

spruch nehmen werden. Nach Vornahme der Abzüge wegen Verschuldens und Vorteils der Kapitalabfindung, ergeben sich die von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigungsbeträge von 9744 Fr. für Frau Wagner, und von 3712 Fr. für den Knaben und 3060 Fr. für das Mädchen, welche Summen vom Unfalls-Tage (17. November 1907) an zu 5% verzinsbar sind.

5. — Endlich ist dem angefochtenen Entscheid auch darin beizupflichten, daß sich die Kläger den Betrag der Lebensversicherungspolice des Verstorbenen von 10,000 Fr. nicht an ihre Schadenersatzforderung brauchen anrechnen zu lassen. Daß die Haftpflicht des Beklagten begründete Ereignis, nämlich der infolge Gasvergiftung eingetretene Tod Wagners, bildet zwar die Tatsache, von der die Entstehung des Anspruches auf die Versicherungssumme abhängt, aber doch nicht den eigentlichen Rechtsgrund dieses Anspruches, der vielmehr aus dem Versicherungsvertrag entspringt, und sodann hat der Verunglückte jenen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht unentgeltlich erlangt, sondern durch erhebliche Gegenleistungen in Gestalt der bezahlten Prämien usw. erkaufen müssen (vergl. Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 64 Nr. 87 S. 252 und dortige Zitate; vergl. auch Art. 9 FFG).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 14. Dezember 1909 in allen Teilen bestätigt.

34. Arrêt du 26 mai 1910, dans la cause Henchoz et Pilet, déf. et rec. princ., contre Pilet-Neusel, dem. et rec. p. v. d. j., et Ginier évoqué en garantie et int.

Un contrat de vente ayant pour objet des plantes encore incorporées au sol mais destinées à être abattues, se caractérise comme **vente mobilière**. — **Impossibilité juridique** d'exécuter un contrat **antérieure** à la conclusion de celui-ci (**art. 17 CO**), en opposition à l'impossibilité **postérieure** (**art. 145 CO**). — **L'impossibilité seulement partielle** de la prestation n'entraîne pas forcément la nullité du contrat tout entier. — Interprétation du contrat en cause. **Responsabilité pour « culpa in contrahendo »**: réparation du dommage équivalant au « Negatives Vertragsinteresse. » — Engagement de l'évoqué en garantie.

A. — Le 5 octobre 1906, les défendeurs J. Henchoz et E. Pilet, associés en nom collectif pour l'exploitation d'un commerce de bois, ont conclu avec V. Ginier une convention écrite aux termes de laquelle Ginier leur vendait « 1000 plantes de sapin au choix des acheteurs dans les forêts de la Jointe » pour le prix de 20 000 francs. La forêt de la Jointe est une forêt protectrice et aucune exploitation ne peut y être entreprise sans l'autorisation préalable de l'inspecteur forestier. Avant de conclure le contrat indiqué ci-dessus, les parties avaient visité la forêt et Ginier avait déclaré que l'inspecteur forestier consentirait certainement à marteler au moins 1000 plantes de sapin. Les défendeurs ont payé le 31 octobre 1906 la somme de 20 000 francs convenue.

Le 6 novembre 1906, V. Ginier, son fils et les défendeurs ont procédé au martelage de 1000 plantes au moyen de marteaux portant les initiales des acheteurs. Ceux-ci ont donné l'ordre à Ginier fils de commencer l'abatage dès que l'inspecteur forestier aurait opéré son martelage. Le 14 novembre Ginier a écrit à l'inspecteur forestier pour le prier de lui donner l'autorisation d'exploiter dans les forêts

de la Jointe 1000 à 1100 plantes vendues à Henchoz et Pilet. Le 30 novembre l'inspecteur forestier s'est rendu sur les lieux; il a déclaré qu'on pouvait facilement couper 1100 plantes, mais que le choix de Henchoz et Pilet n'était pas conforme à une saine exploitation de la forêt. Il a donc refusé, malgré la demande instante de Ginier, d'autoriser la coupe de toutes les plantes marquées par les défendeurs; il en a martelé 500, parmi lesquelles se trouvaient 400 des plantes choisies par Henchoz et Pilet; ceux-ci n'assistaient pas à cette opération; ils ont été informés quelques temps après par Ginier que l'inspecteur forestier avait martelé 500 plantes.

Le fils Ginier a commencé la coupe du bois et il avait abattu 49 plantes martelées par l'inspecteur forestier, lorsque, à la fin de décembre, E. Pilet est venu et lui a dit de cesser l'exploitation, les bois ayant été revendus à Ami Pilet-Neusel. E. Pilet a reconnu les 49 plantes coupées sans formuler d'autre observation que celle-ci: « M. Grenier (l'inspecteur forestier) en a marqué de celles qui ne nous conviennent pas tant ».

Le 22 décembre 1906, Henchoz et Pilet avaient conclu avec le demandeur Ami Pilet-Neusel la convention suivante:

« Henchoz et Pilet vendent à Ami Pilet, pour le prix de 23 000 francs, 1000 plantes martelées par les vendeurs dans les propriétés de Vincent Ginier, maréchal, au lieu dit aux Jointes, vallée de l'Hongrin. De ce nombre 49 plantes sont déjà coupées; les billons en provenant sont la propriété de l'acheteur A. Pilet qui peut en disposer, le paiement de la fabrication étant à sa charge à raison de 60 centimes par billon.... Le paiement se fait de la manière suivante: 3000 francs sont payés comptant dont quittance, et le solde, soit 20 000 francs, est dû pour le 25 octobre 1907. Les bois constituent la garantie de ce paiement. »

Il n'a pas été prouvé qu'avant de signer cette convention Ami Pilet se fût rendu dans la forêt et eût constaté que l'inspecteur n'avait pas martelé tous les bois marqués par Henchoz et Pilet.

Au commencement d'octobre 1907, Ami Pilet a demandé

aux défendeurs de numéroter avec lui les plantes achetées. Le 7 octobre le demandeur et les défendeurs ont numéroté environ 700 plantes portant déjà la marque de J. Henchoz ou de E. Pilet. Au cours de l'opération il a été constaté qu'une partie des bois n'avait pas été martelés par l'inspecteur forestier. A. Pilet n'a fait aucune observation à ce sujet. Peu après il a commencé l'exploitation des plantes et a confié ce travail à des tâcherons.

Il a payé le 23 octobre 1907 aux défendeurs le solde du prix de vente. Le même jour il a vendu à Louis Baehler, à Genève, « la marchandise fabriquée des bois provenant de la Jointe par MM. Henchoz et Pilet. » Il s'engageait à la livrer pour le 25 octobre 1908.

En novembre 1907, l'inspecteur forestier a par deux fois interdit aux tâcherons de continuer l'exploitation. Le 14 novembre il a ordonné verbalement à Ami Pilet d'arrêter la coupe et lui a confirmé cet ordre le lendemain par lettre. De son côté, Ginier avait rappelé le 1^{er} novembre à Ami Pilet qu'il devait respecter le martelage de l'inspecteur; le 16 novembre il lui a fait écrire qu'il s'opposait, sous peine d'action civile et pénale, à ce qu'on coupât d'autres plantes que celles marquées par ce fonctionnaire.

Le demandeur a été dénoncé pour contravention à la loi forestière (exploitation non autorisée dans une forêt protectrice) et il a été condamné à une amende de 200 francs. Il a de plus versé à ses tâcherons une somme de 100 francs à titre de dommages-intérêts pour la perte que leur a fait subir l'arrêt du travail.

Par exploit du 29 novembre 1907, il a mis les défendeurs en demeure de prendre, dans un délai de dix jours, toutes mesures propres à assurer l'exécution du contrat du 22 décembre 1906, avec avis qu'à ce défaut le marché serait résilié. La veille de la notification de l'exploit, les défendeurs avaient proposé à A. Pilet de faire, d'accord avec Ginier et tous droits réservés, une démarche collective auprès de l'inspecteur forestier afin d'obtenir qu'il martelât 1000 plantes de sapin en prenant autant que possible les bois choisis

par eux. Le demandeur a refusé de s'associer à cette démarche. Il a opposé le même refus à une proposition semblable faite le 27 décembre par les défendeurs. Ceux-ci ont de leur côté mis Ginier en demeure de prendre telles mesures qu'il jugerait utiles pour que le forestier autorise l'abatage des plantes choisies par Henchoz et Pilet. Le 30 janvier 1908, l'inspecteur forestier a martelé 99 nouvelles plantes, toutes déjà marquées par les défendeurs, Par lettre du 7 mai 1908 il a informé le conseil des défendeurs que « il y a possibilité dans la forêt de la Jointe d'autoriser la coupe de 1000 plantes, peut-être même de quelques-unes de plus pour compenser la petite moins-value qui pourrait se présenter. »

En cours de procès, le demandeur a pris possession des plantes, au nombre de 198, déjà abattues lors de l'interruption de l'exploitation. Elles ont été estimées à la somme de 5400 francs.

B. — Par l'exploit sus-indiqué du 29 novembre 1907 et par demande du 24 janvier 1908, Ami Pilet a ouvert action aux défendeurs en concluant à ce qu'il soit prononcé:

« que le contrat du 22 décembre 1906 étant résilié par » le fait et la faute de la société Henchoz et Pilet, celle-ci » est sa débitrice et doit lui faire prompt paiement des » sommes suivantes:

» 1° a) 3000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 22 décembre » 1906;

» b) 20 000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 25 octobre » 1907;

» 2° 16 000 fr. à titre de dommages-intérêts à 5 % dès » le 29 novembre 1907, modération de justice réservée;

» 3° le montant des sommes qu'il a dépensées ensuite du » contrat de vente du 22 décembre 1906, notamment ce » qu'il sera appelé à payer à ses tâcherons pour l'exploita- » tion des bois, ainsi que pour les dommages et intérêts » que ceux-ci pourraient lui réclamer. Ce montant sera » établi en cours de procès. » En outre il se réserve de réclamer le remboursement de l'amende prononcée contre

lui et il offre de tenir compte de la valeur des plantes dont il aurait disposé.

Il motive sa demande en exposant que, le délai de dix jours fixés par l'exploit du 29 novembre 1907 s'étant écoulé sans que les défendeurs aient mis A. Pilet en mesure d'exploiter les bois achetés par lui, *ipso facto* le contrat du 22 décembre 1906 s'est trouvé résilié. Les défendeurs doivent donc lui rembourser le prix de vente de 23 000 francs, et lui payer une indemnité représentant le bénéfice qu'il aurait réalisé sur cette vente, soit 16 000 francs.

C. — Les défendeurs ont conclu à libération en soutenant, en substance, ce qui suit:

L'action du demandeur est une action en garantie pour cause d'éviction. Elle est exclue par cela seul que l'éviction en l'espèce est due à un cas de force majeure (fait du prince). Elle l'est également parce que A. Pilet connaissait les risques d'éviction. En outre, il ne les a pas mis régulièrement en demeure; le délai de dix jours a été fixé trop tard et il était trop court. Il tenait d'ailleurs à Ami Pilet que l'éviction partielle se réduisit au minimum; il n'avait qu'à s'associer à la démarche collective qu'on lui proposait de faire auprès de l'inspecteur forestier. Enfin les dommages-intérêts réclamés sont dans tous les cas excessifs; Pilet pourrait tout au plus prétendre à une somme représentant la différence entre la valeur des arbres dont l'abatage serait définitivement interdit et celle des plantes offertes en remplacement.

Pour le cas où les conclusions du demandeur seraient admises, en tout ou en partie, les défendeurs ont évoqué en garantie V. Ginier en concluant à ce qu'il les relève de toutes condamnations qui pourraient être prononcées contre eux. S'ils sont responsables envers A. Pilet, V. Ginier l'est *a fortiori* vis-à-vis d'eux; il a en effet promis expressément que l'inspecteur forestier autoriserait l'abatage des plantes choisies.

V. Ginier a contesté avoir pris un tel engagement; il a simplement promis que 1000 plantes pourraient être enle-

vées; il a tenu cet engagement puisque l'inspecteur forestier a déclaré qu'il autoriserait l'enlèvement de 1100 plantes. L'évoqué en garantie a par conséquent conclu à libération des conclusions prises contre lui.

D. — Par jugement du 17 janvier 1910, la Cour civile du canton de Vaud a admis les conclusions de la demande en ce sens que, le contrat du 22 décembre 1906 étant résilié, les défendeurs sont reconnus débiteurs d'Ami Pilet des sommes suivantes:

- a) 3000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 22 décembre 1906;
- b) 14 480 fr. avec intérêts à 5 % dès le 29 novembre 1907;
- c) 3000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 25 octobre 1907;
- d) 100 francs.

La Cour civile a écarté les conclusions des défendeurs contre V. Ginier.

E. — C'est contre ce jugement que les défendeurs ont, en temps utile, recouru au Tribunal fédéral, en reprenant leurs conclusions de première instance. Pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait qu'ils doivent une indemnité correspondant à la différence de valeur des plantes exclues de l'abatage et de celles offertes en remplacement, ils concluent à la nullité du jugement et au renvoi de la cause à la Cour civile.

Le demandeur a recouru par voie de jonction et a conclu à ce qu'il lui soit alloué une indemnité de 10 000 fr. modération de justice réservée.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — L'action principale du demandeur et l'action récursoire des défendeurs se fondent sur les contrats de vente conclus entre parties le 5 octobre et le 22 décembre 1906. Ces ventes avaient pour objet des plantes encore incorporées au sol; la Cour civile a néanmoins jugé qu'il s'agissait de ventes mobilières, par le motif que les arbres étaient aliénés, non pas en tant qu'accessoires du fonds, mais pour

le moment où ils seraient abattus et comme des produits destinés à être transportés hors du terrain d'où ils sont tirés. A l'appui de cette manière de voir — qui n'est combattue par aucune des parties — la Cour civile invoque la doctrine et la jurisprudence françaises unanimes et la pratique constante des tribunaux vaudois. Le Tribunal fédéral a également admis à plusieurs reprises le caractère mobilier de ventes semblables (voir RO 18 p. 885, cons. 2; 29 II, p. 512 et suiv.; cf. HAFNER, note 1 *in fine* sur art. 231 CO). Le droit fédéral leur étant ainsi applicable, la compétence du Tribunal fédéral n'est pas douteuse.

2. — Les défendeurs ont vendu au demandeur 1000 plantes déterminées, soit les 1000 plantes qu'ils avaient martelées. En fait, ils se sont trouvés dans l'incapacité de les lui procurer en totalité, l'inspecteur forestier ayant refusé d'autoriser la coupe de certains tout au moins des arbres marqués par Henchoz et Pilet. Le demandeur n'a pu par conséquent obtenir l'exécution complète du marché et il estime être fondé à en demander la résiliation.

La vente des choses dont l'aliénation se trouve interdite par l'autorité publique est un des cas typiques soumis par la doctrine aux règles sur l'impossibilité de la prestation (voir notamment MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht: I Die Unmöglichkeit der Leistung, p. 22-23; KLEINEIDAM, Unmöglichkeit und Unvermögen, p. 24 et p. 86-87; TITZE, Unmöglichkeit der Leistung, p. 9; KISCH, Unmöglichkeit der Erfüllung, p. 8-9 et p. 33, note 14; SCHNEIDER et FICK, note 2 sur art. 17 CO; arrêt du RG. dans Bolze, I 19 n° 161). Il s'agissait d'une impossibilité qui existait déjà lors de la conclusion du contrat, puisque la vente est du 22 décembre 1906 et que le 30 novembre l'inspecteur forestier avait déclaré qu'il interdisait d'abattre une partie des plantes marquées par Henchoz et Pilet. On se trouve donc dans le domaine d'application de l'art. 17 CO qui prévoit le cas où l'impossibilité est antérieure à la conclusion du contrat (ursprüngliche Unmöglichkeit), tandis que l'art. 145 CO règle celui où l'impossibilité ne survient que postérieurement à

la conclusion du contrat (nachträgliche Unmöglichkeit); voir sur ce point H. RINGIER, Die nichterfüllbare Obligation im Schweiz. Obligationenrecht, p. 23 et p. 72, HAFNER, note 1 sur art. 17 CO).

3. — Pour déterminer les conséquences de cette impossibilité, il convient de rechercher si elle était totale ou partielle. Si l'on s'en tenait aux termes même de la lettre écrite par l'inspecteur forestier à Ami Pilet le 15 novembre 1907, on pourrait croire qu'il interdisait d'une façon absolue l'exploitation de la forêt de la Jointe. Ce n'est cependant pas le sens de cette lettre. En effet, dès le début, le forestier avait autorisé la coupe de 400 des plantes marquées par Henchoz et Pilet; au mois de janvier 1908, il a de nouveau martelé 99 plantes et il paraît résulter des déclarations contenues dans sa lettre du 7 mai 1908 qu'il consentirait à en marteler d'autres encore. On peut donc tenir pour certain que l'acheteur avait la possibilité d'abattre et d'enlever une partie des 1000 plantes que lui avaient vendues les défendeurs. Ainsi l'impossibilité de la prestation de ces derniers n'était que partielle; elle n'existe que pour les arbres dont la coupe sera en définitive interdite par l'inspecteur forestier; les pièces du dossier ne permettent pas d'en fixer exactement le nombre, mais il est infiniment probable qu'il sera inférieur à la moitié des plantes vendues.

Cette impossibilité partielle donnait-elle au demandeur le droit de conclure à la résiliation — ou plus exactement à la nullité — totale du contrat du 22 décembre 1906? L'art. 17 CO qui ne vise expressément que le cas de l'impossibilité totale, ne fournit pas d'éléments de solution de cette question. Elle doit être tranchée en compte de la *ratio legis* et de l'intention des parties. Il va sans dire que lorsque l'obligation forme un tout indivisible, en ce sens que le créancier ne l'a stipulée qu'à raison des avantages qu'il retirera de la prestation totale, l'impossibilité d'une partie de la prestation doit être assimilée à l'impossibilité de la prestation entière; s'il était tenu d'accepter une livraison partielle, l'objet même du contrat serait transformé, ce qui ne peut

avoir lieu sans son consentement. Mais il en est autrement lorsqu'il est prouvé que, dans l'intention des parties, l'obligation était divisible et que chacune des parties de la prestation conserve son intérêt pour le créancier. En cas pareil, le contrat peut se décomposer en une série de contrats indépendants les uns des autres portant chacun sur une partie distincte de la prestation totale; si un des contrats est nul par suite de l'impossibilité de la prestation qu'il avait pour objet, il n'y a pas de raison d'étendre cette nullité aux autres contrats dont l'exécution est possible; en d'autres termes, l'impossibilité partielle de la prestation n'entraînera pas la nullité de tout le contrat; celui-ci continuera à déployer ses effets dans la mesure où il a pour objet une chose possible. Ce principe, admis sous l'empire du droit commun (voir MOMMSEN, op. cit. p. 173), a été consacré par le BGB (§ 139; cf. KLEINEIDAM, p. 26 et p. 130-132; TITZE, p. 223; KISCH, p. 161); si le législateur suisse ne l'a pas énoncé à propos de l'art. 17 CO, on doit observer qu'ils s'inspire des mêmes idées dans la réglementation de la garantie du chef d'éviction (CO art. 242) et de la garantie des défauts de la chose vendue (CO art. 255). Des règles instituées en ces matières on peut conclure par analogie qu'en droit fédéral l'impossibilité partielle de la prestation n'entraîne pas forcément et dans tous les cas la nullité du contrat tout entier.

Il reste dès lors à rechercher si, dans l'intention des parties, les 1000 plantes vendues à Ami Pilet formaient un tout indivisible. La Cour civile a jugé que tel était le cas, par le seul motif que, le demandeur avait vraisemblablement conclu le marché en considération du fait que les plantes choisies par Henchoz et Pilet primitivement pour eux-mêmes, étaient d'entre les plus avantageuses et les plus facilement exploitables; cette argumentation n'est pas convaincante. Du fait invoqué par la Cour on doit conclure que, le demandeur voulait les plantes marquées et non pas d'autres; mais, on n'a évidemment pas le droit d'en déduire qu'il tenait essentiellement au chiffre de 1000 plantes, qu'il n'aurait pas acheté si les défendeurs lui avaient offert un nombre

inférieur, et qu'enfin le marché, par suite de l'impossibilité de livrer certains des arbres, est sans intérêt pour lui. Les faits de la cause montrent très nettement que c'est le contraire qui est exact. Lorsque le 7 octobre 1907, A. Pilet s'est rendu à la forêt de la Jointe, il a constaté qu'une partie des bois marqués par Henchoz et Pilet n'avaient pas été martelés par l'inspecteur forestier; dès ce moment il a su que celui-ci interdisait la coupe de certains des arbres et que le marché ne pouvait donc pas être exécuté en entier. Or il n'a élevé aucune protestation. Il a payé le prix de vente. Il a commencé l'exploitation. Il a enlevé les arbres abattus et il en a pris possession. Il a ainsi tacitement renoncé, sinon à réclamer la livraison totale, du moins à refuser une livraison partielle. En présence de cette attitude du demandeur, il serait contraire aux principes sur la bonne foi et sur la loyauté en affaires d'admettre qu'il peut aujourd'hui se départir du contrat et refuser de prendre les plantes achetées par lui dont la coupe est déjà ou sera autorisée.

Sa conclusion de principe tendant à la résiliation (il aurait été plus juste de dire: « à la nullité ») du contrat du 22 décembre 1906 doit donc être écartée. Elle ne saurait lui être accordée partiellement, puisqu'on ignore à l'heure actuelle quel est le nombre des arbres dont la coupe est interdite. Le contrat étant maintenu, les défendeurs devront faire le nécessaire auprès de l'inspecteur forestier pour que, parmi les 1000 plantes marquées par eux le 6 novembre 1906, il détermine celles dont la coupe est autorisée. Le demandeur devra en prendre livraison. La différence ne pourra naturellement être compensée par d'autres plantes de même qualité, puisque la vente portait, non sur des fongibles, mais sur des arbres individualisés. Les défendeurs seront par conséquent tenus de rembourser au demandeur le prix de vente perçu, dans la mesure où ils seront hors d'état de lui livrer les plantes vendues.

4. — Il n'y a pas lieu de réserver le droit du demandeur à des dommages-intérêts. En effet la responsabilité contrac-

tuelle des défendeurs n'est pas engagée, puisque, dans la mesure où la prestation est impossible, le contrat est nul et qu'il ne déploie donc aucun effet. Il ne pourrait s'agir que d'une responsabilité extra-contractuelle, découlant de la *culpa in contrahendo*, et qui ne s'étendrait qu'à la réparation du dommage que la conclusion d'un contrat partiellement nul a pu causer au demandeur (« negatives Vertragsinteresse »; voir sur ce point MOMMSEN, p. 107-109; KLEINEIDAM, p. 36; TITZE, p. 228; RINGIER, p. 31; SCHNEIDER ET FICK, note 2 sur art. 17; MARCUSEN, Das negative Vertragsinteresse, dans la *Zeitschrift des Bern. Jur.-Ver.* I, 26, p. 120 et suiv.; cf. § 307 BGB). Ainsi il ne saurait dans aucun cas être question d'une indemnité correspondant au bénéfice que le demandeur aurait pu réaliser s'il avait obtenu la livraison totale des 1000 plantes. Mais d'ailleurs si les défendeurs ont commis une faute en vendant des bois dont ils savaient ou dont ils devaient savoir que la coupe serait partiellement interdite, de son côté le demandeur a été à tout le moins imprudent en les achetant. Ou bien, avant la vente, il était allé voir les arbres et il avait pu constater que le forestier ne les avait pas tous martelés — et alors il a su que la vente était partiellement impossible; ou bien, comme l'a admis la Cour civile, il a négligé de s'assurer si l'autorisation avait été donnée — et alors il a agi avec une légèreté inexcusable chez un marchand de bois au courant des prescriptions de la loi forestière. Dans les deux cas, on peut dire qu'il ne s'est pas préoccupé des risques qu'impliquait le marché, risques qu'il connaissait ou qu'il devait connaître. La faute qu'il a ainsi commise libère les défendeurs de toute responsabilité à son égard (voir MOMMSEN, p. 107-109; KLEINEIDAM, p. 36; TITZE, p. 227; cf. § 307 BGB).

5. — Les conclusions de la demande étant écartées, celles que les défendeurs ont prises contre l'évoqué en garantie deviennent sans objet. D'ailleurs, en aucun cas, elles n'auraient pu leur être allouées; Ginier ne s'était pas engagé à livrer aux défendeurs 1000 plantes déterminées; il s'était borné à leur permettre l'exploitation de la forêt jusqu'à con-

currence de 1000 plantes, leur choix pouvant s'exercer librement sous la seule réserve, bien entendu, de l'autorisation de l'inspecteur forestier. En fait celui-ci a déclaré qu'il autoriserait la coupe de 1000 arbres et même d'un nombre quelque peu supérieur. Ginier a donc exécuté les obligations qu'il avait assumées par le contrat du 5 octobre 1906.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

1. — Le recours des défendeurs est admis et le jugement de la Cour civile est réformé dans ce sens que les conclusions du demandeur sont écartées.

2. — Le recours par voie de jonction du demandeur est écarté.

35. Urteil vom 26. Mai 1910 in Sachen

Lüscher, Kl. u. Ber.-Kl., gegen *Wenger*, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Forderung aus Check (Art. 830 ff. OR). Vom Aussteller gegenüber dem ihn belangenden Checkgläubiger erhobene Einrede der Arglist (Art. 811 OR) gutgeheissen, weil nach den die Ausstellung des Checks veranlassenden Beziehungen der beiden die persönliche checkmässige Verpflichtung des Ausstellers nicht beabsichtigt war. — Haftung des Ausstellers aus Kreditauftrag (Art. 418 OR)? — aus Versprechen der Leistung eines Dritten (Art. 127 OR)? — aus unerlaubter Handlung (Art. 50 OR)?

A. — Durch Urteil vom 8. Dezember 1909 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitfache erkannt :

„Die Klage wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellte und begründet, es sei in Abweisung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfange gutzuheissen.

C. — Der Beklagte hat in seiner Berufungsantwort den An-

trag auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils gestellt und begründet. Im gleichen Sinne haben sich die Litisdemungziaten Julius Schilling und Guhl & Cie., denen ebenfalls Gelegenheit zur Vernehmung gegeben wurde, ausgesprochen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, Parqueteriefabrikant Lüscher, wurde im Frühling 1908 von dem seither in Konkurs gefallenen Baumeister Hardmeier in Zürich, der ihm noch aus früheren Lieferungen schuldet, um weitere solcher für die zwei Neubauten Culmannstraße 26 und 28 in Zürich IV angefragt; er lehnte aber ab. Im Auftrage Hardmeiers unterhandelte dann dessen Anwalt, der heutige Beklagte Wenger, mit dem Kläger hinsichtlich der Begleichung der frühern Schuld und der neuen Lieferungen und schrieb ihm u. a. am 30. August 1908, die vom Kläger verlangte Sicherstellung jener Schuld sei nicht notwendig, da sein Klient mit einem Vermögensüberschuss von 50,000 Fr. bis 100,000 Fr. rechne. Der Kläger beharrte darauf, daß er vor der begehrten Sicherstellung keine neuen Lieferungen mache. Mit Zirkular vom 15. September teilte der Beklagte namens des Hardmeier verschiedenen Lieferanten desselben, darunter auch dem Kläger, mit, daß infolge seiner Bemühungen die Bankkommandite Guhl & Cie. sich zu einem Abkommen mit seinem Klienten bereit erklärt habe, wonach aus dem von dieser Bank zu beschaffenden Gelde sukzessive Zahlungen gemäß den Anordnungen des Beklagten erfolgen würden. Beigelegt war ein Vollmachtformular, durch dessen Unterzeichnung die Adressaten den Beklagten zur Wahrung ihrer Interessen ermächtigen sollten. Der Kläger unterschrieb das Formular nicht. Die erwähnte Vereinbarung, die ebenfalls vom 15. September datiert und von Guhl & Cie., dem Beklagten und Hardmeier unterzeichnet ist, bestimmt, daß Guhl & Cie. für die Fertigstellung der beiden Neubauten Culmannstraße 26 und 28 einen durch zwei Kreditversicherungsbriefe von zusammen 70,000 Fr. sicher gestellten Baukredit gewähren, unter gewissen Bedingungen, von denen hier zu nennen sind: die von ihnen zu leistenden Zahlungen sollten einstmweilen den Maximalbetrag von 30,000 Fr. nicht übersteigen; sie übernahmen den betreffenden Handwerkern gegenüber die Verpflichtung, die Zah-