

allerdings die Verarbeitung roher Ware gehören. Dass das hier zutrefte, nimmt aber die Vorinstanz selber nicht an, wie aus ihrer vorstehend wiedergegebenen Argumentation erhellt. Darnach besteht die brancheübliche Prüfung in der sogenannten Handprobe. Weitergehende Anforderungen zu stellen ist das Handelsgericht nicht befugt, weil das gegen die gesetzliche Regelung verstösst und auf eine einseitige Belastung des Käufers hinausläuft, der keineswegs gehalten ist, nach geheimen Mängeln zu fahnden (vgl. das ebenfalls ein Textilgeschäft betreffende Urteil vom 4. Oktober 1949 i. S. Sura A.-G. c. Naef und Specker Gummi A.-G.). Die ständige eigene Praxis, auf die sich das Handelsgericht stützt, vermag eine fehlende Handelsübung nicht zu ersetzen, sondern ist wie dargelegt mit Art. 201 OR im Widerspruch und darum unhaltbar.

Ob nun die massgebliche Handprobe übungsgemäss nur an der trockenen oder auch an der nassen Ware vorgenommen wird, und ob sie schon am trockenen Gewebe zur Aufdeckung der Schäden geführt hätte, ist von der Vorinstanz offen gelassen worden. Beides ist nach dem Gesagten erheblich weil bestimmend dafür, ob offene oder geheime Mängel in Frage stehen. Hierüber wird daher die Vorinstanz ergänzend zu befinden haben.

3. — Ergibt sich, dass offene Mängel vorliegen, so erscheint die umstrittene Rüge zweifellos als verspätet. Wenn aber verborgene Mängel gegeben sind, hat die Klägerin richtig gehandelt. Grieder & C<sup>le</sup> schickten am 14. August 1948 vier Unterröcke, darunter den bei der Anprobe zerrissenen, zurück mit dem Ersuchen um genaue Prüfung des Materials. Im gleichen Sinne wandte sich die Klägerin am 23. August 1948 an die Beklagte. Auf deren abschlägigen Bescheid hin wurde dann, mit allen Vorbehalten gegenüber der Beklagten, am 30. August 1948 eine Begutachtung durch die EMPA veranlasst. Zu beachten ist bei diesem ganzen Vorgehen, dass damals die Klägerin nur einen kleinen Teil der Stoffe verarbeitet und weiterverkauft hatte, und dass die Mitteilung der

Firma Grieder die erste Reklamation von Seite ihrer Abnehmer war. Hieraus konnte die Klägerin zwar ersehen, dass das betreffende Wäschestück irgendwie fehlerhaft war. Jedoch musste sie noch nicht ohne weiteres vermuten, die Ware sei insgesamt mit Mängeln behaftet. Erst nachdem auf Grund des vom 23. September 1948 datierten EMPA-Berichtes die minderwertige Qualität des Kunstseidegewebes feststand, war sie verpflichtet, eine Mängelrüge zu erheben. Das tat sie mit Brief vom 27. September 1948 rechtzeitig, da zwischen diesem Tag und die Kenntnisnahme der Untersuchungsbefunde ein Sonntag fiel.

4. — Die Ausführungen der Vorinstanz darüber, dass die Klägerin bei ihrer Rüge nicht auf das erhaltene Muster Bezug genommen habe, brauchen nicht näher erörtert zu werden. Denn ob mustergetreu geliefert wurde oder nicht ist belanglos, sobald es um geheime Mängel geht. Und nur unter dieser Voraussetzung kann die Klägerin überhaupt einen Wandelungsanspruch geltend machen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. November aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

33. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1950 i. S. Verbandstoff-Fabrik A.-G. Zürich gegen Schneider.

*Art. 360 Abs. 2 OR.*

Gültigkeit eines vertraglichen Konkurrenzverbotes trotz Aufhebung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund.

*Art. 360 al. 2 CO.*

Validité d'une clause de prohibition de faire concurrence, malgré la résiliation du contrat de travail pour un juste motif.

*Art. 360 cp. 2 CO.*

Validità d'una clausola di divieto di concorrenza, nonostante la resiliazione del contratto di lavoro per cause gravi.

Der Kläger Schneider war seit Jahren bei der beklagten Verbandstoff-Fabrik Zürich A.-G. als kaufmännischer Angestellter tätig. Der schriftlich niedergelegte Vertrag zwischen den Parteien enthielt ein mit Konventionalstraf-Sanktion verbundenes Konkurrenzverbot. Am 30. November 1946 kündigte der Kläger das Dienstverhältnis auf den 1. Februar 1947 mit der Begründung, er könne bei einer anderen Firma als Prokurist eintreten. Die Beklagte nahm die Kündigung an, obwohl sie nicht vertragsgemäss ergangen war. Sie verlangte jedoch vom Kläger die Nennung des künftigen Arbeitgebers. Da der Kläger dieser Aufforderung nicht nachkam, verweigerte ihm die Beklagte die Ausrichtung des Monatsgehältes und Spesenersatzes per 31. Dezember 1946. Daraufhin erklärte der Kläger am 3. Januar 1947, dass er den Vertrag aus wichtigem Grund sofort aufhebe und sich damit auch als von der Konkurrenzklausel befreit betrachte. Im Prozess beehrte der Kläger, es sei festzustellen, dass die Konkurrenzklausel nicht oder nicht mehr zu Recht bestehe, ferner die Beklagte zur Zahlung von Lohn und Spesenersatz für Dezember 1946, Lohn für Januar 1947 und Schadenersatz zu verpflichten. Die Beklagte anerkannte das Guthaben des Klägers für Dezember 1946, machte aber mittels Widerklage die vertragliche Konventionalstrafe nebst sonstigen Ansprüchen geltend.

Das Obergericht des Kantons Zürich, das zweitinstanzlich urteilte, hiess die Hauptklage in wenig herabgesetztem Umfange gut und wies die Widerklage ab. Es bejahte die Zulässigkeit des Konkurrenzverbotes (Art. 356 OR), verneinte in bezug auf die ordentliche Kündigung das Vorliegen eines von der Beklagten verschuldeten wichtigen Grundes, billigte aber dem Kläger einen solchen zu für die spätere sofortige Aufhebung des Vertrages und nahm deswegen, im Gegensatz zum Bezirksgericht, die Hinfälligkeit des Konkurrenzverbotes an.

Auf Berufung der Beklagten hin stellt das Bundesgericht die fortbestehende Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel fest aus folgenden

### Erwägungen :

4. — Fragen kann sich somit nur, ob die Beklagte Ende Dezember 1946 durch ihr Verhalten dem Kläger einen wichtigen Grund zur *fristlosen* Kündigung des Vertrages gab und ob deswegen die in Art. 360 Abs. 2 OR vorgesehene Wirkung eintrat.

a) Ungerechtfertigte Verweigerung der Auszahlung verdienten Lohnes und erlaufener Spesen stellt im allgemeinen einen Auflösungsgrund gemäss Art. 352 OR dar. Die Beklagte versucht, mit der Verantwortung für ihr Vorgehen den Kläger zu belasten, weil er es abgelehnt habe, seinen künftigen Arbeitgeber zu nennen. In Anbetracht dessen meinte sie die geschuldeten Beträge zurückhalten zu dürfen « zur Deckung der aller Wahrscheinlichkeit nach per 1. Februar 1947 fällig werdenden Konventionalstrafe und zur späteren Verrechnung mit dieser ». Indessen hatte die Beklagte weder aus Gesetz noch aus Vertrag einen Anspruch darauf, zu erfahren, wo der Kläger eine neue Stellung antreten werde. Daher war die Haltung des Klägers an sich nicht pflichtwidrig. Auch im Hinblick auf die beabsichtigte Verrechnung mit der Konventionalstrafe kam der Beklagten kein Recht zu, dem Kläger auf Ende Dezember 1946 das Arbeitsentgelt und den Auslagenersatz vorzuenthalten. Denn damals war eine Konventionalstrafe-Forderung noch gar nicht entstanden und konnte darum nicht fällig sein. Es wäre nicht anders gewesen, wenn der Kläger dem Wunsche der Beklagten entsprochen und den von ihr vorausgesehenen Übertritt in die Firma Schoop zugegeben hätte. Erst die tatsächliche Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Kläger machte die Beklagte zur Gläubigerin der ausbedungenen Konventionalstrafe. Vorher gebrach es an jeglicher Verrechnungsmöglichkeit. Und damit entfiel die Befugnis der Beklagten, das Guthaben des Klägers zurückzubehalten, wie die Vorinstanz eingehend dargetan hat.

b) Allerdings war die Vermutung der Beklagten be-

gründet. Nicht nur ging der Kläger am 1. Februar 1947 wirklich zu Schoop. Schon im Zeitpunkte der Kündigung Ende November 1946 hatte er, selbst wenn noch keine vertragliche Bindung bestand, mit der Anstellung fest gerechnet und war er, mindestens im Sinne eines Eventualvorsatzes, bereit gewesen, das Konkurrenzverbot zu brechen. Diese dem kantonalen Urteil entnommene Sachdarstellung bezeichnet der Kläger in der Berufungsantwort als unbewiesene Annahme. Allein seine Bestreitung geht aus von Behauptungen und Beweisangeboten, welche die Vorinstanz keineswegs übersehen, sondern erörtert und verworfen hat. Die bemängelten Feststellungen sind das Ergebnis so gewollter Würdigung der Akten und Umstände. Das Bundesgericht kann darauf nicht zurückkommen.

c) Die verbindlich ermittelte Entschlossenheit des Klägers zur Missachtung des Konkurrenzverbotes ändert nichts daran, dass die Handlungsweise der Beklagten unzulässig war. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass dem Kläger nach Vorenthaltung von Lohn und Spensersatz für den Monat Dezember 1946 die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden konnte, umsoweniger als mit Sicherheit die nämliche Stellungnahme der Beklagten für Ende Januar 1947 zu erwarten stand. Der Kläger war daher berechtigt, den Vertrag gemäss Art. 352 OR sofort aufzulösen.

Dagegen behielt die Konkurrenzklausel ihre verpflichtende Gültigkeit. Grundsätzlich wird der vorliegende Sachverhalt von Art. 360 Abs. 2 OR überhaupt nicht erfasst. Die Bestimmung will verhindern, dass der Dienstherr, welcher im eigenen Betrieb dem Dienstnehmer die Weiterarbeit verunmöglicht, ihm auch noch eine anderweitige Betätigung verwehre oder erschwere. Dieser Grundgedanke trifft aber nicht zu, wo es um einen vom Dienstnehmer ohne Verschulden des Dienstherrn ordentlicherweise bereits gekündigten Vertrag geht. Denn hier führt der nachträglich hinzutretende wichtige Grund nicht mehr eigentlich zur Aufhebung des Dienstverhältnisses, son-

dern lediglich zur Verkürzung seiner restlichen Dauer. Davon abgesehen müsste dem Kläger ohnehin die Einrede aus Art. 360 Abs. 2 OR wegen Verstosses gegen Treu und Glauben versagt werden. Gewiss liess sich die Beklagte durch die als solche nicht rechtswidrige Rückweisung ihres Ansinnens an den Kläger zu einem unstatthafter Verhalten ihm gegenüber verleiten, für welches sie die unmittelbaren Folgen zu tragen hat. Jedoch war der Kläger ganz unabhängig von diesem Zwischenfall und lange bevor es dazu kam schon gewillt, sich über das Konkurrenzverbot hinwegzusetzen. Darin liegt eine offenkundige und schwerwiegende Verletzung der Vertragstreue. Wer eine solche Einstellung zeigt, darf nicht eine spätere Unkorrektheit der Gegenpartei, zu der er überdies durch Verdachts-erregung und nachheriges Stillschweigen selber beigetragen hat, zum Vorwand nehmen, um sich des Konkurrenzverbotes zu entschlagen, an das er sich sonst hätte halten müssen und das er tatsächlich übertreten hat. Gegenteilig entscheiden hiesse, dem Kläger nicht nur die begangene Verfehlung nachsehen, sondern ihn dafür durch Befreiung von der Sanktion sogar zu belohnen. Dass das mit Art. 2 ZGB nicht vereinbar ist, bedarf keiner weiteren Darlegung.

#### IV. MOTORFAHRZEUGVERKEHR

##### CIRCULATION ROUTIÈRE

34. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. September 1950 i. S. Mohn gegen Hörni und Mitheteiligte.

*Haftung zwischen Haltern*: Die in Art. 39 MFG enthaltene Verweisung auf Art. 37 MFG bezieht sich auch auf die besondere Beweislastordnung gemäss dessen Abs. 2 und 3.

*Responsabilité civile entre détenteurs*. Le renvoi à l'art. 37 LA, résultant de l'art. 39 de la même loi, se rapporte aussi aux règles spéciales sur le fardeau de la preuve prévues par les al. 2 et 3 de l'art. 37.