

façon telle qu'elle porte atteinte, ou qu'elle puisse compromettre l'honneur et la situation sociale de personnes déterminées. On ne peut dire toutefois que tel soit le cas dans l'espèce. Non seulement l'auteur de la nouvelle n'a évidemment eu aucune intention de nuire à Maradan ou à sa famille, mais encore on ne saurait prétendre que le dit auteur, ou le défendeur, qui s'est borné à reproduire la dite nouvelle, aient dû admettre que la publication de cette œuvre fût de nature à porter une atteinte sérieuse à Maradan ou à sa famille. Maradan avait été condamné, pour tentative d'assassinat sur la personne de sa femme, à plusieurs années de maison de force, et ce drame de famille était connu de tout le public. Dans ces circonstances le fait par un écrivain de s'emparer d'un semblable sujet, et de tirer de cette donnée une nouvelle reproduisant et mêlant la vérité et la légende selon les règles de l'art, ne constituait point un acte contraire au droit. Le ton général de la nouvelle n'était pas conçu de manière à ce que le public, dans sa généralité, dût prendre l'histoire de la *Maison des crimes*, telle qu'elle s'y trouve narrée, pour un exposé vrai du cas Maradan. Il se peut à la vérité que certains lecteurs, incapables de distinguer entre l'œuvre du romancier et un exposé historique, aient donné à la nouvelle cette portée et cette signification-là. Mais il serait excessif de rendre l'auteur ou l'éditeur d'un pareil ouvrage responsable de confusions de ce genre, qu'ils n'ont point voulues et qui peuvent se produire toutes les fois qu'un romancier emprunte son sujet à des événements de la vie réelle. De plus et si, comme cela est certainement le cas, Maradan a subi effectivement une grave atteinte dans sa situation personnelle, il doit l'attribuer, non point aux opinions erronées que la publication de la nouvelle peut avoir fait naître dans l'esprit de quelques lecteurs peu habiles à discerner un roman d'un récit véridique, mais en toute première ligne à l'acte criminel dont il s'est lui-même rendu coupable, à la condamnation pénale qui en a été la conséquence, et aux bruits fâcheux que les débats de cette affaire devaient provoquer. C'est à ces causes, et non pas à la composition de la nouvelle incriminée ou à sa publication

dans *l'Ami du peuple* qu'il faut faire remonter l'ébranlement profond que la situation personnelle de Maradan a subie dans la société et dans sa famille, ainsi que l'atteinte grave soufferte par les membres de celle-ci. Le recours doit dès lors être écarté tant au fond qu'en ce qui concerne les dépens.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel de Fribourg, le 7 décembre 1894, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

26. Urteil vom 15. Februar 1895 in Sachen
Diebold gegen Schulze & Cie.

A. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat mit Urteil vom 9. Januar 1895 erkannt: Die Beklagten sind verpflichtet, den Klägern zu bezahlen £ 47, 11 sch., 1 d. oder 1205 Fr. 50 Cts., nebst Zins à 5 % seit 23. Januar 1893, und £ 105, 17 sch., und 10 d., oder 2684 Fr. 40 Cts. nebst Zins à 5 % seit 5. Juli 1893, letzteres gegen Empfangnahme der bei F. A. Voigt & Cie. in Rotterdam lagernden Ware seitens der Beklagten und Zahlung der darauf haftenden Fracht- und Zoll-, Lager- und anderweitigen Spesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärten die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht und stellten den Antrag, es sei das Urteil, soweit es die Forderung von 2684 Fr. 40 Cts. betreffe, aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventuell der Streit an die Vorinstanz zurückzuweisen, behufs Abnahme der anerbotenen Beweise.

Die Beklagten beantragen Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 23. Februar 1892 erschien der Reisende der Kläger bei den Beklagten und erhielt von denselben nach Vorweisung der

Muster eine Bestellung in wollenen Kleiderstoffen. Hierüber erteilte er den Beklagten gleichen Tages eine Ordrenote, auf welcher die Nummern und die Preise der bestellten Artikel und die gedruckte Bemerkung „subject to W. S. & Co's confirmation“ standen. Anfangs August 1892, bevor die Ware in Zürich angelangt war, kam der Reisende der Kläger nochmals bei den Beklagten vorbei. Die letztern gaben ihm eine neue Bestellung für Sommerstoffe, lieferbar im Januar 1893, und erhielten darauf, wie das erste Mal, eine Ordrenote mit derselben Bestätigungsklausel. Sie behaupten indessen, diese zweite Bestellung nur unter dem Vorbehalt gegeben zu haben, daß die Ausführung des ersten Auftrages zu ihrer Zufriedenheit ausfalle. Am 12. August 1892 langte die im Februar bestellte Ware an. Mit Brief vom 25. August 1892 teilten nun aber die Beklagten den Klägern mit, daß sie vier Stücke der Sendung, die Nr. 49,643 blk & indigo und die Nr. 49,644 und 48,133, weil den Mustern und den Bedingungen nicht konform, zur Verfügung der Kläger hielten. Diesem Briefe fügten sie bei, daß, da die Ausführung des Vertrages nicht zu ihrer Zufriedenheit geschehen sei, sie sich veranlaßt sehen, auf die Lieferung der Sommerartikel zu verzichten und ihren Auftrag zu annullieren. Die Kläger erkannten die erhobenen Reklamationen, mit Ausnahme derjenigen bezüglich der Nr. 48,133, nicht als richtig an. In Bezug auf die Sommerstoffe erwiderten sie, daß die Ordre bereits in Arbeit gegeben sei und nicht mehr annulliert werden könne. Einmal erteilt, müsse ein Auftrag erteilt bleiben; auch in der Folge hielten die Kläger an diesem letztern Standpunkte fest. Dagegen gaben sie in Bezug auf die schon gelieferte Ware, nach langem, teilweise lebhaftem Briefwechsel, gegenüber dem hartnäckigen Widerstand der Beklagten insofern nach, als sie zwei der beanstandeten Nummern zurücknahmen und für die beiden andern Preisermäßigung anboten. Die Beklagten nahmen, wie das in dieser Beziehung nicht recurrierte Urteil der Vorinstanz feststellt, diese Vorschläge an, weigerten sich aber im übrigen, die neue Bestellung anzunehmen. Die hiefür loco Galashiels, auf £ 105, 17 sch., 10 d. ausgestellte Faktur sandten sie den Klägern zurück. Ebenso schrieben sie am 7. Januar 1893 den Spediteurs, J. A. Voigt & Cie. in

Rotterdam, durch welche die Sendung, gleich wie das erste Mal, von den Klägern avisiert worden war, daß sie die Annahme der Ware verweigern würden. Sie erklärten sodann, den von beiden Teilen übereinstimmend auf £ 27, 11 sch., 1 d. reduzierten Betrag der ersten Faktur bei der Volksbank Zürich zur Verfügung der Kläger zu halten, sobald sie von diesen die Erklärung erhalten haben werden, daß damit ihre geschäftlichen Angelegenheiten vollständig geregelt seien. Als dann aber die Kläger die zürcherischen Gerichte anriefen, stellten sie ihrer Forderung aus der ersten Faktur eine Gegenforderung von 200 Fr. aus verschiedenen Gründen entgegen und machten in Bezug auf die zweite Bestellung geltend: Gemäß Art. 369 des schweizerischen Obligationenrechtes seien sie berechtigt gewesen, jederzeit vom Vertrag zurückzutreten, was denn auch mit Brief vom 25. August 1892 geschehen sei. Ferner sei das zweite Geschäft nicht fertig zu Stande gekommen, einmal weil die Bedingung, an welche dasselbe geknüpft worden sei, sich nicht verwirklicht habe, sodann weil nach der auf der Ordrenote abgedruckten Bestätigungsklausel „subject u. s. w.“ die Perfektion des Vertrages erst mit der von den Klägern abzugebenden Bestätigung eintreten sollte, vor deren Abgabe nun der Widerruf der Beklagten erfolgt sei. Die zweite Lieferung sei ihnen übrigens nie zur Verfügung gestellt worden. Die Kläger seien verpflichtet gewesen, die Ware, wie bei der ersten Sendung, nach Zürich zu liefern. Eventuell fallen dabei die Lagerspesen und die Gefahr einer Verschlechterung während des Transports und in Rotterdam zu Lasten der Kläger und müsse den Beklagten das Recht vorbehalten bleiben, die Ware zu prüfen und wegen allfälliger Mängel zu rekurrieren.

2. Das Handelsgericht Zürich hat in Bezug auf die erste Faktur die Gegenforderungen der Beklagten, gestützt auf den zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vergleich, abgewiesen und hinsichtlich der zweiten Faktur ausgeführt: Das Geschäft sei als Kauf, nicht als Werkvertrag aufzufassen. Art. 369 D.-R. komme also nicht in Betracht. Auch nach diesem Artikel hätte übrigens ein Rücktritt nur unter gleichzeitiger Anbietung von Schadloshaltung erklärt werden können. Der Beweis dafür, daß die zweite Bestellung bedingt gegeben worden sei, liege den Be-

klagten ob, die von ihnen angerufenen Zeugen seien indessen, teils weil mit den Beklagten verwandt, teils weil der Gegenbeweis bereits aus den Akten hervorgehe, nicht abzuhören. Vor allem falle nämlich auf, daß der von der Beklagten behauptete Vorbehalt auf der Ordernote nicht enthalten sei, während derselbe im Falle wirklicher Verabredung so wichtig gewesen wäre, daß die Beklagten die Aufnahme in die Ordernote gewiß verlangt hätten. Sodann sei auch von den Klägern in ihrem ersten Brief vom 25. August 1892 von einem solchen Vorbehalt keine Erwähnung getan worden. Erst in ihrem zweiten Briefe vom 1. September werde gesagt, daß die zweite Ordre unter der „Voraussetzung“ gegeben worden sei, daß die erste richtig ausfalle. Allein auch hier sei nur von einer Voraussetzung, nicht von einer eigentlichen Bedingung die Rede. Die Vorgabe einer solchen finde sich erst im Schreiben der Beklagten vom 20. Mai 1893; vorher dagegen hätten die Beklagten, angesichts der beständigen Behauptung der Kläger, daß der Auftrag fest erteilt sei, nicht einmal von einer Voraussetzung gesprochen. Unrichtig sei ferner, daß es zur Perfektion des Vertrages einer ausdrücklichen Bestätigung seitens der Kläger bedurft hätte. Die Klausel „subject to W. S. & Co's confirmation“ statuiere nur ein Recht für die Kläger, dem in ihrem Namen abgeschlossenen Vertrag hinterher ihre Genehmigung zu versagen, nicht aber eine Pflicht, sich über dessen Genehmigung zu erklären. Übrigens würde eine solche Klausel die Beklagten nur berechtigt haben, den Klägern eine Frist im Sinne von Art. 122 D.-N. anzusetzen, nicht aber einseitig vom Vertrage zurückzutreten. Die Einwendung der Beklagten, es sei ihnen die Ware nie zur Verfügung gestellt worden, sei tatsächlich unrichtig, da ihnen die Sendung durch die Spediteure F. A. Voigt & Cie. in Rotterdam in der Faktur awisirt, von ihnen aber die Annahme der Ware verweigert worden sei. Die Gefahr für Verschlechterung der Ware, die Fracht-, Zoll-, Expeditions-, Versicherungs- und Lagerungsspesen fallen, da der Kauf loco Galashiels abgeschlossen worden sei, den Beklagten zu Lasten. Schließlich sei die Frage, ob die Beklagten mit einer allfälligen Mängelrüge noch gehört werden können, nicht zum Gegenstand eines Rechtsbegehrens gemacht worden, daher

gemäß § 318 des zürcherischen Gesetzes über die Rechtspflege nicht zu entscheiden.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist begründet. Dieselbe kann selbstverständlich nicht deswegen abgelehnt werden, weil, wie die Kläger behaupten, die Berufung lediglich gegen tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz sich richtet. Sollte dies richtig sein, so wäre die Berufung, da das Bundesgericht auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters zu entscheiden hat, allerdings von vornherein aussichtslos; allein die Kompetenz des Bundesgerichtes, die Sache auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zu entscheiden, wäre, wie schon häufig erklärt, nichtsdestoweniger gegeben. Auch im übrigen sind die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz gegeben. Der Streitwert ist vorhanden und die Klage ist nach schweizerischem Rechte zu beurteilen. Der Streit dreht sich nämlich rücksichtlich der vor Bundesgericht einzig in Betracht kommenden zweiten Bestimmung wesentlich nicht um die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, sondern vielmehr darum, ob ein solches überhaupt, als ein unbedingtes, den Käufer verpflichtendes, zu Stande gekommen sei. Nun ist aber der Vertrag, aus welchem die Kläger ihre Ansprüche herleiten, in der Schweiz, in Zürich, abgeschlossen worden und handelt es sich im Prozesse um die Frage, ob und welche Verpflichtungen aus demselben für die in der Schweiz wohnhaften Beklagten entstanden seien. Die juristischen Tatsachen, um deren Bestand und Wirkung es sich hier handelt, unterstehen daher naturgemäß und gemäß der vernünftigen präsumtiven Absicht der Parteien der Herrschaft des schweizerischen Rechtes.

4. In der Sache selbst ist der Vorinstanz zunächst darin beizustimmen, daß das Geschäft als Kauf und nicht als Werkvertrag zu betrachten ist. Allerdings weicht das Obligationenrecht vom gemeinen Recht in der Begriffsbestimmung des Werkvertrages und dessen Abgrenzung vom Kaufe ab. Nach Art. 350 D.-N. ist jeder Vertrag, wodurch Jemand sich gegen Vergütung zur Fertigstellung eines Werkes, eines körperlichen Arbeitsproduktes, verpflichtet, ein Werkvertrag und ist es dem Werkvertrag nicht, wie nach gemeinem Recht, wesentlich, daß der Besteller den Stoff liefere. Vielmehr ist nach dem Obligationenrecht ein Vertrag über

Fertigstellung eines Werkes auch dann ein Werkvertrag, wenn der Unternehmer das Werk aus seinem eigenen Stoff herstellen soll, also gleichzeitig auch Veräußerer ist. Allein nichtsdestoweniger ist auch nach schweizerischem Obligationenrecht nicht jeder Vertrag über Lieferung einer zukünftigen, erst anzufertigenden Sache gegen Vergütung ein Werkvertrag, vielmehr ist auch ein Kauf einer zukünftigen, erst anzufertigenden Sache möglich. Das unterscheidende Merkmal zwischen Kauf und Werkvertrag wird darin zu suchen sein: Der Kaufvertrag ist Umsatzvertrag, der Werkvertrag Arbeitsvertrag. Kauf ist daher anzunehmen, wenn einfach über Lieferung einer fertigen Sache kontrahiert ist, Werkvertrag dann, wenn die Herstellung eines Werkes, die Arbeit, den Vertragsinhalt bildet. Ein Vertrag ersterer Art wird auch dadurch nicht zum Werkvertrag, daß vorausgesetztmaßen der Empfänger der Bestellung die bestellte Sache erst anfertigen oder anfertigen lassen wird. Als Werkvertrag qualifiziert er sich erst dann, wenn das Anfertigen oder Anfertigenlassen geradezu den Vertragsinhalt, den Inhalt der Verpflichtungen des Bestellungsempfängers bildet. Werkvertrag wird daher tatsächlich in derartigen Fällen meist nur dann vorliegen, wenn es sich um ein irgendwie eigenartiges, individuell gestaltetes Produkt handelt, nicht aber dann, wenn über eine vertretbare Sache, über Duzendware, kontrahiert ist. Danach liegt denn hier Kauf, nicht Werkvertrag vor. Denn wenn auch zweifellos vorausgesetzt war, daß die Kläger die bestellte Ware anfertigen werden, so bildete dies doch nicht den Vertragsinhalt; es war vielmehr den Klägern offenbar gestattet, wenn sie musterkonforme Ware in ihren Vorräten vorfanden oder solche kaufen konnten, diese zu liefern. Den Beklagten kam es einfach darauf an, musterkonforme Ware zu erhalten. Die Frage, ob es sich um Kauf- oder Werkvertrag handelt, ist übrigens hier ohne praktische Bedeutung. Denn vorausgesetzt auch, daß ein Werkvertrag vorliegen sollte, so wären die Beklagten dennoch nicht berechtigt, sich auf Art. 369 D.-R. zu berufen. Dieser Artikel gestattet allerdings dem Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurückzutreten; allein er gestattet dies eben nur unter diesen gesetzlichen Voraussetzungen.

Die Beklagten haben nun aber im August 1892 keine derartige Erklärung abgegeben. Sie wollten nicht vom Rechte des Art. 369 D.-R. Gebrauch machen, sondern vielmehr die Bestellung ohne jegliche Schadloshaltung der Kläger aus ganz andern Gründen einfach aufheben. Dieser Zumutung brauchten sich aber die Kläger selbstverständlich nicht zu fügen.

5. Frägt sich im übrigen, ob die Einwendung begründet sei, daß ein fertiger Vertragsabschluß nicht zu Stande gekommen sei, so ist zu bemerken: Die Beklagten machen zuerst geltend, sie hätten sich ausdrücklich vorbehalten, die Bestellung zu widerrufen, wenn die erste Lieferung nicht auftragsgemäß ausfallen resp. sie befriedigen würde. Dieses Vorbringen qualifiziert sich rechtlich als die Behauptung einer Resolutivbedingung. Es wird behauptet, der Kauf sei unter dem Vorbehalt abgeschlossen worden, denselben noch später rückgängig zu machen, sofern die Ausführung des ersten Auftrages die Beklagten nicht befriedigt haben würde. Das Handelsgericht nimmt mit Recht an, der Beweis für diese Behauptung treffe den Beklagten. Die letztern haben auch den Beweis durch Zeugen wirklich anerbieten. Die Vorinstanz hat indes denselben nicht abgenommen, weil sie das Gegenteil der beklaglichen Behauptung, die Unbedingtheit des Vertrages, als bereits erwiesen betrachtet. Ob nun die Vorinstanz befugt war, aus diesem Grund das Beweisangebot der Partei abzulehnen, ist eine Frage nicht des materiellen, sondern des Prozeßrechtes. Es handelt sich hierbei nicht um die Erheblichkeit einer Parteibehauptung, sondern einzig und allein um den Beweis, speziell um die Frage, inwieweit der Richter befugt sei, auszusprechen, er sei von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Behauptung nach der Aktenlage bereits derart überzeugt, daß daran alle weiteren anerbotenen Beweise oder Gegenbeweise nichts mehr zu ändern vermögen. Diese Frage ist eine rein civilprozessuale. Für dieselbe ist nicht eidgenössisches, sondern zürcherisches Recht maßgebend. Das Bundesgericht ist daher nicht befugt zu untersuchen, ob das Handelsgericht zur Nichtabnahme des beklaglichen Zeugenbeweises prozeßualisch berechtigt war oder nicht. Es hat vielmehr dessen Feststellung, es sei die Unbedingtheit des Vertragsabschlusses bewiesen, ohne weiters seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Denn

diese Feststellung ist eine rein tatsächliche; sie geht dahin, es stehe fest, daß bei den mündlichen Vertragsunterhandlungen der von den Beklagten behauptete Vorbehalt tatsächlich nicht gemacht worden sei. Es kommen daher für dieselbe Grundsätze des eidgenössischen Privatrechts nicht in Betracht, sondern sie beruht ausschließlich auf prozessualer Beweiswürdigung. Übrigens sprechen für die Meinung des Handelsgerichtes in der Tat gute Gründe und ist dieselbe jedenfalls keine willkürliche. So u. a. der Umstand, daß die Beklagten die Aufnahme ihres angeblichen Vorbehaltes neben denjenigen der Kläger nicht verlangt haben, sodann die ganze Korrespondenz der Beklagten, worin von einem solchen Vorbehalt nie ausdrücklich die Rede ist, sondern diese Behauptung in bestimmter, unumwundener Weise erst bei Einleitung gerichtlicher Schritte von Seite der Kläger, im Brief vom 20. Mai 1893 auftritt.

6. Ebenso unbegründet ist die Einwendung, es sei ein Kaufvertrag deshalb nicht zu Stande gekommen, weil die Kläger durch die Klausel, „subject to W. S. & Co's confirmation“ sich die Bestätigung der Bestellung vorbehalten, eine solche aber vor dem Widerruf der Beklagten nicht ausgesprochen haben. Zwar ist in dieser Beziehung nicht richtig, wenn die Vorinstanz für Abweisung der beklaglichen Einrede sich auf Art. 122 D.-R. beruft. Art. 122 beschäftigt sich nur mit den Folgen des Erfüllungsverzuges bei zweiseitigen Verträgen. Darum handelt es sich aber bei der hier streitigen Frage offenbar nicht. Hier liegt vielmehr der Tatbestand des Art. 46 D.-R. vor. Der Reisende der Kläger hat, ohne zu definitivem Abschluß ermächtigt zu sein, den Vertrag als Stellvertreter abgeschlossen. Dabei hat er den Mangel seiner Vollmacht zu definitivem Abschluß ausdrücklich hervorgehoben und deshalb nicht schlechthin, unbedingt, sondern unter Ratifikationsvorbehalt seines Prinzipals, insofern also unter einer Bedingung kontrahiert. Dies ist der klare, unzweideutige Sinn der Klausel „subjet W. S. & Co's confirmation“, zu dessen Ermittlung es einer Expertise, wie die Beklagten beantragen, nicht bedarf. Danach treten aber nur die Folgen der Art. 46 und 47 D.-R. ein, d. h. der Vertretene ist durch den Vertrag erst dann berechtigt oder verpflichtet, wenn er denselben genehmigt; der

Gegenkontrahent dagegen wurde sofort gebunden; es stand ihm aber das Recht zu, von dem Vertretenen innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen, mit der Folge, daß er aufhören würde, gebunden zu sein, wenn der Vertretene nicht binnen dieser Frist die Genehmigung erklärte. Danach ist unerheblich, ob man annimmt, in casu sei verstanden gewesen, die Bestellung gelte, wenn sie binnen angemessener Frist nicht ausdrücklich abgelehnt werde, als stillschweigend genehmigt, oder ob man gegenteils annimmt, es sei, um den Vertrag zur Perfektion zu bringen, eine ausdrückliche Genehmigung des Verkäufers erforderlich gewesen. Denn auch wenn letzteres der Fall sein sollte, so könnten die Verkäufer, da ihnen eine Frist nicht angesetzt wurde, den Vertrag noch immer, auch noch durch ihre Antwort auf die Annullierungserklärung der Beklagten, den Vertrag rechtswirksam genehmigen und sie haben es auch ohne Zweifel getan.

7. Die Beklagten waren demnach nicht berechtigt, die Annahme der Ware aus den oben besprochenen Gründen zu verweigern. Ebenso ist nicht richtig, wenn sie vor der kantonalen Instanz behauptet haben, es sei ihnen die Ware nicht zur Verfügung gestellt worden. Tatsächlich ist festgestellt, daß die Ware vom Verkäufer an die Spediteurs Voigt & Cie. versandt wurde und bei diesen eingetroffen ist; daß ferner der Spediteur von den Beklagten Versandtordre verlangte, die Beklagten aber dieselbe, wie überhaupt die Annahme der Ware, rundweg verweigerten. Unbestritten ist sodann, daß loco Galashiels gehandelt war und daß die Beklagten Fracht und Zoll von da an zu tragen hatten. Besondere Vereinbarungen über Zusendung der Ware sind, soweit ersichtlich, nicht getroffen worden. Bei dieser Sachlage genügt der Verkäufer seinen Vertragspflichten, wenn er die Ware an den Käufer, oder an einen mit der weiteren Besorgung des Transportes nach der Ordre des Käufers beauftragten Spediteur versandte. Es ist speziell auch gegen das letztere, anscheinend bei der ersten Lieferung beobachtete Verfahren von den Beklagten seiner Zeit nichts eingewendet worden, so daß angenommen werden muß, sie seien mit dieser Art der Zusendung einverstanden gewesen.

8. In Bezug auf die übrigen Punkte (Zinspflicht und Arrest),

worauf auch die Beklagten in ihrer Berufungsschrift sich nicht mehr einlassen, mag einfach auf die Begründung des vorinstanzlichen Urteils hingewiesen werden. Die Frage, ob trotz des Verzuges des Käufers in der Annahme der Ware, demselben die Prüfung im Sinne von Art. 246 D.-R. noch immer zustehet, wurde von der Vorinstanz deswegen nicht gelöst, weil von Seite der Beklagten unterlassen wurde, ein bezügliches ausdrückliches Begehren zu stellen. Die Entscheidung der Vorinstanz beruht also auch in diesem Punkte auf bloßer Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes und entzieht sich daher insoweit der bundesgerichtlichen Prüfung. Aus demselben Grunde braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Beklagten, wenn sie die Dualität der Ware beanmängeln wollten, ihre sachbezüglichen Einwendungen nicht schon im gegenwärtigen Prozesse geltend machen mußten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und es hat demnach in allen Teilen bei dem Urteile des Handelgerichtes des Kantons Zürich vom 2. November 1894 sein Bewenden.

27. Arrêt du 15 février 1895 dans la cause Mahler & C^{ie}
contre Girard.

Le 24 octobre 1892, les demandeurs ont écrit à la maison Girard-Demartines, distillateur-liquoriste à Morges, pour attirer l'attention de celle-ci sur un nouvel appareil, inventé par William Saint-Martin, 7, rue Gavarni à Paris, et destiné au mûrissement instantané des alcools. Au dire de Mahler & C^{ie} les alcools traités sont prêts à être livrés à la consommation après avoir passé à la machine, et après le temps nécessaire pour le repos du liquide, c'est-à-dire 15 jours ou un mois au plus après l'opération. Le prix de l'appareil est de 3000 fr., frais de transport à la charge de l'acheteur; au moyen de cette machine, on peut traiter 10 à 12 hectolitres d'alcool en 10 heures. En terminant, Mahler & C^{ie} recommandent vive-

ment à la maison Girard-Demartines de faire l'acquisition de cet appareil, et lui offrent de fournir l'oxygène comprimé nécessaire à son fonctionnement.

Avec leur lettre du 24 octobre 1892 les demandeurs ont envoyé à la défenderesse un prospectus contenant la description de l'appareil et des détails sur la manière de l'employer.

Dans la notice de ce prospectus, on lit entre autres :

« Comme on peut le voir par le dessin, l'appareil n'offre aucune complication, l'entretien en est facile, il peut fonctionner à la main ou par force motrice à volonté. Une seule personne suffit pour son maniement, et il peut s'installer dans un espace d'un mètre carré. Les essais seront faits sur place et gratuitement. »

Par lettre du 21 janvier 1893, le sieur Decroux, fondé de procuration de la maison Girard-Demartines, demande à Mahler & C^{ie} divers renseignements sur l'appareil offert. Decroux désire savoir quels sont les résultats de cette méthode de traitement des alcools, quels sont les accessoires nécessaires et leur coût, si le maniement à la main de l'appareil se fait facilement sans trop fatiguer un homme qui ferait ce travail pendant plusieurs heures consécutives ou si un moteur serait nécessaire pour un travail prolongé. Après s'être informé du montant des droits d'entrée, des frais de transport et de pose, Decroux termine en demandant à Mahler & C^{ie} s'ils ont vendu des appareils Saint-Martin dans la Suisse romande, où il pourrait les voir fonctionner.

Par lettre du 28 janvier Decroux s'informe si le gaz oxygène comprimé n'offre pas des dangers d'explosion, et si les récipients fournis par la Compagnie « Continental Oxygène » à Londres, dont Mahler & C^{ie} se disent concessionnaires, sont assez forts pour écarter tout péril.

En réponse à ces deux lettres, Mahler & C^{ie} ont écrit, en date du 1^{er} février 1893, que le prix de 3000 francs comprend l'appareil Saint-Martin pour traiter les liquides par l'oxygène avec tous les accessoires nécessaires, et prêt à fonctionner. En vue de s'assurer la clientèle de la maison Girard, les demandeurs offrent de livrer l'appareil au même prix, rendu