Urteilskopf

108 II 6

2. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. März 1982 i.S. Comvalor Paradiso AG gegen Swiss Commodity Industry Association (Berufung)
Regeste (de):
Vereinsrecht, Kartellgesetz.

1. Ein Verein kann nicht auf die Weise gegründet werden, dass über die endgültige Aufnahme der Teilnehmer an der Gründungsversammlung in den Verein der an dieser Versammlung gewählte Vereinsvorstand befinden soll (E. 2).

2. Das Kartell trägt die Beweislast dafür, dass eine an sich unzulässige Wettbewerbsbehinderung durch überwiegend schutzwürdige Interessen im Sinne von Art. 5 KG gerechtfertigt ist und nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstösst, Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beim Rechtfertigungsgrund des Art. 5 Abs. 2 lit. b KG (E. 4).

Regeste (fr):
Droit d'association, loi sur les cartels.

1. Une association ne peut être constituée de telle manière que l'admission définitive en son sein des participants à l'assemblée de fondation est décidée par la direction désignée au cours de cette assemblée (consid. 2).

2. C'est au cartel d'apporter la preuve qu'une entrave en soi inadmissible est justifiée par des intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 LCart. et ne viole pas le principe de la proportionnalité. Signification du principe d'égalité de traitement lorsqu'il est appliqué au motif de justification de l'art. 5 al. 2 litt. b LCart. (consid. 4).

Regesto (it):
Diritto associativo, legge sui cartelli.

1. Un'associazione non può essere costituita in modo che l'ammissione definitiva ad essa dei partecipanti all'assemblea di fondazione sia decisa dalla direzione designata nel corso di tale assemblea (consid. 2).

2. Incombe al cartello di fornire la prova che un ostacolo di per sé inammissibile è giustificato da interessi legittimi preponderanti ai sensi dell'art. 5 LC e non viola il principio della proporzionalità. Rilevanza del principio dell'uguaglianza di trattamento nell'applicazione della causa giustificativa menzionata dall'art. 5 cpv. 2 lett. b LC (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 7

BGE 108 II 6 S. 7

A.- Verschiedene Firmen, die sich mit dem Rohstoffterminhandel befassen, ergriffen im Herbst 1979 die Initiative, zum Zweck der Selbstregulierung ihrer Branche unter dem Namen "Swiss Commodity Industry Associa-

tion" einen Verein zu gründen. Am 22. November 1979 veranstalteten sie eine Informationstagung, an welcher beschlossen wurde, auf den 16. Januar 1980 eine Gründungsversammlung einzuberufen. Die Teilnehmer an dieser Informationstagung erhielten ein Protokoll, in welchem darauf hingewiesen wurde, dass jedes in Frage kommende Vereinsmitglied, das bis zum 14. Januar 1980 auf einem Formular II "Membership Application" seine Bewerbung um Aufnahme in den Verein bekanntgebe, zur Gründungsversammlung zugelassen werde, dass über die endgültige Aufnahme in den Verein indessen der an der Gründungsversammlung zu bestellende Vereinsvorstand später entscheiden werde. Dementsprechend enthielt das Anmeldeformular folgenden Vorbehalt: "I/We are aware that our admission as a member of the forthcoming "Swiss Commodity Industry Association" will be decided by the Board in due course." Die Interessenten wurden ferner aufgefordert, allfällige Vorschläge für den Vereinsvorstand auf einem Formular I zu machen. Um die Aufnahme in den Verein bewarb sich auch die Comvalor Paradiso AG, die sich unter anderem mit der Vermittlung von Warentermingeschäften und insbesondere mit dem Verkauf von Rohstoffoptionen beschäftigt. Ihr Vertreter kandidierte zudem durch Unterzeichnung des Formulars I für einen Sitz im Vorstand. Die Gründungsversammlung fand wie vorgesehen am 16. Januar 1980 statt. Der Vertreter der Comvalor Paradiso AG nahm daran teil, während drei liechtensteinische Gesellschaften, die sich ebenfalls um eine Mitgliedschaft im Verein beworben hatten, vom Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen wurden, da man nur in der Schweiz domizilierte Firmen als Mitglieder zulassen wollte. Die Teilnehmer an der Versammlung nahmen die Statuten an, legten die Mitgliederbeiträge fest und wählten den Vorstand und die

Kontrollstelle. Der Vertreter der Comvalor wurde nicht in den Vorstand gewählt. Am 6. Februar 1980 hielt der Vorstand seine erste Sitzung ab. Dabei bestätigte er die Vereinsmitgliedschaft einer grösseren Zahl von Interessenten. Die Bewerbung der Comvalor wurde jedoch, mindestens vorläufig, abgewiesen.

B.- Am 18. Februar 1980 erhob die Comvalor beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Swiss Commodity Industry Association Klage mit folgenden, nachträglich ergänzten Rechtsbegehren: "1. Es sei festzustellen, dass die Swiss Commodity Industry Association ein Kartell bzw. eine kartellähnliche Organisation i.S. von Art. 2 und 3 KG darstellt. 2. Es sei festzustellen, dass Art. 5 der Vereinsstatuten widerrechtlich ist, soweit er auf die Mitglieder angewendet wird bzw. würde, die an der Gründerversammlung vom 16. Januar 1980 teilgenommen haben. Es sei ferner festzustellen, dass ein Ausschluss von Neubewerbern ohne Grundangabe nicht erfolgen kann, wenn jene bereit sind, die durch die Statuten und Standesregeln festgesetzten Bedingungen zu erfüllen. Art. 5 Abs. 3 der Statuten ist demnach als widerrechtlich und, gegen Art. 4 KG verstossend, zu streichen. 3. Es sei festzustellen, dass sich Art. 5 Abs. 2 der Vereinsstatuten nur auf die Gesellschaft als solche bezieht, und somit nicht auf einzelne Gesellschafter (Aktionäre) ausgedehnt werden darf. Insbesondere bleibt das Prinzip der Drittorganschaft sowie der Anonymität der Aktieninhaber gewährleistet. 4. Es sei festzustellen, dass Art. 27 der Statuten widerrechtlich ist, weil gegen Art. 15 KG verstossend. 5. Es sei in Ergänzung und Präzisierung von Antrag 2) der Anfechtungsklage vom 18. Februar 1980 festzustellen, dass die Klägerin Mitglied des beklagtischen Vereins ist. 6. Es sei eventualiter festzustellen, dass der Gründungsvorgang der Beklagten vom 16. Januar 1980 ungültig, insbesondere nichtig ist. 7. Es sei bei dieser Gelegenheit ebenfalls festzustellen, dass der Vorstand der Beklagten nicht rechtsgültig gewählt wurde, weil die Wahl durch Nichtmitglieder erfolgte. 8. Es sei subeventualiter der Anspruch der Klägerin auf Mitgliedschaft am beklagtischen Kartell festzustellen und die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin in den Verein aufzunehmen." Mit Urteil vom 18. Mai 1981 wies das Handelsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Es verneinte, dass die Klägerin durch Teilnahme an der Gründungsversammlung oder durch spätere Aufnahme Mitglied der Beklagten geworden sei, und sprach ihr deshalb für die Klagebegehren 2 bis 4 die Legitimation und für die Klagebegehren 6 und 7 das Feststellungsinteresse ab. Ferner kam

es zum Schluss, die Beklagte sei auch unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts nicht zur Aufnahme der Klägerin verpflichtet, da ihr, sofern sie überhaupt ein Kartell darstellen sollte, hinsichtlich der Fernhaltung der Klägerin jedenfalls ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b KG zugebilligt werden müsse.

C.- Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin beim Bundesgericht sowohl Berufung als auch staatsrechtliche Beschwerde. Auf die staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 8. März 1982 nicht ein. Mit der Berufung hält die Klägerin an ihren Klagebegehren fest. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Streitigkeiten betreffend die Mitgliedschaft bei einem Verein nicht vermögensrechtlicher Natur und daher nach Art. 44 Abs. 1 OG stets berufungsfähig (BGE 108 II 78 /79 E. 1a, BGE 82 II 296). Anderseits ist nach Art. 8 KG bei kartellrechtlichen Streitigkeiten der Weiterzug an das Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig. Auf die Berufung ist daher einzutreten, ohne dass geprüft werden müsste, welches vermögenswerte Interesse die Klägerin an der Gutheissung der Klage hat.

2. Mit ihrer Klage will die Klägerin in erster Linie feststellen lassen, dass sie Mitglied der Beklagten sei. Sie macht geltend, durch die Teilnahme an der Gründungsversammlung vom 16. Januar 1980 habe sie automatisch die Mitgliedschaft beim damals gegründeten Verein erworben. Mitglied eines Vereins wird man entweder durch Teilnahme an der Gründung oder durch nachträglichen Beitritt. Die Klägerin behauptet nicht, sie sei von der Beklagten nach der Gründung als Mitglied aufgenommen worden. Zu prüfen ist daher allein, ob sie kraft ihrer Teilnahme an der Gründungsversammlung vom 16. Januar 1980 die Vereinsmitgliedschaft erworben hat. Dabei stellt sich vorerst die Frage, ob die Vereinsgründung an jenem Tag überhaupt rechtsgültig zustandegekommen ist. Nach Art. 60 Abs. 1 ZGB erlangen Vereine die Rechtspersönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist. Es ist unbestritten, dass die am 16. Januar

1980 beratenen und angenommenen Statuten den formellen Anforderungen des Gesetzes genügten und alle für einen Verein wesentlichen Angaben enthielten. Fraglich ist dagegen, ob damals auch der für die Vereinsgründung erforderliche rechtsgeschäftliche Wille vorhanden war, die an der Gründungsversammlung anwesenden Personen zu Vereinsmitgliedern zu verbinden. Normalerweise gehen diese beiden Elemente bei der Vereinsgründung Hand in Hand, indem die Personen, die bei der Bereinigung und Genehmigung der Statuten und bei der Bestellung der statutarisch vorgesehenen Vereinsorgane mitwirken, sich gleichzeitig auch gegenseitig in einem zusammenfassenden rechtsgeschäftlichen Willensakt zu Vereinsmitgliedern erklären und als solche akzeptieren. Im vorliegenden Fall lagen indessen besondere Verhältnisse vor. Zwar sollten die Statutenbereinigung und die Wahl der Organe durch alle Teilnehmer an der Gründungsversammlung erfolgen, denen man ein entsprechendes Stimm- und Wahlrecht eingeräumt hatte. Für eine Bestätigung der Einzelmitgliedschaften sollte

dagegen der an der Versammlung gewählte Vereinsvorstand zuständig sein. Der Verein sollte seine rechtliche Gestalt somit durch Personen erhalten, die nicht notwendig auch Vereinsmitglieder werden sollten, sondern deren Mitgliedschaft von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhing. Er hätte demzufolge anfänglich gar keine vollgültigen Mitglieder gehabt. Eine Körperschaft ohne Mitglieder ist aber begrifflich nicht denkbar. Die Vorstellung einer bis zur Bestätigung durch den Vorstand suspensiv bedingten Mitgliedschaft vermag über diese Schwierigkeit nicht hinwegzuhelfen. Wenn die Mitgliedschaft an der Gründungsversammlung nur suspensiv bedingt erworben worden wäre, hätte auch der Vereinsvorstand nur mit suspensiv bedingter Wirkung gewählt werden können. Dann stellt sich aber sogleich die Frage, wie der nur unter Vorbehalt des Eintritts der Bedingung gewählte Vorstand, der selbst mit nicht endgültigen Vereinsmitgliedern besetzt war, über den Eintritt der Bedingung befinden und die Mitgliedschaft der Teilnehmer an der Gründungsversammlung definitiv machen konnte. Dieses Problem ist logisch nicht lösbar. So oder so blieben auf jeden Fall jene suspensiv bedingten Vereinsmitglieder, die dann letztlich nicht in den Verein aufgenommen wurden, einerseits an der Vereinsgründung beteiligt und anderseits doch wieder unbeteiligt. Die Gründung würde somit auf einer unterschiedlichen rechtsgeschäftlichen Willensbildung beruhen, je nachdem ob die rechtliche Gestaltgebung oder die konkrete

Mitgliedschaft in Frage steht. Der Gründungsvorgang als rechtsgeschäftlicher Gesamtakt lässt sich jedoch nicht auf diese Weise aufspalten. Der Verein konnte daher so nicht gegründet werden. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die Teilnehmer an der Gründungsversammlung ganz offensichtlich den Willen hatten, am 16. Januar 1980 den Verein zu gründen. Der Wille der Beteiligten ändert nichts daran, dass der Verein an jenem Tag noch keine vollgültigen Mitglieder hatte und deshalb die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen konnte. Dem Gründungswillen könnte gegenüber dem Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der einzelnen Vereinsmitgliedschaften höchstens dann der Vorrang zukommen, wenn konkrete Anzeichen dafür bestünden, dass die Gründer die Frage der endgültigen Einzelmitgliedschaften im Vergleich zur Vereinsgründung als solcher nur als nebensächlich betrachteten. Das ist jedoch nicht der Fall. Sowohl bei der Vorbereitung der Vereinsgründung wie anlässlich der Gründungsversammlung vom 16. Januar 1980 wurde der Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Mitgliedschaft in gleicher Weise betont wie der Wille zur Vereinsgründung im allgemeinen. Dass nur Personen oder Firmen, die für ein seriöses Geschäftsgebaren Gewähr boten, Mitglied des Vereins werden sollten, musste jedem das Stimm- und Wahlrecht ausübenden Teilnehmer an der Gründungsversammlung klar sein. Damit ist auch der Berufung auf das Vertrauensprinzip der Boden entzogen. Die Klägerin durfte nicht damit rechnen, durch die blosse Teilnahme an der Gründungsversammlung von den andern Teilnehmern als Gründungsmitglied akzeptiert zu werden, nachdem sie das Formular I unterzeichnet hatte, gemäss welchem der Vereinsvorstand über die definitive Aufnahme in den Verein befinden sollte. Es bleibt somit dabei, dass der Gründungsvorgang vom 16. Januar 1980 an einem nicht lösbaren inneren Widerspruch leidet, so dass die Vereinsgründung an jenem Tag nicht zustandekommen und die Klägerin durch die Teilnahme an der Versammlung die Vereinsmitgliedschaft nicht erwerben konnte. Auf welche Weise der Verein später gegründet worden ist, braucht hier nicht geprüft zu werden. Heute, nachdem er zwei Jahre lang eine statutengemässe Tätigkeit ausgeübt hat, kann seine Existenz auf jeden Fall wohl kaum mehr in Frage gestellt werden.

3. Das Klagebegehren 5, mit dem die Klägerin ihre Mitgliedschaft bei der Beklagten feststellen lassen möchte, ist demzufolge abzuweisen. Ist die Klägerin nicht Mitglied der Beklagten, so fehlt

ihr für die Klagebegehren 2, 3, 4, 6 und 7 teils die Legitimation und teils das Feststellungsinteresse. Was die Klägerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Aus einer Feststellung, dass der Vereinsvorstand am 16. Januar 1980 allenfalls auch im Hinblick auf einen später zustandegekommenen Verein ungültig gewählt war, könnte nichts für die Frage abgeleitet werden, ob er im Zeitpunkt einer tatsächlichen Aufnahme der Klägerin in den Verein weiterhin als nicht rechtsgültig gewählt angesehen werden müsste. Im übrigen fehlt der Klägerin als Nichtmitglied des Vereins hinsichtlich der Anfechtung der Wahl des Vorstandes auf jeden Fall die Legitimation. Das ganz allgemeine Interesse der Klägerin daran, dass die Feststellung des Verstosses gewisser statutarischer Bestimmungen gegen das Kartellgesetz im Zusammenhang mit einer noch völlig unbestimmten Leistungsklage irgendeinmal bedeutsam werden könnte, genügt sodann keinesweg. Was aber die konkrete Feststellung darüber anbetrifft, dass es sich bei der Beklagten um ein Kartell handle, geht das Feststellungsinteresse im weiteren Begehren auf, dass die Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen in den Verein aufzunehmen sei (Klagebegehren 8).

4. Mit diesem Begehren macht die Klägerin geltend, die Beklagte stelle ein Kartell dar, das sie durch die Fernhaltung in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindere. Zur Beseitung dieser unzulässigen Wettbewerbsbehinderung habe der Richter gestützt auf Art. 6 Abs. 2 KG die Aufnahme in den Verein anzuordnen. Die Vorinstanz hat offen gelassen, ob es sich bei der Beklagten um ein Kartell handle und ob die Fernhaltung der Klägerin eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung darstelle, da sich die Beklagte auf jeden Fall auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 5 Abs. 2 lit. b KG berufen könne. Diese Bestimmung anerkennt als schutzwürdiges Interesse, das eine an sich unzulässige Wettbewerbsbehinderung gemäss Art. 4 KG zu rechtfertigen vermag, "die Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen". Die Vorinstanz hält in diesem Zusammenhang fest, angesichts der bedenklichen Verhältnisse in der Branche des Rohstoffterminhandels seien die Bestrebungen der Beklagten um Selbstregulierung dieser Branche als ausgesprochen erwünscht zu betrachten. Die Beklagte habe mit gutem Grund einstweilen von der Aufnahme der Klägerin absehen dürfen, nachdem diese, obwohl erst am 14. August 1979 mit einem Aktienkapital von nur

Fr. 50'000.– gegründet, sich beharrlich geweigert habe, über sich und die sie beherrschenden natürlichen Personen näher Auskunft zu erteilen. Bedenken habe zudem erwecken müssen, dass sich an der gleichen Adresse wie die Klägerin eine Zweigniederlassung einer liechtensteinischen Anstalt mit fast gleichem Namen befinde, was Irreführungen und Täuschungen des Publikums ermögliche. Es liege auf der Hand, dass die Beklagte ihr Ziel nur erreichen könne, wenn sie die Bewerber um ihre Mitgliedschaft wie die Klägerin einer genauen Prüfung unterziehe, um sicher zu sein, dass sich unter ihnen keine "schwarzen Schafe" befänden; ein unerkanntes "schwarzes Schaf" könnte die Vereinsmitgliedschaft geradezu als Deckmantel für seine Aktivitäten benützen. Mit dieser Begründung durfte die Vorinstanz indessen das Begehren der Klägerin um Aufnahme in den beklagten Verein nicht abweisen. Es ist grundsätzlich Sache des Kartells, den Beweis dafür zu erbringen, dass für eine an sich unzulässige Wettbewerbsbehinderung ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 KG besteht (BGE 102 II 439 /440, BGE 96 I 301, BGE 94 II 339, BGE 91 II 32). Das gilt insbesondere auch im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 lit. b KG. Wenn die Beklagte daher geltend macht, die Klägerin erfülle die für eine Tätigkeit im Rohstoffterminhandel erforderlichen beruflichen und betrieblichen Anforderungen nicht, so ist sie hierfür beweispflichtig. Sie durfte demnach die Fernhaltung der Klägerin nicht einfach damit begründen, diese habe sich geweigert, über sich und die sie beherrschenden natürlichen Personen nähere Auskunft zu erteilen. In diesem Sinn hat das Bundesgericht bereits vor dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes im Rahmen seiner Boykottrechtsprechung entschieden (BGE 76 II 290/291). Indem sich die Vorinstanz der Betrachtungsweise der Beklagten anschloss, hat sie die Beweislast unrichtig verteilt. Dazu kommt, dass eine Wettbewerbsbehinderung nach Art. 5 Abs. 1 KG nur zulässig ist, wenn sie durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt ist und wenn sie die Freiheit des Wettbewerbs weder im Verhältnis zum angestrebten Ziel noch nach der Art

und Durchführung der Vorkehr übermässig beeinträchtigt. Ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse genügt somit für sich allein für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsbehinderung nicht, sondern es bedarf zusätzlich des Nachweises, dass die Wettbewerbsbehinderung nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstösst (vgl. hiezu BGE 102 II 441, BGE 99 II 235 /236 E. 3). Zudem muss der Grundsatz der Gleichbehandlung

gewahrt sein (MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, S. 52 ff.; MICHELI, Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence de tiers, Diss. Lausanne 1972, S. 59 ff.). Dieser Grundsatz ist gerade beim Rechtfertigungsgrund des Art. 5 Abs. 2 lit. b KG von Bedeutung. Ein Kartell soll für den Zugang zu einem Beruf oder einem Wirtschaftszweig nicht Anforderungen stellen dürfen, die seine eigenen Mitglieder nicht erfüllen (MERZ, a.a.O., S. 58/59; MICHELI, a.a.O., S. 83). Zu diesen beiden Gesichtspunkten hat sich die Vorinstanz, von der blossen Zitierung der entsprechenden Gesetzesbestimmung abgesehen, nicht geäussert. Insbesondere hat sie sich mit der Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe bei den andern Bewerbern um die Mitgliedschaft nicht verlangt, den Namen ihrer Aktionäre bekanntzugeben, nicht auseinandergesetzt. Aufgrund der Feststellungen im angefochtenen Urteil kann das Bundesgericht die Frage nicht entscheiden, ob die Fernhaltung der Klägerin von der Beklagten vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung standhält und ob sie sich durch ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b KG rechtfertigen lässt. Die Sache ist daher zu ergänzender Abklärung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird gegebenenfalls auch die Frage zu prüfen haben, ob die Beklagte überhaupt ein Kartell im Sinne von Art. 1-3 KG darstellt und ob die Klägerin durch die Fernhaltung von der Beklagten in der Ausübung des Wettbewerbs in unzulässiger Weise behindert wird (Art. 4 KG). In beiderlei Hinsicht trifft die Beweislast die Klägerin, während die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Rechtmässigkeit der Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Art. 5 KG nach dem Gesagten von der Beklagten zu beweisen sind.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 1981 aufgehoben; die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Handelsgericht zurückgewiesen.