinderniß gebildet, welches ohne außerordentliche Mittel nicht habe überwunden werden können.

V. Die Konfiguration des Terrains, seine zerriffene und hügelige Form, wie die Vegetation hätten bei sorgfältiger Prüfung sowohl die Gesellschaft als die Unternehmer wenigstens theilweise die Schwierigkeiten, den Andrang des Wassers und die Wahrscheinlichkeit von Erdstürzen, vorausssehen lassen sollen. Dies sei aber der Gesellschaft vollständig entgangen, indem sie in ihrem Dosis beim Einschnitt von Littau nur von Erde und Molasse spreche und keinerlei Entwässerung in Aussicht nehme.

Am 21. März 1874 noch, nachdem die Gesellschaft selbst 3274 Kubikmeter beim Einschnitte abgehoben und die Brüder Favre 245 Arbeitstage dort verwendet gehabt haben, nehme der Bericht der Gesellschaft für den größten Theil des Einschnittes Felsen an und sei es daher nicht zum Verwundern, daß die Brüder Favre sich nicht von vornherein auf eine ausnahmsweise Beschaffenheit des Terrains eingerichtet haben, sondern diese ihnen ebenso wie der Gesellschaft entgangen sei.

G. Von den einvernommenen Zeugen erklärte Sektionsingenieur B., daß die Brüder Favre wiederholt schriftlich und mündlich zur Vollendung ihrer Arbeiten gemahnt worden seien und zwar namentlich nach Ablauf des vertraglich festgesetzten Termines. Vorher seien sie nicht gerade gemahnt, aber doch auf diesen Termin aufmerksam gemacht worden.

H. Da der Massaverwalter den das Guthaben der Brüder Favre vom 8. Loose überschießenden Betrag der Konventionalstrafe durch einen zweiten Entscheid vom 16. Dezember 1876 an deren Guthaben vom Zimmerreggtunnel in Abrechnung gebracht hatte, ergriffen Roget und Comp. auch gegen diesen Entscheid den Rekurs an das Bundesgericht, indem sie bestritten, daß nach bernischem Rechte eine solche Kompensation zulässig sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es fragt sich im vorliegenden Falle lediglich, ob die Massaverwaltung der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern als Vertreterin der letztern berechtigt sei, wegen nicht rechtzeitiger Vollendung des von den Brüdern Favre zur Ausführung des

Unterbaues übernommenen S. Looses der Eisenbahnlinie Langnau-Luzern eine Konventionalstrafe zu fordern und eventuell wie hoch dieselbe anzusetzen sei. In allen übrigen Punkten ist der Entscheid des Massaverwalters anerkannt.

2. Nun haben die Rekurrenten, was die Statthaftigkeit der Konventionalstrafe an sich betrifft, gegen dieselbe eingewendet:

a. daß das örtliche, nämlich bernische Recht, nach welchem das vorliegende Schuldverhältniß beurtheilt werden müsse, die Gültigkeit der Verabredung einer Konventionalstrafe nicht vorsehe, und

b. die Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern selbst in Erfüllung des Vertrages in Verzug gewesen sei, indem sie die vereinbarten monatlichen Abschlagszahlungen nicht vollständig geleistet habe.

Beide Einwendungen sind indeß unbegründet.

Ad a ist zwar richtig, daß als örtliches Recht der Obligation das bernische Recht erscheint und daß wenigstens das bernische Zivilgesetzbuch eine Bestimmung über Konventionalstrafen nicht enthält. Daß aber dem bernischen Rechte Konventionalstrafen nicht unbekannt sind, geht z. B. aus Art. 18 des Gesetzes über die Aktiengesellschaften vom 27. November 1860 hervor, wo die Festsetzung derselben gegen solche, welche ausstehende Aktieneinzahlungen nicht rechtzeitig leisten, ausdrücklich gestattet ist und nur zu deren Rechtsgültigkeit verlangt wird, daß sie schon in den Statuten angedroht seien. Es kann daher daraus, daß das bernische Zivilgesetzbuch dieses Verstärkungsmittel der Verträge nicht ausdrücklich aufführt, um so weniger geschlossen werden, daß der Verabredung einer Konventionalstrafe keine civilrechtliche Wirksamkeit zukomme, als nach Art. 684 des bernischen C. G. B. jede mögliche und erlaubte Leistung Gegenstand eines Vertrages sein kann und nun die Stipulation einer Konventionalstrafe in der bernischen Gesetzgebung nirgends verboten ist.

Ad b ist vorerst zu beachten, daß §. 5 des Vertrages den Unternehmern keineswegs monatliche Zahlungen von  $\frac{9}{10}$  des Werthes ihrer Arbeiten zuspricht, sondern dahin lautet, daß die Unternehmer auf Grund der von der Bauleitung aufgestellten approximativen Urkunden monatliche Abschlagszahlungen von circa neun Zehntel erhalten. Von einem Verzuge der Gesellschaft könnte daher jedenfalls nur insofern gesprochen werden, als die

geleisteten Abzahlungen nicht ungefähr  $\frac{9}{10}$  des Werthes der Arbeiten nach den von der Bauleitung aufgestellten approximativen Urkunden ausmachen würden. Allein eine solche Behauptung haben Rekurrenten nicht einmal aufgestellt, und wenn nun dazu berücksichtigt wird, daß nach den Akten während der Ausführung der Arbeit von den Brüdern Favre niemals eine Reklamation wegen ungenügender Zahlung erhoben worden ist, so dürfte daraus satzjam hervorgehen, daß dieselben keinen Grund gehabt haben, sich über Nichterfüllung der Vertragspflichten seitens der Eisenbahngesellschaft zu beklagen, sondern die von letzterer geleisteten Abschlagszahlungen dem §. 5 des Vertrages, wie derselbe von beiden Seiten aufgefaßt worden ist, entsprochen haben. Es bedarf demnach die Frage, ob die Brüder Favre berechtigt gewesen seien, wegen nicht gehöriger Entrichtung der Abschlagszahlungen den vertraglich festgesetzten Termin zu überschreiten, ohne sich dem vereinbarten Abzuge auszusetzen, keiner Untersuchung.

3. Was nun die weiteren Einwendungen der Rekurrenten anbelangt, daß nämlich:

a. eine erhebliche Verspätung in der Ausführung des S. Bau-Looses nicht eingetreten sei und soweit eine solche vorliege, dieselbe von unvorhergesehenen außerordentlichen Terrainschwierigkeiten herrühre;

b. die Gesellschaft mit ihren eigenen Arbeiten sich im Rückstande befunden und daher die Verzögerung in Ausführung des S. Looses derselben keinen Nachtheil gebracht habe, auch die Brüder Favre nie zur Beförderung ihrer Arbeiten angehalten worden seien,

so ergibt sich aus den Akten:

Ad a. daß der Unterbau des S. Looses mit dem 1. September 1874 hätte vollendet sein sollen, daß aber die Legung des Oberbaues auf der Strecke zwischen der Station Littau und dem Zimmereggstunnel erst vom 25. März 1875 an möglich geworden ist und die Arbeiten auf dieser Strecke überhaupt bis zum 5. Mai 1875 gedauert haben. Außerordentliche Terrainschwierigkeiten sind nach dem Gutachten der Experten nicht vorhanden gewesen, wohl aber haben die Arbeiten deßhalb eine Verzögerung

erlitten, weil die zur Ableitung des Wassers nöthigen Vorrichtungen nicht rechtzeitig erstellt worden sind, worüber weiter unten noch zu sprechen ist. Daß die von der Eisenbahngesellschaft gegen die Brüder Favre als Unternehmer des Zimmereggtunnels angeordnete Exekution auch auf die Arbeiten am 8. Loose hemmend eingewirkt habe, ist eine gänzlich unerwiesene und offenbar unrichtige Behauptung.

Ad b ist die Frage, ob die Gesellschaft mit ihren Arbeiten an dem genannten Tunnel im Rückstande sich befunden habe oder nicht, für den vorliegenden Prozeß um so mehr vollständig unerheblich, als ja von vornherein für jenen Tunnel ein anderer, weiter hinausgerückter Vollendungstermin angenommen worden war. Denn während der Unterbau am 8. Loose mit dem 1. September 1874 vollendet sein sollte, war für den Tunnel eine Frist von 18 Monaten vom 28. August 1873 an angesetzt. Zudem steht nach dem schiedsgerichtlichen Urtheile vom 2. August 1876 fest, daß die Brüder Favre auch bei jener Unternehmung sich bedeutend im Rückstande befunden haben, indem ihnen gerade wegen dieses Umstandes ein Abzug von 50,000 Fr. an ihrer Verdienstsomme gemacht worden ist, und steht es demnach den Rekurrenten, als Cessionaren der Brüder Favre, nicht zu, aus der Verzögerung jener Arbeit für sich Rechte herzuleiten. An Mahnungen an die Brüder Favre zur Beförderung der Arbeiten am 8. Loose hat es nach den Akten nicht gefehlt; übrigens bedarf es solcher Mahnungen da, wo schon vertraglich ein bestimmter Vollendungstermin festgesetzt worden ist, überall nicht, um den Unternehmer in Verzug zu setzen.

4. Obgleich die Arbeiten der Brüder Favre am 8. Loose erst mit dem 5. Mai 1875 vollständig vollendet worden sind, würde es sich doch nicht rechtfertigen, die Konventionalstrafe für die ganze Dauer vom 1. September 1874 bis 5. Mai 1876 zu berechnen, indem nach dem Gutachten der Experten der Stand jener Arbeiten vom 25. März 1875 an die ununterbrochene Leistung des Oberbaues gestattete und daher anzunehmen ist, daß durch die untergeordneten Rückstände der Eisenbahngesellschaft kein irgendwie nennenswerther Nachtheil entstanden sei. Dagegen erscheint die erst heute vorgebrachte Behauptung der Rekurrenten,

daß, da nach §. 3 Abs. 2 des Vertrages jeden Monat ca.  $\frac{1}{12}$  der Arbeiten habe ausgeführt werden müssen, für die gänzliche Ausführung derselben ein Zeitraum von 12 Monaten, somit bis zum 1. November 1874, in Aussicht genommen gewesen sei, unrichtig, indem sie nicht nur dem entscheidenden ersten Sage des §. 3, sondern auch der ganzen bisherigen Darstellung der Rekurrenten selbst widerspricht.

5. Frägt es sich nun schließlich, ob die Verzögerung der Arbeiten bis zum 25. März 1875 lediglich den Rekurrenten oder wenigstens theilweise auch der Gesellschaft zur Last falle, so ist diese Frage in letzterem Sinne zu beantworten. Wie bereits oben bemerkt, hat bei dieser Verzögerung der Umstand mitgewirkt, daß die Entwässerungsvorrichtungen nicht rechtzeitig und nicht in genügendem Umfange getroffen wurden; diese Vorrichtungen sind aber, wie das Expertengutachten überzeugend darthut, in den den Brüdern Favre übertragenen Arbeiten nicht inbegriffen gewesen, sondern hätten von der Gesellschaft besonders bezahlt und daher auch speziell angeordnet werden sollen. Dies ist nicht geschehen und trifft daher insofern auch die Gesellschaft ein Verschulden. Dasselbe dürfte ungefähr gleich sein demjenigen der Unternehmer, und erscheint es daher gerechtfertigt, wenn die von den Brüdern Favre verwirkte Konventionalstrafe auf 29,000 Fr. festgesetzt wird, indem zwischen dem 1. September 1874 und 25. März 1875 (Erw. 5) ein Zeitraum von 29 Wochen liegt und die Konventionalstrafe nach §. 3 des Vertrages im Verspätungsfalle 2000 Fr. per Woche beträgt.

6. Hiernach stellt sich die Abrechnung folgendermaßen:

Guthaben der Brüder Favre, resp. der	
Rekurrenten . . . . .	32,745 Fr. 26 Cts.
Davon ab:	
a. Entschädigung an	
die Zwinggemeinde	
Blatten . . . . .	2,587 Fr. 11 Cts.
b. Konventionalstrafe 29,000	— " —
	<hr/>
	31,587 " 11 "

bleibt ein Guthaben der Rekurrenten von 1,158 Fr. 15 Cts.

7. Da somit die Konventionalstrafe die Verdienstsumme der Brüder Favre vom 8. Bauloose nicht übersteigt, so ist auf die diesfällige Einrede der Rekurrenten nicht weiter einzutreten und fällt auch die Beschwerde über Verrechnung des Mehrbetrages mit dem Guthaben der Brüder Favre aus der Uebernahme des Zimmereggtunnels (Fakt. II) als gegenstandslos dahin.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

1. Den Rekurrenten steht als Rechtsnachfolger der Brüder Jules, Joseph und Auguste Favre aus dem Vertrage vom 5. November 1873 über Bauloos 8 eine Restforderung von eilfhundert acht und fünfzig Franken fünfzehn Rappen zu. Mit der Mehrforderung sind Rekurrenten abgewiesen.

2. Eine Kompensation der Konventionalstrafe mit dem Guthaben der Brüder Favre aus der Uebernahme des Zimmereggtunnels findet nicht statt, sondern es ist letztere im anerkannten Betrage von 97,779 Fr. 25 Cts. in das Schuldenverzeichnis der Bern-Luzernbahngesellschaft aufzunehmen.

3. Die Gerichtskosten sind jeder Partei zur Hälfte auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten sind weggeschlagen.

29. Beschluß vom 25. Jänner 1878 in Sachen der Basler Handelsbank gegen die Massaverwaltung der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern.

A. Am 1. Dezember 1875 stellte die Basler Handelsbank, Namens der Gesamtheit der Inhaber der Partialobligationen von dem 10 Millionen haltenden Anleihen der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern, beim Bundesgerichte das Gesuch um Realisation des für jenes Anleihen bestellten Pfandrechtes auf dem Wege der amtlichen Liquidation, gestützt darauf, daß der mit 30. November 1875 von jenem Anleihen verfallene Zins nicht bezahlt worden sei. Das Bundesgericht entsprach jedoch diesem Begehren nicht, sondern beschloß, es sei dasselbe vorerst gemäß Art. 15 lemma 2 des Bundesgesetzes über Verpfändung und

Liquidation von Eisenbahnen einer Versammlung aller Titelinhaber des Anleiheens zur Entscheidung vorzulegen. Diese Versammlung fand dann wirklich am 18. Jänner 1876 statt und da sich die Mehrheit der Titelinhaber dem Begehren der Handelsbank angeschlossen, so setzte das Bundesgericht durch Beschluß vom 22. Jänner 1876 der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern eine Frist von 6 Monaten an, um den von dem bezeichneten Anleihen mit 30. November 1875 verfallenen Zins zu bezahlen, unter der Bedrohung, daß im Unterlassungsfalle nach Ablauf der Frist die Bahn versteigert und die Liquidation angeordnet würde. Zugleich wurde die Eisenbahngesellschaft verpflichtet, der Basler Handelsbank die über deren Begehren erlaufenen und von ihr bestrittenen Kosten zu ersetzen. Die Eisenbahngesellschaft erklärte jedoch schon am 27. Februar 1876 ihre Insolvenz, worauf vom Bundesgerichte sofort die Liquidation über dieselbe erkannt wurde.

B. In dieser Liquidation meldete die Handelsbank die wegen der am 18. Jänner 1876 stattgehabten Versammlung der Titelinhaber des betreffenden Anleiheens entstandenen Kosten von 1230 Fr. 90 Cts. an, mit dem Begehren, daß dieselben in Klasse I unter die Liquidationskosten aufgenommen werden. Zur Begründung dieses Anspruches führte sie an, sie habe fr. St. die Formalitäten, welche das Bundesgericht angeordnet habe, um eine erste Kreditorenversammlung zu veranstalten, nicht verlangt und nach dem Wortlaute der Obligation und der von ihr produzierten Vollmachten hätten über ihre Kompetenz, die Liquidation zu verlangen, keine großen Zweifel obwalten können. Die in Rede stehenden Spesen seien demnach eigentlich gegen ihren Willen entstanden und sollten ihr deshalb unverkürzt zurückbezahlt werden.

C. Der Massaverwalter verwies jedoch entgegen dem gestellten Begehren jene Kosten in die VI. Klasse, indem er geltend machte, daß Kosten, welche vor Eintritt der Liquidation, wenn auch zum Zwecke der Herbeiführung der letztern, erwachsen seien, nicht den Charakter von Konkurs, sondern lediglich von Partekosten haben und als solche das Schicksal der Hauptforderung, in deren Interesse sie veranstaltet worden, theilen.