Urteilskopf

112 II 268

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Mai 1986 i.S. Denner AG gegen Schweizerischen Bierbrauerverein und Mitbeteiligte (Berufung)

Regeste (de):

Kartellrecht. Unlauterer Wettbewerb.

1. Ob eine abgeurteilte Sache vorliegt, ist im Berufungsverfahren von Amtes wegen zu prüfen. Offengelassen, ob der kantonale Richter die Prüfung von einer Einrede abhängig machen darf (E. I/1a). Identität der Ansprüche oder neue Tatsachen? Substantiierung und Beweis (E. I/1b). Identität der Parteien (E. I/1c)?

2. Art. 4 Abs. 1 KG. Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung: Bedeutung dieses Erfordernisses nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes E. I/2a und b). Umstände, unter denen eine Liefersperre wegen Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit des Betroffenen als erheblich zu bezeichnen ist (E. I/2c).

3. Art. 5 Abs. 2 lit. c und e KG. Rechtfertigungsgründe: Massgebende tatsächliche Verhältnisse, schutzwürdige Interessen und allgemeine Grundsätze (E. I/3a und b). Anspruch auf nähere Abklärung der Verhältnisse, die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind (E. I/3c).

4. Art. 36 Abs. 2 und 46 OG. Schätzung des Streitwertes durch den kantonalen Richter; Befugnisse des Bundesgerichts (E. II/1).

5. Art. 1 Abs. 2 lit. a UWG. Umstände, unter denen gewagte Behauptungen in Werbetexten sich nicht als unnötig verletzend ausgeben lassen (E. II/2).

Regeste (fr):

Loi sur les cartels. Concurrence déloyale.

1. Le Tribunal fédéral examine d'office, en instance de réforme, s'il y a chose jugée. Le juge cantonal peut-il faire dépendre l'examen de cette question du fait qu'une exception a été soulevée? Question laissée indécise (consid. I/1a). Identité des prétentions ou faits nouveaux? Allégation et preuve (consid. I/1b). Identité des parties (consid. I/1c)?

2. Art. 4 al. 1 LCart. Entrave notable dans l'exercice de la concurrence: signification de cette exigence d'après le sens et le but de la loi (consid. I/2a et b). Circonstances dans lesquelles une interdiction de livrer doit être qualifiée d'entrave notable, en raison de ses effets sur la liberté d'action de la personne touchée (consid. I/2c).

3. Art. 5 al. 2 lettres c et e LCart. Motifs justifiant la mesure cartellaire: circonstances de fait déterminantes, intérêts dignes de protection et principes généraux (consid. I/3a et b). Droit d'une partie à ce que les circonstances entrant en considération dans la comparaison des intérêts soient mieux élucidées (consid. I/3c).

4. Art. 36 al. 2 et 46 OJ. Estimation de la valeur litigieuse par le juge cantonal; pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. II/1).

5. Art. 1 al. 2 lettre a LCD. Circonstances dans lesquelles des allégations osées, parues dans des textes publicitaires, ne peuvent pas être considérées comme inutilement blessantes (consid. II/2).

Regesto (it):

Legge sui cartelli. Concorrenza sleale.

1. Il Tribunale federale, in sede di giudizio su ricorso per riforma, esamina d'ufficio se si è in presenza di cosa giudicata. Può il giudice cantonale subordinare l'esame di tale aspetto al fatto che la cosa giudicata sia stata eccepita da una parte? Questione lasciata indecisa (consid. I/1a). Identità delle pretese o fatti nuovi? Specificazione e prova (consid. I/1b). Identità delle parti (consid. I/1c)?

2. Art. 4 cpv. 1 LC. Ostacolo notevole nell'esercizio della concorrenza: significato di tale requisito secondo il senso e lo scopo della legge (consid. I/2a, b). Circostanze in cui un divieto di fornire va considerato come ostacolo notevole per i suoi effetti sulla libertà d'agire della persone contro cui è diretto (consid. I/2c).

3. Art. 5 cpv. 2 lett. c, e LC. Motivi che giustificano il provvedimento preso da un cartello: circostanze di fatto determinanti, interessi degni di protezione e principi generali (consid. I/3a, b). Diritto di una parte d'ottenere che le circostanze entranti in linea di conto nella ponderazione degli interessi siano meglio acclarate (consid. I/3c).

4. Art. 36 cpv. 2, art. 46 OG. Stima del valore litigioso da parte del giudice cantonale; cognizione del Tribunale federale (consid. II/1).

5. Art. 1 cpv. 2 lett. a LCSl. Circostanze in cui affermazioni eccessive, utilizzate in testi pubblicitari, non possono essere considerate come inutilmente offensive (consid. II/2).

Sachverhalt ab Seite 269

BGE 112 II 268 S. 269

A.- Der Schweizerische Bierbrauerverein (SBV) und seine Mitglieder belegten die Denner AG im Herbst 1969 erstmals mit einer Liefersperre, um eine Preisbindung zweiter Hand durchzusetzen. Mit Urteil vom 28. November 1972 erklärte das Bundesgericht die Sperre für zulässig, solange die Denner AG sich der Preisbindung, die für die 6 dl (heute 58 cl) Mehrwegflasche Lagerbier im Detailverkauf einen Mindest- oder Interventionspreis von 80 und bei harassweisem Verkauf von 75 Rp. vorsah, nicht unterziehe (BGE 98 II 365 ff.). Im Jahre 1980 übernahm die Denner AG von der Firma Merkur eine Kette von Lebensmittelgeschäften, die von SBV-Mitgliedern weiterhin mit Markenbier beliefert wurden, nachdem die Denner AG sich verpflichtet hatte, den vom SBV festgesetzten Interventionspreis von damals Fr. 1.-- einzuhalten. Am 1. November 1981 erhöhte der SBV diesen Preis auf Fr. 1.10. Die Denner AG widersetzte sich der Erhöhung und verkaufte die 58 cl Mehrwegflasche
BGE 112 II 268 S. 270

Lagerbier auch nachher zum alten Preis. Der SBV belegte sie daraufhin wieder mit einer Liefersperre.
B.- In November 1982 klagte die Denner AG gegen den SBV und fünf SBV-Mitglieder mit verschiedenen Rechtsbegehren. Sie verlangte insbesondere, das dem Beklagten 1 unter Androhung von Strafe befohlen werde, die Liefersperre von 1981 zu widerrufen und die ihm angeschlossenen Brauereien zu veranlassen, sie unabhängig von ihren Endverkaufspreisen zu beliefern und ihre Bestellungen zu gleichen Bedingungen wie bei andern Grossverteilern auszuführen; eventuell mindestens dann, wenn die 58 cl Mehrwegflasche Lagerbier von ihr zu Fr. 1.-- verkauft werde (Begehren 1-3 und 6). Mit ähnlichen Anträgen wandte sich die Klägerin gegen die beklagten SBV-Mitglieder (Begehren 4-6). Sie wollte ferner festgestellt wissen, dass die Beklagten den ihr durch die Sperre von 1981 verursachten Schaden solidarisch zu ersetzen haben (Begehren 7). Die Beklagten widersetzten sich diesen Begehren und erhoben wegen unlauteren Wettbewerbs Widerklage mit den Anträgen, der Klägerin Werbeangaben, wie, die Beklagten setzten konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch und zerstörten kleine Brauereien, zu verbieten. Im weiteren Verfahren ergänzten sie die Widerklage mit den Anträgen, es sei festzustellen, dass ein am 15. November 1983 veröffentlichtes Inserat mit der Schlagzeile "Spitzenbiere bei Denner immer billiger als Kartellbier" falsche bzw. irreführende Preisangaben und -vergleiche enthalte; der Klägerin seien weitere solche Inserate zu verbieten und die Beklagten zu ermächtigen, das gutheissende Urteil über die Widerklage zu veröffentlichen. Am 16. November 1984 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Hauptklage ab (Urteilsspruch Ziff. 1). Die Widerklage hiess es teilweise gut, indem es der Klägerin bei Strafe verbot, in ihrer Werbung zu behaupten, dass "Spitzenbiere bei Denner immer billiger als

Kartellbier" seien, solange sie Biere wie Carlsberg und Tuborg teurer als Biere der Beklagten anbiete; im übrigen wies es auch die Widerklage ab (Urteilsspruch Ziff. 2). Beide Parteien führten gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Entscheid vom 2. Mai 1985 ist das Kassationsgericht des Kantons Zürich auf die Beschwerde der Klägerin nicht eingetreten und hat die Beschwerde der Beklagten abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte.
C.- Gegen das Urteil des Handelsgerichts haben beide Parteien auch Berufung eingelegt.
BGE 112 II 268 S. 271

Die Klägerin beantragt, das Urteil über die Hauptklage und die Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und ihre Klage gutzuheissen oder die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagten beantragen, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als das Handelsgericht die "ursprüngliche Widerklage" abgewiesen habe, und diese Klage gutzuheissen; eventuell sei die Sache insoweit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Jede Partei widersetzt sich den Anträgen der anderen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I.

I.1. Das Handelsgericht fand, die Umstände des Einzelfalles seien bereits im ersten Prozess im Hinblick auf den Anspruch der Klägerin, die 6 dl Lagerbierflasche oder die heutige 58 cl Flasche der Beklagten in ihren Geschäften anzubieten, einlässlich geprüft worden; es sei nicht einzusehen, was sich inzwischen bezüglich der Erheblichkeit der Behinderung und der Rechtfertigung der Sperre in tatsächlicher Hinsicht entscheidend hätte ändern können. Die Beklagten hätten die Sperre gegenüber dem Gesamtunternehmen der Klägerin nie aufgehoben, was aber nur heissen könne, dass die entscheidende Frage, ob die Massnahme zulässig sei, immer noch dieselbe sei. a) Diese Erwägungen des Handelsgerichts lassen Zweifel darüber aufkommen, ob eine abgeurteilte Sache vorliegt. Sollte dies zutreffen, so wäre auf die Hauptklage nicht einzutreten, die Berufung der Klägerin folglich schon aus diesem Grunde abzuweisen (BGE 105 II 159 E. 4 mit Hinweisen). Es ist daher vorweg zu prüfen, ob die materielle Rechtskraft des ersten Urteils (BGE 98 II 365 ff.) den neuen Rechtsbegehren der Klägerin entgegensteht. Dazu besteht um so mehr Anlass, als die Klägerin mit ihrer Berufung auch eine Änderung der Rechtsprechung verlangt, die das Kartellrecht ins Gegenteil verkehre und schon 1972 dazu geführt habe, dass gegen sie entschieden worden sei. Bei dieser Prüfung ist freilich nicht zu übersehen, dass die Beklagten weder vor Bundesgericht noch vor Handelsgericht ausdrücklich oder sinngemäss eingewendet haben, es liege eine abgeurteilte Sache vor. Die Vorinstanz hat sich dazu ebenfalls nicht geäussert, weil im Kanton Zürich gemäss § 191 Abs. 4 ZPO ein
BGE 112 II 268 S. 272

rechtskräftiger Entscheid in der gleichen Sache nur auf Antrag einer Partei zu berücksichtigen ist. Ob die Kantone dies von einer Einrede oder einem Antrag abhängig machen können, hat das Bundesgericht bisher offengelassen (BGE 109 II 28 E. 2a mit Hinweisen) und kann auch heute dahingestellt bleiben. So oder anders geht es schon nach dem Sinn und Zweck der materiellen Rechtskraft nicht an, dass das Bundesgericht sich mangels Einrede über ein eigenes früheres Urteil hinwegsetzt und über den gleichen bundesrechtlichen Anspruch nochmals entscheidet. Ob eine abgeurteilte Sache vorliegt, ist diesfalls nicht nur eine Frage des Bundesrechts (BGE 101 II 377, BGE 98 II 27 und 158, BGE 97 II 396, 95 II 640), sondern auch des Rechtsschutzinteresses und daher vom Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen. b) Eine abgeurteilte Sache ist anzunehmen, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird. Die Identität ist dagegen zu verneinen, wenn zwar aus dem gleichen Grund wie im Vorprozess geklagt wird, aber erhebliche Tatsachen geltend gemacht werden, die seitdem eingetreten, also neu sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen (BGE 109 II 29 E. 2a mit Hinweisen). Solche Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, ist nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB Sache desjenigen, der daraus Rechte ableitet. Eine abgeurteilte Sache setzt ferner voraus, dass in beiden Prozessen die gleichen Parteien auftreten (BGE 105 II 151 E. 1 und 270 E. 2 mit Hinweisen). Die Klägerin will entgegen der Annahme des Handelsgerichts im kantonalen Verfahren behauptet und dargetan haben, dass sich die Verhältnisse seit dem ersten Urteil entscheidend geändert hätten; dies gelte insbesondere von der Entwicklung des Bierpreises und des Biermarktes, von den Strukturen des Detailhandels und der

Brauereibranche sowie von den Gewohnheiten der Käufer, die heute die Preisunterschiede zwischen den Discount- und den herkömmlichen Geschäften des Detailhandels hinzunehmen pflegten. Die Vorinstanz verkenne zudem, dass die Differenz zum Discountpreis sich erheblich verringert habe und immer mehr Detaillisten ihren Verkaufspreis dem Interventionspreis gleichsetzten, weshalb die Preisbindung zweiter Hand weitere negative Auswirkungen zeitige, die dem Gesamtinteresse zuwiderliefen. Die Beklagten duldeten übrigens seit einiger Zeit die Unterschreitung des
BGE 112 II 268 S. 273

Interventionspreises durch andere Grossverteiler, weil der Richtpreis sich als zu hoch erwiesen habe und nicht mehr eingehalten werde. Das Handelsgericht hielt der Klägerin entgegen, dass das, was im Urteil von 1972 zur Erheblichkeit der Behinderung und zur Rechtfertigung der Sperre ausgeführt worden sei, heute noch gelten müsse, da grundlegende Änderungen der Verhältnisse im einen wie im andern Punkt zu verneinen seien. Richtig ist, dass die zweite Liefersperre der Beklagten samt der Preisbindung, die ihr zugrunde liegt, sich abgesehen von den inzwischen gestiegenen Preisen nicht von der ersten unterscheidet, die das Bundesgericht 1972 grundsätzlich für zulässig erklärt hat. Die neuen Rechtsbegehren der Klägerin decken sich zudem sinngemäss, teils sogar wörtlich mit den früheren, da die Klägerin nach wie vor darauf beharrt, dass sie und ihre Verkaufsstellen zu den gleichen Bedingungen wie andere Grossverteiler und unabhängig von ihren Endverkaufspreisen beliefert werden (vgl. BGE 98 II 367 lit. C). Der Vorhalt des Handelsgerichts stützt sich aber nicht auf zusätzliche Abklärungen der tatsächlichen Verhältnisse, sondern nur auf rechtliche Überlegungen und die allgemeine Lebenserfahrung; er ist daher nicht verbindlich für das Bundesgericht. Ob die eingeklagten Ansprüche mit den früher beurteilten identisch seien, kann indes nur gesagt werden, wenn neben den rechtlichen auch die tatsächlichen Grundlagen der beiden Prozesse miteinander verglichen werden (BGE 105 II 272 mit Hinweisen). Bei dieser Betrachtungsweise ergibt sich, dass die Klägerin ihre Ansprüche zumindest teilweise aus Tatsachen, die seit 1972 eingetreten sind, ableitet; dies gilt jedenfalls für ihre Eventualbegehren und ihre Schadenersatzklage und rechtfertigt deshalb eine neue Beurteilung der Sache. c) Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob die personelle Identität schon deshalb zu verneinen wäre, weil die Klägerin im ersten Prozess die Löwenbräu Zürich AG und die Brauerei Hürlimann AG, im zweiten dagegen die Brauereien Feldschlösschen AG, Warteck AG, Gurten AG, Cardinal SA und Langenthal Aktiengesellschaft als SBV-Mitglieder miteingeklagt hat. Zu bemerken ist immerhin, dass wieder der gleiche Aussenseiter gegen den gleichen Verein klagt, der alle ihm angeschlossenen Brauereien veranlassen soll, die Klägerin zu beliefern. Dass die Klägerin in beiden Prozessen zusätzlich auch einige Mitglieder des Vereins ins Recht gefasst hat, spricht daher nicht notwendig für eine Beschränkung der materiellen Rechtskraft. Das leuchtet namentlich
BGE 112 II 268 S. 274

dann nicht ein, wenn eine Kartellabrede samt der Sperre sich als unzulässig erweist (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR).
I.2. Nach dem angefochtenen Urteil geht es der Klägerin mit ihren Rechtsbegehren entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bloss darum, sich gemäss Art. 12 und 14 KG von einer Kartellverpflichtung zu befreien oder gegen eine Massregelung zu wehren; sie wolle vielmehr die gegen sie und ihre Verkaufsstellen verhängte Liefersperre gestützt auf Art. 4 ff. KG als unzulässig beseitigt wissen. Die Beklagten widersprechen dem im Berufungsverfahren zu Recht nicht; sie halten aber daran fest, dass die Sperre die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfülle. Nach dieser Bestimmung sind Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindert werden sollen, wie Bezugs- und Liefersperren, unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 5 KG unzulässig. Das gilt auch für Wettbewerbsbehinderungen, die sich aus Kartellabreden über Preisbindungen zweiter Hand ergeben (Art. 2 Abs. 2 KG). a) Welche Bedeutung dem gesetzlichen Erfordernis der Erheblichkeit zukommt, hat das Bundesgericht wiederholt, namentlich in BGE 98 II 373 E. 3d, zu verdeutlichen und richtigzustellen versucht; es ist in der Lehre gleichwohl immer wieder auf Kritik gestossen. Dass die Behinderung nach diesem Entscheid wettbewerbspolitisch relevante Gesichtspunkte des geschäftlichen Handels, wie Preise, Konditionen, Nebenleistungen usw. berühren muss, um erheblich zu sein, wird von KUMMER (in Festgabe Deschenaux, S. 553/54) als selbstverständlich bezeichnet, weil dies nicht mehr besage, als dass die Behinderung in einer rechtsgeschäftlichen Diskriminierung oder Sperre bestehen müsse. Begrüsst wird von ihm, dass das Bundesgericht die fühlbaren Auswirkungen auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des betroffenen Unternehmens an Hand bestimmter konkreter Gegebenheiten zu ermitteln sucht, nämlich an Hand der Art der Vorkehr, der Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit, auf die Struktur und die Entwicklung des Betriebes (S. 554), und dass es die Besonderheiten des Einzelfalles gewürdigt wissen will (S. 559). Kritisiert wird von KUMMER dagegen, dass das Bundesgericht sich bei der Anwendung von Art. 4 und 5 KG nicht entscheidend an der Zielsetzung

des Gesetzes orientiere, das primär nicht "Auswüchsen des freien Wettbewerbs" entgegentreten, sondern das Persönlichkeitsrecht der Wettbewerbsfreiheit schützen und den
BGE 112 II 268 S. 275

freien Wettbewerb als Institution gewährleisten und funktionsfähig erhalten wolle (S. 560/61). Bedenken dieser Art hat MERZ (Das Schweizerische Kartellgesetz, S. 40 ff.) bereits 1967 gegen die ersten Urteile des Bundesgerichts nach dem neuen Gesetz geäussert, weil ein rein quantitatives Denken bei der Beurteilung der Erheblichkeit eines Boykottes weiterhin abzulehnen und die Behinderung in der Ausübung der Wettbewerbsfreiheit losgelöst von ihren finanziellen Auswirkungen zu würdigen sei (S. 43); die Wettbewerbsfreiheit gewährleiste ihrem Träger nicht ein bestimmtes Einkommen, wohl aber die Möglichkeit, seine wirtschaftliche Tätigkeit frei zu gestalten (S. 46). In neueren Entscheiden des Bundesgerichts, insbesondere zum Bier- und Tabakmarkt, sieht MERZ seine Bedenken bestätigt (ZBJV 121/1985 S. 224). b) Im Urteil von 1972 über die erste Liefersperre der Beklagten hat das Bundesgericht gestützt auf Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV insbesondere ausgeführt, das Kartellgesetz richte sich gegen "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen"; das Gesetz müsse also Kartelle und ähnliche Organisationen grundsätzlich anerkennen und sich darauf beschränken, Missbräuche in der Ausübung kollektiver Wirtschaftsmacht zu bekämpfen, weshalb das Recht des Aussenseiters auf ungestörte Ausübung des Wettbewerbs und das Recht der Kartellmitglieder an der Durchsetzung einer Wettbewerbsordnung als gleichwertig anzusehen seien (BGE 98 II 373 /74). Diese Auffassung über den beschränkten Sinn und Zweck des Gesetzes, das Kartelle und ähnliche Organisationen zulassen und "bloss Missbräuche in der Ausübung kollektiver Wirtschaftsmacht bekämpfen" wolle, wurde namentlich in BGE 99 II 228 ff., wo es um eine Sperre von führenden Markenspirituosen ging, wiederholt und sinngemäss bestätigt (S. 232 E. 1). Dass das Kartellgesetz nur Missbräuche verhindern wolle und das Bundesgericht davon selbst bei der Anwendung von Art. 4 und 5 KG ausgehen müsse, lässt sich indes schon deshalb nicht sagen, weil das Gesetz sich auch auf Art. 64 BV stützt, wonach die Gesetzgebung im Gebiete des Zivilrechts dem Bund zusteht; dazu gehört aber auch der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit vor Behinderungen im Wettbewerb. Diesen Aspekt des unerlaubten Boykottes hat das Bundesgericht bereits vor Inkrafttreten des Kartellgesetzes (BGE 86 II 376 E. 4c mit Hinweisen) und noch nachher deutlich hervorgehoben (BGE 90 II 513). Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV sodann besagt, Kartelle und ähnliche Organisationen
BGE 112 II 268 S. 276

seien zwar zu dulden, aber in Schranken zu halten, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zu vermeiden. Diese Verfassungsbestimmung will den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit weder schmälern, noch zulassen, dass der Wettbewerb durch private Wirtschaftsmacht auf bestimmten Stufen oder in bestimmten Branchen ausgeschaltet werde; sie will ihn vielmehr sichern. Davon gehen auch KUMMER (S. 550 ff.) und GYGI (in Festgabe Kummer, S. 330 ff.) aus. Eine weitere Stellungnahme zur Auffassung, welche diese beiden Autoren aus dem theoretischen Gegensatz Missbrauchsgesetzgebung/Verbotsgesetzgebung ableiten, erübrigt sich. Denn Auslegung und Anwendung des Gesetzes hängen so oder anders entscheidend von der Ausgestaltung der Art. 4 und 5 KG ab; dies gilt insbesondere von den Kriterien, die bei der Abgrenzung der zulässigen Wettbewerbsbehinderung von der unzulässigen und bei der Interessenabwägung zu beachten sind. Dabei ist daran festzuhalten, dass nicht jede noch so geringfügige Behinderung der wirtschaftlichen Betätigung genügt, soll das gesetzliche Begriffsmerkmal der Erheblichkeit nicht ausser acht gelassen werden. Erforderlich ist eine Behinderung, die eine gewisse Intensität aufweist und vom Betroffenen auch als solche empfunden wird, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusst, ihn insbesondere zwingt, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen. Die Art der Behinderung ist dabei nicht entscheidend, sondern ob deren Auswirkungen auf das wirtschaftliche Verhalten des Betroffenen, auf die Struktur oder die Entwicklung seines Betriebes erheblich sind (BGE 94 II 336 /37, BGE 86 II 377 und 380; KUMMER, a.a.O. S. 548/49 und 555). c) Nach diesen Grundsätzen ist die Erheblichkeit der Behinderung vorliegend (wie schon in BGE 98 II 373 ff., E. 3d) zu bejahen. Die Klägerin wurde durch die Liefersperre gezwungen, entweder den Mindestverkaufspreis der Beklagten einzuhalten, obschon er der Berechnung ihres eigenen Verkaufspreises widersprach, oder auf einen unbekannten Aussenseiter und ausländische Lieferanten auszuweichen. Zu Bestellungen im Ausland sah sie sich insbesondere dann veranlasst, wenn sie ihren Kunden Markenbiere anbieten wollte, die schweizerischen standhielten. Das eine wie das andere zeigt, dass sie durch die Sperre in ihrer Handlungsfreiheit erheblich behindert wurde und sich mit Ersatzware eindecken musste, wenn sie den Verkauf von Bier nicht aufgeben wollte; ohne
BGE 112 II 268 S. 277

die Diskriminierung wären ihr solche Massnahmen aber erspart geblieben. Dass die Behinderung die Klägerin nur in einer Geschäftssparte trifft, schliesst ihre Erheblichkeit nicht aus. Auch ein Unternehmen mit einem grösseren Warensortiment kann für einen bestimmten Artikel boykottiert werden, zumal wenn es sich wie hier um einen volkswirtschaftlich sehr gefragten handelt. Ebensowenig ändert an der Erheblichkeit der Behinderung, dass der Bierumsatz der Klägerin zwischen 1970 und 1980 mengen- und wertmässig um das Mehrfache gestiegen sein soll, wie die Beklagten einwenden. Entscheidend sind die Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit des Betroffenen und damit auf sein Persönlichkeitsrecht, am freien Wettbewerb ungehindert teilzunehmen. Auswirkungen der Behinderung auf das Ergebnis der betroffenen Sparte oder auf das Gesamtergebnis eines Unternehmens können zwar Rückschlüsse auf die Intensität des Eingriffes zulassen, sind für sich allein aber nicht massgebend (BGE 99 II 232 E. 1 am Ende mit Hinweisen).
I.3. Nach Art. 5 Abs. 1 KG ist die Wettbewerbsbehinderung ausnahmsweise zulässig, wenn sie durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt ist und wenn sie die Freiheit des Wettbewerbes weder im Verhältnis zum angestrebten Ziel noch nach der Art und Durchführung der Vorkehren übermässig beeinträchtigt. Auf überwiegende schutzwürdige Interessen kann ein Kartell, das eine Wettbewerbsbehinderung rechtfertigen will, sich nach den Beispielen des Gesetzes (Art. 5 Abs. 2) insbesondere berufen, wenn es eine im Gesamtinteresse erwünschte Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes fördert (lit. c) oder angemessene Preisbindungen der zweiten Hand durchsetzt, namentlich soweit sie nötig sind, um die Qualität der Ware oder den Kundendienst zu gewährleisten (lit. e). a) Das Handelsgericht ist der Auffassung, massgebend für die Anwendung dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall sei der Zeitpunkt, in dem die Liefersperre gegen die Klägerin und deren Verkaufsstellen verhängt worden sei. Da die Beklagten an der Sperre von 1969 mit einer kurzen Ausnahme im Herbst 1980 zugunsten ehemaliger Merkur-Läden stets festgehalten hätten, habe sich an der entscheidenden Frage, wie es sich mit der Rechtfertigung der Behinderung verhalte, seit dem ersten Urteil des Bundesgerichts über die Sperre nichts geändert. Das Handelsgericht habe sich daher nicht nur in die Zeit von 1969 zurückzuversetzen, um die Frage zu beantworten, sondern sich auch den
BGE 112 II 268 S. 278

entsprechenden Erwägungen des Bundesgerichts von 1972 anzuschliessen. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Gewiss vermag selbst ein längerer Zeitablauf für sich allein nichts an der Annahme eines rechtskräftigen Urteils zu ändern, dass eine Liefersperre zwar als erheblich, gemäss Art. 5 KG aber als gerechtfertigt zu gelten hat. Die Klägerin will zur Begründung ihrer neuen Rechtsbegehren indes auch Tatsachen vorgebracht haben, die für wichtige Änderungen oder Entwicklungen in der Bierbranche seit 1972 sprechen sollen. Trifft dies zu, so geht es nicht an, auf den Beginn der Sperre von 1969 abzustellen. Auszugehen ist diesfalls vielmehr von den tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit der neuen Klage, wobei selbst Tatsachen, die nachher eingetreten sind, noch berücksichtigt werden können, wenn das kantonale Recht dies zulässt. Das Handelsgericht verkennt das, wenn es unter Hinweis auf rechtliche Erwägungen des Bundesgerichts von 1972 und auf die allgemeine Lebenserfahrung annimmt, der massgebende Zeitpunkt für den Richter, über die Zulässigkeit der Liefersperre zu entscheiden, sei "immer noch der Herbst 1969". Die Vorinstanz meint freilich, dass sich am Ergebnis selbst dann nichts ändern würde, wenn es auf die Verhältnisse im Herbst 1980 ankäme, als der Interventionspreis erhöht worden sei. Insbesondere wäre nicht einzusehen, weshalb sich der normale Lauf der Dinge in ungefähr zehn Jahren derart geändert haben sollte, dass sich sagen liesse, Kunden würden nun nicht mehr von kleinen Lebensmittelläden zu Discountgeschäften abwandern, wenn die Klägerin das gleiche Bier billiger anbieten könnte als ein Detaillist; es habe vielmehr auch im Jahre 1981 allgemeiner Lebenserfahrung entsprochen, dass die Abwanderung von Kunden und die sogenannte Sogwirkung die Konzentrationsbewegung gefördert hätten, der Umsatz von kleineren Geschäften deswegen zurückgegangen sei und zu deren Schliessung geführt habe. Auch das ist entgegen den Einwänden der Beklagten keine Annahme, die das Bundesgericht bände, da sie ebenfalls nicht auf Beweiswürdigung, sondern bloss auf Erfahrungssätzen beruht (vgl. BGE 111 II 74 E. 3a mit Hinweisen). Fragen kann sich daher nur, ob sich die Annahmen des Handelsgerichts ohne Abklärung der Verhältnisse zur Zeit der neuen Klage aufrechterhalten lassen. Die Klägerin bestreitet dies, indem sie das Vorgehen des Handelsgerichts kritisiert. Sie hat daher darzutun, dass über wettbewerbspolitisch relevante Belange neue Tatsachen vorliegen (BGE 102 II 433, BGE 90 II 514), während
BGE 112 II 268 S. 279

die Beklagten zu beweisen haben, dass die an sich unzulässige Liefersperre nach wie vor im Sinne von Art. 5 KG gerechtfertigt sei (BGE 108 II 13 mit Hinweisen; vgl. ferner BGE 76 II 290 /91). b) Alle in Art. 5 Abs. 2 KG als Beispiele erwähnten Ausnahmen von der Regel, wonach an sich jede

erhebliche Wettbewerbsbehinderung als unzulässig zu gelten hat, stehen unter der allgemeinen Einschränkung, dass die Vorkehren des Kartells durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sein müssen (Abs. 1). Die Rechtfertigung hängt vorweg von der Marktordnung ab, welche das Kartell mit Hilfe der Vorkehren zugunsten eines Berufs- oder Wirtschaftszweiges anstrebt und notfalls mit Zwang durchzusetzen gewillt ist (BGE 99 II 235). Mit den gegeneinander abzuwägenden Interessen sind aber nicht nur solche der Kartellmitglieder und der von den Vorkehren Betroffenen, sondern auch allgemeine volkswirtschaftliche Interessen gemeint. Das erhellt namentlich aus Art. 5 Abs. 2 lit. a und c KG; in der ersten Bestimmung geht es um die Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbs, also um ein Anliegen der Allgemeinheit, der Mitbewerber und deren Kunden wie der Konsumenten überhaupt, während in der zweiten ausdrücklich von einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes die Rede ist. Auch die Preisbindung der zweiten Hand ist unter diesen Gesichtspunkten zu prüfen, wenn ein Kartell sich auf die Überlegenheit seiner Ordnung beruft, da neben der Sorge für den Kundendienst und der Wahrung der Qualität die in Art. 5 Abs. 2 lit. a-d KG genannten Interessen mitzuberücksichtigen sind (BGE 96 I 303 mit Hinweisen). Allgemeine volkswirtschaftliche Interessen können bei der Abwägung aber nicht nur für, sondern auch gegen die Zulässigkeit von Vorkehren und damit einer Wettbewerbsbehinderung sprechen; erweisen Vorkehren des Kartells sich volkswirtschaftlich als verfehlt oder gar als schädlich, so bleibt es daher bei ihrer Widerrechtlichkeit. Die Erfordernisse der Rechtfertigung werden in Art. 5 KG sehr allgemein umschrieben, was die Anwendung des Gesetzes erschwert. Das gilt namentlich von der inhaltlichen Konkretisierung der gegensätzlichen Interessen, deren Abwägung vom Richter verlangt wird (vgl. A. KOLLER, in Schweizerische Aktiengesellschaft, 50/1978 S. 59 ff.; H. WOHLMANN, ebenda S. 103 ff.). Dazu kommt, dass das Gesamtinteresse unter Umständen sehr verschiedene Komponenten umfasst, die nicht notwendig gleichgerichtet sind, sondern einander auch zuwiderlaufen können. So sind die

BGE 112 II 268 S. 280

Konsumenten daran interessiert, dass der freie Wettbewerb zu einer Senkung der Detailpreise führt, was die Konzentration von Verkaufsstellen eher beschleunigt, während ein anderes Gesamtinteresse darin besteht, dass kleinere Lebensmittel- und Kolonialwarenläden als Bestandteil des Verteilnetzes erhalten bleiben. Solche Läden sind auf die erhöhten Verkaufspreise, die sich aus der Preisbindung der zweiten Hand ergeben und angeblich ihnen zugute kommen, aber oft angewiesen, da sie sonst der Gefahr ausgesetzt sind, unter Wirkung des Preiskampfes als Verkaufsstellen zu verschwinden (BGE 109 II 263 E. 7a). Um solche einander teils widerstrebende Interessen ging es bereits in früheren Urteilen des Bundesgerichts zum Detailverkauf von Bier (BGE 98 II 376 E. 4), Spirituosen (BGE 99 II 236 E. 4), Tabakwaren (BGE 109 II 263 E. 7) und Presseerzeugnissen (BGE 102 II 439 E. 5); sie stehen nach der Argumentation der Parteien auch hier im Vordergrund. Die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbehinderung setzt nach Art. 5 Abs. 1 KG ferner voraus, dass die Vorkehren des Kartells nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität verstossen. Dieser Satz besagt, dass Eingriffe in fremde Rechtsgüter weder nach dem Mittel noch nach dessen Anwendung über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des Zweckes, der sie rechtfertigt, erforderlich ist (BGE 102 II 441, BGE 99 II 235 E. 3). Davon kann zum vornherein nicht die Rede sein, wenn die Vorkehr zur Verwirklichung des gesteckten Zieles nicht geeignet oder bloss ein Vorwand dafür ist, Preise und Gewinnmargen ein für allemal zu fixieren. Auch das entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, weshalb es nicht angeht, Rechtfertigungsgründe unbekümmert um die Entwicklung leichthin auf Vorkehren in einer anderen Branche zu übertragen, selbst wenn es sich im einen wie im andern Fall um Artikel von besonderer Bedeutung handelt, weil sie bestimmt und geeignet sind, Kunden anzuziehen. Eine zulässige Vorkehr wird zur unzulässigen, wenn sie nicht mehr durchgesetzt oder ihre Umgehung geduldet wird, lässt sich folglich auch nicht mehr mit berechtigten Interessen verteidigen. Das erhellt aus der Gleichbehandlung, zu der die Kartelle nach Art. 5 Abs. 1 KG verpflichtet sind (BGE 108 II 13 /14 mit Zitaten). Dieser Grundsatz wäre hier schon dann durchbrochen, wenn die Beklagten die Unterschreitung des Interventionspreises durch andere Grossverteiler tatsächlich "seit einiger Zeit" dulden sollten, an der Sperre gegen die
BGE 112 II 268 S. 281

Klägerin aber gleichwohl festhalten, wie ihnen von dieser im Berufungsverfahren vorgeworfen wird. c) Was das Handelsgericht in tatsächlicher Hinsicht festhält, beruht nach seiner Hauptbegründung auf der Annahme, dass es auf die Verhältnisse von 1969 ankomme, weshalb rechtlich nach wie vor das Urteil des Bundesgerichts von 1972 massgebend sei. Diese Betrachtungsweise wird von der Klägerin mit Recht kritisiert, weil sie die Entwicklung auf dem Biermarkt und in der Bierbranche seit 1972 ausser acht lässt. Ähnlich verhält es sich mit der Auffassung, die der Eventualbegründung des

Handelsgerichts zugrunde liegt, nämlich, es sei nicht einzusehen, weshalb der normale Lauf der Dinge sich in ungefähr zehn Jahren entscheidend geändert haben sollte, es darüber also eines Beweises bedürfte. Diese Schlussfolgerung stützt sich ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung und fällt daher in den vom Bundesgericht überprüfbaren Bereich der Rechtsanwendung (BGE 107 II 274 /75 mit Hinweisen). Sie entbindet den Richter nicht von der Pflicht, Änderungen während eines Jahrzehntes mit geeigneten Mitteln näher abzuklären und auf ihre Erheblichkeit zu prüfen, will er nicht blossen Vermutungen verfallen. Eine konkrete Beweisführung ist möglich und wird von der Klägerin denn auch verlangt. Aus den Änderungen der letzten 10 Jahre wird der Richter gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Tauglichkeit der kartellistischen Massnahme ziehen können. Er wird diese Änderungen auch bei der Beurteilung der zukünftigen Entwicklung berücksichtigen müssen, namentlich für die Frage, ob die Preisbindung zweiter Hand heute noch ein geeignetes Mittel sei, um die kleinen Detailgeschäfte zu erhalten oder ihre Verminderung wenigstens zu verlangsamen (BGE 109 II 263 E. 7b und BGE 98 II 380), was von der Klägerin bestritten, von den Beklagten dagegen bejaht wird. Zum Sachverhalt, auf den die Klägerin sich zur Begründung ihrer Auffassung beruft, der Lieferboykott der Beklagten entbehre nunmehr der Rechtfertigung, gehört indes die Entwicklung seit 1972 bis zum Zeitpunkt, der nach kantonalem Prozessrecht für den zu beurteilenden Sachverhalt massgebend ist, samt den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verhältnissen. Die Klägerin hat deshalb einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, zum Beweis für rechtserhebliche Veränderungen der Verhältnisse seit dem ersten Urteil zugelassen zu werden (BGE 107 II 425 E. 3b am Ende, BGE 95 II 467, BGE 90 II 468 mit weiteren Hinweisen).
BGE 112 II 268 S. 282

Da Feststellungen über die tatsächliche Entwicklung seit 1972 fehlen, kann das Bundesgericht weder die Interessenabwägung noch die weitere Anwendung von Art. 5 KG überprüfen. Das Urteil des Handelsgerichts über die Hauptklage ist daher gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG aufzuheben und die Sache zur Abklärung des Sachverhaltes und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Handelsgericht hat dabei die Interessen des Detailhandels, dessen Strukturerhaltung es viel Gewicht beimisst, zwar erneut zu berücksichtigen, aber vorerst - prozesskonforme Behauptungen und Beweisanträge der Parteien vorbehalten und wenn nötig mit Hilfe von Sachverständigen - näher zu untersuchen, wieweit diese Struktur von der Einhaltung oder Aufhebung der Preisbindung gegenüber der Klägerin betroffen wird und den Fortbestand kleiner Lebensmittelläden berührt. Dazu gehört auch die Frage, welche Änderungen zu erwarten sind, wenn die Klägerin nach Aufhebung der Sperre schweizerisches statt ausländisches Bier verkauft, aber zu kleineren Gewinnmargen als die Detaillisten. Nicht übersehen werden dürfen bisherige Auswirkungen der Sperre, die u.a. dazu geführt hat, dass die Klägerin auf ausländisches Bier ausgewichen ist und den Absatz, wie in der Berufungsantwort erklärt wird, in zehn Jahren um rund 300 Prozent steigern konnte, während der Bierausstoss der Beklagten um mehr als 10 Prozent zurückgegangen sein soll. Trifft das zu, so lässt es Zweifel daran aufkommen, ob ein Absatzsystem mit Preisbindung auf lange Sicht geeignet sei, eine im Gesamtinteresse erwünschte Struktur eines Wirtschaftszweiges zu fördern. Das ginge übrigens auf Kosten der Konsumenten und wäre namentlich dann stossend, wenn die Mehrbelastung den Beklagten zugute kommen sollte. Damit wäre zudem das Interesse der Konsumenten an einem freien Wettbewerb, von dessen Schutz gesamtwirtschaftlich immer noch die günstigsten Ergebnisse erwartet werden (Botschaft zur Revision des UWG, BBl 1983 II 1038), verletzt. Persönliche Bedienung und Beratung dürften dagegen bei der Interessenabwägung ausser Betracht fallen, da beim Flaschenbier, wie das Handelsgericht in anderem Zusammenhang selber festhält, der Preis die Hauptrolle spielt, weshalb der Konsument dort einzukaufen pflegt, wo er das gleiche Markenbier zum tieferen Preis erhält.
d) Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens erübrigt sich einstweilen eine Stellungnahme zu den Eventualbegehren der Klägerin, die einen Preisunterschied von 10 Rp. jedenfalls noch im
BGE 112 II 268 S. 283

Rahmen der Toleranz hält, von der in BGE 98 II 381 E. 4e die Rede sein soll.
II.

II.1. Die Berufung der Beklagten richtet sich einzig gegen die Abweisung der "ursprünglichen Widerklage", wonach der Klägerin Werbeangaben, wie, die Beklagten setzten konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch und zerstörten kleine Brauereien, verboten werden sollen. Der Streitwert dieser Klage übersteigt nach Auffassung der Beklagten Fr. 15'000.--; die Klägerin meint dagegen, dass er Fr. 10'000.-- nicht erreichen dürfte, weshalb auf die Berufung der Beklagten nicht einzutreten sei.
Der für die Berufungsfähigkeit massgebende Streitwert richtet sich nach den Rechtsbegehren, wie sie vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig waren (Art. 46 OG). Es kommt somit nicht nur auf den Streitwert der ursprünglichen, sondern auf jenen der gesamten Widerklagebegehren der Beklagten an.

Diesen veranschlagte das Handelsgericht auf Fr. 3'200'000.--. Auch wenn es sich dabei um eine Schätzung handelt, die vom Bundesgericht überprüft und abgeändert werden darf (Art. 36 Abs. 2 OG; BGE 104 II 126 E. 1 mit Hinweisen), kann jedenfalls im vorliegenden Fall ohne nähere Angaben der Parteien nicht angenommen werden, das Handelsgericht habe den Streitwert um mehr als das 400fache überschätzt und dieser erreiche nicht einmal den in Art. 46 OG festgesetzten Mindestbetrag von Fr. 8'000.-- (nicht wie die Klägerin meint, Fr. 10'000.--).
II.2. Gemäss Art. 1 UWG gilt jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstossen, als unlauterer Wettbewerb (Abs. 1). Solchen begeht insbesondere, wer andere oder ihre Leistungen durch unrichtige oder unnötige verletzende Äusserungen herabsetzt (Abs. 2 lit. a). Die Beklagten berufen sich einzig auf diese Bestimmung. a) Das Handelsgericht hat sich mit der Werbeäusserung der Klägerin, das (beklagte) Kartell setze konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch, ausführlich auseinandergesetzt. Es gelangt in Würdigung heutiger Kundengewohnheiten und Einkaufsmöglichkeiten zum Schluss, dass beim Flaschenbier der Preis für die meisten Detailkunden die Hauptrolle spiele, Bedienung und Beratung dagegen praktisch nicht von Bedeutung seien. Daraus ergebe sich, dass der Kunde den tiefen Preis mit Konsumentenfreundlichkeit verbinde, ein Produzent hingegen als wenig konsumentenfreundlich gelte,
BGE 112 II 268 S. 284

wenn er höhere Preise verlange oder den Detaillisten dazu verhalte. So betrachtet könne die streitige Äusserung in guten Treuen dahin verstanden werden, dass das Ansinnen der Beklagten, die Klägerin müsse die vorgesehene Marge vergrössern, Ausfluss des Willens sei, konsumentenfeindliche Verkaufspreise durchzusetzen. Dem breiten Publikum dürfte zudem immer noch bekannt sein, dass die Klägerin sich einem solchen Ansinnen widersetzt habe und sich deswegen mit den Beklagten streite. Werde dies mitberücksichtigt, so stelle die Behauptung der Klägerin selbst in der plakathaften Verkürzung keine unnötig verletzende Äusserung dar.
Diese Würdigung ist weder nach dem Wortlaut der Äusserung noch nach den Umständen, welche die Vorinstanz zu Recht mitberücksichtigt hat (BGE 94 IV 36, BGE 79 II 412 ff. mit Hinweisen), bundesrechtlich zu beanstanden, wenn auch einzuräumen ist, dass es sich um einen Grenzfall handelt. Entscheidend ist, dass die Parteien wegen des Bierpreises seit Jahren miteinander im Streite liegen und dies breiten Schichten der Bevölkerung nicht entgangen ist. Angesichts der rauhen Atmosphäre, die sich daraus zwischen den Parteien ergeben hat, steht es keiner von ihnen an, auf verschärfte Werbeäusserungen mit besonderer Empfindlichkeit zu reagieren und jedes Wort auf die Goldwaage zu legen, zumal beide ihre Auseinandersetzungen auch im übrigen in der Presse auszutragen und dabei nicht besonders glimpflich miteinander umzugehen pflegen. Dass dem Durchschnittsleser nur der Begriff "feindlich" in Erinnerung bleibe und deshalb der Eindruck erweckt werde, die Beklagten seien allgemein konsumentenfeindlich, lässt sich übrigens nicht sagen, da in der streitigen Äusserung nur von konsumentenfeindlichen Preisen die Rede ist. Dass der Preis beim Flaschenbier für den Konsumenten aber "die hauptsächliche Rolle spielt", wie das Handelsgericht annimmt, ein erhöhter Preis für das gleiche Markenbier seinen Interessen also zuwiderläuft, versuchen die Beklagten mit Recht nicht zu widerlegen. b) Die besonderen Verhältnisse zwischen den Parteien mit ihren anhaltenden Auseinandersetzungen sind auch bei der Würdigung der zweiten Werbeäusserung zu berücksichtigen, welche das Handelsgericht ebenfalls nicht als wettbewerbswidrig gelten lässt; sie geht dahin, dass die Beklagten durch ihr Vorgehen kleine Brauereien zerstören. Die Vorinstanz hält einleitend fest, dass die Klägerin anstelle dieser Äusserung in der Werbung nun behaupte, das Kartell begünstige die Konzentration in der Bierbranche. Gleichwohl
BGE 112 II 268 S. 285

haben die Beklagten ein schutzwürdiges Interesse daran, die streitige Äusserung auf ihre Zulässigkeit überprüfen zu lassen, da sie keine Gewähr für einen endgültigen Verzicht der Klägerin haben (BGE 109 II 346 E. 3 mit Hinweisen). Die Beklagten anerkennen, dass die Anzahl selbständiger Brauereien in der Schweiz von 1969 bis 1982 von 56 auf 29 zurückgegangen ist. Das Handelsgericht führt dazu insbesondere aus, dass der gesamte Absatz von Bier in der gleichen Zeit nicht wesentlich abgenommen habe, die Übernahme von kleinen Brauereien durch Kartellmitglieder aber an der Tagesordnung gewesen sei, was unübersehbar zu einer Konzentration der Marktanteile bei bestimmten Mitgliedern geführt habe. Der Eindruck, den die zweite Äusserung der Klägerin zu erwecken geeignet sei, entspreche deshalb der tatsächlichen Entwicklung und deren Ergebnis. Fragen könne sich einzig, ob die Verwendung des Wortes "zerstören" gegen Treu und Glauben im wirtschaftlichen Wettbewerb verstosse. Das Handelsgericht verneint dies, weil die Reklame der Discountgeschäfte und der Klägerin insbesondere, die sehr oft mit reisserischen, harten und angriffigen Wendungen werbe, zwar nicht als (gutes) Beispiel gelten dürfe, vom Publikum aber wohl

oder übel hingenommen werde. Die Beklagten äussern sich dazu nicht näher, beharren aber darauf, dass das Wort "zerstören" für den Durchschnittsleser gleichbedeutend sei mit "vernichten" oder "ruinieren", wenn es wie im Inserat der Klägerin auf menschliches Verhalten bezogen werde. Über den genauen Sinngehalt des verwendeten Verbes zu streiten, ist indes müssig, da das Verschwinden von 27 kleinen Brauereien den Konzentrationsbestrebungen des Kartells und seiner Mitglieder zuzuschreiben ist und das breite Publikum die Inserate der Klägerin so oder anders nicht wörtlich zu nehmen pflegt, weil es an Übertreibungen der Klägerin gewöhnt ist und um die Gegnerschaft der Beteiligten weiss. Unter diesen Umständen lässt sich auch die zweite Äusserung nicht als unnötig verletzend ausgeben.
Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung der Klägerin wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. November 1984 mit Bezug auf die Hauptklage aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.