

SHELLINGGASSE 6
A-1010 WIEN, ÖSTERREICH
TELEFON: (43-1) 512 23 64-0 SERIE
TELEFAX: (43-1) 512 33 25
E-MAIL: ZEINER.LAW@NETWAY.AT
CREDITANSTALT KONTO NR.: 0066-26105/00
POSTSPARKASSE KONTO NR.: 7875.128
UID NR. ATU 10534509

An das
Handelsgericht Wien
Riemergasse 7
1010 Wien
EINSCHREIBEN

Dr Pun/D - 5055/016

Handelsgericht Wien
Eingl. am 2 9. NOV. 2000 ...Uhr...Min.
...fesch...
...Name

1 DR. ERICH ZEINER (- 1992)
DR. HANS GEORG ZEINER *)
DR. BRIGITTE HEAMAN-DUNN
DR. GEORG PUNKENHOFER
DR. RUDOLF PENDL, LL.M.

*) AUCH ZUGELASSEN IN TSchechien

**Klagende und
gefährdete Partei:**

Ferrero Österreich Handelsges.m.b.H.
Templstraße 5b
6020 Innsbruck

380g

vertreten durch:

**Beklagte Partei und Gegenerin
der gefährdeten Partei:**

MediaClan Gesellschaft für Online Medien GmbH
Bennogasse 8/6
1080 Wien

Streitwert: (Unterlassung und Beseitigung) ATS 500.000,00

1. KLAGE 2. ANTRAG AUF ERLASSUNG EINER EV

zweifach
1 Halbschrift
25 Beilagen
1 Zahlschein

I. Vollmachtserklärung

Die Ferrero Österreich GmbH hat Herrn Dr. Hans Georg Zeiner, Frau Dr. Brigitte Heaman-Dunn, Herrn Dr. Georg Punkenhofer und Herrn Dr. Rudolf Pendl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Schellinggasse 6, Prozeß- und Geldvollmacht erteilt. Die oben genannten Anwälte berufen sich gemäß § 8 Abs. 1 RAO und § 30 Abs. 2 ZPO auf die ihnen erteilte Vollmacht und begehren die Zustellung sämtlicher Schriftstücke und gemäß § 19^a RAO die Bezahlung der Kosten zu ihren Händen.

II. Die Rechte der klagenden Partei

II.a. Die Muttergesellschaft der klagende Partei, die Ferrero International B.V. mit dem Sitze in Amsterdam, Niederlande, bzw. deren Konzerngesellschaften, einschließlich der Ferrero S.p.A., mit dem Sitze in Alba, Italien, der Ferrero GmbH mit dem Sitze in Allendorf, Deutschland, sowie der Ferrero OHG m.b.H., gleichfalls mit dem Sitze in Allendorf, Deutschland, sind Eigentümer der folgenden, in Österreich vollständig aufrechten nationalen und internationalen Marken:

- Österreichische Wort-Bild-Marke **Nr. 153.602 KINDER¹**, die mit der Priorität des Anmeldetages vom 18. Februar 1994 aufgrund eines Verkehrsgeltungsnachweises für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 30: Schokolade und Schokoladeprodukte.

- Internationale Wort-Bild-Marke **Nr. 362.631 KINDER²**, die mit der Priorität des Tages der internationalen Eintragung vom 27. Oktober 1969 für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 29: Mischungen zum Streichen, die Zucker, Milch oder Fette enthalten (ausgenommen alle Produkte, die unter der Verwendung von Wein oder Spirituosen hergestellt werden).

Klasse 30: Schokolade; Schokoladeprodukte, Schoko-bonbons; Konditorwaren, Süßigkeiten (ausgenommen Produkte die mit Wein oder Schnaps gefüllt sind); Mischungen zum Streichen, die Zucker, Kakao oder Nougat enthalten.

Alle diese Artikel sind insbesondere für Kinder hergestellt.

- Internationale Wort-Bild-Marke **Nr. 362.632 KINDER³**, die mit der Priorität des Tages der internationalen Eintragung vom 27. Oktober 1969 für folgende Waren eingetragen ist:

¹ Beweis: Markenregisterauszug, Beilage .1.

² Beweis: Markenregisterauszug, Beilage .2.

³ Beweis: Markenregisterauszug, Beilage .3.

Klasse 29: Mischungen zum Streichen, die Zucker, Milch oder Fette enthalten (ausgenommen alle Produkte, die unter der Verwendung von Wein oder Spirituosen hergestellt werden).

Klasse 30: Schokolade; Schokoladeprodukte, Schokobonbons; Konditorwaren, Süßigkeiten (ausgenommen Produkte, die mit Wein oder Schnaps gefüllt sind); Mischungen zum Streichen, die Zucker, Kakao oder Nugat enthalten.

Alle diese Produkte sind insbesondere für Kinder hergestellt.

- Internationale Wort-Bild-Marke Nr. **376.645 KINDER⁴**, die mit der Priorität des Tages der internationalen Eintragung vom 11. Februar 1971 für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 30: Kaffee, Tee, Zucker, Reis, Tapioca, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreide-präparate (ausgenommen Tierfutter); Brot, Biskuites, Kuchen, feine Backwaren und Konditorwaren, Erfrischungseis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Pfeffer, Essig, Saucen; Gewürze; Speiseeis; Kakao, Kakaoprodukte, Kakao- und Schokoladetränke; Glasuren und, besonders Schokolade Glasuren, Schokolade, Pralinen, Schokoladeartikel zur Dekoration von Christbäumen; Nahrungsmittel, die aus einer essbaren Schokoladehülle und alkoholischer Fülle, aus Süßigkeiten, Konditorwaren einschließlich Hartköse und Edelkonditoreiwaren.

- Internationale Wort-Bild-Marke Nr. **383.364 KINDER⁵**, die mit der Priorität des Tages der internationalen Eintragung vom 26. Oktober 1971 für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Konserven mit Fleisch, Gemüse, Fisch, Früchten, Marmeladen, Eier, Milch und andere Milchprodukte, Speiseöle und -fette; Pickles.

Klasse 30: Kaffee, Tee, Zucker, Reis, Tapioca, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreide-präparate (ausgenommen Tierfutter); Brot, Biskuits, Kuchen, feine Backwaren und Konditorwaren, Erfrischungseis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Pfeffer, Essig, Saucen; Gewürze; Speiseeis; Kakao, Kakaoprodukte, Kakao- und Schokoladetränke; Glasuren und, besonders Schokolade

⁴ Beweis: Markenregisterauszug, Beilage /4.

⁵ Beweis: Markenregisterauszug, Beilage /5.

Glasuren, Schokolade, Pralinen, Schokoladeartikel zur Dekoration von Christbäumen; Nahrungsmittel, die aus einer eßbaren Schokoladehülle und alkoholischer Fülle, aus Süßigkeiten, Konditorwaren einschließlich Hartköse und Edelkonditoreiwaren.

Klasse 32: Biere; Ale und Porter, Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken.

- Internationale Wortbild Marke **Nr. 462.161 KINDER⁶**, die mit der Priorität des Tages der internationalen Eintragung vom 5. Juni 1981 für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Konserven mit Fleisch, Gemüse, Fisch, Früchten, Marmeladen, Eier, Milch und andere Milchprodukte, Speiseöle und -fette; Pickles.

Klasse 30: Kaffee, Tee, Zucker, Reis, Tapioca, Sago, Kaffee-Eratzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Tierfutter); Brot, Biskuits, Kuchen, feine Backwaren und Konditorwaren, Erfrischungsgeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Pfeffer, Essig, Saucen; Gewürze; Speiseeis; Kakao, Kakaoprodukte, Kakao- und Schokoladetränke; Glassuren und, besonders Schokolade Glassuren, Schokolade, Pralinen, Schokoladeartikel zur Dekoration von Christbäumen; Nahrungsmittel, die aus einer eßbaren Schokoladehülle und alkoholischer Fülle, aus Süßigkeiten, Konditorwaren einschließlich Hartköse und Edelkonditoreiwaren.

Klasse 32: Biere; Ale und Porter, Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken.

- Internationale Wort-Bild-Marke **Nr. 512.869 KINDER⁷**, die mit der Priorität vom 11. Oktober 1986 (Artikel 4 Pariser Unionsvertrag) für folgende Waren eingetragen ist:

Klasse 5: Diät-Nahrungsmittel für medizinische Zwecke, nämlich Schokolade, Schokoladeprodukte, nämlich Schokobeere,

⁶ Beweis: Markenregistrauszug, Beilage /6.

⁷ Beweis: Markenregistrauszug, Beilage /7.

Schokoladebonbons, auch solche gefüllt mit Früchten, Kaffee, nicht-alkoholischen Getränken, Wein und/oder Spirituosen und auch mit Milch oder Milchprodukten, nämlich Joghurt, lange haltbar gemachte Konditoreiwaren und edle Konditoreiwaren, Getränke auf Kaffee- oder Teebasis, diätetische, nicht-alkoholische Getränke.

Klasse 29: Mischungen zum Streichen, die Zucker, Kakao, Nugat, Milch oder Fette enthalten.

Klasse 30: Schokolade, Schokoladeprodukte, insbesondere Schokoladebaren, Schokoladebonbons, gefüllt mit Früchten oder Kaffee, alkoholfreie Getränke; Wein und/oder Spirituosen und auch mit Milch oder Milchprodukten, nämlich Joghurt, lange haltbar gemachte Konditoreiwaren und edle Konditoreiwaren, Getränke auf Kaffee- oder Teebasis.

Klasse 32: Alkoholfreie Getränke.

Klasse 33: Getränke auf der Basis von Kaffee und Tee, die Spirituosen enthalten.

- Internationale Wortbild Marke **Nr. 403.518 KINDER⁸**, die mit der Priorität des internationalen Eintragungstages vom 28. Dezember 1973 für folgende Waren geschützt ist:

Klasse 30: Kaffee, Tee, Zucker, Reis, Tapioca, Sago, Kaffee-Eratzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Tierfutter); Brot, Biskuites, Kuchen, feine Backwaren und Konditorwaren, Erfrischungseis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Pfeffer, Essig, Saucen; Gewürze; Speiseeis; Kakao, Kakaoprodukte, Kakao- und Schokoladegetränke, Glasuren und, besonders Schokolade Glasuren, Schokolade, Pralinen, Schokoladeartikel zur Dekoration von Christbäumen; Nahrungsmittel, die aus einer eßbaren Schokoladehülle und alkoholischer Fülle, aus Süßigkeiten, Konditorwaren einschließlich Hartköse und Edelkonditoreiwaren.

II.b. Die klagende Partei ist Lizenznehmerin aller Inhaber der im obigen Absatz 1. angeführten Markeninhaber für die Marke KINDER in den oben dargelegten Variationen und als solche zur Klagsführung berechtigt⁹.

⁸ Beweis: Markenregisterauszug, Beilage ./8.

⁹ siehe zuletzt OGH 15.02.2000, *ÖBI* 2000, 178 - BOSS Brillen.

III. Domain kinder.at der beklagten Partei

Die beklagte Partei ist Inhaberin der Domain kinder.at.¹⁰ Unter dieser Internet-Adresse veröffentlicht die beklagte Partei in überragender Schriftgröße "www.kinder.at" und am rechten Rand eine Cartoon-Figur. In kleineren Buchstaben wird folgendes festgehalten: "Hier entsteht eine österreichische Non-Profit-Internet-Seite, speziell für Kinder." Weiters ist eine Kontaktadresse angegeben.¹¹

Die Kontaktadresse info@mediaclan.at führt zur Homepage der beklagten Partei, auf welcher Werbung für Produkte und Dienstleistungen der beklagten Partei gemacht wird.¹²

IV. Qualifikation der Domain

Domains werden zur Kennzeichnung eines bestimmten Teilnehmers an einem Computernetzwerk (z.B. Internet) vom zuständigen Verwalter des Netzwerks¹³ vergeben und von dem betreffenden Teilnehmer im Datenverkehr verwendet. Neben der Angabe der obersten Organisationsebene (top level domain, hier: ".at" für Österreich, dem Land, in welchem die Domain registriert wurde) enthält eine Domain einen frei wählbaren Namensteil (hier: "kinder"). Der letztgenannte Teil weist zumeist auf das Angebot des Domain-Inhabers im world wide web (www) hin. Jede Domain kann in der vollständig identischen Form nur einmal vergeben werden. Die Registrierungsstelle nimmt in keiner Weise eine Prüfung bestehender Kennzeichenrechte vor und vergibt die Domains nach dem Prioritätsprinzip ("first come, first served"). Der Antragsteller muß nur im Zuge des Eintragungsverfahrens zusichern, daß er nicht Rechte Dritter beeinträchtigt.¹⁴

V. Identität der Marken der klagenden Partei und der Domain der beklagten Partei

Sowohl die Klagsmarken als auch die bekämpfte Domain der beklagten Partei bestehen aus dem Wort "Kinder" und zwar ohne irgendwelche Zusätze, sodaß im gegenständlichen Fall - sieht man von der Kennung ".at" ab - von einer Identität der Zeichen auszugehen ist. Der Hinweis auf die top level domain ".at" ändert nichts an dem übereinstimmenden Gesamteindruck der Marken der klagenden Partei und der Domain der beklagten Partei.

VI. Priorität der Marken der klagenden Partei

Die Domain **kinder.at** wurde im Namen der beklagten Partei durch die NIC.AT Internet Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft m.b.H. registriert. Das Eintragsdatum einer Domain wird durch die NIC.AT Internet Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft m.b.H. nicht veröffentlicht.

¹⁰ Beweis: Ausdruck aus der RIPE Datenbank (www.ripe.net/cgi-bin/whois?query=kinder.at), Beilage ./9; Auszug der Online Domain-Abfrage NIC.AT (www.nic.at), Beilage ./10.

¹¹ Beweis: Internet Auszug (www.kinder.at), Beilage ./11.

¹² Beweis: Diverse Internet Auszüge, Beilage ./12; Auszug der Online Domain-Abfrage NIC.AT (www.nic.at), Beilage ./10.

¹³ In Österreich: NIC.AT Internet Verwaltungs- und betriebsgesellschaft m.b.H., s. www.nic.at.

¹⁴ Vgl. OGH 24.2.1998, ÖBI 1998, 241 - jusline; s. www.nic.at.

In Anbetracht des Umstands, daß die privatwirtschaftliche Domain-Verwaltung in Österreich erst im Jahr 1994 mit der Delegation der Domain co.at an die Firma EUNET begann¹⁵, ist die zu Gunsten der beklagten Partei eingetragene Domain wesentlich jünger ist, als die oben aufgezeigten Markenrechte der klagenden Partei.

VII. Berühmtheit der Marken der klagenden Partei

VII.a. Die mit der Bezeichnung KINDER vertriebenen Schokoladeprodukte waren gemäß Untersuchungen¹⁶ bereits im Jahr 1994 88% aller Erwachsenen und 96% aller Kinder im Alter von 6 bis 14 Jahren bekannt. In Anbetracht der intensiven Werbemaßnahmen kann heute sogar von einem noch höheren Bekanntheitsgrad ausgegangen werden.

VII.b. Dieser überragenden Bekanntheit der Klagsmarke liegt ein beträchtlichen finanziellen Aufwand zugrunde. Eine Marke soll der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen dienen und den Kunden auf den Markeninhaber hinweisen, womit im besonderen die Identifizierungsfunktion angesprochen ist. Daneben vermittelt die Marke dem Abnehmer auch die Assoziation eines bestimmten Qualitäts- und Beschaffenheitsstandards. Natürlich ist mit der Marke auch eine Suggestiv- und Werbefunktion verbunden. Je bekannter eine Marke ist, umso besser kann sie diese Funktionen erfüllen und umso interessanter ist es für einen Nachahmer an dieser Bekanntheit und dem dafür von der Markeninhaberin getätigten Werbeaufwand zu partizipieren.

Im gegenständlichen Fall wird durch das Belegen der Domain kinder.at in das Recht der klagenden Partei eingegriffen, selbst vom Wert ihrer Marken (auch im Internet) zu profitieren und andere davon auszuschließen, ihr Zeichen zu verwenden.¹⁷ Darin liegt mangels Zustimmung des Markeninhabers eine unzulässige Ausbeutung der Marke und bei einer verkehrsbekanntem oder hier sogar berühmten Marke eine Ausbeutung des mit großem Werbeaufwand geschaffenen Images der Marke im geschäftlichen Verkehr.

VII.c. Der oben dargestellte Werbeaufwand kommt dadurch nicht zum Tragen, daß die Internet-Benutzer die klagende Partei bzw. deren Produkte natürlich unter Verwendung der oben zitierten berühmten Marken suchen, die sie aus dem sonstigen Auftreten der klagenden Partei kennen, jedoch unter www.kinder.at nur auf die beklagte Partei stoßen.

VIII. Erweiterter Schutz der berühmten KINDER-Marken

VIII.a. Gemäß § 10 MSchG ist es dem Inhaber einer eingetragenen Marke gestattet, *"Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches ... Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§10^o), die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese im Inland bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt."* Wie bereits vorstehend dargelegt

¹⁵ Marianne Wolfsgruber in Gruber-Mader, Internet und e-commerce, Manz, Wien 2000, Seite 62.

¹⁶ Beweis: Untersuchungen der Fessel - GfK Institut für Marktforschung Ges.m.b.H., Beilage J13.

¹⁷ Vgl. Brandl/Fallenböck, Zu den namens- und markenrechtlichen Aspekten der Domain-Namen im Internet, WBI 1999, 481.

wurde, handelt es sich bei den Marken der klagenden Partei um solche berühmten Marken, denen ein erweiterter Schutz zukommt.

VIII.b. Die beklagte Partei ist gemäß ihrer eigenen Darstellung die *"erste österreichische Agentur, die sich auf Konzeption, Betrieb und Vermarktung von Online Medien und Online Communities spezialisiert hat"*¹⁸ und versteht sich als *"eine Art Verlag im Internet"*¹⁹. Die Kunden der beklagten Partei *"sind vielfältig, genauso wie unsere Dienstleistungen: Von Chats über Diskussionsforen bis hin zu kompletten Websites"*²⁰. In der Kundenliste der beklagten Partei scheinen beispielsweise Amnesty International und die Evangelische Jugend sowie der Standard, Siemens AG, Reisebüro Incentive Tours, Netway oder trend, das Wirtschaftsmagazin auf.²¹

Die beklagte Partei erbringt somit Dienstleistungen ("Erstellen bzw. Design von Websites"), welche gemäß der Nizzaer Klassifikation der Klasse 42 zuzuordnen sind. Nach Ansicht der klagenden Partei besteht wohl kein Zweifel daran, daß es sich bei der unter www.kinder.at abrufbaren Website - für jeden Internet-User leicht erkennbar - um eine weitere Dienstleistung der beklagten Partei handelt, die angekündigt bzw. zum Teil bereits präsentiert wird.

Die beklagte Partei ist daher jedenfalls im geschäftlichen Verkehr tätig. Da sie im Rahmen ihrer Dienstleistungen auch Werbung für Dritte anbietet, kann sie auch Mitbewerber der klagenden Partei auf ihrer Website zeigen. In diesem Falle braucht gar nicht auf den erweiterten Schutz der berühmten Marke zurückgegriffen werden, da dann sowieso bereits Warenidentität oder -gleichartigkeit vorliegt.

VIII.c. Die in Punkt II. aufgezählten Klagsmarken erstrecken sich auf Waren der Klassen 5, 29, 30, 32 und 33. Das in § 10 Abs. 2 MSchG normierte Recht, Dritten zu verbieten, ohne Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches Zeichen zu verwenden, gilt im Fall einer berühmten Marke auch für Waren oder Dienstleistungen, die nicht denen ähnlich sind, für welche die Marke eingetragen ist. Die Erfüllung der Voraussetzung der Bekanntheit der Marken der klagenden Partei wurde bereits ausführlich dargestellt.

Die Bezeichnung KINDER wird von einem weit überwiegenden Teil der angesprochenen Verkehrskreise als Hinweis auf die klagende Partei und auf die von ihr hergestellten Produkte verstanden. Dies gilt selbstverständliche auch (bzw. insbesondere) für jene Verkehrskreise (Internet-Nutzer), an die sich die beklagte Partei wendet. Den Marken der klagenden Partei kommt sohin Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft zu. Die zitierten Marken entfalten hinsichtlich der Klägerin und ihrer Produkte Herkunftsfunktion.

VIII.d. Durch die Benutzung der Marken der klagenden Partei wird deren Ruf ausgebeutet und die mit den von den Marken umfaßten Produkten verbundene Gütevorstellung ausgenutzt. In Anbetracht der vorgelegten Marktstudien hinsichtlich des Stellenwerts der KINDER Marken der klagenden Partei und der umfangreichen Werbemaßnahmen für die so

¹⁸ Beweis: www.mediaclan.at/portfolio.html, Auszug, Beilage ./14.

¹⁹ Beweis: www.mediaclan.at/services.html, Auszug, Beilage ./15.

²⁰ Beweis: www.mediaclan.at/kunden.html, Auszug, Beilage ./16.

²¹ Beweis: www.mediaclan.at/kunden.html, Auszug, Beilage ./16.

bezeichneten Waren kann die Ausnutzung der Wertschätzung der Klagsmarken durch die Verwendung einer identischen Domain sehr einfach nachvollzogen werden.

Die positiven Assoziationen der Verkehrskreise hinsichtlich der mit den Klagsmarken versehenen und beworbenen Produkte werden auf die Dienstleistungen der beklagten Partei übertragen und verleiten Internet-User dazu, die Website der beklagten Partei aufzusuchen, wo sie auf deren Dienstleistungsangebot geführt werden. Der Internet-User, der die Domain kinder.at wählt, um über die klagende Partei und deren Warenangebot Informationen zu erhalten, trifft also stattdessen auf ein Produkt der beklagten Partei und wird zu deren Dienstleistungsangebot geleitet.

VIII.e. Aufgrund der Benutzung eines identischen Zeichens durch die beklagte Partei wird zudem die Unterscheidungsfunktion der Marken der klagenden Partei beeinträchtigt. Die Ausnutzung der auf ihrer Einmaligkeit beruhenden überragenden Kennzeichnungs- und Werbekraft der berühmten KINDER Marken durch die beklagte Partei beeinträchtigt deren Werbekraft und begründet die Gefahr einer Verwässerung der zitierten Marken der klagenden Partei.

Die Wertschätzung der Klagsmarken wird auch dadurch beeinträchtigt, daß der Internet-Nutzer bei der Anwahl der Domain "kinder.at" gerade keine Information über die klagende Partei oder deren Produkte vorfindet.

Darüber hinaus wird der klagenden Partei die Möglichkeit genommen, sich selbst im Internet unter Verwendung ihrer bekannten und bei den angesprochenen Verkehrskreisen geschätzten Marken selbst darzustellen.

VIII.f. Die oben aufgezeigte Rufausbeutung, Ausnutzung und Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft der Klagsmarken erfolgt in unlauterer Weise und ohne rechtfertigenden Grund. Dies gründet sich insbesondere auf den Umfang der erlangten Bekanntheit der Klagsmarken sowie auf den Umstand, daß die beklagte Partei ohne Zustimmung der klagenden Partei nicht bloß eine ähnliche, sondern eine identische Domain eintragen ließ. Es liegt für die beklagte Partei kein sachlich gerechtfertigter Grund vor, am guten Ruf der klagenden Partei teilzuhaben.²²

IX. Wettbewerbswidriges Verhalten der beklagten Partei gemäß § 9 UWG

Das Verhalten der beklagten Partei ist insbesondere als Eingriff in das Kennzeichenrecht gemäß § 9 UWG zu qualifizieren. Insbesondere hindert die beklagte Partei die klagende Partei an der uneingeschränkten Nutzungsmöglichkeit ihrer Markenrechte. Weiters führt das bereits aufgezeigte Verhalten der beklagten Partei hinsichtlich der Klagsmarken zu einer Schmälerung der Werbekraft ("Verwässerungsgefahr") und begründet daher auch einen Verstoß gegen § 1 UWG.

²² Mangels österreichischer Entscheidungen, die mit dem gegenständlichen Fall vergleichbar wären, wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Urteile des OLG Karlsruhe vom 24. Juni 1998, Entscheidungssammlung Online-Recht - zwillig.de, Beilage /17, und des OLG München vom 2. April 1998, Entscheidungssammlung Online-Recht-freundin.de, Beilage /18, verwiesen.

IX.a. Zum Mißbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens gemäß § 9 UWG ist zu bemerken, daß dabei nicht auf ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs", sondern lediglich auf ein solches "im geschäftlichen Verkehr" abzustellen ist.

Wie nachstehend näher ausgeführt wird, gilt als Benützungshandlung bereits die Registrierung einer Domain. Das Kriterium der Benützung "im geschäftlichen Verkehr" ist im gegenständlichen Fall dadurch erfüllt, daß die gegenständliche Internet-Seite keinen Kontakt zu irgendeiner gemeinnützigen Vereinigung herstellt oder sich zumindest auf die Ankündigung der Erweiterung der Internet-Seite beschränkt, sondern vielmehr Dienstleistungen der beklagten Partei anbietet, die jedoch keineswegs als non-profit-Unternehmen anzusehen ist.

Die beklagte Partei beabsichtigt offensichtlich ein Portal zu errichten, das Produkte und Dienstleistungen Dritter, die für Kinder bestimmt sind, anbietet. Damit wird durch diese Internet-Seite unter Verwendung der Marken der klagenden Partei Werbung für Dienstleistungen der beklagten Partei und deren Kunden gemacht bzw. angekündigt.

IX.b. Weiters ist im Zusammenhang mit der angekündigten Non-Profit-Internet-Seite hervorzuheben, daß beispielsweise auch wohltätige und gemeinnützige Vereine, deren satzungsmäßiger Zweck an sich nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist, im geschäftlichen Verkehr iSd § 9 UWG handeln können.²³ Das Fehlen eines auf Gewinn gerichteten Zweckes allein würde daher gegebenenfalls einen UWG-Verstoß nicht ausschließen.

IX.c. Mangels ergiebiger österreichischer Quellen wird auch in diesem Kontext auf eine weitere deutsche Entscheidung hingewiesen²⁴, in der ausdrücklich festgestellt wurde, daß es nicht darauf ankommt, ob unter einer Domain Informationen im WWW (world wide web) abgerufen werden können oder ob die Domain als Bestandteil von e-mail-Adressen Verwendung findet.

Gemäß der genannten Entscheidung kann eine Rechtsverletzung bereits durch bloße Eintragung und Reservierung einer Domain begründet sein, da dies hinsichtlich der Auswirkungen - wie im gegenständlichen Fall - dazu führt, daß der Zugang zum Internet blockiert wird. Weiters wurde klargestellt, daß nicht der Verletzte auf andere Domains auszuweichen hat, um hiedurch den störenden Zustand zu beseitigen, sondern es obliegt dies vielmehr dem Verletzer.

Jüngst wurde jedoch auch in Österreich durch den OGH festgehalten, daß die Anmeldung und Innehabung einer Domain wegen der mit der Registrierung verbundenen Sperrwirkung für eine Benutzung desselben Zeichens auch dann ein Handeln im geschäftlichen Verkehr darstellt, wenn unter der Domain noch keine Website eingerichtet ist, über die Informationen abgerufen werden können.²⁵ In Anbetracht der aufgezeigten Gestaltung der unter kinder.at abrufbaren Website ist allerdings jedenfalls von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr auszugehen.

²³ Vgl. u.a. OGH 28.10.1997, 4 Ob 269/97; OGH 13.9.1988, 4 Ob 48/88.

²⁴ OLG Düsseldorf vom 17.11.1998 - ufa.de, Beilage J19.

²⁵ OGH 27.4.1999, ÖBl 1999, 225 - jusline II.

IX.d. Es wurde bereits ausführlich dargestellt, daß es sich bei den Klagsmarken um berühmte Zeichen handelt. Dieser Umstand führt dazu, daß selbst unter der Annahme, daß im gegenständlichen Fall völlige Branchenverschiedenheit anzunehmen wäre, von Verwechslungsgefahr ausgegangen werden müßte. Diese Gefahr erscheint im konkreten Fall jedoch besonders groß, da es nicht unüblich ist, daß bedeutende Unternehmen sich für wohltätige Zwecke und Non-Profit-Projekte engagieren und in besonderer wirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung dazu stehen. Dieser Zusammenhang erscheint insbesondere im Hinblick auf die Produkte der klagenden Partei und die präsentierte bzw. angekündigte Website der beklagten Partei leicht herstellbar.

Aus den vorstehenden Gründen begründet daher das Verhalten der beklagten Partei auch einen Verstoß gegen § 9 UWG.

IX.e. In diesem Zusammenhang sollten jüngste OGH-Entscheidungen nicht außer acht gelassen werden, in denen beispielsweise festgestellt wurde, daß die Registrierung der Domains "alutop.at" die Rechte am Firmenschlagwort ALUTOP (für Bearbeitung und Vertrieb von Aluminium-Produkten) verletzt²⁶ und daß bereits das Belegen der Domain "format.at" gegen die Rechte am Firmenbestandteil FORMAT (für Papierwaren) verstößt²⁷. Weiters wurde jüngst z.B. auch dem als Titel, Firmenbestandteil und Marke geschützten Zeichen "Wirtschaftswoche" durch den OGH Kennzeichenschutz gemäß § 9 UWG zugesprochen.²⁸

IX.f. In Ergänzung zum Handeln im geschäftlichen Verkehr wird darauf hingewiesen, daß gemäß hM in Deutschland der Gebrauch einer Internet-Domain in dem Moment einsetzt, in dem sie für einen bestimmten delegiert und für zumindest einen Internet-Dienst (z.B. E-Mail oder WWW) freigeschaltet, dh ordnungsgemäß registriert ist. In Anlehnung an die englische Rsp. zum Kennzeichenmißbrauch stellt bereits die Registrierung einer Domain einen kennzeichenmäßigen Gebrauch dar, der jedenfalls eine (vorbeugende) Unterlassungsklage rechtfertigt, da der Domain-Inhaber jederzeit ein Angebot (Webpage oder E-Mail) unter der freigeschalteten Internet-Adresse einrichten kann.²⁹

X. Wettbewerbswidriges Verhalten der beklagten Partei gemäß § 1 UWG

X.a. Der Gebrauch des Zeichens KINDER in Form einer Domain verstößt auch gegen § 1 UWG. Durch die Verwendung der Klagsmarken wird in sittenwidriger Weise die Werbekraft der berühmten Marken der klagenden Partei ausgenützt und dadurch die Gefahr einer Schmälerung der Werbekraft für die klagende Partei erzeugt.

X.b. Die beklagte Partei erlangt ohne eigene Leistung die unter Einsatz von Mühe und hohen Kosten erlangte Werbekraft und nützt diese aus, um auf ihre eigenen Dienstleistungen aufmerksam zu machen.

²⁶ OGH 14.3.2000, ecolex 2000, S. 266 - Alutop.

²⁷ OGH 13.9.1999, ecolex 2000, S. 132 - Format.

²⁸ OGH 13.9.1999, ecolex 2000, S. 133 - Wirtschaftswoche.

²⁹ Clemens Thiele in Internet und e-commerce, S 83, Hrsg.: Gruber-Mader; Manz, Wien 2000.

X.c. Hinsichtlich des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den beiden Parteien ist auszuführen, daß sich Wettbewerb durchaus auch auf andersartige Waren oder Dienstleistungen erstrecken kann, sofern jemand sein Verhalten zu solchen Gütern in Beziehung setzt. Dies kann - wie im gegenständlichen Fall - dadurch erfolgen, daß sich jemand an den Ruf und das Ansehen einer fremden Ware zur Förderung des Absatzes seiner andersartigen Waren oder Dienstleistungen anhängt. Es kommt daher nicht unbedingt auf die Gleichheit des Kundenkreises (wobei diese hier ohnehin nicht völlig ausgeschlossen werden kann) oder die Branchengleichheit an.³⁰

X.d. Schließlich erscheint es im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses bemerkenswert, daß in Deutschland sowohl die Rechtsprechung als auch weitgehend die Lehre heute davon ausgehen, daß der Schutzzweck des UWG sich nicht nur auf Mitbewerber, sondern auch auf die übrigen Marktteilnehmer (Abnehmer, insbesondere Verbraucher, und Lieferanten) und den Bestand des Wettbewerbs auf dem Markt erstreckt. Angesichts der Tatsache, daß sich der Wettbewerb auf den gesamten wettbewerblichen Marktprozeß erstreckt, erscheint es nicht sachgerecht, eine unlautere wirtschaftliche Betätigung nur dann zu unterbinden, wenn sie sich gegen eine oder mehrere bestimmte Mitbewerber richtet, zu denen ein Wettbewerbsverhältnis besteht.³¹

Unter dem Aspekt der Rufausbeutung wurde beispielsweise ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Herstellern von Luxusautomobilen und einer Werbefirma für Whiskey angenommen³² und unter dem Aspekt der Behinderung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Blumen- und Kaffeehändlern.^{33, 34} Erweitert man den Schutzzweck nicht in dieser Form, würde dies an der wirtschaftlichen Realität vorbeiziele.

XI. Unterlassungsanspruch

Aus den vorstehenden Gründen steht daher der klagenden Partei ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Verwendung der Domain kinder.at durch die beklagte Partei zu.³⁵

XII. Beseitigungsanspruch

Der Anspruch auf Unterlassung umfaßt auch das Recht, die Beseitigung des den Vorschriften des Gesetzes widerstreitenden Zustands vom Verpflichteten, soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht, zu verlangen.³⁶

Erst mit der Verpflichtung der beklagten Partei, in die Löschung der gegenständlichen Domain einzuwilligen, wird der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt.³⁷ Der rechtmäßige Zustand kann nur dadurch wiederhergestellt werden, daß die beklagte Partei die gegenständliche Domain zurücklegt und zu diesem Zweck das von der für österreichische

³⁰ Vgl. u.a. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Auflage, S. 276f.

³¹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Aufl., S. 289.

³² BGH 9.12.1983, GRUR 1983, S. 247 - Rolls-Royce.

³³ BGH 1970, GRUR 1972, S. 553f - Statt Blumen ONKO-Kaffee.

³⁴ Clemens Thiele in Internet und e-commerce, S 84.

³⁵ Vgl. §§ 9 Abs. 1, 14 UWG, § 51 MSchG.

³⁶ § 15 UWG, § 52 MSchG.

³⁷ Vgl. OGH 27.4.1999, Öbl 1999, S. 225 - jusline II.

Domains zuständigen NIC.AT Internet Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft m.b.H. vorgesehene Formular unterfertigt.

Um eine fortgesetzte Verletzung der Rechte der klagenden Partei auszuschließen und eine erneute Registrierung durch die beklagte Partei oder unberechtigte Dritte zu verhindern, erscheint es unerlässlich, daß die beklagte Partei das oben erwähnte Formular³⁸ unterfertigt der klagenden Partei aushändigt. Nur dadurch kann die klagende Partei in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang die Rücklegung der Domain sowie die Registrierung für die klagende Domain veranlassen und weitere Rechtsverletzungen hintanhalt³⁹. Dieses Ergebnis kann auch durch die Unterfertigung des Übertragungsformulars der österreichischen Domain Verwaltung⁴⁰ erzielt werden.

Die klagende Partei stützt sämtliche ihrer oben erwähnten Ansprüche auch auf jeden anderen erdenklichen Rechtsgrund.

XIII. Die beklagte Partei wurde mit den Schreiben vom 17. April, 2000⁴¹ und 22. August, 2000⁴² aufgefordert, die Verwendung der Bezeichnung KINDER zu unterlassen und die Löschung der Domain kinder.at zu veranlassen. Die beklagte Partei hat dies jedoch verweigert⁴³ und dabei unter anderem festgestellt, daß die Bezeichnung KINDER für *„die Erbringung von Dienstleistungen durch Information und Unterhaltung im Internet“*⁴⁵ verwendet wird und somit auch bestätigt, daß sie im Zusammenhang mit der Bezeichnung KINDER geschäftlich tätig ist bzw. dies beabsichtigt.

XIV. Gerichtszuständigkeit

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes ergibt sich aus § 51 Abs. 2 Z. 9 und 10 JN.

XV. Antrag

Aus den vorstehend angeführten Gründen beantragt die klagende Partei das nachstehende

U R T E I L

1. Die beklagte Partei ist bei Exekution schuldig,

➤ die Verwendung der Bezeichnung KINDER oder einer damit verwechselbar ähnlichen Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr, einschließlich der Verwendung zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage, insbesondere in der Form der Domain KINDER.AT, und/oder

³⁸ Formular zur Zurücklegung der Domain, Beilage ./20.

³⁹ Vgl. OLG München, 25.3.1999, CR 1999, S. 382 - shell.de.

⁴⁰ Übertragungsformular, Beilage ./21.

⁴¹ Schreiben der klagenden Partei vom 17.4.2000, Beilage ./22.

⁴² Schreiben der klagenden Partei vom 22.8.2000, Beilage ./23.

⁴³ Schreiben der klagenden Partei vom 21.4.2000, Beilage ./24.

⁴⁴ Schreiben der klagenden Partei vom 4.9.2000, Beilage ./25.

⁴⁵ Beilage./24, Seite 2, 2. Absatz.

➤ die Einräumung des Rechtes zur Verwendung der Bezeichnung KINDER oder einer damit verwechselbar ähnlichen Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr, einschließlich der Verwendung zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage, insbesondere in der Form der Domain KINDER.AT, an Dritte

zu unterlassen;

2. Die beklagte Partei ist weiters bei Exekution schuldig, binnen 14 Tagen die Domain KINDER.AT in der Weise zurückzulegen, daß sie alle für die Übertragung der Domain KINDER.AT an die klagende Partei erforderlichen Formulare und Urkunden unterfertigt und Erklärungen abgibt, damit die Domain KINDER.AT an die klagende Partei rechtsgültig übertragen werden kann; in eventu
3. die beklagte Partei ist bei Exekution schuldig, binnen 14 Tagen in die Löschung der Domain KINDER.AT in der Form einzuwilligen, daß sie alle für die Löschung der Domain KINDER.AT erforderlichen Formulare und Urkunden unterfertigt und Erklärungen abgibt, damit die Domain KINDER.AT rechtsgültig gelöscht werden kann;
4. Die beklagte Partei ist schließlich schuldig, der klagenden Partei die Verfahrenskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

XVI. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die gefährdete Partei bezieht sich auf das Vorbringen in der Klagserszählung, woraus sich bereits aufgrund der vorgelegten Beweismittel ergibt, daß sie berechtigt ist, zur Sicherung ihres Unterlassungsanspruches eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 24 UWG zu beantragen.

Zur Vermeidung unnötiger Längen werden die zur Bescheinigung des Anspruches von der gefährdeten Partei mit der gleichzeitig eingebrachten Klage vorgelegten Beweismittel nicht noch einmal aufgezählt, sondern der Einfachheit halber nur darauf verwiesen.

Hinsichtlich des drohenden unwiederbringlichen Schadens wird ausgeführt, daß dieser für die gefährdete Partei in der Gefahr besteht, mangels rascher Auffindbarkeit im Internet einen Ausfall an möglichen weiteren Kunden zu erleiden.⁴⁶

Die gefährdete Partei beantragt daher die nachstehende

Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Unterlassungsanspruches der gefährdeten Partei wird der Gegnerin der gefährdeten Partei bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils verboten, zu Zwecken des Wettbewerbs

⁴⁶ Vgl. OGH 21.12.1999, ÖBl 2000, 134 - ortig.at.

- die Bezeichnung KINDER oder eine damit verwechselbar ähnliche Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr zu verwenden, einschließlich der Verwendung zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage und insbesondere in der Form der Domain KINDER.AT, und/oder
- Dritten das Recht zur Verwendung der Bezeichnung KINDER oder einer damit verwechselbar ähnlichen Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr, einschließlich der Verwendung zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage, insbesondere in der Form der Domain KINDER.AT, einzuräumen.

Wien, am 27. November 2000

Ferrero Österreich Handelsges.m.b.H.