

Die Zugabe von Kundenrechten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

Juristischen Fakultät

der Eberhard Karls Universität Tübingen

vorgelegt von

Thilo Schultze

aus Ruit a.d.F.

2001

Dekan:

Prof. Dr. Burkhard Heß

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Wernhard Möschel

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Ulrich Bälz

Tag der mündlichen
Prüfung:

10. Mai 2001

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Problemstellung	Seite 1
B. Entstehung und Gesetzeszweck der ZugabeVO	Seite 5
I. Ausgangssituation	Seite 5
II. Erlaß und Zielsetzung der ZugabeVO	Seite 7
III. Der Gesetzeszweck als dynamisches Prinzip	Seite 8
IV. Der aktuelle Gesetzeszweck der ZugabeVO	Seite 10
1. Literatur	Seite 10
2. Rechtsprechung	Seite 13
3. Gesetzgebung	Seite 13
4. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	Seite 15
5. Ergebnis	Seite 16

C. Die Tatbestandsmerkmale des Zugabeverbots **Seite 17**

I. Das Erfordernis eines wirtschaftlichen Vorteils	Seite 18
1. Rechtsprechung	Seite 18
2. Literatur	Seite 19
3. Stellungnahme	Seite 20
a) Der gegenstandsbezogene Zugabebegriff des Gesetzgebers	Seite 20
b) Sozialer Zweck als Zugabe?	Seite 21
4. Ergebnis	Seite 23
II. Die Zugabe in Form einer Ware oder Leistung	Seite 24
1. Rechtsprechung	Seite 25
2. Literatur	Seite 26
3. Stellungnahme	Seite 28
a) Die Klammer als Definition der Zugabe	Seite 28
b) Die Klammer als Klarstellung	Seite 28
c) Der wirtschaftliche Vorteil als Element des Leistungsbegriffs	Seite 30
d) Wirtschaftliche Vorteile außerhalb des Leistungsbegriffs?	Seite 31
4. Ergebnis	Seite 33
III. Das Erfordernis zweier Güter	Seite 34
1. Rechtsprechung	Seite 34
2. Literatur	Seite 34

3. Stellungnahme	Seite 34
IV. Die Entscheidung der Zwei-Güter-Frage	Seite 36
1. Rechtsprechung	Seite 37
a) Der Maßstab der Verkehrsauffassung	Seite 37
b) Die Feststellung der Verkehrsauffassung	Seite 40
i) Normative Ermittlung	Seite 41
ii) Empirische Ermittlung	Seite 41
c) Fazit	Seite 42
2. Literatur	Seite 42
3. Stellungnahme	Seite 45
a) Überblick	Seite 45
b) Der objektive Maßstab	Seite 46
c) der Maßstab der Verkehrsauffassung	Seite 47
i) Empirische Ermittlung	Seite 47
ii) Normative Ermittlung	Seite 48
d) Der Rückgriff auf § 1 UWG	Seite 51
e) Die Verkehrsauffassung in anderen Vorschriften	Seite 52
f) Zusammenfassung	Seite 57
4. Ergebnis	Seite 58
V. Die Unentgeltlichkeit	Seite 59
1. Rechtsprechung	Seite 59
2. Literatur	Seite 63
3. Stellungnahme	Seite 65
4. Ergebnis	Seite 68

VI. Die Akzessorietät	Seite 69
1. Rechtsprechung	Seite 69
2. Literatur	Seite 72
3. Stellungnahme	Seite 72
4. Ergebnis	Seite 73
VII. Erfordernis weiterer Tatbestandsmerkmale?	Seite 74
	Seite 75
VIII. Zusammenfassung	
D. Das Umtauschrecht als Zugabe	Seite 76
I. Definition	Seite 76
II. Rechtliche Konstruktion	Seite 76
III. Rechtsprechungsüberblick	Seite 77
IV. Rechtsprechung zu vergleichbaren Rechten	Seite 78
V. Argumentationsdefizite der Rechtsprechung	Seite 80

VI. Das Umtauschrecht als wirtschaftlicher Vorteil	Seite 82
1. Rechtsprechung	Seite 82
2. Literatur	Seite 83
a) Nutzungsmöglichkeit als wirtschaftlicher Vorteil	Seite 83
b) Recht selbst als wirtschaftlicher Vorteil	Seite 83
3. Stellungnahme	Seite 84
a) Nutzungsmöglichkeit als wirtschaftlicher Vorteil	Seite 84
b) Recht selbst als wirtschaftlicher Vorteil	Seite 86
i) Definition des wirtschaftlichen Vorteils	Seite 86
ii) Anwendung der Definition auf das Umtauschrecht	Seite 87
4. Ergebnis	Seite 89
VII. Das Umtauschrecht als Ware oder Leistung	Seite 90
1. Rechtsprechung	Seite 90
2. Literatur	Seite 91
3. Stellungnahme	Seite 92
a) Der allgemeine Leistungsbegriff	Seite 93
b) Das zusätzliche Kriterium der Hauptgeschäftsfähigkeit	Seite 93
i) Hauptgeschäftsfähigkeit des Umtauschrechts	Seite 94
ii) Erforderlichkeit der Hauptgeschäftsfähigkeit	Seite 95
4. Ergebnis	Seite 101

VIII. Das Umtauschrecht als selbständiges Gut	Seite 102
1. Rechtsprechung	Seite 102
2. Literatur	Seite 104
3. Stellungnahme	Seite 106
a) Sachnutzungsmöglichkeit	Seite 106
b) Umtauschrecht	Seite 107
i) Besonderheiten des Umtauschrechts	Seite 107
ii) Die normativ bestimmte Verkehrsauffassung	Seite 109
c) Kriterien zur Bestimmung der Verkehrsauffassung	Seite 109
i) Die Hauptgeschäftsfähigkeit	Seite 110
ii) Die Kundenerwartung	Seite 112
iii) Zusammenfassung	Seite 114
4. Ergebnis	Seite 115
IX. Die Akzessorietät des Umtauschrechts	Seite 116
X. Die Unentgeltlichkeit des Umtauschrechts	Seite 117
1. Rechtsprechung	Seite 117
2. Literatur	Seite 118
3. Stellungnahme	Seite 119
a) Wirtschaftliche Bestimmung der Verkehrsauffassung?	Seite 119
i) Ist das Umtauschrecht objektiv wirtschaftlich unvernünftig?	Seite 120
ii) Empfindet der Verkehr das Umtauschrecht als wirtschaftlich unvernünftig?	Seite 121
iii) Schlußfolgerung	Seite 121

b) Beeinflussung der Verkehrsauffassung durch Verbraucherschutzgesetze	Seite 122
c) Die Kulanzpraxis	Seite 123
d) Das Verbraucherleitbild	Seite 123
e) Differenzierung zu Werbegeschenken	Seite 126
4. Ergebnis	Seite 127
XI. Die Relevanz der rechtlichen Konstruktion	Seite 128
1. Rechtsprechung	Seite 128
2. Literatur	Seite 130
3. Stellungnahme	Seite 132
a) Alleinige Relevanz der rechtlichen Konstruktion	Seite 132
b) Völlige Irrelevanz der rechtlichen Konstruktion	Seite 133
c) Teilweise Relevanz der rechtlichen Konstruktion	Seite 135
4. Ergebnis	Seite 137
XII. Die Relevanz des Werts der Zugabe	Seite 138
XIII. Verhältnis des Umtauschrechts zu dem Zweck der ZugabeVO	Seite 139
XIV. Die Handelsüblichkeit	Seite 141
1. Rechtsprechung	Seite 141
2. Literatur	Seite 142
3. Stellungnahme	Seite 143
a) Die Bestimmung der Handelsüblichkeit	Seite 143
b) Die wirtschaftliche Vernunft	Seite 144

4. Ergebnis	Seite 147
XV. Privilegierung des Versandhandels?	Seite 148
E. Rückgaberechte	Seite 149
I. Begriffsbestimmung	Seite 149
II. Rechtliche Konstruktion	Seite 149
III. Rechtsprechungsüberblick	Seite 149
IV. Literatur	Seite 150
V. Stellungnahme	Seite 150
VI. Ergebnis	Seite 151
F. Garantien	Seite 152
I. Begriffsbestimmung	Seite 152
II. Rechtliche Konstruktion	Seite 152
III. Rechtsprechungsüberblick	Seite 152

IV. Literatur	Seite 154
V. Stellungnahme	Seite 154
VI. Ergebnis	Seite 155
G. Zusammenfassung und Gesamtergebnis	Seite 156
I. Gesetzeszweck	Seite 156
II. Die Verkehrsauffassung	Seite 156
1. Normative Ermittlung der Verkehrsauffassung	Seite 156
2. Die Hauptgeschäftsfähigkeit	Seite 156
3. Der Leistungsbegriff der Zugabeverordnung	Seite 157
4. Die rechtliche Konstruktion	Seite 157
III. Neudefinition der Zugabe	Seite 157
IV. Anwendung der Zugabedefinition	Seite 158
V. Notwendigkeit eines Zugabeverbots?	Seite 159
VI. Ausblick: Zugabeverbot durch § 1 UWG?	Seite 160

A. Einleitung und Problemstellung

Die letzten Jahre verzeichneten eine deutliche Zunahme moderner Vertriebswege wie Katalogversandhandel oder dem sogenannten electronic commerce über das Internet. Bereits im Jahre 1998/1999 wurden über das Internet weltweit ca. 90 Mrd. DM umgesetzt¹, für das Jahr 2000 gehen die Erwartungen schon von einem Volumen von 700 Mrd. US\$ aus². Allein für den elektronischen Handel innerhalb Deutschlands wird ein Umsatz von 100 Mrd. DM im Jahre 2002 prognostiziert³.

Diese Entwicklung wirft zwei Fragen auf. Erstens nach den Ursachen für den Erfolg des Internet-Handels und zweitens, eng damit verbunden, wie der traditionelle Handel den drohenden Umsatzeinbußen entgegenwirken kann.

Offensichtlichen Vorteilen des Versandhandels, wie der Unabhängigkeit von Ladenöffnungszeiten oder geringeren Fixkosten, steht als Nachteil mangelnder Kundenkontakt gegenüber. Der Kunde kann die Ware vor Bestellung nicht prüfen, sondern ist auf die Beschreibung des Händlers angewiesen. Diese Nachteile wurden von Beginn an regelmäßig durch weitgehende Garantien, Umtausch- und Rückgaberechte kompensiert und das Risiko des Käufers dadurch verringert.

Durch die eingeräumten Rechte stellte sich die Situation des Kunden im Versandhandel oft günstiger dar, als in klassischen Ladengeschäften. Diese versuchten daraufhin zunehmend, die drohenden Nachteile ihrerseits zu kompensieren, indem sie dem Kunden ähnliche Rechte vermittelten.

¹ @OnlineToday, Ausgabe 3/99, S. 36

² Gideon I. Gartner, "Rosa- oder rot?" in der Verlagsbeilage E-Commerce zur FAZ vom 1. 6. 1999; andere Schätzungen prognostizierten für das Jahr 2000 einen weltweiten Umsatz von 200 Mrd. ECU, vgl. Mitt. EG-Kommission "Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr", KOM (97) 157, 10; vgl. Möschel, FS-Zäch, S. 377, 378, auch zur ursprünglich militärischen Entwicklung des Internets

³ FAZ vom 17. 2. 2000, S. 17: "E-Commerce-Umsatz wächst in Deutschland auf 100 Milliarden DM"

Die wachsende Bedeutung derartiger Kundenrechte erfaßte bald auch versandhandelsfremde Branchen wie den Gebrauchtwagenhandel, Brillen oder Kapitalanlagen. Die Rechtsprechung hatte sich daher in den letzten Jahren verstärkt mit der Zulässigkeit von Garantien, Umtausch- oder Rückgaberechten zu befassen. Dies in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle mit dem Ergebnis, daß eine unzulässige Zugabe im Sinne des § 1 Abs. 1 ZugabeVO vorliege.

Vor diesem Hintergrund werden auch klassische allgemeine Fragen des Zugaberechts wieder relevant und neu zu überdenken sein: der mögliche Gegenstand der Zugabe, die Abgrenzung zwischen Zugabe und Hauptware/-leistung, die Bedeutung und Ermittlung der Verkehrsauffassung, die Bedeutung rechtlicher Gesichtspunkte außerhalb der ZugabeVO, das Kriterium des Leistungswettbewerbes und die Bestimmung der Handelsüblichkeit.

Wenn sich die Zeiten ändern, sollte für das Recht gleiches gelten.

Die zentralen Fragen in diesem Zusammenhang sind folgende:

1. Wie werden diese Rechtspositionen juristisch konstruiert ?

Das Recht gibt keinen numerus clausus der möglichen Vertriebsmethoden vor. Marketingstrategen planen den Auftritt am Markt und erfinden neue Instrumente, um dem Kunden ein interessantes Angebot zu präsentieren. Aufgabe der Juristen ist es dann, diese Strategien anhand des vorgegebenen Rahmens zu kategorisieren. Das heißt, die Kreativität der Marktteilnehmer wird durch das geltende Recht beschränkt. Deshalb stellt sich bei jeder Maßnahme die Frage nach der rechtlichen Konstruktion und deren Zulässigkeit.

2. Ist diese Konstruktion für die rechtliche Beurteilung relevant ?

In engem Zusammenhang mit der Ausgangsfrage stellt sich das Problem, ob die rechtliche Konstruktion bereits ein Präjudiz für die Zulässigkeit der Konstruktion beinhaltet oder ob die Zulässigkeit unabhängig von der rechtlichen Vorgehensweise zu beurteilen ist. Nach der ersten Variante ließe sich schlagwortartig formulieren, daß jede gesetzlich mögliche Konstruktion letztendlich auch zulässig sein und bleiben muß. Die der zweiten Variante entsprechende Regel hieße dagegen, daß eine rechtlich generell mögliche Konstruktion keinerlei Bedeutung für die Beurteilung des konkreten Falles habe, der deshalb ausschließlich anhand weiterer Kriterien auf seine Zulässigkeit hin zu überprüfen wäre.

3. Was kommt als Gegenstand einer unzulässigen Zugabe in Betracht?

Eine über das allgemeine Zivilrecht hinausgehende Zulässigkeitschranke stellt die Zugabeverordnung dar. Angesichts des Verbots der Zugabe ist ganz entscheidend, den möglichen Gegenstand einer Zugabe und damit den Anwendungsbereich der Zugabeverordnung genau zu bestimmen.

Es stellt sich die Frage, ob es einen Bereich gibt, in dem eine ausführliche Zulässigkeitsprüfung unterbleiben kann, weil das Ergebnis (der Zulässigkeit) ohnehin schon feststeht. Dies deshalb, weil von Anfang an der Gegenstand der Untersuchung nicht als Gegenstand eines Zugabeverstößes in Betracht kommt. Diese Frage stellt sich in aller Deutlichkeit bei Rechtspositionen wie Umtausch- oder Rückgaberechten oder Garantieleistungen.

4. Wie ist die Zugabe von der Hauptleistung abzugrenzen ?

Die soeben dargestellte Eingangsprüfung, ob etwas als Zugabe in Betracht kommt, hat zwingend zur Voraussetzung, daß der Gegenstand der Untersuchung zunächst bestimmt wird. Das heißt, es muß entschieden werden, was im konkreten Fall als mögliche Zugabe in Betracht kommt und was Gegenstand des eigentlichen Grundgeschäfts ist. Diese Entscheidung über den Gegenstand der Untersuchung hat zwangsläufig ganz erhebliche Relevanz für das erzielte Ergebnis.

Die zu bewältigende Aufgabe liegt darin, einen vielschichtigen Vorgang des Leistungsaustausches in einzelne Elemente zu zerlegen und diese Teile zwei unterschiedlichen Kategorien zuzuordnen: handelt es sich um einen Gegenstand innerhalb oder außerhalb der Leistungsbeziehung. Mit anderen Worten, gehört der überprüfte Teil zu der Hauptleistung oder stellt er etwas Darüberhinausgehendes, Zusätzliches dar. Die Kriterien dieser Differenzierung sind näher zu untersuchen.

5. Relevanz und Ermittlung der Verkehrsauffassung

Ein mögliches Mittel zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen stellt die Verkehrsauffassung dar. Macht man von diesem Instrument Gebrauch, hängt die eigentliche Antwort auf die Zulässigkeitsfrage von einem weiteren, im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen Kriterium ab. Bei dieser Vorgehensweise erlangt die Verkehrsauffassung deshalb ergebnisentscheidende Bedeutung.

Die Frage nach der richtigen Ermittlung der Verkehrsauffassung ist angesichts dieser Relevanz genau zu überdenken. Das gefundene Ergebnis kann unter Umständen weit über die Zugabeverordnung hinaus von Bedeutung sein.

6. Neue Lösungsansätze

Neben diesen klassischen Ansätzen bietet die Untersuchung atypischer Fälle, wie beispielsweise den Umtauschrechten, auch die Möglichkeit, neue Lösungsvorschläge zu entwickeln und auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen.

Ein solcher neuer Weg könnte in der Forderung nach der Hauptgeschäftsfähigkeit einer Zugabe liegen, das heißt der Fähigkeit, Gegenstand eines selbständigen Geschäfts sein zu können.

B. Entstehung und Regelungszweck der Zugabeverordnung

I. Ausgangssituation

Nach allgemeiner Auffassung war die Zeit vor Erlass der ZugabeVO durch Mißstände und Auswüchse im Zugabewesen geprägt⁴. Die Erläuterungen des Gesetzgebers zum Erlass der Zugabeverordnung sprechen von "Ausartungen des Wettbewerbs" und "bedrohlichen Wirkungen dieser Mißstände"⁵.

Was zunächst derart dramatisch klingt, wird allerdings selten durch konkrete Fallbeispiele belegt. Betrachtet man die von der Rechtsprechung entschiedenen und in der Literatur diskutierten Fälle, so muten die Sachverhalte aus heutiger Sicht wenig spektakulär an⁶.

In dem viel diskutierten Fall von RGSt 61, 58 ff. hatte eine Kaffeerösterei Kaffee in zwei Varianten zu unterschiedlichen Preisen (!) angeboten. Während das billigere Angebot zu 40 Pfennig ausschließlich Kaffee enthielt, lag der teureren Alternative zu 45 Pfennig ein Gutschein bei, der zum kostenlosen Bezug von Haushaltsartikeln, Geschirr oder ähnlichen Waren berechnete⁷. Heute wirkt dieser Sachverhalt nicht gerade alarmierend.

⁴ Klauer/Seydel, 3. A. 1954, Einf. Rz. 4 mit Rechtsprechungsübersicht; Baumbach/Hefermehl, ZugabeVO Rz. 2 ff

⁵ Erläuterungen zur Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932, RGBl I S. 121, erster Absatz, abgedruckt u. a. bei Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I.

⁶ Vgl. auch Meyer, GR 2001, 98, 103; ausführliche Rechtsprechungsübersichten bei Cahn, MuW 32, 61ff. und Klauer/ Seydel, Zugabewesen, Einführung S. 3, Rz. 4, 3. Auflage, 1954

⁷ Nachdem die erste Instanz mit einem Freispruch geendet hatte, war die Revision der Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung erfolgreich.

Die Mißstände scheinen bei näherer Betrachtung denn auch weniger auf tatsächlichem, als vielmehr auf rechtlichem Gebiet zu liegen. Problematisch war weniger das Zugabewesen an sich, als dessen rechtliche Behandlung. Dies konstatiert auch Junckerstorff, nach dem die spezialgesetzliche Regelung des Zugabewesens eben deshalb notwendig war, "weil das geltende Recht ... nicht ausreichte"⁸, "es entwickelte sich eine völlig uneinheitliche Rechtsprechung, die die krassesten Widersprüche zeigt"⁹.

Die Erläuterungen des Gesetzgebers halten ebenfalls fest: "Das geltende Recht hat sich ... nicht als ausreichend erwiesen. ...Die Rechtsprechung hat ..ausreichend feste Ergebnisse nicht zu zeitigen vermocht"¹⁰. Nach Baumbach/ Hefermehl standen die Gerichte sogar "dem Zugabewesen vor Erlaß der Zugabeverordnung hilflos gegenüber"¹¹.

Die Gründe dieser Unsicherheit oder gar Hilflosigkeit liegen auf der Hand. Die §§ 3, 4 UWG setzen bis heute irreführende Ankündigungen voraus ("wer ... Angaben macht") und konnten daher zu keiner Zeit das weit verbreitete bloße "Gewähren" einer Zugabe bei Abschluß eines Geschäfts erfassen¹².

Unter welchen Voraussetzungen die Generalklausel des § 1 UWG anzuwenden war, war sehr streitig, eine einheitliche Linie in Rechtsprechung oder Literatur nicht erkennbar¹³. Die ergangenen Gerichtsentscheidungen führten öfter zu einer Intensivierung der Rechtsunsicherheit als deren Beseitigung.

⁸ Junckerstorff, MuW 32, 225; vgl. auch Junckerstorff, GR 33, 756 ff.

⁹ Junckerstorff, JW 30, 3602

¹⁰ Erläuterungen, RGBI I, 121, in Seydel, ZugabeVO, S. 191, 193

¹¹ Baumbach/ Hefermehl, ZugabeVO Allg. Rz. 3

¹² Baumbach/ Hefermehl, ZugabeVO Allg. Rz. 3

¹³ Vgl. Baumbach/ Hefermehl, ZugabeVO Allg. Rz. 3; Cahn, MuW 32, 61 ff.

Die Leitentscheidung des Reichsgerichts im oben skizzierten Fall RGSt 61, 58 stellt beispielsweise darauf ab, "ob der Verkäufer seine Ware mit Zugabe zu einem Preise verkaufte, der sich innerhalb der Grenzen hielt, in denen Waren gleicher Art und Güte von Geschäften ähnlichen Ranges am gleichen Platz zur selben Zeit verkauft zu werden pflegten"¹⁴. Denn in diesem Falle liege tatsächlich ein besonders günstiges Angebot und keine Zugabe vor¹⁵.

Dieser im Ansatz ausgesprochen logische und moderne Ansatz war und ist angesichts der zahlreichen Variablen und Wertungen in der Praxis allerdings unzuverlässig und hatte deshalb gerade die skizzierte Rechtsunsicherheit zur Folge. Daher hatte der Gesetzgeber zu reagieren.

II. Erlaß und Zielsetzung der ZugabeVO

Die Zugabeverordnung stellt den ersten Teil der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932 dar und erfolgte als Reaktion auf die damaligen Auswüchse im Bereich der Wertreklame beziehungsweise der dadurch verursachten Rechtsprobleme¹⁶.

¹⁴ RGSt 61, 58, 61

¹⁵ Vgl. dazu die Entscheidung BGH WRP 00, 1138, 1139 f.-Tageszulassung II: die Anlockwirkung eines attraktiven Angebots sei gerade nicht wettbewerbswidrig, sondern gewollte Folge des Leistungswettbewerbes, der Ausdruck eigener Leistungsstärke sei jedenfalls zulässig.

¹⁶ Siehe oben Seite 5 ff.; zur Entstehungsgeschichte auch Meyer, GR 2001, 98, 102 ff.; kritisch zum Zugabeverbot schon Clad, GR 29, 843 ff.

Angesichts der komplexen Verhältnisse vor Erlass der Verordnung ist es nicht überraschend, daß mit der Zugabeverordnung die Lösung mehrerer Problemkreise angestrebt wurde und sie deshalb auch verschiedene selbständige Ziele verfolgte. Als Gesetzeszweck ergeben sich aus den Erläuterungen des Gesetzgebers¹⁷ im wesentlichen folgende Zielsetzungen, die auch in Literatur¹⁸ und Rechtsprechung¹⁹ so übernommen und wiedergegeben werden:

- Verhinderung unsachlicher Kundenbeeinflussung
- Verhinderung von Preisverschleierung
- Verhinderung von Nachahmung und Übersteigerung
- Verhinderung von Brancheneinbrüchen und deshalb Mitbewerberschutz

Daneben ist bei der ZugabeVO in besonderem Maße die Rechtssicherheit und Vereinheitlichung der Rechtsprechung als Gesetzeszweck zu nennen, war die verbreitete Unsicherheit doch wesentliches Ausgangsproblem. Das bestätigen auch die Erläuterungen selbst mit dem Hinweis "Rechtssicherheit ist aber ... das erste Gebot."²⁰.

¹⁷ Erläuterungen zur Zugabeverordnung, RGBl. I, 121, abgedruckt auch in Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I., S. 191 ff;

¹⁸ Baumbach/Hefermehl Rz. 5 ff. m. w. N.; Köhler/ Piper, ZugabeVO, Einf. Rz. 2; Wirth, BB 62, 356; Speckmann, Rz. 1228 ff.; Koch, MuW 32, 223 ff.; von Gamm, Wettbewerbsrecht, 59. Kapitel, Rz. 4 sieht den Gesetzeszweck "in erster Linie in einer Bekämpfung der Hauptauswüchse der Werteklamme" an sich, erläutert dann aber insbesondere den Verbraucherschutz sowie den gewerbepolizeilichen Charakter der Regelung, so daß sich im Ergebnis keine abweichenden Zwecke gesehen werden

¹⁹ OLG Hamm GR 39, 135 ff. nennt insgesamt 12 Ziele der Zugabeverordnung

²⁰ Erläuterungen, RGBl. I, 121, in Seydel, ZugabeVO, S. 191, 193

III. Der Gesetzeszweck als dynamisches Prinzip

Die oben genannten Zwecke führten zum Erlaß der Zugabeverordnung am 9. März 1932. Es ist nach mittlerweile fast siebzigjährigem Bestehen zu überdenken, ob dieses ursprüngliche Bündel an Zielsetzungen auch heute noch unverändert Geltung beanspruchen kann.

Denn mittlerweile dürfte anerkannt sein, daß sich die mit einem Gesetz verfolgten Zwecke in dem Zeitraum nach dessen Erlaß verändern können²¹. Das heißt, ein Gesetz kann aktuell einen anderen Zweck verfolgen, als der Gesetzgeber bei dessen Erlaß. Die gegenteilige Auffassung etwa **Bierlings**, entscheidend sei alleine der gesetzgeberische Wille im Zeitpunkt der Gesetzgebung²², dürfte als überholt gelten²³.

Nach **Larenz** ist das Gesetz "in der ihm eigenen Vernünftigkeit" zu verstehen, von den Zwecken damals ausgehend müsse weitergedacht werden²⁴. **Larenz/Wolf** sprechen von dem "bleibenden Zweck der Norm",²⁵ **Baumann** von der "heutigen ratio legis"²⁶.

²¹ MüKo-Säcker, BGB, Einl. Rz. 134 a m. w. N.; Seydel, Zugabeverordnung, Vorbemerkungen Rz. 4; Schwacke, Methodik, S. 63 f.; vgl. auch BVerfGE 34, 238, 288 f.; BGH WRP 99, 424 ff.-Bonusmeilen

²² Zitiert bei Larenz, Methodenlehre, S. 45

²³ Nach Koller, Theorie des Rechts, S. 100 ff. kann diese Veränderung des gesetzgeberischen Willens sogar zur Derogation, dem Außerkrafttreten der Norm führen. Die notwendigen Voraussetzungen liegen bei der Zugabeverordnung jedenfalls nicht vor, eine Vertiefung dieses Ansatzes ist deshalb an dieser Stelle entbehrlich.

²⁴ Larenz, Methodenlehre, S. 321

²⁵ Larenz/ Wolf, AT BGB, S. 104

²⁶ Baumann, S. 110

Zwar entscheide grundsätzlich die Absicht des historischen Gesetzgebers, soweit Wortlaut und Systematik kein eindeutiges Ergebnis lieferten. Bleibe diese gesetzgeberische Absicht jedoch ebenfalls zweifelhaft "oder kann sie wegen eines inzwischen eingetretenen grundlegenden Wandels der Verhältnisse oder auch im Gesamtgefüge der Rechtsordnung heute nicht mehr als maßgeblich angesehen werden, so ist auf objektiv-teleologische Kriterien zurückzugreifen"²⁷. Von besonderer Bedeutung sei in diesem Zusammenhang die gemeinschaftskonforme Auslegung²⁸.

Ähnlich behandelt **Schwacke** die Bedeutung subjektiver Momente des Gesetzgebers. Er stellt die Frage, was der Rechtsanwender im Zeitpunkt der Normanwendung vom Willen des historischen Gesetzgebers noch akzeptieren könne, um einen gegenwärtigen Konfliktfall sach- und interessengerecht zu entscheiden²⁹. "Die Bedeutung subjektiver Kriterien schwindet mit dem Alter der ... Norm. Gerade bei älteren Gesetzen verliert die Vorstellung des Gesetzgebers mehr und mehr an Gewicht"³⁰.

Säcker begreift den Gesetzeszweck ebenfalls als dynamische Komponente, die Norm stehe ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauung, auf die sie wirken solle. Dies gelte dann "besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben, wie in diesem Jahrhundert"³¹.

²⁷ Larenz/ Wolf, AT BGB, S. 105

²⁸ Larenz/ Wolf, AT BGB S. 104, 111 ff

²⁹ Schwacke, Methodik, S. 63 f.

³⁰ Schwacke, Methodik, S. 66; vgl. auch BVerfGE 34, 238, 288 f.

³¹ MüKo-Säcker, BGB, Einleitung Rz. 134 a

Es bleibt damit festzuhalten, daß das Normverständnis sich primär am derzeitigen Gesetzgeber zu orientieren hat und nicht am historischen. Die jeweils mit einer Vorschrift verfolgten Zielsetzungen unterliegen einem dynamischem Wandel. Jeder Gesetzgeber kann mit einer älteren Norm unterschiedliche Zwecke verfolgen oder deren verschiedene Zwecke neu gewichten und bewerten, was insbesondere dann naheliegt, wenn die gegenständliche Norm bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses mehrere Zwecke verfolgt.

Demnach ist ganz besonders bei generalklauselartigen Vorschriften wie der Zugabeverordnung vor jeder Rechtsanwendung sorgfältig zu überprüfen, ob die angestellten Erwägungen noch im Einklang mit dem aktuellen Willen des Gesetzgebers und dem aktuell mit der Norm verfolgten Zweck stehen. Voraussetzung dieser Prüfung muß die Überlegung sein, welches die derzeitigen Ziele des Gesetzes sind.

IV. Aktueller Gesetzeszweck der Zugabeverordnung

Wenn man den Gesetzeszweck als dynamischen Faktor versteht, ist fraglich, inwieweit die oben³² genannten Gesetzeszwecke der Zugabeverordnung heute noch unverändert zutreffen beziehungsweise durch welche neuen Ziele die ursprünglichen ergänzt oder ersetzt werden.

1. Literatur

Soweit in der Literatur der Normzweck als dynamisches Prinzip verstanden wird³³, mehren sich kritische Stimmen, die dazu anregen die der Zugabeverordnung bisher unterstellten Gesetzeszwecke zu überdenken.

³² Siehe oben Seite 7

³³ Siehe oben Seite 8 f.

Seydel etwa verweist auf die geänderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse seit Erlass der Zugabeverordnung 1932 und stellt fest, "die Motive des Gesetzgebers...sind für die Auslegung und Anwendung der Gesetze kaum mehr wesentlich. Nicht die Motive und der Wille des Gesetzgebers und nicht die Entstehungsgeschichte der Gesetze zählen, sondern nur der im Gesetz zum Ausdruck gekommene objektivierter Wille des Gesetzgebers"³⁴.

Baumbach/ Hefermehl bezweifeln sogar, "ob die oben angeführten Gründe, einzeln oder in ihrer Gesamtheit gewertet noch stichhaltig sind, um ein grundsätzliches Zugabeverbot ... zu rechtfertigen"³⁵.

Zu überdenken ist deshalb speziell die Schutzrichtung der Zugabeverordnung. Benannt als Verordnung "zum Schutze der Wirtschaft" sind die Bemühungen des jüngeren Gesetzgebers doch eher von gegenläufigen Verbraucherschutz tendenzen geprägt³⁶.

Nach **Lies-Benachib** werden Sinn und Zweck der ZugabeVO "heute trotz veränderter Wirtschaftsverhältnisse noch so gesehen, wie dies der Gesetzgeber 1932 formulierte"³⁷. Allerdings sieht sie schon in diesem Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung den Kundenschutz als im Vordergrund stehend an³⁸.

³⁴ Seydel, ZugabeVO, Vorbemerkungen Rz. 4; vgl. MüKo-Säcker, Einl. Rz. 134 a

³⁵ Baumbach/ Hefermehl, Einleitung zur ZugabeVO Rz. 10

³⁶ Dazu ausführlich unten Seite 13 f.

³⁷ Lies- Benachib in Heidelberger Kommentar, § 1 ZugabeVO Rz. 2; dieser Ansatz läßt sich allerdings weder durch den Titel der Verordnung noch durch die Erläuterungen des Gesetzgebers begründen

³⁸ Dies ist schon angesichts der Bezeichnung als Verordnung "zum Schutze der Wirtschaft" zweifelhaft.

Teile der Literatur vertreten die Auffassung, die Zugabeverordnung habe von Anfang an ausschließlich den Schutz der Wirtschaft bezweckt und sei kein Verbraucherschutzgesetz³⁹. Dies insbesondere deshalb, weil die Zugabeverordnung auf allen Handelsstufen gilt⁴⁰ und Verbraucherschutzverbände aus den §§ 2 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVO, 13 Abs. 2 UWG keine Klagebefugnis herleiten können⁴¹, im Gegensatz etwa zu den in § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG genannten Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen oder den Industrie- und Handelskammern, § 13 Abs. 2 Ziff. 4 UWG.

Dieser Ansatz läßt sich zwar auch auf die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung aus dem Jahre 1994 stützen⁴². Dieser Entwurf konnte sich allerdings nicht durchsetzen und kann deshalb nicht als gesetzgeberischer Wille berücksichtigt werden⁴³.

Die Sichtweise, vorrangig den Fachhandelsschutz zu betonen, bleibt zu statisch an den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und begreift den Gesetzeszweck nicht als dynamisches Prinzip.⁴⁴ Dies umso mehr, als der Verbraucherschutzzweck dem Gesetzgeber von 1932 nicht etwa unbekannt war, sondern zumindest gleichwertiger Teil seiner Zielsetzungen: es müsse "unter allen Umständen bei dem Publikum der Eindruck vermieden werden..., als sei die Zugabe ein Geschenk, da dies in jedem Fall eine Irreführung bedeuten würde."⁴⁵

Weite Teile der Literatur⁴⁶ betonen deshalb zutreffend den Verbraucherschutz als aktuellen Hauptzweck der Zugaberegulung.

³⁹ Emmerich, UWG, S. 156 f.; Sosnitza, S. 131

⁴⁰ Emmerich, UWG, S. 157

⁴¹ Sosnitza, S. 131

⁴² Entwurf der Fraktionen CDU/ CSU und der FDP vom 1. 2. 1994 in BT-Drucksachen 12/6723 vom 1.2.1994, S. 5; vgl. dazu auch Schrickler, ZRP 94, 430, 431

⁴³ So auch der BGH in WRP 99, 424, 428-Bonusmeilen

⁴⁴ Hirtz betont für das UWG, daß dieses keinen Bestandsschutz einzelner Fachhandelsbranchen garantieren wolle, BB 79, 450, 453

⁴⁵ Erläuterungen, RGBI I, S. 121 ff, in Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I S. 191, 196

⁴⁶ Baumbach/ Hefermehl, § 1 Rz 7; Götting, GR Int. 86, 687, 689 m. w. N.; Bunte-Lehmann, Stichwort Zugabe, S. 421

2. Rechtsprechung

Auch die jüngere Rechtsprechung legt zunehmend Wert auf die Feststellung, daß die Zugabeverordnung die angesprochenen Kundenkreise schützen soll⁴⁷.

Der Bundesgerichtshof nimmt in der Entscheidung Bonusmeilen⁴⁸ zu der Frage des Gesetzeszwecks ausführlich und ungewohnt deutlich Stellung und spricht von einem "gewandelten Verständnis, das das Zugabeverbot seit seiner Einführung im Jahre 1932 erfahren hat". Heute sei der Zweck der ZugabeVO insbesondere darin zu sehen, "den Kunden vor Irreführung, unsachlicher Beeinflussung und Preisverschleierng zu schützen"⁴⁹.

3. Gesetzgebung

Diese Ansicht wird durch die allgemeine Tendenz der jüngeren Gesetzgebung bestätigt, die in hohem Maße von dem Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt ist. Zu denken ist beispielsweise an das Haustürwiderrufgesetz⁵⁰, das Verbraucherkreditgesetz⁵¹, das AGB-Gesetz⁵², das Teilzeit-Wohnrechtgesetz⁵³, das Produkthaftungsgesetz⁵⁴ oder die Einführung des § 13 a UWG⁵⁵, der den Abnehmern bei irreführenden Werbeangaben ein Rücktrittsrecht einräumt.

⁴⁷ BGH GR 95, 165, 166- Kosmetikset; BGH WRP 99, 424, 428 m. w. N.- Bonusmeilen; OLG Hamburg WRP 81, 107, 108- Beeinflussung von Angestellten durch Werbegeschenke

⁴⁸ BGH WRP 99, 424 f.-Bonusmeilen

⁴⁹ BGH WRP 99, 424, 428-Bonusmeilen;

⁵⁰ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, vom 16. Januar 1986, BGBl. I S. 122

⁵¹ Verbraucherkreditgesetz, vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2840

⁵² Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vom 9. Dezember 1976, BGBl. I, S. 3317

⁵³ Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden, vom 20. Dezember 1996, BGBl. I S. 2154

⁵⁴ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, vom 15. Dezember 1989, BGBl. I S. 2198; § 1 Abs. 1 Satz 1 beschränkt die Haftung im Falle der Sachbeschädigung auf den privaten Bereich, vgl. hierzu auch Palandt-Thomas, § 1 ProdHaftG, Rz. 7

⁵⁵ Durch Gesetz vom 25.7.1986, BGBl. I S. 1169

Am 4. Mai 2000 hat der europäische Gesetzgeber die sogenannte e-commerce-Richtlinie⁵⁶ verabschiedet, deren Ziel ebenfalls der Verbraucherschutz auf hohem Niveau ist⁵⁷.

Das am 30. Juni 2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz⁵⁸ führte nicht nur zur Einführung des § 241 a BGB betreffend unverlangt zugesandter Ware, sondern sieht generell ein 14-tägiges Widerrufsrecht vor, sowohl für den klassischen Versandhandel als auch für dessen moderne Variante unter Nutzung neuer elektronischer Medien. Gesetzeszweck ist auch hier eindeutig der Verbraucherschutz⁵⁹.

Baumbach/ Hefermehl sehen den Verbraucher auch in den Schutzbereich des UWG aufgenommen⁶⁰ und den Zweck des Rabattgesetzes ebenfalls primär darin, die Verbraucher vor Irreführung über den Wert einer Ware zu schützen⁶¹. Sie bezeichnen in diesem Zusammenhang den Kundenschutz als "im Einklang mit der heutigen Wirtschaftsordnung stehendes Ziel"⁶².

Schricker sieht mit Baumbach/ Hefermehl den Verbraucherschutz als die zumindest nach offiziellen Verlautbarungen bestimmende Kraft der Regulierungen im Wettbewerbsrecht "von der Einführung der Verbraucherverbandsklage 1965 bis zum Verbraucherrücktrittsrecht 1986"⁶³.

⁵⁶ Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, Abl. L 178 vom 18. Juli 2000, S. 1-16 und http://europa.eu.int/eur_lex/de/dat/2000/l_178/l_1782000717de/00010016.pdf

⁵⁷ Henning-Bodewig, WRP 00, 886, 887; vgl. auch Fritze/Holzbach, WRP 00, 872 ff., die den Zweck der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU stärker betonen; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rz. 1231

⁵⁸ Basierend auf der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20. 5. 1997, abgedr. in NJW 98, 212; vgl. Lorenz, JuS 00, 833 ff.; Bülow/ Artz, NJW 00, 2049 ff.

⁵⁹ Lorenz, JuS 00, 833; Veltins/Bäumer, HBl 28. 6. 2000, S. 59; Bülow/ Artz, NJW 2049, 2053; Vehslage, AnwBl 00, 682

⁶⁰ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 2

⁶¹ Baumbach/Hefermehl, § 1 RabattG Rz. 4

⁶² Baumbach/Hefermehl, § 1 RabattG Rz. 4

⁶³ Schricker, GR Int. 94, 586

4. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Es kann nicht ernstlich bezweifelt werden, daß das Verständnis einer Norm sich an gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen zu orientieren hat⁶⁴. Daher gewinnt die Entscheidung des EuGH an Bedeutung, in der das niederländische Zugaberecht auf dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu überprüfen war⁶⁵.

Der EuGH stellte zunächst eine zweifache Schutzrichtung des Gesetzes fest: zum einen solle eine Störung normaler Wettbewerbsverhältnisse verhindert werden, zum anderen solle der Verbraucher geschützt werden.

Während der erstgenannte Aspekt der Sicherung des Wettbewerbs im Folgenden nicht mehr beachtet wird, hält der EuGH das niederländische Zugaberecht aus Gründen und zu Zwecken des Verbraucherschutzes für eine zulässige Beschränkung der Vertragsfreiheiten⁶⁶. Ob dieses Ergebnis auch unter dem Aspekt des Mitbewerber- oder Fachhandelsschutzes erzielt worden wäre, ist mehr als zweifelhaft.

Der BGH folgt der Begründung des EuGH und rechtfertigt das in der Entscheidung Bonusmeilen⁶⁷ ausgesprochene Zugabeverbot unter ausdrücklichem Verweis auf die entsprechende EuGH-Rechtsprechung mit Erwägungen des Verbraucherschutzes⁶⁸. Dies gelte jedenfalls für den konkret zu entscheidenden Fall, "denn auch wenn das Zugabeverbot des deutschen Rechts die nach Art. 59 EGV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit in einzelnen Punkten zu stark beschränken sollte, kann dies doch nicht für das im Streitfall ausgesprochene Verbot gelten"⁶⁹.

⁶⁴ Larenz/ Wolf, AT BGB, S. 105

⁶⁵ EuGH GR Int. 83, 648 ff.-Oosthoek; vgl. auch den Überblick über benachbarte Rechtsordnungen bei Bodewig/Henning-Bodewig, WRP 2000, 1341 ff.

⁶⁶ EuGH GR Int. 83, 648, 650, Tz. 17 f.-Oosthoek; Köhler/Piper sehen Zugabeverbote in Anlehnung an diese Entscheidung als "grundsätzlich auch mit den Art. 30 und 34 EWGV vereinbar" an, Einführung zur ZugabeVO, Rz. 1; vgl. dazu und allg. zu den Reformen und Reformbemühungen im Wettbewerbsrecht auch Schrickler, ZRP 94, 430, 436 und GR Int. 94, 586 ff.

⁶⁷ BGH WRP 99, 424, 429-Bonusmeilen

⁶⁸ BGH WRP 99, 424, 429-Bonusmeilen

⁶⁹ BGH WRP 99, 424, 429-Bonusmeilen;

Im Übrigen ging die Kommission wegen des Rabattgesetzes gegen die Bundesrepublik Deutschland sogar gerichtlich vor. Es sollte daraufhin abgeschafft werden⁷⁰, das entsprechende Gesetz wurde zunächst in modifizierter Form⁷¹ zwar am 16. 6. 1994 im Bundestag gebilligt, scheiterte jedoch bislang endgültig im Bundesrat⁷².

Der Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung⁷³ fand im Übrigen schon im Bundestag keine Mehrheit⁷⁴.

5. Ergebnis

Unabhängig von den verfolgten Zwecken bei deren Erlaß, ist die Zugabeverordnung heute ein Verbraucherschutzgesetz.

Zwar bewirkt die Zugabeverordnung unter Umständen auch einen Mitbewerber- und Fachhandelsschutz. Diese Nebeneffekte sind jedoch derzeit nicht die eigentliche Zielsetzung des Gesetzes, sondern nur mittelbare Folge des beabsichtigten Kundenschutzes.

Im Rahmen der Auslegung ist die ZugabeVO als Verbraucherschutzgesetz zu verstehen und anzuwenden.

(Art. 59 EGV a. F. entspricht Art. 49 EGV in der Fassung vom 2. 10. 1997)

⁷⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Rabattgesetzes und der Verordnung zur Durchführung des Rabattgesetzes, BT-Drs 12/6722 v. 1. 2. 1994

⁷¹ Beschlußempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses BT-Drs 12/7715 vom 27. 5. 1994

⁷² BR-Drs 602/94 vom 8. 7. 1994; vgl. zu aktuellen Bestrebungen Financial Times vom 17. 11. 2000, abrufbar unter www.ftd.de/pw/de/FTD5E5EZLFC.html

⁷³ BT-Drs 12/6723 vom 1. 2. 1994

⁷⁴ Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 15. 6. 1994, BT-Drs 12/7911; vgl. aktuell FTD v. 17. 11. 2000, Fn 73

C. Die Tatbestandsmerkmale des Zugabeverbots

Angesichts vielfältiger Verzahnungen und Wechselbeziehungen der eingangs aufgeworfenen zentralen Fragen⁷⁵ erscheint es sinnvoll, in einem ersten Schritt die allgemeinen Grundlagen des Zugabeverbots zu klären und die in der weiteren Prüfung anzulegenden Kriterien festzulegen. In einem zweiten Schritt kann dann hierauf aufbauend eine detaillierte Untersuchung der einzelnen Vertriebsmethoden unter Zugrundelegung der festgestellten Kriterien erfolgen.⁷⁶

§ 1 Abs. 1 Satz 1 der ZugabeVO bestimmt: "Es ist verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren."

Das einzig problematische und entscheidende Tatbestandsmerkmal der Vorschrift ist der Begriff der Zugabe. Dieses Kriterium ist klärungs- und erklärungsbedürftig. Rechtsprechung und Literatur verwenden dazu tatbestandsähnliche Definitionen, die sich so verselbständigt haben, daß sie die eigentliche Norm weitgehend abgelöst haben. Im Folgenden ist deshalb zu untersuchen, welche Anforderungen und Kriterien eine Zugabe ausmachen und speziell wie diese von einer Nicht-Zugabe abzugrenzen ist.

⁷⁵ Siehe oben Seite 1 ff.

⁷⁶ Siehe unten Seite 76 ff.

I. Das Erfordernis eines wirtschaftlichen Vorteils

Als Ausgangspunkt ist zu überprüfen, ob jede Zugabe einen nutzbaren oder zumindest meßbaren wirtschaftlichen Vorteil zwingend beinhalten muß. Während diese Frage auf den ersten Blick trivial anmutet, können sich doch Fälle ergeben, in denen der wirtschaftliche Nutzen zweifelhaft ist⁷⁷.

1. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung entscheidet weitgehend die Verkehrsauffassung, ob eine Zugabe gewährt wird. Eine solche liege deshalb immer dann vor, wenn der Kunde einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den er nicht als Teil der Hauptleistung ansieht, weil er über das üblicherweise Gewünschte und Erwartete hinausgeht und nicht durch die vertragliche Gegenleistung ausgeglichen ist⁷⁸.

Nach der ausführlicheren Zugabedefinition des BGH in der Entscheidung Skibindungsmontage⁷⁹ liegt eine Zugabe dann vor, "wenn eine Leistung ohne besondere Berechnung neben einer entgeltlich angebotenen Hauptware gewährt wird, der Erwerb der Nebenleistung vom Abschluß des Geschäfts über die Hauptware abhängig ist und dabei in der Weise ein innerer Zusammenhang besteht, daß die Nebenleistung mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware gewährt wird und das Angebot wegen dieser Abhängigkeit objektiv geeignet ist, den Kunden in seiner Entschließung zum Erwerb der Hauptware zu beeinflussen"⁸⁰.

Der BGH nimmt hier nicht ausdrücklich zum möglichen Leistungsgegenstand Stellung. Es liegt jedoch auf der Hand, daß "der Verzicht auf das sonst übliche Entgelt in Höhe von 15.- bis 25.- DM" einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, so daß der BGH nähere Ausführungen dazu für entbehrlich halten durfte.

⁷⁷ Dazu ausführlich unten Seite 21 f.

⁷⁸ BGH WRP 89, 645-Vertrauensgarantie;
BGH WRP 98, 489, 499-Umtauschrecht I; st. Rspr.

⁷⁹ BGH GR 98, 500 ff.-Skibindungsmontage

⁸⁰ BGH GR 98, 500, 501-Skibindungsmontage; hier als st. Rspr. bezeichnet; so auch BGH WRP 1138, 1139-Nulltarif

In der Entscheidung Family-Karte führt der BGH weiter aus: "Entscheidend ist..., welchen Wert die Leistung für den Kunden hat"⁸¹ und begründet damit die Unzulässigkeit der zu überprüfenden Transportleistungen des Möbelhauses Ikea, denn "dieser kann aber nicht als unbedeutend eingeschätzt werden"⁸².

An anderer Stelle spricht das Gericht von einer "gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung"⁸³. In der Entscheidung Geballtes Bunt versteht der BGH diesen wirtschaftlichen Vorteil als "geldwert" im Sinne eines möglichen Zahlungsmittels⁸⁴.

Zentral in dem Zugabeverständnis der Rechtsprechung ist also, daß der Kunde einen wirtschaftlichen Vorteil erhält.

2. Literatur

Nach **Reimer/ Krieger** soll es ausreichen, wenn die Zugabe irgendeinen wirtschaftlichen oder auch nur ideellen Wert für den Empfänger oder einen Dritten hat.⁸⁵

Schon der Regierungsentwurf zur ZugabeVO sieht den wirtschaftlichen Wert der Zugabe dagegen als zwingendes Tatbestandsmerkmal an. Gaben "ohne eigenen Verkehrswert" sollen zulässig sein⁸⁶, also gerade keine Zugabe darstellen.

⁸¹ BGH WRP 91, 225, 226-Family- Karte;
mit Verweis auf BGH GR 64, 509, 510-Wagenwaschplatz

⁸² BGH WRP 91, 225, 226-Family-Karte

⁸³ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; so auch BGH WRP 98, 489,
490-Umtauschrecht I; BGH WRP 91, 711, 713-Goldene Kundenkarte; BGH GR
79, 42, 484-Briefmarken-Auktion

⁸⁴ BGH GR 74, 345, 346-Geballtes Bunt (mit Anm. Hoth)

⁸⁵ Reimer/ Krieger, § 1 ZugabeVO Rz. 6

⁸⁶ Nach Baumbach/Hefermehl, §1 Rz.68; vgl. die Umsetzung dieses Gedankens in
§ 1 Abs. 2 a) ZugabeVO, der für Reklamegegenstände sogar die
Geringwertigkeit ausreichen läßt

Junckerstorff zitiert das Gutachten der dänischen Ministerialkommission, nach dem eine Zugabe bei der Kopplung von "Waren verschiedener Art oder von Waren und anderen Vermögensvorteilen" vorliegen könne⁸⁷. Auch hier stellt der wirtschaftliche Vorteil ein zentrales Element des Zugabebegriffes dar.

Vor diesem historischen Hintergrund können kaum Zweifel an der Notwendigkeit eines wirtschaftlichen Vorteils bleiben. In Lehre und Literatur dürfte daher auch weitgehend unstrittig sein, daß als Gegenstand einer Zugabe ausschließlich etwas in Betracht kommt, das einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt⁸⁸. Die Zugabe muß einen eigenen wirtschaftlichen Wert haben⁸⁹, es kommt als Gegenstand einer Zugabe nur jeder zuwendungsfähige wirtschaftliche Vorteil in Betracht⁹⁰.

3. Stellungnahme

a) Gegenstandsbezogener Zugabebegriff des Gesetzgebers

Der Regierungsentwurf wollte alles freistellen, was keinen eigenen Vermögenswert besitzt. Dies wurde teilweise umgesetzt durch die Aufnahme des § 1 Abs. 2 ZugabeVO betreffend Reklamegegenstände⁹¹.

Hinsichtlich der Zugabe ließe sich die Absicht, Nicht-Vermögenswerte aus dem Zugabeverbot auszunehmen, in den Klammerzusatz in §1 Abs. 1 ZugabeVO "Zugabe (Ware oder Leistung)" interpretieren. Denn es spricht einiges dafür, daß der Gesetzgeber durch diesen Zusatz zumindest verdeutlichen wollte, daß nur wirtschaftliche Vermögenswerte eine Zugabe sein können.

⁸⁷ Junckerstorff, MuW 32, 225 mit Zitat des Gutachtens der dänischen Ministerialkommission, Dr. H. H. Franke, "Die rechtspolitischen Grundlagen der Reform des Wettbewerbsrechts", Carl Heymanns Verlag, S. 19

⁸⁸ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 22a m. w. N.

⁸⁹ Piper, GR 96, 147, 167

⁹⁰ Baumbach/ Hefermehl, §1 ZugabeVO Rz. 22 a; ebenso Seydel, ZugabeVO § 1 Rz. 99; versteht man "wirtschaftlich" als Gegenstand des Wirtschaftslebens, so wäre jeder wirtschaftliche Vorteil per se schon zuwendungsfähig, vgl. dagegen zur Frage der Hauptgeschäftsfähigkeit unten S. 93 ff.

⁹¹ Baumbach/ Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 4

Die genaue und eventuell weitere Bedeutung des Klammerzusatzes ist jedoch streitig und soll später ausführlich untersucht werden⁹². An dieser Stelle ist eine solche Vertiefung noch nicht erforderlich. Denn der der Gesetzgeber wollte jedenfalls nur wirtschaftliche Vorteile einer Zugaberegulung unterwerfen.

Dies belegen unter anderem die Erläuterungen zur ZugabeVO. Diese gehen von dem Normalfall aus, "daß dem Käufer ... Dinge mitgegeben werden"⁹³, es ist fast ausnahmslos von Waren die Rede, von der "Inanspruchnahme von besonderen Lagerräumen"⁹⁴ und der "Unklarheit über den Wert der ... Nebenleistungen"⁹⁵. Denn "Leistungszugaben ... wirken sich wirtschaftlich ebenso aus wie die Warengabe"⁹⁶.

Die Idee eines Nicht-Vermögensvorteils als Zugabe war dem Gesetzgeber fremd.⁹⁷ Auch aus heutiger Sicht legt der Begriff der Zugabe ein "geben" nahe, das grundsätzlich einen Gegenstand voraussetzt. **Nach dem Verständnis des Gesetzgebers muß jede Zugabe für den Empfänger einen wirtschaftlichen Vorteil bedeuten.**

b) Sozialer Zweck als Zugabe?

Zur Verdeutlichung ist zu prüfen, inwieweit beispielsweise die **Zuwendung eines sozialen Zwecks** eine Zugabe sein könnte. Dies könnte der Fall sein, wenn ein Kfz-Händler für jedes bei ihm gekaufte Fahrzeug einen Baum pflanzt⁹⁸ oder wenn Waren kostenlos oder entsprechend verbilligt abgegeben werden, sofern vorher an eine gemeinnützige Einrichtung gespendet wurde.

⁹² Siehe unten Seite 24 ff.

⁹³ Erläuterungen in Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I S. 191

⁹⁴ Erläuterungen, a.a.O., S. 192

⁹⁵ Erläuterungen, a.a.O., S. 193

⁹⁶ Erläuterungen, a.a.O., S. 194

⁹⁷ Sosnitza, S. 133

⁹⁸ OLG Hamburg GR 87, 386 - Bäumchen- Aktion

In den USA etablieren sich zur Zeit solche Vertriebsmethoden. Eine Telefongesellschaft wirbt seit Anfang des Jahres 2000 damit, von jedem bei ihr geführten Telefonat gingen 10 c als Spende an soziale Einrichtungen.

Um Mißverständnissen vorzubeugen: unstreitig können die in Aussicht gestellten Spenden ebenso wie der zu pflanzende Baum Zugaben sein, die an Dritte gewährt werden.⁹⁹ Hier stellt sich jedoch darüber hinaus die Frage, ob auch der soziale Zweck selbst Zugabe sein könnte und der Umweg über die Zuwendung an Dritte somit entbehrlich wäre.

Ausgangspunkt der Lösung hat die Überlegung zu sein, wie ein wirtschaftlicher Vorteil definiert ist. Ein solcher vermehrt sicher das Vermögen. Er stellt wie der BGH richtig definiert hat, ein mögliches Zahlungsmittel dar, er ist Geld wert¹⁰⁰.

Ein wirtschaftlicher Vorteil stellt also einen möglichen Gegenstand des Waren- und Leistungsaustausches und damit des Wirtschaftskreislaufes dar, er ist übertragbar und stellt für empfangende Dritte ebenfalls einen werthaltigen Vorteil dar. **Alle diese typischen Kriterien erfüllt ein sozialer Zweck nicht und ist deshalb kein wirtschaftlicher Vorteil.**

Hilfreich zur Bewertung als wirtschaftlicher Vorteil ist auch die Überlegung, ob der untersuchte Gegenstand oder Vorgang herausgegeben werden könnte, beispielsweise im Wege einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Während ein Vermögensvorteil möglicher Gegenstand einer Kondiktion gemäß den §§ 812 ff BGB sein kann, kommt dies für den sozialen Zweck nicht in Frage¹⁰¹.

⁹⁹ Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 32 ff.

¹⁰⁰ So auch BGH GR 74, 345- Geballtes Bunt

¹⁰¹ Canaris, JZ 71, 560, 561; Larenz-Canaris, § 71 I 1, 255 Fn. 2; Erman-Westermann, §812 Rz 6; RGRK-Heimann-Trosien, § 812 Rz 1; Palandt-Thomas, §812 Rz. 16; BGH NJW 95, 53; a. A. MüKo-Lieb, § 812 Rz. 287

Dagegen kann es im Rahmen des Betrugs gemäß § 263 BGB einen Vermögensschaden darstellen, wenn eine Vermögensverschiebung in ihrem sozialem Zweck entwertet wird¹⁰². Wirtschaftlich betrachtet liegt der Schaden hier allerdings in dem Verlust der geldwerten Zuwendung. Dieser könnte kompensiert werden durch einen nicht-wirtschaftlichen Erfolg.

Bleibt dieser Erfolg aus, so fehlt die Kompensation des Vermögensnachteils. Die Umwandlung eines Vermögenswertes in einen Nichtvermögenswert ist daher fehlgeschlagen, weil der Nichtvermögenswert nicht entstehen konnte. Das ändert jedoch nichts daran daß der soziale Zweck an sich keinen Vermögenswert darstellt.

Wie oben gesehen soll die Zugabeverordnung nur Vermögenswerte erfassen. Trotz der möglicherweise erheblichen Beeinflussung des Kunden durch besondere soziale Zwecke und Vorteile kann die Gewährung derartiger Positionen also keine Zugabe darstellen, sondern ist ausschließlich an § 1 UWG zu messen¹⁰³.

4. Ergebnis

Als mögliche Zugabe kommt nur ein wirtschaftlicher Vorteil in Betracht.¹⁰⁴

Es gibt zwar weitere Aspekte, die für den Kunden von Interesse und Bedeutung sein können, solche Entscheidungsgrundlagen außerhalb des rein wirtschaftlichen Bereiches sind jedoch nicht Regelungsobjekt der Zugabeverordnung.

Der Gesetzgeber ging von einem eng gegenstandsbezogenen Zugabebegriff aus¹⁰⁵.

¹⁰² Schönke/Schröder-Cramer, §263 Rz. 102 ff m. w. N.;
Lackner/Kühl, § 263 Rz. 56 m. w. N.

¹⁰³ So OLG Hamburg GR 87, 386-Bäumchen-Aktion

¹⁰⁴ Reimer/ Krieger wollen dagegen auch einen ideellen Wert ausreichen lassen, § 1
ZugabeVO Rz. 6

¹⁰⁵ Sosnitza, S. 133

Die Zugabeverordnung verbietet deshalb nicht jede Beeinflussung des Kunden. Entscheidend ist im Rahmen des Zugaberechts nicht die beeinflussende Wirkung auf den Kunden, sondern wodurch diese Wirkung erzielt wird. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragspartner beeinflusst wird, sondern welche Mittel dazu eingesetzt werden. Oder anders formuliert: **es kommt auf den Gegenstand der Zugabe selbst an, nicht auf dessen Wirkung.**

II. Die Zugabe in Form einer Ware oder Leistung

Der Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO spricht von "Zugabe (Ware oder Leistung)". Diese Formulierung wirft die Frage nach Bedeutung und Regelungsgehalt des Klammerzusatzes auf.

Es könnte sich bei der Klammer um eine überflüssige Klarstellung des Begriffs Zugabe handeln. Überflüssig deshalb, weil ohnehin alles nur Erdenkliche eine Ware oder Leistung darstellt.¹⁰⁶ Nach diesem Verständnis kann es nichts geben, das nicht entweder eine Ware oder Leistung im Sinne dieser Norm darstellt.

Dieser erste Ansatz muß allerdings sofort Zweifeln begegnen. Denn wie oben gesehen, kommt gerade nicht alles Erdenkliche als Gegenstand einer Zugabe in Betracht, beispielsweise kein sozialer Zweck, sondern ausschließlich ein wirtschaftlicher Vorteil.¹⁰⁷

Diesen Bedeutungsgehalt könnte man ebenfalls dem Klammerzusatz entnehmen und ihn so verstehen, daß eben nur Waren und Leistungen in Betracht kommen und sowohl eine Ware als auch eine Leistung immer begriffsnotwendig einen wirtschaftlichen Vorteil bedeuten. Der Klammerzusatz hätte nach diesem Verständnis also die Funktion, Nicht-Vermögenswerte vom Zugabeverbot auszuschließen.

Oder der Zusatz beinhaltet eine Definition der Zugabe, die deshalb erforderlich war, weil auch nicht alle wirtschaftlichen Vorteile als möglicher Zugabegegenstand in Betracht kommen sollten, sondern nur solche in Form einer Ware oder einer Leistung.

¹⁰⁶ Ob das auch für Nicht-Vermögenswerte gelten soll, beispielsweise für das freundliche Lächeln der Verkäuferin, erscheint höchst zweifelhaft.

¹⁰⁷ Siehe oben Seite 17 ff.

Der Klammerzusatz würde in diesem Fall also den Zugabebegriff dahingehend einschränken, daß ausschließlich wirtschaftliche Vorteile in Form von Waren und Leistungen mögliche Zugaben darstellen können. Andere wirtschaftliche Vorteile, die keine Ware oder Leistung sind, könnten demnach auch keine Zugabe darstellen. Diese dritte Verständnismöglichkeit setzt also voraus, daß es wirtschaftliche Vorteile gibt, die weder Ware noch Leistung sind.¹⁰⁸

1. **Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung präzisiert den möglichen Gegenstand der Zugabe nicht weiter, sondern beläßt es bei der Feststellung, "jeder wirtschaftliche Vorteil" könne eine Zugabe sein¹⁰⁹. Sie hatte jedoch auch selten Gelegenheit, zu Fällen Stellung zu nehmen, in denen der Charakter als wirtschaftlicher Vorteil zweifelhaft war. Regelmäßig wurden und werden solche Konstellationen dann über die §§ 1, 3 UWG entschieden¹¹⁰.

Die Rechtsprechung bevorzugt "Nebenleistung" als Oberbegriff und erwähnt Nebenware seltener in der allgemeinen Zugabedefinition, auch wenn in den Entscheidungsgründen mitunter zwischen Ware und Leistung differenziert wird¹¹¹.

¹⁰⁸ Vgl. die Untersuchung für das Umtauschrecht unten Seite 76 ff.; nach der hier vertretenen Ansicht stellt das Umtauschrecht zwar einen wirtschaftlichen Vorteil dar, kann jedoch nie möglicher Gegenstand einer Zugabe sein.

¹⁰⁹ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie; OLG Saarbrücken WRP 99, 224, 226-Land's End

¹¹⁰ Vgl. die ausführliche Darstellung zum Umweltschutzzweck bei Baumbach/Hefermehl § 1 UWG Rz. 179 ff,

¹¹¹ BGH WRP 99, 183, 184-Luxusklasse zum Nulltarif

In der Entscheidung One for two¹¹² hätte der BGH Stellung beziehen können, wie eine Ware von einer Leistung abzugrenzen ist. Diese Differenzierung blieb jedoch aus. Es bleibt deshalb unklar, ob es sich bei dem gratis gewährten Essen für die Begleitperson letztendlich um eine "Nebenleistung" oder eine "Nebengabe" handelt, in den Entscheidungsgründen werden beide Vokabeln verwendet¹¹³.

Die Rechtsprechung läßt daher nicht erkennen welche Bedeutung sie der Klammer zukommen lassen will.

2. Literatur

In der Literatur wird die Bedeutung des Klammerzusatzes in § 1 Abs. 1 ZugabeVO kontrovers diskutiert. Allerdings bleibt häufig offen, welche Entscheidungsrelevanz dem Streit beizumessen ist.

Borck geht bei seiner Betrachtung von dem Begriff der Leistung aus. Nach Borck kann eine Leistung jedes Tun oder Unterlassen sein¹¹⁴. Wenn aber jedes Tun oder Unterlassen eine Leistung darstellt, dann kommt auch alles denkbare als Zugabe in Betracht: "damit gibt es im praktischen Ergebnis nichts, was nicht vom Gegenstand her als Zugabe einer Leistung gedacht werden kann"¹¹⁵.

¹¹² BGH GR 91, 933 ff-One for two; Sachverhalt: Der Erwerber eines Gutscheinheftes konnte in den beteiligten Restaurants jeweils einmal mit einer Begleitperson essen, wobei nur das jeweils teurere Essen zu bezahlen war. Der BGH sah in dem zweiten Essen eine Zugabe. Ausführliche Besprechung bei Burkert, GR 89, 869 ff.

¹¹³ BGH GR 91, 933, 934-One for two

¹¹⁴ Borck, WRP 71, 102, 108; ders. WRP 70, 338 ff.

¹¹⁵ Borck, WRP 71, 102, 108; ders. WRP 70, 338 ff.

Demnach wäre beispielsweise das Übereignen einer Ware ein aktives Tun und daher eine Leistung im zugaberechtlichen Sinne. Gleiches müßte im übrigen für ein Lächeln gelten, das ebenfalls ein aktives Tun darstellt und deshalb auch eine Leistung wäre. Das Lächeln wäre letztendlich wohl aber dennoch zulässig, da es keinen wirtschaftlichen Vorteil darstellt. Das Erfordernis dieses wirtschaftlichen Vorteils kann Borck aber jedenfalls nicht aus dem so umfassend verstandenen Leistungsbegriff herleiten.

In ebenso weitem Sinne versteht **Seydel** die Bedeutung der Klammer. Er hält zwar fest, "die ZugabeVO hat von einer Begriffsbestimmung der Zugabe abgesehen", geht allerdings im Folgenden davon aus, daß nur eine Ware oder eine Leistung in Frage komme¹¹⁶ und begründet dies damit, es handle sich bei dem Zusatz um eine "Klammerdefinition"¹¹⁷. Wie es miteinander zu vereinbaren ist, daß die Klammer eine Definition darstellt, der Begriff der Zugabe in der Zugabeverordnung aber nicht bestimmt werde, ist in sich widersprüchlich und nicht nachvollziehbar.

Hinsichtlich des Verständnisses des Leistungsbegriffes stimmt Seydel mit Borck überein. Wie bei Borck ist auch nach Seydel ausdrücklich "unter Leistung alles zu verstehen"¹¹⁸.

Wie oben¹¹⁹ schon angedeutet erregt dieses extrem weite Verständnis allerdings unverzüglich Widerspruch. **Denn bei einem derart ausufernden Verständnis wäre der Begriff der "Ware" völlig überflüssig, da die Zugabe einer Ware automatisch auch eine Leistung wäre¹²⁰. Dieses Verständnis kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden.**

¹¹⁶ Seydel, ZugabeVO § 1 ZugabeVO Rz. 6 f.

¹¹⁷ Seydel, ZugabeVO § 1 ZugabeVO Rz. 99

¹¹⁸ Seydel, a.a.O. Rz. 99

¹¹⁹ Einleitung 2., Seite 23

¹²⁰ So auch Hahn, WRP 65, 66

In der jüngeren Literatur hat sich insbesondere **Paul**¹²¹ mit der Bedeutung der Klammer beschäftigt. Paul vertritt mit starken Argumenten, der Klammerzusatz beinhalte eine Definition. Er verweist auf die Entstehungsgeschichte der Norm und die Probleme im Vorfeld der Gesetzgebung betreffend der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Zugaben. Nachdem die Zugabeverordnung bereits 1907 wegen dieser Unwägbarkeiten nicht zustande gekommen sei, könne man den Klammerzusatz nur als Überwindung dieser Schwierigkeiten und damit als Definition verstehen.¹²²

Der wohl überwiegende Teil der Literatur sieht den Klammerzusatz dagegen nicht als Definition.¹²³ Während **Knops**¹²⁴ und **Götting**¹²⁵ ohne weitere Diskussion festhalten, der Begriff der Zugabe sei an keiner Stelle definiert, setzen sich andere mit dieser Thematik intensiver auseinander und kommen zu dem Ergebnis, die Klammer nenne lediglich Beispiele für Zugaben, beinhalte daher gerade keine Restriktion, sondern im Gegenteil die Klarstellung, daß der Zugabebegriff im weitesten Sinne zu verstehen sei.¹²⁶

3. Stellungnahme

Angesichts der breiten Diskussion des Klammerzusatzes scheint es erfolgversprechender, Funktion und Wirkungen zu untersuchen, als dessen Bezeichnung zu erörtern.

a) Die Klammer als Definition der Zugabe

¹²¹ Paul, GR 99, 34 ff. und ZIP 98, 1099 ff.

¹²² Paul, GR 99, 34, 38

¹²³ Baumbach/ Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 1; Knops, GR 95, 649, 650; Götting, GR Int. 86, 687, 689; Rittner, § 3 Rz. 111; Knöpfle, NJW 93, 246, 247; Hoth/Gloy, S. 85

¹²⁴ Knops, GR 95, 649, 650

¹²⁵ Götting, GR Int 86, 687, 689 m. w. N.

¹²⁶ Baumbach/ Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 22 a m. w. N.; Knöpfle, NJW 93, 246, 247

Denn eine Definition im klassischen Sinne einer präzisen und abschließenden Beschreibung stellt der Klammerzusatz sicher nicht dar. Ansonsten könnte der Begriff Zugabe durch die Definition des Begriffes ersetzt werden. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO wäre es dann "verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Ware oder Leistung anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren".

Dieser Ansatz ist jedoch weit von den derzeit in Rechtsprechung und Schrifttum verwendeten Definitionen entfernt. Denn in den Begriff der Zugabe werden weitere entscheidende Tatbestandsmerkmale interpretiert. Die einzig verbleibende Möglichkeit, Kriterien wie die Unentgeltlichkeit oder die Abhängigkeit von der Hauptleistung in die Vorschrift zu interpretieren, wäre durch Auslegung des Merkmals "neben" einer Ware oder Leistung. Damit würde dessen Bedeutung gegenüber dem eigentlich entscheidenden Begriff der Zugabe aber sicherlich überschätzt.

Es ist deshalb der herrschenden Literatur darin zuzustimmen, daß der Klammerzusatz keine Definition der Zugabe darstellt.

b) Die Klammer als Klarstellung

Nachdem in diesem ersten Schritt geklärt wurde, was der Klammerzusatz nicht ist, muß sich die Frage anschließen, welche Bedeutung ihm tatsächlich zukommt.

Denn irgendeine Bedeutung muß man der Klammer zusprechen, wollte man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, vollkommen Überflüssiges in eine derart kurze Vorschrift aufgenommen zu haben.

Ob man diesen Sinn des Klammerzusatzes eher in einer Restriktion oder eher in einer Erweiterung des Anwendungsbereiches sehen mag, kommt auf den jeweiligen Blickwinkel an. Restriktiv läßt sich der Klammerzusatz in dem Sinne verstehen, es könne eben nicht alles eine Zugabe sein, sondern nur Waren und Leistungen. Weit ließe sich die Klammer so auffassen, daß nicht nur alle Waren, sondern auch alle Leistungen mögliche Zugaben sein sollen.

Betrachtet man die Erläuterungen des Gesetzgebers, fällt auf, daß er sich primär an der Warezugabe orientiert hat¹²⁷ und nur gegen Ende der Erläuterungen auf die Zugabe einer Leistung eingeht, um darzulegen, es mache "keinen Unterschied aus, ob die Zugabe selbst in einer Ware oder in einer Leistung besteht".¹²⁸

Es spricht damit einiges für die Annahme, der Gesetzgeber wollte mit dem Klammerzusatz klarstellen, daß nicht nur eine Ware, sondern über das eigentliche Wortverständnis hinaus, auch eine Leistung zugegeben werden könne.

Beide Blickwinkel liegen allerdings im Ergebnis beieinander und stimmen in dem entscheidenden Punkt überein: Zugaben können Waren und Leistungen sein- und sonst nichts. Wie oben gesehen beispielsweise nicht ein sozialer Zweck, da er isoliert betrachtet nie einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt. Diese Merkmale sind zunächst jedenfalls kumulativ zu verstehen: **Zugaben können nur Waren oder Leistungen mit einem wirtschaftlichen Wert sein.**

Wenn ein wirtschaftlicher Vorteil vorliegen muß und dieser in Form einer Ware oder einer Leistung gewährt werden muß, stellt sich die Frage, ob es auch Waren oder Leistungen geben kann, die keinen wirtschaftlichen Wert darstellen. In diesem Fall wäre zwar das Tatbestandsmerkmal der Ware oder Leistung erfüllt, nicht jedoch das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils. Im Ergebnis läge trotz Ware oder Leistung keine Zugabe vor.

¹²⁷ Vgl. auch Sosnitza, S. 133

¹²⁸ Erläuterungen; in Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I, S. 191, 194

Andersherum stellt sich die Frage, ob es wirtschaftliche Vorteile geben kann, die keine Ware oder Leistung sind. Auch hier könnte nie eine Zugabe vorliegen.

Es ist also zu entscheiden, ob eine Ware/ Leistung zusätzlich einen wirtschaftlichen Wert haben muß, um als mögliche Zugabe in Betracht zu kommen, oder ob es eine Ware/ Leistung ohne wirtschaftlichen Wert schon überhaupt nicht geben kann.

c) Der wirtschaftliche Vorteil als Element des Leistungsbegriffs

Während eine Ware immer einen zumindest minimalen Vermögensvorteil darstellt, kann diese Einschätzung hinsichtlich des Leistungsbegriffes nicht ohne weiteres erfolgen.

Zu der Frage, ob es auch Leistungen ohne Vermögenswert geben könne, macht weder der Gesetzgeber noch der Text selbst eine eindeutige Aussage.

Wenn der Gesetzgeber in den Erläuterungen jedoch Ware und Leistung gleich behandelt, dann muß wie die Ware auch die Leistung einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen, denn die Leistungszugabe wirkt sich nach Verständnis des Gesetzgebers "wirtschaftlich ebenso aus wie die Warenzugabe".¹²⁹ **Der Leistungsbegriff des Gesetzgebers folgt also einer rein wirtschaftlichen Sichtweise.**¹³⁰

Einen weiteren nicht zu unterschätzenden Hinweis, daß auch der Leistungsbegriff der ZugabeVO selbst in diesem wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist und deshalb jede Leistung einen Vermögensvorteil darstellen muß, gibt der Normtext selbst. Er spricht zweimal von Ware oder Leistung. Einmal als Gegenstand des Hauptgeschäfts und einmal als Gegenstand der Zugabe. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Begriffe innerhalb eines einzigen, des entscheidenden, Satzes unterschiedlichen Inhalt haben sollten¹³¹.

¹²⁹ Erläuterungen; in Seydel, ZugabeVO, D. Anhang I, S. 191, 194

¹³⁰ Vgl. auch BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

¹³¹ Vgl. Paul, GR 99, 34, 37 f.

Diese Auffassung deckt sich einerseits mit dem oben gefundenen Ergebnis, daß eine Zugabe einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen muß und andererseits mit der allgemeinen Definition des Leistungsbegriffs.

Wie oben gezeigt¹³², wollte der Gesetzgeber bestimmen, daß nur wirtschaftliche Vorteile als Zugabe in Betracht kommen. Er hat dies auch geregelt, da er als Leistung nur ansieht, was einen Vermögensvorteil darstellt.

Eine Leistung im Sinne des Bereicherungsrechts ist eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens¹³³. Dieser allgemeinen Definition muß auch der Leistungsbegriff der Zugabeverordnung entsprechen¹³⁴.

Es gibt demnach keine Leistung ohne einen immanenten Vermögenswert¹³⁵, weder im Rahmen des Bereicherungsrechts¹³⁶, noch im Rahmen des Zugaberechts. Gegenstand einer Ware oder einer Leistung kann deshalb nur ein zuwendungsfähiger wirtschaftlicher Vorteil sein.¹³⁷

d) Wirtschaftliche Vorteile außerhalb des Leistungsbegriffs

Eine Leistung muß zwar einen Vermögensvorteil beinhalten, daraus folgt jedoch nicht automatisch, daß auch jeder Vermögensvorteil eine Leistung darstellt. Das heißt, bislang ist nicht geklärt, ob jeder Vermögensvorteil auch als Gegenstand einer Zugabe in Betracht kommt.¹³⁸

¹³² Siehe oben Seite 17 ff.

¹³³ H. M.; statt aller Palandt-Thomas, § 812 Rz. 3 m. w. N.

¹³⁴ Im Folgenden wird zu untersuchen sein, ob darüber hinaus noch weitere einschränkende Anforderungen an den Leistungsbegriff zu stellen sind, siehe unten Seite 92 ff.

¹³⁵ So auch HK-Lies-Benachib, § 1 Rz. 2

¹³⁶ Vgl. dazu oben S. 20; statt aller Palandt-Thomas, § 812 Rz. 3 m. w. N.

¹³⁷ Vgl. Paul, ZIP 98, 1099, 1101 und GR 99, 34, 37; zur Frage, ob darüber hinaus die isolierte Zuwendungsfähigkeit, die sogenannte Hauptgeschäftsfähigkeit notwendig ist, vgl. ausführlich unten, S. 93 ff.

¹³⁸ Siehe unten Seite 90 ff., insbesondere S. 93 ff. zur Relevanz der Hauptgeschäftsfähigkeit als Element des zugaberechtlichen Leistungsbegriffs

An der Einordnung jedweden wirtschaftlichen Vorteils als mögliche Leistung im Sinne der ZugabeVO bestehen zumindest Zweifel. Denn wenn jeder Vermögensvorteil als eigenes zugabefähiges Gut zu behandeln sein sollte, dann wäre das jüngere Rabattgesetz von Anfang an unnötig gewesen. Ein Rabatt stellt sicher einen Vermögensvorteil dar. Er wäre damit immer gleichzeitig auch eine Zugabe¹³⁹.

Ähnliche Bedenken bestehen unter Berücksichtigung der unlauterkeitsrechtlichen Thematik der Wertreklame. Die ZugabeVO regelt nach allgemeiner Meinung nur einen speziellen Teil aus dem weiten Bereich der Wertreklame, stellt jedoch keine umfassende oder gar abschließende Regelung der Wertreklame dar¹⁴⁰. Aber jede Wertreklame bedeutet einen Vermögensvorteil für den Kunden. Baumbach/Hefermehl bezeichnen die Wertreklame anschaulich als "Kundenbestechung"¹⁴¹ durch das Gewähren einer besonderen Vergünstigung.

Da also jede Wertreklame einen Vermögensvorteil für den Kunden beinhaltet, wäre demzufolge entgegen der Zielsetzung der ZugabeVO jede unentgeltliche Form der Wertreklame gleichzeitig als unzulässige Zugabe zu qualifizieren.

Die günstige Finanzierung und Stundung des Kfz-Kaufpreises stellt ganz offensichtlich einen erheblichen Vermögensvorteil durch Zinsvorteile dar. Sie müßte nach den Kriterien der Rechtsprechung daher ebenfalls unzulässig sein, wird jedoch ausdrücklich gebilligt¹⁴².

Gleiches gilt für die von der Rechtsprechung zugelassene Preisgarantie¹⁴³, die ebenfalls unzulässig sein müßte, da sie in gleichem Umfang die kostenlose Nutzung ermöglicht wie ein Umtauschrecht.

¹³⁹ Ein Rabatt kann nur akzessorisch in Verbindung mit der Hauptware gewährt werden und erfolgt aus Sicht der Kunden unentgeltlich- ein bezahlter Rabatt wäre ja kein solcher.

¹⁴⁰ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rn. 132 m. w. N.

¹⁴¹ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz 85, 598

¹⁴² BGH GR 59, 329 ff.-Teilzahlungskauf; BGH GR 94, 743 ff.-Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank

¹⁴³ BGH WRP 91, 564 ff.-Preisgarantie II; BGH WRP 75, 37 ff.=GR 75, 533 ff.-Preisgarantie I; dagegen OLG Karlsruhe WRP 00, 1417-Preisgarantie (bei

Auch gemeinschaftsrechtliche Grundlagen sind zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Die Zugabeverordnung ist eine **Beschränkung der Vertragsfreiheiten gemäß Art. 49, 56 EGV** und ist daher als Ausnahme dementsprechend eng auszulegen¹⁴⁵. Die Erweiterung des Zugabebegriffs auf nahezu jedweden Vermögensvorteil erscheint unter diesem Gesichtspunkt zumindest zweifelhaft.

Die Frage, ob es wirtschaftliche Vorteile gibt, die keine Leistung im Sinne der ZugabeVO darstellen, kann hier noch nicht abschließend beantwortet werden und ist deshalb zunächst zurückzustellen.

4. Ergebnis

Der Klammerzusatz beinhaltet keine Definition der Zugabe.

Er regelt aber, daß nur Waren und Leistungen als mögliche Zugabe in Betracht kommen. Was weder Ware noch Leistung ist, kann nie eine Zugabe sein.

Eine Ware oder eine Leistung muß zwingend einen wirtschaftlichen Wert haben, es gibt keine Ware oder Leistung, die keinen Vermögensvorteil darstellt.

Ob jeder Vermögensvorteil auch zugabefähig ist, das heißt, ob jeder Vermögensvorteil zwingend eine Ware oder eine Leistung darstellt, ist zwar zweifelhaft, bleibt in diesem Stadium der Untersuchung zunächst noch offen und wird später wieder vertiefend aufgegriffen.¹⁴⁶

Differenzauszahlung unzulässiger Rabatt)

¹⁴⁴ Vgl. bereits oben Seite 15 ff.

¹⁴⁵ *singularia non sunt extenda*

¹⁴⁶ Siehe unten Seite 90 ff, insbesondere Seite 92 ff.; vorwegnehmend ist die Vereinbarung eines Umtauschrechts zwar ein wirtschaftlicher Vorteil für den Käufer einer Ware, jedoch keine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung, da das Umtauschrecht nicht hauptgeschäftsfähig ist.

III. Das Erfordernis zweier Güter

Unstreitig und begriffsnotwendig zwingend müssen zwei Gegenstände des Leistungsaustausches vorliegen, um einen davon als mögliche Zugabe qualifizieren zu können.

1. Rechtsprechung

Das Erfordernis zweier Güter bringt die Rechtsprechung regelmäßig in der Formel zum Ausdruck, eine Zugabe könne immer nur "eine von der Hauptware verschiedene, zusätzlich in Aussicht gestellte oder gewährte Nebenleistung" sein. Dagegen könne der unselbständige Bestandteil der entgeltlichen Leistung schon begrifflich keine Zugabe sein¹⁴⁷.

2. Literatur

Die Literatur stimmt in diesem Punkt uneingeschränkt mit der Rechtsprechung überein. Baumbach/ Hefermehl führen aus, nach § 1 Abs. 1 ZugabeVO dürfe neben einer Ware oder Leistung keine Zugabe (Ware oder Leistung) angeboten werden. Demnach könne Zugabe nur eine neben einer entgeltlich angebotenen Hauptware oder -leistung zusätzlich abgegebene Nebenware oder -leistung sein. Alles was Teil der Hauptleistung ist, könne nicht Zugabe sein¹⁴⁸.

¹⁴⁷ BGH GR 94, 743, 744-Zinsgünstige Kfz-Finanzierung;
BGH GR 98, 500, 501-Skibindungsmontage m. w. N.

¹⁴⁸ Baumbach/Hefermehl, § 1 Rz 2

3. Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist hier zwingend zu folgen. Die Zugabe kann nur etwas unabhängiges, eigenständiges, neues, zusätzliches sein. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff der Zugabe selbst, gemeint ist ein "zusätzlich dazu geben". Erforderlich ist also, daß etwas gegeben und etwas anderes dazu gegeben wird. Dazu bedarf es zweier getrennter Objekte.

Die Entstehungsgeschichte der ZugabeVO ist diesbezüglich ebenfalls eindeutig. Die bloße Übergabe der gekauften Ware kann nicht unzulässig sein, es muß sich notwendig um ein darüber hinausgehendes Mehr handeln.

Die Bestimmung dieses relativen Mehrs stellt den zentralen Punkt zugaberechtlicher Beurteilung dar.

IV. Entscheidung der Zwei-Güter-Frage

Es ist also zwingend, daß ein zusätzliches Gut gewährt wird. Entscheidend ist damit die Frage, wann ein solches zweites Gut vorliegt.

Die Unterscheidung, ob es sich insgesamt um ein einziges oder um zwei verschiedene Güter handelt, fällt naturgemäß schwer, insbesondere angesichts der enormen Bedeutung dieser Entscheidung. Nur was als eigenes Gut und damit als nicht zur Hauptleistung zugehörig angesehen wird, kann überhaupt mögliche Zugabe sein. Wenn alles Übergebene die Hauptleistung selbst darstellt, dann bleibt lediglich ein Nichts übrig, das eben nicht zugegeben werden kann.

Daher entscheidet die Frage, was zur Hauptleistung gehört, auch darüber, ob es sich bei den ausgetauschten Waren oder Leistungen überhaupt um zwei Güter handelt und damit eines der Güter potenziell als Zugabe in Betracht kommt.

Bei dem Erwerb einer Schraube kommt nichts als Zugabe in Betracht. Bei dem Erwerb eines Schraubensortiments stellt sich ab der ersten hinsichtlich jeder weiteren Schraube die Frage der Zugabe. Ist bei einem Paar Schuhe jeder Schuh für sich ein zugabefähiges Gut oder handelt es sich um ein einziges Gut? Ist ein Anzug eine Koppelung der jeweils für sich zugabefähigen Güter Hose und Jacke oder gar der Güter Stoff, Knöpfe und Faden oder doch nur ein einziges Gut "Anzug" ?¹⁴⁹

Es ist zu untersuchen, anhand welcher Kriterien diese damit so bedeutende "Zwei-Güter-Frage"¹⁵⁰ zu entscheiden ist.

¹⁴⁹ Vgl. Burkert, GR 89, 869, 870

¹⁵⁰ Burkert, GR 89, 869 ff

1. Rechtsprechung

a) Der Maßstab der Verkehrsauffassung

Die Rechtsprechung formuliert weitgehend stereotyp: "Zugabe kann in den Augen des angesprochenen Verkehrs jeder wirtschaftliche Vorteil sein, der nicht als Teil der Hauptleistung angesehen wird, weil er über das üblicherweise Gewünschte und Erwartete hinausgeht".¹⁵¹

Entscheidend sei die Sicht des Kunden, "auf die Vorstellung des Verkehrs ist ...maßgeblich dann abzustellen, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine Leistung als eine Zugabe, nämlich als eine unentgeltliche Leistung neben einer Hauptleistung zu verstehen ist"¹⁵². Relevant sei, "ob der Verkehr die zusätzliche Leistung ...als eine besondere Nebenleistung empfindet"¹⁵³.

"Ob eine nicht zur Hauptleistung gehörende Zusatzleistung im Sinne des § 1 Abs. 1 ZugabeVO angeboten oder gewährt wird, hängt von der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise ab und wird von diesen **vor allem nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt**... Es muß sich um eine Leistung handeln, die nicht Teil der Hauptleistung im wirtschaftlichen Sinne ist, sondern über das üblicherweise Gewünschte und Erwartete hinausgeht, ihren eigenen wirtschaftlichen Wert hat und ihr Äquivalent nicht in der vertraglichen Gegenleistung findet."¹⁵⁴

Bei der Ermittlung dieser Verkehrsauffassung treten allerdings erhebliche Schwierigkeiten auf. Diese zeigen sich unter anderem in der völlig konträren Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte.

¹⁵¹ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

¹⁵² BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

¹⁵³ BGH WRP 91, 225, 226-Family-Karte

¹⁵⁴ BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion m. w. N.[Hervorhebung nicht im Original]; zur wirtschaftlichen Bestimmung der Verkehrsauffassung im Rabattrecht auch BGH GR 91, 936, 938-Goldene Kundenkarte;

So wurde beispielsweise die zinsgünstige Finanzierung des Kfz-Erwerbs durch eine Bank des Kfz-Herstellers vom OLG München¹⁵⁵ und dem KG¹⁵⁶ als eigenständiges zweites Gut bewertet, während das OLG Düsseldorf¹⁵⁷, das OLG Frankfurt¹⁵⁸ und schließlich der BGH¹⁵⁹ keine Zugabe annahmen.

Vergleichbar unsicher war die Beurteilung der stark subventionierten Abgabe von Mobilfunkgeräte in Verbindung mit Abschluß eines Netzkartenvertrages.¹⁶⁰ Während das OLG Nürnberg¹⁶¹ und das OLG Dresden¹⁶² dies weder zugaberechtlich noch nach § 1 UWG beanstandeten, sah das OLG Frankfurt¹⁶³ und das OLG Düsseldorf¹⁶⁴ einen Zugabeverstoß, das OLG München¹⁶⁵ dagegen einen Verstoß gegen § 1 UWG. Der BGH¹⁶⁶ erklärte diese Vertriebsmethode in zwei richtungsweisenden Entscheidungen schließlich für zulässig, weil der Verkehr nicht annehme, das Handy kostenlos zu erhalten, sondern gerade aufgrund der günstigen Abgabe erkenne, daß er das Gerät anderweitig finanzieren müsse.¹⁶⁷

Der BGH löst die Ausgangsfrage also nicht über die Zwei-Güter-Frage, sondern über das Merkmal der Unentgeltlichkeit. Er belegt aber, wie er zu dem Endergebnis gelangt, das heißt, wie er die Verkehrsauffassung ermittelt.

¹⁵⁵ OLG München WRP 91, 51 und WRP 92, 347

¹⁵⁶ KG NJW-RR 92, 438, im Ergebnis zulässig

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf WRP 90, 105

¹⁵⁸ OLG Frankfurt WRP 93, 249

¹⁵⁹ BGH ZIP 94, 1139-Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank

¹⁶⁰ Vgl. Krüger, WRP 98, 262 ff.

¹⁶¹ OLG Nürnberg GR 97, 857 f.

¹⁶² OLG Dresden GR 97, 848 ff.

¹⁶³ OLG Frankfurt WRP 97, 99 f.

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf WRP 96, 762 f.

¹⁶⁵ OLG München WRP 96, 1060 ff.

¹⁶⁶ BGH WRP 99, 90 ff.-Handy für 0.- DM; BGH WRP 99, 94 ff.-Handy-Endpreis

¹⁶⁷ BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM;
BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis

Das OLG Stuttgart versucht ebenfalls, die Vorstellung des Kunden zu ermitteln beziehungsweise zu begründen: "Wenn der Verkehr .. erkennt, daß der Vorteil nicht mehr mit den Risiken des konkreten Geschäfts in Zusammenhang zu bringen ist, ist [darin] in der Regel eine Zugabe zu sehen."¹⁶⁸

Bei dieser Bestimmung der Zugabe wird allerdings nicht differenziert zwischen den Elementen Unentgeltlichkeit und zweites Gut. Es ist keine Entscheidung ersichtlich, in der die Rechtsprechung eine Nebenleistung angenommen, aber deren Unentgeltlichkeit abgelehnt hätte. Daraus könnte man schließen, es gebe keine entgeltliche Nebenleistung, da die Entgeltlichkeit die Einordnung als Nebenleistung ausschließe. Dennoch bleibt die Frage offen, wie zu entscheiden ist, ob es sich um ein einziges oder zwei verschiedene Güter handelt.

Die Rechtsprechung definiert die Entscheidungskriterien der Zwei-Güter-Frage nicht, sondern nimmt regelmäßig nur zu dem Endergebnis Stellung, ob eine Zugabe vorliege, nämlich eine "unentgeltliche Nebenleistung".

Dafür ist aber nicht nur die "Nebenleistung" als separates Gut notwendig, sondern insbesondere auch die Frage der Unentgeltlichkeit entscheidend. Möglich wäre das Verständnis, die Abgrenzung, ob es sich um ein einheitliches oder zwei verschiedene Güter handle, sei objektiv vorzunehmen, während das weiter entscheidende Kriterium der Unentgeltlichkeit aus Verbrauchersicht zu bestimmen sei und deshalb letztendlich die Verbrauchersicht entscheide, ob eine Zugabe vorliege oder nicht.

Näher liegt jedoch, die Formulierungen der Rechtsprechung mit der ganz herrschenden Literatur¹⁶⁹ so zu verstehen, daß sowohl die Zwei-Güter-Frage als auch die Frage der Unentgeltlichkeit subjektiv zu bestimmen sei.

¹⁶⁸ OLG Stuttgart OLGR 98, 379, 380-Gefällt-nicht-Garantie; vgl. zu dieser risikobezogenen Abgrenzung auch BGH GR 89, 697=WRP 89, 654-Vertrauensgarantie, OLG Hamburg WRP 84, 419-Orientteppich, OLG Hamburg WRP 92, 191-Fielmann-Brille; tendenziell schon so BGH GR 58, 455-Federkernmatratze

¹⁶⁹ Baumbach/Hefermehl, § 1 Rz. 3 m. w. N.

Demzufolge entscheidet die Rechtsprechung die Zwei-Güter-Frage anhand der Verkehrsauffassung.

b) Die Feststellung der Verkehrsauffassung

Wie diese Verkehrsauffassung zu ermitteln ist, läßt sich nur ahnen. Entscheidend ist wohl, ob die Leistung bei wirtschaftlicher Betrachtung "über das üblicherweise Gewünschte und Erwartete"¹⁷⁰ hinausgehe. Offen bleibt dabei, woher das Gericht die Erwartungshaltung der Verbraucher kennt.

Denn die Gerichte halten es regelmäßig nicht für erforderlich, das tatsächliche Verkehrsverständnis und die damit verbundene Erwartungshaltung in irgendeiner Form zu ermitteln oder näher zu begründen, sondern sehen sich als den angesprochenen Verkehrskreisen zugehörig an und entscheiden daher ihrer eigenen Sichtweise folgend¹⁷¹.

Burkert differenziert deshalb völlig überzeugend zwischen dem von der Rechtsprechung propagierten Maßstab der Verkehrsauffassung und dem tatsächlichen Entscheidungskriterium, der eigenen Auffassung des Gerichts¹⁷².

¹⁷⁰ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vetrauensgarantie; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 3 a

¹⁷¹ Vgl. Pastor/Ahrens-Bähr, S. 511

¹⁷² Burkert, GR 89, 869, 873

Anders wäre es kaum nachvollziehbar, daß insbesondere der Bundesgerichtshof regelmäßig tatrichterliche Feststellungen zur Verkehrsauffassung als erfahrungswidrig aufhebt¹⁷³. Auch der Gegenbeweis gegen die festgestellte Verkehrsauffassung soll möglich sein¹⁷⁴.

i) Normative Ermittlung der Verkehrsauffassung

Die Rechtsprechung läßt nicht einmal gesichert erkennen, ob sie die Verkehrsauffassung, wenn dies denn ihr Beurteilungsmaßstab sein soll, normativ oder empirisch bestimmen möchte. Verfolgt sie einen normativen Ansatz, so hat sie es in den vergangenen Jahrzehnten versäumt, auch nur annähernd die anzulegenden Kriterien herauszuarbeiten und darzulegen.

Für ein solches normatives Verständnis spricht die Entscheidung Null-Tarif vom 13. Januar 2000¹⁷⁵. Der BGH hat hier festgestellt, "daß die sozialversicherungsrechtliche Leistungsabgeltung ... die Verkehrsauffassung nicht prägt"¹⁷⁶. Ein demoskopisches Gutachten hielt der erkennende Senat wie schon das OLG Hamm als Berufungsinstanz für unnötig.

¹⁷³ BGH GR 90, 364, 366-Baelz; BGH WRP 97, 724, 726-Umweltfreundliche Reinigungsmittel; BGH WRP 99, 1035, 1037-Kontrollnummernbeseitigung; BGH GR 99, 507, 508-Teppichpreiswerbung; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; Bornkamm, WRP 00, 830 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch oben S. 38

¹⁷⁴ BGH WRP 90, 699, 700-Meister-Kaffee

¹⁷⁵ BGH WRP 00, 1138 ff.-Null-Tarif

¹⁷⁶ BGH WRP 00, 1138, 1139-Null-Tarif

Bei rein empirischer Ermittlung der Verkehrsauffassung sind Überlegungen zu deren Zustandekommen überflüssig. In der Entscheidung Null-Tarif hielt der BGH jedoch die empirische Untersuchung für überflüssig und beließ es bei der Feststellung, welche Umstände die Verkehrsauffassung (keinesfalls) prägen. Im Ergebnis nimmt der BGH hier eine normative Bewertung der Verkehrsauffassung vor.

ii) Empirische Ermittlung der Verkehrsauffassung

Soweit die Rechtsprechung die Verkehrsauffassung teilt und von "Teilen der Verbraucher" spricht¹⁷⁷, deutet dies dagegen auf ein empirisches Modell hin. Verfolgt sie jedoch bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen der Zwei-Güter-Frage einen rein empirischen Ansatz, so muß sie sich gleichfalls Versäumnisse vorwerfen lassen. Denn nicht einmal in Grundzügen ist erkennbar, welcher Prozentsatz der angesprochenen Verkehrskreise entscheiden soll, ob ein einheitliches oder zwei selbständige Leistungen vorliegen.

Bei empirischer Betrachtung ist ein vollständig einheitliches Ergebnis nahezu unmöglich zu erreichen. Die Minderheit irrt allerdings nicht, sondern wird überstimmt. Für diesen Fall sollten jedenfalls, wie im Rahmen der regelmäßig empirisch verstandenen Irreführung nach § 3 UWG¹⁷⁸, bestimmte Werte festgesetzt werden, ab welcher Quote die entsprechende Verkehrsauffassung anzunehmen sein soll.

Bei normativer Bewertung ist ein Irrtum des Standardverbrauchers dagegen denkgesetzlich ebenso ausgeschlossen wie abweichende Auffassungen.

c) Fazit

¹⁷⁷ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

¹⁷⁸ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 2 ff.; Scherer, GR 00, 273; Büttner, GR 96, 533, 534; Ingerl/Rohnke, § 127 MarkenG Rz. 3; siehe unten S. 52 ff.

Tatsächlich entscheidendes Kriterium der Rechtsprechung scheint einzig das gewünschte Ergebnis zu sein: soll das zu überprüfende Verhalten zulässig sein, wird ein einheitliches Gut angenommen, soll das Verhalten dagegen unzulässig sein, nimmt die Rechtsprechung zwei getrennte Güter an, von denen eines die Zugabe darstellt. Begründet wird das Ergebnis jeweils mit der angeblichen Verkehrsauffassung. Die Rechtsprechung manipuliert die Zwei-Güter-Frage, um das gewünschte Ergebnis zu rechtfertigen¹⁷⁹.

2. Literatur

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung widmet sich die Literatur nicht nur dem Ergebnis, sondern verstärkt der Zwei-Güter-Frage selbst.

Burkert vertritt einen rein objektiven Ansatz: ob ein einheitliches oder zwei getrennte Güter vorliegen, sei eine objektive Tatsachenfrage. Es handle sich immer dann um zwei getrennte Güter, wenn zwei separat handelbare Komponenten vorliegen, bzw. wenn diese zumindest geeignet wären, separat gehandelt zu werden¹⁸⁰. Für die Auffassung der angesprochenen Kunden bleibt demnach kein Raum.

Burkert bezeichnet dies als "sehr niedrige Eintrittsschwelle für die im Vordergrund stehende Prüfung, ob ein bestimmtes Angebot ... zulässig ist oder nicht."¹⁸¹ Diese Prüfung erfolge dann anhand der Frage, ob eines der beiden Güter kostenlos gewährt werde. **Entscheidend sei damit in der Regel nicht das Kriterium des zweiten Gutes, als vielmehr das Merkmal der Unentgeltlichkeit.**

¹⁷⁹ Burkert, GR 89, 869, 874

¹⁸⁰ Burkert, GR 89, 869, 872; vgl. unten zur Relevanz der Hauptgeschäftsfähigkeit S. 90 ff., insbesondere S. 93 ff.

¹⁸¹ Burkert, GR 89, 869, 872

Dieser Ansatz deckt sich mit den Beobachtungen von **Spliethoff**. Spliethoff kommt in seiner sehr ausführlichen Untersuchung der Verkehrsauffassung im Wettbewerbsrecht zu dem Ergebnis, daß die ursprünglich empirisch verankerte Verkehrsauffassung einer normativen Betrachtung der Tatbestandsmerkmale gewichen ist, denen sie eigentlich als Hilfskriterium zugeordnet war. Die tatsächliche Verkehrsauffassung wird daher zunehmend zur Rechtsfrage und verliert dementsprechend an Bedeutung¹⁸².

Die wohl herrschende Literatur verfolgt demgegenüber einen subjektiven Ansatz, nach dem alleine die Verkehrsauffassung entscheiden soll.¹⁸³

Stellvertretend für die herrschende Meinung lassen **Baumbach/ Hefermehl** "souverän" den Verkehr bestimmen, ob zwei getrennte Güter vorliegen. Die jeweilige Bezeichnung der Güter spiele dabei keine Rolle¹⁸⁴.

Unter "Verkehr" ist dabei allerdings nicht schlechthin die Gesamtheit der Bevölkerung zu verstehen, sondern nur die jeweils angesprochenen Verkehrskreise. Und auch diese nicht vollständig, sondern nur ein Durchschnitt. Besonders (un-)begabte, (un-)aufmerksame oder (un-)erfahrene Personen bleiben außer Betracht.¹⁸⁵

Die so verstandene Verkehrsauffassung kann der Richter im Übrigen ohne fremde Hilfe beurteilen, wenn er selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört.¹⁸⁶

¹⁸² Spliethoff, S. 297 f.

¹⁸³ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 2 ff.; v Gamm, Kapitel 59 Rz. 10; HK-Lies-Benachib, § 1 ZugabeVO Rz. 1; Seydel, § 1 ZugabeVO Rz. 31; Krüger, WRP 98, 262; Heermann WRP 99, 130, 133; Kehl, Wettbewerbsrecht, § 27 Rz. 2; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rz. 1237

¹⁸⁴ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 3 a

¹⁸⁵ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 250; tatsächlich heißt das, die Verkehrsauffassung wird normativ ermittelt

¹⁸⁶ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 250

Allerdings sei als Zugabe nicht zu "werten", was Teil der Hauptleistung sei.¹⁸⁷ Bei spitzfindiger Betrachtung ließe diese Formulierung den Schluß zu, daß Baumbach/Hefermehl die tatsächliche Auffassung des Verkehrs¹⁸⁸ doch nicht als absoluten, souveränen Maßstab anerkennen wollen, sondern eine wie auch immer geartete korrigierende Bewertung der Verkehrsauffassung für möglich halten.

Eine derartige Korrektur wollen Baumbach/ Hefermehl zum Beispiel bei einer Wareinheit vornehmen, die bei zweckverbundener Zusammengehörigkeit der Einzelgüter vorliege. Einzelne Bestandteile einer solchen Verbindung könnten nicht Zugabe sein¹⁸⁹.

Im Ergebnis wollen Baumbach/ Hefermehl jedenfalls die Güter zulassen, die mit der Hauptware in einer Zweckverbindung stehen, das heißt, die die Hauptware sinnvoll ergänzen. Denn "die Zugabeverordnung verbietet nicht die sachliche Verbesserung einer Ware oder oder die Steigerung einer Leistung".¹⁹⁰

Dies muß konsequenterweise auch entgegen einer entsprechenden Verkehrsauffassung gelten, also auch dann, wenn der Verkehr die Güter trotz der Zweckverbindung als zwei getrennte Güter ansieht.

Deshalb wollen **Kehl**¹⁹¹ und **Speckmann**¹⁹² die Zwei-Güter-Frage zwar ebenfalls anhand der Verkehrsauffassung ermitteln, bestimmen jedoch sofort, daß der Verkehr keine zwei getrennten Waren oder Leistungen sehe, wenn die Zusammenstellung üblich, naheliegend oder sinnvoll ist. Der Verkehr sehe solche Kopplungen nur als einheitliche Leistung.

¹⁸⁷ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 3 a

¹⁸⁸ Bei ohnehin bereits engem Verständnis, siehe oben Seite 43

¹⁸⁹ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 3 b

¹⁹⁰ Baumbach/ Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 2

¹⁹¹ Kehl, Wettbewerbsrecht, § 27 Rz. 2

¹⁹² Speckmann, Wettbewerbsrecht, S. 335 Rz. 1237

Die herausgehobene Bedeutung der Verkehrsauffassung stößt allerdings auch auf Kritik. Nach **Heermann** mutet es "verwunderlich an, vernünftige Fortentwicklungen, welche die Zugabeverordnung ... nicht behindern und erschweren sollen, derart an die bisherigen Erwartungen der Verbraucher zu koppeln"¹⁹³.

Einen neuen Ansatz schlägt **Krüger** vor. Zwar solle die Verkehrsauffassung entscheidend sein, diese solle aber nicht empirisch, sondern nach dem Normzweck der Zugabeverordnung bestimmt werden¹⁹⁴. Welchen entscheidenden Normzweck er sieht, wird allerdings nicht deutlich.¹⁹⁵

3. Stellungnahme

a) Überblick

Zunächst gibt es zwei mögliche Ansätze, zu entscheiden, ob ein einziges oder zwei getrennte Güter vorliegen.¹⁹⁶ Einmal kann diese Differenzierung nach objektiv festzulegenden Kriterien vorgenommen. Es wird gleichsam definiert, welche Merkmale ein eigenständiges Gut ausmachen. Diesen Weg schlägt Burkert¹⁹⁷ vor.

Die wohl herrschende Meinung löst diese Frage dagegen subjektiv aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise¹⁹⁸. Unabhängig von objektiven Kriterien entscheide souverän der Verkehr. Folgt man dieser Ansicht, so ist in einem weiteren Schritt die streitentscheidende Verkehrsauffassung zu ermitteln.

¹⁹³ Heermann, WRP 91, 625, 630

¹⁹⁴ Krüger, WRP 98, 262, 263

¹⁹⁵ Heute ist die ZugabeVO ein Verbraucherschutzgesetz, siehe oben S. 10 ff.

¹⁹⁶ Burkert, GR 89, 869, 870 ff. diskutiert als mögliche Ansätze einen angebotsorientierten, produktorientierten, nachfrageorientierten oder wettbewerbsorientierten Maßstab

¹⁹⁷ Burkert, GR 89, 869, 872

¹⁹⁸ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 2 ff.

Hierzu bieten sich wiederum zwei Möglichkeiten an. Einerseits kann die tatsächliche Verkehrsauffassung **empirisch** ermittelt werden, regelmäßig durch Bestimmung der relevanten Kundenkreise und eine entsprechende demoskopische Umfrage. Die Hintergründe, warum die befragten Personen einer bestimmten Ansicht sind, haben dann außer Betracht zu bleiben.

Die zweite Möglichkeit liegt in einer **normativen** Bestimmung der Verkehrsauffassung anhand eines vorher definierten Durchschnitts- oder Idealverbrauchers. Ex ante wird festgelegt was ein bestimmter Typus denkt und weshalb. Die tatsächlichen Ansichten verlieren dementsprechend an Relevanz.

Diese letztgenannte normative Variante eröffnet im übrigen auch die Möglichkeit, den Streit über die Abgrenzung zweier Güter unbeachtlich werden zu lassen. Dann nämlich, wenn die normativen Entscheidungskriterien, die dem Idealtypus unterstellt werden, sich mit den objektiven Abgrenzungskriterien Burkerts decken.

b) Der objektive Bewertungsmaßstab

Wesentlicher Vorteil objektiver Kriterien ist die damit verbundene Rechtssicherheit, die wie gesehen eine zentrale Aufgabe der Zugabeverordnung darstellt¹⁹⁹. Dennoch bleiben Zweifel, ob gesetzgeberischer Wille oder Gesetzestext die weitgehende Entwertung des Tatsbestandsmerkmals der Zugabe rechtfertigen können.

Denn der Gesetzgeber betont nicht die Unentgeltlichkeit, sondern die zweite Ware als Ausgangspunkt des Zugabeverbots. Das Element der Unentgeltlichkeit findet sich beispielsweise im Normtext nicht wieder.²⁰⁰ Entscheidend muß immer sein, ob irgend etwas zusätzlich gewährt wird, die Erläuterungen des Gesetzgebers belegen, daß anvisierter Normalfall die Gewährung zusätzlicher²⁰¹ Ware sein sollte²⁰².

¹⁹⁹ Siehe oben Seite 7

²⁰⁰ Es versteht sich von selbst, daß eine vollständig bezahlte Ware niemals Zugabe sein kann.

²⁰¹ branchenfremder Ware, vgl. unten S. 160 ff., von Gamm, UWG Rz. 184 f.

²⁰² Vgl. Erläuterungen, in Seydel, S. 191: "daß dem Käufer ... Dinge mitgegeben werden", S. 192: "Inanspruchnahme von Lagerräumen"; vgl. auch Sosnitza S. 133

Hätte der Gesetzgeber jede Kopplung grundsätzlich der zugaberechtlichen Kontrolle unterwerfen und alleine die Unentgeltlichkeit über deren Zulässigkeit entscheiden lassen wollen, so hätte er formulieren können "es ist verboten, irgendetwas unentgeltlich anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren".

Der objektive Bewertungsmaßstab kann sich daher nicht auf das Gesetz stützen. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, daß die ZugabeVO ein Verbraucherschutzgesetz ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, die Verbraucher auch bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Der objektive Abgrenzungsmaßstab ist deshalb abzulehnen.

c) Der Maßstab der Verkehrsauffassung

Wenn Zweck der ZugabeVO ist, den Verbraucher zu schützen, dann ist es nur konsequent, auch auf dessen Sichtweise abzustellen²⁰³. Denn wo der Verbraucher nur ein einziges Gut sieht, besteht auch nicht die spezifische Beeinflussungsgefahr der Zugabe²⁰⁴. Zum Teil wird deshalb vertreten, auch bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandsmerkmale könne eine unzulässige Zugabe nur dann vorliegen, wenn die Nebenware einen objektiven Beeinflussungseffekt auf den Kunden ausübe, den die ZugabeVO gerade verhindern wolle²⁰⁵.

i) Empirische Ermittlung der Verkehrsauffassung

²⁰³ Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rz. 250

²⁰⁴ Vgl. zum Erfordernis der Kundenbeeinflussung OLG Hamburg WRP 81, 107-Beeinflussung von Angestellten durch Werbegeschenke von geringem Wert

²⁰⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 5, 10, 69, 74; OLG Hamburg WRP 81, 07, 108-Beeinflussung von Angestellten durch Werbegeschenke von geringem Wert

Die empirische Ermittlung der jeweiligen Verkehrsauffassung bewirkt allerdings einen erheblichen Verlust an Rechtssicherheit, dem erklärten Ziel der Zugabeverordnung.²⁰⁶ Denn für den Werbetreibenden ist die Zulässigkeit seiner Werbung im Voraus nicht zu klären, will er nicht schon vor jeder einzelnen Werbemaßnahme ein demoskopisches Gutachten in Auftrag geben.²⁰⁷

Deshalb verstehen Baumbach/Hefermehl die Verkehrsauffassung auch als das Verständnis, das sich dem unbefangenen Durchschnitt aufdrängt²⁰⁸. Dieses Verständnis soll der Richter im Regelfall ohne Zuhilfenahme demoskopischer Untersuchungen selbst beurteilen können.²⁰⁹ **Der Sache nach handelt es sich bei diesem Verständnis nicht um einen empirischen, sondern um einen rein normativen Ansatz.**

ii) Normative Ermittlung der Verkehrsauffassung

Der mit einem empirischen Verständnis verbundene Verlust an Rechtssicherheit mag einer der Gründe für den Vorschlag Krügers sein, der zwar, ähnlich Baumbach/Hefermehl, an dem Kriterium der Verkehrsauffassung grundsätzlich festhält, diese jedoch nicht etwa rein empirisch, sondern nach dem Normzweck der ZugabeVO bestimmen möchte. Er löst sich also von der Vorstellung einer demoskopisch zu ermittelnden Verkehrsauffassung und läßt ein wertendes Kriterium in die Beurteilung einfließen. Dieses Kriterium des Normzwecks vermag er allerdings nicht weiter zu konkretisieren.

Ebenfalls ein normatives Verständnis legen Kehl²¹⁰ und Speckmann²¹¹ zugrunde, wenn sie festlegen, daß der Verbraucher eine Ware dann nicht als eigenständiges zugabefähiges Gut wahrnehme, wenn diese Zusammenstellung üblich, naheliegend oder sinnvoll sei.

²⁰⁶ Siehe oben Seite 7 ff.

²⁰⁷ Scherer, GR 00, 273, 278

²⁰⁸ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 250, siehe oben S. 38

²⁰⁹ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 250

²¹⁰ Kehl, Wettbewerbsrecht, § 27 Rz. 2

²¹¹ Speckmann, Wettbewerbsrecht, S. 355 Rz. 1237

Verfolgt man einen normativen Ansatz, dann ist der Gesetzeszweck bei der Bestimmung der Kriterien zu berücksichtigen. Vorrangiger Normzweck der ZugabeVO ist heute der Verbraucherschutz²¹².

Die Verkehrsauffassung wäre demnach anhand des Schutzbedürfnisses des Verkehrs zu ermitteln. Dieser an sich schlüssige Vorgang birgt allerdings die Gefahr, am Ende das subjektiv richtige Ergebnis über eine so "ermittelte" Verkehrsauffassung rechtfertigen zu können. Ein Fortschritt ist erst dann erreicht, wenn die Beurteilungskriterien ex ante konkretisiert werden können.

Dennoch muß richtigerweise der Verbraucherschutzzweck der ZugabeVO auch schon bei der hier zu entscheidenden Frage berücksichtigt werden, ob die Verkehrsauffassung grundsätzlich normativ oder grundsätzlich empirisch bestimmt werden soll.

Denn ein normativer Beurteilungsmaßstab bewirkt zwar erhöhte Rechtssicherheit für den Werbetreibenden, führt aber gleichzeitig möglicherweise zu einer Verminderung des Verbraucherschutzes. Dies deshalb, weil nicht der tatsächlich real existente Verbraucher geschützt wird, sondern lediglich der gedachte Idealverbraucher.

Dieses Ergebnis ist jedoch hinzunehmen. Einmal wiederum aus tatsächlichen Gründen. Denn auch bei empirischer Ermittlung der Verkehrsauffassung kann der Verbraucher nicht effektiv geschützt werden. Nimmt man die Empirie ernst, dann wäre in jedem Gerichtsverfahren zunächst durch eine Verkehrsumfrage die bestehende Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu ermitteln. Die zeitliche Komponente macht effektiven Schutz damit nahezu unmöglich. Das gerade im Wettbewerbsrecht so bedeutende Verfügungsverfahren wäre faktisch ausgeschlossen²¹³.

²¹² Siehe oben Seite 10 ff.

²¹³ Bornkamm, WRP 00, 830, 832

Ein vollständiger Verbraucherschutz ist also in keinem Falle zu erreichen, weder bei normativer noch bei empirischer Ermittlung der Verkehrsauffassung. Die normative Beurteilung weist jedoch Vorteile auf hinsichtlich der vorherigen Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Werbemaßnahme sowie in dem effektiveren, weil schnelleren Rechtsschutz gegen eine solche Maßnahme.

Zum zweiten sind der ZugabeVO ja Wertungen von vorneherein nicht fremd. Sie soll kein "Hemmschuh wahrer Leistungssteigerungen"²¹⁴ sein, Verbesserungen der Hauptleistung sollen zulässig und vernünftige Weiterentwicklungen nach wie vor möglich sein²¹⁵.

Dieses Ziel, Fortentwicklungen zu ermöglichen, läßt sich erreichen entweder über die Frage der Handelsüblichkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 lit.d ZugabeVO oder über die normative Bestimmung der Verkehrsauffassung. Eventuelle Einbußen beim Verbraucherschutz lassen sich jeweils durch entsprechende Formulierung der anzulegenden Kriterien ausschließen.

Für den zweiten Weg über eine normativ verstandene Verkehrsauffassung spricht gegenüber der Korrektur über die Handelsüblichkeit, daß die Frage an der richtigen Stelle erörtert wird, nämlich bei der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit. Während handelsübliche Nebenleistungen nur ausnahmsweise zulässig sein sollen²¹⁶, sollen Verbesserungen der Hauptleistung schon grundsätzlich zulässig sein und sind deshalb bereits im Rahmen von § 1 Abs. 1 ZugabeVO auszuschneiden.

²¹⁴ BGH WRP 58, 151-Federkernmatratze;
BGH WRP 98, 388, 390-Skibindungsmontage; Heermann WRP 99, 130 ff.

²¹⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 2;
BGH WRP 58, 151-Federkernmatratze;
BGH WRP 98, 388, 390-Skibindungsmontage

²¹⁶ *singularia non sunt extenda*

Man rufe sich beispielsweise den aufsehenerregenden Elchtest und die Folgen für die Markteinführung der A-Klasse von Mercedes Benz in Erinnerung²¹⁷. Der Hersteller reagierte auf die negative Berichterstattung, indem er fortan ohne Preiserhöhung ein Stabilisationssystem einbaute, das bis dato nur höherwertigen und entsprechend teureren Limousinen vorbehalten war. Bei bereits ausgelieferten Modellen konnte ebenfalls kostenfrei entsprechend nachgerüstet werden.

Sollte es sich bei dem Stabilisationssystem um eine Zugabe handeln oder um eine zulässige Verbesserung der Hauptleistung? Oder doch um eine nur ausnahmsweise zulässige handelsübliche Nebenleistung? Das Problem ist dann keines mehr, wenn man die Zwei-Güter-Frage von einem Idealverbraucher entscheiden läßt, der erkennt, daß die hier zweifellos gegebene Verbesserung der Hauptleistung kein separates Gut im Sinne der ZugabeVO darstellt. Denn Verbesserungen der Hauptleistung sollen ja zulässig sein und sind deshalb von vorneherein keine verbotene Zugabe²¹⁸.

d) Der Rückgriff auf § 1 UWG

Die Zugabe ist eine besondere Form der Wertreklame²¹⁹. Über das Zugabeverbot hinaus ist die Wertreklame anhand des § 1 UWG zu prüfen²²⁰. Das dort entscheidende Merkmal der Sittenwidrigkeit verweist zwar auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden²²¹, wird jedoch normativ bestimmt²²².

Bemühungen der Gerichte, den billig und gerecht Denkenden oder dessen Anstandsgefühl zu ermitteln, sind nicht ersichtlich²²³.

²¹⁷ Der in Skandinavien durchgeführten Schleuder- und Ausweichtest brachte die neue Modellreihe des Automobilherstellers Mercedes Benz zum Kippen.

²¹⁸ BGH WRP 98, 388, 390-Skibindungsmontage; BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; Baumbach/ Hefermehl § 1 ZugabeVO Rz. 2; Heerman WRP 99, 130 ff.; Kehl, Wettbewerbsrecht, § 27 Rz. 2; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rz. 1237

²¹⁹ Baumbach/Hefermehl, ZugabeVO Allg. Rz. 1

²²⁰ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 85 ff.

²²¹ Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rz. 66

²²² Baumbach/Hefermehl, Einl UWG Rz. 73 ff.;

Möschel, Pressekonzentration, S. 140

²²³ Möschel, Pressekonzentration, S. 140

Zwar besteht zwischen dem zugaberechtlichen Verbotstatbestand und dem des § 1 UWG keine vollständige Übereinstimmung²²⁴, dennoch muß es verwundern, wenn bei der Beurteilung einer Zugabe ein empirischer, bei der Beurteilung anderer Formen der Werteklamme dagegen ein normativer Maßstab anzulegen sein sollte.

Denn **Sambuc/Sambuc** weisen zutreffend darauf hin, daß das Zugaberecht nur einen Teilbereich wettbewerblichen Verhaltens regelt und daß Zugaben dementsprechend vor Inkrafttreten der Zugabeverordnung anhand von § 1 UWG beurteilt wurden²²⁵.

Bei Zweifeln über die Auslegung von Spezialnormen ist der Rückgriff auf allgemeine Grundlagen eine sinnvolle und anerkannte Auslegungsmethode. Für die Zugabeverordnung ist daher gegebenenfalls auf § 1 UWG zurückzugreifen²²⁶. Dieser Rückgriff wird vereitelt oder zumindest unnötig erschwert, wenn im Rahmen von § 1 UWG ein normativer, im Rahmen der ZugabeVO aber ein empirischer Maßstab angelegt wird.

Es erscheint daher nicht nur vorzugswürdig, sondern zwingend, in beiden Fällen einen normativen Ansatz zu verfolgen.

e) Die Verkehrsauffassung in anderen Vorschriften

Darüberhinaus ist hier zu berücksichtigen, daß die Verkehrsauffassung nicht nur in der ZugabeVO ein entscheidendes Kriterium ist, sondern beispielsweise auch bei der Frage der Irreführung im Sinne der § 3 UWG, § 127 MarkenG, im Rahmen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr, etwa in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, oder bei der Frage der Kennzeichnungspflicht von Lebensmitteln nach § 17 LMBG.

²²⁴ Baumbach/Hefermehl, ZugabeVO Allg. Rz. 14

²²⁵ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 283, die deshalb die Handelsüblichkeit i. S. d. § 1 Abs. 2 lit.d ZugabeVO als Wettbewerbskonformität verstehen.

²²⁶ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 283

Die markenrechtliche Verwechslungsgefahr wird einhellig als Rechtsbegriff angesehen und daher normativ bestimmt²²⁷. Eine Beweisaufnahme über die tatsächliche Verwechslungsgefahr kommt deshalb nicht in Betracht.²²⁸

Gleiches gilt für die Frage der rechtserhaltenden Benutzung einer Marke in abgewandelter Form. Hier ist entscheidend, ob der Verkehr die tatsächlich benutzte mit der geschützten Marke²²⁹ gleichsetzt. Auch dabei handelt es sich nicht um eine Tatsachen- sondern um eine normativ zu bestimmende Rechtsfrage²³⁰. Es wird beispielsweise festgelegt, daß der Verkehr den Zusatz beschreibender Bestandteile nicht beachtet, die Zeichen also dennoch als gleich ansieht²³¹. Demoskopische Gutachten zur empirischen Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung sind auch bei dieser Frage als Beweismittel nicht nur unnötig, sondern sogar unzulässig²³².

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 lit.b LMBG verbietet es, Lebensmittel, die hinsichtlich ihrer Beschaffenheit von der Verkehrsauffassung abweichen, ohne entsprechende Kennzeichnung in den Verkehr zu bringen. Die in dieser Norm zugrunde gelegte Verkehrsauffassung ist rein normativ zu bestimmen.²³³

Die Frage der Irreführung, insbesondere im Sinne des § 3 UWG, wird dagegen bisher regelmäßig in empirischem Sinne verstanden²³⁴. Eine Beweiserhebung über das Verkehrsverständnis kommt im übrigen dennoch ausgesprochen selten vor.

²²⁷ BGH WRP 97, 751, 754-B.Z./Berliner Zeitung; BGH GR 95, 216, 219-Oxygenol II; Ingerl/Rohnke § 14 Rz. 164 MarkenG m. w. N.; Scherer, GR 00, 273; Fezer § 14 Rz. 83; Pastor/Ahrens-Bähr, S. 509

²²⁸ Althammer/Ströbele, MarkenG, § 9 Rz. 20; Pastor/Ahrens-Bähr, S. 509

²²⁹ Markenschutz entsteht regelmäßig durch Registereintrag, § 4 Ziff. 1 MarkenG. Daneben ist aber auch an die Möglichkeit gemäß § 4 Zuff. 2 zu denken, Markenrechte kraft Verkehrsdurchsetzung zu erwerben oder sogar gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG durch bloße Benutzung eines unterscheidungskräftigen Unternehmenskennzeichens. Vgl. dazu Althammer/Ströbele/Klaka, § 5 Rz. 18 ff.

²³⁰ Klette, WRP 00, 913, 916 m. w. N.; Fezer, § 26 Rz. 99;

Althammer/Ströbele/Klaka, § 26 Rz. 54; Ingerl/Rohnke, § 26 Rz. 81

²³¹ Klette, a.a.O.; BPatGE 38, 62, 66-Apfelbauer; BGH Bl.f.PMZ 99, 29, 30-Karolus-Magnus; BPatG Bl.f.PMZ 98, 75, 76-Hemeran

²³² Fezer, § 26 Rz. 99

²³³ Streinz, ZLR 91, 242, 246

²³⁴ Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG Rz. 2 ff.; Büttner, GR 96, 533, 534;

Ein empirischer Ansatz im Rahmen der Irreführung widerspricht jedoch europarechtlichen Vorgaben des **EuGH**, die eindeutig für eine normative Bestimmung auch der Irreführungsgefahr sprechen²³⁵: das nationale Gericht müsse "auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" abstellen²³⁶, also auf einen objektivierten Idealtypus.

In seiner Entscheidung Gut Springenheide/6-Korn-Eier vom 16. Juli 1998²³⁷ macht der EuGH deutlich, daß er dieses Verbraucherleitbild durchaus als für die nationalen Gerichte verbindlich betrachtet: es "ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, daß das nationale Gericht bei der Beurteilung ... darauf abzustellen hat, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese Angaben wahrscheinlich auffassen wird"²³⁸.

Durch das Kriterium, wie der näher beschriebene Idealverbraucher etwas "wahrscheinlich" verstehen wird, hat der EuGH verdeutlicht, daß es ihm auf das tatsächliche Verständnis nicht ankommt.²³⁹

Ingerl/Rohnke, § 127 Rz. 3 MarkenG; Scherer, GR 00, 273; a. A. Ahrens, WRP 2000, 812, 813 f., der eine Verschränkung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Wertung betont. Dies ist insbesondere deshalb fraglich, weil die bloße **Eignung** zur Irreführung ausreichen, eine tatsächliche Täuschung nicht notwendig sein soll, Baumbach/ Hefermehl, § 3 UWG Rz. 1, 2. Ob diese bloße Eignung gesichert empirisch festzustellen ist, muß zweifelhaft erscheinen.

²³⁵ Scherer, a.a.O. Fn. 97; vgl. auch Plaß, NJW 00, 3161, 3169

²³⁶ EuGH WRP 99, 307, 311-Sektellerei Kessler m. w. N.; zum Verbraucherleitbild des EuGH ausführlich Sack, WRP 98, 264 ff: hinsichtlich der Wahrnehmung flüchtiger, hinsichtlich der Informationsverarbeitung verständiger Durchschnittsbetrachter; vgl. zur aktuellen Differenzierung des BGH Ahrens, WRP 00, 812, 815; Bornkomm, WRP 00, 830, 834 f.; Nordemann, WRP 00, 977 ff.; Spätgens, WRP 00, 1023 1024 ff.; Streinz, ZLR 91, 242 ff.; Leisner, EuZW 91, 498 ff.; Kemper/ Rosenow, WRP 2001, 370 ff

²³⁷ EuGH WRP 98, 848, 851-Gut Springenheide/6-Korn-Eier; Besprechung von Reese, WRP 98, 1035 ff.

²³⁸ EuGH WRP 98, 848, 851-Gut Springenheide/6-Korn-Eier

²³⁹ Der EuGH eröffnet aber die Möglichkeit, nach nationalem Recht eine Verbraucherbefragung durchzuführen oder ein Sachverständigengutachten einzuholen, EuGH WRP 98, 848, 851-Gut Springenheide/6-Korn-Eier. Wozu dieses bei einer rein normativen Vorgehensweise nötig oder auch nur dienlich sein soll, bleibt aber offen. Im Übrigen ist im Rahmen des § 3 UWG auch nicht

Der BGH verarbeitet diese Vorgaben des EuGH in der neuerdings dem empirischen Ansatz nachfolgenden Bewertung der Schutzwürdigkeit vorhandener Fehlvorstellungen²⁴⁰: denn "Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es nicht, den Verbraucher vor jedweder Fehlvorstellung zu schützen"²⁴¹.

In der Entscheidung Orient-Teppichmuster²⁴² hat der BGH bei der Beurteilung der Irreführung auf den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abgestellt²⁴³ und damit eine normative Bewertung vorgenommen. "Mögliche Mißverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser haben dabei zurückzutreten"²⁴⁴.

Die tatsächliche Auffassung ist damit auch nach der Rechtsprechung jedenfalls nicht mehr alleine entscheidend, sondern zumindest einer normativen Korrektur zugänglich.

die tatsächliche Verkehrsauffassung allein entscheidend, sondern die bloße Eignung zur Irreführung reicht aus, Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG Rz. 1 f.. Die bloße Eignung zur Täuschung kann aber empirisch schwer festgestellt werden.

²⁴⁰ BGH WRP 00, 1129, 1130-Tageszulassung II;
BGH GR 99, 252, 255- Warsteiner II;

²⁴¹ BGH WRP 00, 1129, 1130-Tageszulassung II

²⁴² BGH WRP 00, 1129 ff.-Orient-Teppichmuster

²⁴³ BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster;

vgl. dazu auch Ahrens, WRP 00, 812, 815, Kemper/ Rosenow, WRP 2001, 370 ff., Klett, GR 2001, 549 ff. und Groescke/Kiethe, WRP 2001, 230, 234

²⁴⁴ BGH WRP 00, 517, 520- Orient-Teppichmuster; vgl. auch das neue Verbraucherleitbild in BGH NJW 99, 3262-EG-Neuwagen I und BGH NJW 99, 3491-EG-Neuwagen II; dazu Plaß, NJW 00, 3161, 3167 f. m. w. N.

Ein ähnlicher Prozeß der Objektivierung scheint sich im Rahmen der Neuregelung der vergleichenden Werbung abzuzeichnen²⁴⁵. Zulässigkeitsvoraussetzung ist hier nach der Europäischen Richtlinie 97/55/EG²⁴⁶ die Nachprüfbarkeit der Angaben. Diese wurde bis vor kurzem noch aus Verbrauchersicht beurteilt²⁴⁷. Die neuere Rechtsprechung läßt es dagegen ausreichen, wenn der Vergleich überhaupt nachgeprüft werden kann, gegebenenfalls auch erst im Prozeß²⁴⁸.

Auch bei der rabattrechtlich relevanten Frage, ob eine Kaufpreisrückvergütung einen Preisnachlaß des anbietenden Unternehmens darstellt, ist nach Ansicht des BGH ausdrücklich von einem "objektivierten Verständnis der Beteiligten auszugehen"²⁴⁹. Der wirkliche Verbraucher verliert dementsprechend zunehmend an Bedeutung²⁵⁰.

Zwar belegt die häufige Bezugnahme auf weitgehend inhaltslose Formeln, daß die Rechtsprechung selbst noch keine eindeutigen Vorstellungen hat, welche Kriterien im Rahmen einer normativ verstandenen Verkehrsauffassung anzulegen sind. In der Entscheidung Tageszulassung II vom 13. Januar 2000²⁵¹ bemüht der Bundesgerichtshof beispielsweise innerhalb eines einzigen Absatzes eine "ungezwungene Auffassung", die "Lebenserfahrung", die "allgemeine Wertschätzung", einen "nicht unbeachtlichen Teil des Verkehrs" und "schützenswerte Interessen"²⁵².

Diese Leerformeln sind nicht geeignet, das erzielte Ergebnis auch nur annähernd vorzugeben. Sie dienen lediglich dem Versuch ein anderweitig gefundenes Ergebnis zu begründen. Entscheidend ist jedoch, daß überhaupt eine Abkehr von dem zumindest propagierten Maßstab²⁵³ der tatsächlichen Verkehrsauffassung deutlich wird.

²⁴⁵ Vgl. Plaß, NJW 2000, 3161 ff.

²⁴⁶ Abgedruckt in WRP 98, 718 ff.

²⁴⁷ BGH GR 96, 983-Preisvergleich II

²⁴⁸ BGH WRP 98, 1068-Preisvergleichsliste II

²⁴⁹ BGH WRP 90, 286, 287-Bonusring

²⁵⁰ So auch Spliethoff, S. 297 f.

²⁵¹ BGH WRP 00, 1129 ff.-Tageszulassung II

²⁵² BGH WRP 00, 1129, 1130-Tageszulassung II

²⁵³ Vgl. Burkert, GR 89, 869, 873

Denn wenn die Verkehrsauffassung grundsätzlich korrigiert werden kann und die zitierten Leerformeln der eigentlichen Entscheidung in Wirklichkeit eher nachfolgen, als diese herbeizuführen, dann wird deutlich, daß es übergeordnete Kriterien gibt. Um dem Gebot der Rechtssicherheit Folge zu leisten, können diese nur objektiver Art sein.

Die anstehende Aufgabe lautet daher, die begonnene Entwicklung von der Empirie zur normativen Bestimmung zu vollziehen und die notwendigen objektiven Kriterien bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung herauszufinden und zu benennen.

f) Zusammenfassung

Die Verkehrsauffassung ist sowohl bei der Beurteilung einer Zugabe als auch in angrenzenden Vorschriften normativ zu bestimmen.

Es kann der Rechtsvereinheitlichung und damit der Rechtssicherheit nur förderlich sein, die Verkehrsauffassung grundsätzlich einheitlich zu bestimmen. Damit findet im Übrigen auch eine Annäherung an die europäischen Nachbarn statt, die ein eher normatives Bild der Verkehrsauffassung haben²⁵⁴.

So kann auch eine Fallgestaltung vermieden werden, die sowohl der Rechtsprechung als auch dem Schrifttum erhebliche Probleme bereitet: der Fall, daß objektiv keine Zugabe vorliegt, die angesprochenen Verkehrskreise jedoch zumindest teilweise von einer solchen ausgehen²⁵⁵.

²⁵⁴ Bornkamm, WRP 00, 830, 833; Großkommentar/ Lindacher, § 3 Rz. 989; Bodewig/ Henning-Bodewig, WRP 00, 1341 ff.; Streinz, ZLR 91, 242 ff.

²⁵⁵ BGH GR 67, 530, 531-Fahrschule; BGH GR 62, 415, 416-Glockenpackung

Wenn die Verkehrsauffassung bestimmt, ob eine Leistung eine Zugabe darstellt, dann ist ein Irrtum der beteiligten Verkehrskreise unmöglich. Eine der Verkehrsauffassung übergeordnete Instanz kann es in diesem Fall nicht geben. Ab welchem Prozentsatz eine bestimmte Verkehrsauffassung anzunehmen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht einmal diskutiert. In der Regel wird eine einheitliche Verkehrsauffassung festgestellt. Nur ausnahmsweise wird innerhalb der Verkehrsauffassung nach abweichenden Meinungen differenziert.

Dieser Fall wäre aber dann völlig ausgeschlossen, wenn die Verkehrsauffassung nicht empirisch ermittelt, sondern normativ bestimmt wird. Dies in der Weise, daß bei objektiv bestehender Zweckverbundenheit die Verkehrsauffassung **normativ dahingehend bewertet wird**, daß der Verkehr in diesem Fall eben ein einheitliches Gut sehe²⁵⁶.

Bei komplett normativer Bestimmung der Verkehrsauffassung ist ein Irrtum auch einzelner Teile des Verkehrs bezüglich des Zugabecharakters einer Leistung unmöglich. Während tatsächliche Vorstellungen irrelevant bleiben, entscheidet alleine die Auffassung des gedachten Idealverbrauchers. **Der standardisierte Idealverbraucher entscheidet und kann daher nicht irren.**

Durch diese Konstruktion wird auch den Bedenken Heermanns Rechnung getragen, das Abstellen auf die Verkehrsauffassung könne ein zu statisches Moment sein und Weiterentwicklungen nahezu ausschließen.

Eine Möglichkeit, derartige sinnvolle Weiterentwicklungen und Leistungsverbesserungen zuzulassen, könnte das Kriterium sein, ob der Kunde eine bestimmte Leistung möglicherweise ablehnen würde, wenn er sich nichts schenken lassen möchte. Es kann ja durchaus möglich sein, daß der Käufer einer Ware keine Geschenke annehmen mag. Den Knopf am Jackett wird er sicher dennoch akzeptieren, die Flasche Wein dazu jedoch ablehnen.

²⁵⁶ Kehl, Wettbewerbsrecht, § 27 Rz. 2; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rz. 1237

4. Ergebnis

Entscheidend zur Beantwortung der Frage, ob es sich um zwei getrennte und damit selbständige Güter handelt ist die Verkehrsauffassung.

Diese Verkehrsauffassung ist im Rahmen der Zugabeverordnung, wie auch im Rahmen der Irreführung und der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr, nicht empirisch, sondern normativ zu bestimmen.

Welche Kriterien diese normative Bestimmung beeinflussen, soll an dieser Stelle noch zurückgestellt werden.²⁵⁷

²⁵⁷ Vgl. unten zu dem Kriterium der Hauptgeschäftsfähigkeit Seite 90 ff.

V. Die Unentgeltlichkeit

Eine voll bezahlte Gegenleistung kann keine Zugabe darstellen. Die Zugabe muß daher naturgemäß ein Element der Unentgeltlichkeit enthalten. Das Zugabeverbot formuliert das Kriterium der Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich, es wird aber aus § 1 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVO gefolgert²⁵⁸.

Die verwendete Terminologie zur Bezeichnung dieses Tatbestandsmerkmals ist uneinheitlich. Der Umstand, daß der Empfänger nichts für den erlangten Vermögensvorteil²⁵⁹ bezahlt, kann im Sinne der Unentgeltlichkeit, als Anschein der Unentgeltlichkeit, als nicht durch die Gegenleistung ausgeglichen oder als ohne gesonderte Berechnung²⁶⁰ aufgefaßt werden.

Wie im Rahmen der Bestimmung der Zwei-Güter-Frage kommen auch hier zunächst zwei grundverschiedene Ansätze in Betracht. Die Unentgeltlichkeit könnte anhand objektiver Kriterien oder anhand der Verkehrsauffassung ermittelt werden.

Typisch für die Zugabe ist die Situation, daß der Kunde objektiv etwas für die Nebenleistung bezahlt, er aber subjektiv der Ansicht ist, er erhalte die Nebenleistung geschenkt.

1. Rechtsprechung

Das Reichsgericht wählte einen objektiven Ansatz zur Bestimmung der Unentgeltlichkeit. In seiner Leitentscheidung führt es aus, ausschlaggebend sei, "ob der Verkäufer seine Ware mit Zugabe zu einem Preise verkauft, der sich innerhalb der Grenzen hält, in denen Waren gleicher Art und Güte von Geschäften ähnlichen Ranges am gleichen Platz zur selben Zeit verkauft zu werden pflegen"²⁶¹.

²⁵⁸ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 12 ff.

²⁵⁹ Zum Erfordernis eines Vermögensvorteils siehe oben S. 18 ff.

²⁶⁰ Baumbach/Hefermehl, § 1 Rz. 12

²⁶¹ RGSt 61, 58, 62 (1928)

Zur Begründung führt das Reichsgericht weiter aus, nicht das laufende Publikum, sondern die ehrbaren Geschäftsleute seien durch die Zugabeverordnung geschützt²⁶². Es fährt fort, wenn eine Kostenersparnis auf Seiten des Anbieters dazu genutzt werde, eine Zugabe zu ermöglichen, dann erwecke der Verkäufer "nicht nur den Anschein eines besonders günstigen Angebots, sondern er macht tatsächlich ein solches Angebot."²⁶³ Kosteneinsparungen dürften demnach an den Kunden weitergereicht werden.

Formulierungen des BGH zu der Frage der Unentgeltlichkeit lassen den Schluß zu, er wolle den rein objektiven Kriterien des Reichsgerichts folgen und alleine die tatsächliche Unentgeltlichkeit als entscheidend ansehen.

Der BGH führt in der Fahrschul-Entscheidung²⁶⁴ aus: "Eine Ware oder Leistung, die objektiv nicht unentgeltlich gewährt wird, ... wird nicht dadurch zur unerlaubten Zugabe, daß möglicherweise jemand meint, er erhalte sie gleichwohl kostenlos."²⁶⁵ Dieser Ansatz stellt also eindeutig auf die objektive Kalkulation ab.

Die aktuelle Rechtsprechung formuliert die Zugabedefinition zunächst ebenfalls scheinbar rein objektiv als einen Vermögensvorteil, der nicht Teil der Hauptleistung ist, "weil er ...nicht durch die vertragliche Gegenleistung ausgeglichen *ist*".²⁶⁶ Dieser Vermögensvorteil stellt allerdings dann eine "Zugabe in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise"²⁶⁷ dar. Dieser Hinweis läßt sich auch so verstehen, daß es auch aus der Sichtweise des Verkehrs zu bestimmen ist, ob der Vermögensvorteil ausgeglichen wird, also subjektiv. Der Vermögensvorteil wäre dann also unentgeltlich, wenn er aus Sicht des Empfängers nicht durch die vertragliche Gegenleistung ausgeglichen wird.

²⁶² RGSt 61, 58, 61

²⁶³ RGSt 61, 58, 62 f.

²⁶⁴ BGH GR 67, 530-Fahrschule

²⁶⁵ BGH GR 67, 530, 531-Fahrschule

²⁶⁶ BGH WRP 89, 654-Vertrauensgarantie (Hervorhebung nicht im Original);
BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I;
so auch BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II ("ausgeglichen wird")

²⁶⁷ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht I

Diesen Ansatz hält BGH Kosmetikset²⁶⁸ ausdrücklich fest, die Verkehrsauffassung sei dann entscheidend, "wenn es um die Beurteilung geht, ob eine Leistung als eine Zugabe, nämlich als eine unentgeltliche Leistung neben einer Hauptleistung zu verstehen ist"²⁶⁹.

Nach dem BGH ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten.²⁷⁰ Besonders interessant ist, daß ein hoher Warenwert der Annahme entgegenstehen soll, man bekomme etwas geschenkt²⁷¹. Wenn der Kunde einen hohen Preis entrichtet, denke er, er habe jeden empfangenen Vermögensvorteil durch seine Gegenleistung auch entsprechend ausgeglichen.

Diesen Ansatz, die Verkehrsauffassung über die Preisgestaltung zu begründen, greift der BGH insbesondere auch in den Entscheidungen zur stark verbilligten Abgabe von Mobilfunkgeräten im Zusammenhang mit einem entsprechenden Netzkartenvertrag auf, hier jedoch nicht ausgehend von einer besonders hohen, sondern von einer auffallend niedrigen Gegenleistung. Denn gerade weil die Geräte umsonst oder nahezu umsonst abgegeben werden, erkenne der Kunde, daß er das Handy letztendlich über seinen Kartenvertrag finanziere²⁷². Wenn der Kunde also nichts oder fast nichts bezahlt, denke er nicht etwa, er erhalte etwas kostenlos, sondern er erkenne, daß er letztendlich die Kosten irgendwie zu tragen hat.

²⁶⁸ BGH GR 95, 165 ff.-Kosmetikset

²⁶⁹ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

²⁷⁰ BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; zur wirtschaftlichen Bestimmung der Verkehrsauffassung im Rahmen des Rabattrechts BGH GR 91, 936, 938-Goldene Kundenkarte

²⁷¹ BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; BGH GR 67, 530-Fahrschule; vgl. auch Heermann WRP 99, 130, 135; Steinhöfel, GR 98, 27, 29

²⁷² BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0,00 DM; BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis

Auch im Rahmen der Unentgeltlichkeit treten Irrtumfälle auf. In der bereits zitierten Fahrschul-Entscheidung²⁷³ führt der BGH aus, wenn eine Leistung **objektiv** nicht unentgeltlich sei, dann sei es irrelevant, wenn der Kunde denke, er bekomme etwas geschenkt. Eine gesonderte Berechnung sei nicht nötig. Wenn eine Ware/ Leistung objektiv nicht unentgeltlich sei, dann werde sie auch nicht dadurch zur Zugabe, daß jemand meint, er erhalte sie kostenlos.²⁷⁴

Der BGH hält in dieser Entscheidung ausdrücklich fest, daß die Frage, ob ein Gesamtpreis wertgerecht kalkuliert sei oder ob er lediglich die unentgeltliche Zuwendung einer der gekoppelten Leistungen verdecken solle, nach objektiven Gesichtspunkten und nicht nach Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu entscheiden sei²⁷⁵.

Überraschend ist die weitere Begründung des BGH, in der er ausnahmsweise näher auf die Verkehrsauffassung eingeht und zu einem überraschend modernen Ergebnis kommt. Die tatsächliche Verkehrsauffassung wird zwar nicht positiv ermittelt, jedoch stellt der BGH fest, daß der Verkehr die angebotene Leistung "bei ungezwungener Betrachtung..unmöglich in einem anderen Sinne" auffassen könne, "zumal es sich bei dem Lehrmaterial ersichtlich nicht nur um eine Ware von wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallendem Wert handelt, **die unentgeltliche Abgabe dieses Materials also nach der Lebenserfahrung ohnehin ungewöhnlich erscheinen müßte.**"²⁷⁶

Kurz gefaßt heißt das, ob eine unentgeltliche Leistung vorliegt bestimmt der Verkehr, außer er irrt sich.

²⁷³ BGH GR 67, 530 ff.-Fahrschule

²⁷⁴ BGH GR 67, 530, 531-Fahrschule

²⁷⁵ BGH GR 67, 530, 531-Fahrschule

²⁷⁶ BGH GR 67, 530, 532-Fahrschule, [Hervorhebung nicht im Original];
vgl. auch BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

Der Verkehr sieht eine Leistung dann nicht als kostenlos, wenn er sehr viel bezahlt²⁷⁷, sehr wenig bezahlt²⁷⁸ oder die Leistung überhaupt irgendeinen Wert hat²⁷⁹.

2. Literatur

Insbesondere die ältere Literatur stellte das Erfordernis auf, "daß, wer Zugaben verspricht (gewährt), sich mit dem normalen Verdienste begnügt und daß der Wert der Zugaben diesen Verdienst mindert"²⁸⁰.

Auch heute verfolgen Teile der Literatur den vom Reichsgericht geprägten objektiven Bewertungsmaßstab. Entscheidend sei demnach, daß die Zugabe "tatsächlich ohne Gegenleistung in Geld"²⁸¹ erfolge. Gingen einzelne Verbraucher zu Unrecht von Unentgeltlichkeit aus, so bleibe es dennoch bei der ausschlaggebenden objektiven Unentgeltlichkeit²⁸². Eine Zugabe ist demnach immer objektiv unbezahlt, ein objektiv durch die Gegenleistung ausgeglichener Vermögensvorteil ist nie eine Zugabe.

Die wohl ganz überwiegende Ansicht in der Literatur stellt dagegen auch bei diesem Tatbestandsmerkmal²⁸³ auf die bestehende Verkehrsauffassung ab.

²⁷⁷ BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

²⁷⁸ BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif; BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM; BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis

²⁷⁹ BGH GR 67, 530-Fahrschule; BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

²⁸⁰ Rosenthal, § 1 Rz. 43a; kritisch zu diesem Ansatz Gillert, BB 81, 702 ff.

²⁸¹ HK-Lies-Benachib, § 1 ZugabeVO Rz. 10

²⁸² HK-Lies-Benachib, § 1 ZugabeVO Rz 10 in Anlehnung an BGH GR 67, 530 ff.-Fahrschule; Vgl. auch Knopp, Anm. zu BGH Fahrschule

²⁸³ Wie bei der Zwei-Güter-Frage, siehe oben Seite 36 ff.; Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 12 ff. m. w. N.

Nach **Baumbach/ Hefermehl** soll diesbezüglich jedoch bereits ausreichen, wenn eine Leistung **ohne gesonderte Berechnung** erfolge, entscheidend sei die formale Nichtberechnung, die interne Kalkulation sei dagegen irrelevant²⁸⁴. Denn "der Wert des Mitgehartikels wird entweder im Preis der Hauptware (-leistung) stecken oder ... werden die Kosten dem Preis anderer Waren (Leistungen) zugeschlagen sein; denn niemand kann im Geschäftsleben etwas 'verschenken'. Für den unbefangenen Käufer ... ist diese Kalkulation undurchsichtig. ... Eine Zugabe liegt deshalb auch vor, wenn das Entgelt für die Nebenware (-leistung) tatsächlich im Preis der Hauptware (-leistung) steckt"²⁸⁵.

Nach **Seydel** entscheidet ebenfalls die Verkehrsauffassung, ob eine Nebenleistung unentgeltlich erfolgt²⁸⁶. Dies begründet er wie Baumbach/Hefermehl damit, keine Zugabe sei objektiv unentgeltlich, es müsse also darauf ankommen, daß die Nebenware (-leistung) ohne besondere Berechnung gewährt werde²⁸⁷.

Seydel weist allerdings weiter darauf hin, kein Kunde werde meinen, er erhalte etwas umsonst, sondern werde annehmen, sein Geschäftspartner komme schon auf seine Kosten²⁸⁸.

Auch **Borck**²⁸⁹ und **Burkert**²⁹⁰ gestehen dem Verkehr die Einsicht zu, daß er letztendlich nichts kostenlos erhält, sondern daß das unentgeltlich abgegebene koppelnde Gut im Preis für das gekoppelte Gut miteinkalkuliert ist.

Um diese grundsätzliche Einsicht zu ändern sei die bloße Nichtberechnung keinesfalls ausreichend²⁹¹. Etwas anderes könne aber gelten bei ausdrücklicher Bezeichnung als kostenlos oder der in besonderen Ausnahmefällen abweichenden Verkehrsauffassung, ein Gut werde tatsächlich objektiv kostenlos gewährt.

²⁸⁴ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 12; a. A. Burkert, GR 89, 869, 876

²⁸⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 12

²⁸⁶ Seydel, Rz 31

²⁸⁷ Seydel, Rz 83

²⁸⁸ Seydel, Rz. 30 (zu BGH GR 91, 329-Ikea)

²⁸⁹ Borck, WRP 83, 469, 474

²⁹⁰ Burkert, GR 89, 869, 877

²⁹¹ Burkert, GR 89, 869, 876

Unabhängig von der Ermittlung der Unentgeltlichkeit weist unter anderem **Sosnitza**²⁹² darauf hin, daß jede Werbemaßnahme über den Umsatz wieder erwirtschaftet werden muß. Demgegenüber sei die Zugabe gerade wegen der Vergleichbarkeit der Waren leichter in Rechnung zu stellen. Eine Kundentäuschung über die Unentgeltlichkeit gerade durch das Zugabewesen sei daher nicht überzeugend zu begründen.²⁹³

²⁹² Sosnitza, S. 128

²⁹³ Sosnitza, S. 128; Knöpfle, NJW 93, 246;
Köhler, Hoppmann-FS, S. 283, 287; Tetzner, NJW 54, 580, 581

3. Stellungnahme zur Unentgeltlichkeit

Es ist alleine sachgerecht, auf die **Verkehrsauffassung** abzustellen und nicht auf objektive Kriterien, ob ein Gut unentgeltlich gewährt wird.

Denn ansonsten wäre der Gewerbetreibende in jedem Verfahren genötigt, seine Kalkulation preiszugeben. Dies ist einerseits dem Gewerbetreibenden nicht zuzumuten und kann andererseits zu unerträglichen Verzögerungen im Prozeß führen. Außerdem dürfte ein Großteil der Werbemaßnahmen ohnehin in der Gesamtkalkulation berücksichtigt und damit nicht wirklich unentgeltlich sein.

Wenn die Rechtsprechung den Zugabecharakter mit der **wirtschaftlichen Unvernunft** begründet, der Verkehr erwarte ein derart unvernünftiges Verhalten nicht, dann muß sie sich einen Zirkelschluß vorwerfen lassen. Denn diese Argumentation läßt sich genauso gut auch vollständig in ihr Gegenteil verwandeln.

Wenn die kostenlose Gewährung einer Leistung unvernünftig ist und der Verkehr ein unvernünftiges Verhalten nicht erwartet, dann muß der Verkehr davon ausgehen, die Leistung werde ihm gerade nicht kostenlos gewährt !

Zu diesem Ergebnis kam auch der BGH in den oben zitierten Entscheidungen Fahrschule²⁹⁴ und Saustarke Angebote²⁹⁵: der Verbraucher rechne nicht damit, eine nicht völlig wertlose Ware tatsächlich geschenkt zu bekommen.

Anders formuliert kann dies nur bedeuten, daß der Kunde weiß, daß er alles relevante mitbezahlt und er nicht dem Irrtum unterliegt, etwas kostenlos zu erhalten²⁹⁶. Genau diese Abweichung der subjektiven Meinung, etwas geschenkt zu erhalten, von der tatsächlichen Kalkulation der Hauptware inklusive der vermeintlich geschenkten Nebenware, stellt jedoch den Kern der Zugabe dar.

²⁹⁴ BGH GR 67, 530 ff.

²⁹⁵ BGH GR 96, 363 ff.

²⁹⁶ Vgl. Burkert, GR 89, 869, 872; Borck, WRP 83, 469; Seydel, Rz. 30

Mit dieser Argumentation kann eine Zugabe begriffsnotwendig nie vorliegen, die ZugabeVO wäre aufgrund der derzeitigen Verkehrsauffassung faktisch abgeschafft.

Die Rechtsprechung sieht dies zumindest teilweise wohl ebenso. Denn sowohl bei besonders teuren als auch bei besonders preiswerten Leistungen erkenne der Kunde, daß jeder ihm gewährte Vorteil in den Preis der Hauptleistung einkalkuliert ist²⁹⁷.

Warum sollte der Verkehr diese Erkenntnis im mittleren Preissegment dann nicht haben? Voraussetzung für die Argumentation des BGH ist doch, daß der Kunde erkennt, ob eine Leistung besonders teuer oder besonders preiswert angeboten wird. Wer diese Einsicht hat, der weiß regelmäßig auch, daß grundsätzlich nichts verschenkt wird²⁹⁸.

Wenn er gleichfalls erkennt, daß eine Leistung nicht besonders teuer angeboten wird, sondern aus seiner Sicht vernünftig kalkuliert ist, dann wird ihm noch viel weniger der Gedanke kommen, der ohnehin schon günstige Anbieter werde zusätzlich noch Geschenke verteilen. Warum sollte der Kunde gerade von dem Anbieter zusätzliche Geschenke erwarten, der nicht einmal hohe Preise verlangt? Er wird eher eine besonders knappe Kalkulation unterstellen.

In diesem Sinne äußert sich denn auch der BGH in der Fahrschul-Entscheidung. Es widerspreche der Lebenserfahrung, daß der Verbraucher denkt, er erhalte überhaupt irgendetwas nicht völlig wertloses geschenkt²⁹⁹.

²⁹⁷ BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif; BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM; BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis; BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

²⁹⁸ Vgl. Burkert, GR 89, 869, 872; Borck, WRP 83, 469; Seydel, Rz 30

²⁹⁹ BGH GR 67, 530, 532-Fahrschule

Wenn Baumbach/ Hefermehl die formale Nichtberechnung als Tatbestandsmerkmal der Zugabe ausreichen lassen wollen, so ist dies vom Ansatz her falsch.³⁰⁰

Entscheidend kann nicht sein, ob etwas ausdrücklich mitberechnet oder auf einer Rechnung aufgeführt wird. Wenn sich die Werbung an den Kunden wendet und dieser geschützt werden soll, dann muß auch dessen Sichtweise entscheiden.³⁰¹

Dessen Sichtweise hängt jedoch sicher nicht ausschließlich von der Frage einer gesonderten Berechnung ab.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß Baumbach/Hefermehl **im Ergebnis eine normative Bewertung der Verkehrsauffassung** vornehmen. Entscheidend soll gerade nicht die empirische subjektive Unentgeltlichkeit sein, sondern es wird bestimmt, wann diese vorliegen soll, nämlich immer bei nicht gesonderter Berechnung.

Der normierte Verbraucher denkt demnach also, er zahle nur das, was auch auf der Rechnung steht. Alles weitere hält er für kostenlose Geschenke.

Dieser Idealverbraucher bliebe jedoch deutlich hinter den Leistungen eines tatsächlichen Durchschnittsverbrauchers zurück, dem mittlerweile von Rechtsprechung und Literatur zurecht weitergehende Einsichten zugetraut werden³⁰².

³⁰⁰ Ablehnend auch BGH GR 98, 500 ff.-Skibindungsmontage

³⁰¹ Siehe oben Seite 47 zu der Verkehrsauffassung im Rahmen der Zwei-Güter-Abgrenzung

³⁰² Vgl. Burkert GR 89, 869, 872; Borck WRP 83, 469; BGH GR 67, 530, 532-Fahrschule; BGH WRP 91, 564-Preisgarantie II: Preisvergleich muß nicht einfach, sondern möglich sein; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster: bei nicht unerheblichem Preis besorgt sich der Kunde erforderlichenfalls weitere Informationen.

Auch die Werbung selbst kann dazu beitragen, den Kunden zu informieren. Im November 2000 warb der Optik-Filialist *Pro Optik* mit einer kostenlosen Brillenversicherung auf bei ihm gekaufte Brillen³⁰³. Wer diese nicht wollte, erhalte sogar den Betrag von 5.- DM zurück. Eindeutiger kann man den Verbraucher kaum darauf aufmerksam machen, daß die Versicherung mit in die Preise einkalkuliert ist- auch dann, wenn die bisherigen Preise nicht entsprechend erhöht, sondern beibehalten werden.

Die formale Nichtberechnung kann daher weder für sich alleine die Unentgeltlichkeit ausmachen oder auch nur indizieren, noch als Grundlage eines normativen Verkehrsverständnisses.

4. Ergebnis

Eine Zugabe kann nur sein, was unentgeltlich gewährt wird.

Ob etwas unentgeltlich gewährt wird, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung.

Die Verkehrsauffassung ist nicht empirisch, sondern normativ anhand eines künstlich definierten Idealverbrauchers zu bestimmen.³⁰⁴

³⁰³ In Zusammenarbeit mit der Allianz und dem darauf abgestimmten Slogan "Pro Optik und Allianz. Zwei starke Partner."

³⁰⁴ Siehe unten Seite 117 ff., zum Verbraucherleitbil unten Seite 123 ff.

VI. Die Akzessorietät

Voraussetzung der Zugabe ist, daß sie aus Sicht des Verbrauchers unentgeltlich gewährt wird. Typisch für die Zugabe ist jedoch nicht nur, daß sie unentgeltlich gewährt wird. Denn das gilt in selbem Maße für Werbegeschenke³⁰⁵. Zugabetypisch ist, daß die gewährte Ware/ Leistung objektiv entgeltlich, subjektiv aber unentgeltlich gewährt wird. Ein Werbegeschenk wird dagegen objektiv und subjektiv unentgeltlich gewährt.³⁰⁶

Wie im Rahmen der Unentgeltlichkeit gesehen, sind mit dem Kriterium der objektiven Unentgeltlichkeit erhebliche Schwierigkeiten verbunden.³⁰⁷ Dies einerseits, weil kaum etwas tatsächlich in der Kalkulation unberücksichtigt bleibt und andererseits weil dieses Merkmal die Anspruchsdurchsetzung erheblich erschwert.

Zweiter Abgrenzungsansatz zwischen Zugabe und Werbegeschenk ist deshalb, daß eine Zugabe nur in Abhängigkeit von einem Hauptgeschäft stattfinden kann. Ein Werbegeschenk wird typischerweise unabhängig von einem Abschluß gewährt³⁰⁸, eine Zugabe typischerweise nur in Verbindung mit einer Hauptware oder -leistung. Die Akzessorietät ersetzt damit gewissermaßen das Erfordernis der objektiven Unentgeltlichkeit.

³⁰⁵ Am 26. 4. 2000 fand beispielsweise eine Gratisverteilung von Backwaren auf der Stuttgarter Königstraße durch die Großbäckerei K&U statt.

³⁰⁶ Zur Zulässigkeit von Werbegeschenken unter § 1 UWG siehe Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz 93 ff.

³⁰⁷ Siehe oben Seite S. 65

³⁰⁸ Vgl. zu einer Konstellation eines Werbegeschenks in Abhängigkeit eines Erwerbs BGH GR 74, 345 ff.-Geballtes Bunt

1. Rechtsprechung

In dem der Entscheidung Taschenmerkbuch³⁰⁹ zugrundeliegenden Sachverhalt wurden an Zahnärzte kostenlos Notizbücher verteilt, und zwar ohne Berücksichtigung eventuell abgeschlossener Geschäfte. Obwohl also die Büchlein unabhängig von einem Kauf bei dem werbenden Händler verteilt wurden, sah das Reichsgericht in diesem Vorgehen das Gewähren einer unzulässigen Zugabe³¹⁰.

Problematisch an dieser Entscheidung erscheint allerdings die nicht ganz gelungene Abgrenzung zu bloßen Werbegeschenken. Nach den Entscheidungsgründen in Taschenmerkbuch müßten Werbegeschenke immer unzulässig sein³¹¹.

Der BGH hat diesen Ansatz des Reichsgericht nicht übernommen, sondern orientiert sich auch im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals an der Verkehrsauffassung³¹². Es bleibt aber wie schon im Rahmen der Zwei-Güter-Frage³¹³ und bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit³¹⁴ zu entscheiden zwischen objektiven und subjektiven Maßstäben bei der Ermittlung dieser Verkehrsauffassung.

Die von der Rechtsprechung allgemein verwendete Definition klingt allerdings, wie im Rahmen der Unentgeltlichkeit³¹⁵, zunächst scheinbar objektiv: "Eine Zugabe liegt vor, wenn ... der Erwerb der Nebenleistung vom Abschluß des Geschäfts über die Hauptware abhängig ist und dabei in der Weise ein innerer Zusammenhang besteht, daß die Nebenleistung mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware gewährt wird"³¹⁶. Die Formulierung "abhängig ist" könnte im Sinne von "objektiv abhängig" verstanden werden.

³⁰⁹ RG 149, 243 ff.-Taschenmerkbuch

³¹⁰ RG 149, 243, 249-Taschenmerkbuch

³¹¹ Vgl. dazu auch Reimer, S. 980; Reimer/ Krieger, S. 28

³¹² BGH GR 71, 322-Lichdi-Center; BGH GR 72, 364-Mehrwert-Fahrten; vgl. zum Kriterium der Verkehrsauffassung im Rahmen der Unentgeltlichkeit oben Seite 65 ff. und zur Bestimmung der Verkehrsauffassung im Rahmen der Zwei-Güter-Frage oben Seite 45 ff.

³¹³ Siehe oben Seite 36 ff., insbesondere Seite 45 ff.

³¹⁴ Siehe oben Seite 59 ff.

³¹⁵ Siehe oben Seite 65 ff.

³¹⁶ BGH GR 98, 500, 501-Skibindungsmontage;

BGH Kosmetikset tendiert anscheinend ebenfalls in Richtung eines objektiven Verständnisses. Das Gericht führt zunächst treffend aber nichtssagend aus, wenn eine Werbegabe keine Zugabe im Sinne der ZugabeVO sei, gelte das Verbot der ZugabeVO auch nicht³¹⁷.

Dies solle aber auch dann gelten, wenn "Teile des Verkehrs irrtümlich von den tatsächlichen Voraussetzungen einer Zugabe ausgehen."³¹⁸

Wenn "nach dem Verkehrsverständnis kein Zweifel" besteht, daß eine Werbegabe unabhängig vom Hauptgeschäft gewährt wird, so handelt es sich auch dann nicht um eine akzessorische Zugabe, wenn dies Teile des Verkehrs irrtümlich annehmen³¹⁹.

Diese Konstellation ist bemerkenswert. Zwar besteht "nach dem Verkehrsverständnis kein Zweifel", es ist aber dennoch mit einer "Fehlvorstellung" von Teilen des Verkehrs zu rechnen, die "irrtümlich annehmen", eine Zugabe zu erhalten.

Das Ergebnis verwundert insofern, als in dieser Entscheidung ausdrücklich der Schutz des Kunden als Zweck der ZugabeVO genannt wird³²⁰. Dieser angestrebte Schutz bleibt dann aber gerade dem irrenden Kunden versagt³²¹.

Daraus läßt sich allerdings nicht schlußfolgern, daß es auf objektive Kriterien ankomme, sondern nur, daß es nicht auf die irrenden Teile des Verkehrs ankomme. Entscheidend ist also nicht der irrende, sondern der richtig wertende Teil. Entscheidend ist also auch hier die Verkehrsauffassung.

BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

³¹⁷ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

³¹⁸ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

³¹⁹ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

³²⁰ BGH GR 95, 165, 166-Kosmetikset

³²¹ Dabei stellt sich die Frage, warum dann am empirischen Modell festgehalten wird- wenn der tatsächliche Verbraucher ohnehin nicht absolut geschützt wird und dieser Schutz nicht einmal theoretisch erreicht werden kann, dann bietet die normative Ermittlung keinerlei Nachteile gegenüber der empirischen.

Wenn die Rechtsprechung die Verkehrsauffassung in zutreffend und irrtümlich unterteilt, belegt sie damit die empirische Bewertung dieses Merkmals. Denn bei normativer Ermittlung der Verkehrsauffassung sind abweichende Auffassungen von vorneherein ausgeschlossen.³²²

Wie groß ein Teil der Verkehrsauffassung sein muß, um diese insgesamt zu bestimmen, bleibt in der Rechtsprechung offen.

2. Literatur

Nach der ganz herrschenden Meinung ist die Frage der Akzessorietät anhand der Kundenauffassung bei verständiger Würdigung zu beurteilen³²³. Die Literatur stimmt damit weitgehend mit der Rechtsprechung überein.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Auswirkungen von Bedingungen. Während bei einer auflösenden Bedingung ein zugabefähiger Abschluß vorliegt, kann bei einer aufschiebenden Bedingung wie bei einem Kauf auf Probe nach § 495 BGB schon deshalb keine Zugabe vorliegen, weil noch kein Hauptgeschäft abgeschlossen wurde.³²⁴

3. Stellungnahme

Auch hier ist es nur konsequent, auf die Auffassung der geschützten Verkehrskreise abzustellen.

³²² Siehe oben Seite S. 57 ff.

³²³ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 9

³²⁴ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 9

Gerade bei der Verteilung von Werbegeschenken besteht die Gefahr, daß der Kunde den Eindruck gewinnt, er erhalte diese nur aufgrund seines Abschlusses, während es tatsächlich auch Nichtkunden gewährt wird.

Diese Gefahr darf jedoch nicht zu einer Unzulässigkeit von Werbemaßnahmen über § 1 UWG hinaus führen, ein dahingehendes Verkehrsverständnis muß entweder ignoriert oder vermieden werden.

Die Rechtsprechung tendiert in erstere Richtung und versucht eine Lösung über die Behandlung von Irrtumsfällen. Diese Lösung vermag jedoch nicht zu überzeugen und führt zu Widersprüchen.

Vermeiden läßt sich eine solche Fallgestaltung durch konsequent normative Beurteilung der Verkehrsauffassung. Man hat lediglich dem Verkehr gewisse Einsichten zuzutrauen und festzuschreiben. Geht man mit beachtlichen Teilen der Literatur davon aus, daß im Grundsatz nicht verschenkt wird und der Kunde dies weiß und erkennt,³²⁵ so kann man ihm auch grundsätzlich die Einsicht zugestehen, wann er etwas nur als Kunde und wann er etwas davon unabhängig als bloße Werbemaßnahme erhält.

Während der tatsächliche Verbraucher diese Einsicht oft nicht haben kann, verfügt unser Idealkunde über ein Mehr an Informationen und kann deshalb irrtumsfrei entscheiden. In diesem Sinne ist auch die von Baumbach/ Hefermehl vorgeschlagene "verständige Würdigung"³²⁶ aufzufassen.

4. Ergebnis

Die Akzessorietät richtet sich nach der Verkehrsauffassung.

Die Verkehrsauffassung ihrerseits ist normativ zu bestimmen.

³²⁵ Seydel, Rz. 31; Borck, WRP 83, 469, 474; Burkert, GR 89, 869, 877; OLG Stuttgart WRP 84, 513-Filmentwicklungsprämie: das Publikum kennt Preisunterschiede

³²⁶ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 9

VII. Erfordernis weiterer Tatbestandsmerkmale?

Teilweise werden weitere Tatbestandsmerkmale in das Zugabeverbot interpretiert. Als Beispiel mag die Beeinflussungsgefahr dienen.³²⁷

Die ZugabeVO bietet für derartige Kriterien jedoch keine Anhaltspunkte. Eine solche Erweiterung ist auch nicht notwendig.

Weitere Kriterien können im Rahmen der normativ zu bestimmenden Verkehrsauffassung berücksichtigt werden. Das heißt, entscheidend ist beispielsweise nicht das Kriterium der Kundenbeeinflussung, sondern wenn die besondere Leistung den Kunden nicht beeinflussen kann, dann denkt er auch nicht, er erhalte eine von der Hauptleistung unabhängige zweite Leistung.

Die Präzisierung der Tatbestandsmerkmale des Zugabeverbots ist jedenfalls vorzugswürdig gegenüber der Erweiterung dieser Tatbestandsmerkmale um neue, möglicherweise unnötige Kriterien.

³²⁷ BGH GR 63, 197, 200; OLG Hamburg WRP 81, 107-Beeinflussung von Angestellten durch Werbegeschenke von geringem Wert, dazu krit. Seydel, § 1 ZugabeVO Rz. 3; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 4

VIII. Zusammenfassung

Jede Zugabe muß für den Empfänger objektiv einen wirtschaftlichen Vorteil bedeuten. Diesen wirtschaftlichen Vorteil muß der Empfänger subjektiv als selbständig neben dem Gegenstand des eigentlichen Geschäfts ansehen³²⁸ und subjektiv davon ausgehen, er erhalte diesen zweiten Vermögenswert ohne entsprechende Gegenleistung. Der Empfänger muß drittens subjektiv der Ansicht sein, diesen Vermögensvorteil nur dann zu erhalten, wenn er auch das entgeltliche Hauptgeschäft abschließt.

Bei der zugaberechtlichen Beurteilung kommt damit dem Kriterium der Verkehrsauffassung dreifache und deshalb ganz entscheidende Bedeutung zu. Die Verkehrsauffassung entscheidet, ob überhaupt ein selbständiges zweites Gut vorliegt, ob diese Gut unentgeltlich gewährt wird und ob diese Zuwendung von dem Abschluß eines Hauptgeschäfts abhängig ist.

Die Verkehrsauffassung ihrerseits wird nicht empirisch ermittelt, sondern anhand vorab festzulegender Kriterien normativ bestimmt.³²⁹

³²⁸ "Zwei-Güter-Frage"

³²⁹ Vgl. zu den anzulegenden Kriterien unten Seite 109 ff. und Seite 119 ff.

D. Das Umtauschrecht als Zugabe

I. Definition

Bei der Ausübung eines Umtauschrechts gibt der Kunde die gekaufte Ware zurück und erhält dafür eine andere. In Abgrenzung zum Rückgaberecht bekommt der Kunde nicht den gezahlten Geldbetrag zurück³³⁰.

Schon die Definition zeigt, daß der Anwendungsbereich des Umtauschrechts auf den Warenverkehr beschränkt ist. Eine empfangene Leistung kann regelmäßig nicht umgetauscht werden.

Die Rechtsprechung formuliert in Anlehnung an Garantien teilweise unsauber und spricht von Umtauschgarantie, Rückgabegarantie u.ä.³³¹. Der Sache nach handelt es sich hier um Umtausch- oder Rückgaberechte³³², die keine Garantie im eigentlichen Sinne³³³ darstellen.

II. Die rechtliche Konstruktion

Ein Umtauschrecht wird soweit ersichtlich ausschließlich bei Kaufverträgen vereinbart. Es handelt sich bei dabei um einen normalen Kauf nach § 433 BGB mit der Sondervereinbarung eines Umtauschvorbehalts³³⁴.

Ob die rechtliche Konstruktion Konsequenzen für die zugaberechtliche Beurteilung hat, soll hier noch zurückgestellt und zu einem späteren Zeitpunkt überprüft werden.³³⁵

³³⁰ Hahn, WRP 74, 66; Paul GR 99, 34

³³¹ OLG Stuttgart Urt. vom 22. 5. 1998-2 U 189/97, OLGR Stgt/Ka 20, 379-bei der "Gefällt-nicht-Garantie eines Möbelhauses" handelt es sich eigentlich um ein Umtauschrecht

³³² Dazu unten S. 191 ff.

³³³ Dazu unten S. 1941 ff.

³³⁴ Palandt/Putzo, vor 494 Rz. 2 ff; Paul, GR 99, 34

³³⁵ Siehe unten Seite 128 ff.

III. Rechtsprechungsüberblick

Die Rechtsprechung steht Umtauschrechten sehr kritisch gegenüber. In Ergänzung zur allgemeinen Zugabedefinition³³⁶ grenzt die Rechtsprechung die Zulässigkeit solcher Positionen häufig anhand einer Risikoabwägung ab. Entscheidend soll sein, ob der Kunde durch Vertragsbestimmungen des Hauptgeschäfts von zusätzlichen Risiken entlastet wird, die mit dem konkreten Kauf in keinem Zusammenhang stehen und ausschließlich seine Risikosphäre betreffen³³⁷.

Unzulässige Zugaben nahm die Rechtsprechung aufgrund dieser Argumentation beispielsweise bei der Gewährung eines Umtauschrechts für Gebrauchtwagen binnen 30 Tagen bis zu einer Fahrleistung von 2000 km³³⁸, für Gebrauchtwagen ohne weitere Voraussetzungen innerhalb einer Frist von 7 Tagen³³⁹, für Brillen innerhalb von 30 Tagen³⁴⁰ oder für Schmuck innerhalb von vier Wochen³⁴¹ an.

Unzulässig ist es auch, wenn der Käufer eines Ski-Modells, der von den versprochenen Eigenschaften nicht überzeugt ist, das gekaufte gegen ein neues Modell eintauschen kann.³⁴²

Zulässig ist nach neuerer Rechtsprechung dagegen ein Umtauschrecht von fünf Tagen beim Gebrauchtwagenkauf.³⁴³

³³⁶ Siehe oben Seite 18 ff.

³³⁷ BGH GR 89, 697-Vertrauensgarantie; OLG Hamburg WRP 84, 419-Orientteppich; OLG Frankfurt WRP 96, 213; OLG Hamburg WRP 92, 191-Fielmann-Brille; OLG Saarbrücken WRP 99, 224-Land's End; vgl. auch Paul, GR 99, 34, 35 und Heermann, WRP 99, 130 ff. m. w. N.

³³⁸ BGH WRP 98, 489-Umtauschrecht I

³³⁹ OLG Frankfurt WRP 96, 213

³⁴⁰ OLG Hamburg WRP 92, 191

³⁴¹ BGH GR 89, 697-Vertrauensgarantie ("Umtausch- oder Rückgaberecht")

³⁴² OLG Hamm NJW-RR 92, 497

³⁴³ BGH WRP 99, 181-Umtauschrecht II

In einigen älteren Fällen, in denen neben einer Sachzugabe auch ein Umtauschrecht gewährt wurde, ging der BGH allerdings auf eine mögliche Zugabe in Form des Rechts selbst mit keinem Wort ein³⁴⁴. Es scheint sich daher trotz der bereits jahrzehntelangen Relevanz der Thematik um eine eher aktuelle, zunehmende - und keinesfalls zwingende- Tendenz der Rechtsprechung zu handeln.

IV. Rechtsprechung zu vergleichbaren Rechten

Da die Wertungskriterien bei der Beurteilung angrenzender und vergleichbarer Rechte auf den ersten Blick ebenfalls ähnlich sein könnten, sollen diese zumindest überblickartig vergleichend in die Betrachtung einbezogen werden.³⁴⁵

Die im Versandhandel verbreitete Zusage der Warenrücknahme stellt kein Umtauschrecht dar, da keine neue Ware abgenommen wird, sondern lediglich die Bestellung rückabgewickelt beziehungsweise gar nicht erst bezahlt wird. Diese Rückgaberechte werden im Versandhandel regelmäßig nicht als Zugabeverstöß angesehen, da es sich hierbei um eine unselbständige Garantie handle, die durch ihre mangelnde Selbständigkeit nicht unter den Zugabebegriff des § 1 Abs. 1 ZugabeVO falle³⁴⁶.

Das OLG Köln³⁴⁷ hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem der Kaufpreis einer Margarine zurückerstattet werden sollte, wenn das Produkt dem Käufer nicht schmeckt. Das Gericht sah in dieser Konstruktion keine Zugabe, sondern hielt die Werbemethode für zulässig. Dies mit der Argumentation, nicht das Recht oder die Garantie selbst sei unterschiedslos als Zugabe zu werten, sondern es müsse berücksichtigt werden, auf welche Leistung das jeweilige Recht gerichtet sei, hier sei es **eine Art Rücktrittsrecht und keine zusätzliche Leistung**³⁴⁸.

³⁴⁴ BGH GR 68, 649-Rocroni-Aschenbecher; BGH GR 71, 361-Vierfarbkugelschreiber; BGH BB 89, 723-Wirtschaftsmagazin

³⁴⁵ Vgl. auch Übersicht bei Paul, GR 99, 34, 35 und Heermann, WRP 99, 130 ff.

³⁴⁶ BGH WRP 75, 735, 737; OLG Hamburg WRP 73, 588, 589; Knops, GR 95, 649, 650 m. w. N.; Heermann, WRP 99, 130, 132

³⁴⁷ OLG Köln GR 84, 750 ff.-Geld-zurück-Garantie

³⁴⁸ OLG Köln GR 84, 750-Geld-zurück-Garantie

Die Preisgarantie³⁴⁹ garantiert dem Kunden, daß er den gekauften Artikel bei keinem Anbieter günstiger erwerben könnte. Anderenfalls kann er die gekaufte Ware gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben. Diese Preis- oder auch Geld-zurück-Garantie wird ebenso für zulässig gehalten wie die günstige Kfz-Finanzierung durch eine herstellereigene Bank³⁵⁰.

Zum Zugabecharakter der Euroscheck-Differenzzahlung nahm das OLG Frankfurt³⁵¹ zurückhaltend Stellung, hinsichtlich Stundungsabreden und Vorauszahlung auf künftige Schuld äußert sich der BGH ebenfalls einschränkend³⁵².

In der Entscheidung Einführungsangebote bewertete der BGH das Recht auf den Bezug verbilligter Schallplatten ebenfalls nicht als Zugabe³⁵³.

Ausführlich setzt sich das OLG Köln in einer aktuellen Entscheidung mit der Übernahme des medizinischen Erfolgs- und Behandlungsrisikos durch Pharmaunternehmen auseinander³⁵⁴: es werde durch die Risikoübernahme der Eindruck "eines wirtschaftlich risikolosen Einsatzes des Arzneimittels" erweckt³⁵⁵, das Gericht spricht von einem "Kostenvorteil durch Naturalrestitution" und bejaht auch die Eignung zur Beeinflussung der ärztlichen Entscheidung für oder gegen eine Therapieform, weil "Aspekte der Wirtschaftlichkeit...einen nicht unwesentlichen Bestandteil der von den Ärzten in den Entscheidungsprozeß für eine therapeutische Maßnahme einzubeziehenden und zu berücksichtigenden Fragestellung" darstellten³⁵⁶.

³⁴⁹ BGH GR 75, 553-Preisgarantie I; BGH WRP 91, 564-Preisgarantie II

³⁵⁰ BGH NJW 94, 2152-KfZ-Finanzierung; BGH BB 93, 90-Zinssubvention; anders BGH GR 79, 483-Briefmarken-Auktion, wo Vorschußzahlungen als unzulässige Kreditgewährung angesehen wurden

³⁵¹ OLG Frankfurt BB 97, 2128-Euroscheck-Differenzzahlung

³⁵² BGH BB 91, 2109-Goldene Kundenkarte

³⁵³ BGH GR 66, 214-Einführungsangebote; a. A. Borck WRP 69, 10: das Bezugsrecht sei die Zugabe

³⁵⁴ OLG Köln GR 2000, 156 ff.-Erfolgsrisikobeteiligung

³⁵⁵ OLG Köln GR 2000, 156, 158-Erfolgsrisikobeteiligung

³⁵⁶ OLG Köln GR 2000, 156, 159-Erfolgsrisikobeteiligung

Dennoch geht das OLG Köln mit keinem Wort auf die Möglichkeit ein, die gegenständliche Risikoübernahme durch den Hersteller und Lieferanten eines Medikaments könne eine Zugabe sein, sondern kommt zum Ergebnis, diese Maßnahme sei rechtlich nicht zu beanstanden.

V. Argumentationsdefizite der Rechtsprechung

Die dargestellte Entscheidung des OLG Köln zur zulässigen Übernahme des Behandlungsrisikos durch Pharmaunternehmen kann exemplarisch für den Zustand der Rechtsprechung betrachtet werden. Sie muß sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis überraschen, wenn man berücksichtigt, wie der BGH in der vielbeachteten Leitentscheidung Vertrauensgarantie den Zugabeverstoß begründet.

Diese Vertrauensgarantie mit dem "risikolosen Einkauf" gehe "über die gesetzlichen Regelungen weit hinaus" und nehme dem Käufer "auch die mit dem konkreten Kauf nicht mehr zusammenhängenden Risiken ab." Während nach der gesetzlichen Regelung nur bei Vorliegen eines Mangels ein Recht zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags bestehe, werde "der Käufer durch die Garantie...auch von solchen Risiken entlastet, die mit dem Kaufvertrag nicht mehr in Verbindung stehen und allein seine Sphäre betreffen."³⁵⁷

Die Formulierung der Entscheidungsgründe scheint austauschbar, die Ergebnisse differieren. Einmal dient der Verweis auf die Risikoübernahme dazu, eine unzulässige Zugabe zu begründen, das andere Mal zur Begründung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit, ohne an die Möglichkeit auch nur zu denken, es könne eine Zugabe vorliegen. Diese Ergebnisse sind schwer nachvollziehbar und müssen eine erhebliche Rechtsunsicherheit bewirken.

³⁵⁷ BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

Auch die weitere Rechtsprechung ist nicht frei von Ungereimtheiten. Warum soll es zulässig sein, eine Margarine gegen den vollen Kaufpreis zurückgeben zu können, aber unzulässig, einen Gebrauchtwagen binnen einer Woche in einen anderen umzutauschen? Stellt die Margarine-Geld-zurück-Garantie nicht auch eine Übernahme des Risikos dar, das eigentlich der Kunde zu tragen hätte, daß ihm nämlich das gekaufte Lebensmittel schmeckt? Worin liegt dann der Unterschied zu der unzulässigen Vertrauensgarantie?

Ebenfalls nicht spontan überzeugend ist die Differenzierung zwischen Rückgaberechten im Versandhandel und Umtauschrechten im Bereich des herkömmlichen Einzelhandels. Wenn derartige Rechtspositionen im Versandhandel wegen ihrer mangelnden Selbständigkeit keine Zugabe darstellen können³⁵⁸, muß doch für die ebenfalls unselbständigen Umtauschrechte gleiches gelten.

Der Rechtsprechung fehlen klare Kriterien zur Beurteilung moderner Werbe- und Vertriebsmethoden.³⁵⁹ Derartige Methoden dienen dem Händler dazu, den Kunden von der Qualität seines Angebots zu überzeugen. Diese Überzeugungsarbeit kann hinsichtlich des eigentlich relevanten Produkts, dessen Qualität, Preis oder Image geleistet werden. Sie kann aber auch außerhalb des Kaufobjekts geleistet werden, beispielsweise durch die Zugabe weiterer Güter, die mit der Kaufsache nichts zu tun haben³⁶⁰. Die erste Alternative ist erwünscht, die zweite Alternative von der ZugabeVO verboten.

³⁵⁸ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85; Knops, GR 95, 649, 650 m. w. N.

³⁵⁹ Nicht recht verständlich erscheint die Forderung von Kisseler, WRP 99, 580, 583, die Rechtsprechung möge nach den Entscheidungen BGH GR 96, 363-Saustarke Angebote, BGH WRP 99, 90-Handy für 0.- DM und WRP 99, 94-Handy-Endpreis "zu der früheren Berechenbarkeit" zurückkehren.

³⁶⁰ Vgl. zur Wirksamkeit derartiger Überzeugungsarbeit außerhalb des eigentlichen Leistungsgegenstands Klauer/Seydel, ZugabeVO, S. 1 und Hefermehl, WuW 53, 264 ff.

Die Einordnung von Sonderfällen wie der Gewährung eines Umtauschrechts ist noch nicht hinreichend geklärt. Diese Klärung soll im Folgenden gesucht werden. Ausgangspunkt hat eine korrekte Subsumtion der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu sein, die der ergebnisorientierten Rechtsprechung häufig nicht gelingen mag.

VI. Das Umtauschrecht als wirtschaftlicher Vorteil

Wie oben gesehen muß eine Zugabe einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen³⁶¹. Ein sozialer Zweck kann beispielsweise nie zugegeben werden, da er keinen Vermögensvorteil vermittelt³⁶².

Während bei der Warengabe der wirtschaftliche Wert offensichtlich ist, muß bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts exakt geprüft werden, was der Empfänger erhält und worin sein Vermögensvorteil liegt.

Als wirtschaftlicher Vorteil kommt neben dem Umtauschrecht selbst auch die Möglichkeit der Nutzung der gekauften Ware bis zu deren Umtausch in Betracht.

1. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Zugabe jeder mögliche wirtschaftliche Vorteil in Betracht. Ein solcher Vorteil werde auch bei der Einräumung eines Umtauschrechts gewährt. Unklar bleibt dabei allerdings die präzise Benennung des wirtschaftlichen Vorteiles und damit der genaue Gegenstand der Zugabe.

In der Entscheidung Vertrauensgarantie sah der BGH das eingeräumte Umtauschrecht selbst als die Zugabe an³⁶³ und stellte fest, daß ein Rücktritts- oder Umtauschrecht einen eigenen wirtschaftlichen Wert habe³⁶⁴.

³⁶¹ Siehe oben Seite 18 ff.; a. A. Reimer/ Krieger, § 1 ZugabeVO Rz. 6

³⁶² Siehe oben Seite 20 ff.

³⁶³ BGH WRP 89, 654 ff.-Vertrauensgarantie

³⁶⁴ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie

In der Entscheidung Umtauschrecht I sah der BGH dagegen den zugewendeten wirtschaftlichen Vorteil nicht in der Rechtseinräumung selbst, sondern in der Möglichkeit, die gekaufte Ware bis zu einem eventuellen Umtausch kostenlos nutzen zu können, sowie in der damit verbundenen Entlastung des Käufers von Risiken aus dessen eigener Sphäre³⁶⁵.

2. Literatur

a) Die Nutzungsmöglichkeit als wirtschaftlicher Vorteil

Die Literatur hat sich mit dem eigentlich gewährten Vorteil bei Vereinbarung eines Umtauschrechts bisher nur vereinzelt befaßt. Diese Stimmen setzen aber regelmäßig ohne weiteres voraus, daß die Nutzungsmöglichkeit einen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet³⁶⁶.

b) Das Recht selbst als wirtschaftlicher Vorteil

Bei der Bewertung des Umtauschrechts selbst als Vermögensvorteil scheint die Literatur eher Schwierigkeiten zu sehen.

³⁶⁵ BGH WRP 98, 489, 491-Umtauschrecht I; es verwirrt allerdings, daß der BGH dann in seinem eigenen Leitsatz wieder ausführt, das Umtauschrecht sei unzulässig, vgl. Paul, ZIP 98, 1099

³⁶⁶ Paul, ZIP 98, 1099, 1100; Heermann, WRP 99, 130, 131; Knops, GR 95, 649, 650

Seydel sieht unentgeltliche Verträge zwar grundsätzlich als möglichen Zugabegegenstand an³⁶⁷, aber die Gewährung eines in § 346 BGB ausdrücklich vorgesehenen Rücktrittsrechts sei zulässiger Inhalt des Vertrages und damit weder Zugabe noch Rabatt³⁶⁸. Dabei bleibt allerdings offen, an welchem Tatbestandsmerkmal Seydel die Zugabeeignung scheitern läßt. Denn es ist einerseits möglich, das Recht selbst nicht als Vermögensvorteil anzusehen. Es könnte sich dabei jedoch auch um einen wirtschaftlichen Vorteil handeln, der kein eigenes zweites Gut darstellt.

Baumbach/Hefermehl nehmen zu der Frage des wirtschaftlichen Vorteils bei Umtauschrechten ebenfalls nicht ausdrücklich Stellung. Ein anderweitig angeführtes Beispiel läßt jedoch Rückschlüsse auf deren Bewertung des Umtauschrechts zu. Denn Baumbach/Hefermehl sehen in einer Reparatur, zu der sich der Verkäufer bei Vertragsabschluß verpflichtet hatte, eine **nachträgliche** Leistung. Diese Reparaturleistung selbst stellt sicher einen Vermögenswert dar³⁶⁹.

Wenn Baumbach/Hefermehl aber in der Erbringung der Leistung eine nachträgliche Zugabe sehen, dann war demnach die bloße vorangehende Verpflichtung des Verkäufers noch keine zugaberechtlich relevante Leistung, sondern erst die zeitlich nachfolgende tatsächliche Leistung.

Diese Differenzierung paßt im Übrigen zum allgemeinen juristischen Sprachgebrauch: Leistung im Sinne der Zugabeverordnung wäre demnach nicht die bloße Verpflichtung zu einer Leistung, sondern eben erst die Leistung selbst.³⁷⁰

Ließe sich dieser Ansatz auf das Umtauschrecht übertragen, hieße das, die Verpflichtung zum Umtausch wäre noch keine Zugabe eines Vermögensvorteils, sondern erst der spätere tatsächliche Umtausch.

³⁶⁷ Seydel, Rz. 25

³⁶⁸ Seydel, Rz. 40

³⁶⁹ Sie ist Geld wert und mögliches Zahlungsmittel, vgl. oben S. 18 ff.

³⁷⁰ Vgl. Hefermehl, WuW 53, 264 ff. zur Sammelzugabe; vgl. zum Leistungsbegriff oben S. 24 ff. und unten S. 90 ff.

In diesem Sinne äußert sich auch Hahn³⁷¹: Zugabe ist die Nebenware oder -leistung selbst, nicht schon das bloße Recht darauf. Im Falle eines Rückgaberechts werde nichts nebeneinander gewährt, weil die Hauptware wieder herzugeben sei³⁷².

Auch diese Stellungnahme Hahns bezieht sich wohl auf die Zwei-Güter-Frage und nicht auf die Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils.

3. Stellungnahme zum wirtschaftlichen Vorteil bei Gewährung eines Umtauschrechts

a) Nutzungsvorteil

Die Möglichkeit, eine Ware nutzen zu können stellt sicher einen Vermögensvorteil dar³⁷³. Auch hier verdeutlicht dies der Vergleich mit dem Bereicherungsrecht.³⁷⁴ Die Sachnutzung kann gemäß § 812 in Verbindung mit § 818 II BGB dem Werte nach kondiziert werden und ist deshalb zweifelsfrei ein wirtschaftlicher Vorteil³⁷⁵. Der Vermögensvorteil liegt in der Ersparnis der normalerweise mit der Sachnutzung verbundenen Anschaffungs- oder Mietkosten.

Ein solcher kondizierbarer Vermögensvorteil wird bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts jedoch nicht versprochen oder gewährt. Der Kunde erspart insbesondere keine Anschaffungskosten, da er die umtauschfähige Ware bereits erworben und den Kaufpreis bereits bezahlt oder sich zumindest zu dessen Zahlung verpflichtet hat. Er erspart weiterhin auch keine Mietkosten, da solche bei der Nutzung eigener Ware ohnehin nicht angefallen wären.

³⁷¹ Hahn, WRP 74, 65 ff.

³⁷² Hahn, WRP 74, 65, 66

³⁷³ Die Sachnutzung ist geldwert und mögliches Zahlungsmittel, vgl. oben S. 18 ff. und unten S. 82 ff.

³⁷⁴ Vgl. bereits oben S. 21 ff.

³⁷⁵ Vgl. statt aller Palandt-Thomas, § 818 Rz 8

Der Normalfall der verbotenen Zugabe eines Nutzungsvorteils wäre beispielsweise, wenn dem Käufer einer Ware zusätzlich ein Sportwagen für ein Wochenende zur privaten Nutzung überlassen wird. Hier spart der Kunde die Kosten, ein solches Fahrzeug anzumieten. Hat er das Fahrzeug jedoch gekauft, erspart er auch keine Kosten.

Im Unterschied zu dem Normalfall einer Sachnutzungs-Zugabe gewährt der Verkäufer, der ein Umtauschrecht anbietet, nicht etwa zu der vertraglichen Hauptleistung die zusätzliche kostenlose Nutzung einer weiteren Ware. Er gewährt aber das Recht, die Hauptleistung in eine andere Hauptleistung zu tauschen. Das heißt, er verspricht keinen Nutzungsvorteil, sondern ein Umtauschrecht. Ein eventueller Zugabeverstöß kann daher nicht mit der Gewährung von derartigen Nutzungsvorteilen begründet werden.

Zusammenfassend sind Nutzungsvorteile zwar wirtschaftliche Vorteile und daher grundsätzlich mögliche Zugabegegenstände. Bei der Vereinbarung oder Gewährung eines Umtauschrechts wird jedoch keine kostenlose Sachnutzung gewährt, sondern ausschließlich das gegenständliche Recht.

Denn es stellt einen relevanten Unterschied dar, ob der Kunde für eine Woche die kostenlose Nutzung einer Ware erhält, oder ob er eine Ware kauft und gegebenenfalls umtauschen kann. In zweitem Falle **nutzt er seine eigene Ware** und hat durch diese Nutzung keine Verbesserung seiner Vermögenslage erreicht. Denn er hat diese Nutzungsmöglichkeit vollständig bezahlt oder bleibt zumindest zur vollständigen Bezahlung der genutzten Ware verpflichtet. Eine Rückzahlung des Kaufpreises findet bei dem Umtauschrecht im Gegensatz zu dem Rückgaberecht nicht statt³⁷⁶.

³⁷⁶ Vgl. oben Seite 76 und unten Seite 150

Niemand würde ein gesondertes Entgelt dafür entrichten, die eigene Ware zu nutzen. Die Nutzung eigener oder zumindest gekaufter Ware ist kein geldwerter Vorteil. Die mit einem Umtauschrecht einhergehende Nutzungsmöglichkeit stellt deshalb keine Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils dar.

b) Das Recht selbst als wirtschaftlicher Vorteil

Wie oben gesehen, stellt die Nutzungsmöglichkeit zwar grundsätzlich einen Vermögensvorteil dar, ein solcher Nutzungsvorteil wird bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts jedoch nicht gewährt, sondern kommt regelmäßig nur bei der Nutzung fremder Ware in Betracht.

Zu überprüfen bleibt daher das Recht selbst als möglicher zugabefähiger Vermögenswert.

i) Definition des wirtschaftlichen Vorteils

Hier stellt sich wieder die eingangs angesprochene Frage, was den Vermögensvorteil von dem Bereich der Nichtvermögenswerte unterscheidet und anhand welcher Kriterien diese Differenzierung vorzunehmen ist³⁷⁷.

Eine Möglichkeit wäre, als Vermögenswert nur bilanzierbare Positionen anzusehen. Dieses an der Buchführung orientierte Verständnis ist jedoch zu eng. Es gibt wirtschaftlich relevante Vorteile, die nicht bilanztechnisch darzustellen sind.

³⁷⁷ Vgl. dazu bereits oben S. 18 ff.

Auch der Vergleich mit dem allgemeinen Bereicherungsrecht hilft bei der Qualifizierung als Vermögenswert nicht unmittelbar weiter. Ob ein Umtauschrecht kondiziert werden könnte, hängt ja gerade von der hier zu entscheidenden Frage ab, ob es sich dabei um einen wirtschaftlichen Vorteil handelt. Bei ergebnisorientierter Betrachtung spricht zunächst zwar einiges dafür, hinsichtlich einer ungerechtfertigten Vereinbarung eines Umtauschrechts auch die Kondition zuzulassen. Allerdings dürfte diese Frage rein theoretischer Natur bleiben. Es erscheint nicht konstruierbar, daß nur ein Umtauschrecht rechtsgrundlos vereinbart wurde, ohne daß der Hauptvertrag Mängel aufweist³⁷⁸. Die bloße nachträgliche Durchführung eines Umtauschs stellt regelmäßig eine entsprechende Vertragsänderung dar.

Creifelds Rechtswörterbuch definiert Vermögen als Summe aller geldwerter Güter³⁷⁹. Geldwert bedeutet ein Recht, das auf Geld selbst geht oder einen in Geld schätzbaren Inhalt hat³⁸⁰.

In der Entscheidung Geballtes Bunt versteht der BGH diesen geldwerten Vorteil zutreffend im Sinne eines möglichen Zahlungsmittels³⁸¹.

Ein Vermögensvorteil ist damit alles, was Gegenstand des Handels sein könnte³⁸². Mit anderen Worten, alles, wofür irgendjemand möglicherweise bereit wäre, Geld zu bezahlen.

ii) Anwendung der Definition auf das Umtauschrecht

Das Umtauschrecht wäre obiger Definition folgend also dann ein wirtschaftlicher Vorteil, wenn möglicherweise jemand dafür Geld bezahlen würde oder ein solcher Wert in Geld zumindest schätzbar wäre.

³⁷⁸ Ein Umtauschrecht kann nie isoliert Vertragsgegenstand sein und ist daher nicht hauptgeschäftsfähig

³⁷⁹ Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort Vermögen

³⁸⁰ Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort Vermögen

³⁸¹ BGH GR 74, 345, 346-Geballtes Bunt

³⁸² Nicht zu verwechseln mit der Frage der Hauptgeschäftsfähigkeit, ob also ein Gut auch selbständig und isoliert gehandelt werden kann, siehe dazu unten S. 93 ff.

- Schätzung

Die Schätzung könnte sich hier zumindest im Ansatz an der betriebswirtschaftlichen Kalkulation orientieren. Der Verkäufer, der mit einem Warenumtausch zu rechnen hat, muß den daraus resultierenden Aufwand in seiner Kalkulation berücksichtigen, dieser Wert kann zumindest geschätzt werden, das Umtauschrecht wäre daher Geld wert.

- Praxis

Deutlicher ergibt sich dieses Ergebnis aus weniger theoretischen Überlegungen: es ist nicht nur theoretisch denkbar, daß der Kunde für ein Umtauschrecht etwas bezahlt, sondern die Praxis des kommerziellen Gebrauchtwagenhandels zeigt, daß dies auch tatsächlich geschieht.

Im Gebrauchtwagenhandel kann der Kunde zunehmend wählen, ob er ein Umtauschrecht oder bestimmte Garantieleistungen unter entsprechender Erhöhung des Kaufpreises vereinbaren möchte.

Aber nicht nur im Gebrauchtwagenhandel, sondern beispielsweise auch auf dem Sektor elektronischer Geräte, insbesondere Haushaltsgeräte, sind gegen Aufpreis verlängerbare Garantien weit verbreitet³⁸³. Gerade in diesen sensiblen und risikoreichen Geschäftsbereichen bedeuten Garantien, Rückgabe-, Rücktritts- oder Umtauschrechte für den Kunden eine Möglichkeit, sein Risiko zu begrenzen.

Die gleiche Funktion erfüllt die von dem Optik-Filialisten Pro Optik³⁸⁴ angebotene Brillenversicherung. Ohne Aufpreis erhält der Kunde eine Brillenversicherung, verzichtet er auf diese Versicherung, reduziert sich der Kaufpreis um 5.- DM. Der ganz überwiegende Teil der Kunden wählt die Zusatzversicherung.³⁸⁵

³⁸³ Vgl. Sachverhalt von OLG München WRP 00, 775

³⁸⁴ Pro Optik, Albst. 34, 73240 Wendlingen, Tel. 07024/55898

³⁸⁵ Bei dieser Konstruktion und Bewerbung läßt sich auch kaum mehr argumentieren, der Kunde halte die Garantie für unentgeltlich. Denn er verzichtet ausdrücklich auf die Rückzahlung von 5.- DM. Die Brillenversicherung wurde wettbewerbsrechtlich bisher nicht beanstandet.

Das Umtauschrecht erfüllt für den Kunden, wie die Brillenversicherung auch, **versicherungstypische Funktionen**³⁸⁶. Für diese ist er auch bereit ist, ein gesondertes Entgelt zu bezahlen. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Quasi-Versicherung liegt vor allem in dem Bereich außerhalb des bloßen Gewährleistungsrechts.

Denn beispielsweise im kommerziellen Gebrauchtwagenhandel werden die Gewährleistungsansprüche weitgehend formularmäßig ausgeschlossen, was dem Kunden ebenfalls bekannt ist. Das Umtauschrecht gibt hier dem Käufer die verlorengangene Sicherheit zurück. Dafür bezahlt er auch einen entsprechenden Aufpreis, was für gesetzlich eigentlich vorgesehene Gewährleistungsrechte zweifelhaft ist.

4. Ergebnis

Bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts kommt als wirtschaftlicher Vorteil einerseits das vereinbarte Recht selbst und andererseits die vermittelte Nutzungsmöglichkeit in Betracht.

Die Möglichkeit eigene Ware zu nutzen, ist eine Selbstverständlichkeit und stellt keinen wirtschaftlichen Vorteil dar. Die Nutzung gekaufter Ware trotz eines vereinbarten Umtauschrechts kann daher mangels Vermögensvorteil nie eine Zugabe sein.

Das Umtauschrecht selbst bedeutet für den Kunden dagegen eine geldwerte Verbesserung. Das Umtauschrecht stellt deshalb einen wirtschaftlichen Vorteil dar, dessen Wert zumindest durch Schätzung ermittelt werden könnte, für den der Kunde aber auch tatsächlich bereit ist, ein bestimmtes gesondertes Entgelt zu entrichten.

³⁸⁶ Die Verträglichkeitsgarantie für Gleitsichtbrillen- de facto ein Rückgaberecht- hielt das OLG Stuttgart für zulässig, weil diese unselbständiger Bestandteil der Hauptleistung sei und die Parteien einen auf die Verträglichkeit abstellenden subjektiven Fehlerbegriff zugrunde gelegt hätten, OLG Stuttgart OLGR 98, 338-Verträglichkeitsgarantie

Das Umtauschrecht kommt daher grundsätzlich als Gegenstand einer Zugabe in Betracht.

VII. Das Umtauschrecht als Ware oder Leistung

Wie eingangs bereits gezeigt kann eine Zugabe ausschließlich in Form einer Ware oder einer Leistung gewährt werden³⁸⁷. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers beinhaltet jede Ware oder Leistung einen Vermögenswert³⁸⁸.

Wie gesehen, stellt die Vereinbarung eines Umtauschrechts einen wirtschaftlichen Vorteil für den Kunden dar³⁸⁹ und erfüllt daher diese Eingangsvoraussetzung.

Dennoch ist damit noch keinesfalls die mögliche Zugabequalität festgestellt. **Denn der wirtschaftliche Vorteil muß in Form einer Ware oder einer Leistung zugewendet werden. Es bleibt zu untersuchen, ob der durch Gewährung eines Umtauschrechts vermittelte wirtschaftliche Vorteil auch eine Ware oder eine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung darstellt.**

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung tendiert dazu, Umtauschrechte als unzulässige Zugabe zu qualifizieren³⁹⁰. Damit impliziert sie zwingend deren Qualifikation als Ware oder Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO. Eindeutige Stellungnahmen finden sich in der bisherigen Rechtsprechung allerdings nicht.

³⁸⁷ Siehe oben Seite 24 ff.

³⁸⁸ Siehe oben S. 30, Gaben ohne eigenen Verkehrswert sollten zulässig sein und bleiben, vgl. Baumbach/Hefermehl §1 ZugabeVO Rz. 68

³⁸⁹ Siehe oben S. 82 ff.

³⁹⁰ Vgl. Übersicht S. 73 ff.

Die Rechtsprechung bevorzugt bezüglich des Umtauschrechts den Begriff der "Leistung", dies allerdings nicht in Abgrenzung zur Ware, also im Sinne einer Dienst-Leistung, sondern eher als allgemeinen übergeordneten juristischen Leistungsbegriff, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen im engeren Sinne erfaßt³⁹¹.

An einer Stelle³⁹² bezieht sich der BGH auf einen Vorschlag Pauls, wonach eine Leistung im Sinne der ZugabeVO nur sein kann, was auch Gegenstand eines eigenständigen Hauptgeschäfts sein kann³⁹³.

Nach Ansicht des BGH ist es für die Qualifikation als Leistung im Sinne der Zugabeverordnung aber nicht ausschlaggebend, ob ein Vermögensvorteil auch Gegenstand eines selbständigen Hauptgeschäfts sein könnte³⁹⁴. Er lehnt das Kriterium der Hauptgeschäftsfähigkeit damit ohne weitere Begründung ab und bleibt eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Frage schuldig.

Demnach reicht nach der Rechtsprechung die generelle Zuwendungsfähigkeit für eine Leistung im Sinne der ZugabeVO aus, die isolierte Zuwendungsfähigkeit ist dagegen nicht erforderlich.

2. Literatur

Nach **Borck** ist jede übertragende Tätigkeit eine Leistung, also auch die Einräumung eines Umtauschrechts³⁹⁵. Leistung in diesem Sinne könne alles sein, was geschuldet werden kann.

³⁹¹ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I;
BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

³⁹² BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

³⁹³ Paul, GR 99, 34 ff. und ZIP 98, 1099 ff.

³⁹⁴ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

³⁹⁵ Borck, WRP 71, 102, 107

In diesem Sinne äußert sich beispielsweise auch **Seydel**, der "unter 'Leistung' alles" versteht und damit jeden wirtschaftlichen Vorteil meint³⁹⁶. "Subtile Untersuchungen", wie beispielsweise die von Borck³⁹⁷, hält er für entbehrlich³⁹⁸.

Ein gewichtiger Teil der Literatur hält dieser Auffassung entgegen, der Begriff der "Ware" wäre unnötig gewesen, wenn schlechthin jedes Tätigwerden eine Leistung in diesem Sinne darstellte.³⁹⁹

Paul grenzt den Bereich möglicher Zugabegenstände weiter ein. Nach Paul kann ein Umtauschrecht niemals Leistung im Sinne der Zugabeverordnung sein, da es nicht Gegenstand eines Hauptgeschäfts sein könne⁴⁰⁰. Diese Hauptgeschäftsfähigkeit sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Zugabeverbots.

Er begründet seine Auffassung damit, § 1 Abs. 1 ZugabeVO definiere sowohl den Gegenstand des Hauptgeschäfts als auch mittels des Klammerzusatzes den Gegenstand der Zugabe als Ware oder Leistung. Da beide Gegenstände gleich definiert werden, habe auch für beide gleiches zu gelten. Der Gegenstand des Hauptgeschäfts müsse auch möglicher Zugabegegenstand sein können und **der Zugabegegenstand müsse auch möglicher Gegenstand des Hauptgeschäfts sein können.**

3. Stellungnahme

Ein Umtauschrecht kann nur dann eine Zugabe sein, wenn es eine Ware oder eine Leistung ist.

³⁹⁶ Seydel, § 1 ZugabeVO, Rz. 99

³⁹⁷ Borck, WRP 71, 102 ff, insbes. 107: Leistung könne alles sein, was geschuldet werden kann.

³⁹⁸ Seydel, § 1 ZugabeVO, Rz. 99

³⁹⁹ Baumbach/Hefermehl, § 1 Rz 22 b,c; Hahn, WRP 74, 65, 66

⁴⁰⁰ Paul, ZIP 98, 1099, 1101 und GR 99, 34, 37

Ein Umtauschrecht stellt jedenfalls keine Ware dar, eine Ware ist zwingend körperlicher Form⁴⁰¹.

Damit bleibt die entscheidende Fragestellung, ob ein Umtauschrecht eine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung sein kann.

a) Der allgemeine Leistungsbegriff

Wie gesehen⁴⁰², muß eine Leistung in einem ersten Schritt zumindest der allgemeinen Leistungsdefinition genügen, das heißt, eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens darstellen.⁴⁰³

Die erste Voraussetzung eines wirtschaftlichen Vorteils ist ohne weiteres erfüllt, das Umtauschrecht stellt einen Vermögensvorteil dar⁴⁰⁴, das Empfänger Vermögen wird um das Umtauschrecht gemehrt.

Das Umtauschrecht als Vermögensvorteil muß auch zugewendet, das heißt geleistet werden können. Es gibt keinen wirtschaftlichen Vorteil, der nicht zugewendet werden kann. **Die tatsächliche Gewährung eines Umtauschrechts ist damit der allgemeinen Leistungsdefinition folgend die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.**

⁴⁰¹ Vgl. für den Begriff der Sache § 90 BGB

⁴⁰² Siehe oben Seite 24 ff, insbesondere S. 31

⁴⁰³ BGHZ 40, 272, 277; Palandt-Thomas, § 812 Rz. 3 m. w. N.

⁴⁰⁴ Siehe oben S. 82 ff.

Es gibt damit keine bewußte Gewährung wirtschaftlicher Vorteile, die keine Leistung in diesem Sinne wären. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob dieser allgemeine Leistungsbegriff mit demjenigen der Zugabeverordnung übereinstimmt.

b) Das zusätzliche Kriterium der Hauptgeschäftsfähigkeit

Wäre jede Leistung in diesem allgemeinen Sinne zwingend gleichzeitig eine Leistung im Sinne der ZugabeVO, dann wäre die Gewährung eines Umtauschrechts tatsächlich eine solche Leistung und deshalb mögliche verbotene Zugabe.

Dieses Ergebnis ist jedoch unter den besonderen Kriterien der Zugabeverordnung zu überdenken. Ansatzpunkt dieser Überlegungen ist die Frage, ob ausnahmslos jede Leistung als Gegenstand einer Zugabe in Betracht kommen kann, oder ob an die zugaberechtliche Leistung noch weitere Kriterien anzulegen sind.

Ein mögliches Kriterium ist die **Hauptgeschäftsfähigkeit**⁴⁰⁵, das heißt, eine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung kann nur eine Nebenleistung, also eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens sein, **die darüber hinaus auch unabhängig von der Hauptware oder -leistung erfolgen könnte, die also isoliert zuwendungsfähig ist.**

Wenn oben behauptet wurde, jeder Vermögenswert sei auch zuwendungsfähig, so bedeutet das nicht auch gleichzeitig, daß er auch selbständig und isoliert zuwendungsfähig ist.

Der Normalfall liegt zwar tatsächlich so, daß jeder Vermögensvorteil auch isoliert zuwendungsfähig ist. Wenn man einem halben Autoreifen einen zumindest minimalen wirtschaftlichen Wert zugesteht, so kann auch dieser Wert isoliert zugewendet werden, gegebenenfalls nach Zerteilung des Ganzen.

i) Hauptgeschäftsfähigkeit eines Umtauschrechts

⁴⁰⁵ Im Anschluß an Paul, ZIP 98, 1099, 1101 und GR 99, 34, 37

Bei dem Umtauschrecht präsentiert sich die ungewohnte Situation, daß das Recht einen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet⁴⁰⁶, der aber nur in Verbindung mit der zugrundeliegenden Ware existieren kann, nur in dieser Verbindung gehandelt werden kann und auch nur in dieser Verbindung einen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet.

Ein isoliertes Umtauschrecht ohne bezogene Ware hätte schon keinen auch nur schätzbaren Wert. Kein Kunde würde dafür Geld bezahlen, eine Ware umtauschen zu können, die er überhaupt nicht besitzt.⁴⁰⁷

Ein solches isoliertes Recht kann aber schon gar nicht zur Entstehung gelangen. Voraussetzung des Umtauschrechts ist ja, daß eine Ware hingegeben wurde, die umgetauscht werden kann. Ohne diese Ware existiert überhaupt kein Umtauschobjekt und damit auch kein diesbezügliches Recht.

⁴⁰⁶ Siehe oben S. 82 ff.

⁴⁰⁷ Man könnte an folgende Konstruktion einer selbständigen Vereinbarung eines Umtauschrechts denken: der Kunde kauft ein Umtauschrecht für eine bestimmte Ware, um diese nach deren Bezug in eine andere Ware umzutauschen. Bei diesem an Börsentermingeschäften orientierten System handelt es sich allerdings um den Handel mit Optionen und Bezugsrechten und nicht um ein Umtauschrecht im eigentlichen Sinne. Auf jeden Fall muß es auch hier zugrundeliegende Basiswerte geben, das heißt, das Umtauschrecht wäre auch hier nicht isoliert handelbar, sondern nur in Verbindung mit einer eindeutig konkretisierten hauptgeschäftsfähigen Leistung. Gleiches gilt für Umtauschanleihen (Exchangeables), eine Unterform der Wandelanleihe (Convertibles). Zwar räumt hierbei der Emittent dem Investor das Recht ein, die Anleihe in eine bestimmte Zahl von Aktien zu tauschen. Dies jedoch nicht unabhängig, sondern als Teil der Ausgestaltung der zugrundeliegenden Anleihe. Das Umtauschrecht kann nie abstrakt vereinbart werden, sondern immer nur bezüglich irgendeiner näher bestimmten Leistung. Diese kann gegebenenfalls auch erst zu einem späteren Zeitpunkt erworben werden. An der zwingenden Verknüpfung des Rechts mit dem Umtauschgegenstand ändert das nichts.

Ein Umtauschrecht erfüllt zwar versicherungstypische Funktionen⁴⁰⁸, es kann aber im Unterschied zu der Versicherung selbst nicht separat vereinbart werden. Eine Konstruktion, über die beispielsweise der Wert rückerstattet oder das Produkt angekauft wird, um einen Neukauf zu ermöglichen, wären tatsächlich zumindest theoretisch denkbare Versicherungskonstruktionen- ein Umtauschrecht ist ein derartiges Gebilde jedoch nicht.

Ein Umtauschrecht kann nur der Verkäufer gewähren, indem er die gegenständliche Ware zurücknimmt oder sich zu deren Rücknahme verpflichtet und der Kunde eine neue Ware desselben Verkäufers erhält und abnimmt oder sich zumindest dazu verpflichtet.

Das Umtauschrecht ist nicht hauptgeschäftsfähig.

ii) Erforderlichkeit der Hauptgeschäftsfähigkeit

Fraglich ist damit, wie sich die fehlende Hauptgeschäftsfähigkeit auf die Eignung des Umtauschrechts als mögliche Zugabe auswirkt.

Wie gesehen lehnt die jüngere Rechtsprechung dieses Kriterium ohne nähere Begründung ab⁴⁰⁹. In einer Entscheidung von 1991 sah das OLG Düsseldorf dagegen "upgradings", also das Befördern eines Fluggastes in einer höheren Klasse, deshalb nicht als einen Zugabeverstoß an, weil der Kunde nichts Zusätzliches erhält, "**das als selbständige Nebenleistung erwerbbar wäre**"⁴¹⁰. Demnach sollte die fehlende Hauptgeschäftsfähigkeit also die Zugabeeignung verhindern.

In der Literatur setzt sich bisher lediglich **Paul**⁴¹¹ ausdrücklich für die Akzeptanz der Hauptgeschäftsfähigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Zugabeverbots ein.

⁴⁰⁸ Siehe oben Seite 88 f.

⁴⁰⁹ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

⁴¹⁰ OLG Düsseldorf, WRP 91, 320, 323-"upgrading";
so auch Maluga, WRP 96, 184, 187

⁴¹¹ Paul, GR 99, 34 und ZIP 98, 1099

Überblick

Dennoch gibt es Hinweise, daß auch andere Stimmen zwar eine abweichende Terminologie verwenden, in der Sache aber stillschweigend die Hauptgeschäftsfähigkeit voraussetzen und mit dem eigenständigen Handel auf dem Gebiet der Zugabe wie selbstverständlich argumentieren.

Wenn nach **Baumbach/ Hefermehl** der **Verkehrswert** der Zugabe entscheidend sein⁴¹² und nach dem Regierungsentwurf zur Zugabeverordnung Waren oder Leistungen ohne eigenen **Verkehrswert** zulässig sein sollten⁴¹³, dann ist der Schluß zulässig, daß ein derartiger Verkehr auch existieren muß.

Ein Verkehr in diesem Sinne meint einen eigenständigen Handels-Verkehr gerade mit dem jeweiligen Objekt. Das bloße Bestellen eines Umtauschrechts im Rahmen des Erwerbsgeschäfts stellt keinen Verkehr in diesem Sinne dar. Es gibt keinen Verkehr mit Umtauschrechten.

Die Umsetzung dieser Anknüpfung der Zugabe an einen bestehenden Handelsverkehr findet sich auch in der Regelung des § 1 Abs. 2 lit.a ZugabeVO. Die Zugabe geringwertiger Reklamegegenstände soll nach dieser Regelung zulässig sein. Dies deshalb, **weil solche Reklamegegenstände im Handel meist nicht erhältlich sind, es keinen eigenen Verkehr gibt**⁴¹⁴. Baumbach/ Hefermehl halten hier ausdrücklich "**alle Gegenstände, die nicht gehandelt werden**" für zulässig⁴¹⁵.

Die Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 2 lit.1 ZugabeVO war deshalb erforderlich, weil diese Waren theoretisch hauptgeschäftsfähig wären, solche Geschäfte aber aus Sicht des Gesetzgebers tatsächlich selten vorkommen⁴¹⁶.

⁴¹² Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 48;
vgl. auch Heermann, WRP 91, 625, 628

⁴¹³ Vgl. Baumbach/Hefermehl § 1 ZugabeVO Rz. 68: "Namentlich gilt dies für Dinge, die nur als Zugaben erhältlich sind und die der Handel sonst nicht führt..."

⁴¹⁴ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 65, 68

⁴¹⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 72

⁴¹⁶ Eine Position, die anlässlich zunehmenden Markenbewußtseins zu überdenken sein wird, denn häufig macht alleine der Werbeaufdruck der imageträchtigen

Die Zulässigkeit, Waren ohne eigenen Verkehrswert zuzugeben, müßte nicht extra betont werden, wenn der Begriff "Verkehrswert" mit "Wert" allgemein gleichzusetzen wäre. Es versteht sich von selbst, daß die Zugabe völlig wertloser Ware schon keinen wirtschaftlichen Vorteil darstellt und deshalb bereits aus diesem Grunde zulässig wäre.⁴¹⁷ Wenn Gesetzgeber und Literatur von einem "Verkehrswert" sprechen, dann meinen sie auch diesen Wert im als selbstverständlich vorausgesetzten Handel.

Ware, die nicht gehandelt wird, die insbesondere nicht einmal theoretisch gehandelt werden kann, hat auch keinen Verkehrswert.

Lies-Benachib spricht ebenfalls von einem "eigenständigen Handel mit derartigen Waren"⁴¹⁸ und nach **von Godin** muß jede Zugabe zwingend sachlich und rechtlich selbständig sein⁴¹⁹.

Für **Reimer/ Krieger** ist das Zugabegeschäft ein eigenständiges "Lieferungs- oder Leistungsgeschäft".⁴²⁰

Sosnitza sieht im Zugabewesen keine Gefahr einer Preisverschleierung, "weil jedermann in der Lage ist, Preisvergleiche mit Geschäften vorzunehmen, die den betreffenden Artikel isoliert anbieten"⁴²¹. Solche müssen demnach existieren, wovon auch **Hoth/ Gloy** ausgehen, wenn sie die Zugabe charakterisieren als "Gegenstand, der sonst anderweitig gegen Entgelt erworben werden müßte"⁴²².

Marke den Wert der Sache aus.

⁴¹⁷ Siehe oben Seite 17 ff.

⁴¹⁸ HK-Lies-Benachib, § 1 ZugabeVO Rz. 2

⁴¹⁹ Von Godin, § 1 ZugabeVO Rz. 7; so auch Gloy-Klosterfelde/Jaeger-Lenz, § 52 Rz. 35: die Zugabe muß "gegenständlich und wirtschaftlich eigenständig zu werten" sein

⁴²⁰ Reimer/ Krieger, § 1 ZugabeVO Rz. 5; vgl. Borck, WRP 71, 102, 108, für den die Leistung "als geschuldet vorstellbar" sein muß. Geschuldet kann zwar auch eine nicht hauptgeschäftsfähige Nebenleistung sein, es bleibt allerdings fraglich, ob Borck diese Möglichkeit einschließen wollte, oder eher die Hauptgeschäftsfähigkeit als selbstverständliches Zugabemerkmale vorausgesetzt hat.

⁴²¹ Sosnitza, Kap. 3, A. I. 1., S. 128

⁴²² Hoth/Gloy, § 1 ZugabeVO Rz. 11; vgl. auch KG AWR 39, 52

Maluga sieht mit dem OLG Düsseldorf⁴²³ upgradings⁴²⁴ aufgrund der fehlenden Hauptgeschäftsfähigkeit nicht als Zugabeverstoß an⁴²⁵.

Gesetzeswortlaut

Unabhängig von diesen Beobachtungen stützt auch der Gesetzestext die Berücksichtigung der Hauptgeschäftsfähigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Zugabe. Dieser spricht zweimal von "Ware oder Leistung"⁴²⁶. Einmal im Zusammenhang mit der Hauptleistung und einmal bezüglich der Nebenleistung, der Zugabe. **Zugabe und Hauptware werden vom Gesetz gleich bezeichnet, sie müssen daher auch den gleichen Anforderungen genügen.**⁴²⁷ Dabei ist die Einordnung des Klammerzusatzes als Definition im klassischen Sinne nicht entscheidend, da der Klammerzusatz hier zumindest vergleichbare Funktion erfüllt, um diesen Gleichlauf zu rechtfertigen⁴²⁸.

Das heißt, jeder Gegenstand des Hauptgeschäfts muß auch Gegenstand der Zugabe sein können. Umgekehrt muß jeder Gegenstand der Zugabe auch Gegenstand des Hauptgeschäfts sein können.

Dieser Schluß findet auch Bestätigung in den Erläuterungen des Gesetzgebers. Von einem eng gegenstandsbezogenen Zugabebegriff ausgehend⁴²⁹ war diesem die Vorstellung einer nicht hauptgeschäftsfähigen Leistung völlig fremd. Er spricht von der Gefahr, "daß die Zugabe nur auf Kosten der Qualität der eigentlichen Ware geliefert werden könne"⁴³⁰ und stellt fest: "Mit dem Zugabewesen ist die Unklarheit über den Wert der Hauptware und der Nebenleistungen unvermeidlich verbunden."⁴³¹

⁴²³ OLG Düsseldorf WRP 91, 320 ff.-upgradings

⁴²⁴ Der Flugpassagier wird in einer besseren als der gebuchten Klasse befördert.

⁴²⁵ Maluga, WRP 96, 184, 187; wohl zustimmend Borck, WRP 99, 965, 972

⁴²⁶ Vgl. dazu bereits oben S. 24 ff.

⁴²⁷ Paul, GR 99, 34, 37

⁴²⁸ Siehe oben S. 24 ff.

⁴²⁹ Siehe oben Seite 20 f.; gl. A. Sosnitza, S. 133

⁴³⁰ Erläuterungen, RGBI I, 121, in Seydel, ZugabeVO S. 191, 192

⁴³¹ Erläuterungen, RGBI I, 121, in Seydel, ZugabeVO S. 191, 193

Beide Prämissen treffen auf das Umtauschrecht nicht zu. Dieses führt nicht zu einer Verteuerung oder Verschlechterung der Hauptware, sondern dient im Gegenteil deren Qualität und Preiswürdigkeit. Der Umtauschrechte gewährende Verkäufer tut sich erheblich schwerer mit der Übervorteilung seiner Kunden, wenn er damit rechnen muß, daß diese von ihrem Umtauschrecht Gebrauch machen werden.⁴³²

Auch wenn der Gesetzgeber erläutert, "es handelt sich bei den Zugaben zumeist um Waren, die vom Publikum ohnehin benötigt werden und die in den betreffenden Spezialgeschäften gekauft werden müßten"⁴³³, geht er offensichtlich davon aus, daß solche Spezialgeschäfte existieren, in denen die Zugabe separat gehandelt werden kann.

Der Verweis auf die "überflüssige und unwirtschaftliche Inanspruchnahme von Lagerräumen"⁴³⁴ zeigt ebenfalls, daß das Umtauschrecht nicht mit den Vorstellungen des Gesetzgebers von einer Zugabe in Einklang zu bringen ist.

Für den hier zu untersuchenden Leistungsbegriff im Sinne der Zugabeverordnung muß dieses Verständnis Konsequenzen haben. Bisher hatte es ausgereicht, den zugaberechtlichen wie den allgemeinen Leistungsbegriff als bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens anzusehen⁴³⁵.

Das hier untersuchte Umtauschrecht zeigt jedoch, daß es zuwendungsfähige wirtschaftliche Vorteile gibt, die nicht isoliert, sondern nur in Kombination zuwendungsfähig sind.

⁴³² Die Vorstellung, der Händler könne die Preise so drastisch erhöhen, daß ihm trotz des Umtausches noch überdurchschnittlicher Profit verbleibt, erscheint angesichts des weitgehend funktionsfähigen Wettbewerbs nicht haltbar. Ein Anbieter schlechter und überteuerter Ware wird sich am Markt nicht durchsetzen können.

⁴³³ Erläuterungen, RGBI I, 121, in Seydel, ZugabeVO S. 191, 192

⁴³⁴ Erläuterungen, RGBI I, 121, in Seydel, ZugabeVO S. 191, 192

⁴³⁵ Siehe oben Seite 24 ff.

Wenn an Haupt- und Nebenware beziehungsweise -leistung die gleichen Anforderungen zu stellen sind, dann kommen solche Positionen, die nicht als Hauptgeschäft in Betracht kommen, auch nicht als mögliche Zugabe in Betracht.

Voraussetzung der Zugabeverordnung ist deshalb nicht nur die generelle, sondern auch die isolierte Zuwendungsfähigkeit, also die Fähigkeit, Gegenstand eines selbständigen Hauptgeschäfts zu sein. **Zugabe kann nur sein, was auch isoliert Gegenstand eines Hauptgeschäfts sein könnte.**

Eine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung liegt also nur dann vor, wenn dieselbe Leistung auch isoliert erbracht werden könnte. Diese Hauptgeschäftsfähigkeit fehlt dem Umtauschrecht.

Die Gewährung eines Umtauschrechts stellt daher keine Leistung im Sinne der Zugabeverordnung dar und kann deshalb entgegen der Rechtsprechung nie verbotene Zugabe sein.

4. Ergebnis

Die Literatur setzt die Hauptgeschäftsfähigkeit stillschweigend voraus. Auch die Rechtsprechung argumentiert bei der Beurteilung einer möglichen Zugabe mit der (fehlenden) Hauptgeschäftsfähigkeit.⁴³⁶

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß jede Zugabe auch Gegenstand eines eigenen Hauptgeschäfts sein kann. Der Gesetzeswortlaut verdeutlicht dies, indem er den Gegenstand der Zugabe dem Gegenstand der Hauptleistung gleichsetzt. Aufgrund des fehlenden Handelsverkehrs sind geringwertige Reklamegegenstände in § 1 Abs. 2 lit. a von dem Zugabeverbot ausgenommen.

Die Hauptgeschäftsfähigkeit ist zwingende Voraussetzung einer Leistung im Sinne der Zugabeverordnung. Die Zugabeverordnung hat daher einen engeren, als den allgemeinen Leistungsbegriff. Leistung im Sinne der Zugabeverordnung kann nur sein, was auch isoliert zuwendungsfähig ist.

Zugabe kann deshalb nur sein, was auch Gegenstand eines selbständigen Hauptgeschäfts sein könnte.

Diese Anforderung erfüllt das Umtauschrecht nicht. Ein Umtauschrecht kann deshalb nie unzulässige Zugabe sein.

⁴³⁶ OLG Düsseldorf WRP 91, 320, 323-upgradings

VIII. Das Umtauschrecht als selbständiges Gut

Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet ein Umtauschrecht schon aufgrund der fehlenden Hauptgeschäftsfähigkeit als Zugabegegenstand aus⁴³⁷.

Unabhängig von der Frage der Hauptgeschäftsfähigkeit ist jedoch hilfsweise auch anhand der weiteren Tatbestandsmerkmale zu prüfen, ob ein Umtauschrecht als Zugabe in Frage kommen kann.

Voraussetzung der Zugabeeignung ist, daß das Umtauschrecht im jeweiligen Fall neben der Hauptware ein selbständiges zweites Gut darstellt. Denn wenn nur eine einzige Ware oder Leistung ausgetauscht wird, dann kann nie eine Zugabe vorliegen⁴³⁸. Ob ein einheitliches Gut oder zwei verschiedene Güter Gegenstand des Leistungsaustausches sind, bestimmt sich nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise⁴³⁹. Wie die Verkehrsauffassung zu ermitteln ist, ist umstritten⁴⁴⁰. Richtigerweise hat die Ermittlung normativ zu erfolgen⁴⁴¹.

1. Rechtsprechung

Zumindest propagierter Maßstab der Rechtsprechung bei der Beurteilung der Zwei-Güter-Frage ist die Verkehrsauffassung⁴⁴².

⁴³⁷ Siehe oben S. 90 ff., insbesondere S. 95 ff.

⁴³⁸ Siehe oben S. 34 ff.

⁴³⁹ Siehe oben S. 45 ff.

⁴⁴⁰ Siehe oben S. 45 ff.; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 250 ff.

⁴⁴¹ Siehe oben S. 57 f.

⁴⁴² Siehe oben S. 37 ff.

Besonderheiten bei der Beurteilung eines Umtauschrechts als eigenständigem Gut sieht die Rechtsprechung regelmäßig nicht. Sie nahm in zahlreichen Fällen Umtauschrechte als unzulässige Zugaben an⁴⁴³. Damit hat sie zwingend, wenn auch nicht ausdrücklich, die entsprechende Verkehrsauffassung zugrundegelegt, daß der Verbraucher in den entschiedenen Fällen neben der eigentlichen Hauptleistung das gewährte Umtauschrecht als zweites Gut ansieht.

Diese Verkehrsauffassung wird häufig damit begründet, daß eine rein wirtschaftliche Betrachtung geboten und die Vereinbarung eines solchen Rechts unerwartet sei⁴⁴⁴. Teilweise scheint die Rechtsprechung diese Folgerung mit der Bewertung der wirtschaftlichen Vernunft zu kombinieren.⁴⁴⁵ Schlagwortartig ließe sich diese Argumentation formulieren, mit derart unvernünftigem Verhalten rechne der Verbraucher nicht, er sei deshalb überrascht, eine solche Leistung zu erhalten und sehe deshalb darin ein zweites Gut.

In einer der ersten Entscheidungen zu Umtauschrechten im Gebrauchtwagenhandel führt das KG aus: "Ob eine Leistung zusätzlich und unberechnet gewährt wird, ist nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen. Zugabe kann ... jeder wirtschaftliche Vorteil sein, der ... über das üblicherweise Gewünschte und Erwartete hinausgeht"⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Siehe oben Übersicht S. 76 ff.

⁴⁴⁴ BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

⁴⁴⁵ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie; OLG Saarbrücken WRP 99, 224-Land's End; OLG Frankfurt WRP 96, 213-Rückgaberecht; KG BB 95, 22, 23-Umtauschrecht; OLG Stuttgart OLGR 98379-Gefällt-nicht-Garantie

⁴⁴⁶ KG BB 95, 22, 23-Umtauschrecht

Eine andere von der Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit Umtauschrechten häufig bemühte Abgrenzungsformel stellt auf die Risikosphären ab⁴⁴⁷, das Umtauschrecht gehe weit über die gesetzliche Regelung hinaus und nehme dem Kunden Risiken ab, die er sonst nur bei Vorliegen eines Mangels der Kaufsache über eine Wandelung erreichen könne⁴⁴⁸.

Das Recht stünde somit nicht mehr mit dem Kaufvertrag in Verbindung und entlaste den Käufer von solchen Risiken, die alleine seine Sphäre betreffen⁴⁴⁹. Dadurch werde ein risikoloser Einkauf ermöglicht, der durch den Regelfall des § 433 BGB nicht gedeckt sei.⁴⁵⁰ Daher nehme der Kunde eine Trennung von Ware und Nebenleistung an⁴⁵¹, es handle sich aufgrund dieser Verkehrsauffassung also um zwei getrennte Güter.

In der neueren Entscheidung Umtauschrecht II sah der BGH ein 5-tägiges Umtauschrecht im Gebrauchtwagenhandel erstmals als **zulässige Verbesserung und Ergänzung der Hauptleistung** an⁴⁵², weil es sich um eine zeitlich angemessene Probemöglichkeit handle, die angesichts der Praxis der letzten Jahre für den Kunden nicht unerwartet sei⁴⁵³.

⁴⁴⁷ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie; OLG Stuttgart OLGR 20, 379-Gefällt-nicht-Garantie; OLG Hamburg WRP 84, 419-Orientteppich; OLG Hamburg WRP 92, 191-Fielmann-Brille; diese Tendenz auch schon in BGH GR 58, 455-Federkernmatratze

⁴⁴⁸ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie

⁴⁴⁹ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie

⁴⁵⁰ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie; OLG Hamburg WRP 92, 191-Fielmann-Brille; verneint wurde der Zugabecharakter, wenn die Vertragsgemäßheit der Leistung gesichert werden sollte, vgl. BGH GR 58, 455-Federkernmatratze

⁴⁵¹ BGH WRP 89, 654, 655-Vertrauensgarantie

⁴⁵² Die Terminologie erscheint etwas unpräzise, es bleibt offen, ob es sich bei dem Umtauschrecht um einen Bestandteil der Hauptleistung ("Verbesserung") oder um eine zusätzliche Leistung außerhalb der Hauptleistung ("Ergänzung") handelt.

⁴⁵³ BGH WRP 99, 181-Umtauschrecht II; vgl. dazu auch BGH WRP 98, 489 ff.-Umtauschrecht I

2. Literatur

Die ganz herrschende Meinung beurteilt die Zwei-Güter-Frage anhand der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise.⁴⁵⁴ Für Umtauschrechte werden die allgemeinen Maßstäbe angelegt, diesbezügliche Besonderheiten werden in der Regel nicht anerkannt.⁴⁵⁵ Die Literatur folgt damit im Wesentlichen der Rechtsprechung.

Einen abweichenden Ansatz vertritt beispielsweise **Paul**, der die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Rechtsprechung kritisiert. Denn wenn auf die wirtschaftliche Unvernunft abgestellt wird, können dementsprechend vernünftige Maßnahmen nicht verboten sein. Das heißt, selbst langfristige Umtauschrechte müßten zulässig sein, solange damit kein Wertverlust verbunden ist⁴⁵⁶.

Auch **Klauer/Seydel** vertreten in der Frage der Zugabefähigkeit eines Umtauschrechts eine beachtliche Mindermeinung. Nach Klauer/Seydel ist die Umtauschmöglichkeit **grundsätzlich Bestandteil der Hauptleistung und deshalb nie Zugabe**, ein einheitliches Rechtsgeschäft dürfe nicht willkürlich in ein Haupt- und ein Nebengeschäft aufgespalten werden, nur um die Nebenverpflichtung zur Zugabe zu stempeln⁴⁵⁷.

Die gleiche Auffassung vertritt **Spengler**. Die Auswahl unter verschiedenen Gesetzesalternativen könne schon begrifflich keine Zusatzleistung sein. Der Ratenzahlungskauf sei beispielsweise ein anderer Vertrag als der Barkauf, die Aufspaltung eines Abzahlungskaufes in zwei Geschäfte (Barkauf und Kaufpreiskreditierung) sei eine gekünstelte Konstruktion. Mit derselben Berechtigung könne man auch Caféhaus-Musik zur Zugabe stempeln.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Siehe oben S. 36 ff.; Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 3 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 18, 85

⁴⁵⁶ Paul, ZIP 98, 1099 ff.

⁴⁵⁷ Klauer/Seydel, § 1 Rz. 29

⁴⁵⁸ Spengler, Wettbewerb, S. 69 f.

Burkert⁴⁵⁹ dürfte ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, daß ein Umtauschrecht sich generell nicht als Zugabe eigne. Abweichend von der ganz herrschenden Meinung verfolgt Burkert einen objektiven Ansatz im Rahmen der Abgrenzung zweier Güter. Es handelt sich demnach immer schon dann um ein eigenständiges Gut, wenn es für sich separat handelbar ist.⁴⁶⁰ Diese Eingangsvoraussetzung erfüllt das Umtauschrecht nicht⁴⁶¹.

Nach **Hahn** ist erst die Ware selbst beziehungsweise die Leistung selbst die Zugabe, nicht jedoch das bloße Recht darauf⁴⁶². Für das Umtauschrecht bedeutet das, erst die Durchführung des Umtauschs ist die mögliche zusätzliche Leistung, nicht das Recht darauf.⁴⁶³ Bei Durchführung muß die empfangene Ware jedoch zurückgegeben werden, es fehlt damit an der akzessorischen Hauptleistung als zweitem Gut. Hahn kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß Umtauschrechte mit der Zugabeverordnung nicht zu erfassen sind⁴⁶⁴.

3. Stellungnahme

Eine Zugabe kann nur in einem neben der Hauptware/- Leistung gewährten zweiten Gut liegen⁴⁶⁵. Ob ein solches zweites Gut vorliegt, bestimmt sich anhand der normativ zu ermittelnden Verkehrsauffassung⁴⁶⁶.

⁴⁵⁹ Burkert, GR 89, 869, 872

⁴⁶⁰ Entscheidend für die zugaberechtliche Beurteilung ist dann die Frage der Unentgeltlichkeit, siehe oben Seite 42.

⁴⁶¹ Siehe oben Seite 94 f.

⁴⁶² Hahn, WRP 74, 65, 66

⁴⁶³ Vgl. zu dieser Differenzierung die Beurteilung von Gutscheinen, wo es auf das im Gutschein verbrieftete Recht ankommt, nicht auf den Gutschein selbst; Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 22 b) m. w. N:

⁴⁶⁴ Hahn, WRP 74, 65, 66 m. w. N.; Hoth/Gloy, § 1 ZugabeVO Rz. 57

⁴⁶⁵ Siehe oben Seite 34

⁴⁶⁶ Siehe oben Seite 36 ff.

Das zweite Gut könnte bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts einerseits in den vermittelten Nutzungsvorteilen bis zur Ausübung des Umtauschrechts liegen, andererseits in dem Umtauschrecht selbst.⁴⁶⁷

a) Sachnutzungsmöglichkeit als zugabefähiges zweites Gut

Wie oben bereits gesehen⁴⁶⁸ kann die Sachnutzung unter Vereinbarung eines Umtauschrechts keine Zugabe sein, weil es sich dabei nicht um einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil handelt. Dies insbesondere deshalb nicht, weil der Kunde die Ware gekauft und regelmäßig bereits bezahlt hat. Die Nutzung einer eigenen Ware beinhaltet keinen Vermögensvorteil.⁴⁶⁹

Die Nutzung einer fremden Sache bedeutet jedoch einen wirtschaftlichen Wert und damit im Falle deren unentgeltlicher Gewährung einen Vermögensvorteil⁴⁷⁰.

Die Nutzung fremder Sachen ist damit grundsätzlich möglicher Zugabegegenstand, die Nutzung eigener Sachen dagegen nicht.

b) Das Umtauschrecht als zugabefähiges zweites Gut

Das Umtauschrecht selbst stellt einen Vermögenswert dar⁴⁷¹. Ausnahmsweise ist dieser wirtschaftliche Vorteil jedoch nicht für sich handelbar, es besteht daher auch kein spezieller Markt⁴⁷². Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Hauptgeschäftsfähigkeit jedoch zwingendes Merkmal einer Zugabe.⁴⁷³

⁴⁶⁷ Siehe oben Seite 82 ff.

⁴⁶⁸ Siehe oben Seite 82 ff.

⁴⁶⁹ Niemand wäre bereit, für die Nutzung eigenen Eigentums ein Entgelt zu entrichten.

⁴⁷⁰ Beispielsweise bei unentgeltlicher Nutzung eines Sportwagens für ein Wochenende; siehe oben Seite 82 ff.

⁴⁷¹ Siehe oben Seite 86 ff.

⁴⁷² Siehe oben Seite 94 ff.

⁴⁷³ Siehe oben Seite 95 ff.

Hilfsweise ist weiter zu prüfen, ob bei Ablehnung der Hauptgeschäftsfähigkeit als Voraussetzung einer Leistung im Sinne der Zugabeverordnung das Umtauschrecht bei normativer Ermittlung der Verkehrsauffassung⁴⁷⁴ ein eigenständiges zugabefähiges Gut darstellen kann.

i) Besonderheiten des Umtauschrechts

Das Umtauschrecht beinhaltet mit der entweder-oder-Situation eine wichtige Besonderheit.⁴⁷⁵ Eine gleichzeitige Inanspruchnahme von Haupt- und Nebenware ist nicht möglich. Die potenzielle Nebenleistung in Form des Umtauschrechts zu nutzen, heißt ja gerade, auf die Hauptleistung zu verzichten und diese zurückzugeben. Es liegt demnach nie die typische Situation einer Parallelität von Haupt- und Nebenleistung vor, sondern eine Situation der **Alternativität**.

Der Abnehmer kann entscheiden, ob er die Hauptware erwerben beziehungsweise behalten mag oder nicht. Vor Abschluß eines Vertrages hat er diese Freiheit naturgemäß immer. **Die Besonderheit des Umtauschrechts liegt darin, dem Kunden einen gewissen Entscheidungsspielraum für den Zeitraum nach Vertragsabschluß zu erhalten.**⁴⁷⁶

Während vor Abschluß eines Vertrages völlig unklar ist, ob ein Geschäft überhaupt zustandekommt, ist diese Hürde bei Vereinbarung eines Umtauschrechts bereits genommen. Unklar ist jetzt lediglich noch der genaue Gegenstand des Geschäfts, der noch nicht endgültig vereinbart wurde. **Beide Parteien haben sich jedoch hinsichtlich des "ob" und hinsichtlich der Rahmenbedingungen bereits gebunden.**

⁴⁷⁴ Siehe oben Seite 36 ff, insbesondere Seite 56

⁴⁷⁵ Vgl. Hahn, WRP 74, 65 ff.

⁴⁷⁶ Vgl. zu der kaufmännischen Vernunft im Rahmen der Handelsüblichkeit unten Seite 188

Der Kunde eines Juweliers ist beispielsweise daran gebunden, bei seinem Vertragspartner ein Schmuckstück zu kaufen. Auch hinsichtlich der ungefähren Größenordnung dürfte zwischen den Parteien Einigung erzielt worden sein. Ob allerdings genau der ursprünglich ausgewählte Ring die Billigung der beschenkten Ehefrau erfährt, ist noch unsicher. Er kann deshalb gegebenenfalls in ein gleichwertiges Schmuckstück umgetauscht werden.

Der Kunde erhält bei dieser Betrachtung also nichts zusätzliches, sondern er verliert genaugenommen seine anfänglich unbeschränkte Dispositionsfreiheit.

Unser Ehemann kann sich jetzt beispielsweise nicht mehr für einen Pelzmantel oder einen Sportwagen entscheiden. Hinsichtlich des Erwerbs eines Schmuckstücks und des Händlers hat er sich gebunden.

Diese Erwägungen wecken einige Zweifel an der Einordnung eines Umtauschrechts als eigenständigem zugabefähigem Gut.

ii) Die normativ bestimmte Verkehrsauffassung

Diese Ansätze müssen sich jedoch auch in das allgemeine System der Beurteilung der Zwei-Güter-Frage einordnen lassen. Denn die Entscheidung, ob es sich um ein einziges oder um zwei verschiedene Güter handelt, soll ja die normativ zu beurteilende Verkehrsauffassung leisten.⁴⁷⁷ Die im Rahmen dieser normativen Beurteilung anzulegenden Kriterien dürfen nicht nur für das Umtauschrecht gelten, sondern sollen die Beurteilung von Zweifelsfällen erst ermöglichen. Derartige Kriterien sollen im Folgenden auf ihre Relevanz untersucht werden.

c) Kriterien zur normativen Bestimmung der Verkehrsauffassung

⁴⁷⁷ Siehe oben Seite 36 ff, insbesondere Seite 45 ff.

Alle Argumentation, ob ein Umtauschrecht Zugabe sein kann oder nicht, bleibt Makulatur, solange die Zwei-Güter-Frage nicht rein normativ entschieden wird⁴⁷⁸, sondern sich an der bestehenden Verkehrsauffassung orientiert.

Es muß die Gefahr erkannt werden, das subjektiv gewollte Ergebnis mit der Verkehrsauffassung zu rechtfertigen und diese dadurch als bloße Argumentationshilfe zu mißbrauchen.⁴⁷⁹

Diese Gefahr kann nie vollständig ausgeschlossen, aber eingeschränkt werden. Eine solche Beschränkung setzt voraus, daß relevante Kriterien gefunden werden, die den Idealverbraucher charakterisieren. Wenn schon das jeweilige Ergebnis unsicher bleiben muß, so können doch die anzulegenden Grundsätze und die Vorgehensweise festgelegt werden.

Solche vergleichsweise festen Kriterien stellt die Rechtsprechung beispielsweise im Rahmen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr auf. So formuliert sie unter anderem die Regel, daß der Verkehr dem Firmenhinweis in einer Kombinationsmarke regelmäßig keine Bedeutung zumißt, sofern er den Bestandteil als Firmenhinweis erkennt⁴⁸⁰ oder daß der Bildbestandteil in einer kombinierten Marke regelmäßig als unbeachtlich zurücktritt⁴⁸¹.

Zwar läßt sich über die Richtigkeit dieser Annahmen trefflich streiten, dennoch legt die Rechtsprechung offen, wie sie zu dem gefundenen Ergebnis kommt und ermöglicht in künftigen Fällen eine gewisse Orientierung. Im Rahmen der zugaberechtlichen Ermittlung der Verkehrsauffassung fehlen derartige, der Rechtssicherheit förderliche, Feststellungsmodelle bislang vollständig.

⁴⁷⁸ Dazu ausführlich Scherer GR 00, 273 ff

⁴⁷⁹ Vgl. Burkert, GR 89, 869, 874 und oben Seite 45 ff.

⁴⁸⁰ BGH GR 97, 897, 899-IONOFIL; BGH GR 99, 583, 585-Lora di Recoaro; ausführlich Schuster, WRP 99, 901 ff.

⁴⁸¹ BGH GR 98, 934, 936-Wunderbaum; BGH GR 99, 52, 53-Ekko Bleifrei; OLG Stuttgart MarkenR 99 95, 98-Herbula; Althammer/Ströbele, MarkenG § 9 Rz. 194 m. w. N.

Im Folgenden sollen einige Kriterien zur normativen Ermittlung der Verkehrsauffassung bezüglich der Zwei-Güter-Frage auf deren Relevanz und Tragfähigkeit untersucht werden.

i) Die Hauptgeschäftsfähigkeit

Das Kriterium der Hauptgeschäftsfähigkeit ist nach der hier vertretenen Auffassung Voraussetzung einer zugaberechtlich relevanten Leistung⁴⁸².

Darüber hinaus hat die Hauptgeschäftsfähigkeit aber auch Einfluß auf die Auffassung des Verkehrs, ob eine zusätzliche Leistung erbracht wird⁴⁸³. Wenn eine Leistung nicht isoliert erhältlich ist, begründet dies die entsprechende Verkehrsauffassung, es liege auch keine zusätzliche eigene Leistung vor, sondern lediglich eine Modifizierung der Hauptleistung.

Theoretisch denkbar wäre zwar auch, daß der Kunde die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils in Form eines Umtauschrechts als eigenes Gut ansieht, das er nur in Verbindung mit einem anderen Gut erwerben kann. Diese Auffassung wäre allerdings extrem konstruiert und wirklichkeitsfremd.⁴⁸⁴ Zwar ist die Verkehrsauffassung normativ zu bestimmen, das heißt jedoch nicht willkürlich und von tatsächlichen Gegebenheiten völlig losgelöst.

Der als Maßstab genommene Idealverbraucher wird nur dann zwei getrennte Waren sehen, wenn sie auch voneinander trennbar sind. Erwirbt er einen Autoreifen wird er deshalb keine zwei Güter annehmen, auch wenn der Reifen aus zwei Hälften besteht. Entscheidet er sich bei dem Kauf einer Stereoanlage für ein Doppel-Cassettendeck, so wird er nicht annehmen, das eine Laufwerk sei ein separates zweites Gut.

⁴⁸² Siehe oben Seite 90 ff., insbesondere Seite 95 ff.; Paul, GR 99, 34 ff.

⁴⁸³ Vgl. Burkert, der dieses Kriterium als objektive Voraussetzung versteht, GR 89, 869 ff.

⁴⁸⁴ Vgl. Klauer/Seydel, § 1 Rz. 29 und Hahn, WRP 74, 65, 66

Er wird deshalb nur das als separates Gut bewerten, was auch separat bestehen kann, was er also außer in Verbindung mit dem konkreten Geschäft auch noch ungekoppelt erwerben könnte.

Burkert vertritt inhaltlich das gleiche Differenzierungskriterium zur seiner Ansicht nach rein objektiven Bestimmung der Zwei-Güter-Frage⁴⁸⁵.

Zusammengefaßt heißt das, was der Kunde nicht anderweitig erwerben könnte, sieht er nie als isoliertes Gut.⁴⁸⁶

Positiv formuliert, sieht er nur das als eigenständiges Gut und damit als möglichen Gegenstand einer Zugabe, was hauptgeschäftsfähig ist.

Ein Umtauschrecht ist nicht hauptgeschäftsfähig⁴⁸⁷.

Der Verkehr sieht deshalb das Umtauschrecht nie als eigenes zweites Gut neben der erworbenen Ware. Es ist daher nach der normativ zu bestimmenden Verkehrsauffassung nie möglicher Zugabegegenstand.

ii) Die Kundenerwartung

Die Rechtsprechung berücksichtigt bei der Prüfung der Zugabe die Erwartung des Kunden. Eine Zugabe liegt demnach regelmäßig dann vor, wenn der Kunde etwas erhält, das über seine Erwartungen hinausgeht.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Burkert, GR 89, 869 ff.

⁴⁸⁶ Der Gesetzgeber sieht deshalb die Zugabe als Gegenstand, der sonst anderweitig erworben werden müßte. Darin liegt die mögliche Kundenbeeinflussung, Erläuterungen, RGBI I, 121, 122, in Seydel, ZugabeVO, S. 191, 192

⁴⁸⁷ Siehe oben Seite 90 ff., insbesondere Seite 95 ff.

⁴⁸⁸ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 79, 482,

Obwohl beispielsweise das OLG Düsseldorf die Erwartungshaltung der Verbraucher ausdrücklich unter der Frage der zusätzlichen Leistung prüft⁴⁸⁹, dürfte die eigentliche Relevanz dieses Ansatzes bei dem Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit liegen. Denn wenn der Kunde mehrere Güter erwartet, dann ist die Zwei-Güter-Frage damit bereits positiv entschieden. Verlangt der Kunde beim Bäcker ein Brot und ein Brötchen, dann sieht er darin zwei Güter, obwohl er nicht überrascht ist, das Bestellte zu erhalten.

Bei der Abgrenzung zweier Güter kann die Kundenerwartung deshalb keine Rolle spielen.

Doch selbst wenn man bereits bei der Zwei-Güter-Frage die Kundenerwartung berücksichtigen will, so kann ein Umtauschrecht nicht kategorisch als unerwartet beurteilt werden.⁴⁹⁰

Der Kunde kennt Rücktrittsrechte aus diversen Verbraucherschutzgesetzen.⁴⁹¹ Er wird von einem Umtauschrecht deshalb nicht weiter überrascht sein, zumal das Umtauschrecht gegenüber dem Rücktrittsrecht für den Händler die angenehmere Alternative darstellt.⁴⁹²

Vielleicht in Folge zu weit verstandener Verbraucherschutzrechte ist im Verkehr die Auffassung verbreitet, jedenfalls Waren des üblichen Bedarfs unter Vorlage des Kassenzettels binnen 14 Tagen zurückgeben oder umtauschen zu können⁴⁹³.

484-Briefmarken-Auktion; BGH GR 89, 489, 490-Vertrauensgarantie; KG Berlin BB 95, 1100, 1101-Umtauschrecht; OLG Frankfurt WRP 96, 213, 214-Rückgaberecht; OLG Düsseldorf WRP 89, 726, 727-Transportversicherung

⁴⁸⁹ OLG Düsseldorf WRP 89, 726, 727-Transportversicherung

⁴⁹⁰ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

⁴⁹¹ Vgl. oben Seite 13 ff.; BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; wollte man dem Verbraucher diese Gesetzeskenntnis absprechen, läuft man Gefahr, die Unzulässigkeit gesetzliche vorgesehener Schutzrechte zu begründen, weil der Verbraucher diese nicht kennt und deshalb nicht erwartet.

⁴⁹² Bei einem Umtausch behält der Händler zumindest einen Teil seines Gewinns, bei einem Rücktritt erhält er gebrauchte Ware zurück und muß dagegen in der Regel den vollen Kaufpreis erstatten.

⁴⁹³ Der Verfasser sieht sich im Rahmen seiner Lehrtätigkeit regelmäßig mit dieser gefestigten Ansicht konfrontiert.

Ein Umtausch aus Kulanzgründen ist dementsprechend ebenfalls weit verbreitet.⁴⁹⁴

Auch die Werbung vermag die Kundenerwartung zu beeinflussen.⁴⁹⁵ Wird die Umtauschmöglichkeit nicht als eine sensationelle Möglichkeit dargestellt, begründet dies die Verkehrsauffassung, solche Rechte seien üblich. Die untersagte Ankündigung von Land's End⁴⁹⁶, die verkauften Kleidungsstücke jederzeit zurückzunehmen, befand sich im Katalog am Ende des Vorworts auf Seite 3 und auf der Rückseite des Bestellscheins. Der Kunde wird dabei nicht den Eindruck eines besonders spektakulären Angebots haben.

Gleiches gilt generell für die Verbreitung des Versandhandels, sowohl in klassischer Katalogform als auch in dessen moderner Variante des E-commerce.⁴⁹⁷ Bei beiden Versandhandelsformen sind Umtausch- und Rückgaberechte üblich und zulässig⁴⁹⁸. Der Kunde wird es nicht als unüblich empfinden, die gleichen Rechte auch im normalen Ladengeschäft zu erhalten.⁴⁹⁹

Eine derartige Differenzierung ist im übrigen ohnehin nicht zu rechtfertigen. Denn im Versandhandel wird die Zulässigkeit der Umtausch- oder Rückgaberechte damit begründet, Hemmschwellen bei den Kunden abzubauen.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Das OLG Stuttgart sieht die Umtauschmöglichkeit nur ausnahmsweise, bei Glück und Geschick des Kunden, OLGR 98, 379, 380-Gefällt-nicht-Garantie.

⁴⁹⁵ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II

⁴⁹⁶ OLG Saarbrücken WRP 99, 224-Land's End

⁴⁹⁷ Siehe oben Seite 1 ff.

⁴⁹⁸ BGH GR 58, 455, 456; OLG Düsseldorf DB 56, 1080; BGH WRP 75, 735, 737; OLG Hamburg WRP 73, 588, 589; Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85; Richter, JW 36, 2605; Knops, GR 95, 649, 650; Heermann, WRP 99, 130, 132

⁴⁹⁹ Zumal auch in Ladengeschäften häufig Waren speziell für einen Kunden bestellt werden, wenn das gewünschte Modell beispielsweise nicht vorrätig ist.

⁵⁰⁰ Heermann WRP 99, 130, 132; vgl. auch OLG Stuttgart OLGR 98, 379, 380-Gefällt-nicht-Garantie: handelsüblich wäre beispielsweise der Abbau von Hemmschwellen

Diese Zielsetzung ist einerseits angesichts der enormen Akzeptanz des Versandhandels mittlerweile obsolet geworden und trifft andererseits auch auf Umtauschrechte außerhalb des Versandhandels zu. Denn das Umtauschrecht erleichtert dem Kunden die Entscheidung, weil das Risiko einer Fehlentscheidung verringert und kalkulierbar wird.⁵⁰¹ Es dient damit dem Interessenausgleich zwischen Händler und Kunden. Wäre es den Parteien sonst nur möglich, ein endgültiges Geschäft abzuschließen oder überhaupt keines, ist das Umtauschrecht ein Mittelweg für beide.⁵⁰²

Dem Kunden unter Berufung auf den Verbraucherschutzzweck der Zugabeverordnung⁵⁰³ diese Möglichkeit der Risikoverringering zu verwehren, ist in sich widersprüchlich.⁵⁰⁴

iii) Zusammenfassung

Wenn man auf die Kundenerwartung abstellen wollte, um zu entscheiden, ob der Verkehr ein einziges oder zwei getrennte Güter sieht, dann kann die richtige Antwort bezüglich des Umtauschrechts nur heißen, der Verkehr sieht lediglich ein einheitliches Gut, weil die Gewährung eines Umtauschrechts für ihn nicht völlig unerwartet und überraschend kommt.

Richtiger Ansicht kommt es auf die Frage der Kundenerwartung im Rahmen der Zwei-Güter-Frage jedoch nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob der Kunde die Ware/ Leistung auch isoliert und anderweitig erwerben könnte. Nur dann nimmt der Verkehr ein eigenständiges zweites Gut an.

⁵⁰¹ In diese Richtung argumentiert auch das OLG Stuttgart OLGR 98, 338, 339-Verträglichkeitsgarantie, wenn es einen an der Verträglichkeit orientierten subjektiven Fehlerbegriff zugrundelegt.

⁵⁰² Vgl. oben Seite 108

⁵⁰³ Siehe oben Seite 15 f.

⁵⁰⁴ Gl. A. Sosnitza, S. 133

Eine nicht hauptgeschäftsfähige Leistung sieht der Verkehr dagegen nicht als zugabefähiges zweites Gut an. Zwingende Voraussetzung einer Zugabe ist deshalb die Hauptgeschäftsfähigkeit.

4. Ergebnis

Die Hauptgeschäftsfähigkeit ist damit einerseits Voraussetzung des besonderen Leistungsbegriffs⁵⁰⁵ der Zugabeverordnung und andererseits Voraussetzung der normativ bestimmten Verkehrsauffassung bei der Beurteilung der Zwei-Güter-Frage.

Das Umtauschrecht kann mangels Hauptgeschäftsfähigkeit niemals ein eigenständiges zweites Gut und deshalb niemals Zugabe sein.

⁵⁰⁵ Siehe oben Seite 93 ff., insbesondere Seite 101

IX. Die Akzessorietät des Umtauschrechts

Eine Zugabe kann nur dann vorliegen, wenn die Nebenware oder -leistung nur in Abhängigkeit von der Hauptware oder -leistung gewährt wird. Diese Akzessorietät bestimmt sich anhand der Verkehrsauffassung. Diese ist normativ zu ermitteln⁵⁰⁶.

Wenn dem Tatbestandsmerkmal der Akzessorietät Bedeutung zukommen soll, dann liegt es nahe, dieses Kriterium im Sinne einer echten Alternativität zu verstehen.

Dann müßte es möglich sein, eine Ware/ Leistung in Abhängigkeit von der Hauptware/ -leistung zu gewähren (dann potenziell unzulässige Zugabe) oder unabhängig von einem Hauptgeschäft (dann keinesfalls eine Zugabe).

Bei diesem Verständnis paßt das Merkmal der Akzessorietät nicht auf das Umtauschrecht, da dieses immer nur akzessorisch, also in Abhängigkeit von der Hauptware gewährt werden kann. Demnach wäre wiederum die Hauptgeschäftsfähigkeit zwingende Voraussetzung einer Zugabe.

Obwohl nach Ansicht des Verfassers einiges für dieses Verständnis spricht, ist jedoch gleichermaßen eine abweichende Auslegung möglich. Die Akzessorietät muß dann nicht zwingend die Möglichkeit einer nicht-akzessorischen Gewährung beinhalten, sondern bei einem Umtauschrecht wäre dieses Kriterium eben immer automatisch erfüllt. Die Frage der zugaberechtlichen Zulässigkeit eines Umtauschrechts richtet sich dann nur nach den weiteren Kriterien des § 1 Abs. 1 ZugabeVO, insbesondere der Unentgeltlichkeit.

Das Merkmal der Akzessorietät läßt daher keinen gesicherten Rückschluß auf die Eignung eines Umtauschrechts als mögliche Zugabe zu.

⁵⁰⁶ Siehe oben Seite 69 ff.

X. Die Unentgeltlichkeit des Umtauschrechts

Das Umtauschrecht stellt wie gesehen einen wirtschaftlichen Vorteil dar⁵⁰⁷. Dieser Vermögensvorteil könnte nur dann eine verbotene Zugabe sein, wenn er auch unentgeltlich gewährt wird. Ob ein solcher Vorteil unentgeltlich gewährt wird, bestimmt sich aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise⁵⁰⁸. Diese Verkehrsauffassung ist nicht empirisch anhand tatsächlich bestehender Ansichten zu ermitteln, sondern normativ unter Bestimmung eines Idealverbrauchers mit präzise festgelegten Denk- und Bewertungsmustern.⁵⁰⁹

Diese normativen Kriterien sind konkret festzulegen, um dem gesetzten Ziel erhöhter Rechtssicherheit genügen zu können. Dazu sind zunächst die bisher in Rechtsprechung und Literatur angelegten Kriterien zu ermitteln, auf deren weitere Tragfähigkeit zu untersuchen und in einem folgenden Schritt weitere bisher vernachlässigte Kriterien aufzuzeigen.

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung sah in der überwiegenden Mehrzahl der zur Entscheidung gelangten Fälle, in denen Umtauschrechte eine Rolle spielten, den Zugabetatbestand als verwirklicht an⁵¹⁰. Das heißt zwangsläufig, daß die Rechtsprechung in allen diesen Fällen zu dem Ergebnis kam, der Verkehr sehe das Umtauschrecht als unentgeltliche Leistung an, der Kunde gehe regelmäßig davon aus, daß ihm dieser wirtschaftliche Vorteil kostenlos gewährt werde.

⁵⁰⁷ Siehe oben Seite 82 ff.

⁵⁰⁸ Siehe oben Seite 59 ff, insbesondere Seite 65 ff.

⁵⁰⁹ Siehe oben Seite 65 ff.

⁵¹⁰ Vgl. Überblick Seite 65 ff.

Begründet wird der Zugabecharakter und insbesondere die Unentgeltlichkeit häufig mit der Kundenerwartung. Das heißt, wenn der Kunde eine Leistung nicht erwartet, dann denkt er auch nicht, daß er diese bezahlt, sondern wird annehmen, alles über das Erwartete hinausgehende geschenkt zu erhalten.⁵¹¹

Betrachtet man jüngere Entscheidungstendenzen, wird dieser Ansatz allerdings wohl nicht aufrecht erhalten. Denn nach neuerer Rechtsprechung steht ein hoher Preis der Hauptleistung der Annahme entgegen, es werde etwas umsonst gewährt. Dies deshalb, weil der Kunde bei einem hohen Preis denke, damit sei jeder Vorteil ausgeglichen, der ihm im Rahmen des gegenständlichen Geschäfts zufließt⁵¹².

Gleiches gelte auch dann, wenn die wertvolle Nebenware völlig oder nahezu kostenlos abgegeben wird, weil der Kunde dann erkenne, daß sie in den Preis der Hauptware mit einbezogen sei⁵¹³.

Und außerdem widerspricht es nach der Rechtsprechung der Lebenserfahrung, etwas von nicht völlig unerheblichem Wert geschenkt zu erhalten.⁵¹⁴

Bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit sind demnach also der Preis und der Wert der Hauptware von entscheidender Bedeutung. Wenn die Rechtsprechung diese Argumentation auch auf Umtauschrechte überträgt, dürfte sich hier ein Wandel abzeichnen.

⁵¹¹ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 489, 490-Vertrauensgarantie; BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion; KG Berlin BB 95, 1100, 1101-Umtauschrecht; OLG Frankfurt 96, 213, 214-Rückgaberecht; OLG Düsseldorf WRP 89, 726, 727-Transportversicherung

⁵¹² BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; BGH GR 67, 530-Fahrschule; Steinhöfel, GR 98, 27, 29; Heermann, WRP 99, 130, 135 m. w. N.

⁵¹³ BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM und WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis jeweils zur Kombination Mobilfunkvertrag mit Handy; krit. dazu Kisseler, WRP 99, 580 ff.; BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif

⁵¹⁴ BGH GR 67, 530-Fahrschule; BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster

2. Literatur

Die Literatur folgt weitgehend dem Ansatz der Rechtsprechung, daß die Unentgeltlichkeit anhand der Verkehrsauffassung zu ermitteln ist⁵¹⁵. Kriterien zu deren Ermittlung bleibt sie ebenfalls schuldig, was angesichts des noch weitgehend empirisch geprägten Verständnisses⁵¹⁶ nur konsequent ist. Besonderheiten bei der Beurteilung von Umtauschrechten sieht das Schrifttum nicht.

3. Stellungnahme

Die Unentgeltlichkeit ist zwingende Voraussetzung der Zugabe⁵¹⁷. Sie bestimmt sich anhand der normativ zu ermittelnden Verkehrsauffassung.⁵¹⁸

Wenn die Verkehrsauffassung normativ zu bestimmen ist und diese Art der Bestimmung vor allem der Rechtssicherheit dienen soll, dann ist von ganz entscheidender Bedeutung, bestimmte Kriterien dieser Bewertung festzulegen. Einige dieser Kriterien sollen im Folgenden dargestellt werden.

a) Wirtschaftliche Bestimmung der Verkehrsauffassung?

Ein wirtschaftlicher Ansatz könnte lauten: der Kunde sieht alles als unentgeltlich gewährt an, was bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht durch seine Gegenleistung ausgeglichen ist.⁵¹⁹

Dem Kunden etwas zu gewähren, ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten, ist wirtschaftlich unvernünftig.⁵²⁰

⁵¹⁵ Siehe oben Seite 59 ff.

⁵¹⁶ Siehe oben Seite 63 ff.

⁵¹⁷ Siehe oben Seite 59 ff.

⁵¹⁸ Siehe oben Seite 65 ff.

⁵¹⁹ So BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 79, 482, 484-Briefmarken-Auktion; BGH GR 89, 489, 490-Vertrauensgarantie; KG Berlin BB 95, 1100, 1101-Umtauschrecht; OLG Frankfurt WRP 96, 213, 214-Rückgaberecht; OLG Düsseldorf WRP 89, 726, 727-Transportversicherung

⁵²⁰ BGH WRP 98, 489, 492-Umtauschrecht I; OLG Frankfurt WRP 96, 213, 215-Rückgaberecht

Berücksichtigt man bei der normativen Ermittlung der Verkehrsauffassung zur Unentgeltlichkeit die wirtschaftliche Vernunft, so stellen sich zwei Fragen. Zunächst ist objektiv zu klären, ob ein Umtauschrecht objektiv wirtschaftlich unvernünftig ist. Davon unabhängig ist die zweite Frage, ob der Kunde das Umtauschrecht subjektiv als unvernünftig empfindet.

i) Ist ein Umtauschrecht objektiv wirtschaftlich unvernünftig ?

Bezieht man die wirtschaftliche Vernunft rein auf den Moment des Leistungsaustausches, so könnte alles unvernünftig sein, was nicht vollständig bezahlt wird. Das heißt, der Wert des Umtauschrechts müßte vollständig kompensiert werden, alles andere wäre unvernünftig. Dieses Verständnis folgt einer objektiven Bewertung der Unentgeltlichkeit, die mittlerweile als überholt gelten dürfte.⁵²¹

Doch das Umtauschrecht ist kein reiner Vermögensnachteil auf Seiten des Händlers, sondern bietet ihm auch Vorteile.⁵²² Denn er gewinnt wertvolle Informationen über das angebotene Produkt, kann dadurch künftige Kunden besser beraten und erhält gegebenenfalls Anregungen zu Produktverbesserungen. Er verfolgt damit das Ziel, seine Kunden zufrieden zu stellen und sie dadurch über das konkrete Geschäft hinaus an sich zu binden. Solche zufriedenen Kunden beinhalten darüber hinaus durch die Mund-zu-Mund-Propaganda ein enormes Werbepotenzial.

Dieses Streben nach zufriedenen Kunden zielt über den Augenblick hinaus auf zukünftigen Erfolg. Wenn dies unvernünftig sein sollte, müßte auch der Verkauf unter Einstandspreis unzulässig sein. Dieser wird aber sowohl im Rahmen des UWG⁵²³ als auch von § 20 Abs. 4 GWB grundsätzlich akzeptiert.

⁵²¹ Siehe oben Seite 65 ff.

⁵²² Vgl. Knops, GR 95, 649, 656

⁵²³ Von Gamm, Wettbewerbsrecht, Kap. 28, Rz. 7 ff.; Sack, WRP 83, 63 ff.

Im Lebensmitteleinzelhandel sind Marktanteile hart umkämpft. Lebensmittel sind daher in Deutschland teilweise unvernünftig billig.⁵²⁴ Sollte es eine Zugabe darstellen, wenn der Kunde deshalb für sein Geld mehr bekommt, als er erwartet hatte?

Auch die in den Grenzen des § 1 UWG zulässigen Werbegeschenke⁵²⁵ verfolgen Zukunftsperspektiven. Diese äußerst praxisrelevante Fallgruppe belegt, daß auch ein Kaufmann hin und wieder tatsächlich etwas zu verschenken hat.

Es kann nicht Aufgabe des Richters sein, die kaufmännische Vernunft derartiger Strategien zu beurteilen. Dazu ist er weder fähig noch berufen.⁵²⁶

Zusammenfassend kann es nicht objektiv als wirtschaftlich unvernünftig bewertet werden, wenn ein Kaufmann seinen Kunden ein Umtauschrecht einräumt.

ii) Empfindet der Verkehr Umtauschrechte als wirtschaftlich unvernünftig?

Dem Kunden zu unterstellen, die Unentgeltlichkeit anhand der wirtschaftlichen Vernunft des Angebots zu bestimmen, ist in sich widersprüchlich.

Denn wenn der Kunde wirtschaftlich unvernünftiges Verhalten nicht erwartet, die kostenlose Gewährung eines Umtauschrechts aber unvernünftig wäre, dann denkt der Kunde folglich nicht, das Umtauschrecht unentgeltlich zu erhalten.⁵²⁷

Wenn der Kunde mit Bezug auf bekannte Verbraucherschutzgesetze davon ausgeht, daß ihm schon kraft Gesetzes Umtausch- oder Rückgaberechte zustehen, wird er deren Gewährung ebenfalls nicht als unvernünftig, sondern als zwingend vorgeschrieben empfinden.

⁵²⁴ Vgl. von Weizsäcker, WuW 87, 706 ff.

⁵²⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 93

⁵²⁶ Gl. A. BGH GR 64, 509, 511; Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 282

⁵²⁷ Siehe oben Seite 65 ff.

Wenn der Kunde weiß, daß er überhaupt nicht geschenkt bekommt, sondern alles letztendlich in der Gesamtkalkulation des Händlers berücksichtigt ist⁵²⁸, dann hat er auch keinen Anlaß, den von ihm bezahlten Vorteil als von Seiten des Kaufmanns wirtschaftlich unvernünftig anzusehen.

iii) **Schlußfolgerung**

Die wirtschaftliche Vernunft ist weder gesichert zu ermitteln, noch theoretisch geeignetes Kriterium, die Verkehrsauffassung im Rahmen der Unentgeltlichkeit festzustellen.

b) **Beeinflussung der Verkehrsauffassung durch Verbraucherschutzgesetze**

Die Verkehrskreise haben nicht zuletzt aufgrund reger Presseberichterstattung Kenntnis von der Existenz diverser Verbraucherschutzgesetze.⁵²⁹

Sieht der Verkehr solche Rechte als gesetzlich zwingend an, dann wird er auch deren Berücksichtigung in der Gesamtkalkulation erwarten. Es ist dem Verkehr bekannt, daß erhöhte Kosten auf das Endprodukt weitestmöglich aufgeschlagen werden. Der Verbraucher erfährt das derzeit anhand von erhöhten Ölpreisen oder anhand kostspieliger Rindfleisch-Untersuchungen auf BSE.

Davon unabhängig ist bei der normativen Bestimmung der Verkehrsauffassung zu bedenken, daß gesetzlich vorgesehene Rechte nicht zugaberechtlich unzulässig sein können, weil der Kunde irrtümlich davon ausgeht, diese Rechte völlig kostenlos eingeräumt zu bekommen.

⁵²⁸ Vgl. BGH GR 67, 530-Fahrschule; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif; BGH WRP 99, 90, 94-Handy für 0.- DM; BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis; BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; kritisch dazu Kisseler, WRP 99, 580 ff.

⁵²⁹ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; gleiches gilt auch für allgemeine Gewährleistungs- oder Leistungsstörungenrechte

Es wäre aber reine Willkür, dem Verbraucher eine präzise Differenzierung zwischen Haustür- oder Verbraucherkredit- und anderen Geschäften zu unterstellen.

Die Existenz und die Kenntnis der Verbraucherschutzrechte führen deshalb auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereiches der angesprochenen Verbraucherschutzgesetze⁵³⁰ zu der normativ ermittelten Verkehrsauffassung, diese Rechte nicht unentgeltlich zu erhalten.

c) Die bisherige Kulanzpraxis

Wenn den Verbrauchern bisher schon in relevantem Umfang Umtauschrechte zugestanden wurden, so hat jedenfalls für den Umtausch an sich kein Kunde etwas bezahlt. Wenn der Umtausch gegen ein höherpreisiges Gut erfolgte, so war selbstverständlich der Aufpreis zu entrichten.

Beim Kauf der Ware wird er sich jedenfalls keine Vorstellung darüber machen, ob ein eventueller späterer Umtausch bereits einkalkuliert ist. Der Kunde ist daher gewohnt, daß ein Umtauschrecht unentgeltlich gewährt wird.

Andererseits kennt er die oben genannte Praxis, für derartige Leistungen eine Gegenleistung in Geld zu bezahlen, er weiß daher, daß beide Varianten möglich sind. **Daher weiß er, daß er letztendlich das Umtauschrecht finanziert.**⁵³¹

d) Das moderne Verbraucherleitbild

⁵³⁰ Siehe oben Seite 13 ff.

⁵³¹ BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM; BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis; vgl. auch BGH GR 67, 530 ff.-Fahrschule

Das deutsche Verbraucherleitbild ist schon seit geraumer Zeit stark in der Kritik.

Weidert hält die Aussage des Getränkehändlers Karl Prantl für "fast schon berühmt"⁵³², in Deutschland gelte "das Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers".⁵³³

Emmerich spricht in der Gernhuber-Festschrift vom "im Grunde an der Grenze zur Debilität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbraucher"⁵³⁴.

Diese Äußerungen sind wohl etwas pointiert⁵³⁵. Jedenfalls hat sich seitdem im Gefolge mehrerer EuGH-Entscheidungen⁵³⁶ auch in der Rechtsprechung einiges bewegt⁵³⁷. Nach vorsichtiger Änderung des Verbraucherleitbildes kann von dem Verbraucher mittlerweile ein Mindestmaß an Verständnis verlangt werden. Nach dem EuGH ist "auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher... [abzustellen], ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben."⁵³⁸

Nach **Sack** ist bei dem europäischen Verbrauchertypus zu differenzieren zwischen der Wahrnehmung und der Verarbeitung von Informationen. Während die Wahrnehmung mit eher niedriger Aufmerksamkeit erfolge, steigere sich die Qualität der Informationsverarbeitung. Das europäische Verbraucherleitbild sei daher der verständige, aber in der Regel flüchtige Durchschnittsbetrachter⁵³⁹.

⁵³² Weidert, AnwBl. 00, 390, 391

⁵³³ EuGH Slg. 84, 1299, 1306-Prantl

⁵³⁴ Emmerich, Gernhuber-FS, S. 870

⁵³⁵ Gl. A. Weidert, AnwBl. 00, 390, 391

⁵³⁶ Zuletzt EuGH WRP 98, 848-Gut Springenheide; vgl. oben S. 54 f.

⁵³⁷ Vgl. z. B. BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif; BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; BGH GR 97, 304-Energiekosten-Preisvergleich II; BGH WRP 99, 1155, 1159-EG-Neuwagen II; BGH GR 96, 985-PVC-frei

⁵³⁸ EuGH WRP 98, 848, 890-Gut Springenheide

⁵³⁹ Sack, WRP 98, 264, 267; vgl. auch Streinz, ZLR 91, 242 ff, 276; ausdrücklich gegen die Annahme eines nur flüchtigen Verbrauchers BGH WRP 00, 517,

Ein gewandeltes Verbraucherleitbild zeigt insbesondere auch der BGH in seinen neueren Entscheidungen zur Kombination von Mobilfunkverträgen mit den zugehörigen Mobiltelefonen⁵⁴⁰.

Der BGH begründet seine Entscheidungen zutreffend damit, es sei dem Publikum geläufig, daß Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert haben und ein Kaufmann ein solches Gerät nicht ohne weiteres verschenken wird. Deshalb erkenne der Verbraucher auch, daß er den Erwerb des Mobiltelefons letztendlich selbst mit den Gegenleistungen finanziert, die er im Rahmen des abzuschließenden Vertrages zu erbringen hat.⁵⁴¹

Das heißt, gerade weil das Handy wertvoll ist, weiß der Kunde, daß er es nicht umsonst erhält, sondern der Preis gewissermaßen im Kleingedruckten enthalten ist.⁵⁴²

Der BGH präsentiert hier eine in der Tat überzeugende Einstellung und schließt an die Fahrschul-Entscheidung aus dem Jahre 1967 an, in der der BGH vergleichbare Erwägungen angestellt hatte: gerade weil das abgegebene Lehrmaterial einen wirtschaftlichen Wert darstelle, müßte dessen unentgeltliche Abgabe schon nach der Lebenserfahrung als ungewöhnlich erscheinen.⁵⁴³

Diese Argumentation ließe sich allerdings konsequenterweise für jede Zugabe fortführen. Die Anwendbarkeit der ZugabeVO wäre damit auf krasse Ausnahmefälle wie vorsätzliche Täuschung beschränkt. So weit wollte die Rechtsprechung ihrer eigenen Linie bisher allerdings doch nicht folgen.

520-Orient-Teppichmuster

⁵⁴⁰ BGH WRP 99, 90 und 99, 94

⁵⁴¹ BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0,00 DM;
BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis

⁵⁴² So auch BGH WRP 00, 1138, 1140-Null-Tarif und
BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

⁵⁴³ BGH GR 67, 530-Fahrschule;
vgl. auch BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

Kurz zusammengefaßt denkt der Kunde bei normativer Ermittlung der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung eines zeitgemäßen Verbraucherleitbildes gerade dann nicht, etwas geschenkt zu bekommen, wenn es sich um nicht völlig wertlose Ware handelt⁵⁴⁴ und er dieses Geschenk nur in Verbindung mit einem konkreten Geschäftsabschluß⁵⁴⁵ erhält.

Der Idealverbraucher geht grundsätzlich nicht davon aus, Geschenke zu erhalten, sondern weiß, daß er jeden Vorteil letztendlich mitbezahlt. Die Zugabeverordnung ist daher durch das gewandelte Verbraucherleitbild überholt und faktisch abgeschafft.

e) Die Differenzierung zu Werbegeschenken

Einerseits wird behauptet, der Kunde erkennt, daß ihm nichts geschenkt wird⁵⁴⁶, andererseits wird argumentiert, ein Kaufmann habe tatsächlich hin und wieder etwas zu verschenken⁵⁴⁷.

Der scheinbare Widerspruch löst sich anhand der Akzessorietät.

Tatsächliche Geschenke, die der Verbraucher unabhängig von einem konkreten Geschäft zugewendet erhält, stellen objektiv wie auch subjektiv aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise unentgeltliche Zuwendungen dar. Sie sind mangels Akzessorietät nie Zugabe.

⁵⁴⁴ BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote;
BGH GR 67, 530 ff-Fahrschule

⁵⁴⁵ Zur Akzessorietät siehe oben Seite 69 ff.

⁵⁴⁶ Siehe oben Seite 122 f.

⁵⁴⁷ Siehe oben Seite 69

Auch die Akzessorietät ist aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu ermitteln. Diese Verkehrsauffassung ist normativ zu bestimmen.⁵⁴⁸ Der dieser Bestimmung zugrundeliegende Idealverbraucher ist in der Lage, zwischen tatsächlichen Geschenken und miteinkalkulierten Leistungen zu differenzieren.

Objektiv wie subjektiv werden Geschenke regelmäßig unabhängig von einem konkreten Geschäft gewährt, miteinkalkulierte Leistungen dagegen in Abhängigkeit von einem solchen Geschäft.

Erstere können schon mangels Akzessorietät nie Zugabe sein, letztere mangels subjektiver Unentgeltlichkeit ebenfalls nie.

Die zugabetypische Problematik und die Grundlage des kategorischen Zugabeverbotes liegt in dem Auseinanderfallen von Realität und Vorstellung. **Der Kunde denkt, er erhalte etwas unentgeltlich, tatsächlich bezahlt er jedoch dafür.**

Da jedoch sowohl die Feststellung der kaufmännischen Kalkulation kompliziert und langwierig ist, als auch in dessen Konsequenz die prozessuale Verfolgung von Zugabeverstößen erschwert wird, ersetzt das Tatbestandsmerkmal der Akzessorietät das Merkmal der objektiven Entgeltlichkeit.

Ausreichend für ein Zugabeverbot kann daher nicht einmal die ausnahmsweise bestehende subjektive Unentgeltlichkeit sein. Hinzukommen muß die Akzessorietät. **Denn wenn eine Leistung nicht-akzessorisch gewährt wird, ist sie tatsächlich unentgeltlich.**

Werden dem Kunden tatsächliche Geschenke gewährt, so erkennt er diese auch naturgemäß als solche und weiß deshalb, daß er die Leistung nicht nur in Abhängigkeit des Hauptgeschäfts erhält, sondern regelmäßig in der bloßen Hoffnung auf spätere Umsatzgeschäfte.

⁵⁴⁸ Siehe oben Seite 72 f.

Eine Zugabe liegt in keinem der genannten Fälle vor. Einmal fehlt es an der Verkehrsaufassung der Unentgeltlichkeit, das andere Mal an der Verkehrsauffassung der Akzessorietät.

4. Ergebnis

Dem Verkehr ist die Einsicht zuzutrauen, daß Umtauschrechte in der Gesamtkalkulation des Anbieters berücksichtigt werden und damit letztendlich vom Kunden mitbezahlt werden.

Umtauschrechte sind deshalb nie unzulässige Zugaben.

Diese Einsicht hat der Kunde allerdings auch auch bei sonstigen möglichen Zugaben. Der Verbraucher kann unterscheiden, wann er tatsächlich etwas geschenkt bekommt und wann er die empfangenen Vorteile anderweitig mitfinanziert.

Erhält er im Zusammenhang mit einem konkreten Geschäft irgendwelche Vorteile, so wird er im Normalfall davon ausgehen, diese seien in der Kalkulation berücksichtigt und von ihm mitbezahlt.

Stehen die gewährten Leistungen in keinerlei Zusammenhang zu einem konkreten Geschäft, wird es sich regelmäßig um tatsächliche Geschenke handeln. Eine Zugabe scheidet schon mangels Akzessorietät aus.

XI. Relevanz der rechtlichen Konstruktion für die Qualifikation als Zugabe

Unabhängig von den sonstigen Tatbestandsmerkmalen des Zugabeverbots ist bei der Vereinbarung eines Umtauschrechts zu bedenken, daß es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft handelt, das vom allgemeinen Recht zugelassen wird. Anderenfalls würde sich die spezielle zugaberechtliche Problematik schon überhaupt nicht stellen.

Es ist vor diesem Hintergrund zu überdenken, ob die zugaberechtliche Beurteilung von der rechtlichen Konstruktion des Umtauschrechts unabhängig ist, oder ob wechselbezügliche Konsequenzen festzustellen sind.

Theoretisch denkbar sind drei Varianten:

- die rechtliche Konstruktion ist das einzig entscheidende Merkmal.
- die rechtliche Konstruktion ist völlig irrelevant.
- die rechtliche Konstruktion ist ein Kriterium neben anderen.

1. Rechtsprechung

In der Entscheidung "Preisgarantie"⁵⁴⁹ hat der BGH einmal ausgeführt, ein gesetzlich vorgesehenes Rücktrittsrecht könne keine verbotene Zugabe sein: "daß die für die Vertragsgestaltung vom Gesetz vorgesehene Gewährung eines Rücktrittsrecht keine Zugabe sein kann, bedarf keiner Erörterung".⁵⁵⁰

Der BGH hat damit der rechtlichen Konstruktion ganz entscheidende Bedeutung zugebilligt. Diese Ergebnisorientierung an Vorgaben des allgemeinen Bürgerlichen Rechts hat in der weiteren Entscheidungspraxis allerdings deutlich nachgelassen.

Das KG hat als Vorinstanz der Entscheidung Umtauschrecht I⁵⁵¹ dargelegt, es sei den Parteien zwar unbenommen, ein Rücktrittsrecht oder einen Kauf auf Probe zu vereinbaren, lediglich in seiner konkreten Ausgestaltung handle es sich im zu entscheidenden Fall aber um eine als Zugabe zu bewertende Nebenleistung.

⁵⁴⁹ BGH GR 75, 553-Preisgarantie

⁵⁵⁰ BGH GR 75, 553, 554-Preisgarantie

⁵⁵¹ BGH WRP 98, 489-Umtauschrecht I

Bei einem Kauf auf Probe spricht nach dem BGH eine Vermutung für eine Zugabe⁵⁵², bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag spreche die Vermutung gegen eine solche⁵⁵³.

In der ganz überwiegenden Anzahl der entschiedenen Fälle hält die Rechtsprechung dagegen fest, es komme auf die rechtliche Konstruktion nicht an, **da sich der Verbraucher darüber keine Gedanken mache**⁵⁵⁴.

BGH-Zeitwertgarantie fügt diesem Ansatz aber noch hinzu, "allein rechtliche Erwägungen" könnten keine tragfähige Grundlage für die Entscheidung des Berufungsgerichts sein⁵⁵⁵. Diese Formulierung könnte die Vermutung stützen, daß die Berücksichtigung derartiger rechtlicher Gesichtspunkte als ein Kriterium neben anderen durchaus die Billigung des Senats erfahren hätte.

Das OLG Stuttgart führt in der Entscheidung Verträglichkeitsgarantie⁵⁵⁶ aus, es komme zwar nicht darauf an, ob die Garantie⁵⁵⁷ in dem Vertrag über die Hauptleistung ausbedungen oder Gegenstand einer gesonderten Vereinbarung sei, der Verkäufer habe aber die Eigenschaft der Brillengläser zugesichert, daß der Kunde keine Verträglichkeitsprobleme haben werde.⁵⁵⁸ Die Verträglichkeit sei damit über den von den Parteien definierten subjektiven Fehlerbegriff Inhalt der vertraglichen Leistungspflicht geworden.⁵⁵⁹ Eine Zugabe könne deshalb nicht vorliegen.

⁵⁵² BGH GR 71, 361-Vierfarbkugelschreiber

⁵⁵³ BGH GR 71, 361, 362-Vierfarbkugelschreiber;
vgl. dazu kritisch Knops GR 95, 649, 654

⁵⁵⁴ BGH WRP 97, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH WRP 99, 181,
182-Umtauschrecht II; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie;
BGH WRP 88, 236-Zeitwertgarantie; BGH GR 91, 933, 934-One for two;
OLG Saarbrücken WRP 99, 224, 226-Land's End;
OLG Stuttgart OLGR 98, 338, 339-Verträglichkeitsgarantie

⁵⁵⁵ BGH WRP 88, 236, 237-Zeitwertgarantie

⁵⁵⁶ OLG Stuttgart OLGR 98, 338 ff.-Verträglichkeitsgarantie

⁵⁵⁷ Es handelt sich tatsächlich eher um ein Rückgaberecht.

⁵⁵⁸ Ob die Verträglichkeit auf seiten des Kunden eine zusicherungsfähige Eigenschaft der Gläser ist, erscheint zumindest zweifelhaft.

⁵⁵⁹ OLG Stuttgart OLGR 98, 338, 339-Verträglichkeitsgarantie

2. Literatur

Weite Teile der Literatur folgen der Rechtsprechung und übernehmen deren Begründung, der Verkehr mache sich über die rechtliche Konstruktion keine Gedanken und diese sei daher unerheblich⁵⁶⁰.

Nach **Baumbach/ Hefermehl** ist ein atypischer Vertragsinhalt ein Indiz für eine Zugabe⁵⁶¹. Der Begriff des Vertragsinhalts bezieht sich aber eindeutig auf die Frage der Hauptleistungspflicht, nicht dagegen auf die rechtliche Ausgestaltung dieser Vertragsbeziehung.

Zwar sei die rechtliche Konstruktion grundsätzlich irrelevant⁵⁶², nach ganz herrschender Literaturmeinung hängt der Zugabecharakter bei vereinbarten **Bedingungen** allerdings von der Art der Bedingung ab⁵⁶³. Bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung kann die Zugabeverordnung Anwendung finden, da ein akzessorietätsfähiger Abschluß bereits vorliegt. Ein solcher fehlt bei einer aufschiebenden Bedingung, hier ist ein Zugabeverstöß deshalb ausgeschlossen.⁵⁶⁴

Knops bezeichnet diese Rechtsprechung als "widersprüchlich" und zweifelt dementsprechend auch am Ansatz der herrschenden Meinung. Denn obwohl der BGH offensichtlich bei einem Kauf auf Probe die Vermutung für eine Zugabe ausspreche, solle bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag die Annahme gegen eine solche sprechen⁵⁶⁵.

Aufgrund dieser Unstimmigkeiten müsse entweder die Prämisse oder deren Abweichung fehlerhaft sein. Knops sieht deshalb eine Abhängigkeit der zugaberechtlichen Bewertung von der zivilrechtlichen Qualifikation⁵⁶⁶.

⁵⁶⁰ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85 m. w. N.

⁵⁶¹ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 4; ebenso Hoth, WRP 56, 328

⁵⁶² Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85

⁵⁶³ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 9 m. w. N.

⁵⁶⁴ Baumbach/Hefermehl § 1 Rz. 9; BGH GR 68, 649-Rocroni-Aschenbecher

⁵⁶⁵ Knops, GR 95, 649, 654 m. w. N.

⁵⁶⁶ Knops GR 95, 649, 658

Der in der Versandhandelspraxis übliche Geschäftstypus des Kaufs unter Umtauschvorbehalt sei am ehesten als Vorbehalt des Rücktritts unter der doppelten Bedingung aufzufassen, daß die empfangene Ware unversehrt zurückgegeben und andere Ware ungefähr gleichen Wertes gekauft werde⁵⁶⁷. Dieses Geschäft solle auch außerhalb des Versandhandels zulässig sein, denn es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, wieso dem Ladenkunden im Gegensatz zu dem Versandhandelskunden von der Rechtsprechung ein Rückgabe- oder Umtauschrecht verwehrt wird⁵⁶⁸.

Einen ähnlichen Ansatz vertritt **Paul**. Er kritisiert am Ansatz der herrschenden Meinung, daß der Kauf auf Probe gemäß § 495 BGB zu einem Rechtsinstitut degradiert werde, das nur noch im reinen Privatrechtsverkehr anwendbar wäre, wenn die Qualifikation als gesetzlich vorgesehenes Rechtsgeschäft an dem Zugabecharakter nichts ändern könne. Dieses Ergebnis ist für Paul gesetzessystematisch kaum haltbar⁵⁶⁹.

Dieser Schluß von Paul ist jedoch an einem Punkt nicht ganz zwingend, weil er die Bedeutung der Verkehrsauffassung vernachlässigt. Sobald der Verkehr den einen Kaufs auf Probe erwartet und nicht als gesonderte Nebenleistung bewertet, wäre auch nach der herrschenden Meinung ein solcher Kauf auf Probe ohne weiteres zulässig.

Ganz erhebliche Bedeutung der rechtlichen Konstruktion sieht **Spengler**: "Die Bestimmungen des bürgerlichen und des Handelsrechts ... sind nachgiebiger Natur. Aendern zwei Vertragspartner diese Bestimmungen zugunsten des Käufers ab, so kann diese **Auswahl unter verschiedenen Gesetzesalternativen** schon begrifflich **keine Zusatzleistung** neben der vertraglich geschuldeten Ware oder Leistung sein"⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Knops, GR 95, 649, 659; tatsächlich wird häufig ein Rückgaberecht vereinbart, das nicht zum Bezug neuer Ware verpflichtet

⁵⁶⁸ Knops, GR 95, 649, 657

⁵⁶⁹ Paul, GR 99, 34, 36

⁵⁷⁰ Spengler, Wettbewerb, (E) III. 1. b) aa), S. 69 [Hervorhebungen im Original]

Beispielsweise sei der Abzahlungskauf ein anderer Vertragstyp als der Barkauf, die Aufspaltung in zwei Geschäfte (Barkauf + Kaufpreiskreditierung) sei eine "gekünstelte Konstruktion"⁵⁷¹. Mit derselben Berechtigung könne man auch Caféhaus-Musik ohne Eintrittsgeld als unentgeltliche Zugabe bezeichnen⁵⁷².

3. Stellungnahme

Fraglich ist zunächst, ob die Rechtsprechung ursprünglich nicht lediglich ausdrücken wollte, es sei irrelevant, wenn dem Kunden ein Anspruch auf die Zugabe eingeräumt werde.

Denn dieses Verständnis befände sich in eindeutiger Übereinstimmung mit dem Gesetz. § 1 Abs. 1 ZugabeVO nennt als Behebungsalternativen das "gewähren", also die Leistung ohne vorangehende Verpflichtung, und das "anbieten". Wenn das Anbieten des Händlers angenommen wird, hat der Kunde einen Anspruch auf die Zugabe. Daher muß es schon nach dem Gesetz für die zugaberechtliche Zulässigkeit irrelevant sein, wenn der Kunde einen dahingehenden Anspruch hat.

a) Alleinige Relevanz der rechtlichen Konstruktion

Als Extremposition ließe sich vertreten, einzig entscheidendes Kriterium der Zulässigkeit der Vereinbarung von Umtauschrechten müsse die rechtliche Konstruktion sein. Dies deshalb, weil schwerlich etwas unzulässig sein könne, was ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist⁵⁷³.

Dem läßt sich allerdings entgegen, daß für diesen Fall die Zugabeverordnung nahezu nie Anwendung finden könnte und die Argumentation sich in gefährlicher Nähe eines Zirkelschlusses bewegt: wettbewerbsrechtliche Nebengesetze regeln ja gerade die Zulässigkeit bestimmter Erscheinungsformen, die das Bürgerliche Gesetzbuch ermöglicht.

⁵⁷¹ Spengler, Wettbewerb, (E) III. 1. b) aa), S. 70

⁵⁷² Spengler, Wettbewerb, (E) III. 1. b) aa), S. 70

⁵⁷³ Vgl. dazu Paul, GR 99, 34, 36

Das allgemeine Zivilrecht sieht eine Vielzahl unterschiedlichster Konstrukte vor, die keinesfalls immer auch spezialgesetzliche Billigung erfahren. So kennt das BGB beispielsweise einen Schenkungsvertrag, der im Anwendungsbereich der Zugabeverordnung sicher nicht ohne weiteres zulässig sein soll. Nicht alles grundsätzlich denkbare und mögliche muß auch immer in jeder Situation zulässig und möglich sein. Dies belegt insbesondere auch § 134 BGB.

Es ist insofern mehr als zweifelhaft, ob der BGB-Gesetzgeber mit der Erwähnung bestimmter Rechtsgeschäfte von spezialgesetzlichen Regelungen freistellen wollte. Denn die jüngere Zugabeverordnung kann jedenfalls nicht anders verstanden werden, als eine Beschränkung allgemein zulässiger Institute. Die Zugabeverordnung wollte sicher nie von bestehenden Anforderungen freistellen, sondern Zulässigkeitsvoraussetzungen gerade formulieren und aufstellen.⁵⁷⁴

Der Ansatz, die rechtliche Konstruktion als alleiniges Zulässigkeitskriterium anzusehen ist jedenfalls nicht haltbar.

b) Irrelevanz der rechtlichen Konstruktion

Als weitere Extremposition ließe sich die absolute Unabhängigkeit der zugaberechtlichen Beurteilung von der rechtlichen Konstruktion vertreten. Diesen Ansatz verfolgt insbesondere die Rechtsprechung.⁵⁷⁵ Dies deshalb, weil die Verkehrsauffassung über die Qualifikation als Zugabe entscheiden sollte, der Verkehr sich aber über die rechtliche Konstruktion keinerlei Gedanken mache⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Siehe oben Seite 7 ff.

⁵⁷⁵ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie; BGH NJW 83, 1328, 1329-Diners-Club; BGH GR 91, 933, 934-One for two; dagegen BGH GR 59, 329, 330-Teilzahlungskauf: keine Zugabe, da wesentlicher Vertragsinhalt

⁵⁷⁶ BGH WRP 99, 181, 182-Umtauschrecht II; BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

Der BGH⁵⁷⁷ und die herrschende Literatur⁵⁷⁸ differenzieren allerdings beim Kauf auf Probe nach § 495 BGB zwischen einer auflösenden und einer aufschiebenden Bedingung : wenn ein Vertrag nicht zustande kommt, kann der Kunde auch keine Zugabe erhalten. Diese setzt ja die Akzessorietät voraus⁵⁷⁹.

Hier ist die rechtliche Konstruktion also entscheidend für die zugaberechtliche Qualifikation. Für dem Kunden selbst macht dieses juristische Detail allerdings keinen Unterschied. Er bestellt eine Ware, testet sie und gibt sie bei Nichtgefallen dem Verkäufer zurück.

Nach der Rechtsprechung soll es den Parteien nach wie vor möglich bleiben, gesetzlich vorgesehene Gestaltungsmöglichkeiten auch tatsächlich zu nutzen⁵⁸⁰. Unklar bleibt dabei, wie eine solche Praxis zulässigerweise auszusehen hätte, wenn es denn auf die rechtliche Konstruktion nicht ankommen soll.

Die These der absoluten Unbeachtlichkeit der juristischen Konstruktion wirft damit zahlreiche Fragen auf. Einmal ist es fraglich, ob der Ansatz richtig sein kann, daß der Verkehr sich über die rechtliche Gestaltung keine Gedanken mache. Es scheint im Gegenteil weit verbreitet, bestehende rechtliche Gestaltungsspielräume vorteilhaft zu nutzen, wenn beispielsweise ein Kraftfahrzeug über den Arbeitgeber geleast oder über einen Dritten bezogen wird, um dem Rabattgesetz zu entkommen.

Daneben ist auch hier von einer normativen Betrachtung auszugehen. Ob bei dieser gebotenen normativen Ermittlung der Verkehrsauffassung noch haltbar ist, der Verkehr mache sich über juristische Details keine Vorstellungen, erscheint ebenfalls zweifelhaft.

⁵⁷⁷ BGH GR 71, 361, 362-Vierfarbkugelschreiber; BGH GR 68,649, 650-Rocroni-Aschenbecher, m. Anm. Seydel: "Die Entscheidung des BGH macht ohne rechtliche Notwendigkeit das Tor auf für Umgehungen der zugabeVO."

⁵⁷⁸ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 9

⁵⁷⁹ Siehe oben Seite 69 ff. und Seite 116

⁵⁸⁰ BGH WRP 98, 489, 490-Umtauschrecht I, im Anschluß an das KG als Berufungsgericht; OLG Frankfurt JurPC 93, 2098, 2099

Im Gegenteil erscheint es dem Idealverbraucherleitbild eher zu entsprechen, wenn man ihm ein Mindestmaß an juristischer Bildung unterstellt.⁵⁸¹

Die rechtlichen Hintergründe der gewählten Konstruktion können also nicht völlig unbeachtlich sein. Berücksichtigung können sie nur erfahren im Rahmen der normativen Ermittlung der bestehenden Verkehrsauffassung.

Von der hier bejahten Frage der Berücksichtigungsfähigkeit ist allerdings die Frage zu trennen nach der Notwendigkeit einer solchen Berücksichtigung.

Wenn **Paul** befürchtet, daß wesentliche Teile des BGB nur noch zwischen Privaten gelten, wenn es dem geschäftlichen Verkehr tatsächlich untersagt wäre, diese Rechte zu vereinbaren, so wäre dieses Ergebnis gesetzessystematisch tatsächlich kaum haltbar⁵⁸². Paul übersieht allerdings das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit, denn in der Diskussion ist lediglich die kostenlose Gewährung einer Rechtsposition, die vom Verkehr als eigenes Gut bewertet wird.

Einen Ausweg bietet daher auch bei dieser Frage das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit unter Berücksichtigung eines zeitgemäßen Verbraucherleitbildes. Der Idealverbraucher weiß, daß ihm nichts kostenlos gewährt wird, sondern daß die Kosten der Vertragsdurchführung von dem veräußernden Unternehmen kalkulatorisch berücksichtigt sind⁵⁸³. Daher scheiden auch die bisher kritisch beurteilten Konstruktionen als unzulässige Zugaben aus.

c) Teilweise Relevanz der rechtlichen Konstruktion

Die vermittelnde Position, der rechtlichen Konstruktion neben weiteren Kriterien eine gewisse Bedeutung zuzuerkennen, läßt sich mit der Verkehrsauffassung begründen. Der Verkehr denkt, daß im BGB vorgesehene Rechtskonstruktionen auch realisiert werden, also zumindest nicht unüblich und überraschend sind.

⁵⁸¹ Dies ist sogar zwingend, siehe oben Seite 123 ff.

⁵⁸² Paul, GR 99, 34, 36

⁵⁸³ Siehe oben Seite 117 ff., 123 ff.

Die normative Verkehrsauffassung kann also auch Inhalte haben, die den echten Verbrauchern weitgehend unbekannt sind. Dazu zählen insbesondere oben bereits angedeutete Gewährleistungs- oder Leistungsstörungenrechte⁵⁸⁴. Der echte Verbraucher weiß auch nicht immer, daß er bei mangelhafter Ware grundsätzlich ein sechsmonatiges Wandlungsrecht hat oder daß eine Garantie für ihn eine Beweislastumkehr bezüglich der Fehlerhaftigkeit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bedeutet.⁵⁸⁵

Bei diesen Rechten kann es sich dennoch nie um unzulässige Zugaben handeln. Wenn die Verkehrsauffassung aber über den Zugabecharakter entscheiden soll, dann muß der Verkehr auch wissen, daß es sich hier nie um zugabefähige Positionen handeln kann. Dieses Wissen setzt ein Mindestmaß an juristischer Kompetenz und Bildung voraus. Der Verkehr macht sich daher auch über rechtliche Gestaltungen Gedanken und vernachlässigt diese nicht völlig.

Die rechtliche Konstruktion kann daher zusammenfassend Indiz, aber nicht entscheidendes Kriterium im Rahmen der Wertung eines Rechts als Zugabe sein.

Das heißt, die rechtliche Konstruktion alleine kann weder die Zugabe begründen noch eine solche ausschließen. Für das Urteil der Unzulässigkeit sind weitere besondere Umstände nötig, die dazu führen, daß ein grundsätzlich zulässiges und gesetzlich vorgesehenes Rechtsgeschäft unzulässig und rechtswidrig wird.

Denn wenn ein Verhalten grundsätzlich möglich und zulässig ist, dann sind besondere Umstände nötig, die dieses Verhalten unzulässig machen. Solche besonderen Umstände könnten beispielsweise in der bewußten Täuschung über die Unentgeltlichkeit liegen.

⁵⁸⁴ Siehe oben Seite 123 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. Palandt-Putzo, § 477 BGB Rz. 18 ff.

Im Rahmen der Zugabeverordnung ist allerdings kein Platz für die Berücksichtigung subjektiver Momente auf Seiten des Anbieters⁵⁸⁶, entscheidend ist vielmehr die Auffassung des Verkehrs. Die Motive des Händlers Umstände können aber das Urteil der Sittenwidrigkeit gemäß § 1 UWG begründen.

Bei der Bewertung der Relevanz der rechtlichen Konstruktion ist auch der Gesetzeszweck der ZugabeVO zu berücksichtigen, nämlich der Verbraucherschutz⁵⁸⁷.

Diesem Verbraucherschutzzweck widerspricht es, wenn der Kunde die Vertragsmodalitäten nicht frei verhandeln kann, sondern der Verkäufer sich auf die formale Position zurückziehen kann, daß er bestimmte Rechte nicht vereinbaren dürfe, um nicht gegen die Zugabeverordnung zu verstoßen.

Zwar gibt es keinen dahingehenden Wettbewerb, wenn auch die Konkurrenz derartige Vorteile nicht einräumen darf. Es wäre jedoch wirklichkeitsfremd, daraus zu schließen, die zugaberechtliche Unzulässigkeit könne ungewollte Verfahrensweisen vollständig verhindern. Hartnäckiges Feilschen führt zum Erfolg, während dem gesetzestreuen Kunden Vorteile unter Verweis auf die Zugabeverordnung verwehrt bleiben.

4. Ergebnis

Die rechtliche Konstruktion ist als ein Kriterium neben anderen zu berücksichtigen, kann für sich alleine betrachtet jedoch nicht ausreichen, die (Un-)Zulässigkeit einer Maßnahme zu begründen.

Ist eine von den Parteien gewählte rechtliche Konstruktion grundsätzlich möglich und gesetzlich vorgesehen, dann kann diese nur ausnahmsweise, das heißt bei Vorliegen weiterer besonderer Umstände unzulässig sein.

⁵⁸⁶ Knops, GR 95, 649, 654 m. w. N.

⁵⁸⁷ Siehe oben Seite 10 ff.; Knops, GR 95, 649, 657

XII. Die Relevanz des Werts der Zugabe

Zum Teil wird vertreten, das Wertverhältnis zwischen Zugabe und Hauptware habe indizielle Bedeutung für die Beurteilung, ob eine Zugabe vorliegt⁵⁸⁸. Diese Ansicht kann sich auf die gefestigte Rechtsprechung zu Werbegeschenken stützen, wo es ganz entscheidend auf den Wert des Geschenks ankommt⁵⁸⁹

Die zugaberechtliche Rechtsprechung orientiert sich allerdings eher an dem Gesamtpreis, als an der Wertrelation. Ist eine Ware besonders günstig, so steht das der Verkehrsauffassung entgegen, etwas unentgeltlich zu erhalten, der Verkehr erkennt, daß er die Leistungen irgendwie finanzieren muß⁵⁹⁰.

Gleiches gilt für eine Zugabe, die erkennbar einen relevanten Wert darstellt.⁵⁹¹ Es wäre erfahrungswidrig und lebensfremd, dem Verkehr zu unterstellen, er halte beispielsweise eine Schweinehälfte tatsächlich für geschenkt.⁵⁹² Er wird vielmehr annehmen, daß er sie bei Entrichtung des Gesamtpreises mitbezahlt.⁵⁹³

Bezahlt der Kunde einen nicht unerheblichen Kaufpreis, dann betrachtet er auch das Angebot aufmerksam und holt gegebenenfalls sogar weitere Informationen ein.⁵⁹⁴

Das bedeutet, der Kunde erkennt grundsätzlich, daß ihm nichts geschenkt wird. Der Anwendungsbereich des Zugabeverbots muß damit auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen der Verbraucher abweichend vom Regelfall die Unentgeltlichkeit der empfangenen Ware oder Leistung annimmt.

⁵⁸⁸ Krüger, WRP 98, 262, 263; Heermann, WRP 99, 130, 135; die Rspr. berücksichtigt das Wertverhältnis insbesondere bei der Beurteilung der Handelsüblichkeit, BGH GR 68, 53, 56-Probetube

⁵⁸⁹ St. Rspr.; BGH GR 86, 820, 821-Probejahrbuch

⁵⁹⁰ BGH WRP 99, 90, 92-Handy für 0.- DM;
BGH WRP 99, 94, 96-Handy-Endpreis

⁵⁹¹ BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote; BGH GR 67, 530-Fahrschule

⁵⁹² BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

⁵⁹³ BGH GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

⁵⁹⁴ BGH WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster

Auf das Wertverhältnis zwischen Hauptware/-leistung und potenzieller Zugabe kommt es dann nicht entscheidend an.

XIII. Verhältnis des Umtauschrechts zu dem Zweck der ZugabeVO

Die ZugabeVO bezweckt heute im wesentlichen den Schutz des Endverbrauchers⁵⁹⁵. Der Kunde soll sich nicht vorwiegend deshalb zum Geschäftsabschluß entschließen, um in den Genuß der Zugabe zu gelangen. Es liegt auf der Hand, daß ein Umtauschrecht diese Gefahr nicht beinhalten kann.

Es liegt damit zumindest teilweise ein Wertungswiderspruch vor. Denn die Kundensituation wäre ohne die ZugabeVO besser, weil er die Möglichkeit ausgiebiger Tests hätte und frei verhandeln könnte.

Daß der Kunde nur deshalb kauft, weil er denkt, das Geschäft sei risikolos, er sich aber hinterher nicht den Mut aufbringt, von seinem Umtauschrecht Gebrauch zu machen, erscheint zwar theoretisch denkbar, widerspricht aber dem modernen Verbraucherleitbild des zu einem Mindestmaß informierten und aufgeklärten Verbrauchers.

Nach der BGH-Entscheidung Preisgarantie II⁵⁹⁶ ist es dem Kunden sogar zumutbar, mit der bereits aufgegebenen Bestellung in der Hand die Konkurrenz aufzusuchen, um die Angebote zu vergleichen und gegebenenfalls von dem zwar bereits abgeschlossenen, aber schlechteren Geschäft Abstand zu nehmen⁵⁹⁷. Ihm dürfte dann auch zumutbar sein, von einem ausdrücklich vereinbarten Umtauschrecht Gebrauch zu machen.

⁵⁹⁵ Vgl. oben Seite 10 ff.

⁵⁹⁶ BGH WRP 91, 564 ff.

⁵⁹⁷ BGH WRP 91, 564, 566-Preisgarantie II, mit Anm. Marx

Ansonsten wären auch die Rücktritts- und Widerrufsrechte in anderen Verbraucherschutzgesetzen⁵⁹⁸ wenig effektiv und unnötig

Die Zugabe soll den Kunden zum Kauf verlocken, weil er denkt, er bekomme etwas geschenkt. Beim Umtauschrecht wäre aber auch die ausdrückliche Bezahlung noch verlockend, weil eine gewisse Sicherheit erkaufte wird. Das Umtauschrecht erfüllt deshalb die Funktion einer Versicherung. Insbesondere bei größeren Investitionen ist dies nicht nur sinnvoll, sondern bereits verbreitet, beispielsweise beim Erwerb eines hochwertigen und entsprechend teuren Gebrauchtwagens⁵⁹⁹.

Die Gefahr der Zugabe liegt darin, von der Hauptware abzulenken. Auch diese Argumentation paßt für das Umtauschrecht nicht. Denn dieses garantiert dem Kunden gerade die Qualität der Hauptleistung.

Nimmt man die Verbraucherinteressen ernst, spricht alles für eine generelle Zulässigkeit von Umtauschrechten.

Die Rechtsprechung verhindert mit der Verurteilung von Umtauschrechten als unzulässige Zugaben Verbesserungen für den Verbraucher, statt ihn gemäß der Zielsetzung der Zugabeverordnung zu schützen⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Vgl. oben Seite 13 ff.

⁵⁹⁹ Im Kfz-Handel sind Versicherungen als Bestandteil der Leistung üblich, vgl. Palandt-Putzo, vor § 459, Rz. 32

⁶⁰⁰ Sosnitza, S. 139; Burkert, GR 89, 869, 880

XIV. Handelsüblichkeit

Nach der hier vertretenen Meinung kommt ein Zugabeverstöß generell nur höchst ausnahmsweise in Betracht, da der Verkehr im Normalfall nicht die Unentgeltlichkeit der gewährten Leistung annimmt.

Die hier exemplarisch untersuchten Umtauschrechte können dagegen nicht einmal ausnahmsweise eine unzulässige Zugabe darstellen, da sie nicht Gegenstand eines isolierten Geschäfts sein können. Diese Hauptgeschäftsfähigkeit ist aber zwingende Voraussetzung jeder Zugabe.

Die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung ist diesbezüglich allerdings noch anderer Auffassung und bejaht die Zugabeeignung eines Umtauschrechts.⁶⁰¹ Für sie muß daher häufig die Frage der Handelsüblichkeit gemäß § 1 Abs. 2 lit. d ZugabeVO über die Rechtmäßigkeit entscheiden. Danach gelten die Vorschriften des § 1 Abs. 1 ZugabeVO dann nicht, wenn die Zugabe nur in handelsüblichem Zubehör zur Ware oder in handelsüblichen Nebenleistungen besteht.

Entscheidend ist hier also die Frage, ob ein Umtauschrecht als handelsübliche Nebenleistung in diesem Sinne einzuordnen ist.

1. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist die Handelsüblichkeit nicht anhand der tatsächlichen Übung zu beurteilen, sondern normativ⁶⁰². Handelsüblich soll sein, was sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Gewerbetreibenden im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten hält.⁶⁰³

⁶⁰¹ Siehe oben Seite 76 ff.

⁶⁰² OLG Stuttgart OLGR 98, 379, 381-Gefällt-nicht-Garantie

⁶⁰³ BGH GR 64, 509, 511-Wagenwaschplatz; OLG Hamburg GR 64, 513, 514-Festtagsdose; BGH GR 68, 53, 55-Probetube; BGH GR 69, 299, 300-Probierpaket; BGH GR 77, 38, 40-Grüne Salatschale; OLG Stuttgart WRP 87, 58, 59-Gutschein für Vollwäsche

Die Rechtsprechung stellt also die Üblichkeit nicht empirisch fest, sondern bestimmt, was üblich zu sein hat.⁶⁰⁴

Dies deshalb, weil einerseits vernünftige Fortentwicklungen möglich bleiben sollen und andererseits ein unerwünschter oder sogar rechtswidriger Zustand nicht über die Handelsüblichkeit festgeschrieben werden darf.

Umtauschrechte wurden regelmäßig als unzulässig angesehen, die Handelsüblichkeit dementsprechend abgelehnt.⁶⁰⁵ Begründet wurde diese Ansicht beispielsweise damit, es sei angesichts des eingetretenen Wertverlustes wirtschaftlich unvernünftig, die Ware zurückzunehmen.⁶⁰⁶

2. Literatur

Borck versteht den Begriff der Handelüblichkeit streng am Wortlaut orientiert: handelsüblich ist, was im Handel üblich ist.⁶⁰⁷

Sambuc/Sambuc verstehen die Handelsüblichkeit im Sinne der Wettbewerbskonformität. Denn in Zweifelsfällen sei von der Spezialnorm auf allgemeine Grundlagen zurückzugreifen, hier also auf das UWG.⁶⁰⁸

Die ganz herrschende Literaturmeinung versteht die Handelsüblichkeit dagegen ebenso wie die Rechtsprechung im Sinne der kaufmännischen Vernunft⁶⁰⁹. Die Üblichkeit im ursprünglichen Sinne ist "weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Freistellung .. vom Zugabeverbot"⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 281

⁶⁰⁵ Vgl. Übersicht Seite 73 ff.; das KG Berlin sah dagegen ein Umtauschrecht im Gebrauchtwagenhandel als wirtschaftlich vernünftige Fortentwicklung, WRP 96, 543; so auch BGH WRP 99, 181-Umtauschrecht II; dagegen BGH WRP 98, 489-Umtauschrecht I, KG Berlin NJW-RR 95, 1511 und OLG Frankfurt WRP 96, 213

⁶⁰⁶ BGH WRP 98, 489, 491-Umtauschrecht I

⁶⁰⁷ Borck, WRP 64, 295, 298 und WRP 72, 173

⁶⁰⁸ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 283

⁶⁰⁹ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO RZ. 80, 83 m. w. N.

⁶¹⁰ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 282

"Ausschlaggebend ist vielmehr ... ob eine Zugabe 'vernünftig' ist, d. h. ob die Gerichte (und hier wiederum letztlich der BGH) sie für vernünftig halten. Die lit. d des § 1 Abs. 2 ZugabeVO avanciert so quasi zur 'rule of reason' des Zugaberechts und der BGH zum Normengeber, der über die Voraussetzungen Erlaubtheit von Zugaben selbständig entscheidet"⁶¹¹.

Heermann⁶¹² hat vorgeschlagen, es zwar bei der Bestimmung der Handelsüblichkeit anhand der kaufmännischen Vernunft zu belassen. Die kaufmännische Vernunft soll aber näher konkretisiert werden. Eine Zugabegewährung soll dann kaufmännisch vernünftig sein, wenn sie Sinn und Zweck der ZugabeVO nicht in unzulässiger Weise zuwiderläuft.⁶¹³ Verkürzt bedeutet das, handelsüblich ist, was mit der Zugabeverordnung vereinbar ist.

Nach **Köhler/ Piper** ist die Rechtsprechung bei der Bestimmung der Handelsüblichkeit insgesamt zu streng. Ihrer Ansicht nach sollte darauf abgestellt werden, ob die Zugabe geeignet ist, Transaktionskosten zu senken, die mit dem Hauptgeschäft irgendwie in Verbindung stehen.⁶¹⁴

3. Stellungnahme

a) Die Bestimmung der Handelsüblichkeit

Zentral bei der Bestimmung der Handelsüblichkeit ist die kaufmännische Vernunft. Diesbezüglich sind zwei Fragen zu unterscheiden. Erstens ist zu überdenken, ob dieser kaufmännischen Vernunft überhaupt Relevanz bei der Beurteilung der Handelsüblichkeit zukommen kann. Wenn man diese Eingangsvoraussetzung bejaht, schließt sich die Frage an, ob die Gewährung eines Umtauschrechts sinnvoll oder wirtschaftlich unvernünftig ist.

⁶¹¹ Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 282; gl. A. Burkert, GR 89, 869, 876

⁶¹² Heermann, WRP 91, 625, 628; ausführlich ders. Handelsüblichkeit, S. 159

⁶¹³ Heermann, Handelsüblichkeit, S. 159

⁶¹⁴ Köhler/Piper, § 1 ZugabeVO Rz. 38
(mit Verweis auf BGH GR 94, 656, 657-Stofftragetasche)

Im Rahmen der Handelsüblichkeit ist zunächst zwischen einem empirischen und einem normativen Maßstab zu entscheiden. Diese Entscheidung muß hier eindeutig zugunsten einer normativen Bewertung ausfallen. Denn entscheidend für den Erlaß der Zugabeverordnung war gerade die weite Verbreitung des Zugabewesens⁶¹⁵. Bei Zugrundelegung eines empirischen Bewertungsmodells hätte die Empirie die neue Verordnung sofort wieder aufgehoben.

Deshalb kann die Handelsüblichkeit nur normativ verstanden werden. Die dabei anzulegenden Kriterien müssen sich an Sinn und Zweck der Vorschrift orientieren⁶¹⁶. Sinn und Zweck der Zugabeverordnung ist der Verbraucherschutz. Sinn und Zweck der Ausnahme für handelsübliches Zubehör ist es, Verbesserungen für den Verbraucher nicht zu verhindern. **Demnach ist handelsüblich, was den Verbraucher nicht täuscht oder unlauter beeinflusst, sondern für ihn Vorteile bedeutet.**

Die Vernunft des Kaufmanns kann dagegen bei der Beurteilung der Handelsüblichkeit keine Rolle spielen. Seine Interessen stehen denen der Verbraucher regelmäßig entgegengesetzt gegenüber. Für den Kaufmann scheint es durchaus vernünftig, den Kunden zugunsten der eigenen Gewinne über den wahren Wert des Angebots zu täuschen. Dieser Blickwinkel ist jedoch verfehlt. Es kommt nicht auf den Händler, sondern auf den Kunden an.

b) Die wirtschaftliche Vernunft

Wenn man jedoch entgegen der hier vertretenen Auffassung mit der Rechtsprechung die Handelsüblichkeit anhand der kaufmännischen Vernunft beurteilen will, stellt sich die Frage nach der kaufmännischen Vernunft des hier untersuchten Umtauschrechts.

⁶¹⁵ Vgl. oben Seite 5 ff.

⁶¹⁶ Heermann, WRP 91, 625, 628

Der Ausgangspunkt, das Gewähren einer Zugabe sei wirtschaftliche Unvernunft, ist zunächst eine bloße Behauptung. Überzeugend begründen läßt sich diese Behauptung allerdings nicht. Denn es kann nicht zulässig sein, die kaufmännische Vernunft nur aus der Momentaufnahme der Vermögensverschiebungen zu beurteilen.⁶¹⁷ Dem Wertabfluß der Zugabe steht zunächst sicher kein unmittelbar kompensierender Zufluß gegenüber. Das Verhalten des Händlers muß also andere Merkmale aufweisen, um die Zugabe zu rechtfertigen.

Gewährt der Anbieter ein Umtauschrecht, so erfährt er dadurch möglicherweise mehr über sein Produkt und dessen Schicksal nach dem Absatz. Diese Chance auf Kundenkontakt auch nach bloßer Vertragserfüllung eröffnet dem Kaufmann die Möglichkeit, den Kunden langfristig zufrieden zu stellen und dadurch an das eigene Unternehmen zu binden.

Diese *customer care* vermag insbesondere Nachteile gegenüber den vielfältigen Erscheinungsformen des modernen Versandhandels zu kompensieren. Es wird auf dem Markt immer Nachfrager geben, für die persönliches Vertrauen in den Geschäftspartner entscheidungserheblich ist⁶¹⁸.

Im übrigen müßte bei ausschließlich zeitnaher Betrachtung der wirtschaftlichen Vernunft der Verkauf unter Einstandspreis ebenfalls unvernünftig sein. Dieser stellt sicher einen wirtschaftlichen Vorteil für den Kunden dar. Wollte man deshalb in dem Verkauf unter Einstandspreis eine Zugabe vermuten, wäre die Spezialregelung dieses Sachverhalts in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB weitgehend unnötig gewesen.

⁶¹⁷ Ansonsten wäre jede Werbemaßnahme kaufmännisch unvernünftig

⁶¹⁸ Insbesondere die Marke soll das Wiedererkennen eines bevorzugten Produktes oder Anbieters ermöglichen.

Ein Umtauschrecht erfüllt markentypische Vertrauensfunktionen, insbesondere für Erstkunden. Die damit verbundene Risikoübernahme durch den Unternehmer ist nur auf den ersten Blick eine Risikoverlagerung. **Denn das Absatzrisiko trägt der gewerbliche Anbieter ohnehin.** ⁶¹⁹

Der Händler geht also nur das Risiko ein, die bereits einmal verkaufte und wieder zurückgenommene Ware aufgrund deren Verschlechterung nur mit deutlichem Abschlag ein zweites Mal absetzen zu können. Dadurch erweitert er aber gleichzeitig sein Angebot und kann nahezu neuwertige Ware zu attraktiven Preisen anbieten. Dies kann insbesondere auch dazu dienen, Hemmschwellen bei hohem Preisniveau abzubauen und neue Kundenkreise zu erschließen.

Insbesondere Marktneulingen dürfte aber der Erstabsatz des Angebots größere Sorgen bereiten als ein eventueller Umtausch. Warum es unter dieser Prämisse unvernünftig sein soll, die Ware zu veräußern, ohne das eigene Absatzrisiko diesbezüglich vollständig aufzugeben, ist nicht einsichtig. Denn genau das geschieht bei der Veräußerung unter Gewährung eines Umtauschrechts: **der Verkäufer behält einen Teil seines ursprünglichen Risikos.**

⁶¹⁹ Siehe oben Seite 108

4. Ergebnis

Die Handelsüblichkeit ist nicht empirisch, sondern normativ festzustellen. Bei dieser Beurteilung kommt es nicht auf die kaufmännische Vernunft, sondern auf die Wirkung bei dem Kunden an.

Handelsüblich ist, was den Kunden nicht in unlauterer Weise beeinflusst.

Unabhängig davon, ob man die Handelsüblichkeit anhand des Verbraucherschutzzwecks oder anhand der kaufmännischen Vernunft bewertet, ist die Gewährung eines Umtauschrechts handelsüblich. In diesem Fall der Vereinbarung eines Umtauschrechts treffen sich ausnahmsweise die Interessen beider Marktseiten, für beide ist diese Vereinbarung vorteilhaft.

Wenn man den vorangehenden Erwägungen nicht folgen will, wonach ein Umtauschrecht auf Grundlage einer neuen Zugabedefinition von vornherein nie als Zugabegegenstand in Betracht kommt, dann stellt das Umtauschrecht jedenfalls eine handelsübliche Nebenleistung im Sinne des § 1 Abs. II lit. d dar.

Im Ergebnis sind Umtauschrechte grundsätzlich zulässig.

XV. Privilegierung des Versandhandels?

Im Versandhandel sind Umtauschrechte bereits seit langem verbreitet. Deren Zulässigkeit wird auch nicht bestritten.⁶²⁰ Dies deshalb nicht, weil die besonderen Bedingungen des Fernabsatzes derartige Modalitäten rechtfertigen.

Ob diese Differenzierung zwischen klassischem Einzel- und Versandhandel jemals zutreffend war, soll hier nicht diskutiert werden. Heute ist eine Privilegierung des Versandhandels jedenfalls weder notwendig noch zu rechtfertigen.

Die Interessenlage ist sowohl auf Seiten der Händler als auch auf Seiten der Nachfrager identisch. Ein zufriedenstellender Test der angebotenen Ware ist oft weder im Katalog noch in den Verkaufsräumen möglich. Der Kunde hat nicht die Zeit einer näheren Prüfung, ihm fehlt der Vergleich zu anderen bereits vorhandenen Einrichtungsgegenständen, Kleidungsstücken oder sonstigem.

Ziel des Umtauschrechts ist es, den Kunden in die Lage dieser ungezwungenen Entscheidung zu versetzen. Es kann dabei nicht danach differenziert werden, ob dieses Ziel durch einen Händler nach klassischem Vorbild oder einen Vertreter modernen Versandhandels verfolgt wird.

⁶²⁰ Heermann, WRP 99, 130, 132 m. w. N.; Seydel, § 1 ZugabeVO Rz. 46; Knops, GR 95, 649, 657; Richter, JW 36, 2605, 2609; BGH GR 58, 455, 456; OLG Düsseldorf DB 56, 1080; BGH WRP 75, 735, 737; OLG Hamburg WRP 73, 588, 589; OLG Saarbrücken WRP 99, 224, 226-Land's End

E. Rückgaberechte

I. Begriffsbestimmung

Bei einem Rückgaberecht gibt der Kunde die empfangene Ware zurück und erhält dafür den bereits entrichteten Preis erstattet.⁶²¹ Im Gegensatz zu einem Umtauschrecht kann er sich also von dem Geschäft und seinem Vertragspartner vollständig lösen.

II. Rechtliche Konstruktion

Die rechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten sind auf den ersten Blick vielfältig. In Betracht kommen vertragliche Rücktritts- oder Widerrufsrechte, Garantieverprechen, oder Bedingungen.⁶²²

Richtig ist wohl die Konstruktion als vertragliches Rücktrittsrecht.⁶²³ Auch die Rechtsprechung bewertet die Geld-zurück-Garantie als bedingtes und befristetes Rücktrittsrecht gemäß § 346 BGB.⁶²⁴

III. Rechtsprechungsüberblick

Die Rechtsprechung bewertete Rückgaberechte regelmäßig als unzulässige Zugaben, weitgehend unabhängig von der vereinbarten Dauer. Unzulässig waren beispielsweise Rückgaberechte für die Dauer von vier Wochen⁶²⁵, 90 Tagen⁶²⁶, zwei Monaten⁶²⁷, zwei Jahren⁶²⁸, fünf Jahren⁶²⁹ oder von unbeschränkter Dauer⁶³⁰.

⁶²¹ Paul, GR 99, 34 ff.; Knops, GR 95, 649 ff.

⁶²² Vgl. Paul, GR 99, 34

⁶²³ So auch Paul, GR 99, 34 ff. und Knops, GR 95, 649 ff.

⁶²⁴ BGH WRP 91, 5564, 565-Preisgarantie II

⁶²⁵ BGH WRP 89, 654-Vertrauensgarantie

⁶²⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 93, 53

⁶²⁷ LG Stuttgart WRP 92, 604

⁶²⁸ OLG München WRP 74, 115

⁶²⁹ OLG Hamm WRP 92, 191-Fielmann-Brille

Auch die Rückkaufgarantie gegen Erstattung von 65% des Kaufpreises stellt der Sache nach ein eingeschränktes Rückgaberecht dar und ist im Ergebnis ebenfalls nicht zulässig.⁶³¹

Zulässig sind Rückgaberechte dagegen im Versandhandel.⁶³² Auch die Geld-zurück- oder Preisgarantie wird nicht beanstandet, weil diese die Hauptleistung selbst betreffe⁶³³.

IV. Literatur

Die ganz überwiegende Literatur folgt der Rechtsprechung.⁶³⁴ Die kritischen Stimmen sind hier dieselben, die bereits im Rahmen des Umtauschrechts vorgestellt wurden, auf obige Ausführungen kann Bezug genommen werden.⁶³⁵

V. Stellungnahme

Ein Rückgaberecht kann nie Zugabe sein, da es für sich alleine nie vereinbart werden kann, sondern zur Entstehung und Durchführung immer eine eigenständige Hauptware benötigt. Das Rückgaberecht ist deshalb nicht hauptgeschäftsfähig. Die Hauptgeschäftsfähigkeit ist aber zwingende Voraussetzung jeder Zugabe.⁶³⁶

⁶³⁰ OLG Hamburg WRP 92, 191-Orientteppich

⁶³¹ BGH WRP 98, 236-Zeitwertgarantie

⁶³² Siehe oben Seite 149; BGH GR 58, 455, 456; OLG Düsseldorf DB 56, 1080; BGH WRP 75, 735, 737; OLG Hamburg WRP 73, 588, 589; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85; Richter, JW 36, 2605; Knops, GR 95, 649, 650; Heermann, WRP 99, 130, 132 m. w. N.

⁶³³ BGH GR 75, 533; OLG Köln GR 84, 750; vgl. auch Klauer/ Seydel, § 1 ZugabeVO Rz. 40 m. w. N.

⁶³⁴ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85 m. w. N.

⁶³⁵ Siehe oben Seite 91 ff., 104 ff.; vgl. insbes. Paul, GR 99, 34 ff und ZIP 98, 1099 ff. und Knops, GR 95, 649 ff.

⁶³⁶ Siehe oben Seite 93 ff, Seite 110 ff.

Dies einerseits, weil der besondere zugaberechtliche Leistungsbegriff die Hauptgeschäftsfähigkeit voraussetzt⁶³⁷ und andererseits, weil die normativ zu bewertende Verkehrsauffassung als zugabefähiges zweites Gut nur wahrnimmt, was auch anderweitig und isoliert zu erwerben wäre.⁶³⁸

Dieses Ergebnis folgt auch aus dem anerkannten Grundsatz, daß Verbesserungen der Hauptleistung für den Kunden zulässig sein sollen.⁶³⁹ Das Rückgaberecht baut Hemmschwellen ab und hat für den Verbraucher die Funktion zusätzlicher Sicherheit, für ihn stellt es sich deshalb als Verbesserung der Konditionen dar.

Die rechtliche Konstruktion kann als Indiz für Zulässigkeit des Rückgaberechts dienen. Das schon deshalb, weil sich das Geschäft am subjektiven Fehlerbegriff des § 459 BGB orientiert⁶⁴⁰ und im Ergebnis eine der Wandlung vergleichbare Situation geschaffen wird.

Aus einem weiteren Grund kann das Rückgaberecht nie Zugabe sein: es handelt sich immer nur um alternative Möglichkeiten, ob das Geschäft Gültigkeit haben, oder ob das Rückgaberecht ausgeübt werden soll. Die für die Zugabe typische Kombination beider Leistungen kann nie vorliegen. Der Kunde erhält nichts neben einem anderen Geschäft, sondern kann sich gegebenenfalls von dem einzigen Geschäft wieder lösen.

VI. Ergebnis

Das Rückgaberecht kann nie verbotene Zugabe sein.

⁶³⁷ Siehe oben Seite 93 ff.

⁶³⁸ Siehe oben Seite 110 ff.

⁶³⁹ Heermann, WRP 99, 130; Baumbach/ Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz.85; BGH WRP 98, 388, 390-Skibindungsmontage; BGH WRP 58,151-Federkernmatratze

⁶⁴⁰ Vgl. OLG Stuttgart OLGR 98, 338-Verträglichkeitsgarantie für Gleitsichtbrillen

F. Garantien

I. Begriffsbestimmung

Bei der inhaltlichen Bestimmung der Garantie ist zu differenzieren. Den einen Garantievertrag gibt es nicht, sondern es ist der jeweilige Inhalt der Abrede zu berücksichtigen.

Allgemein wird unterschieden, ob sich der Inhalt der Garantie auf Risiken innerhalb des Geschäfts selbst bezieht oder auf Risiken außerhalb des konkreten Leistungsaustausches. Werden Risiken übernommen, die über die Sicherung der Vertragsgemäßheit der Leistung hinausgehen, so spricht man von einer selbständigen Garantie.⁶⁴¹ Wird dagegen lediglich die ohnehin geschuldete Vertragsgemäßheit der eigenen Leistung versichert, so handelt es sich um eine unselbständige Garantie.⁶⁴²

II. Rechtliche Konstruktion

Der Garantievertrag ist ein eigenständiger Vertragstyp, der im BGB nicht näher geregelt ist.⁶⁴³

⁶⁴¹ Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85 m. w. N.;
Remmert, WRP 90, 584, 586; BGH GR 58, 455, 456-Federkernmatratze

⁶⁴² Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85; Sosnitzer, S. 135;
Remmert, WRP 90, 584, 586; BGH GR 58, 455, 456-Federkernmatratze

⁶⁴³ Vgl. Palandt-Heinrichs, Einf v § 305 Rz 12 und
Palandt-Sprau, Einf v § 765 Rz. 16

III. Rechtsprechungsüberblick

Die unselbständige Garantie ist nach der Rechtsprechung regelmäßig zulässig.⁶⁴⁴ Um eine solche unselbständige Garantie handle es sich auch im Falle der Geld-zurück-Garantie, bei der der Kunde die gekaufte Ware gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben kann, wenn er die Ware in einem bestimmten Zeitraum bei einem anderen Anbieter billiger erwerben kann. Diese Preisgarantie beziehe sich auf die Hauptleistung selbst und sei deshalb zulässige unselbständige Garantie.⁶⁴⁵

Bemerkenswert ist, daß der BGH die Geld-zurück-Garantie zwar als "zusätzliche Leistung"⁶⁴⁶ ansieht, diese aber "grundsätzlich nicht zu beanstanden"⁶⁴⁷ ist.

Zu beanstanden soll nach dem OLG Hamm aber sein, wenn der Kunde ein Ski-Modell, das nicht die versprochenen Eigenschaften aufweist, gegen ein anderes Modell umtauschen kann.⁶⁴⁸

Eine Verträglichkeitsgarantie für Gleitsichtbrillen sah das OLG Stuttgart als unselbständigen Bestandteil der Hauptleistung und deshalb nicht als Zugabe.⁶⁴⁹ Dies insbesondere deshalb, weil es sich nicht um eine willkürliche Möglichkeit handle, sich von dem Geschäft nachträglich zu lösen⁶⁵⁰. Es werde ein auf die Verträglichkeit abstellender subjektiver Fehlerbegriff zugrunde gelegt.⁶⁵¹

⁶⁴⁴ BGH GR 58, 455, 456-Federkernmatratze; BGH WRP 91, 564-Preisgarantie II; BGH WRP 75, 37-Preisgarantie I; BGH GR 94, 57-Geld-zurück-Garantie (Brille); BGH GR 84, 750-Geld-zurück-Garantie (Margarine); BGH WRP 99, 224, 226-Land's End

⁶⁴⁵ Nach richtiger Einordnung dürfte es sich bei der Geld-zurück-Garantie regelmäßig um ein bedingtes und befristetes Rückgaberecht handeln, vgl. BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie

⁶⁴⁶ BGH GR 94, 57, 59-Geld-zurück-Garantie

⁶⁴⁷ BGH GR 94, 57-Geld-zurück-Garantie

⁶⁴⁸ OLG Hamm NJW-RR 92, 497

⁶⁴⁹ OLG Stuttgart OLGR 98, 338 ff.-Verträglichkeitsgarantie

⁶⁵⁰ Vgl. zum Kriterium der willkürlichen Lösungsmöglichkeit BGH GR 89, 697-Vertrauensgarantie sowie a. A. der Vorinstanz OLG Düsseldorf WRP 88, 35

⁶⁵¹ OLG Stuttgart OLGR 98, 338, 339-Verträglichkeitsgarantie

Unselbständige Garantien, die keinen direkten Bezug zur Hauptleistung aufweisen, bewertet die Rechtsprechung dagegen als unzulässige Zugaben.⁶⁵²

Um eine solche unselbständige Garantie handelt es sich, wenn die Garantie vor normaler Abnutzung schützen soll und nicht vor bei der Lieferung bereits vorhandenen Mängeln.⁶⁵³ Gleiches gilt für den Fall, daß ein Kfz-Händler einen Rückkauf nach zwei Jahren gegen Erstattung von 65% des Kaufpreises garantiert, weil der Kaufpreis keine Eigenschaft des Fahrzeugs sei.⁶⁵⁴

IV. Literatur

Die ganz herrschende Literatur folgt die Rechtsprechung und sieht selbständige Garantien als mögliche Zugaben an.⁶⁵⁵

Remmert vertritt dagegen die abweichende Auffassung, daß Herstellergarantien grundsätzlich zugaberechtlich nicht zu beanstanden sind.⁶⁵⁶

V. Stellungnahme

Die Differenzierung zwischen selbständigen und unselbständigen Garantien ist zutreffend.

Unselbständige Garantien sieht der Kunde nicht als zusätzliche Leistung. Es liegen also schon keine zwei Güter vor, von denen eines Zugabe sein könnte. Je nach konkreter Ausgestaltung der Garantievereinbarung dürfte die unselbständige Garantie regelmäßig auch nicht hauptgeschäftsfähig sein.

⁶⁵² BGH WRP 88, 236 ff.-Zeitwertgarantie; OLG Düsseldorf DB 51, 835-Regenschirm; BGH GR 89, 697, 698-Vertrauensgarantie (tatsächlich handelt es sich um ein Rückgaberecht); vgl. auch OLG Karlsruhe WRP 88, 554-Rückkaufgarantie für Wehnachtsbäume als Sonderveranstaltung

⁶⁵³ BGH GR 58, 455-Federkernmatratze

⁶⁵⁴ BGH WRP 88, 236-Zeitwertgarantie

⁶⁵⁵ Vgl. statt aller Baumbach/Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rz. 85.; Seydel, § 1 ZugabeVO Rz. 33 ff.; Gloy-Klosterfelde/Jaeger-Lenz, § 52 Rz. 34

⁶⁵⁶ Remmert, WRP 90, 584, 587

Diese Hauptgeschäftsfähigkeit wird bei selbständigen Garantievereinbarungen dagegen regelmäßig vorliegen. Das gleiche Ergebnis ließe sich durch eigenständige Versicherungsverträge erreichen.

Ob der Kunde dies allerdings als besonderes zweites Gut oder als Verbesserung der Hauptleistung ansieht, ist einzelfallabhängig. Denn die entscheidende Verkehrsauffassung ist normativ unter Berücksichtigung der Ziele der Zugabeverordnung und eines modernen Verbraucherleitbildes zu bestimmen.

Den Kunden beispielsweise zeitlich uneingeschränkte Umtausch- oder Rückgaberechte für im Versandhandel erworbene Kleidungsstücke zu verwehren⁶⁵⁷, läßt sich unter diesen Voraussetzungen nicht aufrecht erhalten. Derartige Verbesserungen für den Verbraucher dürfen von der Rechtsprechung nicht unter Berufung auf die Zugabeverordnung verhindert werden.

VI. Ergebnis

Zusammenfassend sind unselbständige Garantien nie Zugaben.

Bei selbständigen Garantien kommt es dagegen auf die Umstände des Einzelfalles an, eine pauschale Bewertung ist angesichts der Vielfalt möglicher Abreden nicht möglich.

⁶⁵⁷ OLG Saarbrücken WRP 99, 224-Land's End

G. Zusammenfassung und Gesamtergebnis

I. Gesetzeszweck

Die Zugabeverordnung ist heute ein Verbraucherschutzgesetz.

Dieser Gesetzeszweck wirkt sich auch auf die Beurteilung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Zugabeverbots aus. Denn ganz entscheidend für die Prüfung einer möglichen Zugabe ist die Verkehrsauffassung. Diese Verkehrsauffassung bestimmt zunächst, ob ein zweites zugabefähiges Gut vorliegt, sie bestimmt zum zweiten, ob dieses Gut unentgeltlich gewährt wird und letztendlich, ob diese Zuwendung von dem Abschluß eines Hauptgeschäfts abhängig ist.

II. Die Verkehrsauffassung

1. Normative Ermittlung der Verkehrsauffassung

Die Verkehrsauffassung selbst ist nicht empirisch zu ermitteln, sondern normativ. Diese Bestimmung der Verkehrsauffassung hat anhand festgelegter Kriterien zu erfolgen. Dabei ist ein modernes Verbraucherleitbild zugrunde zu legen.

2. Die Hauptgeschäftsfähigkeit

Ein entscheidender Gesichtspunkt im Rahmen der Frage, ob ein zweites selbständiges Gut vorliegt, ist die Hauptgeschäftsfähigkeit. Der Verkehr betrachtet nur das als selbständiges Gut, was auch Gegenstand eines eigenständigen Hauptgeschäfts sein kann.

Die Hauptgeschäftsfähigkeit ist damit zwingende Voraussetzung einer Zugabe.

3. Der Leistungsbegriff der Zugabeverordnung

Dieses Erfordernis ergibt sich im übrigen auch aus dem Leistungsbegriff der Zugabeverordnung. Denn der Leistungsbegriff der Zugabeverordnung weicht von der allgemeinen Leistungsdefinition ab. Während außerhalb des Zugaberechts für eine Leistung die Zuwendung als solche ausreicht, erfordert die Zugabeverordnung eine Zuwendung, die auch isoliert möglich wäre, die mit anderen Worten hauptgeschäftsfähig ist.

4. Die rechtliche Konstruktion

Ein weiterer Faktor bei der normativen Bestimmung der Verkehrsauffassung ist die rechtliche Konstruktion einer Zuwendung. Liegt diese Zuwendung in einer gesetzlich vorgesehenen oder sogar vorgeschriebenen Vertragsmodalität, dann ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Geschäfts auszugehen. Dementsprechend kommt die Unzulässigkeit eines solchen Geschäfts nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht.

III. Neudefinition der Zugabe

Zusammengefaßt führt das zu einer neuen, engeren Zugabedefinition:

Unzulässige Zugabe ist jede hauptgeschäftsfähige, aus Sicht des Kunden unentgeltliche Ware oder Leistung, die der Empfänger nur in Abhängigkeit des Hauptgeschäfts erhält.

Neues entscheidendes Tatbestandsmerkmal gegenüber der bislang verwendeten Definition ist die Notwendigkeit der Hauptgeschäftsfähigkeit der Zugabe.

IV. Anwendung der neuen Zugabedefinition

Auf das Umtauschrecht angewendet heißt das, ein Umtauschrecht kann nie mögliche Zugabe sein, weil es nicht hauptgeschäftsfähig ist.

Im übrigen wäre ein Umtauschrecht jedenfalls handelsüblich und schon deshalb letztendlich immer zulässig. Die Handelsüblichkeit ist dabei ebenfalls normativ zu bestimmen: handelsüblich ist, was mit dem Verbraucherschutzzweck der Zugabeverordnung zu vereinbaren ist.

Die Sachnutzung der Ware bis zur Ausübung des Umtauschrechts scheidet als Zugabe ebenfalls aus. Denn die Nutzung der gekauften Ware bis zu deren Umtausch stellt schon keinen wirtschaftlichen Wert dar, der Käufer nutzt lediglich seine eigene Ware. Kein Kunde würde auch nur theoretisch ein gesondertes Entgelt dafür entrichten, sein Eigentum benutzen zu können. Die Sachnutzung im Rahmen eines Umtauschrechts ist deshalb kein geldwerter Vorteil und nie möglicher Gegenstand einer Zugabe.

Auch das Rückgaberecht ist nicht hauptgeschäftsfähig und scheidet daher ebenfalls von vornherein als mögliche Zugabe aus. Auch hinsichtlich der Handelsüblichkeit besteht kein Anlaß zu einer gegenüber dem Umtauschrecht abweichenden Bewertung.

Garantieverträge sind dagegen nicht eindeutig zu beurteilen. Unselbständige Garantien sind immer zulässig, häufig werden sie schon nicht hauptgeschäftsfähig sein.

Eine selbständige Garantie ist dagegen regelmäßig hauptgeschäftsfähig und kommt deshalb auch als mögliche Zugabe in Betracht.

V. Notwendigkeit eines Zugabeverbots?

Dieses Ergebnis widerspricht allerdings der eigentlichen Zielsetzung der Zugabeverordnung. Anstatt den Verbraucher zu schützen, verhindert die Zugabeverordnung heute Verbesserungen für den Kunden, beispielsweise indem sie dem Händler die Gewährung selbständiger Garantien gewährt oder indem die Rechtsprechung Umtauschrechte als unzulässige Zugaben qualifiziert. Eigentlich soll die Zugabeverordnung gerade kein Hemmschuh wahrer Leistungssteigerungen sein, tatsächlich erzielt sie aber genau diese unerwünschte Wirkung.

Angesichts dieser kontraproduktiven Wirkung sollte die Zugabeverordnung insgesamt schnellstmöglich aufgehoben werden. Selbst der beabsichtigte Verbraucherschutz ist obsolet geworden, wenn man der normativen Bestimmung der Verkehrsauffassung ein zeitgemäßes Verbraucherleitbild zugrunde legt. Der zumindest heute von der Zugabeverordnung beabsichtigte Schutz des Verbrauchers vor unsachlicher Beeinflussung und Preisverschleierung ist unnötig geworden, weil sich der moderne Verbraucher an die Notwendigkeit genauer und vergleichender Betrachtung der Angebote gewöhnt hat.⁶⁵⁸ Das heißt aber, er braucht den Schutz durch die Zugabeverordnung nicht mehr.

Der Verbraucher benötigt diesen Schutz deshalb nicht mehr, weil er insbesondere differenzieren kann, wann ihm wirklich etwas geschenkt wird und wann er etwas indirekt mitbezahlt. Er weiß, daß jede Werbemaßnahme in der Gesamtkalkulation berücksichtigt wird und irgendwie erwirtschaftet werden muß.⁶⁵⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung steht die ZugabeVO der Gewährung von Umtausch- oder Rückgaberechten oder unselbständigen Garantien zwar eigentlich nicht entgegen.

⁶⁵⁸ In diese Richtung tendiert auch der BGH in WRP 00, 517, 520-Orient-Teppichmuster; WRP 99, 90-Handy für 0.- DM, WRP 99, 94-Handy-Endpreis und GR 96, 363, 365-Saustarke Angebote

⁶⁵⁹ Siehe oben Seite 119 ff.

Die Anwendungspraxis der Rechtsprechung verhindert allerdings Verbesserungen für den Verbraucher. Soweit die ZugabeVO also deren Schutz bezweckt, bewirkt sie tatsächlich das exakte Gegenteil⁶⁶⁰.

Soweit die ZugabeVO nicht den Verbraucherschutz, sondern den Schutz der Mitbewerber bezweckt, ist dieser Gesetzeszweck überholt und obsolet geworden.⁶⁶¹

Die ZugabeVO ist daher unnötig und unzeitgemäß und behindert bei der derzeitigen Anwendung innovative Absatzmethoden und Verbesserungen für den Verbraucher.

Sie ist daher nicht nur überflüssig, sondern geradezu kontraproduktiv und deshalb schnellstmöglich aufzuheben.

VI. Ausblick: Zugabeverbot durch § 1 UWG?

Schon seit Jahren wird der Fortbestand der Zugabeverordnung diskutiert. Diese Debatte hat neuen Schwung erhalten durch die am 4. Mai 2000 verabschiedete E-Commerce-Richtlinie.⁶⁶² Diese führt im Bereich des E-Commerce das Herkunftslandprinzip ein.⁶⁶³

⁶⁶⁰ Vgl. auch Sosnitza, S. 139

⁶⁶¹ Siehe oben Seite 10 ff.

⁶⁶² Abl. L 178 vom 18. Juli 2000, S. 1 ff.; abrufbar unter http://www.europa.eu.int/eur_lex/de/dat/2000/l_178/1782000717de/00010016.pdf

⁶⁶³ Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rz. 1231; Apel/ Grapperhaus, WRP 99, 1247 ff.

Da in den übrigen EU-Staaten keine dem deutschen Wettbewerbsrecht vergleichbaren Beschränkungen bestehen⁶⁶⁴, werden Nachteile für den Standort Deutschland befürchtet⁶⁶⁵. Um dies zu vermeiden, sollen die Zugabeverordnung und das Rabattgesetz aufgehoben werden.⁶⁶⁶

Sollte dieses Vorhaben umgesetzt werden, könnte man auf den Gedanken kommen, bisherige Zugaben künftig mit der bekannten Argumentation der Beeinflussung und Irreführung des Kunden unter die §§ 1, 3 UWG zu subsumieren. Es war ja bislang schon anerkannt, daß die Zugabeverordnung lediglich einen Spezialfall der Werteklamme und damit des Kundenfangs darstellt⁶⁶⁷. Schließlich wurden vor Erlaß der Zugabeverordnung Zugaben an § 1 UWG gemessen⁶⁶⁸, dazu könnte man nach deren Aufhebung zurückkehren wollen.

Diesem Vorhaben stünde allerdings der erklärte Wille des Gesetzgebers entgegen, durch die Aufhebung des Zugabeverbots diese Praxis generell zu ermöglichen. Dabei ist zu bedenken, daß Zugaben bisher der Extremfall der Werteklamme waren, der ohne weiteres unzulässig war, während außerhalb der Zugabeverordnung auf weitere Umstände abzustellen war⁶⁶⁹.

Wenn nun aber der spezialgesetzlich geregelte Extremfall zulässig sein soll, dann muß das auch Auswirkungen auf den sonstigen Bereich der Werteklamme haben, der weniger eindeutig wettbewerbswidrig ist.

⁶⁶⁴ Vgl. Überblick bei Bodewig/ Henning-Bodewig, WRP 00, 1341 ff. und Götting, GR Int. 86, 687 ff. und 788 ff.

⁶⁶⁵ Wettbewerbsrechtliche Vorschriften betreffen Modalitäten des Vertriebs und treffen in- und ausländische Gewerbetreibende gleichermaßen. Sie sind deshalb keine unzulässigen "Maßnahmen gleicher Wirkung". Vgl. Möschel, FS-Zäch, 377, 380 m. w. N., ders. NJW 94, 429 und NJW 94, 782; Kisseler, WRP 580, 583

⁶⁶⁶ Henning-Bodewig, WRP 00, 886 ff.; Speckmann, Wettbewerbsrecht, S. 353; Apel/Gropperhaus, WRP 99, 1247; Berlitz, WRP 2001, 349 ff.

⁶⁶⁷ Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 85 ff.; vgl. Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 283

⁶⁶⁸ Siehe oben Seite 5 ff.; vgl. auch Sambuc/Sambuc, GR 76, 279, 283 und Meyer, GR 2001, 98, 102 ff.

⁶⁶⁹ Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG Rz. 85 ff.

Das heißt, wenn es zulässig ist, dem Kunden Vorteile unter der Voraussetzung eines Geschäftsabschlusses zu gewähren, dann muß derselbe Vorteil erst recht unabhängig von einem Abschluß als bloßes Geschenk zulässig sein.

Nordemann führt dazu aus, jedes Geschenk bewirke zumindest ein leises Gefühl der Dankbarkeit. Wer aber aus Dankbarkeit oder "anstandshalber" kauft, entscheide unter sachfremden Einflüssen. Jede Form der Wertreklame beinhalte daher die Gefahr, den Sachzusammenhang zwischen Angebot und Kaufentschluß zu verfälschen⁶⁷⁰

Es bleibt allerdings auch unter dieser Begründung unklar, weshalb man den Verbraucher davor schützen muß, gerade wertvolle Geschenke zu erhalten. Denn soweit es zu einer Täuschung und Irreführung des Kunden kommt, kann an der Unzulässigkeit der Maßnahme kein vernünftiger Zweifel bestehen. Jenseits dieses Bereiches besteht allerdings auch kein entsprechender Grund, mit Rücksicht auf den Kunden ein solches Verhalten zu untersagen.

In einem jüngeren Fall hatte das Pfälzische Oberlandesgericht einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem ein Discothekenbesitzer für umsatzschwache Tage kostenlose Verzehr-Gutscheine von bis zu 50.-DM verschenkt hatte. Das Gericht sah dies als eindeutigen Verstoß gegen § 1 UWG an⁶⁷¹.

Dieses Ergebnis mußte jeder Wettbewerbsrechtler auch erwarten. Dem unvoreingenommenen Betrachter erscheint diese Konsequenz allerdings weit weniger selbstverständlich⁶⁷². Warum sollte eine Discothek nichts verschenken dürfen? Wem sollte dieses Vorgehen schaden? Warum sollte man den Kunden davor schützen, einen billigen Abend zu verbringen. Überzeugt es, dagegen vorzubringen, der Kunde fühle sich zu weiterem Verzehr genötigt? Und wenn schon, dann endet der Ausflug jedenfalls billiger als ohne den entsprechenden Gutschein.

⁶⁷⁰ Nordemann, Rz. 207

⁶⁷¹ OLG Zweibrücken, Az. 4 U 285/ 99, Urteil vom 7. 8. 2000; vgl. dazu auch Handelsblatt vom 8.8. 2000, S. 4

⁶⁷² Gleiches gilt für OLG Saarbrücken WRP 99, 224-Land's End

Nachdem das UWG jedoch zumindest kein reines Verbraucherschutzgesetz darstellt, sondern auch Mitbewerberschutz bezweckt, kommt die Sittenwidrigkeit auch unter einem weiteren Aspekt in Betracht: wer eigene Finanzkraft zu Werbemaßnahmen ausnutzt, die sich die Konkurrenz nicht leisten kann, bewegt sich in gefährlicher Nähe eines Unwerturteils.

Ein kleinerer Händler kann sich allerdings auch weder teure Fernsehwerbung leisten, noch ganzseitige Anzeigen in überregionalen Tageszeitungen. Nichtsdestotrotz kann dies nicht die Sittenwidrigkeit der jeweiligen Werbung an sich bedeuten.

Daher muß das Verbot auch teuerster Geschenke auf wenige Extremfälle beschränkt bleiben. Ein solcher Extremfall ist anzunehmen bei der Verteilung von Werbegeschenken oder Zugaben in Behinderungs- oder Vernichtungsabsicht. Die zum Verkauf unter Einstandspreis entwickelten Grundzüge können auf diese Fallgruppe übertragen werden.

Außerhalb dieser Sonderfälle bleibt für eine weitere Anwendung bisheriger Grundsätze der Wertreklame im Rahmen von § 1 UWG kein Raum.⁶⁷³

Alles in allem wird uns die Zugabe als Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen wohl erhalten bleiben...

⁶⁷³ A. A. wohl Meyer, GR 2001, 98, 102; differenzierend Berlit, WRP 2001, 349 ff.; vgl. auch Berneke, WRP 2001, 615 ff., der dem Irreführungsverbot des § 3 UWG besondere Bedeutung zumißt

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Hans-Jürgen
- Verwirrtheiten juristischer Verkehrskreise zum Verbraucherleitbild einer "normativen" Verkehrsauffassung,
WRP 2000, Seite 812 ff.
- Der Wettbewerbsprozeß,
begr. von Wilhelm L. Pastor,
bearb. von Peter Bähr u. a.,
4. Auflage, Köln 1999
zitiert: Pastor/Ahrens-Bearbeiter
- Apel, Jürgen/
Grapperhaus, Tanja
- Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenz- überschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht,
WRP 1999, Seite 1247 ff.
- Baumann, Jürgen
- Einführung in die Rechtswissenschaft,
8. Auflage, München 1989
- Baumbach, Adolf/
Hefermehl, Wolfgang,
Berlit, Wolfgang
- Wettbewerbsrecht,
21. Auflage, München 1999
Auswirkungen der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung auf die Auslegung von § 1 UWG und § 3 UWG,
WRP 2001, Seite 349 ff.
- Berneke, Wilhelm
- Zum Lauterkeitsrecht nach einer Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz,
WRP 2001, Seite 615 ff.

Bodewig, Theo/ Henning-Bodewig, Frauke	Rabatte und Zugaben in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, WRP 2000, Seite 1341 ff.
Borck, Hans-Günther	Eine Lanze für die Zugabeverordnung, WRP 1999, Seite 965 ff. Holzwege im Grenzgebiet von Wer- treklame und Preiswettbewerb, WRP 1983, Seite 469 ff.
Borck, Hans-Günther	Zugaben-Ernte 1970/71, WRP 1972, Seite 173 ff. Zum Gegenstand der Zugabe, WRP 1971, Seite 102 ff. Zur Bedeutung und Begrenzung des Begriffs "Zugabe", WRP 1970, Seite 338 ff. Über die Zugabe von handelsüblichem Zubehör, WRP 1964, Seite 295 ff.
Bornkamm, Joachim	Die Feststellung der Verkehauffas- sung im Wettbewerbsprozeß, WRP 2000, Seite 830 ff.
Bülow, Peter/ Artz, Markus	Fernabsatzverträge und Strukturen ei- nes Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, Seite 2049 ff.
Büttner, Hermann	Die Irreführungsquote im Wandel, GRUR 1996, Seite 533 ff.

- Bunte, Hermann-Josef (Hrsgb.) Lexikon des Rechts,
bearb. von Michael Lehmann u. a.,
Neuwied 1997,
zitiert: *Bunte-Bearbeiter*
- Burkert, Thomas "One for Two"- ein zulässiges
Koppelungsgeschäft?,
GRUR 1989, Seite 869 ff.
- Cahn, Hugo Die Wertreklame in den letzten fünf
Jahren, MuW 1932, Seite 61 ff
- Canaris, Claus-Wilhelm Anmerkung zu BGH JZ 71, 553 ff.,
Urteil vom 28. 4. 1971, VIII ZR
258/69,
JZ 1971, Seite 560 ff.
- Clad, Clovis Zugabeunwesen- Gutachten erstattet
dem Deutschen Verein für den Schutz
gewerblichen Eigentums,
GRUR 1929, Seite 843 ff.
- Creifelds, Carl (begr.) Rechtswörterbuch,
hrsgb. von Klaus Weber,
bearb. von Dieter Guntz u. a. .,
16. Auflage, München 2000
- Ekey, Friedrich/
Klippel, Diethelm u. a. Heidelberger Kommentar zum
Wettbewerbsrecht,
bearb. von Gudrun Lies-Benachib u. a.
Heidelberg 2000,
zitiert: *HK- Bearbeiter*

- Emmerich, Volker
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs,
5. Auflage, München 1998
- Emmerich, Volker
Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, Festschrift für Joachim Gernhuber, Tübingen 1993
zitiert: Emmerich, Gernhuber-FS
- Erman, Walter
Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Hrsgb.: Harm-Peter Westermann,
bearb. von Lutz Aderhold u. a.,
10. Auflage, München 1998
- Fezer, Karl-Heinz
Markenrecht,
2. Auflage, München 1999
- Fritze, Ulrich/
Die Electronic-Commerce-Richtlinie, WRP 2000, Seite 872 ff.
- Holzbach, Christoph
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 1993
zitiert: von Gamm, UWG
- Gamm, Otto-Friedrich Freiherr von
Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Halbband 1,
5. Auflage, Köln 1987
zitiert: von Gamm, Wettbewerbsrecht
- Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Halbband 2,
5. Auflage, Köln 1987
zitiert: von Gamm, Wettbewerbsrecht

- Gillert, Peter
Handelsfunktion und Nebenleistung-
Zur rechtlichen Relevanz der Begriffe,
BB 1981, Seite 702 ff.
- Godin, Hans von
Wettbewerbsrecht
2. Auflage, Berlin 1974
- Götting, Hans-Peter
Das deutsche Zugaberecht im Ver-
gleich zur Reformgesetzgebung in
Belgien, Frankreich und Schweden,
GRUR Int. 1986, Seite 687 ff. (Teil I)
und GRUR Int. 1986, Seite 788 ff.
(Teil II)
- Gloy, Wolfgang (Hrsgb.)
Handbuch des Wettbewerbsrechts, be-
arbeitet von Hans-Jürgen Ahrens u. a.,
2. Auflage, München 1997;
zitiert: *Gloy-Bearbeiter*
Zugabe und Rabatt,
begr. von Jürgen Hoth, überarbeitet
und fortgeführt von Wolfgang Gloy,
Berlin 1973
zitiert: Hoth/Gloy
- Groeschke, Peer/ Kiethe, Kurt
Die Ubiquität des europäischen Ver-
braucherleitbildes- Der europäische
Pass des informierten und verständi-
gen Verbrauchers,
WRP 2001, Seite 230 ff.
- Hahn, Traugott
Zur wettbewerbsrechtlichen Beurtei-
lung von Umtausch- und
Rückgaberechten,
WRP 1974, Seite 65 ff.

Hefermehl, Wolfgang	Sammelzugabe im Wettbewerb, WuW 1953, Seite 264 ff.
Heermann, Peter W.	Garantien, Rückgabe- und Um- tauschrechte, Koplungsgeschäfte- Die ZugabeVO als "Hemmschuh wahrer Leistungssteigerungen"?, WRP 1999, Seite 130 ff.
0	Handelsüblichkeit von Zugaben, WRP 1991, Seite 625 ff. Handelsüblichkeit von Zugaben: eine Untersuchung des Begriffs der Han- delsüblichkeit nach § 1 Abs. 2 lit.d ZugabeVO, Pfaffenweiler 1989 zitiert: Heermann, Handelsüblichkeit Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung?, WRP 2000, Seite 886 ff.
Henning-Bodewig, Frauke	Die Werbung mit dem Angebot bran- chenfremder Artikel- Bemerkungen zur Tierbuch-Entscheidung des BGH, BB 1979, Seite 450 ff.
Hirtz, Bernd	Anmerkung zu BGH-Geballtes Bunt, GRUR 1974, Seite 347 ff .
Hoth, Jürgen	Markengesetz, München 1998
Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian	

Jacobs, Rainer u. a. (Hrsgb.)	UWG Großkommentar, bearbeitet von Walter F. Lindacher u. a., 5. Lieferung, §§ 2-6e, Berlin 1992 zitiert: Großkommentar/ <i>Bearbeiter</i>
Junckerstorff, Kurt	Grundzüge des neuen Zugaberechts, GRUR 1933, Seite 756 f. Das Zugabeverbot, MuW 1932, Seite 225 ff. Die Zugabe in der Judikatur, JW 1930, Seite 3602 ff.
Klauer, Georg/ Seydel, Helmut	Das Zugabewesen, 3. Auflage, Berlin 1954
Klette, Chr. Manfred	Zur rechtserhaltenden Benutzung durch Verwendung abweichender Markenformen, WRP 2000, Seite 913 ff.
Kehl, Dieter	Wettbewerbsrecht, München 1990
Kemper, Rainer / Rosenow, Jörg	Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa WRP 2001, Seite 370 ff.
Kisseler, Marcel	Handy für 0,00 DM- Was bleibt von der Zugabeverordnung?, WRP 1999, Seite 580 ff.

Klett, Kathrin	Die durchschnittlich aufmerksame Verbraucherin und der durchschnittlich gut ausgebildete Fachmann, GRUR 2001, Seite 549 ff.
Knöpfle, Robert	Zur Anwendung der Zugabeverordnung auf Sammelgutscheine und Sammelzugaben, NJW 1993, Seite 246 ff.
Knops, Kai-Oliver	Rückgabe- und Umtauschrechte als Zusatzleistungen, GRUR 1995, Seite 649 ff.
Koch, Ernst	Die Regelung des Zugabewesens, MuW 1932, Seite 223 ff.
Köhler, Helmut	Nebenleistungswettbewerb und Zugabeverordnung, in: Marktwirtschaft und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Erich Hoppmann, Baden-Baden 1994, Seite 283 ff.
Köhler, Helmut/ Piper, Henning	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 1995
Koller, Peter	Theorie des Rechts: eine Einführung, Wien 1992
Krüger, Christof	Zur aktuellen divergierenden "Handy-Rechtsprechung" der Oberlandesgerichte, WRP 1998, Seite 262 ff.

Kullmann, Hans-Josef	Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1994-1995, NJW 1996, Seite 18 ff.
Lackner, Karl / Kühl, Kristian	Strafgesetzbuch, 23. Auflage, München 1999
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin 1983
Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995
Larenz, Karl/ Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997
Leisner, Walter	Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH- Zur euro- parechtlichen Zulässigkeit abstrakter Gefährdungstatbestände (§§ 6a, 6b UWG), EuZW 1991, Seite 498 ff.
Lorenz, Stephan	Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, Seite 833 ff.
Maluga, Gabriele	Der "Frequent- Flyer"- "Jäger und Sammler" im 20. Jahrhundert, WRP 1996, Seite 184 ff.

- Meyer, Justus
Rabatt- und Zugabe-Regulierung auf dem Prüfstand
GRUR 2001, Seite 98 ff.
- Möschel, Wernhard
Wettbewerbsrechtliche und unlauterkeitsrechtliche Aspekte der Internet-Nutzung,
in Festschrift für Roger Zäch,
hrsgb. von Peter Forstmoser u. a.,
Seite 377 ff., Zürich 1999
zitiert: Möschel, FS-Zäch
Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit,
Anm. zu EuGH NJW 1994, 121 ff.-Keck,
NJW 1994, Seite 429 ff.
- Möschel, Wernhard
Anmerkung zu EuGH NJW 1994, 781 f.- Hünernmund,
NJW 1994, Seite 782
Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz- Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich,
Tübingen 1978
zitiert: Möschel, Pressekonzentration

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Hrsgb. von Franz-Jürgen Säcker u. a., Bd. I, bearb. von Jürgen Basedow u. a., 3. Auflage, München 1993
	Bd. III 2. Hb., bearb. von Uwe Hüffer u. a., 2. Auflage, München 1986
Nordemann, Wilhelm	jeweils zitiert: MüKo- <i>Bearbeiter</i> Wie sich die Zeiten ändern- Der Wandel der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild in § 3 UWG, WRP 2000, Seite 977 ff.
Nordemann, Wilhelm u. a.	Wettbewerbs- und Markenrecht, 8. Auflage, Baden-Baden 1996
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. von Peter Bassenge u. a., 59. Auflage, München 2000, zitiert: Palandt- <i>Bearbeiter</i>
Paul, Wolfgang	Umtausch- und Rückgaberechte als verbotene Zugaben?, GRUR 1999, Seite 34 ff.
Paul, Wolfgang	Sind Umtausch- und Rückgaberechte verbotene Zugaben?, ZIP 1998, Seite 1099 ff.

Piper, Henning	Neuere Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerbsrecht, GRUR 1996, Seite 147 ff.
Platz, Gunda	Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung, NJW 2000, Seite 3161 ff.
Reese, Ulrich	Das "6-Korn-Eier"-Urteil des EuGH-Leitentscheidung für ein Leitbild?, WRP 1998, Seite 1035 ff.
Reimer, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage, 1954
Reimer, Eduard / Krieger, Albrecht	Zugabe- und Rabattrecht, Köln 1955
Remmert, Martin	Herstellergarantie und Zugaberecht, WRP 1990, Seite 584 ff.
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Hrsgb. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Bd. II Teil 5 §§812-831, bearb. von Georg Heimann-Trosien u. a., 12. Auflage, Berlin 1974/2000 zitiert: <i>RGRK-Bearbeiter</i>
Richter, Gerhardt	Werbungsfragen der Versandgeschäfte, JW 1936, Seite 2605 ff.

Rittner, Fritz	Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1999
Rosenthal, Alfred	Wettbewerbsgesetz nebst den materi- ellen Bestimmungen des Warenzeichengesetzes, 6. Auflage, Berlin 1927
Sack, Rolf	Das Verbraucherleitbild und das Un- ternehmerleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1998, Seite 264 ff. Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, WRP 1983, Seite 63 ff.
Sambuc, Peter / Sambuc, Thomas	Handelsüblichkeit und Wettbewerbs- konformität von Zugaben, GRUR 1976, Seite 279 ff.
Scherer, Inge	Normative Bestimmung von Ver- wechslungs- und Irreführungsfahr im Markenrecht, GRUR 2000, Seite 273 ff.
Schönke, Adolf/ Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, bearb. von Theodor Lenckner u. a., 25. Auflage, München 1997
Schricker, Gerhard	Reformen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZRP 1994, Seite 430 ff.
Schricker, Gerhard	Deregulierung im Recht des unlautere- ren Wettbewerbs, GRUR Int. 1994, Seite 586 ff

Schuster, Silke	"Prägende" Herstellerangaben in Kombinationszeichen? -Von "NSU- Fox" über "Blendax-Pep" bis "Ecco II", WRP 1999, Seite 901 ff.
Schwacke, Peter	Juristische Methodik, 3. Auflage, Köln 1995
Seydel, Helmut	Zugabeverordnung und Rabattgesetz, begründet von Georg Klauer, 4. Auflage, München 1993 Anmerkung zu BGH GR 68, 649 ff.-Rocroni-Aschenbecher GRUR 1968, Seite 651 f.
Sosnitza, Olaf	Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, : Erscheinungs- formen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, Baden-Baden 1995
Spätgens, Klaus	Irreführende Werbung- Verbraucher- leitbild- Marktforschung, WRP 2000, Seite 1023 ff.
Speckmann, Gerhard	Wettbewerbsrecht: UWG- Marken- rechtsverletzung- Wettbewerbsverfahrensrecht, 3. Auflage, Köln 2000
Spengler, Albrecht	Wettbewerb - Recht und Schranken, Stuttgart 1957

Spliethoff, Hans Peter	Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht: ein Beitrag zu Begriff, Ermittlung und Relevanz eines lauterkeitsrechtlichen Zentralbegriffs, Baden-Baden 1992
Steinhöfel, Joachim Nikolaus	Das Mobiltelefon zum Nulltarif, GRUR 1998, Seite 27 ff.
Streinz, Rudolf	Gibt es eine europäische Verkehrsauffassung?, ZLR 1991, Seite 242 ff.
Ströbele, Paul / Klaka, Rainer	Markengesetz: Kommentar, im Anschluß an den Kommentar zum Warenzeichengesetz von Werner Althammer, 6. Auflage, Köln 2000 zitiert: Althammer/ <i>Bearbeiter</i>
Tetzner, Heinrich	Zugaberecht im Umbruch, NJW 1954, Seite 580 ff.
Vehslage, Thorsten	Die Änderungen des BGB im Zuge der Einführung des Fernabsatzgesetzes, Anwaltsblatt 2000, Seite 682 ff.
Veltins, Michael/ Bäumer, Ulrich	Fernabsatzgesetz enthält Widersprüche, Handelsblatt vom 28. 6. 2000, Seite 59
Weidert, Stefan	Internet und Wettbewerbsrecht, Anwaltsblatt 2000, Seite 390 ff.
Weizsäcker, Christian von	Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden?, WuW 1987, Seite 706 ff.

Wirth, Robert K.

Gedanken zur Tragweite des
Zugabeverbots,

BB 1962, Seite 356 ff.

Lebenslauf

PERSÖNLICHE DATEN

geboren	am 26. Juli 1970 in Ruit a.d.F.
Familienstand	verheiratet
Staatsangehörigkeit	deutsch

AUSBILDUNG

Schulbildung	1977 - 1981	Grundschule in Stuttgart-Plieningen
	1981 - 1990	Heinrich Heine Gymnasium, Ostfildern Abschluß: Allgemeine Hochschulreife
Studium	1992 - 1997	Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
	21. Januar 1997	Erste juristische Staatsprüfung
Referendariat	1997 - 1999	Landgericht Stuttgart
	26. Oktober 1999	Zweite juristische Staatsprüfung

BERUFSERFAHRUNG

seit 22. Februar 2000	Rechtsanwalt in Stuttgart
-----------------------	---------------------------