

müsste bewiesen sein, dass der Beklagte als Gesellschafter auf etreten sei und als solcher gezeichnet hätte. Dafür im besondern, dass er dem Kläger gegenüber seinen Eintritt in die Firma Rathgeb & Mayer kundgegeben habe, oder dass der Kläger sonst in den Glauben versetzt worden sei, die Kollektivgesellschaft bestehe nicht mehr bloss aus Rathgeb und Mayer, liegt nichts vor.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. September 1920 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

**29. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1921
i. S. Epstein gegen Goetschel.**

Rechtliche Natur der Handelsusancen. Verhältnis zu den Vorschriften des OR über die Mängelrüge.

A. — Einer vom Kläger beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereichten Klage auf Bezahlung einer an sich nicht bestrittenen Forderung von 2020 Fr. 45 Cts. gegenüber nebst 6 % Zins seit 15. November 1919 machte der Beklagte teils kompensations-, teils widerklagsweise zwei Gegenforderungen aus Mangelgewähr geltend, nämlich :

a) Einen Preisminderungsanspruch im Betrage von 3192 Fr. 25 Cts. auf einer ihm vom Kläger am 30. Mai 1919 mit 24,524 Fr. 40 Cts. fakturierten Partie Seidenwaren (Polonaise), ausgehend von einem Minderwert von 1 Fr. per Meter der gelieferten Ware (1597,95 m + 1594,3 m). Zur Begründung führte er aus, er habe die Ware am 2. Juni 1919 erhalten und am 6. Juni 1919 dem Kläger geschrieben, dass er deren Prüfung der Feiertage wegen « frühestens Ende nächster Woche »

vornehmen könne. Die Untersuchung habe dann eine zu starke Appretur und zu geringe Haltbarkeit gegenüber dem Bestellmuster ergeben, was er mit Schreiben vom 19. Juni 1919 dem Kläger mitgeteilt habe. Dieses Ergebnis sei auch vom Fabrikanten der Ware, dem das Bestellmuster auf Reklamation hin vom Kläger vorgelegt wurde, bestätigt worden ; auf dessen Anerbieten der nochmaligen Behandlung der Ware habe er, der Beklagte, nicht eingehen können, da die Ware bereits nach Deutschland weiterverkauft gewesen sei, und sich der Abnehmer bereit erklärt habe, dieselbe trotz ihrer Minderwertigkeit gegen angemessene Vergütung zu behalten.

Demgegenüber bestritt der Kläger und Widerbeklagte in erster Linie die Zulässigkeit der Mängelrüge unter Berufung auf § 12 der Zürcher-Platzusancen für den Handel mit Seidenstoffen, demzufolge die Beanstandung der Lieferungsware bei Verlust des Reklamationsrechtes spätestens innerhalb sechs Tagen nach Empfang der Ware erfolgen müsse. Dass der Beklagte den Brief vom 6. Juni geschrieben habe, bestritt er mit Nichtwissen. Es sei wahrscheinlich, dass erst die Zuschrift des Beklagten vom 19. Juni 1919 eine Beanstandung der Ware enthalten habe. Die Rüge sei aber jedenfalls verspätet, da der Beklagte die Frist nicht einseitig von sich aus erstrecken könne. Der Grund der Verspätung sei unerheblich. Im übrigen bestritt der Kläger und Widerbeklagte auch die materielle Begründetheit der Rüge.

b) Einen Preisminderungsanspruch von 435 Fr. 90 Cts. d. h. ebenfalls von 1 Fr. per Meter auf zwei am 17. Juli und 10. August 1918 fakturierten Lieferungen Crêpe de Chine, da sich diese Ware im Verlaufe der Lagerung als nicht haltbar erwiesen habe.

Der Kläger bestritt auch in bezug auf diesen Widerklageposten sowohl die Zulässigkeit, als auch die Begründetheit der Mängelrüge.

B. — Durch Urteil vom 28. Oktober 1920 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich in Gutheissung der Klage den Beklagten pflichtig erklärt, dem Kläger 2020 Fr. 45 Cts. nebst 6 % Zins seit dem 15. November 1919 zu bezahlen. Die Widerklage wurde abgewiesen, und zwar hinsichtlich der ersten Gegenforderung mit der Begründung, dass gemäss den vom Kläger und Widerbeklagten angerufenen Zürcher-Platzusancen für den Handel mit Seidenstoffen Beanstandungen von Lieferungsware spätestens innerhalb sechs Tagen (Feiertage nicht inbegriffen) nach Empfang derselben dem Verkäufer mitgeteilt werden müssen, widrigenfalls das Reklamationsrecht dahinfalle. In Anbetracht, dass auf den 8. und 9. Juni die Pfingstfeiertage fielen, wäre der Beklagte, nachdem er die Ware am 2. Juni empfangen habe, gehalten gewesen, die Mängelrüge spätestens am 10. Juni anzubringen. Angenommen aber auch, dass die Frist durch den bestrittenen Brief vom 6. Juni zufolge stillschweigender Genehmigung seitens des Klägers inhaltsgemäss erstreckt worden wäre, hätte der Beklagte innert dieser erstreckten Frist, d. h. bis zum 16. Juni spätestens und nicht erst am 19. Juni reklamieren sollen. Die Mängelrüge sei also in jedem Falle verspätet, und es brauche daher nicht untersucht zu werden, ob der Brief vom 6. Juni wirklich geschrieben und abgesandt worden sei. Der Einwand des Beklagten, dass er die Prüfung wegen Arbeitsüberhäufung damals nicht habe vornehmen können, wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Auch hinsichtlich des zweiten Widerklagebegehrens trat die Vorinstanz dem formellen Standpunkt des Klägers bei, dass die erst am 9. Juli 1919 erhobene Mängelrüge verspätet sei.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag:

1. « Es sei das Urteil des Handelsgerichts vom

28. Oktober 1920 in vollem Umfange aufzuheben, die Hauptklage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Widerbeklagten.

2. Eventuell seien die Akten an das Handelsgericht Zürich, Abteilung B, zurückzuweisen, zur Abnahme des anerborenen Beweises dafür:

a) dass die laut Faktura vom 30. Mai 1919 gelieferte Polonaise gegenüber dem Bestellmuster viel härter, zu stark appretiert, viel weniger haltbar sei und daher einen Minderwert von 1 Fr. per Meter aufweise;

b) dass die laut Faktura vom 17. Juli und 10. August 1918 gelieferte Crêpe de Chine wegen zu geringer Haltbarkeit gegenüber dem Fakturapreis von 11. Fr. per Meter einen Minderwert von 1 Fr. per Meter aufweise;

c) dass der Brief des Beklagten an den Kläger vom 6. Juni 1919 (act. 17) tatsächlich geschrieben und dem Kläger zugekommen ist. »

Der Kläger und Widerbeklagte hat auf Abweisung der Berufung und vollinhaltliche Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Kompetenz des Bundesgerichts ist sowohl hinsichtlich des anzuwendenden Rechts als in Anbetracht des Streitwertes gegeben. Hieran ändert der Umstand nichts, dass die erste Gegenforderung des Beklagten für Gewährsmängel vorinstanzlich auf Grund der Zürcher-Platzusancen für den Handel mit Seidenstoffen beurteilt wurde und auch zu beurteilen ist (Erw. 2 und 3). Bundesrecht kommt insoweit in Betracht, als es sich fragt, welche rechtliche Bedeutung den Handelsusancen im Verhältnis zu den den nämlichen Gegenstand regelnden Vorschriften des OR beizumessen ist. In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, dass es sich bei solchen Usancen nicht etwa um lokales Gewohnheitsrecht mit derogatorischer Wirkung auf das ge-

schriebene Recht handelt, wie denn auch überhaupt sowohl ungesetztes als gesetztes partikuläres Recht innerhalb des Gebietes des Bundeszivilrechts nur insoweit Geltung besitzt, als es in diesem ausdrücklich vorbehalten ist (ZGB Art. 5 und SchlT Art. 51). Die Geltung von Handelsusancen, wie z. B. der hier in Frage kommenden Zürcher-Platzusancen für den Handel mit Seidenstoffen, beruht nicht auf deren Anerkennung als Gewohnheitsrecht, sondern auf der Annahme, dass sich die Parteien ihnen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, unterworfen haben. Sie gelten nicht als objektive, Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung bildende Normen, sondern als wirkliche oder doch nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr vorausgesetzte *leges contractus* (LABAND, Handelsusancen in Goldschmidt-Labands Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17 S. 486 ff.)

2. — Was nun zunächst die erst in der Berufungsinstanz erhobene Einwendung des Beklagten anbetrifft, dass die Zürcher-Platzusancen vorliegend deswegen keine Anwendung finden, weil nach Art. 74, Abs. 2, Ziff. 3 OR der Erfüllungsort für den Kläger als Verkäufer der streitigen Ware an seinem Wohnsitz in Basel und nicht in Zürich gelegen sei, so ist es auf Grund der vorliegenden Akten mangels jeglicher näherer Angaben über die von den Parteien getroffenen Vertragsbedingungen nicht möglich nachzuprüfen, ob wirklich Basel oder nicht vielmehr Zürich als Erfüllungsort zu gelten habe. Entscheidend ist aber, ob die Zürcher-Platzusancen ihre Geltung auch für solche Lieferungsgeschäfte beanspruchen, bei welchen die Ware an den in Zürich domizilierten Empfänger übersandt worden ist, und danach die Prüfung der Ware und die Mängelrüge hier stattzufinden hatten. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, hierüber die nötigen Angaben zu machen. Da er jegliche nähere Substanziierung unterlassen hat, kann die Annahme der Vorinstanz, dass sich die Zürcher-Platzusancen für den Handel mit

Seidenstoffen auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bei einem Geschäft, wie dem vorliegenden, erstrecken, nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden.

3. — Gegenüber der Behauptung des Beklagten, die in den Zürcher-Platzusancen festgelegte Rügefrist sei mit Art. 201 OR nicht vereinbar und widerspreche Treu und Glauben im Verkehr, ist darauf zu verweisen, dass die Vorschriften des OR bezüglich der Untersuchungs- und Rügefrist dispositiver Natur sind, mithin nur soweit Geltung haben wollen, als es an einer Willenserklärung der Parteien fehlt. Wie diese Bestimmungen durch besondere Vereinbarung der Parteien abgeändert werden können, so kann dies auch geschehen durch beidseitige Unterwerfung unter abweichende Verkehrsitten oder Usancen. Eine kurze Frist, wie sie in den Zürcher-Platzusancen festgelegt ist, entspricht zweifellos einem Bedürfnis des Handels in der in Frage stehenden Branche, und es ist nicht einzusehen, in welcher Beziehung diese Frist die Grundsätze von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr verletzen sollte. Die Entscheidung der Vorinstanz betreffend die Gegenforderung des Beklagten von 3192 Fr. 25 Cts. ist daher aus diesen Gründen zu bestätigen.

4. — Was den zweiten widerklagsweise geltend gemachten Preisminderungsanspruch von 435 Fr. 90 Cts. betrifft, fällt für die Beurteilung entscheidend in Betracht, ob es sich bei dem gerügten Mangel um einen verborgenen gehandelt habe. Dies erscheint ausgeschlossen, wenn mit der Vorinstanz anzunehmen ist, dass von einem Morsch- oder Schwachwerden der Seide infolge der Lagerung nicht gesprochen werden kann. Denn alsdann ist davon auszugehen, dass diese Mängel nicht auf die Lagerung zurückzuführen sind, also bereits bei der Lieferung vorhanden und als solche auch erkennbar waren. Da die auf sachverständiger Würdigung beruhende tatsächliche Feststellung der Vorinstanz mit den Akten nicht in Widerspruch steht und ihr ein Rechtsirrtum nicht zu-

grunde liegt, ist das Bundesgericht an dieselbe gebunden, und es muss daher mit dem angefochtenen Urteil die erst am 9. Juli 1919 erhobene Mängelrüge als verspätet betrachtet werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 1920 bestätigt.

30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1921
i. S. Markwald gegen Vogel-Müller.

Auftrag: Für die Frage der Unsittlichkeit eines in Prozenten des Vermögens gemachten Honorarversprechens ist der Inhalt der übertragenen Geschäfte von Bedeutung. Anwaltliche oder ausseranwaltliche Tätigkeit. Unentgeltliche Zwendung. Uebervorteilung?

A. — Im April 1910 kam die am 26. Oktober 1834 in Crossa a/O. geborne Witwe Therese Meyerhof auf der Rückreise von San Remo nach Luzern, wo sie ihres Gesundheitszustandes wegen in der Folge Wohnsitz nahm. Bald zog sie den Kläger als Berater in Rechts-sachen bei und übertrug ihm zunächst die Ausrichtung einer Schenkung an ihre Pflegerin Fr. M. Kleymeyer. Anfangs Juni machte sie ihn mit ihrer Absicht, ein Testament zu errichten, vertraut und übertrug ihm die nötigen Vorarbeiten, die insbesondere im Rückzug und in der Vernichtung einer beim Amtsgericht Hamburg hinterlegten letztwilligen Verfügung vom 12. November 1903 und in der Aufnahme eines Vermögenssetats bestanden. Mit beglaubigter Vollmachtsurkunde vom 14. Juni 1910 ermächtigte sie ihn daher generell « alle bisher errichteten Letztwillensverordnungen, mögen die-

selben lauten wie sie wollen und deponiert sein wo sie wollen, von den bezüglichlichen amtlichen oder privaten Depotstellen herauszuverlangen und zu vernichten », und mit Urkunde vom gleichen Tage erteilte sie ihm unbeschränkte Vollmacht zur Vornahme aller zur ge-nauen Feststellung ihres Vermögens erforderlichen Er-hebungen bei den Depotstellen. Gleichzeitig mit dieser Vollmachtserteilung ordnete Frau Meyerhof auch die Honorarfrage und zwar in einem Nachtrag vom 15. Juni 1910 folgenden Inhalts:

« Unter Bezugnahme auf die Herrn Dr. Vogel-Müller, Rechtsanwalt in Luzern unterm 14. Juni 1910 ausgestellt Generalvollmachten betreffend Feststellung meines Vermögensbestandes und Rückzug der errichteten Testamente und Legate verpflichtet sich die unterzeichnete Frau Therese Meyerhof, ihrem Bevollmächtigten für die demselben aus der Betätigung der erteilten und noch weiter zu erteilenden Vollmachten erwachsenden Mühewalt, Reisespesen und sonstigen Auslagen als Honorar 5½ % meines Bruttovermögens zu bezahlen. Sollte ich inzwischen mit Tod abgehen, so ist das Honorar nach dem Brutto-Nachlass zu berechnen und aus demselben zu bezahlen. »

Am 25. Juni 1910 errichtete Frau Meyerhof das Testament, in welchem sie ihre frühern letztwilligen Verfügungen widerrief und ihre Geschwisterkinder, bzw. Nachkommen von solchen, zu Erben einsetzte, worunter auch den Beklagten. Als Testamentsvollstrecker bestellte sie den Kläger und Bankdirektor W. Penzenburg in Königsberg, welchen sie als Honorar je 2 % ihres Brutto-Nachlasses aussetzte. Im Anschlusse an diese Testamentserrichtung ermächtigte Frau Meyerhof am 4. Juli 1910 in Abänderung der Vollmacht zur Vermögensermittlung vom 14. Juni den Kläger, ihr Vermögen nach Luzern, ihrem Domizil, zu verbringen. Die Vermögensverwaltung wurde der Bank in Luzern übertragen.