

S. 97 / Nr. 28 Obligationenrecht (d)

BGE 62 II 97

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1936 i. S. Ed. Schweiger-Hauser gegen Schweiz. Tabakverband.

Regeste:

Preisbindungsvertrag zwischen einem Kartell und einem Aussenseiter:

Preiskartell in der Form des Vereins; Nichterlangung der juristischen Persönlichkeit wegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit des Zweckes (ZGB Art. 52 Abs. 3)? In casu Kartellzweck erlaubt, da keine Ausbeutung der Kundschaft beabsichtigt. (Erw. 3.)

Unzulässigkeit der zur Erreichung eines erlaubten Zwecks verwendeten Mittel: Vertragliche Bindung des Aussenseiters und Überwachung desselben? Überwachung zulässig erklärt; ebenso vertragliche Bindung, da keine übermässige Beschränkung der Persönlichkeit (OR Art. 20, 41, 49; ZGB Art. 27, 28). (Erw. 4.)

Unverbindlichkeit, wegen Drohung, des Vertrages, der unter dem Druck des Boykotts zustande gekommen ist? Verneint, zufolge rechtlicher Erlaubtheit des in Frage stehenden Boykotts. Grundsätze über die Zulässigkeit des Boykotts. (OR Art. 29, 30, 41). (Erw. 5).

Seite: 98

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger, der Schweiz. Tabakverband, ist ein Verein der Fabrikanten und Händler von Tabakwaren, der die Sanierung der Preis- und Rabattverhältnisse im Detailhandel bezweckt. Zur Erreichung dieses Zweckes schlossen die Vereinsmitglieder unter sich eine sog. Konvention ab, laut der sich die Händler zur Einhaltung der von den Fabrikanten vorgeschriebenen Detailverkaufspreise verpflichteten; die Verletzung der übernommenen Verpflichtungen sollte gewisse, aus den folgenden Erwägungen ersichtliche Sanktionsmassnahmen nach sich ziehen.

Da der Beklagte Schweiger, Tabakwarenhändler in Zürich, der dem Verband nicht angehört, es ablehnte, den Weisungen des Verbandes nachzukommen, wurde über ihn ein Boykott verhängt, worauf er durch Unterzeichnung des sog. Spezialverpflichtungsscheins mit dem Tabakverband eine Vereinbarung schloss, laut welcher er die Konvention als für sich verbindlich anerkannte und verschiedene weitere, aus den Erwägungen ersichtliche Verpflichtungen übernahm. Als Garantie für die Einhaltung seiner Verpflichtungen hinterlegte er Akzente für 20000 Fr., die im Falle einer gerichtlich festgestellten Vertragsverletzung als Konventionalstrafe verfallen sollten.

Wegen Verletzung der übernommenen Verpflichtungen belangt, wurde der Beklagte vom Handelsgericht Zürich zur Bezahlung der Konventionalstrafe von 20000 Fr. verurteilt. Das Bundesgericht wies seine Berufung gegen diesen Entscheid ab.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte streitet dem Kläger das Recht der Persönlichkeit ab mit der Begründung, der Kläger verfolge einen unsittlichen und widerrechtlichen Zweck und habe daher nach Art. 52 Abs. 3 ZGB das Recht der Persönlichkeit überhaupt nicht erlangen können.

a) Massgebend für die Entscheidung dieser Frage ist

Seite: 99

nach der klaren und eindeutigen Fassung des Art. 52 Abs. 3 ZGB einzig und allein der Zweck des Verbandes, während auf die Mittel, deren sich der Verband zur Erreichung seines Zweckes bedient, in diesem Zusammenhang nichts ankommen kann. Wird ein an und für sich erlaubter Zweck mit widerrechtlichen oder unsittlichen Mitteln verfolgt, so steht dies der Erlangung der Rechtspersönlichkeit nicht im Wege, sondern dieses Vorgehen stellt lediglich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar, die eine Schadenersatzpflicht des Vereins und der für ihn handelnden Organe nach sich zieht; ferner sind Rechtsverhältnisse, die unter Anwendung unerlaubter Mittel zustande gekommen sind, unter Umständen auf Grund von Art. 20 OR wegen Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit nichtig (vgl. BGE 54 II S. 164; HAFTER, Anm. 25, und EGGGER, Anm. 8 zu Art. 52 ZGB)...

Worin der Zweck eines Vereins bestehe, ist auf Grund seiner Statuten zu beurteilen, es sei denn, dass der Verein in Wirklichkeit andere als die in den Statuten genannten Zwecke verfolge, in welchem Fall für die Entscheidung über die Rechtmässigkeit ohne Rücksicht auf die Statuten der wirklich verfolgte Zweck massgebend ist (EGGER a.a.O.)...

b) Nach Art. 2 seiner Statuten bezweckt der klägerische Verband «die Sanierung der Preis- und Rabattverhältnisse beim Verkauf an die Konsumenten der schweizerischen Tabakbranche». Was

unter dieser Sanierung zu verstehen ist, geht aus Art. 1 der «Konvention» hervor: Es soll erreicht werden, dass die Tabakwarenhändler beim Verkauf an die Konsumentenschaft die von den Fabriken für ihre Produkte festgesetzten Detailverkaufspreise einhalten und darauf verzichten, durch Preisunterbietungen und Rabattgewährung in grossem Masstabe die Kundschaft an sich zu ziehen versuchen, wie dies im Laufe der Zeit infolge des überaus scharfen Konkurrenzkampfes im Detailhandel üblich geworden war. Durch diese Zweckbestimmung charakterisiert sich der klägerische Verband als ein Preiskartell. Der angestrebte Zweck der

Seite: 100

Einflussnahme auf die Preisgestaltung innerhalb einer bestimmten Branche unter teilweiser Ausschaltung der freien Konkurrenz ist nun an sich weder widerrechtlich, noch verstösst er gegen die guten Sitten, wie das Bundesgericht schon in zahlreichen Fällen entschieden hat (vgl. BGE 54 II S. 164 ff.; 39 II S. 251). Insbesondere ist die Auffassung des Beklagten irrtümlich, dass jedes Kartell seiner Natur nach widerrechtlich sei, weil eine derartige Bindung mit dem in Art. 31 BV aufgestellten Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit in einem unvereinbaren Widerspruche stehe. Art. 31 BV bezieht sich, wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat (vgl. BGE 32 II S. 368; 52 II S. 384; GYSIN, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, in der «Zeitschrift für Schweiz. Recht», Neue Folge, Band 49 S. 428), lediglich auf das Verhältnis des Bürgers zum Staate, gegen dessen Eingriffe jener durch die Aufstellung des erwähnten Verfassungsgrundsatzes geschützt werden soll. In welchem Umfang die tatsächliche Einschränkung der freien Konkurrenz durch private Monopolgebilde vor dem Rechte Bestand hat, beurteilt sich dagegen, solange spezielle Bestimmungen nach der Art der ausländischen Kartellgesetze im schweizerischen Recht fehlen, ausschliesslich nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts.

Ein Preiskartell wird nach der Praxis des Bundesgerichtes erst dann unerlaubt, wenn durch die Einflussnahme auf die Preisgestaltung eine künstliche, durch nichts gerechtfertigte Hochhaltung der Preise angestrebt wird in der Absicht, die Käuferschaft in wucherischer Weise auszubeuten, und zwar gilt dies in ganz besonderem Masse dort, wo lebenswichtige Nahrungsmittel in Frage stehen (BGE 54 II S. 168; 37 II S. 211; 33 II S. 117; 31 II S. 915). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle jedoch nach keiner Richtung erfüllt: Der Tabak ist kein lebenswichtiger, unentbehrlicher Stoff, sondern ein ausgesprochenes Genussmittel, und das vom Verband angestrebte Ziel besteht nicht in einer wucherischen Ausbeutung der Käuferschaft,

Seite: 101

sondern es soll nur gewissen Auswüchsen der freien Konkurrenz gesteuert werden...

Steht somit der Zweck des klägerischen Verbandes mit der Rechtsordnung nicht im Widerspruch, so hat dieser die Rechtspersönlichkeit erlangt.

4. a) Wie bereits erwähnt wurde, schliesst der Umstand, dass der vom klägerischen Verband angestrebte Zweck weder rechtswidrig noch unsittlich ist, nicht ohne weiteres aus, dass die Mittel, deren sich der Verband zur Durchsetzung seiner Bestrebungen bedient, den Rahmen des rechtlich Erlaubten überschreiten können. Dies ist nach der Auffassung des Beklagten der Fall...

b) Grosses Gewicht legt der Beklagte sodann auf seine Behauptung, der klägerische Verband verwende bei der Verfolgung seiner Ziele «ein Spionage- und Schmiergeldersystem», indem der einzelne Geschäftsinhaber durch bezahlte Aufpasser bespitzelt und überwacht werde... Nun ist allerdings richtig, dass das Bundesgericht in Band 57 II S. 342 f. die von einem Berufsverband angeordnete Überwachung und Bespitzelung eines Aussenseiters als widerrechtlichen Einbruch in die Geheimsphäre der wirtschaftlichen Persönlichkeit (Art. 49 OR in Verbindung mit Art. 28 ZGB) bezeichnet hat. Allein im vorliegenden Fall liegt die Sache ganz anders: Der Beklagte war nicht Aussenseiter im eigentlichen Sinn des Wortes; er hatte, ohne dem klägerischen Verband als Mitglied beizutreten, sich doch vertraglich zur Beobachtung eines bestimmten Verhaltens in seinem Geschäftsgebaren verpflichtet, und auf die Einhaltung dieser Verpflichtungen hatte der klägerische Verband Anspruch. Eine wirksame Kontrolle hierüber war aber gar nicht anders denkbar, als eben durch eine eingehende Überwachung durch Spione und Spitzel, so unsympathisch derartige Erscheinungen im allgemeinen auch anmuten mögen. Als unstatthaft wäre ein solches Vorgehen des Verbandes allenfalls dann zu bezeichnen, wenn er nicht den geringsten Anlass gehabt hätte, an der Vertragstreue der Gegenpartei zu zweifeln; wie jedoch

Seite: 102

aus den Akten hervorgeht, hatte der Beklagte schon wiederholt ähnliche Verpflichtungen eingegangen und mit dem «heiligsten Ehrenwort» bekräftigt, um sie unmittelbar darauf wieder in gröblicher Weise zu verletzen...

c) Der Spezialverpflichtungsschein, den der Kläger in Verfolgung seines Zweckes vom Beklagten hat unterzeichnen lassen, weist nach der Ansicht des letzteren einen rechtswidrigen und unsittlichen

Inhalt auf und soll darum nichtig sein...

Es ist nun ohne weiteres zuzugestehen, dass die darin vom Beklagten übernommenen Verpflichtungen (Einhaltung vorgeschriebener Preise, Unterlassung der Belieferung von gesperrten Firmen, Befolgung der sonstigen gegenwärtigen und zukünftigen Weisungen des Verbandes, Überbindung aller dieser Verpflichtungen auf einen Geschäftsnachfolger) in ihrer Gesamtheit betrachtet einen ausserordentlich tief einschneidenden Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Beklagten bedeuten. Wäre diese Bindung als auf unbeschränkte Zeit eingegangen zu verstehen, wie der Kläger dies behauptet, so müsste sie wohl als zu weitgehend und mit Art. 27 ZGB nicht mehr vereinbar bezeichnet werden. Mit Rücksicht darauf, dass im Spezial-Verpflichtungsschein die Konvention zum Vertragsbestandteil erhoben wurde, ist jedoch mit der Vorinstanz anzunehmen, dass damit auch die in Art. 10 der Konvention vorgesehene Kündigungsmöglichkeit je auf Ende des Jahres unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist, für die Verpflichtungen des Unterzeichners des Spezial-Verpflichtungsscheins gelten sollte, ohne dass es noch einer besonderen Erwähnung der Kündigungsmöglichkeit im Schein selber bedurft hätte. Mindestens aber wäre nach den im Falle Schmuklersky (BGE 62 II S. 35) vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätzen die Kündbarkeit als stillschweigend vereinbart zu betrachten, weil nicht vorausgesetzt werden darf, dass die Parteien einen nichtigen Vertrag zu schliessen beabsichtigt hätten.

Seite: 103

Wird aber von der Kündbarkeit des Vertrages ausgegangen, so überschreiten die Bindungen des Beklagten die Grenzen des rechtlich Zulässigen nicht:

Die Verpflichtung zur Einhaltung der vorgeschriebenen Detailverkaufspreise (die sog. Preisbindung der zweiten Hand) ist vom Bundesgericht schon wiederholt als zulässig erklärt worden (BGE 24 II S. 437; 54 II S. 172; GYSIN, a.a.O., S. 415). Ebenso wenig lässt sich etwas Stichhaltiges einwenden gegen die Verpflichtung des Beklagten, die Belieferung ihm bekanntgegebener gesperrter Firmen zu unterlassen, da mit dieser Massnahme, wie im folgenden zu zeigen sein wird, nicht die Vernichtung derselben bezweckt wurde, was allerdings über den Rahmen des Erlaubten hinausgegangen wäre. Die Verpflichtung, «den bestehenden und kommenden Weisungen und Beschlüssen des Schweiz. Tabakverbandes... restlos und loyal nachzuleben und solche auszuführen», die der Beklagte in ganz besonderem Masse als unsittlich empfindet, bedeutet ihrem wahren Sinn nach eine Selbstverständlichkeit, da sie nichts anderes besagen will, als was schon in der Anerkennung der Konvention liegt. Die dort vorgesehene Einschränkung der persönlichen Freiheit des Einzelnen im Interesse des gesamten Verbandes aber ist unumgängliche Voraussetzung für die Wirksamkeit jeden Zusammenschlusses zur Verfechtung gemeinsamer Interessen und daher nicht zu vermeiden. Eine andere, hier jedoch nicht zu prüfende Frage ist dagegen, wie weit diese Gehorsamspflicht eines Mitgliedes und damit auch des Beklagten reiche. Zur Ausführung willkürlicher oder gar widerrechtlicher Anordnungen verpflichtete sich der Beklagte durch seine Anerkennung selbstverständlich nicht. Dass er bei der Fassung der Verbandsbeschlüsse, denen er sich durch seine Verpflichtung unterwarf, kein Mitspracherecht hatte, ist nichts ungewöhnliches, sondern ergibt sich daraus, dass er eben nicht Mitglied des Verbandes war. Die Bestimmung, dass der Beklagte bei einem Geschäftsverkauf die übernommenen Verpflichtungen dem Erwerber überbinden müsse,

Seite: 104

ist bei Kündbarkeit des Vertrages auch nicht zu beanstanden. Bestimmungen dieses Inhalts sind nicht selten bei Milch-, Käsereigenossenschaften und dgl.; ja Art. 839 des Entwurfes von 1928 zum rev. Gesellschaftsrecht sieht sogar vor, dass dort, wo die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft vom Eigentum oder der Bewirtschaftung eines Grundstücks abhängig gemacht ist, in den Statuten für den Fall der Handänderung oder der Betriebsübernahme der automatische Übergang der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft angeordnet werden könne immerhin unter Vorbehalt des Kündigungsrechtes des Erwerbers bzw. Übernehmers...

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe und deren Sicherstellung durch Hinterlage von Akzepten des Beklagten endlich ist eine durchaus gebräuchliche Form, die Erfüllung übernommener Verpflichtungen zu garantieren, die im vorliegenden Falle um so unbedenklicher als zulässig bezeichnet werden darf, als ja die Wechsel nicht nach dem Ermessen des klägerischen Verbandes in Umlauf gesetzt werden sollten, sondern erst nach rechtsgültiger Feststellung in einem Gerichtsverfahren, dass der Beklagte seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt habe.

5. Der Beklagte nimmt weiter den Standpunkt ein, der Verpflichtungsschein sei für ihn unverbindlich, weil er ihn nur unter dem Zwang des Boykotts unterzeichnet habe...

b) Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Der erzwungene Vertrag wäre für ihn nämlich nur unter der Voraussetzung unverbindlich, dass er durch eine widerrechtliche Drohung zu dessen Abschluss veranlasst worden wäre. Eine solche liegt aber nicht schon vor, wenn einer Partei für den Fall, dass

sie einen Vertrag nicht abschliesse, die Zufügung eines Übels in Aussicht gestellt wird, sondern für die Widerrechtlichkeit ist überdies erforderlich, dass die Zufügung des Übels entweder geradezu eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR darstelle oder doch zum mindesten nicht als das nach den

Seite: 105

Gepflogenheiten des Lebens geeignete Mittel erscheine, den Willen der Gegenpartei zu beeinflussen (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 11 ff., insbes. 18 zu Art. 29 OR). Da im vorliegenden Fall das Übel, mit dessen Zufügung der Kläger dem Beklagten drohte, in der Verhängung bezw. Fortsetzung des bereits verhängten Boykotts bestand, so ist für die Entscheidung über die Einrede der Drohung letzten Endes massgebend, ob die vom Kläger bereits angewendeten und weiter in Aussicht genommenen Boykottmassnahmen unter dem einen oder andern der beiden oben genannten Gesichtspunkte als unerlaubt qualifiziert werden müssen.

Wie das Bundesgericht schon in zahlreichen Fällen erkannt hat, ist der Boykott an sich ein zulässiges wirtschaftliches Kampfmittel und nicht etwa schon deshalb widerrechtlich oder unsittlich, weil er die ökonomischen Interessen des von ihm Betroffenen beeinträchtigt (vgl. BGE 51 II S. 529; 56 II S. 435; 57 II S. 341 und 488; 58 II S. 225 Erw. 2). Unzulässig wird er erst unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dann, wenn entweder der angestrebte Zweck oder die zur Erreichung desselben angewendeten Mittel rechtswidrig oder unsittlich sind, oder endlich, wenn der dem Boykottierten zugefügte Schaden in keinem Verhältnis steht zu der Bedeutung der vom andern Teil verfolgten Interessen (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 40 ff. zu Art. 41 OR und dort erwähnte Entscheide). In der Frage, unter welchen Umständen diese Voraussetzungen als erfüllt zu betrachten seien, hat sich die Auffassung im Laufe der Zeit gewandelt, und auch heute noch ist die Rechtssprechung über diesen Punkt nicht restlos gefestigt: Nach der früheren Praxis des Bundesgerichtes wurde nämlich ein Boykott, der auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Betroffenen abzielte oder doch zufolge der angewandten Mittel geeignet war, dieses Resultat herbeizuführen, unter allen Umständen als widerrechtlich betrachtet, da die wirtschaftliche Existenz des Einzelnen, sein Recht auf Betätigung der wirtschaftlichen

Seite: 106

Persönlichkeit, höher einzuschätzen sei als irgendwelche an sich ebenfalls berechnete Berufsinteressen einer Standesorganisation (vgl. statt vieler BGE 40 II S. 619). In der neueren Rechtssprechung dagegen wurde die Frage der Zulässigkeit des Boykotts nicht so sehr unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit, als vielmehr unter demjenigen des Verstosses gegen die guten Sitten beurteilt, was dazu führte, dass unter Umständen auch die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines andern als schutzwürdiger Zweck und zweckgemässes Mittel zur Erreichung eines erlaubten Zieles betrachtet werden kann (BGE 54 II S. 174 und dort zitierte Entscheide; BOLLA, Il boicottaggio nel diritto civile svizzero, in «Zeitschrift für schweiz. Recht» Neue Folge 47 S. 243 a).

Welcher dieser beiden Theorien der Vorzug zu geben sei, kann indes für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, da der über den Beklagten verhängte, bezw. angedrohte Boykott nach keiner der beiden Auffassungen als unzulässig erscheint. Was der klägerische Verband mit dem Boykott des Beklagten bezweckte, war nicht dessen wirtschaftliche Vernichtung, sondern seine Unterwerfung, das Bestreben, ihn zur Mitwirkung an der vom Verband eingeleiteten Aktion zur Sanierung der Preisverhältnisse im Detailhandel zu veranlassen, also zur Mitwirkung an einem Unternehmen, das gemäss den oben gemachten Ausführungen durchaus erlaubt war. Ebenso waren die Mittel, die der Kläger bei der Durchführung des Boykotts anwandte und in Zukunft anzuwenden gedachte, nicht dazu angetan, die Existenz des Beklagten zu vernichten. Es wurde ja über ihn nicht die vollständige Belieferungssperre verhängt und eine solche Massnahme war auch nicht in Aussicht genommen für den Fall einer Weigerung, den Verpflichtungsschein zu unterzeichnen. Die Boykottmassnahmen bestanden vielmehr darin, dass die Bezugspreise für den Beklagten um zirka 10% erhöht wurden, um ihm die weitere Preisunterbietung zu verunmöglichen, ferner dass er zur Erleichterung der Kontrolle nur noch durch die Fabriken beliefert werden sollte, unter Ausschluss des Engros- und

Seite: 107

Migroshandels, sowie dass die Belieferung nur gegen Vorausbezahlung erfolgen sollte. Alle diese Massnahmen bedeuteten zweifellos eine gewisse Erschwerung der geschäftlichen Tätigkeit des Beklagten; wieso sie aber zu dessen Ruin zu führen geeignet gewesen wären, ist nicht einzusehen. Der Beklagte macht ja selber nicht geltend, die Preiszuschläge seien derart gross gewesen oder wären es in Zukunft geworden, dass er nicht mehr zu den regulären Preisen, wie sie von der Grosszahl der übrigen Detailgeschäfte eingehalten wurden, hätte verkaufen können und deshalb zum vorneherein konkurrenzunfähig geworden wäre... Schliesslich war auch das vom klägerischen

Verband angestrebte Ziel, die Bekämpfung der Preisschleuderei zur Sicherung der Existenz der ihm angeschlossenen Detailhändler, von derart grosser Bedeutung, dass nicht gesagt werden kann, die dem Beklagten durch die erwähnten Boykottmassnahmen verursachte Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens stehe in keinem vernünftigen Verhältnis dazu; denn es liegt auf der Hand, dass die Sanierungsaktion nur dann Aussicht auf Erfolg hatte, wenn alle oder doch eine stark überwiegende Mehrheit der Detaillisten sich an ihr beteiligten, so dass die Mitwirkung oder Nichtmitwirkung jedes einzelnen Händlers für das gesamte Unternehmen von der grössten Bedeutung war und darum auch die Anwendung gewisser Druckmittel rechtfertigte.

Dass sodann die Androhung und Verhängung eines sich im Rahmen des rechtlich Erlaubten haltenden Boykotts nach den Gepflogenheiten des Lebens das geeignete Mittel war, den Beklagten zum Abschluss der vom Tabakverband erstrebten Vereinbarung zu bringen, kann nicht bezweifelt werden; auf welche andere Weise der klägerische Verband, ausser dem bereits erfolglos versuchten Erheben gütlicher Vorstellungen unter Appellierung an die Berufssolidarität des Beklagten, auf dessen Entschliessung hätte einwirken können, lässt sich überhaupt kaum denken