

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja
Veröffentlichung: ja

4619 002

UWG § 1

"Kleenex"

- a) Dient die unentgeltliche Verteilung von Gutscheinen zum Bezug von "Originalware" (Ware in handelsüblicher Einheit, hier Allzwecktücher aus Zellstoff) der Einführung völlig neuartiger Ware innerhalb neuer Käuferkreise, die Ware dieser Gattung bis dahin nicht zu verwenden pflegten, so kann die Verteilung zu Probezwecken auch dann statthaft sein, wenn sie in größerer Breite vorgenommen wird (Abgrenzung gegen BGHZ 23, 365 - Suwa).
- b) Welche Menge oder Stückzahl für den einzelnen Empfänger sich im Rahmen des Erprobungszwecks hält, ist im wesentlichen Tatfrage.
- c) Bei Beurteilung der Frage, ob und wann das Verschenken von Waren zu Werbezwecken als wettbewerbswidrig anzusehen ist, müssen im Zweifelsfall auch die Auswirkungen in Betracht gezogen werden, die sich bei einer zu erwartenden Anwendung derselben Werbemaßnahme durch Dritte ergeben würden. Dagegen haben wirtschaftspolitische Erwägungen, wie die Rücksichtnahme auf kleine und mittlere Unternehmen, die zu entsprechenden Werbemaßnahmen wirtschaftlich nicht in der Lage sind, auszuscheiden.

BGH, Urt.v.26.Februar 1965 - Ib ZR 51/63 - OLG Hamburg
LG Hamburg

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib. ZR. 51/63

URTEIL

Verkündet am

26. Februar 1965
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Vereinigten Papierwerke S [REDACTED] & Co, N [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer
Dr. J [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Z [REDACTED] GmbH, H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Bodo M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprengmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 31. Januar 1963 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien vertreiben seit einigen Jahren sogenannte Mehr- oder Allzwecktücher aus Zellstoff. Die Beklagte begann im Frühjahr 1961 mit einer Werbeaktion, in deren Verlauf sie in Teilen Wiesbadens - nach ihren Angaben der knappen Hälfte des Ortes - in jedem zweiten Haushalt einen Gutschein überreichen ließ oder überreichen wollte, der zum kostenlosen Bezug einer Packung mit 100 Papiertüchern Marke "Kleenex" berechnete, deren Verkaufspreis 1,45 DM beträgt. Diese Werbeaktion wurde durch eine von der Klägerin erwirkte einstweilige Verfügung für den Fall untersagt, daß die Abgabe in einer konzentrierten Verteilung an mehr als 1 000 Haushalte erfolgte.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hält die von der Beklagten beabsichtigte Werbung für einen Verstoß gegen § 1 UWG. Die Zahl der an den einzelnen Empfänger abgegebenen, in der handelsüblichen Originalpackung enthaltenen Tücher übersteige die für eine Erprobung erforderliche Menge; auch greife die Beklagte durch das Verschenken der Ware in ihrer Originalpackung in die Umsatzmöglichkeiten der Mitbewerber ein. Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten zu verbieten, zur Werbung für Kleenex-Papiertücher Gutscheine an Haushalte zu verteilen, die zum unentgeltlichen Bezug einer handelsüblichen Packung mit 100 Tüchern berechneten.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, eine Menge von 100 Tüchern übersteige nicht die für eine Erprobung nötige Zahl, wenn berücksichtigt werde, daß es sich um Papiertücher mit vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten und um einen den Verbrauchern noch weitgehend unbekannten Artikel handle; da es im wesentlichen um die Gewinnung neuer Verbraucherkreise für eine ihnen nach Art und Verwendung noch ungewohnte Ware gehe, behindere eine unentgeltliche Verteilung auch nicht ernstlich die Absatzmöglichkeiten der Mitbewerber desselben Geschäftszweiges; erfahrungsgemäß mache bei derartigen neuen Erzeugnissen auch nur ein geringer Bruchteil der Empfänger von den Gutscheinen Gebrauch. Allein aus allgemeinen betriebs- oder volkswirtschaftlichen Erwägungen könne das Verschenken von Ware zu Werbezwecken noch nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Ober-

landesgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt zunächst aus, daß die be-
anstandete unentgeltliche Abgabe von Originalware weder den
Begriff der "Zugabe" noch den des Preisnachlasses erfülle,
und daß deshalb ein Verstoß weder gegen § 1 der Zugabever-
ordnung, noch gegen § 1 des Rabattgesetzes gegeben sei.
Dem ist beizutreten. Für die Anwendung der Zugabeverordnung
fehlt es an dem erforderlichen Zusammenhang der Werbegabe
mit einem Hauptgeschäft (BGH GRUR 1959, 544, 545 - Moden-
schau); die Annahme eines Verstoßes gegen das Rabattgesetz
scheitert daran, daß kein Kauf- oder Tauschgeschäft gegeben
ist, bei dem von einem "Preis" ein *N a c h l a ß* ange-
kündigt oder gewährt wird (RG GRUR 1938, 207 - Persil;
Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
9. Auflage, Anm. 6 und 43 zu § 1 Rabattgesetz). Der gelegent-
lich für die Anwendung des Rabattgesetzes auf das Verschen-
ken von Originalware geltend gemachte Grund, der vollstän-
dige "Erlaß" des Kaufpreises müsse dem Preis *n a c h l a ß*
rechtlich schon deshalb gleichgestellt werden, weil er in
der wettbewerblichen Wirkung noch weiter gehe als dieser,
ist nicht stichhaltig, da er die klare Fassung des Gesetzes
nicht berücksichtigt. Auch die Revision hat insoweit keine
Angriffe erhoben.

Das Berufungsgericht verneint auch einen Verstoß gegen § 1 UWG. In der rechtlichen Beurteilung geht es davon aus, daß die unentgeltliche Abgabe von Waren wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, wenn die abgegebene Warenmenge zur sachgemäßen Erprobung der Ware erforderlich ist. In tatsächlicher Beziehung ist das Berufungsgericht jedoch im Gegensatz zum Landgericht der Ansicht, die von der Beklagten beabsichtigte kostenlose Abgabe halte sich noch im Rahmen des Probezwecks. Dem stehe nicht entgegen, daß die Warenprobe von der Beklagten in Form einer handelsüblichen Wareneinheit abgegeben werde. Allerdings gehe die Menge der in der einzelnen Packung enthaltenen Tücher (100 Stück) über die für eine "reine Gebrauchsprüfung" erforderliche Zahl auch dann hinaus, wenn man die von der Beklagten angegebenen zahlreichen Verwendungsmöglichkeiten berücksichtige; 10 oder allenfalls 20 Tücher würden dem Erwerber genügen, um sich einen ungefähren Eindruck von ihrer vielseitigen Verwendbarkeit zu machen. Neben den "reinen" Erprobungszweck trete aber bei Waren, die - wie hier - in ihrer Art gänzlich neu oder noch nicht weit verbreitet seien, auch noch ein "Gewöhnungszweck"; Allzwecktücher, die an Stelle der bisher allgemein üblichen Textilien oder Bürsten benutzt werden sollten, seien allen latenten Verbrauchern noch nicht hinreichend bekannt; genüge bei bekannten Gütern wie Waschpulver, Margarine und dergl. dem Erprobungszweck bereits ein kurzer oder einmaliger Gebrauch, um den Verbraucher von einer Sorte zu einer anderen zu leiten, so müsse bei weitgehend unbekannten Waren der Verbraucher erst durch längeren Gebrauch zum Verbrauch herangeführt werden, um in einem bescheidenen Rahmen eine gewisse Gewöhnung herbeizuführen; bei einem derartigen erweiterten Probezweck stehe die unentgeltliche Abgabe von Originalware mit den guten wettbewerblichen Sitten nicht in Widerspruch.

Auch wenn die Klägerin ihrerseits bereits seit 1957 Papiertücher in den Verkehr gebracht habe, hätten diese sich doch auf dem Markt noch nicht hinreichend durchgesetzt, so daß die angegriffene Werbemaßnahme weniger dazu diene, anderen Wettbewerbern auf dem Papiertuch-Markt Abnehmer abspenstig zu machen, als neue Verbraucher an diese Warenart heranzuführen. In solchen Fällen seien Werbegaben, die über den reinen (Gebrauchs-)Probezweck hinausgehen, zulässig, wenn sie sich nicht gegen den Bestand des Wettbewerbs richten, d.h. diesen nicht aufheben oder ernstlich gefährden. Die Verteilung von Gutscheinen in jedem vierten Haushalt von Wiesbaden, also in etwa 25 000 Haushalten, stelle nun zwar eine massenhafte Verteilung des Gutes dar; aber der Markt für Papiertücher sei nicht Wiesbaden allein, sondern das gesamte Bundesgebiet; selbst wenn jeder der 25 000 Gutscheine eingelöst werde, falle daher, auf das Bundesgebiet umgerechnet, nur etwa jeder 600. in Betracht kommende Erwerber von Papiertüchern für einen kurzen Zeitraum aus. Die vom Bundesgerichtshof im SUWA-Urteil (BGHZ 23, 365 = GRUR 1957, 365) vertretene Auffassung, daß für die Wirkung der Verteilung auf den fraglichen B e z i r k abzustellen sei, sei nicht zutreffend, soweit nicht typische Teilmärkte bestanden. Schließlich sei auch der Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr im Streitfall nicht geeignet, die Wettbewerbswidrigkeit zu begründen, da die Klägerin die tatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Gefahr nicht dargelegt habe.

In einer Hilfsbegründung wendet das Berufungsgericht sich sodann gegen die bisherige Rechtsprechung, die es dahin auffaßt, das Verschenken von Waren sei, falls es nicht zum Zwecke der Erprobung der Ware geschehe, grundsätzlich sittenwidrig. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, daß jedes

rechtlich relevante Verhalten im Wettbewerb zulässig sei, sofern es nicht offensichtlich mißbilligenswert sei und im übrigen keine besonderen Gründe dagegen sprächen, die nach der Erfahrung der Gerichte den Wettbewerb regelmäßig zu beeinträchtigen pflegten. Betriebs- oder volkswirtschaftliche Gründe, wie sie das Reichsgericht (GRUR 1936, 810 - Diamantine) für die Anwendung des § 1 UWG angeführt habe, könnten die Annahme der Wettbewerbswidrigkeit des Verschenkens von Ware nicht rechtfertigen, entzögen sich überdies auch einer zuverlässigen Prüfung durch die Gerichte; die Rücksichtnahme auf kleine und mittlere Betriebe, die nicht die Mittel zu einer solchen Art der Werbung besäßen, widerspreche der insoweit wirtschaftspolitisch neutralen Haltung des Grundgesetzes; daher sei es nicht Aufgabe der Gerichte, kleinere Unternehmen vor übersteigter Werbung größerer Unternehmen zu schützen, wie dies auch bei den herkömmlichen Werbemitteln nicht möglich sei. Die vom Landgericht behauptete Gepflogenheit, handelsübliche Ware nicht zu verschenken, sei dem Berufungsgericht nicht bekannt; dem Kaufmann könne überlassen bleiben, selbst darüber zu bestimmen, wieviel er für Werbung ausgeben und welche Art der Werbung am wirtschaftlichsten sei; es sei nicht Sache der Gerichte, ihn vor sich selbst zu schützen. Auch dem Verbraucher könne es gleichgültig sein, mit welchen Reklamekosten die Ware belastet sei; er wisse, daß die Kosten jeder Werbung sich im Preise niederschlagen. Auch ein moralischer Kaufzwang werde bei der angegriffenen Werbung nicht ausgeübt. Endlich seien auch keine besonderen Umstände gegeben, aus denen das Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig angesehen werden könnte, wie etwa anreißerische Werbung, unzulässige Behinderung der Mitbewerber oder Kundenfang. Gemessen an

der von der Rechtsprechung zugelassenen Werbung mittels Preisausschreiben oder Werbegaben am Jahresschluß sei das von der Beklagten benutzte Werbemittel noch zurückhaltend, im übrigen auch klarer und sachlicher.

Diese Begründung hält den Angriffen der Revision nicht stand.

Zwar hat das Berufungsgericht richtig gesehen, daß der zur Entscheidung stehende Sachverhalt sich in einem wesentlichen Umstande von dem der SUWA-Entscheidung des Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 23, 365 ff) zugrundeliegenden Tatbestand unterscheidet. Der Unterschied liegt darin, daß in jenem Falle Waschmittel zur Verteilung gelangten, also eine Ware, die dem Publikum nach Art und Verwendung im wesentlichen geläufig war, während im vorliegenden Falle die Beklagte den Zweck verfolgt, dem Publikum einen nach Art und Verwendungsmöglichkeiten noch weitgehend unbekannten Verbrauchsartikel nahezubringen. Das Berufungsgericht hat jedoch, weil es den Unterschied, der zwischen den Auswirkungen der Werbung durch unentgeltliche Werbegaben und denen sonstiger Werbemaßnahmen auf den Bestand des Wettbewerbs besteht, zu sehr verwischt, den Einzelumständen des Sachverhalts zu wenig Beachtung geschenkt, ohne deren Klärung die Frage, ob das Verhalten der Beklagten einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellt, nicht abschließend beantwortet werden kann.

1.) Rechtsprechung und Schrifttum stimmen darin überein, daß das Verschenken von Waren zu Werbezwecken nicht schlechthin gegen § 1 UWG verstößt. So ist insbesondere die unentgeltliche Abgabe von Waren in der Regel dann als zulässige Werbemaßnahme anzusehen, wenn sie zu dem im vorliegenden Falle von der Beklagten behaupteten, von der Revision

in Abrede gestellten Zweck der Erprobung der Ware erfolgt. Wo sich im Rahmen einer derartigen Abgabe zu Probezwecken, wie in bestimmten Geschäftszweigen, die Übung gebildet hat, eigens hergestellte Probepackungen (sog. Warenproben) abzugeben, kann deren unentgeltliche Verteilung in der Regel auch dann nicht beanstandet werden, wenn sie in großer Breite und auf längere Dauer geschieht. Andere Maßstäbe sind jedoch im allgemeinen anzulegen, wenn nicht derartige "Warenproben", sondern - sei es unmittelbar oder durch Ausgabe von Gutscheinen - die im Handel üblichen Wareneinheiten (sogenannte Originalware) unentgeltlich verteilt werden. Für Fälle dieser Art hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der sich auf eine Abgabe von Waschmittelpaketen beziehenden SUWA-Entscheidung (BGHZ 23, 365) die Auffassung vertreten, das Verschenken von Originalware sei, auch wenn es sich im Rahmen des Erprobungszwecks halte, jedenfalls dann als wettbewerbswidrig anzusehen, wenn es zeitlich und örtlich konzentriert in einem so erheblichen Umfange erfolge, daß der Bestand des Wettbewerbs mindestens vorübergehend aufgehoben werde.

Diese Auffassung, namentlich ihre Begründung, ist im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen. Es ist geltend gemacht worden, es sei nicht Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, den Bestand des Wettbewerbs zu gewährleisten; dies sei allein Ziel und Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (von Harder, GRUR 1962, 439, 441); das Wettbewerbsgesetz nehme eine Beschränkung des Wettbewerbs hin, solange sie nicht mit unlauteren Mitteln bewirkt werde (Koenigs NJW 1961, 1041, 1042); das Verschenken von Waren sei grundsätzlich als ein lauterer Mittel der Werbung anzusehen. Indem die SUWA-Entscheidung den Bestand des Wettbewerbs als Schutzobjekt ansehe, führe

sie mindestens im Ergebnis die nach der heutigen Wirtschafts-
verfassung überholte strenge Rechtsprechung des Reichsge-
richts (GRUR 1936, 810 - Diamantine) fort, die das Verschen-
ken von Originalware schon aus rein w i r t s c h a f t s -
p o l i t i s c h e n Gründen, wie z. B. unter dem Ge-
sichtspunkt des Schutzes kleinerer und mittlerer Betriebe
und der Unwirtschaftlichkeit dieser Werbemaßnahme, bekämpft
habe. Schließlich ist auch geltend gemacht worden, bei der
Beurteilung einer Werbemaßnahme im Rahmen des § 1 UWG dürfe
grundsätzlich nicht die Frage aufgeworfen werden, wie sich
die Wettbewerbslage gestalte, wenn die Wettbewerbsmaßnahme
künftig allgemein angewandt werde; andernfalls schaffe man
ein "Unlauterkeitskriterium, mit dessen Hilfe man unerwünschte
Handlungen multipliziert, um das nötige Gewicht für einen
Sittenverstoß zu erhalten" (von Harder aaO 439); die Gefahr
der Nachahmung der Werbemaßnahme durch Mitbewerber und ihrer
"progressiven" Übersteigerung müsse deshalb außer Betracht
gelassen werden (Döll, BB 1965, 173).

a) Es ist richtig, daß dem § 1 des Gesetzes gegen den
unlauteren Wettbewerb nur die Aufgabe zukommt, unlauteren
Mitteln und Methoden des Wettbewerbs entgegenzutreten; denn
diese Vorschrift knüpft das rechtliche Unwerturteil nicht
an den die Mitbewerber beeinträchtigenden Erfolg, wenn dieser
mit wettbewerbs eigenen Mitteln erzielt worden ist. Eine Wer-
bemaßnahme kann daher nicht a l l e i n deshalb als
wettbewerbswidrig angesehen werden, weil ihre Anwendung zu
einer Sättigung des Marktes und zur Verdrängung der Mitbe-
werber vom Markt führt. Das schließt jedoch nicht aus, bei
einer Werbemaßnahme, die nach dem Werturteil der Allgemein-
heit bei einer Anwendung in Einzelfällen wegen der gering-
fügigen Auswirkung vielleicht noch hingenommen und deshalb
nicht als wettbewerbswidrig erachtet würde, im Rahmen der

nach § 1 UWG immer gebotenen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, daß die Werbemaßnahme die ernstliche Gefahr einer erheblichen Schädigung der Interessen der Allgemeinheit oder einer erheblichen Behinderung der Mitbewerber begründet, falls damit zu rechnen ist, daß sie Nachahmer findet. Die gegenteilige Ansicht von Döll (aaO), nach der bei Beurteilung des Handlungsunwerts einer Wettbewerbsmaßnahme nie auf die wettbewerblichen Folgen des Handelns abgestellt werden dürfe, ist unrichtig. Sie verkennt, daß Wettbewerbshandlungen nicht immer "per se", d.h. ohne Rücksicht auf die gesamten Umstände, in die sie hineingestellt sind, als wettbewerbsfremd oder wettbewerbseigen qualifiziert werden können, und daß hierzu im Zweifel auch ihre zu erwartende Auswirkung auf das künftige Verhalten der Mitbewerber heranzuziehen ist (s. Nachw. bei Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., Rdz. 68 Einl. UWG).

b) Zu Recht stellt die bisherige Rechtsprechung deshalb auf die wettbewerbliche Lage ab, die sich bei einer zu erwartenden allgemeinen Anwendung des strittigen Werbemittels durch Mitbewerber ergeben würde. Das ergibt sich zunächst aus dem Wesen des über ein Unterlassungsbegehren entscheidenden Urteils. Denn einmal muß das in die Zukunft wirkende Urteil die von ihm selbst ausgehende Wirkung - hier die etwaige Zulassung der Wettbewerbsmaßnahme - im Rahmen der zu Gebote stehenden Beurteilungsgrundlagen mitberücksichtigen. Hiervon abgesehen ist aber vor allem zu berücksichtigen, daß gleiches Recht für alle Mitbewerber gelten muß; deshalb kann nicht eine und dieselbe Art von Werbung dem sie zuerst aufgreifenden Wettbewerber - unter Hintanstellung der Frage nach ihren Auswirkungen bei allgemeiner Befolgung - gestattet, den später zu ihr über-

gehenden Mitbewerbern aber wegen der dann festzustellenden Folgen untersagt werden. Sofern nicht die notwendigen Beurteilungsgrundlagen überhaupt fehlen und aus diesem Grunde eine Berücksichtigung der künftigen Entwicklung entfallen muß, ist deshalb auf Grund der bei der Entscheidung zu überblickenden Sachlage zu prüfen, ob die ernstliche Gefahr besteht, daß die Werbemaßnahme im Fall ihrer Zulassung auch von anderen Mitbewerbern durchgeführt und dann zu einer gemeinschaftsschädigenden Störung des Wettbewerbs führen würde.

Diese Gefahr besteht bei dem Verschenken von Originalware zu Probezwecken, wie das Berufungsgericht an sich richtig gesehen hat, nicht bei jeder Warenart und auch nicht in jedem Einzelfalle in demselben Maße; es müssen vielmehr in jedem Falle Anlaß und Umstände der Warenabgabe, sowie die in dem betreffenden Geschäftszweig bestehenden Marktverhältnisse herangezogen werden. Das aber ist keine Besonderheit der Beurteilung dieser speziellen Werbemethode, sondern entspricht der bisherigen Rechtsprechung, die sowohl für die Verteilung von Originalware, als auch für die im Rahmen der sogenannten reinen Aufmerksamkeitswerbung erfolgende unentgeltliche Zuwendung an Kunden stets maßgeblich auf die gesamten Umstände des einzelnen Falles abgestellt hat (BGH GRUR 1959, 138, 139 - Italienische Note; 1959, 544 - Modenschau; 1962, 461, 465 - Werbeveranstaltung).

c) Bei der rechtlichen Beurteilung des Verschenkens von Originalware haben allordings die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrunde gelegten wirtschaftspolitischen, der heutigen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung nicht mehr entsprechenden Erwägungen auszuschneiden; es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Werbende bei wiederholter Anwendung

des Verschenkens von Originalware objektiv gegen anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze verstößt und sich damit selbst schädigt; es ist entgegen einer im Suwa-Urteil (BGHZ 23, 365, 371) enthaltenen Wendung auch nicht entscheidend, ob die mittleren und kleineren Mitbewerber wirtschaftlich in der Lage sind, sich derselben Werbemethode zu bedienen.

d) Mit den sich aus dem Vorstehenden ergebenden Maßgaben tritt der jetzt erkennende Senat der vorgenannten Entscheidung des früheren Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs im Ergebnis bei. Danach ist, wie auch der genannten Entscheidung bereits zu entnehmen ist, die Unlauterkeit dieser Werbemaßnahme nicht nur dann anzunehmen, wenn sie geeignet ist, den Bestand des Wettbewerbs in nicht unerheblichem Ausmaß aufzuheben; diese Auswirkung der Werbemaßnahme stellt lediglich die G r e n z e dar, bis zu der die Verkehrsauffassung geneigt ist, bei einer schon ihrer Art nach umstrittenen Werbemaßnahme dem Erprobungszweck Raum zu geben. Nach der Auffassung der Allgemeinheit und des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden kann sehr wohl ein Werbemittel, das an sich nicht unbedingt und unter allen Umständen mißbilligt wird, dann mit dem Unwerturteil des wettbewerblich Anstößigen zu belegen sein, wenn es wegen des Ausmaßes oder der Intensität seiner Anwendung oder aus sonstigen Gründen gewisse Grenzen überschreitet. So ist es auch bei dem Verschenken von Originalware zu Probzwecken; dieses Werbemittel wird vom Verkehr schon seiner Art nach mit erheblichen Vorbehalten gewertet, weil es als Werbemittel von vornherein auf einer anderen Ebene liegt, als die sogenannten klassischen Mittel der Werbung durch Wort, Bild oder auch als die Werbung durch eigens angefertigte "Warenproben"; denn indem die Originalware den Bedarf

des Beschenkten mindestens für einen begrenzten Zeitraum deckt, birgt ihre unentgeltliche Verteilung die Gefahr, daß der Kunde sich an den Gebrauch oder Verbrauch dieser speziellen Warensorte oder -marke gewöhnt und auch nach Beendigung der unentgeltlichen Verteilung davon absieht, die Angebote der Mitbewerber unbeeinflußt auf ihre Güte und Preiswürdigkeit zu überprüfen, sie mit den Angeboten der Mitbewerber zu vergleichen und danach seine Wahl zu treffen. Diese Gefahr ist um so erheblicher, je größer die dem einzelnen Beschenkten zur Verfügung gestellte Menge oder Stückzahl ist. Diese Form der Werbung widerspricht damit im Ansatzpunkt dem im Allgemeininteresse zu beachtenden Grundsatz des Leistungswettbewerbs. Gleichwohl wird sie wegen des Probezwecks, dem ein schutzwürdiges Interesse des Werbenden zugrunde liegt, so lange hingenommen, als sie sich in bestimmten Grenzen hält. Sie wird aber unter dem Gesichtspunkt der unbilligen Behinderung der Mitbewerber als anstößig empfunden, wenn sie nach den Gesamtumständen für sich allein oder in Verbindung mit zu erwartenden gleichartigen Werbemaßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, daß der Leistungswettbewerb hinsichtlich der fraglichen Warenart in nicht unerheblichem Umfange ausgeschaltet wird. Diese Gefahr kann sich insbesondere auch zum Schaden von Händlern ergeben, die sich mit Ware derselben Art bevorzugen haben.

2.) Die hiernach zu entscheidende Frage, ob eine Beeinträchtigungsgefahr dieser Art gegeben ist, stellt sich nun allerdings, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, im Falle der Verteilung einer völlig neuartigen Ware, für die ein neuer Käufermarkt erschlossen werden soll, ganz anders als bei Waren, die dem breiten

Publikum nach Art und Verwendung bekannt sind. Dient die zu Erprobungszwecken vorgenommene Verteilung von Originalware wesentlich der Gewinnung neuer Käuferschichten, die Ware dieser Gattung bisher überhaupt nicht zu verwenden pflegten, so kann die Gefahr einer mit dem Leistungsgrundsatz unvereinbaren Behinderung der Mitbewerber entfallen (Walther, WRP 1957, 161); in derartigen Fällen kann die auf diese Weise betriebene Werbung sogar zu einer Aufschlüsselung des Marktes auch zugunsten der Mitbewerber führen. Unter dieser Voraussetzung ist auch die breit gestreute Verteilung von Originalware, wenn sie zum Zweck der Einführung einer völlig neuartigen Ware geschieht, vom Standpunkt des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit nicht zu mißbilligen. In ähnlichem Sinne hat bereits der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der mehrerwähnten Suwa-Entscheidung hervorgehoben, daß die kostenlose Verteilung von Waschmittelpaketen in dem dort gegebenen Falle deshalb zu beanstanden gewesen sei, weil die Befriedigung eines zusätzlichen Bedürfnisses und damit eine Konsumsteigerung, auch durch Gewinnung weiterer, bisher überhaupt noch nicht beliefelter Abnehmerkreise, kaum in Betracht gekommen sei. Unter demselben Gesichtspunkt hat andererseits der Österreichische Oberste Gerichtshof die Verteilung von Waschmittelpaketen mit der Begründung für zulässig erachtet, daß in Österreich in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Zeitpunkt das Waschen mit Seife noch überragte, es sich also darum handelte, das Publikum mit der Anwendung einer völlig neuartigen Ware vertraut zu machen (WuW 1956, 765).

Der Sunil-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die einen anders gearteten Fall betrifft (GRUR 1957, 363, 364), ist nicht zu entnehmen, daß sie auch für Fälle der hier gegebenen

Art keine Ausnahme von dem in der Suwa-Entscheidung entwickelten Grundsatz gelten lassen wolle. Die Rücksichtnahme auf die Interessen derjenigen Gewerbetreibenden, die den mit der neuartigen Ware angesprochenen Bedarf des Verbrauchers mittels Waren herkömmlicher Art zu decken versuchen - was wegen der Neuartigkeit der hier fraglichen Warenart überdies nicht in vollem Maße möglich wäre -, rechtfertigt die Annahme eines Sittenverstosses nicht; die gegenteilige Auffassung würde dem nicht zu beanstandenden Bestreben, das Publikum durch Erproben für Neuerungen zu gewinnen, unangebrachte Hemmnisse in den Weg legen.

3.) Bei Anwendung dieser rechtlichen Gesichtspunkte kann die von der Beklagten vorgenommene bzw. beabsichtigte Verteilung mindestens nicht ohne Einschränkung untersagt werden; denn das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum folgendes festgestellt: Die von der Beklagten vertriebene Ware, sogenannte Allzwecktücher aus Zellstoff, ist ihrer Art nach dem Publikum noch weitgehend unbekannt; der einzelne Empfänger benötigt, um sich nicht nur von der bloßen, übrigens vielseitigen Verwendungsmöglichkeit der Ware zu überzeugen, sondern auch an die Verwendung dieser neuartigen Ware zu gewöhnen, eine größere Anzahl von Tüchern, als für die rein technische Erprobung nötig wäre. Die Beklagte stößt mit dieser Werbung im wesentlichen in neue, noch nicht für Waren dieser Art erschlossene Käuferschichten.

Bei dieser Sachlage hält sich die Abgabe von Paketen mit 100 Tüchern insbesondere auch noch im Rahmen des Probewecks. Die Tatsache, daß für die rein technische Erprobung durch den Empfänger eine geringere Menge ausreichen würde, steht den noch nicht entgegen. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang neben dem "reinen" Erprobungszweck

noch einen "Gewöhnungszweck" unterscheidet, ist allerdings klarzustellen, daß damit ersichtlich nicht etwa die nach dem bereits Ausgeführten unzulässige Gewöhnung speziell an eine unter mehreren S o r t e n einer bestimmten, dem Publikum nach Art und Verwendung bereits geläufigen Warengattung gemeint ist. Das Berufungsgericht hebt selbst hervor, daß es den Erprobungszweck nur dann noch als gewahrt ansieht, wenn dem Verbraucher in einem bescheidenen Rahmen die Gelegenheit geboten wird, sich an die Verwendung der neuartigen Ware zu gewöhnen; dem ist beizutreten. Allerdings kann, wo zu Probezwecken üblicherweise kleinere Probepackungen ausgegeben zu werden pflegen, die Verteilung einer handelsüblichen Packung ein Beweisanzeichen für die Überschreitung des Probezwecks bilden (RG JW 1938, 117 = GRUR 1938, 207); in dieser Richtung ist jedoch im vorliegenden Falle nichts vorgetragen worden. Der vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht, daß die Packung zu 100 Tüchern sich im Rahmen des Erprobungszwecks halte, steht auch nicht entgegen, daß die Beklagte daneben auch eine nur 75 Tücher enthaltende Packung auf den Markt gebracht hat; denn die Beklagte hatte insoweit vorgebracht, die in dieser Packung enthaltenen Tücher hätten sich wegen zu geringer Größe praktisch nicht für alle Verwendungszwecke bewährt; es stellt deshalb keinen Rechtsfehler dar, wenn das Berufungsgericht hier die Abgabe der größeren Packung als zur Erprobung dieser Warenart erforderlich angesehen hat; im übrigen liegt die Beurteilung der Frage, ob die Menge oder Stückzahl der abgegebenen Originalware sich noch im Rahmen des Erprobungszwecks hält, im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet (RG JW 1938, 2980).

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch verneint, daß - soweit das zeitlich und mengenmäßig konzentrierte Ausmaß der Verteilung von Gutscheinen außer Betracht bleibe - sonstige, die Wettbewerbswidrigkeit der hier angegriffenen Werbemaßnahme begründende Umstände gegeben seien. Ohne Rechtsirrtum hat es insbesondere angenommen, daß ein "psychologischer Kaufzwang" nicht vorliege. Namentlich ist der Wert des Werbegeschenks im Streitfall nicht so erheblich (1,45 M), daß er allein in Anbetracht der sonstigen Umstände den Verbraucher veranlassen könnte, aus einem Gefühl moralischer Verpflichtung weiterhin gerade die Ware der Beklagten zu kaufen. Denn der Sinn der zu Probezwecken erfolgenden unentgeltlichen Abgabe neuartiger Ware besteht darin, dem Verbraucher, der diese Warenart überhaupt noch nicht kennt, das Risiko der Erprobung abzunehmen; gerade bei einer nach Art und Verwendung noch ganz unbekannten Ware wird der Verbraucher aber die Werbegabe eher als sonst in diesem Sinne entgegennehmen, ohne sich dem Schenkenden gegenüber verpflichtet zu fühlen.

Auch die Art der Veranstaltung der unentgeltlichen Verteilung läßt keinen besonderen, die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Umstand erkennen. Die Abgabe von Gutscheinen ist geeignet, den Kreis der Empfänger der Werbegabe auf diejenigen Personen zu beschränken, die ernstlich daran interessiert sind, die neue Warenart auszuprobieren. Die Einlösung in den Einzelhandelsgeschäften nach Wahl des Gutscheinempfängers zwingt diesen nicht, ein bestimmtes Geschäft etwa nur wegen des Empfangs der Werbegabe zu betreten, was ihn veranlassen könnte, hier auch andere Waren zu kaufen (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., § 1 Anm. 96). Namentlich kann die angegriffene Art der Gutscheinverteilung in dem Empfänger

nicht ein Gefühl der Verpflichtung gegenüber dem Einzelhändler entstehen lassen, da der Empfänger erkennt, daß die Werbegabe nicht von diesem, sondern vom Hersteller der Ware ausgeht.

Nach alledem ist der hier allein erhobene Unterlassungsanspruch nicht schlechthin ohne Rücksicht auf den Umfang der Verteilung der Gutscheine begründet.

II. Zu prüfen bleibt daher nur, ob die von der Beklagten beabsichtigte Verteilung von Gutscheinen wenigstens dann zu mißbilligen ist, wenn sie einen bestimmten Umfang überschreitet. Eine darauf gerichtete Verurteilung würde ein Weniger gegenüber dem gestellten Klageantrag bedeuten.

Nach dem bereits Dargelegten kommt es hierfür darauf an, ob die von der Beklagten in Anspruch genommene Verteilung wegen ihres Umfanges und mit Rücksicht auf die gegebenen Marktverhältnisse geeignet ist, den Leistungswettbewerb auf dem in Frage kommenden Markt durch Sättigung der Nachfrage in einem zeitlich oder örtlich nicht unerheblichen Maße zu beeinträchtigen. Insoweit ermöglichen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen jedoch keine abschließende Beurteilung. In bewußter Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 23, 365, 373) hat das Berufungsgericht seiner rechtlichen Würdigung den örtlichen Markt (Wiesbaden), an dem die Beklagte die Gutscheinverteilung durchgeführt hat bzw. durchzuführen begonnen hatte, in Betracht gezogen und die hier beabsichtigte Verteilung von etwa 25 000 Gutscheinen zu der Einwohnerzahl des gesamten Bundesgebiets in Beziehung gesetzt; dann, so führt das Berufungsgericht aus, sei mit der Verteilung der Gutscheine in Wiesbaden nur etwa $\frac{1}{600}$

der gesamten Einwohnerzahl der Bundesrepublik erfaßt worden und deshalb keine ernstliche Behinderung der Mitbewerber auf dem Markt des gesamten Bundesgebiets gegeben.

In diesem Punkte kann dem Berufungsgericht nicht beigetreten werden. Seine Auffassung geht schon deshalb fehl, weil die Beklagte das Recht zur Wiederholung derartiger zeitlich konzentrierter massenhafter Verteilungen in Anspruch nimmt und deshalb davon auszugehen ist, daß sie solche auch in anderen Städten vornehmen will; jedenfalls ist ihrem bisherigen Vorbringen nicht zu entnehmen, daß sie die Verteilung in Wiesbaden nur zur einmaligen Erforschung der Verbrauchervünsche und -gewohnheiten vorgenommen habe. Zu Unrecht betrachtet das Berufungsgericht ferner lediglich die Auswirkungen der beanstandeten Werbemaßnahme auf die als Mitbewerber der Beklagten in Frage kommenden Hersteller derselben Warenart. Es sind auch die Auswirkungen auf die Wettbewerbslage bei den Händlern in Betracht zu ziehen (BGHZ 23, 365, 373; Baumbach/Hofermohl aaO Anm. 197 zu § 1 UWG); denn eine massenhafte Verteilung von Gutscheinen auf den unentgeltlichen Bezug der Ware kann gerade auch zum Schaden des Handels geschehen und dazu führen, daß das Publikum weitgehend vom entgeltlichen Erwerb der Ware absieht, ohne noch einen Vergleich der ihm vom Handel angebotenen Waren derselben Art vorzunehmen.

Ob unter Zugrundelegung einer Verteilung auch an anderen Orten als Wiesbaden die hier zu beurteilende Verteilung von Gutscheinen die ernstliche Gefahr einer unter Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs erfolgenden Behinderung der Mitbewerber der Beklagten begründet, hat das Berufungsgericht daher zu Unrecht offengelassen. Da es sich dabei aber im wesentlichen um eine Frage der tatsächlichen Würdigung aller

Umstände, insbesondere der bestehenden Marktverhältnisse, handelt, kann das Revisionsgericht diese Beurteilung nicht von sich aus vornehmen.

III. Aus diesem Grunde war das angefochtene Urteil aufzuheben. Das Berufungsgericht wird der Klägerin Gelegenheit geben müssen, ihren Klageantrag unter Berücksichtigung der oben unter II bezeichneten Gesichtspunkte zu fassen. Es wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung der Sache ferner prüfen müssen, ob unter Berücksichtigung des Umstandes, daß es sich um die Einführung einer völlig neuartigen Ware handelt, die Verteilung von Gutscheinen in dem von der Beklagten beabsichtigten Umfang auch bei überörtlicher Anwendung im wesentlichen neue Käuferkreise erschließt, ohne die schon bestehende Nachfrage zu ersticken. Dabei wird besonders die noch offengelassene Frage zu entscheiden sein, ob, wie die Beklagte geltend gemacht hat, bei der beabsichtigten Art der Verteilung von Gutscheinen für völlig neuartige Waren erfahrungsgemäß ohnehin nur ein sehr geringer Bruchteil (etwa 10 v.H.) der verteilten Gutscheine eingelöst zu werden pflegt.

Kommt das Berufungsgericht bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, daß die beabsichtigte Verteilung nicht zu beanstanden ist, so wird sich ein Hinweis darauf empfehlen, daß eine Werbemaßnahme, der nicht von vornherein entgegenzutreten ist, durch eine nachträglich eintretende Veränderung der der Entscheidung zugrundegelegten Umstände wettbewerbswidrig werden kann; so wäre es insbesondere denkbar, daß eine Massenverteilung von Gutscheinen durch den Gesichtspunkt der Einführung einer neuartigen Ware dann nicht mehr gedeckt wäre, wenn sie über eine längere Dauer erstreckt würde, als es durch den Zweck der Bekanntmachung der neuen Warenart geboten erscheint.

Ergibt sich, daß die von der Beklagten beabsichtigte Verteilung einen Umfang erreichen würde, bei dem das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung die Gefahr einer unzulässigen Behinderung der Mitbewerber bejaht, so ist dem Unterlassungsbeghären stattzugeben; die Frage, bis zu welcher Menge eine Verteilung statthaft sein würde, braucht das Gericht in diesem Falle nicht zu prüfen, denn es ist nicht Sache der Gerichte, einen nicht gegebenen Sachverhalt zu beurteilen. Daß die Verteilung von Gutscheinen jedenfalls nicht schlechthin untersagt ist, ergibt sich dann auch bei Fehlen eines Ausspruchs über die einzuhaltende zahlenmäßige Grenze aus den Entscheidungsgründen. Die Festlegung einer Höchstgrenze empfiehlt sich jedenfalls dann nicht, wenn es dazu im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung angesichts der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten dieser Werbung nach Ort und Zeit der Verteilung an einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage fehlt. Soweit in der Suwa-Entscheidung ein abweichender Standpunkt vertreten worden ist, tritt ihm der jetzt erkennende Senat nicht bei. Ergeben sich bei der Vollstreckung des Urteils Zweifel nach der Richtung, ob eine Verteilung unstatthaft ist, die im Ausmaß hinter dem dem Urteil zugrunde gelegten Sachverhalt zurückbleibt, so ist die Tragweite des Urteils aus den Gründen festzustellen. Lassen sich auch danach die Zweifel nicht beheben, so müßte erneut auf Unterlassung geklagt werden.

IV. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Sprenkman

Mösl