

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZugabeVO § 1 Abs. 1, Abs. 2 c

"Automatentruhe"

- a) Zum Begriff der gleichen Ware bei der Zugabe von Waren, hier: keine Gleichheit von Zigarettenuautomaten und -truhen.
- b) Zur Frage der Nebenware, wenn gegen Rückgabe von 5 Altautomaten eine neue Automatentruhe kostenlos angeboten wird "bei Neukauf von 5 Automaten".

BGH, Urt. v. 21. April 1978 - I ZR 165/76 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 165/76

URTEIL

Verkündet am

21. April 1978
Zug,
Justizhauptsekretär
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Automatenfabrik Dieter G [REDACTED], E [REDACTED]/Fürth,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Hans W [REDACTED], Automatenbau, H [REDACTED]/Emsland,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

5

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1978 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 21. Oktober 1976 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Beide Parteien stellen Zigarettensautomaten her und vertreiben sie an Automatenaufsteller. Die Beklagte veranstaltet nach ihrem Vorbringen seit mehreren Jahren alljährlich Verkaufs- und Rückgabeaktionen in der Weise, die sich aus dem unter dem 30. September 1974 versandten Rundschreiben ergibt, in dem es u.a. heißt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



"Auch in diesem Jahr nehmen wir zum Jahresende Altautomaten zurück und bieten Ihnen an:
Neukauf von 5 Automaten G 70-10 oder G 70-14 oder
8 Automaten G 70-6.
Rückgabe von 5 gebrauchten Geräten, kostenlose Ersatzlieferung wahlweise:
1 Automatentruhe Typ G 70-10 oder
1 Automaten-Truhe G 70-14 oder
1 Automaten-Truhe G 70-10-20/G 70-14-28 für
2 Umtauscheinheiten.

...

Die Automaten, die Sie bis 1964 gekauft haben, müßten Sie 1974 austauschen, wenn Ihr Bestand nicht überaltern soll und Sie es vermeiden wollen, aus der Substanz zu leben."

Soweit dabei das Wort "kostenlos" verwendet wurde, hat die Beklagte inzwischen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben.

Jährlich nimmt die Beklagte, wie sie vorträgt, etwa 10.000 Altautomaten zurück. Der Umsatz aus dem Verkauf kompletter gebrauchter Geräte betrug angeblich 1975 DM 91.000,- und 1974 DM 156.000,-.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Verkaufsmethode der Beklagten verstoße gegen die Zugabeverordnung und gegen § 3 UWG.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,--, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, oder einer Ordnungshaft bis zu 2 Jahren zu unterlassen,

- a) beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettensautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettensautomatentruhe anzubieten und/oder zu gewähren, ohne diese Mehrlieferung von der Rückgabe gebrauchter Zigarettensautomaten durch den Kunden abhängig zu machen;
- b) beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettensautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettensautomatentruhe mit dem Hinweis anzukündigen und/oder zu gewähren, der Kunde erhalte diese Mehrlieferung, wenn er 5 gebrauchte Zigarettensautomaten zurückgebe;

hilfsweise zu b):

beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettensautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettensautomatentruhe anzukündigen und/oder zu gewähren, sofern der Kunde für diesen Zigarettensautomaten 5 gebrauchte Zigarettensautomaten zurückgibt, die zusammen einen Verkehrswert von weniger als DM 225,-- haben;

hilfsweise dazu:

beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettensautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettensautomatentruhe anzukündigen und/oder zu gewähren, sofern der Kunde für diesen

Zigarettenautomaten 5 gebrauchte Zigarettenautomaten zurückgibt, die zusammen einen Verkehrswert von weniger als DM 100,-- haben;

hilfsweise dazu:

beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettenautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettenautomatentruhe anzukündigen und/oder zu gewähren, sofern der Kunde für diesen Zigarettenautomaten 5 gebrauchte Zigarettenautomaten zurückgibt, die zusammen einen Verkehrswert von weniger als DM 30,-- haben.

- c) beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettenautomaten die Mehrlieferung einer wahlweise vom Kunden auszusuchenden Zigarettenautomatentruhe bei Rückgabe von 5 gebrauchten Zigarettenautomaten anzubieten, ohne darauf hinzuweisen, daß die zurückzugebenden Zigarettenautomaten bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllen müssen;
- d) den Umtausch von gebrauchten Zigarettenautomaten im Neu-Verkaufsgeschäft für einen nach Monaten berechneten bestimmten Zeitraum anzukündigen.

- 2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu geben, an welche Personen sie das Rundschreiben vom 30. September 1974 versandt hat und das zweiseitige Schreiben "Umtauschangebot", welches als Anlage Bf. 1 eingereicht worden ist.

3. Hinsichtlich der von ihr im Berufungsrechtszuge verfolgten Unterlassungsansprüche festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser infolge des Verstoßes gegen die Unterlassungspflichten entstanden ist oder noch entsteht.

Zum Antrag 1 a hat die Klägerin vorgetragen: Entgegen dem Rundschreiben habe die Beklagte unter Verstoß gegen die Zugabeverordnung die zusätzliche Automatentruhe auch dann angeboten, wenn keine Altautomaten zurückgegeben worden seien. So seien bei den Firmen H [REDACTED], K [REDACTED] und F [REDACTED] über Jahre hinweg keine Geräte abgeholt und auch nicht angemahnt worden.

Erlaubte Ausnahmen vom Zugabeverbot lägen nicht vor. So greife zu Gunsten der Beklagten nicht § 1 Abs. 2 c der ZugabeVO ein. Denn die Zugabe bestehe nicht in gleicher Ware. Bei der zusätzlich gelieferten Truhe handle es sich um eine gesonderte Ware, da die Beklagte selbst zwischen Automaten und Truhen unterscheide, wie sich aus den Preislisten und dem Katalog ergebe. Die Truhen wiesen Holzbestandteile auf und würden insbesondere in Räumen aufgestellt. Sie hätten auch andere Preise als die Wandautomaten. Schon die Wahlmöglichkeit bezüglich der verschiedenen Truhen schließe eine Identität aus.

Die Umtauschaktionen der Beklagten seien auch nicht handelsüblich im Sinne des § 1 Abs. 2 Ziff. d ZugabeVO. Die Beklagte sei die einzige Firma, die derartige Rücknahmeaktionen durchführe. Die vom Inhaber der Beklagten genannten Firmen gingen keineswegs in der gleichen Weise vor wie die Beklagte. Diese Firmen nähmen lediglich Altgeräte in Zahlung, ohne daß es zu einer Koppelung mit Neubestellungen komme.

Zum Antrag 1 b: Soweit die Beklagte die Altautomaten zurücknehme, liege ebenfalls ein Verstoß gegen die Zugabeverordnung vor. Diese Automaten könnten, weil wertlos, im Verkehr nicht mehr verwendet werden, es liege ein Scheinentgelt vor. Denn der Schrottwert eines Altautomaten betrage 8 Pfennig je kg. Da ein Zigarettensautomat etwa 70 kg wiege, ergebe sich ein Schrottwert von DM 5,60. Der Wert von 5 Altautomaten betrage demnach weniger als DM 30,--, während die Automatentruhe bei einem Verkaufspreis von wenigstens DM 645,- einen Einstandspreis von mindestens DM 450,- habe. Falls die 5 Altautomaten im Einzelfall tatsächlich einen Wert erreichen sollten, der nicht mehr als Scheinentgelt angesehen werden könne, sei das reiner Zufall und daher im Rahmen des Antrages zu 1 b nicht zu berücksichtigen.

Zum Antrag 1 c: Das Rundschreiben vom 30. September 1974 sei irreführend, weil es verschweige, daß die Beklagte, wie sie nunmehr im Rahmen des Verfügungsverfahrens erklärt habe, keine wertlosen oder unbrauchbaren Altautomaten zurücknehme.

Zum - im Wege der Klageerweiterung im Berufungsverfahren eingeführten - Klageantrag 1 d hat die Klägerin geltend gemacht, die zeitliche Begrenzung mache die Aktion der Beklagten zu einer unzulässigen Sonderveranstaltung.

Die Ansprüche seien auch entgegen der Ansicht der Beklagten weder verjährt noch verwirkt. Denn die Klägerin habe erst 1974 durch das Rundschreiben Anhaltspunkte über das Vorgehen der Beklagten erhalten und erst 1975 dem Vorbringen der Beklagten entnehmen können, daß diese besondere Anforderungen an die Automaten stelle. Durch das Verhalten der Beklagten sei ihr auch ein Schaden entstanden. So ergebe sich aus den von der Beklagten vorgelegten Auftragsbestätigungen, daß allein 21 Firmen aufgrund des Angebots der Beklagten zu dieser übergewechselt seien.

Die Beklagte hat vorgetragen, ein Verstoß gegen die Zugabeverordnung scheide schon deshalb aus, weil es sich bei den zum Kauf angebotenen Automaten und der zusätzlichen Automatentruhe um gleiche Waren im Sinne des § 1 Abs. 2 c ZugabeVO handle. Von den übrigen Automaten unterscheide sich die Truhe nur durch die Zahl der Schächte. Die Truhe sei lediglich anders "verpackt". Für die Abnehmer sei unbeachtlich, daß die Truhen nur im Innern von Räumen aufgestellt zu werden pflegten. Der höhere Preis erkläre sich aus dem Zubehör. Die Beklagte sei auch nicht das einzige Unternehmen, das Altgeräte zurücknehme, weshalb die Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 2 d ZugabeVO ebenfalls eingreife.

Zum Klageantrag 1a: Die Kunden erhielten die Automaten-truhe nur gegen Rückgabe von 5 vollständigen und funktions-tüchtigen Altautomaten. Die gelegentlich verzögerte Abholung habe keine rechtliche Bedeutung. Denn aus abwicklungstech-nischen Gründen lasse es sich nicht immer einrichten, daß die gebrauchten Geräte stets gleich bei der Anlieferung der Neu-geräte abgeholt würden. Diese müßten häufig von den Kunden erst gegen die neuen Geräte ausgewechselt werden. Sofern der Kunde die Beklagte nicht von sich aus über die mögliche Rück-gabe unterrichte, erhalte er zumindest einmal jährlich den Stand seines bei der Beklagten geführten Gebrauchtautomaten-Kontos mitgeteilt mit der Anfrage, wann eine Abholung erfol-gen könne. Gegebenenfalls frage auch der zuständige Vertreter nach. Sofern die Kunden nicht in der Lage seien, die geschul-deten Altautomaten zurückzugeben, erfolge eine Nachberechnung. Die Firma H. [REDACTED] sei am 17. Mai 1974 zur Rückgabe von 5 Ge-räten aufgefordert worden. Durch Schreiben vom 24. Mai 1974 sei ihr mitgeteilt worden, daß auf die Rückgabe der Geräte, für die jeweils 140,-- DM veranschlagt werde, nicht verzichtet werden könne und daß dann, wenn die Geräte nicht zurückgegeben werden könnten, eine entsprechende Nachberechnung erfolge.

Zum Klageantrag 1 b: Die Rückgabe der Altgeräte könne nicht als Scheinentgelt angesehen werden. Diese Automaten hätten einen mittleren Marktwert von DM 140,-. Der Wert von 5 Altautomaten entspreche daher dem Wert der zusätzlich gelieferten Automatentruhe. Wertlose Schrottgeräte würden beim Umtausch nicht angerechnet. Die Geräte würden sowohl bei der Abholung als auch bei der Beklagten überprüft. Handle es sich um ein mangelhaftes Gerät, so nähme es der Fahrer nicht mit. Geschehe das doch einmal, so erhalte der Kunde die Mitteilung, daß dieses Gerät ihm nicht gutgeschrieben werden könne. Für Geräte, die zwar vollständig und funktionstüchtig seien, die aber aufgrund ihres Erhaltungszustandes den in Ansatz gebrachten mittleren Marktwert nicht erreichten, erhalte der Kunde lediglich eine Teilgutschrift. Ihr Lager bestehe demgemäß nicht aus wertlosen Geräten. Die Altautomaten seien wieder absetzbar und hätten auch für Kunden einen gewissen Wert. Es handle sich um noch betriebsfähige Geräte, die lediglich störanfälliger seien als Neugeräte. Es gebe einen Markt für Gebrauchtautomaten, auf diesem betätigten sich z.B. die Firmen R., K., R., F. und S.

Auch die Kalkulation der Beklagten sei ordnungsgemäß und stehe der Annahme eines Scheinentgelts entgegen. Sie gründe sich vorwiegend auf den Verkauf von kompletten Automaten und auf dem Verkauf von ausgeschlachteten Einzelteilen. Im übrigen spreche auch die Dauer der Aktion - sie werde schon seit 15 Jahren praktiziert - für die Ordnungsmäßigkeit der Kalkulation. Die Konditionen seien den Kunden auf Grund der langen Praxis und der langjährigen Geschäftsbeziehungen bekannt.

Zum Antrag 1 c: Das beanstandete Rundschreiben sei nicht irreführend; es nehme ausdrücklich auf noch im Einsatz befindliche Geräte Bezug. Es komme zum Ausdruck, daß qualitative Anforderungen an die Altautomaten gestellt würden. Dies ergebe schon der Wortlaut. Außerdem richte sich das Rundschreiben nur an Kunden, mit denen die Beklagte bereits in Vertragsbeziehungen gestanden habe und die daher die Handhabung aus den vergangenen Jahren gekannt hätten. Im übrigen werde im Rahmen des im Einzelfall ergehenden Angebots stets noch darauf hingewiesen, daß die Altautomaten komplett und funktionsfähig sein müßten.

Die Beklagte führt ferner aus, sie erhebe vorsorglich die Einrede der Verjährung und berufe sich auf Verwirkung. Die Klägerin habe auch keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergebe, daß ihr wahrscheinlich ein Schaden entstanden sei. Die Beklagte wende sich mit ihrem Umtauschangebot nur an ihren eigenen Kundenstamm. Eine Verpflichtung zur Auskunft sei nicht gegeben, weil das Verlangen der Klägerin gegen Treu und Glauben verstoße. Das Verzeichnis der Kunden stelle in der Automatenbranche ein echtes Betriebsgeheimnis dar. Sie habe in der Bundesrepublik und im europäischen Raum die beherrschende Marktstellung; die Klägerin habe nur einen Marktanteil von weniger als 10 %. Sie würde deshalb durch die Bekanntgabe des Kundenstammes einen Marktvorteil erwerben, den sie sich sonst erst nach langen Jahren intensiver Arbeit erringen könne.

Das Landgericht hat die Klage bezüglich der Anträge zu 1 a und b abgewiesen, ihr bezüglich der Anträge 1 c, 2 und 3 stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Be-

rufung eingelegt, soweit ihren Anträgen nicht stattgegeben worden ist. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz neu den Antrag zu 1 d und die aufgeführten Hilfsanträge gestellt.

Durch das angefochtene Urteil hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin die Beklagte auch hinsichtlich der Anträge 1 a, b und d, sowie - insoweit - gemäß den Anträgen 2 und 3 verurteilt. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der diese ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, hält jedoch den Antrag zu 1 d nur noch als weiteren Hilfsantrag zu 1 b aufrecht.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht sieht die vier in den Klageanträgen zu 1 a bis d beschriebenen Handlungen als jeweils selbständige Verletzungsformen an. Ob dies auch für den Antrag zu 1 d zutrifft, bedarf keiner Erörterung mehr, nachdem die Klägerin diesen Antrag in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nur noch als weiteren Hilfsantrag zum Klageantrag 1 b aufrecht erhalten hat. Im übrigen begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts keinen Bedenken. So schließen sich insbesondere die Anträge zu 1 a und 1 b nicht gegenseitig aus, weil die Klägerin vorgetragen hat, daß die Beklagte jedenfalls in einigen Fällen ihr Angebot einer Mehrlieferung so praktiziert habe, daß es von diesen Empfängern in Wahrheit als nicht von der Rückgabe von Altautomaten abhängig angesehen worden sei (Antrag 1 a), während andere

Empfänger es entsprechend dem Wortlaut des Rundschreibens als Angebot einer Mehrleistung nur gegen Rückgabe von Altautomaten aufgefaßt hätten (Antrag 1 b).

II. Unterlassungsansprüche 1 a bis c:

1. Die Verurteilung gemäß Klageantrag 1 a stützt das Berufungsgericht auf § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO, wonach es verboten ist, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware eine Zugabe anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

a) Die für die Annahme einer Zugabe im Sinne des Abs. 1 Satz 1 aaO wesentliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die von ihm gegenüber dem Angebot der Hauptleistung - Lieferung von 5 Neuautomaten - als Nebenware angesehene Truhe ohne Gegenleistung angeboten worden sei, stützt das Berufungsgericht auf das Verhalten der Beklagten in den Fällen H [REDACTED], K [REDACTED] und F [REDACTED]. Es führt dazu aus, im Falle H [REDACTED] habe die Beklagte erst ab 17. Mai 1974 die Rückgabe der Altgeräte angemahnt, die für die bereits am 7. Juli 1972 gelieferte Truhe hätten zurückgegeben werden müssen, so daß fast zwei Jahre verstrichen seien, bis die Beklagte deutlich gemacht habe, daß sie auf die Rückgabe nicht verzichten wolle. Im Falle K [REDACTED] sei die Lieferung am 15. Juni 1972 erfolgt, die erste Erinnerung an die drei restlichen zurückzugebenden Geräte sei am 8. Januar 1975 ergangen, also zu einem Zeitpunkt, als der vorliegende Rechtsstreit bereits anhängig gewesen sei. Eine Nachberechnung sei erst durch Schreiben vom 19. Februar 1975 erfolgt. Im Falle F [REDACTED] seien mehr als drei Jahre vergangen, ohne daß die Beklagte an die Rückgabe der Altgeräte erinnert habe: Nach der Lieferung vom 14./16. Februar 1972 habe die Firma F [REDACTED] 7 Altgeräte zurückgeben müssen. Erst

am 17. März 1975 sei die Beklagte an diese Firma herangetreten und habe eine Nachberechnung der Truhe angedroht, falls die Rückgabe nicht doch noch erfolge. Daß diese Firmen zwischenzeitlich gemahnt worden seien, habe die Beklagte nicht substantiiert unter Beweisantritt vorgetragen. In diesen drei Fällen habe die Beklagte, so führt das Berufungsgericht weiter aus, die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß die Kunden bei den jährlichen Umtauschaktionen den Hinweis auf die Notwendigkeit der Rückgabe von Altgeräten nicht mehr als ernstgemeinte Bedingung aufzufassen brauchten.

Die Revision rügt diese Schlußfolgerung als reine Mutmaßung, die weder durch den Wortlaut der Rundschreiben, noch durch die Lebenserfahrung gedeckt sei. Der Wortlaut des Rundschreibens sei insoweit ganz eindeutig und gebe für eine Auffassung, wie sie das Berufungsgericht den Kunden zugeschrieben habe, keinen Raum. Dabei vernachlässigt die Revision aber den Umstand, daß das Berufungsgericht jene Auffassung des Angebots der Beklagten nicht für den Zeitpunkt des Erstkaufs im Jahre 1972 feststellt, in dem für die Angebotsempfänger tatsächlich kein Anhaltspunkt für die Annahme bestanden haben mag, daß entgegen dem Wortlaut die Rückgabeverpflichtung nicht ernsthaft gemeint sei. Das Berufungsgericht stellt vielmehr auf einen Zeitpunkt von zwei bzw. drei Jahren nach dem Erstkauf ab und folgert aus der Tatsache, daß inzwischen, jährlich zur gleichen Zeit, erneut mit einem solchen Umtauschangebot geworben wurde, andererseits aber auf Einhaltung der früher übernommenen Rückgabeverpflichtung nicht gedrungen wurde, daß nunmehr das Angebot in dem von ihm festgestellten Sinne verstanden werde, jedenfalls soweit es sich um diese drei Kunden gehandelt habe. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß derartige Verzögerungen als im kaufmännischen Verkehr häufig zu solchen Schlüssen nicht führen

könnten. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß gewisse Verzögerungen durchaus als nicht ungewöhnlich hingenommen werden, ohne daß darin ein Verzicht gesehen wird. Wenn das Berufungsgericht aber ausführt, daß spätestens nach Beginn der zweiten, erst recht der dritten, derartigen Aktion nach Lieferung der Truhe der Kunde davon ausgehen müsse, daß im Geschäftsbetrieb der Beklagten die Zusatzlieferung bereits kaufmännisch abgewickelt worden sei und die Beklagte demnach auf die Rückgabe der Altgeräte offenbar keinen Wert mehr lege, so widerspricht das nicht der Lebenserfahrung, zumal wenn man berücksichtigt, daß es sich entsprechend den Rundschreiben und Angeboten der Beklagten um regelmäßig mehr als 10 Jahre alte Geräte handelt, die beim Kunden bereits abgeschrieben sind und deren Wert durch eine so verzögerte Abholung, die noch dazu mit weiteren Kosten verbunden ist, noch weiter sinkt. Auch die weitere in diesem Zusammenhang erhebliche Feststellung des Berufungsgerichts, der Kunde erhalte auch von der Beklagten nicht in festen Abständen Abrechnungen über den Stand des Altautomatenkontos, ist nicht unter Verletzung der Prozeßordnung getroffen worden. Das Berufungsgericht stützt diese Feststellung auf die in Anlage III und IV von der Beklagten vorgelegten Schreiben. Beweis über die entgegenstehende, bestrittene Behauptung des Beklagten brauchte das Berufungsgericht, ohne gegen § 286 ZPO zu verstoßen, nicht erheben, weil die Beklagte insoweit nicht prozeßordnungsgemäß Beweis angetreten hatte (vgl. GA 127, 173, 213).

b) Für den Fall, daß die Annahme einer Zugabe der rechtlichen Nachprüfung standhalte, beruft sich die Revision auf die in § 1 Abs. 2 c ZugabeVO zugelassene Ausnahme, nach der das Zugabeverbot nicht gilt, wenn die Zugabe zu Waren in

einer bestimmten Menge gleicher Waren besteht. Sie vertritt die Auffassung, daß die als Zugabe angesehene Automatentruhe im Hinblick auf das Hauptangebot eine solche gleiche Ware sei.

Auch diese Rüge führt nicht zum Erfolg. Der Begriff der "gleichen" Ware im Sinne des § 1 Abs. 2 c ZugabeVO ist zwar vom Wortlaut her nicht eindeutig, insbesondere verschiedener Auslegung in der Richtung zugänglich, ob völlige Identität mit der Hauptware oder geringere Grade der Übereinstimmung mit dieser verlangt werden müssen. In diesem Sinne hat sich z.B. Hefermehl 11. Aufl., § 1 ZugabeVO Anm. 76 für eine weitere Auslegung ausgesprochen, falls es sich um Zugaben im Verhältnis zwischen Herstellern und Großhändlern oder Großhändlern und Einzelhändlern handele. Dagegen besteht weitgehend Übereinstimmung darin, daß der Begriff "gleiche Ware" sonst grundsätzlich dahin zu verstehen sei, daß die zugegebene Ware mit der Hauptware qualitativ völlig identisch sein müsse (vgl. z.B. Hefermehl aaO; Hoth/Gloy Zugabe und Rabatt § 1 ZugabeVO Anm. 94). Der Senat ist der Auffassung, daß der Begriff "gleiche Ware" einheitlich und in Übereinstimmung mit dem Begriff der "verkauften Ware" im Sinne des § 7 Abs. 2 RabG auszulegen ist. Dies legt bereits die Entstehungsgeschichte beider Vorschriften nahe. Bei Erlaß der Zugabeverordnung sollte durch die Ausnahmenvorschrift klargestellt werden, daß der herkömmliche Warenrabatt vom Zugabeverbot nicht erfaßt werden sollte. Da aber wegen der Wortfassung "gleiche Ware" alsbald Zweifel entstanden, welche Waren noch als gleich anzusehen seien, wurde bei dem folgenden Erlaß des Rabattgesetzes, das den vom Zugabeverbot ausgenommenen Fall des Mengennachlasses nunmehr regelte, die Beschreibung des auch dort - eingeschränkt - zugelassenen Warenrabatts dahin verdeutlicht, daß es sich um die Hingabe einer Menge der "verkauften" Ware handeln müsse. Damit sah der Gesetz-

geber, wie die Begründung zum Rabattgesetz ergibt (vgl. Begründung zum Gesetz über Preisnachlässe (RabG) vom 25. November 1933 (RGBl I 1011), RAnz Nr. 284 vom 5. Dezember 1933), die im Anschluß an § 1 Abs. 2 c ZugabeVO entstandenen Zweifel als im Sinne der herrschenden Lehre beendet an, wobei zusätzlich ausgeführt wurde, es dürfe also nur dieselbe Ware und von derselben Ware nur die gleiche Qualität gegeben werden. Danach kann jedenfalls aus der unterschiedlichen Wortfassung nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe durch die unterbliebene Anpassung des Wortlauts der Zugabeverordnung etwa zum Ausdruck bringen wollen, daß die Begriffe unterschiedlich ausgelegt, insbesondere im Falle des § 1 Abs. 2 c ZugabeVO ein weiterer Spielraum eingeräumt werden solle (insoweit zweifelnd, jedoch ohne Berücksichtigung der zitierten Amtlichen Begründung LG Köln GRUR 1952, 428, 430). Diese Auslegung steht auch in Übereinstimmung mit dem Grund der Ausnahmevorschrift, der nach der Amtlichen Erläuterung (RAnz Nr. 61 vom 12. März 1932) darin bestehen sollte, daß der Warenrabatt ohne weiteres den Wert der Zuwendung erkennen lasse und daher eine Täuschung über das Maß der gebotenen Begünstigung und damit eine Verschleierung des Preises ausschließe. Denn eine weite Auslegung, bei der etwa als Gleichheit der Ware noch Merkmale wie Ähnlichkeit, Gleichartigkeit, Betriebsverwandtschaft oder Gebrauchsnähe berücksichtigt werden müßten, würde solche Tendenzen zur Preisverschleierung und zur Täuschung über den Wert des Angebots begünstigen. In die gleiche Richtung deuten die Interessen der kaufmännischen Praxis, da eine unterschiedliche Auslegung der erörterten Begriffe eine klare Orientierung über Art und Maß erlaubter Warenrabatte erschweren und vermeidbare Auseinandersetzungen hervorrufen könnte (vgl. dazu den vom Landgericht Köln (aaO) entschiedenen Sachverhalt).

Im Streitfall hat das Berufungsgericht eine Gleichheit der Waren in dem dargelegten Sinne für die in Rede stehenden Zigarettensautomaten des Neuwarenangebots und für die dazu gelieferte Truhe verneint. Unter Heranziehung der - in dem aufgezeigten Rahmen - zu berücksichtigenden Verkehrsauffassung hat es als Unterschiede, die eine Gleichheit mit der verkauften Hauptware ausschließen, angeführt, die Truhe unterscheide sich von den Normalautomaten, die Gegenstand des Hauptangebotes seien, äußerlich durch ihre Ausführung in einer Holzverkleidung, durch ihren Verwendungszweck - als nur in Innenräumen verwendbares Gerät -, durch unterschiedliche Preise, durch die Gestaltung des Angebots als "besonderer Angebotsblock", sowie durch signifikante technische Unterschiede, z.B. bei der Einbruchssicherung. Dem hält die Revision im wesentlichen entgegen, diese Unterschiede könnten nicht ausreichen, um bei den in Betracht kommenden fachmännischen Erwerbern Unklarheiten über den Wert der Zuwendung aufkommen zu lassen. Jedenfalls in einem solchen Falle sei die Forderung nach völliger Identität zu streng. Es kann jedoch - wie oben näher begründet - nicht als Rechtsfehler angesehen werden, wenn das Berufungsgericht das Erfordernis der Gleichheit der Ware eng ausgelegt und im Streitfall nicht als gegeben anerkannt hat. Es hat damit insbesondere dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Rechnung getragen, der einer stark individualisierenden Betrachtungsweise, wie sie die Revision anstrebt, entgegensteht.

2. Klageantrag 1 b:

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVO liegt nach Auffassung des Berufungsgerichts vor, wenn der Beklagte die zusätzliche Lieferung einer Truhe anbiete, ankündige und ge-

währe, soweit dies abhängig gemacht werde von der Bestellung von fünf neuen Geräten und der gleichzeitigen oder späteren Rückgabe von fünf Altgeräten, wie dies im Rundschreiben der Beklagten vom 30. September 1974 angekündigt worden sei. Daß auch bei dieser Konstellation die Truhe eine Nebenware im Sinne der Zugabeverordnung sei, stellt die Revision in Abrede. Sie meint, es handele sich dabei um die Koppelung zweier Hauptleistungen, wobei die eine Hauptleistung in dem Umtauschangebot liege, die andere in dem damit gekoppelten Angebot der Neugeräte. Auch diese Rüge greift nicht durch: Ob eine Ware Nebenware zu einer anderen Ware ist, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung, die sich vornehmlich an der Art und dem erkennbaren wirtschaftlichen Sinn des Angebots orientiert (st. Rspr. vgl. z.B. BGH GRUR 1972, 611 Cognac-Portionierer). Das Berufungsgericht stellt dazu fest, die Truhe werde nach Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise mit Rücksicht auf den Erwerb der Neuautomaten als der Hauptware angeboten. Es stützt diese Feststellung auf folgende Erwägungen: Die Truhe werde im Rundschreiben als "kostenlose Ersatzlieferung" bezeichnet. Wirtschaftlich stehe der Erwerb der Neugeräte schon durch den in voller Höhe verlangten Preis im Vordergrund. Das Angebot der Truhe solle erkennbar als Anreiz zum Erwerb der fünf Neugeräte wirken. Dem Erwerb der Truhe komme im Rahmen des Angebots keine eigenständige, auf Erlös gerichtete Funktion zu, zumal die Gebrauchtautomaten keinen angemessenen Gegenwert für die Truhe darstellten. Es ist kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht aus diesen Einzelfeststellungen den Schluß gezogen hat, die angesprochenen Verkehrskreise faßten das Angebot der Truhe als das einer Nebenware im Sinne der Zugabeverordnung auf; jedenfalls muß dies gelten, wenn die Auffassung des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung standhält, daß die Gegenleistung für das Angebot der Truhe, die Rückgabe von jeweils fünf Altautomaten, sich im Sinne des § 1 Abs. 1

Satz 2 ZugabeVO als ein geringfügiges, offenbar bloß zum Schein verlangtes Entgelt darstellt. Denn dann muß die Umtauschaktion nicht als ein selbständiges, prinzipiell "abkoppelungsfähiges" Geschäft, sondern als bloßer unselbständiger Anhang zum Ankauf der Neuautomaten erscheinen und damit offenbar werden, daß die Truhe lediglich mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware angeboten wird.

Zur Frage des geringfügigen, offenbar nur zum Schein verlangten Entgelts führt das Berufungsgericht unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beklagten aus, diese habe angesichts des Fehlens eines Marktes für gebrauchte Automaten, jedenfalls bei dem Umfang ihrer Rücknahmeaktionen von jährlich etwa 10.000 Altautomaten, keine Möglichkeit, andere als Schrotterlöse zu erzielen. Diese beliefen sich nach den von ihr selbst eingereichten Unterlagen pro Gerät durchschnittlich auf höchstens DM 15,60. Ihre Behauptung über einen umfangreichen Verkauf von Teilen aus Altgeräten habe sie nicht substantiiert. Damit stehe einem Marktwert von 5 Altgeräten in Höhe von zusammen weniger als DM 80,-- ein Einstandspreis für die Truhe von wenigstens DM 450,-- gegenüber, mithin etwa 1/5. Gemessen am Marktwert der Truhe zwischen 700,-- und 870,-- DM mache der Wert der Gegenleistung damit nur etwa 1/10 aus, womit die Annahme einer Geringfügigkeit im Sinne der genannten Vorschrift begründet sei. Diese Feststellung und diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen.

Sie wendet sich vielmehr gegen die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, damit handele es sich auch um ein offenbar bloß zum Schein verlangtes Entgelt im Sinne des Abs. 1 Satz 2 der genannten Vorschrift. Es komme, meint die Revision,

für die Beklagte nicht auf die Höhe des Wertes der Altgeräte, auch nicht auf den Schrottwert an. Die Revision weist darauf hin, daß für die Frage des Scheinentgelts nicht auf die Verkehrsauffassung, sondern darauf abzustellen sei, ob der Lieferung gegen Rückgabe der Altgeräte eine ordnungsgemäße Kalkulation zugrundeliege. Diese sei aber darin zu sehen, daß die Beklagte ein berechtigtes Interesse daran habe, alte Geräte, die für den Kunden noch einen gewissen Wert hätten und deshalb noch einige Zeit benutzt werden könnten, aus dem Markt zu nehmen, um, wie die Revision wohl meint, damit die Möglichkeit für den Absatz von Neugeräten zu verbessern.

Eine solche Kalkulation kann aber, wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat, - im Sinne der Zugabeverordnung - nicht als eine ordnungsgemäße, die Annahme eines Scheinentgelts ausschließende Kalkulation angesehen werden. Ob nur ein Scheinentgelt gefordert wird, bestimmt sich allein danach, ob das Entgelt für die zusätzliche Ware, hier die Truhe, nach anzuerkennenden kaufmännischen Grundsätzen kalkuliert ist. Die Revision dagegen stellt auf eine Gesamtkalkulation unter Einschluß des gekoppelten Verkaufs von Neugeräten ab. Das ist nicht zulässig, weil sonst gerade jene Kalkulations- und Verkaufsmethode angewendet werden dürfte, deren Ausschaltung Sinn und Zweck der Zugabeverordnung ist: Die Absatzförderung der Hauptware durch den Lockeffer von Nebenwaren, für die kein Entgelt gefordert wird.

3. Den Verwirkungseinwand der Beklagten hat das Berufungsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, es fehle dafür an einem insoweit erforderlichen schützenswerten Besitzstand der Beklagten. Ein solcher Besitzstand, so führt die Revision dagegen an, sei nur ein Grund, aus dem der Verwirkungseinwand er-

wachsen könne, und ein Besitzstand werde bei ständig geübten Werbeaktionen selten in Betracht kommen. Gleichwohl könne es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn unbeschadet der Kenntnis jahrelanger Übung, wie z.B. der Umtauschaktionen der Beklagten, ein Mitbewerber, der zuvor niemals etwas dagegen unternommen habe, verspätet Unterlassungsansprüche geltend mache. Dies müsse hier um so mehr berücksichtigt werden, als die einschlägigen Geschäftskreise sich an diese Methode gewöhnt und sie für notwendig und branchenüblich gehalten hätten. Damit kann die Revision im Streitfall schon deshalb nicht durchdringen, weil der Einwand der Verwirkung gegenüber Rechten, deren Wahrnehmung zugleich im allgemeinen Interesse liegt, nur in Ausnahmefällen durchgreifen kann. Verstöße gegen die Zugabeverordnung verstoßen nach der Systematik des Gesetzes zugleich gegen Interessen der Allgemeinheit, wie sich aus dem auch den Verbänden eingeräumten Klagerecht (§ 2 ZugabeVO) und der Strafbarkeit von Verstößen gegen die Zugabeverordnung (§ 3 ZugabeVO) ergibt.

4. Zum Klageantrag 1 c:

Die Verurteilung, es zu unterlassen, beim Verkauf einer Mehrheit von Zigarettensautomaten die Mehrlieferung einer Truhe bei Rückgabe von 5 gebrauchten Zigarettensautomaten anzubieten, ohne darauf hinzuweisen, daß die zurückzugebenden Altautomaten bestimmten Qualitätsanforderungen genügen müßten, hat das Berufungsgericht damit begründet, das Rundschreiben vom 30. September 1974 stelle ein Angebot dar, das geeignet sei, bei nicht unerheblichen Verkehrskreisen den Eindruck zu erwecken, bei der Rückgabeaktion komme es auf den Zustand und die Beschaffenheit oder sonstige Qualitäten der Altautomaten nicht an, während die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen bestimmte qualitative An-

forderungen stelle. So habe die Beklagte z.B. der Firma W [REDACTED] mitgeteilt, daß nur funktionsfähige Automaten zurückgenommen würden. Der Firma H [REDACTED] habe sie geschrieben, daß es sich um "komplette und im Grunde auch funktionsfähige" Automaten handeln müsse. Auch im Laufe des Rechtsstreits habe sie vorgetragen, daß sie wertlose, insbesondere unvollständige oder Einbruchsautomaten nicht zurücknehme, jedenfalls nicht zugunsten der mitgelieferten Truhe anrechne.

Die Revision hält diese Auslegung des Rundschreibens für sinnwidrig und daher als Grundlage einer entsprechenden Feststellung der Verkehrsauffassung für unzulässig (§§ 133 BGB, 286 ZPO). Denn es werde die Rückgabe von 5 "gebrauchten" Geräten verlangt und im anschließenden Text hervorgehoben, der Bestand des Kunden solle "nicht überaltern", und der Kunde solle es vermeiden "aus der Substanz" zu leben. Dann könne dieser vernünftigerweise aber nicht damit rechnen, nicht nur alte und technisch überholte, sondern auch schon schrottreife und deshalb völlig wertlose Geräte nach den Bedingungen der Umtauschaktion zurückgeben zu dürfen. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der Begriff "Altautomaten" schließe nach dem Sprachgebrauch auch nicht mehr funktionstüchtige, defekte Geräte ein. Auch die Bezeichnung als "gebrauchte" Geräte schließe defekte Geräte nicht aus. Der Überalterungshinweis für 10 Jahre und ältere Geräte stehe einer solchen Deutung ebenfalls nicht entgegen, zumal es bei so alten Geräten naheliege, daß sie nicht nur technisch überholt, sondern auch durch Beschädigungen etc. beeinträchtigt und ausrangiert seien und jedenfalls keinen echten Handelswert mehr hätten. Der Revision ist einzuräumen, daß der beanstandete Text nicht zwingend jedermann den vom Berufungsgericht festgestell-

ten Inhalt aufdrängen muß. Andererseits kann die auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung, daß jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise, insbesondere Neukunden, dem Schreiben einen solchen Inhalt entnehmen könnten, nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, so daß auch diesem Revisionsangriff der Erfolg zu versagen war.

III. Auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Zubilligung des Auskunft- und des Schadensersatzanspruches begründet hat, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Unbegründet ist dabei nach Lage des Falles insbesondere die Rüge, dem Antrag auf Auskunftserteilung hätte zur Vermeidung der Bekanntgabe des Kundenstammes, eines wichtigen Betriebsgeheimnisses der Beklagten, allenfalls durch Einschränkung der Verurteilung auf Auskunftserteilung an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachwalter stattgegeben werden dürfen. Denn die Verurteilung lautet nicht dahin, den Kundenstamm zu offenbaren, sondern Auskunft darüber zu geben, an welche Personen die Beklagte das Rundschreiben vom 30. September 1974 und ein weiteres Schreiben versandt hat. Zu diesem Personenkreis gehörten aber nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht nur bereits geworbene Kunden, sondern auch solche Interessenten, die die Beklagte erst als Kunden werben wollte. Von der Offenbarung von Betriebsgeheimnissen der Beklagten kann aber nicht gesprochen werden, wenn ganz allgemein der Kreis möglicher Interessenten angesprochen worden ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, wie zu entscheiden wäre, wenn das Schreiben der Beklagten lediglich an Personen gerichtet gewesen wäre, die bereits Kunden der Beklagten waren.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen, wobei der Wegfall der Verurteilung zu 1 d, weil von der Verurteilung gemäß Klageantrag 1 b voll umfaßt, keine Auswirkungen auf die Kostentragungspflicht haben konnte.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Dr. Schönberg ist
infolge Erkrankung
an der Unterschrift
verhindert.

Schwerdtfeger

Krüger-Nieland