

ZG_OBERGERICHT Z2 2022 76 vom 30. Dezember 2022

ZG Obergericht, 2022-12-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z2_2022_76

FR: ZG_OBERGERICHT Z2 2022 76 du 30 décembre 2022

IT: ZG_OBERGERICHT Z2 2022 76 del 30 dicembre 2022

Regeste

Markenschutz, unlauterer Wettbewerb (vorsorgliche Massnahmen) | Markenrecht

Erwägungen

E. 1

Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist gestützt auf Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 36 und Art. 5 Abs. 1 lit. a und d sowie Abs. 2 ZPO i.V.m. § 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 23 Abs. 3 GOG sowie § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts gegeben.

E. 2

Mit Verfügung vom 16. November 2022 wurde der Gesuchsgegnerin eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 2). Innert Frist reichte sie keine Gesuchsantwort ein. Da es sich um ein summarisches Verfahren handelt, kommt die Gewährung einer Nachfrist im Sinne von Art. 223 Abs. 1 ZPO nicht in Frage (vgl. BGE 138 III 483 E. 3.2.4; Mazan, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 253 ZPO N 16). Die Säumnisfolgen bestehen gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO und analog zu Art. 223 Abs. 2 ZPO darin, dass das Gericht sogleich auf Grundlage der Akten seinen Entscheid fällt. Das bedeutet, dass die Sachdarstellungen der Gesuchstellerin als unbestritten und damit als erwiesen bzw. glaubhaft gelten. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Vorbringen der Gesuchstellerin unklar, widersprüchlich oder offensichtlich unvollständig sind oder – namentlich aufgrund der Akten oder von Notorietät – erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptung bestehen (vgl. Pahud, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 223 ZPO N 6).

E. 3

Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sog. Verfügungsanspruch; lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund; lit. b). Auch wenn nicht ausdrücklich genannt, gehört die zeitliche Dringlichkeit zum Voraussetzungskatalog für vorsorgliche Massnahmen und die angeordneten Massnahmen müssen verhältnismässig sein. Demnach müssen sie geeignet sein, den befürchteten Nachteil zu verhindern, sowie auch erforderlich sein (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 261 ZPO N 18 und 20 ff.; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2021, Art. 261 ZPO N 4 ff.; Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 262 ZPO N 2 ff.). Die

vorsorgliche Massnahme soll den Hauptsachenprozess nicht präjudizieren und keinen Zustand schaffen, der nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (Güngerich, a.a.O., Art. 262 ZPO N 4). Die gesuchstellende Partei muss sowohl das Bestehen ihres materiell-rechtlichen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wieder gut zu

Seite 4/14 machenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Ein strikter Beweis ist nicht erforderlich. Glaubhaftmachen bedeutet, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der Voraussetzungen spricht. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist aber nicht gefordert (Sprecher, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 261 ZPO N 51 f.). Auch die Einwendungen der Gegenseite sind von dieser lediglich glaubhaft zu machen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 58). Die Rechtslage ist vom Richter lediglich summarisch zu prüfen, d.h. der Anspruch muss im Rahmen der glaubhaft gemachten Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung als rechtlich begründet erscheinen (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 25). Dies führt nicht zu einer endgültigen Klärung der sich stellenden rechtlichen Fragen, sondern beschränkt sich auf eine vorläufige Beurteilung (BGE 138 III 232 E. 4.1.1).

E. 4

Die Gesuchstellerin erblickt den Verfügungsanspruch zunächst in einer Verletzung des MSchG.

E. 4.1

Wer in seinem Recht an der Marke verletzt oder gefährdet wird, kann vom Richter verlangen, eine drohende Verletzung zu verbieten oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. a und b MSchG). Eine Verletzung der Rechte an einer Marke liegt dann vor, wenn der Beklagte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers eine der in Art. 13 Abs. 2 MSchG näher definierten Handlungen vornimmt und dadurch in den Schutzbereich gemäss Art. 3 MSchG einer prioritätsälteren Marke eingreift (Staub, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, 2. A. 2017, Art. 55 MSchG N 8). Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG sind Zeichen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt, vom Markenschutz ausgeschlossen.

E. 4.2

Die Gesuchstellerin macht geltend, ihre Marke werde seit bald zehn Jahren intensiv in der Schweiz benutzt und sei nicht zuletzt wegen der dargelegten Berichterstattung in der Schweiz hinlänglich bekannt, woraus eine gesteigerte Kennzeichnungskraft mit einem entsprechend grossen Schutzzumfang resultiere. Aber auch unabhängig von diesem weiten Schutzzumfang sei vorliegend eine hochgradige Verwechslungsgefahr zwischen der Marke der Gesuchstellerin und dem gesuchsgegenständlichen Logo der Gesuchsgegnerin gegeben, da die beiden hochgradig ähnlich seien und für identische Dienstleistungen gebraucht würden, respektive eingetragen seien (act. 1 Rz 51 f.). Vorliegend sei die Ähnlichkeit von zwei Bildzeichen zu beurteilen. Anders als bei Finanzdienstleistungen im Allgemeinen spreche insbesondere der Kauf und Verkauf von Kryptowährungen nicht nur Fachleute an, sondern das breite Publikum, wie es auch die Gesuchsgegnerin ausdrücklich tue. So würden Kryptowährungen im grossen Stil auch von Durchschnittskonsumenten gehandelt und sich als breit akzeptiertes Zahlungsmittel etablieren. Dies belege insbesondere die Tatsache, dass immer mehr Bitcoin-Geldautomaten verfügbar seien und sogar Steuern und Zugbilletts

gekauft werden könnten. Deshalb sei die Verwechslungsgefahr vorliegend aus Sicht eines Durchschnittskonsumenten mit geringer Aufmerksamkeit zu beurteilen. Sowohl die Marke der Gesuchstellerin als auch das Logo der Gesuchsgegnerin bestünden aus einer quadratähnlichen Gesamtform, die jeweils vier weitere quadratähnliche Formen beinhalten würden, die durch ihre Verbindung eine Vernetzung symbolisieren und im Zentrum ein Kreuz zeigen würden. Die Grösse der verwendeten Elemente und deren Proportionen seien dabei identisch. Damit seien die gegenüberstehenden Zeichen bei visueller Wahrnehmung hochgradig ähnlich, da die

Seite 5/14 bestehenden Detailunterschiede im Erinnerungsbild der Konsumenten nicht haften blieben (act. 1 Rz 56 ff.). Die Marke der Gesuchstellerin sei unter anderem für Finanzdienstleistungen in der Klasse 36 eingetragen, wie unter anderem Finanzwesen, Finanzberatung und Finanz-Investitionsdienstleistungen. Für eben solche Finanzdienstleistungen verwende auch die Gesuchsgegnerin nach ihren eigenen Angaben auf ihrer Website das vorliegende angegriffene Logo. Es liege somit Dienstleistungsidentität vor (act. 1 Rz 62 f.). Zwar seien vorliegend entsprechende Fehlzurechnungen bereits wegen der hohen Zeichenidentität zu befürchten, die Gesuchsgegnerin bezwecke mit ihrer Anlehnung an die Gesuchstellerin und ihre Marke aber auch gerade eine dadurch begründete Rufausbeutung (act. 1 Rz 68).

E. 4.3

Eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG besteht dann, wenn das jüngere Zeichen die ältere Marke in ihrer Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung ist gegeben, falls zu befürchten ist, dass die massgeblichen Verkehrskreise sich durch die Ähnlichkeit der Zeichen irreführen lassen und Waren und Dienstleistungen, die das eine oder das andere Zeichen tragen, dem falschen Markeninhaber zurechnen, oder falls das Publikum die Zeichen zwar auseinanderzuhalten vermag, aufgrund ihrer Ähnlichkeit aber falsche Zusammenhänge vermutet, insbesondere an Serienmarken denkt, welche verschiedene Produktlinien des gleichen Unternehmens oder von mehreren, wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen kennzeichnen (BGE 128 III 96 E. 2a; 128 III 441 E. 3.1; 122 III 382 E. 1). Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, der Zeichenähnlichkeit und der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke hinterlegt ist. Je ähnlicher die Waren und Dienstleistungen sind, desto grösser ist das Risiko einer Verwechslungsgefahr und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben (Joller, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 MSchG N 46 f.). Für schwächere Marken ist der geschützte Ähnlichkeitsbereich kleiner als für starke. Daher genügen bei schwachen Marken schon bescheidenere Abweichungen, um eine hinreichende Unterscheidbarkeit zu schaffen. Als schwach gelten insbesondere Marken, deren wesentliche Bestandteile sich eng an Sachbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs oder an das Gemeingut anlehnen. Stark sind demgegenüber Marken, die entweder aufgrund ihres fantasievollen Gehalts auffallen oder aber sich im Verkehr durchgesetzt haben (BGE 122 III 382 E. 2a; 128 III 441 E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4026/2015 vom 19. Juli 2016 E. 2.7; Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 78 ff.). Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist zudem bedeutsam, an welche Abnehmerkreise sich die Waren oder Dienstleistungen richten und unter welchen Umständen sie gehandelt zu werden pflegen. Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs, wie beispielsweise Lebensmitteln, ist mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der

Konsumenten zu rechnen als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt bleibt (Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2.3). Werden von einer Marke mehrere Verkehrskreise angesprochen, so genügt in der Regel, wenn die Verwechslungsgefahr mit Bezug auf einen dieser Verkehrskreise besteht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-37/2011 vom

E. 4.3.1

Der Schutzzumfang von Marken bezieht sich entsprechend dem Spezialitätsprinzip auf gleiche oder gleichartige Waren und Dienstleistungen (David, Basler Kommentar, 3. A. 2016, Vor Art. 1-46a MSchG N 5). In markenrechtlicher Hinsicht sind Waren und Dienstleistungen gleichartig, wenn sie aus Sicht des normativen Durchschnittsabnehmers des massgeblichen Verkehrskreises als funktionell austauschbar betrachtet werden, was umso eher zu bejahen ist, je konkreter der übereinstimmende Verwendungszweck der Waren ist (Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 259, 262, 280 ff. und 286 ff.). Eine hohe Wahrscheinlichkeit der Gleichartigkeit besteht, sobald die konkurrierenden Waren unter den gleichen Oberbegriff zu subsumieren sind (Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 274). Die Zugehörigkeit zur gleichen Klasse der Nizza-Klassifikation kann für eine Gleichartigkeit sprechen (Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 281 und 315). Für die Art einer Dienstleistung gelten die Ausführungen zur Art der Ware entsprechend (Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 317 ff.). Sowohl die Marke Nr. _____ der Gesuchstellerin wie auch das streitgegenständliche Zeichen werden für Finanzdienstleistungen verwendet. Es ist demnach glaubhaft, dass eine Gleichartigkeit der Dienstleistungen besteht.

E. 4.3.2

Im vorliegenden summarischen Verfahren ist auch ohne Weiteres von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Marke der Gesuchstellerin auszugehen (act. 1 Rz 51), zumal dies auch unbestritten blieb.

E. 4.3.3

Die Zeichenähnlichkeit beurteilt sich anhand des Gesamteindrucks, den die Marken in der Erinnerung des interessierten Publikums hinterlassen (BGE 121 III 377 E. 2a). Bei reinen Bildmarken bestimmt sich der Gesamteindruck durch das Erscheinungsbild und durch den allfälligen Sinngehalt (vgl. Städeli/Brachbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 MSchG N 85). Ideen und Motive sind als solche nicht markenrechtlich schützbar. Eine rechtlich relevante Ähnlichkeit liegt daher grundsätzlich nur dann vor, wenn die Zeichen das gleiche Motiv optisch ähnlich umsetzen. Allein ein übereinstimmendes Motiv begründet in der Regel keine relevante Ähnlichkeit (Joller, a.a.O., Art. 3 MSchG N 208). Der Gesamteindruck einer Marke kann durch einzelne besonders charakteristische Bildelemente optisch bestimmt werden, zum Beispiel durch eine originär oder infolge Benutzung kennzeichnungskräftige Figur. Wird eine solche übernommen, so bewirkt dies in der Regel einen irreführenden Anklang an die ältere Marke, so dass eine Markenähnlichkeit zu bejahen ist. Demgegenüber bewirkt die Übereinstimmung in üblichen grafischen Ausgestaltungen, wie die Umrahmung oder eine Schraffierung, oder in kennzeichnungsschwachen Elementen, insbesondere abstrakten Bildzeichen, keine in Erinnerung haftenbleibende Markennähe (Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 MSchG N 85 f.).

Seite 7/14 Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit zwischen geometrischen Formen gilt es zu beachten, dass das menschliche Gehirn bei der Bildunterscheidung grundlegend weniger spezifisch vorgeht als bei der Unterscheidung von Wörtern. Wahrgenommene Formteile werden im Geist nach Möglichkeit zu einer prägnanten Gesamtform abstrahiert und vereinfacht. Ein bestimmter Blickwinkel, unscharfe Einzelheiten und Abweichungen in Nebenpunkten bleiben bei Formen darum weniger stark in Erinnerung haften als eine verkehrte Buchstaben- reihenfolge oder ähnliche Unterschiede bei Wörtern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4841/2007 vom 28. August 2008 E. 4).

E. 4.3.4

Die Zeichenähnlichkeit hängt insbesondere von der Aufmerksamkeit der Abnehmerkreise ab: Je aufmerksamer Marken betrachtet werden, desto eher können geringere Unterschiede zwischen den Zeichen eine Verwechslungsgefahr bereits ausschliessen. Ausgangspunkt ist die konkret erfolgte Einteilung der älteren Marke in das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis (Joller, a.a.O. Art. 3 MSchG N 50 f.). Auszugehen ist von den aktuellen und potentiellen Abnehmern von Waren oder Dienstleistungen, wobei diese Abnehmer abstrakt und nicht mit Blick auf einen allfälligen spezialisierten Einsatz der Ware oder Dienstleistungen zu bestimmen sind (Städli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 MSchG N 163). Die hier zu beurteilende ältere Marke Nr. _____ der Gesuchstellerin ist laut Swissreg- Auszug – unter anderem – für Dienstleistungen der Klasse 36 (Finanzwesen; Finanzberatung; Geldgeschäfte etc.) hinterlegt (act. 1/7). Beim Erwerb von Dienstleistungen der Klasse 36 (Bank-, Finanz-, Geld-, Immobilien- und Versicherungsgeschäfte) wird eine erhöhte Aufmerksamkeit angenommen. Es wird davon ausgegangen, dass dem Abschluss von entsprechenden Dienstleistungsverträgen entweder intensive Abklärungen und Vergleiche vorausgehen oder sie bereits auf einer langandauernden Beziehung basieren (Städli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 3 MSchG N 170). Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (vgl. act. 1 Rz 56) richtet sich der Kauf und Verkauf von Kryptowährungen nicht an das Schweizer Durchschnittspublikum. Auch wenn man im Kanton Zug, in Zermatt oder in Lugano (act. 1 Rz 18) die Steuern mit Bitcoin bezahlen kann, handelt es sich – gesamtschweizerisch betrachtet – dabei um Ausnahmefälle. Die Gesuchstellerin hat in dieser Hinsicht nicht glaubhaft dargelegt, dass diese Bezahlform vom Durchschnittspublikum in Anspruch genommen wird. Gleiches gilt für die von der Gesuchstellerin erwähnte Möglichkeit, Zugbillette bei der SBB mit Bitcoin zu bezahlen. Dass das Angebot der Bezahlmöglichkeit mit Bitcoin nicht vom Durchschnittspublikum genutzt wird, geht auch daraus hervor, dass bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Zug, bei der bis zu einem Gegenwert von CHF 200.00 mit Bitcoin bezahlt werden kann, diese Möglichkeit innerhalb von eineinhalb Jahren lediglich 40 Mal in Anspruch genommen wurde (act. 1/12). Es mag zwar durchaus sein, dass es mittlerweile eine Vielzahl von Bitcoin-Automaten – die genaue Anzahl wurde im Gesuch nicht erwähnt (vgl. act. Rz 16) – in der Schweiz gibt, bei denen Bitcoin erworben oder veräussert werden können. Mit den eingereichten Übersichten von Bitcoin-Automaten in Zürich (sieben Automaten; act. 1/10) und in Zug (drei Automaten; act. 1/11) gelingt es der Gesuchstellerin aber ebenfalls nicht, glaubhaft zu machen, dass diese Automaten auch von einem breiten Publikum in Anspruch genommen werden oder eine gewisse Flächendeckung in der Schweiz bestehe. Der Kauf und der Verkauf von Kryptowährungen setzt eine Wallet und somit ein gewisses Verständnis für diese

Seite 8/14 Technologie voraus. Entsprechend werden solche Transaktionen nicht von Laien, sondern von Personen mit Fachkenntnissen getätigt, und es ist davon auszugehen, dass diese Personen bei der Inanspruchnahme der Dienstleistungen eine erhöhte Aufmerksamkeit anwenden.

E. 4.3.5

Eine ohne Farbanspruch registrierte Marke beansprucht Schutz in jeder farblichen Ausgestaltung (BGE 134 III 406 E. 6.2.2). Die ohne Farbanspruch geschützte Marke Nr. _____ der Gesuchstellerin ist somit in ihrer schwarz-weissen Ausgestaltung mit dem jüngeren Zeichen der Gesuchsgegnerin in Schwarz-Weiss zu vergleichen, selbst wenn diese farbig in Gebrauch sind. Es stehen sich folgende Zeichen gegenüber: Marke der Gesuchstellerin Zeichen der Gesuchsgegnerin

E. 4.3.6

Die Marke der Gesuchstellerin besteht aus zwei schlichten Teilen, die an der horizontalen Achse gespiegelt, jedoch nicht verbunden sind. Das Ergebnis der Spiegelung ist eine quadratähnliche Gesamtform, bestehend aus zwei quadratischen Vierecken und zwei quadratähnlichen Formen mit abgerundeten Ecken auf der rechten Seite bzw. mit einer Wölbung nach aussen hin. Das Zeichen weist eine breite Linienführung auf. Die quadratähnliche Gesamtform wird am unteren sowie am oberen Rand jeweils von zwei Linien durchbrochen. In der Mitte des Zeichens befindet sich ein Kreuz, dessen Arme nur am oberen und unteren Rand begrenzt sind. Der linke und der rechte Arm des Kreuzes sind auf die jeweilige Seite hin offen. Die Horizontale des Kreuzes ist länger als die Vertikale. Das Zeichen vermittelt den Eindruck, dass eine Schleife von oben links her kommend sich zweimal wickelt – einmal mit drei rechtwinkligen Ecken, einmal mit einer Rundung und einem rechtwinkligen Ecken – und schliesslich wieder nach oben verschwindet; dasselbe gilt spiegelverkehrt für die von unten her kommende Schleife. Das Zeichen der Gesuchsgegnerin stellt ebenfalls eine quadratähnliche Gesamtform dar, die vier grössere Vierecke enthält, welche wiederum je zwei kleinere Vierecke beinhalten. Das Zeichen ist an beiden Achsen gespiegelt und weist eine dünne, durchwegs eckige Linienführung auf. In der Mitte enthält das Zeichen ein Kreuz mit vier gleich langen Armen (gemeines Kreuz). Das Zeichen wird von einer durchgehenden Linie umschlossen und weist auf allen vier Seiten eine Einbuchtung auf. Das Zeichen erinnert an eine geometrische Form, bestehend aus vier gleich grossen Quadraten in allen Ecken, wobei jeweils immer zwei Quadrate mit einer u-förmigen, aber eckigen Linie verbunden sind.

E. 4.3.7

Beide Zeichen sind zwar quadratähnlich und enthalten in der Mitte ein Kreuz. Ein solches Motiv begründet für sich alleine noch keine Ähnlichkeit, umso weniger, als die Kreuze bei beiden Zeichen nicht ins Auge springen; insbesondere bei der Marke der Gesuchstellerin ist das Kreuz nur mit Fantasie erkennbar, zumal es links und rechts offen ist. Hinzu kommt, dass die Proportionen und die Art des jeweils verwendeten Kreuzes nicht gleich sind. Während das Zeichen der Gesuchsgegnerin ein Kreuz mit vier gleich langen Armen enthält und von den Proportionen an das Schweizer Kreuz oder das Rote Kreuz erinnert, sind die

Seite 9/14 horizontalen und die vertikalen Arme des Kreuzes in der Marke der Gesuchstellerin verhältnismässig schmaler (ähnlich wie ein Stabkreuz) und auch nicht gleich lang. Im undeutlichen Erinnerungsbild der Abnehmer bei der Marke der Gesuchstellerin bleibt ein nicht vollständig umrundetes, geschwungenes Zeichen haften,

welches – zumindest in Fachkreisen – an das verbreitete Bitcoin-Symbol (d.h. das Währungssymbol ■) erinnert (vgl. Grafik in act. 1/18). Das Zeichen der Gesuchsgegnerin hingegen bleibt als geometrische Form mit Kreuz in einem Viereck in Erinnerung. Es weckt entfernt allenfalls Assoziationen zu einem QR-Code (Quick Response Code; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts B-2262/2018 vom 14. Oktober 2020 E. 4.1), nicht aber zu einem Währungssymbol. Das Durchschnittspublikum kann in keinem Zeichen einen Sinngehalt erkennen. Während das Zeichen der Gesuchsgegnerin als komplex, verwinkelt, fein und detailreich im Gedächtnis haften bleibt, bleibt die Marke der Gesuchstellerin als einfach, aber dominant in Erinnerung. Eine von der Gesuchstellerin erwähnte in beiden Logos angedeutete "Vernetzung" (gemeint ist wohl eine Netzform; act. 1 Rz 60) ist zudem, wenn überhaupt, dann höchstens beim Zeichen der Gesuchsgegnerin erkennbar. Zwischen den in Frage stehenden Zeichen besteht somit keine Ähnlichkeit.

E. 4.3.8

Weiter ist zu beachten, dass das Markenrecht, wie erwähnt, keinen Motivschutz gewährt: Geschützt ist die konkret hinterlegte Marke und nicht die darin enthaltene Idee. Eine rechtlich relevante Ähnlichkeit liegt daher grundsätzlich nur vor, wenn die Zeichen das gleiche Motiv optisch ähnlich umsetzen; allein ein übereinstimmendes Motiv (hier die Anordnung von quadratischen Vierecken mit oder ohne abgerundeten Ecken und einem Kreuz in der Mitte) begründet in der Regel keine Markenähnlichkeit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_651/2018 vom 14. Juni 2019 E. 3.4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2269/2011 vom 9. März 2012 E. 7.4).

E. 4.3.9

Selbst wenn eine Ähnlichkeit zu bejahen wäre, liesse sich diese höchstens darin erblicken, dass die Zeichen in ihrer Gesamtform nahezu quadratisch sind, in allen vier Ecken wiederum quadratische Vierecke (bei der Gesuchstellerin zwei mit abgerundeten Ecken) enthalten und in der Mitte ein Kreuz erahnen lassen. Kreuze und Quadrate gehören jedoch zum Gemeingut (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_385/2010 vom 12. Januar 2011 E. 4.2 [nicht publiziert in BGE 137 III 77]; Rizvi/Lenel, Das Gemeingut im Markenrecht, Jusletter 2. September 2013 Rz 41). Die Anordnung von Quadraten kommt zudem in der einen oder anderen Form in Zeichen der Dienstleistungsbranche, nicht nur im Finanzsektor, häufig vor (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 29. Oktober 2004 E. 2.1.2b [= sic! 2005 S. 288]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7514/2006 vom 31. Juli 2007 E. 10). Die Übernahme eines für sich genommen nicht oder nur schwach schutzfähigen Bestandteils schafft keine Verwechslungsgefahr (BGE 127 III 167 E. 2b/bb; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7514/2006 vom 31. Juli 2007 E. 10). Selbst wenn sich die vorliegenden Zeichen bezüglich der Quadrate und dem Kreuz in der Mitte also (leicht) ähneln würden, beträfe die Ähnlichkeit kennzeichnungsschwache Bestandteile, was für die Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht genügt. 4.3.10 Dass es zu Verwechslungen gekommen ist, behauptet die Gesuchstellerin nicht. Ihre Behauptung, die Grösse der verwendeten Elemente und deren Proportionen seien identisch und damit die gegenüberstehenden Zeichen bei visueller Wahrnehmung hochgradig ähnlich, ist aktenwidrig. Deshalb trifft auch die Schlussfolgerung der Gesuchstellerin, wonach die Seite 10/14 bestehenden Detailunterschiede im Erinnerungsbild der Konsumenten nicht haften bleiben würden, nicht zu. Ob die Gesuchsgegnerin dies bestritten hat oder die Marke der Gesuchstellerin eine gesteigerte Kennzeichnungskraft besitzt, ist irrelevant.

E. 4.4

Nach dem Gesagten ist eine Zeichenähnlichkeit zwischen der Marke der Gesuchstellerin und dem streitgegenständlichen Zeichen der Gesuchsgegnerin zu verneinen. Das Publikum kann die Zeichen auseinanderhalten und es ist nicht davon auszugehen, dass falsche Zusammenhänge vermutet werden. Eine Verwechslungsgefahr liegt demnach nicht vor. Es sind somit – selbst wenn von einer niedrigen Aufmerksamkeit des Publikums auszugehen wäre – keine Fehlzurechnungen zu befürchten. Worin die von der Gesuchstellerin pauschal behaupteten Anlehnung und Rufausbeutung (vgl. act. 1 Rz 67 f.) liegen soll, legt sie überdies nicht dar und ist auch nicht ersichtlich, zumal die streitgegenständlichen Zeichen keine Ähnlichkeit aufweisen. Der Verfügungsanspruch lässt sich somit nicht mit einer Verletzung des MSchG begründen. 5. Weiter wirft die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Verletzung des UWG vor. 5.1 Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten. 5.2 Die Gesuchstellerin macht unter anderem eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG geltend (act. 1 Rz 70 ff.). 5.2.1 Gemäss 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. Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irreführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten, mit denen die Verwechslungsgefahr geschaffen wird (BGE 126 III 239 E. 3.a). In diesem Sinne schützt Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG vor Irreführung über die betriebliche Herkunft von Waren, Werken oder Leistungen bzw. die betriebliche Identität an sich. Lauterkeitsrechtlich sanktioniert ist die den Wettbewerb verfälschende Verwendung von im Markt wahrnehmbaren Elementen oder Merkmalen eines kennzeichnungskräftigen geschäftsmässigen Auftritts, welche einen Marktteilnehmer individualisieren und ihn von Mitbewerbern unterscheiden. Schutzfähig sind somit unter anderem Marken, Firmen, Handelsnamen, Domainnamen oder andere Geschäftsbezeichnungen (Arpagaus, Basler Kommentar, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 9 ff.). Das lauterkeitsrechtlich verpönte Verhalten besteht zunächst einmal grundsätzlich und allgemein darin, dass ein Marktteilnehmer (der Verletzer) irgendwelche "Massnahmen" (oder Vorkehren) trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Produkten oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen Marktteilnehmers (des Verletzten) herbeizuführen (Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 63). Der in verschiedenen Bereichen des Immaterialgüterrechts vorkommende Begriff der Verwechslungsgefahr ist zwar für das gesamte Kennzeichenrecht ein einheitlicher. Es geht

Seite 11/14 stets um die Beurteilung, ob ein Zeichen einem anderen derart ähnlich ist, dass die massgebenden Verkehrskreise Gefahr laufen, die gekennzeichneten Gegenstände zu verwechseln oder falsche Zusammenhänge zu vermuten. Die Umstände, die im Übrigen die Gefahr falscher Individualisierung oder falscher Assoziationen erheblich beeinflussen, unterscheiden sich jedoch je nach dem Rechtsschutz, der für die Kennzeichen beansprucht wird (BGE 134 I 83 E. 4.2.3). Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn ein Kennzeichen in seinem Schutzbereich durch gleiche oder ähnliche Zeichen in seiner Funktion (Individualisierung bestimmter Personen oder Gegenstände) gefährdet wird. Dabei können schlechter berechnete, gleiche oder ähnliche Zeichen Fehlzurechnungen derart verursachen,

dass die Adressaten die gekennzeichneten Gegenstände oder Geschäftsbetriebe (unmittelbar) für jene halten, die mit den besser berechtigten Zeichen individualisiert werden. Ferner können die schlechter berechtigten Zeichen eine mittelbare Verwechslungsgefahr schaffen, indem die Adressaten die Zeichen zwar auseinanderzuhalten vermögen, aber fälschlicherweise wirtschaftliche Beziehungen zwischen dem Erst- und Mitbewerber oder eine einheitliche Kontrolle derselben vermuten (BGE 128 III 146 E. 2.a; Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 75 ff.). Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach dem Gesamteindruck des Zeichens sowie der Aufmerksamkeit und Wahrnehmungsfähigkeit des Durchschnittskäufers oder der beteiligten Verkehrskreise. Für eine hinreichende Abgrenzung reicht es nicht aus, dass zwei gleichzeitig und aufmerksam miteinander verglichene Zeichen unterscheidbar sind; sie müssen auch in der Erinnerung deutlich auseinandergehalten werden können (Arpagaus, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 68 und 71).

5.2.2 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass von der Gesuchsgegnerin verwendete Logo übernehme die massgeblichen Gestaltungsmerkmale sowie die Farbe des von der Gesuchstellerin verwendeten Logos. Sie genieße eine schutzwürdige Marktposition, welche durch das Logo der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG beeinträchtigt sei. Sie könne sich für das Zeichen auch ohne Weiteres auf zeitliche Priorität gegenüber dem erst im Jahr 2021 eingeführten Zeichen der Gesuchsgegnerin berufen. Die Gesuchsgegnerin verursache durch die Verwendung des Zeichens eine Verwechslungsgefahr (act. 1 Rz 74 f.).

5.2.3 Die Marke der Gesuchstellerin und das Zeichen der Gesuchsgegnerin weisen keine Ähnlichkeit auf. Es ist weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Verwechslungsgefahr gegeben. Hierzu ist auf die vorstehenden Erwägungen (E. 4.3 f.) zu verweisen. Selbst der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin die Farbe Rot für ihr Zeichen verwendet (vgl. act. 1 Rz 74), ändert daran nichts und begründet keine Gefahr von Fehlzurechnungen, zumal die Verwendung der Farbe Rot in Zeichen/Marken nicht einmalig oder aussergewöhnlich ist. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin liegt somit kein Fall einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG vor.

5.3 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, in der Verwendung des Logos [durch die Gesuchsgegnerin] liege eine unnötige Anlehnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vor (act. 1 Rz 76 ff.).

5.3.1 Nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt unlauter, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Die Tatbestandsvariante der

Seite 12/14 unnötigen Anlehnung unterscheidet sich von den drei anderen (Unrichtigkeit des Vergleichs, Irreführung und unnötige Herabsetzung), weil sie nicht den direkten Vergleich von Angeboten oder Anbietern als solche anvisiert, sondern Konstellationen, in denen ein Anbieter sich oder die eigenen Angebote derart vergleicht, dass eine gedankliche Verbindung zwischen ihm bzw. seinen Angeboten und dem Mitbewerber bzw. den verglichenen Angeboten geschaffen wird und er sich sozusagen in den "Sog" des fremden Angebots begibt (Stauber/Iskic, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, 2017, Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N 50). Um eine Anlehnung zu bejahen, ist erforderlich, dass die Ausstattung in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an diejenige eines Dritten gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, beim Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. den damit gekennzeichneten Produkten zu wecken. Denn das Verbot der unlauteren Anlehnung an eine Konkurrenzausstattung soll nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnungen erfassen, die

nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind (BGE 135 III 446 E. 7.5). Grundsätzlich lassen sich folgende Konstellationen von Anlehnungen unterscheiden: (1) Herstellung einer Gedankenverbindung durch Ähnlichkeit der Produktausstattung, Zeichen oder andere Massnahmen, ohne dass eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 MSchG oder Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG bestehen muss ("verdeckte Anlehnung"); (2) ausdrückliche vergleichbare Bezugnahme ("offene Anlehnung"; Stauber/Iskic, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG N 55). 5.3.2 Die Gesuchstellerin macht geltend, selbst wenn keine Verwechslungsgefahr zwischen der Marke CH _____ und dem von der Gesuchsgegnerin verwendeten Zeichen bestünde, würde in der Verwendung des Logos [durch die Gesuchsgegnerin] eine unnötige Anlehnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vorliegen. Der für die unnötige Anlehnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG erforderliche hohe Bekanntheitsgrad des Zeichens der Gesuchstellerin liege vor und werde neben der aufgezeigten Verbreitung insbesondere auch dadurch belegt, dass das Zeichen der Gesuchstellerin in der Schweiz synonym für den Bitcoin im Allgemeinen stehe. Die erforderliche Offensichtlichkeit der Anlehnung ergebe sich aus der hohen Ähnlichkeit der Webseiten in ihrem Gesamteindruck mit dem darin enthaltenen Logo. Dabei zeige sich die Unnötigkeit der Anlehnung an das Zeichen der Gesuchstellerin vor allem daran, dass keinerlei schutzwürdiges Bedürfnis erkennbar sei, ein derart ähnliches Logo wie die Gesuchstellerin zu verwenden. Die Gesuchsgegnerin habe ihre Webseite beinahe identisch von der Gesuchstellerin übernommen und nur vereinzelt angepasst (act. 1 Rz 76 ff.). 5.3.3 Eine unlautere Anlehnung an die Marke der Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerin ist nicht auszumachen. Die Gesuchstellerin macht zwar geltend, dass die erforderliche Offensichtlichkeit der Anlehnung sich aus der hohen Ähnlichkeit der Webseiten in ihrem Gesamteindruck mit dem darin enthaltenen Logo ergebe. Wie sie jedoch selbst ausführt, hat die Gesuchsgegnerin auf ihre Abmahnungen hin den gerügten Aufbau der Webseite angepasst und das vorliegende Gesuch bezieht sich nur auf die Verwendung des verwechselbaren Logos durch die Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz 29). Die blossе Verwendung des Logos durch die Gesuchsgegnerin stellt jedoch keinen offensichtlichen Bezug zur Gesuchstellerin bzw. deren Marke her, zumal sich die verwendeten Zeichen deutlich voneinander unterscheiden (E. 4.3.5). Die Übereinstimmungen beschränken sich lediglich auf die Wahl von Motiven (Vierecke und Kreuze) sowie die Farbe Rot. Dies allein vermag jedoch keine Gedankenverbindung zu erzeugen und stellt daher keine

Seite 13/14 wettbewerbsverzerrende Massnahme. Darüber hinaus macht die Gesuchstellerin keine Angaben zu ihrem eigenen Erfolg, an welchem die Gesuchsgegnerin unlauter teilhaben möchte. Folglich ist im vorliegenden Fall der Tatbestand einer unlauteren Anlehnung nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG nicht erfüllt. 5.4 Das UWG fällt somit zur Begründung des Verfügungsanspruchs ebenfalls ausser Betracht.

E. 6

Nach dem Gesagten ist der Verfügungsanspruch im Sinne einer Hauptsachenprognose nicht gegeben. Ob die weiteren Voraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen vorliegen, kann damit dahingestellt bleiben. Das Gesuch erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der Entscheid ist dem IGE mitzuteilen (Art. 54 MSchG).

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegnerin, die sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, ist

(ebenfalls) keine Parteientschädigung zuzusprechen. Beim vorliegenden Streitwert von CHF 75'000.00 (act. 1 Rz 4) beträgt die Entscheidgebühr CHF 6'000.00 (§ 11 Abs. 1 KoV OG). In summarischen Verfahren ist diese auf einen Drittel bis drei Viertel herabzusetzen (§ 12 Abs. 1 KoV OG). Vorliegend rechtfertigt sich, die Entscheidgebühr auf CHF 3'000.00 festzusetzen. Verfügung

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