

instanz in Zivilsachen eingesetzt wurde, um die einheitliche Anwendung des eidgenössischen Rechtes zu sichern.

6. Im vorliegenden Falle nun hat die Vorinstanz offenbar preussisches Recht angewendet; sie spricht dies zwar, soweit es die hier in Frage stehende Einwendung des Betruges anbelangt, nicht speziell aus. Allein da sie für die Schadenersatzforderung des Beklagten ex delicto das preussische Recht als maßgebend erklärt hat, weil der Erfüllungsort Berlin sei, so muß gewiß ohne Weiteres angenommen werden, sie habe auch die Einwendung gegen die Verbindlichkeit des Vertrages nach preussischem Rechte beurtheilt.

7. Fragt sich, ob dies dem Sinn und Geiste des eidgenössischen Obligationenrechtes bzw. richtigen Grundsätzen des internationalen Privatrechtes entspreche, so ist diese Frage zu bejahen. Gültigkeit und Wirksamkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte sind, wie in Theorie und Praxis überwiegend anerkannt ist, sofern nicht absolut zwingende Gesetze des Prozessortes entgegenstehen, nach demjenigen Landesrechte zu beurtheilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als maßgebend entweder wirklich betrachteten, oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mußten. In concreto nun liegen besondere Anhaltspunkte dafür, daß die Kontrahenten beim Vertragsabschlusse ihr Rechtsverhältniß einem bestimmten Ortsrechte haben unterstellen wollen, nicht vor. Dagegen fällt entscheidend in's Gewicht, daß Berlin, wie zwischen den Parteien nicht bestritten und übrigens, da dort der Einkaufsauftrag des Beklagten auszuführen und die Aktien von Letzterem abzunehmen waren, evident ist, Erfüllungsort des Vertrages und gleichzeitig auch Entstehungsort desselben ist; in Berlin nämlich wurde das Vertragsofferta des Beklagten (die Einkaufskommission) von der Klägerin durch sofortige Ausführung des Auftrages angenommen und dadurch der Vertrag zur Vollendung gebracht. Angesichts dieser Momente ist das preussische Recht als dasjenige Ortsrecht zu betrachten, dessen Anwendung der Natur der Sache und der muthmaßlichen Intention der Parteien entspricht. Denn der Vertrag wurde ja eben in Berlin existent und es war im normalen Verlaufe der Dinge das ganze Geschäft dort abzu-

wickeln. Das in Zürich geltende schweizerische Recht könnte nur als Wohnsitzrecht des einen Vertragstheiles zur Anwendung kommen. Allein wenn auch das Wohnsitzrecht der Parteien für die Fähigkeit derselben zum Geschäftsabschlusse von Bedeutung ist, so kann dasselbe dagegen in der Regel für den objektiven Bestand und die Wirkungen einer Vertragsobligation nicht als entscheidend erachtet werden; bei Anwendung des Wohnsitzrechtes, insbesondere auf gegenseitige Verträge, würde die Anomalie entstehen, daß Rechte und Verpflichtungen der beiden Kontrahenten nach verschiedenen Rechten, also möglicherweise in ganz verschiedener, widersprechender Weise sich regelten. Dies entspricht aber gewiß einem vernünftigen Verkehrswillen nicht und es wird denn auch die regelmäßige Anwendung des Wohnsitzrechtes in Bezug auf objektiven Bestand und Wirkungen obligatorischer Rechtsverhältnisse von Doktrin und Praxis überwiegend verworfen.

8. Ist aber demnach in casu preussisches und nicht eidgenössisches Recht anzuwenden, so ist das Bundesgericht zur sachlichen Beurtheilung der Beschwerde nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten wird mangels Kompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten und es hat somit in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgesichtes des Kantons Zürich vom 1. Mai 1885 sein Bemenden.

56. Urtheil vom 12. September 1885
in Sachen Rohner gegen Fierz.

A. Durch Urtheil vom 3. Juli 1885 hat das Handelsgesicht des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Widerklage ist gutgeheißen und der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger 6668 Fr.

65 Cts. nebst Zins zu 6 % seit dem 31. Dezember 1884 zu bezahlen.

3. Die Staatsgebühr wird auf 360 Fr. festgesetzt; die übrigen Kosten betragen: 26 Fr. 40 Cts. Schreibgebühren, 2 Fr. 30 Cts. Citationsgebühr, 7 Fr. 60 Cts. Stempel, 1 Fr. 70 Cts. Porto und Broschüren des Urtheiles.

4. Die Kosten sind dem Kläger und Widerbeklagten auferlegt.

5. Derselbe hat dem Beklagten und Widerkläger eine Prozeßentschädigung von 120 Fr. zu bezahlen.

6. u. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Sein Anwalt beantragt bei der heutigen Verhandlung: Abänderung des kantonalen Urtheiles im Sinne der Guttheilung der Klage und der Abweisung der Widerklage, unter Kostenfolge, eventuell Veranstaltung einer Expertise in den von ihm vor den kantonalen Instanzen angegebenen Richtungen. Für den Fall grundsätzlicher Guttheilung des Rekurses sei er damit einverstanden, daß vorerst nur ein Vorurtheil über die prinzipielle Frage erlassen werde. In Begründung seiner Anträge verliest er ein von ihm eingeholtes Privatgutachten des Fabrikanten Jkle in St. Gallen über die auf dem Plage St. Gallen beim Handel um Cambrics scoured bestehenden Usancen, sowie eine einschlägige Meinungsäußerung des Vorstandes des Handels- und Industrievereines St. Gallen. Für die von ihm beantragte gerichtliche Expertise schlägt er als Experten das Kaufmännische Direktorium in St. Gallen, eventuell dessen sämtliche Mitglieder vor. Der Anwalt des Beklagten und Widerklägers verwahrt sich gegen die vom Kläger neu angebrachten Behauptungen und Beweismittel und trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheiles unter Kosten- und Entschädigungsfolge an; eventuell hält er an sämtlichen von ihm vor den kantonalen Instanzen gemachten Beweisangeboten fest und erklärt, daß er gegen die Bezeichnung des Kaufmännischen Direktoriums in St. Gallen zum Experten protestire und seinerseits eventuell als Experten die Fabrikanten Zähler und Schieß in Herisau vorschlage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger verlangt Wandelung und Schadenersatz (im Betrage von 20,944 Fr. 85 Cts. nebst Zins à 6 % seit 31. Dezember 1884) wegen nicht vertrags- und gesetzmäßiger Beschaffenheit von 430 Stück ihm vom Beklagten verkaufter und gelieferter « Cambrics scoured », welche er dem Beklagten zur Disposition gestellt hat, deren Rücknahme der Beklagte dagegen verweigert. Der Beklagte seinerseits dagegen fordert widerlagsweise den, in seiner Höhe nicht bestrittenen, Fakturapreis der gelieferten Waare mit 6668 Fr. 65 Cts. nebst Zins zu 6 % seit dem 31. Dezember 1884, indem er die Empfangbarkeit der Waare behauptet und überdem dem klägerischen Ansprüche die Einrede der Verjährung nach Art. 257 D.-R., sowie der Verspätung der Mängelrüge entgegenhält. Replikando macht der Kläger seine Ansprüche gegenüber der Widerlagsforderung einredeweise geltend und setzt überdies den Einreden des Beklagten die Replik der Unterbrechung der Verjährung, sowie der absichtlichen Täuschung entgegen.

2. In erster Linie ist rücksichtlich der Klageforderung zu prüfen, ob die derselben vom Beklagten entgegengestellte Einrede der Verjährung begründet sei. Nach Art. 257 D.-R. verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel einer Sache innert Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer. Nun hat die letzte streitige Lieferung am 20. Oktober 1883 stattgefunden, während die Klage erst am 9. Mai 1885 eingereicht wurde. Die Einrede der Verjährung ist somit begründet, wenn nicht eine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden hat oder dem Verkäufer absichtliche Täuschung des Käufers zur Last fällt, wo alsdann derselbe nach Art. 259 D.-R. sich auf die einjährige Verjährungsfrist des Art. 257 cit. nicht berufen kann. Zu Begründung seiner Behauptung, daß eine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden habe, hat sich nun der Beklagte darauf berufen, daß er am 26. September 1884 einen amtlichen Augenschein über die zur Disposition gestellte Waare habe abhalten lassen und überdem gegen den Beklagten mit Lettschein vom 3. Oktober 1884 beim Bezirksgerichte Oberheinthal (St. Gallen) eine Provokationsklage anhängig gemacht

habe, dahin gehend, der Beklagte sei zu verpflichten, für die von ihm gegen den Kläger behauptete Forderung gegen diesen innert der Nothfrist von einem Monate die Klage bei genanntem Bezirksgerichte einzuleiten bei Verlust des Anspruches im Unterlassungsfalle. Diese Provokationsklage sei zwar allerdings erst- und oberinstanzlich, vom Kantonsgerichte St. Gallen durch Urtheil vom 5. März 1885, abgewiesen worden, weil es an einer für die Provokation wesentlichen Voraussetzung (nämlich der, daß der Provokant nicht selbst in der Lage sei, klagend aufzutreten) mangle. Immerhin indes sei dadurch die Verjährung unterbrochen worden, jedenfalls komme dem Beklagten die Nachfrist des Art. 158 D.-R. zu gute. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Daß die Veranlassung eines Augenscheines einen Unterbrechungsgrund der Verjährung gemäß Art. 154 D.-R. nicht enthält, liegt auf der Hand. Ebensowenig aber ist eine Unterbrechung durch Anhebung der Provokationsklage herbeigeführt worden. Wenn Art. 154 Biff. 2 D.-R. bestimmt, daß die Verjährung durch Klage vor einem staatlichen oder Schiedsgerichte unterbrochen werde, so ist damit unzweifelhaft bloß ausgesprochen, daß die Verjährung eines Anspruches unterbrochen werde, wenn eben dieser Anspruch (um dessen Verjährung es sich handelt) gerichtlich eingeklagt wird. Nun ist aber durch die vom Kläger bei den st. gallischen Gerichten angehobene Provokationsklage ja gar nicht die von ihm nunmehr erhobene Wandelungs- und Schadenersatzklage angestellt, sondern es ist dadurch ein ganz anderer Anspruch verfolgt worden, indem ja die Provokationsklage nur dahin ging und nur dahin gehen konnte, daß der Beklagte verpflichtet werde, seinen Anspruch gegen den Kläger bei den st. gallischen Gerichten geltend zu machen. Allerdings verfolgte der Kläger bei seinem Provokationsbegehren unzweifelhaft den Zweck, die spätere (widerklagsweise) Geltendmachung seines Wandelungs- und Schadenersatzanspruches vorzubereiten resp. dafür den st. gallischen Gerichtsstand zu gewinnen. Allein dies ändert nichts daran, daß die Provokationsklage eben nicht die Geltendmachung der Wandelungs- und Schadenersatzklage enthält. Aus diesem Grunde kann denn auch dem Kläger die durch Art. 158 D.-R. demjenigen, dessen Klage oder Ein-

rede wegen Inkompetenz des angerufenen Richters oder wegen verbesserlicher Fehler oder als verfrüht zurückgewiesen worden ist, für Erhebung der Klage zugestandene Nachfrist nicht zu gute kommen. Denn seine gegenwärtige Klage betrifft ja gar nicht den gleichen Anspruch wie die Provokationsklage und es ist übrigens auch letztere nicht wegen Inkompetenz des angerufenen Richters u. dgl. zurückgewiesen, sondern weil die Voraussetzungen der Provokation mangeln, als materiell unbegründet abgewiesen worden.

3. Die der Verjährungseinrede im Fernern entgegengestellte Replik der absichtlichen Täuschung resp. der Arglist kann nach dem von der Vorinstanz festgestellten Thatbestande ebenfalls nicht als begründet erachtet werden. Zu Begründung derselben hat der Beklagte thatsächlich geltend gemacht: die Waare sei vor oder nach der Operation des scouring (Auswaschen) durch eine Ockerlösung gezogen worden, wodurch ihr künstlich die tiefer bräunliche Färbung sehr guter ägyptischer Baumwolle gegeben worden sei. In Folge dieser künstlichen Färbung sei die Waare in besticktem Zustande nicht vollkommen bleichbar, wofür Beweis anerbotten werde. Der Verkäufer habe nun die künstliche Färbung der Waare gekannt und es sei ihm auch bekannt gewesen, daß solche Waare sich nicht vollständig bleichen lasse. Er habe im Fernern gewußt, daß der Käufer bleichbare Waare kaufen wolle. Nach den Usancen des Places St. Gallen (wo der Kauf abgeschlossen wurde) sei die Bleichbarkeit des Stoffes in besticktem Zustande im Handel mit Cambric scoured eine ganz selbstverständliche, von beiden Parteien stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft. Ueberhaupt verstehe man unter Cambric scoured allgemein Baumwollenzeug, welches die Manipulation des scouring und nichts anderes durchgemacht habe; gefärbter Cambric sei überhaupt kein Cambric scoured mehr. Der Verkäufer habe auch sogar die vollständige Bleichbarkeit des Stoffes ausdrücklich zugesichert, wie sich aus einem Briefe seines Vertreters Salzmann vom 15. September 1883 ergebe, in welchem gesagt sei, ein mit diesem Briefe übersandtes Musterstück Nr. 253 sei ganz genau dieselbe Qualität, wie das beim Kläger liegende Stück Nr. 137 (nach welchem die streitige Be-

stellung gemacht wurde), nur von einem andern scourer ausgewaschen. „Nach der Bleiche kennt man natürlich die beiden Stück nicht mehr von einander.“ Stände nun thatsächlich fest, daß der Verkäufer, bezw. dessen Stellvertreter, dem Käufer absichtlich verschwiegen habe, daß die Waare künstlich gefärbt und nicht vollständig bleichbar sei, so wäre zweifellos, wie auch die Vorinstanz anerkennt, absichtliche Täuschung im Sinne des Art. 259 D.-R. anzunehmen. Allein die Vorinstanz hat nun wohl thatsächlich festgestellt, daß der Verkäufer die künstliche Färbung der Waare beim Kaufabschlusse gekannt habe; sie führt aber gleichzeitig aus, daß eine absichtliche Täuschung deshalb nicht vorliege, weil der Verkäufer und bezw. sein Vertreter haben annehmen dürfen, auch der Käufer, als Chef eines bedeutenden Stickereigeschäftes, werde die künstliche Färbung des Musters Nr. 137, welche für den Kenner sofort ersichtlich sei, erkannt haben. Daß der Verkäufer oder sein Vertreter auch gewußt habe, daß die Waare der künstlichen Färbung wegen in besticktem Zustande nicht völlig bleichbar sei, sodann sei nicht anzunehmen. Nach diesen thatsächlichen Feststellungen, welchen ein Rechtsirrtum nicht zu Grunde liegt, kann von einer absichtlichen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer gewiß nicht die Rede sein und es muß somit rücksichtlich der Vorlage das erstinstanzliche Urtheil bestätigt, d. h. die Vorlage wegen eingetretener Verjährung abgewiesen werden.

4. Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Einwendungen, welche der Kläger und Widerbeklagte der auf Zahlung des Kaufpreises gerichteten Widerklage entgegenstellt, begründet seien. In dieser Richtung ist nun vor Allem klar, daß der Käufer seinen auf nicht vertrags- und gesetzmäßige Beschaffenheit der Waare begründeten Wandelungs- und Schadenersatzanspruch, trotz der eingetretenen Verjährung der Klage, einredeweise noch geltend machen kann. Denn die Voraussetzungen, unter welchen nach Art. 258 D.-R. auch die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel durch Verjährung erlöschen, sind unbefristetmaßen nicht gegeben.

5. Der Anspruch des Käufers stützt sich nun darauf, daß die Waare in besticktem Zustande nicht völlig bleichbar sei, während

die Bleichbarkeit vom Verkäufer ausdrücklich zugesichert worden oder doch jedenfalls nach st. gallischem Plakgebrauche stillschweigend vereinbart gewesen sei und der Mangel derselben die Waare zu dem vorausgesetzten Gebrauche vollständig untauglich mache. Der Verkäufer bestreitet, gestützt auf ein von ihm produziertes Privatgutachten des Fabrikanten Steiger-Meyer, daß der Stoff sich nicht vollständig bleichen lasse. Daß die Bleichung im vorliegenden Falle nicht gelungen sei, liege nur an der mangelnden Sachkunde der Bleicher. Er bestreitet im Fernern, daß die Bleichbarkeit in concreto ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert worden sei; es liege hier ein Handel nach Muster vor, bei welchem für die vom Verkäufer zu vertretenden Eigenschaften der Waare lediglich und ausschließlich das Muster entscheidend sei. Dem vorgelegten Muster Nr. 137 aber entspreche die gelieferte Waare vollständig, was der Käufer auch gar nicht bestreite. Endlich macht der Verkäufer geltend, es sei jedenfalls die Mängelrüge nicht rechtzeitig erfolgt und es gelte daher die Waare nach Art. 246 D.-R. als genehmigt. Zu bemerken ist hiebei: Der Vertreter des Verkäufers, J. Salymann-Däniker, offerirte dem Käufer durch Brief vom 9. September 1883 500 Stück Cambrics scoured Nr. 137 à 14 Fr. 90 Cts., unter Beilegung eines Musterstückes, worauf der Käufer mit Brief vom 14. September 550 Stück „Qualität ganz genau nach dem sub 9. d. M. zugestellten Musterstücke à 14 Fr. 70 Cts.“ mit Angabe der Lieferzeit bestellte. Weitere briefliche und telegraphische Korrespondenzen über fernere Bestellungen, Lieferzeit u. s. w. wurden zwischen den Parteien bis zum 15. Oktober 1883 gewechselt. Die ersten der streitigen Lieferungen fanden am 17. September 1883, die letzte am 20. Oktober gleichen Jahres statt. Der Käufer nahm den größten Theil der Waare sofort in Arbeit. Jedes Stück wurde in sechs Coupons zerschnitten und diese in ungebleichtem Originalzustande zur mechanischen Bestickung übergeben. Nach der Bestickung sandte der Käufer die größere Partie des Fabrikates verschiedenen Appreteurs und Bleichern zu, eine kleine Partie verkaufte er ungebleicht an dritte Personen, welche sie ihrerseits ebenfalls zum Bleichen versandten. Am 5. November erhielt der Kläger von dem Bleicher Scheitlin in St. Gallen

die telegraphische Nachricht: die Waare könne nicht gebleicht werden, welche Nachricht bald auch von den übrigen Bleichern und den Käufern ungebleichter Waare einging. Schon am 5. November 1883 oder doch sofort nachher machte der Käufer hievon dem Vertreter des Verkäufers, Salzmann, mündlich Anzeige und am 13. November gleichen Jahres stellte er durch amtliche Anzeige die Waare zur Disposition.

6. In rechtlicher Prüfung der Parteienbringen ist zunächst klar, daß jedenfalls der vom Käufer behauptete Mangel der Unmöglichkeit vollständiger Bleichung nicht als ein solcher bezeichnet werden kann, welchen der Käufer bei Aufwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen mußte und für welchen daher der Verkäufer nach Art. 245 D.-R. nur dann haftet, wenn er dessen Nichtvorhandensein ausdrücklich zugesichert hat. Denn es ergibt sich ja aus den Akten, daß über das Vorhandensein dieses Mangels sogar unter Sachmännern noch gegenwärtig verschiedene Ansichten möglich sind und bestehen und es springt übrigens ohne Weiteres in die Augen, daß die Bleichbarkeit nicht durch bloßes Besehen der Waare, sondern nur durch eine Bearbeitung derselben konstatiert werden kann. Ob die künstliche Färbung dem Kenner sofort ersichtlich sein mußte, wie dies die Vorinstanz annimmt, ist gleichgültig. Denn einerseits stützt ja der Käufer seinen Anspruch nicht auf die künstliche Färbung als solche, sondern auf den aus der speziellen Art derselben in concreto resultirenden Mangel der Nichtbleichbarkeit der Waare und andererseits kommt es für die Anwendung des Art. 245 nicht darauf an, ob ein Mangel einem scharfprüfenden Kennerauge sofort ersichtlich ist, sondern darauf, ob er bei Anwendung gewöhnlicher, d. h. jedermann zuzumuthender Aufmerksamkeit, also ohne grobe Fahrlässigkeit, erkannt werden muß.

7. Zweifelhafter dagegen erscheint die Frage, ob der Käufer der ihm nach Art. 246 D.-R. obliegenden Untersuchungs- und Rügepflicht Genüge geleistet habe oder ob nicht, mangels rechtzeitiger Rüge, die Waare als genehmigt gelten müsse. Thatsächlich steht in dieser Beziehung unbestritten fest, daß der Käufer weder die ihm übergebene Probe, noch die Waare selbst, bevor er sie in Bearbeitung nahm, daraufhin untersucht hat, ob die-

selbe in besticktem Zustande völlig bleichbar sei; daß er dagegen andererseits, sofort nachdem er davon Kenntniß erhalten hatte, der Stoff lasse sich nicht vollständig bleichen, davon dem Verkäufer resp. seinem Vertreter Anzeige machte. Die Entscheidung über die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge hängt also nach Art. 246 D.-R. davon ab, ob es sich um einen bei „übungsmäßiger Untersuchung“ erkennbaren Mangel handelte, mit andern Worten, ob nach bestehender Handelsübung der Käufer den Stoff, bevor er ihn in Arbeit nahm, auch einer Untersuchung auf seine Bleichbarkeit oder Nichtbleichbarkeit hin zu unterwerfen hatte. Sofern nun die vom Käufer aufgestellte Behauptung, daß ihm die Bleichbarkeit ausdrücklich zugesichert worden sei oder daß nach dem maßgebenden st. gallischen Platzgebrauch beim Handel um Cambrie scoured die völlige Bleichbarkeit in besticktem Zustande als durchaus selbstverständlich und daher stillschweigend vereinbart gelte, richtig ist, so ist die gestellte Frage zu verneinen. Denn es ist nicht zu übersehen, daß die Untersuchung des Stoffes auf seine Bleichbarkeit in besticktem Zustande hin eine unter allen Umständen mit nicht unerheblichem Zeit- und Kostenaufwande verbundene Bearbeitung desselben (Besticken und nachheriges Bleichen) erfordert und es kann nun nicht angenommen werden, daß nach Handelsgebrauch dem Käufer eine so umständliche und minutiöse Untersuchung der Waare auf eine, wie behauptet wird, ausdrücklich zugesicherte oder selbstverständliche Eigenschaft hin obliege. Eine derartige Ausdehnung der Untersuchungspflicht des Käufers wäre mit der im Handel regelmäßig üblichen Raschheit der Verfügung über die gekaufte Waare und daher mit der bona fides des Verkehrs nicht wohl vereinbar.

8. Demnach muß materiell geprüft werden, ob die Mängelrüge des Käufers gemäß Art. 243 D.-R. begründet sei. In dieser Beziehung kann nun vorerst dem Ansprüche des Käufers nicht entgegengehalten werden, daß ein Handel nach Probe oder Muster vorliege und daß daher der Käufer etwas Weiteres als Probemäßigkeit der Waare nicht beanspruchen könne. Denn es ist doch klar und anerkannten Rechts, daß auch beim Kaufe nach Probe oder Muster dem Käufer noch andere Eigenschaften der Waare als die bloße Probemäßigkeit ausdrücklich oder still-

schweigend zugesichert sein können, und dies gerade wird in concreto vom Käufer behauptet. Eine ausdrückliche Zusicherung der völligen Bleichbarkeit des Stoffes in besticktem Zustande liegt nun allerdings nicht vor, da es wohl zu weit geht, eine daheringe Zusicherung aus der bloßen Aeußerung des beklaglichen Vertreters in seinem Schreiben vom 15. September 1883 („nach der Bleiche kennt man natürlich die beiden Stücke nicht mehr von einander“) ableiten zu wollen. Auch der Umstand, daß nach der Mängelanzeige des Käufers der beklagliche Vertreter dem Käufer, wie nicht bestritten wurde, neue Bleichrezepte an die Hand gegeben hat, beweist für sich allein noch nicht, daß die Bleichbarkeit beim Vertragsabschlusse beiderseits stillschweigend vorausgesetzt resp. vom Verkäufer stillschweigend zugesichert wurde. Demnach erscheint aber der vom Kläger anerbundene Sachverständigenbeweis dafür, daß nach st. gallischem Plaggebrauche beim Handel um Cambrie scoured zwischen Cambrie-Lieferanten und Stickern die völlige Bleichbarkeit der Waare in besticktem Zustande als stillschweigend vereinbart gelte, als erheblich; es handelt sich hier nicht etwa um den Beweis eines Handelsgewohnheitsrechtes, sondern um den Beweis einer tatsächlichen Übung, aus welcher auf den Willen der Parteien im konkreten Falle geschlossen werden kann. Wenn die Vorinstanz diesem Beweis anerbieten gegenüber auf die Natur des streitigen Kaufes als eines Handels nach Muster hinweist, so ist dies nicht schlüssig; denn, wie bereits bemerkt, steht ja nichts entgegen, daß auch beim Kaufe nach Muster noch anderweitige Eigenschaften, als die Probemäßigkeit, ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert werden. Im Weiteren muß aber, da die Vorinstanz es mit Rücksicht auf das Gutachten des Fabrikanten Steiger-Meyer als zweifelhaft und nicht erwiesen bezeichnet, ob überhaupt die streitige Waare in besticktem Zustande nicht völlig bleichbar sei, auch hierüber Beweis durch Sachverständige erhoben werden. Selbstverständlich ist indeß, daß es hiebei nicht darauf ankommt, ob etwa der fragliche Stoff durch ein neu erfundenes oder außerordentlich kostspieliges und umständliches chemisches Verfahren völlig gebleicht werden könne, sondern darauf, ob er nach den zur Zeit der streitigen Lieferungen gemäß dem da-

malignen Stande der industriellen Technik üblichen und bekannten Verfahrensarten vollständig und ohne Nachtheil bleichbar war.

9. Ist somit in Bezug auf die Widerklage und die derselben entgegengesetzten Einwendungen in den angegebenen Richtungen auf Beweis zu erkennen, so ist die Sache zur Erhebung der angeordneten Beweise gemäß Art. 30 Absatz 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheiles des Handelsgerichtes Zürich vom 3. Juli 1885 ist bestätigt und es ist somit die Vorklage abgewiesen.

2. In Betreff der Widerklage wird beschlossen: Die Sache wird an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen zu Abnahme des vom Kläger und Widerbeklagten angebotenen Sachverständigenbeweises darüber, ob nach st. gallischem Plaggebrauche beim Handel um Cambrie scoured zwischen Cambrie-Lieferanten und Stickern die völlige Bleichbarkeit der Waare in besticktem Zustande als selbstverständlich vorausgesetzte Eigenschaft der Waare gelte, sowie im Fernern darüber, ob die streitige Waare nach dem Stande der industriellen Technik zur Zeit der Lieferung als in besticktem Zustande völlig bleichbar betrachtet werden könne.

3. Nach Vornahme der angeordneten Aktenvervollständigung sind die Akten an das Bundesgericht zurückzusenden, welches alsdann sein Endurtheil gemäß Art. 30 Absatz 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege ohne neuen Parteivorstand ausfällen wird.

4. Die Entscheidung über die Kosten wird bis zum Endurtheile suspendirt.