

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Januar 1930
i. S. S. A. des Anciens Etablissements Guggenheim,
Floersheim & C^{ie} gegen Wormser & Bollag.

Anwendbares Recht beim Kaufvertrag.

1. Auf die Frage, ob der Verkäufer für Mängel der Sache Gewähr zu leisten hat und in welchem Umfange, ist das Recht des Erfüllungsortes anwendbar. Die Vertragsbestimmung « Abnahme und Zahlung der Ware in Paris » macht Paris zum vertraglichen Erfüllungsort.
2. Auf die Frage, wann und in welcher Form die Mängelrüge erhoben werden muss, ist nach dem Satz : « *Locus regit actum* » das Recht des Wohnsitzes des Käufers anzuwenden.

Beurteilung der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge nach OR Art. 201.

A. — Im Juni 1927 bot der Zürcher Agent der Klägerin, Jacques Gottlieb, der Beklagten unter Vorlegung eines Musters einen Velours de laine, Qualität Nr. 605, zum Kaufe an. Nach einem zwischen der Klägerin und ihrem genannten Agenten geführten Brief- und Telegrammwechsel über den zu gewährenden Preis und über das Verhältnis der zu verkaufenden gefärbten Stücke zu den ungefärbten bestellte die Beklagte am 28. Juni 1927 brieflich 43 Stück gefärbten und 69 Stück rohen Velours de laine Nr. 605, 140 cm breit, zum Preise von 30 fr. Fr. per Meter. Am 29. Juni 1927 bestätigte die Klägerin der Beklagten die Bestellung von 96 Stück Velours de laine und sandte ihr darauf 90 Stück in folgenden Teillieferungen :

1. Am 1. Juli 1927 für 17,933 fr. Fr., welche die Beklagte am 15. Juli 1927 bezahlte,
2. am 16. Juli 1927 für 17,786 fr. Fr.,
3. am 29. Juli 1927 für 9,706 fr. Fr.,
4. am 2. August 1927 für 34,236 fr. Fr.,
5. am 4. August 1927 für 39,567 fr. Fr. 50 Cts.,
6. am 8. August 1927 für 7,074 fr. Fr. 50 Cts.

Die Beklagte liess einen Teil des Stoffes dieser Sendungen bei S. Heckmann in Zürich 1 dekatieren und verarbeitete nachher einen Teil des dekatierten Tuches zu Damenmänteln. Am 10. August 1927 stellte die Beklagte der Klägerin sowohl die hergestellten Mäntel, als den noch unverarbeiteten Stoff zum Verkaufspreis zur Verfügung, weil sich nach der Dekatur Streifen im Tuch gezeigt hätten, welche die Ware unverkäuflich machten, und sie erklärte die Klägerin für allen Schaden verantwortlich. Ihrem Brief legte sie einen Bericht der Firma Schütze & C^{ie} in Zürich bei, der sie einen Mantel zur Untersuchung übergeben hatte und welche die Mängel als Wasch- oder Walkbrüche bezeichnete. Am 11. August 1927 wies die Klägerin die Reklamation zurück und lehnte die Verantwortung für Fehler ab, die sich beim Dekatieren ergeben hätten. Die Beklagte hielt in ihrem Brief vom 13. August 1927 an ihrer Rüge fest, übergab jedoch mit Rücksicht auf die Ablehnung der Klägerin zwei Stücke des noch nicht dekatierten Stoffes der Firma Schütze & C^{ie} zum Dekatieren und erhielt von ihr am 31. August 1927 den Bericht, dass nach der Dekatur genau dieselben Walkschwielien zum Vorschein gekommen seien, wie nach dem Dekatieren durch Heckmeier; die Dekatur könne nicht Ursache dieser kaum mehr zu beseitigenden Mängel sein.

In der Folge beschafften sich die Parteien verschiedene Gutachten von Firmen und Sachverständigen. Die Klägerin liess einen ihr von der Beklagten zugesandten Mantel durch das « Laboratoire d'analyses industrielles » von Roubaix untersuchen und erhielt von dort die Mitteilung, dass die Falten nicht auf Fabrikationsfehlern beruhen, sondern auf einer unsachgemässen oder zu heftigen Dekatur. Die Beklagte empfing Gutachten von der Tuchfabrik Wädenswil A.-G. und von den Handelskammern von Paris und Müllhausen, die zum Schlusse kamen, dass die Mängel nicht auf die Dekatur zurückzuführen seien. Endlich ordnete der Einzelrichter im summarischen Ver-

fahren des Bezirksgerichtes Zürich auf Antrag der Beklagten eine vorsorgliche Expertise an und beauftragte damit H. C. Schulthess in Zürich und H. Pfenninger in Wädenswil. Diese Experten kamen zum Ergebnis, dass die Walkbrüche zwar erst nach dem Dekatieren sichtbar werden, dass sie aber einen Fabrikationsfehler zur Ursache hätten und dass der Minderwert des Tuches etwa 60 % betrage.

B. — Am 3. November 1927 erhob die Klägerin gegen die Beklagte Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für die 2. bis 6. Lieferung im Betrage von 108,370 fr. Fr. und auf Ersatz der Untersuchungskosten des « Laboratoire d'analyses industrielles » in Roubaix in der Höhe von 100 fr. Fr. 50 Cts.

Die Beklagte erklärte, dass sie aus der Lieferung von nur 90 statt 96 Stück Velours de laine nichts ableite, dass sie aber Wandelung des Kaufes verlange. Durch Widerklage machte sie folgende Schadenersatzforderungen geltend:

1. Rückvergütung der Fracht- und Zollspesen	Fr. 2,879.25
2. Vergütung der Dekaturkosten	» 53.65
3. Vergütung des Verkaufspreises für die fertigen Mäntel	» 21,331.75
4. Ersatz des entgangenen Gewinnes für die noch nicht angefertigten Mäntel	» 10,000.—
5. Vergütung der bisherigen Experten- und Anwaltskosten	» 643.85
Zusammen	Fr. 34,908.50

Diesen Betrag setzte die Widerklägerin auf 30,742 Fr. 50 Rp. herab, indem sie für die fertigen Mäntel (Post 3) statt 21,331 Fr. 75 Rp. nur 17,165 Fr. 75 Rp. verlangte.

C. — Mit Urteil vom 11. Juli 1929 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage im Betrage von 25,348 Schweizerfranken 10 Rp. nebst 5 % Zins seit 8. Februar 1928 geschützt.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, es aufzuheben und die Hauptklage gutzuheissen, die Widerklage abzuweisen.

E. — In der Berufungsverhandlung hat die Klägerin ihren Antrag wiederholt, es sei die Klage zu schützen und die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt, es sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Handelsgerichts zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin beruft sich darauf, dass auf den vorliegenden Streitfall französisches Recht anzuwenden sei, während der Beklagte ihn nach schweizerischem Recht entschieden haben will. Die Frage, welches Recht anwendbar sei, beurteilt sich nach schweizerischem Recht, so dass das Bundesgericht zuständig ist, sie bei der Behandlung der Berufung zu überprüfen.

Die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, namentlich eines Kaufvertrages, werden durch das Recht beherrscht, das die Parteien selbst beim Geschäftsabschluss als massgebend betrachtet haben. Wenn sie sich nicht von Anfang an übereinstimmend und in schlüssiger Weise einem andern Recht unterworfen haben, ist anzunehmen, sie haben das Recht des Erfüllungsortes als auf ihr Rechtsgeschäft anwendbar gehalten (BGE 44 II S. 417, 47 II S. 550, 48 II S. 393, 49 II S. 75 und 235). Da sich im vorliegenden Falle eine vom natürlichen Recht des Erfüllungsortes abweichende Auffassung der Parteien nirgends geäussert hat, gilt dieses als das von den Parteien in Aussicht genommene Recht, und es ist zu untersuchen, welches der Erfüllungsort sei.

Die Beklagte macht geltend, Erfüllungsort sei Zürich. Dort sei zwischen ihr und dem Vertreter der Klägerin der mündliche Vertrag zustande gekommen. Alle Klauseln, welche auf einen andern Erfüllungsort als Zürich schliessen lassen, seien nachträglich und einseitig durch

die Klägerin aufgestellt worden und könnten nicht Vertragsinhalt sein. Es steht in der Tat nicht ausser Zweifel, ob die Beklagte der Klägerin mit ihrem Bestellungsschreiben vom 28. Juni 1927 ein Angebot gemacht hat, das die Klägerin mit ihren Bestätigungsschreiben vom 29. Juni 1927 angenommen hätte, oder ob diese Urkunden sich auf dem Wege zwischen Paris und Zürich gekreuzt haben und lediglich wiedergeben, was vorher bereits in mündlicher Form rechtsgültig abgemacht worden war. Im ersten Fall wären diese Briefe Dispositivurkunden, d. h. sie würden den Vertragsinhalt enthalten. Wenn hingegen anzunehmen wäre, der Agent der Klägerin habe sich mit der Beklagten mündlich über alle wesentlichen Punkte verständigt, und eine besondere Form sei nicht vorbehalten worden, so würden die genannten Schreiben der Parteien nur Beweisurkunden darstellen, und jeder Vertragsschliessende hätte den Gegenbeweis antreten können, dass die Bestätigungsschreiben mit der mündlichen Abmachung nicht übereinstimmen. Da die Beklagte im vorliegenden Falle einen solchen Gegenbeweis weder geleistet, noch überhaupt angetreten hat, ist nicht zu untersuchen, welche der beiden Möglichkeiten zutrifft, sondern es wäre anzunehmen, dass zwar die Klägerin nicht nachträglich und einseitig einen allfälligen mündlichen Vertrag durch Aufstellung neuer Klauseln ändern konnte, dass jedoch der Inhalt ihrer Bestätigungsschreiben einfach wiedergeben würde, was ihr Vertreter mit der Beklagten vorher schon mündlich vereinbart hätte. Bestätigungsschreiben von der Art, wie sie üblich sind, und wie sie im Falle eines vorangegangenen mündlichen Vertrages auch hier aufzufassen wären, hätten kaum einen praktischen Wert, wenn ihnen nicht die Natur als Beweisurkunden zukäme. Den Gegenbeweis kann sich der Empfänger besonders dadurch sichern, dass er das Bestätigungsschreiben auf seine Übereinstimmung mit dem mündlichen Vertrag prüft und den Vertragsgegner auf allfällige Widersprüche aufmerksam macht. Diese Prüfung der Bestätigungs-

schreiben und Verwahrung gegen unrichtige Wiedergaben der mündlichen Abmachung ist ihm nach Treu und Glauben im Verkehr wohl zuzumuten (vgl. BGE 32 II S. 286 ; OSER, Note 5 zu Art. 74 ; VON THUR, OR I S. 167 und II S. 442 Note 12 und dort zit. Lit.).

Die Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 29. Juni enthalten alle folgende Bestimmung, die nach dem vorher Gesagten als Bestandteil des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages zu betrachten ist : « Nos marchandises sont prises et payables à Paris, quel que soit le mode de paiement adopté. Nos traites ou le franco ne sont pas une dérogation à cette condition attributive de juridiction ». Da also nach Vertrag sowohl die Verpflichtung der Verkäuferin zur Übertragung des Eigentums am Kaufgegenstand, als die Verpflichtung der Käuferin zur Bezahlung des Preises, in Paris zu erfüllen war, ist Paris vertraglicher Erfüllungsort.

Die Vorinstanz hat freilich die Frage aufgeworfen, ob die erwähnten Klauseln nicht deshalb für die Beklagte unverbindlich seien, weil sie klein und unscheinbar am Fusse des von der Klägerin verwendeten Bestätigungsformulares vorgedruckt sind. Allein was das Bundesgericht über die Notwendigkeit der deutlichen Hervorhebung von Gerichtsstandsklauseln erkannt hat (vgl. BGE 49 I S. 48 und 52 I S. 268) kann nicht ohne weiteres auf die Verwendung vorgedruckter Bestimmungen über den Erfüllungsort angewendet werden, da es im Gegensatz zum Gerichtsstand keinen verfassungsmässigen Erfüllungsort gibt und die strengen Anforderungen an den Verzicht auf ein verfassungsmässiges Recht nicht ohne weiteres auf die vertragliche Abweichung vom gesetzlichen Erfüllungsort übertragen werden können. Dazu kommt, dass im vorliegenden Fall die Beklagte selbst den Standpunkt einnimmt, der Vertrag sei mündlich geschlossen worden ; wenn diese Behauptung zutrifft, wäre nach dem oben Gesagten auch anzunehmen, dass die Klauseln über Paris als Lieferungs- und Zahlungsort schon mündlich mit

hinreichender Deutlichkeit vereinbart worden seien. Wie jedoch die Vorinstanz selbst ausgeführt hat, stimmt im vorliegenden Fall der vertragliche Erfüllungsort mit dem gesetzlichen überein, so dass nicht zu untersuchen ist, ob die vorgedruckte Bestimmung des Erfüllungsortes gültig ist oder nicht. Bei Ungültigkeit der Klausel käme nur der gesetzliche Erfüllungsort in Betracht; die in den Bestätigungsschreiben der Beklagten weiter enthaltenen Bestimmungen « Franco Paris », « Franco Roubaix » und « Expédition en grande vitesse directement à votre adresse » betreffen, wie das Handelsgericht richtig ausführt, nicht den Erfüllungsort, sondern Modalitäten der Versendung (OSER, Kommentar, 2. Aufl. Note 20 zu Art. 74 OR, VON TUHR OR II S. 446). Welches der gesetzliche Erfüllungsort ist, muss nach der Lex fori, also nach schweizerischem Recht, entschieden werden. Da das streitige Rechtsgeschäft ein Gattungskauf ist, hatte der Verkäufer seine Verpflichtung nach Art. 74 Ziffer 3 an seinem Wohnsitz zu erfüllen, während die Käuferin nach Art. 74 Ziff. 2 OR ihre Geldschuld ebenfalls in Paris, am Wohnsitz des Gläubigers, zu erfüllen hatte. Zum gleichen Ergebnis kommt man nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, wenn man Art. 1609 des Code civil français statt des schweizerischen Rechtes anwendet. Ob man also von der Gültigkeit des vertraglichen Erfüllungsortes ausgeht oder auf die subsidiär geltenden Gesetzesbestimmungen abstellt, ergibt sich Paris als Erfüllungsort. Daraus folgt, dass auf die in diesem Prozesse streitigen Fragen, ob die Klägerin den Kaufvertrag richtig erfüllt habe, oder ob sie für Sachmängel Gewähr zu leisten habe und in welchem Masse, grundsätzlich das französische Recht anzuwenden ist.

2. — Die Klägerin wendet gegenüber dem Wandelungsanspruch ein, dass die Beklagte die behaupteten Mängel nicht in der durch das französische Recht geforderten Form gerügt habe, so dass die Ware als genehmigt zu gelten habe. Art. 1184 und 1648 CC schreiben vor, dass

ein Wandelungsanspruch bei Gefahr des Verlustes durch gerichtliche Klage erhoben werden müsse. Über diese Klage bestimmt Art. 1648 CC: « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu, où la vente a été faite ». Das Mängelrügeverfahren des schweizerischen Rechtes ist dem Code civil nicht bekannt, und ein Käufer darf nach französischem Recht mit der gerichtlichen Geltendmachung der Mängel nicht zuwarten, bis der Verkäufer den Kaufpreis einklagt.

Es ist zweifelhaft, ob die von der Beklagten eingeleitete Widerklage noch als rechtzeitige Klage im Sinne des Art. 1648 CC betrachtet werden kann. Die Frage ist durch die Vorinstanz verneint worden, obschon Art. 1648 CC für die Bemessung der Frist auf die Art der Mängel und den Ortsgebrauch verweist, also auf Umstände, die im vorliegenden Fall für eine nicht zu kurze Frist sprechen. Das Bundesgericht ist nicht zuständig, diese Frage nachzuprüfen, da sie von der Vorinstanz unter Anwendung ausländischen Rechtes beantwortet worden ist. Mit Recht hat jedoch das Handelsgericht weiter ausgeführt, dass überhaupt die Anwendbarkeit des französischen Rechtes auf die Frage der Formrichtigkeit und Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zweifelhaft und daher zunächst zu untersuchen sei. Obschon grundsätzlich der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag unter dem französischen Rechte steht, kann in einer einzelnen Beziehung, nämlich bezüglich der Form der Mängelrüge der in der Schweiz wohnenden Beklagten, doch schweizerisches Recht anwendbar sein.

Das Recht des Erfüllungsortes gilt beim Fehlen abweichender Vereinbarungen als das vermutlich von den Parteien gewollte Recht, weil sie seine Anwendung am ehesten erwarten konnten (vgl. das Urteil des Bundesgerichtes vom 3. Oktober 1922 i. S. Lindenmaier & C^{ie} ca. Brause & C^{ie}, BGE 48 II S. 390 ff.). Es kann nun

vorkommen, dass sich die Parteien beim Vertragsschluss über die Anwendung eines bestimmten Rechtes auf die Wirkungen des Vertrages verständigt haben, oder dass anzunehmen ist, sie hätten das Recht des Erfüllungsortes gewählt, wenn sie überhaupt über das anzuwendende Recht gesprochen hätten, dass sie aber gleichzeitig darüber einig waren oder bei Bewusstsein der Frage einig gewesen wären, einzelne aus dem Vertrage sich ergebende Pflichten seien nach einem andern Recht zu entscheiden, als das Rechtsverhältnis als Ganzes.

Im vorliegenden Prozess steht fest, dass nach den vordruckten Klauseln der Bestätigungsformulare der Klägerin alle Waren in Paris abgenommen und bezahlt werden sollten. Im Widerspruch damit wurde bestimmt, dass die Versendung des verkauften *Velours de laine* « franco Roubaix » und « franco Reims », sowie « en grande vitesse directement à votre adresse » zu geschehen hatte. Diese Art der Versendung schloss eine nach französischem Recht in Paris vorzunehmende Untersuchung der Ware aus. Die Bestätigungsschreiben der Klägerin enthalten allerdings die weitere Vorschrift, dass die Frankolieferung keine Abweichung von der Jurisdiktionsklausel sei. Allein diese Vorschrift ändert nichts daran, dass der Beklagten eine Prüfung der Ware in Paris nicht zugemutet werden konnte, nachdem die Klägerin damit einverstanden war, dass die Abnahme nicht in Paris zu erfolgen hatte. Es kann also nicht gesagt werden, dass sich die Beklagte bezüglich der Frage, wie die Ware zu prüfen und ein Mangel zu rügen sei, ausdrücklich dem französischen Recht unterworfen habe.

Wenn man darauf abstellen und weiter prüfen wollte, welches Recht die Parteien mutmasslich für die Form der Mängelrüge gewollt hätten, könnte es nur das Recht des Ortes sein, wo der Kaufgegenstand zu prüfen und allfällige Mängel zu beanstanden waren, also das schweizerische, nicht das französische Recht. Die Vermutung, sie hätten das französische Recht gewählt, nur weil es das

Recht des Erfüllungsortes ist, wäre eine Fiktion und würde nicht den vernünftigen und daher zu vermutenden Parteiabsichten entsprechen. Dies darf umsoeher angenommen werden, als die Notwendigkeit der Klageerhebung eine Eigentümlichkeit des französischen Rechtes ist, während das Mängelrügeverfahren des schweizerischen Rechtes den meisten Staaten gemeinsam ist. Es würde den Erfordernissen des Handels auf rasche Geschäftsabwicklung zuwider laufen und eine unbillige Zumutung an den schweizerischen Kaufmann sein, der hier die Mängelrüge zu erheben hat, wenn man von ihm verlangen würde, dass er solche Besonderheiten des ausländischen Rechtes kennen und beobachten solle. Internationale Geschäfte verpflichten ihn zwar zu grösserer Umsicht, als Verträge, die er im Inland mit Inländern schliesst; doch ginge es zu weit, zu dieser Umsicht auch die Kenntnis und Innehaltung der verschiedensten ausländischen Rechte zu zählen.

Es rechtfertigt sich, inbezug auf die Frage des anwendbaren Rechtes auf die Form der Mängelrüge überhaupt nicht auf den mutmasslichen Parteiwillen abzustellen, sondern auf das Prinzip « *Locus regit actum* ». Da Sachmängel beim Kauf etwas Ausserordentliches sind, mit dem die Parteien meistens gar nicht gerechnet haben, läuft hier im Grunde jede Vermutung auf eine Fiktion hinaus. Dazu kommt, dass das Mängelrügeverfahren der Verfügung der Parteien entzogen ist und in einem engen Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht, namentlich mit dem Prozessrecht, steht. Welches Recht auf die Formrichtigkeit der Rüge anwendbar ist, soll der Richter daher ohne Ansehung einer allfälligen Verfügung der Parteien entscheiden, und zwar im Sinne der Anwendung des Wohnsitzrechtes des Käufers. Es ist nicht undenkbar, dass einzelne Staaten eine Mitwirkung von Behörden schon bei der Prüfung der Sache vorsehen. Wollte man in solchen Fällen nicht auf das inländische Recht schlechthin abstellen, so käme man dazu, inländische Instanzen

nach ausländischem Prozessrecht Amtshandlungen vornehmen zu lassen, die dem Recht am Wohnsitz des Käufers, d. h. in diesem Fall dem schweizerischen Recht, gar nicht bekannt sind.

Es ist freilich zu beachten, dass durch die Frankoklauseln nur die Untersuchung der Ware in Paris, nicht aber die Reklamation nach französischem Recht verunmöglicht wurde. Es könnte sich daher fragen, ob nicht schweizerisches Recht anwendbar sei auf die Frage, wann und wie die Beklagte die Ware zu prüfen hatte, und französisches auf die Frage, in welcher Form sie die Mängel zu beanstanden hatte. Prüfung und Rüge stehen jedoch in einem engen Zusammenhang zu einander und bilden ein einheitliches Verfahren des Käufers, das man nicht auseinanderreißen kann.

Es besteht im internationalen Privatrecht überhaupt ein logisches Postulat, dass alle aus einem Vertrag sich ergebenden rechtlichen Beziehungen unter ein einziges Recht gestellt werden, und dieses Postulat wird in der neuern Doktrin wieder häufiger vertreten (vgl. darüber OSER, Kommentar, 2. Aufl. Allgemeine Einleitung über Internationales Privatrecht, Note 49 ff.). Allein die meisten der für die Wahl des anwendbaren Rechtes vorgeschlagenen Prinzipien verbürgen, für sich allein angewendet, nicht nur keine innerlich gerechtfertigten Lösungen, sondern sie widersprechen oft sogar auch dem erwähnten Postulat der Logik. Auch die Anwendung des Rechtes des Erfüllungsortes allein kann z. B. bei zweiseitigen Verträgen zur Anwendung zweier Rechte auf einen einzigen Vertrag führen (OSER, a. a. O. Note 49). Im vorliegenden Streitfall wäre jedenfalls die ausschliessliche Anwendung des französischen Rechtes für den Käufer ungerrecht. Dazu kommt, dass das Mängelrügeverfahren sehr wohl ohne logische Widersprüche und ohne praktische Schwierigkeiten von andern Streitfragen getrennt und nach dem Grundsatz « Locus regit actum » beurteilt werden kann; denn es steht nicht in einem unmittelbaren

Zusammenhang mit dem materiellen Kaufsrecht (vgl. den Entscheid des Deutschen Reichsgerichtes in RGE i. Civ. S. Bd. 73 Nr. 95 S. 390). Das Bundesgericht hat sich schon in seinem (unveröffentlichten) Urteil i. S. Buser gegen Kurz vom 2. Oktober 1923 auf den Standpunkt gestellt, dass eine Mängelrüge nach dem Rechte des Käufers zu beurteilen sei. Dem widerspricht nicht der von der Klägerin angerufene Entscheid i. S. Jucker-Petitpierre gegen Schmid & Cie vom 5. März 1923 (BGE 49 II S. 70 ff.); denn dort wurde das Recht des Erfüllungsortes auf die Folgen der Mängelrüge und den Umfang der Gewährleistungspflicht, nicht auf die Form der Reklamation anwendbar erklärt.

3. — Die Mängelrüge der Beklagten vom 10 August. entspricht nach Zeit und Form den Erfordernissen des schweizerischen Rechtes.

Die Klägerin hat mit Recht die Behauptung fallen lassen, dass die Beklagte schon zur Dekatur des ihr vor dem Kaufabschluss unterbreiteten Stoffmusters verpflichtet gewesen wäre.

Die Ausführung der Klägerin, dass der Mangel während der Dekatur erkennbar geworden sei, dass der Unternehmer (Dekateur) gemäss Werkvertrag zur Mitteilung der Sachfehler an den Besteller gehalten gewesen wäre und dass die Beklagte für seine Unterlassung der sofortigen Meldung einzustehen habe, beruht auf einer aktenwidrigen Annahme. Nach der auf Grund der Expertise erfolgten, für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung des Handelsgerichtes sind die geheimen Fabrikationsfehler des Velours de laine zwar durch die Dekatur und nach der Dekatur, aber erst nach Vollendung der Mäntel endgültig erkennbar geworden. Die Frist zur Mängelrüge lief daher erst von dieser Entdeckung an. Ein Einstehen der Beklagten für ein Verhalten des Dekateurs fällt schon aus diesem Grund nicht in Betracht, abgesehen davon, dass eine Haftung des Unternehmers gegenüber dem Besteller aus Unterlassung der Mitteilung

nicht ohne weiteres auch die Haftung des Bestellers als Käufer gegenüber dem Verkäufer des Stoffes im Sinne der Verspätung der Mängelrüge begründen kann.

Es geht ferner nicht an, die Frist für die Mängelrüge so zu berechnen, dass man prüft, wie viel Zeit die Beklagte für die Dekatur und für die Herstellung der Mäntel verwenden durfte. Die Beklagte war nicht verpflichtet, das Tuch sofort zu verarbeiten. Die Frist zur Beanstandung lief erst von der Fertigstellung der Mäntel und Entdeckung der Falten an; vorher stand es der Beklagten ohne Verlust ihrer Rechte frei, mit der Verarbeitung des Stoffes zuzuwarten. Das Handelsgericht hat denn auch die Feststellungen über die mutmassliche Dauer der Verarbeitung nicht gemacht, um die Rügefrist daraus abzuleiten, sondern um den Beginn der Rügefrist zu ermitteln. Diese Schlussfolgerung ist für das Bundesgericht verbindlich. Eine Verletzung des Bundesrechtes liegt auch nicht darin, dass die Vorinstanz der Beklagten nach der Vollendung der ersten Mäntel noch eine kurze Zeit einräumte, um das Urteil eines Fachmannes einzuholen, damit sie ihre Mängelrüge durch nähere Erklärung der Mängel substantieren konnte. Diese fachmännische Auskunft der Firma Schütze & C^{ie} wurde am 8. August 1927 erteilt, so dass die Mängelrüge am 10. August rechtzeitig erfolgt ist.

4. —

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 11. Juli 1929 bestätigt.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Januar 1930

i. S. König gegen Minerol A.-G.

Konkurrenzverbot, eingegangen vom frühern Einzelkaufmann, Kollektivgesellschaftler, Aktionär und Verwaltungsrates eines Geschäftes beim Verkauf seiner Aktien, unter dem

Versprechen, der Gesellschaft noch kurze Zeit Dienste als Reisender zu leisten. Keine Anwendung der Vorschriften über das Konkurrenzverbot im Dienstvertrag. OR Art. 19, 356 ff.

Keine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Vertrages, OR Art. 20.

Die kantonale rechtliche Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen des Bundesprivatrechtes ist zulässig. OR Art. 97 und 98.

A. — Der Beklagte führte seit 1907 als Einzelkaufmann ein Handelsgeschäft für chemische Erzeugnisse und Öle. Am 26. April 1920 wurden seine Aktiven und Passiven von der neugegründeten Kollektivgesellschaft Alfred König & C^{ie} übernommen, in die er und sein bisheriger Prokurist Edmund Peyer eintraten. Am 23. März 1922 wurde die Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft unter der Firma « A.-G. Alfred König & C^{ie} » mit Sitz in Wangen bei Olten und mit Peyer als Präsident des Verwaltungsrates umgewandelt. Anlässlich einer Generalversammlung und Statutenänderung vom 5. Dezember 1925 wurde den Aktionären bekannt gegeben, dass der Beklagte alle seine Aktien verkauft habe und somit auch als Verwaltungsrat ausgeschieden sei. Gleichzeitig wurde der Name der Gesellschaft in « Minerol A.-G. » geändert. Zweck der Gesellschaft blieb der Handel in und die Herstellung von chemischen Produkten, Ölen, Fetten, Benzin und Teerprodukten.

Am 30. Dezember 1925 kam zwischen den Parteien folgender Vertrag zustande:

« Die bisherigen Vertragsverhältnisse zwischen der Minerol A.-G. vormals Alfred König & C^{ie} A.-G. Wangen und Alfred König, Wangen, gelten als aufgelöst, und Herr König tritt definitiv aus der Gesellschaft aus...

Herr Alfred König verpflichtet sich, während des Zeitraumes von sechs Jahren, vom 1. Januar 1926 an gerechnet, der Minerol A.-G. keine Konkurrenz zu machen, weder direkt noch indirekt. Auch darf sich Herr König während dieser Zeit an keinem andern gleichartigen Geschäfte beteiligen. Für die Eingehung dieser Konkurrenzklausel