

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Schutzverband \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer und andere Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei A. \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernhard Huber und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 30.000 EUR), über den Revisionsrekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 9. August 2004, GZ 1 R 145/04f-8, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Linz vom 23. Juni 2004, GZ 15 Cg 28/04t-4, abgeändert wurde, folgenden

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit 2.757,06 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 459,51 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Beklagte betreibt das Fotografengewerbe. Sie ist vorwiegend im Bereich "Schulfotografie" tätig, dh sie fertigt Einzelbilder und Gruppenbilder von Schülern an, welche den Schülern bzw deren Eltern zum Kauf angeboten werden. Um die Zustimmung und Unterstützung der Schulen zur Durchführung der Fotoaktion zu bekommen, schließt die Beklagte mit der jeweiligen Schulleitung einen "Sponsoring-Werbe-Partnerschafts-Vertrag" ab.

Der Vertrag lautet auszugsweise wie folgt:

"1. Vertragsgegenstand

(1) Im Rahmen dieser Vereinbarung stellt die obige Firma über einen Sponsor der o.g. Schule folgende, fabriksneue Objekte zur Verfügung:

Set 1 >ab 120 Schülern> Digital Camcorder Sony  
LCD Monitor u.v.m.

Set 2 >ab 170 Schülern> Computer 2,2 GHz 256  
MB + 17 Zoll Monitor

Set 3 >ab 250 Schülern> 100.000 Blatt  
Kopierpapier 80g weiß

Set 4 >ab 300 Schülern> Laptop 2,4 GHz 256 MB  
30 GB Windows XP

Set 5 >ab 400 Schülern> Beamer 1.100 Ansi  
Lumen SVGA

Set 6 >ab 500 Schülern> Power Computer 3,0 GHz 512 MB + 17 Zoll Flachbildschirm

(2) Die obigen Objekte wurden durch die o.g. Firma erworben (nicht geleast oder gemietet) und werden der o.g. Schule zu Ausbildungszwecken kostenfrei überlassen.

...

### 3. Gestattung/Werbevereinbarung

(1) Die Schule gestattet bzw vermittelt eine einmalige Fotoaktion an Dritten, nämlich an allen immatrikulierten Schülern der Schule und wird dazu die notwendigen organisatorischen Maßnahmen treffen.

(2) Für die anlässlich der Fotoaktion von den Schülern herzustellenden Fotoserien (jeweils; Einzelportraits und Klassenbilder zu insgesamt à max. 13 EUR), besteht zu keinem Zeitpunkt eine Kaufverpflichtung. Das gilt sowohl für die Schüler, deren Eltern sowie die Schule selbst.

(3) Die Schule stellt für die genannte Fotoaktion einen separaten Raum auf dem Schulgelände für einen, max. zwei Vormittage zur Verfügung und wird den Fototermin für alle immatrikulierten, ca ..... Schüler der Schule im Monat ... entsprechend organisieren...

(4) Die Schule wird die anlässlich des obigen Fototermins hergestellten Fotoserien den jeweils fotografierten Schülern bzw deren Eltern zur Ansicht zugänglich machen, wobei die Schüler bzw deren Eltern frei über einen möglichen Kauf oder die mögliche Rückgabe der angefertigten Fotoserien entscheiden.

(5) Die Schule wird das durch den Verkauf der Fotoserien vereinnahmte Geld vollständig abrechnen und ohne Einbehalt an die o.g. Firma überweisen sowie die nicht abgenommenen bzw zurückgegebenen Fotoserien zu Abrechnungszwecken an die o.g. Firma zurücksenden.

#### 4. Lieferung

(1) Die Lieferung der o.g. Sponsoringobjekte erfolgt automatisch (zur Vereinfachung der Disposition und zur Vermeidung von Lieferengpässen) in einer Lieferung gemeinsam mit den hergestellten Fotoserien, also spätestens 3 Wochen nach dem Tag der Fotoaktion. Die Nutzungs- und Eigentumsüberlassung läuft ab dem Tag der Übergabe.

(2) Die Überlassung und Nutzung der o.g. Hardware ist jedoch in keiner Weise mit der Lieferung der Fotoserien gekoppelt bzw verknüpft und verpflichtet die Schule nicht zu Abnahme oder Kauf irgendwelcher Fotoserien bzw zu sonstigen oder anderweitigen Verpflichtungen und Gegenleistungen.

#### 5. Sonstiges

(1) Zur Vermeidung eines 'psychologischen Kaufzwanges' auf Seiten der Schüler bzw deren Eltern ist die Schule nicht verpflichtet, die Inhalte dieser Sponsoringpartnerschaft an Dritte, insbesondere Schüler oder Eltern weiterzugeben.

..."

Die Beklagte bietet den Schulen zum Teil auch an, statt der Sachprämie einen "Rabatt" von 20 % des tatsächlichen Verkaufserlöses in Anspruch zu nehmen. Es ist seit Jahrzehnten üblich, Schulen im Zusammenhang mit der Anfertigung von Einzel- und Gruppenbildern von Schülern "Rabatte" von 10 bis 20 % des Verkaufserlöses für die "Klassenkassen" und/oder kostenlose Lehrer- bzw Personalbilder anzubieten.

Der Kläger begehrt zur Sicherung seines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Schulen wertvolle Prämien, insbesondere Prämien wie digitale Camcorder,

Computer, Laptops, Beamer ua kostenfrei anzubieten und/oder zu überlassen, wenn die Schule vermittelt und/oder organisiert, dass alle ihre immatrikulierten Schüler in Fotoserien (Einzelporraits und Klassenbilder), welche von den Schülern bzw deren Eltern käuflich erworben werden sollen, fotografiert werden können und/oder die Schule die Abwicklung des Verkaufs dieser Fotoserien, insbesondere Abrechnung und Rücksendung allfälliger nicht "aufgegebener" Fotoserien, durchführt. Eltern und Schüler würden durch das Einspannen der Autorität und der Ressourcen der Schule unter Einschluss des Lehrkörpers zu einem bestimmten Schulfotografen "hingelenkt". Auch wenn formal kein Kaufzwang zur Abnahme der Fotoserien bestehe, werde ein psychologischer Kaufzwang begründet. Es sei den Eltern unangenehm, die Klassenfotoserien ihrer Kinder nicht zu bestellen und dem Lehrer die mit dem Einsammeln und Rücksenden verbundene Zusatzarbeit zu verursachen. Der auf Grund der "Prämienverlockung" ausgesuchte Fotograf könne damit rechnen, dass die Fotos weitaus überwiegend auch abgenommen werden. Das Vorgehen der Beklagten verstoße als sittenwidrige Kundenfang- und Behinderungswerbung gegen §§ 1, 2 UWG. Die wertvollen Prämien hielten sich nicht im Rahmen des Üblichen und Maßvollen. Die Schulleitung werde durch unsachliche Verlockung dazu verleitet, ihre Zustimmung zur Fotografieraktion zu erteilen und darüber hinaus erhebliche Schulressourcen einschließlich des Einsatzes der Lehrkräfte während der Schulzeit zur Verfügung zu stellen. Es bestehe die Gefahr einer Nachahmung durch Mitbewerber und damit einer Verwilderung des Wettbewerbs. Das Einspannen von Autorität und Ressourcen der Schule sei als sittenwidriger Einsatz fremder Autorität und Ausnutzung von Macht- und

Vertrauenspositionen wettbewerbsfremd. Eltern und Schüler müssten davon ausgehen, die Schulleitung habe den Fotografen aus objektiven Gründen wegen der Preiswürdigkeit der Leistung ausgewählt. Die Aktion sei auch als Umgehung des Zugabensverbots wettbewerbswidrig.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Die als Prämien zur Verfügung gestellten Gegenstände seien üblich und maßvoll. Psychischer Kaufzwang werde weder auf die Schule noch auf die Schüler oder Eltern ausgeübt. Die Marketingidee der Beklagten sei transparenter als die ihrer Mitbewerber und eher dazu geeignet, einen Einfluss auf die Schule oder die Eltern auszuschließen, da die Prämien nicht an den Verkaufserlös gebunden seien. Die Schule dürfe die Prämien auch dann behalten, wenn die Schüler (Eltern) keine Fotos kauften. Sie sei am Erfolg des Fotoverkaufs nicht finanziell beteiligt. Es entstehe kein zusätzlicher Organisationsaufwand, da alle Schulfotoaktionen gleich abgewickelt würden. Eine unzulässige Zugabe liege nicht vor, weil Eltern und Schüler in ihrem Kaufentschluss nicht beeinflusst würden.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es noch fest, dass die als Prämie angebotene Sony Digital-Videokamera einen Wert von rund 340 EUR habe, der PC inklusive Monitor einen Wert von rund 500 EUR, das Kopierpapier einen Wert von rund 600 EUR, der Laptop einen Wert von rund 940 EUR, der Marken-Beamer einen Wert von rund 960 EUR und der High-End PC inklusive Monitor einen Wert von rund 970 EUR; jeweils einschließlich Umsatzsteuer. Der Wert der Sachprämien entspreche rund 14 bis 24 % der Verkaufserlöse, wenn man einen erreichbaren Umsatz von 13 EUR je Schüler annehme. Rechtlich beurteilte das

Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass das Verhalten der Beklagten weder zur Irreführung geeignet noch sittenwidrig sei. Der Umstand, dass die Eltern und Schüler nichts vom Vertrag der Beklagten mit der Schule wissen, sei nicht geeignet, ihre Kaufentscheidung zu beeinflussen. Da die Beklagte die Prämien den Schulen für die Vermittlungsleistung anbiete, sei ein direktes übertriebenes Anlocken oder ein direkter psychischer Kaufzwang der Kunden ausgeschlossen. Die Eltern könnten ihre Kaufentscheidung selbst dann unbefangen und frei treffen, wenn ihnen der Vertrag mit der Schule bekannt sei, da die Prämie unabhängig davon gewährt werde, ob die Fotos auch tatsächlich gekauft werden. Eine psychische Zwangslage entstehe auch nicht dadurch, dass die Fotos von der Schule und den Lehrern vermittelt und übersendet würden. Der einzige wirkliche psychische Druck, die Fotos zu kaufen, bestehe darin, dass überhaupt "offizielle Klassenfotos" gemacht werden und Eltern ungern auf Fotos zur Erinnerung an die Schulzeit ihrer Kinder verzichten. Dies sei jedoch kein wettbewerbswidriger Kaufzwang. Die Prämien der Beklagten entsprächen ungefähr dem Wert der von den Mitbewerbern gewährten "Rabatte". Es treffe daher nicht zu, dass die Beklagte über dem Üblichen oder Maßvollen liegende Prämien gewähre. Mangels psychischen Kaufzwangs könne auch keine sittenwidrige Umgehung des Zugabensverbots vorliegen.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die - vom Kläger bekämpfte - Feststellung über den Wert der Prämien sei für die Entscheidung nicht erheblich, weil ein

Wettbewerbsverstoß unabhängig vom Wert der Prämien zu bejahen sei. Sei für die Auswahl des Fotografen auch der Wert der von diesem angebotenen Zuwendung für die Schule von Bedeutung, dann werde ein unsachliches, dem Leistungswettbewerb fremdes Element in den wirtschaftlichen Entscheidungsprozess hineingetragen. Es bestehe die Gefahr, dass die Entscheidung nicht mehr nach rein sachlichen, die Interessen der potenziellen Kunden währenden Gesichtspunkten erfolge, sondern nach dem besonderen Vorteil der Schule. Wäre die Aktion der Beklagten zulässig, so könnten die Mitbewerber veranlasst werden, sich derselben Methode zu bedienen. Dies hätte zur Folge, dass die Schulen immer häufiger jenen Fotografen gestatteten, die Schüler zu fotografieren, die die wertvollsten Geschenke (Provisionen, Prämien) anbieten. Die Rechtsprechung habe selbst das Versprechen von niedrigen Prämien und Provisionen an Betriebsräte für das Vermitteln von Geschäften mit Betriebsangehörigen als Verstoß gegen die guten Sitten angesehen. Der Einfluss und die Autorität von Betriebsräten seien der der Schule und der Lehrer durchaus vergleichbar, auch wenn hier das Geschäft nicht direkt und unmittelbar vermittelt werde.

Der gegen diesen Beschluss gerichtete Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Die Beklagte macht geltend, dass der Kaufentschluss der Eltern und Schüler weder direkt noch im Umweg über die Schule beeinflusst werde. Die Schule erhalte die Prämie unabhängig davon, ob Eltern und Schüler die Fotos kaufen. Sie habe kein Interesse daran, den Kauf der Fotos zu betreiben.



Die Beklagte weist damit auf eine Besonderheit des vorliegenden Falles hin, die ihn von den bisher entschiedenen Fällen der Gewährung von Prämien für das Zuführen von Kunden unterscheidet. Anders als in den den Entscheidungen OLG Wien ÖBl 1967, 31 - Werbeprämien, OLG Wien ÖBl 1967, 110 - Betriebsaktionen, 4 Ob 384/87 (= SZ 60/253 = ÖBl 1988, 38 - Reiseleiterprovision) und 4 Ob 2244/96w (= ÖBl 1997, 61 - Stiftsparkplatz) zugrundeliegenden Fällen erhält die Schule die Prämie nicht allein dafür, dass sie dem Fotografen die Schüler als potenzielle Kunden zuführt, indem sie ihm das Fotografieren in der Schule gestattet, sondern es werden damit auch die Organisationsleistungen abgegolten, die die Schule für den Fotografen erbringt. Dem Fotografen wird nicht nur ein Raum zur Verfügung gestellt, um die Schüler fotografieren zu können; auch die gesamte Abwicklung, vom Verteilen der Fotos, dem Kassieren des Entgelts bis zum Rücksenden nicht gekaufter Fotos, wird von der Schule (den Lehrern) übernommen.

Von der vom Kläger behaupteten "Bestechung" der Schule durch den Fotografen kann daher keine Rede sein. Die Entscheidung für einen bestimmten Fotografen ist nicht unsachlich, wenn sich die Schule dabei (auch) davon leiten lässt, was und wie viel sie für ihre Organisationsleistung erhält. Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch nicht zu befürchten, dass die Erfüllung der Aufgaben österreichischer Schulen (s § 46 Abs 3 SchUG) durch derartige Aktionen beeinträchtigt wird. Die finanziellen Anreize für den Abschluss eines Vertrags mit dem Fotografen sind nicht "schulfremd", sondern versetzen die Schule in die Lage, ihr Budget oder ihre Ausstattung im Interesse eines zeitgemäßen Lehrbetriebs aufzubessern.

Auch die Entscheidung der Schüler/Eltern für oder gegen den Kauf der Fotos wird durch den Vertrag zwischen dem Fotografen und der Schule nicht unsachlich beeinflusst. Die Schüler/Eltern werden das Foto kaufen, wenn das Preis/Leistungsverhältnis ihren Vorstellungen entspricht. Niemand wird ein Foto kaufen, um der Schule einen Dienst zu erweisen, und zwar unabhängig davon, ob er vom Vertrag weiß oder ob ihm die Vereinbarung zwischen Schule und Fotograf nicht bekannt ist. Im zuerst genannten Fall weiß er auch, dass die Schule die Prämie unabhängig davon erhält, ob er das Foto kauft; im zweiten Fall ist eine Beeinflussung schon mangels Kenntnis ausgeschlossen. Dass dennoch regelmäßig (jedenfalls die Klassen-)Fotos gekauft werden, lässt weder auf einen Kaufzwang noch auf eine Ausnützung des Autoritäts- und Vertrauensverhältnisses zwischen Schülern und Lehrern schließen, sondern folgt schlicht daraus, dass (vor allem Klassen-)Fotos beliebte Erinnerungsstücke sind.

Es trifft auch nicht zu, dass die Eltern/Schüler die Fotos wesentlich billiger erhalten könnten, erhielte die Schule keine Prämie. Mit Schulfotoaktionen ist immer ein Organisationsaufwand verbunden, der als Kostenfaktor wirkt, sei es, dass der Fotograf die Fotos selbst verteilt und den Preis selbst kassiert, sei es, dass er die Schule damit beauftragt. In beiden Fällen entstehen Kosten, die bei der Kalkulation des Fotopreises berücksichtigt werden müssen. Der Kläger erkennt auch selbst, dass die Ressourcen der Schule in erheblichem Maß genützt werden, zieht daraus aber nicht den naheliegenden Schluss, dass die Prämie (jedenfalls auch) die Organisationsleistung der Schule abgilt und daher keine Gratisleistung ist.

Das schließt die vom Kläger weiters geltend gemachte Umgehung des Zugabensverbots unabhängig davon aus, dass der Kaufentschluss der Eltern/Schüler weder unmittelbar noch mittelbar beeinflusst wird. Von einer Umgehung des Zugabensverbots kann nicht gesprochen werden, wenn ein „ohne besondere Berechnung“ (= ohne Gegenleistung) gewährter Vorteil gar nicht vorliegt, sondern die Prämie (auch) dazu dient, eine (Organisations-)Leistung des Empfängers abzugelten.

Dem Revisionsrekurs war Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Klägers beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 ZPO. Bemessungsgrundlage ist der Wert des Unterlassungsanspruchs (30.000 EUR).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 19. Oktober 2004  
Dr. K o d e k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: