

## 70. Zum Begriff der Warenprobe.

UmlWG. § 1.

II. Zivilsenat. Ur. v. 24. Juni 1939 i. S. S. (Wekl.) w. St. UG.  
(Kl.). II 190/38.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien vertreiben Dauermellapparate und stehen miteinander im Wettbewerb. Zur Anwendung der Apparate bedarf es sogenannter Wickler, auf die das zu behandelnde Haar aufgewickelt wird. Die Beklagte bringt hierzu unter der Bezeichnung „L.-Sperrwickler“ eine Vorrichtung in den Handel, für die sie Patentschutz genießt. In der Fachzeitschrift „Der Deutsche Friseur“ vom 1. Oktober 1937 hat die Beklagte in einer Anzeige, in der sie für ihre L.-Sperrwicklung und ihre L.-Dauermellapparate wirbt, erklärt, daß sie gegen Einsendung des der Ankündigung beigefügten Gutscheins „ganz unverbindlich und kostenlos die vollständige Garnitur eines patentierten L.-Sperrwicklers“ übersende, damit der Empfänger die Möglichkeit habe, die Behauptungen ihrer Anzeige selbst nachzuprüfen und sich von der einfachen und sicheren Arbeitsweise der L.-Sperrwicklung zu überzeugen. „Sie können mit dieser Garnitur“, so heißt es in der Anzeige, „auch probeweise praktisch arbeiten, denn sie kann an jeden 24-Voltapparat angeschlossen werden“. Nach dem der Anzeige beigefügten Bordruck eines Gutscheins „für die vollständige Garnitur einer patentierten L.-Sperrwicklung zum Preise von 6 RM.“ soll der Einsender bestätigen, daß er selbständiger Friseurmeister sei, und unter Angabe der Voltzahl mitteilen, welchen Apparat er habe.

Die Klägerin hält diese Werbemaßnahme für unzulässig. Sie macht geltend: Mit der Verbreitung der Gutscheine verspreche die Beklagte, eine Ware von nicht unbedeutendem Werte zu verschenken. Ein solches Verhalten laufe dem Wesen und Zweck einer sachlich und wirtschaftlich vernünftigen Werbung zuwider und führe zu einer unbilligen Beeinträchtigung der Mitbewerber. Die Klägerin hat demgemäß unter Berufung auf § 1 UmlWG. beantragt, der Beklagten die Verbreitung der beanstandeten Gutscheine zu verbieten, sie zur Auskunftserteilung über den Umfang der bisherigen Verbreitung zu verurteilen und ihre Schadenserzappflicht festzustellen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und entgegnet: Bei dem Widler, den sie gegen Einsendung des Gutscheins unentgeltlich abgebe, handele es sich nur um eine Probefendung zur Einführung ihrer Erzeugnisse. Zu einem Dauermellapparate seien etwa 30 Widler erforderlich. Mit einem Stück sei dem Friseur nicht gedient. Er könne es nur benutzen, um sich durch eine versuchsweise Verwendung über die Brauchbarkeit der Sperrwicklung zu unterrichten, es sonst aber praktisch nicht verwerten. Die angebotene Garnitur habe einen Herstellungswert von etwa 1 RM. Der angegebene Verkaufspreis von 6 RM. sei der Listenpreis, in dem außer dem Materialwert auch der Großhändlerabatt, die Handlungsunkosten, die Patentaufwendungen und sonstige Unkosten enthalten seien. Dieser Betrag falle gegenüber dem Preis eines vollständigen Dauermellapparats, der einschließlich der dazu gehörigen Widler 425 RM. koste, überhaupt nicht ins Gewicht. Er könne insbesondere nicht dazu führen, den Empfänger etwa aus dem Gefühl einer Anstandspflicht der Anschaffung eines L.-Apparats geneigt zu machen. Durch die Notwendigkeit der Namensnennung im Gutschein sei auch Vorseeung getroffen, daß kein Friseur mehr als eine Widlergarnitur erhalte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Kammergericht hingegen die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Ihre Revision blieb ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, weil es auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen St. annimmt, daß ein Sperrwickler, wie ihn die Beklagte gegen Einsendung des Gutscheins abgibt, für sich allein praktisch unverwendbar sei und von dem Empfänger, der nicht über einen L.-Apparat verfüge, nur benutzt werden könne, um die Wirkungsweise der Sperrwicklung zu erproben, gelangt das Berufungsgericht zu einer hiervon abweichenden Auffassung. Es hält das Vorgehen der Beklagten selbst für den Fall, daß mit einem Sperrwickler allein ohne den Besitz eines L.-Apparats praktisch nichts anzufangen sei, für wettbewerbswidrig, weil der unbefangene Leser nach dem Inhalt des Gutscheins jedenfalls annehmen müsse, er erhalte eine vollständige, auch für andere Apparate passende Widlergarnitur, die für ihn einen selbständigen Wert von 6 RM. habe. Dabei mache es, so meint das Berufungsgericht, keinen

Unterschied, daß sich die Anzeige nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an selbständige Friseure richte. Denn die Beklagte wolle, wie sie selbst erklärt habe, mit ihrer Werbung gerade die Friseure gewinnen, die ihren Apparat noch nicht besitzen und denen ihr System noch nicht bekannt sei. Für diese gehe aus der Ankündigung nicht hervor, daß es sich lediglich um eine Probefendung ohne praktischen Wert handele. Der Inhalt des Gutscheins stehe also mit der wirklichen Sachlage nicht im Einklange. Die Werbemaßnahme der Beklagten sei aber, so führt das Berufungsgericht weiter aus, erst recht unzulässig, wenn die in Aussicht gestellte Wicklergarnitur auch für andere Apparate als den der Beklagten verwendbar sei. Denn dann handele es sich nicht um eine geringwertige Probe, sondern um ein Geschenk von selbständigem, nicht unbeträchtlichem Werte. Die unentgeltliche Überlassung von Waren sei, selbst wenn sie sich im einzelnen Falle wirtschaftlich rechtfertigen lassen sollte, wegen ihrer allgemeinen Wirkung auf den geschäftlichen Verkehr unerwünscht und unstatthaft. Sie laufe der Aufgabe des Kaufmanns zuwider, seine Waren dem Markt im Wege des entgeltlichen Umsatzgeschäfts zuzuführen, nötige den Mitbewerber, dem Beispiel des Schenkers zu folgen und ihn noch zu übertrumpfen, und begründe so die Gefahr eines allgemeinen Wetttschenkens. Sie verstoße damit gegen die guten Sitten des Wettbewerbs.

Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts mit sachlichen Angriffen, rügt auch Verletzung der §§ 139, 286 ZPO. Sie macht im wesentlichen geltend: Wenn das Berufungsgericht annehme, durch den Inhalt der Ankündigung werde der Anschein erweckt, als erhalte der Einsender des Gutscheins einen praktisch verwertbaren Gegenstand, der für ihn einen selbständigen Wert von 6 RM. habe, so lasse es das Vorbringen der Beklagten außer Betracht, aus dem sich ergebe, daß ein Friseur, an den allein sich die Ankündigung richte, unmöglich zu einer solchen Auffassung gelangen könne. Wie die Beklagte vorgetragen habe, sei es für keinen Fachmann zweifelhaft, daß er zur Bedienung einer Kundin nicht einen Wickler verwenden könne, der nicht für den jeweils vorhandenen Apparat bestimmt sei und in seiner Bauart von den übrigen bei der Behandlung benutzten Wicklern abweiche. Lasse sich der zur Probe über sandte Sperrwickler ohnehin nur an einem 24-Voltapparat in Betrieb setzen und bei der Art der Kontakte auch nur behelfsmäßig anschließen, so stehe einer praktischen Verwendung vor allem entgegen, daß seine

Arbeitsweise und Heizdauer von der anderer Wickler verschieden sei, so daß kein Friseur auf den Gedanken kommen werde, mit einem einzelnen Sperrwickler neben Wicklern anderen Fabrikats zu arbeiten. Daraus ergebe sich für den Fachmann ohne weiteres, daß er mit dem in Aussicht gestellten Sperrwickler keinen gewerblich verwertbaren Gegenstand erhalte, durch dessen Verabreichung er 6 RM. spare, sondern daß lediglich die Beklagte ein Opfer bringe, wenn sie ihm eine Vorrichtung, die sie sonst mit 6 RM. verkaufe, ohne Entgelt zum Ausprobieren überlasse. Etwas anderes gehe auch aus der Werbeanündigung nicht hervor. Mit dem Hinweise darauf, daß ein einzelner Wickler für den Friseur keinerlei Wert habe, tritt die Revision weiter auch der Ansicht des Berufungsgerichts entgegen, die Beklagte mache mit der unentgeltlichen Überfendung des Sperrwicklers ein unzulässiges Geschenk. Davon könne keine Rede sein, wenn, wie es nach dem Gutachten des Sachverständigen der Fall sei, die Beklagte dem Empfänger zumute, den Wickler zu ihrem Vorteil auszuprobieren, und auch dem Friseur nur daran liege, sich über die Brauchbarkeit der Sperrwicklung zu unterrichten.

Diese Angriffe der Revision sind nicht begründet. Dem angefochtenen Urteil ist vielmehr, wenigstens im Ergebnis, beizutreten. Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, läuft es den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs zuwider, wenn ein Kaufmann Ware, die er in seinem Unternehmen führt und ihrer Bestimmung gemäß regelmäßig im Wege des entgeltlichen Umsatzgeschäfts vertreibt, schenkweise abgibt, um dadurch neue Kunden zu gewinnen oder seinen Absatz zu erhalten (vgl. RGZ. Bd. 149 S. 242; JW. 1936 S. 2073 Nr. 14, 1938 S. 117 Nr. 11, S. 2978 Nr. 37). Die unentgeltliche Warenverteilung stellt ein Werbemittel dar, das nicht nur gegen die Gebote einer vernünftigen kaufmännischen Betriebsführung verstößt, sondern auch das wirtschaftliche Leben im allgemeinen gefährdet, indem es Mitbewerber zur Nachahmung anreizt und dadurch den Warenabsatz mit Aufwendungen belastet, die schließlich die Gesamtheit zu tragen hat. Der Zweck des Wettbewerbsgesetzes, auch diese vor wettbewerblichen Mißbräuchen zu schützen, läßt die unentgeltliche Abgabe von Waren zu Werbezwecken als wettbewerbsfremd und sittenwidrig im Sinne des § 1 UnWb. erscheinen. Das bedeutet freilich nicht, daß der Kaufmann in jedem Falle gehindert wäre, durch kostenlose Warenabgabe sein Geschäft zu fördern. Nach dem Grund-

sage des Leistungswettbewerbs kann ihm eine Umsonstabgabe nicht verwehrt werden, wenn sie sich als ein betriebswirtschaftlich gerechtfertigtes und für die Allgemeinheit unschädliches Werbemittel erweist. Insbesondere ist, wie in den beiden oben an letzter Stelle erwähnten Entscheidungen des Senats vom 19. Oktober 1937 und 24. August 1938 ausgeführt worden ist, nicht zu beanstanden, wenn dem Verbraucher durch eine kostenlose Verteilung von Warenproben Gelegenheit gegeben wird, sich über die Güte und Brauchbarkeit des ihm angebotenen Erzeugnisses zu unterrichten. Was dabei als zulässige Warenprobe anzusehen ist, hängt im wesentlichen von der Art und Beschaffenheit der in Betracht kommenden Ware ab. Wenn im Urteil des Senats vom 19. Oktober 1937 als Warenprobe die in der Regel kleine Menge oder Stückzahl einer Ware bezeichnet wird, welche geeignet ist, eine Untersuchung der Ware auf ihre Eigenschaften zu ermöglichen, so wird dabei auf das begrifflich vor allem bedeutsame Merkmal der mengenmäßigen Begrenzung abgestellt, die gegeben sein muß, um von einer Probe sprechen zu können. Eine solche liegt nur vor, wenn die Warenabgabe nicht die Menge übersteigt, deren es bedarf, um die Ware sachgemäß ausprobieren zu können. Unter dieser Voraussetzung kann selbst die Abgabe einer Menge zulässig sein, die regelmäßig auch für einen entgeltlichen Warenabsatz in Betracht kommt, wenn anders eine Erprobung nicht vorgenommen werden kann. Eine hiernach zulässige Gleichsetzung der Warenprobe mit der Ware selbst findet jedoch ihre Schranken, wenn die Abgabe der Probe über deren Zweckbestimmung hinaus zugleich auch geeignet ist, dem Empfänger einen bleibenden wirtschaftlichen Wert zuzuführen, wie er ihn sonst nur im Wege entgeltlichen Erwerbs der Ware erlangen könnte. Erhält er durch die Probeleistung kostenlos ein wirtschaftliches Gut, um das er unerachtet der probeweisen Verwendung der Ware dauernd bereichert ist, so gewinnen damit auch die oben erwähnten Gesichtspunkte Bedeutung, die eine unentgeltliche Warenabgabe als der Allgemeinheit wirtschaftlich schädlich und damit unlauter und unzulässig erscheinen lassen. Die Wirkung der Probebewährung erschöpft sich dann nicht mehr in dem wirtschaftlich tragbaren und gerechtfertigten Wettbewerbszweck der Kundengewinnung, sondern greift über diesen hinaus auf das Gebiet der Bedarfsdeckung, die nach kaufmännischen Wirtschaftsgrundsätzen und aus Gründen des Allgemeinwohls dem entgeltlichen Warenabsatz vorbehalten bleiben soll.

Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes: Es kann dahingestellt bleiben, ob der von der Beklagten kostenlos abgegebene Sperrwickler auch dann praktisch verwendbar ist, wenn der Empfänger nicht über einen U.-Apparat oder wenigstens über die zur Vornahme einer Dauermwicklung erforderliche Anzahl weiterer Sperrwickler verfügt. Selbst wenn der Friseur, der gegen Einwendung des Gutscheins einen Sperrwickler verlangt, aus der Ankündigung ohne weiteres erkennen müßte, daß ihm dieser allein praktisch nichts nütze, er ihn vielmehr, sofern er einen 24-Voltapparat besitzt, nur ausprobieren könne, um sich über die Brauchbarkeit der Sperrwicklung zu unterrichten, so vermag dies nichts daran zu ändern, daß der Empfänger, auch wenn er sich demgemäß darauf beschränkt, den ihm zugesandten Wickler zu erproben, mit diesem einen wirtschaftlichen Wert erhält, der ihm auch nach der Vornahme der Probe verbleibt. Nach dem Inhalte des Gutscheins kostet ein Sperrwickler 6 RM., und die Beklagte stellt nicht in Abrede, daß dies der Preis ist, zu dem sie eine Wicklergarnitur an den letzten Verbraucher verkauft. Der Sperrwickler hat also einen nicht unerheblichen Verkehrswert, der auch nicht dadurch geringer wird, daß sein Materialwert, wie die Beklagte behauptet, nur 1 RM. beträgt. Durch die Verwendung zum Zwecke des Ausprobens mag sich sein Wert ohne weiteres mindern. Er behält aber seine Benutzbarkeit wie ein anderer gebrauchter Sperrwickler und stellt auch in solchem Zustand eine verkehrsfähige Ware dar, deren Wert sich der Empfänger zunutze machen kann. Tut er dies nicht durch praktische Verwendung des Wicklers im eigenen Betriebe, so wäre immerhin denkbar, daß er sich seiner gegen Entgelt entäußert, etwa durch Verkauf an einen Friseur, der selbst einen U.-Apparat besitzt. Daß er hieran durch Bindungen gehindert wäre, die ihm die Beklagte auferlegt, hat diese nicht behauptet.

Ohne daß es hiernach entscheidend darauf ankommt, ob der Empfänger des Wicklers nach dessen Ausprobierung selbst instande ist, diesen in seinem Betriebe praktisch zu verwenden, oder ob er dies nach dem Inhalte der Ankündigung wenigstens erwarten durfte, verstößt die unentgeltliche Abgabe eines Wicklers im Werte von 6 RM. schon deswegen gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, weil sie den Empfänger nicht bloß in den Stand setzt, die Ware auf ihre Eigenschaften zu untersuchen, sondern ihm darüber hinaus einen bleibenden Wert verschafft, den er sonst nur durch ein entgeltliches

Erwerbsgeschäft erlangen könnte. Das ist — auch bei Abgabe der Ware in einer für den regelmäßigen Verkauf in Betracht kommenden Menge — nicht der Fall, wenn die Ware durch die Erprobung verbraucht wird und damit als verkehrsfähiges Gut untergeht. Denn dann erhält der Empfänger nur so viel, wie zum Ausprobieren nötig ist, und es wird ihm nichts zugewendet, woraus er außerdem Nutzen ziehen könnte. Deshalb ist in dem Urteil des Senats vom 19. Oktober 1937 die Auffassung gebilligt worden, daß die unentgeltlich abgegebene Originalpackung eines Waschmittels noch als zulässige Probe zu betrachten sei, da eine solche Menge benötigt werde, um die Brauchbarkeit des Mittels in einem regelmäßigen Waschvorgange festzustellen. Wird aber, wie hier, der wirtschaftliche Wert der Ware nicht schon durch die Erprobung erschöpft, sondern kommt er dem Empfänger in Gestalt eines gebrauchsfähigen und wirtschaftlich verwertbaren Gegenstandes auch weiterhin zugute, so entfallen die Gesichtspunkte, unter denen noch von einer zulässigen Warenprobe gesprochen werden kann. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß sie auf andere Weise als durch kostenlose Abgabe eines Wickers keine Gelegenheit zum Ausprobieren ihres Erzeugnisses herbeiführen könne. Es ist ihr unbenommen, durch Schauvorführungen auf die Vorzüge ihres Systems hinzuweisen oder der Kundschaft durch in ihrem Eigentum verbleibende Ansichtsendungen den erforderlichen Einblick zu vermitteln. Verfährt sie so, so setzt sie sich nicht dem Vorwurf einer der Gesamtwirtschaft abträglichen Werbung aus, wie er ohne weiteres begründet ist, wenn sie dem Verbraucher über den Probezweck hinaus schenkweise Vermögensvorteile zuwendet, die dieser andernfalls nur unter entsprechender Gegenleistung erlangen könnte.

Die Beklagte kann auch nicht in Anspruch nehmen, daß es sich um ein Geschenk von unbedeutendem Werte handele, durch dessen Annahme sich niemand verpflichtet fühlen könne, ihr einen weit teureren Dauerwellapparat oder doch die zur Anwendung der Sperrwicklung erforderliche Anzahl weiterer Wicker abzukaufen. Da sich die Beklagte mit ihrer Ankündigung an Friseurin wendet, die nicht zu ihren Kunden gehören, scheidet der Gesichtspunkt einer etwa zulässigen Erkenntlichkeit für bewiesene Kundentreue von vornherein aus, wobei unerörtert bleiben kann, ob nicht auch einem solchen Vorgehen schon mit Rücksicht auf den nicht unerheblichen Wert der Zuwendung die Billigung zu versagen wäre. Für den hier allein in Betracht kommenden Fall einer

beabsichtigten Gewinnung neuer Kunden fällt der Wert der Schenkung um deswillen nicht ins Gewicht, weil jede unentgeltliche Zuwendung zum Verkauf bestimmter Waren zum Zwecke der Kundentwerbung aus den oben hervorgehobenen, den Geboten einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsgestaltung zu entnehmenden Gründen wettbewerbswidrig ist, soweit sie über die Abgabe von Warenproben hinausgeht.

Nach dem Ausgeführten bedarf es keines weiteren Eingehens darauf, ob der Inhalt des Gutscheins geeignet ist, irrige Vorstellungen über die Art und Brauchbarkeit der in Aussicht gestellten Wicklergarnitur zu erwecken. Auch wenn dem nicht so wäre, die Ankündigung also nicht den Schluß zuließe, daß ein für jeden Friseur und für jeden Dauermellapparat praktisch verwendbarer Gegenstand zur Verteilung gelange, hätte es dabei zu verbleiben, daß die Beklagte eine unzulässige Werbeklamme betreibt.