



---

Kass.-Nr. AA090046/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 25. Mai 2010

in Sachen

X.,

...,

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdeführer  
vertreten durch Fürsprecher \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

...,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Marke / UWG**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2009 (HG060223/U/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

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).

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).

2. a) Hiegegen erhob der Beschwerdeführer am 23. März 2009 rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Er verlangt damit die Gutheissung seiner Klage vom 30. Juni 2006. Eventualiter seien Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2009 des Handelsgerichts des Kantons Zürich hinsichtlich der Ziffern 2 – 5 des Beschlusses sowie des Urteils aufzuheben und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

b) Mit Präsidialverfügung vom 26. März 2009 (KG act. 4) wurden die Akten beigezogen; sodann wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen. Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution von Fr. 50'000.– wurde innert Frist durch eine Garantie der Bank Z. geleistet (KG act. 8 und act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10).

c) Mit der Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners vom 29. April 2009 stellte dieser das prozessuale Gesuch, die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung sei vollständig und unverzüglich ohne weiteren Schriftwechsel aufzuheben, eventualiter beschränkt auf Dispositivziffer 2 des angefochtenen Beschlusses. Für den Fall der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung sei dem Beschwerdeführer eine Sicherheitsleistung in gerichtlich zu bestimmendem Umfang, aber von mindestens Fr. 275'000.–, aufzuerlegen (KG act. 11 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2009 wurde die Eingabe des Beschwerdegegners unter Fristansetzung zur Stellungnahme zum Gesuch um Entzug der gerichtlich erteilten aufschiebenden Wirkung und/ oder zur Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 12).

Die Stellungnahme erfolgte mit Eingabe vom 15. Mai 2009; unter Einreichung von Beilagen (KG act. 14 und act. 15/1-5), welche wiederum dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 18. Mai 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (KG act. 16). Mit Verfügung vom 3. Juni 2009 wurde das Gesuch des Beschwerdegegners vollumfänglich abgewiesen (KG act. 18). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

## II.

1. Gegen den angefochtenen Endentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 281 ZPO). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO liegt nicht vor.

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).

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

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 Entscheids 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 (präzis 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.

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).

5. Im Hinblick auf die nachfolgend zu behandelnden Rügen ist vorab auf die heute geltende Regelung der Abgrenzung der Zuständigkeiten hinzuweisen.

Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur insoweit zulässig, als nicht das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Der angefochtene Entscheid kann mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 72 Abs. 1 BGG; vgl. auch unten Ziff. V) und das Bundesgericht kann dabei frei prüfen, ob Bundesrecht verletzt wurde (Art. 95 lit. a BGG). Somit kann im vorliegenden Verfahren auf die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem insbesondere auch die Vorschrift von Art. 8 ZGB gehört, nicht eingetreten werden. Zulässig ist hingegen die Rüge der Verletzung wesentlicher (kantonalrechtlicher) Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO) sowie die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

### III.

1. a) Die Vorinstanz argumentierte – hinsichtlich der *markenrechtlichen Ansprüche* des Beschwerdeführers – im Wesentlichen wie folgt (KG act. 2 S. 19 – S. 28):

Gemäss Art. 2 lit. a MSchG seien diejenigen Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, welche zum Gemeingut gehören würden. Grundsätzlich sei es nicht ernsthaft bestreitbar, dass Sterne für die Klassifizierung von Beherbergungseinrichtungen als gemeinfreie Zeichen anzusehen seien, unabhängig davon, ob die Sterne als blosse Beschaffenheitsangaben, als elementare (einfache, primitive) Zeichen oder als Freizeichen betrachtet würden.

Gemeinzeichen seien allerdings im Sinne einer Ausnahme dann nicht vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn sie sich als Marke hinsichtlich der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht würden, durchgesetzt hätten (Art. 2 lit. a MSchG). Die Verkehrsdurchsetzung gelte als eingetreten, wenn ein Grossteil des Publikums die betreffende Bezeichnung einem bestimmten Unternehmen (bzw. bei der hier vorliegenden Garantiemarke einer Gruppe) zuschreibe. Eine solche Verkehrsdurchsetzung sei Folge eines intensiven oder langen und im Wesentlichen unbestritten gebliebenen Alleingebrauchs. Für die Klagemarken als

Ganze mache der Kläger zu Recht keine Verkehrsdurchsetzung geltend, würden diese Zeichen doch erst seit der Eintragung im März 2005 gebraucht. Die Durchsetzung beziehe sich seiner Meinung nach aber auf die Sterne, weshalb die besagten Zeichen als kennzeichnungskräftig anzusehen seien.

Nun aber finde das Kriterium der Verkehrsdurchsetzung seine Grenzen bei Zeichen, für welche ein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe. Ein solches Bedürfnis sei gemäss Bundesgericht insbesondere dann möglich, wenn der Verkehr auf die Verwendung des Zeichens angewiesen sei. Da im Bereich der Klassifizierung von Beherbergungseinrichtungen nur Sterne einen selbstverständlichen Aussagegehalt hätten (und kein anderes Symbol wie z.B. "Sennenkäppi", Münzen, Sonnen, Kugeln, Alphörner etc. eine nur annähernd ähnliche Aussagekraft aufweisen würde), sei das absolute Freihaltebedürfnis in Bezug auf die Sterne zu bejahen.

Ausgehend von diesem Freihaltebedürfnis könne den Sternen in den Klagemarken keine besondere Kennzeichnungskraft zugemessen werden. Da auch die anderen Merkmale der Klagemarken eingestandenermassen dem Gemeingut zugehörten, komme den Klagemarken in ihrer Gesamtwirkung nur ein geringer Schutzbereich zu. Es könne abschliessend festgehalten werden, dass die Zeichen des Beschwerdegegners ausserhalb des Schutzbereichs der Klagemarken liegen würden (nachdem im Übrigen Namen und Logo des Beschwerdegegners in dessen eigenen Zeichen unterscheidend wirken würden), weshalb selbst bei Identität der Dienstleistungen eine Verwechselbarkeit zu verneinen sei. Dies führe zur Abweisung der Klage, soweit sie sich auf Markenrecht stütze.

b) Hinsichtlich der *lauterkeitsrechtlichen Ansprüche* (Art. 2 und 3 lit. b, d und e UWG) des Beschwerdeführers argumentierte die Vorinstanz zusammengefasst wie folgt:

Im Plan des Beschwerdegegners, unter Benutzung der angegriffenen Marken ein eigenes Bewertungssystem aufzubauen und anzubieten, könne kein Verhalten gesehen werden, das gegen Treu und Glauben verstosse. Insbesondere werde dadurch keine rechtsrelevante Täuschung oder Irreführung bewirkt oder

solchen Fehlvorstellungen Vorschub geleistet. Die Verwendung von Sternen für ein Klassifizierungssystem bedeute wegen des absoluten Freihaltebedürfnisses auch keine unlautere Anlehnung, zumal sich im Markt auch andere Marktteilnehmer der Sterne zur Klassifizierung bedienen würden. Dies führe auch unter dem Lauterkeitsrecht zur Abweisung der Klage.

2. a) Als erstes beanstandet der Beschwerdeführer die Ausführungen der Vorinstanz auf Seite 21 f. des angefochtenen Entscheids (KG act. 2), wonach es notorisch sei, dass Sterne seit Jahrzehnten – auch lange vor Beginn der einschlägigen klägerischen Aktivitäten im Jahre 1979 – das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellen würden, und diese Notorietät im Übrigen ihren Ausdruck auch in den vom Beklagten angeführten Beispielen und eingereichten Belegen finde. Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, die Behauptung, es sei die Verwendung von Sternen vor 1979 notorisch bekannt gewesen, finde in den vom Handelsgericht aufgerufenen Beweismitteln keine Stütze. Somit habe die Vorinstanz ohne Beweis, mithin willkürlich, aus den zitierten Beweismitteln auf eine vor dem Jahr 1979 gegebene Notorietät des Sternensymbols in der Schweiz geschlossen.

Aufgrund dieser willkürlichen Sachverhaltsannahme habe die Vorinstanz in Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht geprüft, inwieweit die aktuell sicherlich gegebene Notorietät der Sternensymbole für die Hotelklassifikation das Verdienst des Beschwerdeführers sei (KG act. 1 Ziff. 3.1).

b) Die Rüge des Beschwerdeführers ist sinngemäss in erster Linie dahingehend zu verstehen, dass die Vorinstanz – seiner Meinung nach zu Unrecht – eine Notorietät bejaht habe, wonach Sterne seit Jahrzehnten, auch lange vor Beginn der einschlägigen klägerischen Aktivitäten im Jahre 1979, das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellen würden (KG act. 2 S. 21).

(Anmerkung: Es geht an der Sache vorbei, wenn der Beschwerdeführer gleichzeitig rügt, die entsprechende, als allgemein bekannt bezeichnete Be-

hauptung der Vorinstanz würde in den von ihr angerufenen Beweismitteln keine Stütze finden bzw. die Vorinstanz habe im Sinne einer willkürlichen Sachverhaltsannahme ohne Beweis, mithin willkürlich, aus den zitierten Beweismitteln auf eine vor 1979 gegebene Notorietät des Sternensymbols in der Schweiz für Hotelklassifikationen geschlossen [KG act. 1 S. 12 f.]. Durfte die Vorinstanz nämlich aufgrund gegebener Notorietät [was noch zu prüfen sein wird] und damit ohne Beweis auf eine bestimmte Tatsache schliessen, so kann diese Sachverhaltsannahme nicht gleichzeitig auch willkürlich sein. Denkbar wäre lediglich, dass eine als notorisch bezeichnete Sachverhaltsannahme falsch wäre, beispielsweise, wenn eine Instanz davon ausginge, es sei allgemein bekannt, dass die Erde flach sei. Bezüglich einer solchen Behauptung müsste dann aber bereits das Vorliegen einer Notorietät verneint werden.)

c) Die Feststellung der Vorinstanz, dass eine Tatsache notorisch sei, ist tatsächlicher Natur (analog Kass.-Nr. AA080111 vom 5. Juni 2009 i.S. N., wo es allerdings um eine als gerichtsnotorisch bezeichnete Tatsache ging; a.M. BSK BGG-Schott, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 30 zu Art. 95 betreffend gerichtsnotorische Tatsachen).

d) Gemäss § 133 ZPO wird Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen, über Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche. Hat das Gericht davon sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen.

Vorliegend ist der zweite Satz dieser Norm, wonach bei sicherem eigenem Wissen des Richters die Beweisbedürftigkeit entfällt, bedeutsam. Dies gilt zugunsten des sachverständigen Richters, aber auch für allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen. Ersteres sind Umstände (Örtlichkeiten, Daten, etc.) oder Erfahrungssätze, die zuverlässig allgemein bekannt sind; gerichtsnotorische Tatsachen sind demgegenüber Umstände, die der Richter aus seiner Amtstätigkeit kennt. Beide darf der Richter im Prozess als bekannt voraussetzen. In der Nichtabnahme der angebotenen Beweise in einem solchen Fall liegt deshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 11 ff. zu § 133; ZR 87 Nr. 113). Gemäss Bundesgericht braucht über allgemein bekannte Tatsachen nicht Beweis geführt zu werden (BGE 117 II 321, S. 323).

e) Laut Kummer (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1982, S. 122) ist grundsätzlich allgemeinkundig, "was jedermann, der eine gewisse Ausbildung hat, als sicher kennt." Das Bundesgericht nennt als Beispiel für eine allgemein bekannte Tatsache, dass die Qualität von Mineralwasser als ein Naturprodukt stark von der Bodenbeschaffenheit abhängt (BGE 117 II 321, S. 323). Bieri (vgl. dazu Bieri, Die Gerichtsnotorietät – ein "unbeschriebenes Blatt im Blätterwald", in: ZZZ 2006, S. 185 ff., S. 186) ist diesbezüglich und wohl richtigerweise der Auffassung, dass es der schweizerischen Literatur an einer umfassenden Definition der Allgemeinkundigkeit mangelt. Er wirft deshalb einen Blick auf die deutsche Lehre und deren Definition der Allgemeinkundigkeit: *Beim Gericht können Tatsachen offenkundig sein, die ausserhalb des Gerichts in engeren oder weiteren Kreisen allgemeinkundig sind. Dabei handelt es sich um Ereignisse oder Zustände, welche von so vielen Personen wahrgenommen werden sowie jederzeit wahrgenommen werden können, dass es auf die individuelle Wahrnehmung des Einzelnen nicht ankommt. Weiter sind damit auch diejenigen Tatsachen gemeint, die so allgemein und ohne grössere Zweifel anerkannt und verbreitet werden, dass sich selbst ein verständiger Mensch ohne besondere Sachkunde sicher von ihrer Wahrheit überzeugen kann.* Aus dieser Definition könnten folgende Kriterien abgeleitet werden, welche der Prüfung dienen, ob eine Tatsache allgemeinkundig sei oder nicht: (1) Relevanter allgemeiner Personenkreis (Voraussetzung sei ein unbestimmt grosser Personenkreis, der von den allgemeinkundigen Tatsachen, welche für den Prozess relevant seien, Kenntnis hat beziehungsweise diese erlangen könne), (2) Zugänglichkeit (Voraussetzung sei, dass das Wissen bereits vorhanden sei oder die Gelegenheit bestehe, sich dieses zu verschaffen, z.B. aus Zeitungen, Medien, Lexika, Nachschlagewerken, Land- und Strassenkarten, Geschichtsbüchern und dergleichen), (3) Verlässlichkeit bzw. Zuverlässigkeit der Quellen (Voraussetzung sei das Bestehen von Informationsquellen, die sich über Jahre hinweg bewährt hätten und somit zweifelsfrei als zuverlässig anerkannt würden), (4) Keine besondere Sachkunde erforderlich (Voraussetzung sei, dass kein Expertenwissen gefordert sei, Fachkenntnisse seien insofern nicht vonnöten) und (5) Soziale Anerkennung (Voraussetzung sei die soziale Anerkennung der Informationsquellen, welche umso ausgeprägter sei, je mehr dieser Wissens-

bestand im sozialen Verkehr unbewusst und unbefragt angewendet und reproduziert werde).

f) Die Vorinstanz hat hinsichtlich der Frage, ob Sterne auch vor 1979 das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellten, kein Beweisverfahren durchgeführt, sondern eine Notorietät bejaht, wonach dem so sei. Es ist also in concreto gestützt auf die soeben erläuterten Kriterien zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht von einer solchen Notorietät ausgegangen ist.

Nicht in Frage gestellt werden muss, dass grundsätzlich ein unbestimmt grosser Personenkreis von der Tatsache, dass Sterne (auch) vor 1979 das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellten, Kenntnis erlangen könnte (Kriterium 1). Ob dieses Wissen jedoch bereits vorhanden ist bzw. die Gelegenheit besteht, sich dieses zu beschaffen, muss mit einem Fragezeichen versehen werden. So geht zwar beispielsweise aus den vom Beschwerdegegner eingereichten Kuoni-Prospekten der frühen 70-er Jahre (HG act. 22/1-3) durchaus hervor, dass damals Sterne für die Bewertung von Hotels verwendet wurden, jedoch lässt sich daraus nicht ersehen, ob bzw. dass Sterne das *gängigste* Klassifizierungssymbol waren. Auch muss angezweifelt werden, dass einem Lexikon oder einem anderen Nachschlagewerk Entsprechendes zu entnehmen wäre. Unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Hotelstern>, Untertitel "Schweiz", findet sich zu diesem Thema beispielsweise nichts (Kriterium 2). Unüberwindbare Zweifel drängen sich schliesslich auf, was die Zuverlässigkeit der Quellen angeht, denen allenfalls zu entnehmen wäre, dass Sterne vor 1979 das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellten. Es ist keine Quelle mit entsprechender Information bekannt, die sich über Jahre bewährt hätte und somit zweifelsfrei als zuverlässig anerkannt werden müsste (Kriterium 3). Damit kann von einer Notorietät, wonach Sterne (auch) vor 1979 das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellten, nicht ausgegangen werden (und es erübrigt sich, die Kriterien 4 und 5 im Detail zu prüfen).

g) Die Vorinstanz ging also wie aufgezeigt zu Unrecht von einer Notorietät aus. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz versuchte, die (ihrer Meinung nach gegebene) Notorietät mit Verweis auf die vom Beschwerdegegner eingereichten Beispiele und Beilagen zu verifizieren (vgl. KG act. 2 S. 22, z.B. "AA", "Kempinski", "Frankreich", "Deutschland", "Kuoni", "Imholz"). Sie verletzte somit mit § 133 Satz 2 ZPO einen wesentlichen kantonalen Verfahrensgrundsatz und setzte auf diese Weise den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach Sterne notorisch seit Jahrzehnten – auch lange vor Beginn der einschlägigen klägerischen Aktivitäten im Jahre 1979 – das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben darstellen würden sowie dass die Notorietät im Übrigen ihren Ausdruck auch in den vom Beklagten angeführten Beispielen und eingereichten Belegen finden würde (vgl. KG act. 2, S. 21 f., lit. da), hätten folglich nicht Eingang in den angefochtenen Entscheid finden dürfen.

h) Aus folgenden Gründen ist der angefochtene Entscheid trotz des festgestellten Nichtigkeitsgrundes nicht aufzuheben, sondern es sind (nur) die mangelhaften Erwägungen (vgl. vorstehend in lit. g) zuhanden des Bundesgerichts zu streichen:

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde bzw. den sie beherrschenden Grundsätzen (insbesondere aus dem Rügeprinzip) folgt, dass, wenn sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen stützt, eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nur dann Erfolg haben kann, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden. Demgegenüber kann die Beschwerde (bzw. der Rechtsmittelantrag auf Kassation des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids) von vornherein nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erweist oder – als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips – die Beschwerde sich nur gegen einzelne der verschiedenen Begründungen richtet. Diesfalls bleibt der angefochtene Entscheid nämlich jedenfalls gestützt auf die erfolglos bemängelte(n) oder unangefochten gebliebene(n) Begründung(en) bestehen. Immerhin ist es in bestimmt gelagerten Fällen denkbar,

dass eine vor Kassationsgericht nicht oder erfolglos angefochtene (mangelhafte) Begründung in Gutheissung einer (gestützt auf Art. 100 Abs. 6 BGG erst) im Anschluss an das kantonale Beschwerdeverfahren direkt gegen den obergerichtlichen Entscheid angehobenen bundesrechtlichen Beschwerde (nach Art. 72 ff. oder Art. 113 ff. BGG) später vom Bundesgericht aufgehoben und damit nachträglich zu Fall gebracht wird. Besteht (wie vorliegend der Fall) diese Möglichkeit, ist nach vor einiger Zeit geänderter kassationsgerichtlicher Praxis eine (rechtsgenügend begründete) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde auch dann materiell zu beurteilen, wenn sie sich nur gegen einen Teil der mehreren selbständigen Motivationen richtet; andernfalls, d.h. wenn eine (nachträgliche) Aufhebung der vor Kassationsgericht nicht angefochtenen Begründung(en) durch das Bundesgericht als ausgeschlossen erscheint, – und nur dann – könnte eine Prüfung der lediglich gegen einzelne Begründungen gerichteten Rügen weiterhin unterbleiben (vgl. dazu ZR 107 Nr. 21, Erw. II.4; ZR 107 Nr. 76, Erw. 5.a).

Aus den im vorliegenden Zusammenhang relevanten Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht klar hervor, dass die Vorinstanz ihre Auffassung, wonach Sterne als gemeinfreie Zeichen anzusehen seien, auf drei selbständig tragende Argumente gestützt hat (KG act. 2 S. 21: "Es ist nicht ernsthaft bestreitbar, dass Sterne für die Klassifizierung von Beherbergungseinrichtungen grundsätzlich einmal als gemeinfreie Zeichen [Anmerkung des Kassationsgerichts: wozu u.a. sowohl die Beschaffenheitsangaben, die elementaren Zeichen als auch die Freizeichen gehören] anzusehen sind. Über die Begründung lässt sich füglich streiten. Da sie aber stets zum gleichen Ergebnis führt, kann dahingestellt bleiben, welche den Kern des Problems am besten trifft."). Sterne seien – so die Vorinstanz weiter – erstens blosse Beschaffenheitsangaben im Sinne der Bezeichnung von Qualitätsstufen (Begründung 1), zweitens könnten Sterne auch als elementare (einfache, primitive) Zeichen in einer Reihe mit Buchstaben, Zahlen, geometrischen Grundformen usw. gesehen werden (Begründung 2) und drittens könne man Sterne auch als Freizeichen betrachten (Begründung 3).

Die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen richten sich ausschliesslich gegen die Begründungen 1 und 3 der Vorinstanz. Demgegenüber ver-

liert die Beschwerde kein Wort zur vorinstanzlichen Begründung 2, womit diese vollends unangefochten bleibt. Unter diesen Umständen können die einzig gegen die Alternativbegründungen 1 und 3 gerichteten Einwände des Beschwerdeführers von vornherein nicht zur Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses führen. Die mangelhaften Erwägungen (vgl. oben lit. g) sind jedoch zuhanden des Bundesgerichts bzw. eines allfälligen späteren Verfahrens zu streichen (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 45; Spühler/ Vock, a.a.O., S. 80; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 21 zu § 285; ZR 83 Nr. 57; Kass.-Nr. 2001/323, Entscheid vom 18. Mai 2002 i.S. E., Erw. II.2.3).

i) Soweit der Beschwerdeführer im Rahmen der soeben behandelten Rüge im Übrigen ausführt, die Vorinstanz habe "aufgrund dieser willkürlichen Sachverhaltsannahme" in Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht geprüft, inwieweit die aktuell sicherlich gegebene Notorietät der Sternensymbole für die Hotelklassifikation das Verdienst des Beschwerdeführers sei (KG act. 1 Ziff. 3.1 sowie vorstehend lit. a Abs. 2), ist darauf mangels Substanziierung – unter anderem unterlässt es der Beschwerdeführer, darzulegen, wo er diese Behauptung aufgestellt hätte – nicht einzutreten.

3. a) In einer nächsten Rüge kritisiert der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Schlussfolgerungen, die Sterne seien zu einem Freizeichen degeneriert (KG act. 2 S. 23) und es handle sich dabei um absolut freihaltebedürftige Zeichen (KG act. 2 S. 27), als unvertretbare, mithin willkürliche Würdigung (KG act. 1 Ziff. 3.2).

b) Mit dieser Rüge macht der Beschwerdeführer der Sache nach geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, Sterne seien zu einem Freizeichen degeneriert bzw. handle es sich dabei um absolut freihaltebedürftige Zeichen. Damit rügt er jedoch die unzutreffende Anwendung von Bundesrecht, weshalb auf diese Rüge nicht einzutreten ist (vgl. oben Ziff. II.5).

4. a) Der Beschwerdeführer rügt sodann, die Vorinstanz habe zur Frage, ob Sterne auf ein Klassifikationssystem verweisen oder lediglich ein Klassifikationssymbol darstellen würden, keinen spezifischen Beweis erhoben. Es sei welt-

fremd und damit willkürlich – wenn in einem geographischen Raum wie der Schweiz über Jahrzehnte hinweg flächendeckend ein Klassifikationssystem angewendet werde und das Resultat der Klassifikation mittels eines bestimmten Symbols bzw. einer Symbolreihe (ein bis fünf Sterne) bekanntgegeben werde –, anzunehmen, dass die relevanten Konsumentkreise diese Sterne lediglich als Symbol und nicht als Resultat eines einheitlichen Klassifikationsverfahrens, mithin eines eigentlichen Klassifikationssystems, auffassen würden. Für die gegenteilige Behauptung der Vorinstanz gebe es in den Prozessakten keinerlei Stütze (KG act. 1 Ziff. 3.3).

b) Sinngemäss rügt der Beschwerdeführer damit, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, über die Frage, ob Sterne auf ein (bestimmtes) Klassifikationssystem verweisen, Beweis zu erheben.

c) Das Recht der beweispflichtigen Partei, für erhebliche Behauptungen Beweis zu führen, folgt, soweit es um die Beurteilung bundesrechtlicher Ansprüche und Rechtsverhältnisse geht, aus Art. 8 ZGB. Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt, obgleich er die diesbezüglichen Sachvorbringen weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BSK ZGB I-Schmid, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, N 6 ff. zu Art. 8).

Art. 8 ZGB ist also verletzt, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt. Soweit der Beschwerdeführer vorliegend geltend macht, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, über die Frage, ob Sterne auf ein (bestimmtes) Klassifikationssystem verweisen, Beweis zu erheben, rügt er eine Verletzung dieser allgemeinen Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB. Somit ist der grundsätzliche Anspruch auf Beweis angesprochen, welcher materiellrechtlicher Natur ist. Die Verletzung von Art. 8 ZGB ist jedoch mit dem bundesrechtlichen

Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen, folglich ist darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO (vgl. oben Ziff. II.5) nicht einzutreten.

d) Soweit schliesslich der Beschwerdeführer ausführt, die Vorinstanz habe "für ihre gegenteilige Behauptung keinerlei Stütze in den Prozessakten", ist die Rüge nicht verständlich. Es bleibt unklar, welche "gegenteilige Behauptung" gemeint ist, womit mangels Bezugnahme auf eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz bzw. mangels genügender Substanziierung nicht darauf eingetreten werden kann.

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-

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.

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).

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" Eindruckes 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

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.

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-

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 unterschläge diese Aussage und damit die Absicht des Beschwerdegegners, die Herkunft der Sternensymbolik 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 Beschwer-

deführers" zurecht verneinte), ist der Prüfung im vorliegenden Verfahren wie bereits mehrfach ausgeführt entzogen.

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

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.

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).

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 Stütze 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

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

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.

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 – abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

b) Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

#### IV.

1. Vorliegend beantragte der Beschwerdeführer die Klageguthesung 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

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:**

1. In Erwägung Ziff. IV.1. da auf Seite 21 f. des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2009 wird im Sinne der Erwägungen gestrichen was folgt:

"So stellen Sterne *notorisch* seit Jahrzehnten – auch lange vor Beginn der einschlägigen klägerischen Aktivitäten im Jahre 1979 – das gängigste Klassifizierungs- bzw. Qualitätssymbol von Hotelbetrieben dar."

sowie

"Die Notorietät findet im Übrigen ihren Ausdruck auch in den vom Beklagten angeführten Beispielen und eingereichten Belegen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 30'750.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden zu 4/5 dem Beschwerdeführer und zu 1/5 dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 11'550.– zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 1'000'000.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich (ad HG060223), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: