

Hauptsache ohnehin eine Frage organisationstechnischer Natur darstellt, so dass für das Bundesgericht ein Grund mehr dafür besteht, mit Bezug auf die Mitteilungspflicht des Beklagten nicht vom Entscheide der Vorinstanz, der sich nach dieser Richtung auf ein Gutachten des Starkstrominspektorates stützt, abzuweichen.

2. — Aus all diesen Gründen ist somit erwiesen, dass den Beklagten ein für den Unfall des Klägers kausales Verschulden trifft, da, wenn er pflichtgemäss die E. K. Z. von der Auswechslung des Isolators in Kenntnis gesetzt hätte, diese den Strom zweifellos nicht vor Beendigung dieser Arbeit eingeschaltet hätten. Richtig ist allerdings, dass auch den Chefmonteur Schnellli ein Verschulden trifft; allein dadurch wird der Beklagte — wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden ist — zum mindesten grundsätzlich, nicht entlastet. Von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges kann keine Rede sein. Da der Kläger bei der SUVAL versichert war, besteht jedoch eine Haftpflicht des Beklagten für den entstandenen Schaden gemäss Art. 129 KUVG nur, wenn seine Unterlassung sich als grobe Fahrlässigkeit (Absicht kommt nicht in Frage) erweist. Eine solche liegt dann vor, wenn unter Verletzung elementarster Vorsichtsgebote nicht beachtet wurde, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (vgl. auch BGE 54 II S. 403). Diese Voraussetzungen sind aber hier erfüllt. Zwar ist zuzugeben, dass der Unfall voraussichtlich nicht eingetreten wäre, wenn nicht gleichzeitig auch Schnellli versagt hätte; auch kann nicht geleugnet werden, dass die frühe Wiedereinschaltung des Stromes durch die E. K. Z., trotzdem ein voraussichtlicher Unterbruch von zirka  $\frac{3}{4}$  Stunden gemeldet worden war, etwas Aussergewöhnliches darstellt. Dies vermag indessen am Verschulden des Beklagten nichts zu ändern. Ihm musste als Betriebsleiter bewusst sein, dass eine derartige Arbeit im Blitzschutzraum gefährlich war, und es ist ihm daher

als grobes Verschulden anzurechnen, wenn er trotzdem die elementarste Vorsichtsmassnahme einer Verständigung der E. K. Z., deren Notwendigkeit jedermann in die Augen springt, unterlassen hat. Auf Schnellli durfte er sich, abgesehen davon, dass er ihn auch gar nicht entsprechend instruierte, schon deshalb nicht verlassen, weil er — wie aus den Akten ersichtlich ist — wusste, dass dieser nicht zuverlässig war.

3...

4. — Ob es zutreffend war, den Beklagten im Hinblick auf das konkurrierende Mitverschulden Schnellis nur für einen Viertel des eingetretenen Schadens haften zu lassen, braucht, da der Kläger das Urteil der Vorinstanz nicht anfecht, nicht untersucht zu werden; denn, selbst wenn auch dieser Umstand einen Abzug grundsätzlich rechtfertigen würde, so könnte jedenfalls von einer noch weitergehenden Reduktion auf keinen Fall die Rede sein.

**77. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Oktober 1931 i. S. Th. u. R. Diener gegen Handwerker- und Gewerbeverband Bern und Schweiz. Metall- und Uhrenarbeiterverband.**

Boykott zweier Berufsverbände zur Massregelung eines Aussenseiters, der im Konkurrenzkampf eine Offerte gefälscht hat. Grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Boykottes, doch strenge Beurteilung des Masses und der Dauer (Erw. 1 und 2).

Widerrechtlichkeit eines Mittels der Boykottdurchführung: Eindringen von Arbeitern in eine Werkstatt und Abspenstigmachen eines Arbeiters vom Vertrag unter Drohungen und Beschimpfungen (Erw. 3).

Kreditschädigung und Ehrverletzung durch die Presse: Verallgemeinerung des öffentlich erhobenen Vorwurfes der Schmutzkonzurrenz und der unseriösen Kalkulation. Wann ist Unterbietung Schmutzkonzurrenz, Beweisthema? (Erw. 5).

OR Art. 41, 49.

A. — Im Frühling 1927 eröffnete die Inselkorporation Bern, vertreten durch die Architekten Salvisberg und

Brechbühl, die Submission für die Vergabung der Spenglerarbeiten am Neubau des Loryspitals. Es gingen zwei Angebote ein. Das erste stammte vom Spenglermeisterverband der Stadt Bern und schloss mit einer Summe von 43,303 Fr. 80 Cts. ab; das zweite kam von den Gebrüdern Diener, den heutigen Klägern, und lautete auf 35,811 Fr. 60 Cts. Auf Grund dieser bereinigten Eingabe wurden die Spenglerarbeiten den Klägern zugeschlagen und am 18. Mai 1927 der Werkvertrag abgeschlossen....

Am 24. Mai 1927 meldete sich ein Vertreter der Firma J. G. Kiener und Wittlin A.-G. beim Sekretär des Handwerker- und Gewerbeverbandes der Stadt Bern und machte ihm folgende Mitteilungen: Die Kläger hätten für die Lieferung des Kupferbleches für das Dach des Loryspitals von der Firma J. G. Kiener und Wittlin A.-G. Offerten erhalten. Die Unterhandlungen hätten erwarten lassen, dass die J. G. Kiener und Wittlin A.-G. auf Grund der Konkurrenzangebote mit der Lieferung des Bleches beauftragt wurde. Um nun von den Konkurrenzangeboten Kenntnis zu nehmen, habe sich Herr A. Wittlin jun. zu den Klägern begeben. Dort seien ihm zwei Offerten gezeigt worden, eine von den Schweizerischen Metallwerken Selve & Co. in Thun zu 2 Fr. 05 Cts. das Kilo und eine von Kleinert & Cie. in Biel zu 199 Fr. 50 Cts. per 100 kg. Als Herr A. Wittlin diese beiden Offerten in die Hand genommen und gelesen habe, sei ihm aufgefallen, dass auf beiden Urkunden bei den Preisen Radierungen vorgekommen seien, denn das Licht sei so von unten auf das Papier gefallen, dass er dies habe bemerken können. Herr Wittlin habe die Kläger auf die Wahrnehmung aufmerksam gemacht, worauf diese die Offerten wieder zu sich genommen und verlegen eingesteckt hätten....

Ende Juni 1927 sandte der Handwerker- und Gewerbeverband der Stadt Bern, der Beklagte Nr. 1, und der Schweizerische Metall- und Uhrenarbeiterverband, Sektion Bern, der Beklagte Nr. 2, den Redaktionen verschiedener Blätter folgenden Artikel, der im Juli 1927 veröffentlicht wurde:

« Zur Vergabung der Spenglerarbeiten im Loryspital. — Die unterzeichneten Organisationen sehen sich veranlasst, die Öffentlichkeit auf die Vergabung der Spenglerarbeiten am Loryspital aufmerksam zu machen, namentlich deshalb, um nicht in irgendeiner Form missverstanden zu werden, wenn die sich aus den Beschlüssen ergebenden Konsequenzen der Öffentlichkeit bekannt werden sollten, dann aber speziell auch, um darauf hinzuweisen, mit welchen Mitteln heute die Schmutzkonkurrenten ihre Arbeitsofferten, die sie einreichen, zu erkämpfen und die Arbeit an sich zu reißen suchen.

Die Firma Gebrüder Diener, Caecilienstrasse 27 in Bern hat auf eine Totalarbeitssumme von ca. 40,000 Fr. eine um ca. 8,000 Fr. billigere Offerte eingereicht. Es handelt sich um die Vergabung von einem Kupferblechdach mit einem Gesamtgewicht des Kupferbleches von 7000 Kg.

Die Kommission, die die Offerten zu behandeln und die Arbeiten zuzuteilen hatte, war offenbar der Meinung, dass die Gebrüder Diener seriöser gerechnet hätten, als die mitkonkurrierenden Firmen und vergab die ganze Arbeit dieser Firma.

Bei annähernd richtiger und ernsthafter Berechnung durch die Firma Gebrüder Diener wäre wohl eine Verteilung an mehrere Firmen erfolgt, was an und für sich einzig richtig gewesen wäre. Durch die Offerte der Firma Gebrüder Diener aber war die Kommission vor eine andere Situation gestellt.

Die Gebrüder Diener, denen es sich nicht darum handelte, seriös zu rechnen oder die es überhaupt nicht im Stande sind, weil sie nicht wollen, mussten nun, nachdem an sie die Arbeit vergeben war, wohl oder übel an die Berechnung herantreten, und als sie sahen, dass nicht nur nichts zu verdienen war, sondern dass sie wesentliche Zuschüsse zu machen haben werden, griffen sie zu Fälschungen von Privaturkunden.

Als Kupferlieferant wurden verschiedene Firmen angegangen, so Kiener & Wittlin in Bern, Metallwerke Selve & Cie. in Thun und die Firma Kleinert & Cie in Biel.

Die Firma Kiener & Wittlin wurde dann von den Gebrüdern Diener darauf aufmerksam gemacht, dass die Lieferung des Kupferbleches nun spruchreif sei und die Firma könne von den Konkurrenzangeboten auf dem Bureau der Gebrüder Diener Einsicht nehmen. Die Firma nahm Einsicht in die Offerten und es stellte sich heraus, dass an den Preisen in dieser Offerte **unberechtigte Änderungen** vorgenommen worden waren. Die Preise der Konkurrenz waren radiert und reduziert worden wie folgt :

A. Originalofferte der Firma Selve & Cie., 235 Fr. per 100 kg ; Änderung der Firma Gebr. Diener, 205 Fr. per 100 kg.

B. Originalofferte der Firma Kleinert & Cie., 219 Fr. 50 Cts. per 100 kg ; Änderung der Firma Gebrüder Diener, 199 Fr. 50 Cts. per 100 kg.

Offerte der Firma Kiener & Wittlin, Bern, 220 Fr.

In beiden Fällen A und B handelte es sich um Fälschungen, die dann die Firma Kiener & Wittlin hätten veranlassen sollen, noch eine tiefere Offerte zu stellen.

Die Gebrüder Diener haben somit kein Mittel gescheut, um den eigenen Schaden, den sie sich zugefügt haben, einigermaßen wett zu machen und haben somit auch kein Mittel gescheut, um die interessierten Kreise schwer zu schädigen und die Kommission in einen wesentlichen Irrtum zu versetzen.

Gestützt auf diese Situation haben die interessierten Verbände beschlossen, die Firma Gebrüder Diener zu sperren, ihr die evtl. benötigten Arbeiter zu entziehen und öffentlich auf das Gebaren dieser Firma aufmerksam zu machen.

Gleichzeitig ist beschlossen worden, die Bauherrschaft zu ersuchen, ihre in wesentlichem Irrtum beschlossene

Arbeitsvergebung in Erwägung zu ziehen und die Arbeit an verschiedene Firmen zu verteilen.

Die Verbandsleitungen sind überzeugt, dass ihre Beschlüsse in der Öffentlichkeit gebilligt werden, denn durch die Schmutzkonkurrenten wird die ganze Bevölkerung empfindlich geschädigt. Diesen ist es gleichgültig, welche Folgen ein solches Gebaren nach sich ziehen kann und wie empfindlich durch das verwerfliche Vorgehen Meister, Arbeiter und Lieferanten getroffen worden sind.

Schweiz. Metall- und Uhrenarbeiterverband, Sektion Bern.

Handwerker- und Gewerbeverband Bern. »

Die Redaktion des « Bund » fügte der Veröffentlichung im « Bund » von sich aus den Untertitel « Unlauteres Gebaren einer Firma » bei.

Am 28. Juni 1927 richtete der Schweizerische Metall- und Uhrenarbeiterverband, Sektion Bern, durch sein Sekretariat folgendes Schreiben an die Gebrüder Diener :

« Schon längstens wurde von Seiten der Arbeiterschaft über die Arbeitszeit in Ihrer Firma Klage geführt und verlangt, dass sich auch die Meisterschaft an die im Verträge festgelegte Arbeitszeit halte und nicht, wie das bei Ihnen der Fall sein soll, und nach unsern Feststellungen auch ist, bis tief in die Nacht, Samstagabend und sogar am Sonntag gearbeitet wird....

Schon lange wurden wir aufmerksam gemacht, dass Sie durch stark untersetzte Unterangebote die Arbeit einfach an sich reißen suchen und dass dies nur möglich sei, weil Sie keine Arbeiter beschäftigen wollten, um mit der Arbeitszeit machen zu wollen, was Ihnen beliebt. Wir haben der Sache bis heute den Lauf gelassen, weil uns nicht positive Beweise der Schmutzkonkurrenz vorgelegt worden sind.

Heute nun ist dies der Fall. Sie haben zu einem Unterangebot von ca. 8000 Fr. die Arbeiten am Loryspital erhalten.

Die vergebende Behörde liess sich, was leicht verständlich

ist, durch das Unterangebot verleiten, daran zu glauben, dass von Seiten der mitkonkurrierenden Firmen übersetzte Preise verlangt wurden.

Übersetzte Preise werden von uns bekämpft. Aber ebenso bekämpft werden die Schmutzkonkurrenten dann, wenn es erwiesen ist, dass sie dieser edlen Handlung huldigen. Jeder Mensch will leben. Die Schmutzkonkurrenz verhindert den Mitmenschen, ein richtiges Einkommen zu erzielen, und wer das tut, ist in unsern Augen nicht mehr wert, als dass man ihn gleich behandelt.

Zu allem kommt nun noch die Fälschung der Offerten, die wir in aller Öffentlichkeit besprechen werden, um Behörden und Unternehmern zu zeigen, in welcher Art und Weise die Schmutzkonkurrenten arbeiten müssen.

Nachdem uns diese Grundlagen zur Verfügung stehen, haben wir keinen Anlass mehr, den Beschluss der Gruppe Spengler und Installateure abzulehnen, der dahin ging, der Firma Gebrüder Diener sei wegen Schmutzkonkurrenz auf die Dauer eines Jahres die Anstellung irgend eines Arbeiters, Spenglers, Installateurs oder Hilfsarbeiters zu verweigern und die Sperre sei unter Bekanntgabe der Gründe zu publizieren.

Dieser Beschluss wird nun ausgeführt....

Sie können also davon Vormerk nehmen, dass Ihre Firma für alle Arbeiterkategorien auf die Dauer eines Jahres gesperrt bleibt. »

Um die Sperre durchzuführen, drangen dann eines Tages 10 bis 12 Arbeiter in die Werkstatt der Kläger ein, um ihren Arbeiter Harder abspenstig zu machen. Einige von ihnen drohten ihm, wenn er nicht zu arbeiten aufhöre, werde er durchgeprügelt, und es kämen dann noch hunderte auf den Platz. Auch gebrauchten sie nach den Aussagen Harders, eines Lehrlings und einer Frau der Nachbarschaft kräftige Ausdrücke gegen ihn und nannten ihn einen « dumme Chaib », alles mit dem Erfolg, dass er nachgab, ihnen folgte und die Arbeit sogleich verliess. Schliesslich wurden auch Posten auf der Strasse vor dem

Hause der Kläger aufgestellt, die von der Gewerkschaft, d. h. dem Beklagten Nr. 2 bezeichnet und von den Meistern bezahlt wurden.

*B.* — Wegen der Verhängung der Sperre, der dabei verwendeten Mittel, der Veröffentlichungen in der Presse, der Vorwürfe der Schmutzkonkurrenz, der nicht seriösen Rechnung und der Urkundenfälschung haben die Gebrüder Diener gegen die beiden Verbände Klage mit den Rechtsbegehren erhoben :

1. Die Beklagten seien zu verurteilen, den Klägern eine gerichtlich zu bestimmende Geldsumme nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 1927 zu bezahlen, eventuell in anderer Weise als durch Bezahlung einer Geldsumme Schadenersatz und Genugtuung zu leisten.

2. Es sei gerichtlich zu erkennen, dass die von den Beklagten verhängte Sperre widerrechtlich ist, es sei ihnen zu verbieten, die Anstellung von Arbeitern durch die Kläger zu verhindern oder zu erschweren, und sie seien zu verurteilen, die Sperre zu widerrufen.

3. Das Urteilsdispositiv sei auf Kosten der Beklagten in allen Publikationsorganen zu publizieren, in welchen die Beklagten die Kläger angegriffen haben.

*C.* — Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt.

*D.* — Nach Abhörung der Parteien und Zeugen, unter anderem in Bezug auf den Vorwurf der Urkundenfälschung, nach Durchführung einer Expertise über die beidseitigen Submissionsofferten und über die Vorwürfe der unzulässigen Unterbietung und der nicht seriösen Berechnung hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage durch Urteil vom 9. Mai 1931 abgewiesen.

*E.* — Gegen diesen Entscheid haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag auf Rückweisung der Sache zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung und auf Gutheissung der Klage gestellt....

*F.* — ....

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Beklagten haben bestritten, die ihnen in der Presskampagne und im Schreiben der Gewerkschaft vom 28. Juni 1927 zur Last gelegte Fälschung von Privaturkunden begangen zu haben. Der Appellationshof hat den Wahrheitsbeweis der Beklagten jedoch als erbracht angenommen und ausgeführt, dass die Machenschaften, mit denen Wittlin zu einer niedrigeren Offerte hätte bestimmt werden sollen, wirklich erfolgt seien. Diese Feststellung ist tatsächlicher Art und für das Bundesgericht verbindlich. Sie ist in der Berufungserklärung nicht als mit den Akten im Widerspruch stehend angefochten worden.

Die in der Berufungsbegründung erhaltenen Ausführungen der Kläger über die ihnen vorgeworfene Fälschung richten sich ausschliesslich gegen die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz, insbesondere gegen die Annahme, der Zeuge Wittlin sei glaubwürdig, und gegen den Indizienschluss aus dem Umstande, dass die Kläger die beiden Offerten, die verändert worden sein sollen, in einem Augenblick vernichteten, als sie wussten oder wissen mussten, dass ihnen derartige Vorwürfe gemacht wurden. Es mag zutreffen, dass namentlich die Aussage des Architekten Brechbühl, dem Wittlin die verlangte schriftliche Bestätigung seiner Behauptungen mit der Begründung verweigerte, er könne sich mit Diener vielleicht über die Blechlieferung noch verständigen, zugunsten der Kläger und gegen Wittlin spricht...; allein das Bundesgericht hat sich nicht mit der Beweiswürdigung zu befassen, wenn bundesrechtliche Bestimmungen nicht verletzt worden sind....

Ohne Zweifel standen jedoch den Verletzten wegen dieser Treu und Glauben widersprechenden Veranstaltungen der Gebrüder Diener im Konkurrenzkampf die gesetzlichen Mittel zur Verfügung; insbesondere ist die Privaturkundenfälschung auch im Kanton Bern nach

Art. 110 des Strafgesetzbuches strafbar; ausserdem hätten die Mitbewerber bei der Submission und vielleicht auch die Firma Kiener & Wittlin A.-G. die Unterlassungsklage wegen unlautern Wettbewerbes und bei Nachweis eines Schadens gemäss OR Art. 48 einen Etsatzanspruch gehabt. Da jedoch der Boykott, d. h. die Meidung des Boykottierten durch Zusammenschluss Mehrerer (MILLER, Der Boykott nach schweiz. Zivilrecht, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 46 S. 176 a) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 30 II S. 237; 51 II S. 529; 56 II S. 435; 57 II S. 341) und der im Schrifttum herrschenden Auffassung (MILLER S. 213 a; BOLLA, Il boicotaggio nel diritto civile svizzero, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 46 S. 245 a) nicht durchwegs unerlaubt, sondern ein an sich zulässiges wirtschaftliches Kampfmittel ist, durften sich die beiden Beklagten an Stelle oder neben einer Verweisung der unmittelbar Beteiligten auf den Rechtsweg, zugunsten der Konkurrenten der Kläger, die Mitglieder des Erstbeklagten sind, des Boykottes bedienen, um die Kläger wegen ihres verwerflichen Verhaltens zu massregeln und sie anzuhalten, derartige Fälschungen inskünftig zu unterlassen. Das Bundesgericht hat schon in einem frühern Urteil (BGE 36 II S. 557) den Boykott als Zwangsmittel wegen schwerer Pflichtverletzungen von Vereinsmitgliedern zugelassen; da hier geradezu eine strafbare Handlung vorliegt, muss dasselbe gelten, obschon die Kläger nicht Mitglieder, die Sperrmassnahmen also mehr Straf- als Disziplinar-mittel sind. Gegenüber dem Beklagten Nr. 2 kann nicht eingewendet werden, seine Mitglieder seien an der Unterlassung jener Machenschaften der Kläger im Konkurrenzkampf nicht interessiert gewesen und er hätte sich deshalb für die Durchführung der Arbeitersperre nicht zur Verfügung stellen sollen, denn wenn der Boykott nach seinem Zweck an sich erlaubt ist, bedarf es für die Solidaritätserklärung weiterer Berufe keiner besondern Rechtfertigung mehr, vorausgesetzt, dass nicht gerade durch einen solchen Anschluss eine

unverhältnismässige Schädigung entsteht; zudem ist es ein achtenswerter Grund, wenn gerade die Arbeiter der Branche sich im Interesse eines guten Verhältnisses zu den Meistern bei unlauterem Wettbewerb auf deren Seite schlagen.

Soweit die Sperre also durch die für das Bundesgericht erwiesene, weil verbindlich festgestellte Urkundenfälschung veranlasst worden ist, und soweit deswegen die Kläger damit gemassregelt und zur Innehaltung eines redlichen Konkurrenzkampfes gezwungen werden sollten, kann ihr Zweck nicht als unerlaubt bezeichnet werden; insoweit handelten die beiden Verbände zur Wahrung berechtigter Berufsinteressen. Zweifelhafter wäre gewesen, ob die Sperre auch erlaubt gewesen wäre, wenn sie lediglich dem Ärger über die Arbeitsvergebung am Loryspital entfloßen wäre und bloss eine Massregelung der Kläger wegen ihres Aussenseitertums und ihrer niedrigeren Angebote hätte bedeuten sollen, wenn also die Urkundenfälschung nicht unterlaufen wäre; denn entgegen der in Gewerbekreisen verbreiteten Auffassung und Redeweise liegt in der Nichtzugehörigkeit zu einem Berufsverband und in der Preisunterbietung, selbst in Verlust bringendem Masse, durchaus kein unlauteres Gebaren (OSER, Kommentar, Note 21 zu Art. 48 OR), sondern der erlaubte Ausfluss der freien Konkurrenz, wie das Bundesgericht schon wiederholt erkannt hat (BGE 52 II S. 381; 57 II S. 339). Im Gegensatz zur Urkundenfälschung hätten sich die Beklagten also hinsichtlich der Unterbietung nicht auf nachträgliche Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes berufen können, und die Frage hätte sich zum Mindesten gestellt, ob in der Anmassung einer privaten Strafgewalt durch so mächtige Verbände wegen eines vom Gesetz erlaubten und sogar gewährleisteten Verhaltens nicht ein Verstoss gegen die guten Sitten zu erblicken sei. Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, weil die Sperre als Massregelung für ein vergangenes Verhalten der Kläger durch die Beklagten von Anfang an mit den

Fälschungen motiviert worden ist und nach dem oben Gesagten dadurch auch als nach dem Zweck gerechtfertigt erscheint.

Vom Boykott als nachträgliche Massregelung lässt sich logisch der Boykott unterscheiden, der die Erzwingung eines bestimmten künftigen Verhaltens zum Zwecke hat (MILLER a.a.O. S. 213 a ff.). In der Praxis werden jedoch mit einer Sperre sehr oft beide Zwecke verfolgt, und es ist dann nicht leicht, zu ermitteln, ob dies wirklich zutrifft und welche Nebenzwecke noch angestrebt werden...

2. — Es ist fraglich, ob ein Boykott nicht nur wegen seines Zweckes, sondern auch wegen der Wirkungen widerrechtlich oder unsittlich sein könne, die den Boykottierten mit Sicherheit treffen oder wenigstens bedrohen. Das Bundesgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen jeden Boykott als unzulässig bezeichnet, der die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Boykottierten zur Folge hat (BGE 32 II S. 360 ff.; 33 II S. 318 ff.; 40 II S. 619), doch ist dieses Kriterium im Schrifttum bekämpft worden (MILLER a.a.O. S. 212 a). Es kann dahingestellt bleiben, ob daran festzuhalten sei, denn hier war die Arbeitersperre angesichts der Organisation der Firma der Gebrüder Diener ein durchaus ungeeignetes Mittel, ihre wirtschaftliche Existenz zu zerstören oder auch nur unverhältnismässig zu schädigen; die Kläger haben denn auch eine solche Behauptung nicht aufgestellt.

Die Verhängung einer Sperre wegen eines privaten Vergehens ist, auch wenn sie grundsätzlich als erlaubt behandelt werden muss, eine höchst unerfreuliche Erscheinung des Wirtschaftslebens (MILLER, a.a.O. S. 216 a); sie kann im Ergebnis dazu führen, dass das staatliche Straf- und Schadenersatzrecht bei Seite geschoben wird und dass unverantwortliche Spitzen von mächtigen Verbänden, die an keine bestimmte Normen über das Mass gebunden sind, Übel verhängen, die den Fehlbaren weit stärker treffen, als gerichtliche Strafen, und die nicht mehr mit dem Fehler des Boykottierten, sondern nur

noch mit der Rachsucht der Boykottierenden in einem Verhältnis stehen. Es versteht sich aber von selbst, dass der Richter die Pflicht hat, auf solche Massregelungsboykotte einen strengern Masstab anzuwenden, als auf Sperrern, die einem normalen wirtschaftlichen Interessenkampf dienen, und dass solche private Bestrafungen namentlich wegen ihrer langen Dauer gegen die guten Sitten verstossen können, indem die Schädigungsabsicht desto mehr dominiert, je länger die Massnahmen währen. In casu kommt noch dazu, dass sich Bauherr und Bauleitung keineswegs auf die Zumutung der Beklagten, den Werkvertrag aufzuheben, eingelassen haben und dass laut der Zeugenaussage Brechbühl der Vertreter der Firma Kiener & Wittlin, die bei Gelingen der Machenschaften der Diener geschädigt worden wäre, vorher hatte durchblicken lassen, dass er von seinen Entdeckungen gar keinen Gebrauch machen werde, wenn die Kläger das Blech doch noch von ihr beziehen werden; es erhellt daraus, dass mindestens bei der Auslösung des Boykottes nackte Rachsucht mitgespielt hat und welche des richterlichen Schutzes unwürdige Willkür bei derartigen Massregelungen leicht unterlaufen kann.

Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht gesagt werden, dass die Dauer eines Jahres, für welche die Sperre beschlossen und verhängt wurde, das durch die guten Sitten vorgeschriebene Mass überschritten habe....

3. — Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts kann eine an sich erlaubte Sperre zur Verantwortlichkeit der Urheber führen, wenn widerrechtliche Mittel angewendet worden sind (BGE 41 II S. 443; 56 II S. 436; 57 II S. 342 und dort zit. Literatur). Es fragt sich daher, ob auch die Durchführung des Boykottes gegen die Kläger im Rahmen des Erlaubten blieb. Diese Frage ist durch die Vorinstanz zu Unrecht bejaht worden. Schon das Aufstellen von Posten auf der Strasse vor dem Hause der Kläger war nicht erlaubt, denn diese Massnahme bedeutete nach dem vom Bundesgericht am 8. Juli 1931 i. S.

Reich gegen Verein der Bäckermeister von Zürich und Kons. (BGE 57 II S. 343) ausgesprochenen Grundsatz einen Eingriff in die wirtschaftliche Geheimsphäre, die ein anerkanntes Persönlichkeitsrecht ist und nicht durch die Mittel des Erlauschens und Ausspionierens gestört werden darf (EGGER, Kommentar zum Personenrecht, Noten 41 und 43 zu Art. 28 ZGB). Selbst wenn man nicht soweit gehen und hier im Postenstehen mehr ein Aufpassen und Warten, als ein Erlauschen und Ausspionieren erblicken wollte, bliebe die gravierende Tatsache übrig, dass eines Tages 10 bis 12 Arbeiter in widerrechtlicher Weise in die Werkstatt der Kläger eingedrungen sind; ein solches Vorgehen, eine solche Verwilderung im wirtschaftlichen Interessenkampf kann der Richter schlechthin nicht als rechtmässig dulden, und es ist deshalb unverstänglich, wenn die Vorinstanz in ihrem Entscheid bemerkt hat, es seien keine Übergriffe vorgekommen. Auch die Belästigungen und Beschimpfungen des an der Arbeit befindlichen Harder gehören hierher; er wurde nicht wegen Gründen, die in seiner Person lagen, derart behandelt und bedroht, sondern weil er bei den Klägern im Dienste stand, so dass sich die Belästigungen in Wirklichkeit eben auch gegen die Kläger richteten und es auf die Verzeihung und Unempfindlichkeit Harders nicht ankommt. Schliesslich ist zu erwägen, dass die eingedrungenen Leute den Zeugen nicht zu einer für ihn erlaubten Handlung anstifteten, z. B. zur Kündigung, sondern zu einem Vertragsbruch. Das Bundesgericht hat allerdings in seinem Urteil vom 8. November 1926 i. S. Schweiger & Horn gegen Araks-Tschamkerten & Cie. S. A. und Kons. (BGE 52 II S. 376 ff.) die Verleitung zum Vertragsbruch nicht allgemein als gegen die guten Sitten verstossend behandelt, sondern nur, wenn gravierende Umstände vorliegen (vgl. auch MUTZNER, Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Kartellabreden gegenüber Aussenseitern, JSZ 23. Jahrgang S. 150); allein im vorliegenden Falle sind diese gravierenden Umstände in der erwiesenen Bedrohung

Harders eben vorhanden, und es ist das angewandte Mittel ähnlich wie im zitierten Falle Reich, wo Lieferungen auf offener Strasse abgefangen und umgeleitet wurden, als gegen die guten Sitten verstossend zu bezeichnen. Auf Notwehr wegen der Fälschung der Offerten können sich die Beklagten nicht berufen, da kein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff mehr drohte (BGE 52 II S. 29 ff.), und es stand ihnen deshalb nicht zu, Unrecht mit Unrecht zu vergelten.

Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf eine Stelle in der Literatur (LIECHTI, Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben S. 134) noch ausgeführt, es wäre überhaupt fraglich gewesen, ob die Verbände für Übergriffe übereifriger Genossen haftbar gemacht werden können. An dieser Verantwortlichkeit kann jedoch im vorliegenden Falle nicht der geringste Zweifel bestehen, denn es geht aus den Zeugenaussagen des Dr. Lehmann hervor, dass die « Streikposten » von den Meistern, d. h. vom Beklagten Nr. 1 bezahlt wurden, also dafür angestellt worden waren, und dass die ganze praktische Durchführung der Arbeitersperre von der Gewerkschaft, dem Beklagten Nr. 2, organisiert worden war, der sogar die Posten bezeichnete. Der Handwerker- und Gewerbeverband wusste also, wem er die Durchführung der Sperre anvertraute, und da aus den Aussagen Dr. Lehmann's zuzuschliessen sogar von Streikposten die Rede war, musste er auch wissen, in welchen Formen sich der von ihm selbst angekündigte « Entzug der Arbeiter » stattfinden werde. Der Beklagte Nr. 2 konnte noch besser gewärtigen, wie der Arbeiter Harder entzogen werden würde, denn er hatte ja ganz bestimmte Leute damit betraut. Angesichts dieser bis ins Einzelne geplanten Organisation des Vorgehens können sich die Beklagten nicht auf Übereifer ihrer Werkzeuge berufen; zum Mindesten hätten sie nachweisen müssen, dass sie vor Störungen des Hausfriedens, Bedrohungen und Beschimpfungen gewarnt hatten.

4. — ...

5. — Die in den verschiedenen Blättern zu Anfang Juli 1927 erschienene Kundgebung der Beklagten, auf deren Widerrechtlichkeit sich die Kläger berufen, stellt kein Mittel der Durchführung des Boykottes dar, sondern einen unabhängigen Angriff gegen die Kläger zur Rechtfertigung der Sperre vor der öffentlichen Meinung; sie enthält z. B. keine Verrufserklärung und keine Aufforderung zur Teilnahme am Boykott. Es empfiehlt sich daher, noch in gesonderter Weise zu untersuchen, ob darin widerrechtliche Angriffe gegen geschützte Rechtsgüter der Kläger enthalten sind.

Für den in der Publikation enthaltenen Vorwurf der Fälschung von Urkunden ist nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz trotz der dürftigen Beweisführung der Nachweis erbracht worden, wodurch dieser Punkt entfällt, zumal den Beklagten nicht vorgehalten werden kann, es habe kein allgemeines Interesse an der öffentlichen Bekanntgabe des unlauteren Geschäftsbahrens der Kläger bestanden.

Soweit sich der ebenfalls in die Kundgebung aufgenommene Ausdruck « Schmutzkonkurrenten » für die Kläger auf ihr spezielles Verhalten bei der Unterbreitung der andern Offerten an Wittlin bezieht, ist auch dieser Vorwurf durch den Wahrheitsbeweis gedeckt, denn wer sich solche Fälschungen und Täuschungsversuche zu schulden kommen lässt, muss sich den öffentlichen Vorwurf der schmutzigen Handlungsweise gefallen lassen, auch wenn die Fälschung beim Einkauf vorgenommen wurde und so nur geeignet war, die Konkurrenten mittelbar zu treffen.

Die Beschuldigung der Schmutzkonkurrenz wurde in dem angeführten Artikel jedoch in einer starken Verallgemeinerung erhoben. Die Sache wurde nicht so dargestellt, als ob die Kläger den Vorwurf wegen ihrer Fälschungshandlungen verdient hätten, sondern so, als ob die blossen Preisunterbietungen den Vorwurf rechtfertigen würden und als ob die Kläger « wegen Schmutzkonkurrenz »

zu Fälschungen genötigt worden seien. In dieser Annahme wird man durch verschiedene Umstände bestärkt. Erstens darf es als gerichtsnotorisch bezeichnet werden, dass in den beteiligten Kreisen der unzulässige Ausdruck Schmutzkonzurrenz für blosser Preisunterbietung eingerissen hat (BGE 57 II S. 346 ff.). Sodann geht es aus dem Schreiben des Beklagten Nr. 2 vom 28. Juni 1928 hervor... in dem von den Fälschungen nur nebensächlich als von einem noch «hinzukommenden» Fehler die Rede ist.

Die Bezeichnung der Preisunterbietung als Schmutzkonzurrenz und unseriöser Rechnungsweise ist nach den durch das Bundesgericht im Falle Reich gegen Verband der Bäckermeister von Zürich und Kons. (BGE 57 II S. 346 ff.) aufgestellten Grundsätzen nur dann keine Ehrverletzung und Kreditschädigung, wenn bei der Abwägung der beteiligten Interessen schwerwiegende Gründe gegen die vom Verbandsgegner eingeschlagene Preisgestaltung sprechen, insbesondere auch Gründe, denen auch die Allgemeinheit und die Verbraucher vernünftigerweise zustimmen müssen. Solche Gründe werden dann vorliegen, wenn der Gegner, gegen den sich der Vorwurf der Schmutzkonzurrenz richtet, jeden Solidaritätsgefühlsbar in blinder Niederkonzurrenzierung und ohne sorgfältige Kalkulation Preise festgesetzt hat, die ihn binnen kurz oder lang in das finanzielle Verderben stürzen, die die Konkurrenten schwer schädigen und darum letztlich auch unmöglich von der Rücksicht auf die Allgemeinheit und die Konsumenten diktiert sein können.

Das Submissionsangebot der Kläger für die Spenglerarbeiten beim Neubau des Loryspitals hat hinsichtlich der Preisberechnung den Gegenstand einer von der Vorinstanz eingeholten Expertise gebildet. Auf Grund des von den Sachverständigen St. und F. erstatteten Gutachtens hat das kantonale Gericht ausgeführt: «Der Expertenbefund bestätigt demnach in allen Teilen die Behauptungen des eingeklagten Artikels, dass die von den Klägern eingereichte Offerte als nicht seriös bezeichnet

werden müssen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Offerte bewusst unrichtig berechnet eingereicht wurde, weil die Kläger vom Bestreben geleitet waren, unter allen Umständen die Arbeit zu erhalten, oder ob es sich lediglich um Unvermögen handelt, eine Arbeit richtig zu bewerten.»

Die Kläger haben nun freilich von allem Anfang an und auch im Berufungsverfahren die Unparteilichkeit des Experten St. in Abrede gestellt, da er Präsident des am Ausgange des Rechtsstreites interessierten Schweizerischen Spenglermeister- und Installateurenverband gewesen sei und den Vorständen anderer Spenglerorganisationen angehöre, da der bernische Spenglerverband, dem der schweizerische natürlich nahestehe, die Sperre finanziert und den Arbeiter Harder entschädigt habe und da die Sympathie des genannten Herrn ganz auf Seiten der Verbände sein müsse, ja die Kläger haben in der Berufungserklärung sogar die Behauptung aufgestellt, das Gutachten, auf das die Vorinstanz durchwegs abgestellt hat, sei geradezu auf dem Sekretariat des Schweizerischen Verbandes ausgearbeitet worden. Es muss in der Tat auffallen, dass der Experte St. auf die von den Klägern veranlasste Anfrage des kantonalen Instruktionsrichters, ob er vollkommen neutral als Sachverständiger amten könne und nicht selbst zu einer Ablehnung des Mandates gelange, nur eine ausweichende Antwort erteilt, und auch den versprochenen Bericht über sein Engagement in den verschiedenen Verbänden nie zu den Akten gebracht hat. Es hätte sich geradezu fragen können, ob die trotzdem erfolgte Ernennung St's nicht willkürlich im Sinne der Bundesverfassung gewesen sei; allein Willkür hätte mit dem staatsrechtlichen Rekurs gerügt werden müssen. Im Berufungsverfahren können die Beanstandungen der Neutralität des Sachverständigen nicht gehört werden, da sie vom kantonalen Prozessrecht beherrscht sind. Allgemein muss gesagt werden, dass die genaue Kenntnis der in einem Berufsverband vereinigten Interessen noch keine Legitimation zur Übernahme eines Sachverständigen-

mandates in einem Falle ist, wo die Verbandsinteressen eben Parteiinteressen sind und es eines Kenners und Schlichters der auf beiden Seiten vorhandenen Interessen bedarf; jedenfalls muss vermieden werden, dass ein Experte durch einseitige Stellungnahme das bundesrechtlich erhebliche Beweisthema verschiebt, wie noch auszuführen sein wird....

Das Beweisthema, abgeleitet aus dem Vorwurf der Schmutzkonzurrenz und der unseriösen Berechnung des Angebotes und in zwei Fragen aufgeteilt, lautet nun im vorliegenden Fall: 1. Zu welcher Summe musste der Berufsverband gestützt auf seine Arbeitsbedingungen bei angemessener Gewinnberechnung gelangen? 2. Welcher Betrag war in Anbetracht der besondern Arbeits- und Fabrikationsbedingungen der Kläger und bei angemessener Gewinnberechnung haltbar?

Da also unter dem System der freien Konkurrenz bei Prüfung des Frage, ob die innegehaltenen Preise im Sinne der obigen Erwägungen den schweren Vorwurf der Schmutzkonzurrenz wirklich verdienen, auf die Bedingungen des Unternehmens abzustellen ist, gegen das der Vorwurf erhoben wurde, kann entgegen der Vorinstanz den Experten nicht beigespflichtet werden, wenn sie ausführen: «Nicht der Umstand, dass die Offerte Diener ca. 15 % billiger war, als die bereinigte zweite Offerte der Verbandsmeister, drückt derselben den Stempel der Schmutzkonzurrenz auf, sondern die Tatsache, dass die Meisterofferte äusserst und gewissenhaft berechnet war, allen Faktoren Rechnung getragen hat und mit einem bescheidenen Gewinnansatz versehen war, und die Offerte der Gebrüder Diener trotzdem 15 % billiger war», denn in dieser Argumentation liegt eine offensichtliche Verschiebung des bundesrechtlich erheblichen Beweisthemas, abgesehen davon, dass der «Stempel der Schutzkonzurrenz» immer noch leichtfertig und ehrenrührig und im Munde des Experten, des Gehilfen des Richters, unpassend und unsachlich wäre, selbst

wenn die Schlussfolgerungen der Sachverständigen zutreffen würden. Mögen die Preise der Verbandsmeister noch so knapp berechnet worden sein, so lässt sich daraus doch kein Schluss ziehen, sobald feststeht, dass der Aussenseiter mit günstigeren Bedingungen rechnen kann. Die Experten scheinen dies selbst eingesehen zu haben, wenn sie schreiben: «Berücksichtigt man die besondern Verhältnisse, unter denen die Gebrüder Diener die Arbeiten ausführen konnten, und dabei noch einen Gewinn erzielten, so muss doch festgestellt werden, dass dieses Resultat nicht möglich gewesen wäre, wenn die Kläger mit fremden Arbeitern und unter den ortsüblichen Bedingungen gearbeitet und zudem nur einen Teil der Arbeit zur Ausführung erhalten hätten.» Allein es ist erstaunlich und verkehrt, wenn sie daraus den Schluss ziehen und beifügen, also müsse die Verbandsofferte seriös gewesen sein, während sich doch das Ergebnis aufdrängt, dass es der Diener'schen Offerte wegen ihrer besondern Grundlagen an Ernsthaftigkeit nicht gefehlt habe.... Die ganze Beweisführung der Beklagten durch Expertise krankt daran, dass sich die Sachverständigen nicht zur selbständigen Beantwortung der oben formulierten zweiten Beweisfrage rückhaltlos auf den Boden des klägerischen Unternehmens gestellt, sondern fortwährend Schlüsse aus der von ihnen verteidigten Preis- und Gewinngestaltung bei den Verbandsmeistern gezogen und so das eigentliche Beweisthema umgangen haben. Zu beanstanden ist ferner, dass die Experten von dem von ihnen auf einen Rechnungsbetrag von 29,066 Fr. 68 Cts. errechneten Gewinn der Kläger von 3882 Fr. 48 Cts. — der in Anbetracht des Nachtragsgutachtens wegen zu hoch eingesetzter Mietzinse eher zu niedrig berechnet worden ist — noch willkürliche Abstriche gemacht [haben, [bei denen die besondern Bedingungen des klägerischen Unternehmens wiederum unberücksichtigt geblieben sind. Dazu kommt endlich, dass der als Zeuge einvernommene Bauführer beim Loryspital, Bühler, ausgesagt hat, die Arbeiten der Kläger

seien tadellos gewesen, vor dem Termin fertig geworden, die Offerte der Meister sei nach seiner Auffassung zu hoch gewesen, die Verbandsmeister Ramseyer und Käsermann selbst hätten das bestätigt, und man habe zur Zeit der Submission allgemein gesagt, die Kläger könnten mit ihrer Offerte auskommen, da sie persönlich arbeiten; die Vorinstanz hat es unterlassen, diese Aussagen zu würdigen, obwohl sie so gut wie die nicht zugelassenen Ergänzungsfragen der Kläger mindestens Zweifel an der Objektivität des Gutachtens aufkommen liessen.

Eine Rückweisung der Sache an den Appellationshof zur Einholung einer neuen Expertise ist jedoch nicht erforderlich. Die Experten kommen in ihrem mangelhaften Bericht immer noch zum Ergebnis, dass für die Kläger in Anbetracht ihrer besondern Bedingungen ein Gewinn herausgeschaut habe. Das genügt, um den Vorwurf der Schmutzkonzurrenz, soweit er sich auf die Preise der Offerte beim Loryspital bezog, als ungerechtfertigt und die Beklagten als verantwortlich zu bezeichnen. Dabei ist noch zu beachten, dass der von den Experten festgestellte Gewinn von 3882 Fr. 48 Cts. nicht der Entgelt an die Kläger für ihre persönliche Arbeit darstellt, sondern dass im Gutachten für die Gebrüder Diener ein Lohn eingesetzt ist, sodass der Gewinn als Reingewinn erscheint.

Der mit der erwiesenen Urkundenfälschung verfolgte Zweck wurde nicht erreicht, und die Blechliefereung wurde an die Metallwerke Solothurn zu Preisen vergeben, die über denen der gefälschten Angebote standen. Bei dieser Sachlage und dem oben über die durchaus berechnete Preisunterbietung Gesagten war es eine willkürliche Behauptung, zu schreiben: « Die Gebrüder Diener, denen es sich nicht darum handelte, seriös zu rechnen oder die es überhaupt nicht im stande sind, weil sie nicht wollen, mussten nun, nachdem an sie die Arbeit vergeben war, wohl oder übel an die Berechnung herantreten und als sie sahen, dass nicht nur nichts zu verdienen war, sondern sie wesentliche Zuschüsse machen werden.... » Die

Fälschung ist auch nach der Annahme der Vorinstanz nicht gemacht worden, um Zuschüsse zu vermeiden. Allzu verallgemeinernd und kreditschädigend ist auch der Satz: « Bei annähernd richtiger und ernsthafter Berechnung durch die Firma Gebrüder Diener wäre wohl eine Verteilung an mehrere Firmen erfolgt ». Und endlich geht zu weit die Ausführung: « Die Gebrüder Diener haben somit keine Mittel gescheut, um den eigenen Schaden, den sie sich zugefügt haben einigermaßen wett zu machen und haben somit auch keine Mittel gescheut, um die interessierten Kreise schwer zu schädigen und die Kommission in einen wesentlichen Irrtum zu versetzen », denn eine Täuschung der Kommission ist nicht erfolgt. Dazu kommt der beleidigende Vorwurf der Schmutzkonzurrenz. Man kommt um den Eindruck nicht herum, dass es den Beklagten nicht nur um eine Aufklärung der Öffentlichkeit zu tun war, sondern dass sie ein allerdings verwerfliches, aber doch mit der Vergebung bei der Submission nicht in engstem Zusammenhang stehendes Verhalten der Kläger benutzten, um diese an den Pranger zu stellen und in für sie willkommener Weise einen missliebigen Konkurrenten zu treffen.

6. — Quantitativ.

7. — Die verlangte Veröffentlichung des Urteils auf Kosten der Beklagten ist abzulehnen, da seit der Veröffentlichung des gerügten Berichtes mehr als vier Jahre verflossen sind und da überdies den Klägern mit der Publikation nach dem Resultat der kantonalen Beweiswürdigung über die Urkundenfälschungen kaum gedient wäre.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 9. Mai 1931 wird aufgehoben und die Beklagten werden verpflichtet, den Klägern unter Solidarhaft 500 Fr. nebst 5 % Zins seit 8. Oktober 1927 zu bezahlen.