

TE OGH 2022/11/22 40b134/22t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.2022

Kopf

Der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht hat durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofräte und Hofrätinnen Dr. Schwarzenbacher, Dr. Tarmann-Prentner und MMag. Matzka und Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R*, vertreten durch Dr. Alfred Hawel und andere Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei A* AG, *, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Ruggenthaler, Rest & Borsky Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 10.000 EUR sA und Unterlassung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Teil- und Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. April 2022, GZ 1 R 1/22g-82, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 10. November 2021, GZ 541 Cg 23/20x-76, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.243,34 EUR (darin 373,89 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

[1] Der in Österreich ansässige Kläger betreibt ein nicht protokolliertes Einzelunternehmen und ist Inhaber der Marke „AIRBUTLER“ mit der internationalen Registernummer 1207383 für die Klassen 7, 11 (ua Geräte für Kühlung, Heizung, Trocknung und Ventilation) und 21, unter welcher Luftreiniger vertrieben werden.

[2] Die beklagte Kapitalgesellschaft ist in Deutschland registriert und stellt – unter einer anderen Handelsmarke – elektrische Luftentfeuchter, Bautrockner und Gebläse sowie ebenfalls Luftreiniger her.

[3] Nachdem der Kläger immer wieder gegen Fremdfirmen vorgegangen war, die seine Marke zu Werbezwecken verwendet hätten, suchte er am 11. 10. 2016 auf google.at und google.de wieder unter dem Begriff „AIRBUTLER“. Bei dieser Suche schienen je vier Einträge auf, die mit „Anzeige“ gekennzeichnet waren, darunter folgende Anzeige mit Webadresse und Telefonnummer der Beklagten:

[4] Die Beklagte verwendete schon vor dem Abfragezeitpunkt zur Bewerbung ihrer Produkte im Internet die Google-Technologie der Dynamischen Suchanzeigen. Dabei handelt es sich um eine Methode zur Ansprache von potenziellen Kunden, die auf Google nach den vom Werbenden angebotenen Produkten oder Dienstleistungen suchen. Für die Ausrichtung werden Inhalte der Website des Werbenden – hier der Beklagten – verwendet. Dabei werden keine Schlüsselwörter vom Werbenden festgelegt, sondern wird nur die Website des Werbenden für die

Suchautomatismen von Google zugänglich gemacht. Bei Anwendung dieser Werbeform besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Begriff „AIRBUTLER“ in Anzeigen zur Anwendung kam, ohne dass hierzu ein konkretes Zutun der Beklagten abseits der Nutzung der betreffenden Werbetechnologie erfolgte.

[5] „Es sind keine konkreten, realistisch umsetzbaren Schritte zur Verhinderung der Verwendung des Zeichens des Klägers möglich“: Der explizite manuelle Ausschluss der betreffenden Begriffe als Suchworte (im Vorhinein) ist zwar möglich, aber nicht realistisch umsetzbar, weil der Werbende das Problem antizipieren müsste.

[6] Der Kläger begehrt 10.000 EUR als angemessenes (doppeltes) Entgelt gemäß § 53 Abs 1 und Abs 3 MSchG sowie § 9 Abs 4 UWG iVm § 150 PatG und weiters gemäß § 51 MSchG und § 9 Abs 1 UWG, die Beklagte habe die Verwendung seiner Marke zu geschäftlichen Zwecken zu unterlassen. Durch die grob fahrlässige Markenverletzung habe die Beklagte Geschäfte mit Endkunden gemacht, die sonst er gemacht hätte; die Endkunden hätten sich statt an den Kläger an die Beklagte gewendet. Selbst wenn die Beklagte Dynamische Suchanzeigen verwendet hätte, treffe sie aufgrund der Verwendung dieser Technologie ein Verschulden an der Markenrechtsverletzung.

[7] Die Beklagte brachte vor, sie habe die Marke des Klägers nie kennzeichenmäßig – zumindest nicht in ihr zurechenbarer, von ihr verursachter Weise – genutzt und habe die inkriminierten Anzeigen nicht geschaltet. Sie setze seit Jahren Googles Dynamische Suchanzeigen ein; durch diese würden „auch bei völlig unlogischen Keywords“ Anzeigen der Beklagten ausgeliefert, auch wenn die Beklagte keine entsprechenden Suchbegriffe hinterlegt habe.

[8] Das Erstgericht wies die Klage ab, weil die Beklagte die Marke nicht aktiv zu Werbezwecken verwendet und auch keine realistische Möglichkeit gehabt habe, deren Verwendung aufgrund Dynamischer Suchanzeigen zu unterbinden.

[9] Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil in ein Teil- und Zwischenurteil dahin ab, dass es dem Unterlassungsbegehren sowie – dem Grunde nach – auch dem Zahlungsbegehren stattgab. Es gab den von beiden Parteien in ihren Berufungsschriftsätzen erhobenen Beweisrügen nicht Folge und führte rechtlich zusammengefasst aus, dass seit der Markenrechtsnovelle 1999 die aus Verletzungen von registrierten Marken resultierenden Rechte ihre alleinige Grundlage im MSchG hätten und daher nicht mehr auf Basis des UWG geltend gemacht werden könnten. Es referierte die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Obersten Gerichtshofs zum Keyword Advertising sowie die Rechtsprechung, wonach die durch die Verwendung einer Marke (eines Markenbestandteils) als Schlüsselwort generierte Werbung eines Dritten in die Rechte des Markeninhabers nur dann nicht eingreife, wenn aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer leicht zu erkennen sei, dass die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen weder vom Inhaber der Marke noch von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammten. Scheine – wie hier – der als Keyword hinterlegte und vom Benutzer in die Suchmaske eingegebene Markenname in der Überschrift der Anzeige auf (weil das werbende Unternehmen beim Suchmaschinenbetreiber auch die Funktion „Keyword Platzhalter“ gebucht habe, sei mangels einer entsprechenden Gestaltung der Anzeige, etwa eines aufklärenden Hinweises, von einer Verwechslungsgefahr auszugehen, insbesondere bei – hier zu bejahender – entsprechender Kennzeichnungskraft des Markennamens. Es liege somit durch die von der Beklagten beauftragte Werbung durch den Suchmaschinenbetreiber ein Eingriff in das Markenrecht des Klägers vor. Dieser sei der Beklagten zuzurechnen, weil es sich beim Werbetool Dynamische Suchanzeigen letztlich nur um eine Unterform des Keyword Advertising handle, wobei der Werbende beim Suchmaschinenbetreiber die Suchbegriffe, bei deren Eingabe die Anzeige in der Suchmaschine aufscheine, nicht einzeln hinterlege, sondern ihm seine gesamte Website öffne, damit ein Suchautomatismus die Suchbegriffe aus dem Inhalt der Website entnehme. Dieser Unterschied sei kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer. Die damit verbundene erhebliche Erweiterung der Suchbegriffe ändere nichts daran, dass der Werbende dem Suchmaschinenbetreiber auch beim Werbetool Dynamische Suchbegriffe durch die Gestaltung des Inhalts seiner Website die Suchbegriffe vorgebe, die zur Schaltung der Werbung führten.

[10] Zur Auslegung des § 54 MSchG könne die Judikatur zu § 18 UWG herangezogen werden, wonach es entscheidend darauf ankomme, ob der Unternehmensinhaber aufgrund seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit habe, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern, was etwa für die Beziehung zwischen Auftraggeber und Werbeagentur regelmäßig zutrefte. Diese werde aufgrund eines Auftrags tätig, Werbemaßnahmen zu gestalten, sodass für im Zusammenhang damit begangene unzulässige Handlungen der Auftraggeber auch dann einzustehen habe, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlege oder sogar ausdrücklich auf inhaltliche Vorgaben verzichte, zumal er jedenfalls dadurch die rechtliche Möglichkeit habe, unzulässige Handlungen

abzustellen, dass er den Auftrag entziehe. Dies sei hier der Fall, wobei die Beklagte im vorliegenden Fall sogar eine alternative Abstimmungsmöglichkeit habe, indem sie die betroffene Marke künftig als Suchbegriff ausschließe. Für die Haftung des Auftraggebers von Werbemaßnahmen, die Markenrechtseingriffe begründeten, komme es somit nicht darauf an, ob er diese faktisch mit realistischen Mitteln beeinflussen könne. Es könne daher auch dahingestellt bleiben, ob das Erscheinen der mit der Marke „AIRBUTLER“ übertitelten Anzeige der Beklagten durch Eingabe des Begriffs „Airbutler“ in die Suchmaschine im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht auf der direkten Verwendung dieses Begriffs auf der Website der Beklagten gründen sollte, sondern – was nicht ausgeschlossen werden könne – vom Google-Algorithmus als Synonym eines solchen Begriffs erkannt worden sei. Ob der Beklagten der mögliche Markenrechtseingriff bewusst gewesen sei oder hätte bewusst sein müssen, spiele keine Rolle, weil sowohl der Unterlassungsanspruch als auch der Anspruch auf ein angemessenes Entgelt verschuldensunabhängig seien. Es könne daher auch dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Dynamischen Suchanzeigen als „grundsätzlich unbedenkliches“ und „an sich lauterkeitskonformes“ Werbemittel habe ansehen dürfen.

[11] Ein Anhaltspunkt für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz der Beklagten liege schon nach den Tatsachenbehauptungen des Klägers nicht vor, sodass kein Anspruch auf das doppelte angemessene Entgelt nach § 53 Abs 3 MSchG bestehe. Zur Höhe des gemäß § 53 Abs 1 MSchG zustehenden (verschuldensunabhängigen) angemessenen Entgelts für die unbefugte Benutzung der Marke fehlten Feststellungen.

[12] Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand als 30.000 EUR übersteigend und ließ die ordentliche Revision zu, weil zwar Judikatur zum Keyword Advertising vorliege, nicht jedoch zur speziellen, immer weiter verbreiteten und daher über den vorliegenden Fall hinaus bedeutsamen Ausprägung der Dynamischen Suchanzeigen.

[13] Mit ihrer ordentlichen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

[14] Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[15] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht bezeichneten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

[16] 1.1. Die Entscheidung über eine Beweistrüge, mit der sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt hat, ist im Rahmen der Revision nicht mehr bekämpfbar (RS0043371 [T21]). Die Entscheidung des Berufungsgerichts über eine Beweistrüge ist mangelfrei, wenn es sich mit dieser überhaupt befasst, die Beweiswürdigung des Erstgerichts überprüft und nachvollziehbare Überlegungen über die Beweiswürdigung anstellt und in seinem Urteil festhält. Vom Revisionsgericht ist aber nicht zu überprüfen, ob eine vom Berufungsgericht gezogene Schlussfolgerung richtig oder fehlerhaft ist. Diese Rechtsmittelbeschränkung des § 503 ZPO kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass ein unerwünschtes Ergebnis der Behandlung der Beweistrüge als Mangel des Berufungsverfahrens releviert wird (RS0043150 [T5, T8]).

[17] 1.2. Soweit die Revision eine Negativfeststellung dafür fordert, „dass unter google.at oder google.de zu irgendeinem Zeitpunkt bei der Eingabe des Suchbegriffs 'Airbutler' eine Anzeige der Beklagten aufschien“, wiederholt sie unzulässigerweise ihre bereits in der Berufungsbeantwortung erstattete, vom Berufungsgericht behandelte Beweistrüge gegen die gegenteilige positive Feststellung; diese ist dem Revisionsverfahren somit zugrunde zu legen.

[18] 2.1. Wer in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt wird, kann den Verletzer auf Unterlassung klagen (§ 51 MSchG); der Verletzte hat gegen den Verletzer auch Anspruch auf ein angemessenes Entgelt (§ 53 Abs 1 MSchG). Der Markeneingriff setzt kein Verschulden voraus, sodass der Täter auch dann haftet, wenn er nicht weiß, dass er eine fremde Marke benutzt (4 Ob 122/03z; vgl 4 Ob 133/13g, 4 Ob 36/05f). Immaterialgüterrechtliche Ansprüche auf das angemessene Entgelt haben nach ständiger Rechtsprechung eine bereicherungsrechtliche Grundlage (RS0108478; RS0021397); es handelt sich um Verwendungsansprüche nach § 1041 ABGB (vgl 4 Ob 163/09p).

[19] Bei schuldhafter Markenverletzung kann der Verletzte anstelle des angemessenen Entgelts Schadenersatz einschließlich des ihm entgangenen Gewinnes oder die Herausgabe des Gewinnes verlangen, den der Verletzer durch die Markenverletzung erzielt hat; sofern die Markenverletzung auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruht kann der Verletzte unabhängig vom Nachweis eines Schadens das Doppelte des ihm nach § 53 Abs 1 MSchG gebührenden Entgelts begehren (§ 53 Abs 2 und 3 MSchG).

[20] 2.2. Wenn eine Markenrechtsverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen wird, kann der Unternehmensinhaber auf Unterlassung geklagt werden (§ 54 Abs 1 MSchG). Wird die einen Anspruch auf angemessenes Entgelt begründende Markenverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so trifft die Pflicht unter anderem zur Zahlung des Entgelts nach § 53 Abs 1 MSchG nur den Inhaber des Unternehmens, es sei denn, dass dieser von der Markenverletzung weder wusste noch daraus einen Vorteil erlangt hat (§ 54 Abs 2 MSchG); unter denselben Voraussetzungen haftet der Unternehmensinhaber für Ansprüche nach § 53 Abs 2 bis 4 MSchG neben dem unmittelbaren Täter (§ 54 Abs 3 MSchG).

[21] 2.3. Die markenrechtliche Unternehmerhaftung erweitert den Kreis der Unterlassungsverpflichteten auf Inhaber von Unternehmen, die die markenverletzenden Handlungen nicht selbst begangen haben, sofern die Verletzungshandlungen im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten erfolgt sind. Diese Unternehmerhaftung hat den Zweck, dem Betriebsinhaber jenes Risiko zuzurechnen, das mit dem für ihn nutzbringenden Einsatz von betrieblichen Hilfspersonen regelmäßig verbunden ist; Vor- und Nachteile des Einsatzes für ihn tätiger Dritter sollen ihn gleichermaßen treffen. Nach diesem Gesetzeszweck findet diese Haftung des Unternehmers demnach – ebenso wie etwa bei der Parallelbestimmung des § 18 UWG, der gleiche Wertungen zugrunde liegen – ihre Grenze dort, wo dem Unternehmer das Handeln seiner Hilfspersonen in keiner Weise zugute kommt und er daraus überhaupt keinen Vorteil ziehen kann. Solches ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Angestellte oder Beauftragte des Unternehmers ohne dessen Billigung unter missbräuchlicher Ausnutzung der betrieblichen Infrastruktur (Betriebsorganisation) Privatgeschäfte betreibt und damit nicht für das Unternehmen, sondern für eigene Zwecke und auf eigene Rechnung tätig wird (17 Ob 9/09m mwN; vgl zu § 18 UWG: RS0079839, RS0079799). Dies entspricht dem Zweck der Unternehmerhaftung, dem Unternehmensinhaber zum Ausgleich für den nutzbringenden Einsatz betrieblicher Hilfspersonen auch das damit verbundene Risiko aufzubürden, was dort seine Grenze findet, wo der Beauftragte bloß „gelegentlich“ seiner Tätigkeit, das heißt ohne inneren Zusammenhang zum erteilten Auftrag, einen Verstoß begeht, der dem Unternehmer „in keiner Weise“ zugute kommt (vgl RS0079674 [T27]).

[22] Zwar ist ein Unternehmer im Allgemeinen nicht verpflichtet, seine Beziehungen zu Dritten so zu gestalten, dass er auf deren Verhalten rechtlich Einfluss nehmen kann; das gilt aber nicht, wenn er diese Dritten in einer von ihm veranstalteten Werbeaktion als Werbeträger nutzt und sie so in seine Interessenverfolgung eingliedert (vgl 4 Ob 1/13w mwN). Dabei kommt es nach ständiger Rechtsprechung entscheidend darauf an, ob der Unternehmensinhaber aufgrund seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit hat, den Verstoß zu verhindern oder abzustellen (vgl RS0079809, RS0079799 [T8]). Seine Haftung für Handlungen Anderer soll unabhängig von deren rechtlichen Stellung gegeben sein, wenn die Handlung dem Unternehmen zugute kommt und für deren Abstellung vom Inhaber des Unternehmens gesorgt werden kann (vgl RS0079799 [T1]). Insbesondere kann auch ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf diese Weise in die Vertriebsorganisation des werbenden Unternehmens „eingegliedert“ sein und dessen Haftung begründen (vgl RS0079674 [T4]; vgl auch Ingerl/Rohnke in Ingerl/Rohnke, MarkenG3 [2010] Vorbem zu §§ 14–19d Rn 45 und Fritzsche in MünchKomm zum Lauterkeitsrecht3 [2022] § 8 dUWG Rn 368 f, jeweils mwN aus der dRsp). Das trifft etwa für die Beziehung zwischen Auftraggeber und Werbeagentur regelmäßig zu, denn die Werbeagentur wird aufgrund eines Auftrags tätig, Werbemaßnahmen zu gestalten. Für im Zusammenhang damit begangene unzulässige Handlungen hat der Auftraggeber auch dann einzustehen, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlegt oder sogar ausdrücklich auf inhaltliche Vorgaben verzichtet (vgl RS0121746). Auch wenn der Auftraggeber dem Werbeunternehmer freie Hand lässt, hat er die rechtliche Möglichkeit, unzulässige Handlungen abzustellen und zwar jedenfalls dadurch, dass er den Auftrag entzieht. Diese Möglichkeit stünde ihm nur dann nicht offen, wenn die unzulässige Werbung auftragsgemäß wäre; in diesem Fall hätte er aber schon aufgrund der Erteilung des Auftrags dafür einzustehen (vgl 17 Ob 22/11a mwN).

[23] 3.1. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Keyword Advertising greift die durch die Verwendung einer Marke (eines Markenbestandteils) als Schlüsselwort generierte Werbung eines Dritten in die Rechte des Markeninhabers nur dann nicht ein, wenn aus dieser Werbung in einer hier anzustellenden Gesamtbetrachtung (vgl RS0078681) für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer leicht zu erkennen ist, dass die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen weder vom Inhaber der Marke noch von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen (RS0126119).

[24] 3.2. Dies entspricht den Grundsätzen der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs,

wonach der Inhaber einer Marke einem Werbenden verbieten darf, anhand eines mit dieser Marke identischen oder ihr ähnlichen Schlüsselworts, das dieser Werbende ohne Zustimmung des Markeninhabers im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt hat, für Waren oder Dienstleistungen, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, zu werben, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen. Durch das Zeigen der fraglichen Anzeige, während die Marke als Suchwort noch sichtbar ist, kann nämlich die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt sein und sich der Internetnutzer hinsichtlich des Ursprungs der betroffenen Waren oder Dienstleistungen irren. Unter diesen Umständen kann die Benutzung des mit der Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort, das das Erscheinen der Anzeige auslöst, den Eindruck entstehen lassen, dass im geschäftlichen Verkehr eine konkrete Verbindung zwischen den betroffenen Waren oder Dienstleistungen und dem Markeninhaber besteht. Ein im Rahmen des Keyword Advertising Werbender verletzt das Recht an der mit dem Schlüsselwort identischen Marke eines Anderen daher auch dann, wenn die Werbung das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung mit dem Markeninhaber zwar nicht suggeriert, aber so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder mit dem Markeninhaber wirtschaftlich verbunden ist (vgl 4 Ob 152/20m mwN; BGH I ZR 138/16, Ortlieb, GRUR 2018, 924; Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien⁴ [2019] § 14 MarkenG Rn 151; Jänich in MünchKomm zum Lauterkeitsrech³ [2020] § 4 Abs 4 dUWG Rn 68a).

[25] 4.1. Auch für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen durchschnittlichen Internetnutzer kann hier durchaus der Eindruck entstehen, dass entweder die festgestellte Anzeige vom Markeninhaber selbst stamme oder die Beklagte mit diesem wirtschaftlich oder organisatorisch verbunden sei, zumal die Anzeige nahelegt, es fänden sich auf der Website der Beklagten „Airbutler-Geräte mit top-Testergebnissen“ und seien dort von der Beklagten erhältlich. Damit kann der Eindruck entstehen, dass eine konkrete Verbindung zwischen den von der Beklagten vertriebenen Waren und dem Markeninhaber besteht. Eine markenrechtliche Nutzung der Marke und damit ein unberechtigter Eingriff in die Markenrechte des Klägers ist daher zu bejahen.

[26] 4.2. Selbst unter der für die Beklagte günstigsten Annahme, dass diese Verknüpfung der Marke des Klägers mit dem Inhalt der Website der Beklagten und die Gestaltung der Anzeige ohne näheres Zutun der Beklagten – also ohne konkrete Festlegung eines die Marke betreffenden Keywords oder auch ohne ausdrückliche Erwähnung des Begriffs „Airbutler“ auf der Website der Beklagten – aufgrund der Google-Algorithmen erfolgte, hat sich die Beklagte aber der Werbeform einer Dynamischen Suchanzeige bedient, bei der Google auf den Inhalt der Website der Beklagten zugreift und daraus – auf nicht bekanntem Weg – die jeweilige Anzeige unter Verwendung der Marke erstellt. Warum die Beklagte durch die Verwendung einer solchen Werbetechnologie von vornherein ihrer Verpflichtung entledigt sein sollte, keine markenverletzende Werbung zu betreiben, ist nicht nachvollziehbar. Daraus, dass ihr Vertragspartner eine Werbetechnologie einsetzt, die Markenverletzungen mit sich bringt, und die technische Gestaltung dieser dem Vertrag zwischen der Beklagten und Google zugrundeliegenden Werbung eine inhaltliche Einflussnahme durch den Werbenden einschränken mag, lässt sich nicht folgern, dass ein unbeteiligter Dritter als Markeninhaber diese ausschließlich aus der Sphäre der Beklagten und ihrer Vertragspartner stammenden Verletzungen dulden müsste.

[27] 4.3. Der Bundesgerichtshof hat zur Werbung mit Google (ohne Dynamische Suchanzeigen) bereits ausgesprochen, dass der Umstand, wonach der Aufruf einer Internetseite von Google durchgeführt worden ist, einer dadurch bewirkten etwaigen Markenverletzung nicht entgegensteht, weil Google insoweit im Auftrag des Werbenden tätig geworden ist und daher als dessen Beauftragter iSd § 14 Abs 7 MarkenG gehandelt hat (vgl I ZR 139/07, pcb, GRUR 2009, 502, Rn 21, 23). Ein Unternehmen, das in einer bestimmten Zeile seiner Internetseite, von der es weiß, dass Google auf die dort angegebenen Wörter zugreift, zusammen mit seiner Produktkennzeichnung eine Bezeichnung angibt, die mit der Marke eines Dritten verwechselbar ist, ist markenrechtlich dafür verantwortlich, dass Google diese Kennzeichen zusammen als Treffer anführt (I ZR 51/08, POWER BALL, GRUR 2010, 835).

[28] 4.4. Nichts anderes gilt aber hier für das Tätigwerden von Google aufgrund eines Auftrags der Beklagten, Werbemaßnahmen mit Dynamischen Suchanzeigen zu gestalten. Im Lichte der dargelegten Rechtsprechung hat der Auftraggeber von Werbung für im Zusammenhang mit der Gestaltung der Werbung begangene unzulässige Handlungen auch dann einzustehen, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlegt oder sogar ausdrücklich auf inhaltliche Vorgaben verzichtet. Dies gilt auch für die vorliegende Werbung mit Dynamischen

Suchanzeigen, zumal das mit diesen verbundene Risiko, dass auch gleichsam „automatisiert“ Rechtsverstöße begangen werden können, dieser Werbeform immanent und jedenfalls nicht unvorhersehbar ist; dass die Abstimmung der Markenverwendung nicht nur durch Unterlassung der Bewerbung insgesamt, sondern auch durch Erstellung einer Ausschlussliste grundsätzlich möglich ist, gesteht die Beklagte nunmehr in ihrer Revision selbst zu, wonach es „nicht unerwähnt bleiben“ solle, dass sie den Begriff „Airbutler“ sofort aktiv gesperrt habe, „um eine allfällige Anzeige verlässlich auszuschließen“.

[29] 4.3. Vor diesem Hintergrund ist die Markenrechtsverletzung durch Google nicht nur „gelegentlich“ seiner Tätigkeit, ohne inneren Zusammenhang zum von der Beklagten erteilten Werbeauftrag geschehen; vielmehr ist die Tätigkeit von Google – auch wenn die konkrete Funktionsweise der von diesem Unternehmen eingesetzten Algorithmen nicht bekannt sein mag – der auftraggebenden Beklagten zuzurechnen (vgl zur Zurechnung eines KI-Programmentwicklers zum Unternehmer Herda, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305 [313]).

[30] 4.4. Soweit die Revision teils als unrichtige rechtliche Beurteilung, teils als „Verfahrensmangel“ rügt, es lägen keine Feststellungen darüber vor, dass das Aufscheinen der Beklagten bei der Google-Suche nach „Airbutler“ theoretisch von Nutzen für die Beklagte gewesen wäre, verkennt sie die Bedeutung der Feststellungen, wonach sie (bereits in erster Instanz unstrittig) Dynamische Suchanzeigen zur Werbung verwendete und bei der Google-Suche die festgestellte Anzeige der Beklagten tatsächlich aufschien. Warum die Beklagte daraus – ungeachtet eines möglicherweise geringeren Bekanntheitsgrads der klägerischen Marke – keinen Vorteil ziehen konnte (vgl 17 Ob 9/09m), hat sie weder behauptet noch bewiesen und ist auch sonst nicht ersichtlich; dies fällt der Beklagten, die für einen solchen anspruchsvernichtenden Umstand behauptungs- und beweispflichtig wäre (vgl RS0037797), zur Last. Insofern liegt auch kein rechtlicher Feststellungsmangel vor.

[31] 5. Zusammengefasst ist die Revision daher nicht im Recht.

[32] 6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 50, 41 ZPO. Das Revisionsinteresse betrug 53.200 EUR, der – vom Kläger richtig verzeichnete – Ansatz TP 3C daher 1.244,90 EUR.

Textnummer

E136807

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2022:00400B00134.22T.1122.001

Im RIS seit

21.12.2022

Zuletzt aktualisiert am

21.12.2022

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at