

Mit Bezug auf die Verjährung der Wandelungsklage bestimmt Art. 210 OR, dass diese mit Ablauf eines Jahres nach der Ablieferung der betreffenden Sache an den Käufer eintrete, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat. Die Vorinstanz hält nun dafür, dieser letztere Ausnahmefall treffe hier nicht zu; denn der Beklagte habe nur dafür garantiert, dass das Gemälde von Léopold Robert stamme, doch habe er eine Haftung auf eine Zeit, die länger als das gesetzliche Verjährungsjahr dauere, nicht übernommen. Es ist jedoch bei der Auslegung des angeführten Art. 210 OR im Auge zu behalten, dass die Frage, ob eine Haftung für längere Zeit übernommen worden sei, sich nicht schlechthin nach dem Wortlaut der gegebenen Garantie beantwortet, sondern nach dem Sinn, den die Parteien ihr nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung der Natur der Sache, beilegen mussten. Hievon ausgegangen dürfte es aber hier kaum angehen anzunehmen, dass diese bloss für ein Jahr von der Ablieferung hinweg gegeben worden sei. Die Garantie der Echtheit geht nicht darauf, dass die zugesicherte Eigenschaft des Bildes diesem während einer bestimmten längeren oder kürzeren Zeitdauer anhafte; sie bezieht sich ihrer Natur nach überhaupt nicht auf einen Punkt, auf welchen der Zeitablauf von Einfluss sein könnte. Es ist die Zusicherung, dass Léopold Robert das Bild gemalt habe, und nicht die Zusicherung, dass es während einer gewissen Zeitdauer als von ihm gemalt gelten werde, also die Garantie einer in der Vergangenheit liegenden Tatsache. Die Zusicherung, dass es echt sei, schliesst daher nach der Natur der Kaufsache, dem Zweck der Garantieerklärung und den hier vorliegenden Umständen die Willensmeinung in sich, dass der Beklagte es überhaupt als echt verantworte, so dass der Kläger sich daher bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist — welche unter allen Umständen als Maximalgrenze zu gelten hat (vgl. auch von TUHR OR II S. 607; OSER,

Komm. I. Aufl. zu Art. 210 OR Note 2 lit. d) — jederzeit hierauf berufen kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 13. März 1930 bestätigt.

74. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. November 1930
i. S. Cementkontor Aarau A.-G. gegen Hunziker & Co. A.-G.

Boycott, dessen Unzulässigkeit? Übersicht über die bisherige Praxis. (Erw. 1.)
Unzulässig, wenn in den hiebei angewandten Mitteln ein unlauteres Verhalten zu erblicken ist (i. e. Abspenstignachen von Kunden des Boykottierten durch direkte und indirekte Rabatt- und Prämien-gewährung). (Erw. 2.)
Anspruch des Boykottierten auf Unterlassung künftiger derartiger Veranstaltungen. (Erw. 3.)

A. — Die Klägerin, Aktiengesellschaft Hunziker & C^{ie}, in Zürich, befasst sich seit Jahren mit der Fabrikation und dem Verkauf von Cementwaren aller Art, insbesondere von Cementröhren. Hiezu bedarf sie grosser Mengen Cementes, den sie früher bei verschiedenen aargauischen Cementfabriken bezog, welche dem die gesamte schweizerische Cementindustrie umfassenden Kartell, der EG Portland, angehören. Diese Fabriken besitzen eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltete Verkaufsorganisation, die A.-G. Cementkontor Aarau, die heutige Beklagte. Im Jahre 1928 fasste die Klägerin, angeblich weil sie von den erwähnten Fabriken mit schlechtem Material beliefert worden sei, aber auch um sich von der EG Portland unabhängig zu machen, den Entschluss, eine eigene Cementfabrik zu errichten, welchen sie in der Folge auch ausführte. Im Anschluss hieran hat sich ein harter Konkurrenzkampf zwischen der EG Portland und der Klägerin entsponnen, an dem sich auf Seiten der

Erstern auch die Beklagte in beschränktem Umfange beteiligt.

B. — Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe durch öffentliche Kampfansage ihren Kredit bei den Banken und dem Publikum untergraben. Sie habe die Banken unter Androhung des Boykottes aufgefordert, der Klägerin keinen Kredit zu gewähren. Den Cementwarenfabrikanten habe sie angedroht, dass die Gründung neuer Cementwarenfabriken erfolgen werde, falls sie sich nicht mit den Cementfabrikanten zur Bekämpfung der Klägerin vereinigen wollten. Ferner haben sie die fünf Zieglergenossenschaften, mit denen die Klägerin in Verbindung stehe, aufgefordert, erhebliche Preisreduktionen im ganzen Absatzmarkt vorzunehmen, um die Klägerin zugrunde zu richten oder zu schädigen; mit der Androhung der Gründung neuer Steinfabriken im Unterlassungsfalle. Sie habe Fuhrhaltern in Zürich Prämien offeriert, wenn diese verhindern, dass für die Klägerin im Hafen Enge Kies- und Sandmaterial abgeholt werde. Sodann habe sie Gemeinden, Baumeistern und Konkurrenten der Klägerin Prämien und Aufgelder angeboten, wenn sie ihre Waren nicht bei der Klägerin bezögen. Gestützt hierauf reichte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Aargau Klage gegen die Beklagte ein mit den Begehren: « 1. Ist die Beklagte nicht des unlauteren Wettbewerbes, der unerlaubten Handlungen gegenüber der Klägerin schuldig zu erklären und zu verurteilen: a) alle bis jetzt gegenüber der Klägerin unternommenen rechtswidrigen Veranstaltungen durch in Abkommen gemachten Zusicherungen und Offerten, an die Kundschaft der Klägerin oder andere Abnehmer, Fuhrhalter, Konkurrenzfirmen oder Syndikate einzustellen und für null und nichtig zu erklären; b) der Beklagten unter Androhung von Ordnungsbussen und der Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsam, ev. in anderer gerichtlich zulässiger Weise, für die Zukunft zu untersagen, die Klägerin durch weitere rechtswidrige und unsittliche Angaben und Massnahmen in ihrer Ge-

schäftskundschaft und Geschäftstätigkeit zu beeinträchtigen und in dem Besitz zu bedrohen; c) der Klägerin eine Schadenersatzsumme aus Titel 48, 43, 41 OR von 30,000 Fr. (Dreissigtausend Franken) plus Zins à 5 % seit Klageeinleitung zu entrichten ev. quantitativ nach richterlichem Ermessen? 2. Ist die Beklagte nicht verpflichtet, der Klägerin wegen positiver Schadenstiftung eine Summe von 30,000 Fr. (Dreissigtausend Franken) plus Zins à 5 % seit Klageeinleitung, quantitativ ev. nach richterlichem Ermessen zu vergüten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge? Bemerkung: Die Klägerin behält sich ausdrücklich vor, sowohl nach Rechtsbegehren 1 c) als auch 2 weitere Schadenersatzsummen einzuklagen. »

C. — Mit Urteil vom 19. Juni 1930 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die eingeklagte Schadenersatzforderung im Betrage von 20,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1929 gutgeheissen (Dispositiv 1) und der Beklagten untersagt, « die Klägerin durch weitere rechtswidrige und gegen die guten Sitten verstossende Massnahmen in ihrer Geschäftskundschaft und Geschäftstätigkeit zu beeinträchtigen und in deren Besitz zu bedrohen » (Dispositiv 2). Hiebei geht es davon aus, dass zwar die von der Klägerin der Beklagten gegenüber erhobenen Vorwürfe in der Hauptsache nicht bewiesen seien, dass aber immerhin erstellt sei, dass die Beklagte Kunden der Klägerin für den Fall der Unterlassung von Bezügen bei der Klägerin Prämien versprochen, bzw. die Konkurrenten der Klägerin zu Gewährung von Rabatten veranlasst und sie hiefür entschädigt habe. Darin liege eine unsittliche Boykottmassnahme, die die Beklagte schadenersatzpflichtig mache, und zwar betrage der Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten, dass ihr durch dieses Vorgehen einerseits gewisse Bestellungen völlig entgangen seien und dass sie andererseits gezwungen worden sei, ihrerseits entsprechende Rabatte zu gewähren, insgesamt 20,000 Fr.

D. — Hiegegen hat die Beklagte am 4. September 1930 die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um gänzliche Abweisung der Klage. Eventuell sei Dispositiv 2 des angefochtenen Urteiles zu streichen; ganz eventuell sei dieses abzuändern bezw. zu ergänzen durch genaue Bezeichnung derjenigen Massnahmen, welche der Beklagten untersagt werden.

Die Klägerin beantragt die Abweisung der Berufung und stellt im Wege einer am 11. September 1930 eingereichten Anschlussberufung das Begehren, es sei die zuerkannte Schadenersatzsumme auf 50,000 Fr. nebst Zins, eventuell nach richterlichem Ermessen zu erhöhen.

Am 13. September 1930 hat die Beklagte vorsorglich auch eine staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben, mit der sie die Aufhebung bezw. Abänderung von Dispositiv 2 des angefochtenen Entscheides verlangt, für den Fall, als es sich hiebei nicht um einen materiellrechtlichen, sondern um einen prozessualen Entscheid handeln sollte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beklagte Kunden der Klägerin durch direkte bezw. indirekte Gewährung von Prämien und Rabatten dieser abspenstig gemacht, bezw. die Klägerin zur Gewährung entsprechender Rabatte veranlasst habe, wird von der Beklagten heute nicht mehr bestritten. Umgekehrt gibt die Klägerin zu, dass ihr die Erbringung des Nachweises, dass die Beklagte sich auch an andern Kampfmassnahmen beteiligt habe, nicht möglich sei. Es ist daher lediglich zu untersuchen, ob die erwähnten Prämien- bezw. Rabattgewährungen sich als unerlaubte Handlungen darstellen. Es handelt sich bei diesen Massnahmen, was von der Beklagten ebenfalls nicht in Abrede gestellt werden kann, lediglich um einen Ausschnitt aus dem grossen zwischen der EG Portland und der Klägerin entbrannten Kampf, in welchem die erstere es darauf abgesehen hat, die

Klägerin durch Boykottierung zur Aufgabe der von ihr, der Klägerin, errichteten und in Betrieb gesetzten Cementfabrik zu zwingen. Die Beklagte tritt daher (wenn auch allerdings nur in beschränktem Masse) als Mittäter bei jener Massregelung der Klägerin auf. Die Frage, ob und unter welchen Umständen der Boykott als ein zulässiges wirtschaftliches Kampfmittel zu erachten sei, ist in der Doktrin und Praxis äusserst umstritten und hat auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bis anhin keine einheitliche Lösung erfahren. Bis in die neueste Zeit ging diese bei deren Beurteilung davon aus, dass jedermann ein subjektives Recht auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit besitze. Und es hat das Bundesgericht daraus in seinen früheren Entscheiden, indem es aus diesem Recht auch einen Anspruch auf ungestörte Ausübung des Gewerbes herleitete, den Boykott in weitgehendem Masse als unerlaubt bezeichnet (vgl. BGE 22 S. 175 ff.). In der Folge wurde dann aber im Hinblick darauf, dass die geltende Rechts- und Wirtschaftsordnung im gewerblichen Leben das freie Spiel der Kräfte zur Grundlage habe und dass auch alle anderen dasselbe Individualrecht für sich in Anspruch nehmen können, der Boykott nur noch dann als unerlaubt bezeichnet, wenn er auf eine direkte Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des andern abziele, oder durch Mittel bewirkt werde, die einen direkten Angriff gegen deren Achtung und Geltung im gewerblichen Verkehr bedeuten, oder an sich geeignet seien, diese wirtschaftliche Persönlichkeit zu vernichten (vgl. BGE 32 II S. 360 ff.). Und in einem Entscheide (der II. Zivilabteilung) aus jüngster Zeit wurde die Frage der Zulässigkeit eines Boykottes ausschliesslich auf dem Boden von Art. 41 Abs. 2 OR (d. h. vom Standpunkte der guten Sitten aus) untersucht und aus dem Individualrecht auf Achtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit direkt überhaupt nichts mehr hergeleitet. Dabei wurde ausgeführt, dass die Unsittlichkeit eines Boykottes im verfolgten Zweck oder den angewandten

Mitteln, oder aber auch darin liegen könne, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem durch den Boykott angerichteten Schaden und dem hiedurch angestrebten Vorteil bestehe (vgl. BGE 51 II S. 525 ff.).

Es mag nun im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, welche von diesen Auffassungen bei erneuter Prüfung den Vorzug verdient, da sowohl nach der frühern wie nach der neuern Praxis der vorliegend zu beurteilende Boykott, soweit die Beklagte hieran beteiligt ist — und nur das steht heute zur Beurteilung — unter allen Umständen deshalb als unerlaubt zu bezeichnen ist, weil in den von der Beklagten hiebei angewandten Mitteln ein unlauteres Verhalten (mag man es rechts- oder sittenwidrig bezeichnen) erblickt werden muss. Denn die Art, wie die Beklagte, die ihrerseits gar keinen Handel in Zementwaren betreibt und selber auch keine solchen herstellt, hinter dem Rücken der Klägerin deren Kunden aufsuchte und diese durch Gewährung von Prämien von der Klägerin abspenstig machte bzw. zu machen versuchte, kann nicht mehr als anständiges Geschäftsgebahren bezeichnet werden; sie widerspricht den Gepflogenheiten, welche der anständig und billig denkende Mensch auch im wirtschaftlichen Kampfe beobachtet. Und dasselbe trifft auch mit Bezug auf die durch die Beklagte erfolgte Anstiftung der Konkurrenten der Klägerin zur Gewährung von Rabatten zu, durch welche, zumal infolge der von der Beklagten diesen Konkurrenten gleichzeitig zur Verfügung gestellten Mitteln, die Klägerin in einer Weise unterboten wurde, dass hier nicht mehr von einem ehrlichen Kampfmittel die Rede sein kann.

2. — Bei dieser Sachlage hat aber die Beklagte der Klägerin für den ihr durch die fraglichen Massnahmen entstandenen Schaden Ersatz zu leisten. Die Vorinstanz hat diesen auf insgesamt 20,000 Fr. gewertet, welcher Betrag von der Beklagten der Höhe nach nicht mehr bestritten wurde. Dagegen verlangt die Klägerin, dieser sei auf 50,000 Fr. zu erhöhen, indem ihr auf Grund von

Art. 49 OR unter dem Titel der Genugtuung noch weitere 30,000 Fr. zuzusprechen seien. Dieses Begehren kann nicht geschützt werden; denn eine besondere Schwere der Verletzung oder des Verschuldens kommt mit Bezug auf das Verhalten der Beklagten, die sich nur in beschränktem Umfange und ohne die Persönlichkeit der Klägerin in erheblichem Masse zu schädigen an dem in Frage stehenden Boykott beteiligt hat, nicht in Frage.

3. — Durch Dispositiv 2 hat die Vorinstanz der Beklagten untersagt, die Klägerin durch weitere rechtswidrige und gegen die guten Sitten verstossende Massnahmen in ihrer Geschäftskundschaft und Geschäftstätigkeit zu beeinträchtigen und in deren Besitz zu bedrohen. Dass es sich hiebei um eine Verfügung materiellrechtlicher und nicht nur prozessualer Natur handelt, ist nicht zu bezweifeln. Die Berufung ist daher an sich auch in diesem Punkte gegeben. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheide in Bd. 56 II S. 24 ff. einen derartigen Unterlassungsanspruch im Falle unlauteren Wettbewerbes als begründet erachtet, wenn weitere verletzende Handlungen zu befürchten seien. Was aber bei unlauterem Wettbewerb gilt, muss auch beim Boykott, der diesem wesensverwandt und daher nach gleichen Grundsätzen zu beurteilen ist, gelten. Auch hier handelt es sich um einen Spezialfall unbefugter Verletzung persönlicher Verhältnisse, die nach Art. 28 ZGB den Verletzten berechtigt, auf Beseitigung der Störung zu klagen. Dem Anspruch auf Beseitigung einer gegenwärtigen Störung ist indessen der Anspruch auf Unterlassung drohender, künftiger Störungen gleichzustellen. Dass aber hier eine solche Gefahr besteht, kann angesichts der Stellung, die die Beklagte auch heute noch einnimmt, nicht bezweifelt werden. Dagegen ist richtig, dass das Dispositiv der Vorinstanz nach dieser Richtung zu unbestimmt und allgemein lautet. Das Verbot kann nur mit Bezug auf die konkreten unerlaubten Handlungen, die von der Beklagten begangen worden sind und deren Wiederholung

zu befürchten ist, ausgesprochen werden. Es ist infolgedessen dahin zu fassen, dass der Beklagten untersagt wird: In Zukunft erneut den Kunden der Klägerin Prämien zu entrichten für den Fall, dass diese ihren Bedarf an Zementröhren und anderen Zementwaren nicht bei dieser decken; bzw. die Konkurrenten der Klägerin zu diesem Behufe, unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung bezüglicher Mittel zu Unterbietungen der Klägerin zu veranlassen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Haupt- und Anschlussberufung werden in der Weise abgewiesen, dass das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 19. Juni 1930, unter Verdeutlichung von Dispositiv 2 im Sinne der Motive, bestätigt wird.

75. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Dezember 1930 i. S. Fässler gegen Rübli.

Art. 53, Abs. 2 OR hat nicht die Bedeutung, dass der Zivilrichter mit Ausnahme der Beurteilung der Schuld und der Bestimmung des Schadens an ein in der betr. Streitsache ergangenes strafgerichtliches Erkenntnis gebunden sei.

Die Vorinstanz hat sich mit Recht — entgegen der Auffassung der Kläger — nicht zufolge der Vorschrift des Art. 53 Abs. 2 OR an die Feststellung des Schwurgerichtes (im vorangegangenen Strafprozess), wonach sich der Beklagte vorliegend eine Widerrechtlichkeit habe zu schulden kommen lassen, gebunden erachtet. Zwar findet sich in der Doktrin die Meinung vertreten, wenn gemäss Art. 53 Abs. 2 OR strafgerichtliche Erkenntnisse mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens als für den Zivilrichter nicht verbindlich erklärt worden seien, so ergebe sich daraus, dass ein verurteilendes Straferkenntnis in andern Fragen den Zivilrichter

binde, z. B. insofern als es die Tat und deren Widerrechtlichkeit feststelle (vgl. v. TUHR OR I S. 346 Ziff. II; OSER, Kommentar 2. Aufl. zu Art. 53 OR Ziff. III S. 380 ff.). Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Es ist im Grunde genommen eine Frage des Prozessrechtes, ob und inwieweit ein Strafurteil für eine andere Instanz bindend sei. Der eidg. Zivilgesetzgeber hatte daher nur insoweit Veranlassung, sich in diese Regelung hineinzmischen, als es galt, dabei die Interessen des materiellen Rechtes zu wahren. Also hatte er auch nur zu bestimmen, inwieweit der Zivilrichter unter allen Umständen frei sein solle, während darüber hinaus die Frage der Geltung eines Strafurteiles nach wie vor dem kantonalen Prozessrecht anheimgestellt blieb. Aus dem Umstande, dass in Art. 53 Abs. 2 OR eine Bindung des Zivilrichters nur mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens ausgeschlossen worden ist, kann daher nicht per argumentum e contrario der Schluss gezogen werden, dass hinsichtlich aller übrigen Feststellungen der Zivilrichter von Bundesrechts wegen gebunden sei (vgl. auch WEISS, Berufung S. 298 ff.).

76. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1930 i. S. Senn gegen Sutter.

Konkurrenzverbot. Dessen Zulässigkeit im Arzt- bzw. Zahnarztberuf. Es ist nicht auf Grund von Art. 20 OR ungültig (Erw. 1). — Mangel der Voraussetzungen des Art. 356 Abs. 2 OR (Erw. 2).
Bei Ungültigkeit eines Konkurrenzverbotes verstösst es nicht gegen Treu und Glauben (Art. 48 OR), wenn ein Dienstnehmer, der, um sich selbständig zu machen, eine Stelle verlässt, dies seinen Bekannten durch ein Rundschreiben zur Kenntnis bringt (Erw. 3).

A. — Der Kläger, Dr. Albert Senn, ist ein bekannter Zahnarzt, der seit Jahren in Zürich seine Praxis ausübt.