

BGE 32 II 360

Bundesgericht (BGE), 1906-02-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_32_II_360

FR: ATF 32 II 360

IT: DTF 32 II 360

Volltext

47. Arteil vom 16. Juni 1906 in Sachen Syndikat für die Interessen der schweizerischen Pharmacie, Bekl. u. Haupt=Ber.=Kl., gegen Société coopérative des pharmacies populaires de Genève, Kl. u. Anschl.=Ber.=Kl. Boykott; Widerrechtlichkeit. Schadenersatz und Genugtuung. Art. 50, 51, 55 OR. A. Durch Urteil vom 20. Februar 1906 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen über die Rechtsfrage der Klägerin: Ist nicht gerichtlich zu erkennen: „1. Es habe die Beklagte der Klägerin 12,000 Fr., eventuell „die nach richterlichem Ermessen festgestellte Summe, sowie 5 0 „Zins seit 28. Dezember 1903 anzuerkennen und zu bezahlen: „2. Es sei die Klägerin berechtigt erklärt, auf Kosten der Be- „klagten das in dieser Angelegenheit gefällte Gerichtsurteil in der „„Schweizer Wochenschrift für Chemie und Pharmacie“ und wei- „teren vom Gerichte bezeichneten drei schweizerischen Zeitungen zu „publizieren? und die Gegenrechtsfrage der Beklagten: „Ist nicht die Klage in allen Teilen abzuweisen?“ erkannt Die Klage ist im Betrage von 500 Fr. nebst 50 Zinsen seit 28. Dezember 1903 geschützt und ist die Klägerin berechtigt, einen vom Gericht zu bestim menden Auszug aus diesem Urteil einmal in einer von ihr zu wählenden Zeitung auf ihre, der Klägerin, Kosten zu publizieren; im übrigen ist die Klage abgewiesen. B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage in allen Teilen abzuweisen. C. Die Klägerin hat sich der Berufung innert nützlicher F angeschlossen und unter Bestreitung der von der Beklagtschaft gestellten Begehren beantragt: 1. Es sei, wenn auch nicht die eingeklagte, so doch eine redu- zierte angemessene Summe als Ersatz des Schadens und der Unbill zu sprechen, und zwar in Anwendung sowohl des Art. 50 als des Art. 55 OR. 2. Es sei eventuell auch bloß vom Gesichtspunkt des Art. 55 OR aus die vom st. gallischen Kantonsgericht gesprochene Summe angemessen zu erhöhen. 3. Es sei der Klägerin gemäß Begehren 2 der Klageschrift die Publikation des Urteils zu gestatten. D. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheißung der eigenen und Abweisung der geg- nerischen Berufung angetragen. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Im Februar 1891 ergriff ein Komitee in Genf die Ini- tiative zur Gründung von „Volksapotheken“, nach Art der da- mals in Brüssel bestehenden Institute; es richtete zu diesem Zwecke ein Zirkular an alle Genfer Krankenkassen (Sociétés de secours mutuels). Darin war u. a. gesagt: « Nous venons... » vous proposer de faire à Genève ce qui a été fait à » Bruxelles. ... et cela non dans le but de créer une source » de bénéfice pour les Sociétés de secours mutuels, mais pour soulager nos sociétaires malades. ... Ces pharmacies AS 32 II — 1906

» seraient accessibles à tous, en ce sens que les sociétaires » et les membres de leurs familles bénéficieront seuls du tarif réduit. ... Il n'en serait pas de même pour les per- » sonnes n'appartenant pas à une Société de secours mu- » tuels. Ce n'est donc pas une concurrence que nous voulons établir; c'est un soulagement que nous voulons apporter » à nos sociétaires malades et à leurs familles. ... C'est là » une œuvre éminemment

philanthropique. » In einem spätern Zirkular des Initiativkomitees, vom 21. Mai 1891, war bemerkt: « Pour les sociétés, ce n'est donc qu'un changement » de placement de fonds, tout en créant une œuvre avanta geuse à ses membres en supprimant un intermédiaire et en » obtenant ses médicaments à un prix plus rationnel que par » le passé. » Die « Société de pharmacie du canton de Genève » warnte die Initianten vor einer derartigen Gründung als aussichtslos und machte den Krankenkassen Vorschläge betreffend Tarifiereduktion. Allein am 30. September 1891 konstituierte sich die « Société de pharmacie populaire de Genève », bestehend aus den Sociétés de secours mutuels, als Aktiengesellschaft. Laut den Statuten vom 2. Mai 1894 wandelte sich diese Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft um. In Art. 3 dieser Statuten ist als Zweck der Genossenschaft — der heutigen Klägerin — angegeben: « de fournir aux sociétés de secours » mutuels ainsi qu'à leurs membres et au public en général » des médicaments dans les meilleures conditions de qualité » et de prix. » Gemäß Art. 11 sind Mitglieder alle bisherigen Gesellschaften, die Aktionäre der Aktiengesellschaft waren, und es ist beigefügt: « Pourra être reçu membre toute société philanthropique. » Seit Bestehen der Aktiengesellschaft wurden in Genf fünf Volksapotheken der Klägerin gegründet und in Betrieb gesetzt. Als nun in den Jahren 1901 und 1902 auch in Schaffhausen und Chaux-de-Fonds Volksapotheken ins Leben gerufen wurden, begegneten die Volksapotheken einer heftigen Opposition seitens der schweizerischen Apotheker, die in jenen eine Gefahr für ihren Stand und ihre Interessen erblickten. Im Jahre 1902 kam infolge dieser Vorgänge das „Syndikat für die Interessen der schweizerischen Pharmacie“ zustande, als Genossenschaft im Sinne des 27. Titels des OR — die heutige Beklagte. Laut seinen Statuten verfolgt dieses Syndikat „den allgemeinen Zweck, diejenigen Vorkehren zu treffen, die zur Wahrung der Interessen „der schweizerischen Pharmacie geeignet sind.“ Als besondere Zwecke sehen die Statuten, Art. 2, vor: „1. Die organische Ordnung der Beziehungen zwischen den schweizerischen Apothekern „und ihren Lieferanten und den Erlaß von Vorschriften, welche „die Syndikatsmitglieder im Verkehre zu beobachten haben (Syndikatsreglement); 2. Die sachgemäße Intervention bei Gründung „solcher neuer Apotheken und verwandter Geschäfte, für die kein „lokales Bedürfnis besteht im besondern, und bei Handänderungen „derartiger Geschäfte überhaupt; 6. Die Einrichtung eines zentralen Informationsbureaus zum Zwecke der Plazierung des Apothekerpersonales, sowie zum Zwecke der Vermittlung des An- und „Verkaufes von Apotheken „und verwandter Geschäfte.“ Laut Art. 4 der Statuten steht der Beitritt zum Syndikat offen „den in der Schweiz praktizierenden Apothekern, ihren Lieferanten, den in der Schweiz bestehenden Apothekervereinen und sonstigen Interessenten der Pharmacie“. Das konfidentielle „Reglement“ des Syndikates zählt als „Rechte und Pflichten der Mitglieder“ auf: „§ 8. Die Mitglieder des Syndikates verpflichten sich, „weder direkt noch wissentlich indirekte geschäftliche Verbindungen „mit bestehenden oder in Gründung begriffenen Genossenschaftsapotheken anzuknüpfen oder zu unterhalten. § 9. Die Mitglieder verpflichten sich, dem Vorstand und speziell dem Verwalter die für die Syndikatsinteressen nötigen Auskünfte über „Personalien, Verhältnisse und Vorkommnisse zu geben, sowie „von sich aus Meldung zu machen über Mutationen im diplomierten Personal der Geschäftsleitung oder Vorkommnisse, die „zu kennen dem Syndikat von Nutzen sein könnten. § 10. „Die Mitglieder der Apothekerbranche verpflichten sich, keine Bezüge bei solchen Lieferanten zu machen, welche sich geweigert „haben, dem Syndikat beizutreten oder keine formelle, vom Vorstand als genügend erachtete Erklärung abgegeben haben, an die „bestehenden oder in Gründung begriffenen Genossenschaftsapotheken weder direkt noch wissentlich indirekt

zu liefern... § 11. „Die diplomierten Apotheker des Syndikates verpflichten sich, „keine Verwalter= oder sonstigen Stellen in einer Genossenschafts- „apotheke anzunehmen, sowie ihre Apotheken keiner Genossenschaft „oder deren Stroh Männern zu verkaufen, ohne im Falle einer „Existenzfrage die Beihilfe des Syndikates nachgesucht zu haben.... „§ 12. Die Mitglieder des Syndikates, welche Inhaber oder „Verwalter einer Apotheke sind, verpflichten sich, keine Assistenten „oder Verwalter anzustellen, welche in einer Genossenschaftsapo- „theke Stellung angenommen und versehen haben, wenn nicht der „Vorstand aus besondern Gründen über jeden einzelnen Fall ent- „scheidet.“ Der in diesem Reglement als Zweck des beklagten Syndikats vorgesehene Boykott wurde in die Tat umgesetzt, und daraufhin hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben, mit der sie vor der II. Instanz die aus Fakt. A ersichtlichen, auf Art. 50 und 55 OR gestützten Rechtsbegehren gestellt hat. Die II. Instanz hat, nachdem sie ursprünglich die Klage wegen man- gelnder Deliktsfähigkeit und also mangelnder Partei= und Pro- zeßfähigkeit der Beklagten abgewiesen hatte, dieses Urteil aber durch Entscheid des Bundesgerichts vom 15. Dezember 1905 (AS 31 II Nr. 90 S. 707 ff.) aufgehoben worden war, nun- mehr in ihrem eingangs mitgeteilten Urteile die Klage im Gegen- satze zur I. Instanz grundsätzlich gutgeheißen, also im Vorgehen der Beklagten eine Widerrechtlichkeit erblickt. 2. Mit den Vorinstanzen ist in erster Linie zu prüfen, ob die Handlungen des beklagten Syndikates, die zum Klagefundament gemacht sind, sich als unerlaubte Handlungen im Sinne der Art. 50 ff. OR darstellen, d. h., gemäß der allgemeinen Begriffs- bestimmung in Art. 50, objektiv widerrechtlich seien.“ Daß die Schädigung vorsätzlich, absichtlich, zugefügt ist, bedarf keiner wei- tern Erörterung. Als widerrechtlich kann dabei von vornherein nur in Betracht kommen der von der Beklagten gegenüber der Klägerin durchgeführte Boykott; nicht etwa überhaupt die Grün- dung des beklagten Syndikats und dessen in Art. 2 seiner Sta- tuten ausgedrückte Zweck im allgemeinen, die durchaus erlaubt sind und vor der Rechtsordnung bestehen. (Vgl. hiezu BGE 31 II S. 914 f. Erw. 4; ferner RGZ 38 S. 157 ff.) Was nun den Boykott betrifft, so steht zunächst fest, daß etwa besondere straf= oder privatrechtliche Normen im kantonalen StG darüber nicht bestehen, die Frage der Widerrechtlichkeit daher einzig und allein an Hand der Art. 50 ff. OR zu prüfen ist. Die I. Instanz hat die Widerrechtlichkeit verneint, mit der Ausführung: Zunächst liege in der Vereinbarung, an die Genossenschaftsapo- theker nicht mehr zu liefern, und von Lieferanten, welche dem Syndikat nicht beigetreten, nicht mehr zu beziehen, keine Ver- letzung eines subjektiven Rechtes der Klägerin; denn diese habe kein „allgemeines Recht“ darauf, daß irgend einer der Lieferanten die Bestellungen annehme und ausführe; das folge aus der Gewähr- leistung der Handels= und Gewerbefreiheit in Art. 31 BV. So- dann liege im Vorgehen der Beklagten auch keine Verletzung der „objektiven Rechtsordnung“: das geltende Recht kenne keine Norm, nach welcher der Beklagten verboten gewesen wäre, zu vereinba- ren, an die Genossenschaftsapotheken nicht mehr zu liefern oder von Nichtmitgliedern des Syndikats nicht mehr zu beziehen. Der gegen die Lieferanten allerdings ausgeübte Zwang sei ebenfalls nicht widerrechtlich, da er lediglich auf der Geltendmachung der größern wirtschaftlichen Macht der Beklagten beruhe und nur „die wirtschaftliche, nicht aber die persönliche Freiheit des Einzelnen“ berühre; unerlaubte Mittel habe die Beklagte nicht angewendet und deren Anwendung werde auch gar nicht behauptet. Die II. Instanz führt zunächst aus, das beklagte Syndikat sei an sich erlaubt, und auch die Statuten enthalten keine Widerrechtlichkeit. Es könne sich nur fragen, ob nicht „Ausschreitungen oder Miß- bräuche“ vorliegen, die die Handlungen des Kartells zu unerlaub- ten gestalten. Von solchen denkbaren Ausschreitungen und Miß- bräuchen falle die eine denkbare: die

wucherische Preispolitik, hier außer Betracht, ganz abgesehen davon, daß die Klägerin kaum legitimiert wäre, sie geltend zu machen. Dagegen handle es sich nun um einen Boykott mit Beitrittszwang. Die II. Instanz führt nun zunächst aus, daß der Boykott nicht durch Art. 31 BV verboten sei und daß diese Verfassungsbestimmung überhaupt in zivilrechtlichen Verhältnissen nicht angerufen werden könne. Des weitern untersucht sie die Widerrechtlichkeit des Boykotts an Hand der Art. 50 und 55 ON. Hierbei stellt sie zunächst fest, daß, so wenig darin, daß ein Einzelner es ablehne, mit einem andern in wirtschaftlichen Verkehr zu treten, eine Widerrechtlichkeit liege, eine

solche ebensowenig gefunden werden könne in der Verbindung Mehrerer zu diesem Zwecke. Dagegen werde eine solche Handlung widerrechtlich, wenn unerlaubte Mittel angewendet würden. Als solche fallen in Betracht Zwang und Drohung (Furchterregung). Die Drohung an die Lieferanten, mit ihnen den Geschäftsverkehr abzubrechen, falls sie nicht dem beklagten Syndikat beiträten oder befriedigende Erklärungen abgäben, erachtet nun die II. Instanz als unerlaubt. Dies deshalb, weil dadurch der Lieferungssperre ein genereller Charakter verliehen werde, eine solche Lieferungssperre aber den ganzen wirtschaftlichen Verkehr und damit die wirtschaftliche Existenz der Klägerin untergrabe. In einem derart ausgedehnten Boykott müsse, nach dem Maß des Eingriffes, ein unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin erblickt werden. 3. Aus dieser Wiedergabe der Begründungen der Vorinstanzen erhellt zunächst, daß sich beide hinsichtlich des Begriffes der Widerrechtlichkeit insofern auf einen richtigen, der Praxis des Bundesgerichts entsprechenden Boden gestellt haben, als sie zur Widerrechtlichkeit erfordern einen Eingriff in ein subjektives Recht oder Rechtsgut der Klägerin oder eine Verletzung eines Gebotes der Rechtsordnung. Dagegen vermag die Begründung der II. Instanz insofern nicht zu befriedigen, als sie die Widerrechtlichkeit in dem Verhalten des beklagten Syndikates gegen Dritte — die Lieferanten — erblickt, diese Widerrechtlichkeit dann aber wiederum herleitet aus dem Maße der der Klägerin zugefügten Schädigung worin doch offenbar ein *circulus vitiosus* liegt. Kann so dem zweitinstanzlichen Urteile in seiner Begründung nicht beigetreten werden, so ist nunmehr vom Boden der vom Bundesgericht adoptierten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aus zu bemerken: In seinem Urteile vom 30. März 1896 in Sachen Vögtlin gegen Geißbühler u. Consorten (AS 22 Nr. 32 S. 183 ff. Erw. 6, speziell 184 f.) hat das Bundesgericht ein Individualrecht des Gewerbetreibenden anerkannt „auf freie Ausübung des Gewerbes, kraft dessen er Eingriffe Dritter in die auf den natürlichen Lebensverhältnissen beruhenden Beziehungen seines Geschäftsverkehrs nicht zu dulden braucht“, „ein auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Verkehr gehendes Individualrecht“, und in der Abhaltung von Kunden oder Lieferanten durch Drohung oder Zwang eine Verletzung dieses Individualrechtes erblickt. Wenn nun auch jene Annahme eines Individualrechts auf freie Ausübung des Gewerbes in dem in jenem Urteile entwickelten Sinne zu weit geht (s. darüber Liechti, Die Verurtheilungen im modernen Erwerbsleben, S. 101 ff.), so ist doch daran festzuhalten, daß ein Individualrecht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit anzuerkennen ist, das jeder Person — der juristischen wie der natürlichen — zukommt und die Grundlage des Nebeneinanderlebens der Menschen in der Rechtsordnung bildet; und eine der Seiten dieser Achtung und Geltung ist die Achtung und Geltung im wirtschaftlichen, im Geschäftsverkehr. Existiert aber ein solches Recht, so sind gewiß auch Verletzungen desselben denkbar. Eine Verletzung kann bei einem Gewerbetreibenden nämlich darin liegen, daß dessen wirtschaftliche Existenz durch direkten Angriff bedroht wird mit Hilfe von Mitteln, die an sich geeignet sind, die Vernichtung jener Existenz herbeizuführen. Al-

lerdings ist bei der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung, die im gewerblichen Leben das freie Spiel der Kräfte zur Grundlage hat, die Schädigung des Andern durch Konkurrenz an sich erlaubt. Aber diese Schädigung darf nicht ausgehen auf eine direkte Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Andern und nicht bewirkt sein durch Mittel, die einen direkten Angriff gegen deren Achtung und Geltung im gewerblichen Verkehr bedeuten und an sich geeignet sind, diese wirtschaftliche Persönlichkeit zu vernichten. Ein Lieferungsboykott nun, wie der vorliegende, mittelst dessen dem Gewerbetreibenden alle Bezugsquellen abgeschnitten werden wollen, und eine Arbeitersperre, die ausgeht auf Entzug aller Arbeitskräfte des Gewerbetreibenden, ist direkt gerichtet gegen die wirtschaftliche Existenz des so Angegriffenen in ihrem ganzen Umfang. Es handelt sich dabei nicht mehr um eine bloße Erschwerung der Existenz, auch nicht um einen Angriff der wirtschaftlichen Persönlichkeit in einzelnen ihrer Äußerungen, sondern um einen direkten Angriff auf die wirtschaftliche Existenz selbst, und ein derartiger Angriff verletzt jenes Individualrecht auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Er ist aber auch weiter, abgesehen von diesem subjektiven Recht oder

Rechtsgut, objektiv durch die Rechtsordnung nicht geschützt. Zwar ist der Vorinstanz darin beizustimmen, daß nicht etwa Art. 31 BV vom Boykottierten angerufen werden kann mit der Behauptung, der Boykott verletze überhaupt den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit: eine Anrufung jener Bestimmung kann in zivilrechtlichen Verhältnissen nicht Platz greifen, weil jene Verfassungsbestimmung, wie sich aus ihrer historischen Entwicklung erklärt, nur einen Schutz gewährt gegen Eingriffe der Behörden. (Liechti, a. a. O. S. 62 f.; Burckhardt, Komm. z. BV, 2 f. u. die dort angeführten Entscheide des Bundesgerichts.) Aus dem gleichen Grunde kann sich aber auch die Beklagte nicht auf jene Bestimmung stützen und daraus ihre Freiheit, sich zum Syndikat und zum Boykott zu vereinigen, herleiten; auch ihr gegenüber ist ja von einem Eingriff seitens von Behörden keine Rede und ihr Gewerbebetrieb an sich, wenn man von einem solchen überhaupt reden könnte, steht keinesfalls in Frage. Es ist vielmehr, wie auch die II. Instanz richtig getan hat, zurückzugehen auf das Wesen und den Zweck der derzeit geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung. Nach dieser Rechtsordnung ist, ganz allgemein gesprochen, der Freiheit des Einzelnen überall die Schranke gesetzt, daß auch die Freiheit der Andern dabei bestehen können. Hieraus folgt aber, daß die Ausübung der Rechte und die Betätigung der menschlichen Freiheit in einer Weise erfolgen muß, die auch dem Mitmenschen die Betätigung seiner Rechte und seiner Freiheit ermöglicht. Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines Andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch des Rechtes und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; Recht schlägt dann in Unrecht um, und es handelt sich nicht mehr um die erlaubte Ausübung des Rechtes, sondern um Rechtsmißbrauch. (Siehe hierzu: Stammler, Das richtige Recht, S. 442 ff.; 483 ff.) Diese aus dem Wesen und Zweck der Rechtsordnung selber folgenden Grundsätze können nicht zurückgewiesen werden unter Berufung darauf, daß erlaubt sei, was nicht verboten ist, und das insbesondere auf die Ausübung des Rechtes und der allgemeinen Freiheit zutreffen, und daß eine derartige Auslegung des geltenden Rechtes dem Gesetze schon deshalb widerstreite, weil dieses den Verstoß gegen die „guten Sitten“ nicht als unerlaubt hinstelle. Was jene erste Einwendung betrifft, so geht sie von einer viel zu engen Auslegung des Gesetzes aus, die dem Grund der Rechtsordnung nicht gerecht wird. Die ganze Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen der illoyalen Konkurrenz hat sich ja auch lediglich an Hand des Art. 50 OR und auf Grund ähnlicher Gedankengänge entwickelt. Und hinsichtlich der

zweiten Einwendung ist zu bemerken, daß allerdings das deutsche BGB in § 826 eine Vorschrift, ent- hält, wonach zu Schadenersatz verpflichtet auch die gegen die „guten Sitten“ verstoßende Handlung, nicht nur die Handlung, die widerrechtlich im Sinne des Art. 823 eod. ist, — und daß der Entwurf zur Revision des schweiz. OR für nötig gefunden hat, eine analoge Bestimmung aufzunehmen (§ 1058 Abs. 2). Allein der Schluß darauf, daß im geltenden Rechte eine Anwendung der entwickelten Rechtssätze keinen Boden fände, wäre verfehlt. Denn einmal bedarf es zur Begründung der vorstehend aufgestellten Rechtssätze einer Berufung auf die „guten Sitten“ durchaus nicht notwendig, wie denn überhaupt dieser Begriff als Rechtsbegriff erst noch seinerseits näherer Umschreibung bedürftig ist. Sodann aber finden sich auch im geltenden Rechte schon die Keime, welche auf die hier festgestellte Schranke der Rechtsausübung hinweisen. Der Rechtssatz des Art. 17 OR, wonach Verträge, welche widerrechtlich oder unsittlich sind, vor dem Rechte nicht Stand halten, ist nur der Ausfluß eines allgemein geltenden Prinzipes, das nun hier angewendet wird auf die Ausübung der Rechte und die Be- tätigung der Freiheit in andern als Vertragsverhältnissen; handelt sich um eine Fortbildung dieses, der Rechtsordnung sich immanenten Grundsatzes. (Vgl. dazu Kohler, Enz. 1 S. 709. Ferner Zürcher, Die Grenzen der Vertragsfreiheit, S. 98 ff., 103.) Übrigens hat das Bundesgericht selbst von jeher auch den Grundsatz anerkannt, daß Rechte nicht zur bloßen Schikane aus- geübt werden dürfen, vgl. AS 25 II S. 803 f. Erw. 6; und es handelt sich im vorliegenden Falle lediglich um ein Wei- terbauen auf diesem Boden. Das Bundesgericht befindet sich denn auch, indem es sich auf den hier eingenommenen Boden stellt, im Einklang mit der Rechtsprechung und Doktrin anderer Kultur-

staaten, die teilweise von andern Gesichtspunkten aus zum gleichen Resultate gelangen. (Vgl. hiezu auch: Mereier, in Schweiz. Zeitschr. f. StrR 17 S. 436 f.; RGZ 48 S. 124 ff.; 51 S. 369 ff., spez. 384 f.; 57 S. 418 ff., spez. 427 ff.) 4. Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß ein Boykott jedenfalls dann widerrechtlich ist — mag man von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie (Eingriff in subjektive Rechte und Rechtsgüter oder in die objektive Rechtsordnung) oder von der subjektiven (Schä- digung ohne Recht oder in Mißbrauch eines Rechtes) ausgehen -, wenn er gerichtet ist auf die volle Vernichtung und Unter- grabung der Existenz des Boykottierten. Im vorliegenden Fall nun kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß der Boykott auf dieses Ziel gerichtet ist. Es ist aber auch unbestreitbar, daß die von der Beklagten angewendeten Mittel an sich geeignet wa- ren, dieses Ziel zu verwirklichen, und das genügt zur Annahme der Widerrechtlichkeit, da dem Angegriffenen nicht zugemutet wer- den kann, den widerrechtlichen Angriff passiv über sich ergehen zu lassen und erst bei wirklich eingetretener schwerer Schädigung den Schutz des Richters anzurufen. Die Einwendung der Beklagten, eine Schädigung der Klägerin sei überhaupt nicht erfolgt, der Boykott sei wirkungslos geblieben, hält daher nicht Stich. 5. Dagegen wendet nun die Beklagte weiter ein, sie habe sich gegenüber der Klägerin in rein defensiver Stellung befunden; sie sei es, die ihrerseits durch die Klägerin in ihrem Gewerbebetrieb gestört worden sei, und sie habe sich nun nur zur Abwehr gerü- stet. Die Beklagte scheint sich damit auf den Standpunkt zu stellen, sie habe in Notwehr gehandelt; und wenn diese Behaup- tung richtig wäre, so würde allerdings die Widerrechtlichkeit ihres Tuns ausgeschlossen sein, da Notwehr gemäß Art. 56 OR die Widerrechtlichkeit ausschließt. Als Notwehr im Sinne dieser Ge- setzesbestimmung hat das Bundesgericht, in Übereinstimmung mit dem wissenschaftlichen Begriff der Notwehr in der neuern Straf- rechtsdoktrin, den es zu Grunde gelegt hat, definiert (AS 25 II S. 29 f.) „die Abwehr, welche erforderlich ist, um einen gegen- wärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder

einen andern abzuwenden“. Danach ist allerdings denkbar, daß auch die Beklagte in ihren Geschäftsbeziehungen Notwehr anrufen könnte, dann nämlich, wenn die Klägerin ihrerseits ihr gegenüber einen rechtswidrigen Angriff begangen hätte und dieser Angriff „gegenwärtig“, d. h. zur Zeit der Notwehrhandlung der Beklagten bestehend wäre. Allein ein rechtswidriger Angriff der Klägerin liegt nun nicht vor. Die bloße Tatsache der Gründung der Volksapotheken und die dadurch erfolgte Eröffnung einer Konkurrenz war an sich allerdings geeignet, eine Schädigung der Privatapotheken zu bewirken, allein sie stellte sich als erlaubte Konkurrenz dar, zumal nachdem einmal die Versuche der Privatapotheker in Genf bei den Administrativbehörden, die auf Aufhebung der Volksapotheken gerichtet waren, endgültig gescheitert waren (Entscheid des Bundesgerichtes vom 26. März 1903), und die Privatapotheker hatten sich diese Konkurrenz an sich gefallen zu lassen. Wenn sich sodann die Beklagte darauf beruft, die Klägerin habe selber in ihrem Zirkular vom 21. Mai 1891 davon gesprochen, es müssen die Zwischenhändler ausgeschaltet werden, so ist zwar richtig, daß die Tendenz der Klägerin darauf ausgeht, den Privatapotheker auszuschalten; indessen etwas widerrechtliches kann hierin allein nicht gefunden werden. Denn es kann nach allen Verhältnissen des Falles keine Rede davon sein, daß die von der Klägerin angewendeten Mittel geeignet wären, die wirtschaftliche Existenz der Privatapotheken anzugreifen und zu untergraben, und es ist denn auch eine solche Behauptung von Seite der letztern gar nicht aufgestellt worden. Daß übrigens die Klägerin die Sociétés de secours mutuels verpflichtet habe, nur bei den Volksapotheken zu beziehen, ist nicht erwiesen, und jedenfalls ist ein Beitrittszwang, mit Ausnahme bei einer Gesellschaft, nicht festgestellt. Des weitern glaubt die Beklagte zu ihrem Vorgehen berechtigt zu sein, weil die Klägerin illoyale Mittel im Konkurrenzkampfe verwendet habe, namentlich unrichtiger Weise angegeben habe, ihre Preise seien niedriger als die der Privatapotheker, und sie sei ein philanthropisches Unternehmen. Es mag — entgegen der II. Instanz, die die Frage der Legitimation der Beklagten zur Anrufung dieses Grundes offen lassen will — zugegeben werden, daß die Beklagte legitimiert ist, das Geschäftsgebahnen der Klägerin als Verteidigungsgrund anzurufen, sei es, um damit darzutun, daß sie überhaupt nicht (objektiv) widerrechtlich gehandelt habe, sei es, um

ein größeres Verschulden der Klägerin darzutun, wie sich denn der Boykottierende wohl überhaupt allgemein darauf berufen kann, er habe in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt. (Vgl. hiezu speziell Zürcher, a. a. O. S. 103.) Allein die Tatsache illoyaler Konkurrenz der Klägerin ist nicht erwiesen, und der einzige Beweissatz, den die Beklagte dafür aufgestellt hat: daß durch Angestellte der Klägerin in einzelnen Fällen zu teuer verkauft worden sei, genügt, wie die Vorinstanz richtig ausführt, nicht zum Beweise einer illoyalen Konkurrenz. Sodann ist der Vorinstanz auch darin beizustimmen, daß nicht eine illoyale Konkurrenz der Klägerin das treibende Motiv zum Boykott war — andernfalls hätte die Beklagte die Klägerin vielleicht auffordern können und dürfen, diese illoyale Konkurrenz (die genau zu bezeichnen gewesen wäre) zu unterlassen —, sondern treibendes Motiv war lediglich die Beseitigung der unbequemen Konkurrenz. Alle Verteidigungsgründe der Beklagten, die darauf gerichtet sind, den Ausschluß der (objektiven) Widerrechtlichkeit oder des Verschuldens (im Sinne des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit) oder eine Rechtswidrigkeit und ein Verschulden der Klägerin darzutun, halten daher nicht Stich. 6. Die Folge der widerrechtlichen Handlung der Beklagten ist zunächst gemäß Art. 50 OR die Ersatzpflicht für den dadurch zugefügten materiellen Schaden. Als Schadensfaktoren hat die Klägerin geltend gemacht: a) Schaden wegen entgangener Bonifikation; b) Zahlung von Kommissionen an die sog. intermédiaires

2000 Fr.; c) Schadenersatz für Mehrarbeit, Zeitverlust und Erschwerung der Engagements von Angestellten 2000 Fr. Die I. Instanz hatte auch dieses Requisit einer Schadenersatzklage aus Art. 50 OR als nicht erfüllt betrachtet mit der Ausföhrung, es fehle an einer substantiierten Schadensbehauptung und an rechtsgenügenden Beweisanträgen hiefür. Die II. Instanz hat hinsichtlich der Schadensfaktoren a und b den Beweisantrag der Klägerin: Berufung auf Fakturen und Bücher, jedoch mit der ausdrücklichen Weigerung der Beklagten deren Einsicht zu gestatten, als prozessualisch unzulässig erklärt und ist aus diesem Grunde dazu gelangt, den Nachweis des Eintrittes des Schadens als nicht erbracht anzusehen. Hinsichtlich Schadensposten c führt sie aus, die Klägerin habe keineswegs bewiesen, daß sie während der kritischen Zeit bis zur Prozeßanhebung, Ende Dezember 1903, überhaupt Wechsel ihres Apothekerpersonals zu verzeichnen hatte. Auch der Umstand, daß die Klägerin mit einem Pharmaciestudenten einen Vertrag abgeschlossen habe, wonach sie ihm in Verbindung mit einem Anstellungsverhältnisse Subsidien für das Studium gewährt habe, beweise noch keinesfalls, daß die Klägerin sich in einer Notlage befunden habe. Ebenso sei die Klägerin den Nachweis dafür schuldig geblieben, daß sie infolge von zu wenig Personal den Aufträgen ihrer Kundschaft nicht mehr nachkommen können. In diesen Ausführungen geht die Vorinstanz, was zunächst den Schadensposten c betrifft, von richtigen Grundsätzen über die materielle Beweislast und Behauptungspflicht aus; im übrigen liegen darin tatsächliche Feststellungen, die für das Bundesgericht bindend sind. Schwieriger verhält es sich mit den Schadensposten a und b, insofern, als hier die Vorinstanz durch ihren Entscheid der Klägerin den Nachweis des Schadens geradezu abgeschnitten hat. Wie die Vorinstanz selber ausführt, liegt der Eintritt eines gewissen materiellen Schadens in der Natur der Dinge, und es darf nun nicht, wenn das Bestehen eines Schadens unbestreitbar ist, die Schadenersatzpflicht deshalb verneint werden, weil ein ziffermäßiger Nachweis des Schadens nicht möglich ist. (Vgl. Revue der Gerichtspraxis 22 Nr. 69; BGE 31 II S. 604 f. Erw. 3.) Das verkennt freilich auch die Vorinstanz nicht; sie nimmt dagegen an, auch der Eintritt des Schadens sei nicht erwiesen. Es handelt sich nun aber hier um einen Beweisnotstand auf Seite der Klägerin: es kann ihr nicht zugemutet werden, ihre Fakturen und Bücher der Beklagten, mit der sie im schärfsten Konkurrenzkampf steht, zu öffnen und so ihre Geschäftsbeziehungen klarzulegen. Unter diesen Umständen darf nicht gesagt werden, die Klägerin habe den Eintritt eines Schadens nicht bewiesen, sondern es ist in Anwendung des freien richterlichen Ermessens dahin zu argumentieren, ein Schaden müsse nach dem natürlichen Lauf der Dinge eingetreten sein, und es bleibt dann nur noch dessen Fixierung übrig. Dies geschieht indessen zweckmäßig in Verbindung mit dem Zuspruch einer Genugtuungssumme aus Art. 55 OR.

7. Auf Grund des Art. 55 OR hat die Klägerin eine Summe von 5000 Fr. eingeklagt, und die II. Instanz hat ihr 500 Fr. aus diesem Titel zugesprochen, als Genugtuung für die speziell durch den Boykott verursachte Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Klägerin. Daß eine solche Verletzung durch den Boykott bewirkt worden ist, steht fest; ebenso ist, gemäß der Praxis des Bundesgerichts (s. spez. BGE 31 II S. 246 f. Erw. 4), anzuerkennen, daß die Klägerin zur Anrufung des Art. 55 OR berechtigt ist. Die Vorinstanz berücksichtigt nun einmal, daß der gesamte Interessenkampf zwischen den Parteien im großen ganzen sachlich geführt wurde, und die Beklagte auch sachliche Gründe zu ihrem Zusammenschluß hatte und der Kampf nicht bloß egoistischen Motiven entsprang; sodann, daß der Klägerin kein Verschulden zur Last falle; endlich, daß die Genugtuungssumme wesentlich die Mißbilligung des Unrechts aussprechen müsse. In diesen Ausführungen sind sämtliche

Momente richtig gewürdigt, die in Betracht zu ziehen sind. Dagegen scheint die von der Vorinstanz zugesprochene Summe selbst als zu hoch, und es ist eine Herabsetzung angemessen. Wird einerseits diese Herabsetzung vorgenommen, andererseits aus Art. 50, gemäß den Ausführungen in Erw. 6, ein bescheidener Betrag ex æquo et bono zugesprochen, so gelangt man immerhin zur Bestätigung des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Geldforderung. 8. Das Begehren um Publikation des Urteils endlich ist an sich begründet, sowohl auf Grund des Art. 50 wie des Art. 55, in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 OR (vgl. BGE 31 II S. 660 f. Erw. 9). Dagegen ist der Vorinstanz darin nicht beizustimmen, daß die Publikation sich auf einen „vom Gericht zu bestimmenden Auszug“ zu erstrecken habe: Gründe praktischer sowohl wie grundsätzlicher Natur sprechen dagegen, daß ein Auszug, der doch wiederum nicht das Urteil selbst wiedergibt, publiziert werde. Den Interessen der Klägerin ist mit einer Publikation des Dispositivs, und zwar mit einer einmaligen, völlig genüge geleistet. Was die Bestimmung des Urteils betrifft, daß die Publikation auf Kosten der Klägerin zu erfolgen habe, so scheint die Klägerin selber auf eine Abänderung kein besonderes Gewicht zu legen. Es mag denn auch, da die Klägerin in der Genugtuungssumme, die ihr zugesprochen wird, eine ausreichende Satisfaktion findet, von der Anordnung einer Publikation auf Kosten der Beklagten, also im Sinne einer weiteren Genugtuung, Umgang genommen und der Klägerin überlassen werden, ob sie das Urteilsdispositiv auf ihre Kosten publizieren will. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: 1. Die Hauptberufung der Beklagten wird dahin als begründet erklärt und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 dahin abgeändert, daß die Publikation des Urteils nur im Dispositiv (einmal in einer von der Klägerin zu wählenden Zeitung und auf Kosten der Klägerin) zu erfolgen hat. 2. Im übrigen wird die Hauptberufung, ebenso wie die Anschlußberufung, abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 bestätigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.