Urteilskopf

81 II 117

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. März 1955 i.S. Schweizerischer Tabakverband gegen Schwarzer.
Regeste (de):
Art. 2 und 28 Z GB, Art. 41 OR.

Unzulässiger Vernichtungsboykott. Grundsätzliches über Begriff, Zulässigkeitsvoraussetzungen und Beweispflicht, nach Massgabe der geltenden Rechtsprechung.

Regeste (fr):
Art. 2 et 28 CC, art. 41 CO.

Boycott illicite tendant à l'anéantissement économique du boycotté. Considérations de principe, selon la jurisprudence actuelle, sur la notion et les conditions de légitimité d'un boycott de ce genre, ainsi que sur le fardeau de la preuve.

Regesto (it):
Art. 2 e 28 CC, art. 41 CO.

Boicottaggio illecito tendente all'annientamento economico del boicottato. Considerazioni di massima, alla luce della giurisprudenza vigente, su la nozione el e condizioni della legittimità d'un siffatto boicottaggio, come pure su l'onere della prova.

Sachverhalt ab Seite 118

BGE 81 II 117 S. 118

A.- Der im Jahre 1932 gegründete Schweizerische Tabakverband ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB. Er bezweckt laut Art. 2 seiner Statuten (Ausgabe 12. Juli 1939) "in erster Linie die Sanierung der Preis- und Rabattverhältnisse und der damit in Zusammenhang stehenden Missbräuche (Prämiensysteme und Zugabewesen) beim Verkauf von Tabakwaren an die Konsumenten und ebenso die Wahrung der allgemeinen lebenswichtigen Interessen der schweizerischen Tabakbranche." Sodann bestimmt Art. 3 der Satzung:
"Mitglieder des Verbandes können werden:
a. Handelsorganisationen der schweizerischen Tabakbranche;
b. Einzelfirmen der Tabakindustrie und des Tabakhandels, soweit letztere nicht in schweizerischen Branchenverbänden organisiert sind, die dem Schweizerischen Tabakverbande angehören. Die Aufnahme in den Verband erfolgt durch den Vorstand." Zwischen den Verbandsmitgliedern besteht eine Kartellordnung, die sogenannte Tabakkonvention, deren jetzt gültige Fassung vom 14. September 1950 am 1. Januar 1951 in Kraft trat und die frühere vom 12. Juli 1939 ersetzte. Darin sind zur Verwirklichung der Verbandsziele eine Reihe von Einzelvorschriften aufgestellt. Verletzungen ziehen einschneidende wirtschaftliche Massnahmen und Strafen nach sich, wie Bussen, Kürzung der Rabatte auf Warenlieferungen, Preiserhöhungen und Sanktionsaufschläge, Konventionalstrafen, zeitweilige oder dauernde Warensperre (vgl. Art. 5 ff.). Die Verpflichtungen aus dem Abkommen sind nicht nur den Unterzeichnern auferlegt, sondern der Verbandsvorstand ist beauftragt, dafür zu sorgen, dass sie "- soweit nötig - ... auch von den übrigen Brancheangehörigen (Handel) durch Unterzeichnen eines ... von

Fall zu Fall ausgearbeiteten Verpflichtungsscheines übernommen werden" (Art. 2). Untersagt und strafbar ist nach Art. 1 lit. k der Konvention u.a.:

BGE 81 II 117 S. 119

"jede Art Lieferung von Tabakfabrikaten (auch mit Mengenrabatten) an bestehende Geschäfte, neu zu gründende Firmen und Verkaufsorganisationen, die zur Unterzeichnung des Verpflichtungsscheines verpflichtet sind (Art. 2) und die bisher nicht im Tabakhandel tätig waren, in Städten, deren Nachbarschaft, Ortschaften mit städtischem Charakter, Saison- und Kurorten oder andern Ortschaften, wo Spezialgeschäfte des Tabakhandels bestehen, ohne sich vor der Lieferung beim S.T.V. Gewissheit zu verschaffen, dass der Verpflichtungsschein eingereicht und genehmigt worden ist". Dem ist unter dem Titel "Ausnahmen" beigefügt:
"Diese Bestimmungen finden keine Anwendung auf Hotels, Restaurants, Bars und Tearooms, Automaten bei bestehenden und in der Branche zugelassenen Tabakspezialgeschäften und auf Mitglieder der von der Industrie anerkannten Einkaufsgenossenschaften." Weiter heisst es über das "Bewilligungsverfahren":
"Gesuche um Bewilligung zur Belieferung im Sinne von Al. 1, Lit. k, werden auf Grund der Bedürfnisfrage, des Fähigkeitsausweises, bisheriger Tätigkeit und finanzieller Lage des Gesuchstellers vom Vorstand des S.T.V. entschieden. Die Gesuche sind vom Gesuchsteller oder dem interessierten Lieferanten des S.T.V. schriftlich, begründet und mit einem unterzeichneten Verpflichtungsschein einzureichen." Die so angestrebte Regelung der Bedürfnisfrage liegt ausserhalb des Bereiches der durch Art. 93 der VO betreffend die fiskalische Belastung des Tabaks vom 30. Dezember 1947 der Oberzolldirektion übertragenen Aufsichtsbefugnisse über den Handel mit Tabakfabrikaten und der in Art. 94 des nämlichen Erlasses enthaltenen Preisschutz bestimmungen (vgl. BS 6 S. 228).

B.- Arthur Schwarzer, geboren 1919, erlitt in früher Kindheit einen Unfall mit Rückgratsverletzung, welche eine teilweise Lähmung der Beine verursachte. Er ist kaufmännisch ausgebildet, vermochte aber der gesundheitlichen Behinderung wegen keine befriedigende berufliche Stellung zu finden. Das brachte ihn auf den Gedanken, einen Kiosk zu eröffnen. Als Standort wählte er die nächst der Sihlbrücke gelegene Ecke des promenadenartig gestalteten freien Raumes zwischen Sihlstrasse, Gessnerallee und Schanzengraben in Zürich. Der Stadtrat bewilligte am 20. Oktober 1950 die Errichtung des Kioskes

BGE 81 II 117 S. 120

und den Verkauf üblicher Waren, darunter Tabakwaren.
Da Schwarzer eigener Mittel entbehrte, verbürgte seine Heimatgemeinde einen Kredit von Fr. 3500.–, was ermöglichte, den Kiosk zu bauen und Ende Mai 1951 in Betrieb zu nehmen. Zuvor liess Schwarzer durch einen Zürcher Rechtsanwalt beim Schweizerischen Tabakverbande das vom unterschriebenen Verpflichtungsschein begleitete Gesuch um Erlaubnis zum Bezuge und Verkaufe von Tabakwaren unterbreiten. Der Verband lehnte mit Brief vom 13. Januar 1951 ab, weil das Bedürfnis nach einer neuen Verkaufsstelle in der Gegend um die Sihlbrücke verneint werden müsse. Wiedererwägungsgesuche vom 27. Januar und 13. Februar 1951 blieben erfolglos.

C.- Im Mai 1952 reichte Schwarzer gegen den Schwei zerischen Tabakverband Klage ein mit den Begehren: "1. Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger die ausdrückliche Bewilligung zu erteilen, sämtliche für seinen Kiosk an der Gessnerallee-Sihlstrasse, Zürich, benötigten Tabakwaren von den dem Schweiz. Tabakverband angeschlossenen Firmen, Fabrikanten, Grossisten usw. zu den in der Konvention des Schweiz. Tabakverbandes

enthaltenen Bedingungen zu beziehen, unter Androhung der gesetzlichen Folgen im Falle der Nichterfüllung. 2. Der Beklagte sei ferner zu verurteilen - ebenfalls unter Androhung der gesetzlichen Folgen im Unterlassungsfalle - den ihm angeschlossenen Firmen und Verbänden durch eingeschriebenen Brief, eventuell in der in den Statuten vorgesehenen Weise mitzuteilen, dass sie berechtigt seien, dem Kläger für seinen Kiosk in Zürich Tabakwaren irgendwelcher Art zu den üblichen Verbandspreisen zu liefern. 3. Der Beklagte sei schliesslich zu verurteilen, dem Kläger eine richterlich zu bestimmende Summe als Schadenersatz zu bezahlen." Der Verband erhob zunächst die Unzuständigkeitseinrede, da sich Schwarzer durch Unterzeichnung des Verpflichtungsscheines der in der Konvention vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit unterzogen habe. Diese Auffassung wurde vom kantonalen Richter anerkannt, jedoch auf staatsrechtliche Beschwerde Schwarzers hin vom Bundesgericht insoweit verworfen, als die geltend gemachten Ansprüche nicht auf die Konvention oder den Verpflichtungsschein

gestützt, sondern aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet würden (Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 27. März 1953). Darauf trafen die Parteien in der Hauptverhandlung vom 25. September 1953 die nachstehende Abrede: "1. Die Schiedsgerichtsvereinbarung wird in diesem Falle aufgehoben, sodass das befasste Gericht zuständig sein soll, sowohl die Vertragsklage auf Bewilligung des Kioskes infolge vorhandenen Bedürfnisses als auch die Boykottklage zu beurteilen. 2. Hinsichtlich der Boykottfrage anerkennt der Kläger, dass sowohl Zwecke als auch Mittel der Beklagten nicht angefochten werden, dagegen die bisher vorgenommene Interessenabwägung zwischen Verbandszweck und Berechtigung des Klägers auf Führung des Kiosks." Durch seinen Sachentscheid vom 26. Mai 1954 hiess der Appellationshof des Kantons Bern die Klage gut, indem er den Beklagten unter Androhung strafrechtlicher Ahndung im Widerhandlungsfalle verurteilte, "den ihm angeschlossenen Firmen und Verbänden verbindlich mitzuteilen, dass sie berechtigt seien, dem Kläger für seinen Kiosk an der Gessnerallee/Sihlstrasse in Zürich Tabakwaren irgendwelcher Art zu den üblichen Verbandspreisen zu liefern", und verpflichtete, "dem Kläger an Schadenersatz zu bezahlen: für die Zeit bis zum 31. Mai 1954 Fr. 9500.–, mit Zins zu 5% seit dem 1. Januar 1953; vom 1. Juni 1954 hinweg bis zur Aufhebung der Sperre Fr. 300.– im Monat."

D.- Der Beklagte legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt vollumfängliche Abweisung der Klage. Der Kläger schliesst auf Bestätigung des kantonalen Erkenntnisses.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ausgehend davon, dass mit der oben wiedergegebenen gemeinsamen Parteierklärung "der noch streitige Prozessstoff umschrieben" sei, hat der Appellationshof den

Belieferungsanspruch des Klägers zuerst aus Vertrag und dann auch wegen Vorliegens eines unzulässigen Boykottes bejaht. Ob eine vertragliche Bindung des Beklagten eingetreten sei, erscheint als zweifelhaft, sofern man die grundlegenden Ausführungen im kantonalen Urteil nicht als Feststellung eines prozessualen Zugeständnis-

ses versteht, kann aber offen bleiben, wenn die Boykottklage zu schützen ist.

2. Die Rechtsprechung sieht "das Wesen des Boykottes in der organisierten Meidung eines Gewerbetreibenden, mit dem Zwecke, ihn zu einem bestimmten aktiven oder passiven Verhalten zu veranlassen oder ihn für ein solches zu massregeln" (BGE 76 II 285). Die Weigerung des Beklagten, den vom Kläger vorgelegten Verpflichtungsschein zu genehmigen, ist als solche, ihrem Sinne und Ziele nach, darauf gerichtet, den Gesuchsteller von der Belieferung durch die an der Verbandskonvention direkt oder indirekt Beteiligten auszuschliessen und ihm so den Handel mit Tabakwaren zu verwehren. In ihrer Wirkung läuft die Massnahme auf eine vollständige Sperre hinaus, da sie laut Angabe der Vorinstanz "praktisch alle Lieferanten" erfasst. Zu ihrer Durchsetzung endlich dienen die erwähnten strengen Sanktionen gemäss Art. 5 ff. der Konvention, welche umso schwerer wiegen, als es im Tabakgewerbe zahlreiche kleine Existenzen gibt. Das Ganze ist organisierter, unter Anwendung von Zwangsmitteln geführter Wirtschaftskampf mit den unverkennbaren Merkmalen des Boykottbegriffes.
Die Berufung verficht die Auffassung, dass kein Vernichtungsboykott gegeben sei, vielmehr die Vorinstanz nur von einem Verdrängungsboykott spreche, jedoch, am Ergebnis der Verbandsvorkehren gemessen, auch ein solcher ausscheide. Dem ist fürs erste entgegen zu halten, dass die Grenzen zwischen Verdrängung und Vernichtung fliessend sind. Die Verdrängung aus einer geschäftlichen Stellung und schon die blosse Verhinderung an gewollter geschäftlicher Betätigung enden häufig mit der Vernichtung

der wirtschaftlichen Existenz des Betroffenen. So hat auch das Bundesgericht, wo es angebracht war, den nämlichen Tatbestand zugleich als Verdrängung und als Vernichtung bezeichnet (vgl. BGE 76 II 286 in Verbindung mit 287 Ziff. 3 und 290 Abs. 3). Der Beklagte muss zugeben, dass die Vorinstanz Verdrängungsboykott sage und Vernichtungsboykott meine. In der Tat stellt sie den vernichtenden Charakter der angeordneten Meidung des Klägers fest, und zwar entgegen der Ansicht des Beklagten nicht nur anhand der Erfahrung, sondern im Wege der Beweiswürdigung (Art. 63 Abs. 2 OG). Daran ändert nichts, dass es sich beim Kioske des Klägers um eine Neueröffnung handelt (BGE 76 II 286; vgl. DESCHENAUx, Licéité et limites du boycott, ZSR 70 S. 137). Es ist auch ohne Belang, dass sich der Kläger bisher trotz allem eine gewisse Menge von Tabakwaren zu verschaffen vermochte. Schon die Vorinstanz hat hervorgehoben, dass nichtsdestoweniger die Sperre in ihrer Art vernichtend ist und, soweit das am Verbande liegt, auch vernichtend gestaltet wird. Die verfügbaren Machtmittel sind dazu geeignet. Dass der Verband danach trachtet, sie durchschlagend zum Einsatze zu bringen, erhellt unmissverständlich aus der Parteierklärung seines Präsidenten und ist belegt durch einen bei den Akten liegenden Brief vom 9. Januar 1952 an einen Grossisten. Umgekehrt bieten die verdeckten Bezugsmöglichkeiten dem Kläger keinen ausreichenden Ersatz für das, was ihm durch das Lieferverbot des Verbandes entgeht. Einmal sind die Bedingungen meist schlechter und lassen eine erheblich geringere Verdienstspanne. Weiter besteht keinerlei Gewähr für eine regelmässige und den Bedürfnissen angepasste Bedienung. Es mangelten denn auch zeitweilig gerade die gängigsten Rauchwaren, u.a. gewisse Zigarettensorten. Bedenkt man, dass für Kioske der Handel mit Zigaretten die Existenzgrundlage bildet, so ist unschwer zu ersehen, dass auf die Dauer - und zumal bei steigendem Erfolg der Kontrollbemühungen des Verbandes - der Kläger

dem aufihn ausgeübten Druck kaum zu begegnen imstande wäre. Unbehelflich ist schliesslich der Berufungseinwand, die Vorinstanz habe die Beweislast unrichtig verteilt. Darauf kommt ohnehin nur etwas an, wo der Beweis nicht erbracht ist, während hier keine Ungewissheit darüber bleibt, dass der Beklagte den Kläger mit

vernichtender Wirkung boykottiert (vgl. das unveröffentlichte Urteil vom 22. September 1953 i.S. Morger c. Wiederkehr Erw. 1b und BGE 57 II 274). Die Rüge, es sei die Vorinstanz im Urteil von ihrer ursprünglichen Beweisverfügung abgewichen, ist nicht zu hören, weil sie nicht Bundesrecht, sondern kantonales Prozessrecht beschlägt. Liegt ein Boykott vor, so sind seine Zulässigkeit zu prüfen und gegebenenfalls seine Grenzen abzustecken. Dabei geht es keineswegs um eine Entscheidung über die vom Beklagten in den Vordergrund der Betrachtung gerückten verfassungsmässigen Freiheitsrechte an sich. Vielmehr hat die Beurteilung danach zu fragen, ob die beanspruchte Boykottbefugnis einen Ausfluss jener Freiheitsrechte darstelle und ob die verhängten Boykottmassnahmen sich innerhalb der für die Rechtsausübung gesetzten Schranken halten bzw. mit Drittrechten vertragen. Es wäre gänzlich abwegig, aus dem Bestehen der Handels- und Gewerbefreiheit, der Vertragsfreiheit und der Vereinsfreiheit die grundsätzliche Schutzlosigkeit Dritter gegenüber Verbandsbeschlüssen und deren Auswirkungen zu folgern, wie es der Beklagte anscheinend will, indem er unterstellt, dass lediglich "kein krasser Missbrauch geübt werden darf". Art. 2 ZGB verpönt jeglichen Rechtsmissbrauch, sobald er offenbar ist, während Art. 41 Abs. 2 OR für den Verstoss gegen die guten Sitten und Art. 28 ZGB für die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen nicht einmal jene Offenkundigkeit verlangen.

3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Boykott an und für sich ein statthaftes Kampfmittel im Wirtschaftsleben, aber unzulässig dann, "wenn der mit ihm verfolgte Zweck oder die angewandten Mittel

rechtswidrig sind oder gegen die guten Sitten verstossen oder wenn zwischen dem erstrebten Vorteil und dem Schaden, den der von der Massnahme Betroffene erleidet, ein offenbares Missverhältnis besteht" (BGE 73 II 76, BGE 69 II 82; vgl. BGE 62 II 105, BGE 57 II 270, BGE 56 II 435 und OSER/SCHÖNENBERGER, zu Art. 41 OR N. 44 ff.). Der eigentliche Vernichtungsboykott insbesondere ist nur erlaubt, "wenn schutzwürdige Interessen des Urhebers der Sperre die Fernhaltung des Boykottierten von dem in Frage stehenden Wirtschaftsgebiet rechtfertigen und erheischen" (BGE 76 II 287). Der Begriff des Verstosses gegen die guten Sitten ist umfassender als derjenige der Beeinträchtigung des subjektiven Rechtes "auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit", auf dem die ältere Praxis fusste (BGE 56 II 435). Allein der auf Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz zielende Boykott schliesst normalerweise einen Eingriff in die wirtschaftliche Persönlichkeit des Boykottierten ein. Die Sittenwidrigkeit im Sinne des Art. 41 Abs. 2 OR wird alsdann in der Regel mit einer Verletzung der persönlichen Verhältnisse gemäss Art. 28 ZGB verbunden sein. Die neuere Rechtsprechung hat daher mit Grund den Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechtes wieder einbezogen (BGE 76 II 288). Dafür, dass die umschriebenen Voraussetzungen eines zulässigen Vernichtungsboykottes erfüllt seien, ist der Boykottierende "nach den allgemeinen Grundsätzen der Behauptungs- und Beweislast beweispflichtig" (BGE 76 II 290). Das heisst, dass der Vernichtungsboykott im Einzelfalle einer hinreichenden Rechtfertigung bedarf, welche aus der Gegenüberstellung der geltend gemachten Verbandsinteressen mit den Interessen des Boykottierten herzuleiten ist. Eine derartige Interessenabwägung hat die Vorinstanz vorgenommen. Auf die vom Beklagten auch in diesem Zusammenhange wiederholte Bemängelung der Beweiserhebung braucht nicht näher eingetreten zu

werden, da die Richtigkeit der Beweislastverteilung wenigstens in Hinsicht auf die - zwar bestrittene, aber nach dem Vorstehenden zutreffende - Annahme eines Vernichtungsboykottes zugestanden ist (vgl. immerhin

BEKKER' zu Art. 41 OR N. 81 und 85, neben der in der Berufung erwähnten N. 98, und BOLLA, Il boicottagio nel diritto civile svizzero, ZSR 46 S. 230).

4. Die in BGE 76 II 292 aufgeworfene und dort nicht abschliessend beantwortete Frage, ob mit Rücksicht auf die in Art. 31 bis BV dem Staate verliehenen Befugnisse die Einführung einer Bedürfnisklausel von der Art, wie sie der beklagte Verband zur Anwendung bringt, durch privatrechtliche Organisation überhaupt angängig sei, muss auch hier nicht entschieden werden, sofern sich der Urteilsspruch ohnedies ergibt. Die Handels- und Gewerbefreiheit gewährt wohl die Möglichkeit zu rechtsgeschäftlicher Vereinigung. Doch ist die darin enthaltene Abschlussfreiheit ihrerseits begrenzt durch die Schranken eben der Rechtsordnung, deren Bestandteil sie bildet. Deshalb hat sich der Beklagte vorweg einer Nachprüfung seiner Stellungnahme durch den Richter zu unterziehen und das in der Prozessabrede mit dem Kläger auch hingenommen. Dabei müssen (unter der Annahme, sie seien an sich mit den guten Sitten vereinbar) jene Richtlinien wegleitend sein, auf die der Beklagte selber festgelegt ist, was bereits die Vorinstanz in ihren Überlegungen zur Vertragsklage dargetan hat. Eine andere Betrachtungsweise käme der wettbewerbsmässigen Hintansetzung des Klägers gleich. Auch der Gedanke, dass "für einen Wirtschaftsverband, der die Vereinsform gewählt hat statt der sachlich richtigeren Genossenschaftsform und der eine wirtschaftliche Monopolstellung einnimmt", möglicherweise eine Pflicht zur Aufnahme von Mitgliedern bestehen könnte (BGE 76 II 294 /95), legt nahe, dass der Kläger zumindest nicht strenger als seine Konkurrenten behandelt werden darf. Nun pflegt der Tabakverband über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Bedürfnisses für eine geschäftliche

BGE 81 II 117 S. 127

Neugründung in Ansehung der gegebenen tatsächlichen Verhältnisse zu befinden. Die Vorinstanz hat auf Grund der Akten, mit Hilfe von Augenschein, Zeugen- und Parteiaussagen, also beweiswürdigend und daher für das Bundesgericht bindend ermittelt, dass ein Bedürfnis nach dem vom Kläger betriebenen Kiosk nicht verneint werden durfte. Damit erledigt sich ohne weiteres die Berufungskritik zu diesem Punkte. Es steht fest, dass weder die Existenz des beklagten Verbandes oder einzelner seiner Mitglieder bedroht, noch das eingesessene Tabakgeschäft erheblich gefährdet ist. Zu beachten ist ferner, dass der Kiosk in ein ausgesprochenes Geschäftsviertel verlegt wurde, "an eine grosse Durchgangsstrasse, wo der Verkehr in den Stosszeiten wegen der Bevölkerungszunahme in den dortigen Aussenquartieren ganz wesentlich zugenommen hat", und dass deshalb bezüglich des Bedürfnisses der blosse Hinweis auf die Zahl bestehender Geschäfte, der vielleicht für Wohnquartiere genügen mag, keinen tauglichen Massstab bietet. Anderseits greift der Boykott nach den Feststellungen des Sachrichters an die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Klägers und schafft dergestalt eine Benachteiligung, die in keiner vernünftigen Beziehung zu den Vorteilen steht, welche der Verband für sich und den von ihm vertretenen Berufszweig zu erreichen glaubt; das sogar ganz unabhängig von der schwierigen persönlichen Lage, in die sich der Kläger seines körperlichen Gebrechens wegen überdies versetzt sieht. Schon angesichts dieser Gegebenheiten schlägt die Abwägung der gegenseitigen Interessen eindeutig zugunsten des Klägers aus. Hinzu kommen Umstände, welche die Einstellung des Beklagten vollends unhaltbar machen. Der Verband schweizerischer Konsumvereine, der Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften und mehrere andere Einkaufsgenossenschaften haben sich der Bedürfnisregelung des Tabakverbandes nicht unterworfen. Darum wird die Belieferung der zahlreichen alten oder neuen Verkaufsstellen, die einer der genannten Organisationen

BGE 81 II 117 S. 128

zugehören, vom Beklagten gestattet oder geduldet. Gleich verhält es sich mit Gasthöfen, Wirtschaften und

anderen Gaststätten. Auf solche Weise sind, seit der Kläger seinen Kiosk eröffnete, in der Nähe nicht weniger als sieben Verkaufsstellen entstanden. Der Einwand des Beklagten, erstrebt sei der Schutz der Spezialgeschäfte "des eigentlichen Tabakhandels", geht fehl, solange dieser von grossen und verzweigten Wirtschaftsunternehmen frei konkurrenziert werden kann. Ausserdem ist der Kiosk des Klägers auch kein Spezialgeschäft für Tabakwaren, wie denn ohnehin von den schätzungsweise 63'000 Tabakvertriebsstellen der Schweiz nur rund 2000 Spezialgeschäft sind. Die zusammenfassende Wertung führt zum Schlusse, dass der Boykott des Beklagten offenbar missbräuchlich ist, gegen die guten Sitten verstösst und eine untragbare Verletzung des Rechtes der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Klägers zeitigt. Folgt damit die Gutheissung der Klage aus der geltenden einschlägigen Gerichtspraxis, so erübrigt sich hier eine Auseinandersetzung mit der an dieser geübten Kritik.

5. Der von der Vorinstanz zugesprochene Schadenersatz ist - jedenfalls mit einer der Vorschrift in Art. 55 Abs. 1 lit. c OG genügenden Begründung - ziffernmässig nicht bestritten. Der Beklagte lehnt, entsprechend seinem grundsätzlichen Prozessstandpunkt, jede Schadenersatzpflicht ab. Wollte man annehmen, darin sei als Geringeres eventuell auch ein Herabsetzungsbegehren inbegriffen, so wäre dieses zu verwerfen. Die Vorinstanz hat die vom Experten errechnete Ersatzforderung ermessensweise bereits gekürzt. Weiter zu gehen besteht kein Anlass. Einem Verbande, der ein wirtschaftliches Monopol oder doch eine monopolähnliche Stellung in Anspruch nimmt und sich für seine Zwecke des Systems der Bedürfnisklausel bedient, erwächst bei ihrer Handhabung gegenüber dem Einzelnen die Obliegenheit zu einlässlicher und objektiver Abklärung der Verhältnisse, bevor durch

Machtmittel in den Rechtsbereich des Dritten eingegriffen wird. Ihr hat der Beklagte weder durch die unzulänglichen Erkundigungen seines Vertrauensmannes noch sonst in der Beurteilung der Sachlage genügt. Sein Verhalten war schuldhaft, und die nochmalige Ermässigung der Ersatzleistung für den verursachten Schaden wäre unbillig.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, II. Zivilkammer, vom 26. Mai 1954, wird bestätigt.