

loc. cit. p. 557; cf. également HOFFMANN, Conseil des Etats 1920 p. 186. Dans le même sens aussi, en Allemagne, sur la base du § 417 al. 2 BGB, dont l'art. 179 al. 3 est la reproduction, le commentaire de STAUDINGER, Vol. II première partie, p. 882 II second alinéa).

Or, en l'espèce, rien n'autorise à dire que le Crédit de Lausanne ait jamais accepté d'ériger en condition de la reprise de dette la validité du contrat passé entre le demandeur et Charbonney, seul ou avec ses associés.

**6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Januar 1932
i. S. Standard Lack- & Farbenwerke A.-G.
gegen K. Winkler & Co.**

Unlauterer Wettbewerb Art. 48 OR.

Zulässigkeit der Verwendung von Prüfungsattesten einer amtlichen Prüfungsanstalt, die eine Vergleichung mit Konkurrenzprodukten enthalten, zu Beklamezwecken? Wenn mehrere Prüfungen durchgeführt wurden, darf nicht nur der Attest einer (für die Konkurrenz möglichst ungünstigen) Prüfung verwendet werden (Erw. 1).

Die blosser Bedrohung in der Geschäftskundschaft genügt zur Begründung eines Klageanspruches auf Grund von Art 48 OR (Erw. 2).

Wenn eine unlautere Wettbewerbshandlung von einem Angestellten oder Beauftragten des Geschäftsherrn begangen wurde, findet das dem Art. 55 OR zugrunde liegende Rechtsprinzip analoge Anwendung (Erw. 3).

A. — Die Klägerin, Firma Kaspar Winkler & Cie in Altstetten (Kt. Zürich), fabriziert und vertreibt seit längerer Zeit unter der Bezeichnung «Sika I» ein Zusatzmittel zu Zement- und Betonmischungen, das insbesondere dazu dienen soll, Zement und Beton wasserundurchlässig zu machen. Im Jahre 1929 übernahm die Beklagte, die Standard Lack- und Farbenwerke A.-G. in Altstetten (Kt. Zürich), die Vertretung für ein Konkurrenzprodukt, das sog. «Toxement». Als Ende 1929 am Gebäude der Schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft in Zürich

gebaut wurde, regte eine leitende Persönlichkeit der Rückversicherungsgesellschaft, die zugleich Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten ist, bei den bauleitenden Architekten, Gebr. Pfister, an, «Toxement» zu verwenden, falls es sich ebensogut bewähre, wie ein anderes Dichtungsmittel. Die Architekten Gebr. Pfister liessen hierauf durch die Materialprüfungsanstalt der eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich Prüfungen über die Wirkung von «Toxement» einserseits und «Sika I» andererseits vornehmen. Hierbei wurden (unter No. 3005) verschiedene Versuche durchgeführt, wobei jeweils Material verschiedener Zusammensetzung und verschiedenen Alters verwendet wurde. Über die Resultate stellte die genannte Anstalt am 27. Dezember 1929 und 13. und 14. Januar 1930 drei Atteste aus, wobei der letztere ausdrücklich als «Nachtrag zur Ausfertigung vom 13. Januar 1930» bezeichnet wurde. Der erste Attest lautete für beide Mittel gleich günstig. Bei den folgenden Versuchen ergaben sich aber für «Toxement» vorteilhaftere Resultate, insbesondere wies der dritte Attest für das beklagte Mittel erheblich günstigere Ergebnisse auf.

Die Firma Gebr. Pfister überliess diese Atteste der Beklagten zum Gebrauch. In der Folge legten deren Reisende anlässlich ihrer Werbetätigkeit für «Toxement» einigen Kunden den erwähnten Nachtrag vom 14. Januar 1930 vor, ohne ihnen von den Attesten vom 27. Dezember 1929 und vom 13. Januar 1930 Kenntnis zu geben.

In diesem Vorgehen erblickt die Klägerin eine Treu und Glauben verletzende Veranstaltung, durch welche sie im Besitze ihrer Geschäftskundschaft bedroht werde. Sie leitete deshalb beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen die Beklagte ein mit dem Begehren: «Ist die Beklagte verpflichtet, alle unwahren Auskündungen oder Treu und Glauben verletzenden Veranstaltungen, welche die Klägerin in ihrer Geschäftskundschaft beeinträchtigen oder in deren Besitz bedrohen, und die darin bestehen, dass die Beklagte an die Geschäftskundschaft

der Klägerin den Nachtrag zu den am 27. Dezember 1929 und 13. Januar 1930 ausgefertigten Prüfungsergebnissen der eidgenössischen Materialprüfungsanstalt über die Verminderung der Wasserdurchlässigkeit bei Anwendung des von der Klägerin vertriebenen Produktes «Sika I» und des von der Beklagten vertriebenen Produktes «Toxement» weitergibt, zu unterlassen, unter der Androhung von Ordnungsbussen eventuell Überweisung der schuldigen Organe an den Strafrichter wegen Ungehorsams im Übertretungsfalle, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten?»

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage.

B. — Mit Urteil vom 7. Juli 1931 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage dahin gutgeheissen, dass es erkannte:

«Der Beklagten wird die Weitergabe des Nachtrages vom 14. Januar 1930 ohne gleichzeitige Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse vom 27. Dezember 1929 und 13. Januar 1930 über die Wasserdurchlässigkeit von Betonkörpern bei Anwendung der von den Parteien vertriebenen Dichtungsmittel Sika und Toxement verboten unter Androhung von Ordnungsbussen, und im Wiederholungsfalle der Überweisung der schuldigen Organe an den Strafrichter wegen Ungehorsams. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.»

C. — Hiegegen hat die Beklagte am 21. Oktober 1931 die Berufung an das Bundesgericht erklärt, indem sie um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Abweisung der Klage ersuchte.

Die Klägerin beantragt die Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Wie das Bundesgericht schon früher festgestellt hat, überschreitet die Anpreisung eines Produktes, die sich im Rahmen einer objektiven Vergleichung der Eigenschaften dieses Erzeugnisses mit denjenigen von Erzeug-

nissen eines Konkurrenzunternehmers bewegt, die Grenzen der erlaubten geschäftlichen Propaganda grundsätzlich nicht, sofern der Vergleich auf richtigen Angaben fusst (vgl. BGE 21 S. 1188 f.; 43 II S. 51 ff.; 55 II S. 181; 56 II S. 30). Die Vorinstanz hat daher mit Recht erklärt, dass die Verbreitung einer vergleichenden Expertise, die für das Konkurrenzprodukt ungünstiger lautet, als zulässiges Werbemittel zu betrachten sei, wenn das Gutachten in streng objektiver Weise erstattet wurde und die Hervorhebung einzelner Nachteile der Konkurrenzware deren Gesamtbild nicht verfälscht oder verzerrt. Nun handelt es sich aber bei den vorliegenden Attesten nicht um eigentliche Gutachten, da sie keine endgültige Charakterisierung bzw. Wertung der fraglichen Produkte oder einzelner Eigenschaften derselben enthalten, sondern lediglich die Resultate einiger weniger Versuche wiedergeben, die nach den Angaben des als Zeugen einvernommenen Leiters der eidgenössischen Materialprüfungsanstalt, Prof. Ros, nicht verallgemeinert werden können. Es liesse sich daher fragen, ob die Verwendung derartiger Befunde als Werbemittel nicht überhaupt schlechthin als unzulässig zu erachten sei, da sie auf keinen Fall eine völlig richtige Beurteilung des betreffenden Produktes ermöglichen. Die Vorinstanz hat die Frage dennoch bejaht mit der Begründung: es sei in der Praxis üblich, dass derartige Befunde bei der Beurteilung bestimmter Produkte zu Rate gezogen werden; infolgedessen könne aber auch ihrer Verwendung zu Propagandazwecken nichts entgegenstehen. Diese Auffassung würde jedenfalls nur in solchen Fällen zutreffen, wo dem Publikum, dem solche Atteste zu Werbezwecken vorgelegt werden, deren beschränkte Bedeutung (als Zufallsresultate) bekannt ist. Das scheint nun aber nach den Angaben des Zeugen Ros für Atteste der hier streitigen Art gerade nicht zuzutreffen. Indessen braucht hierauf nicht näher eingetreten zu werden; denn auf alle Fälle geht es nicht an, dass, wenn zwei Konkurrenzprodukte

mehrfachen Prüfungen unterzogen worden sind, die nicht zum selben Resultate führten, eine Partei den für sie günstigen Attest herausgreife und ihn allein, unter Verschweigung der übrigen Resultate, für die Kundenwerbung verwende. Das ist aber hier geschehen. Richtig ist allerdings, dass für die Versuche jeweils Material verschiedener Zusammensetzung und verschiedenen Alters verwendet worden ist. Doch hat die Vorinstanz auf Grund der Angaben des Zeugen Ros festgestellt, die einzelnen Befunde seien als Teile eines Ganzen zu betrachten, so dass nur die drei Befunde zusammen, die auf Grund eines einzigen Auftrages ausgefertigt wurden, für den Interessenten urteilsbildend sein können. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich, sofern keine Aktenwidrigkeit vorliegt. Eine solche wird zwar von der Beklagten behauptet. Der Zeuge Ros hatte in seiner Einvernahme ausgeführt: « Die drei Prüfungen gehören wohl zur gleichen Untersuchung, aber im Detail kann man sie trennen. » Die Beklagte hält nun dafür, dass angesichts dieses Nachsatzes die Aussagen des Zeugen Ros den von der Vorinstanz gezogenen Schluss nicht zuließen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Vorinstanz hat zweifellos mit Recht das Hauptgewicht auf die erste Satzhälfte verlegt, wonach die drei Prüfungen zur gleichen Untersuchung gehören. Ros hat denn auch in seiner Einvernahme noch ausdrücklich bemerkt: « Wenn die Sache damals nicht so geeilt hätte, wären die Versuche vermutlich rein äusserlich nicht getrennt, sondern als ein Attest herausgegeben worden. » Des fernern hat er ausgeführt, das Prüfungsergebnis eines solchen Attestes stimme immer, aber es könne eben ein Zufallsergebnis sein. Letzteres war offensichtlich der Grund, warum man mehrere Versuche anstellte, und da hiebei auch die mehr oder weniger zufällige Zusammensetzung des Materials sowie dessen Alter das Resultat zu beeinträchtigen vermögen, sollte durch Verwendung verschiedener Versuchs-

körper auch diesem Umstande Rechnung getragen werden. Bei dieser Sachlage widersprach es aber Treu und Glauben, wenn die Reisenden der Beklagten den Kunden nur den für die Beklagte günstigsten Attest vom 14. Januar 1930 vorwiesen. Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, es sei aus der Bezeichnung: « Nachtrag zur Ausfertigung vom 13. Januar 1930 » jedermann ersichtlich gewesen, dass noch andere Versuche vorausgegangen waren, und es hätten daher die betreffenden Kunden, wenn sie sich hiefür interessiert hätten, die Möglichkeit gehabt, auch die Vorweisung des vorhergehenden Attestes zu verlangen. Der Zeuge Ros hat in seiner Einvernahme erklärt, nur ein Fachmann, der sich mit Dichtungsfragen beschäftige, wäre in der Lage gewesen zu erkennen, dass der Nachtrag kein endgültiges Ergebnis enthalte, das nicht verallgemeinert werden könne. Es gebe aber nur wenige derartige Fachleute. Insbesondere seien Architekten nicht als solche zu betrachten. Daraus ergibt sich, dass der Bezeichnung dieses Attestes als « Nachtrag » zum vorneherein keine wesentliche Bedeutung zukommen konnte. Selbst wenn aber auch ein sorgfältiger Leser durch diese Aufschrift veranlasst würde, Einsicht in den vorhergehenden Attest vom 13. Januar 1930 zu verlangen, so müsste das Vorgehen der Reisenden der Beklagten dennoch als unerlaubt bezeichnet werden; denn einmal ist aus diesem Nachtrag auf alle Fälle nicht ersichtlich, dass schon am 27. Dezember 1929 ein Attest herausgegeben wurde, der für beide Parteien gleich günstig lautete, und sodann ist kein Zweifel, dass, wenn die betreffenden Reisenden sich darauf beschränkten, den Kunden nur diesen Nachtrag vorzulegen, sie offensichtlich darauf zählten, dass diesen der Hinweis auf den frühern Attest entgehen werde, oder dass sie es jedenfalls unterlassen werden, auch Einsicht in diesen zu verlangen; denn sonst hätten sie sich nicht auf die Vorlage des Nachtrages beschränkt.

2. — Die Beklagte hat sich zur Begründung ihres

Klageabweisungsantrages noch darauf berufen, die Klägerin habe nicht dargetan, dass sie wegen der Verbreitung des fraglichen Attestes auch nur einen einzigen Kunden verloren habe. Dessen bedarf es jedoch zur Begründung eines Klageanspruches auf Grund von Art. 48 OR nicht. Schon die blossе Bedrohung im Besitze der Geschäftskundschaft genügt hierfür; nur ist in solchen Fällen ein Schadenersatzanspruch ausgeschlossen. Einen solchen hat die Klägerin hier auch nicht geltend gemacht. Dass aber im Vorgehen der Reisenden der Beklagten eine derartige Bedrohung erblickt werden muss, steht ausser Zweifel.

3. — Unbehelflich ist endlich auch der Einwand der Beklagten, dass die hier zur Beurteilung stehenden Handlungen lediglich von ihren Reisenden, denen keine Organqualität zukomme, begangen worden seien. Zwar kann — entgegen der im deutschen Recht herrschenden Regelung (§ 13 Abs. 3 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) — für das schweizerische Recht, mangels einer ausdrücklichen bezüglichen Vorschrift, nicht angenommen werden, dass wenn in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten Handlungen, die einen unlauteren Wettbewerb darstellen, begangen wurden, ohne weiteres in allen Fällen auch ein Unterlassungsanspruch gegen den Inhaber des Betriebes begründet werde. Doch wird, in analoger Anwendung des dem Art. 55 OR zugrunde liegenden Rechtsprinzips, ein solcher Anspruch jedenfalls dann begründet, wenn der Geschäftsherr nicht nachzuweisen vermag, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um ein Verhalten dieser Art zu verhüten; wenn ein Geschäftsherr gewisse Funktionen Dritten überträgt, so hat er auch dafür Sorge zu tragen, dass diese nicht die ihnen erteilten Befugnisse in einer Weise missbrauchen, dass daraus für Andere ein Anspruch auf Unterlassung hergeleitet werden kann. Diesen Entlastungsbeweis hat aber die Beklagte nicht geleistet.

Es ist kein Zweifel, dass die Verwendung der fraglichen Prüfungsergebnisse zur Kundenwerbung mit ihrem Einverständnis erfolgte; denn sonst wäre nicht einzusehen, warum die Atteste den Reisenden überhaupt aushingegen wurden. Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte aber die Pflicht gehabt, diesen Leuten genaue Instruktionen zu erteilen, wie die Atteste verwendet werden dürfen, und sie hätte sie insbesondere auf die Unzulässigkeit aufmerksam machen müssen, den Kunden nur den für die Beklagte günstigen Attest vorzulegen; denn dass die Reisenden sich zu einem derartigen Vorgehen verleiten lassen könnten, lag äusserst nahe. Dass nun aber die Beklagte nach dieser Richtung irgendwelche Weisungen erteilt habe, ist nicht erstellt und kann auch nicht angenommen werden, angesichts des Umstandes, dass die Beklagte sich heute mit aller Entschiedenheit auf den Standpunkt stellt, es könne in jenem Vorgehen ihrer Reisenden kein unlauteres Gebahren erblickt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 7. Juli 1931 bestätigt.

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Februar 1932
i. S. Eheleute Dietrich gegen Gobbi und Sante Tribò.

Tötung zweier Knaben beim Überschreiten der Strasse durch ein Lastautomobil. Verschulden des übermüdeten Chauffeurs und seines Geschäftsherrn. Schlechter Zustand der Fussbremse. OR Art. 41, 55 (Erw. 1 und 2). — Ablehnung eines Mitverschuldens der getöteten Kinder und ihrer Eltern. OR Art. 44 Abs. 1 (Erw. 3 und 4).

Versorgerschaden. Ob die Eltern in der Zukunft unterstützungsbedürftig und ob die Kinder unterstützungsfähig und -willig geworden wären, beurteilt sich nach der Erfahrung