REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K***** W*****, vertreten durch Prof. Dr. Johannes Hintermayr und andere Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei „f*****“ ***** GmbH, *****, vertreten durch Mag. Dr. Johannes Winkler, Rechtsanwalt in Linz, wegen 93.639 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 9. Juli 2012, GZ 1 R 87/12p-13, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 1. März 2012, GZ 15 Cg 144/10k-9, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.114,56 EUR (darin 334,36 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger betreibt im Mühlviertel/Oberösterreich ein Tischlereiunternehmen mit Verkauf an Verbraucher und Möbelfachhändler im Inland und auch in Süddeutschland. Er beauftragte die beklagte Werbeagentur aufgrund deren Angebots vom 17. 7. 2007, für ihn einen neuen Marktauftritt inklusive Logo zu gestalten. Die Streitteile waren sich darin einig, dass die Namensinitialen des Klägers (K und W) zentraler Teil des Logos sein sollten. Da „KW“ als nicht so

klingend ausschied, fand „WK Design“ (Nachname vor Vorname) die Zustimmung des Klägers, zumal im Mühlviertel bei Namensnennungen häufig der Familienname vorangestellt wird. Für Namensfindung, Claimentwicklung und Logogestaltung stellte die Beklagte dem Kläger am 10. 12. 2007 1.800 EUR (exklusive USt) in Rechnung. Der Kläger verwendete das neue Logo erstmals 2008 und stellte am 12. 6. 2009 den Antrag auf Eintragung der österreichischen Marke „WK Design Wohnen mit Aussicht“.

Mit Schreiben eines deutschen Rechtsanwalts, eingelangt am 23. 10. 2009, forderte die deutsche Firmengruppe „WK Wohnen Einrichtungs GmbH“, „WK Wohnen GmbH“ und „WK Gemeinschaft für Wohnkultur e.V.“ als Inhaberin der internationalen Marken „WK Wohnen“ und „WK Möbel“ sowie der Gemeinschaftsmarke „WK“ und „WK Möbel“ vom Kläger die Unterlassung der Verwendung der angemeldeten Marke. Im Hinblick auf die bestehenden älteren Markenrechte der deutschen Unternehmen hat der Kläger diesem Verlangen entsprochen.

Der Kläger begehrte 93.639 EUR sA als Schadenersatz für den frustrierten Aufwand aus der Verwendung der von der Beklagten für ihn gestalteten Marke inklusive Logo. Die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, ein Logo zu schaffen, das auch verwendet werden könne. Sie sei ihrer Warn- und Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, dass eine rechtliche Prüfung des Logos vorgenommen werden müsse, um eine markenrechtliche Kollision mit älteren Kennzeichen auszuschließen, und habe gegenüber dem Kläger den unrichtigen Eindruck erweckt, eine rechtliche Prüfung vorgenommen zu haben, sowie die falsche Auskunft erteilt, dass eine Kollision ausgeschlossen sei, weil beim österreichischen Patentamt keine Marke „WK Design“

angemeldet worden sei und sich das Logo aus den Initialen des Klägers zusammensetze, somit durch Namensrechte abgesichert sei. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten seien nicht Vertragsinhalt geworden, weil dem Kläger die tatsächliche Möglichkeit zur Kenntnisnahme nicht gewährt worden sei.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Idee, die Buchstabengruppe „WK“ als Bestandteil des Logos zu verwenden, stamme vom Kläger selbst; er habe sich für dieses Logo entschieden, obwohl er über eine Telefonnotiz der Beklagten verfügt habe, aus der sich ergebe, dass es betreffend „WK Wohnen“ in Deutschland dann zu Problemen kommen könne, falls dieses Zeichen geschützt sei. Im Angebot/Kostenvoranschlag vom Juli 2007 werde auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten und auf die Möglichkeit hingewiesen, diese im Internet unter einer angegebenen Domain aufzurufen. Infolge Auftragserteilung ohne Beanstandung durch den Kläger seien die Geschäftsbedingungen vereinbart worden. Abgesehen vom Haftungsausschluss für allfällige leichte Fahrlässigkeit sei der Kläger verpflichtet gewesen, sich selbst von der kennzeichenrechtlichen Unbedenklichkeit der von der Beklagten konzipierten Werbemaßnahme zu vergewissern. Der Kläger hätte eine allfällige Reklamation innerhalb von drei Tagen nach Leistung durch die Beklagte schriftlich geltend machen und begründen müssen. Im Fall berechtigter und rechtzeitiger Reklamation wäre dem Kläger nur das Recht auf Verbesserung der Leistung durch die Beklagte zugestanden. Die Beklagte habe ohnedies ein Ersatzlogo für den Kläger konzipiert. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger nie den Eindruck erweckt, eine abschließende und ausreichende rechtliche Prüfung vorgenommen zu haben.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte, dem Kläger 53.646,27 EUR sA zu zahlen und wies das Mehrbegehren ab. Es traf ua folgende Feststellungen:

Am 17. Juli 2007 legte die Beklagte ein Angebot, umfassend Kreativhonorar, Namensfindung, Logogestaltung, Homepagegestaltung, Folder, Fotokosten etc. Die Namensfindung alleine wurde mit 1.800 EUR exklusive USt angeboten. Das Angebot enthält den Hinweis: „Es gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen nachzulesen unter [Domain]“. Auf der Homepage der Beklagten sind die AGB, die vom Verband der österreichischen Werbeagenturen herrühren, leicht zu finden und durch Anklicken aufzurufen. Der Kläger nahm bis zum Erhalt des Unterlassungsbegehrens aus Deutschland keine Einsicht in die AGB. Diese enthalten ua folgende Bestimmungen zum Thema „Haftung“:

> „Die Agentur wird die ihr übertragenen Arbeiten unter Beachtung der allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze durchführen und den Kunden rechtzeitig auf für sie erkennbare gewichtige Risken hinweisen. Für die Einhaltung der gesetzlichen, insbesondere der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften auch bei den von der Agentur vorgeschlagenen Werbemaßnahmen ist aber der Kunde selbst verantwortlich. Er wird eine von der Agentur vorgeschlagene Werbemaßnahme (ein von der Agentur vorgeschlagenes Kennzeichen) erst dann freigeben, wenn er selbst sich von der wettbewerbsrechtlichen (kennzeichenrechtlichen) Unbedenklichkeit vergewissert hat oder wenn er bereit ist, das mit der Durchführung der Werbemaßnahme (der Verwendung des Kennzeichens) verbundene Risiko selbst zu tragen.
>
> Jegliche Haftung der Agentur für Ansprüche, die aufgrund der Werbemaßnahme (der Verwendung eines Kennzeichens) gegen den Kunden erhoben werden, wird ausdrücklich ausgeschlossen, wenn die Agentur ihrer Hinweispflicht nachgekommen ist; insbesondere haftet die Agentur nicht für Prozesskosten, eigene Anwaltskosten des Kunden oder Kosten von Urteilsveröffentlichungen sowie für allfällige Schadenersatzforderungen oder ähnliche Ansprüche Dritter.
>
> Für den Fall, dass wegen der Durchführung einer

> Werbemaßnahme (der Verwendung eines Kennzeichens) die Agentur selbst in Anspruch genommen wird, hält der Kunde die Agentur schad- und klaglos: Der Kunde hat der Agentur somit sämtliche finanziellen und sonstige Nachteile (einschließlich immaterieller Schäden) zu ersetzen, die der Agentur aus der Inanspruchnahme durch einen Dritten entstehen.
>
> Der Auftragnehmer haftet lediglich für Schäden, sofern ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen. Das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit hat der Geschädigte zu beweisen."

Der Kläger beauftragte die Beklagte mit der Erstellung eines neuen Marktauftritts, eingeschlossen auch ein neues Logo. Ob dem Kläger bei Vertragsabschluss von der Beklagten mitgeteilt wurde, dass sie keine Markenkollisionsprüfung (auch nicht in Form einer Grobprüfung) durchführen werde, steht nicht fest. Der Kläger glaubte allerdings an eine Prüfung durch die Beklagte und nahm keine eigene Prüfung des Logos vor.

Ein Branchenkollege machte den Kläger im März 2009 darauf aufmerksam, dass es in Deutschland die Marken „WK Wohnen" und „WK Möbel" gebe. Der Kläger nahm Kontakt zur Tischlervertretung der Wirtschaftskammer auf. Auf Rat des dortigen Fachgruppengeschäftsführers fragte der Kläger die Beklagte, ob es mit seinem neuen Logo zu irgendwelchen Problemen kommen könnte. Der Geschäftsführer der Beklagten und eine Mitarbeiterin erklärten dem Kläger nach einem Telefonat mit dem Patentamt, es sei dort nichts eingetragen; das Logo bestehe aus seinen Namensinitialen und einem Bildelement, da könne es keine Probleme geben. Ältere internationale oder gemeinschaftsrechtliche Kennzeichen waren kein Thema in diesem Gespräch. Der Kläger gab sich mit der Auskunft der Beklagten zufrieden. Die Beklagte machte aufgrund der

möglichen Zeichenkollision mit dem deutschen Unternehmen den Vorschlag, das Logo als Marke in Wien beim Patentamt registrieren zu lassen. Eine Mitarbeiterin der Beklagten rief am 10. 6. 2009 in Gegenwart des Klägers beim Patentamt in Wien an und vermerkte den Inhalt des Gesprächs in einer Telefonnotiz: Es liege keine Eintragung mit dem Namen „WK-Design“ vor, es könne aber zu Problemen mit dem deutschen Unternehmen kommen, wenn deren Marke geschützt ist und sie wegen Ähnlichkeit klagen, derzeit sehe man beim Patentamt jedoch keine Registrierungszeichen auf dem „WK Wohnen“ Logo, eine eventuelle Ähnlichkeit der Marken ergebe sich erst bei einem Anmeldevorgang international, der erst nach einer Anmeldung in Österreich möglich sei. Dass die Beklagte nicht international oder unionsweit recherchiert hat oder recherchieren wird, sagte die Mitarbeiterin der Beklagten nicht; sie fühlte sich für internationale oder unionsweite Angelegenheiten nicht zuständig. Am 12. 6. 2009 überreichte der Kläger den von der Beklagten vorbereiteten Antrag zur Anmeldung der Wortbildmarke „WK-Design Wohnen mit Aussicht“ beim österreichischen Patentamt. Am 23. 10. 2009 erhielt der Kläger von einem deutschen Rechtsanwalt die Aufforderung, die Verwendung der Marke zu unterlassen. Der Kläger entschied sich, zur Schadensbegrenzung das Begehren der deutschen Unternehmensgruppe anzuerkennen und sich zur Unterlassung der Verwendung des Zeichens „WK“ zu verpflichten.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass beim vorliegenden Werbeagenturvertrag die Elemente des Werkvertrags im Vordergrund stünden; geschuldet sei die Produktion einer Marke, die auch verwendet werden könne. Zur ordnungsgemäßen

Vertragserfüllung des Werkvertrags gehöre auch die grundsätzliche lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit der zu erbringenden Leistung. Vereinbarungen dahin, dass der Kunde generell das Risiko der Rechtmäßigkeit der Werbung trage, seien zwar individualvertraglich, nicht aber in AGB zulässig, da es sich insoweit um eine wesentliche Vertragspflicht handle, die auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht durch AGB abbedungen werden könne. Die AGB der Beklagten seien zwar rechtswirksam vereinbart worden, der umfassende Haftungsausschluss durch die Beklagte erscheine jedoch bedenklich. Das Gericht habe im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung auch ohne ausdrücklich darauf gerichtete Einwendung die Gültigkeit der Vertragsbestimmung nach § 864a ABGB zu prüfen. Der gänzliche Haftungsausschluss für die rechtliche Erlaubtheit (also die Verwendbarkeit) der entworfenen Marke sei nicht durch gesonderte Abrede Vertragsinhalt geworden, sondern finde sich nur in den AGB. Die Beklagte sei als Werbeagentur dazu verpflichtet, eine grobe Kollisionsprüfung ohne juristisch komplizierte Ähnlichkeitsrecherchen für von ihr entworfene Kennzeichen vorzunehmen; eine tiefere juristische Recherche obliege sodann dem Kunden, den die Werbeagentur jedoch auf die Existenz einer bereits eingetragenen, ähnlichen oder verwechslungsfähigen Marke, die im Rahmen einer Grobprüfung auffindbar sei, hinweisen müsse. Die Klausel in den AGB der Beklagten sei somit insofern objektiv ungewöhnlich und damit unwirksam, als jede noch so grundlegende Recherche über die wettbewerbsrechtliche Erlaubtheit der Marke auf den Kunden abgewälzt werde. Die Beklagte habe deshalb den Schaden, der dem Kläger durch ihre fehlerhafte Werkleistung entstanden sei, gemäß § 1299 ABGB auch schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen. Der

Höhe nach sei die Forderung des Klägers mit 53.646,27 EUR sA berechtigt.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab; es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Kläger habe im Verfahren erster Instanz nicht behauptet, dass die wettbewerbs- und kennzeichenrechtliche Prüfpflicht bzw Verantwortlichkeit des Klägers im Sinne der AGB der Beklagten nach § 864a ABGB nicht Vertragsinhalt geworden sei. Liege die objektive Ungewöhnlichkeit der Klausel aber nicht geradezu auf der Hand, bedürfe es einer Einwendung und gegebenenfalls auch eines entsprechenden Tatsachenvorbringens über diese Umstände, damit das Gericht die Geltung der Klausel an der Bestimmung des § 864a ABGB messen könne. Es könne nicht gesagt werden, dass eine Klausel, die die rechtliche Überprüfung der von einer Werbeagentur vorgeschlagenen Werbemaßnahmen zur Gänze dem Auftraggeber aufbürde, ganz offenbar bedenklich und ohne nähere Prüfung objektiv ungewöhnlich sei. Werbeagenturen hätten in erster Linie kreative, nicht juristische Leistungen zu erbringen. Die Vornahme einer rechtlichen Grobprüfung der Zulässigkeit von bestimmten Werbemaßnahmen durch die Werbeagentur sei zwar durchaus sinnvoll, ohne spezifische Kenntnisse der Werbebranche sei aber nicht davon auszugehen, dass die Übertragung auch der rechtlichen Grobprüfung an den Kunden bedenklich sei und diese Bedenken zu einer amtswegigen Prüfung der in Frage stehenden Klausel nach § 864a ABGB führten. Mangels entsprechenden Einwands durch den Kläger seien daher sämtliche Bestimmungen der AGB der Beklagten Vertragsinhalt geworden. Die mangelnde bzw allenfalls mangelhafte Prüfung der entworfenen Marke auf ihre markenrechtliche Zulässigkeit begründe daher keine Haftung

der Beklagten. Es bleibe zu prüfen, ob eine allfällige falsche (Rechts-)Auskunft der Beklagten betreffend die markenrechtliche Überprüfung bzw Zulässigkeit der Marke eine Haftung begründen könne. Eine rechtliche Prüfung wäre in erster Linie dem Kläger oblegen. Wenn der Kläger trotz des ausdrücklichen Hinweises, es könnte zu markenrechtlichen Problemen kommen, und trotz seiner Prüfpflicht keine eigenen Recherchen und Überprüfungen vorgenommen oder veranlasst habe, trage er dafür selbst die Verantwortung. Die Beklagte habe den Kläger daher, auch wenn sie möglicherweise die rechtliche Situation selbst falsch eingeschätzt habe, auf mögliche Risiken aufmerksam gemacht und sei damit ihrer Hinweispflicht im Sinne der AGB nachgekommen. In weiterer Folge wäre es Sache des nach den AGB prüfpflichtigen Klägers gewesen, nähere juristische Überprüfungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Auch unter diesem Gesichtspunkt bestehe keine Haftung der Beklagten. Nach den AGB hafte die Beklagte nicht für leichte Fahrlässigkeit; selbst wenn sie bei Erteilung der Auskunft, es könne keine markenrechtlichen Probleme geben, schuldhaft gehandelt hätte, liege unter den gegebenen Umständen kein grobes Verschulden vor.

Die Revision ist zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung einer Werbeagentur gegenüber dem Kunden bei Erfüllung des Auftrags, ein Logo herzustellen, fehlt; das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt.

1.1. Ein Werbeagenturvertrag, ein gesetzlich nicht geregelter Vertragstyp, enthält Elemente eines Werk- und eines Dienstvertrags (§ 1151 ABGB), aber auch eines Bevollmächtigungsvertrags (§ 1002 ABGB), insoweit es die Werbeagentur übernommen hat, als Vertreterin des Auftraggebers für diesen Rechtshandlungen vorzunehmen

(Geschäftsbesorgung; 6 Ob 194/00y = RIS-Justiz RS0114090).

1.2. Die sorgfältige Erfüllung eines Werbeagenturvertrags verlangt neben der werbetechnischen Sachkunde auch, für eine rechtliche Absicherung der empfohlenen oder durchzuführenden Werbemaßnahme zu sorgen. Da eine Werbeagentur in aller Regel keine besondere Sachkenntnis auf rechtlichem Gebiet besitzen wird, muss sie deshalb - sofern eine rechtliche Überprüfung zum vereinbarten Leistungsinhalt geworden ist - für die Überprüfung durch einen spezialisierten Juristen sorgen. Ist hingegen eine solche wettbewerbsrechtliche Überprüfung nicht vom Auftrag umfasst, muss die Werbeagentur den Auftraggeber im Rahmen ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht auf die Notwendigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung hinweisen.

2. Ob und in welchem Umfang eine mit der Erstellung eines Logos beauftragte Werbeagentur selbst eine Kollisionsrecherche durchführen muss, ist somit eine Frage der (ausdrücklichen oder konkludenten) Vertragsgestaltung (vgl *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht² Rn 5582). Zu berücksichtigen ist dabei, dass hiefür neben einer Identitätsrecherche auch eine aufwendige und kostenintensive Ähnlichkeitsrecherche samt fachkundiger Auswertung durch Spezialisten erforderlich ist.

3.1. Zwar ist in der Regel auch ohne gesonderte Parteienabrede davon auszugehen, dass die von einer Werbeagentur vorgeschlagene oder umgesetzte Werbemaßnahme rechtmäßig zu sein hat (BGH VII ZR 49/71 = GRUR 1974, 284 - Bastel-Wettbewerb I; *Bülow*, Vertragshaftung der Werbeagentur für wettbewerbswidrige Werbung, GRUR 1978, 676, 678; *Henning-Bodewig*, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen,

GRUR 1981, 164, 169; *Nennen*, Vertragspflichten und Störerhaftung der Werbeagenturen, GRUR 2005, 214, 216). Dies gilt auch für ein zur Nutzung im geschäftlichen Verkehr entworfenes Kennzeichen.

3.2. Die grundsätzliche Verpflichtung einer Werbeagentur, dem Auftraggeber ein nicht mit Rechten Dritter kollidierendes Logo zur Verfügung zu stellen, wird allerdings durch die Zumutbarkeit der Prüfung im konkreten Einzelfall begrenzt (*Nennen* aaO 217). Abzuwägen ist das Recht des Kunden, eine im geschäftlichen Verkehr nutzbare Leistung zu erhalten, mit dem Interesse der Agentur, in ihrer Berufsausübung nicht durch zu hohe Anforderungen unbillig beschränkt zu werden (ähnlich *G. Frotz/S. Frotz*, Zur Haftung für rechtswidrige Werbemaßnahmen von Werbeagenturen, in *Aicher*, Das Recht der Werbung, 321, 344 im Zusammenhang mit der inhaltlichen Richtigkeitskontrolle beim Mitbewerberschutz). Eine Werbeagentur ist in erster Linie auf die Konzeption von Werbung spezialisiert, nicht auf die Beurteilung kennzeichenrechtlicher Kollisionsfragen.

4.1. Nach dem zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Vertrag schuldete die Beklagte (ua) die Erstellung eines den (grafischen) Ansprüchen des Klägers entsprechenden Logos. Dass das Logo nach der Vereinbarung darüber hinaus auch frei von Kennzeichen-(Marken-)rechten Dritter sein müsse oder dass die Streitteile ausdrücklich vereinbart hätten, dass die Beklagte eine Markenrecherche durchzuführen habe, wurde weder behauptet noch festgestellt.

4.2. Von einer konkludenten Vereinbarung in diesem Sinn durfte der Kläger angesichts des geringen Entgelts für Namensfindung, Claimentwicklung und Logogestaltung (1.800 EUR exklusive USt) nicht ausgehen (ähnlich KG 4. 2. 2011, 19 U 109/10 = GRUR-RR 2012, 39).

5.1. Auch ohne besondere Vertragsabrede hat die Werbeagentur, die ein Logo zu entwerfen hat, aufgrund ihrer Sachkunde, für die sie gemäß § 1299 ABGB einzustehen hat, sowie im Rahmen ihrer Warnpflicht nach § 1168a ABGB als Ausfluss der allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflicht des Schuldners (vgl RIS-Justiz RS0022086) den Auftraggeber auf die Notwendigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung möglicher Kollisionsfälle mit älteren Zeichenrechten hinzuweisen (*Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht² Rn 5582; *Möhring/Illert*, Werbeagenturvertrag und Beratungspflichten der Werbeagenturen, Betriebs-Berater 1974, 65, 68; eine Aufklärungs-, Hinweis- und Beratungspflicht bejahend auch *Nennen*, Vertragspflichten und Störerhaftung der Werbeagenturen, GRUR 2005, 214, 217).

5.2. Diese Aufklärungspflicht hat die Beklagte im Vorfeld des Vertragsabschlusses nicht verletzt. Ihr Angebot an den Kläger enthält nämlich den Hinweis auf die Geltung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auf der angegebenen Homepage leicht aufzufinden sind, und die unter der Überschrift „Haftung“ den Kunden darauf aufmerksam machen, selbst für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften der vorgeschlagenen Werbemaßnahmen verantwortlich zu sein, insbesondere ein von der Agentur vorgeschlagenes Kennzeichen erst dann freizugeben, wenn er selbst sich von der kennzeichenrechtlichen Unbedenklichkeit vergewissert hat oder wenn er bereit ist, das mit der Verwendung des Kennzeichens verbundene Risiko selbst zu tragen.

5.3. Entgegen der im Rechtsmittel vertretenen Ansicht ist von einer Geltung (auch) der haftungsbeschränkenden Klauseln in den AGB der Beklagten im Lichte des § 864a ABGB auszugehen.

a) Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen.

b) Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht (4 Ob 5/08a). Die Klausel muss einen Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den redlichen Verkehrsgepflogenheiten entspricht (4 Ob 12/10w = RIS-Justiz RS0014646 [T21]; vgl RIS-Justiz RS0014627 [T3]; *Bollenberger* in KBB³, § 864a Rz 10; *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG² § 864a Rz 36).

c) Festgestellt ist, dass die AGB der Beklagten inhaltlich vom Verband der österreichischen Werbeagenturen stammen; sie sind damit als branchenüblich, keinesfalls aber als ungewöhnlich oder überraschend zu beurteilen.

5.4. Die Beklagte hat aber auch ihre nachvertragliche Warnpflicht hinreichend erfüllt: Als der Kläger nämlich 2009 auf die Existenz des deutschen Unternehmens „WK Design“ aufmerksam gemacht wurde, telefonierte eine Mitarbeiterin der Beklagten in seiner Gegenwart mit dem österreichischen Patentamt, bei dem keine gleichnamige Marke eingetragen war. Die Mitarbeiterin erklärte auch, dass eine Markeneintragung durch den Kläger zu Problemen mit dem deutschen Unternehmen wegen

Ähnlichkeit der Zeichen führen könne. Wenn der Kläger dessen ungeachtet sein neues Logo als Marke angemeldet hat, lag dies in seiner eigenen Risikosphäre.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 12. Februar 2013
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: