Urteilskopf

91 II 313

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juli 1965 i.S. Sessler & Cie. AG gegen Verein Schweiz. Rauchtabakfabrikanten.
Regeste (de):
Art. 4 KG. Unzulässige Behinderung des Wettbewerbs?

1. Zeitlicher Geltungsbereich des KG (Erw. 1).

2. Die in Art. 4 KG als Beispiele genannten Massnahmen (Bezugs- und Liefersperren usw.) sind wie sonstige Vorkehren eines Kartells gegen Dritte nur unzulässig, wenn sie auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs abzielen und diesen tatsächlich in erheblichem Masse behindern oder zu behindern geeignet sind (Erw. 2, 3).

3. Beim Entscheid darüber, ob die Behinderung erheblich sei, ist massgebend, wie sich die streitige Massnahme auf die wirtschaftliche Tätigkeit des betroffenen Dritten in ihrer Gesamtheit auswirkt. Fall einer Benachteiligung in den Preisen (Kürzung des Grossistenrabatts), welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Dritten nicht erheblich beeinträchtigt (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 4 de la loi sur les cartels. Entraves illicites à la concurrence?

1. Loi sur les cartels, droit transitoire (consid. 1).

2. Les mesures énumérées à titre d'exemple à l'art. 4 de la loi (interdiction d'acheter et de livrer, etc.), comme toutes celles prises par un cartel contre des tiers, ne sont illicites que lorsqu'elles visent à les écarter de la concurrence et les entravent en fait notablement dans l'exercice de celle-ci ou sont de nature à créer une telle entrave (consid. 2 et 3).

3. Le caractère notable de l'entrave dépend des effets que la mesure litigieuse exerce sur l'activité économique du tiers visé, prise dans son ensemble. Discrimination de prix (réduction du rabais de gros) qui n'entrave pas notablement, du point de vue économique, la liberté d'action du tiers (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 4 della legge sui cartelli. Ostacoli illeciti alla concorrenza?

1. Legge sui cartelli, diritto transitorio (consid. 1).

2. I provvedimenti enumerati a titolo di esempio nell'art. 4 della legge (blocco degli acquisti e delle consegne, ecc.), così come tutte le misure prese da un cartello contro terzi sono illeciti soltanto quando mirino ad escluderli dalla concorrenza e li ostacolino di fatto in modo notevole nell'esercizio della stessa oppure sono propri ad ostacolarli (consid. 2, 3).

3. Per decidere se l'ostacolo è notevole occorre considerare l'effetto che il provvedimento litigioso ha avuto sull'attività economica del terzo colpito, presa nel suo insieme. Caso di una discriminazione nei prezzi (riduzione del ribasso di grossista), che non ostacolanotevolmente, dal punto di vista economico, la libertà d'azione del terzo (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 314

BGE 91 II 313 S. 314

A.- Die Jean Sessler & Cie. AG (Sessler AG) in Biel betreibt seit langem den Grosshandel mit Tabakwaren. Sie hat das Alleinverkaufsrecht für die von Widmer & Co. in Hasle auf Grund einer Lizenz der Firma J. & A. C. van Rossem in Rotterdam hergestellten Zwartendijk-Pfeifentabake. Der Verein Schweizerischer Rauchtabakfabrikanten, dem die Mehrzahl der schweizerischen Hersteller von Rauchtabaken bekannter Marken angehört, bezweckt nach seinen Statuten u.a. "die Regelung der Verkaufsbedingungen unter den Fabrikanten, zwischen den Fabrikanten, Grossisten und Detaillisten, sowie die Festsetzung obligatorischer Verkaufspreise". Auf den vom Verein festgesetzten "Fabrikantenpreisen" geniessen die Grosshändler einen Rabatt, den sie zum Teil an die Kleinhändler weitergeben. Für die Sessler AG betrug dieser Rabatt ab 1. Oktober 1958 9%.

B.- Durch Rundschreiben vom 17. Dezember 1958 teilte der Verein den Grosshändlern mit, er habe am 11. Dezember 1958 beschlossen, den Rabatt der Firmen, "die Eigenmarken oder Lizenzeigenmarken im Engroshandel vertreiben", um 1/2% zu kürzen, und zwar unabhängig davon, ob die Hersteller der betreffenden Tabake dem Verein angehören oder nicht; als Eigenmarken und Lizenzeigenmarken betrachte er "Pakettabake mit Markencharakter, die für einzelne Wiederverkäufer bestimmt sind". Da die Sessler AG auf den Grosshandel mit Zwartendijk-Tabaken (und gewissen weitern als Eigenmarken geltenden Tabaken) nicht verzichtete, trat die Rabattkürzung ihr gegenüber am 1. Juli in Kraft.

C.- Am 13. Juli 1960 leitete die Sessler AG gegen den Verein beim Appellationshof des Kantons Bern Klage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit des Beschlusses vom 11. Dezember 1958 und auf Schadenersatz ein. Die Klagebegehren lauten in ihrer endgültigen Fassung vom 3. Juni 1964: "1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass der Beschluss der Beklagten vom 11.12.1958, wonach die Rabatte denjenigen Grossisten, die Lizenz- oder Eigenmarken führen, um 1/2 % gekürzt wurden, unzulässig und rechtswidrig sei. 2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von Fr. 10'462.85 zu bezahlen nebst Zins zu 5 %

BGE 91 II 313 S. 315

a) von Fr. 2'326.05 seit 1.7. 1960,
b) von Fr. 2'191.70 seit 1.7.1961,
c) von Fr. 2'179.15 seit 1.7. 1962,
d) von Fr. 2'093.70 seit 1.7.1963,
e) von Fr. 1'672.25 ab Urteilsdatum."
Der Appellationshof befragte die Parteien und holte beim Büchersachverständigen Dr. M. Röthlisberger ein Gutachten ein. Mit Urteil vom 30. September 1964 wies er die Klage ab.

D.- Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage. Der Beklagte beantragt die Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) hat nicht rückwirkende Kraft (BGE 90 II 505, BGE 91 II 31 E. 1). Soweit sich die Schadenersatzansprüche der Klägerin auf Tatsachen stützen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (15. Februar 1964) eingetreten sind, beurteilen sie sich daher nach dem frühern Rechte. Für die Schadenersatzansprüche, die auf später eingetretenen Tatsachen beruhen, und für den Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit des Beschlusses vom 11. Dezember 1958, der gegenüber der Klägerin heute noch angewendet wird, ist dagegen das KG massgebend.

2. Art. 4 Abs. 1 KG bestimmt:
"Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, wie Bezugs- und Liefersperren, Sperren von Arbeitskräften, Benachteiligung in den Preisen und Bezugsbedingungen oder gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietungen, sind unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig." Der Beschluss des beklagten Vereins vom 11. Dezember 1958, den die Klägerin anficht, ist unstreitig eine Vorkehr eines Kartells, durch welche Dritte (nämlich die Rauchtabak-Grosshändler, die auf ihre Eigenmarken nicht verzichten) in den Preisen benachteiligt werden. Solche Massnahmen sind nach Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich unzulässig, wenn die betroffenen Dritten dadurch "vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen". Der Umstand, dass Art. 4 Abs. 1 KG in der deutschen und

italienischen Fassung zunächst eine Definition der grundsätzlich unzulässigen Vorkehren aufstellt ("Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen. .. werden sollen", "i provvedimenti presi da un cartello per escludere i terzi dalla concorrenza. ..") und erst im Anschluss hieran bestimmte Kampfmassnahmen (Bezugssperren usw.) als Beispiele anführt, könnte freilich zur Annahme verleiten, es handle sich dabei um Massnahmen, die nach der Auffassung des Gesetzgebers ohne weiteres unter die vorausgehende Definition fallen; die als Beispiele genannten Massnahmen seien daher unter Vorbehalt des Artikels 5 stets unzulässig. So ist Art. 4 Abs. 1 KG jedoch nicht gemeint. Gemäss einer am 15./16. Januar 1959 in der Expertenkommission vorgebrachten Anregung (Protokoll der 5. Tagung S. 21) setzten die Entwürfe vom Frühjahr 1959 (20. Februar, 10. und 24. März und 29. April 1959) die Aufzählung der Beispiele zwischen den Ausdruck "Vorkehren eines Kartells" und den die Voraussetzungen der Unzulässigkeit solcher Vorkehren umschreibenden Relativsatz, um entsprechend der einhelligen Auffassung der Kommission klarzustellen, dass auch die als Beispiele genannten Massnahmen nur unzulässig sind, wenn die erwähnten Voraussetzungen zutreffen. Indem die spätern Entwürfe und das Gesetz die Umschreibung dieser Voraussetzungen der Aufzählung der Beispiele voranstellten, bezweckten sie keine sachliche Änderung. Der Botschaft des Bundesrates vom 18. September 1961, auf welche bei den parlamentarischen Beratungen in diesem Punkte verwiesen wurde (Sten. Bull. StR 1962 S. 198), liegt die Auffassung zugrunde, Kartellmassnahmen jeder Art seien nur dann unzulässig, wenn sie die in Art. 4 Abs. 1 umschriebenen Voraussetzungen erfüllen (vgl. Botschaft S. 28 = BBl 1961 II 580, Ziff. 3). Art. 4 Abs. 1 KG ist also im Sinne der französischen Fassung auszulegen, die diese Auffassung klar zum Ausdruck bringt, indem sie sagt: "Les mesures prises par un cartel, telles que l'interdiction d'acheter et de livrer des marchandises, ..., sont illicites, sous réserve des exceptions prévues à l'article 5, lorsqu'elles visent à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver notablement dans l'exercice de celle-ci."

3. Bei der Umschreibung der grundsätzlich unzulässigen Vorkehren eines Kartells stellt Art. 4 Abs. 1 KG nach dem Wortlaut aller drei Fassungen einzig auf den Zweck der fraglichen Massnahmen ab (Vorkehren, die ... sollen; les

mesures ..., lorsqu'elles visent à ...; i provvedimenti presi per ...). Daraus könnte geschlossen werden, Art. 4 Abs. 1 KG erfasse Massnahmen, die in der Absicht ergriffen werden, Dritte vom Wettbewerb auszuschliessen oder in dessen Ausübung erheblich zu behindern, selbst dann, wenn sie diese Wirkung tatsächlich weder erzielen noch zu erzielen geeignet sind. Die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Vorschrift sowie der Zusammenhang, in dem sie steht, verbieten jedoch eine solche Auslagung. a) Bei der Ausarbeitung des Art. 4 Abs. 1 KG bestand stets Einigkeit darüber, dass diese Bestimmung nur Massnahmen treffen soll, die den Wettbewerb tatsächlich behindern (oder zu behindern geeignet sind). Die bereits erwähnten Entwürfe vom Frühjahr 1959 und auch noch diejenigen vom 20. Oktober und 2. November 1960 bezeichneten dementsprechend als unzulässig die Vorkehren, durch welche Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden. Mit der im Entwurf des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 29. Dezember 1960, im bundesrätlichen Entwurfvom 18. September 1961 und im Gesetz (wie schon in mehreren Entwürfen des Jahres 1958) enthaltenen Wendung "werden sollen" wollte man nicht das Erfordernis der Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen preisgeben, sondern nur zum Ausdruck bringen, dass nicht jedes Verhalten, das einem Konkurrenten hinderlich ist bezw. ihn benachteiligt, eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne des Gesetzes darstellt, sondern dass es sich um Vorkehren handeln muss, die auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs abzielen (vgl. hiezu die Bemerkungen des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit zum Entwurf vom 8. August 1958, S. 24 Ziff. 7, den Bericht der Expertenkommission vom April 1959, S. 19, und die bundesrätliche Botschaft, S. 28 - BBl 1961 II 580, Ziff. 3). b) Art. 4 KG will das Persönlichkeitsrecht der von Kartellmassnahmen betroffenen Dritten auf freie wirtschaftliche Betätigung schützen (Botschaft S. 26 = BBl 1961 II 578, Ziff. 4, wo auf BGE 86 II 365 ff. hingewiesen wird; BGE 90 II 513). Das Zivilrecht, dem Art. 4 KG angehört (vgl. die Überschrift vor Art. 4-16), schützt nicht gegen den untauglichen Versuch einer Rechtsverletzung. Vorkehren, die eine Wettbewerbsbehinderung zwar bezwecken, aber nicht zu bewirken vermögen, werden daher von Art. 4 KG nicht erfasst.

c) Der gleiche Schluss ergibt sich auch aus dem Zusammenhang zwischen Art. 4 KG einerseits und Art. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 1 KG anderseits. Nach Art. 2 Abs. 1 fallen unter den Kartellbegriff nur Verträge, Beschlüsse und Abreden, die mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs "den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind", und Art. 6 Abs. 1, der die aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung fliessenden Ansprüche regelt, gewährt diese Ansprüche nur demjenigen, der durch eine solche Massnahme "geschädigt oder gefährdet wird". Eine Massnahme gegen einen Dritten, die eine Wettbewerbsbehinderung weder bewirkt noch zu bewirken vermag, stellt kein Mittel der Marktbeeinflussung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 dar und gibt dem Dritten, den sie treffen soll, nach Art. 6 Abs. 1 kein Klagerecht, da sie ihn weder schädigt noch gefährdet. Massnahmen, die den Markt nicht zu beeinflussen vermögen und kein Klagerecht begründen, können nicht als gemäss Art. 4 Abs. 1 KG unzulässige Vorkehren eines Kartells gelten. Diese Bestimmung trifft also nur Kartellmassnahmen, die Dritte im Wettbewerb tatsächlich behindern oder zu behindern geeignet sind, und zwar muss es sich nach dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes um eine erhebliche Behinderung handeln (vgl. BGE 90 II 513, wo die im Schrifttum gegen dieses Erfordernis erhobenen Einwendungen widerlegt wurden, und SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, S. 70).
Der gleiche Grundsatz galt auch schon vor dem Inkrafttreten des KG. Der Entscheid BGE 86 II 365 ff. erklärte den Boykott als grundsätzlich widerrechtlich, weil er das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung verletzt (S. 377). Eine Massnahme, welche die Freiheit des Entscheidens und Handelns auf wirtschaftlichem Gebiete nicht in erheblichem Masse beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen geeignet ist, bedeutet keine Verletzung dieses Persönlichkeitsrechtes.

4. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die gemäss Art. 63 Abs. 2 OG für das Bundesgericht verbindlich sind, bezweckt die angefochtene Massnahme des Beklagten, die Eigenmarken und Lizenzeigenmarken der Tabakwaren-Grosshändler "zum Verschwinden zu bringen", d.h. bestimmte Konkurrenzerzeugnisse vom Markte zu verdrängen. Es handelt

BGE 91 II 313 S. 319

sich also zweifellos um eine Massnahme, die auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielt. Bei Beurteilung der Frage, ob die angefochtene Massnahme die Klägerin in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindere oder zu behindern geeignet sei, sind nicht bloss die Auswirkungen dieser Massnahme auf einen einzelnen Geschäftszweig der Klägerin (den Handel mit Rauchtabaken) in Betracht zu ziehen, wie die Klägerin dies tun möchte. Es kommt vielmehr darauf an, wie sich die Massnahme auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Klägerin in ihrer Gesamtheit auswirkt; denn Gegenstand des gesetzlichen Schutzes ist nach dem neuen wie nach dem frühern Recht die wirtschaftliche Freiheit der von Kartellmassnahmen betroffenen Personen als solcher. Nach dem Gutachten, dem die Vorinstanz gefolgt ist, erzielte die Klägerin im Durchschnitt der Geschäftsjahre 1961/62 und 1962/63 folgende Umsätze und Bruttogewinne: Umsatz Bruttogewinn Schweizer Stumpen und Zigarren Fr. 1'250,000 6,83% Zigaretten Fr. 8'650,000 6,54%
Schweizer Rauchtabake Fr. 430'000 5,77%
Zwartendijk-Tabake Fr. 150'000 20,70%
Andere Lizenzmarken und eigene
Importe Fr. 50'000 ca. 15,00%
Fremde Importe Fr. 105'000 ca. 7-8%
Der gesamte Umsatz belief sich also im Jahresdurchschnitt auf Fr. 10'635,000, der Bruttogewinn auf rund Fr. 720'000. Die vom Beklagten verfügte Kürzung des Rabattes auf den schweizerischen Rauchtabaken verursachte der Klägerin nach ihren unbestrittenen Angaben in den erwähnten Geschäftsjahren eine Einbusse von durchschnittlich Fr. 2136.– oder rund Fr. 2150.–, entsprechend 1/2% von Fr. 430'000.– (durchschnittliche Einbusse in den 5 Geschäftsjahren, auf welche die Klage sich bezieht: Fr. 10 462. -: 5 = Fr. 2092.–). Die durchschnittliche Einbusse beläuft sich also auf bloss 3 ‰ des gesamten Bruttogewinns. Dass eine so unbedeutende Schmälerung des Bruttogewinnes die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Klägerin erheblich zu beeinträchtigen vermöge, kann selbst dann nicht angenommen werden, wenn man den Begriff "erheblich" sehr weit fasst, d.h. jede nicht ganz geringfügige Behinderung darunter zieht.

BGE 91 II 313 S. 320

Hieran ändert nichts, dass der Handel mit Rauchtabaken angesichts der verhältnismässig niedrigen Bruttogewinnspanne von 5,77%, die der Klägerin nach erfolgter Rabattkürzung verbleibt, gemäss dem Gutachten nicht "selbsttragend" ist, sondern der Klägerin einen Verlust bringt. Massgebend ist eben nicht das Ergebnis dieses einzelnen Geschäftszweiges, sondern die Auswirkung der streitigen Massnahme auf die gesamte Geschäftstätigkeit der Klägerin, und diese Auswirkung bleibt trotz dem an und für sich unbefriedigenden Ergebnis des Rauchtabakhandels ganz geringfügig. Im übrigen wird die Einbusse, welche die Klägerin infolge der ihr wegen des Handels mit Eigenmarken auferlegten Rabattkürzung im Geschäft mit schweizerischen Rauchtabaken erleidet, reichlich durch die bedeutenden Gewinnmöglichkeiten aufgewogen, die ihr der Handel mit ihren Eigenmarken bietet. Die angefochtene Massnahme ist demnach weder nach dem neuen noch nach dem frühern Rechte widerrechtlich und vermag folglich die eingeklagten Ansprüche nicht zu begründen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 30. September 1964, bestätigt.