



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 112/03

Verkündet am:  
20. Oktober 2005  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Schulfotoaktion

UWG § 4 Nr. 1

Das Angebot eines Fotostudios an eine Schule, dieser einen PC zu überlassen, wenn die Schule eine Schulfotoaktion vermittelt, bei der die angefertigten Fotos Eltern oder Schülern zum Kauf angeboten werden, ist grundsätzlich keine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die Entscheidungen der Schule, der Schüler oder deren Eltern.

UWG § 4 Nr. 11; BbgSchulG § 47 Abs. 3

Das Verbot von Geschäften auf dem Schulgelände in § 47 Abs. 3 BbgSchulG ist auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

BGH, Urt. v. 20. Oktober 2005 - I ZR 112/03 - Brandenburg. OLG  
LG Potsdam

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 8. April 2003 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Potsdam vom 21. August 2002 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittel werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte betreibt einen "Digitalen Schulfoto Vertrieb". Sie schloss am 23./24. Januar 2001 mit einer Realschule in N. /Brandenburg folgende Vereinbarung:

"Digitaler Schulfotovertrieb übergibt kostenlos einen Internet PC neuerer Bauart, mit 17 Zoll Monitor und Modem/ISDN Karte, sowie einen Farbtintenstrahldrucker sowie Software zu Ausbildungszwecken. Der PC wird Eigentum der Schule.

Die Nutzungsüberlassung erfolgt kostenfrei, wobei alle weiterführenden Kosten, die im Zusammenhang mit der Nutzung entstehen wie Strom, mögliche Reparaturen nach der Gewährleistung zu Lasten der Schule gehen.

Im Gegenzug bewirbt und vermittelt die Schule eine einmalige Fotoaktion an Dritte, namentlich an die Schüler bzw. deren Eltern.

Für die anlässlich der Fotoaktion von den Schülern hergestellten Fotoserien besteht zu keinem Zeitpunkt eine Kaufverpflichtung. Dies gilt für die Schüler wie deren Eltern oder die Schule.

Die Schule stellt für die Fotoaktion einen separaten Raum für einen, max. zwei Tage zur Verfügung und wird einen Fototermin für dann ca. 260 Schüler im Monat Mai 2001 organisieren.

Die Schule wird die anlässlich des obigen Fototermins hergestellten Fotoserien den Schülern/Eltern zur Ansicht zugänglich machen; wobei die Schüler/Eltern frei über einen möglichen Kauf oder die Rückgabe der Fotoserien entscheiden.

Das durch den Verkauf der Fotoserien eingenommene Geld wird an Schulfoto Vertrieb überwiesen sowie die zurückgegebenen Fotoserien an Schulfoto Vertrieb geschickt.

Die Lieferung der Hardware erfolgt automatisch (zur Vereinfachung und Vermeidung von Lieferengpässen) direkt an dem Tag der Billieferung zur Überlassung."

2 Im September 2001 versandte die Beklagte Werbebriefe an Schulen, denen das Formular einer "Sponsoring-Vereinbarung" mit folgendem Inhalt anlag:

"1. PC Sponsoring

D. [gemeint ist die Beklagte] unterstützt das Aktionsprogramm der Bundesregierung 'PC-Sponsoring', dessen Hauptmerkmal die Zurverfügungstellung von PCs ist.

Als Sponsoringleistung stellt D. der Schule zu Ausbildungszwecken einen fabrikneuen 750-1000 MHz Computer mit 17" Monitor und Software zu Ausbildungszwecken für 4 Jahre ab Lieferung kostenlos zur Verfügung.

2. Eigentum, Kosten

Der der Schule überlassene PC, Monitor, Software bleibt Eigentum von D. und wird der Schule als unentgeltliche Leistung zu Ausbildungszwecken kostenfrei zur Nutzung überlassen.

Alle im Rahmen der Nutzung anfallenden Kosten gehen zu Lasten der Schule.

3. Gestattung

Die Schule ermöglicht D. die Durchführung einer einmaligen Fotoaktion für die Schüler bzw. deren Eltern. Die .... Schüler/-innen werden im Monat .... Jahr .... von D. fotografiert.

Für die im Rahmen der Fotoaktion erstellten Fotoserien besteht für die Schüler/-innen, deren Eltern oder die Schule keine Kaufverpflichtung.

Die Schule verteilt die klassenweise sortierten und ausgelieferten Fotoserien an die Schüler/-innen bzw. deren Eltern, damit diese zu Hause frei über Kauf oder Rückgabe entscheiden können. Das 'Geldeinsammeln' entfällt, jeder Fotoserie ist ein Geldbriefumschlag beigelegt. Nach Abschluss der Fotoaktion werden die nicht verkauften Bilder und die Geldbriefumschläge durch D. in der Schule abgeholt.

4. Lieferung, Gewährleistung

Die kostenfreie Nutzungsüberlassung/Auslieferung des PC an die Schule erfolgt automatisch mit der Auslieferung der Fotoserien und soweit gesetzlich zulässig, unter Ausschluss der Gewährleistung. D. tritt für die Dauer der Nutzungsüberlassung gegenüber dem Hersteller oder Lieferanten der überlassenen Hard- und Software bestehende Gewährleistungsansprüche an die Schule ab, die diese Abtretung annimmt."

3 Auch in der Folgezeit unterbreitete die Beklagte Schulen in Werbebriefen das Angebot, diesen nach deren Wahl einen PC mit Monitor oder den Betrag von 800 € zu spenden, wenn eine Fotoaktion durchgeführt werde.

4 Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., hat dieses Vorgehen (unter den Gesichtspunkten des übertriebenen Anlockens, des psychischen Kaufzwangs und der Laienwerbung) als wettbewerbswidrig beanstandet. Sie hat beantragt,

1. der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Schulen die Überlassung eines kostenlosen Internet-PC anzubieten, wenn die Schule sich im Gegenzug verpflichtet, eine Fotoaktion mit Schülern bzw. deren Eltern zu vermitteln, in deren Rahmen die angefertigten Fotos von den Eltern bzw. Schülern zum Verkauf angeboten werden, und/oder ankündigungsgemäß zu verfahren;

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 175,07 € nebst Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

5 Die Beklagte hat ein wettbewerbswidriges Verhalten in Abrede gestellt.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

7 Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt (Brandenburgisches OLG WRP 2003, 903).

8 Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

10 Die Beklagte wolle sich durch ihr Angebot eines kostenlosen PC in wettbewerbswidriger Weise Zugang zu Schulen verschaffen, um bei einem Schulfototermin Fotos fertigen und später an Schüler und deren Eltern verkaufen zu können. Das Angebot sei geeignet, die Entscheidung der Schulleitungen darüber, wem die Durchführung von Fototerminen gestattet werde, unsachlich zu beeinflussen. Gerade auch wegen der großen Finanznöte der öffentlichen Hand im Schulbereich habe ein PC einen nicht unerheblichen Wert. Es sei jedoch nicht Aufgabe der Schulleitungen, sondern des Schulträgers, für den Schulbe-

trieb notwendige oder sinnvolle Mittel zu beschaffen. Die Eltern und die Schüler, die sich nur für oder gegen den Kauf der angebotenen Fotos entscheiden könnten, würden sich darauf verlassen, dass die Entscheidung darüber, welchem Fotografen ein Fototermin in der Schule gestattet werde, sachlich und objektiv getroffen werde.

11 Ohne die Untersagung des beanstandeten Verhaltens bestehe die Gefahr einer Verwilderung der Sitten. Denn es wäre zu erwarten, dass Fotografen versuchten, sich mit ihren Gegenleistungen für die Gestattung von Fototerminen gegenseitig auszustechen. Ebenso bestehe die Gefahr, dass Anbieter anderer Waren und Dienstleistungen den Schulen ähnliche Zuwendungen machten, um Eltern und Schülern während des laufenden Schulbetriebs ihre Leistungen anbieten zu können.

12 Der Zahlungsanspruch sei als Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die für die Abmahnung entstanden seien, begründet.

13 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14 1. Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin dagegen, dass die Beklagte Schulen - mit öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichem Träger - anbietet, ihnen einen PC zu überlassen, wenn sich die Schule verpflichtet, eine Schulfotoaktion zu vermitteln, bei der die angefertigten Fotos Eltern oder Schülern zum Kauf angeboten werden. Weiter soll der Beklagten verboten werden, entsprechend diesem Angebot zu verfahren. Bei Berücksichtigung des Klagevorbringens ist zweifelsfrei, dass das Wort "von" in der Wendung "Fotos von den Eltern bzw. Schülern" nur versehentlich in den Klageantrag eingefügt worden ist.

- 15            2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Unterlassungsantrag unbegründet. Nach Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 könnte der Klägerin ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG) nur zustehen, wenn das beanstandete Verhalten nach diesem Gesetz als wettbewerbswidrig zu beurteilen wäre (vgl. dazu BGH, Urt. v. 7.4.2005 - I ZR 140/02, GRUR 2005, 603, 604 = WRP 2005, 874 - Kündigungshilfe, m.w.N.). Dies ist nicht der Fall.
- 16            a) Die Beklagte nimmt durch das beanstandete Wettbewerbsverhalten weder auf die Entscheidungen der Schule noch auf die Entscheidungen der Schüler und deren Eltern einen unangemessenen unsachlichen Einfluss (§ 4 Nr. 1 UWG).
- 17            Bei der Durchführung einer Schulfotoaktion hat die Schule eine Schlüsselstellung. Ein Fotograf kann eine solche Aktion nur durchführen, wenn die Schule ihm dies - im Rahmen ihrer Aufgabenstellung (vgl. dazu nachstehend unter b) aa) - gestattet und bei der Abwicklung der Aktion mitwirkt. Diese besondere Stellung ergibt sich auch bei Schulen öffentlich-rechtlicher Träger nicht aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabe, sondern - wie bei privaten Schulen - daraus, dass Fotoaktionen, bei denen Fotoserien von allen Klassen und Schülern aufgenommen werden, praktisch nur im Rahmen des Schulbetriebs möglich sind.
- 18            Das Angebot der Beklagten, der Schule als Gegenleistung für die Gestattung einer Fotoaktion einen PC zur Verfügung zu stellen, gibt der Schule einen erheblichen Anreiz, der Beklagten bei solchen Aktionen gegenüber ande-

ren Fotografen den Vorzug zu geben. Darin liegt jedoch keine unangemessene unsachliche Einflussnahme.

19 Die Schule erhält den PC für geldwerte Leistungen, die sie selbst oder durch ihre Lehrkräfte erbringt. Sie eröffnet der Beklagten den Zugang zum Schulgelände und wirkt auch sonst bei der Abwicklung der Schulfotoaktion mit. Sie hat ein bis zwei Tage einen Raum für die Aufnahmen zur Verfügung zu stellen. Dazu kommen Organisationsleistungen: Die Schule regelt den Ablauf der Aktion während des Schulbetriebs und gibt die Fotos an die Schüler aus. Sie nimmt für die Beklagte die Gelder für gekaufte Fotos (zumindest in der Form von Geldbriefumschlägen) ein und nimmt nicht gekaufte Fotos für die Beklagte zurück. Unter diesen Umständen ist es nicht unsachlich, wenn sich die Schule bei der Entscheidung für einen bestimmten Fotografen (auch) davon leiten lässt, ob und gegebenenfalls welche Gegenleistungen sie als Unterrichtsmittel für ihre Mitwirkung erhält (vgl. - zu einem gleichgelagerten Fall - österr. OGH MR 2005, 54, 55 f. - Schulfotos).

20 Die Schule nimmt ihrerseits bei einer Schulfotoaktion, wie sie mit der Klage beanstandet wird, auf Schüler und Eltern beim Kauf von Bildern keinen unsachlichen Einfluss. Sie erhält den in Aussicht gestellten PC bereits am Tag der Bilderlieferung und unabhängig davon, ob später Bilder abgenommen werden. Sie hat deshalb kein Interesse daran, in besonderer Weise zum Kauf anzuregen. Eltern und Schüler können sich allein danach entscheiden, ob ihnen die Fotos zusagen und der Preis angemessen erscheint.

21 b) Das Unterlassungsbegehren der Klägerin ist auch nicht begründet, soweit die von der Beklagten angesprochenen Schulen einen öffentlich-recht-

lichen Träger haben und dementsprechend bei ihrer Verwaltung besonderen rechtlichen Beschränkungen unterliegen.

22           aa) Das beantragte Verbot kann - entgegen der Ansicht der Revisions-  
erwiderung - auch für Fälle einer Beteiligung öffentlich-rechtlicher Schulen nicht  
auf § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 47 Abs. 3 des Brandenburgischen Schulgesetzes  
(BbgSchulG) gestützt werden.

23           In § 47 Abs. 3 BbgSchulG ist geregelt:

"Das Vertreiben von Gegenständen aller Art, Ankündigungen und  
Werbung hierzu, das Sammeln von Bestellungen sowie der Ab-  
schluss sonstiger Geschäfte sind auf dem Schulgelände nicht er-  
laubt. Der Schulträger kann Ausnahmen im schulischen Interesse,  
insbesondere zur Verpflegung von Schülerinnen und Schülern, zu-  
lassen. Werbung in Schülerzeitungen bleibt davon unberührt."

24           Nach dieser Vorschrift gilt das Verbot von Geschäften auf dem Schulge-  
lände nicht ausnahmslos; der Schulträger kann vielmehr nach § 47 Abs. 3  
Satz 2 BbgSchulG Ausnahmen im schulischen Interesse zulassen. Das Ver-  
botsbegehren berücksichtigt diese Möglichkeit jedoch nicht und geht daher  
schon deshalb zu weit. Der Klägerin steht zudem wegen des beanstandeten  
Verhaltens der Beklagten ohnehin kein Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 11  
UWG i.V. mit § 47 Abs. 3 BbgSchulG zu.

25           Das Verbot von Geschäften auf dem Schulgelände in § 47 Abs. 3  
BbgSchulG ist allerdings auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer  
das Marktverhalten zu regeln (§ 4 Nr. 11 UWG). Es gilt jedoch nur, soweit keine  
Ausnahmegenehmigung erteilt ist. An allen Schulfotoaktionen, wie sie Gegen-  
stand der Klage sind, wirkt zudem die Schule mit. Es ist Sache des Schulträgers

und der Schulleitungen, nach eigenem Ermessen abzuwägen, ob die Durchführung eines solchen Schulfototermins unter den jeweils gegebenen Umständen dem schulischen Interesse entspricht (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 4.4.1984 - I ZR 9/82, GRUR 1984, 665, 667 = WRP 1984, 399 - Werbung in Schulen).

26            Sollte es die Schule im Einzelfall versäumen, eine Ausnahmegenehmigung des Schulträgers für eine Fotoaktion einzuholen, wäre das beanstandete Verhalten der Beklagten nicht schon deshalb wettbewerbswidrig. Die Einholung der Ausnahmegenehmigung des Schulträgers ist eine verwaltungsinterne Pflicht der Schulleitung. Die Verletzung dieser Pflicht hat keinen Wettbewerbsbezug und könnte schon deshalb für sich nicht die Unlauterkeit eines Wettbewerbsverhaltens im Sinne des § 3 UWG begründen. Es ist hier auch nichts dafür ersichtlich, dass es die Beklagte darauf anlegen könnte, dass die Entscheidungsbefugnis des Schulträgers umgangen und ihr ohne dessen Genehmigung der Zugang zur Schule zur Durchführung der Fotoaktion verschafft wird.

27            Nach Sinn und Zweck des Brandenburgischen Schulgesetzes ist die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für eine Schulfotoaktion wegen des engen Zusammenhangs einer solchen Aktion mit dem Schulauftrag auch nicht von vornherein ausgeschlossen. Klassenfotos und Einzelfotos aller Schüler, die an einem bestimmten Tag aufgenommen werden, tragen - auch noch in späteren Jahren - zur Verbundenheit der Schüler mit der Schule und untereinander bei und sind zugleich Dokumente der Schulgeschichte. Dementsprechend sind Schulfotoaktionen unstreitig seit Generationen üblich. Eine Ausnahmegenehmigung des Schulträgers käme unter diesen Umständen nur dann keinesfalls in Betracht, wenn die Übergabe eines PC als Gegenleistung für die Mitwirkung der Schule als Vorteilsgewährung im Sinne des § 333 StGB bzw. Vorteilsannahme im Sinne des § 331 StGB zu beurteilen wäre. Dies ist jedoch, wie nachstehend

(unter bb)) dargelegt, nicht der Fall. Im übrigen ist es Sache der für das Schulwesen zuständigen Behörden, im Rahmen ihres Ermessens darüber zu entscheiden, ob es mit Rücksicht auf die besondere Vorbildfunktion einer Schule hinnehmbar ist, Maßnahmen im Schulbetrieb wie die Organisation von Schulfotoaktionen (auch) von Gegenleistungen Privater abhängig zu machen.

28           bb) Das Unterlassungsbegehren ist - entgegen der erstmals in der mündlichen Revisionsverhandlung vorgetragenen Ansicht der Revisionserwiderung - auch nicht nach § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit §§ 331, 333 StGB begründet. Dies gilt schon deshalb, weil der Klageantrag nicht berücksichtigt, dass das beanstandete Verhalten zumindest dann nicht strafbar ist, wenn es die zuständige Behörde genehmigt (§ 331 Abs. 3, § 333 Abs. 3 StGB). Aber auch ohne das Vorliegen einer solchen Genehmigung ist das beanstandete Verhalten der Beklagten nicht als Vorteilsgewährung im Sinne des § 333 Abs. 1 StGB und das entsprechende Verhalten eines für die Schule handelnden Amtsträgers (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 StGB) nicht als Vorteilsannahme im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB zu beurteilen. Die von der Schule im Rahmen der Schulfotoaktion zu erbringenden Leistungen betreffen allerdings zu einem wesentlichen Teil auch die Dienstausübung, insbesondere bei dem Zurverfügungstellen von Räumen und der Eingliederung der Aktion in den laufenden Schulbetrieb. Die Straftatbestände der § 331 Abs. 1 und § 333 Abs. 1 StGB sind jedoch schon deshalb nicht anwendbar, weil der allein begünstigten Schule kein Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB zugewendet werden soll.

29           Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 und des § 333 Abs. 1 StGB ist jede Leistung des Zuwendenden, die den Amtsträger oder einen Dritten materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder auch nur persönlichen Lage objektiv besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten An-

spruch hat (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., § 331 Rdn. 11, § 333 Rdn. 5, m.w.N.). Ein solcher Vorteil wird durch die beanstandeten Verträge zur Durchführung von Schulfotoaktionen nicht begründet. Wird aufgrund eines entgeltlichen Vertrages für eine geldwerte Leistung eine Gegenleistung erbracht, liegt darin zumindest dann kein Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 und des § 333 Abs. 1 StGB, wenn die Gegenleistung als Entgelt nicht unangemessen ist und nicht schon der Vertragsschluss als solcher als Vorteil anzusehen ist (vgl. dazu - zu § 331 Abs. 1 StGB a.F. - BGH, Urt. v. 3.7.1991 - 2 StR 132/91, insoweit in NStZ 1991, 550 nicht abgedruckt; Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004, S. 124 ff.). Im vorliegenden Fall steht die mit dem Unterlassungsantrag beanstandete Leistung eines PC nicht nur in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu den erheblichen Leistungen, die von der Schule und ihren Lehrkräften zu erbringen sind; es ist auch weder vorgetragen noch ohne weiteres ersichtlich, dass die Werte der beiderseitigen Leistungen in einem Ungleichgewicht stehen müssten.

- 30                    3. Da der Unterlassungsantrag unbegründet ist, hat die Klägerin auch keinen Anspruch aus §§ 683, 670 BGB auf Ersatz der Aufwendungen, die durch die Abmahnung entstanden sind.

31 III. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

32 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

v. Ungern-Sternberg

Pokrant

Büscher

Bergmann

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 21.08.2002 - 52 O 23/02 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 08.04.2003 - 6 U 137/02 -