

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 7/66

URTEIL

Verkündet am

23. Februar 1968

Werner,
Justizsekretärals Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ve[REDACTED] gegen Un[REDACTED] in H[REDACTED] und G[REDACTED] e.V.,
K[REDACTED], Bl[REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma Dr. H. T[REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft,
Wi[REDACTED] (Ha[REDACTED]),

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 14. Juli 1965 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt wurde. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen. Die Beklagte stellt seit längerer Zeit ein Haarpflegemittel zur Bekämpfung von Kopfschuppen her und vertreibt dieses unter der Bezeichnung "A-Sch". Den der Packung beiliegenden Prospekten ist ein numerierter "Garantieschein" angeheftet, der folgenden im Jahre 1963 neu formulierten Text trägt:

"Soweit Ihre Schuppenbildung nicht krankhaften Ursprungs ist und Sie zur Haarwäsche stets das Spezial-Shampoo "te" verwenden, garantiert Ihnen "A-Sch" höchstmöglichen Erfolg bei fortlaufender Behandlung. Im allgemeinen hilft "A-Sch" in 90 % aller Schuppenfälle schon

- 3 -

nach der 3. bis 4. Einreibung.

Haben Sie nach Verbrauch von drei Kurflaschen noch Schuppenbefall, dann empfehlen wir einen Arztbesuch. Wir bezahlen Ihnen diesen ersten Arztbesuch, wenn Sie uns als Gegenleistung den ärztlichen Befund für unsere weitere Forschung zur Verfügung stellen und sodann mit der Arztrechnung und den drei Garantiescheinen einsenden.

Im Laufe des Verfahrens hat die Beklagte den Text des Garantiescheins dahin geändert, daß nunmehr der letzte Satz des ersten Absatzes lautet: "Im allgemeinen hilft A-Sch in über 90 % aller nicht krankhaften Schuppenfälle schon nach der 3. bis 4. Anwendung".

Der Kläger ist der Auffassung, daß der Garantieschein der Beklagten gegen die Zugabeverordnung verstoße.

Er hat, nachdem die Parteien hinsichtlich eines weiteren Antrages den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hatten, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, den Packungen des Schuppenbekämpfungsmittels "A-Sch" einen nummerierten "Garantieschein" beizufügen mit dem Text: "Soweit Ihre Schuppenbildung nicht krankhaften Ursprungs ist und Sie zur Haarwäsche stets das Spezial-Shampoo "te" verwenden, garantiert Ihnen "A-Sch" höchstmöglichen Erfolg bei fortlaufender Behandlung. Im allgemeinen hilft "A-Sch" in über 90 % aller nicht

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



krankhaften Schuppenfälle schon nach der dritten bis vierten Anwendung.

Haben Sie nach Verbrauch von 3 Kurflaschen noch Schuppenbefall, dann empfehlen wir einen Arztbesuch. Wir bezahlen Ihnen diesen ersten Arztbesuch, wenn Sie uns als Gegenleistung den ärztlichen Befund für unsere weitere Forschung zur Verfügung stellen und zusammen mit der Arztrechnung und den 3 Garantiescheinen einsenden."

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich darauf berufen, der Anspruch des Klägers sei gemäß § 21 UWG verjährt, jedenfalls aber verwirkt.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Antrag verurteilt.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache die Revision zugelassen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge aus dem zweiten Rechtszug weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsverstoß davon aus, daß nicht jede Garantiezusage eine Zugabe im Sinne der Zugabe-Verordnung enthält, daß vielmehr die

sogenannten unechten (unselbständigen) Garantiezusagen - das sind solche, die nur Nebenpflichten des Hauptvertrages sind und die Vertragsgemäßheit der Leistung sichern sollen - nicht unter den Zugabebegriff der Zugabe-Verordnung fallen. Sie sind Vertragsbestandteile und keine Zugaben.

Echte Garantiezusagen dagegen, die über die Sicherung der Vertragsgemäßheit der Leistung hinausgehen und durch die der Verkäufer ein mögliches Risiko in Bezug auf den verkauften Gegenstand übernimmt, können dagegen Zugabecharakter besitzen (BGH GRUR 1958, 455 - Federkernmatratze).

2. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Zusage der Beklagten, die Kosten für den ersten Arztbesuch zu übernehmen, zwar über die Sicherung der Vertragsgemäßheit der Leistung im engeren Sinne hinausgehe, aber doch keine vom Vertrag losgelösten sachfremden Risiken betreffe. Das von der Garantiezusage der Beklagten betroffene Risiko, so führt das Berufungsgericht aus, sei ausschließlich das des mangelnden Erfolges des Schuppenmittels. Die Garantie sei in ihrer besonderen Ausprägung der Eigenart der Ware angepaßt. Weil das Mittel durch seine Anwendung verbraucht werde, komme eine Rücknahme entsprechend der zulässigen Rücknahme von Ware bei Nichtgefallen nicht in Betracht. Eine Rückzahlung des Kaufpreises bei Nichteintritt des Erfolges wäre organisatorisch schwer durchführbar. Damit aber stelle sich die Ankündigung der Beklagten zwanglos als eine von den Besonderheiten der Ware her entwickelte Art gesteigerten Einstehens für die Qualität des Haarwassers dar.

3. Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese rechtliche Beurteilung.

Die Ankündigung der Beklagten "garantiert", soweit (1) die Schuppenbildung nicht krankhaften Ursprungs ist und soweit (2) stets das Spezial-Shampoo "te [REDACTED]" verwendet wird, bei (3) fortlaufender Behandlung "höchstmöglichen Erfolg". Zur Erläuterung heißt es dann weiter, "im allgemeinen hilft A [REDACTED]-Sch [REDACTED] in über 90 % aller nicht krankhaften Schuppenfälle schon nach der 3. bis 4. Anwendung". Besteht nach Verbrauch von 3 Kurflaschen noch ein Schuppenbefall, dann wird ein Arztbesuch empfohlen, dessen Kosten die Beklagte bei Einsendung des ärztlichen Befundes unter Beifügung von 3 Garantiescheinen ersetzt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt in dieser Ankündigung etwas anderes als ein gesteigertes, aber noch mit dem Kaufvertrag in Zusammenhang stehendes Eintreten für den Erfolg des Haarwassers der Beklagten. Allenfalls ließe sich ein solches Entstehen dem ersten Teil der Ankündigung im Sinne der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft d.h. "höchstmöglichen Erfolges" mit den weiteren aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu folgernden Rechten des Käufers entnehmen. Das Versprechen, die Aufwendungen für den ersten Besuch eines Arztes zu ersetzen, kann jedoch nicht mehr als eine vom Kaufvertrag abhängige Nebenpflicht angesehen werden, die die Vertragsmäßigkeit der Leistung sichern soll. Die Ankündigung der Erstattung der Arztkosten geht schon insoweit über die äußerstenfalls vertraglich versprochene Leistung, nämlich die schuppenbeseitigende Wirkung des Haarwassers bei nicht krankhaftem Ursprung der Schuppen, hinaus, als die Kosten in jedem Fall ersetzt werden, demnach auch dann, wenn die Schuppenbildung krankhaften Ursprungs ist. Außerdem ist die Erstattung nur von der Einsendung des

ärztlichen Befundes unter Beifügung von 3 Garantiescheinen und nicht von dem Nachweis der übrigen für die Wirksamkeit des Haarwassers vorausgesetzten Maßnahmen, nämlich der stetigen Verwendung von "te [REDACTED]" und einer "fortlaufenden Behandlung" abhängig gemacht. Mithin erstattet die Beklagte die Arztkosten in jedem Fall, gleich ob die Leistung vertragsmäßig ist oder nicht, d.h. auch wenn die Leistung dem Angebot entspricht.

Das Erstattungsversprechen betrifft aber auch im übrigen nicht die Sicherung der Vertragsmäßigkeit der Leistung, denn die Empfehlung, den Arzt zwecks Behandlung der Schuppen aufzusuchen, hat nach der für die Anwendung der ZugabeVO maßgeblich zu berücksichtigenden Verkehrsauffassung keine ausreichende Beziehung mehr zu der angebotenen Ware. Vielmehr soll der Arzt nach erfolgloser Anwendung von A [REDACTED]-Sch [REDACTED] die weitere Behandlung nach den Regeln seines Fachwissens übernehmen, wobei weder die bisherige Anwendung von A [REDACTED]-Sch [REDACTED] von Bedeutung zu sein braucht noch auch das Haarwasser für die weitere Behandlung vorgesehen ist. Die Zusage der Beklagten, die Kosten eines ersten Arztbesuches zu erstatten, ist daher keine leistungsgemäße, nicht unter das Verbot der Zugabe-Verordnung fallende Garantie.

II. 1. Die Ankündigung der Beklagten, die Kosten eines ersten Arztbesuches unter gewissen Voraussetzungen zu erstatten, enthält aber deshalb nicht das Versprechen einer Zugabe im Sinne des § 1 Abs. 1 ZugabeVO, weil, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß in seiner Hilfsbegründung ausführt, die Erstattung von einer angemessenen Gegenleistung des Kunden abhängig gemacht ist. Dazu führt das Berufungsgericht aus, die Ankündigung der Beklagten

trete dem Verkehr jedenfalls deshalb nicht als Zugabe ins Bewußtsein, weil - ähnlich wie in den Fällen erlaubter Preisausschreiben - der Kunde nicht ohne weiteres in den Genuß des Zugesagten gelange, sondern einen Anspruch darauf erst durch eine zusätzliche Leistung erlange. Eine über die Zahlung des Kaufpreises hinausgehende, zusätzliche und ernstliche Leistung des Kunden liege in der Überlassung des ärztlichen Befundes, der mit einem vorangehenden Aufwand an Zeit, Geld und Mühe für den Arztbesuch verbunden sei. Es sei zwar nicht zu verkennen, daß der Kunde den Arzt nicht vornehmlich im Interesse der Beklagten, sondern im eigenen Interesse aufsuche. Jedoch sei damit nicht ausgeräumt, daß er ein Äquivalent für die Leistung der Beklagten erbringe. Der Arztbesuch und die damit verbundenen Umstände seien Akte vorbereitender Art für das, was der Kunde - entsprechend dem Text des Garantiescheines - als seine, die Beklagte interessierende Leistung im eigentlichen Sinne auffasse, nämlich die Überlassung des ärztlichen Befundes.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts werden von der Revision im Ergebnis ohne Erfolg angegriffen.

Ob das Berufungsgericht den Aufwand des Kunden an Zeit, Geld und Mühe für den Arztbesuch in seine Beurteilung einbeziehen durfte, erscheint allerdings zweifelhaft. Doch kann diese Frage offen bleiben, denn das Berufungsgericht führt weiter aus (BU 13/14), vom Standpunkt des Kunden her rechtfertige sich die Erstattung des Arzthonorars aus der Erwägung, daß er, der Kunde, aus freiem Entschluß den Bereich der ihn sonst schützenden ärztlichen Schweigepflicht durchbreche, körperliche Zustände offenba-

re, die ihm nicht angenehm seien, und sie einer größeren Zahl von ihm unbekannten Menschen zugänglich mache. Auch dem Kunden, dem dies nicht in sämtlichen Konsequenzen klar werde, erscheine es selbstverständlich, daß die Beklagte für die ihr durch Überlassung des Befundes zufließenden Vorteile aus Gründen der Anerkennung einen geringen Geldbetrag bezahle, dessen Höhe durch den Aufwand für einen ersten Arztbesuch angemessen bestimmt erscheine.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand. Die im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung des Berufungsgerichts, die in der Übersendung des ärztlichen Befundes liegende Preisgabe gewisser körperlicher Zustände an eine jedenfalls möglicherweise größere Zahl von Menschen sei eine in der Vorstellung des Kunden auch für die Beklagte vorteilhafte echte Leistung des Kunden, die durch die Erstattung der Kosten für den ersten Arztbesuch angemessen honoriert werde, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie verletzt keinen Erfahrungssatz und verstößt auch nicht gegen Denkgesetze. Eine solche entgeltliche Vereinbarung verstößt auch nicht gegen die guten Sitten, da nicht ein die menschliche Würde verletzendes Gewinnstreben im Vordergrund steht. Das Berufungsgericht verneint daher ohne Rechtsverstoß das Vorliegen einer Zugabe im Sinne des § 1 Abs. 1 ZugabeVO.

III. Dagegen greift die Revision mit Recht die Ausführungen an, mit denen das Berufungsgericht einen Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG verneint.

1. Das Berufungsgericht führt insoweit aus, den von den Parteien vorgetragenen Tatsachen könne nichts dafür entnommen werden, daß die Beklagte in irgendeiner Beziehung durch unrichtige Angaben den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecke. In anderem Zusammenhang legt das Berufungsgericht dar (BU 14), es sei nicht zu ersehen, daß die Vorstellung der Kunden, die Übersendung des ärztlichen Befundes diene der wissenschaftlichen Forschung der Beklagten, unrichtig sein könnte, und daß die Beklagte an den eingesandten Berichten nicht ernstlich interessiert sei. Auch wenn die der Beklagten übersandten Befunde einer methodisch-systematischen Auswertung nicht zugänglich sein sollten, wie der Kläger behauptete, so bleibe doch, wie zwischen den Parteien unstreitig sei, eine Auswertung im einzelnen möglich und sinnvoll. Möge die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin früher angekündigt haben, den ersten Arztbesuch ohne Überlassung des ärztlichen Befundes lediglich gegen Einsendung der Arztrechnung zu bezahlen, so folge daraus nicht schon, daß sie gegenwärtig, nach Verstreichenden mehrerer Jahre, nicht doch ernstlich an den ärztlichen Befunden interessiert sei. Der Kläger stelle denn auch in dieser Richtung nur ganz allgemein gehaltene Vermutungen an.

2. Nach dem Gesamteindruck der angegriffenen Werbung liegt die Annahme nahe, daß sie von einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise dahin verstanden wird, das Erzeugnis der Beklagten unterliege einer ständigen Überwachung und Weiterentwicklung aufgrund der Ergebnisse wissenschaftlicher Forschungsarbeit, die durch die Einsendung der ärztlichen Befunde ermöglicht werde. Es ist deshalb schon zweifelhaft, ob die Ankündigung der Beklagten nach den Vorstellungen eines nicht unerheblichen

Teiles der angesprochenen Verkehrskreise nicht schon dann unrichtig ist, wenn die Befunde einer methodisch-systematischen Auswertung nicht zugänglich sein sollten. In anderem Zusammenhang legt das Berufungsgericht selbst dar (BU 13), das ernsthafte Interesse der Beklagten an den Befunden werde durch Form und Inhalt des Hinweises auf die weitere Forschung einprägsam unterstrichen, und deutet damit an, daß nach den Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise die Beklagte mehr als nur eine Auswertung der Befunde im Einzelfalle durchführe. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß die Beklagte die Befunde im Einzelfall tatsächlich auswerte, vielmehr sich mit dem Hinweis begnügt, eine solche Auswertung sei nach dem unstreitigen Parteivortrag im einzelnen möglich und sinnvoll.

Das Berufungsgericht will schließlich aus dem Umstand, daß die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin früher die Kosten gegen bloße Vorlage der Arztrechnung erstattet haben, nicht folgern, daß die Beklagte auch im gegenwärtigen Zeitpunkt kein ernsthaftes Interesse an den Befunden hat, und vermißt daher einen schlüssigen Vortrag des Klägers, die Ankündigung der Beklagten sei unrichtig.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Grundsatz, daß der Kläger die Unrichtigkeit einer Ankündigung darzulegen und zu beweisen hat, schließt nicht aus, eine Darlegungslast der Beklagten jedenfalls dann anzunehmen, wenn dem außerhalb des Geschehensablaufs stehenden Kläger zwangsläufig eine genaue Kenntnis der Tatsachen fehlt, die Beklagte dagegen sie hat und leicht die erforderliche Aufklärung beibringen kann. Voraussetzung ist aller-

dings, daß eine solche Aufklärung der Beklagten auch zuzumuten ist (BGH GRUR 1961, 356, 359 - Pressedienst; Hefermehl, GRUR 1963, 274). An diesen Grundsätzen, die sich aus der allgemeinen Pflicht zu redlicher, mit den Geboten von Treu und Glauben zu vereinbarender Prozeßführung ergeben, ist festzuhalten. Aus ihnen folgt für den Streitfall, daß die Beklagte, die früher keinen Wort auf ärztliche Befunde legte und die Kosten gegen Vorlage der Arztrechnung erstattete, demnach kein Bedürfnis an Material zwecks Ergänzung ihrer Forschungstätigkeit erkennen ließ, darlegen muß, daß nunmehr entgegen der früheren Handhabung die ihr übersandten Befunde Material einer auf die Verbesserung ihres Mittels - das offenbar kein Arzneimittel ist - gerichteten ernsthaften Forschungstätigkeit sind und demnach der durch die Ankündigung erweckte Eindruck eines nicht unerheblichen Teiles der angesprochenen Verkehrskreise richtig ist. Eine entsprechende Darlegung ist der Beklagten auch zuzumuten; insbesondere bedarf es dazu nicht der Preisgabe der Namen der Einsender ärztlicher Berichte.

3. Das angefochtene Urteil konnte aus diesen Gründen keinen Bestand haben. Das Revisionsgericht ist mangels der erforderlichen Feststellungen nicht in der Lage, in der Sache selbst zu entscheiden.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht sein Augenmerk auch auf die Frage zu richten haben, ob ein ärztlicher Befund, insbesondere ein nicht von einem Facharzt erstellter Befund, dem nach dem Inhalt der Ankündigung nur ein einmaliger Arztbesuch zugrunde liegt, für dessen Inhalt ferner von der Beklagten keine Mindestanfordernisse aufgestellt sind und der daher nach Grund-

lagen, Aufbau und Inhalt jeweils von der individuellen Gestaltung durch den befragten Arzt abhängt, auch nur für eine allgemeine Orientierung objektiv von Nutzen sein kann.

Es wird überdies klarzustellen sein, was mit einer nach den Ausführungen des Berufungsgerichts zwischen den Parteien unstreitigen "Auswertung im einzelnen" gemeint ist und ob das, was noch "möglich und sinnvoll" ist, im Falle seiner Durchführung den Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise entspricht.

IV. Nach alledem war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt ist; lediglich die Entscheidung hinsichtlich der für den ersten Rechtszug der Beklagten auferlegten Kosten war danach aufrechtzuerhalten; im übrigen aber war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Pehle Sprenkmann Mösl Alff Simon