

S. 409 / Nr. 71 Unlauterer Wettbewerb (d)

BGE 79 II 409

71. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Dezember 1953 i. S. Migros-Genossenschaftsbund und Konsorten gegen Seifenfabrik Sunlight A.-G.

Regeste:

Unlauterer Wettbewerb.

Wirtschaftspolitische Kritik als Wettbewerbsmittel (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 lit. a UWG).

Strafandrohung in Verbindung mit dem Unterlassungsgebot (Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG und Art. 292 StGB).

Ermessensweise Bestimmung von Schadenersatz, Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung (Art. 2 Abs. 1 lit. d und Art. 6 UWG).

Seite: 410

Concurrence déloyale.

Fait-on acte de concurrence en critiquant la politique économique d'un concurrent? (art. 1er et 2 al. 1 litt. a LCD).

En ordonnant à une partie de cesser un acte de concurrence (art. 2 al. 1 litt. b LCD), le juge peut-il la menacer des peines portées par l'art. 292 CP?

Fixation des dommages-intérêts par appréciation; autorisation de publier le jugement (art. 2 al. 1 litt. d et art. 6 LCD).

Concorrenza sleale.

É atto di concorrenza sleale la critica della politica economica d'un concorrente (art. 1 e 2, cp. 1, lett. a LCS)?

Può il giudice, che ordina ad una parte di cessare un atto di concorrenza (art. 2, cp. 1, lett. b LCS), comminare le pene previste dall'art. 292 CP?

Determinazione, per apprezzamento, del risarcimento dei danni; autorizzazione di pubblicare la sentenza (art. 2, cp. 1, lett. d e art. 6 LCS).

A. - Die dem Unilever-Konzern angeschlossene Klägerin bringt unter der Marke «Lux» eine von ihr fabrizierte Toilettenseife zum Preise von 80 Rappen das Stück auf den schweizerischen Markt. Die ebenfalls dem Unilever-Konzern zugehörige Lever Brothers Company in New York stellt eine mit dem Zeichen «Lux» versehene Toilettenseife für den amerikanischen Markt her. Im Sommer 1950 erwarben die Beklagten in New York eine grössere Menge dieser amerikanischen «Lux»-Seife und schafften sie in die Schweiz, wo sie zum Stückpreise von 50 Rappen abgesetzt wurde. Daraus entstand zwischen den Parteien ein erster Prozess über Markenrechtsverletzung und unlauteren Wettbewerb, der zugunsten der Klägerin ausging. Es kann hiefür auf den bundesgerichtlichen Entscheid vom 12. Februar 1952 verwiesen werden (BGE 78 II 164).

B. - Ihre Reklame für die amerikanische «Lux» Seife begleiteten die Beklagten, ausser mit zahlreichen Zeitungsinseraten, mit einer Reihe von Artikeln, welche von August bis November 1950 im Organ des MigrosGenossenschaftsbundes «Wir Brückenbauer» erschienen. Das veranlasste die Klägerin, die Beklagten im vorliegenden zweiten Prozess für zahlreiche Äusserungen wegen unlauteren Wettbewerbs zu belangen.

Seite: 411

Durch Urteil vom 8. Juni 1953 hiess das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage dahin gut, dass es die Feststellungsbegehren im wesentlichen zusprach, den Beklagten die Fortsetzung der rechtswidrigen Handlungen unter Androhung der Ungehorsamsstrafen des Art. 292 StGB untersagte, sie zur Zahlung von Fr. 5000.- als Schadenersatz und Genugtuung verpflichtete und die Urteilspublikation anordnete.

C. - Die Beklagten legten Berufung an das Bundesgericht ein. Sie beantragen Abweisung der Klage, eventuell die teilweise Änderung und Aufhebung des kantonalen Urteilsdispositivs. Die Klägerin schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Dem Vorwurf des unlauteren Wettbewerbs hielten die Beklagten allgemein entgegen, sie hätten die beanstandeten Artikel nicht innerhalb eines Konkurrenzkampfes veröffentlicht, sondern in Verfolgung ihrer wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele; es sei ihnen nur darum gegangen, wider die Konsumentenausbeutung durch Überforderung für internationale Markenartikel aufzutreten; derartige wirtschaftspolitische Auseinandersetzungen seien in einer Demokratie notwendig und fielen nicht unter den Begriff des Wettbewerbs. Die Vorinstanz verwarf diese Betrachtungsweise mit der

Feststellung, dass die wirtschaftspolitischen Bemerkungen, von denen viele an sich zwar zulässig wären, untrennbar vermischt seien mit Reklame für die von den Beklagten vertriebenen Erzeugnisse, nämlich die amerikanische «Lux»-Seife und vor allem die zum regelmässigen Warenbestand zählende Seife Marke «Carnival».

Die Berufung greift auf jene Einwände zurück. Indessen ist die Rechtslage eindeutig. Sachliche wirtschaftspolitische Kritik ist als solche frei, woher sie auch stammen mag. Wird sie aber in den Wettbewerb einbezogen, so hat sie sich nach Inhalt und Form in die vom UWG gesetzten

Seite: 412

Schranken zu fügen. Denn alsdann wird die Kritik am Konkurrenten, seinen Geschäftsverhältnissen und seinem Geschäftsgebaren zur Reklame für das eigene Unternehmen und die eigenen Leistungen. Dergestalt erscheint sie als ein Mittel, das geeignet (wenn nicht dazu bestimmt) ist, sich selber zum Nachteil des Konkurrenten zu begünstigen, und für dessen Zulässigkeit das UWG den Massstab gibt. Dass vorliegend die wirtschaftspolitische Kritik in den Rahmen des Wettbewerbs gestellt und reklamehaft war, erhellt unwiderleglich aus den Hinweisen der Vorinstanz.

Zur Erhärtung ihres Prozesstandpunktes zogen die Beklagten Vergleiche mit gegen sie gerichteten Artikeln in anderen Zeitungen, wie den Presseorganen des Verbandes Schweizerischer Konsumgenossenschaften, der Schweiz. Detaillistenzeitung», der «Schweiz. Gewerbezeitung», dem «Schweizer Bauer». Die Berufung rügt die ablehnende Stellungnahmen der Vorinstanz als tatsächlich unrichtig und rechtlich irrig. Darauf ist nicht einzutreten. Ob die zitierten Verlautbarungen vom UWG erfasst und nach seinen Bestimmungen erlaubt seien oder nicht, wäre für jede anhand des dargelegten Grundsatzes gesondert zu untersuchen. Hier geht es nicht um sie, sondern um die eingeklagten Äusserungen. Einzig sie sind, wie sie einmal lauten, darauf zu prüfen, ob sie vor dem UWG standhalten. Wird dies verneint, so muss unlauterer Wettbewerb festgestellt werden. Für eine Ergänzung gemäss dem eventuellen Berufungsantrag, der unlautere Wettbewerb sei (nur) durch die «in Verbindung mit der Anpreisung eigener Waren» gemachten Äusserungen verwirklicht, ist kein Raum. Das liefe auf die Übernahme eines Entscheidungsgrundes in den Urteilsspruch hinaus.

2.- Die sie verletzenden Äusserungen wurden von der Klägerin, nach gesamthafter Beanstandung der verschiedenen Zeitungsartikel, im Feststellungsbegehren einzeln verzeichnet. Entsprechend hat die Vorinstanz disponiert.

Seite: 413

Soweit den Beklagten zur Last gelegt, nimmt die Berufung Satz für Satz wieder auf.

a) «...der Schweizerbürger solle gezwungen werden, Lux-Seife zu 80 Rappen zu kaufen, obschon diese zu 50 Rappen verkauft werden könnte ...»

Die Berufung bestreitet, dass die vom Handelsgericht herangezogenen BGE 59 II 21 und 58 II 460 auf den gegebenen Fall passen, weil gar nicht Preise der Klägerin mit eigenen Preisen verglichen, sondern die Preise desselben Produktes desselben Konzerns in mehreren Ländern nebeneinander gestellt worden seien. Sie hält ferner daran fest, dass die Differenz zwischen dem Schweizerpreis und den durchwegs niedrigeren Auslandspreisen für «Lux»-Seife auf Ausbeutung der überdurchschnittlichen Kaufkraft des schweizerischen Publikums beruhe, nicht auf unterschiedlichen Kostenfaktoren, wofür der Beweis durch Expertise angeboten aber nicht abgenommen worden sei. Eine Überforderung des Konsumenten vermöge nur wahrheitsgetreue Aufklärung zu verhindern, welche ihren Mitgliedern zu erteilen der Konsumentengenossenschaft obliege. Nichts anderes hätten die Beklagten getan.

Die Abweichung des heute zu würdigenden Sachverhaltes von den durch das Bundesgericht früher beurteilten ist der Vorinstanz nicht entgangen. Sie erklärte, die in den genannten Präjudizien niedergelegten Grundsätze sinngemäss anwenden zu wollen, was jedenfalls so, wie es geschah, nicht zu bemängeln ist. Im Tatsächlichen und darum verbindlich nimmt die Vorinstanz an, die ausländische «Lux»-Seife sei mit der von der Klägerin in der Schweiz hergestellten und vertriebenen bezüglich der Gestehungskosten nicht ohne nähere Untersuchung sämtlicher der Kalkulation zugrundeliegenden Faktoren vergleichbar. Dann war die bloss Gegenüberstellung der zum Wechselkurse umgerechneten Preise für amerikanische und englische «Lux»-Seife mit dem Preis für das schweizerische Erzeugnis selbstverständlich kein lauterer

Seite: 414

Wettbewerbsmittel. Will man Preisvergleichen in der Reklame überhaupt gestatten, so zur Vermeidung von Missgriffen nur unter der Bedingung, dass sie korrekt vorgenommen werden. Dass die Beklagten diesem Erfordernis ohne Eingehen auf die von der Vorinstanz umschriebenen Einzelheiten nicht genügten, bedarf keiner Ausführung. Davon abgesehen ist es, wo nicht staatliche Preiskontrolle eingreift, nach der schweizerischen Wirtschaftsordnung jedermann unbenommen, für seine Ware den Preis nach Gutdünken zu bestimmen. Bietet die Klägerin ihre «Lux»-Seife zu 80

Rappen an, so ist das - zumal im Bereiche einer Warengattung, für die der Handel nach vorinstanzlicher Angabe dem Konsumenten grosse und vielfältige Auswahlmöglichkeiten eröffnet - ihre Angelegenheit, und sie braucht sich deswegen nicht als Ausbeuterin des kaufenden Publikums beschimpfen zu lassen. Solche moralischen Verunglimpfungen haben keine Rechtfertigung darin, dass jemand einen Gegenstand teurer verkauft als andere. Sie sind von Seiten der Beklagten umso weniger angebracht, als sie dem unverkennbaren Zwecke dienen, den Absatz der eingeführten amerikanischen «Lux»-Seife zu fördern und daraufhin die Nachfrage auf die Seife «Carnival» überzuleiten (vgl. etwa «Brückenbauer» vom 25. August und 28. Oktober 1950). Derartiges Vorgehen verstösst offenkundig gegen Art. 1 Abs. 2 lit. a UWG.

b) «... es müsse entschieden werden, für wen Gesetze in der Schweiz da seien für den Schutz des Bürgers gegen Überforderung oder für den Schutz der profitgierigen Geldmächte ...»

Die Berufung trägt vor, diese Äusserung entstamme dem Artikel im «Brückenbauer» vom 24. November 1950, der längst nach dem völligen Ausverkauf der «Lux»-Seife erschienen sei und rein wirtschafts- und justizkritischen Inhalt gehabt habe. Dabei scheinen die Beklagten zu vergessen, dass sie nicht Volkswirtschaftler sind, die ohne unmittelbares Geldinteresse eine Anschauung verfechten, sondern Händler, die, was die Seife betrifft, in schärfster Konkurrenz mit der Klägerin stehen. Es wurde bereits

Seite: 415

hervorgehoben, dass die allen eingeklagten Artikeln gemeinsame Grundlinie die Werbung für die eigene Seife war. Darum kommt nichts darauf an, ob der eine oder andere erst nach dem Ausverkauf des Vorrates an amerikanischer Lux»-Seife erschien. Die Auseinandersetzung «Lux» gegen «Lux» ging weiter unter dem Vorzeichen «Carnival» gegen «Lux». In ihrer Werbefunktion aber hat sich die von den Beklagten geübte Kritik den für die Reklame geltenden Anforderungen zu unterziehen. Dass es daran gebricht, wenn man den Konkurrenten unter die «profitgierigen Geldmächte» einreicht, stellt selbst die Berufung nicht in Abrede, bemerkt sie doch lediglich, der herausgegriffene Satz richte sich nicht speziell gegen die Klägerin. Die Beschönigung ist unbehelflich. Der Anwurf steht in einem Artikel, welcher einen Teil der Aktion gegen den Preis der «Lux»-Seife in der Schweiz bildet und nicht nur das Erzeugnis der Klägerin zum Gegenstande hat, sondern diese am Schluss auch noch nennt.

c) «...die Klägerin und ihre Organe wenden gegen über freien Schweizer Konkurrenten Methoden der Gewalt an, die Aufsehen erregen und Beunruhigung hervorriefen ...»

«...die Klägerin versuche, durch Trustmethoden das freie Kaufsrecht zu unterdrücken ...»

«...über die Stellungnahme des schweizerischen Publikums gegen solche Gewalt- und Verbotsmethoden könne kein Zweifel herrschen ...»

Die Berufung wendet sich gegen die voninstanzliche Annahme, dass mit den «Gewaltmethoden» die Anrufung des Richters und mit den «Trustmethoden» die «Lux»-Seifenangelegenheit gemeint seien; aufmerksame Lektüre der betreffenden Artikel im «Brückenbauer» vom 1. und 8. September 1950 ergebe, dass mit jenen Ausdrücken sonstige Vorgänge bezeichnet würden. Aber anders, als sie die Vorinstanz auffasste, können die Auslassungen der Beklagten gar nicht verstanden werden. Um das klar zu stellen genügt es, auf den im Artikel vom 1. September 1950 abgedruckten Brief der Migros an die Lever Brothers and Unilever Ltd. in London zu verweisen. Die Bestätigung

Seite: 416

für die Richtigkeit dieser Auslegung gaben die Beklagten selber im Artikel vom 24. November 1950. Dass sich die Klägerin das (begründete) Gesuch um Verbot der Verletzung ihrer Markenrechte nicht als gewaltsame Unterdrückung des freien Kaufsrechtes ankreiden lassen muss, liegt auf der Hand.

d) «...die Voranstellung von Trustinteressen gegenüber dem Allgemeininteresse sei die kräftigste Nahrung für jene Ideologien und Armeen, die bisher ein Stück der Welt um das andere überfluten...»

«...entweder wird die freiheitliche westliche Welt mit der Trustseuche fertig oder die Kommunisten mit der trustverseuchten freien Welt...»

«...die Methoden der Trustkommunisten seien von denen der Rotkommunisten nicht sehr verschieden...»

«...Kampf der 5. Kolonne der auslandhörigen Kommunisten Kampf aber auch der 5. Kolonne der auslandhörigen Trusts...»

«...der Kampf, den wir gegen die Trusts und gegen die Trustmethoden führen, ist der Kampf gegen die Wurzeln des Übels, aus denen der Kommunismus erblüht ist. Es ist der Kampf gegen die Waffenlieferanten der Kommunisten, den wir bis zum Ende führen werden...»

Die Berufung findet unglaublich, dass derartige wirtschaftspolitische Programmerkklärungen oder allgemeine Betrachtungen zu Handen der Behörden und Gerichte unzulässig sein sollen. Dazu ist das oben unten lit. a und b Gesagte zu wiederholen. Die Beklagten traten nicht als uninteressierte Wirtschaftsfachleute auf, sondern es ging ihnen um die Anpreisung ihrer Seife. Unter solchen Verhältnissen einem Konkurrenten vorzuwerfen, er leiste durch eigennütziges Gebaren den die

westliche Welt bedrohenden Ideologien und Armeen Vorschub, hat mit einer auf den Prinzipien des Leistungswettbewerbes fussenden Reklame nichts zu tun, sondern offenbart die Absicht, durch Verächtlichmachung des Konkurrenten ans Ziel zu gelangen.

e) «... die Bezeichnung der Klägerin als «Trusttyrann»...»

Darin erblickt die Berufung ein erlaubtes wirtschaftspolitisches Werturteil. Ob als solches der Ausspruch zutrefte, wie behauptet wird, interessiert nicht. Zu beurteilen ist

Seite: 417

seine Zulässigkeit im Wettbewerb. Und dort ist er eine betont verletzende, herabsetzende Äusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a UWG.

f) «... überall erkenne man die Schädlinge...»

Laut Berufung wären mit dieser Bemerkung die Antitrust-Bestrebungen in ausländischen Staaten gemeint. Es ist jedoch unmöglich, in den Texten des Artikels vom 22. September 1950 Spalte 4 und des Artikels vom 24. November 1950 Seite 1 Spalte 4 und Seite 2 Spalte 1 unter den «Schädlingen» nach dem ganzen Zusammenhang die Klägerin nicht mitverstanden zu sehen. Dass der Ausdruck gegenüber einem Wettbewerber unerlaubt ist, lässt die Berufung unbestritten.

g) «...die Schweizergeschichte sei geeignet, darüber aufzuklären, wie der Schweizer gegen jede Bevogtung, insbesondere vom Ausland her, reagiere...»

«...der Schweizer frisst nämlich seinem Unterdrücker nicht aus der Hand...»

«...der Staat werde den Kampf gegen diese Schädlinge letzten Endes aufnehmen müssen...»

«...dass die Vögte ausländischer Herrschaften es sogar wagten, die Presse unter Druck zu setzen und ein Verbot gegen uns zu beantragen, zeigt diese Arroganz in schönster Blüte...»

Die Berufung macht geltend: die erste Äusserung schliesse unmittelbar an die Erwähnung der Methoden an, mit denen der Unilever-Trust in der Schweiz eine eigentliche Monopolstellung erlangt habe; in der zweiten werde mit dem Worte «Unterdrücker» wiederum nur auf die allgemeine wirtschaftspolitische Kritik am Unilever-Konzern angespielt; die dritte umschreibe das Postulat der Antitrust-Gesetzgebung; die vierte sei als wahr belegt durch eine Nummer des «Tagesanzeiger» vom 30. August 1950.

Die Ausdrücke «Bevogtung», «Unterdrücker», «Vögte ausländischer Herrschaften» haben im Zusammenhang der Artikel und Hinweise im «Brückenbauer» vom 1., 8. und 22. September und 13. Oktober 1950, denen die angeführten Sätze entnommen sind, ihre

Seite: 418

unmissverständliche Spitze gegen die Klägerin. Inwiefern diese nach Bevogtung des Schweizervolkes trachte, wird nicht gesagt, dafür umso hinterhältiger im Bilde mit dem Gesslerhut auf der Stange angedeutet. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich gerade wegen der geschichtlichen Bezugnahme um verletzende und herabsetzende Ausfälle handelt. Dasselbe gilt für den Ausdruck «diese Schädlinge», der wie an anderer Stelle (vgl. unter lit f) die Klägerin zumindest mittrifft. Schliesslich gibt die Nummer des «Tagesanzeiger» vom 30. August 1950 keinen Anhalt für die Behauptung eines Versuchs zur Unterdrücksetzung der Presse in der gewählten Form. Dagegen ist im kantonalen Urteil die Rede von einer Mahnung des Anwaltes der Klägerin an die Zeitung. Ob in Hinsicht auf sie der Vorwurf der Beklagten betreffend Druckmethoden berechtigt wäre, entschied die Vorinstanz ausdrücklich nicht, sondern sie beschränkte ihre Missbilligung auf die restliche Äusserung. In der Tat braucht sich die Klägerin nicht als Vogt ausländischer Herrschaften anprangern und Arroganz unterschieben zu lassen, weil sie zu einem ihr offen stehenden Rechtsbehelf griff. Das erlaubte Wirtschaftskritik zu nennen (im Wettbewerb um Seifenabsatz) ist eine Entgleisung.

h) «...der Trust besitze bereits eine «unrühmliche Berühmtheit»...»

Entgegen der Berufung ist diese Äusserung, im Wettbewerb, wiederum kein erlaubtes wirtschaftspolitisches Werturteil, sondern eine gehässige Verletzung des Konkurrenten.

i) «...das einstweilige Verbot, Lux-Seife zu verkaufen, sei u.a. auf Grund einer bewussten Unwahrheit erwirkt worden, verbunden mit dem ehrverletzenden Vorwurf, die USA-Lux-Seife, welche die Beklagten verkauft hätten, sei eine...»

Die Äusserung bezieht sich auf die Haltung der Klägerin im Verfahren vor dem Audienzrichter, wo sie bis zum Herkunftsnachweis bestritt, dass es sich bei der von den Beklagten vertriebenen «Lux»-Seife um amerikanische

Seite: 419

Originalware handle. Die Vorinstanz sah darin eine der häufigen prozessualen Bestreitungen mit Nichtwissen. Die Berufung wirft der Klägerin Bestreitung wider besseres Wissen vor. Es ist aber klar, dass eine Partei im Prozess nicht zur Anerkennung gezwungen, sondern befugt ist, die Gegenpartei den ihr obliegenden Beweis führen zu lassen. Das tut sie eben durch Bestreiten mit Nichtwissen. Hierin liegt sogar dann keine bewusste Unwahrheit, und erst recht nicht die Beschuldigung einer

Fälschung, wenn der Beweisgegner die Möglichkeit hätte, die Richtigkeit der unterstellten Tatsache von sich aus zu erkennen.

k) «...die Klägerin sei eine ausländische Trustfirma...»

Die Berufung beharrt darauf, dass den Beklagten nicht verwehrt werden könne, «einen Trust Trust zu nennen». indessen hat die Vorinstanz nicht die Verwendung des Wortes in seiner sachlichen Bedeutung verpönt, sondern den Klageanspruch deswegen geschützt, weil die Beklagten, und ebenso die regelmässigen Leser ihrer Organe, unter dem Begriff des Trusts ein schlechtweg bössartiges, schädliches Gebilde verstehen. Durchgeht man die Artikelreihe, so drängt sich dieser Eindruck auf. Einen Konkurrenten in der den Beklagten eigenen Weise als einem ausländischen Trust zugehörig zu brandmarken, hat mit Leistungswettbewerbe nichts gemein und liegt sicher unter jenem Anstand, den das UWG beachten wissen will.

3.- Eine unnötig verletzende Veranstaltung hat die Vorinstanz auch darin erblickt, dass die Beklagten nach dem Erlass des vorläufigen Verkaufsverbotes in ihren Ladenräumen i Lux»-Seife ausstellten mit der Aufschrift «Verkauf verboten auf Antrag des Öltrusts».

Dem widersetzt sich die Berufung als einer «Knebelung des freien Wortes»; die Beklagten seien berechtigt gewesen, zum Verbot Stellung zu nehmen und ein Werturteil abzugeben. Mag auch die Klägerin in diesem Punkte etwas überempfindlich erscheinen, so darf ihr doch der Feststellungsanspruch nicht versagt werden. Die

Seite: 420

Bezeichnung «Öltrust» hat in der Anschrift den nämlichen Sinn und die gleiche Spitze gegen die Klägerin wie in den sonstigen Kundgebungen der Beklagten. Und eine anständige oder redliche Vorkehr war es von ihnen gewiss nicht, ein richterliches Verbot wegen glaubhaft gemachter Markenrechtsverletzung zu einem Hieb gegen den Konkurrenten und zur Reklame für sich selber auszunützen.

4.- Nach Massgabe ihrer Feststellungen hiess die Vorinstanz das Unterlassungsbegehren der Klägerin gut. Mit dem Verbot einer Fortsetzung des unlauteren Wettbewerbs verband sie die Androhung der Ungehorsamsstrafen nach Art. 292 StGB. Das hält die Berufung für unstatthaft.

Richtig ist, dass Art. 292 StGB subsidiären Charakter hat (vgl. BGE 73 IV 129, 69 IV 210). Dies bedeutet aber nur, dass eine amtliche Anordnung, deren Nichtbefolgung bereits durch das einschlägige Recht hier das kantonale Prozessrecht - mit Ungehorsamsstrafe bedroht ist, nicht gestützt auf Art. 292 StGB nochmals mit Strafe bedroht werden darf. Die Beklagten behaupten nicht, dass das zürcherische Prozessrecht gemäss der in Art. 335 Abs. 2 StGB eingeräumten Befugnis den richterlichen Befehl und namentlich das Unterlassungsurteil gegen Nichtbefolgung mit einer besonderen kantonalen Strafnorm schütze, wie es beispielsweise das bernische Recht tut (vgl. Art. 403 und 404 der ZPO in der Fassung von Art. 65 des EG zum StGB). Vielmehr wenden sie ein, dass die spezielle Strafsanktion von Art. 13 UWG Platz greife. Allein der Tatbestand dieser Bestimmung ist die Verletzung des Wettbewerbsrechts, während derjenige des Art. 292 StGB in der Missachtung des richterlichen Befehls liegt. Beide Verfehlungen werden zwar durch dasselbe Verhalten begangen. Sie verstossen jedoch gegen verschiedene Bestimmungen. Es liegt Idealkonkurrenz vor.

Nun wird allerdings die Auffassung vertreten, eine durch das Strafgesetz bedrohte Handlung oder Unterlassung könne nicht ausserdem noch zum Gegenstand einer

Seite: 421

Strafandrohung in einem zivilprozessualen Vollstreckungstitel gemacht werden (vgl. z. B. GROSS, De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires, Diss. Lausanne 1934 S. 65/70). In diesem Sinne wird im RGEZ 77 S. 222/3 ausgeführt: «Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum»; woraus gefolgert wird: «Eine zivilrechtliche Klage auf Unterlassung der unter öffentliche Strafe gestellten Handlung ist zu versagen». Entsprechend entschied das Zürcher Obergericht (vgl. ZR 17 Nr. 152). Immerhin macht das Reichsgericht eine Ausnahme: «Der Grundsatz mag nicht gelten, wo auf eine unerlaubte Handlung zwar eine öffentliche Strafe angedroht, die Strafverfolgung aber vollständig der Willkür der verletzten Privatperson anheimgegeben ist (Privatklage) aber er greift durch, wo die öffentliche Gewalt die Strafverfolgung des Täters selbst betreibt». Danach wäre beim unlauteren Wettbewerb, weil er ein Antragsdelikt ist, die zivile Strafandrohung möglich. Indessen ist grundsätzlich für die Konkurrenz mehrerer Strafbestimmungen belanglos, ob die Widerhandlung von Amtes wegen oder auf Antrag verfolgt wird. Höchstens wäre zu sagen, dass wo ein Officialdelikt in Frage steht, eine zusätzliche Verfolgung auf Antrag gemäss der Strafdrohung des Vollstreckungstitels praktisch als unnötig erscheint (vgl. einen solchen Fall in ZBJV 65 S. 332). Doch lässt sich nicht verkennen, dass die besondere zivilprozessuale Androhung neben der allgemeinen des Strafgesetzes den Schutz des durch Zivilurteil gewährten Rechtsgutes erheblich zu verstärken geeignet ist, weshalb ein Bedürfnis danach besteht, das eine hinlängliche

Rechtfertigung bildet. Denn das zivile Gebot oder Verbot unter Strafandrohung hat eine über die bloss strafrechtliche Drohung weit hinausgehende vorbeugende Wirkung, nicht nur kraft des ausdrücklichen richterlichen Erlasses, sondern auch vermöge der auf den gegebenen Fall

Seite: 422

zugeschnittenen und genauen Umschreibung der Widerhandlung, während im Prozess um die Anwendung der strafgesetzlichen Vorschrift die Strafbarkeit des Tatbestandes in jeder Beziehung unpräjudizierter Prüfung unterliegt. Aber wie dem auch sei, ist für die konkreten Verhältnisse festzuhalten, dass das eidgenössische Zivilrecht in Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG den Unterlassungsanspruch gibt und damit das richterliche Unterlassungsurteil vorsieht, zu dessen Vollstreckung nur Strafandrohung dienlich ist. Andererseits stellt der eidgenössische Strafgesetzgeber in Art. 292 StGB den Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen unter Strafe und verleiht zudem in Art. 335 Abs. 2 StGB noch dem kantonalen Gesetzgeber die Befugnis, die Übertretung kantonaler Prozessvorschriften mit Strafe zu bedrohen. Endlich erhebt das UWG in Art. 13 das zu unterlassende rechtswidrige Verhalten zur strafbaren Handlung. Es ist nicht einzusehen, inwiefern bei dieser Ordnung die zivilprozessuale Strafandrohung einer konkurrierenden strafrechtlichen zu weichen hätte, zumal die Anwendung beider keine Schwierigkeiten bereitet, sondern sich in die dem Strafrecht geläufige Erscheinung der Idealkonkurrenz einordnet, wobei auch die Strafschärfung nach Art. 68 StGB ihren guten Sinn haben wird.

5.- Schadenersatz und Genugtuung hat die Vorinstanz der Klägerin im Ermessensbetrag von Fr. 5000.- zuerkannt. Die Berufung vermisst jegliche Schadenssubstanziierung. Die Klägerin wäre verpflichtet gewesen, wenigstens Anhaltspunkte für die Schadensermittlung zu liefern. Es sei sehr wohl möglich, dass ihr die ganze Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit einen Umsatzzuwachs gebracht habe.

Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist eine Schädigung ohne weiteres zu vermuten. Ihm jedenfalls entspricht der Gedanke nicht, dass die Klägerin Nutzen aus den groben Angriffen gezogen haben könnte, sondern von den letzteren ausgegangen drängt sich die gegenteilige Überzeugung zwingend auf. Alsdann bedarf es des

Seite: 423

Vorbringens näherer Anhaltspunkte nicht mehr. Bei Bestimmung des Ersatzes hat die Vorinstanz, in Anbetracht der Schwere und der wahrscheinlich nachhaltigen Wirkung der fortgesetzten Wettbewerbsverletzung sowie der Vermögensverhältnisse der Beklagten, mit der zugesprochenen Summe ihr freies Ermessen keineswegs überschritten.

6.- Schliesslich hat die Vorinstanz die Veröffentlichung des Urteils im «Schweizerischen Handelsamtsblatt», im «Brückenbauer», in der «Tat» und in der «Zeitung in der Zeitung» verfügt. Die Berufung möchte die Massnahme auf den «Brückenbauer» eingeschränkt wissen; sie verweist auf die Publikations-Dispositive der bundesgerichtlichen Urteile vom 1. April 1952 i. S. SAIS/Migros und vom 12. Februar 1952 im Markenrechtsprozess der heutigen Parteien. Die Klägerin antwortet, die Beklagten hätten zum Publikationsbegehren in den Rechtsschriften nicht Stellung genommen. Das ist richtig. Deshalb bleibt nur, auf das Wissen der Vorinstanz abzustellen, die offenbar voraussetzte, dass die widerrechtlichen Äusserungen auch in den erwähnten Zeitungen ihren Widerhall gefunden hatten. Damit erweist sich die Publikationsauflage im angeordneten Umfange als begründet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 1953 bestätigt