

45. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. Mai 1913 in Sachen Stücheli und dessen Konkursmasse,

Kl. u. Hauptber.-Kl., gegen Ostschweizerische Mühlen A.-G.,
Bekl. u. Anschlußber.-Kl.

Art. 2 SchIT z. ZGB: Ob eine Personenverbindung wegen Verfolgung unsittlicher Zwecke rechtsungültig, eine Konventionalstrafbestimmung unsittlich und inwieweit Konventionalstrafen richterlich zu ermässigen seien, beurteilt sich auch für vor dem 1. Januar 1912 liegende Tatbestände nach neuem Rechte. — **Kartell der ostschweizerischen Müller zum Ankauf und Vertrieb ihrer Produkte und zur Erwerbung und zum Betrieb von Müllereigeschäften.** — Frage seiner Rechtsgültigkeit in Hinsicht auf Art. 20 OR. — Prüfung, ob ein Mitglied zum Austritt aus dem Kartell berechtigt sei, weil eine mit einem andern Mitgliede vereinbarte Uebertragung der «Mahlquote» vom Verwaltungsrat nicht genehmigt wurde. Stellung des letztern bei solchen Genehmigungsbeschlüssen. **Interessenkollision zwischen der Gesellschaft und einem Mitgliede,** wobei dem Gesellschaftsinteresse zugleich ein Sonderinteresse eines andern Mitgliedes entspricht. **Eigenmächtiger Austritt nicht zu rechtfertigen als «Akt wirtschaftlicher Nothwehr».** — **Konkurrenzverbot,** wonach ein aus dem Kartell austretendes Mitglied zehn Jahre lang in einem gewissen Gebiete der Ostschweiz keine Wettbewerbshandlungen vornehmen kann: Gültigkeit zu bejahen. — **Konventionalstrafbestimmung,** wonach «Zu widerhandlung» gegen das genannte und zwei weitere Verbote (betr. Konkurrenzhandlungen während der Vertragsdauer) in jedem «einzelnen Falle» mit einer Konventionalstrafe von 100 bis 500 Fr. multipliziert mit der Jahresproduktion des Straffälligen belegt wird. **Auslegung:** Die Worte «in jedem einzelnen Falle» wollen darauf hinweisen, dass die Bestimmung für alle der drei zitierten Konkurrenzverbote gleiche Geltung beanspruche. Bei dieser Auslegung hält sich das Höchstmass der Strafe, im gegebenen Falle 288,500 Fr., stets in vernünftigen Schranken. Die vorinstanzlich auf diesen Betrag bestimmte Strafe steht in keinem Missverhältnis zur Schwere der Uebertretung des Verbotes und zu den zu schützenden Interessen, und es fehlt ein Grund zur Herabsetzung kraft richterlichen Ermässigungsrechts. — **Weitere Strafforderung von 22,000 Fr. wegen Verletzung der übernommenen Lieferungspflicht durch ein Mitglied:** ebenfalls gutgeheissen.

A. — Durch Urteil vom 17. März 1913 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen in vorliegender Streitsache er-

kannt: „1. Die Bußenerkenntnisse des Verwaltungsrates der „Beklagten über den Kläger werden im Betrage von 288,500 Fr. „und 22,000 Fr. je mit 5% Zins seit 27. September 1911 „geschützt, im Mehrbetrage abgewiesen.“ 2.—4. (Regelung der Kostenfrage).

B. — Gegen dieses Urteil hat Advokat Dr. Hartmann in St. Gallen namens und im Auftrage des Klägers Stücheli „beziehungsweise“ dessen Konkursmasse die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: 1. Es seien in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Bußenerkenntnisse des Verwaltungsrates OMAG St. Gallen vom 22. April 1911 über Fr. 22,000 und 2,885,000 Fr. vollständig abzuweisen. 2. Eventuell sei der Prozeß an die Vorinstanz zur Abnahme der sämtlichen von den Berufungsklägern gestellten Beweise, alles laut Prozeßschriften, zurückzuweisen.

C. — Die beklagte Gesellschaft hat sich durch ihren Anwalt Dr. R. Forrer der Berufung angeschlossen mit dem Antrage: Es seien in Abweisung der klägerischen Berufung die Bußenerkenntnisse des Verwaltungsrates der Beklagten, unter entsprechender Abänderung des kantonsgerichtlichen Urteils, im Sinne der erstinstanzlichen Entscheidung im Betrage von 22,000 Fr. und 577,000 Fr. je mit 5% Zins seit 27. September 1911 zu schützen.

D. — In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien die gestellten Anträge erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Begehren geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Zur Wahrung ihrer geschäftlichen Interessen haben sich die ostschweizerischen Müller im Jahre 1906 zu einem Kartell zusammengeschlossen. Sie gründeten eine Aktiengesellschaft, die „Ostschweizerischen Mühlen A.-G.“ in St. Gallen, die heutige Beklagte und Widerklägerin, deren Statuten (Fassung vom 23. Juli 1910) als Gesellschaftszweck angeben: den Ankauf und den Vertrieb von Mahlprodukten, die Erwerbung und den Betrieb von Müllereigeschäften und die Beteiligung an solchen sowie die Vornahme aller im Interesse des Gesellschaftszweckes liegenden Vorkehren. Diese Gesellschaft schloß zugleich mit den Inhabern der einzelnen Mühlen

einen Vertrag ab, der in seiner hier maßgebenden Fassung vom 29. Oktober 1910 datiert ist. Danach übertrugen die Mühlenbesitzer (im Vertrage als „Kontrahenten“ bezeichnet) der Gesellschaft das Kleinverkaufsrecht für sämtliche Mahlprodukte (ausgenommen Weizenschrot), indem sie auf jeden direkten oder indirekten Verkauf dieser Produkte verzichteten, die ihnen anderseits die Gesellschaft (im Vertrage „Firma“ genannt) abzunehmen sich verpflichtete. Den einzelnen Kontrahenten waren Mahlquoten in bestimmtem Verhältnisse zuzuschreiben. Im weiteren sind folgende Vertragsbestimmungen als hier wesentlich anzuführen: „§ 3. Der Kontrahent verpflichtet sich, der Firma die Mahlprodukte bis zum Betrag der ihm zugewilligten Jahresverkaufsquote auf Abruf zu liefern. Die Verweigerung der Lieferungen verpflichtet den Kontrahenten in jedem Einzelfalle zur Bezahlung einer Buße von 1000 Fr.“ § 17: Er verbietet den Kontrahenten, während der Dauer des Vertrages der Firma oder deren Kundschaft in irgend einer Weise direkt oder indirekt Konkurrenz zu machen. § 20 Abs. 1 und 3: „Uebereinkommen zwischen Gesellschaftsmitgliedern unter sich, über zeitweise, teilweise oder gänzliche Übernahme der Lieferungen eines Kontrahenten durch den andern sind unter Anzeige an den Verwaltungsrat und nach Genehmigung durch denselben gestattet. . . . Die Genehmigung soll jedoch erst dann erteilt werden, wenn das ganze Vertragsverhältnis geregelt ist und sowohl von dem Verwaltungsrat als von dem betreffenden Kontrahenten gutgeheißen wird. In allen Fällen des Verkaufes bleibt der Kontrahent gegenüber der Firma bezüglich Einhaltung des Konkurrenzverbotes laut Vertrag und Statuten haftbar und verantwortlich.“ § 21. Er bestimmt, daß der Vertrag vor dem Ablauf seiner Dauer, dem 1. Oktober 1916, nur aufgelöst werden könne a) bei Konkurs des Vertragskontrahenten, b) durch Aufgabe des Müllereibetriebes und vollständigen Verzicht auf die Quote, c) durch Verkauf des Geschäftes. § 22. Er läßt mit dem Konkurs eines Kontrahenten dessen Rechte gegen die Firma für die Zukunft erlöschen, wogegen dessen vertragliche Verpflichtungen, namentlich das Konkurrenzverbot, für ihn weiterbestehen bleiben sollen. Sodann wird bestimmt: „Der vor Ende der Vertragsdauer austretende Kontrahent darf für die Dauer von 10 Jahren nach seinem Austritte, längstens bis zur

Auflösung der Firma (sofern an deren Stelle nicht ein Rechtsnachfolger tritt), in den Kantonen St. Gallen, Thurgau, Appenzell A.-Rh. und Appenzell J.-Rh., sowie bis auf eine Distanz von 20 km Luftlinie von den betreffenden Kantonsgrenzen entfernt, keine Mühle, Mehlhandel oder Bäckerei gründen, keine solche erwerben und betreiben. . . .“ Nach näherer Umgrenzung dieser Vorschrift besagt der § 22 weiter: „Zuwiderhandlung gegen die in § 17, 20 und 22 festgesetzten Konkurrenzverbote wird in jedem einzelnen Falle mit einer Konventionalstrafe belegt, welche 100 Fr. bis 500 Fr. per Jahreswaggon, d. h. soviel mal 100 bis 500 Fr. betrifft, als dem zu Büßenden Waggon Jahresproduktion zugewillt sind.“ Endlich schreibt der § 22 noch vor, daß der Verwaltungsrat „in jedem einzelnen Falle“ die Buße festsetze, worauf der Gebüßte den Beschluß an den ordentlichen Richter weiterziehen könne.

Am 4. Februar 1911 hat der Kläger Stücheli, der Besitzer seiner Mühle in Mörikon und „Kontrahent“ der Beklagten war, mit dem „Kontrahenten“ J. Lehner-Döhner, dem Besitzer der Nachmühle in Tübach, einen Lizenz- (Übernahme-) Vertrag über dessen Mahlquote (493 Jahreswagen Weizen) mit Beginn ab 15. Mai 1911 abgeschlossen. Lehner hatte vorher die Quote den Vereinigten Mühlen Goldach, bei der die Beklagte Gesellschaft als Hauptaktionärin beteiligt war, überlassen gehabt, dieses Vertragsverhältnis aber auf den 15. Mai 1911 gekündigt. Der Kläger ersuchte nun den Verwaltungsrat um Genehmigung der mit Lehner vereinbarten Quotenübertragung, wurde aber mit diesem Gesuch am 25. Februar 1911 abgewiesen. Hiergegen protestierte der Kläger und teilte am 4. April der Beklagten mit, daß er seinerseits jede Vertragserfüllung bis zur Genehmigung des Lizenzvertrages sistiere; zugleich setzte er zur Genehmigung 8 Tage Frist an unter Androhung des Vertragsrücktrittes. Am 15. April erklärte er den Vertrag als aufgelöst, wogegen die Beklagte als gegen einen Vertragsbruch Verwahrung einlegte.

In der Zeit vom 4. bis zum 15. April 1911 erhielt der Kläger von der Beklagten 22 verschiedene Bestellungen auf Ablieferung von Mahlprodukten. Da er sie nicht ausführte, verfallte ihm der Verwaltungsrat der Beklagten am 22./24. April nach § 3 des Vertrages in eine Buße von 22,000 Fr. Da ferner der Kläger

seit seiner Rücktrittserklärung wieder unmittelbar und auf eigene Rechnung, und zwar mit Preisunterbietung, an die Kundschaft lieferte, was für 10 Fälle festgestellt wurde, legte ihm der Verwaltungsrat zu gleicher Zeit noch eine weitere Buße von 2,885,000 Fr. wegen Übertretung des in § 22 aufgestellten Konkurrenzverbotes auf, wobei für jeden Jahreswaggon der vorgesehene Höchstbetrag von 500, die Zahl der Jahreswaggons mit 577 und 10 Übertretungsfälle in Rechnung gebracht wurden.

Diese Bußenerkenntnisse hat der Beklagte an den Richter weitergezogen mit dem Begehren, sie aufzuheben. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen und widerlageweise beantragt, der Kläger habe für die bis zum 22. April 1911 ergangenen Vertragsverletzungen eine Konventionalbuße von 2,885,000 Fr. (welcher Betrag vor der Vorinstanz auf 577,000 Fr. herabgesetzt wurde) oder eventuell von 288,500 Fr. und eine solche von 22,000 Fr. als Schuld anzuerkennen und zu bezahlen, beides nebst 5 % Zins seit dem 27. September 1911 (Einreichung der Widerklage).

2. — Die Tatsachen, auf die sich die streitigen Konventionalstrafforderungen stützen, sind vor dem 1. Januar 1912 eingetreten. Im Grundsatz ist daher noch das alte OM auf den Streitfall anwendbar, namentlich hinsichtlich der Frage, ob der Verwaltungsrat den Lizenzvertrag mit Lehner hätte genehmigen sollen und ob die Nichtgenehmigung den Kläger zum Vertragsrücktritte berechtigt habe. Immerhin greift nach Art. 2 Schl. z. ZGB das rev. OM insofern Platz, als Bestimmungen Anwendung finden, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit wegen aufgestellt sind. Das trifft nun gerade bei den wichtigern der zu prüfenden Streitpunkte zu: nämlich sofern streitig ist, ob dem beklagten Verband und damit auch dem gesamten Vertrags- und Mitgliedschaftsverhältnis, in dem der Kläger zur Beklagten steht, wegen Unfittlichkeit die Rechtsgültigkeit abgehe, oder ob im besondern die vertraglichen Vorschriften, wegen deren Übertretung der Kläger mit Konventionalstrafe belegt wurde, oder die zu ihrer Durchführung aufgestellten Strafbestimmungen unfittlich seien und ob und in welchem Umfange allfällig der Richter die ausgefallten Strafen zu ermäßigen habe.

3. — Zurückzuweisen ist zunächst die Behauptung des Klägers,

er sei schon deshalb zu den eingeforderten Leistungen nicht verpflichtet, weil sich die beklagte Aktiengesellschaft als ein Kartell unfittlichen Charakters darstelle, das darauf abziele, die außerhalb des Ringes stehenden Gewerbetreibenden wirtschaftlich zu vernichten und durch die gewonnene Monopolstellung das Publikum schrankenlos auszubeuten, und das daher vor Art. 20 rev. OM nicht bestehen könne. — Es braucht nicht erörtert zu werden, unter welchen näheren Verumständen bei solchen Absatzkartellen der Gesellschaftszweck die zulässigen Schranken der wirtschaftlichen Freiheit überschreitet und zu einem unfittlichen wird und inwiefern deshalb der Einzelne, der an sich dem Verbands als Mitglied oder Vertragspartei verpflichtet wäre, die Erfüllung seiner Verpflichtung unter Berufung auf die Unfittlichkeit des Gesellschaftszweckes ablehnen könne. Nach den Statuten und auf Grund der aktenmäßigen Ausführungen, womit die Vorinstanz den Geschäftsbetrieb der Beklagten in tatsächlicher Beziehung würdigt, läßt sich von einer Rechtungültigkeit aus diesem Grunde nicht sprechen. Denn danach erstrebt die Organisation der Beklagten, die ostschweizerische Müllerei von dem teilweise schon eingetretenen und noch drohenden Untergange zu retten durch Zusammenschluß der Beteiligten zu einem Verbands, mittelst dessen die Produktion dem Bedarf angepaßt und im Interesse Aller, auch des Publikums, stabilere Preisverhältnisse geschaffen werden sollen.

4. — Ist sonach der Kläger aus dem Vertrag vom 29. Oktober 1910 als „Kontrahent“ und aus seinem Beitritt zum Kartell als Gesellschaftsmitglied verpflichtet worden, so fragt sich weiter, ob er von dieser Verpflichtung nachträglich wieder entbunden worden sei.

Er stützt sich für diese Behauptung vor allem darauf, daß die Weigerung des Verwaltungsrates, die mit Lehner vereinbarte Quotenübertragung zu genehmigen, willkürlich und vertragswidrig gewesen sei und ihn (nach Art. 122 aOM) zum Vertragsrücktritte berechtigt habe. Nun schreibt der § 20 des Vertrages, wonach die Gesellschaftsmitglieder Übertragungen von Wahlquoten unter sich vereinbaren können, ausdrücklich vor, daß solche Vereinbarungen dem Verwaltungsrate anzuzeigen und von ihm zu genehmigen seien, und daß die Genehmigung erst erteilt werden solle, wenn das ganze Vertragsverhältnis geregelt und vom Ver-

Wahlungsrat gutgeheißen worden sei. Daraus ergibt sich deutlich, daß dieses Genehmigungsrecht nicht, wie der Kläger vorab geltend macht, nur rein formelle Bedeutung hat, sondern daß der Verwaltungsrat befugt und verpflichtet ist, jeweilen zu prüfen, ob eine Übertragung den Interessen der Gesellschaft, wie er sie im Rahmen der statutarischen und vertraglichen Bestimmungen wahren soll, nicht zuwiderlaufe, und ihr gegebenenfalls die Genehmigung zu versagen. Im vorliegenden Fall nun kommt ein Interesse der Gesellschaft namentlich insofern in Frage, als nach dem § 1 der Statuten zum Gesellschaftszweck unter anderem auch die Beteiligung an Mülhereigenschäften gehört und als nach vorinstanzlicher Feststellung die Beklagte tatsächlich bei den „Vereinigten Mühlen Goldbach“, der vorher Lehner seine Quote überlassen hatte, in einem dem Eigenbesitz nahe kommenden Umfang als Aktionärin beteiligt war. Demnach aber konnten hier bei der Prüfung, ob die Genehmigung zu erteilen sei, nicht lediglich die Momente maßgebend sein, die für gewöhnlich — und wohl auch in den vom Kläger angerufenen früheren Fällen — bei solchen Quotenübertragungen eine Rolle spielen: Es handelte sich nicht bloß darum, ob die Gesellschaft als über den Einzelinteressenten stehende Instanz die Übertragung zu verweigern habe, etwa weil diese vom Standpunkte eines rationellen Zusammenarbeitens der Mitglieder aus wirtschaftlich unzweckmäßig wäre (namentlich wegen der Verteuerung der Frachtsätze) oder weil eine unzulässige Vorzugsstellung eines Mitgliedes geschaffen würde. Vielmehr kam hier noch dazu, daß bei der Frage, wem das Recht auf die zu der Quote gehörenden Lieferungen und der damit verbundene Gewinn einzuräumen sei, die beklagte Gesellschaft selbst Mitinteressentin war, und es lag so eine Kollision zwischen dem Einzelinteresse des Klägers und dem allgemeinen Verbandsinteresse vor. Dabei ergibt sich aus den tatsächlichen Ausführungen der Vorinstanz, daß die Beklagte ihren Aktienbestand an den vereinigten Mühlen Goldbach übermäßig teuer erworben hatte, und daß sich dieses Unternehmen in einer finanziell schwierigen Lage befand und durch die Entziehung der Quote Lehnners noch mehr gefährdet worden wäre. Dazu kommt, daß laut Feststellung der Vorinstanzen die Goldbacher-Mühle, nicht aber die des Klägers, im gleichen Absatzgebiete wie die Lehnnersche lag.

Unter solchen Umständen war die angefochtene Verweigerung der Quotenübertragung jedenfalls durch das Gesamtinteresse der Mitglieder gerechtfertigt. Ein rechtlich geschütztes Sonderinteresse des Klägers aber wird durch sie nicht verletzt. Namentlich kann er sich nach dem Gesagten nicht auf den § 20 berufen und sonstige Vertrags- oder Statutenvorschriften, die dem Vorgehen des Verwaltungsrates entgegengestanden hätten, vermag er selbst nicht anzugeben. Freilich wendet er noch ein, bei der Nichtgenehmigung der Quotenübertragung sei in Wirklichkeit das reine Privatinteresse des Verwaltungsratspräsidenten Eberle bestimmend gewesen, der damals die vereinigten Mühlen Goldbach habe erwerben wollen; und die Beklagte gibt in dieser Beziehung zu, daß der Verwaltungsrat als eine der Möglichkeiten zur Sanierung dieser Unternehmung deren Erwerb durch Eberle ins Auge gefaßt habe. Selbst wenn man aber, über dieses Zugeständnis hinausgehend, mit dem Kläger annehmen müßte, daß es dem Verwaltungsrat in erster Linie um die Wahrung der persönlichen Interessen Eberles zu tun gewesen sei, so würde das doch nichts an der Tatsache ändern, daß die Gesellschaft als Aktionärin aus den angegebenen Gründen ebenso gut als Eberle daran interessiert war, die Wahlquote dem Unternehmen zu erhalten, und es dadurch vor Schaden zu bewahren. Soweit Eberle zum Nachteil der Gesellschaft und ihrer Mitglieder bevorzugt worden wäre, könnte doch der Kläger daraus keinen Grund ableiten für die behauptete Rechtswidrigkeit der Nichtgenehmigung des Lizenzvertrages. Damit erweist sich auch das in diesem Punkte gestellte Aktienvervollständigungsbegehren als unerheblich.

Heute hat sodann der Kläger noch geltend gemacht, er sei auch noch aus „wichtigen Gründen“ zum Vertragsrücktritte befugt gewesen: Mit der ihm zugeteilten ungenügenden Wahlquote habe er seine Mühle nicht mehr voll und in rentabler Weise beschäftigen und sein Auskommen nicht mehr finden können und so sei der Austritt aus dem Verband für ihn ein „Akt wirtschaftlicher Notwehr“ gewesen. Diese Auffassung ist aber rechtlich unhaltbar und der Kläger hat es denn auch unterlassen, irgend eine Bestimmung anzugeben, kraft der er sich aus den angegebenen Gründen über die als Vertragspartei und Gesellschaftsmitglied eingegangenen Verpflichtungen hätte hinwegsetzen dürfen.

5. — Hiernach hat also der Kläger mit Unrecht die weitere Erfüllung seiner vertraglichen und statutarischen Verpflichtungen verweigert. Unbestritten ist ferner die tatsächliche Grundlage, auf die sich die angefochtenen Bußenerkenntnisse stützen (Nichtausführung von 22 ihm übertragenen Lieferungen und Vornahme von 10 Konkurrenzverkäufen nach dem Vertragsrücktritt). Dagegen fragt es sich noch, ob die Strassforderungen der Beklagten auch in rechtlicher Beziehung, in Ansehung der vertraglichen Bestimmungen, aus denen sie abgeleitet werden, begründet seien.

6. — Was nun zunächst den noch im Betrage von 577,000 Fr. aufrecht erhaltenen Anspruch wegen Konkurrenzierung des beklagten Verbandes anbelangt, so stützt er sich auf die in § 22 des Vertrages enthaltene Bestimmung, wonach der vor Ende der Vertragsdauer austretende Kontrahent während zehn Jahren nach seinem Austritte in einem gewissen Gebiete der Ostschweiz näher bestimmte Wettbewerbshandlungen nicht vornehmen darf. Das Konkurrenzverbot ist also sowohl örtlich als zeitlich beschränkt. In ersterer Beziehung macht zwar der Kläger geltend, er könne seine Mühle nicht mit sich aus dem vom Verbot betroffenen Gebiete fortnehmen und in der Tat mag dieser immobile Charakter des Betriebsobjektes für das austretende Verbandsmitglied mit wesentlichen Nachteilen verbunden sein, namentlich unter Umständen zum Verkauf oder der Verpachtung der bisherigen Mühle und zum Kauf oder zur Pacht einer außerhalb liegenden nötigen. Allein diese Nachteile liegen in den natürlichen Verhältnissen begründet und lassen sich nicht umgehen, sofern überhaupt ein Konkurrenzverbot bestehen soll. Und jedenfalls sind sie nicht von solchem Gewicht, daß damit der Wirkung nach die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Austretenden über das gesetzlich zulässige Maß hinaus eingeengt würde. Andererseits ist auf die große Bedeutung hinzuweisen, die die Aufstellung und Durchführung eines solchen Konkurrenzverbots für die Erreichung des Verbandszweckes besitzt, indem es allein wirksam zu verhindern vermag, daß einzelne Mitglieder durch ihren vorzeitigen Austritt den inneren Zusammenhang und die Aktionsfähigkeit des Verbandes gefährden. Seine Rechtsgültigkeit steht nach all dem fest. Ebenso enthält die Bestimmung, daß es auch für ein in Konkurs gefallenes Mitglied gelte, nichts unsitt-

liches. Wenn ein solches Mitglied anderseits nach § 22 Abs. 1 seine Rechte gegenüber der Firma für die Zukunft verliert, so ist das wesentlich nur eine Folge des Aufhörens der Mitgliedschaft.

Damit gelangt man zur Hauptfrage: ob auch die zum Schutze des Konkurrenzverbotes aufgestellte Strafbestimmung in § 22 für den Kläger verbindlich sei. Hierbei handelt es sich vor allem darum, den wirklichen Sinn dieser — oben im Wortlaut wiedergegebenen — Bestimmung und im besondern der Worte „... in jedem einzelnen Falle...“ klar zu stellen. Nach der Auffassung der Vorinstanzen würden sich diese Worte auf den Ausdruck „Zuwiderhandlung“ im Vertragstext beziehen, also auf die einzelnen Übertretungen des Konkurrenzverbotes, die ein aus dem Vertrage Verpflichteter begangen hat, und die Anzahl dieser Übertretungen würde daher bei der Festsetzung des Strafbetrages einen Multiplikationsfaktor bilden. Diese Auslegung hat zweifellos vieles für sich: Sie ist grammatikalisch durchaus verständlich, wenn es auch einfacher gewesen wäre, statt „Zuwiderhandlung... in jedem einzelnen Falle“ kurzweg „jede Zuwiderhandlung“ zu sagen. Sachlich spricht für sie, daß auch andere Strafbestimmungen, nämlich die des § 1 gegen den verbotenen Zukauf von Mehlprodukten und die des § 3 gegen Lieferungsverweigerung, die Höhe der Strafe von der Anzahl der Übertretungsfälle abhängen lassen und dies mit gleichen oder ähnlichen Worten ausdrücken. Auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung bietet für diese Auffassung gewisse Anhaltspunkte, insofern nämlich die früheren Fassungen des Vertrages und die verschiedenen Vertragsentwürfe im Vergleich mit dem jetzigen Text das Bestreben erkennen lassen, den Rahmen der Strafe zu erweitern. Allein anderseits erhebt sich gegen die vorinstanzliche Auslegung ein gewichtiges Bedenken: Sie führt, sobald die einzelnen Übertretungsakte eine gewisse Zahl erreichen, in rasch anwachsendem Umfange zu Strafbeträgen von so ungewöhnlicher Höhe, daß ernstlich nicht daran zu denken wäre, sie auch von einem finanziell sehr leistungsfähigen Straffälligen je einzubringen, und daß selbst bei schwerster Verletzung der Gesellschaftsinteressen Schaden und Strafe in einem offenen Mißverhältnis stünden. Eine solche Regelung kann wohl nicht im Willen der Vertragsparteien, weder der Beklagten als späterer Strafberechtigter

noch der einzelnen Mühlenbesitzer als allfälliger Zahlungspflichtiger gelegen haben. Dabei sind die in Betracht kommenden Übertretungsfälle als Schadens- oder Gefährdungshandlungen von ganz verschiedener Bedeutung und es müßte so zu Unbilligkeiten führen, wenn man sie als arithmetisch gleichwertige Größen bei der Ermittlung der verschiedenen Strafbeträge in Rechnung setzte. Diesen Schwierigkeiten entgeht man nun, wenn man die Worte „in jedem einzelnen Falle“ statt auf „Zuwiderhandlung“ auf die Stelle „die in § 17, 20 und 22“ bezieht, also annimmt, jene Worte wollten — freilich, ohne daß wohl eine besondere Notwendigkeit hiefür bestände — darauf hinweisen, daß die Strafbestimmung für alle drei zitierten Konkurrenzverbote in gleicher Weise Geltung beanspruche. Danach würde also die Zahl der Verbotsübertretungen bei der Bemessung der Strafe nicht mehr als Multiplikationsfaktor in Betracht kommen, sondern allfällig nur noch als Erhöhungsgrund bei der Bestimmung des innerhalb 100 Fr. und 500 Fr. festzusetzenden Betrages, mit dem die Jahreswagenzahl multipliziert wird. Diese Auslegung, die übrigens auch der Anwalt der Beklagten persönlich für die richtige hält, läßt sich zunächst grammatikalisch ebensowohl als die andere rechtfertigen. Im Gegenteil paßt sie eher zu dem in der Einzahl stehenden Worte „Zuwiderhandlung“, das als solches unberücksichtigt läßt, ob die Strafe auf Grund einer oder mehrerer Verbotsübertretungen ausgesprochen wird. Vor allem aber gelangt man damit zu einem sich stets in vernünftigen Schranken bewegenden Höchstmaß der Strafe. Dabei wird auch so dem Umfang der Schädigung Rechnung getragen, indem einerseits die Strafhöhe sich nach der Größe der Jahresproduktion des Straffälligen richtet und anderseits die Limite von 100—500 Fr. auf alle sonstigen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen gestattet, namentlich auch auf die Zahl der Übertretungen, die hiebei in der Regel die wichtigste Rolle spielen wird. Bei der vorinstanzlichen Auslegung würde übrigens dieses letztere Moment eigentlich doppelt gewürdigt. Auf die Vorgeschichte der Bestimmung aber läßt sich hier in einer andern Beziehung verweisen: Die fragliche Strafanktion hat sich nämlich ursprünglich nur auf das in § 22 enthaltene Konkurrenzverbot bezogen. Später sind ihr dann auch die Verbote der §§ 17 und 20 unterstellt und erst hiebei, wie es scheint, die Worte „in jedem einzelnen Falle“ eingefügt worden.

6. — Geht man nun von der erörterten Auslegung aus, so kann eine Strafforderung gegenüber dem Kläger als Produzenten von insgesamt 577 Jahreswagen bis 288,500 Fr. ansteigen. Dieser Höchstbetrag steht aber in keinem Mißverhältnis mehr zu den zu schützenden Interessen. Die letzteren müssen als äußerst wichtige gelten; denn auf Grund der vorinstanzlichen Würdigung der Sachlage ist anzunehmen, daß ein Verbandsmitglied, das eines der größeren Mülereiablässe des Kartells besitzt, wie früher der Kläger, durch seinen Austritt den Bestand des Kartells in hohem Maße gefährden kann, einerseits durch persönliche Einwirkung auf die Preisverhältnisse und anderseits, weil durch sein eigenmächtiges Vorgehen andere Genossen zum gleichen Schritte verleitet werden können. Hinsichtlich der Schutzwürdigkeit der Verbandsinteressen stellt dabei die Vorinstanz noch fest, daß mit dem Zusammenbruch des Kartells der frühere Notstand im Mülereigewerbe, dessen Beseitigung jenes bezweckte, wiederkehren und damit die Existenz einer ganzen Anzahl von Einzelbetrieben in Frage gestellt würde. Unter diesen Umständen erscheint das auf den Kläger angewandte Strafmaximum von 288,500 Fr. nicht als überseht, auch insofern nicht, als § 22 der Beklagten im weiteren das Recht einräumt, nach der Geltendmachung der Konventionalstrafe auf Grund neuer Übertretungsfälle noch einmal auf Strafzahlung zu klagen. Die Bedeutung und die Rechtsbeständigkeit dieser Bestimmung ist übrigens hier nicht zu prüfen. Nach dem Gesagten braucht auch auf die Behauptung des Klägers nicht mehr eingetreten zu werden, gemäß dem Bundesgerichtsentscheid i. S. Favre & Cie. c. Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften (US 38 II S. 97 Erw. 2) könne hier eine Strafforderung schon deshalb nicht zuerkannt werden, weil die Strafbestimmung wegen der vereinbarten Strafhöhe unbillig und daher rechtsungültig sei. Beizufügen ist noch, daß der Kläger selbst bei der Aufstellung der nunmehr von ihm angefochtenen Verbots- und Strafvorschriften im Verwaltungsrat mitgewirkt hat.

Endlich liegt auch kein genügender Grund vor, die Strafe kraft des richterlichen Ermäßigungsrechtes unter das Höchstmaß von 288,500 Fr. herabzusetzen. Die der Beklagten im gegebenen Falle zugefügte Interessenverletzung ist eine besonders schwere, indem der Kläger sofort nach seinem, schon an sich vertragswidrigen

Austritt angefangen hat, der Beklagten energisch und rücksichtslos Konkurrenz zu machen und ihr durch Preisunterbietung Kundschaft zu entziehen, wie das die in ganz kurzer Zeit ausgeführten vielen Lieferungen zeigen. Hierbei muß es ihm nach der ganzen Sachlage wesentlich darum zu tun gewesen sein, durch Aufbietung aller seiner Hilfsmittel das Kartell der Beklagten zu sprengen. Ob der nachweisbare Vermögensschaden (durch Entgang von Lieferungen usw.) die Höhe des Strafbetrages ganz oder annähernd erreiche, besitzt nur nebensächliche Bedeutung; denn das durch die Strafe geschützte Erfüllungsinteresse der Beklagten ist ein allgemeineres; es geht vor allem dahin, daß der Verband nicht durch Konkurrenzhandlungen in seinem innern Zusammenhange und seiner Aktionsfähigkeit nach außen bedroht werde. Würdigt man aber das Zuwiderhandeln des Klägers gegen das Verbot in diesem Sinne, so läßt sich seine Schwere nicht verkennen. Der Kläger kann auch nicht geltend machen, er habe sich in guten Treuen durch die Weigerung des Verwaltungsrates, den Vertrag zu genehmigen, in seinen Rechten verletzt halten dürfen. Das entschuldigt sein schroffes und feindseliges Verhalten gegenüber der Gesellschaft noch nicht, umsoweniger, als nach den Akten deren Organe sich zu einem Entgegenkommen bereit gezeigt hatten, der Kläger aber dadurch, daß er der Einladung zu der vorgeschlagenen Besprechung keine Folge leistete, eine gütliche Erledigung verunmöglichte. Daß, wie heute noch geltend gemacht wurde, infolge des über den Kläger erkannten Konkurses die Strafsumme nun tatsächlich auf Kosten der Gläubiger zu bezahlen ist, vermag das Recht der Beklagten auf eine der Vertragsverletzung entsprechende Bemessung der Strafe nicht zu beeinträchtigen. Nach alledem ist also das richterliche Ermäßigungsrecht, mit dessen Ausübung es nicht zu leicht genommen werden darf (NS 21 S. 645; Oser, Kommentar, Art. 163 3a), hier nicht am Platze und ebensowenig kann zu einer Herabsetzung der Strafe unter das Maximum die Erwägung führen, daß der Strafbetrag vertraglich kein einheitlicher und fester ist, sondern sich innerhalb der Summen von 57,700 Fr. und 288,500 hält und einer besondern Bestimmung bedarf.

8. — Die Forderung von 22,000 Fr. wegen Verletzung der in § 3 des Vertrages aufgestellten Lieferungsspflicht ist heute

nicht mehr bestritten worden, soweit es sich lediglich um die Anwendung dieser Bestimmung auf den gegebenen anerkannten Tatbestand (Verweigerung der Ausführung von 22 Bestellungen) handelt. Soweit aber auch hier auf die Ungültigkeit des gesamten Vertragsverhältnisses oder die Berechtigung zum Vertragsrücktritte abgestellt wird, erledigt sich dieser Streitpunkt durch die früheren Ausführungen (Erwägungen 3 und 4).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung und die Anschlußberufung werden abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. März 1913 wird in allen Teilen bestätigt.

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1913
in Sachen **Girsberger, Bfkl. u. Ber.-Kl.,**
gegen **Gewerbekasse Bern A.-G., Kl. u. Ber.-Bfkl.**

Bürgschaft. Einseitige Kündigung durch den Bürgen ausgeschlossen. Mahnung zur Kündigung an den Hauptschuldner nach Art. 503 Abs. 2 n° 1 R. Entlassung des Bürgen durch den Gläubiger verneint.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 4. Februar 1913 hat die I. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern erkannt:

„Der Klägerin ist ihr Klagsbegehren zugesprochen im Betrage „von 4920 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 18. Juli 1911 und „1 Fr. 50 Betreibungskosten; soweit weitergehend, ist die Klägerin „damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses den Parteien am 7./8. April 1913 zugestellte Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diesen Antrag erneuert und begründet. Der Vertreter der