

ZH_KASSATIONSGERICHT AA090046 vom 25. Mai 2010

Zh Kassationsgericht, 2010-05-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA090046

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA090046 du 25 mai 2010

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA090046 del 25 maggio 2010

Erwägungen

E. 1

a) Der Kläger (nachfolgend Beschwerdeführer), ein Branchenverband der Schweizer Hotellerie, verwendete erstmals 1979 Sterne für die Klassifizierung ihm angeschlossener Hotels. Seit etwa November 2004 bietet der Beschwerdeführer seine (entgeltliche) Klassifizierung auch Nichtmitgliedern an. Die diesbezüglichen Garantiemarken des Beschwerdeführers sind unter den Nummern 531 266 bis 531 269 und der Nummer 531 250 eingetragen (KG act. 2 S. 2). b) Der Beschwerdeführer und der Beklagte (nachfolgend Beschwerdegegner, ebenfalls ein Verein der Hotellerie/Gastronomie) führten seit etwa dem Jahre 2003 Gespräche über die Frage, wie die über 60% der nicht klassifizierten Betriebe, vornehmlich kleinere oder mittlere Beherbergungsstätten, ins oder in ein Klassifikationssystem eingeordnet werden könnten. Zu einer gemeinsamen Lösung kam es nicht (KG act. 2 S. 2 f.). c) Am 8. November 2005 hinterlegte der Beschwerdegegner zehn Wort-/ Bildmarken mit den Nummern 541 117 bis 541 126. Er plante bzw. plant, unter Verwendung dieser Zeichen ein eigenes Klassifizierungssystem einzurichten. In der Folge leitete der Beschwerdeführer ein Massnahmeverfahren (HE060002) vor dem Handelsgericht Zürich ein (KG act. 2 S. 5 f.). d) Mit Verfügung vom 29. Mai 2006 verbot der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich dem Beschwerdegegner vorsorglich, "im Zusammenhang mit der Bewertung von Beherbergungseinrichtungen Sterne – sei es in Alleinstellung oder in Kombination mit weiteren Elementen – zu verwenden, Dritte mit solchen Sternen auszuzeichnen oder solche Sterne, seien diese selbst oder von Dritten genutzt, zu bewerben oder Dritten den Gebrauch seiner CH-Marken 541 117 bis 541 126 zu gestatten" (vgl. angefochtener Entscheid, KG act. 2 S. 6).

- 3 - e) Mit Beschluss vom 6. Februar 2009 (KG act. 2) hob das Handelsgericht des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz) diese vorsorglichen Massnahmen wieder auf und wies mit Urteil gleichen Datums die Klage des Beschwerdeführers ab, mit der dieser dem Beschwerdegegner im Zusammenhang mit der Bewertung von Beherbergungseinrichtungen die Verwendung von Sternen bzw. eventualiter der beklaglichen Zeichen entsprechend den Marken Nummern 541 117 bis 541 126 untersagen und die Marken Nummern 541 117 bis 541 126 für nichtig erklären lassen wollte (KG act. 2 S. 7 und S. 33).

E. 2

Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen eingegangen wird, ist auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der mit der Beschwerde angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO leidet.

Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

E. 3

Um den ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen,

- 5 - den Entscheid tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengesetzt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. In diesem Sinne muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher (präzise zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hierfür insbesondere nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene Meinung gegenüberzustellen. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.; s.a. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Soweit die Beschwerde oder Einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

E. 4

Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtigkeitskläger daher nicht (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

E. 5

a) Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach in Bezug auf die Klassifikation von Beherbergungsbetrieben für die Verwendung von Sternen ein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe, beruhe auf aktenwidrigen und willkürlichen Sachverhaltsannahmen. Die Vorinstanz unterschlage, dass der Beschwerdegegner die sogenannten "Hot-C-" oder die "1 bis 5 Category-Marken"

verwende. Die Lancierung dieser Zeichen bezeichne der Beschwerdegegner als grossen Erfolg, wie etliche Titel seiner Publikationen zeigen würden. Auch der Direktor des Beschwerdegegners bezeichne die eigene "C-Klassifikation" als Erfolg. Mit den Worten "Mit den Sternen wäre es einfacher" bestätige er, dass es auch ohne Sterne gehe. Die Vorinstanz setze sich mit der Behauptung eines absoluten Freihaltebedürfnisses willkürlich in Widerspruch zum Beweisergebnis (KG act. 1 Ziff. 3.4). b) Soweit es bei dieser Rüge des Beschwerdeführers um die Frage geht, ob für Sterne im Zusammenhang mit der Bewertung von Beherbergungsdienstleistungen ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht bzw. ob dieses zu Recht bejaht wurde, handelt es sich um eine vom hiesigen Gericht nicht zu prüfende Bundesrechtsanwendung. Darauf ist nicht einzutreten (vgl. oben Ziff. II.5). c) Soweit der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt ("aktenwidrige und willkürliche Sachverhaltsannahmen"), führt dieser zwar aus, auf Grund welcher Aktenstellen die Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich sein solle. Er legt jedoch in der Beschwerde nicht dar, welche tatsächliche Annahme des angefochtenen Entscheides willkürlich sein solle (die Be-

- 17 - jahung des absoluten Freihaltebedürfnisses in Bezug auf die Verwendung von Sternen zur Klassifizierung von Beherbergungseinrichtungen durch die Vorinstanz stellt keine tatsächliche Annahme, sondern eine rechtliche Würdigung dar). Damit ist auf die Rüge der aktenwidrigen und willkürlichen Sachverhaltsannahmen nicht weiter einzutreten.

E. 6

a) In einer nächsten Rüge bringt der Beschwerdeführer vor, die Behauptung der Vorinstanz, es würden erhebliche optische Unterschiede zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners bestehen, werde mit dazu im Widerspruch stehenden, falschen und damit willkürlichen Sachverhaltsannahmen begründet. Die Vorinstanz führe auf Seite 28 ihres Entscheids aus, dass die Zeichen des Beschwerdegegners einen "runden" Eindruck hinterliessen. Das werde aber durch die auf Seite 5 des angefochtenen Entscheids wiedergegebene Marke [Anmerkung des Kassationsgerichts: des Beschwerdegegners] widerlegt. Aus dieser Darstellung gehe hervor, dass die Marken des Beschwerdegegners von einem viereckigen Rahmen umfasst würden. Zudem sei der Beschwerdeführer dem behaupteten "runden" Eindruck bereits in der Replik entgegengetreten; die Behauptung eines runden Eindruckes sei tatsachenwidrig. Ebenso sei die Aussage, wonach Namen und Logo des Beschwerdegegners in dessen Zeichen unterscheidend wirkten, schlicht unvertretbar, mithin willkürlich. Hier negiere die Vorinstanz die Grössenverhältnisse zwischen den Worten "Hotel" oder "Garni", dem Stern oder den Sternen, dem Schweizerkreuz sowie dem klein gehaltenen Namen und Logo des Beschwerdegegners (KG act. 1 Ziff. 3.5 erster Teil). b) Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28).

- 18 - Namentlich genügt es grundsätzlich auch nicht, wenn in appellatorischer Weise lediglich die eigene Sicht der Dinge losgelöst von den vorinstanzlichen Erwägungen dargelegt bzw. diesen einfach gegenübergestellt und behauptet wird, die Auffassung des Sachrichters sei willkürlich. Denn eine vertretbare Beweiswürdigung ist nicht willkürlich, selbst wenn eine gegenteilige Sichtweise ebenfalls vertretbar wäre. Eine substantiierte

Rüge bedingt daher, dass im Einzelnen erklärt wird, inwiefern die im angefochtenen Entscheid effektiv angestellten Überlegungen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. c) Der Beschwerdeführer stellt die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede und stellt dieser in appellatorischer Kritik die eigene, abweichende Würdigung entgegen. Die Vorinstanz hat den Akteninhalt vorliegend jedoch auf jeden Fall nicht in derart unvertretbarer Weise gewürdigt, dass der von ihr gezogene Schluss des Hinterlassens eines "runden" Eindrucks für einen unbefangenen Denker als unhaltbar erscheinen würde. Ausserdem hat die Vorinstanz die Grössenverhältnisse nicht negiert, sondern diesen im Rahmen der Beweiswürdigung lediglich einen anderen, geringeren Stellenwert beigemessen, als dies der Beschwerdeführer tun will. Damit ist auch der Schluss der Vorinstanz, dass Namen und Logo des Beschwerdegegners in dessen Zeichen unterscheidend wirken würden, nicht unhaltbar. d) Der Beschwerdeführer rügt im zweiten Absatz von Ziffer 3.5 der Beschwerdeschrift überdies Folgendes: Mit den Ausführungen im ersten Absatz von Ziffer 3.5 [Anmerkung des Kassationsgerichts: siehe oben lit. a] sei auch der Feststellung der Vorinstanz in Ziffer IV.2 lit. c, wonach der Beschwerdegegner seine Zeichen mit seinem Logo versehen und damit das Zumutbare getan habe, um sich vom Beschwerdeführer abzugrenzen, die Grundlage entzogen. Damit sei auch diese Aussage als aktenwidrige und willkürliche Sachverhaltsannahme qualifiziert. Ebenso sei aus dieser Optik die Aussage in Ziffer IV.2 lit. e, Seite 31, des vorinstanzlichen Entscheids unhaltbar, wonach der Durchschnittsverbraucher in

- 19 - den angefochtenen Marken den Namen und das Logo des Beschwerdegegners erkennen werde. e) Ob der Beschwerdegegner mit dem Versehen der Zeichen mit seinem Logo das Zumutbare getan habe, um sich vom Beschwerdeführer abzugrenzen, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung und somit der Anwendung von Bundesrecht. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vgl. oben Ziff. II.5). f) Weiter rügt der Beschwerdeführer wie gesagt die Feststellung der Vorinstanz, wonach der verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher durchaus erkennen könne, dass wenn der Beklagte unter seinem Namen und Logo ein Bewertungssystem präsentiere, dieses nichts mit dem Kläger zu tun habe, als aktenwidrig und willkürlich. Die Feststellung sei "aus dieser Optik" unhaltbar. Mit "aus dieser Optik" verweist der Beschwerdeführer vermutlich auf seine Ausführungen weiter oben in Ziffer 3.5, wonach das Logo des Beschwerdegegners sehr klein gehalten sei und demnach nicht eine "relevante Unterscheidung herstellen" könne. Wie bereits in lit. c ausgeführt, ist der Schluss der Vorinstanz, dass Namen und Logo des Beschwerdegegners in dessen Zeichen unterscheidend wirken würden, nicht unhaltbar. Damit basiert diese Willkürüge auf einer bereits behandelten Rüge, mit welcher der Beschwerdeführer nicht durchdringt. Im Übrigen ist der Einwand des Beschwerdeführers auch sonst nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund darzutun. Mit dem Hinweis, dass das Logo des Beschwerdegegners in dessen Zeichen sehr klein gehalten sei, lässt sich im Hinblick auf die betreffende vorinstanzliche Erwägung weder eine aktenwidrige noch eine willkürliche Feststellung belegen. Damit geht die Rüge des Beschwerdeführers fehl.

E. 7

a) Auf Seite 29 des angefochtenen Entscheids – so der Beschwerdeführer weiter – führe die Vorinstanz aus, dass der Durchschnittsverbraucher sein Augenmerk – so ihn das

überhaupt interessiere – vermehrt auf die Herkunft der Bewertung richten werde. Mit dieser Feststellung setze sich die Vorinstanz jedoch in aktenwidriger Weise über das Beweisergebnis hinweg: So habe sich der Präsi-

- 20 - dent des Beschwerdegegners in HG act. 3/5 wie folgt geäußert: "Wir müssen aufhören, von zwei Systemen zu sprechen. Ein Stern ist ein Stern. Der Gast interessiert sich dafür, wie viele Sterne eine Unterkunft hat. Ihn kümmert nicht, wer die Sterne vergeben hat." Das Handelsgericht unterschlage diese Aussage und damit die Absicht des Beschwerdegegners, die Herkunft der Sternklassifikation nicht bekannt zu geben. Allein aufgrund der tatsächlichen und willkürlichen Annahme habe die Vorinstanz das Vorliegen einer lauterkeitsrechtlich relevanten Marktverwirrung und Verwässerung der Sternensymbole des Beschwerdeführers verneint (KG act. 1 Ziff. 3.6). Das Handelsgericht habe es in der Folge unterlassen, zu prüfen, was die Folgen wären, falls der Durchschnittsverbraucher sein Augenmerk nun gerade nicht auf die Herkunft der Bewertung richte. b) Die Vorinstanz führte aus, dass es – wie in der markenrechtlichen Diskussion dargelegt – erstellt sei, dass verschiedenste andere Marktteilnehmer Sterne benutzen oder verleihen würden. Somit werde der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher beim Bestehen paralleler, sich des Sternensymbols bedienender Bewertungssysteme sein Augenmerk – so ihn das überhaupt interessiere – vermehrt auf die Herkunft der Bewertung richten (KG act. 2 S. 29). Damit (also mit der Begründung, dass verschiedenste andere Marktteilnehmer Sterne benutzen oder verleihen würden, weshalb der Durchschnittsverbraucher sein Augenmerk auf die Herkunft der Bewertung richten werde) setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Die Vorinstanz hat ausserdem die entsprechende Aussage in HG act. 3/5, einem Interview mit dem Präsidenten des Beschwerdegegners, wohl gerade nicht übersehen. So erwähnte sie nämlich, dass den Durchschnittsverbraucher die Herkunft der Sterne allenfalls gar nicht interessieren werde (und somit genau das, was in HG act. 3/5 ausgeführt wird). Dem Beschwerdeführer gelingt es jedenfalls mit seiner Kritik und seinem Hinweis auf die Aussage in HG act. 3/5 nicht, die Aktenwidrigkeit bzw. Willkürlichkeit der gerügten vorinstanzlichen Feststellung darzutun. Welche rechtlichen Folgen daraus zu ziehen sind (ob die Vorinstanz das "Vorliegen einer lauterkeitsrechtlich relevanten Marktverwirrung und Verwässerung der Sternensymbole des Beschwerdeführers" zurecht verneinte), ist der Prüfung im vorliegenden Verfahren wie bereits mehrfach ausgeführt entzogen.

E. 8

a) Weiter rügt der Beschwerdeführer was folgt: Aufgrund der bundesrechtswidrigen Annahme, eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung oder Täuschung des Publikums sei nur gegeben, falls diese krass ausfalle, habe die Vorinstanz auf Seite 30 ihres Entscheids eine Auseinandersetzung mit der Qualität der Klassifikationssysteme der beiden Parteien als entbehrlich erachtet. Dabei übersehe die Vorinstanz, dass die Täuschung und Irreführung des Publikums durch die Verwendung der gleichen Sternensymbole a priori ermöglicht werde, weshalb der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 29 und 9 BV Anspruch auf eine materielle, vergleichende Beurteilung der Klassifikationssysteme beider Parteien habe (KG act. 1 Ziff. 3.7). b) Die Vorbringen in dieser Rüge erschöpfen sich weitgehend in einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht (wozu auch das Bundesverfassungsrecht gehört), was eine Überprüfung derselben im vorliegenden Beschwerdeverfahren nach § 285 ZPO ausschliesst (vgl. dazu auch oben Ziff. II.5): Die

richtige Anwendung der Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (so z.B. von Art. 2 und 3 lit. b, d und e UWG) überprüft das Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen mit freier Kognition. Soweit der Beschwerdeführer diese bundesrechtlichen Bestimmungen als verletzt rügen möchte, kann auf die Vorbringen nicht eingetreten werden. Ebenfalls nicht eingetreten werden kann auf die Rüge, soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung der Art. 29 und Art. 9 BV geltend macht (wobei aus der Beschwerde nicht rechtsgenügend hervorgeht, wodurch und inwiefern welche Aspekte von Art. 9 und Art. 29 BV verletzt sein sollen, womit die Rüge bereits mangels Substanziierung als den formellen Anforderungen nicht genügend bezeichnet werden muss). § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO erklärt zwar die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (u.a.) für stets zulässig, wenn eine Verletzung von Art. 9 oder Art. 29

- 22 - BV geltend gemacht wird. Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts ist die Nichtigkeitsbeschwerde aber ungeachtet des (die ratio der Bestimmung nur unzureichend wiedergebenden) Wortlauts von § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch dann ausgeschlossen, wenn in der Beschwerde eine qualifiziert unrichtige Anwendung von Bundesrecht unter Anrufung von Art. 9 BV (Willkürverbot) geltend gemacht wird (vgl. ZR 105 Nr. 10, Erw. III.2.b; ZR 106 Nr. 50, Erw. II.4.g). Die hinsichtlich der Rüge der willkürlichen Anwendung von Bundesrecht entwickelte Rechtsprechung gilt überdies auch für den Fall, dass – wie vorliegend der Fall – Art. 29 BV angerufen wird. Auch eine solchermaßen beanstandete Anwendung des Bundesrechts stellt eine Verletzung desselben (im Sinne von Art. 95 lit. a BGG) dar. Da dieser Mangel mit der zivilrechtlichen Beschwerde vor Bundesgericht geltend gemacht werden kann und dieses denselben mit freier Prüfungsbefugnis überprüft, kann wie gesagt auch auf diesen Beschwerdepunkt nicht eingetreten werden. Ob im Übrigen eine Tatsache (z.B. Qualität der Klassifikationssysteme) im Rahmen der Rechtsanwendung rechtlich von Bedeutung, d.h. erheblich ist, bildet eine Rechtsfrage. Sie kann in Fällen, in welchen (wie vorliegend) bundesrechtliche Ansprüche zu prüfen sind, dem Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen unterbreitet werden (Art. 72 ff. BGG; § 285 ZPO). Sofern der Beschwerdeführer die Auffassung der Vorinstanz in solchen Fragen nicht teilen bzw. einen gegenteiligen Standpunkt vertreten sollte, kann somit auf die Rüge nicht eingetreten werden.

E. 9

a) Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer Folgendes: Auf Seite 22 des angefochtenen Entscheids (KG act. 2) gehe die Vorinstanz davon aus, der relevante Verkehrskreis habe internationale Bezüge. Im Widerspruch dazu nehme die Vorinstanz auf Seite 31 an, der Durchschnittsverbraucher kenne die Unterschiede zwischen den Parteien. Zähle man aber auch ausländische Gäste zum relevanten Verkehrskreis, so würden diese die schweizerischen Verbände nicht kennen (und aufgrund des gemeinsamen Namensbestandteils "suisse" gar eher noch verwechseln).

- 23 - Vollends verlasse die Vorinstanz dann aber den Bereich der Realität und des Beweisergebnisses, wenn sie in willkürlicher Weise angenommenes, zukünftiges Verhalten der Parteien als Begründung für die behauptete genügende Unterscheidbarkeit der Parteien bzw. deren Klassifikationssymbole anrufe (so die Vorinstanz in KG act. 2 S. 31: "Ergänzend sei bemerkt, dass das publizistische Verhalten der Parteien, so es dem bisherigen entspricht, das seine für eine genügende Aufklärung des Publikums beitragen wird"). Es verstehe sich von selbst, dass solche Spekulationen in den Akten keine Stützen fänden, mithin als aktenwidrig und willkürlich zu bezeichnen seien (KG act. 1 Ziff. 3.8).

b) Die Vorinstanz argumentierte wie folgt: Sie führt auf Seite 22 des angefochtenen Entscheids bezüglich der Frage, dass Sterne Beschaffenheitsangaben und damit gemeinfreie Zeichen seien, aus, dass die Verhältnisse im Ausland nicht ohne Vorbehalt auf die einzig relevanten Zustände in der Schweiz herangezogen werden könnten. Aus verschiedenen Gründen (unter anderem, da auch ausländische Touristen Schweizer Hotels belegen würden) habe der relevante – generell schon breite – Verkehrskreis dennoch internationale Bezüge. Auf Seite 31 erklärt dann die Vorinstanz (im Rahmen von lauterkeitsrechtlichen Überlegungen) weiter, der verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher könne durchaus erkennen, dass wenn der Beklagte unter seinem Namen und Logo ein Bewertungssystem präsentiere, dieses nichts mit dem Kläger zu tun habe. Die Kritik des Beschwerdeführers (vgl. oben lit. a Abs. 1) geht an den vorstehenden vorinstanzlichen Erwägungen aus folgenden Gründen vorbei: Die Vorinstanz traf keine Feststellung und ging nicht davon aus, dass ausländische Gäste – zählt man diese zum relevanten Verkehrskreis – die schweizerischen Verbände kennen müssten. Vielmehr führte sie aus, dass der verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher durchaus erkennen könne, dass wenn der Beklagte unter seinem Namen und Logo ein Bewertungssystem präsentiere, dieses nichts mit dem Kläger zu tun habe. Auch ein ausländischer Gast sollte in der Lage sein, zwei Parteien bzw. deren Namen auseinanderzuhalten bzw. den X. nicht mit der Y. zu verwechseln (vorausgesetzt, er ist des Lesens mächtig, was auch von einem ausländischen Durchschnittsverbraucher zu erwarten ist). Er

- 24 - braucht dazu keine weiteren Kenntnisse von den beiden Parteien zu besitzen. Im Übrigen ist auch einem verständigen und aufmerksamen Schweizer Durchschnittsverbraucher allenfalls der Unterschied zwischen dem X. und der Y. nicht geläufig, was nicht ausschliesst, dass dieser ein Bewertungssystem mit dem Namen und Logo des Beschwerdegegners von X. abgrenzen kann. Somit handelt es sich bei der Annahme des Beschwerdeführers, ausländische Gäste seien (insbesondere aufgrund der gleichlautenden Bezeichnung "suisse" im Namen der Parteien) viel eher geneigt, die Parteien zu verwechseln und hätten keine Gelegenheit, von der aktuellen Auseinandersetzung zwischen den Parteien etwas zu erfahren, um eine Interpretation des Beschwerdeführers, die im Wortlaut der vorinstanzlichen Erwägungen keine Stütze findet. Aus diesem Grund zielt der Einwand des Beschwerdeführers ins Leere. Sodann ist Folgendes hinzuzufügen: Der Beschwerdeführer scheint an dieser Stelle die vorinstanzliche Begründung auch in rechtlicher Hinsicht als widersprüchlich zu rügen. Soweit er aber die vorinstanzliche Urteilsbegründung hinsichtlich der Anwendung der Normen des Markenschutzgesetzes bzw. des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb als mangelhaft bzw. ungenügend rügt, könnte darauf auch unter diesem Aspekt nicht eingetreten werden. Denn da das Bundesgericht im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen (welche in concreto zulässig ist, vgl. unten Ziff. V) die Frage, ob die vorinstanzlichen Erwägungen eine nachvollziehbare, schlüssige Begründung enthalten, frei beurteilen kann, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zulässig (vgl. dazu ZR 107 Nr. 59, Erw. 3.1 sowie Kass.-Nr. AA040043 vom 25. Juni 2004 i.S. M., Erw. II.3.2.c.aa). Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz Willkür in der Beweiswürdigung vorwirft (siehe oben lit. a Abs. 2), ist anzumerken, dass die (ergänzende) vorinstanzliche Erwägung, das publizistische Verhalten der Parteien werde, so es dem bisherigen entspreche, das seine für eine genügende Aufklärung des Publikums beitragen, in der Tat etwas befremdlich erscheinen mag. Dass sie in tatsächlicher Hinsicht aber geradezu unhaltbar ist, zeigt der

Beschwerdeführer nicht auf. Willkür der vorinstanzlichen Erwägung wird mit der Behauptung, es verstehe

- 25 - sich von selbst, dass "diese Spekulation in den Akten keine Stütze finde, mithin als aktenwidrig und willkürlich zu bezeichnen sei", nicht dargetan. Damit geht auch diese Rüge des Beschwerdeführers fehl.

E. 10

a) Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit einer Ausnahme, die zur Streichung einer Entscheidungsbegründung zuhanden des Bundesgerichts führt, keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde – abgesehen von der erwähnten Streichung – ab- zuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. b) Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. IV. 1. Vorliegend beantragte der Beschwerdeführer die Klagegutheissung bzw. Aufhebung des angefochtenen Entscheids (KG act. 1 S. 2). Demgegenüber liess der Beschwerdegegner Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde stellen, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 11 S. 2). Die Nichtigkeitsbeschwerde führt zwar nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, aber immerhin zur Streichung einer Alternativbegründung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur ein nicht allzu bedeutender Teil der vorinstanzlichen Erwägungen gestrichen wird. Es rechtfertigt sich deshalb im Ergebnis, die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) zu 4/5 dem Beschwerdeführer und zu 1/5 dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. 2. a) Der Beschwerdeführer ist zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung (100% = Fr. 19'250.–) zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). b) Mangels eines entsprechenden Antrags (KG act. 11 S. 2: "Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers") ist zur

- 26 - Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). V. 1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert mit einer Million Franken deutlich über Fr. 30'000.– liegt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Folglich steht gegen ihn aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen. 2. Ausserdem beginnt mit der Zustellung des kassationsgerichtlichen Entscheids die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des Entscheids des Handelsgerichts vom 6. Februar 2009 mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; siehe auch KG act. 2 S. 34, Dispositivziffer 7). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.