

BGE 29 II 114

Bundesgericht (BGE), 1902-12-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_29_II_114

FR: ATF 29 II 114

IT: DTF 29 II 114

Volltext

16. Urteil vom 28. Februar 1903 in Sachen Reinger, Kl., W.=Bekl. u. I. Ber.=Kl., gegen Bloch, Bekl., W.=Kl. u. II. Ber.=Kl. Werkvertrag, gerichtet auf Herstellung eines sogenannten Geheimmittels (« Tormentill-Crème »). — Klage des Bestellers auf Aufhebung. — Schadenersatz. — Widerklage des Unternehmers auf Haltung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung. — Genügende Bestimmtheit des Vertrages, Art. 1 u. 2 O.-R. ? — Unsittlichkeit des Vertrages, Art. 17 O.-R. ? A. Durch Urteil vom 29. Dezember 1902 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt: Es wird Kläger mit seiner Klage und Beklagter mit seinem Widerklagsbegehren abgewiesen. B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger beantragt Gutheißung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz behufs Aktenvervollständigung, speziell auch über den Umfang des Schadens. Der Beklagte stellt dagegen die Anträge: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei zu erkennen: 1. Der Kläger Reinger sei mit den sämtlichen Rechtsbegehren seiner Klage gänzlich abzuweisen. 2. Es sei widerklageweise der zwischen den Parteien sub 15. April 1899 abgeschlossene Vertrag als im ganzen Umfang in Kraft bestehend zu erklären, und es sei demgemäß der Kläger und Widerbeklagte zu verurteilen, die Tormentill-Crème wie früher und unter den frühern Bedingungen wiederum ausschließlich vom Beklagten und Widerkläger zu beziehen, und es sei dementsprechend dem Kläger und Widerbeklagten zu verbieten, die Tormentill-Crème künftighin selbst zu fabrizieren, oder durch Dritte fabrizieren zu lassen, oder solche selbst oder durch Dritte fabrizierte Tormentill-Crème in irgend einer Form in den Handel zu bringen. 3. Es sei widerklageweise der Kläger und Widerbeklagte zu verurteilen, dem Beklagten und Widerkläger eine Entschädigung zu bezahlen von 23,7 Cts. ab jeder Dose und von 11,75 Cts. ab jeder Tube Crème, die der Kläger und Widerbeklagte seit dem 7. Februar 1901 laut Ausweis seiner Geschäftsbücher bis heute verkauft habe und in Zukunft bis zu dem Tage noch verkaufen werde, von welchem an er wiederum die Crème ausschließlich vom Beklagten und Widerkläger beziehen werde. 4. Sollte die sub 3 hievorgesehene genaue Feststellung des Verkaufs von Dosen und Tuben für die angegebene Zeit an Hand der Geschäftsbücher des Klägers dem Gerichte aus irgend einem Grunde nicht tunlich erscheinen, so sei für diesen Fall der Kläger widerklageweise zu verurteilen, dem Beklagten und Widerkläger vom 7. Februar 1901 an bis zu dem Tage, an welchem der Kläger die Crème wieder ausschließlich beim Beklagten beziehen werde, eine monatliche Entschädigung von 212 Fr. 10 Cts. zu bezahlen. 5. Der Kläger sei widerklageweise zu verurteilen, dem Beklagten und Widerkläger noch eine weitere Entschädigung von 2000 Fr. zu bezahlen. C. In der Parteiverhandlung vom 27./28. Februar 1903 haben die Vertreter der Parteien ihre Anträge erneuert und wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: Zwischen dem Kläger, der seit 1895 in der Schweiz das Alleinverkaufsrecht für „Okics Wörishofener Tormentill-Seife“

hat, und der nun auch Versuche zur Herstellung von Tormentill-Crème machte, und dem Beklagten, der lange Proben machte und sich im Verlaufe bereit erklärte, die Salbe in immer gleicher Zusammensetzung und in Dosen von mindestens 25 Gramm zu liefern, kam am 15. April 1899 ein Vertrag über die Herstellung beziehungsweise Lieferung der Tormentill-Crème zustande, mit wesentlich folgenden Bestimmungen: der Kläger überträgt dem Beklagten die alleinige Fabrikation der sogenannten „Okics Wörishofener Tormentill Lanolin Cream“, „nach der vereinbarten „und von Herrn Dr. E. Bloch zusammengestellten Formel, bestehend aus Tormentill-Extrakt, Lanolin, Vaseline, Glycerin, Benzoe, Myrrha, Bismuth, Borsäure, Zinkoxyd und Perubal-„sam“ (Art. 1). Der Kläger verpflichtet sich, die Crème nur durch den Beklagten anfertigen zu lassen (Art. II). Der Beklagte verpflichtet sich, die Crème, inkl. Glaspfropf und Aufpackung, zum Preise von 38 Cts. — später wurde der Preis

„auf 40 Cts. erhöht — per Topf zu liefern, in immer gleicher „Qualität nach vereinbarter Zusammenstellung, und die Töpfe „möglichst gut gefüllt, abzuliefern. (Art. V.) Laut Art. VIII wurde der Vertrag auf zehn Jahre abgeschlossen. Art. IX bestimmt: „Sollte sich der Vertrieb der Tormentill-Lanolin-Cream „wider Erwarten nicht rentieren, so kann der Vertrag auch vor „Ablauf der Vertragsdauer aufgehoben werden, in diesem Falle „hat eine einmonatliche Kündigung beiderseits stattzufinden.“ Art. X endlich setzt fest: „Sollte Herr Dr. E. Bloch aus irgend „welchem Grunde die Crème nicht mehr herstellen können oder „wollen, so verpflichtet er sich, das genaue Rezept dem Herrn „F. Reinger-Bruder mitzuteilen, so daß letzterer in der Lage ist, „die Crème eventuell selbst oder auch durch einen Dritten anfertigen „zu lassen.“ Auf Grund dieses Vertrages lieferte der Beklagte dem Kläger die Tormentill-Crème bis im Februar 1901. Im März 1900 trat der Kläger mit Okic (dem Redaktor der „Kneipp-Blätter“) wegen des Alleinvertriebs der Tormentill-Crème für Deutschland in Unterhandlung. Okic verlangte das genaue Rezept. Im Vertrag vom 13. November 1900, durch welchen Okic dem Kläger die Alleinherstellung und den Alleinvertrieb von „Okics Wörishofener Tormentill-Crème“ in Deutschland und der Schweiz übertrug, verbürgte sich der Kläger dafür, „daß die Tormentill-Crème stets nach dem gleichen für gutbefundenen Rezept, dessen genauer Wortlaut Herr Okic besonders „mitzuteilen ist, angefertigt“ werde. Am 16. November 1900 erhielt dann der Kläger vom Beklagten ein Rezept, das folgende Zusammensetzung eines Topfes Salbe aufweist: Zinkoxyd 4,0 Borsäure 4,0 Bismuth 0,5 Perubalsam 0,5 Tormentill-Extrakt. 2,5 Lanolin purissimum Liebreich 5,0 Vaseline Chesebrough 8,5 25,0 gr. Das Rezept enthält auch die folgende Formel den Tormentill-Extrakt: 500,0 Tormentill-Wurzel Benzoe 100,0 Myrrha. 50,0 Glycerin 200,0 600,0 Weingeist, verdünnt, 75° Weingeist, konzentriert, 900 400,0 1850,0 gr. Dieses Rezept übermittelte der Kläger dem Okic. Im Dezember 1900 rügte die Handelsgesellschaft Noris, Zahn & Cie, in Köln, welche den Vertrieb der Tormentill-Salbe in der Rheinprovinz für den Kläger übernommen hatte, daß die Dosen einen zu geringen Gehalt aufweisen. Kläger teilte dem Beklagten diese Bemängelung mit Brief vom 21. Dezember 1900 mit, zugleich stellte er ihm die in St. Ludwig liegenden kleinen Dosen, wovon ihm der Beklagte bereits 100 Stück fakturiert hatte, zur Verfügung und erklärte, er erachte den bisherigen „mangelhaften Vertrag“ als erloschen und schlage dem Beklagten vor, einen neuen Vertrag auf anderer Basis zu schließen, in welchem der Inhalt der Dosen qualitativ und quantitativ genau festgestellt werden sollte; er meine nämlich, es solle im neuen Vertrage nicht nur das Gewicht des Inhalts der Dosen festgesetzt sein, sondern auch das genaue Rezept zur Herstellung der Tormentill-Crème angegeben werden. Das liege selbstverständlich in beiderseitigem Interesse und es würden alsdann

Mißhelligkeiten irgend welcher Art in Zukunft vermieden werden. Sodann verlange er, daß die Crème ganz im Sinne Okics hergestellt werde. „Wünsche und „verlange eben einen ganz klaren, in allen Teilen genau präzi- „sierten Vertrag. Okic hatte am 19. Dezember 1900 dem Klä- ger geschrieben: „Ich würde Ihr Fabrikat sehr gern empfehlen, „wenn dasselbe derart zusammengestellt wäre, daß es den Anprei- „sungen, welche demselben mitgegeben werden, wenn nicht „ganz, so doch teilweise entsprechen würde, was jedoch leider nicht „der Fall ist. Die Tormentillwirkung in der Crème ist gleich „Null; ich habe mit derselben, soweit es sich um die Wirkung „des Tormentillwurzel=Extraktes handelt, weder bei leichten noch „bei schweren Fällen auch nur das geringste Resultat erzielt. Die „Wirkung des Lanolins und Vaselins aber spielt in der Crème

„keine Rolle. Wenn Sie aber wollen, daß ich für das Fabrikat „einstehe, so müssen Sie dasselbe so herstellen, daß sich die Wir- „kung desselben mit meinem Namen, der um Geld nicht zu haben „ist, wirklich decken kann. Die Crème muß mindestens 30 % „Tormentill enthalten.... Der wirklich wirksame Bestandteil „(der Crème) soll der Saft der Tormentillwurzel sein, voraus- „gesetzt, daß derselbe in genügender Menge beigemischt wird. „Trachten Sie also, daß das Fabrikat seiner Bestimmung ent- „sprechend hergestellt wird, dann werde ich mein möglichstes ein- „setzen, um dem Vertrieb desselben neue Wege zu ebnen und „neue Bahnen zu eröffnen.“ Das Verlangen, daß der Tormentill- gehalt 30 % betragen sollte, war vom Kläger selber angeregt worden. Der Beklagte stellte auf den Brief des Klägers vom 21. Dezember seine Proben für die Herstellung der Salbe unter Verwendung von 30 % Tormentill=Extrakt an. Der Kläger berichtete schon am 22. Dezember darüber an Okic, die Probe sei gut gelungen; es sei schade, daß man nicht von Anfang an die Salbe so verfertigt habe; 30 % und 10 % Tormentill=Extrakt sei doch ein gewaltiger Unterschied. Mit Schreiben vom 18. Ja- nuar 1901 verlangte der Kläger vom Beklagten neuerdings, daß die Salbe mindestens 30% Tormentill=Extrakt enthalte und zwar von dem zusammengesetzten Extrakt, von dem ihm der Beklagte am 16. November 1900 die genaue Zusammensetzung resp. das Rezept zur Zubereitung persönlich übergeben habe. Von diesem Extrakt sollen jeder Dose Tormentill=Crème 15 Gramm auf die Hälfte, also auf Gramm eingedämpft zugesetzt werden. „Also 7½ Gramm von dem eingedämpften, dickflüssigen Extrakt, das „macht auf die Dose von netto 25 Gramm gerade die ausbedun- „genen 30 % aus.“ Mit Brief vom 15. Februar 1901 teilte der Kläger dem Beklagten mit, er nehme die sieben Dutzend (Dosen), die ihm der Beklagte geschickt, nicht an, da sie seinen Vorschriften betreffend Tormentillgehalt nicht entsprechen, gleich- zeitig erneuerte er sein Verlangen betreffend Tormentillgehalt, und verlangte überdies, „daß für die Herstellung der Tormentill=Crème „ausschließlich nur die allerbesten Fette als Basis verwendet wer- „den dürfen und zwar Lanolinum purissimum Liebreich und „Vaselin Chesbrough“, wie sie der Beklagte zu den Proben ver- wendet habe. Er wiederholte ferner die Reklamationen wegen zu kleiner Dosen, und warf dem Beklagten vor, er habe ihm enor- men Schaden zugefügt. Der Beklagte antwortete dem Kläger mit Brief vom gleichen Tage, die 7 Dutzend Dosen seien „nichts anderes als die St. Ludwiger Crème mit 30 % Tormentill- Extrakt“, die der Kläger abzunehmen versprochen habe. Am fol- genden Tage beantwortete der Beklagte den Brief des Klägers eingehender, wobei er bemerkte, er sei jederzeit bereit, einen Kon- trakt zu unterzeichnen, welcher die Zusammensetzung der Crème in allen Einzelheiten enthalte. Der Kläger erklärte mit Brief vom 17. Februar, er wolle mit dem Abschluß eines neuen Ver- trages zuwarten bis er einwandfreie Proben von Extrakt und fertiger Crème vom Beklagten erhalten habe; zugleich hielt er dem Beklagten vor, er habe die ursprüngliche Basis der Crème, das Lanolin, angeblich der bessern Konsistenz wegen,

durch immer vermehrte Zusetzung von Vaseline völlig verändert, und ebenso sei der garantierte Gehalt von Tormentill-Extrakt von 10 zu 7 und 5, ja bis kaum 1 % heruntergesunken. Am 25. Februar übergab der Kläger dem Kantonschemiker Tormentill-Extrakt zur Untersuchung und zwar angeblich von den 7 Dutzend Dosen, die der Beklagte am 14. Februar geliefert hatte. Die Untersuchung ergab laut Bericht des Kantonschemikers vom 23. März 1901: Wasser 11,7 %, Mineralstoffe 4,9 ¼, Fett 71 %, für Extrakt somit 12,4 %. Der Kläger teilte dieses Resultat dem Beklagten mit Brief vom 26. März mit und erklärte, er habe nun das Zutrauen in den Beklagten verloren und lehne es ab, die Geschäftsbeziehungen mit ihm fortzusetzen. Laut einer weiteren Analyse des Kantonschemikers Baselstadt, d. d. 25. April 1901, setzten sich die vom Kläger übergebenen, mit B und S bezeichneten Töpfe, wie folgt zusammen: Bezeichnung. Wasser %. Fett %. Mineralstoffe %. 6,1 64,8 24,5 6,8 ■70,0 17,5 Doch können diese Resultate nach einer Bemerkung des Kantonschemikers „keinen Anspruch auf absolute Richtigkeit machen. 2. Mit Klage, eingereicht den 22. August 1901, hat nun der Kläger die Rechtsbegehren gestellt:

1. Der Vertrag vom 15. April 1899 sei als aufgehoben zu erklären.
2. Der Beklagte sei zu einer Entschädigung von 15,000 Fr. an den Kläger zu verurteilen.
3. Dem Beklagten sei gerichtlich untersagen, unter Androhung einer angemessenen gerichtlich festzusetzenden Entschädigungsleistung im Unterlassungsfalle, fernerhin Tormentill-Extrakt herzustellen oder herstellen zu lassen.
4. Der Beklagte sei zu verurteilen, solche von ihm gelieferte Ware, welche dem Kläger eventuell noch von seinen Kunden werde zur Verfügung gestellt werden, gegen Rückvergütung des Fakturapreises und allfälliger Unkosten zurückzunehmen.
5. Dem Beklagten sei zu untersagen, das noch in seinem Besitz befindliche Verpackungsmaterial für Tormentill-Crème (Prospekte, Glasdosen inkl. Deckel, Bänder ec.) zu verwenden.

Der Kläger geht davon aus, das nach dem Vertrag vom 15. April 1899 „vereinbarte“ Rezept sei dasjenige, das der Beklagte ihm am 16. November 1900 übergeben hat; demnach sei für den Topf ein Inhalt von 25 Gramm vorgesehen, und sollten hievon 2,5 Gramm, also 10% Tormentill-Extrakt sein. Nun habe der Beklagte seine vertragliche Verpflichtung, die Salbe nach diesem Rezept herzustellen, schwer verletzt. Im einzelnen bringt der Kläger nach dieser Richtung vor: a) Die Crème habe von Anfang an nur 1—2 %, höchstens %, statt 10% Tormentill-Extrakt enthalten; die am 7. Februar 1901 gelieferte, die laut vorausgegangener Vereinbarung 30 % hätte enthalten sollen, habe höchstens 12,4 % enthalten. b) Die Töpfe haben in der Folge nicht mehr 25 Gramm enthalten und seien immer kleiner geworden. c) Das von der Firma Bonus Jaffe & Darmstädter in Berlin, unter der Bedingung, daß es nur für die Tormentill-Crème verwendet werde, billig bezogene Lanolin habe der Beklagte zu andern Salben verwendet und der Tormentill-Crème nur ganz minime Zusätze von Lanolin beigemischt, so daß die Basis nicht mehr Lanolin, sondern Vaseline geworden sei. d) Statt des teuern Vaseline Chesebrough, habe der Beklagte das viel billigere nur zu technischen Zwecken bestimmte und geeignete Vaseline Senglet & Cie. gebraucht. Alle diese Abweichungen vom vereinbarten Rezept seien vom Beklagten arglistigerweise und in betrügerischer Absicht vorgenommen worden. Der Beklagte habe für die Fabrikation der Salbe statt 3 Fr. nur 1 Fr. 46 Cts. bis 1 Fr. 49 Cts., durchschnittlich 1 Fr. 47 Cts. pro Kilo aufgewendet, so daß er an den gelieferten 19,133 Töpfen einen unerlaubten Übergewinn von 731 Fr. 85 Cts., überdies durch Verminderung des Gewichts einen solchen von ca. 60 Fr. gemacht habe. Der Kläger sei nun enorm geschädigt, daß er auf diese Weise unter dem Namen Tormentill-Crème und unter Verheißungen, die sich auf den versprochenen

Tormentill=Gehalt stützten, eine Ware in den Verkehr gebracht habe, die diesen Zusicherungen nicht entsprochen habe und nicht habe entsprechen können. Der Mißerfolg der Unternehmung des Klägers trotz außerordentlicher, rühriger und teurer Reklame, sei ein vollständiger. Statt innert einem halben Jahre das doppelte zu erreichen, sei der Konsum im zweiten Jahre erheblich zurückgegangen, wozu auch die beständig wechselnde Farbe und Konsistenz der Salbe beigetragen habe. Im einzelnen berechnet der Kläger den ihm entstandenen Schaden auf 10,000 Fr. als effektiven Verlust unter Berücksichtigung des entgangenen Gewinnes auf den Reklamekosten von 13,138 Fr. Dazu verlangt er weitere 5000 Fr. wegen ernstlicher Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse, da er in den Augen seiner Kundschaft als Schwindler und Charlatan dastehe. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben zur Verurteilung des Klägers als Widerbeklagten: 1. Zur Haltung des Vertrages und demgemäß zum Bezug der Tormentill=Crème vom Beklagten unter Verbot jeglicher anderweitiger Fabrikation oder des Vertriebes anderweitig fabrizierter Ware. 2. Zu einer Entschädigung von 23,7 Cts., ab jeder Dose, und von 11,75 Cts. ab jeder Tube Crème, die der Kläger seit 7. Februar 1901 verkauft habe und in Zukunft verkaufen werde, event., wenn die Feststellung dieses Umsatzes nicht möglich sein sollte, eine Entschädigung von 212 Fr. 10 Cts. pro Monat zu bezahlen, bis der Kläger die Crème wieder beim Beklagten beziehe. 3. Eine Entschädigung von 2000 Fr. zu bezahlen.

Er kritisiert vorab die Tormentill=Salbe als Geheimmittel und macht geltend, daß deren Heilkraft keineswegs durch den Gehalt von Tormentill=Extrakt, sondern vielmehr durch die übrigen Beimischungen, Lanolin, Benzoe und Myrrha als antiseptisch wirkende Pflanzenextrakte, nicht minder durch den Gehalt an Zinkoryd, Borsäure und Perubalsam bedingt werde. Sodann bestreitet er, daß die vom Kläger behauptete Zusammensetzung der Salbe vereinbart worden sei, insbesondere sei nie ein Gehalt von 10 % Tormentill=Extrakt zugesichert worden. Das Rezept, das der Beklagte als Antwortbeilage 11 vorlegt, sei vom Beklagten gefunden worden, und gemäß Art. 10 des Vertrages dessen Geheimnis geblieben. Das Rezept vom 16. November 1900 sei nur zur Täuschung des Okic angefertigt worden und zwar auf Veranlassung des Klägers; gearbeitet sei nie nach diesem Recepte worden. Ebenso wenig sei vereinbart worden, daß amerikanisches Vaseline verwendet werden müsse; übrigens wäre es nicht teurer, als das verwendete Vaseline Senglet. Ein Abkommen, wonach das Lanolin nur zur Verwendung der Tormentill=Crème verwendet werden dürfe, sei mit Bonus Jaffe & Darmstädter nie vereinbart worden. Betreffend das Gewicht, seien Dosen von 20—22 Gramm vereinbart worden, im Dezember 1900 solche von mindestens 25 Gramm; es sei aber schwer, Glasdosen von gleicher Größe zu erhalten. Die zu kleinen Dosen der am 21. Dezember zur Verfügung gestellten Lieferung seien ohne Wissen des Beklagten verwendet worden. Bis dahin habe er die Crème stets nach der gleichen Formel d. h. nach der seiner Zeit gefertigten Formel angefertigt. Die Farbe der Salbe habe sich Ende Dezember 1900 geändert, weil mehr Tormentill=Extrakt beigegeben worden sei; deswegen sei auch den Dosen ein besonderer Zettel beigegeben worden. Die Expertise werde nicht anerkannt. Endlich habe der Kläger keinen Schaden erlitten, da er ja für seine Dosen immer 1 Fr. 20 Cts. bezogen habe; er habe auch das Geschäft weitergeführt und die Salbe selbst nach dem ihm Anfangs 1901 übergebenen und von ihm widerrechtlich zurückbehaltenen Rezept hergestellt, allerdings teilweise in Tuben statt in Dosen. Dadurch habe er den Beklagten geschädigt, und zwar in dem aus Rechtsbegehren 2 der Widerklage ersichtlichen Maße. Rechtsbegehren 3 der Widerklage schließlich stützt der Beklagte auf Art. 55 O.=R. In der Replik behaftet der Kläger den Beklagten dabei, daß gemäß

Antwortbeilage 11 der Tormentill=Extrakt nur 60 Gramm von 5680, resp. 5580 Gr., also 1,06 bzw. 1,07 % ausge= macht habe. Das Rezept vom 16. November 1900 sei das ver= tragliche Rezept gewesen und erst im Januar 1901 durch das Rezept Replik=Beilage 2, wonach 30 % Tormentillgehalt verein= bart worden sei, aufgehoben worden. Zur Ergänzung des Klage= fundamentes wird vorgebracht, daß der Kläger, gestützt auf den Mißerfolg vom Jahre 1901, gemäß Art. IX des Vertrages diesen aufhebe. Er behauptet ferner, es seien bis 25. Januar 1902 im ganzen 622 Dosen von Kunden zurückgewiesen worden, die vom Beklagten zurückzunehmen seien. Zur Widerklage bean= tragt er deren Abweisung. In der Duplik bestreitet der Beklagte dem Kläger das Recht, den Vertrag gemäß Art. IX aufzuheben. 3. Das Civilgericht des Kantons Baselstadt hat nach Einver= nahme der Zeugen Bernhardt und Schreiber (der frühern Ange= stellten des Beklagten) und nach eingeholtem Gutachten von Dr. Nienhaus und Jaquet die Klage abgewiesen, dagegen die Wider= klage im wesentlichen gutgeheißen und somit den Kläger verur= teilt, den Vertrag vom 15. April 1899 zu halten und den Be= klagten mit 23,7 Cts. per Dose, bzw. 11,75 Cts. per Tube zu entschädigen, Widerklagebegehren 3 dagegen abgewiesen, gestützt auf folgende Gründe: Auf das Rezept vom 16. November 1900 könne nicht abgestellt werden, da dieses dem Vertrage nicht zu Grunde gelegen habe. Aus dem Zeugnis Bernhardt ergebe sich, daß die Zusammensetzung der Salbe immer dieselbe geblieben sei. Daß der Beklagte sich zur Beimischung von 10 % Tormentill= Extrakt verpflichtet habe, sei nicht bewiesen, und nach dem Inhalt des Vertrages sei nicht anzunehmen, daß die genaue Zusammen= setzung der Salbe vereinbart worden sei. Der Gehalt der Tor= mentill=Crème bestimme sich also nur nach den im Vertrage genannten Rohstoffen in einer angemessenen, nach dem Urteil Sachverständiger, dem Zwecke entsprechenden Mischung. Durch das Expertengutachten sei nun dargetan, daß der Beklagte dem Ver= trage entsprechend geliefert habe. Die Mangelhaftigkeit einer Lie= ferung (an Noris & Zahn) rechtfertige nicht die Aufhebung des ganzen Vertrages; die übrigen Lieferungen seien gemäß Art. 360 bzw. 247 O.=R. als genehmigt zu betrachten. Wegen mangeln=

der Rendite sodann könne der Vertrag nicht aufgehoben werden, da der Kläger nicht gekündigt habe und übrigens das Geschäft weiter betreibe. Eine Zustimmung zur Aufhebung des Vertrages von Seite des Beklagten liege auch nicht vor. Daß Waren im Werte von 473 Fr. 40 Cts. durch die Kunden beanstandet wor= den seien, sei nicht nachgewiesen. Das Appellationsgericht, an welches beide Parteien appellierten der Beklagte mit Bezug auf Widerklagebegehren 3 — ist zu seinem eingangs mitgeteilten Urteile auf Grund folgender Erwä= gungen gelangt: Der Vertrag vom 15. April 1899 könne nicht geschützt werden, weil er unsittlich sei, er verfolge einen unreellen, auf die Täuschung des Publikums berechneten Zweck; das Ver= fahren der Parteien streife an einen gewöhnlichen Geheimmittel= schwindel. Ferner könne der Vertrag als nicht zu Recht bestehend angesehen werden, weil er zu oberflächlich und inhaltlos sei, als daß er bindend sein könnte; sein wesentlicher Inhalt sei unbe= stimmt und unbestimmbar, es fehle darin an der Hauptsache, an der genauen Formulierung des den Gegenstand des Vertrages bildenden Fabrikats. Es würde dem Beklagten eine Macht über den Kläger eingeräumt, die nie im Willen der Parteien gelegen haben könne; auch von diesem Standpunkte aus liege eine Un= sittlichkeit vor. 4. Der Vertrag vom 15. April 1899, der den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet, ist juristisch als Werkvertrag zu qualifizieren: laut dem Inhalte des Vertrages hat der Beklagte dem Kläger eine gewisse von ihm herzustellende Sache: die Tor= mentill=Crème, fertig zu liefern, gegen einen bestimmten Entgelt, der sich als Werklohn darstellt. Von einem Gesellschaftsvertrage kann unmöglich gesprochen werden,

da die Parteien keineswegs einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln verfolgen wollen; der Vertrieb der Tormentill=Crème soll vielmehr ausschließlich Sache des Klägers sein (und zwar gemäß seiner Überkunft mit Okic), und zu diesem Vertrieb läßt er sich das Produkt durch den Beklagten herstellen, dem er dafür Vergütung leistet. 5. In erster Linie wäre nun, logischer Anordnung gemäß, die vom Appellationsgericht aufgeworfene — Frage zu prüfen, ob dieser Werkvertrag überhaupt als zustande gekommen, als bindender Vertrag angesehen werden könne, oder ob es ihm, wie das Appellationsgericht annimmt, an der erforderlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit mangle, so daß er nach Art. 1 O.=R. gar nicht als bindender Vertrag zu bezeichnen wäre. Diese Frage kann indessen vom Richter nicht von Amtswegen zum Gegenstande der Untersuchung gemacht werden. Die Parteien selber sind darüber einig, daß ein Vertrag im Sinne des Art. 1 O.=R. abgeschlossen worden ist; sie haben diesen Vertrag während nahezu zwei Jahren beidseitig ausgeführt; streitig sind sie nur über die Auslegung eines Punktes des Vertrages — was unter der „vereinbarten Formel“ zu verstehen sei — sowie darüber, ob der Vertrag vom Beklagten gebrochen worden sei. Unter diesen Umständen geht es nicht an, daß der Richter von sich aus erkläre, ein bindender Vertrag sei überhaupt nicht zustande gekommen, es fehle an der nach Art. 1 u. 2 O.=R. erforderlichen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerung der Parteien über die wesentlichen Punkte. (Vgl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 250 sub 2.) Auch wenn man übrigens auf die Prüfung dieser Frage eintreten wollte, so könnte der Ansicht der Vorinstanz nicht beigetreten werden. Allerdings ist im Vertrag selber nicht gesagt, nach welcher Formel (oder nach welchem Rezept) die Tormentill=Crème hergestellt werden müsse; das genaue Rezept ist vielmehr als Fabrikationsgeheimnis dem Beklagten überlassen. Allein da die Parteien auf eine „vereinbarte Formel“ verweisen und da unbestrittenmaßen vor Abschluß des Vertrages Proben gemacht worden sind, kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Herstellung gemäß diesen Proben geschehen mußte. Übrigens sind die Bestandteile der Salbe im Art. 1 des Vertrages aufgezählt und das genügt zur Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Leistung des Beklagten. In welchen Proportionen die Bestandteile zu mischen sind, ist allerdings durch den Vertrag dem Ermessen des Beklagten überlassen. Das macht den Vertrag aber nicht zu einem unbestimmten; denn jenes Ermessen ist nicht reine Willkür, sondern das arbitrium boni viri, d. h. der Beklagte hat die Mischung in einer Weise vorzunehmen, daß eine Salbe entsteht, die nach dem Urteile Sachverständiger dem Zwecke, zu dem sie dienen soll,

entspricht und die den Namen „Tormentill=Crème“ rechtfertigt. Daß eine derartige Mischung der in Art. I des Vertrages aufgezählten Bestandteile möglich ist, ist erwiesen (speziell auch durch die Expertise) und wird auch vom Kläger nicht bestritten. Damit ist aber die erforderliche Bestimmbarkeit der Leistung des Beklagten gegeben. Aus diesem Grunde kann auch nicht gesagt werden, der Kläger sei ganz der Macht des Beklagten überliefert, so daß der Vertrag von diesem Gesichtspunkte aus als ein unsittlicher bezeichnet werden müsse. Das ist überdies auch deshalb nicht der Fall, weil dem Kläger in Art. IX des Vertrages ein Kündigungsrecht eingeräumt ist. 6. Ist somit der Vertrag als zustande gekommen zu erachten, so ist weiter die Frage zu prüfen, ob er gültig sei oder aber, als unsittlich, vom Richter nicht geschützt werden dürfe, gemäß einem Rechtsgrundsatz, der in Art. 17 O.=R. in einer speziellen Anwendung niedergelegt ist. Diese Frage ist, im Gegensatz zu der besprochenen, vom Richter von Amtswegen zu prüfen, da es sich hierbei um öffentliche Interessen und um einen zwingenden Rechtssatz handelt. Nach diesem Rechtssatz nun ist ein Rechtsgeschäft nicht bloß dann als unsittlich anzusehen, wenn sein

Inhalt, der Gegenstand der Leistung des einen Teils oder beider Teile dem Sittengesetze widerspricht, sondern auch dann, wenn das Rechtsgeschäft indirekt auf Hervorrufung oder Beförderung des nach dem Sittengesetze verbotenen gerichtet ist, sowie dann, wenn es wegen der Verwerflichkeit der Gesinnung, die sich in ihm kundgibt, das sittliche Gefühl verletzt und von diesem Standpunkte aus gegen das Sittengesetz verstößt. (Vgl. Urte. des B.=G. vom 23. März 1900 in Sachen Sommer gegen Eisen- und Drahtwerk Erlau, Amtl. Samml., Bd. XXVI, 2. T., S. 142 f. Erw. 2 und dort cit.; ferner a. a. O., S. 444 Erw. 3, Urte. vom 30. Juni 1900 in Sachen Meyer gegen Matter.) Es ist daher zu prüfen, ob diese Merkmale auf den in Frage stehenden Vertrag zutreffen. Diese Prüfung ist dem Bundesgerichte nicht etwa aus dem Grunde entzogen, daß es sich hierbei um eine Tatsache, nicht um eine Rechtsfrage handeln würde. Zu untersuchen ist, ob gewisse vertragliche Festsetzungen gegen das Sittengesetz im oben entwickelten Sinne verstoßen; es handelt sich also um die Anwendung eines Rechtsatzes auf einen gegebenen Tatbestand. Tatsächliche Feststellungen liegen nur soweit vor, als bestimmte Tatsachen festgestellt sind, z. B., daß die Tormentill-Crème unter keinen Umständen als Heilmittel betrachtet werden könne. Ob und inwieweit das angefochtene Urteil derartige Feststellungen enthält, ist im folgenden im einzelnen zu untersuchen. Die grundsätzliche Frage dagegen, ob ein Vertrag unsittlich sei und was als „Inhalt der Zeitmoral“ zu gelten habe, ist durchaus nicht tatsächlicher Natur (so allerdings Lotmar, Der unsittliche Vertrag), sondern Rechtsfrage; es handelt sich dabei nicht um die Feststellung einer Tatsache, sondern um Anwendung von dem Rechtsgebiete angehörenden Sätzen. Nach der gegenteiligen Ansicht wäre das Bundesgericht an den Ausspruch der kantonalen oberen Instanz darüber, ob etwas unsittlich sei, gebunden, was gewiß nicht zugegeben werden kann. Die Prüfung jener Frage nach der Unsittlichkeit des in Rede stehenden Rechtsgeschäftes ergibt nun folgendes: Die Leistung, welche der Beklagte dem Kläger verspricht, ist an sich zweifellos nicht unsittlich; es kann sich daher nur fragen, ob der Vertrag indirekt auf die Beförderung des Verbotenen gerichtet war oder ob sich in ihm eine derartige Verwerflichkeit der Gesinnung kundgibt, daß er nicht geschützt werden kann. Die Vorinstanz erblickt nun die Unsittlichkeit darin, daß das Verfahren der Parteien „an einen gewöhnlichen Geheimmittelschwindel grenze“, daß in ihm eine „Spekulation auf die Urteilslosigkeit des Publikums“ liege, daß eine „enorme Reklame“ betrieben werde, „um für ein zu minimem Selbstkostenpreise hergestelltes und medizinisch nur beschränkt leistungsfähiges Fabrikat einen unverhältnismäßig hohen Absatz und Preis zu erzielen“; endlich widerspreche es der guten Sitte, daß ein Angehöriger eines wissenschaftlichen Standes sich zur Förderung solcher Zwecke mit solchen Mitteln hergebe, und andererseits habe der Kläger die Tormentill-Crème nicht mit gutem Gewissen empfehlen können, weil sie so wenig Tormentill-Extrakt enthalten habe, daß sie den ihr beigelegten Namen gar nicht verdiene. Hiezu ist zu bemerken: Zunächst enthalten diese Ausführungen nicht etwa Feststellungen bestimmter Tatsachen, sondern nur allgemeine Erwägungen über den ganzen Geschäftsverkehr und das Geschäftsgebahren der Parteien. Es ist keineswegs fest-

gestellt, daß die Tormentill-Crème als „Geheimmittel“ zu betrachten wäre. Auf Grund der Gutachten Nienhaus und Jaquet kann das jedenfalls nicht gesagt werden; der letztere Experte spricht sich hierüber gar nicht aus und der erstere sagt, daß die Salbe, die als Kosmetikum zu betrachten sei, keine Vorzüge vor andern Kosmetika aufweise. Damit ist hinsichtlich der Heilkraft des Präparates nichts festgestellt. Dazu kommt, daß der Vertrieb der Tormentill-Salbe offenbar, wie aus der Aktenlage geschlossen werden muß, weder in Deutschland noch in Baselstadt verboten ist, so daß jedenfalls nicht gesagt werden kann,

der Vertrag sei auf Beförderung von etwas staatlich verbotenem gerichtet. Die Art und Weise der Reklame, sowie der Preis sind bei diesen Voraussetzungen für die juristische Qualifikation des vorliegenden Rechtsgeschäftes nach der Seite der Unsittlichkeit hin ebensowenig bestimmend, wie bei der Herstellung und dem Vertrieb anderer Waren. Wenn man auch zugeben wollte, was übrigens nach der Aktenlage nicht gesagt werden kann, daß der Preis des Präparates zu den Herstellungskosten, d. h. zu dessen natürlichem Werte, in solchem Mißverhältnis stehen, daß eine verwerfliche Ausbeutung des Publikums stattfinden könne, und daß auch der Beklagte hierfür verantwortlich sei, so ist eben doch zu beachten, daß die Heilkraft des Produktes schwer zu bestimmen ist, und daß dessen Schätzung im Verkehr ganz wesentlich von ideellen Faktoren abhängt. Jedenfalls kann in Hinsicht auf die heute im Verkehr allgemein geltenden Grundsätze, weder in der übertriebenen Anpreisung der Ware noch in dem unverhältnismäßig hohen Verkaufspreis ein Motiv gefunden werden, um dem hier vorliegenden Vertrag entgegen dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit ausnahmsweise den Rechtsschutz zu versagen. Die Erwägungen der Vorinstanz sind zu allgemeiner Natur, als daß gestützt darauf und entgegen der beidseitigen Auffassung der Parteien eine so einschneidende Maßnahme getroffen werden dürfte; die Konsequenzen eines solchen Entscheides würden die Rechtsbeständigkeit und Rechtssicherheit gefährden und richterliche Willkür an die Stelle des Willens der Parteien und an Stelle objektiver Rechtsgründe setzen. Allerdings wäre der Vertrag dann als unsittlich anzusehen, wenn er auf die Ausbeutung des Publikums gerichtet wäre; denn dann würde er gegen Rechtsgüter Dritter, der Gesellschaft, des Publikums, verstoßen, und der Rechtsschutz könnte einem derartigen Vertrage nicht gewährt werden. Allein diese Voraussetzung trifft nach dem Gesagten nicht zu. Gerade die Eigenschaft und Stellung des Beklagten als Apotheker verbietet dem Richter, ohne zuverlässige Anhaltspunkte das Unternehmen der Parteien als „Schwindel“, d. h. als planmäßige, absichtliche, widerrechtliche Ausbeutung des Publikums zu bezeichnen, nachdem weder von Seiten der Behörden, noch von Seiten der Abnehmer der Ware irgendwelche Beschwerden geltend gemacht worden sind. Daß endlich eine Unsittlichkeit wegen der Stellung des Klägers zum Beklagten nicht vorliegt, ist in Erw. 5 i. f. ausgeführt worden. Allerdings ist auch hier der Grundsatz, von dem die Vorinstanz ausgeht, richtig: ein Vertrag, durch den der eine Kontrahent gänzlich der Willkür des andern überliefert wird, bei dem die Leistung des einen einzig und allein durch den andern bestimmt wird, ist unsittlich, weil er das Rechtsgut der freien Persönlichkeit des Einzelnen verletzt. (Vgl. Zürcher, Die Grenzen der Vertragsfreiheit, S. 30 ff., spez. S. 41.) Allein dieser Tatbestand ist hier eben nicht gegeben. 7. Ist sonach, entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanz, auf die einzelnen Begehren der Klage und der Widerklage einzutreten, so steht vorerst das grundsätzliche Begehren der Klage, das auf Aufhebung des Vertrages gerichtet ist, und das dem entgegengestellte, auf Haltung des Vertrages gerichtete erste Widerklagebegehren, in Frage. a) Der Kläger stützt seine Klage in erster Linie darauf, der Beklagte habe den Vertrag gebrochen und er, der Kläger, sei daher zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt. Einen Vertragsbruch erblickt der Kläger darin, daß vom Beklagten die Tormentill-Crème nicht nach der Formel, wie sie dem Kläger am 16. November 1900 übergeben worden, hergestellt worden sei; diese Formel habe nämlich auch dem Vertrage zu Grunde gelegen. Mit der ersten Instanz ist jedoch anzunehmen, daß die Formel vom 16. November 1900 dem Vertrage nicht zu Grunde lag. Der Vertrag enthält im Art. 1 die allgemeine Formel; er bezeichnet die Bestandteile, aus denen die Crème hergestellt werden soll.

Nach Art. V ist der Beklagte verpflichtet, die Crème stets in gleicher Qualität „nach vereinbarter Zusammenstellung“ zu liefern, und gemäß Art. X bleibt das genaue Rezept das Geheimnis des Beklagten, so lange dieser die Salbe herstellt. Aus diesen Vertragsbestimmungen geht mit aller Klarheit hervor, daß der Wille der Parteien beim Vertragsabschlusse dahin ging, nur die allgemeine Formel, d. h. die Mischung als solche, nicht aber zugleich das Rezept, d. h. das Mischungsverhältnis, zu bestimmen. Jedenfalls hat der Kläger nach den (in Erw. 3 wiedergegebenen) Feststellungen der ersten Instanz, die nicht aktenwidrig sind, und an die das Bundesgericht daher gebunden ist, den ihm obliegenden Beweis der Vereinbarung des ihm am 16. November 1900 übergebenen Rezeptes nicht geleistet. Dagegen haben die Zeugen Bernhardt und Schreiber bestätigt, daß die Salbe im wesentlichen stets nach demselben Rezept bereitet worden ist. Eben- sowenig hat der Kläger nachgewiesen, daß ihm ein Gehalt von 10 % Tormentill-Extrakt zugesichert worden sei. Er könnte daher den Vertrag auch nicht wegen was er übrigens nicht tut — Irrtums oder Betruges anfechten, weil der Tormentill-Gehalt zu gering sei. Übrigens ist nach den Gutachten der Tormentill-Gehalt unerheblich. Endlich könnte der Kläger auch aus dem Grunde wegen zu geringen Tormentill-Gehaltes nicht vom Vertrage zurücktreten, weil er dem Beklagten nie eine Nachfrist im Sinne des Art. 122 O.=R. gesetzt hat. Der Kläger hat daher keinen andern Anspruch gegen den Beklagten als den, daß dieser die Crème aus den im Vertrage spezifizierten Ingredienzien und zwar in dem in das Ermessen des Beklagten gestellten bzw. den ersten Proben entsprechenden Mischungsverhältnisse herstelle. Nach dieser Richtung ist festgestellt, daß der Beklagte sich immer an die bei Anfertigung der Proben befolgte Formel gehalten hat. Der Kläger hat die Proben genehmigt und auch bis zum 21. Dezember 1900 die gelieferte Ware nie bemängelt, sie gegenteils nach Aussage Bernhardts gerühmt. Auch von Seite der Abnehmer sind Reklamationen nicht erfolgt. Die Mängelrüge ist daher gemäß Art. 360 O.=R. verwirkt. Dasselbe gilt mit Bezug auf den Zusatz von Lanolin und Vaseline, sowie das Gewicht der Dosen. Die Zurückverfügung-Stellung vom 21. Dezember 1900 endlich berechtigt den Kläger nicht zum Rücktritte vom Vertrage, weil es sich um ein Lieferungsgeschäft handelt und jede Lieferung einzeln zu beurteilen ist, zumal aus der Mangelhaftigkeit der einen Lieferung keineswegs hervorgeht, daß der Beklagte überhaupt nicht vertragsgemäß liefern könnte oder wollte. b) Auf Art. IX des Vertrages kann sich der Kläger nicht berufen, da er von der einmonatlichen Kündigungsfrist nie Gebrauch gemacht hat. Das Recht der Kündigung für den Fall schlechter Rendite bleibt dem Kläger vorbehalten. c) Von der stillschweigenden oder ausdrücklichen Zustimmung des Beklagten zur Aufhebung des Vertrages kann aus den im erstinstanzlichen Urteile angeführten Gründen keine Rede sein. Der Vertrag ist also vom Kläger zu halten; die Crème ist nach dem von Anfang an befolgten Rezept herzustellen, das durch die Zeugen Bernhardt und Schreiber dahin präzisiert worden ist: Zinkoxyd 200 Gramm, Borsäure 200 Gramm, Bismuth 20 Gramm, Oleum paraffini 500 Gramm, Lanolinum 1200 Gramm, Unguentum paraffini 4000 Gramm, Extract torment. 100 Gramm, Balsamum peruv. 40 Gramm, weißer Wachs 40 Gramm. 8. Danach fehlt es der Entschädigungsforderung des Klägers am Fundamente, da nicht von einer Auflösung des Vertrages infolge Verschuldens des Beklagten gesprochen werden kann. Die auf Art. 55 O.=R. gestützte Forderung von 5000 Fr. ist übrigens auch deshalb unbegründet, weil es am Nachweise einer ernstlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers durch den Beklagten völlig fehlt. Auch die übrigen Begehren der Hauptklage können danach nicht geschützt werden. 9. Umgekehrt muß die Entschädigungsforderung des Beklagten grundsätzlich gutgehen

werden, soweit mit ihr Schadenersatz wegen Nichthaltung des Vertrages vom 7. Februar 1901 an bis zum heutigen Tage verlangt wird. Dagegen kann die Schadenersatzforderung nicht gutgeheißen werden, soweit sie Ersatz des noch drohenden Schadens verlangt, da hierfür alle Anhaltspunkte fehlen. Auch die Bemessung des bisher entstandenen Schadens ist schwierig. Es kann nicht einfach mit der ersten Instanz der Gewinnausfall auf jeder Dose und Tube nach der vom Experten

Nienhaus richtig befundenen Berechnung des Beklagten als Schaden dem Kläger angerechnet werden, da sich in dieser Berechnung auch die Arbeitskraft des Beklagten eingesetzt findet, diese aber mit der Nichthaltung des Vertrages durch den Beklagten freigegeben worden ist. Zu berücksichtigen ist auch die Ungewißheit des Absatzes und die Möglichkeit einer Kündigung von Seite des Klägers. Trotz der nicht ganz vollständigen Aufklärung über das Maß des Schadens, empfiehlt es sich immerhin heute eine Averalschädigung zu sprechen und die Liquidierung des Schadenersatzanspruches nicht etwa einem besonderen Verfahren zuzuweisen. Wird angenommen, der Beklagte hätte für die Zeit vom 7. Februar 1901 bis heute ungefähr gleich viel abgesetzt, wie bis zum 7. Februar 1902, nämlich circa 20,000 Dosen, und wird der entgangene Gewinn per Dose auf circa 12 Ets. veranschlagt, so ergibt das einen Schaden von 2000—2400 Fr. Hievon ist aus den oben entwickelten Gründen die untere Grenze zu wählen. Die Entschädigungsforderung des Beklagten ist somit im Betrage von 2000 Fr. gutzuheißen. 10. Abzuweisen ist dagegen der Genugtuungsanspruch des Beklagten, da dieser eine unerlaubte Handlung des Klägers neben der Vertragsverletzung bestünde, nicht dargetan hat, Vertragsverletzungen aber Ersatz des seelischen, ideellen Schadens nach dem schweiz. O.=R. nicht gewährt wird. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung des Klägers wird abgewiesen, diejenige des Beklagten dagegen als teilweise begründet erklärt. Demgemäß wird, in Abänderung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 29. Dezember 1902, die Klage abgewiesen und der Kläger verurteilt a) den mit dem Beklagten am 15. April 1899 abgeschlossenen Vertrag im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu halten; b) dem Beklagten für die Zeit vom 7. Februar 1901 bis 28. Februar 1903 eine Gesamtentschädigung von 2000 Fr., samt Zins zu 5 % seit heute, zu bezahlen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.