

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

*) AUCH ZUGELASSEN IN TSCHESCHIEN

Dr. Pun/PK – 5055/016

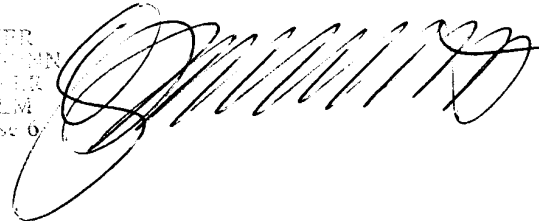
GZ 38 Cg 90/00t

Klagende Partei:

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

vertreten durch:

Rechtsanwälte
DR. HANS GEORG ZEINER
DR. BRIGITTE HEAMAN-DUNN
DR. GEORG PUNKENHOFER
DR. RUDOLF PENDL, LL.M.
1010 WIEN, Schellinggasse 6
Tel: (01) 512 23 64-0
Fax: (01) 512 33 25



Beklagte Partei:

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

vertreten durch:

Freimüller/Noll/Obereder/Pilz
Rechtsanwälte
Alser Straße 21
1080 Wien

wegen:

Unterlassung und Beseitigung: ATS 500.000,00 (€ 36.340,00)

BERUFUNG

Eine Gleichschrift wurde dem Vertreter der Berufungsgegnerin gemäß § 112 ZPO direkt zugestellt

einfach
1 Halbschrift
1 Beilage
1 Zahlschein

Die klagende Partei erhebt durch ihre ausgewiesenen Vertreter in der umseits bezeichneten Rechtssache gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 10. Dezember, 2001, GZ 38 Cg 90/00t, den Klagevertretern zugestellt am 14. Dezember 2001, innerhalb offener Frist nachstehende

BERUFUNG

an das Oberlandesgericht Wien. Das Urteil wird in seinem vollen Umfang angefochten. Geltend gemacht werden die Berufungsgründe der unrichtigen (unvollständigen) Tatsachenfeststellungen und unrichtigen Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

Nur der besseren Übersicht halber wird eingangs erwähnt, daß das Erstgericht zutreffend festgestellt hat, daß die Klagsmarken in Österreich vollständig aufrecht und vor allem in Verbindung mit Schokoladeprodukten bekannt im Sinne des § 10 Abs. 2 MSchG sind. Zudem hat das Erstgericht als unstrittigen Sachverhalt festgestellt, daß die klagende Partei Lizenznehmerin der Inhaber der Klagsmarken und berechtigt ist, gegen Verletzungen der Markenrechte in jeglicher Form vorzugehen.

I. Unrichtige (unvollständige) Tatsachenfeststellungen und unrichtige Beweiswürdigung

In der Verhandlung am 19. Oktober 2001 hat die klagende Partei zum Nachweis dafür, dass eine Verletzung der klägerischen Markenrechte in dem Sinne droht, daß sich die beklagte Partei vorbehalten hat, auf ihrer Website für Waren zu werben, welche die klagende Partei in Österreich unter Verwendung der Marke KINDER bewirbt, d.h. für Konkurrenzprodukte der klagenden Partei zu werben, Anwaltskorrespondenz¹ vorgelegt.

Aus dieser Korrespondenz geht hervor, dass die klagende Partei einer Streitbeilegung durch einen gerichtlichen Vergleich unter der Voraussetzung zugestimmt hätte, dass sich die beklagte Partei verpflichtet hätte, auf ihrer Website kinder.at jegliche Werbung für Mitbewerber der klagenden Partei zu unterlassen und Dritten keine derartigen Rechte einzuräumen. Der naheliegende Gedanke, der diesem Vergleichsangebot der klagenden Partei zugrunde lag, wurde wie folgt formuliert: "*Wenn es Ihrer Mandantschaft damit ernst sein sollte, dass sie die Website ... nur für nicht kommerzielle Zwecke und insbesondere für Kinder verwenden will, so wäre dieser Vergleich sicherlich die angemessene Lösung.*"²

Der vorgelegten Korrespondenz ist weiters zu entnehmen, dass die beklagte Partei das oben zusammengefasste Vergleichsangebot abgelehnt hat.³ In diesem Zusammenhang fehlen jedoch jegliche Feststellungen des Erstgerichtes. Die Ablehnung des Vergleichsangebotes der klagenden Partei widerspricht ohne Zweifel dem Vorbringen der beklagten Partei, wonach diese die gegenständliche Website ausschließlich für nicht kommerzielle Zwecke nützen will. Das Erstgericht hätte entsprechende Feststellungen treffen und zu diesem Schluss kommen müssen.

¹ Beilagen /FF bis ./II.

² Schreiben des KV vom 21. August 2001, Seite 2, Beilage ./II.

³ Schreiben des BV vom 22. August 2001, Beilage ./JJ.

Daraus hätte sich der verfahrensrechtlich wesentliche Umstand ergeben, daß die beklagte Partei ganz offensichtlich und zugestandenermaßen die Absicht hat, am außer Streit gestellten Ruf, d.h. an der Berühmtheit der Marke KINDER in unzulässiger Weise zu schmarotzen. Zumindest für eine Beurteilung des klagsgegenständlichen Sachverhaltes im Rahmen des § 1 UWG (sowie übrigens natürlich auch nach § 10 Abs. 2 MSchG), wäre eine solche Feststellung unbedingt erforderlich gewesen.

Das Erstgericht hat zudem verabsäumt, auf Grundlage der von der klagenden Partei vorgelegten Beilagen ./N und ./O die Feststellung zu treffen, daß es sich bei der beklagten Partei um ein Unternehmen handelt, das Medien schafft, die sich durch "*intensive Kundenbindung*" auszeichnen und "*auch hervorragend als Werbe-, Marketing- und E-Commerce-Plattformen geeignet*" sind. Aus diesen Feststellungen wäre abzuleiten gewesen, daß ein Markeneingriff zumindest droht, da es naheliegend erscheint, daß die in der eidesstättigen Erklärung der beklagten Partei genannten "*Geldgeber*" des "*Kinderportals*"⁴ auch Konkurrenten der klagenden Partei sein können. Dies wäre auch aus der Feststellung des Erstgerichts abzuleiten gewesen, wonach die beklagte Partei EDV-Dienstleistungen erbringt, "*wozu Konzeption, Betrieb und Vermarktung von Online Medien und Online Communities gehören*".

Die Relevanz dieser Feststellungen und der entsprechenden Schlussfolgerung ist dadurch begründet, dass ein Unterlassungsanspruch der klagenden Partei nicht nur dann besteht, wenn eine Rechtsverletzung begangen wurde, sondern bereits dann gegeben ist, wenn eine solche Rechtsverletzung droht.⁵ Das Erstgericht hätte daher zumindest die drohende Rechtsverletzung feststellen und dem Klagebegehren stattgeben müssen.

II. Unrichtige rechtliche Beurteilung

II.1. Berühmtheit und erweiterter Schutz der KINDER Marken

Unstrittig wurde festgestellt, dass es sich bei den Klagsmarken um bekannte Marken iSd § 10 Abs. 2 MSchG handelt. Der Bekanntheitsgrad der Klagsmarken ist gerichtsbekannt. Auch die im erstinstanzlichen Verfahren von der klagenden Partei vorgelegte Umfrageergebnisse bestätigen den hohen Bekanntheitsgrad bzw. die Berühmtheit der Klagsmarken.⁶

Die Berühmtheit der KINDER Marken ist auf einen beträchtlichen finanziellen Werbeaufwand zurückzuführen. Jährlich und konstant beträgt das Werbeinvestitionsvolumen der klagenden Partei bzw. der Werbewert für KINDER Produkte in Österreich allein 70-80 Millionen Schilling⁷.

In Anbetracht dieser Zahlen und Ergebnisse erscheint es - entgegen der Auffassung des Erstgerichtes - erwiesen, daß durch die Verwendung einer identischen Domain in der

⁴ Eidesstättige Erklärung der beklagten Partei vom 19. Dezember 2000, Beilage ./11.

⁵ Vgl. u.a. OGH 28.9.1998, 4 Ob 223/98t, ecolex 1998, 926 - SILHOUETTE III.

⁶ Zusammenfassung der Erhebung im August 2001 durch das Dr. Karmasin Marktforschung, Österreichisches Gallup-Institut, Beilage./CC; Ergebnisse der Erhebung im August 2001 durch das Dr. Karmasin Marktforschung Österreichisches Gallup-Institut, Beilage./DD;

⁷ Beilage ./FF.

insbesondere in Punkt VIII.b.-f. der gegenständlichen Klage dargestellten Weise, der Ruf der Klagsmarken unzulässig ausgenutzt wird und daß die Form der Verwendung geeignet ist, die Unterscheidungskraft der Marke zu beeinträchtigen bzw. die Wertschätzung der Klagsmarken in unlauterer Weise auszunutzen.

Das Erstgericht läßt in diesem Zusammenhang vor allem unberücksichtigt, daß der Bekanntheitsgrad der Klagsmarken einen erweiterten Schutz begründet. Gemäß § 10 Abs. 2 MSchG ist es der klagenden Partei gestattet, der beklagten Partei zu verbieten, ohne Zustimmung im geschäftlichen Verkehr die berühmten Klagsmarken auch für Waren und Dienstleistungen zu verwenden, die nicht denen ähnlich sind, für welche die Klagsmarken eingetragen sind. Wie das Erstgericht zutreffend festgestellt hat, ist die beklagte Partei kein non-profit Unternehmen, sondern *"im Geschäftszweig der Erbringung von EDV-Dienstleistungen tätig, wozu Konzeption, Betrieb und Vermarktung von Online Medien und Online Communities gehören"*. Die beklagte Partei ist somit unzweifelhaft im geschäftlichen Verkehr tätig und verletzt durch die Verwendung des Zeichens KINDER mangels Zustimmung der klagenden Partei den erweiterten Schutz der berühmten Klagsmarken.⁸

Nachdem die beklagte Partei auch Werbung für Dritte anbietet und das oben genannte Vergleichsangebot abgelehnt wurde, liegt die Schlußfolgerung nahe, daß auch Mitbewerber auf der unter www.kinder.at abrufbaren Website präsentiert werden sollen, sodaß gar nicht auf den erweiterten Schutz der berühmten Marke KINDER zurückgegriffen werden müßte, da ohnehin Warenidentität oder -gleichartigkeit iSd § 10 Abs. 1 Z. 1 und 2 MSchG (iVm § 9 UWG) vorliegt, zumindest aber eine Verletzung der Rechte aus der Marke gemäß der zitierten Bestimmungen droht⁹.

In Anbetracht der vorgelegten Marktforschungsergebnisse und der gerichtsnotorischen Bekanntheit der Klagsmarken ist entgegen der Ansicht des Erstgerichts davon auszugehen, daß mit der Nutzung des Zeichens KINDER als Domain und für eine Website gerade beim durchschnittlichen Internetnutzer Assoziationen mit den unter Verwendung der berühmten KINDER Marken vertriebenen Produkten hergestellt werden. Dadurch daß aufgrund des überragenden Bekanntheitsgrades der Klagsmarken die Gefahr besteht, daß das Zeichen der beklagten Partei mit den Klagsmarken (zumindest) gedanklich in Verbindung gebracht wird, sind jedoch - entgegen der Ansicht des Erstgerichtes - die Voraussetzungen der Ansprüche der klagenden Partei gemäß § 10 MSchG (iVm § 9 UWG) erfüllt.

Der unrichtigen rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes liegt offensichtlich die unzutreffende Ansicht zugrunde, daß es sich bei den Klagsmarken nur um einen Begriff der Alltagssprache handelt und daß es sich bei der gleichlautenden *"Domain nicht um die nur unter ihrer besonderen graphischen Aufmachung bekannte Wortbildmarke der Klägerin handelt"*.

⁸ s.u.a. OGH 13.7.1999, 4 Ob 140/99, MR 1999, 237 - sattler.at: Selbst bei völliger Branchenverschiedenheit könnte Verwechslungsgefahr bei Bezeichnungen mit gesteigerter Verkehrsgeltung bestehen.

⁹ s.a. OGH 12.6.2001, 4 Ob 139/01x, ecolex 2001, 923, Pkt. 5 - taeglichalles.at.

II.2. Unterscheidungskraft der KINDER Marken

Aufgrund der festgestellten und im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens dokumentierten Berühmtheit der Klagsmarken steht für die klagende Partei unzweifelhaft fest, daß die Marke KINDER Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft besitzt und daß den Klagsmarken eine Herkunftsfunktion, auch ohne graphische Gestaltung, zukommt. Die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach die Marke KINDER ihre Unterscheidungskraft "*fast ausschließlich aus ihrer Gestaltung als Wortbildmarke*" bezieht, ist aus nachstehenden Gründen unrichtig.

Der Unterschied zwischen dem Unternehmenskennzeichen KINDER und dem zur Bezeichnung Minderjähriger verwendeten Wort "Kinder" liegt in der Verwendung. Wenn man vom "Lift" eines Hauses spricht, denkt niemand an ein alkoholfreies Getränk mit der Bezeichnung LIFT. Spricht man im Zusammenhang mit einem Volk im Norden Amerikas von "Eskimo" wird niemand an ESKIMO Speiseeis denken. Dazu ließen sich noch unzählige andere Beispiele (Spar, Gewinn, Trend, Profil, Always, Die Presse, Assicurazoni Generali, die Krone ...) finden. Auch die Apple Computer, Inc. hat nicht die Absicht das Wort der (englischen) Alltagssprache „APPLE“ zu monopolisieren, sondern hat eine überaus wertvolles Unternehmenskennzeichen geschaffen, dessen Schutz als solches Zeichen und nicht als Wort der Alltagssprache durch das MSchG gewährleistet ist.

All diese Beispiele zeigen, daß Worte der Alltagssprache - unabhängig davon, ob sie auch eine besondere graphische Gestaltung aufweisen - durchaus als Marken eingetragen werden und Schutz genießen können und daß die Verwendung der Klagsmarken durch die beklagte Partei eine Verletzung von Markenrechten nach sich ziehen kann.¹⁰

Niemand kann daran gehindert werden, das Wort "Kinder" als Wort der Alltagssprache zu verwenden¹¹. Wird das Wort "Kinder" jedoch als Marke oder als Unternehmenshinweis verwendet, kollidiert dies mit den Rechten der klagenden Partei am Unternehmenskennzeichen KINDER.

Wenn markenrechtsverletzendes Verhalten nicht einmal durch eine Parodie zu rechtfertigen ist, muß dies umso mehr für den Fall gelten, daß eine Domain, die ident ist mit einer berühmten Marke, im geschäftlichen Verkehr verwendet wird.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auf die KINDER Entscheidung des HABM¹² im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens hinzuweisen, welche ebenfalls die Ansicht der klagenden Partei untermauert.¹³ In dieser Entscheidung wurde folgendes klargestellt:

"The Office does not share the applicant's view when he states that KINDER is an outright descriptive indication because it indicates without any doubts that the products are destined for children.

¹⁰ s.a. OGH 22.3.2001, 4 Ob 32/01m, MR 2001 - diekrone.at.

¹¹ siehe § 10 Abs. 3 MSchG

¹² Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (in Alicante)

¹³ www.oami.eu.int, OAMI Entscheidung Nr. 1082/2001 vom 27.4.2001, Pkt. 1.c.

Rather, the Office asserts that in some languages the word KINDER is suggestive of the presumed qualities of the goods covered. KINDER is not descriptive, in the sense that it does not exclusively describe to whom the goods are destined. Hence, the many goods that are covered by the earlier trade mark registrations as well as the goods for which the opponent succeeded in demonstrating reputation or high distinctiveness (see hereafter), are not exclusively directed at children as indeed such goods can be (and are) equally consumed by grown-ups and adults alike. ... The mark KINDER should be regarded as being endowed with normal distinctive character per se."¹⁴

Die Auffassung des Erstgerichts hinsichtlich der Unterscheidungskraft der Klagsmarken widerspricht somit auch der Judikatur des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt.

Weiters ist auch auf eine sehr interessante Entscheidung der Cour de Justice Benelux, d.h. des Obersten Gerichtshofes im Benelux vom 19. Jänner 1981, Zahl A 80/3, zu verweisen, die als Beilage :/KK dieser Berufung beigelegt ist und welche sich mit der Frage der Ähnlichkeit der Marken KINDER und KINDER SPORT auseinandersetzt und dabei in Form einer Vorabentscheidung die Unterscheidungskraft und Schutzwürdigkeit der Marke KINDER zu prüfen hatte. Das Wort "Kinder" ist sowohl in der flämischen Sprache wie auch in der deutschen Sprache, die eine der Amtssprachen in Belgien ist, ein Wort der Alltagssprache wie auch in Österreich und zwar mit demselben Bedeutungsinhalt. Die Cour de Justice Benelux führte dazu insbesondere folgendes aus:

"Un vocable correspondant à une forme déclinée du substantif – tel le mot Kinder – que moyennant l'adjonction d'autres éléments verbaux sert dans deux des langues utilisées, dans le Benelux, à désigner la catégorie des consommateurs évoquées par le vocable, peut constituer au sens de l'article 1er, alinéa 1er de la loi uniforme [Loi uniforme Benelux] une marque de produit à la condition que ce vocable ne soit pas exclusivement descriptif et qu'il permette à suffisance l'identification de l'entreprise dont le produit provient."

...

"Attendu qu'un vocable appartenant au langage courant évoquant la catégorie des consommateurs à laquelle le produit est plus particulièrement destiné, ne peut être considéré comme 'exclusivement' descriptif que si ce vocable, toutes circonstances de la cause prises en considération, ne peut être entendu autrement que comme l'indication de la destination du produit de telle sorte que des tiers

¹⁴ Übersetzung durch den Klagevertreter: "Das Amt teilt nicht die Auffassung des Antragstellers, wonach KINDER ein rein beschreibender Hinweis sei, der ohne Zweifel darauf hinweise, daß die Produkte für Kinder bestimmt sind. Vielmehr behauptet das Amt, daß in einigen Sprachen das Wort KINDER die vermutete Qualität der betreffenden Produkte suggeriert. KINDER ist nicht beschreibend, in dem Sinne daß es nicht ausschließlich beschreibt, für wen die Waren bestimmt sind. Daher sind die zahlreichen Waren, die von den früheren Markenregistrierungen umfaßt sind sowie die Waren, hinsichtlich derer der Widerspruchserheber erfolgreich die Bekanntheit oder große Unterscheidungskraft (s. im folgenden) nachweisen konnte, nicht ausschließlich für Kinder bestimmt, da solche Waren tatsächlich in gleichem Maß von Erwachsenen konsumiert werden können (und konsumiert werden). ... Die Marke KINDER sollte als Marke angesehen werden, die mit normalem unterscheidungskräftigen Charakter per se ausgestattet ist."

seraient empêchés d'indiquer la même destination de produits identiques ou similaires de la manière usuelle dans le langage courant."¹⁵

Außerdem widerspricht die Auffassung des Erstgerichtes, wonach die Klagsmarken nur unter ihrer besonderen graphischen Aufmachung bekannt sind, dem Ergebnis der vorgelegten Erhebungen.¹⁶ Die Erhebungen wurden telefonisch durchgeführt und die Befragten bestätigten somit ohne Vorlage irgendeines Bildmaterials die überragende Bekanntheit der Marke KINDER.

II.3. Zeichenähnlichkeit

Im Zusammenhang mit der Ähnlichkeit der Klagsmarken und der gegenständlichen Domain vertritt das Erstgericht die Ansicht, daß die Zeichenähnlichkeit als gering eingestuft werden muß. Dabei übersieht das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung, daß die Ähnlichkeit der Klagsmarken und der gegenständliche Domain - unabhängig von der Relevanz der graphischen Gestaltung der Klagsmarken - in jedem Fall aufgrund des identen Wortklanges gegeben ist. Da sich die zu vergleichenden Zeichen begrifflich nicht voneinander unterscheiden, liegt Zeichenähnlichkeit allein schon nach dem klanglichen Gesichtspunkt vor.¹⁷

Darüber hinaus ließ das Erstgericht bei der Bewertung des graphischen Bestandteils der Klagsmarken im Zusammenhang mit der Ähnlichkeit und Verwechslungsgefahr den Grundsatz unberücksichtigt, daß der aus einem geschützten Zeichen Berechtigte "gegen den Inhaber einer Domain nicht nur bei vollständiger Zeichenidentität, sondern immer schon dann vorgehen (kann), wenn die Domain vom Kennzeichen einen so geringfügigen Abstand hält, daß Verwechslungsgefahr besteht. Die Gefahr von Verwechslung geht nämlich über die Zeichenidentität hinaus."¹⁸

II.4. Verwechslungs- und Verwässerungsgefahr

Sowohl Marken als auch Domainnamen verfolgen eine Identifizierungs- bzw. Kennzeichnungsfunktion. Eine Marke dient der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen, eine Domain der Identifizierung eines Informationsangebotes im Internet,

¹⁵ Übersetzung des Klagevertreters: "Ein Vokabel, welches der deklinierten Form eines Hauptwortes entspricht – so wie das Wort *Kinder* – und welches unter Bedachtnahme auf die Hinzufügung anderer verbaler Elemente in zwei im Benelux üblichen Sprachen dazu dient eine Kategorie von Konsumenten durch dieses Vokabel anzudeuten, kann im Sinne des Artikel 1, Absatz 1 des einheitlichen Gesetzes [Einheitliches Gesetz des Benelux] eine Marke für ein Produkt darstellen, vorausgesetzt daß dieses Vokabel nicht ausschließlich beschreibend ist und in ausreichendem Maße die Bestimmung des Unternehmens, aus welchem das Produkt stammt, erlaubt."
"In Erwägung, daß ein Vokabel, welches der Alltagssprache angehört und eine Kategorie von Konsumenten andeutet, für welche das Produkt insbesondere bestimmt ist, kann nicht als 'ausschließlich' beschreibend angesehen werden, es sei denn, daß dieses Vokabel unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Falles nur als Hinweis auf die Bestimmung des Produktes verstanden werden kann und zwar so, daß Dritte daran gehindert wären, auf dieselbe Bestimmung von gleichen und ähnlichen Produkten in üblicher Weise in der Alltagssprache hinzuweisen."

¹⁶ Dr. Karmasin Marktforschung, Öst. Gallup Institut, August 2001, Beilage /CC.

¹⁷ Vgl. u.a. Reinhard Schanda, Markenschutzgesetz idF der Markenrechts-Nov 1999, Praxiskommentar, Orac Verlag 1999, S. 47, Rz 17.

¹⁸ OGH 3.4.2001, 4 Ob 73/01s, ÖBl 2001, S. 263 - pro-solution.at.

das sich natürlich ebenfalls auf Waren und Dienstleistungen beziehen kann. Auch das OLG Dresden hat in der Entscheidung zu cyberspace.de ausgesprochen, daß Internetdomains Markenqualität zukommt.¹⁹

Es liegt nahe, daß die Ausnutzung der Werbe- und Kennzeichnungskraft der KINDER Marken, die auf ihrem enormen Werbeaufwand und dem dadurch geschaffenen Verständnis des Publikums beruht, deren Werbekraft beeinträchtigt und die Gefahr einer Verwässerung der Klagsmarken mit sich bringt. Die Gefahr von Verwässerung ist insbesondere bei berühmten Marken gegeben.

Gerade der Umstand, daß der Internet-User unter www.kinder.at keine Informationen über KINDER-Produkte findet, beeinträchtigt die Wertschätzung der Klagsmarken, ohne daß dabei noch auf den tatsächlichen Inhalt der unter dieser Domain abrufbaren Website abzustellen ist, der - entgegen der Ansicht des Erstgerichtes - im gegenständlichen Fall jedoch die Gefahr einer Beeinträchtigung noch erhöht.

Unter Berücksichtigung der vorgelegten Umfrageergebnisse hinsichtlich der Berühmtheit der Klagsmarken ist jedenfalls davon auszugehen, daß eine zumindest nicht unbeträchtliche Zahl der Internet-User KINDER bzw. www.kinder.at eingeben wird, um Informationen über KINDER Produkte der klagenden Partei zu erhalten. Daraus ergibt sich, daß die Verwechslungs- und Verwässerungsgefahr hinsichtlich der überragende Bekanntheit genießenden KINDER Marken besonders groß ist.

Die Ansicht des Erstgerichtes, wonach die Annahme lebensfremd sei, daß ein Internet-Benützer Informationen über die Produkte der klagenden Partei unter Verwendung des Zeichens KINDER sucht, widerspricht den von der klagenden Partei vorgelegten Umfrageergebnissen. Gemäß diesen Erhebungen kennen beispielsweise 80% der Zielgruppen "14-50jährige" und "Kinder im Haushalt" Produkte mit der Bezeichnung KINDER im Zusammenhang mit Süßwaren. Es erscheint daher alles andere als lebensfremd, daß ein Konsument das Zeichen KINDER für seine Suche im Internet hinsichtlich Waren der klagenden Partei verwendet.

Diesen Standpunkt der klagenden Partei untermauert auch die bereits zitierte diekrone.at Entscheidung des OGH²⁰, in der folgendes festgestellt wurde:

"Wer die Internet Domain anwählt, erkennt noch nicht, daß es sich um eine Parodie handelt, die unter diekrone.at angeboten wird. Selbst bei Kenntnis der unter diekrone.at angebotenen Inhalte ist für das Publikum keineswegs klar, daß diekrone.at in keiner Verbindung mit den von ihnen angebotenen Waren oder Dienstleistungen steht. Die inkriminierten Handlungen sind auch nicht durch eine Parodie zu rechtfertigen".

Im gegenständlichen Fall kollidieren sogar identische Zeichen miteinander. Der Gebrauch des Zeichens KINDER durch die beklagte Partei ist ebenfalls geeignet, einen Irrtum über die

¹⁹ Bettina Stomper, *Ecolex* 2001, Seite 351; OLG Dresden 20.10.1998, 14 U 3613/97 - cyberspace.de - CR 1999, 589.

²⁰ OGH 22.3.2001, 4 Ob 32/01m, MR 2001 - diekrone.at.

Verknüpfung des Zeichens mit einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen. Das Entstehen eines solchen Irrtums ist insbesondere aufgrund der Berühmtheit der Klagsmarken und des damit verbundenen erweiterten Schutzes anzunehmen.

Dadurch daß es sich bei den Klagsmarken um berühmte Zeichen handelt, müßte im gegenständlichen Fall selbst bei völliger Branchenverschiedenheit von Verwechslungsgefahr ausgegangen werden.

Zudem übersieht das Erstgericht, daß es üblich ist, daß sich bedeutende Unternehmen für karitative Zwecke und Non-Profit-Projekte einsetzen und in besonderer wirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung dazu stehen. Dieser Umstand ist als gerichtsbekannt anzusehen. Ein solches Naheverhältnis drängt sich insbesondere hinsichtlich der Produkte der klagenden Partei und der präsentierten bzw. angekündigten Website der beklagten Partei auf, weshalb im gegenständlichen Fall – nicht zuletzt auch in Anbetracht des jüngsten Schriftwechsels zwischen den Parteienvertretern²¹ – Verwechslungsgefahr anzunehmen ist.

In diesem Sinn hat auch der OGH entschieden²² und ausgesprochen, daß nicht einmal "*eine Parodie auf die Tageszeitung Neue Kronen Zeitung ... die Übernahme des kennzeichnenden Titels und der Marken derselben für ein Internetangebot unter der Domain diekrone.at*" rechtfertigt. Gemäß dieser Entscheidung ist - wie im gegenständlichen Fall - "*die Verwendung der Bezeichnung KRONE jedenfalls geeignet, die ... registrierten Marken ohne rechtfertigenden Grund herabzusetzen und auszunützen*".

In diesem Zusammenhang sollte nicht unerwähnt bleiben, daß auch das Zeichen (DIE) KRONE Unternehmenskennzeichen sowie als Wort der Alltagssprache Verwendung finden kann. Auch diese OGH Entscheidung widerspricht somit der Rechtsauffassung des Erstgerichtes, wonach einem Zeichen kein markenrechtlicher Schutz zukommt, sofern dieses auch Bestandteil der Alltagssprache ist.

Geht man korrekt davon aus, daß den Klagsmarken, wie oben ausgeführt, Unterscheidungskraft zumindest aufgrund gerichtsnotorischer Berühmtheit zukommt, so hat eine Prüfung der Ähnlichkeit der streitverfangenen Zeichen nach den Kriterien des Wortbildes, des Wortklanges und des Wortsinnes zu erfolgen, und zwar mit der Maßgabe, daß schon die Ähnlichkeit nach einem dieser Kriterien ausreicht, um Verwechslungsgefahr zu begründen. Im vorliegenden Fall liegt vollständige Identität hinsichtlich des Wortklanges und des Wortsinnes vor. Beim Wortbild gibt es naturgemäß Unterschiede, da eine Domain immer in gewöhnlichen Buchstaben - allerdings ebenfalls in Kleinbuchstaben - aufscheint. Die Argumente des Erstgerichtes beziehen sich hingegen ausschließlich auf das Wortbild und es ist weder dem Gesetz noch der Judikatur zu entnehmen, daß Marken, die aufgrund ihrer Verkehrsdurchsetzung eingetragen wurden, nach den beiden anderen Kriterien, nämlich Wortklang und Wortbild, nicht zu untersuchen wären.

²¹ s. v.a. Beilagen :/II und ./JJ.

²² OGH 22.3.2001, 4 Ob 32/01m, MR 2001 - diekrone.at.

II.5 Rufausbeutung nach § 1 UWG

Auch die unrichtige rechtliche Beurteilung im Zusammenhang mit der Rufausbeutung gemäß § 1 UWG ist offensichtlich auf die unzutreffende Qualifikation der Klagsmarken durch das Erstgericht zurückzuführen. Aus diesem Grund wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint es der klagenden Partei naheliegend, daß die Gefahr einer Rufübertragung gegeben ist und vor allem nicht an der graphischen Gestaltung der Klagsmarken scheitern kann.

III. Antrag

Aus den oben angeführten Gründen stellt die klagende Partei den

Antrag,

das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht möge

1. das angefochtene Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 10. Dezember, 2001, GZ 38 Cg 90/00t, allenfalls nach Ergänzung des Verfahrens, dahingehend abändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben wird; in eventu
2. das angefochtene Urteil aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverweisen;
3. eine mündliche Berufungsverhandlung anberaumen; sowie
4. der beklagten Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens beider Instanzen binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auftragen.

Wien, am 25. Jänner 2001

Ferrero Österreich Handelsges.m.b.H.

An Kosten werden in EURO verzeichnet:

Berufung TP 3 B	812,80
ES 150%	<u>1.219,20</u>
	2.032,00
20% USt	406,40
PG	<u>848,00</u>
Gesamt	<u>3.286,40</u>