

2. — Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Schädigung der Quelle von der Beklagten nicht in Überschreitung, sondern in vertragsgemässer Ausübung ihres Lehmausbeutungsrechtes herbeigeführt wurde. Nach dem Gesagten kann dieser Konflikt zwischen der Servitut der Beklagten und dem — bestrittenen — Quellenrecht der Klägerschaft nicht auf dem Boden der Art. 706/7 ZGB, sondern nur auf Grund des Dienstbarkeitsrechtes gelöst werden. Und dabei gilt, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, der Grundsatz, dass von zwei Dienstbarkeiten, welche sich nicht miteinander vertragen, die ältere den Vorrang hat. Dieser Grundsatz ist allerdings im ZGB nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, allein er muss anerkannt werden als Ausfluss aus dem allgemein gültigen Satz, dass man von seinem Auktor nicht mehr Rechte erwerben kann, als dieser selbst (noch) hat — einem Satz, den das ZGB nur zu Gunsten des gutgläubigen Dritten eingeschränkt hat, was indessen hier ausser Betracht fällt, da ein Grundbucheintrag zu Gunsten der Beklagten besteht.

Die Vorinstanz stellt nun — in Anwendung kantonalen Rechtes und daher für das Bundesgericht verbindlich — fest, dass das Lehmausbeutungsrecht der Beklagten schon im Jahre 1910 begründet wurde, dass dagegen das von der Klägerschaft beanspruchte Quellenrecht jedenfalls bis zum Jahre 1912 nicht zur Entstehung gelangte. Ob die Klägerschaft seit dem Jahr 1911 durch Ersitzung ein dingliches Recht an jener Quelle erworben habe, kann, weil ohne Einfluss auf den Entscheid, dahingestellt bleiben mit Rücksicht darauf, dass der Quelleneigentümer am vorliegenden Verfahren nicht als Partei beteiligt ist. — Die Klägerschaft hat es daher, weil ihr Recht auf alle Fälle das jüngere ist, zu dulden, wenn in bestimmungsgemässer Ausübung des Lehmausbeutungsrechtes ihre Quelle abgegraben wurde. Dass die Ausbeutung sich im Rahmen des Vertrages hielt, ist von der Vorinstanz ausdrücklich festgestellt worden. Eine Schadenersatzpflicht der Beklagten käme unter diesen Umständen

höchstens unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs in Frage, d. h. dann, wenn die Beklagte ohne jeglichen Nachteil für ihre eigenen Interessen die Quelle hätte schonen können. (Offenbar aus dieser Überlegung heraus hat die Vorinstanz noch untersucht, ob nicht eine Haftung der Beklagten nach Art. 41 f. OR bestehe; der von der Klägerschaft gerügte innere Widerspruch zwischen dieser Erwägung und der Zuerkennung des Vorrangs des Lehmausbeutungsrechtes liegt daher in Wirklichkeit nicht vor.) Mit der Feststellung der Vorinstanz, dass die Schädigung der Quelle als Folge der Lehmausbeutung nicht voraussehbar war, ist jedoch auch diesem Anspruch der Boden entzogen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 15. Dezember 1930 bestätigt.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1931

i. S. Jucker-Wegmann A.-G.

gegen Verkaufsstelle Schweiz. Papierfabriken « Papyrus ».

Sind die für die Beurteilung der Zulässigkeit von Boykotten aufgestellten Grundsätze auch anwendbar, wenn ein Unternehmen, das in seiner Branche faktisch eine Monopolstellung einnimmt, die Geschäftsbeziehungen zu einem bisherigen Kunden abbricht?

A. — In der Schweiz bestehen insgesamt 16 Papierfabriken, wovon sich 12 zu einem als Genossenschaft organisierten Verkaufskartell zusammengeschlossen haben,

das die Firma « Verkaufsstelle Schweizerischer Papierfabriken, Papyrus » trägt und seinen Sitz in Luzern hat. Für zwei weitere Fabriken wird der Verkauf durch die « Eika », die Einkaufsstelle des Schutzverbandes der papierverarbeitenden Industrien in der Schweiz, besorgt, und zwei Fabriken, die Papierfabriken a. d. Sihl in Zürich, sowie die Karton- und Papierfabrik Deisswil gehören überhaupt keiner Organisation an.

Die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann in Zürich ist ein im Jahre 1925 zum Zwecke des Handels in Papier samt Ausrüsterei gegründetes Unternehmen. Sie ist die Nachfolgerin einer frühern Aktiengesellschaft gleichen Namens, die im Jahre 1924 mit Konkurs geendigt hat.

Am 28. Mai 1928 bestellte die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann bei der « Papyrus », mit der sie in regelmässigem Geschäftsverkehr stand, eine Lieferung Papier einer bestimmten Qualität. Die Bestellung wurde von der Papierfabrik Cham, die Mitglied der « Papyrus » ist, ausgeführt. Die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann bemängelte jedoch in der Folge die gelieferte Ware als ungenügend geleimt und verweigerte die Zahlung. Hieran knüpften sich, da die « Papyrus » die Beanstandung nicht anerkennen wollte und Zahlung ihrer Rechnung im Betrage von 1713 Fr. 95 Cts. verlangte, langwierige Unterhandlungen. Da die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann auf ihrer Ablehnung und Zahlungsverweigerung beharrte, schrieb ihr die « Papyrus » schliesslich am 10. September, es werde ihr, der « Papyrus », nichts anderes übrig bleiben, als ihre Forderung auf dem Rechtswege geltend zu machen. Das wäre allerdings für die weiteren geschäftlichen Beziehungen der Parteien nicht förderlich. Zudem wünsche die « Papyrus » derartige Pendenzen rasch zu erledigen. Sie schlug daher der Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann vor, die Ware durch einen unbefangenen Papierfachmann begutachten zu lassen, wobei die Kosten von derjenigen Partei zu tragen wären, die nach dem Ergebnis der Expertise unterliege. Da die Aktiengesell-

schaft Jucker-Wegmann in ihrer Antwort eine solche Begutachtung unter Aufrechterhaltung ihres Standpunktes als zwecklos bezeichnete, erwiderte ihr die « Papyrus » am 27. September 1928 : « Nachdem Sie unsern Vermittlungsvorschlag auf eine Expertise ebenfalls ablehnen, so bliebe uns wirklich nichts mehr anderes übrig, als die Gerichte in Anspruch zu nehmen. Es widerstrebt uns dies jedoch, so dass wir davon absehen. Dagegen fragen wir uns ernstlich, ob in Anbetracht der Erledigung, welche Ihrerseits uns aufgedrängt worden ist, neue Gelegenheiten für derartige Geschäftsabwicklungen geschaffen werden sollen. Wir sind uns wirklich nicht gewohnt, Pendenzen in dieser Weise abgewickelt zu sehen, und wir möchten Wiederholungen unbedingt vorbeugen. Bevor wir diesbezüglich einen definitiven Entscheid fassen, möchten wir Ihnen eine allerletzte Gelegenheit geben, die Angelegenheit nach kaufmännischem Treu und Glauben zu erledigen, d. h. entweder die Ware uns abzunehmen oder zum mindesten der vorgeschlagenen Expertise zuzustimmen. Bis zum Eintreffen Ihrer Antwort erlauben wir uns, die Bestätigung des gestern eingetroffenen Auftrages zurückzubehalten. » Die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann liess dieses Schreiben unbeantwortet, und es schrieb ihr daher die « Papyrus » am 18. Oktober 1928 : « Aus Ihrem Stillschweigen müssen wir schliessen, dass Sie auf Ihrem Standpunkt in jeder Hinsicht beharren und eine Erledigung der Angelegenheit nach kaufmännischem Gebrauch ablehnen. Wir sehen uns deshalb veranlasst, von der Ausführung weiterer Lieferungen an Sie, bzw. von der Annahme neuer Aufträge für so lange Umgang zu nehmen, als Sie sich weigern, die Ware entgegenzunehmen, oder doch wenigstens die Angelegenheit einem fachmännischen Experten mit Schiedsrichter-Kompetenz zum Entscheid zu unterbreiten. Selbstverständlich werden auch unsere Fabriken direkt überwiesene Aufträge in Lagersorten nicht mehr entgegennehmen können. » Daraufhin antwortete die Aktiengesellschaft Jucker-

Wegmann am 19. Oktober 1928, sie habe vorgängig ihrer endgültigen Stellungnahme beim staatlichen Materialprüfungsamt in Berlin ein Gutachten eingeholt, das jedoch zur Zeit noch ausstehe. Sie sei natürlich nicht in der Lage, den angedrohten Boykott zu verhindern und werde die « Papyrus » für allen ihr hieraus entstehenden Schaden belangen. Demgegenüber wendete die « Papyrus » in ihrem Antwortschreiben vom 20. Oktober 1928 ein, dass ein einseitig eingeholtes Gutachten eines ausländischen Materialprüfungsamtes für sie keinerlei Bedeutung haben und jedenfalls nicht als neutrale Expertise mit Rechtsfolgen gelten könne. Von einem Boykott, der die « Papyrus » zu Schadenersatz verpflichte, könne nicht die Rede sein. Man werde ihr, der « Papyrus », das Recht nicht absprechen wollen, über die Abgabe der Waren, deren Verfügungsrecht ihr zustehe, nach ihrem eigenen Gutdünken entscheiden zu können. Es werde der Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann übrigens zweifellos möglich sein, ihren Bedarf auf anderem Wege einzudecken, oder aber ihre Geschäftsmaximen derart zu wählen, dass die « Papyrus » wieder in die Lage gesetzt sei, über die Wiederannahme ihrer Aufträge Beschluss fassen zu können. Die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann übergab daraufhin die Angelegenheit ihrem Anwalt, welcher vorerst die Behandlung des Falles durch ein mehrköpfiges Schiedsgericht beantragte, sich aber schliesslich einverstanden erklärte, diese einem fachmännischen Experten mit Schiedsrichterkompetenz zu unterbreiten. Doch verlangte er, dass ausserdem ein Gutachten der eidgenössischen Materialprüfungsanstalt eingeholt werde, welchem Begehren die « Papyrus » am 29. November 1928 nach anfänglicher Weigerung zustimmte. Auch anerkannte die « Papyrus » den von der Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann vorgeschlagenen Experten, Herrn Aschmann sen., nachdem letztere mehrere Vorschläge der « Papyrus » zurückgewiesen hatte. Sie erklärte jedoch, Voraussetzung zur Einholung dieses Gutachtens sei aber, dass die Aktien-

gesellschaft Jucker-Wegmann ihre Zustimmung zur Fragestellung an den eigentlichen Experten, Herrn Aschmann sen., erteile und die für andere Lieferungen inzwischen fällig gewordenen Beträge, die sie zurückbehielt, bezahle. Auf dieses Schreiben antwortete die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann, bezw. deren Anwalt, nicht. Die « Papyrus » schrieb ihr daher am 13. Dezember 1928, sie entnehme aus ihrem Stillschweigen, dass sie die Sache nicht weiter zu verfolgen gedenke. Sodann fügte sie bei: « Wir sehen davon ab, die Angelegenheit vor das öffentliche Gericht zu bringen und entbinden Sie anmit freiwillig und ohne Rechtsverpflichtung von der Abnahmeverpflichtung der Ihnen am 3. September fakturierten Anfertigung, sowie auch von der Bezahlung des bezüglichen Betrages von 1713 Fr. 95 Cts. » Dagegen forderte die « Papyrus » Bezahlung der Fakturen für andere, nicht streitige Lieferungen im Betrage von 8464 Fr. 40 Cts.

B. — Da die Aktiengesellschaft Jucker-Wegmann auch die letzterwähnten Fakturen nicht beglich, reichte die « Papyrus » Klage gegen sie ein mit dem Rechtsbegehren: « Ist die Beklagte verpflichtet, der Klägerin 8464 Fr. 40 Cts. nebst 6% Zins seit 13. Dezember 1928, sowie 3 Fr. 40 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen ? »

Die Beklagte bestritt, die eingeklagte Forderung an sich nicht, behauptete aber, zufolge ungerechtfertigten Boykottes eine Gegenforderung gegen die Klägerin in noch höherem Betrag zu besitzen und stellte daher widerklageweise folgende Rechtsbegehren: « 1. Ist die Klägerin verpflichtet, die Lieferungen an die Beklagte zu ihren normalen Geschäftsbedingungen wieder aufzunehmen? 2. Ist die Klägerin verpflichtet, der Beklagten 16,514 Fr. 05 Cts. nebst 5% Zins seit 27. September 1928 abzüglich der anerkannten 8464 Fr. 40 Cts. nebst 5% Zins seit 13. Dezember 1928 zu bezahlen? 3. Ist die Klägerin verpflichtet, der Beklagten monatlich 3325 Fr. nebst 5% Zins seit 26. Februar 1929 zu bezahlen, solange sie den Boykott aufrecht erhält ? »

C. — Mit Urteil vom 12. Dezember 1930 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage im Betrage von 8464 Fr. 40 Cts. nebst 5% Zins seit 13. Dezember 1928 gutgeheissen und die Widerklage in vollem Umfange abgewiesen.

D. — Hiegegen hat die Beklagte am 11. März 1931 die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehren um Abweisung der Klage und Schutz der Widerklage. Hiebei reduzierte sie jedoch den Betrag der Widerklageforderung laut Rechtsbegehren 2 auf 15,895 Fr. und denjenigen laut Rechtsbegehren 3 auf 3179 Fr.

Die Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Da die Hauptklage an sich nicht bestritten ist und die Beklagte mit dem anerkannten Betrag lediglich verrechnen will, ist nur die Widerklage zu prüfen.

2. — Die Beklagte macht hiefür geltend, dadurch, dass die Klägerin in der schweizerischen Papierindustrie eine Monopolstellung einnehme, komme ihr Verhalten einem Boykotte gleich, der unter den obwaltenden Umständen als unzulässig bezeichnet werden müsse. Angenommen, diese Behauptung treffe — wovon später die Rede sein wird — zu, so könnte unter allen Umständen das Widerklagebegehren 1, womit die Beklagte die Verurteilung der Klägerin zur Wiederaufnahme der normalen Geschäftsbeziehungen mit ihr verlangt, nicht gutgeheissen werden. Die Parteien stehen, abgesehen von den einzelnen frühern Lieferungsgeschäften, aus denen die Hauptklage hergeleitet wird, in keinen vertraglichen Beziehungen zu einander, insbesondere nicht in dem Sinne, dass zwischen ihnen ein auf längere bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossener Lieferungsvertrag bestünde, wonach die Klägerin der Beklagten auf Abruf Waren zu liefern hätte. Eine Vertragsverletzung, auf Grund derer der Beklagten der Klägerin gegenüber ein Erfüllungsanspruch

zustünde, kommt daher von vorneherein nicht in Frage. Aber auch von einem Kontrahierungszwang, wonach die Klägerin kraft Gesetzes zur Aufnahme bzw. Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten verpflichtet wäre, kann mangels einer ausdrücklichen bezüglichen Vorschrift ebenfalls nicht die Rede sein (vgl. auch VON TUHR, OR Bd. I S. 240). Es könnte sich daher höchstens fragen, ob im Verhalten der Klägerin eine unerlaubte Handlung zu erblicken sei. Eine solche gibt dem Geschädigten aber nur einen Anspruch auf Schadenersatz und in gewissen Fällen auf Genugtuung und ferner auf Unterlassung der Störung. Nun kann zwar der Schadenersatz auch in Form der Naturalersatzleistung erfolgen, nicht nur in Form des Ersatzes in Geld. Allein auf eine Wiederherstellung des früheren Zustandes, d. h. der bisherigen Beziehungen — und darauf zielt das Widerklagebegehren 1 ab — könnte die Klägerin eben nur dann verurteilt werden, wenn die Beklagte einen Rechtsanspruch hierauf besässe. Ein solcher könnte aber nur in vertraglichen Beziehungen, die hier — wie bemerkt — nicht vorhanden sind, liegen. In diesem Sinne ist daher zutreffend, wenn die Klägerin bemerkt, sie könne zu einer solchen Wiederaufnahme nicht verurteilt werden, da es ihr, wie jedem Kaufmanne, freistehe, Geschäfte abzuschliessen, mit wem sie wolle.

3. — Aber auch von einer Schadenersatzpflicht zufolge Vorliegens einer unerlaubten Handlung gemäss Art. 41 ff. OR kann hier nicht die Rede sein. Zwar ist zuzugeben, dass, wenn eine Organisation, die einen bestimmten gewerblichen Zweig vollständig beherrscht und daher faktisch eine Monopolstellung einnimmt, ihre Beziehungen zu einer bestimmten Person abbricht, diese letztere dadurch in eine Lage versetzt wird, die in ihrer Wirkung derjenigen eines Boykottierten gleichkommt. Dass nun aber daraus ohne weiteres geschlossen werden müsse, es seien infolgedessen bei Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Verhaltens die durch die Gerichtspraxis für die

Beurteilung eines Boykottes aufgestellten Grundsätze analog anzuwenden, erscheint äusserst zweifelhaft; denn es ist nicht dasselbe, einer Person zu verbieten, Dritte zum Abbruch ihrer Beziehungen mit einer Person zu veranlassen oder aber — und dazu führt eine solche analoge Anwendung letzten Endes — ihr vorzuschreiben, ihre eigenen Beziehungen zu einer solchen Person aufrechtzuerhalten, d. h. mit andern Worten, sie zu einem positiven Tun zu verhalten. Letzteres bedeutet einen direkten Angriff auf die Vertragsfreiheit. Immerhin ist doch zuzugeben, dass, wenn eine Person, die faktisch eine Monopolstellung einnimmt, einer andern Leistungen verweigert, dies jedenfalls dann, wenn es grundlos geschieht und die Leistungen für die andere lebenswichtig sind — zum mindesten vom Standpunkt der guten Sitten aus — verpönt werden muss (vgl. auch VON TUHR, OR Bd. I S. 244; Entscheid. des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 62 S. 266; Bd. 79 S. 229). Es braucht indessen hier nicht entschieden zu werden, wie ein derartiges Verhalten rechtlich zu würdigen sei; denn wenn dieses auch analog einem Boykotte zu beurteilen wäre, so müsste die vorliegende Widerklage dennoch abgewiesen werden.

4. — Wie im Entscheid in BGE 56 II S. 435 f. des nähern ausgeführt worden ist, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtes inbezug auf die Beurteilung von Boykotten im Laufe der Zeit gewisse Wandlungen durchgemacht und ist die Praxis auch heute noch nicht gefestigt. Nachdem anfänglich der Boykott in weitgehendem Masse als unerlaubt bezeichnet wurde, wurde in der Folge seine Unzulässigkeit nur noch dann bejaht, wenn er auf eine direkte Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Boykottierten abziele, oder durch Mittel bewirkt werde, die einen direkten Angriff gegen deren Achtung und Geltung im gewerblichen Verkehr bedeute, oder wenn er an sich geeignet sei, diese wirtschaftliche Persönlichkeit zu vernichten. In neuester Zeit endlich wurde die Frage der Zulässigkeit eines Boykottes nur noch vom Standpunkte

der guten Sitten aus untersucht, wobei man erwog, dass eine Unsittlichkeit im verfolgten Zweck, in den angewandten Mitteln oder aber auch darin liegen könne, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem durch den Boykott angerichteten Schaden und dem hiedurch angestrebten Vorteile bestehe. Auch im vorliegenden Falle braucht zu diesen verschiedenen Auffassungen über die Abgrenzung erlaubter und unerlaubter Boykotte nicht endgültig Stellung genommen zu werden, da nach keiner der erwähnten Theorien in dem hier zu beurteilenden Tatbestand — wenn darauf überhaupt die bezüglichen Grundsätze analog anwendbar sein sollten — eine unerlaubte Handlung erblickt werden könnte.

5. — Beurteilt man das Vorgehen der Klägerin vom Standpunkte der guten Sitten aus, so sind in erster Linie Zweck und Mittel auf diese Voraussetzungen hin zu prüfen. Dabei entfällt eine Sittenwidrigkeit mit Bezug auf das angewandte Mittel ohne weiteres, denn dieses besteht einfach darin, dass die Klägerin der Beklagten nicht mehr liefert. Aber auch der von ihr hiebei verfolgte Zweck verstösst nicht gegen die guten Sitten. Die Klägerin geht keineswegs darauf aus, die Beklagte zu schädigen oder zu vernichten; sie will einfach nicht mehr mit ihr verkehren, um sich nicht erneut derartig unerquicklichen Streitigkeiten auszusetzen, wie sie im Anschluss an die Ausführung der beklagtischen Bestellung vom 28. Mai 1928 entstanden sind. Das erscheint aber angesichts des Verhaltens, das die Beklagte in diesem Konflikt an den Tag gelegt, durchaus verständlich. Mit der Vorinstanz ist zu sagen, dass es allerdings als unerlaubt bezeichnet werden müsste, wenn die Klägerin durch Androhung des Abbruchs ihrer Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten diese zur Aufgabe ihrer materiellen Stellungnahme in dem fraglichen Streite hätte bewegen wollen (vgl. auch BGE 44 II S. 482). Das war jedoch nicht ihre Absicht. Die Klägerin widersetzte sich keineswegs einer Untersuchung der streitigen Ware durch eine neutrale Instanz, nur hielt sie dafür, dass hiemit ein mit Schiedsrichter-

kompetenz ausgestatteter Sachverständiger betraut werden sollte, womit die Beklagte ihrerseits einverstanden war. Wenn dann dieses Verfahren dennoch nicht zum Ziele führte, so trifft daran die Beklagte die Schuld, indem diese, obwohl ihr die Klägerin ständig entgegenkam, die Verhandlungen plötzlich ohne zureichenden Grund abbrach. Unter diesen Umständen kann aber der Klägerin kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie angesichts der von der Beklagten an den Tag gelegten Hartnäckigkeit mit dieser nicht mehr weiter verkehren will. Dem kann auch nicht, wie die Beklagte glaubt, entgegengehalten werden, das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung ihrer Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin sei ungleich grösser als dasjenige der Klägerin daran, den fraglichen Streit durch einen fachmännischen Schiedsrichter, statt durch ein Gericht, entscheiden zu lassen. Diese Argumentation geht deshalb fehl, weil der Streit über jene Lieferung dadurch, dass die Klägerin die Ware zurückgenommen und auf Zahlung des Kaufpreises verzichtet hat, überhaupt erledigt war und daher als Beweggrund für den endgültigen Abbruch der Geschäftsbeziehungen durch die Klägerin an sich ohnehin gar nicht in Betracht kam. Massgebend hiefür war die Art und Weise, wie sich die Klägerin in jenem Streite benommen hatte. Diese bewirkte, dass das Vertrauen der Klägerin in die Loyalität der Beklagten — in verständlicher Weise — erschüttert wurde. Bei dieser Sachlage kann aber der Abbruch der Geschäftsbeziehungen unbekümmert darum, dass die Beklagte hiedurch empfindlich getroffen wird, unter keinen Umständen als sittenwidrig erachtet werden; denn, auch wenn man die Anwendbarkeit der Boykottgrundsätze auf derartige Verhältnisse grundsätzlich bejahen wollte, so könnte dies doch auf keinen Fall dazu führen, einer Partei die Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen selbst solchen Personen gegenüber zuzumuten, deren bisheriges Gebaren begründete Zweifel in ihre geschäftliche Loyalität aufkommen lässt.

Dasselbe Resultat ergibt sich aber auch, wenn man den vorliegenden Tatbestand nach der Auffassung würdigt, dass ein Boykott als rechtswidrig bezeichnet werden müsse, wenn er auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Angegriffenen ausgeht, oder doch diese zur notwendigen Folge hat. Dass die Klägerin diesen Zweck nicht verfolgt, ist bereits dargetan worden. Aus den Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich aber, dass die Beklagte auch tatsächlich durch das Verhalten der Klägerin nicht in ihrer Existenz gefährdet ist. Die Beklagte behauptet, sie habe eine Reihe von Papiersorten bei der Klägerin bezogen, die sie anderweitig nicht erhalten könne, und zwar sowohl Lagerware, d. h. ab Lager der Fabrik gelieferte Ware, wie Fabrikationsware, d. h. von den Fabriken auf Bestellung hergestellte und gelieferte Ware. Die Vorinstanz ordnete hierüber eine Zweier-Expertise an. Aus dem Gutachten ergibt sich mit Bezug auf die Lagerware, dass die Beklagte nicht ohne weiteres in der Lage sei, die Papiere, die sie von der Klägerin nicht mehr erhält, von einer andern Fabrik zu beziehen, weil die Kundschaft bei den einzelnen Papiersorten gewöhnlich auf bestimmte Merkmale, die von Fabrik zu Fabrik verschieden seien, abstelle und daher in der Regel nicht einfach mit dem entsprechenden Papier einer andern Fabrik bedient werden könne. Mit Bezug auf die fragliche Fabrikationsware aber stellten die Experten fest, dass die Beklagte einen Teil zu konkurrenzfähigen Preisen anderweitig beziehen könne, einen Teil jedoch nicht. In einem Ergänzungsgutachten äusserten sich die Experten sodann dahin, dass es der Beklagten möglich wäre, in der Detaillierung aufgebener Fabrikationen ein Betätigungsfeld zu finden. Die Vorinstanz hat ihrerseits festgestellt, dass die Fabrikationen den weit überwiegenden Teil des Geschäftes der Beklagten in den Jahren 1925-1928 ausmachten und dass innerhalb der Fabrikationen die streitigen Sorten geringer und mittlerer Qualität durchgehends nur etwa einen Viertel des Umsatzes betragen hätten. Abgesehen also davon, dass diese Sorten grösstenteils zu

konkurrenzfähigen Preisen von der Beklagten anderweitig beschafft werden könnten, würden diese in deren Geschäftsbetrieb keine überragende oder gar ausschliessliche Rolle spielen. Für die Lagersorten aber ergebe sich, dass die jährlichen Umsätze von zirka 24,000 Fr. bis zirka 70,000 Fr. zwar die streitigen Sorten geringer und mittlerer Qualität betreffen, dass aber diese Zahlen nur zirka einen Drittel des gesamten Lagergeschäftes darstellen, indem die Beklagte die übrigen zwei Drittel ihres Lagergeschäftes in andern Sorten von jeher aus dem Auslande oder von schweizerischen Fabriken bezogen habe, die der Klägerin nicht angeschlossen seien. Die Sperre treffe somit die Beklagte nur in einem sehr beschränkten Teil ihres Gesamtbetriebes, und es könne daher keine Rede davon sein, dass sie in ihrer Existenz ernstlich bedroht sei. Diese Feststellungen sind im wesentlichen tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich; denn eine Aktenwidrigkeit liegt, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht vor. Es ist keineswegs erwiesen, dass die Vorinstanz, wie die Beklagte behauptet, die Feststellungen der Experten mit Bezug auf die Möglichkeit der Beklagten, sich anderweitig mit Fabrikationsware einzudecken, nicht richtig gewürdigt habe. Übrigens wäre dies ohne Bedeutung, da die Vorinstanz festgestellt hat, dass die hiebei in Frage stehenden Papiersorten im Geschäftsbetrieb der Beklagten ohnehin keine überragende Rolle spielen. Unbehelflich ist auch der Vorwurf der Beklagten, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung des durch die klägerische Sperre der Beklagten entstandenen Schadens zu Unrecht lediglich auf das rein ziffernmässige Verhältnis abgestellt, in welchem die Sorten, die sie von der Klägerin zu beziehen pflegte, zu ihrem Gesamtumsatz stehen. Dass die von der Vorinstanz aufgeführten Zahlen an sich den Akten widersprechen, hat die Beklagte selber nicht zu behaupten vermocht; ob aber die hieraus gezogenen Schlüsse zutreffend sind, d. h. ob es angezeigt gewesen wäre, auch andere Faktoren

mit in Berücksichtigung zu ziehen, vermag das Bundesgericht, zumal einem sachkundigen Handelsgerichte gegenüber, nicht zu überprüfen. Unerfindlich ist sodann, wieso die auf dem Gutachten der Experten fussende Feststellung der Vorinstanz aktenwidrig sein sollte, dass es der Beklagten möglich wäre, in der Detaillierung aufgegebenen Fabrikationen ein Betätigungsfeld zu finden. Dass aber dieser Möglichkeit, wie die Beklagte behauptet, bei der Beurteilung des vorliegenden Tatbestandes ohnehin keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen könne, weil einem Boykottierten nicht zuzumuten sei, seinen Geschäftsbetrieb umzustellen, trifft nicht zu; denn wenn gewisse Organisationsänderungen genügen, um einen Betrieb trotz eines über ihn verhängten Boykottes lebensfähig zu erhalten, so kann ein solcher Boykott jedenfalls nicht im Hinblick auf seine Wirkungen als unerlaubt bezeichnet werden.

Wollte man endlich das Verhalten der Klägerin auf Grund der vom Bundesgericht ursprünglich vertretenen strengen Auffassung, die sich auch in der Literatur vertreten findet (vgl. SPECKER, Die Persönlichkeitsrechte, Zürcher Diss. 1910 S. 280), würdigen, wonach ein Boykott als eine künstliche Massnahme grundsätzlich als unzulässig zu erachten sei, so könnte die Widerklage dennoch nicht geschützt werden; denn auch nach dieser Theorie ist ein Boykott nicht unter allen Umständen schlechtweg verpönt; vielmehr ist er dann als erlaubt zu bezeichnen, wenn dadurch ein objektiv und subjektiv richtiger Zweck mit richtigen Mitteln realisiert werden soll. Diese Voraussetzungen treffen aber hier ohne Zweifel zu. Hiebei mag auf die vorgehenden Erwägungen, wo diese Fragen implicite bereits erörtert worden sind, verwiesen werden. Ist aber im Verhalten der Klägerin in keiner Hinsicht eine unerlaubte Handlung zu erblicken, so muss die Widerklage in vollem Umfange abgewiesen werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 12. Dezember 1930 bestätigt.

**44. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 13 mai 1931  
dans la cause  
Banque Populaire Suisse contre Calame et consorts.**

*Cautionnement. Dol. Art. 28 CO.*

En matière de cautionnement, comme en d'autres, le créancier n'est pas, dans la règle, tenu de renseigner les cautions ; mais il y aura dol lorsque, sachant que la caution ne s'engagerait pas si on lui révélait l'état des choses réel, le créancier le lui laisse ignorer volontairement. Et c'est agir dolosivement que, d'essayer — fût-ce en gardant le silence — de faire supporter par des tiers, qui n'y sont pour rien, une dette qu'on est sur le point de subir (consid. 2).

A. — La maison Jules Courvoisier & C<sup>ie</sup>, fonderie, à Genève, avait entre autres banquiers la Banque populaire suisse, à Genève, où elle escomptait ses papiers et qui lui faisait des avances de fonds.

A la fin du mois d'octobre et au commencement du mois de novembre 1921, la Banque exigea des garanties sous forme de cautionnements, menaçant de porter plainte pénale.

Jules Courvoisier proposa à la Banque son frère Paul et ses amis Calame, Zimmerli et Glatz, défenseurs au procès. Ils furent agréés. M. Corbat, directeur de l'établissement de la Banque à la rue des Acacias, à Genève, rédigea alors, le 7 novembre, un acte intitulé « acte de crédit en compte courant avec cautionnement ». On y lit que la Banque ouvre à Jules Courvoisier & C<sup>ie</sup> un crédit jusqu'à concurrence de 50 000 fr. en capital et de 10 000 fr. en intérêts, commissions et autres accessoires, Jules Cour-

voisier & C<sup>ie</sup> se reconnaissant débiteurs de toutes sommes qu'ils prélèveront à la Banque ; ils autorisent celle-ci à les débiter de tous effets de change portant leur signature, qui pourraient se trouver en la possession de la banque ou qui lui parviendraient, en tout temps. Paul Courvoisier, Calame, Zimmerli et Glatz signèrent cet acte en qualité de cautions solidaires, sur l'assurance de Jules Courvoisier que sa situation financière était saine, qu'il était sur le point de remettre son entreprise et que leur garantie serait seulement temporaire.

A la fin du mois de décembre 1921, la Banque estima qu'elle était insuffisamment garantie et qu'il lui fallait encore 25 000 fr. M. Corbat établit deux effets de change, dont les chiffres étaient laissés en blanc, et il invita Jules Courvoisier, derechef en le menaçant, à les faire signer. Jules Courvoisier s'approcha de nouveau de son frère Paul et de Jules Calame. Ceux-ci finirent par signer le 3 janvier 1922 les effets après que Calame en eut indiqué les montants par 15 000 et 10 000 fr. Les effets étaient à l'échéance des 5 avril et 5 mai 1922. Ils ne devaient pas, prétextuellement, sortir des portefeuilles de la Banque populaire : on se bornerait à les renouveler, au besoin, jusqu'à la remise de la fonderie.

Peu après, le véritable état de choses apparut. Jules Courvoisier & C<sup>ie</sup> doivent à la Banque populaire suisse des sommes considérables ; ils les lui devaient déjà en grande partie lors de la signature de l'acte du 7 novembre 1921 ; Jules Courvoisier avait remis à la Banque des traites fictives pour environ 130 000 fr. ; il avait trompé les cautions en leur dépeignant comme bonne une situation qui était en réalité désespérée.

B. — Après avoir introduit des poursuites contre les cautions du crédit du 7 novembre 1921 et les signataires des deux effets du 3 janvier 1922, la Banque populaire suisse les actionna solidairement, au mois de septembre 1922, en paiement de la somme de 52 102 fr. avec intérêts à 6 % dès le 15 mai 1922.