dem Rechtsvorgänger der Klägerin erwachsene Schaden nur zum Teil auf die gegen ihn speziell gerichteten Angriffe, also nur zu einem ganz geringen Anteil auf den Zeitungsartikel des Beklagten zurückzuführen ist, eine weitere Reduktion der Entschädigung einzutreten, sodas daher die der Klägerin vorinstanzlich für materiellen Schaden zugesprochene Summe von 500 Fr. unter allen Umständen als genügend erscheint.

Zu dieser Summe hinzuzurechnen ist schliesslich noch der von einer Partei angefochtene Betrag von 300 Fr. für moralischen Schaden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern, vom 1. November 1905, bestätigt.

47. Urteil vom 16. Juni 1906 in Sachen Syndikat für die Interessen der Schweizerischen Pharmacie, Bekl. u. Haupt-Ber.-Kl., gegen Société coopérative des pharmacies populaires de Genève, Kl. u. Anschl.-Ber.-Kl.

Boycott; Widerrechtlichkeit. Schadenersatz und Genugtuung. Art. 50, 51, 55 OR.

A. Durch Urteil vom 20. Februar 1906 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen über

die Rechtsfrage der Klägerin:

Ist nicht gerichtlich zu erkennen:

- „1. Es habe die Beklagte der Klägerin 12,000 Fr., eventuell die nach richterlichem Ermessen festgestellte Summe, sowie 5 % Zins seit 28. Dezember 1903 anzuerkennen und zu bezahlen;
- „2. Es sei die Klägerin berechtigt erklärt, auf Kosten der Beklagten das in dieser Angelegenheit gefällte Gerichtsurteil in der „Schweizer Wochenschrift für Chemie und Pharmacie“ und weiteren vom Gerichte bezeichneten drei schweizerischen Zeitungen zu „publizieren?“

und die Gegenrechtsfrage der Beklagten:

„Ist nicht die Klage in allen Teilen abzuweisen?“

erkannt:

Die Klage ist im Betrage von 500 Fr. nebst 5 % Zinsen seit 28. Dezember 1903 geschützt und ist die Klägerin berechtigt, einen vom Gericht zu bestimmenden Auszug aus diesem Urteil einmal in einer von ihr zu wählenden Zeitung auf ihre, der Klägerin, Kosten zu publizieren; im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage in allen Teilen abzuweisen.

C. Die Klägerin hat sich der Berufung innert nützlicher Frist angeschlossen und unter Bestreitung der von der Beklagtschaft gestellten Begehren beantragt:

1. Es sei, wenn auch nicht die eingeklagte, so doch eine reduzierte angemessene Summe als Ersatz des Schadens und der Unbill zu sprechen, und zwar in Anwendung sowohl des Art. 50 als des Art. 55 OR.

2. Es sei eventuell auch bloß vom Gesichtspunkt des Art. 55 OR aus die vom st. gallischen Kantonsgericht gesprochene Summe angemessen zu erhöhen.

3. Es sei der Klägerin gemäß Begehren 2 der Klageschrift die Publikation des Urteils zu gestatten.

D. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Februar 1891 ergriff ein Komitee in Genf die Initiative zur Gründung von „Volksapotheken“, nach Art der damals in Brüssel bestehenden Institute; es richtete zu diesem Zwecke ein Zirkular an alle Genfer Krankenkassen (Sociétés de secours mutuels). Darin war u. a. gesagt: « Nous venons. . . » vous proposer de faire à Genève ce qui a été fait à » Bruxelles. . . et cela non dans le but de créer une source » de bénéfice pour les Sociétés de secours mutuels, mais » pour soulager nos sociétaires malades. . . Ces pharmacies

» seraient accessibles à tous, en ce sens que les sociétaires
 » et les membres de leurs familles bénéficieraient seuls du
 » tarif réduit. . . . Il n'en serait pas de même pour les per-
 » sonnes n'appartenant pas à une Société de secours mu-
 » tuels. Ce n'est donc pas une concurrence que nous voulons
 » établir; c'est un soulagement que nous voulons apporter
 » à nos sociétaires malades et à leurs familles. . . . C'est là
 » une œuvre éminemment philanthropique. » In einem spä-
 tern Zirkular des Initiativkomitees, vom 21. Mai 1891, war
 bemerkt: « Pour les sociétés, ce n'est donc qu'un changement
 » de placement de fonds, tout en créant une œuvre avanta-
 » geuse à ses membres en supprimant un intermédiaire et en
 » obtenant ses médicaments à un prix plus rationnel que par
 » le passé. » Die « Société de pharmacie du canton de
 Genève » warnte die Initianten vor einer derartigen Gründung
 als aussichtslos und machte den Krankenkassen Vorschläge betref-
 fend Tarifreduktion. Allein am 30. September 1891 konstituierte
 sich die « Société de pharmacie populaire de Genève », be-
 stehend aus den Sociétés de secours mutuels, als Aktiengesell-
 schaft. Laut den Statuten vom 2. Mai 1894 wandelte sich diese
 Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft um. In Art. 3 dieser
 Statuten ist als Zweck der Genossenschaft — der heutigen Klä-
 gerin — angegeben: « de fournir aux sociétés de secours
 » mutuels ainsi qu'à leurs membres et au public en général
 » des médicaments dans les meilleures conditions de qualité
 » et de prix. » Gemäß Art. 11 sind Mitglieder alle bisherigen
 Gesellschaften, die Aktionäre der Aktiengesellschaft waren, und es
 ist beigefügt: « Pourra être reçu membre toute société philan-
 thropique. » Seit Bestehen der Aktiengesellschaft wurden in Genf
 fünf Volksapotheken der Klägerin gegründet und in Betrieb ge-
 setzt. Als nun in den Jahren 1901 und 1902 auch in Schaff-
 hausen und Chaux-de-Fonds Volksapotheken ins Leben gerufen
 wurden, begegneten die Volksapotheken einer heftigen Opposition
 seitens der schweizerischen Apotheker, die in jenen eine Gefahr für
 ihren Stand und ihre Interessen erblickten. Im Jahre 1902 kam
 infolge dieser Vorgänge das „Syndikat für die Interessen der
 schweizerischen Pharmacie“ zustande, als Genossenschaft im Sinne

des 27. Titels des OR — die heutige Beklagte. Laut seinen
 Statuten verfolgt dieses Syndikat „den allgemeinen Zweck, die-
 „jenigen Vorkehrungen zu treffen, die zur Wahrung der Interessen
 „der schweizerischen Pharmacie geeignet sind.“ Als besondere
 Zwecke sehen die Statuten, Art. 2, vor: „1. Die organische Ord-
 „nung der Beziehungen zwischen den schweizerischen Apothekern
 „und ihren Lieferanten und den Erlass von Vorschriften, welche
 „die Syndikatsmitglieder im Verkehre zu beobachten haben (Syn-
 „dikatsreglement); 2. Die sachgemäße Intervention bei Gründung
 „solcher neuer Apotheken und verwandter Geschäfte, für die kein
 „lokales Bedürfnis besteht im besondern, und bei Handänderungen
 „derartiger Geschäfte überhaupt; 6. Die Einrichtung eines zentra-
 „len Informationsbureaus zum Zwecke der Platzierung des Apo-
 „thekerpersonales, sowie zum Zwecke der Vermittlung des An- und
 „Verkaufes von Apotheken „und verwandter Geschäfte.“ Laut Art. 4
 der Statuten steht der Beitritt zum Syndikat offen „den in der
 Schweiz praktizierenden Apothekern, ihren Lieferanten, den in
 der Schweiz bestehenden Apothekervereinen und sonstigen In-
 teressenten der Pharmacie“. Das konfidentielle „Reglement“ des
 Syndikates zählt als „Rechte und Pflichten der Mitglieder“
 auf: „§ 8. Die Mitglieder des Syndikates verpflichten sich,
 „weder direkt noch wissenlich indirekte geschäftliche Verbindungen
 „mit bestehenden oder in Gründung begriffenen Genossenschafts-
 „apotheken anzuknüpfen oder zu unterhalten. § 9. Die Mit-
 „glieder verpflichten sich, dem Vorstand und speziell dem Ver-
 „walter die für die Syndikatsinteressen nötigen Auskünfte über
 „Personalien, Verhältnisse und Vorkommnisse zu geben, sowie
 „von sich aus Meldung zu machen über Mutationen im diplo-
 „mierten Personal der Geschäftsleitung oder Vorkommnisse, die
 „zu kennen dem Syndikat von Nutzen sein könnten. § 10.
 „Die Mitglieder der Apothekerbranche verpflichten sich, keine Be-
 „züge bei solchen Lieferanten zu machen, welche sich geweigert
 „haben, dem Syndikat beizutreten oder keine formelle, vom Vor-
 „stand als genügend erachtete Erklärung abgegeben haben, an die
 „bestehenden oder in Gründung begriffenen Genossenschaftsapothe-
 „ken weder direkt noch wissenlich indirekt zu liefern. . . . § 11.
 „Die diplomierten Apotheker des Syndikates verpflichten sich,

„keine Verwalter- oder sonstigen Stellen in einer Genossenschafts-
 „apothek e anzunehmen, sowie ihre Apotheken keiner Genossenschaft
 „oder deren Strohmannern zu verkaufen, ohne im Falle einer
 „Existenzfrage die Beihilfe des Syndikates nachgefucht zu haben. ...
 „§ 12. Die Mitglieder des Syndikates, welche Inhaber oder
 „Verwalter einer Apotheke sind, verpflichten sich, keine Assistenten
 „oder Verwalter anzustellen, welche in einer Genossenschaftsapo-
 „thek e Stellung angenommen und versehen haben, wenn nicht der
 „Vorstand aus besondern Gründen über jeden einzelnen Fall ent-
 „scheidet.“ Der in diesem Reglement als Zweck des beklagten
 Syndikats vorgesehene Boykott wurde in die Tat umgesetzt, und
 daraufhin hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben, mit
 der sie vor der II. Instanz die aus Fakt. A ersichtlichen, auf
 Art. 50 und 55 OR gestützten Rechtsbegehren gestellt hat. Die
 II. Instanz hat, nachdem sie ursprünglich die Klage wegen man-
 gelnder Deliktstfähigkeit und also mangelnder Partei- und Pro-
 zessfähigkeit der Beklagten abgewiesen hatte, dieses Urteil aber
 durch Entscheid des Bundesgerichts vom 15. Dezember 1905
 (NS 31 II Nr. 90 S. 707 ff.) aufgehoben worden war, nun-
 mehr in ihrem eingangs mitgeteilten Urteile die Klage im Gegen-
 satze zur I. Instanz grundsätzlich gutgeheissen, also im Vorgehen
 der Beklagten eine Widerrechtlichkeit erblickt.

2. Mit den Vorinstanzen ist in erster Linie zu prüfen, ob die
 Handlungen des beklagten Syndikates, die zum Klagefundament
 gemacht sind, sich als unerlaubte Handlungen im Sinne der
 Art. 50 ff. OR darstellen, d. h., gemäß der allgemeinen Begriffs-
 bestimmung in Art. 50, objektiv widerrechtlich seien.* Daß die
 Schädigung vorsätzlich, absichtlich, zugefügt ist, bedarf keiner wei-
 tern Erörterung. Als widerrechtlich kann dabei von vornherein
 nur in Betracht kommen der von der Beklagten gegenüber der
 Klägerin durchgeführte Boykott; nicht etwa überhaupt die Grün-
 dung des beklagten Syndikats und dessen in Art. 2 seiner Sta-
 tuten ausgedrückte Zweck im allgemeinen, die durchaus erlaubt
 sind und vor der Rechtsordnung bestehen. (Vgl. hiezu BGE 31
 II S. 914 f. Erw. 4; ferner RGZ 38 S. 157 ff.) Was nun
 den Boykott betrifft, so steht zunächst fest, daß etwa besondere
 straf- oder privatrechtliche Normen im kantonalen StG darüber

nicht bestehen, die Frage der Widerrechtlichkeit daher einzig und
 allein an Hand der Art. 50 ff. OR zu prüfen ist. Die I. In-
 stanz hat die Widerrechtlichkeit verneint, mit der Ausführung:
 Zunächst liege in der Vereinbarung, an die Genossenschaftsapo-
 theker nicht mehr zu liefern, und von Lieferanten, welche dem
 Syndikat nicht beigetreten, nicht mehr zu beziehen, keine Ver-
 letzung eines subjektiven Rechtes der Klägerin; denn diese habe kein
 „allgemeines Recht“ darauf, daß irgend einer der Lieferanten die
 Bestellungen annehme und ausführe; das folge aus der Gewähr-
 leistung der Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 31 BB. So-
 dann liege im Vorgehen der Beklagten auch keine Verletzung der
 „objektiven Rechtsordnung“: das geltende Recht kenne keine Norm,
 nach welcher der Beklagten verboten gewesen wäre, zu vereinba-
 ren, an die Genossenschaftsapotheken nicht mehr zu liefern oder
 von Nichtmitgliedern des Syndikats nicht mehr zu beziehen. Der
 gegen die Lieferanten allerdings ausgeübte Zwang sei ebenfalls
 nicht widerrechtlich, da er lediglich auf der Geltendmachung der
 größern wirtschaftlichen Macht der Beklagten beruhe und nur „die
 wirtschaftliche, nicht aber die persönliche Freiheit des Einzelnen“
 berühre; unerlaubte Mittel habe die Beklagte nicht angewendet
 und deren Anwendung werde auch gar nicht behauptet. Die
 II. Instanz führt zunächst aus, das beklagte Syndikat sei an sich
 erlaubt, und auch die Statuten enthalten keine Widerrechtlichkeit.
 Es könne sich nur fragen, ob nicht „Ausfchreitungen oder Miß-
 bräuche“ vorliegen, die die Handlungen des Kartells zu unerlaub-
 ten gestalten. Von solchen denkbaren Ausfchreitungen und Miß-
 bräuchen falle die eine denkbare: die wucherische Preispolitik, hier
 außer Betracht, ganz abgesehen davon, daß die Klägerin kaum
 legitimiert wäre, sie geltend zu machen. Dagegen handle es sich
 nun um einen Boykott mit Beitrittszwang. Die II. Instanz führt
 nun zunächst aus, daß der Boykott nicht durch Art. 31 BB ver-
 boten sei und daß diese Verfassungsbestimmung überhaupt in
 zivilrechtlichen Verhältnissen nicht angerufen werden könne. Des
 weitern untersucht sie die Widerrechtlichkeit des Boykotts an Hand
 der Art. 50 und 55 OR. Hierbei stellt sie zunächst fest, daß, so-
 wenig darin, daß ein Einzelner es ablehne, mit einem andern in
 wirtschaftlichen Verkehr zu treten, eine Widerrechtlichkeit liege, eine

solche ebensowenig gefunden werden könne in der Verbindung Mehrerer zu diesem Zwecke. Dagegen werde eine solche Handlung widerrechtlich, wenn unerlaubte Mittel angewendet würden. Als solche fallen in Betracht Zwang und Drohung (Furchterregung). Die Drohung an die Lieferanten, mit ihnen den Geschäftsverkehr abzubrechen, falls sie nicht dem beklagten Syndikat beiträten oder befriedigende Erklärungen abgäben, erachtet nun die II. Instanz als unerlaubt. Dies deshalb, weil dadurch der Lieferungsperre ein genereller Charakter verliehen werde, eine solche Lieferungsperre aber den ganzen wirtschaftlichen Verkehr und damit die wirtschaftliche Existenz der Klägerin untergrabe. In einem derart ausgebehten Boykott müsse, nach dem Maße des Eingriffes, ein unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin erblickt werden.

3. Aus dieser Wiedergabe der Begründungen der Vorinstanzen erhellt zunächst, daß sich beide hinsichtlich des Begriffes der Widerrechtlichkeit insofern auf einen richtigen, der Praxis des Bundesgerichts entsprechenden Boden gestellt haben, als sie zur Widerrechtlichkeit erfordern einen Eingriff in ein subjektives Recht oder Rechtsgut der Klägerin oder eine Verletzung eines Gebotes der Rechtsordnung. Dagegen vermag die Begründung der II. Instanz insofern nicht zu befriedigen, als sie die Widerrechtlichkeit in dem Verhalten des beklagten Syndikates gegen Dritte — die Lieferanten — erblickt, diese Widerrechtlichkeit dann aber wiederum herleitet aus dem Maße der der Klägerin zugefügten Schädigung, worin doch offenbar ein *circulus vitiosus* liegt. Kann so dem zweitinstanzlichen Urteile in seiner Begründung nicht beigetreten werden, so ist nunmehr vom Boden der vom Bundesgericht adoptierten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aus zu bemerken: In seinem Urteile vom 30. März 1896 in Sachen Böggtlin gegen Geißbühler u. Konsorten (US 22 Nr. 32 S. 183 ff. Erw. 6, speziell 184 f.) hat das Bundesgericht ein Individualrecht des Gewerbetreibenden anerkannt „auf freie Ausübung des Gewerbes, kraft dessen er Eingriffe Dritter in die auf den natürlichen Lebensverhältnissen beruhenden Beziehungen seines Geschäftsverkehrs nicht zu dulden braucht“, „ein auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Verkehr gehendes Individualrecht“, und in der

Abhaltung von Kunden oder Lieferanten durch Drohung oder Zwang eine Verletzung dieses Individualrechtes erblickt. Wenn nun auch jene Annahme eines Individualrechtes auf freie Ausübung des Gewerbes in dem in jenem Entscheide entwickelten Sinne zu weit geht (s. darüber Liechi, Die Berufszerklärungen im modernen Erwerbsleben, S. 101 ff.), so ist doch daran festzuhalten, daß ein Individualrecht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit anzuerkennen ist, das jeder Person — der juristischen wie der natürlichen — zukommt und die Grundlage des Nebeneinanderlebens der Menschen in der Rechtsordnung bildet; und eine der Seiten dieser Achtung und Geltung ist die Achtung und Geltung im wirtschaftlichen, im Geschäftsverkehr. Existiert aber ein solches Recht, so sind gewiß auch Verletzungen desselben denkbar. Eine Verletzung kann bei einem Gewerbetreibenden namentlich darin liegen, daß dessen wirtschaftliche Existenz durch direkten Angriff bedroht wird mit Hilfe von Mitteln, die an sich geeignet sind, die Vernichtung jener Existenz herbeizuführen. Allerdings ist bei der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung, die im gewerblichen Leben das freie Spiel der Kräfte zur Grundlage hat, die Schädigung des Andern durch Konkurrenz an sich erlaubt. Aber diese Schädigung darf nicht ausgehen auf eine direkte Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Andern und nicht bewirkt sein durch Mittel, die einen direkten Angriff gegen deren Achtung und Geltung im gewerblichen Verkehr bedeuten und an sich geeignet sind, diese wirtschaftliche Persönlichkeit zu vernichten. Ein Lieferungsboykott nun, wie der vorliegende, mittelst dessen dem Gewerbetreibenden alle Bezugsquellen abgeschnitten werden wollen, und eine Arbeitersperre, die ausgeht auf Entzug aller Arbeitskräfte des Gewerbetreibenden, ist direkt gerichtet gegen die wirtschaftliche Existenz des so Angegriffenen in ihrem ganzen Umfang. Es handelt sich dabei nicht mehr um eine bloße Erschwerung der Existenz, auch nicht um einen Angriff der wirtschaftlichen Persönlichkeit in einzelnen ihrer Äußerungen, sondern um einen direkten Angriff auf die wirtschaftliche Existenz selbst, und ein derartiger Angriff verletzt jenes Individualrecht auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Er ist aber auch weiter, abgesehen von diesem subjektiven Recht oder

Rechtsgut, objektiv durch die Rechtsordnung nicht geschützt. Zwar ist der Vorinstanz darin beizustimmen, daß nicht etwa Art. 31 BB vom Boykottierten angerufen werden kann mit der Behauptung, der Boykott verlege überhaupt den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit: eine Anrufung jener Bestimmung kann in zivilrechtlichen Verhältnissen nicht Platz greifen, weil jene Verfassungsbestimmung, wie sich aus ihrer historischen Entwicklung erklärt, nur einen Schutz gewährt gegen Eingriffe der Behörden. (Riechi, a. a. O. S. 62 f.; Burckhardt, Komm. z. BB, S. 272 f. u. die dort angeführten Entscheide des Bundesgerichts.) Aus dem gleichen Grunde kann sich aber auch die Beklagte nicht auf jene Bestimmung stützen und daraus ihre Freiheit, sich zum Syndikat und zum Boykott zu vereinigen, herleiten; auch ihr gegenüber ist ja von einem Eingriff seitens von Behörden keine Rede und ihr Gewerbebetrieb an sich, wenn man von einem solchen überhaupt reden könnte, steht keinesfalls in Frage. Es ist vielmehr, wie auch die II. Instanz richtig getan hat, zurückzugehen auf das Wesen und den Zweck der derzeit geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung. Nach dieser Rechtsordnung ist, ganz allgemein gesprochen, der Freiheit des Einzelnen überall die Schranke gesetzt, daß auch die Freiheit der Andern dabei muß bestehen können. Hieraus folgt aber, daß die Ausübung der Rechte und die Betätigung der menschlichen Freiheit in einer Weise erfolgen muß, die auch dem Mitmenschen die Betätigung seiner Rechte und seiner Freiheit ermöglicht. Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines Andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch des Rechtes und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; Recht schlägt dann in Unrecht um, und es handelt sich nicht mehr um die erlaubte Ausübung des Rechtes, sondern um Rechtsmißbrauch. (Siehe hierzu: Stammler, Das richtige Recht, S. 442 ff.; 483 ff.) Diese aus dem Wesen und Zweck der Rechtsordnung selber folgenden Grundsätze können nicht zurückgewiesen werden unter Berufung darauf, daß erlaubt sei, was nicht verboten ist, und das insbesondere auf die Ausübung des Rechtes und der allgemeinen Freiheit zutrefte, und daß eine derartige Auslegung des geltenden Rechtes dem Gesetze schon des-

halb widerstreite, weil dieses den Verstoß gegen die „guten Sitten“ nicht als unerlaubt hinstelle. Was jene erste Einwendung betrifft, so geht sie von einer viel zu engen Auslegung des Gesetzes aus, die dem Grund der Rechtsordnung nicht gerecht wird. Die ganze Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen der illloyalen Konkurrenz hat sich ja auch lediglich an Hand des Art. 50 OR und auf Grund ähnlicher Gedankengänge entwickelt. Und hinsichtlich der zweiten Einwendung ist zu bemerken, daß allerdings das deutsche BGB in § 826 eine Vorschrift enthält, wonach zu Schadenersatz verpflichtet auch die gegen die „guten Sitten“ verstößende Handlung, nicht nur die Handlung, die widerrechtlich im Sinne des Art. 823 eod. ist, — und daß der Entwurf zur Revision des Schweiz. OR für nötig gefunden hat, eine analoge Bestimmung aufzunehmen (§ 1058 Abs. 2). Allein der Schluß darauf, daß im geltenden Rechte eine Anwendung der entwickelten Rechtsätze keinen Boden fände, wäre verfehlt. Denn einmal bedarf es zur Begründung der vorstehend aufgestellten Rechtsätze einer Berufung auf die „guten Sitten“ durchaus nicht notwendig, wie denn überhaupt dieser Begriff als Rechtsbegriff erst noch seinerseits näherer Umschreibung bedürftig ist. Sodann aber finden sich auch im geltenden Rechte schon die Keime, welche auf die hier festgestellte Schranke der Rechtsausübung hinweisen. Der Rechtsatz des Art. 17 OR, wonach Verträge, welche widerrechtlich oder unsittlich sind, vor dem Rechte nicht Stand halten, ist nur der Ausfluß eines allgemein geltenden Prinzipes, das nun hier angewendet wird auf die Ausübung der Rechte und die Betätigung der Freiheit in Andern als Vertragsverhältnissen; es handelt sich um eine Fortbildung dieses, der Rechtsordnung an sich immanenten Grundsatzes. (Vgl. dazu Kohler,ENZ. I S. 709. Ferner Zürcher, Die Grenzen der Vertragsfreiheit, S. 98 ff., 103.) Übrigens hat das Bundesgericht selbst von jeher auch den Grundsatz anerkannt, daß Rechte nicht zur bloßen Schikane ausgeübt werden dürfen, vgl. US 25 II S. 803 f. Erw. 6; — und es handelt sich im vorliegenden Falle lediglich um ein Weiterbauen auf diesem Boden. Das Bundesgericht befindet sich denn auch, indem es sich auf den hier eingenommenen Boden stellt, im Einklang mit der Rechtsprechung und Doktrin anderer Kultur-

staaten, die teilweise von andern Gesichtspunkten aus zum gleichen Resultate gelangen. (Vgl. hiezu auch: Mercier, in Schweiz. Zeitschr. f. StrR 17 S. 436 f.; RGZ 48 S. 124 ff.; 51 S. 369 ff., spez. 384 f.; 57 S. 418 ff., spez. 427 ff.)

4. Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß ein Boykott jedenfalls dann widerrechtlich ist — mag man von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie (Eingriff in subjektive Rechte und Rechtsgüter oder in die objektive Rechtsordnung) oder von der subjektiven (Schädigung ohne Recht oder in Mißbrauch eines Rechtes) ausgehen —, wenn er gerichtet ist auf die volle Vernichtung und Untergrabung der Existenz des Boykottierten. Im vorliegenden Fall nun kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß der Boykott auf dieses Ziel gerichtet ist. Es ist aber auch unbestreitbar, daß die von der Beklagten angewendeten Mittel an sich geeignet waren, dieses Ziel zu verwirklichen, und das genügt zur Annahme der Widerrechtlichkeit, da dem Angegriffenen nicht zugemutet werden kann, den widerrechtlichen Angriff passiv über sich ergehen zu lassen und erst bei wirklich eingetretener schwerer Schädigung den Schutz des Richters anzurufen. Die Einwendung der Beklagten, eine Schädigung der Klägerin sei überhaupt nicht erfolgt, der Boykott sei wirkungslos geblieben, hält daher nicht Stich.

5. Dagegen wendet nun die Beklagte weiter ein, sie habe sich gegenüber der Klägerin in rein defensiver Stellung befunden; sie sei es, die ihrerseits durch die Klägerin in ihrem Gewerbebetrieb gestört worden sei, und sie habe sich nun nur zur Abwehr gerüstet. Die Beklagte scheint sich damit auf den Standpunkt zu stellen, sie habe in Notwehr gehandelt; und wenn diese Behauptung richtig wäre, so würde allerdings die Widerrechtlichkeit ihres Tuns ausgeschlossen sein, da Notwehr gemäß Art. 56 OR die Widerrechtlichkeit ausschließt. Als Notwehr im Sinne dieser Gesetzesbestimmung hat das Bundesgericht, in Übereinstimmung mit dem wissenschaftlichen Begriff der Notwehr in der neuern Strafrechtsdoktrin, den es zu Grunde gelegt hat, definiert (US 25 II S. 29 f.) „die Abwehr, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden“. Danach ist allerdings denkbar, daß auch die Beklagte in ihren Geschäftsbeziehungen Notwehr anrufen könnte, dann

nämlich, wenn die Klägerin ihrerseits ihr gegenüber einen rechtswidrigen Angriff begangen hätte und dieser Angriff „gegenwärtig“, d. h. zur Zeit der Notwehrhandlung der Beklagten bestehend wäre. Allein ein rechtswidriger Angriff der Klägerin liegt nun nicht vor. Die bloße Tatsache der Gründung der Volkspotheken und die dadurch erfolgte Eröffnung einer Konkurrenz war an sich allerdings geeignet, eine Schädigung der Privatapotheken zu bewirken, allein sie stellte sich als erlaubte Konkurrenz dar, zumal nachdem einmal die Versuche der Privatapotheker in Genf bei den Administrativbehörden, die auf Aufhebung der Volkspotheken gerichtet waren, endgültig gescheitert waren (Entscheid des Bundesgerichtes vom 26. März 1903), und die Privatapotheker hatten sich diese Konkurrenz an sich gefallen zu lassen. Wenn sich sodann die Beklagte darauf beruft, die Klägerin habe selber in ihrem Zirkular vom 21. Mai 1891 davon gesprochen, es müssen die Zwischenhändler ausgeschaltet werden, so ist zwar richtig, daß die Tendenz der Klägerin darauf ausgeht, den Privatapotheker auszuschalten; indessen etwas widerrechtliches kann hierin allein nicht gefunden werden. Denn es kann nach allen Verumständungen des Falles keine Rede davon sein, daß die von der Klägerin angewendeten Mittel geeignet wären, die wirtschaftliche Existenz der Privatapotheken anzugreifen und zu untergraben, und es ist denn auch eine solche Behauptung von Seite der letztern gar nicht aufgestellt worden. Daß übrigens die Klägerin die Sociétés de secours mutuels verpflichtet habe, nur bei den Volkspotheken zu beziehen, ist nicht erwiesen, und jedenfalls ist ein Beitrittszwang, mit Ausnahme bei einer Gesellschaft, nicht festgestellt. Des weitern glaubt die Beklagte zu ihrem Vorgehen berechtigt zu sein, weil die Klägerin illoyale Mittel im Konkurrenzkampfe verwendet habe, namentlich unrichtiger Weise angegeben habe, ihre Preise seien niedriger als die der Privatapotheker, und sie sei ein philanthropisches Unternehmen. Es mag — entgegen der II. Instanz, die die Frage der Legitimation der Beklagten zur Anrufung dieses Grundes offen lassen will — zugegeben werden, daß die Beklagte legitimiert ist, das Geschäftsgebahren der Klägerin als Verteidigungsgrund anzurufen, sei es, um damit darzutun, daß sie überhaupt nicht (objektiv) widerrechtlich gehandelt habe, sei es, um

ein größeres Verschulden der Klägerin darzutun, wie sich denn der Boykottierende wohl überhaupt allgemein darauf berufen kann, er habe in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt. (Vgl. hiezu speziell Zürcher, a. a. O. S. 103.) Allein die Tatsache illoyaler Konkurrenz der Klägerin ist nicht erwiesen, und der einzige Beweissatz, den die Beklagte dafür aufgestellt hat: daß durch Angestellte der Klägerin in einzelnen Fällen zu teuer verkauft worden sei, genügt, wie die Vorinstanz richtig ausführt, nicht zum Beweise einer illoyalen Konkurrenz. Sodann ist der Vorinstanz auch darin beizustimmen, daß nicht eine illoyale Konkurrenz der Klägerin das treibende Motiv zum Boykott war — andernfalls hätte die Beklagte die Klägerin vielleicht auffordern können und dürfen, diese illoyale Konkurrenz (die genau zu bezeichnen gewesen wäre) zu unterlassen —, sondern treibendes Motiv war lediglich die Beseitigung der unbequemen Konkurrenz. Alle Verteidigungsgründe der Beklagten, die darauf gerichtet sind, den Ausschluß der (objektiven) Widerrechtlichkeit oder des Verschuldens (im Sinne des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit) oder eine Rechtswidrigkeit und ein Verschulden der Klägerin darzutun, halten daher nicht Stich.

6. Die Folge der widerrechtlichen Handlung der Beklagten ist zunächst gemäß Art. 50 OR die Ersatzpflicht für den dadurch zugefügten materiellen Schaden. Als Schadensfaktoren hat die Klägerin geltend gemacht: a) Schaden wegen entgangener Bonifikation; b) Zahlung von Kommissionen an die sog. intermédiaires 2000 Fr.; c) Schadenersatz für Mehrarbeit, Zeitverlust und Erschwerung der Engagements von Angestellten 2000 Fr. Die I. Instanz hatte auch dieses Requisit einer Schadenersatzklage aus Art. 50 OR als nicht erfüllt betrachtet mit der Ausföhrung, es fehle an einer substantiierten Schadensbehauptung und an rechtsgenügenden Beweisunterlagen hiefür. Die II. Instanz hat hinsichtlich der Schadensfaktoren a und b den Beweisanspruch der Klägerin: Berufung auf Fakturen und Bücher, jedoch mit der ausdrücklichen Weigerung der Beklagten deren Einsicht zu gestatten, als prozessualisch unzulässig erklärt und ist aus diesem Grunde dazu gelangt, den Nachweis des Eintrittes des Schadens als nicht erbracht anzusehen. Hinsichtlich Schadensposten c führt

sie aus, die Klägerin habe keineswegs bewiesen, daß sie während der kritischen Zeit bis zur Prozeßanhebung, Ende Dezember 1903, überhaupt Wechsel ihres Apothekerpersonals zu verzeichnen hatte. Auch der Umstand, daß die Klägerin mit einem Pharmaciestudenten einen Vertrag abgeschlossen habe, wonach sie ihm in Verbindung mit einem Anstellungsverhältnisse Subsidien für das Studium gewährt habe, beweise noch keinesfalls, daß die Klägerin sich in einer Notlage befunden habe. Ebenso sei die Klägerin den Nachweis dafür schuldig geblieben, daß sie infolge von zu wenig Personal den Aufträgen ihrer Kundschaft nicht mehr habe nachkommen können. In diesen Ausführungen geht die Vorinstanz, was zunächst den Schadensposten c betrifft, von richtigen Grundsätzen über die materielle Beweislast und Behauptungspflicht aus; im übrigen liegen darin tatsächliche Feststellungen, die für das Bundesgericht bindend sind. Schwieriger verhält es sich mit den Schadensposten a und b, insofern, als hier die Vorinstanz durch ihren Entscheid der Klägerin den Nachweis des Schadens geradezu abgeschnitten hat. Wie die Vorinstanz selber ausführt, liegt der Eintritt eines gewissen materiellen Schadens in der Natur der Dinge, und es darf nun nicht, wenn das Bestehen eines Schadens unbestreitbar ist, die Schadensersatzpflicht deshalb verneint werden, weil ein ziffermäßiger Nachweis des Schadens nicht möglich ist. (Vgl. *Revue der Gerichtspraxis* 22 Nr. 69; *BGE* 31 II S. 604 f. Erw. 3.) Das verkennt freilich auch die Vorinstanz nicht; sie nimmt dagegen an, auch der Eintritt des Schadens sei nicht erwiesen. Es handelt sich nun aber hier um einen Beweisnotstand auf Seite der Klägerin: es kann ihr nicht zugemutet werden, ihre Fakturen und Bücher der Beklagten, mit der sie im schärfsten Konkurrenzkampf steht, zu öffnen und so ihre Geschäftsbeziehungen klarzulegen. Unter diesen Umständen darf nicht gesagt werden, die Klägerin habe den Eintritt eines Schadens nicht bewiesen, sondern es ist in Anwendung des freien richterlichen Ermessens dahin zu argumentieren, ein Schaden müsse nach dem natürlichen Lauf der Dinge eingetreten sein, und es bleibt dann nur noch dessen Fixierung übrig. Dies geschieht indessen zweckmäßig in Verbindung mit dem Zuspruch einer Genugtuungssumme aus Art. 55 OR.

7. Auf Grund des Art. 55 OR hat die Klägerin eine Summe von 5000 Fr. eingeklagt, und die II. Instanz hat ihr 500 Fr. aus diesem Titel zugesprochen, als Genugtuung für die speziell durch den Boykott verursachte Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Klägerin. Daß eine solche Verletzung durch den Boykott bewirkt worden ist, steht fest; ebenso ist, gemäß der Praxis des Bundesgerichts (s. spez. BGE 31 II S. 246 f. Erw. 4), anzuerkennen, daß die Klägerin zur Anrufung des Art. 55 OR berechtigt ist. Die Vorinstanz berücksichtigt nun einmal, daß der gesamte Interessentkampf zwischen den Parteien im großen ganzen sachlich geführt wurde, und die Beklagte auch sachliche Gründe zu ihrem Zusammenschluß hatte und der Kampf nicht bloß egoistischen Motiven entsprang; sodann, daß der Klägerin kein Verschulden zur Last falle; endlich, daß die Genugtuungssumme wesentlich die Mißbilligung des Unrechts aussprechen müsse. In diesen Ausführungen sind sämtliche Momente richtig gewürdigt, die in Betracht zu ziehen sind. Dagegen scheint die von der Vorinstanz zugesprochene Summe selbst als zu hoch, und es ist eine Herabsetzung angemessen. Wird einerseits diese Herabsetzung vorgenommen, anderseits aus Art. 50, gemäß den Ausführungen in Erw. 6, ein bescheidener Betrag ex aequo et bono zugesprochen, so gelangt man immerhin zur Bestätigung des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Geldforderung.

8. Das Begehren um Publikation des Urteils endlich ist an sich begründet, sowohl auf Grund des Art. 50 wie des Art. 55, in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 OR (vgl. BGE 31 II S. 660 f. Erw. 9). Dagegen ist der Vorinstanz darin nicht beizustimmen, daß die Publikation sich auf einen „vom Gericht zu bestimmenden Auszug“ zu erstrecken habe: Gründe praktischer sowohl wie grundsätzlicher Natur sprechen dagegen, daß ein Auszug, der doch wiederum nicht das Urteil selbst wiedergibt, publiziert werde. Den Interessen der Klägerin ist mit einer Publikation des Dispositivs, und zwar mit einer einmaligen, völlig genüge geleistet. Was die Bestimmung des Urteils betrifft, daß die Publikation auf Kosten der Klägerin zu erfolgen habe, so scheint die Klägerin selber auf eine Abänderung kein besonderes Gewicht zu legen. Es mag denn auch, da die Klägerin in der

Genugtuungssumme, die ihr zugesprochen wird, eine ausreichende Satisfaktion findet, von der Anordnung einer Publikation auf Kosten der Beklagten, also im Sinne einer weiteren Genugtuung, Umgang genommen und der Klägerin überlassen werden, ob sie das Urteilsdispositiv auf ihre Kosten publizieren will.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Die Hauptberufung der Beklagten wird dahin als begründet erklärt und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 dahin abgeändert, daß die Publikation des Urteils nur im Dispositiv (einmal in einer von der Klägerin zu wählenden Zeitung und auf Kosten der Klägerin) zu erfolgen hat.

2. Im übrigen wird die Hauptberufung, ebenso wie die Anschließberufung, abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 bestätigt.

48. Urteil vom 29. Juni 1906

in Sachen **Marchetti**, Kl. u. I. Ver.=Kl., gegen **Jaf**,
Bekl. u. II. Ver.=Kl.

Negative Feststellungsklage gegenüber einer Betreibung (auf Zahlung von Mietzinsen und Schadensersatz). — Zulässigkeit; eidg. u. kant. Recht. — Beweislast. — Verjährung der in Betreibung gesetzten Forderung; Zulässigkeit der Einrede der Verjährung (resp. der Begründung der negativen Feststellungsklage mit diesem Standpunkte).

A. Durch Urteil vom 22. März 1906 hat die zweite Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist die Forderung des Beklagten im Betrage von 2520 Fr. nebst 5 % Zins seit 24. September 1899, für welche der Beklagte Betreibung eingeleitet hat, als unbegründet zu erklären?

erkannt:

Die Forderung des Beklagten ist nur mit Bezug auf folgende Beträge begründet: