

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240069-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, sowie die
Gerichtsschreiberin Dr. Corina Bötschi

Urteil und Verfügung vom 29. August 2024

in Sachen

1. **A.**____,
2. **B.**____,

Gesuchsteller

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X1.____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2.____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X3.____,

gegen

1. **C.**____ **AG**,

2. **D'**____ **AG**,

Gesuchsgegnerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchgegnerin 1 unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme umgehend zu verbieten, die Marke «Radio D. _____» (Markennummer 1) zu benutzen oder eine Marke, welche die Begriffe «Radio D. _____» enthält, anzumelden oder zu hinterlegen.
2. Es sei die Gesuchgegnerin 1 unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, umgehend das Markeneintragungsgesuch Nr. 2 (Wort-/Bildmarke Radio D. _____) zurückzuziehen.
3. Es sei die Gesuchgegnerin 2 unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, umgehend beim Handelsregister des Kantons Graubünden die Änderung ihrer Firma in der Weise zu beantragen, dass die Begriffe «Radio D. _____» nicht mehr darin erscheinen.
4. Die in Ziff. 1-3 hiervoor beantragten vorsorglichen Massnahmen seien aufgrund besonderer zeitlicher Dringlichkeit superprovisorisch, d.h. ohne vorgängige Anhörung der Gesuchgegnerinnen zu erlassen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchgegnerinnen unter solidarischer Haftung."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Formelles

1.1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 28. Mai 2024 (Datum Poststempel) stellten die Gesuchsteller ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei mit den eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 30. Mai 2024 wurde das Dringlichkeitsbegehren der Gesuchsteller abgewiesen, ihnen Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten und den Gesuchgegnerinnen Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren angesetzt (act. 4). Der Vorschuss für die Gerichtskosten ging fristgerecht ein (act. 7). Die Gesuchs-

gegnerinnen erstatteten die Gesuchsantwort (act. 8) innert Frist; sie schliessen auf Abweisung des Gesuchs. Die Gesuchsteller reichten in der Folge eine Stellungnahme vom 25. Juli 2024 (act. 12) und eine Noveneingabe vom 5. August 2024 ein (act. 14). Weil diese beiden Eingabe der Gesuchsteller keine (relevanten) neuen Vorbringen enthalten, müssen sie nicht zur Gehörswahrung zugestellt werden, sondern können mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnisnahme verschickt werden. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat.

1.2. Parteien

Der Gesuchsteller 1 (Dr. A. _____) ist ein Journalist, Autor und Medienunternehmer aus Zürich. Der Gesuchsteller 2 (B. _____) ist ein Verleger aus E. _____ (act. 1 N. 12).

Die Gesuchsgegnerin 1 ist ein Medienunternehmen mit Sitz in E. _____. Sie ist Inhaberin der Marke "Radio D. _____" (Nr. 1) und Gesuchstellerin des Markeneintragungsgesuchs Nr. 2 (Wort-/Bildmarke "Radio D. _____"). Bei der Gesuchsgegnerin 2 handelt es sich um die ehemalige "F. _____ AG" mit vormaligen Sitz in G. _____. Gemäss SHAB-Publikation vom tt.mm.2024 wurde die Gesuchsgegnerin 2 in "D. _____ AG" umfirmiert und deren Sitz nach E. _____ verlegt. Die Gesuchsgegnerin 2 ist eine Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin 1 (act. 1 N. 13; act. 3/1–2).

1.3. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben und unbestritten (Art. 13 lit. a ZPO i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und 2 ZPO; Art. 6 Abs. 4 lit. a und Abs. 5 ZPO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG i.V.m. § 45 lit. b GOG).

1.4. Rechtsschutzinteresse

Die Gesuchsgegnerinnen sprechen den Gesuchstellern ein Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Gesuch ab. Dies, zumal seitens ihnen (den Gesuchsgegnerinnen) keine Gefahr einer widerrechtlichen Handlung drohe und sich die Gesuchsteller im Konzessionsverfahren ohnehin unter der Bezeichnung "Radio H._____" beworben hätten (act. 8 N. 17 ff.). Die Gesuchsteller machen geltend, bei der durch die Gesuchsgegnerinnen neu hinterlegten Wort-/Bildmarke "Radio D._____" handle es sich um eine Defensivmarke, mit welcher alleine bezweckt werde, sie (die Gesuchsteller) im Wirtschaftsverkehr zu behindern (act. 1 N. 24 ff.). Damit ist ein Rechtsschutzinteresse ohne Weiteres gegeben und das Gesuch ist materiell zu prüfen.

1.5. Schutzmassnahmen

Die Gesuchsgegnerinnen reichen Petitionsbögen (act. 10/6) ein, welche belegen sollen, dass über 10'000 Unterstützer im Kanton Graubünden sich wünschten, dass das bisherige "Radio D._____" bestehen bleibe (act. 8 N. 75). Sie beantragen diesbezüglich – zumindest sinngemäss – die Anordnung von Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 156 ZPO (act. 8 N. 75). Die Gesuchsteller äussern sich nicht zu diesem prozessualen Antrag; sie verlangen auch nicht die Bekanntgabe dieser Informationen (vgl. act. 12 N. 37). Da sich im Übrigen die genannte Beilage act. 10/6 als nicht entscheidrelevant erweist, ist dieser prozessuale Antrag zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben.

1.6. Noven

Eine Beurteilung der Novenqualität der sich aus der Noveneingabe vom 5. August 2024 (act. 14) und deren Beilage (Medienmitteilung vom 2. August 2024, act. 15/1) ergebenden Tatsachenbehauptungen kann unterbleiben, da sich diese als nicht entscheidrelevant erweisen.

2. Materielles

2.1. Ausgangslage

Am tt.mm.2023 bewarben sich die Gesuchsteller (handelnd als "H'._____ AG in Gründung") beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) eine Konzession für die Veranstaltung eines kommerziellen Lokalradioprogramms. Mit Verfügung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom tt.mm.2024 (noch nicht rechtskräftig) wurde den Gesuchstellern (handelnd als "H'._____ AG in Gründung") eine Konzession für das Versorgungsgebiet "I._____ – J._____" erteilt (act. 1 N. 26; act. 3/3).

Im Verlauf des ersten Quartals 2024 kam bei den Gesuchstellern die Idee auf, das neue Lokalradioprogramm nicht unter dem Namen "Radio H._____", sondern unter dem Namen "Radio D._____" zu betreiben. Die Gesuchsgegnerin 1 hat indessen als vormalige Inhaberin der Radiokonzession für das Gebiet "I._____-J._____" das ehemalige "Radio D._____" betrieben. Im mm. 2014 entschied sich die Gesuchsgegnerin 1 dazu, das damalige "Radio D._____" in "Radio I._____" umzubenennen (act. 1 N. 28 mit Hinweis auf act. 3/4).

Am tt.mm.2024 hinterlegten die Gesuchsteller beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zwei "Radio D._____"-Logos in Schwarzweiss und in Farbe als kombinierte Wort-/Bildmarken. Am tt.mm.2024 wurde publik, dass die Gesuchsteller, die ihren neuen Radiosender "Radio D._____" nennen wollen, beim IGE einen Antrag auf Löschung der Marke "Radio D._____" wegen Nichtgebrauchs des Zeichens durch die Gesuchsgegnerin 1 gestellt haben. Am tt.mm.2024 hinterlegte sodann die Gesuchsgegnerin 1 ihr altes "Radio D._____"-Logo neu, allerdings wurde die Marke noch nicht eingetragen und zu Widerspruchszwecken publiziert (act. 1 N. 33; act. 9–15).

Die Gesuchsgegnerin 2 trug bis zum tt.mm.2024 die Firma "F._____ AG" und hatte ihren Sitz in G._____. Seither firmiert die Gesuchsgegnerin 2, die zur Unternehmensgruppe der Gesuchsgegnerin 1 gehört, als "D'._____ AG", nachdem sie die Umfirmierung mit Eingabe vom tt.mm.2024 beim Handelsregisteramt des Kantons

Graubünden zur Eintragung angemeldet hatte. Ferner verlegte sie ihren Sitz von G. _____ nach E. _____ (act. 1 N. 34; act. 3/16) .

Zwei Tage nach der Anmeldung der Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2 meldeten die Gesuchsteller mit Eingabe vom tt.mm.2024 ihre für den Betrieb ihres Radios gegründete Gesellschaft "D'. _____ AG" ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister des Kantons Graubünden an. Mit Schreiben vom tt.mm.2024 teilte das Handelsregisteramt den Gesuchstellern mit, dass mit "D'. _____ AG" – das heisst mit der Gesuchsgegnerin 2 – bereits eine identische Firma eingetragen sei, weshalb die von den Gesuchstellern vorgesehene Firma unzulässig sei (act. 1 N. 35 f.; act. 3/17–19).

Mit Publikation im Swissreg vom tt.mm.2024 wurden sodann die beiden vorgenannten "Radio D. _____"-Logos der Gesuchsteller unter den Nummern 3 und 4 im Schweizer Markenregister eingetragen (act. 1 N. 41; act. 3/25).

Die Gesuchsteller sind der Auffassung, dass das Vorgehen der Gesuchsgegnerinnen als Reaktion und Konter auf ihre Pläne zu werten sei und das UWG verletze. Sie verlangen mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren im Wesentlichen das Verbot der Benutzung der Marke "Radio D. _____" durch die Gesuchsgegnerin 1, die Verpflichtung zum Rückzug des Markeneintragungsgesuchs Nr. 2 (Wort-/Bildmarke "Radio D. _____") sowie die Verpflichtung zur Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2. Die Gesuchsgegnerinnen schliessen auf Abweisung des Gesuchs.

2.2. Parteivorbringen

Die Gesuchsteller machen geltend, dass die Gesuchsgegnerinnen die Marke "Radio D. _____" seit Februar 2016, mithin seit mehr als 8 Jahren, nicht mehr genutzt und damit aufgegeben hätten (act. 1 N. 29). Damit hätten sie kein Recht an der Marke "Radio D. _____" mehr, weshalb diese Bezeichnung ohne Weiteres von ihnen (den Gesuchstellern) verwendet werden dürfe (act. 1 N. 53). Vor diesem Hintergrund sei das Verhalten der Gesuchsgegnerinnen, namentlich die Wiederverwendung der Marke "Radio D. _____", die Hinterlegung ihres alten Logos neu als Wort-/Bildmarke und die Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2 in "D'. _____ AG"

(act. 1 N. 42), lediglich als Reaktion und Konter auf die Pläne hinsichtlich des neuen Lokalradios "Radio D. _____" zu werten. Bei diesen Anstalten der Gesuchsgegnerinnen handle es sich um Verhaltensweisen, die gegen das UWG verstossen würden (act. 1 N. 63).

Die Gesuchsgegnerinnen machen geltend, dass sie die Marke "Radio D. _____" nie aufgegeben hätten. Die Marke sei im Kanton Graubünden weiterhin präsent und werde von ihnen (den Gesuchsgegnerinnen) weiterhin benutzt (act. 1 N. 61 ff.). Die Gesuchsteller würden vielmehr eine fremde historische Medienmarke usurpieren, womit der Irreführungstatbestand des Markenschutzgesetzes erfüllt sei (act. 8 N. 98 ff.).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; Verfügungsgrund) (siehe zum Ganzen KOFMEL EHRENZELLER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2021, Art. 261 N. 4). Bei beantragten Massnahmen, die die Hauptsache präjudizieren, sind sowohl an die Hauptsache- als auch an die Nachteilsprogose erhöhte Anforderungen zu stellen (Urteil 4A_427/2021 des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2021, E. 5.2; BGE 133 III 360 E. 9 S. 366 f.). Nach der neueren, mittlerweile verschiedentlich bestätigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beim Entscheid über die Frage, ob vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO zu treffen sind, grundsätzlich keine Interessenabwägung vorzunehmen (Urteil 4A_427/2021 des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2021, E. 5.1; BGE 139 III 86 E. 5; Urteil 4A_49/2020 des Bundesgerichts vom 3. Juni 2020, E. 4.1; Urteil 4A_575/2018 des Bundesgerichts vom 12. März 2019, E. 2.1; so im Übrigen bereits BGE 106 II 66 E. 5b; BGE 94 I 8 E. 5 S. 10 f. und E. 8c S. 12 f.).

2.3.2. Nichtgebrauch eines Zeichens (Art. 12 MSchG)

Hat der Inhaber eine Marke im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gebraucht, kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, es sei denn, es liegen wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vor (Art. 12 Abs. 1–3 MSchG). Wer den Nichtgebrauch geltend macht, muss diesen glaubhaft machen. Als Mittel zur Glaubhaftmachung eignen sich insbesondere Nachforschungsberichte, welche die ergebnislos gebliebene Umfrage bei den massgebenden Verkehrskreisen dokumentieren, ferner den relevanten Zeitraum betreffende Werbematerialien, Internetauftritte oder sonstige Geschäftsdokumentationen des Markeninhabers oder negative Rechercheergebnisse in einschlägigen Zeitschriften oder Archiven. Dem Markeninhaber steht der Beweis des Gegenteils offen (WANG, in: Basler Kommentar zum Markenschutzgesetz, David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar zum Markenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 12 N. 63 f. m.w.H.).

2.3.3. UWG

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen (a) eine drohende Verletzung zu verbieten, (b) eine bestehende Verletzung zu beseitigen und (c) die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 9 Abs. 1 UWG).

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.

2.4. Würdigung

2.4.1. Verfügungsanspruch bzw. positive Hauptsachenprognose

2.4.1.1. Aktiv- und Passivlegitimation

Die Gesuchsteller machen geltend, durch das Vorgehen der Gesuchsgegnerinnen an der Nutzung der Bezeichnung "Radio D._____" für ihr geplantes Lokalradio behindert zu sein, weshalb ihre wirtschaftlichen Interessen tangiert seien (act. 1 N. 44 f.). Die Gesuchsgegnerinnen weisen den Vorwurf der Tatbestandsmässigkeit ihrer Handlungen von sich, bestreiten die Passivlegitimation an sich jedoch nicht (act. 8 N. 91 f.). Die Aktiv- bzw. Passivlegitimation ist damit ohne Weiteres gegeben.

2.4.1.2. Nichtgebrauch eines Zeichens (Art. 12 MSchG)

Die von den Gesuchstellern beanstandeten Handlungen der Gesuchsgegnerinnen (Wiederverwendung der Marke "Radio D._____" bzw. Hinterlegung ihres alten Logos neu als Wort-/Bildmarke bzw. Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2 in "Radio D._____ AG") wären lediglich allenfalls als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, sofern ihnen selber keine Rechte mehr an der Marke "Radio D._____" zustehen.

Die Gesuchsteller machen diesbezüglich geltend, dass die Gesuchsgegnerin 1 im Mai 2014 entschieden habe, den Begriff "I._____" als konvergente Medienmarke zu benutzen (act. 1 N. 28). Im Zuge dieser Neupositionierung des Labels "I._____" sei auch das "Radio D._____" in "Radio I._____" unbenannt worden (act. 1 N. 28; act. 3/4). Eine von ihnen (den Gesuchstellern) in Auftrag gegebene Gebrauchsforschung in Bezug auf die Marke "Radio D._____" habe ergeben, dass seit März 2015, d.h. seit fast zehn Jahren, keine Hinweise auf die Benutzung der Marke bestehen würden (act. 1 N. 29; act. 3/5–8). Die Gesuchsgegnerinnen machen hingegen geltend, dass die Marke "Radio I._____" zwar überregional benutzt werde, indessen nicht ausschliesslich (act. 8 N. 61). Bei einer Google-Recherche mit dem Stichwort "Radio D._____" würden denn auch zahlreiche Streaming-Dienste erscheinen, welche das "Radio D._____" noch heute anbieten würden (act. 8 N. 62 ff.; act. 10/4). Zudem würden sie (die Gesuchsgegnerinnen) das Logo von "Radio

D._____ " mit dem ikonischen ... [Tier] weiterhin über das Autoradio verwenden (act. 8 N. 67 ff.; act. 10/5). Schliesslich würden im Kanton Graubünden an diversen Orten noch immer Frequenztafeln mit der Bezeichnung "Radio D._____" stehen (act. 8 N. 71 ff.; act. 10/5).

Im Falle eines Gebrauchsunterbruchs beginnt die Benützungsschonfrist mit der letzten ernsthaften Benutzungshandlung des Markeninhabers bzw. eines Dritten, der die Marke mit Zustimmung des Inhabers gebraucht (WANG, in: Stämpfli's Handkommentar zum Markenschutzgesetz, Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2017, Art. 12 N. 17 m.w.H.). Zwar hat die Gesuchsgegnerin 1 am tt.mm.2024 ihr altes "Radio D._____"-Logo neu hinterlegt (act. 1 N. 33; act. 3/15). Daraus lässt sich zunächst aber nichts über den Gebrauch bzw. den Nichtgebrauch der Marke "Radio D._____" ableiten. Vielmehr ist nachvollziehbar, dass die Gesuchsgegnerinnen diese neue Hinterlegung als Reaktion auf die Hinterlegung der zwei "Radio D._____"-Logos der Gesuchsteller am tt.mm.2024 beim IGE (act. 1 N. 31; act. 3/11) bzw. auf deren Antrag auf Löschung der Marke "Radio D._____" wegen Nichtgebrauchs tätigten (act. 1 N. 30; act. 3/9–10).

Es ist glaubhaft dargetan, dass die Gesuchsgegnerinnen das Logo "Radio D._____" mit dem ikonischen ... [Tier] über das Autoradio weiterhin verwenden (act. 1 N. 67 ff.). Dabei schadet auch nicht, dass hinter dem streitgegenständlichen Logo das "Radio I._____" steckt (vgl. act. 12 N. 35). Denn die Umbenennung des "Radio D._____" in "Radio I._____" ist unbestrittenermassen im Zuge der Erweiterung des Sendegebiets erfolgt (act. 8 N. 40). Es leuchtet ein, dass die Gesuchsgegnerinnen zwar mittlerweile unter der Marke "Radio I._____" senden, sich aber zumindest lokal für das Sendegebiet des Kantons Graubünden noch immer auf das bewährte "Radio D._____"-Logo stützen. Ebenfalls bieten zahlreiche Streaming-Dienstleister das "Radio D._____" als Internetradio weiterhin an (act. 8 N. 61 ff.; act. 10/4). Gemäss eigener Darstellung der Gesuchsteller ist das "Radio D._____" im Sendegebiet bei der Lokalbevölkerung alsdann noch "äusserst beliebt" (act. 8 N. 83; act. 10/9). Auch dies indiziert, dass die Marke von den Gesuchsgegnerinnen noch verwendet und von der Lokalbevölkerung auch den Gesuchsgegnerinnen zugerechnet wird. Entsprechend bestehen angesichts der derzeitigen Aktenlage ge-

wichtige Hinweise darauf, dass die Gesuchsgegnerinnen die Benutzung der Marke "Radio D._____" nie ganz aufgegeben haben bzw. noch immer ein ernsthafter Gebrauch im Wirtschaftsverkehr vorliegt.

Da einstweilen davon auszugehen ist, dass die Gesuchsgegnerinnen ihre Rechte an der Marke "Radio D._____" bis anhin nicht verwirkt haben, sind die von den Gesuchstellern beanstandeten Handlungen der Gesuchsgegnerinnen (erneute Hinterlegung der Marke "Radio D._____" / Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2 in "D'._____ AG") einstweilen nicht als unlauter i.S.v. Art. 3 lit. d UWG bzw. Art. 2 UWG zu qualifizieren. Vielmehr sind es die Gesuchsteller, die gemäss eigenen Ausführungen im Rahmen der Lancierung ihres Lokalradios an die Bekanntheit und Beliebtheit der Marke "Radio D._____" im Kanton Graubünden anknüpfen wollen (act. 1 N. 27; act. 8 N. 35, N. 80 ff.; act. 10/9). Auf der Website "radioH._____.ch" der Gesuchsteller wird gar suggeriert, dass das bis anhin bekannte "Radio D._____" "zurückkehre" bzw. dass die Gesuchsteller dieses "wiederaufleben" lassen (act. 8 N. 83; act. 10/9). Es ist angesichts des Gesagten einstweilen davon auszugehen, dass die massgeblichen Verkehrskreise das Zeichen "Radio D._____" noch immer den Gesuchsgegnerinnen zuordnen. Entsprechend fragt sich vielmehr, ob es nicht die Gesuchsteller sind, welche mit ihrem Geschäftsgebaren in die schutzwürdige Marktposition der Gesuchsgegnerinnen eingreifen bzw. sich gar wettbewerbswidrig verhalten. Diese Frage kann indessen hier offenbleiben und wäre in einem allfälligen Hauptverfahren zu klären. Damit fehlt es in materieller Hinsicht jedenfalls an einer positiven Hauptsachenprognose.

2.4.1.3. Vorwegnahme eines Entscheids in der Hauptsache

Wie nachstehend zu zeigen ist, wäre den Rechtsbegehren der Gesuchsteller grösstenteils auch aus prozessualen Gründen nicht stattzugeben:

Mit Rechtsbegehren Ziff. 1 beantragen die Gesuchsteller, es sei der Gesuchsgegnerin 1 unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme umgehend zu verbieten, die Marke "Radio D._____" zu benutzen oder eine Marke, welche die Begriffe "Radio D._____" enthält, anzumelden oder zu hinterlegen. Mit Rechtsbegehren

Ziff. 2 sollen die Gesuchsgegnerinnen sodann unter Strafandrohung konkret verpflichtet werden, das Markeneintragungsgesuch Nr. 2 (Wort-/Bildmarke Radio D._____) zurückzuziehen. Die Rechts- und Sachlage rund um die Marke "Radio D._____" bzw. deren rechtserhaltenden Gebrauch ist komplex. Diese Fragen können erst in einem allfälligen Hauptverfahren definitiv geklärt werden. Das streitgegenständliche Markeneintragungsgesuch Nr. 2 der Gesuchsgegnerinnen könnte hinsichtlich Aspekte der prioritären Eintragung, die in einem allfälligen Hauptverfahren erörtert werden müssten, relevant sein. Würden die Gesuchsgegnerinnen nun vorsorglich verpflichtet, ihr Eintragungsgesuch zurückzuziehen, würden sie allfälligen Rechtswirkungen, die an eine möglicherweise prioritäre Eintragung geknüpft sein könnten, bereits vor einem Hauptverfahren definitiv verlustig gehen. Demzufolge würde dieser Antrag der Gesuchsteller bei Gutheissung im Ergebnis auf ein Definitivum hinauslaufen. Gleiches gilt in Bezug auf das beantragte Verbot jeglicher zukünftiger Anmeldungen von Marken, welche die Begriffe "Radio D._____" enthalten. Ob dieses Rechtsbegehren dem Bestimmtheitsgebot standhalten würde, kann im Übrigen offen bleiben. Schliesslich würde auch die mit Rechtsbegehren Ziff. 3 angebehrte Umfirmierung der Gesuchsgegnerin 2 ein Definitivum schaffen, mithin die Rechtslage präjudizieren. Entsprechend wären die Rechtsbegehren Ziff. 1–3 (grösstenteils) auch aus diesen Gründen abzuweisen.

2.4.2. Verfügungsgrund bzw. Nachteilsprognose

Schliesslich mangelt es auch an einem Verfügungsgrund bzw. an einer Nachteilsprognose: Die Gesuchsteller machen geltend, dass im Hinblick auf ihr ab dem tt.mm.2025 in Betrieb zu nehmendes Lokalradio diverse unternehmerische Massnahmen zu treffen seien. Namentlich seien Räumlichkeiten zu mieten, ein Corporate Design zu erarbeiten und insbesondere Werbemassnahmen zu ergreifen, um den neuen Radiosender in der Bevölkerung des Sendegebiets bekannt zu machen. Würde das Gericht erst im ordentlichen Verfahren abschlägig entscheiden, bestehe die Gefahr, dass sich die zwischenzeitlich getätigten Aufwände und Leistungen als nutz- und wertlos erwiesen (act. 1 N. 75).

Die Gesuchsteller haben unter der Bezeichnung "H'._____ AG in Gründung" am tt.mm.2023 beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Konzessionsgesuch

eingereicht. Die Konzession wurde den Gesuchstellern (handelnd als "H'._____ AG in Gründung") sodann mit Verfügung vom tt.mm.2024 UVEK erteilt (act. 1 N. 26 f.; act. 3/3). Die Idee, das neue Lokalprogramm nicht unter dem Namen "Radio H._____", sondern unter dem Namen "Radio D._____" laufen zu lassen, kam den Gesuchstellern erst im Verlaufe des ersten Quartals 2024. Angesichts der Vorgeschichte war ihnen zu diesem Zeitpunkt bekannt, dass die Bezeichnung ihres Radios mit "Radio D._____" zu Friktionen führen kann. Entsprechend haben die Gesuchsteller offenbar vorgängig auch entsprechende rechtliche Abklärungen getätigt (act. 1 N. 27). Dennoch haben sie sich noch während der Gründungsphase entschieden, von der Bezeichnung "Radio H._____" abzurücken und auf die Bezeichnung "Radio D._____", welche erkennbar mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist, zu setzen. Die besondere Dringlichkeit, welche die Gesuchsteller nun geltend machen, um zumindest auf dem Weg des vorsorglichen Rechtsschutzes eine gewisse Rechtssicherheit zu erlangen, haben sie demzufolge selber verursacht. Es ist nicht Sinn und Zweck des vorsorglichen Rechtsschutzes, den Gesuchstellern angesichts dieser von ihnen geschaffenen Ausgangslage zu ermöglichen, ihr geplantes Lokalradio zeitgerecht in Betrieb zu nehmen. Im Übrigen ist die Verfügung des UVEK vom tt.mm.2024 betreffend die Erteilung der Konzession unbestrittenermassen noch nicht in Rechtskraft erwachsen; ein Rechtsmittelverfahren ist anhängig (act. 8 N. 132). Auch in dieser Hinsicht bestehen Rechtsunsicherheiten, welche die Gesuchsteller bei ihrer Planung ohnehin zu berücksichtigen hätten. Dementsprechend ist die Nachteilsprognose nicht erstellt.

3. Zusammenfassung

Da es sowohl an einer positiven Hauptsachenprognose als auch an einer Nachteilsprognose mangelt, ist das Begehren der Gesuchsteller um Erlass von vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Wie bereits in Ziff. 7 der Verfügung vom 30. Mai 2024 (act. 4) festgehalten, ist einstweilen von einem Streitwert von CHF 100'000.– auszugehen. Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 6'500.– festzusetzen, den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen und aus dem von ihnen geleisteten Vorschuss für die Gerichtskosten zu beziehen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV).

Ausgangsgemäss ist den Gesuchsgegnerinnen eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 7'300.– zuzusprechen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Der prozessuale Antrag um Anordnung von Schutzmassnahmen der Gesuchsgegnerinnen (act. 8 N. 75) wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt beschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch der Gesuchsteller um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 6'500.– festgesetzt.
Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtsgebühr wird den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Die Gesuchsteller werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Gesuchsgegnerinnen eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 7'300.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerinnen unter Beilage der Doppel von act. 12; act. 13/1–2; act. 14 und act. 15/1.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.–.

Zürich, 29. August 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi