

pèce, Xavier Stoff a certainement acquis la maîtrise de fait sur les papiers-valeurs déposés à la Banque nationale, lorsqu'il est devenu titulaire du dépôt en lieu et place de Louis Stoff. Celui-ci n'a conservé aucun pouvoir quelconque sur le dépôt. Et le fait que Béchaux restait détenteur des certificats de dépôts était sans influence sur le transfert de la possession entre donateur et donataire. Xavier Stoff pouvait, sans modifier en rien la situation, confier à son mandataire Béchaux la possession dérivée des titres, en vue de leur gestion.

**62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. November 1926 i. S. Schweizer & Horn gegen Araks-Tschamkerten & C<sup>ie</sup> S.-A. & Gen.**

**Preiskartell. Aussenseiter.** Art. 41, Abs. 2 und 48 O.R.; Art. 28 ZGB. Klage der Mitglieder eines Preiskartells gegen den Aussenseiter dahingehend, dass er die Kartellpreise einzuhalten habe. Der durch die vertragliche Preisfestsetzung nicht gebundene Dritte ist nicht verpflichtet, die Kartellpreise zu respektieren. Der Verkauf unter den Kartellpreisen ist keine unerlaubte Handlung, wenschon der durch das Kartell boykottierte Aussenseiter sich die Kartellware nur unter Ausnützung des Vertragsbruches von Kartellmitgliedern verschaffen kann. Unerlaubt ist diese Ausbeutung des Vertragsbruches nur dann, wenn sie unter besonderen, gravierenden Umständen erfolgt. Verneinung eines solchen Tatbestandes *in concreto* (Erw. 1/3). Es liegt in der Preisunterbietung auch kein unlauterer Wettbewerb (Erw. 4), und ebensowenig verletzt sie ein Persönlichkeitsrecht der Kartellmitglieder (Erw. 5).

A. — Am 12. Mai 1925 schlossen sich 15 Zigarettenfabrikanten zum Kartell der Schweizerischen Zigarettenindustrie, einer einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff OR zusammen, zum Zwecke der Sanierung der Verhältnisse in der Zigarettenbranche. Bereits im Jahre 1924 waren die Händlerkreise dieses Zweiges mit den Fabrikanten in Unterhandlungen ge-

treten, zwecks gemeinsamer Bekämpfung gewisser, während der Nachkriegszeit im Zigarettenhandel zutage getretener Übelstände, insbesondere der sog. Preis-schleuderei. In einer Konferenz vom 10. Dezember 1924 wurde von den Händlern namentlich die Forderung erhoben nach einem Schutze des Detailpreises seitens der Fabrikanten durch vertragliche Verpflichtung ihrer Abnehmer zur Einhaltung von Mindestverkaufspreisen.

Anlässlich einer Konferenz des Schweiz. Zigarrenhändlerverbandes mit dem Kartell in Bern vom 3./4. Juni 1925 wurde der Verpflichtungsschein von beiden Parteien in folgender Form gutgeheissen:

« Die unterzeichnete Firma verpflichtet sich gegenüber dem Kartell der schweizerischen Zigarettenindustrie, sowie gegenüber dessen einzelnen Mitgliedern zu folgendem:

1. Die vom Kartell festgesetzten Detailpreise und sonstigen Verkaufsbedingungen einzuhalten und nur den vom Kartell festgesetzten Rabatt und Skonto zu gewähren.
2. Diese Verpflichtungen nicht durch irgendwelche sonstigen Vergünstigungen zu umgehen. Sind Kontrollzeichen an Verpackungen angebracht, dieselben weder zu beseitigen, noch sonstwie unkenntlich zu machen.
3. Nur an Wiederverkäufer zu liefern, sofern dieselben sich der unterzeichneten Firma gegenüber verpflichtet haben, die Artikel der Kartellmitglieder nicht unter den vom Kartell festgesetzten Preisen und Verkaufsbedingungen abzugeben und obige für sämtliche Händler festgesetzten Verpflichtungen von jedem Wiederverkäufer zu fordern.
4. Die vom Kartell ausgesprochenen Boykotte strengstens durchzuführen und jede Haftung zu übernehmen wegen Übertretungen oder begangener Fehler seitens ihrer Angestellten, Reisenden oder Vertreter. Ein Dahinfallen dieser übernommenen Haftung kann nur erfolgen unter der Voraussetzung,

dass ein Fehler ihres Personals vorliegt und wenn zugleich dieser schuldige Angestellte, Reisende oder Vertreter sofort entlassen wird. Verfehlungen von Provisionsreisenden und Provisionsvertretern ziehen in jedem Falle die in Art. 5 vorgesehene Strafe nach sich.

5. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die obigen Verpflichtungen dem Kartell oder dem, resp. den einzelnen durch ihre Verfehlung direkt betroffenen Mitgliedern desselben eine Vertragsstrafe von 5000 Fr. zu bezahlen. »

Am 10. Juni 1925 versandte das Kartell den Verpflichtungsschein an seine Kunden mit einem Zirkular, das die neuen Preise enthielt, und worin für den Fall der Nichtunterzeichnung bis 25. Juni 1925 eine dreimonatliche Sperre angedroht war. Nach der Darstellung des Kartells sind zirka 15.000 Reverse unterzeichnet worden. Die nämlichen Verpflichtungen haben sodann u. a. auch der Verband schweizerischer Spezereihändler und der Verband schweizerischer Konsumvereine für sich und ihre Mitglieder übernommen.

Die Beklagten Schweiger-Hauser und Horn, Inhaber von Zigarrengeschäften in Zürich, weigerten sich trotz wiederholter Aufforderung, den Verpflichtungsschein zu unterzeichnen, und wurden deshalb vom Kartell boykottiert. Es gelang ihnen indessen auch nach Inkrafttreten des Reverssystems (20. Juni 1925) sich Kartellware zu verschaffen, die sie unter den festgesetzten Preisen verkauften.

**B.** — Die Fabrikanten und die verschiedenen Gruppen des Zigarettenhandels erblickten hierin eine illoyale Konkurrenz und erhoben beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage mit den Rechtsbegehren :

**A. Leistungsklage :**

**Hauptbegehren :** « Es sei den Beklagten zu verbieten, die Zigaretten der klägerischen Zigarettenfabriken unter den auf dem beigehefteten Zirkular

an die Kundschaft vom 10. Juni 1925 enthaltenen Preisen zu verkaufen, unter der Androhung von Ordnungsbusse bei Übertretung und Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams bei wiederholter Uebertretung ».

**Eventualbegehren :** « Es sei den Beklagten zu verbieten, die Zigaretten der klägerischen Fabriken, welche sie in Kenntnis des Vertragsbruches ihres Lieferanten oder eines Vormannes desselben erworben haben, unter dem Reverspreis zu verkaufen, mit der gleichen Androhung wie im Hauptbegehren. »

**2. Eventualbegehren :** « Es sei den Beklagten zu verbieten, die Zigaretten der klägerischen Fabriken, welche sie durch Verleitung ihres Lieferanten zum Vertragsbruch erworben haben, unter dem Reverspreis zu verkaufen, unter der gleichen Androhung wie im Hauptbegehren. »

**B. Feststellungsklage :**

**Eventualbegehren :** « Es sei gerichtlich festzustellen, dass das Revers-System der Kläger den Vorschriften des geltenden Rechtes entspricht. »

**2. Eventualbegehren :** « Es sei gerichtlich festzustellen, dass den Beklagten der Verkauf klägerischer Zigaretten, welche sie in Kenntnis des Vertragsbruches ihres Lieferanten oder eines Vormannes desselben erworben haben, unter dem Reverspreis, als unsittlich, eventuell als eine gegen Treu und Glauben verstossende Veranstaltung im Sinne von Art. 48 OR verboten ist. »

**3. Eventualbegehren :** « Es sei gerichtlich festzustellen, dass den Beklagten der Verkauf von Zigaretten der klagenden Firmen unter dem Reverspreis verboten ist, welche sie durch Verleitung zum Vertragsbruch erworben haben. »

Zur Begründung der Unterlassungsklage, als welche sich das erste Rechtsbegehren darstellt, wurde im wesentlichen geltend gemacht : Die Fabrikanten, Engros- und Detailhändler hätten im Hinblick auf die notwendige Sanierung der Verhältnisse in der Zigaretten-

branche ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der vereinbarten Detailpreise. Durch die Preisunterbietung seitens der Beklagten würden sie in ihrer Geschäftskundschaft beeinträchtigt, zum mindesten aber in deren Besitz bedroht, sodass sie einen Anspruch auf richterliche Untersagung dieses unlauteren Geschäftsgebarens hätten (Art. 48 OR). Wenn auch die Preisunterbietung an sich noch keine illoyale Konkurrenz bedeute, so werde sie doch dann zu einer solchen, wenn der Preis, wie hier, ohne Not derart niedrig gehalten werde, dass von einem anständigen Verdienst keine Rede mehr sein könne. Jedenfalls aber verstosse es gegen die guten Sitten, wenn Ware unter den Reverspreisen abgesetzt werde, die der Verkäufer nur durch planmässige Ausnützung des Vertragsbruchs Reversverpflichteter habe erwerben können. Auf diesen Standpunkt habe sich auch die deutsche Gerichtspraxis seit 1913 gestellt. Eventuell liege in der vorsätzlichen Verleitung von Reverskunden des Kartells zum Vertragsbruche eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41, Abs. 2 OR.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage.

C. — Mit Urteil vom 22. April 1926 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage in der Hauptsache geschützt und den Beklagten verboten, « die Zigaretten der klagenden Zigarettenfabriken unter den auf dem Zirkular an die Kundschaft vom 10. Juni 1925 enthaltenen Preisen zu verkaufen, soweit die Ware nicht nachweislich aus einer Zwangsvollstreckung oder Konkursmasse stammt. » Die Folgen der Übertretung des Verbotes wurden dem Vollstreckungsverfahren überlassen.

D. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt:

a) die Beklagten mit den Anträgen auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung,

b) die Kläger mit dem Begehren, es sei die vom Handelsgericht in bezug auf die nachweisbar aus einer Zwangsvollstreckung oder Konkursmasse stammende Ware gemachte Einschränkung durch den Zusatz zu ergänzen: « In diesen Fällen hat der Verkäufer jedoch auf diese Herkunft der Ware ausdrücklich hinzuweisen. »

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Eine vertragliche Verpflichtung, die von den zum Kartell der schweizerischen Zigarettenindustrie zusammengeschlossenen Fabrikanten hergestellten Zigaretten nicht unter den festgesetzten Mindestpreisen zu verkaufen, haben die Beklagten nicht übernommen, und es ist deshalb die Frage, ob die Vereinbarungen des Kartells mit den Reversverpflichteten nach ihrem Inhalt und Zweck sowohl, als auch in bezug auf die Art und Weise ihres Zustandekommens rechtsgültig seien, — welche Feststellung die Kläger eventuell verlangen, — nicht zu entscheiden, da die Beklagten insoweit nicht passivlegitimiert sind.

Das von den richtigerweise einzeln als Kläger auftretenden und zweifellos auch aktivlegitimierten Fabrikanten verlangte richterliche Verbot des Verkaufes von Kartellware durch die Beklagten unter jenen Preisen kann sich, wie unter Berufung auf Art. 41, Abs. 2 und 48 OR, sowie Art. 28 ZGB geltend gemacht wird, in der Tat nur auf eine ausservertragliche Rechtsverletzung stützen, was voraussetzt, dass die Kartellvereinbarungen indirekt gewisse rechtliche Wirkungen auch für die unbeteiligten Aussenseiter auszulösen geeignet sind.

2. — In dieser Beziehung kommt in bezug auf Art. 41, Abs. 2 OR in Betracht, dass durch die vom Kartell mit den einzelnen Reversverpflichteten abgeschlossenen Verträge lediglich sog. relative Rechte erzeugt worden sind, d. h. Rechte, die dem Gläubiger nur gegenüber

einer bestimmten Person: dem zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten Schuldner, zustehen. Drittpersonen können solche Rechte, — eben weil sie die entsprechende obligatorische Verpflichtung nicht eingegangen sind, — nicht verletzen und brauchen sie deshalb grundsätzlich auch nicht zu beachten (vgl. OSER, N. III 3, b zu Art. 41 OR; BGE 25 II 852). Die Teilnahme eines Dritten an der Verletzung solcher Rechte in Form der Anstiftung erscheint begrifflich schon deshalb ausgeschlossen, weil der Angestiftete seinerseits eine unerlaubte Handlung begangen haben müsste, indem ohne Delikt auch keine Anstiftung vorliegen kann. Die Nichterfüllung einer Forderung begründet aber kein solches, sondern bedeutet eine Vertragsverletzung, aus welcher der Schuldner allfällig nach Art. 97 ff OR Schadenersatzpflichtig wird.

Im Gegensatz hiezu wirken die sog. absoluten Rechte (wie Persönlichkeits- und dingliche Rechte) ihrem Inhalte nach gegen jedermann, d. h. sie begründen für jedermann die Verpflichtung, sich störender Einwirkungen auf sie zu enthalten. Wenn nun auch obligatorische Rechte vertraglich mit dinglicher Wirkung gegen jedermann ausgestattet werden können, wie namentlich im Servitutsrecht, so kann doch hier keine Rede davon sein, dass die Preiseinhaltungspflicht gewissermassen an der Ware hafte, indem die Begründung beschränkter dinglicher Rechte jener Art gesetzlich nur an unbeweglichen Sachen möglich ist.

Daraus folgt, dass ein den Tatbestand des Art. 41 Abs. 2 OR verwirklichendes Verhalten nicht ohne weiteres in der Verleitung von Reversverpflichteten zum Vertragsbruch oder in der wissentlichen Ausbeutung desselben durch Aussenseiter erblickt werden kann, da diese sich um die vertragsmässigen Verpflichtungen jener dem Kartell gegenüber grundsätzlich nicht zu kümmern brauchen. Unerlaubt wird eine solche Handlungsweise vielmehr erst dann, wenn sie unter beson-

deren, gravierenden Umständen erfolgt, die sie namentlich in Ansehung des damit verfolgten Zweckes oder der angewandten Mittel (wie z. B. bei Schädigungsabsicht aus blosser Rachsucht oder arglistiger Täuschung des Lieferanten etc.) als gegen die guten Sitten verstossend erscheinen lassen (vgl. v. TUHR, OR I S. 327 und 331; MUTZNER, S. J. Z. 23. Jg. S. 150; BGE 26 II 143 f.).

Wenn sich die Vorinstanz für die Auffassung, dass sowohl die Verleitung eines andern zum Vertragsbruch, als auch die Eingehung eines Vertrages mit einem Gegner, in Kenntnis dessen Vertragsbruches einem Dritten gegenüber, regelmässig schon unsittlich sei, auf die Entscheidung des II. Zivilsenates des Reichsgerichts vom 11. Januar 1916 (R. G. 88 S. 9 ff.) beruft, so übersieht sie, dass es sich dabei um eine in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bestrittene Ansicht handelt, indem der VI. Zivilsenat sich konsequent auf den gegenteiligen, hier vertretenen Standpunkt stellt (vgl. Leipziger Zeitschr. f. deutsch. R. VIII. Jg. S. 77; R. G. 103 S. 421).

3. — Frägt es sich nun, ob das Geschäftsgebaren der Beklagten nach der angegebenen Richtung sittenwidrig sei, so muss zunächst berücksichtigt werden, dass sich ihr Verhalten als Abwehrmassnahme gegen die vom Kartell der schweizerischen Zigarettenindustrie über sie verhängte Lieferungssperre kennzeichnet. Es darf daher von vorneherein an die von ihnen diesem in ihre wirtschaftliche Tätigkeit tiefeingreifenden Kampfmittel gegenüber getroffenen Vorkehren kein strenger Masstab angelegt werden. Es lässt sich nicht etwa einwenden, dass die in dieser Weise Angegriffenen die für sie schädlichen Folgen durch ihren Beitritt zum Reverssystem hätten vermeiden können. Denn es war den Beklagten nicht zuzumuten, ihre selbständige Stellung aufzugeben und sich der Zwangsorganisation zu fügen, vielmehr befanden sie sich in ihrem Rechte, wenn sie in dem ihnen vom Kartell aufgezwungenen Wirtschafts-

kampf, in welchem sie naturgemäss die schwächere Stellung hatten, ihre eigenen Interessen zu wahren suchten (vgl. MUTZNER, a. a. O. S. 151; BGE 33 II 121).

Was dabei die zur Anwendung gebrachten Mittel anbetrifft, so haben die Beklagten im kantonalen Verfahren zugegeben, dass ein Teil der von ihnen unter den Kartellpreisen verkauften Zigaretten von vertragsbrüchigen Händlern stamme, dagegen bestritten, dass dies auch für den Grossteil ihrer Ware zutreffe. Erwiesen ist, dass Schweiger durch Vermittlung eines Direktors der Waldorf-Astoria Co, Deckert, 29,000 Stück Zigaretten von einem Reverskunden des Kartells, Winkler, übernommen hat. Aus diesem Geschäftsabschluss kann ihm indessen ein Vorwurf nicht gemacht werden, nachdem der vertretungsbefugte Direktor der Fabrik ihm diese Ware angetragen hat, jedenfalls aber mit deren Verkauf an ihn einverstanden war. Hieran ändert der Umstand nichts, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft davon keine Kenntnis hatte. Die Vorinstanz hält aber dafür, dass dem Zugeständnis der Beklagten eine umfassendere Bedeutung beizumessen sei, weil dieselben den durch Vorlage ihrer Lieferungsbücher leicht zu erbringenden Beweis dafür, « dass, entgegen der auf der Existenz des Reverssystems basierenden Vermutung des gänzlichen Versiegens der legalen Bezugsquellen, es dennoch möglich gewesen sei, in grösseren Quantitäten Kartellware so billig zu erstehen, dass aus dem Verkauf unter dem Detailpreis dennoch ein erspriesslicher Händlergewinn resultieren konnte », strikte abgelehnt hätten. Im weiteren nimmt sie auf Grund von zwei seitens der Kläger eingelegten, maschinenschriftlichen « Tatbestandsfeststellungen » (act. 144 und 145), die weder datiert, noch unterzeichnet sind, als erwiesen an, dass die Berner Firma Stucker & Zesiger gebüsst worden sei, weil sie, in Verletzung ihrer Reversverpflichtung, dem Beklagten Schweiger Kartellware geliefert habe, sowie, dass auch Horn sich auf Schleichwegen Zigaretten verschaffte,

indem er solche durch Drittpersonen beim Reversverpflichteten Heimerdinger gegen Barzahlung habe einkaufen lassen und das gleiche erfolglos durch ein Frl. Weber im Zigarrengeschäft Dürr versucht habe.

Diese Feststellungen sind jedoch für das Bundesgericht nicht verbindlich, weil sie auf gegen bundesrechtliche Beweisvorschriften verstossenden Erwägungen beruhen. Nach der Regel des Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, und es lag demnach den Klägern die Beweislast für ihre Behauptung ob, dass die Beklagten nach Inkrafttreten des Reverssystems (20. Juni 1925) sich Kartellware nur aus Vertragsbruch Reversverpflichteter verschaffen konnten. Diese Beweisnorm hat die Vorinstanz verletzt, indem sie aus der Weigerung der Beklagten, ihre Lieferungsbücher vorzulegen, auf einen, wo immer möglichen Bezug der Ware von vertragsbrüchigen Händlern geschlossen und wohl deshalb auch ohne weiteres auf die einseitigen, bestrittenen Behauptungen der Kläger bezüglich der in den Aktenstücken Nr. 144 und 145 erwähnten Vorgänge abgestellt hat (vgl. BGE 45 II 247). Was insbesondere die Angelegenheit Weber betrifft, so kommt derselben schon deshalb keinerlei Bedeutung zu, weil es sich dabei nach den eigenen Angaben der Kläger um einen — versuchten — Bezug von Zigarren gehandelt hat. Von einer Rückweisung der Akten an das Handelsgericht kann jedoch Umgang genommen werden, da auch im Falle der Richtigkeit jener Darstellungen ein unerlaubtes Gebaren der Beklagten nicht vorliegt. Denn es ist nicht erfindlich, inwiefern das Vorschieben von Strohmännern ein geeignetes Mittel hätte sein können, die betreffenden Reverskunden Heimerdinger und Stucker & Zesiger zum Vertragsbruche zu veranlassen, nachdem diese ja durch den Revers verpflichtet waren, Zigaretten an Wiederverkäufer überhaupt nur unter Auferlegung der vertraglichen Pflicht zur Preiseinhaltung abzugeben.

Entgegen der Vorinstanz ist sodann dem Standpunkte der Beklagten beizupflichten, dass auch nach dem 20. Juni 1925 Kartellware durch die zirka 7000 Mitglieder des schweizerischen Spezereihändlerverbandes reversfrei in den Verkehr gelangen konnte, indem die von der Verbandsleitung dem Kartell gegenüber eingegangene Verpflichtung eine reversmässige Bindung der einzelnen Verbandsangehörigen nicht herbeizuführen vermochte. Laut Handelsregistereintrag ist der Verband eine Genossenschaft im Sinne des OR, mit dem statutarischen Zwecke der «Wahrung und Hebung der Interessen der schweizerischen Spezereihändler und verwandten Branchen, sowie der Förderung der Kollegialität und des Solidaritätsgefühls.» Lässt schon dieser allgemeine Zweck den Schluss nicht zu, dass dem Verband die Vertretung seiner Mitglieder im Konkurrenzkampfe schlechthin übertragen werden wollte, so kann eine Befugnis der Verbandsleitung, für die Verbandsangehörigen Verpflichtungen von im Hinblick auf die Konventionalstrafe und die Beschränkung der Gewinnmarge so weittragender Bedeutung einzugehen, umsoweniger angenommen werden, als die persönliche Haftbarkeit der Mitglieder statutarisch ausgeschlossen ist.

Soweit daher die Beklagten erwiesenermassen Ware von vertragsbrüchigen Händlern bezogen und unter den Kartellpreisen verkauft haben, kann ihnen ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41, Abs. 2 OR nicht zur Last gelegt werden.

4. — Wenn man aber auch weitergehend in der fortgesetzten Verleitung zu Vertragsbrüchen und der wissentlichen Ausnützung solcher unter gravierenden Umständen eine «Treu und Glauben verletzende Veranstaltung» im Sinne von Art. 48 OR erblicken wollte, der dem Verletzten einen Anspruch auf Einstellung eines derartigen Gebarens gewährt (vgl. MUTZNER a. a. O. S. 151), so wäre nach dem Gesagten dieses Requisit für den Erlass eines richterlichen Verbotes nicht erfüllt.

Ebensowenig sind die Voraussetzungen für ein solches aus dem Gesichtspunkte der behaupteten illoyalen Preisunterbietung seitens der Beklagten gegeben. Die Kläger verkennen nicht, dass grundsätzlich jeder Gewerbetreibende berechtigt ist, die Preise für seine Waren nach seinem Belieben festzusetzen, halten aber dafür dass die Unterbietung anderer dann unerlaubt werde, wenn von einem anständigen Verdienste nicht mehr die Rede sein könne. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Eine derartige Beschränkung des Preisbestimmungsrechts widerspricht dem Grundsätze der freien Konkurrenz, deren Wesen ja gerade darin besteht, dass im wirtschaftlichen Interessenkampfe einer den andern mit seinen Leistungen zu überbieten und so den grössten Teil der Kundschaft an sich zu ziehen sucht. Wie dem Fabrikanten, so steht es auch dem Handelstreibenden kraft seines Eigentumsrechtes an der Ware frei, die Preise nach seinem Belieben zu bestimmen. Wenn er billiger verkaufen will als seine Konkurrenten, sei es, weil er dazu durch Beschaffung der Ware zu günstigen Bedingungen in der Lage ist, oder weil er sich mit einem bescheideneren Gewinn begnügt, in der Hoffnung, durch vermehrten Absatz einen Ausgleich zu erzielen, oder wenn er sogar seine Waren mit Verlust verkauft, um sich eine Stellung im Verkehr zu erringen, so kann ihm das nicht verwehrt werden. Der Umstand, dass eine solche Preisunterbietung eine Schädigung der Mitbewerber zur Folge hat, indem ihnen Kunden entzogen, oder sie selbst gezwungen werden, auch ihrerseits die Preise herabzusetzen, macht diese Konkurrenz, auch wenn sie noch so scharf und rücksichtslos geübt wird, nicht zu einer unsittlichen. Diese Schädigung ist die natürliche Folge des Spiels der freien Konkurrenz (vgl. KOHLER, Unlaut. Wettbewerb, S. 26 ff.; OSER, N. II und BECKER, N. 12 zu Art. 48 OR; ALLART, Conc. déloyale, N° 201; BGE 22 S. 187; 40 II 132). Unerlaubt wird eine derartige Konkurrenzierung durch Preis-

unterbietung erst dann, wenn mit deren Durchführung zugleich unredliche, insbesondere täuschende Mittel (schwindelhafte Reklame, ungerechte Herabwürdigung eines Gewerbegenossen oder seiner Erzeugnisse, etc.) angewendet werden (vgl. WEISS, Conc. déloyale, S. 38 ff.). Hiefür aber liegt hier nichts vor. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit die reversverpflichteten Händler durch das Geschäftsgebaren der Beklagten in ihrer Kundschaft beeinträchtigt oder doch in deren Besitz bedroht werden. Jedenfalls trifft hier das Argument der Vorinstanz nicht zu, « dass das Publikum mit der unmotivierten Verbilligung der Ware sehr leicht die Vorstellung der Qualitätsverschlechterung verbinde ». Die Identität der Verpackungen der von den Beklagten und den Reverskunden des Kartells feilgebotenen Ware muss gegenteils die Abnehmer ohne weiteres erkennen lassen, dass es sich beim Verkaufe der Beklagten unter dem üblichen Preise um eine Massnahme des Konkurrenzkampfes handelt.

5. — Das Handelsgericht ist zur grundsätzlichen Gutheissung der Klage wesentlich gestützt auf Art. 28 ZGB gelangt, von der Erwägung ausgehend, das Reverssystem, als eine Eigenart der wirtschaftlichen Betätigung innerhalb eines bestimmt umgrenzten Geltungsbereiches, bilde einen Teil der konkret ausgestalteten Erwerbstätigkeit der daran Beteiligten und sei in seinem Bestande von der strikten Erfüllung der durch diese übernommenen Verpflichtungen abhängig. Das Bestreben Aussenstehender, den vitalen Interessen dieser Sondergemeinschaft durch Ausnützung des Vertragsbruches einzelner Mitglieder zuwiderzuhandeln, bedeute « einen unbefugten Eingriff gegen sämtliche am Reverssystem beteiligten Personen und Personengemeinschaften. » Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des Begriffes des Persönlichkeitsrechts im Sinne der gedachten Bestimmung. Nach feststehender Praxis (vgl. BGE 42 II 599 ; 46 II 427 ; Pr. XV S. 383) ist als solches allerdings auch das Recht auf Achtung und Geltung der wirt-

schaftlichen Persönlichkeit anzuerkennen, d. h. das Recht jeder Person — der juristischen, wie der natürlichen — auf Entfaltung ihrer Kräfte im Wirtschaftsleben, handelt es sich doch dabei lediglich um einen Ausfluss des Grundrechtes der persönlichen Freiheit überhaupt. Allein dieses Individualrecht ist nicht dahin aufzufassen, dass der einzelne Handel- oder Gewerbetreibende Anspruch auf eine ungestörte, insbesondere durch eine bestimmte Art seines Geschäftsbetriebes mehr oder weniger gefestigte Existenz besitze, also auch in seinen vermögensrechtlichen, geschäftlichen Beziehungen gegen Eingriffe Dritter absolut geschützt sei (vgl. BGE 40 II 619 f. ; 51 II 529 ; HAFTER, N. 13 zu Art. 28 ZGB). Es genügt, dass er seine Erwerbskraft überhaupt betätigen kann, wobei bloss die mit der Individualität seiner Person verbundenen Güter, wie der geschäftliche Ruf, Name, gewerbliche Individualisierungsmittel (z. B. Kataloge) etc. Schutzobjekte nach Art. 28 ZGB bilden, nicht aber auch die im Geschäftsbetriebe als solchem begründeten rein ökonomischen Interessen. Einzig um solche aber handelt es sich bei dem von der Vorinstanz als verletzt angenommenen Rechte der Kläger auf Durchsetzung des auf Ausschaltung der Konkurrenz unter den Händlern abzielenden und diesen dadurch eine bestimmte Gewinnquote sichernden Reverssystems.

Die Kläger verlangen nicht sowohl Schutz ihres Rechtes auf Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit, als vielmehr die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit anderer : der ihnen mit gleichen Rechten gegenüberstehenden Aussenseiter. Wenn indessen die Reversverpflichteten sich in zulässiger Weise eines Teils ihrer wirtschaftlichen Freiheit entäussert haben, so kann dieser Verzicht nicht mehr Bestandteil ihres Persönlichkeitsrechtes sein und daher aus dem Gesichtspunkte des Art. 28 ZGB Aussenstehenden schlechterdings nicht aufgedrängt werden.

Auch die Beklagten haben Anspruch auf Achtung

ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit. Gegenüber deren Beeinträchtigung können sie sich freilich, wie das Handelsgericht zutreffend ausführt, nicht auf Art. 31 BV berufen, indem dieser das System der freien Wirtschaft gewährleistende Verfassungsgrundsatz nur Schutz gegen Eingriffe staatlicher Behörden verleiht (vgl. BGE 32 II 368). Indirekt kommt ihm jedoch auf dem Boden des Privatrechts insofern Bedeutung zu, als, wenn es den Behörden nicht gestattet ist, in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte einzugreifen, auch der Richter auf ausservertraglichem Gebiete einer Interessengemeinschaft die Zwangsgewalt des Staates zur Beschränkung der freien Konkurrenz nicht zur Verfügung stellen darf. Dadurch würde hier dem Reverssystem Zwangscharakter verliehen, sodass auch aussenstehende Dritte die einseitig von den Produzenten- und Händlerkreisen festgesetzten Preise zu respektieren hätten.

6. — Die nämlichen Gründe, die darnach zur Abweisung der Klagebegehren der Fabrikanten führen, lassen auch die Ansprüche der Berufsverbände als unbegründet erscheinen, sodass die Frage offen bleiben kann, ob und inwieweit diese überhaupt aktivlegitimiert sind.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung der Kläger wird abgewiesen, dagegen diejenige der Beklagten gutgeheissen und in Aufhebung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. April 1926 die Klage abgewiesen.

**63. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 9 novembre 1926  
dans la cause Cornaz contre Cuendet.**

Acte illicite. — Collision d'un side-car avec une voiture tilbury. — Lésions corporelles causées au motocycliste. — Faute principale imputable, en l'espèce, au conducteur du tilbury. — Faute concomitante de la victime. — Mesure de la responsabilité de l'une et de l'autre partie. — Evaluation du dommage.

Le 26 mai 1923 au soir, Samuel Cuendet, voyageur de commerce, rentrait en side-car de Begnins à Morges. Sur le caisson adapté au côté droit de la motocyclette, était assis un M. Gubler. Il avait plu pendant la journée ; la nuit était sombre et le temps couvert.

Entre 22 heures et 22 h. 30, sur le territoire de la commune de St-Prex, Cuendet qui, éclairé par un gros phare, roulait à l'allure de 30 à 35 km à l'heure sur le bord extrême-droit de la route, heurta de sa jambe gauche le moyeu d'une voiture tilbury, circulant en sens inverse, sans lumière, au milieu de la chaussée, plutôt sur le côté gauche de celle-ci. Cuendet eut la jambe brisée au-dessous du genou. Il tomba de la machine, qui s'arrêta d'elle-même, peu après, contre un obstacle. Quant au tilbury, il continua sans autre son chemin.

Cuendet, victime d'une grave fracture ouverte, fut transporté le soir-même à Morges et le lendemain à l'Hôpital cantonal de Lausanne. La guérison fut longue et difficile. Le patient dut à plusieurs reprises se rendre à l'hôpital, où il séjourna en tout pendant 208 jours. Les divers traitements qu'il subit entraînèrent pour lui de nombreux mois d'immobilité et d'incapacité de travail. Néanmoins, il est aujourd'hui rétabli.

A la suite d'une enquête pénale, le Tribunal de police du district de Morges condamna, le 27 septembre 1923, Hector Cornaz, alors à Begnins, conducteur du tilbury déclaré auteur de l'accident, à la peine de 50 fr. d'amende et aux frais de la cause, pour lésions par imprudence ou par négligence.

Le 15 mai 1924, Samuel Cuendet a ouvert action à Cornaz, en concluant à ce que celui-ci soit condamné à lui payer la somme de 20 000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 26 mai 1923. Le défendeur a contesté que la collision se soit produite avec sa voiture et, subsidiairement, qu'il porte la responsabilité du dommage subi par Cuendet. En cours d'instance, il a été procédé à des expertises technique, médicale et commerciale. Le 1<sup>er</sup>