

S. 281 / Nr. 41 Obligationenrecht (d)

BGE 76 II 281

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Oktober 1950 i. S. Schweiz. Grosshandelsverband der sanitären Branche gegen Edwin Jud A. -G.

Seite: 281

Regeste:

Boycott, Art. 28 ZGB, Art. 41 OR.

Begriff und Wesen des Boykotts.

Verdrängungsboykott die Nichtaufnahme eines Gewerbetreibenden in einen Verband, der durch Alleinvertretungsverträge mit Fabrikanten und Gesamt Lieferungsverträge mit Annehmern Nichtverbandsmitgliedern die Existenz auf dein betreffenden Wirtschaftsgebiet verunmöglicht.

Verrufserklärung ist nicht Begriffsmerkmal des Boykotts (Erw. 2). Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Boykotts, der zur wirtschaftlichen Vernichtung des Boykottierten führt (Erw. 3-5).

Aufhebung des unzulässigen Vernichtungsboykotts durch Lockerung der vertraglichen Bindungen, durch die das Nichtverbandsmitglied von Belieferung und Absatz ausgeschlossen wird (Erw. 6).

Ersatz des Schadens infolge des widerrechtlichen Boykotts (Erw. 7.)

Boycott, art. 28 CC, 41 CO.

Notion et nature du boycott.

Constitue un boycott tendant à l'évincement du boycotté le refus d'admettre un commerçant au sein d'une association qui, grâce à des contrats d'exclusivité avec des fabricants et à des contrats généraux de livraison avec des clients, rend impossible à des personnes qui ne font pas partie de l'association l'exercice d'une activité dans la branche économique dont il s'agit.

La mise à l'index n'est pas un élément essentiel du boycott (consid. 2).

Conditions de la légitimité d'un boycott qui a pour effet l'anéantissement économique du boycotté (consid. 3-5).

Suppression du boycott illicite par le relâchement des liens contractuels grâce auxquels le commerçant qui ne fait pas partie de l'association ne peut se fournir auprès des fabricants in écouler sa marchandise (consid. 6).

Réparation du dommage causé par le boycott illicite (consid. 7).

Boicottaggio, art. 28 CC, 41 CO.

Concetto e natura del boicottaggio.

Costituisce un boicottaggio tendente all'eliminazione economica del boicottato il rifiuto di accogliere un commerciante in un'associazione che, grazie a contratti di esclusività con fabbricanti e a contratti generali di fornitura con clienti, rende impossibile a persone che non fanno parte dell'associazione l'esecuzione d'un attività nel ramo economico in questione.

Seite: 282

La messa all'indice non è un elemento essenziale del boicottaggio (consid. 2).

Condizioni della legittimità d'un boicottaggio che ha per effetto l'allentamento economico del boicottato (consid. 3-5).

Soppressione del boicottaggio illecito mediante l'allentamento dei vincoli contrattuali, grazie ai quali il commerciante che non fa parte dell'associazione non può rifornirsi presso i fabbricanti né smerciare (consid. 6).

Risarcimento del danno causato dal boicottaggio illecito (consid. 7).

A. - Der Schweiz. Grosshandelsverband der sanitären Branche, der 1912 gegründet wurde, ist nach seinen Statuten ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Er bezweckt die Wahrung der Berufs- und Standes Interessen seiner Mitglieder und die Bekämpfung ungesunder Konkurrenzauswüchse. Als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes nehmen die Statuten in Aussicht: den Abschluss von Verträgen aller Art mit Produzenten und Konsumenten; die Aufstellung einheitlicher Kaufpreise, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen; gemeinsames Vorgehen gegen Konkurrenten und Dritte, welche die Kreise des Verbandes stören Sperrmassnahmen usw.

Zur Verfolgung seines Zweckes hat der Verband in den Jahren 1928-1937 mit verschiedenen schweizerischen Fabriken Abkommen getroffen, durch die er seinen Mitgliedern das Alleinvertretungsrecht für die von den betreffenden Unternehmen hergestellten sanitären Apparate sicherte. Ferner hat er im Jahre 1935 mit dem Schweiz. Spenglermeister- und Installateurverband (SSIV) einen Vertrag abgeschlossen, wonach die Mitglieder des SSIV verpflichtet sind, nur die von Mitgliedern des Grosshandelsverbandes gelieferten hauptsächlichsten sanitären Apparate zu

installieren.

Im Dezember 1946 gründete Edwin Jud, der vorher während ca. 7 Jahren als Verkaufsreisender bei einem dem Grosshandelsverband angehörenden Unternehmen tätig gewesen war, zusammen mit zwei weiteren Interessenten die Edwin Jud A.-G. in Winterthur zum Zwecke des Handels mit sanitären Apparaten. Die Gesellschaft brachte dem Grosshandelsverband ihre Gründung zur Kenntnis,

Seite: 283

erklärte ihre Bereitschaft zur Einhaltung der vom Verband aufgestellten Richtlinien, Verkaufs- und Lieferungsbedingungen und ersuchte um Aufnahme in den Verband. Dieses Gesuch wurde jedoch am 30. Januar 1947 abschlägig beschieden. In der Zwischenzeit, am 8. Januar 1947, hatte der SSIV an seine Mitglieder ein Rundschreiben gerichtet, in welchem ihnen die Verpflichtungen aus dem Vertrag mit dem Grosshandelsverband in Erinnerung gerufen und im Anschluss daran festgestellt wurde, dass die kürzlich in Winterthur eröffnete Firma Edwin Jud A.-G. dem Grosshandelsverband nicht angehöre. B. - Die Edwin Jud A.-G., die im Verhalten des Grosshandelsverbandes einen unzulässigen Boykott erblickte, erhob Klage auf Einstellung desselben und auf Schadensersatz.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil ein -Boykott überhaupt nicht vorliege; übrigens wäre die Weigerung, die Klägerin in den Verband aufzunehmen, gerechtfertigt, weil sie weder in persönlicher noch in sachlicher Hinsicht die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit erfülle.

C. - Das Handelsgericht Zürich verneint e mit Urteil vom 15. April 1948 das Vorliegen eines Boykottes, erklärte aber das Verhalten des Beklagten gegenüber der Klägerin als gegen die guten Sitten verstossend, weil er ihr unter Versagung des Beitritts zum Verbund grundlos lebenswichtige Leistungen verweigert habe. Das Gericht befahl deshalb dem beklagten Verband, die vertraglichen Bindungen zu lösen, gemäss welchen einerseits die drei hauptsächlichsten Schweizerischen Lieferanten der Klägerin keine Ware liefern und anderseits der SSIV und dessen Mitglieder der Klägerin keine Ware abnehmen dürfen. Ferner verpflichtete das Gericht den Beklagten, der Klägerin für die Zeit vom 1. Januar 1947 bis zur Lösung der oben genannten vertraglichen Bindungen pro Monat Fr. 2000.- Schadenersatz zu bezahlen.. -

D. - Das Bundesgericht weist die Berufung des

Seite: 284

Beklagten gegen dieses Urteil grundsätzlich ab und setzt lediglich die Schadenersatzansprüche der Klägerin etwas herab.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1.- Der beklagte Verband stellt nach seinen eingangs erwähnten Zwecken und den zu deren Erreichung in Aussicht genommenen Mitteln ein als Verein organisiertes Kartell selbständiger Unternehmer zur Beherrschung des Marktes dar. Der Kartellzweck soll unter anderm durch die Alleinvertretungsverträge mit den drei hauptsächlichsten Lieferfirmen gewisser sanitärer Apparate einerseits und den Gesamtlieferungsvertrag mit dem SMV anderseits erreicht werden - Nach diesen Verträgen werden bestimmte Waren von den drei Fabrikationsunternehmungen ausschliesslich an Mitglieder des beklagten Verbandes geliefert, und die Mitglieder des SSIV sind verpflichtet, den Anschluss von Apparaten, die nicht von einer dem beklagten Verband angehörenden Firma geliefert worden sind, zu verweigern. Es handelt sich somit bei den in Frage stehenden vertraglichen Bindungen um sog. Exklusivverträge, die wiederum eine kartellmässige Zusammenfassung von Unternehmergruppen verschiedener Wirtschaftsstufen (Fabrikanten - Grosshändler einerseits, Grosshändler-Detailabnehmer anderseits) zum ausschliesslichen Verkehr in bezug auf bestimmte Wirtschaftsbereiche darstellen.

Die durch dieses Vertragssystem bewirkte wirtschaftliche Verflechtung hat nach den Feststellungen der Vorinstanz zur Folge, dass die Klägerin, solange sie dem beklagten Verband nicht angehört, als Grosshandelsunternehmen der sanitären Branche nicht existenzfähig ist, wenn die genannten Verträge von den Beteiligten eingehalten werden. Denn verweigern die drei Fabrikationsunternehmen gestützt auf ihr Abkommen mit dem Beklagten der Klägerin die Belieferung, so ist dieser die Beschaffung bestimmter Hauptartikel der sanitären Branche aus dem Inland unmöglich. da diese ausschliesslich von den drei Werken

Seite: 285

hergestellt werden. Die Bezugsmöglichkeiten aus dem Auslande vermöchten der Klägerin keinen ausreichenden Ersatz für das zu bieten, was ihr durch die Lieferungssperre in der Schweiz entgeht. Da die vollständige sanitäre Ausrüstung für eine Wohnung oder ein Gebäude in der Regel beim selben Grosshändler bezogen wird, würde ein Unternehmer es vorziehen, seinen ganzen Bedarf bei einer andern Firma zu decken, statt einen Teil bei der Klägerin zu kaufen. Selbst wenn aber die Klägerin

sich die benötigten Hauptartikel aus dem Ausland beschaffen könnte, nachdem die Bezugsmöglichkeiten von dort jetzt wieder etwas besser geworden seien, so wäre sie am Absatz gehindert durch den Vertrag des Beklagten mit dem SSIV, nach welchem dessen Mitglieder die Montage aller wichtigen Apparate verweigern müssen, die bei einer nicht dem beklagten Verband angehörenden Firma gekauft worden sind. Da heute sozusagen alle Installateure dem SSIV angehören, wären deshalb die von der Klägerin aus dem Ausland beschafften Apparate praktisch unverkäuflich.

Alle diese Feststellungen der Vorinstanz betreffen tatbeständliche Fragen und sind daher nach Art. 63 OG für das Bundesgericht verbindlich. Die Ausführungen, mit denen der Beklagte in der Berufungsschrift unter Hinweis auf bestimmte Zeugenaussagen dartun will, dass die Klägerin auf Grund der Bezugsmöglichkeiten aus dem Ausland imstande gewesen wäre, ihr Geschäft wenn auch mit einigen Schwierigkeiten zu betreiben, sind als unzulässige Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung unbeachtlich.

2.- Die Klägerin erblickt im Verhalten des Beklagten ihr gegenüber einen Boykott. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines solchen verneint, weil es an der erforderlichen Verrufserklärung fehle. Diese Auffassung trifft nicht zu.

Das Wesen des Boykottes besteht in der organisierten Meldung eines Gewerbetreibenden, mit dem Zwecke, ihn zu einem bestimmten aktiven oder passiven Verhalten zu veranlassen oder ihn für ein solches zu massregeln. Eine

Seite: 286

solche organisierte Meidung der Klägerin ist hier aber unzweifelhaft gegeben, indem durch die vertraglichen Bindungen zwischen dem Beklagten und den Lieferanten einerseits und dem SSIV andererseits die Klägerin als Nichtmitglied des Beklagten von der Belieferung mit bestimmten Artikeln und der Absatzmöglichkeit aller Sanitärapparate ausgeschlossen wird; dadurch soll die Klägerin zu einem bestimmten Verhalten, nämlich zur Einstellung der Tätigkeit auf dem Gebiete des Sanitär-Grosshandels, veranlasst werden. Damit charakterisiert sich die Sperre, welche durch die vom Beklagten geschaffene Kartellorganisation im Zusammenhang mit der Aufnahmeverweigerung gegenüber der Klägerin bewirkt wird, als ein auf die Ausschaltung eines Konkurrenzunternehmens der Mitglieder des beklagten Verbandes gerichteter Verdrängungsboykott. Ob mit der Sperre ein bestehendes Konkurrenzunternehmen lahmgelegt oder die Errichtung eines neuen verhindert werden soll, macht entgegen der Auffassung des Beklagten keinen Unterschied aus. Zweck und Wirkung der Massnahme sind in beiden Fällen dieselben, nämlich die Verdrängung eines Gewerbetreibenden aus einem bestimmten Wirtschaftsgebiet. Das Verhältnis der im Widerstreit liegenden Interessen, nämlich das Interesse des Verdrängten an der Betätigung im betreffenden Berufszweig einerseits und das Interesse des Urhebers oder Nutznießers der Sperre an seiner Fernhaltung andererseits, kann allerdings verschieden sein, je nachdem ob es sich bei dem betroffenen Betrieb um ein schon bestehendes Unternehmen oder eine Neugründung handelt. Das ist aber erst für die Frage der Zulässigkeit des Boykottes von Belang, nicht dagegen für die Entscheidung darüber, ob ein Boykott vorliegt. Ebenso ist unerheblich, dass die Kartellorganisation nicht gerade im Hinblick auf die Klägerin geschaffen worden ist, sondern schon lange vor deren Gründung bestand und sich ganz allgemein gegen jeden Aussenseiter richtet. Massgebend ist allein, dass die Handhabung der bestehenden Ordnung zur Meidung der Klägerin mit

Seite: 287

den dadurch bewirkten, oben dargelegten Folgen führt. Einer besonderen Verrufserklärung bedarf es entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht notwendigerweise. Sie ist überflüssig, wenn die organisierte Meidung durch ein bereits bestehendes Vertragssystem und durch die darauf beruhenden gegenseitigen Verpflichtungen der Beteiligten automatisch ausgelöst wird, ohne dass noch ein besonderes Tätigwerden der Kartell Organe gegenüber dem Aussenseiter hinzutreten muss. Abgesehen hiervon trifft die Ansicht der Vorinstanz, es fehle an einer Verrufserklärung, überhaupt nicht zu. Wenn nämlich im Rundschreiben des SSIV vom 8. Januar 1947 an seine Mitglieder auf die vertragliche Pflicht, nur von Angehörigen des beklagten Verbandes gelieferte Apparate zu installieren, hingewiesen und gleichzeitig festgestellt wird, dass die Klägerin dem genannten Verband nicht angehöre, so kann dies doch nicht anders denn als Aufforderung verstanden werden, die Installation von Sanitärapparaten, die bei der Klägerin bezogen worden sind, zu verweigern. Dass diese Verrufserklärung nicht unmittelbar vom Beklagten ausging, ist belanglos. Entscheidend ist, dass sie auf Grund der unter massgebender Mitwirkung des Beklagten geschaffenen Kartellbindung erfolgte.

3.- Der Boykott, den die Aufnahmeverweigerung des Beklagten im Zusammenspiel mit der bestehenden Kartell-Organisation bewirkt, führt gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Klägerin. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist ein Boykott, der für den davon Betroffenen derart einschneidende Wirkungen

zeitigt, nur zulässig, wenn schutzwürdige Interessen des Urhebers der Sperre die Fernhaltung des Boykottierten von dem in Frage stehenden Wirtschaftsgebiet rechtfertigen und erheischen. Und zwar müssen diese Interessen derart gewichtig sein, dass ihnen bei objektiver Betrachtung der Vorrang vor dem Interesse des Boykottierten an der Betätigung auf dem betreffenden Wirtschaftsgebiet

Seite: 288

zuerkannt werden muss. Dagegen ist ein Boykott solchen Ausmasses unzulässig, wenn die Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt, dass zur Wahrung der vom Urheber des Boykotts verfolgten rechtmässigen Bestrebungen die Fernhaltung des Boykottierten nicht notwendig ist oder dass die Vernichtung der Existenz des letzteren in keinem vernünftigen Verhältnis steht zu den Vorteilen, die sich mit dieser Massnahme für die gesamte Branche oder die Volkswirtschaft im allgemeinen erzielen lassen. Ein solch übermässiger Eingriff verstösst gegen die guten Sitten und bedeutet darum eine vor Art. 28 ZGB nicht mehr haltbare Verletzung des Rechts der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Boykottierten (vgl. hiezu BGE 73 II 76, 69 II 82, 62 II 280 und dort erwähnte Entscheide).

4.- Nach den Behauptungen des Beklagten soll sich die Fernhaltung der Klägerin im Sinne der vorstehenden Grundsätze unter verschiedenen Gesichtspunkten rechtfertigen.

a) Dies soll einmal der Fall sein, weil aus volkswirtschaftlichen Gründen, nämlich zur Erhaltung gesunder Verhältnisse im Gewerbegebiet, kollektive Vereinbarungen der in Frage stehenden Art notwendig seien. Diese ermöglichten eine zweckmässige Warenvermittlung, eine zentrale Lagerhaltung, die Einsparung von Frachten und Verpackungskosten, wodurch die Verkaufspreise im Interesse der allgemeinen Volkswirtschaft niedrig gehalten werden könnten. Ferner gestatte die geschaffene Organisation des Marktes die Aufstellung und Durchführung einheitlicher, allgemein gültiger Verkaufs-, Kredit- und Zahlungsbedingungen und biete so Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und dessen nachteilige Auswirkungen auf den gesamten Geschäftszweig.

Die vom Beklagten genannten Bestrebungen sind nun zwar zulässig und schutzwürdig, und ebenso ist es richtig, dass sie sich nur verwirklichen lassen, wenn alle Unternehmungen dieses Berufsgebietes die im Hinblick darauf getroffenen Anordnungen einhalten. Das überragende

Seite: 289

Interesse der Gesamtheit an einer vernünftigen und zweckmässigen Organisation des Gewerbes vermöchte daher zweifellos die wirtschaftliche Vernichtung des Aussenseiters zu rechtfertigen, der sich aus eigensüchtigen Erwägungen einer von den übrigen Beteiligten anerkannten und sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen haltenden Ordnung nicht fügen will, sondern z. B. durch Preisschleuderei, Unterbietung und dgl. eine vernünftige Marktorganisation gefährdet und so die Existenz der übrigen Unternehmungen dieses Erwerbszweiges bedroht. Auf die Klägerin treffen aber diese Voraussetzungen für einen zulässigen Vernichtungsboykott nicht zu. Sie will die Bestrebungen des Beklagten zur Gesunderhaltung des Gewerbes nicht durchkreuzen. Sie hat sich gegenteils mit ihrem Aufnahmegesuch ausdrücklich bereit erklärt, die vom Verband vorgeschriebenen Preise und Lieferungsbedingungen zu beobachten. Die Durchsetzung der vom Beklagten angestrebten Marktorganisation erheischt somit die Fernhaltung der Klägerin nicht, so dass der darauf gerichtete Boykott als unstatthaft betrachtet werden muss.

b) Der Beklagte macht indessen geltend, die Klägerin biete in persönlicher und sachlicher Hinsicht keine Gewähr für die einwandfreie Führung eines Grosshandelsunternehmens. Wären diese Bedenken begründet, so erschiene die Fernhaltung der Klägerin allerdings als berechtigt. Denn dann müsste damit gerechnet werden, dass die Klägerin die abgegebenen Versprechungen auf Beachtung der Verbandsvorschriften nicht einhalten werde oder unter dem Druck ihrer ungünstigen wirtschaftlichen Lage auf die Dauer nicht einzuhalten vermöge.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz entbehren die vom Beklagten in dieser Beziehung aufgestellten Behauptungen jedoch der Grundlage. So verfügt der Geschäftsleiter der Klägerin, Jud, dank seiner mehrjährigen Tätigkeit in der Sanitärbranche über die erforderlichen Fachkenntnisse, so dass ihm nicht zum vornherein die Fähigkeit zur Leitung eines Grosshandelsunternehmens

Seite: 290

abgesprochen werden kann. Unbegründet ist nach der Vorinstanz sodann auch die Behauptung des Beklagten, Jud sei persönlich nicht vertrauenswürdig und biete darum keine Gewähr für die redliche Durchführung der Verbandspolitik. In seiner Berufungsschrift hält der Beklagte allerdings an seinem gegenteiligen Standpunkt fest und kritisiert die Beweiswürdigung, auf Grund deren die Vorinstanz zu den erwähnten Feststellungen gelangt ist. Diese Kritik ist jedoch im Berufungsverfahren unstatthaft und kann nicht gehört werden, so dass es bei den Feststellungen der Vorinstanz sein Bewenden haben muss.

Der Beklagte glaubt seine Zweifel an der Einhaltung der Verbandspolitik durch die Klägerin weiter darauf stützen zu können, dass völlig unbekannt sei, wer als Aktionäre oder sonstige Geldgeber hinter dem klägerischen Unternehmen stehe insbesondere wisse man nicht, ob es sich um ausländische oder wirtschaftspolitisch einseitig eingestellte Gruppen handle. Die Vorinstanz hat diesen Einwand als ungenügend substantiiert zurückgewiesen und erklärt, es wäre Sache des Beklagten gewesen, in dieser Hinsicht genaue und nachprüfbar behauptungen aufzustellen. In seiner Berufungsschrift rügt der Beklagte diese beweislasterteilung als bundesrechtswidrig und hält daran fest, dass die Klägerin über diese unter dem Gesichtspunkt der Verbandspolitik wesentlichen Verhältnisse bestimmte Angaben hätte machen müssen.

Diese Rüge geht jedoch fehl. Auszugehen ist bei der Beweislastverteilung davon, dass der gegen die Klägerin ausgelöste Vernichtungsboykott nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Für deren Vorliegen ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB) der Beklagte beweispflichtig. Wenn er geltendmacht, dass die Fernhaltung der Klägerin vom Grosshandelsgewerbe sich rechtfertige, weil die für ihr Geschäftsgebaren massgebenden Geldgeber die Erreichung des erlaubten Kartellzweckes in Frage stellen, so lag es ihm ob, nach dieser Richtung nähere Angaben zu machen

Seite: 291

und dafür Beweis anzutragen. Der Klägerin die Pflicht zuzuschieben, von sich aus über die Beteiligungsverhältnisse ihres Unternehmens Aufschluss zu geben, geht übrigens um so weniger an, als der Beklagte nach seinen Statuten für die Erlangung der Mitgliedschaft keine Ausweise im Sinne des von ihm erhobenen Einwandes verlangt. Die Bedenken des Beklagten, dass es sich bei den Geldgebern der Klägerin um ausländische Kreise handeln und sich dies auf seine Verbandspolitik nachteilig auswirken könnte, erscheinen zudem sachlich kaum als begründet. Um Gefahren zu begegnen, die der Schweizerischen Volkswirtschaft aus ausländischen Einflüssen erwachsen könnten, verlangt das Gesetz in Art. 711 OR, dass die Mehrheit der Verwaltung einer A.-G. aus Schweizerbürgern bestehen muss. Diesen Anforderungen genügt die Klägerin offenbar, sonst wäre sie nicht im Handelsregister eingetragen worden. Das Gesetz erachtet also die Interessen der nationalen Volkswirtschaft als genügend gewahrt, wenn das Schwergewicht der Verwaltung, die das Geschäftsgebaren bestimmt, in den Händen von Schweizern liegt. Bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Vernichtungsboykotts einen strengeren Massstab anzulegen, besteht kein Anlass. Der weitere Einwand des Beklagten, die finanzielle Grundlage des klägerischen Unternehmens sei bei einem Aktienkapital von Fr. 100,000.- völlig ungenügend, wird von der Vorinstanz ebenfalls als unzutreffend bezeichnet. Da es sich hierbei um eine reine Tatfrage handelt, kann auf die Aussetzungen, die der Beklagte in der Berufungsschrift an den Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Punkte macht, nicht eingetreten werden.

Der Beklagte glaubt endlich, die Art der Gewinnberechnung der Klägerin lasse auf unsoliden Geschäftsgebaren schliessen. Die Vorinstanz hat diese Schlussfolgerung abgelehnt mit der Begründung, aus den für die Schadensberechnung gemachten, allerdings sehr optimistischen Ausführungen der Klägerin dürfe nicht gefolgert werden, dass sie tatsächlich mit solch hohen Gewinnen gerechnet habe.

Seite: 292

Welche Schlüsse aus den in andern Zusammenhang gemachten Ausführungen der Klägerin auf die kaufmännische Solidität ihres Geschäftsgebarens gezogen werden dürfen, ist als Frage der Beweiswürdigung vom Bundesgericht nicht nachprüfbar. Von einem offensichtlichen Versehen der Vorinstanz kann entgegen der Meinung des Beklagten nicht die Rede sein. Die Vorinstanz hat die vom Beklagten angerufenen Ausführungen der Klägerin keineswegs übersehen, sondern sie lediglich anders gewürdigt, als der Beklagte es wünscht. Die von diesem deswegen weiter erhobene Rüge der Willkür ist im Berufungsverfahren unzulässig. Im übrigen liegt es auf der Hand, dass es nicht angeht, aus der Schadensberechnung, die eine Partei im Prozess vorbringt, Rückschlüsse auf ihr allgemeines Geschäftsgebaren zu ziehen.

c) Der Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung der gegen die Klägerin getroffenen Sperre schliesslich noch darauf, dass diese wegen der bestehenden Warenknappheit zur Sicherung der Existenz der ihm angeschlossenen Grosshandelsunternehmungen notwendig gewesen sei.

Es ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass Erwägungen dieser Art die Fernhaltung neuer Konkurrenzbetriebe zu rechtfertigen vermöchten. Nach Art. 31 bis BV ist der Bund befugt, zur Erhaltung wichtiger, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweige die grundsätzlich gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit zu beschränken, indem er z. B. die Eröffnung neuer Betriebe untersagt oder von bestimmten Bedingungen abhängig macht. Mit Rücksicht hierauf liesse sich vielleicht die Auffassung vertreten, dass es auch zulässig sein müsse, derartige Beschränkungen zum Schutze eines Gewerbezweiges oder Berufes durch privatrechtliche

Organisation herbeizuführen und so den Eintritt eines Zustandes zu verhindern, der ein staatliches Eingreifen notwendig machen würde. Dabei müsste allerdings streng darauf geachtet werden, dass die Voraussetzungen für eine solche Einengung der freien Konkurrenz wirklich erfüllt wären und dass nicht

Seite: 293

unter missbräuchlicher Ausnützung einer tatsächlichen Monopolstellung durch Schaffung eines geschlossenen Kreises von Nutzniessern der wirtschaftliche Wettbewerb überhaupt ausgeschaltet würde.

Eine Rechtfertigung des Boykotts der Klägerin aus derartigen Gründen scheidet indessen hier aus. Denn nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz gingen die kriegsbedingten Lieferungsschwierigkeiten im Jahre 1947 bereits zurück, und die noch bestehende Warenknappheit hatte ihren Grund ebensowohl in der äusserst regen Bautätigkeit. Unter diesen Umständen hat es die Vorinstanz daher mit Recht abgelehnt, in der Eröffnung eines weiteren Unternehmens eine Gefährdung der Existenz der bestehenden Betriebe zu erblicken, da die Schaffung geradezu unhaltbarer Zustände, die sich z. B. aus dem Auftreten einer ganzen Anzahl neuer Betriebe ergäbe, nicht zu befürchten war.

5.- Nach den vorstehenden Ausführungen ist somit der gegen die Klägerin gerichtete Boykott wegen der unnötigen und daher nicht gerechtfertigten Schwere seiner Auswirkungen auf die wirtschaftliche Existenz der Klägerin unzulässig. Hieran vermag nichts zu ändern, dass im übrigen weder die vom Beklagten angewandten Mittel - nämlich die Alleinvertretungsverträge mit den drei Fabriken, der Gesamt Lieferungsvertrag mit dem SSIV, die Verweigerung der Aufnahme der Klägerin in den als Verein organisierten Verband - noch der mit der Kartellorganisation unmittelbar verfolgte Zweck der Aufrechterhaltung gesunder Wirtschaftsverhältnisse im Sanitär-grosshandel für sich allein betrachtet rechtswidrig oder unsittlich sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es, wenn auch nur ein einziger der in Betracht kommenden Unzulässigkeitsgründe - Unerlaubtheit der Mittel oder des Zweckes oder Übermass des Eingriffes in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen - verwirklicht ist (BGE 73 II 76 und dort erwähnte Entscheide).

6.- Da die Klägerin durch die vom Beklagten

Seite: 294

hervorgerufene Sperre in ihren persönlichen Verhältnissen, nämlich in ihrem wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht, in unbefugter Weise verletzt wird, hat sie gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB Anspruch auf Beseitigung der Störung, also auf Aufhebung des gegen sie gerichteten Boykotts.

Der einfachste Weg hiezu wäre nun zweifellos die Aufnahme der Klägerin in den beklagten Verband. Damit wären das auf den Alleinvertretungsverträgen mit den drei Fabriken beruhende Belieferungsverbot und die durch den Vertrag mit dem SSIV bewirkte Verbot, von der Klägerin gelieferte Apparate zu installieren, ohne weiteres hinfällig, während andererseits keine Gefahr bestünde, dass die schutzwürdigen Bemühungen des Beklagten um Aufrechterhaltung gesunder Marktverhältnisse durch das Verhalten der Klägerin vereitelt würden, da ja die Klägerin als Verbandsmitglied zur Einhaltung der vom Beklagten aufgestellten Richtlinien verpflichtet wäre. Die Klägerin hat jedoch kein Begehren des Inhalts gestellt, dass der Beklagte zu verurteilen sei, sie als Mitglied in den Verband aufzunehmen. Sie liess sich offenbar von der Überlegung leiten, dass der als Verein organisierte beklagte Verband gemäss den Bestimmungen des Vereinsrechts in der Aufnahme neuer Mitglieder freie Hand habe und sie daher ohne Grundangabe verweigern könne. Mangels eines dahin zielenden Begehrens der Klägerin braucht somit nicht entschieden zu werden, ob unter den vorliegenden Umständen der Beklagte nicht zur Aufnahme der Klägerin verhalten werden könnte, insbesondere ob die auf die Vorschriften des Vereinsrechts gestützte Aufnahmeverweigerung einen Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) darstelle. Aus dem gleichen Grunde kann offen bleiben, ob für einen Wirtschaftsverband, der die Vereinsform gewählt hat statt der sachlich richtigeren Genossenschaftsform und der eine wirtschaftliche Monopolstellung einnimmt, nicht die Pflicht zur Aufnahme von Mitgliedern besteht; dies entsprechend dem Genossenschaftsrecht, das zur Verhütung missbräuchlicher Ausbeutung einer wirtschaftlichen

Seite: 295

Machtstellung bestimmt, dass der Eintritt neuer Mitglieder in eine Genossenschaft nicht übermässig erschwert oder gar verunmöglicht werden darf (Art. 828/839 OR).

Die Klägerin verlangt zur Beseitigung des unzulässigen Boykotts lediglich, es sei dem Beklagten die Lösung der vertraglichen Bindungen zu befehlen, kraft denen einerseits den drei mehrerwähnten Fabriken seine Belieferung und andererseits dem SSIV und dessen Mitgliedern die Abnahme und Installation der von ihr gelieferten Apparate untersagt ist. Dieses Begehren ist gemäss der von der Vorinstanz in Anwendung kantonalen Prozessrechts getroffenen und daher vom Bundesgericht nicht

nachprüfbarer Auslegung nicht so zu verstehen, dass die Klägerin damit die Aufhebung der in Frage stehenden Verträge verlangen wolle, sondern es ist vielmehr auf eine blosser Lockerung der genannten Bindungen gerichtet in dem Sinne, dass diese der Klägerin gegenüber nicht beachtet zu werden brauchen. So aufgefasst ist das Begehren in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als zulässig zu betrachten, was bei einem Begehren um gänzliche Aufhebung der mit dritten, am vorliegenden Prozess nicht beteiligten Parteien geschlossenen Verträge als fraglich erschiene. Andererseits ist eine solche Lockerung der vertraglichen Bindungen zur Beseitigung des widerrechtlichen Boykottes der Klägerin auch geeignet und ausreichend. Der Beklagte wird nämlich in Ausführung der ihm durch das vorliegende Urteil auferlegten Pflicht zur Aufhebung des Boykottes den Partnern der Alleinvertretungsverträge sowie dem SSIV mitzuteilen haben, dass der Klägerin gegenüber das durch die erwähnten Verträge bewirkte Belieferungs- und Abnahmeverbot nicht gelte. Damit hat die Klägerin die Möglichkeit, im Rahmen des freien Wettbewerbs auf gleichem Fusse wie die Mitglieder des Grosshandelsverbandes sich bei den Fabrikanten sanitärer Apparate um Belieferung zu bewerben, und andererseits braucht sie nicht zu befürchten, dass ihr der Absatz der Apparate, die sie sich bei den drei in Frage stehenden Fabriken oder anderswo, sei es aus dem In-

Seite: 296

ausland, beschaffen können, durch Installationsverweigerung seitens der Mitglieder des SSIV verunmöglicht wird. Einen Anspruch auf Belieferung durch die Fabrikanten und auf Installation der von ihr gelieferten Apparate durch die Mitglieder des SSIV hat sie allerdings nicht. Denn weder für die Fabrikanten noch für die Installateure besteht ein Kontrahierungszwang. Diese sind in der Entscheidung darüber, mit wem sie Geschäftsverkehr pflegen wollen, grundsätzlich frei. Wenn sie aber aus der Mitteilung des Beklagten ersehen, dass sie mit der Klägerin in Beziehung treten können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, vom Beklagten wegen Bruches der mit ihm getroffenen Vereinbarungen belangt zu werden, so ist nach dem natürlichen Lauf der Dinge und nach der Interessenlage anzunehmen, dass sie von einer weiteren Meidung der Klägerin absehen werden, soweit die Marktverhältnisse ihnen eine Belieferung der Klägerin bzw. Bezüge bei derselben erlauben und soweit nicht in der Person der Klägerin liegende Gründe (mangelnde Zahlungsfähigkeit, Anstände bei der Geschäftsabwicklung und dgl.) ihnen eine Geschäftsverbindung als nicht erstrebenswert erscheinen lassen.

Der Beklagte hat vor Bundesgericht eventuell beantragt, er sei nur zur Lösung der vertraglichen Bindung zu verpflichten, gemäss welcher der SSIV und dessen Mitglieder der Klägerin keine Ware abnehmen dürfen, während den Alleinvertretungsverträgen mit den drei Fabriken ihre volle Wirksamkeit zu belassen sei. Dieses Begehren scheidet aber an der Feststellung der Vorinstanz, dass die übrigen Bezugsmöglichkeiten in der Schweiz und die Importe aus dem Ausland keinen Ersatz für die gesperrten Hauptartikel der drei Werke böten und die Klägerin daher ohne diese Bezugsmöglichkeit nicht existieren könne. Nach dem angefochtenen Urteil (S. 19) sind die Bezugsmöglichkeiten aus dem Ausland bis zum Herbst 1949 allerdings wieder ausgedehnter geworden. Ob die ausländischen Lieferungen genügt hätten, um einen Betrieb existenzfähig zu machen, bezeichnet die Vorinstanz dann jedoch als mindestens

Seite: 297

zweifelhaft. Aus dieser Wendung kann nicht geschlossen werden, dass die Vorinstanz von ihrer früheren Feststellung habe abgehen wollen.

7.- Der wegen Verstosses gegen die guten Sitten unzulässige Boykott der Klägerin macht den Beklagten gemäss Art. 41 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig. Die nach dieser Bestimmung erforderliche Absichtlichkeit der Schadens-zufügung kann entgegen der Meinung des Beklagten nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Der Beklagte hat die Klägerin durch die Auslösung des Boykotts wissentlich und willentlich den nachteiligen Folgen desselben ausgesetzt, um ihr die Existenz als Grosshandelsunternehmen der sanitären Branche zu verunmöglichen. Er hat also nicht nur die schädigende Handlung als solche, sondern auch deren Folgen gewollt.

Der Schaden, auf dessen Ersatz die Klägerin Anspruch erheben kann, besteht nun in der Differenz zwischen ihrem tatsächlichen Geschäftsergebnis und demjenigen, das sie ohne den Boykott durch den Beklagten hätte erzielen können...

Diese Schadensbeträge hat der Beklagte der Klägerin voll zu ersetzen. Eine Verpflichtung zu bloss teilweisem Ersatz erscheint nicht als gerechtfertigt angesichts des schwerwiegenden Verschuldens des Beklagten, der die Klägerin bewusst und absichtlich geschädigt hat.

Die Schadenersatzpflicht des Beklagten dauert bis zur Einstellung des unzulässigen Boykotts, d. h. also bis zu -dem Zeitpunkt, in welchem der Beklagte den Lieferanten und dem SSIV die Erklärung abgibt, dass er gegen die Belieferung der Klägerin bzw. gegen die Abnahme der von dieser gelieferten Apparate nichts einzuwenden habe