

Ablehnungserklärung zurücknehmen, solange sie beim Vertragsgegner noch nicht eingetroffen ist. Dagegen ist sie nicht annahmehedürftig. Sie stellt vielmehr die Ausübung eines dem Getäuschten zustehenden Gestaltungsrechtes dar und braucht, um Wirksamkeit zu erlangen, vom Vertragsgegner nicht angenommen zu werden, wie dies z. B. bei einer Offerte der Fall ist, die unter gewissen Voraussetzungen vom Offerenten bis zur Annahme widerrufen werden kann. Ist die Ablehnungserklärung dem Gegner zugegangen und zu dessen Kenntnis gelangt, so ist damit der Vertrag definitiv unwirksam geworden. Ein Widerruf der Ablehnungserklärung durch den Getäuschten ist durch das Wesen der nunmehr eingetretenen absoluten Nichtigkeit begrifflich ausgeschlossen. Einigen sich die Parteien nachträglich darauf, den Vertrag aufrecht zu erhalten, so liegt darin der Abschluss eines neuen Vertrages gleichen Inhalts (v. TUHR-SIEGWART S. 295). Bei dieser Rechtslage konnte deshalb die nachträgliche Verpfändung des Schuldbriefs durch den Beklagten schon grundsätzlich nicht die Wirkung einer Genehmigung des mangelhaften Vertrages haben.

Unerheblich ist entgegen der Meinung der Vorinstanz, dass der Beklagte die Rückgabe des Schuldbriefes nicht angeboten hat. Ein solches Angebot war nicht erforderlich. Nach dem Gesetz genügt die bloße Ablehnungserklärung als solche. Das Dahinfallen des Vertrages zieht lediglich als Folge die Pflicht des Getäuschten nach sich, bereits empfangene Leistungen des Vertragsgegners zurückzuerstatten, und verschafft diesem einen Bereicherungsanspruch. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Ablehnung des Vertrages ist aber die Rückerstattung nicht.

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Dezember 1946
i. S. Compagnie Commerciale Tangeroise gegen Compagnie
Grainière S.A.

Kauf, Gewährleistungspflicht, internationales Privatrecht.
 Arrestprosequierungsklage für Gewährleistungsanspruch aus internationalem Kauf.

Abgrenzung der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts, Art. 43 OG (Erw. 2).

Anwendbares Recht

- auf die Gewährleistungspflicht des ausländischen Verkäufers (Erw. 3-5);
- auf Form und Fristen des Rügeverfahrens (Erw. 6);
- auf die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs; Ablehnung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts (internationale Zone von Tanger) aus Gründen der schweizerischen öffentlichen Ordnung (Erw. 7 und 8).

Vente, obligation de garantie, droit international privé.

Demande en validation de séquestre ayant pour objet une action en garantie découlant d'un marché international.

Etendue du pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral, art. 43 OJ (consid. 2).

Droit applicable

- à l'obligation de garantie du vendeur étranger (consid. 3-5);
- à la forme et aux délais de la procédure de vérification (consid. 6);
- à la prescription de l'action en garantie; refus d'appliquer la loi étrangère en principe compétente (zone internationale de Tanger), pour des motifs tirés de l'ordre public suisse (consid. 7 et 8).

Vendita, obbligo di garanzia, diritto internazionale privato.

Azione di convalida del sequestro per garanzia a dipendenza d'un contratto di vendita internazionale.

Estensione del sindacato del Tribunale federale, art. 43 OGF (consid. 2).

Diritto applicabile

- all'obbligo di garanzia del venditore estero (consid. 3-5);
- alla forma e ai termini della procedura di verifica (consid. 6);
- alla prescrizione dell'azione di garanzia; rifiuto d'applicare la legge estera applicabile in sé (zona internazionale di Tangeri) per motivi basati sull'ordine pubblico svizzero (consid. 7 e 8).

A. — Im Dezember 1941 kaufte die Compagnie Grainière S.A. in Zürich durch Vermittlung der Société d'agence, de représentation et de courtage (SAREC), in Marseille, bei der Compagnie commerciale Tangeroise in Tanger 10,000 kg Thonkonserven. Die Ware wurde verkauft « wagon Oran, agréage par une personne qui sera désignée

ultérieurement ». Mit dieser Prüfung und Genehmigung wurde ein gewisser Pochon in Tanger betraut. Die Abwicklung dieses ersten Geschäftes ging ohne Schwierigkeiten vor sich.

Im Jahre 1942 kam wiederum durch Vermittlung der SAREC zwischen den gleichen Parteien ein weiteres Geschäft über 16,000 kg Thon zustande. Die SAREC telegraphierte am 17. Januar 1942 im Auftrage der Grainière, diese kaufe die 16 t zu Fr. 8.— per kg, und fügte bei: « Expédiez comme précédemment ». Die Firma in Tanger kabelte zurück, sie habe Pochon zur Abnahme der Ware bestellt. Am 19. Januar 1942 bestätigte die SAREC der Grainière den Kaufabschluss « wagon Tanger, certificat d'agrée émis par Pochon, à Tanger ». In der Frage, durch wen die Abnahme der Ware zu geschehen habe, hatte es jedoch offenbar ein Missverständnis gegeben zwischen der Käuferin und der SAREC. Denn die Käuferin hatte ebenfalls am 19. Januar die Société générale de surveillance S.A. (Supervise) in Oran mit der Prüfung und Genehmigung beauftragt. Tatsächlich nahm jedoch nicht diese, sondern Pochon die Prüfung der bereits auf Bahnwagen verladenen Ware am 21. Januar in Tanger vor und stellte das Genehmigungszertifikat dafür aus.

Auf Grund dieses Zertifikats wurde das von der Käuferin gestellte Akkreditiv freigegeben und der Verkäuferin der Betrag von Fr. 130,893.60 ausbezahlt.

Die Ware langte am 14. März 1942 in Genf an. Am 17. März liess die Käuferin der Verkäuferin telegraphieren, sie stelle ihr 475 Kisten zu je 50 Büchsen als nicht vertragskonform zur Verfügung. Diese Mitteilung bestätigte sie mit Schreiben vom 23. März. Nach ihrer Darstellung war der Thon ausgetrocknet und zum Teil verdorben. Ausserdem handelte es sich um « miettes de thon », d. h. um eine Ware geringerer Qualität als vereinbart. Ferner trugen die Büchsen nicht die Aufschrift « huile d'olive » und hatten keine Etiketten; eine grosse Zahl von Büchsen ermangelte einer Vorrichtung zum Öffnen und bei einem Teil der Büchsen, die eine solche aufwiesen, fehlte der Schlüssel.

Die Verkäuferin lehnte jedoch unter Berufung auf die Abnahme der Ware durch Pochon die Beanstandung ab. Die weitere Korrespondenz der Parteien führte zu keiner Einigung.

Am 22. Mai 1942 teilte die Käuferin der Verkäuferin mit, dass sie über die zur Verfügung der letzteren in Genf eingelagerte Ware eine gerichtliche Expertise verlangt habe. Diese Expertise wurde am 28. Mai durchgeführt. Der Experte kam in seinem Gutachten vom 2. Juni zum Ergebnis, dass die beanstandete Ware nicht vertragskonform sei und die von der Käuferin geltend gemachten Mängel der Verpackung aufweise. Den Wert der mangelhaften Ware schätzte der Experte auf 40 % des Kaufpreises.

Am 2. Juni wies die Verkäuferin die Käuferin unter Vorbehalt aller Rechte an, die beanstandete Ware der Supervise in Genf auszuhändigen. In der Folge gelang es der Verkäuferin, diese Ware anderweitig abzusetzen. Der Erlös daraus belief sich nach ihren Angaben auf Fr. 23,520.

Bevor sich diese Differenzen zwischen den Parteien ergeben hatten, war zwischen ihnen ein weiterer Vertrag abgeschlossen worden, wonach die Firma in Tanger der Grainière S.A. Fisch- und Fleischkonserven zum kommissionsweisen Verkauf übergab. Den Erlös aus dem Verkauf abzüglich ihrer Provision und Spesen, d. h. Fr. 114,415.—, bezahlte die Grainière S.A. auf ein Konto der Kommitentin bei der Eidgenössischen Bank A.G. in Zürich ein.

B. — Am 26. Mai 1942 liess die Compagnie Grainière S.A. von dem Guthaben der Compagnie Commerciale Tangeoise bei der Eidgenössischen Bank A.-G. den Betrag von Fr. 30,000.— verarrestieren und hob am 5. Juni Betreibung an für den auf die 475 zur Verfügung gestellten Kisten Thon entfallenden Kaufpreis einschliesslich Frachtspesen von zusammen Fr. 27,312.50 nebst Zins seit 23. März 1942 und Arrestkosten. Die Betriebene erhob Rechtsvorschlag, worauf die Grainière S.A. am 5. Oktober 1942 Klage auf Bezahlung von Fr. 27,312.50 nebst Zinsen und Arrestkosten einleitete.

Die Beklagte trug unter Berufung auf das Recht der

internationalen Zone von Tanger auf Abweisung der Klage an. Sie machte geltend, nach Art. 601 des Code des obligations de Tanger (CT) hafte der Verkäufer nicht für « vices apparents », um die es sich hier handle; ferner sei der Gewährleistungsanspruch verjährt, da gemäss Art. 605 CT die Geltendmachung solcher Ansprüche innert der Frist von 30 Tagen seit der Übergabe der Ware zu erfolgen habe....

C. — Mit Urteil vom 15. Juni 1945 schützte das Bezirksgericht Zürich die Klage grundsätzlich im eingeklagten Betrage abzüglich des Wertes einer Kiste, da in Wirklichkeit nicht 475, sondern nur 474 Kisten zur Verfügung gestellt worden waren....

Das Gericht erklärte das schweizerische Recht als anwendbar mit der Begründung, infolge der 1940/41 durch Spanien vorgenommenen eigenmächtigen Umwandlung der internationalen Verwaltung von Tanger in eine rein spanische könne einer schweizerischen Firma nicht zugemutet werden, sich dem Rechte von Tanger zu unterwerfen, da die erforderlichen Garantien zur Zeit offensichtlich nicht gegeben seien. Im weiteren nahm das Gericht den Standpunkt ein, die Berufung der Beklagten auf die Abnahme der Ware durch Pochon stelle einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 ZGB dar; denn die Abnahme sei erfolgt, als die Ware bereits verladen gewesen sei, also unter Umständen, die eine richtige Prüfung gar nicht gestatteten, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Die Klägerin sei daher zu der nochmaligen Prüfung der Ware in Genf befugt gewesen. Die auf Grund dieser Prüfung von der Klägerin erklärte Wandelung bezeichnete das Gericht unter Hinweis auf die Feststellungen der vorsorglichen Expertise als begründet.

D. — Die Berufung der Beklagten gegen diesen Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 31. Mai 1946 abgewiesen. Das Obergericht erklärte grundsätzlich das Recht von Tanger als anwendbar; dass dieses für die Mängelrüge und Gewährleistungsklage kurze Fristen vorsehe, widerspreche der schweizerischen

öffentlichen Ordnung nicht. Dagegen kam das Gericht zum Schlusse, auch nach dem Recht von Tanger könne sich die Beklagte nicht auf die Abnahme der Ware durch Pochon berufen. Denn sie habe diese Abnahme unter Umständen vornehmen lassen, die eine richtige Prüfung ausschlossen, und habe damit ihre Pflicht als Geschäftsführerin für die Klägerin im Sinne von Art. 1312 ff. CT verletzt; ausserdem verstosse ihre Berufung auf die Abnahme durch Pochon gegen das gemäss Art. 66 CT auch nach dem Recht von Tanger geltende Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben. Auch das Obergericht billigte daher der Klägerin das Recht zu, die Ware in Genf nochmals zu prüfen. In Bezug auf die Form und Frist für die Mängelrüge und die Gewährleistungsklage erachtete das Gericht das schweizerische Recht als anwendbar und wies daher die auf das Recht von Tanger gestützte Verjährungseinrede der Beklagten ab. Materiell erklärte es die Beanstandung der gelieferten Ware sowohl nach schweizerischem als nach tangerischem Rechte als begründet.

E. — Mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht beantragt die Beklagte erneut die Abweisung der Klage, eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung. Sie vertritt die Auffassung, das Obergericht habe zu Unrecht auf die Frage der Verjährung der Gewährleistungsklage schweizerisches Recht angewendet. Ferner hat sie als neues Aktenstück das Prüfungszertifikat Pochon betreffend den ersten Vertrag vom Dezember 1941 vorgelegt, aus dem sich nach ihrer Ansicht ergibt, dass die Klägerin schon bei der ersten Lieferung eine grosse Anzahl von Kisten mit « miettes de thon » angenommen habe.

Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. —
2. — Gemäss Art. 43 OG hat das Bundesgericht als Berufungsinstanz lediglich zu prüfen, ob das eidgenössi-

sche Recht richtig ausgelegt worden ist. Dazu gehören auch die schweizerischen internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen und insbesondere die Vorbehaltsklausel des *ordre public* (BGE 67 II 218, 64 II 92, 56 II 180). Das eidgenössische Recht ist deshalb verletzt, wenn ein kantonales Gericht eine Frage nach ausländischem Recht entschieden hat, die nach den Kollisionsnormen des schweizerischen internationalen Privatrechts dem materiellen schweizerischen Recht untersteht. In einem solchen Falle hat das Bundesgericht den Rechtsstreit materiell auf Grund des eidgenössischen Rechtes zu entscheiden. Eine Verletzung eidgenössischen Rechtes liegt aber auch vor, wenn eine Frage, auf die nach den schweizerischen Kollisionsnormen ausländisches Recht zur Anwendung zu gelangen hat, nach schweizerischem Recht entschieden worden ist. Trifft dies zu, so hat das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid aufzuheben und den Fall entweder selber auf Grund des anwendbaren ausländischen Rechts zu entscheiden oder ihn zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Ergibt die Prüfung aber, dass die Vorinstanz in richtiger Auslegung der schweizerischen Kollisionsnormen ausländisches Recht zur Anwendung gebracht hat, so hat sich das Bundesgericht nicht damit zu befassen, ob das ausländische Recht richtig ausgelegt worden ist.

Anhand dieser Grundsätze ist vorerst von Amteswegen die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit zu untersuchen.

3. — Bei diesem handelt es sich um eine Arrestprosequierungsklage. Eine solche ist zwar am Gerichtsstand des Arrestortes zu erheben, bleibt aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes in materiellrechtlicher Hinsicht dem Rechte unterstellt, welches für das Rechtsverhältnis massgebend ist, aus dem die dem Arrest zugrunde liegende Forderung hergeleitet wird.

Dieses Grundverhältnis ist hier ein Kaufgeschäft, und zwar dreht sich der Streit zunächst darum, ob die Beklagte

als Verkäuferin den Vertrag richtig erfüllt habe, und so dann darum, welche Ansprüche der Klägerin als Käuferin aus einer allfälligen mangelhaften Erfüllung des Geschäftes durch die Gegenpartei zustehen. Es handelt sich somit um Fragen, welche die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts betreffen. Diese beurteilen sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach dem Recht, das die Parteien durch ausdrückliche oder aus den Umständen hervorgehende Vereinbarung als anwendbar erklärt haben. Eine ausdrückliche Rechtskürung durch die Parteien fehlt hier jedoch, und wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, bieten die Akten auch keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien beim Vertragsschluss übereinstimmend ein bestimmtes Recht im Auge gehabt haben. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass das Geschäft in Schweizer Franken abgeschlossen worden ist, für sich allein nicht ein übereinstimmender, auf die Unterstellung des ganzen Rechtsverhältnisses unter schweizerisches Recht gerichteter Parteiwille abgeleitet werden. Denn die Wahl der Schweizerwährung lässt sich ebensogut aus deren Kursbeständigkeit erklären.

Lässt sich ein bestimmter Parteiwille nicht ermitteln, so findet das Recht desjenigen Landes Anwendung, mit dem das Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Da unter den räumlichen Beziehungen dem Erfüllungsort überragende Bedeutung zukommt, ist deshalb in der Regel das dort geltende Recht als massgebend zu betrachten, es sei denn, dass die Umstände des Falles die Beziehungen zu einem andern Lande als noch näher erscheinen lassen (BGE 63 II 44, 307, 385). Der Erfüllungsort ist, da es sich um die Qualifikation eines Anknüpfungsbegriffes handelt, der *lex fori* zu entnehmen (BGE 63 II 44).

Im vorliegenden Falle befand sich der Erfüllungsort in Tanger. Dort war die Ware zu übergeben gemäss der Vertragsklausel, wonach das Geschäft « wagon Tanger » abgeschlossen wurde, und dort war ferner gemäss dem Vertrag

die Prüfung und Abnahme der Ware vorzunehmen. Eine engere Beziehung zu einem andern Land als dem des Erfüllungsortes ist nicht ersichtlich. Nach den eingangs dargelegten Grundsätzen untersteht somit das Kaufgeschäft der Parteien dem Rechte von Tanger. Das auf den Kaufvertrag als solchen anwendbare Recht ist sodann auch massgebend für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Die Frage des Bestehens einer Gewährleistungspflicht, deren Gegenstand und Umfang, mit einem Wort alle materiellrechtlichen Vorschriften über die Gewährleistung, sind nach dem Kaufstatut zu entscheiden (BGE 49 II 75). Mit Recht hat die Vorinstanz die Fragen, ob die Ware tatsächlich Mängel aufwies und ob sich die Beklagte auf die Prüfung und Abnahme der Ware durch Pochon berufen könne oder nicht, nach dem Rechte von Tanger entschieden.

4. — Die erste Instanz hat die Anwendung des Rechts von Tanger abgelehnt unter Hinweis darauf, dass infolge der Besetzung des Gebiets von Tanger durch Spanien die Rechtslage unklar sei. Diese Auffassung ist jedoch in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zurückzuweisen.

Durch das Abkommen von Paris vom 18. Dezember 1923 ist das Gebiet von Tanger zur neutralen Zone erklärt worden, die zwar formell der Gebietshoheit des Sultans von Marokko untersteht, für die aber ein besonderes internationalrechtliches Statut gilt. Art. 48 des Abkommens sieht den Erlass eines « Code des obligations et des contrats » vor, der durch ein speziell geschaffenes Gericht, das « Tribunal mixte de Tanger » auf Angehörige fremder Staaten angewendet werden soll (Textes organiques et codes de la zone de Tanger, p. 33). Dieser Code ist durch den Sultan von Marokko am 15. Januar 1925 erlassen worden (Textes S. 93).

Während des zweiten Weltkrieges hat nun allerdings Spanien die Zone von Tanger, offenbar in Verletzung der internationalen Abmachungen, militärisch besetzt. Aus einer vom Vertreter der Beklagten durch Vermittlung des eidgenössischen politischen Departements beigebrachten

Bescheinigung des 1. Gerichtsschreibers des Tribunal mixte de Tanger vom 11. September 1945 ist jedoch ersichtlich, dass trotz der Besetzung der code des obligations in Kraft geblieben und weiterhin angewendet worden ist (Kant. Doss. Act. 125/126).

Wie übrigens das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat, spielen die Beziehungen der Schweiz mit einem fremden Staate und insbesondere das Bestehen oder Nichtbestehen diplomatischer Beziehungen keine Rolle für die Anwendung des internationalen Privatrechts. Ausschlaggebend ist, ob das Recht des betreffenden Landes besteht und tatsächlich seine Wirkungen entfaltet (BGE 50 II 511, 51 II 263, 55 I 291). Das trifft im vorliegenden Fall für das Recht von Tanger zu.

5. — Soweit nach dem Vorstehenden das Recht von Tanger anwendbar und von der Vorinstanz tatsächlich angewendet worden ist, fehlt dem Bundesgericht somit gemäss den eingangs gemachten Darlegungen die Befugnis zur materiellen Überprüfung des Streitfalles. Auf die Ausführungen der Berufungsschrift, mit denen die Beklagte die Begründetheit der Mängelrüge erneut in die Diskussion ziehen will, kann deshalb nicht eingetreten werden. Das von der Beklagten in diesem Zusammenhang eingereichte neue Aktenstück muss übrigens schon deshalb aus dem Recht gewiesen werden, weil nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG neue Beweismittel im Berufungsverfahren unzulässig sind.

6. — Nach dem massgebenden Recht von Tanger war die Klägerin gemäss dem Entscheid der Vorinstanz zur Vornahme einer nochmaligen Prüfung und Rüge der Ware befugt. Mit Rücksicht darauf, dass diese Prüfung in Genf erfolgte, hat die Vorinstanz auf das Prüfungs- und Rügeverfahren das schweizerische Recht angewendet. Die Beklagte ficht den Entscheid in dieser Hinsicht nicht an. Die Frage ist jedoch von Amteswegen zu prüfen.

Das Bundesgericht hat schon wiederholt entschieden, dass für die Form und die Fristen zur Prüfung der Kaufsache auf Mängel und zur Rüge solcher das Recht des

Ortes massgebend sei, wo sich die Ware zur Zeit der Prüfung befindet (BGE 56 II 44 ff.). Von dieser Einstellung abzugehen, besteht kein Anlass. Sie drängt sich in der Tat auf, weil es einem Kaufmann nicht zuzumuten ist, die Prüfung und Mängelrüge, die im Interesse der Geschäftsabwicklung rasch vor sich zu gehen hat, nach einem andern als dem ihm vertrauten inländischen Recht vorzunehmen. Zudem steht das Mängelrügeverfahren in engem Zusammenhang mit dem Prozessrecht. Der Käufer, der die Mängel einer ihm von einem andern Ort her zugesandten Sache zur Beweissicherung « gehörig » (Art. 204 OR) feststellen lassen will, soll die Möglichkeit haben, die Mitwirkung der zuständigen Behörden in Anspruch zu nehmen; diese werden aber selbstverständlich nach den Formen ihrer Rechtsordnung vorgehen.

7. — Nach der Ansicht der Beklagten hat die Vorinstanz jedoch, ohne eine nähere Begründung zu geben, zu Unrecht auch die Frage der Verjährung des Gewährleistungsanspruches nach schweizerischem Recht beurteilt, während diese richtigerweise nach dem Recht von Tanager zu entscheiden sei. Nach diesem sei die Klage verjährt, da sie nach Art. 605 CT innert 30 Tagen seit Ablieferung der Ware erhoben werden müsse.

Das Bundesgericht hat in der Tat von jeher den Standpunkt eingenommen, die Verjährung eines Anspruches richte sich nach dem Recht, dem das im Streit liegende Schuldverhältnis materiell unterstehe (BGE 66 II 236, 59 II 358 und dort erwähnte Entscheide). An dieser Lösung ist grundsätzlich festzuhalten. Sie ist die logische Folge aus der für das kontinentale Rechtsgebiet allgemein anerkannten Auffassung, dass die Verjährung nicht ein prozessualer Rechtsbehelf sei, wie dies im englischen und amerikanischen Recht angenommen wird, sondern ein Institut des materiellen Rechtes (vgl. auch OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Allgemeine Einleitung N. 35, sowie BECKER, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Vorbemerkungen zu den Art. 127-143 N. 8).

Diese Regel gilt auch für die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Es ist kein stichhaltiger Grund ersichtlich, weshalb an diese besondere Verjährungsfrist ein anderer Massstab angelegt werden sollte (FRANKENSTEIN, Internationales Privatrecht, Band 2, S. 315; FIORE, édit. française, Band 1, S. 193, No. 157). Bei vorbehaltlosem Abstellen auf diese Grundsätze käme man somit zum Ergebnis, dass die vorliegende Klage wegen Verjährung abzuweisen sei, da die 30-tägige Klagefrist des Art. 605 CT nicht eingehalten ist.

Die Anwendung dieser Vorschrift verbietet sich indessen im vorliegenden Fall aus Gründen der öffentlichen Ordnung. An sich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist des ausländischen Rechts nicht schon deswegen, weil sie mit der entsprechenden Frist des schweizerischen Rechts nicht übereinstimmt, als unvereinbar mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung zu betrachten; denn solche Fristen beruhen auf blossen Zweckmässigkeitsüberlegungen und berühren in der Regel das Rechtsempfinden nicht in besonderem Masse. Das Bundesgericht hat deshalb entschieden, es verstosse nicht gegen die schweizerische öffentliche Ordnung, wenn das italienische Recht für die Ehenichtigkeitsklage keine Verwirkungsfrist aufstelle (BGE 69 II 347), und dass die Frist für die Vaterschaftsklage nach deutschem Recht länger sei als nach schweizerischem Recht (BGE 41 II 423). Aus dieser Rechtsprechung darf aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine Abweichung in der Verjährungsfrist unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung schlechthin belanglos sei. Das Kriterium für die Entscheidung muss vielmehr darin erblickt werden, ob die in Frage stehende Verschiedenheit zu einem Ergebnis führt, das elementare Grundprinzipien des nationalen Rechtes am Gerichtsort verletzt und darum mit dem einheimischen Rechtsempfinden in unerträglichem Widerspruch steht (BGE 68 II 380 f., 64 II 97 und dort erwähnte Entscheide). Ist dies der Fall, so muss der Rich-

ter, gleich wie bei irgendeinem andern Rechtsinstitut, auch bei der Verjährung einer vom einheimischen Recht abweichenden Regelung die Anerkennung versagen. So hat z. B. auch das deutsche Reichsgericht, das grundsätzlich für die Verjährung ebenfalls das den Vertrag als solchen beherrschende Recht massgebend sein lässt, die im schweizerischen Recht angeordnete Unverjährbarkeit einer Verlustscheinsforderung als mit der deutschen öffentlichen Ordnung unvereinbar erklärt (RGZ 106 S. 82; 145 S. 129).

Im vorliegenden Fall erscheint nun die grosse zeitliche Differenz zwischen der 30-tägigen Frist des Rechts von Tanager und der in Art. 210 OR vorgesehenen Frist von einem Jahre an sich schon als stossend. Der Unterschied ist um so bedeutsamer, als es sich bei der Frist des Art. 605 CT im Gegensatz zu Art. 210 OR nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Verwirkungsfrist handelt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 605 Abs. 1 CT, wonach die Klage « à peine de déchéance » innert 30 Tagen seit Ablieferung der Ware anzuheben ist, und wird bestätigt durch Abs. 4 des gleichen Artikels, der nur einzelne Vorschriften des Kapitels VII über die Verjährung als anwendbar erklärt, nämlich die Art. 433-437. Hieraus ist zu schliessen, dass die übrigen Bestimmungen dieses Kapitels, insbesondere diejenigen über den Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung, nicht anwendbar sind. Die Verwirkung aber zieht das vollständige Erlöschen des Anspruches nach sich mit der Folge, dass er selbst einredeweise nicht mehr geltendgemacht werden kann. Diese Ordnung steht in schroffstem Widerspruch nicht nur mit dem schweizerischen Recht, sondern auch mit der in den übrigen kontinentalen Rechten geltenden Regelung. Die entsprechende Verjährungsfrist des deutschen Rechtes (§ 477 BGB) und des österreichischen Rechtes (Art. 933 ABGB) beträgt 6 Monate; diejenige des italienischen Rechtes ist gleich wie im schweizerischen Recht auf 1 Jahr bemessen. Der Entwurf des internationalen Instituts für

Privatrecht in Rom für ein einheitliches Recht des Kaufvertrages sieht gar eine Verjährungsfrist von 2 Jahren vor. Wenn das französische Recht in Art. 1648 CC eine bestimmte Verjährungs- oder Verwirkungsfrist nicht aufstellt, sondern lediglich vorschreibt, der Käufer müsse innert kurzer Frist (à bref délai) Klage erheben, so ist dies damit zu erklären, dass das französische Recht keine Bestimmung kennt, die den Gewährleistungsanspruch des Käufers von der Anzeige der Mängel an den Verkäufer abhängig macht.

Die Anwendung der Verwirkungsfrist des Art. 605 CT von nur 30 Tagen würde zudem in zahlreichen Fällen den schweizerischen Käufer, der hinsichtlich des Prüfungs- und Rügeverfahrens dem schweizerischen Recht untersteht, gewisser Befugnisse berauben, die nach schweizerischer Rechtsauffassung eine Beeinträchtigung nicht ertragen. Das OR sieht nämlich für die Mängelrüge keine bestimmte, nach Tagen oder Wochen bemessene Frist vor. Die Prüfung hat vielmehr nach Art. 201 OR zu erfolgen, « sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist »; sofern sich Mängel ergeben, hat der Käufer dem Verkäufer davon sofort Anzeige zu machen. Treten Mängel, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren, nachträglich in Erscheinung, so muss deren Anzeige beim Verkäufer sofort nach ihrer Entdeckung erfolgen. Nun wird aber häufig eine Prüfung der Kaufsache nach dem üblichen Geschäftsgang innert der Frist von 30 Tagen überhaupt nicht möglich sein, wie z. B. beim Kauf grosser Maschinen, bei denen die Mängel erst einige Zeit nach Inbetriebnahme auftreten können; ferner bei landwirtschaftlichen Maschinen, wie Mähmaschinen, Dreschmaschinen, die im Frühling angeschafft, aber erst im Sommer geprüft werden können, wenn man sie in Gebrauch nimmt, oder bei Motorschneepflügen, deren Gebrauchsfähigkeit erst im Winter erprobt werden kann. Würde auf die kurze und starre Frist von 30 Tagen abgestellt, so hätte dies zur Folge, dass dem schweizerischen Käufer praktisch die Möglichkeit zur

übungsgemässen Prüfung der Sache unter Umständen überhaupt genommen wäre. Die gesetzliche Klagefrist wäre zu Ende, bevor sie praktisch zu laufen begonnen hätte. Diese Gefahr wäre um so grösser, als man es immer mit internationalen Geschäften zu tun hat, bei denen die Korrespondenz mit dem ausländischen Verkäufer an sich gewisse mit der Beförderungsdauer zusammenhängende Schwierigkeiten mit sich bringt.

Das Recht des Käufers, die gekaufte Sache im Rahmen des üblichen Geschäftsganges zu prüfen und Mängel, die bei der übungsgemässen Prüfung nicht erkennbar sind, auch nachträglich innert der Frist von längstens einem Jahr seit Ablieferung der Ware noch geltendmachen zu können, beruht auf einem fundamentalen Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung. Diese hat wenn immer möglich starre Präklusivfristen wie auch überholte Formalitäten und Verfahrensvorschriften beseitigt und an deren Stelle einen allgemeinen Rechtsgrundsatz treten lassen, den Grundsatz nämlich, dass im Gebiete des Obligationenrechts und insbesondere des Handelsrechts niemand seines Rechtes verlustig gehen kann, wenn seine Handlungsweise mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Verkehr im Einklang steht und den Anforderungen der durch die Umstände oder den ordentlichen Lauf der Dinge gebotenen Sorgfalt genügt. Diese Rechtsauffassung ist im schweizerischen Rechtsempfinden derart tief verwurzelt, dass eine Vorschrift des ausländischen Rechts, die sie verletzt, als untragbar erscheint und darum vom schweizerischen Richter gegenüber einem inländischen Käufer, der im übrigen Prüfung und Mängelrüge nach schweizerischem Recht vorzunehmen befugt ist, nicht angewendet werden kann.

8. — Ist somit die Frage der Verjährung aus Gründen der öffentlichen Ordnung nach schweizerischem Recht zu entscheiden, so ist die vorliegende, am 5. Oktober 1942 erhobene Klage rechtzeitig erfolgt; denn die Ware wurde am 14. März 1942 in Genf abgeliefert, so dass mit der

Klage die einjährige Frist des massgebenden Art. 210 OR gewahrt ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Soweit auf die Berufung eingetreten werden kann, wird sie abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 1946 bestätigt.

63. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. September 1946 i. S. A.-G. Hunziker & Cie. gegen Stamm.

Konkurrenzverbot im Dienstvertrag, Art. 356 OR.
Zeitpunkt, in welchem die Gültigkeitsvoraussetzungen von Art. 356 Abs. 1 OR erfüllt sein müssen.

Prohibition de concurrence dans le contrat de travail, art. 356 CO.
Moment auquel doivent être remplies les conditions de validité prévues par l'art. 356 al. 1 CO.

Divieto di concorrenza nel contratto di lavoro, art. 356 CO.
Momento in cui debbono essere soddisfatte le condizioni di validità previste dall'art. 356 cp. 1 CO.

Der Beklagte macht geltend, das im Anstellungsvertrag von 1928 vereinbarte Konkurrenzverbot sei von Anfang an nichtig gewesen, weil das in Art. 356 Abs. 1 OR für die Zulässigkeit eines solchen aufgestellte Erfordernis des Einblickes in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse des Dienstherrn *damals* nicht erfüllt gewesen sei. Geschäftsgeheimnisse besitze die Klägerin nach den Feststellungen der Vorinstanz überhaupt nicht. Kenntnisse des Kundenkreises habe der Beklagte, der 1928 als Chefbuchhalter zu einem Monatsgehalt von Fr. 550.— angestellt worden sei, vorerst nicht erhalten. Solche habe er vielmehr erst erlangt durch seine spätere Tätigkeit als Reisender und hernach als Direktor der Tochtergesellschaft in Bern mit einem 2-3 mal höheren als dem anfänglichen Gehalt. Das unter den ursprünglichen Verhältnissen nichtige Konkurrenzverbot habe durch Zeitablauf oder durch die spätere Änderung seiner Tätigkeit nicht gültig werden können.