

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib_ZR_4/65

URTEIL

Verkündet am

15. Februar 1967
Zug,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Verlag Th. M. [REDACTED] & Co GmbH,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. Theodor M. [REDACTED] und Diedrich K. [REDACTED], M. [REDACTED],
B. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma H. [REDACTED] N. [REDACTED] Verlag GmbH,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. B. [REDACTED], Henri N. [REDACTED] und Robert S. [REDACTED],
H. [REDACTED], F. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. Juli 1964 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien geben die derzeit auflagenstärksten deutschen illustrierten Wochenzeitschriften (Klägerin: "Quick"; Beklagte: "stern") heraus und stehen dabei in Wettbewerb. Für den Vertrieb bedienen sie sich vornehmlich selbständiger Großhändler, zu deren Sortiment auch andere Zeitungen und Zeitschriften gehören. Beide Parteien melden entsprechend einer verbreiteten Übung die von ihnen ausgedruckten sowie die davon tatsächlich verkauften Auflagen jeweils an die Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V. (IVW), der sie als Mitglieder angehören. Die so ermittelten und gegebenenfalls nachgeprüften Zahlen werden von der IVW in vierteljährlich erscheinenden Auflagenlisten veröffentlicht, die den interessierten Kreisen zur Ermittlung des für Werbeanzeigen zu erwartenden Verbreitungsgrades dienen.

Im Dezember 1963 lieferte die Beklagte die Nummer 51/63 des "stern" an sämtliche Großhändler, die für jedes von ihnen zum Preise von 0,53 DM an den Einzelhandel abgesetzte Exemplar sonst 0,42 DM an sie zahlen müssen, ohne Berechnung aus. Damit sollte der Mehraufwand abgegolten werden, der den Großhändlern beim Vertrieb überschwerer Nummern der Zeitschrift im Laufe des Jahres 1963 entstanden war; während das Gewicht der deutschen Illustrierten sonst nämlich in der Regel zwischen 220,6 g und 314,1 g liegt, wogen diese überschweren Hefte im Durchschnitt 449,4 g. Die Großhändler sollten den Ausgleich für ihren zurückliegenden Mehraufwand darin finden, daß sie die Nummer zu dem üblichen Preis von 0,53 DM an die Einzelhändler weiterlieferten und den Erlös hieraus einbehielten. Das hatte zur Folge, daß mit der Beklagten auch keine Remissionen zu verrechnen waren; doch forderte die Beklagte die Großhändler auf, gleichwohl für statistische Zwecke die Remissionsabrechnung wie üblich durchzuführen.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe mit der unberechneten Auslieferung der Nr. 51/63 **a u c h** deren möglichst weite Verbreitung **b e a b s i c h t i g t**, zumal darin eine von ihrem Chefredakteur gezeichnete Auseinandersetzung mit der "Quick" enthalten gewesen sei. Der Großhandel sei dadurch nämlich veranlaßt worden, sich zum Nachteil anderer illustrierter Zeitschriften in besonderem Maße für den Verkauf dieser Nummer einzusetzen, weil er daraus einen außergewöhnlichen Gewinn habe erwarten können. Darüber hinaus habe die Beklagte es darauf **a n g e l e g t**, eine höhere als die wirklich verkaufte Auflage ausweisen und so ihre der IVW zu meldenden Zahlen ungerechtfertigt aufbessern zu können; denn es verstehe sich von selbst, daß die Großhändler,



da sie für Remissionen keine Gutschrift zu erwarten hatten, nicht daran interessiert gewesen seien, die von ihnen gleichwohl geforderte Remissionsabrechnung mit der gehörigen Sorgfalt zu erstatten. Dieser Fehler sei in die von der IVW für das erste Vierteljahr 1964 veröffentlichte Auflagenliste eingegangen. Die Beklagte dürfe diese deshalb nicht zu Werbezwecken verwenden.

Die Klägerin hat beantragt,

I. der Beklagten zu verbieten,

1. den gesamten zum Absatz über den Zeitschriften-Großhandel bestimmten Teil der Auflage einer Ausgabe der illustrierten Zeitschrift "stern" den Großhändlern ohne Berechnung zu liefern mit der Maßgabe, daß der gesamte Erlös aus dem Verkauf der betreffenden Ausgabe der Zeitschrift "stern" an die Einzelhändler dem Großhändler verbleibt;
2. die der IVW für das 1. Quartal 1964 gemeldete verkaufte Auflage des "stern" zu Werbezwecken zu verbreiten;

II. die Schadensersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der Zuwiderhandlung entsprechend I 1 festzustellen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, sie habe mit der unberechneten Auslieferung der Nr. 51/63 nach längeren Auseinandersetzungen mit dem entsprechenden Grossistenverband lediglich eine

angemessene Vergütung für das Mehr an Transportkosten ausgeglichen, das den Großhändlern infolge der Übergröße ihrer Zeitschriftennummern des Jahres 1963 entstanden sei. Diese Maßnahme sei auch objektiv nicht geeignet gewesen, den Verkaufserfolg dieser Nummer zu forcieren, zumal die Einzelhändler an der Vergütung nicht beteiligt gewesen seien. An zu niedriger Meldung der Remissionen habe der Großhandel kein Interesse gehabt, da dann das ihm gewährte Entgelt unrichtigerweise zu hoch erschienen wäre. Tatsächlich sei denn auch die gemeldete Zahl der Remissionen bei dieser Nummer besonders hoch gewesen. Außerdem fehle es an der Wiederholungsgefahr.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil vom 18. Februar 1964 und durch Schlußurteil vom 14. April 1964 stattgegeben. Auf die hiergegen von der Beklagten erhobene Berufung hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Landgerichtsurteils. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat das Klagevorbringen unter dem Gesichtspunkt der unentgeltlichen Abgabe von Waren geprüft. Im Anschluß an die Ergebnisse der Rechtsprechung geht es hierbei davon aus, daß das Verschenken von Ware nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig sei; dazu müßten vielmehr besondere Umstände vorliegen, wie etwa eine unsachliche Beeinflussung des Kunden in seinen geschäftlichen EntschlieBungen, eine Behinderung der Mitbewerber oder eine Gefahr der Übersteigerung der Wettbewerbsmaß-

nahme mit der Folge einer Verwilderung der Sitten im Wettbewerb. Die unentgeltliche Warenabgabe könne auch dann nicht verwehrt sein, wenn sie sich als betriebswirtschaftlich gerechtfertigtes und für die Allgemeinheit unschädliches Werbemittel erweise (RGZ 160, 385, 389). Wenn aber, wie die Beklagte geltend mache, die hier beanstandete Abfindung des Großhandels für eine voraufgegangene Mehrleistung in anderen Ländern bereits praktiziert werde, dann sei nicht verständlich, wieso es sich hierbei um ein betriebswirtschaftlich nicht sinnvolles und für die Allgemeinheit schädliches Verhalten handeln solle. Auch eine Behinderung der Mitbewerber sieht das Berufungsgericht nicht als gegeben an, meint vielmehr, der Mißerfolg der angegriffenen Maßnahme, die ungewöhnlich geringe Höhe der verkauften Auflage, spreche eigentlich überzeugend gegen eine objektive Eignung der Maßnahme, die Mitbewerber zu behindern. Da die Großhändler sich mit der unberechneten Auslieferung dieser Nummer ferner nicht einmal als für ihre voraufgegangene Mehrleistung abgefunden erklärt hätten, liege außerdem die Annahme nahe, es habe ihnen von vornherein an einem ungenügenden Ergebnis gelegen und sie seien an einer Forcierung des Vertriebes dieser Nummer ungeachtet der ihnen dafür allenfalls zur Verfügung stehenden Möglichkeiten gar nicht interessiert gewesen. Von einer irgendwie meßbaren Umsatzverschiebung könne jedenfalls ersichtlich keine Rede sein. Doch brauche der Frage, ob die angegriffene Maßnahme objektiv geeignet gewesen sei, den Wettbewerb der Klägerin zu fördern, nicht weiter nachgegangen zu werden, denn außer einer solchen Eignung sei für die Annahme eines Wettbewerbsverstößes noch eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht erforderlich. Für diese spreche hier jedoch, da sie schon

durch den Erfolg der Maßnahme nicht indiziert werde, nichts; der Beklagten sei vielmehr zu glauben, daß sie weiter nichts als eine Abfindung des Großhandels für den Mehraufwand im Auge gehabt habe, der diesem beim Vertrieb der überschweren Hefte im Jahre 1963 entstanden war.

Die von der Revision gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe können das Ergebnis des Berufungsurteils nicht in Frage stellen.

2. Die Abweisung der Klage läßt sich, wie die Revision mit Recht geltend macht, zwar nicht mit der Begründung aufrechterhalten, das angegriffene Verhalten der Beklagten sei nicht von einem Wettbewerbszweck getragen gewesen.

a) Die Maßnahme der Beklagten gehört dem Bereich des geschäftlichen Verkehrs zwischen der Beklagten und dem selbständigen Großhandel an; sie stellt keine betriebsinterne Maßregel der Beklagten dar, die mangels Außenwirkung einer Anwendung des § 1 UWG entzogen sein könnte.

Die Überlassung der Nr. 51/63 der Zeitschrift der Beklagten war auch o b j e k t i v geeignet, den Wettbewerb der Beklagten zu fördern. Das Berufungsgericht prüft in diesem Zusammenhang nur die Frage, ob die Maßnahme der Beklagten objektiv geeignet war, den Absatz dieser e i n z e l n e n Nummer zu Lasten der Verleger anderer Zeitschriften zu steigern oder unrichtige, für die Beklagte günstige Unterlagen für die Meldung der Auflagenziffer an die IVW zu schaffen. Das ist zu eng gesehen. Ein Wettbewerbszweck liegt objektiv auch dann vor, wenn ein Gewerbetreibender durch eine bestimmte

Maßnahme seine Stellung im Wettbewerb ganz allgemein fördert. Im Streitfall war aber die den Interessen der Großhändler - mochten diese echte Rechtsansprüche gegen die Beklagte auf Vergütung ihres Mehraufwandes haben oder nicht - dienende Gewährung einer Vergütung für diesen Mehraufwand objektiv geeignet, die geschäftliche Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und dem selbständigen Großhandel allgemein günstig zu beeinflussen, den Großhandel trotz der mit dem Vertrieb gerade der Zeitschrift der Beklagten verbundenen Mehrarbeit zu einer guten Zusammenarbeit mit der Beklagten anzuhalten und ihn zu veranlassen, in seinen Bemühungen um den Absatz der Zeitschriften der Beklagten jedenfalls nicht nachzulassen. Gerade, weil der selbständige Zeitschriftengroßhandel auch Zeitschriften anderer Verleger vertreibt, war die angegriffene Maßnahme geeignet, die Gefahr eines Nachlassens der Bemühungen um den Absatz der erhebliche Mehrarbeit verursachenden Zeitschriften der Beklagten abzuwenden.

Auf die einzelnen Angriffe der Revisionen gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Frage der objektiven Eignung der angegriffenen Maßnahme zur Förderung des Wettbewerbs der Beklagten braucht hiernach nicht mehr eingegangen zu werden.

b) Auch mit der Frage nach der Wettbewerbs a b s i c h t der Beklagten befaßt das Berufungsgericht sich nur unter dem Gesichtspunkt, ob die angegriffene Maßnahme dem Zweck dienen sollte, den Absatz der e i n z e l n e n Auflage der Nr. 51/63 zu forcieren und damit die der IVW zu meldenden Auflagenziffern günstig zu beeinflussen. Daß das Berufungsgericht nur hierauf abstellt, erklärt sich allerdings daraus, daß die Klage gerade hierauf den Vorwurf der Wettbe-

werbswidrigkeit stützt. Auf die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision braucht indessen gleichfalls nicht eingegangen zu werden, denn es kann zugunsten der Revision davon ausgegangen werden, daß die Beklagte sich der unter a) gekennzeichneten, für die Anwendung des § 1 UWG insoweit ausreichenden wettbewerblichen Wirkung ihrer Maßnahme nicht nur bewußt gewesen ist, sondern die dargelegte Wirkung auch mindestens nebenher verfolgt hat.

2. Es bedarf jedoch keiner Aufhebung des angefochtenen Urteils, da es sich im Ergebnis auf Grund des feststehenden Sachverhalts als zutreffend darstellt.

Zum Nachteil der Beklagten ist das Berufungsgericht im Anschluß an die Klagebegründung davon ausgegangen, das Verhalten der Beklagten sei nach den strengen Grundsätzen zu beurteilen, die in der Rechtsprechung zum massenhaften **V e r s c h e n k e n** von Waren entwickelt worden sind. Das ist rechtsirrig. Es handelte sich nicht um eine Schenkung der Beklagten an den Großhandel, sondern um eine Maßnahme, mit der die Beklagte behauptete Forderungen abfinden wollte, die seitens des geschlossen auftretenden Großhandels gegen sie wegen des zurückliegenden erheblichen Mehraufwandes beim Vertrieb gerade der Zeitschrift der Beklagten mit Nachdruck erhoben worden waren. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ist unstreitig, daß solche Mehrkosten entstanden waren, daß diese durch das erhebliche Übergewicht der Zeitschriftenexemplare der Beklagten verursacht worden waren und daß die kostenlose Überlassung der Nr. 51/63 an den Großhandel dem Ausgleich dieses Mehraufwands dienen **s o l l t e** . Bei dieser Sachlage fehlt es an der für eine Schenkung erforderlichen Willensübereinstimmung der Beteiligten dahin, daß die Überlassung der Nr. 51/63 schenkweise

erfolge. Diese besondere Sachlage läßt das Verhalten der Beklagten in wettbewerblicher Hinsicht von vornherein in einem anderen Lichte erscheinen, als wenn es sich etwa um ein massenhaftes Verschenken von Ware an Letztverbraucher oder auch an Einzelhändler handeln würde. Im weiteren Verlauf des Rechtsstreits beschränkte sich der Vorwurf der Klage denn auch auf die spezielle Art und Weise, in der die Vergütung gewährt worden ist.

3. Aber auch die Form der Vergütung ist wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Klägerin macht insoweit geltend, die Überlassung der Auflage ohne die übliche Berechnung sei geeignet gewesen, "den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin zu verfälschen". Sie meint damit die Gefahr, daß der Großhandel sich für den Absatz der Nr. 51/63 in stärkerem Maße als sonst einsetzen würde, weil die Vergütung nicht nachträglich auf der Grundlage der bereits verkauften Auflagen berechnet, sondern der dem Großhandel gewährte Vorteil von der Zahl der vom Großhandel abzusetzenden Exemplare abhängig gemacht worden und zudem dieser Vorteil für jedes verkaufte Exemplar weit höher als sonst gewesen sei. Darüber hinaus habe die Gefahr einer unsorgfältigen Abrechnung der Remissionen mit der weiteren Folge zu günstiger Unterlagen für die Meldungen an die IVW bestanden. Die Klägerin hat auch das Vorhandensein einer auf diese Erfolge gerichteten Absicht der Beklagten behauptet und die Revision wendet sich namentlich gegen die gegenteilige Feststellung des Berufungsgerichts, wonach die Absicht der Beklagten nicht hierauf, sondern lediglich auf die Leistung einer Vergütung entsprechend den vom Großhandel gegen sie erhobenen Forderungen gerichtet gewesen sei.

Ob eine Wettbewerbsmaßnahme gegen das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit verstößt, muß namentlich dann, wenn es sich - wie hier - um ihrer Art nach ungewöhnliche Werbemaßnahmen handelt, nach ihrem Gesamtcharakter beurteilt werden, der sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund des Handelns ergibt (BGHZ 34, 264, 271 - Einpfennig-Süßwaren; RGZ 134, 342, 350 - Benzinpreis). Eine Wettbewerbsmaßnahme des Herstellers, die in der Gewährung von Sondervorteilen an den Handel besteht, ist an und für sich noch nicht wettbewerbsrechtlich zu beanstanden (BGH aaO. 270); das gilt besonders dann, wenn - wie im Streitfall - ein durchschlagender Grund für die Gewährung eines solchen Vorteils besteht, mag es auch an einer rechtlichen Verpflichtung dazu gefehlt haben.

a) Im Streitfall fehlt es nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen an unlauteren Beweggründen der Beklagten. Das Berufungsgericht hat insoweit festgestellt, daß die Beklagte bei der angegriffenen Maßnahme lediglich die Abgeltung von Mehrkosten des Großhandels im Auge hatte. Diese Feststellung bekämpft die Revision vergeblich. Die Frage nach den Absichten des Handelnden läßt sich zwar, wie die Revision zu Recht hervorhebt, nicht von der anderen Frage trennen, ob die betreffende Maßnahme objektiv geeignet war, bestimmte wettbewerbliche Wirkungen herbeizuführen, denn insoweit greift in der Regel der Erfahrungssatz ein, daß Kaufleute im allgemeinen in der Lage sind, die Folgen ihres Handelns richtig einzuschätzen und diese, soweit sie ihnen günstig sind, auch anstreben. Infolgedessen lassen sich die Erwägungen, die zur Frage der von der Beklagten verfolgten Absichten an-

zustellen sind und die darauf bezüglichen Rügen der Revision nicht von der Frage trennen, wie die angegriffene Werbemaßnahme nach ihrem Inhalt und objektiven Zweck zu würdigen ist.

In dieser Hinsicht macht die Revision dem Berufungsgericht einen Denkfehler zum Vorwurf, weil es bei der Beurteilung der objektiven Eignung des angegriffenen Verhaltens u.a. auch auf den tatsächlichen Verkaufserfolg der Auflage Nr. 51/63 abgestellt hat. Der Angriff ist jedoch nicht begründet. Ein unzulässiger Schluß vom Ergebnis des Handelns auf seine objektive Eignung und die hinter ihm stehenden Beweggründe des Handelnden wäre möglicherweise dann gegeben, wenn es sich um ein Zufallsergebnis oder ein durch unerwartete, vom Handelnden nicht in Rechnung gestellte Umstände beeinflusstes Ergebnis gehandelt hätte. Es ist aber nichts dafür dargetan, daß das Verkaufsergebnis bei dieser Auflage noch wesentlich geringer ausgefallen wäre, wenn die Beklagte nicht den hier streitigen Vorteil an die Großhändler gewährt hätte. Die Revision macht in dieser Hinsicht geltend, bei der Nr. 51/63 habe es sich um ein besonders verkaufsschwaches Exemplar gehandelt, das die Beklagte gleichwohl "in Rekordhöhe" geliefert habe. Diese Darstellung entbehrt der hinreichenden Substantiierung. War die fragliche Zeitschriftennummer verkaufsschwach, so bleibt unerfindlich, wie damit die weitere Behauptung der Klage vereinbar sein soll, die Beklagte habe es auf eine für sie günstige Verfälschung der an die IVW zu meldenden Ziffern über die verkaufte Auflage angelegt. Die Höhe der von der Beklagten **a u s g e l i e f e r t e n** Auflage weicht nach den von der Beklagten gemachten genauen, von der Klägerin nicht substantiiert bestrittenen Angaben nicht erheblich von den ausgelieferten Auflagen der übrigen Zeitschriftennummern aus derselben

Zeit und insbesondere nicht von dem aus diesen Zahlen ersichtlichen Entwicklungsstand ab; die voraufgegangene Auflage war in annähernd derselben Höhe ausgeliefert worden; die nächste Nummer hatte eine noch höhere Auflage. Hätte die Beklagte den Großhändlern eine geringe Auflage zur Verfügung gestellt, so würde sie sich möglicherweise dem Vorwurf ausgesetzt haben, ihnen die Chance eines angemessenen Ausgleichs für ihre gehaltenen Mehrkosten zu beschneiden. Irgendwelche Schlüsse nach der Richtung, die Beklagte habe den Absatz der Nr. 51/63 durch die Überlassung der Erlöse an den Großhandel forcieren wollen, lassen sich deshalb aus der Höhe der an diesen gelieferten Auflage nicht ziehen.

Die Klägerin hat sich für ihre Behauptung, die Beklagte habe es auf eine Verfälschung der Auflagenziffern als Grundlage der IVW-Meldungen angelegt, ferner auf die Regeln des Anscheinsbeweises berufen. Diese sind hier jedoch nicht anwendbar, weil es sich nicht um einen typischen Geschehensablauf handelt.

4. Auch aus den sonstigen Umständen des Falles ergeben sich keine rechtlichen Bedenken gegen die vom Berufungsgericht zu den Beweggründen der Beklagten getroffenen Feststellung. Alle diese Umstände betreffen - wie auch die Revision nicht verkennet - zugleich die Frage, ob die Handlungsweise der Beklagten eine erhebliche Gefahr für schutzwürdige Interessen der Mitbewerber begründete.

a) Eine unzulässige anreißerische Werbung in Gestalt sachfremder Beeinflussung des Großhandels durch übersteigerte Zuwendungen ist nicht gegeben. Die vom Verband

des Zeitschriften-Großhandels gegenüber der Beklagten ausgesprochene "dankbare Anerkennung" der angegriffenen Maßnahme kann entgegen der Ansicht der Revision nicht dahin verwertet werden, der Großhandel habe sich der Beklagten gegenüber durch die Tatsache einer größeren Zuwendung verpflichtet gefühlt mit der Wirkung, daß er darüber den Vertrieb anderer Zeitschriften vernachlässigen könnte. Denn das Schreiben des genannten Verbandes enthielt unstreitig den Vorbehalt, daß in der Zuwendung nur eine Teilleistung erblickt werden könne.

b) Die A u s s i c h t auf einen besonders hohen G e w i n n aus dem Verkauf der Nr. 51/63 bot allerdings an sich einen Anreiz für den Großhandel, sich um einen besonders hohen Absatz dieser Nummer zu bemühen. Es liegt jedoch kein Rechtsfehler des Berufungsgerichts darin, daß es unter den besonderen Umständen des Streitfalles hierin keine erhebliche Gefahr einer Umsatzverschiebung gesehen hat. Die dem Großhandel für sich allein - ohne Mitwirkung des Verlages und des Einzelhandels - zu Gebote stehenden Möglichkeiten der Steigerung des Verkaufserfolges einer bestimmten Zeitschriftennummer sind schon an sich begrenzt, wie die eigenen Ausführungen der Klägerin ergeben. Diese Möglichkeiten sind vor allem schon aus zeitlichen Gründen dann eingeschränkt, wenn der Großhandel - wie hier - erst etwa gleichzeitig mit der Auslieferung der Auflage davon unterrichtet wird, daß ihm der Erlös aus dem Verkauf an den Einzelhandel verbleiben solle. Vor allem ist der Großhandel aber bei seinen Bemühungen um die Steigerung des Absatzes weitgehend auf die Mitwirkung des Werbung treibenden Verlages und des mit der Kundschaft unmittelbar in Berührung kommenden Einzelhandels angewiesen. Im vorliegenden Fall ist jedoch nichts dafür dargetan,

daß die Beklagte für den Absatz der fraglichen Einzelaufgabe eine besondere Werbung veranstaltet habe. Der Großhandel konnte seinerseits nicht daran interessiert sein, den Einzelhandel von der dem Großhandel allein gewährten Vergütung erfahren zu lassen; andernfalls hätte auch dieser Ansprüche wegen der mit dem Vertrieb der überschweren Hefte der Beklagten verbundenen, wenn auch geringeren Mehrarbeit Forderungen erheben und überdies aus Verärgerung über mangelnde Beteiligung an der Vergütung es an entsprechenden besonderen Verkaufsanstrengungen fehlen lassen können. Zogen aber Großhandel und Einzelhandel hinsichtlich einer Steigerung des Verkaufs dieser Nummer nicht an einem Strang, so konnte von vornherein objektiv nicht ernstlich erwartet werden, daß eine nennenswerte Umsatzsteigerung erzielt werden würde. Das ist offenbar auch die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach "von einer irgendwie meßbaren Umsatzverschiebung ersichtlich keine Rede sein" kann.

Auch insoweit stellt es keinen Rechtsfehler dar, wenn das Berufungsgericht aus dem tatsächlich hinter dem Durchschnitt zurückgebliebenen Verkaufserfolg darauf geschlossen hat, wie der Erfolg der Werbemaßnahme objektiv nach ihrem Inhalt einzuschätzen war.

c) Auch die Gefahr einer zu niedrigen und unkontrollierbaren Angabe der R e m i s s i o n e n und damit einer Verfälschung der Verkaufsauflageziffern ist nicht dargetan. Waren die Großhändler, wie dargelegt, an sich daran interessiert, einen möglichst hohen Gewinn zu machen, so hatten sie andererseits nicht auch ein Interesse daran, die Zahl der ihnen unverkauft vom Einzelhandel zurückgegebenen Exemplare niedriger erscheinen zu lassen, als der Wirklichkeit entsprach. *Indes*

Bei der Auseinandersetzung des Großhandels mit der Beklagten über die Abgeltung der durch deren überschwere Zeitschriften verursachten Mehrkosten mußten die Großhändler sich als Gegenleistung jedenfalls das anrechnen lassen, was sie auf der Grundlage des tatsächlichen Verkaufserfolges an Vergütungen von den Einzelhändlern erhalten hatten. Sie konnten kein Interesse daran haben, diesen Verkaufserfolg zu hoch und damit die Zahl der Remissionen zu niedrig anzugeben. Auch hier vermag die tatsächlich gemeldete besonders hohe Zahl der Remissionen den ohnedies aus den Umständen zu ziehenden Schluß zu bestätigen, daß eine Verfälschung der Auflagenziffer weder beabsichtigt noch objektiv zu befürchten war. Die Zahl der Remissionen war nach den genauen, von der beweispflichtigen Klägerin nicht substantiiert bestrittenen Angaben der Beklagten die höchste der letzten 13 Nummern des Jahres 1963. Den ihr obliegenden Beweis für die Unrichtigkeit dieser Zahlenangaben hat die Klägerin nicht angetreten, vielmehr nur erklärt, ein exakter Beweis sei nicht möglich.

5. Die Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, im Ausland seien entsprechende Abfindungen des Zeitschriften-Großhandels bereits gewährt worden, können an dem vom Berufungsgericht gewonnenen Ergebnis ebenfalls nichts ändern. Zwar ist diesen Ausführungen durch eine hierauf bezügliche Berichtigung des Urteilstatbestandes der Boden entzogen. Es kommt auf sie jedoch aus Rechtsgründen nicht an. Wie bereits dargelegt, können auf den vorliegenden Sachverhalt nicht Rechtsgrundsätze angewandt werden, die in der Rechtsprechung zum Verschenken von Ware entwickelt worden sind. Nur in diesem Rahmen hat das Berufungsgericht

die durch die Tatbestandsberichtigung betroffenen Ausführungen gemacht. Im übrigen kommt es auch bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Verschenkens von Ware nicht darauf an, ob eine solche Maßnahme - wie das Berufungsgericht aus der vermeintlichen ausländischen Übung entnommen hat - betriebswirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht (BGHZ 43, 278 = GRUR 1965, 489, 491 unter c - Kleenex). Dafür, daß die angegriffene Vergütung etwa Gefahren für die Allgemeinheit hervorrufen könnte, besteht nach dem bereits Dargelegten kein Anhaltspunkt. Insoweit hat auch die Revision nichts geltend gemacht.

6. Auf die in den Instanzen und von der Revision behandelte Frage, wie es wettbewerbsrechtlich zu beurteilen wäre, wenn der Verleger die gesamte Auflage einer Zeitschrift ohne Berechnung an den Einzelhandel abgeben würde (vgl. OLG Nürnberg WRP 1956, 132), braucht nach alledem nicht eingegangen zu werden. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob für die beiden Klageanträge die Gefahr der Wiederholung des angegriffenen Verhaltens zu bejahen wäre.

Die Revision der Klägerin war nach alledem mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle

Alff Dr. Simon