

durrebbe l'obbligo di massima dell'ente pubblico d'insabbiare la strada automobilistica. Il tratto di strada in parola era stato insabbiato tre giorni prima, il che non ha però impedito il verificarsi dell'infortunio. Risulta dalle deposizioni testimoniali che la sabbia mista (ossia la sabbia con ghiaietta) era stata spazzata via dalle automobili che avevano percorso questo tratto. Secondo la parte attrice e le giurisdizioni cantonali, l'insabbiatura avrebbe dovuto esser ripetuta prima, l'intervallo di tre giorni essendo troppo lungo. Un Cantone che, come il Ticino, ha una rete stradale di 1100 km. variamente conformata (numerosi sono i percorsi soggetti al pericolo del gelo) dovrebbe mettere in moto un vastissimo organismo per ripetere dappertutto, entro brevi intervalli, l'insabbiatura. D'altra parte, se in concreto le condizioni fossero state normali, lo strato di ghiaccio non insabbiato sarebbe stato visibile, e il conducente avrebbe quindi potuto passare quel tratto di strada senz'inconvenienti, procedendo a minima velocità. Sfortunatamente poco prima dell'infortunio era sorto un leggero nevischio a motivo del vento freddo, cosicchè lo strato di ghiaccio sul tratto di strada in parola si coprì leggermente e diventò invisibile. L'autista conosceva però il pericolo di gelo della tratta Contone-Cadenazzo e doveva quindi ritenere che esistesse del ghiaccio sotto la neve. Anche se poteva ammettere che l'insabbiatura era stata fatta di recente, avrebbe avuto motivo di procedere molto più prudentemente di quanto pretende di aver fatto circolando a 20-23 km. orari. Non è certo che se l'ultima insabbiatura fosse stata fatta più tardi, lo slittamento sarebbe stato evitato; ma si può ritenere come certo che, procedendo in prima ad un'andatura minima, avrebbe attenuato la violenza e ridotto probabilmente il danno.

Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso per riforma è accolto. Di conseguenza è annullata la querelata sentenza e la petizione di causa è respinta.

32. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1950
i. S. Schenkel gegen Scherer, Verron & Co.

Art. 201 OR.

Unterscheidung zwischen offenen und verborgenen Mängeln; massgebliche Bedeutung und Sinn der nach Empfang der Ware vorzunehmenden «übungsgemässen Untersuchung»; Ablehnung weitergehender Anforderungen an die Prüfungspflicht des Käufers.

Art. 201 CO.

Distinction entre défauts apparents et défauts cachés. Portée décisive et sens des « vérifications usuelles » auxquelles l'acheteur doit procéder après réception de la marchandise. Il ne peut être posé d'exigences plus étendues à l'obligation de vérification de l'acheteur.

Art. 201 CO.

Distinzione tra i difetti apparenti e difetti non apparenti. Portata decisiva e senso dell'« ordinario esame », cui il compratore deve procedere dopo aver ricevuto la cosa. Non si può dare una più vasta portata all'obbligo del compratore di esaminare la merce.

A. — Am 22. Mai 1947 bestellte die Klägerin bei der Beklagten anlässlich eines Besuches und nachher ergänzend noch telefonisch 280 Stück Kunstseidenstoffe Crêpe lingerie rayonne zu Fr. 3.70 den Meter, lieferbar im ersten Quartal 1948. Die beiden Aufträge wurden am 23. Mai bzw. berichtet am 16. Juli 1947, je mit Hinweis auf beigelegte Qualitätsmuster, schriftlich bestätigt. Am 11. September 1947 gab die Klägerin eine erste Farbeinteilung für 25 Stück in lachs, welche dann am 3. und 5. Februar 1948 geliefert und fakturiert wurden. Die verbleibenden 255 Stück stellte die Beklagte bei ihr mittels Briefes und « Rohfaktura » vom 9. April 1948 der Klägerin zur Verfügung. Ende Juni 1948 wurden weitere 100 Stück abgerufen. Die restlichen 155 Stück blieben bei der Stückfärberei Basel A.-G. für die Klägerin auf Lager. Der ganze Kaufpreis von insgesamt Fr. 37,112.60 wurde bezahlt.

B. — Von einer Abnehmerin, der Firma Seiden-Grieder in Zürich, erhielt die Klägerin am 14. August 1948 einen Unterrock zurückgeschickt, der aus dem von der Beklagten bezogenen Stoff hergestellt und schon bei der Anprobe

zerrissen war. Am 23. August 1948 leitete die Klägerin diese Beanstandung zur Prüfung an ihre Lieferantin weiter. Die Beklagte entgegnete jedoch in ihrer Antwort vom 24. August 1948, dass sie musterkonform geliefert habe und auf Reklamationen nicht eingehen könne. Daraufhin erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 30. August 1948, sie sehe sich veranlasst, vorsorglich in aller Form Mängelrüge zu erheben und behalte sich vor, nach näherer Abklärung auf die Angelegenheit zurückzukommen. Gleichzeitig schickte sie Stoffproben zur Untersuchung an die Eidgenössische Materialprüfungsanstalt in St. Gallen (EMPA). Deren Bericht vom 23. September 1948 gelangte zum Schluss, dass sowohl die verarbeitete wie die rohe Ware Qualitätsfehler aufweise. Die Klägerin gab der Beklagten von diesem Befund durch Schreiben vom 27. September 1948 Kenntnis, bestätigte ihre provisorische Mängelrüge als endgültig und regte eine gütliche Verständigung an.

C. — Der nachfolgende Briefwechsel zwischen den Parteien führte zu keinem Ergebnis. Die Klägerin belangte daher die Beklagte im März 1949 auf Bezahlung von Fr. 40,860.90 mit 5 % Zins seit 1. Januar 1949. Sie verlangte die Wandelung des Kaufes wegen verborgener Mängel der Ware und forderte die Erstattung des erlegten Kaufpreises nebst Ersatz für Aufwendungen und entgangenen Gewinn.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 4. November 1949 ab.

D. — Die Klägerin legte Berufung an das Bundesgericht ein. Sie beantragt Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Beklagte schliesst auf Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Das Handelsgericht wirft der Klägerin vor, sie habe der ihr obliegenden Prüfungspflicht nicht genügt, und verneint deswegen die Rechtzeitigkeit der Mängel-

rüge. Dazu wird ausgeführt : Den Stoff habe die Klägerin zur Verarbeitung gekauft, und wesentlich sei vor allem seine Eignung zu diesem Zweck gewesen. In solchem Falle dürfe nach feststehender Rechtsprechung des Handelsgerichtes und gemäss dem Grundgedanken des Art. 201 OR der Käufer mit der Verarbeitung nicht beliebig lange zuwarten, sondern er habe, wenn nicht sofort die gesamte Ware zur Verarbeitung gelange, wenigstens ein Probestück anzufertigen und zu prüfen. Abgesehen von Mängeln, die sich bei übungsgemässer Untersuchung — als welche hier wohl nur die Handprobe in Betracht komme — zeigen, müsse rasch Klarheit darüber geschaffen werden, ob die Ware zur Verarbeitung geeignet sei und so zu dem vom Käufer vorausgesetzten Gebrauch taue. Es würde den Grundsätzen der Gewährleistung widersprechen, wenn der Käufer erst nach geraumer Zeit die Ware in Verarbeitung nehmen, dann noch Mängelrüge erheben und die Rücknahme verlangen könnte, möglicherweise in einem Moment, da der Verkäufer gar nicht mehr in der Lage sei, sich an seinem eigenen Lieferanten schadlos zu halten. Die Verarbeitung der Ware oder eines kleinen Teils derselben habe daher innert angemessener Frist zu erfolgen. Könne das ausnahmsweise nicht geschehen, so müsse binnen der nämlichen Frist mindestens eine über die brancheübliche Untersuchung hinausgehende Prüfung stattfinden, wie es die hier ohne Schwierigkeit durchführbare Handprobe an nasser Ware oder die Kontrolle in einer geeigneten öffentlichen Anstalt gewesen wären.

2. — Diese Auffassung der Vorinstanz ist abzulehnen. In Art. 201 OR wird klar zwischen offenen und geheimen Mängeln unterschieden und entsprechend die Rügepflicht geordnet. Das trennende Merkmal liegt in der Erkennbarkeit bzw. Nichterkennbarkeit der Mängel bei der nach Empfang der Sache mit tunlicher Beschleunigung vorzunehmenden « übungsgemässen Untersuchung ». Was hierunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach den Handelsgebräuchen in der betreffenden Branche. Dazu kann

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 & Cie 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.