

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 10/75

URTEIL

Verkündet am
30. Juni 1976

Schnurr
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 1976 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 14. November 1974 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 20. März 1974 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Strafandrohung wie folgt lautet:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen

Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Beklagte ist eine Kaffee-Großrösterei, die ihre Waren auch über eigene Filialen und Frischhalte-depots verkauft. Im Sommer 1973 dekorierte sie die Schaufenster ihrer Filialen für den Verkauf von Kaffee und Opalglas-Schalen. Dazu wurden die Schaufensterscheiben blickfangartig mit einem Streifen beklebt, der die Aufschrift trug:

"Jetzt für Sie schöne Opalglas-Schalen".

Die Dekoration enthielt ferner Bilder mehrerer Opalglas-Schalen, in einer Abbildung gefüllt mit Kaffeebohnen, in anderen mit Früchten und Obstsalat, ferner wurden leere Opalglas-Schalen gezeigt. In der rechten unteren Hälfte des Schaufensters zeigte ein Schild die Aufschrift:

"400 g "sana" der neue Schon-Kaffee in der Opalglas-Schale 8,70"

In den Verkaufsräumen der Filialen befanden sich ferner Schilder mit der Aufschrift:

"Die schöne Opalglas-Schale DM 1,--
beim Kauf von 500 g Kaffee".

Die Beklagte hat im Rahmen dieser Aktion ferner in Publikumszeitschriften geworben, wobei zwei Opalglas-Schalen gefüllt mit Erdbeeren bzw. Kaffeebohnen abgebildet waren und der Text lautete:



"T 
Sana - der neue Schon-Kaffee
400 g gibt's jetzt bei uns in
dieser schönen Opalglas-Schale
zum kleinen Preis von 8,70".

Die Schalen wurden nicht allein abgegeben, sondern entsprechend der Ankündigung als Verpackung von 400 g Kaffee zum Preise von 8,70, wobei die Schale mit einem Kunststoffdeckel verschlossen war oder neben einem Pfund Kaffee zum Preise von 1,-- DM.

Der Kläger, ein Verein, der sich satzungsgemäß der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs widmet, beanstandet die Schaufensterwerbung als irreführend und als unerlaubtes übertriebenes Anlocken, weil in einem Fachgeschäft - wie hier für Kaffee - nicht der Kaffee, sondern der zugegebene oder vorgespannte Nebenartikel so herausgestellt werde, daß die Hauptware Kaffee völlig in den Hintergrund trete. Auch werde die Glasschale lediglich zu einem Scheinentgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVO angeboten und sei damit als Zugabe verboten. Testkäufe in Einzelhandelsgeschäften hätten nämlich für gleichartige Schalen Preise von 1,80 DM bis 4,00 DM ergeben. Schließlich sei die Absatzförderung mit Hilfe branchenfremder Artikel - auch unter dem Vorwand der Verpackung - unlauter, weil der Verbraucher seine Entscheidung dabei nicht von Preis und Qualität der im Wettbewerb stehenden Waren, sondern von der Attraktivität der Vorspannware abhängig mache, was dem Leistungswettbewerb widerspreche. Auch führe es wegen des Nachahmungszwanges zu einer Übersteigerung und zu einer ungesunden Wettbewerbssituation zum Nachteil der Mitbewerber und der die Nebenwaren ständig führenden Fachgeschäfte, wenn

derartige Angebote zugelassen würden. Aus der Werbung der Beklagten seien binnen 12 Monaten 18 derartige Koppelungsangebote beobachtet worden (vgl. Aufstellung Anlage K 10).

Der Kläger hat beantragt zu erkennen:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten, letztere zu vollziehen an ihrem Inhaber, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr mit dem Angebot zu werben

"Jetzt für Sie schöne Opalglas-Schalen", solange die angekündigten Opalglas-Schalen nicht allein, sondern nur zusammen mit 400 g Kaffee der Sorte Sana zum Gesamtpreis von 8,70 DM abgegeben werden;

2. 400 g Kaffee der neuen Sorte Sana in einer Opalglas-Schale zum Gesamtpreis von 8,70 anzubieten und/oder zu vertreiben.

Die Beklagte hält ihre Werbung und diese Vertriebsmethode für zulässig. Die Zugabeverordnung könne hier nicht angewendet werden, weil es sich um eine Verpackung handele, die als handelsüblich einzuordnen sei. Die Zugabeverordnung wolle nicht die Form und Verwendungsmöglichkeit von Verpackungsmitteln beschränken, sondern lediglich den dafür betriebenen Aufwand, der hier bei einem Einstandspreis von etwa 1,-- DM noch angemessen sei. Dieser Preis stehe auch der Annahme eines Scheinentgelts entgegen. Auch gegen § 1 UWG werde nicht verstoßen. Denn Vorspannangebote seien grundsätzlich zulässig und sonstige Unlauterkeitsmerkmale nicht gegeben. Die Branchenverschiedenheit der gekoppelten

Waren sei wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, sei vielmehr vom Grundsatz der Gewerbefreiheit gedeckt und müsse deshalb von den Mitbewerbern der Branche und vom etwa betroffenen Fachhandel hingenommen werden. Auch von einem übertriebenen Anlocken und einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher könne angesichts der Wertverhältnisse nicht gesprochen werden, zumal Mitgehartikel in der Kaffeebranche ganz allgemein und seit langem verwendet würden.

Das Landgericht hat die Beklagte nach den Klageanträgen verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Hinsichtlich der Schaufensterwerbung verneint das Berufungsgericht eine Irreführung. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht verneint auch einen Verstoß gegen die Zugabeverordnung. Zwar stellten Kaffee und Glasschale sich als Haupt- und Nebenware dar, wobei die Schale auch nicht als handelsübliches Zubehör im Sinne des § 1 Abs. 2 Buchstabe d ZugabeVO angesehen werden könne. Eine Zugabe im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO liege aber nicht vor, weil die Glasschale nicht ohne besondere Berechnung angeboten werde. Trotz des Angebots zu einem Gesamtpreis für Kaffee und Schale entnehme der Verkehr dem Wortlaut der Anzeige und der besonderen Herausstellung der Schale in der Werbung sowie der Tatsache, daß es sich um ein

ungewöhnlich wertvolles Verpackungsmittel handele, daß sich der Preis von 8,70 DM aus dem Preis für den Kaffee und dem weiteren Preis der Opalglas-Schalen zusammensetze, wobei 1,-- DM für die Schale berechnet werde. Dabei handele es sich auch nicht um ein Scheinentgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVO. Denn eine Opalglas-Schale könne unstreitig schon für 1,80 DM im Handel erworben werden und bei dieser Lage werde ein Preis von 1,-- DM, weil nicht so erheblich unter dem Verkehrswert liegend, nicht als bloß scheinbares Entgelt aufgefaßt. Auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 3 ZugabeVO scheide aus, weil der Gesamtpreis dem Einzelpreis des Kaffees nicht so nahe komme, daß der Aufschlag so gering erscheine, daß er lediglich als zur Verschleierung einer Zugabe **dienend angesehen werden müsse**.

Auch gegen § 1 UWG verstießen Werbung und Angebot nicht, insbesondere sei die Angebotsgestaltung nicht unter dem Gesichtspunkt des Nachahmungszwanges für Mitbewerber und der Gefahr des Entstehens einer ungesunden Marktsituation unlauter. Es handele sich um eine brauchbare Packung für Kaffee, weil der Kunststoffdeckel jedenfalls vorübergehend einen Schutz des Aromas gewährleiste. Durch die Nachahmung solcher Verpackungen trete jedenfalls solange keine untragbare Belastung des Marktes ein, als das mit Zweitnutzen angebotene Verpackungsmittel auch hinsichtlich des Zweitnutzens eine gewisse Gebrauchsnähe zum Kaffee aufweise. Diese sei hier vorhanden, weil in der Schale Schlagsahne oder Gebäck zum Kaffee serviert werden könne. Auch bestehe nicht die Gefahr der Diskreditierung kleinerer und mittlerer Händler. Denn die Kalkulationsvorteile eines Großunternehmers bei Abnahme großer Mengen seien allgemein bekannt, so daß aus unterschiedlichen Preisen nicht auf überhöhte Gewinne kleinerer Händler geschlossen werde. Schließlich könne auch nicht

von einem übertriebenen Anlocken gesprochen werden. Die Schale übe zwar einen gewissen Kaufanreiz aus. Daß darüber aber Preis und Qualität des Kaffees bei der Kaufentscheidung in den Hintergrund gedrängt würden, sei angesichts des Wertverhältnisses von Haupt- und Nebenware im Streitfall nicht anzunehmen.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht einen Verstoß gegen die Zugabeverordnung verneint. Die Revision wendet sich gegen die Annahme, die Opalglas-Schale als Nebenware werde besonders berechnet und sei aus diesem Grunde keine Zugabe. Soweit das Berufungsgericht den Preis von 8,70 DM für das Angebot von 400 g Sana Kaffee in der Opalglas-Schale als Gesamtpreis in dem Sinne behandelt hat, daß das angesprochene Publikum diesen Preis nicht nur als Entgelt für den Kaffee, sondern als Summe zweier nicht genannter aber berechneter Einzelpreise für Kaffee und Schale auffasse, liegen seine Ausführungen im wesentlichen auf dem Gebiet der tatsächlichen Feststellungen. Revisionsrechtlich erhebliche Bedenken sind dagegen nicht zu erheben, werden auch von der Revision nicht geltend gemacht.

Soweit die Revision sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, der mit 1,-- DM angesetzte Einzelpreis für die Schale sei ein echtes Entgelt und diene nicht nur der Verschleierung des Zugabecharakters der Opalglas-Schale, kann ihr nicht beigelegt werden. Das Berufungsgericht meint dazu, der Gesamtpreis komme dem Einzelpreis des Kaffees nicht so nahe, daß der Aufschlag nur als Scheinentgelt angesehen werden könne und stützt

sich dazu auf den von ihm als unstreitig bezeichneten Sachvortrag, eine Opalglas-Schale entsprechender Art und Güte könne im Handel schon für 1,80 DM bezogen werden. Die Revision macht demgegenüber geltend, die Feststellung eines Preises von 1,80 DM für gleichartige Schalen stehe im Widerspruch zu ihrem Vortrag. Denn sie habe bereits in der Klageschrift behauptet, gleichartige Schalen kosteten 1,80 DM bis 4,-- DM und in der Berufungserwiderung sei durch Sachverständigengutachten Beweis dafür angetreten worden, daß solche Schalen im Fachhandel 3,-- DM bis 4,-- DM kosteten. Die Frage war bereits Gegenstand eines Verfahrens zur Tatbestandberichtigung. Das Berufungsgericht hat die Tatbestandsberichtigung mit einer Begründung, die mit dem Akteninhalt vereinbar ist, abgelehnt, so daß für die Revisionsinstanz davon auszugehen ist, daß solche Schalen im Handel schon zu 1,80 DM erworben werden können. Da nach dem Inhalt der Akten außerdem, was auch die Revision nicht in Abrede stellt, davon auszugehen ist, daß der in Rechnung gestellte Preis von 1,-- DM dem Einstandspreis der Beklagten entspricht, kann es im Ergebnis nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, wenn das Berufungsgericht den Preis für die Opalglas-Schale nicht als lediglich der Verschleierung einer Zugabe dienend beurteilt hat (vgl. BGHZ 34, 264, 268 - Einpfennig-Süßwaren; BGH GRUR 1962, 415, 416 - Glockenpackung; GRUR 1966, 214, 216 - Einführungsangebot).

2. Die Revision ist jedoch begründet, weil das Angebot der Beklagten gegen § 1 UWG verstößt. Das angefochtene Urteil geht davon aus, branchenfremde Vorspannangebote seien nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig. Dem kann nicht zugestimmt werden. In der Rechtsprechung des Bundes-

gerichtshof ist zwar anerkannt, daß es wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn kaufmännisch kalkulierte Waren aus verschiedenen Branchen angeboten werden, die eine gewisse Gebrauchsnähe aufweisen, und mit je eigenem Preis in der Weise angeboten werden, daß eine Ware nicht ohne gleichzeitige Abnahme einer anderen erworben werden kann, es sei denn, daß im Einzelfall besondere erschwerende Umstände hinzukommen (BGH GRUR 1962, 415, 417 - Glockenpackung). Solche besonderen erschwerenden Umstände liegen jedoch, wie der Senat in seinem nach Erlaß des hier angefochtenen Urteils in einer anderen Sache ergangenen Urteil vom 4. Juli 1975 (BGHZ 65, 68 - Vorspannangebot) ausgesprochen hat, in aller Regel in den Fällen sogenannter branchenfremder Vorspannangebote vor. Diese Werbemethode besteht darin, daß neben einer marktüblich angebotenen Hauptware eine andere Ware, die meist betriebs- oder branchenfremd ist, zu einem besonders günstig erscheinenden Preis angeboten, jedoch nicht ohne die Hauptware abgegeben wird. Der Kaufanreiz geht dabei in erster Linie von der Nebenware aus und die Hauptware wird in der Regel ohne nähere Prüfung und ohne die übliche Abwägung gegenüber Waren, die mit dieser konkurrieren, mitgekauft. Eine solche Werbemethode widerspricht den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs und der Funktion des Verbrauchers im Rahmen dieser Ordnung (BGHZ 65, 68, 72).

Im Streitfall sind die Voraussetzungen eines solchen branchenfremden Vorspannangebots gegeben. Opalglas-Schalen der angebotenen Art gehören in der Regel nicht zum Sortiment des Kaffeehandels. Zwar läßt sich, worauf das Berufungsgericht hinweist, gedanklich eine gewisse Gebrauchsnähe zur Hauptware durch die Überlegung herstellen, in einer solchen Schale könne Schlagsahne oder Gebäck zum Kaffee serviert werden. Doch wird dadurch die Annahme eines Vor-

spannangebots nicht ausgeschlossen. Der Begriff der Gebrauchsnähe, wie er im Glockenpackungs-Urteil des Bundesgerichtshofs (GRUR 1962, 415, 417) herangezogen worden ist, dient der Abgrenzung zulässiger Kopplungsangebote von unzulässigen Vorspannangeboten. Bei Kopplungsangeboten ist die Branchenfremdheit einer der zusammen angebotenen **Waren** in der Regel eines der Indizien, die dafür sprechen, daß es sich um ein Vorspannangebot handelt. Weist die branchenfremde Ware dagegen eine gewisse Gebrauchsnähe zur Hauptware auf, so kann unter Umständen dieses Indiz entkräftet werden. Denn wenn die Gebrauchsnähe dazu führt, daß die Zusammenfassung in einem Gesamtangebot trotz Branchenfremdheit vom Verkehr als sachgerecht angesehen wird, so kann jener besondere Kaufanreiz entfallen, den die Kopplung branchenfremder und der Hauptware gebrauchsferner Gegenstände in der Regel dadurch hervorruft, daß die sachlich nicht naheliegend erscheinende Verbindung - zusammen mit einem besonders günstig erscheinenden Preis - den Eindruck eines zugabeähnlichen Werbemittels aufdrängt. Maßgebend ist insoweit die Verkehrsauffassung. Die Feststellung einer Gebrauchsnähe im Sinne sachlich ohne weiteres einleuchtender Verbindung hat der Bundesgerichtshof in dem erwähnten Urteil für das Gesamtangebot eines Päckchens Tee und einer Teetasse als rechtsfehlerfrei anerkannt. Im Falle der Kopplung des Verkaufs von Kaffee mit einer Opalglas-Schale ist sie dagegen zu verneinen. Ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs wird hier die Kopplung als reines Werbemittel im Sinne eines Vorspanns zur Förderung des Absatzes der Hauptware Kaffee auffassen, zumal die Beklagte, wie gerichtsbekannt, durch zahlreiche Angebote ähnlicher Art beim Publikum die Erwartung gefördert hat, jede derartige Nebenware werde allein aus Werbegründen und nicht

wegen der sachlichen Nähe zur Hauptware angeboten.

Die weitere Voraussetzung eines Vorspannangebotes, daß der Preis als besonders günstig erscheint, ist nach den getroffenen Feststellungen gegeben. Denn wenn die Opalglas-Schale im Handel für 1,80 DM erworben werden kann, so liegt der von der Beklagten geforderte Preis von 1,-- DM erheblich darunter und es kann davon ausgegangen werden, daß dieser Preis vom Publikum auch als günstig angesehen wird, dies zumal wegen der auf Erfahrung gegründeten Erwartungen, die der Verkehr in die Preisgünstigkeit eines der Verkaufsförderung dienenden Mitgehartikels im Kaffeehandel setzt. Das Angebot der Beklagten ist danach als unzulässiges Vorspannangebot zu beurteilen. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Opalglas-Schale als Verpackungsmittel benutzt wird. Denn die Verwendung einer Glasschale mit welligem Rand ist als Verpackung für Kaffee weder üblich noch - wegen der Schwierigkeit einwandfreien Verschlusses, den auch die Beklagte nur als vorübergehend geeignet bezeichnet - eine Fortentwicklung oder Ausformung, die wenigstens bei weitherziger Berücksichtigung wirtschaftlicher Argumente als sinnvoll betrachtet werden könnte. Die Beklagte hat insoweit auch nichts vorbringen können, so daß die Verwendung der Schale allein als Werbemaßnahme beurteilt werden kann, bei der **der Verpackungszweck** nur als Vorwand dient. Unterstrichen wird dies durch die Art der Werbung, die die Schale in den Mittelpunkt stellt, sie leer oder gefüllt mit Früchten und anderem zeigt und so den Zweitnutzen hervorhebt, während der Kaffee als die Hauptware in der Werbung unauffällig bleibt. Bei dieser Sachlage ist das Angebot der Opalglas-Schale rechtlich als ein branchenfremdes Vorspann-

angebot im Sinne der eben erwähnten Rechtsprechung anzusehen.

Da solche Angebote nach der Rechtsprechung des Senats in der Regel gegen § 1 UWG verstoßen, bedarf es hier keines Eingehens auf die vom Berufungsgericht noch erörterten und verneinten Fragen, ob der vorliegende Streitfall unter den Gesichtspunkten des übertriebenen Anlockens, der unsachlichen Beeinflussung, Übersteigerung des Wettbewerbs oder Irreführung der Verbraucher besondere Umstände aufweist, die die Sittenwidrigkeit begründen könnten. Es genügt nach der Rechtsprechung des Senats die Feststellung des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale eines branchenfremden Vorspannangebots, um die Wettbewerbswidrigkeit im Sinne des § 1 UWG zu begründen. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind im Streitfall nicht hervorgetreten.

Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben und das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

v. Gamm