

**Zivilrecht**  
**Dretg civil**  
**Diritto civile**

**15 Kennzeichenschutz nach Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG.**

- Die in Art. 12 Abs. 1 MSchG festgeschriebene fünfjährige Karenzfrist beim Nichtgebrauch einer Marke findet unter dem Titel von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG analoge Anwendung. Die einmal erlangte lauterkeitsrechtliche Gebrauchspriorität entfällt daher nach einem ununterbrochenen Nichtgebrauch eines Kennzeichens während mehr als fünf Jahren (E.5.3).
- Im vorliegenden Fall ist nicht glaubhaft dargetan, dass die Gesuchstellerinnen das streitgegenständliche Kennzeichen *"Radio Grischa"* zwischen 2015 und Ende 2024 selbst im Geschäftsverkehr verwendet haben. Die für einen Abwehranspruch aus Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG vorausgesetzte Gebrauchspriorität ist somit entfallen (E.5.4).

**Protezione dei segni distintivi ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 lett. d LCSl.**

- Il periodo di attesa di cinque anni in caso di mancato uso di un marchio, previsto dall'art. 12 cpv. 1 LPM, trova applicazione per analogia nell'ambito dell'art. 3 cpv. 1 lett. d LCSl. La priorità d'uso ai sensi del diritto della concorrenza sleale, una volta acquisita, decade pertanto in caso di mancato utilizzo ininterrotto di un segno distintivo per un periodo superiore a cinque anni (consid. 5.3).
- Nel caso concreto, non è stato reso verosimile che le parti instanti abbiano utilizzato esse stesse, nelle transazioni commerciali, il segno distintivo oggetto del litigio *"Radio Grischa"* tra il 2015 e la fine del 2024. La priorità d'uso, presupposto per un diritto di tutela ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 lett. d LCSl, è quindi venuta meno (consid. 5.4).

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Radio Alpin Grischa AG des Medienunternehmers Roger Schawinski und seines Geschäftspartners Stefan Bühler startete am 2. April 2025 ein Web-Radio unter dem Namen *"Radio Grischa"* auf der Domain *"radiogrischa.com"*. Am 3. April 2025 reichten die Somedia AG, die Radio Grischa AG und die Südostschweiz Radio AG beim Obergericht ein Gesuch um Erlass eines vorsorglichen Verbots ein. Sie warfen der Radio Alpin Grischa AG und deren Organen vor, mit ihrem Web-Radio gegen das UWG zu verstossen. Das Obergericht wies mit Urteil vom 24. Juni 2025 das Gesuch ab.

*Aus den Erwägungen:*

## 5.3. Gebrauchspriorität

5.3.1. Ein aus Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG fliessender Abwehranspruch wäre selbst dann nicht gegeben, wenn dem Zeichen "*Radio Grischa*" derivative Kennzeichnungskraft zukommen würde und eine Verwechslungsgefahr gegeben wäre. Bei Vorliegen einer solchen echten Zeichenkollision käme die im Lauterkeitsrecht massgebliche Vorrangregel der Gebrauchspriorität zur Anwendung (HEINEMANN, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 57). Im Unterschied etwa zu Marken und Firmen, bei denen die Hinterlegung, respektive deren Eintragung in einem Register, Schutzvoraussetzung ist und gleichzeitig den Zeitpunkt der Schutzbegründung bestimmt, stellt der lauterkeitsrechtliche Kennzeichenschutz auf die sogenannte materielle Priorität, das heisst den erstmaligen Gebrauch im Geschäftsverkehr, ab. Die materielle Priorität bestimmt sich nach der erstmaligen nach aussen wahrnehmbaren Benutzung. Damit ist auch gesagt, dass ein allfälliger Registereintrag nicht ausschlaggebend ist (vgl. BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, in: Jung [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 3. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 21). Der Gebrauch eines Kennzeichens kann lauterkeitsrechtlichen Schutz vor Verwechslungsgefahr nur auslösen, wenn der Zeichengebrauch rechtmässig war. Als lauterkeitsrechtlich relevanter Besitzstand wird zudem nur eine schutzwürdige Marktposition anerkannt (BGE 125 III 193. E. 2.b; Urteil des Bundesgerichts 4A\_152/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 7.3; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 23 f.; HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 62; ARPAGAU, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 61).

5.3.2. Die Gesuchsgegner machen geltend, die Gesuchstellerinnen hätten den Namen "*Radio Grischa*" komplett derelinquiert, indem sie diesen seit der Neukonzipierung ihres Angebots im Februar 2015 bis im Dezember 2024 nicht gebraucht und somit ihre ursprüngliche Gebrauchspriorität aus dem Jahre 1988 eingebüsst hätten. Rechtlich liegt diesem Argument die Annahme zugrunde, dass es an einer Gebrauchspriorität im vorgenannten Sinne fehlt, wenn eine Verwechslungsgefahr in Bezug auf ein Kennzeichen geltend gemacht wird, das von der Ansprecherin während längerer Zeit nicht benutzt wurde. Allerdings hält der Normtext des UWG für eben diesen Fall – einer echten Zeichenkollision bei vorangehend längerem Nichtgebrauch des Kennzeichens – keine Regel bereit, ist diesbezüglich also unvollständig. Zu beantworten ist, ob die Unvollständigkeit zugleich eine ausfüllungsbedürftige Lücke ist.

5.3.3. Eine Lücke ist die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Planwidrig ist die Unvollständigkeit dann, wenn das Gesetz nach seiner Auslegung eine Antwort schuldig bleibt, obgleich nach seinem Zweck eine Antwort geboten wäre, oder wenn dem Gesetz eine Ausnahme fehlt, obwohl es nach seinem Zweck eine Ausnahme enthalten müsste. Keine Lücke liegt demgegenüber vor, wenn das Gesetz erkennbar eine Regelung enthält, die nur im Ergebnis sachlich nicht befriedigt. Während es die Aufgabe der Gerichte ist, eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zu beheben, steht es ihnen grundsätzlich nicht zu, sachlich unbefriedigende Lösungen des Gesetzgebers zu korrigieren (vgl. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, 2012, Art. 1 N. 344 m.H.a. BGE 135 IV 113 E.2.4.2; vgl. ferner KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, S. 220 ff.). Mit der Verankerung des spezifisch wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutzes in Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG sollen Verwechslungen in Bezug auf die betriebliche Herkunft von Produkten sowie die Unternehmensidentität verhindert werden. Wirtschaftlicher Erfolg soll durch eigene Leistung und nicht durch Nutzung einer fremden Identität erzielt werden. Zu diesem Zweck soll Konfusion unterbunden werden (HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 5). Nach diesem normspezifischen Zweck und in Berücksichtigung des generellen Regelungsgedankens des UWG, der in der Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs besteht (Art. 1 UWG), erscheint es geboten, die einmal erlangte Gebrauchspriorität entfallen zu lassen, wenn das Kennzeichen während einer bestimmten Dauer nicht gebraucht wurde. Nur schon aufgrund der dem Wettbewerb innewohnenden Dynamik kann der Gesetzgeber sinnvollerweise nicht beabsichtigt haben, qua Nichtregelung (qualifiziertes Schweigen) absolut festzuschreiben, dass eine einmal begründete Gebrauchspriorität trotz längeren Nichtgebrauchs weiter gilt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Frage nach einer Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Kennzeichenschutzes aufgrund eines längeren Nichtgebrauchs gar nicht vor Augen hatte. Mithin liegt eine offene (auch echte) Lücke vor. Für die Füllung offener Lücken verweist Art. 1 Abs. 2 ZGB auf das Gewohnheitsrecht und anschliessend auf die Rechtsfindung modo legislatoris. Vorrang hat dabei der im Normtext von Art. 1 ZGB nicht explizit erwähnte Analogieschluss. Bei einem Analogieschluss wird der zu beurteilende Sachverhalt nach dem Modell einer gesetzlichen Vorschrift beurteilt, obschon er vom Wortsinn dieser Regelung nicht erfasst ist. Der Analogieschluss wird gezogen, weil der zu beurteilende, nicht geregelte Sachverhalt dem der fraglichen gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegenden teleologischen "Wertmuster" entspricht, so dass es dem positiven Gleichheitssatz (Gleiches ist gleich zu behandeln) entspricht, ihn (trotz mangelnder Stütze im Wortlaut) auch analog (sinn-gemäss gleich) zu beurteilen und damit "Widerspruchsfreiheit" im gesetzlichen "Wertungssystem" zu garantieren (KRAMER/ARNET, a.a.O., S. 227, 230 f.).

5.3.4. Im Vordergrund steht vorliegend eine analoge Anwendung von Art. 12 Abs. 1 MSchG. Gemäss dieser Bestimmung kann der Inhaber einer Marke sein Markenrecht nicht mehr geltend machen, wenn er die Marke im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nach unbenütztem Ablauf der Widerspruchsfrist oder nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens nicht gebraucht, ausser wenn wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vorliegen. Die analoge Anwendung der Karenzfrist von Art. 12 Abs. 1 MSchG unter dem Titel von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG würde bedeuten, dass der Kennzeicheninhaber einer einmal erlangten Gebrauchspriorität verlustig geht, wenn er sein Kennzeichen während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gebraucht. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich mit der Frage einer analogen Anwendung von Art. 12 MSchG zur Beurteilung der Unlauterkeit unter dem Titel von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG noch nicht auseinandergesetzt. Die Lehre steht einer analogen Anwendung von Art. 12 Abs. 1 MSchG im wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz mehrheitlich ablehnend gegenüber (HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 59, 72; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 24, gemäss Fn. 104 in der Voraufgabe eine Analogie noch befürwortend; einen Analogieschluss nach wie vor befürwortend: ARPAGAUS, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 61). HEINEMANN räumt ein, dass der Verkehr nach fünfjährigem Nichtgebrauch möglicherweise keiner Herkunftstäuschung mehr unterliegt, das Lauterkeitsrecht dann also nicht verletzt ist. Das lauterkeitsrechtliche Konzept stelle indes auf den Gesamtauftritt am Markt ab, während der markenrechtliche Schutz streng kennzeichen- und produktbezogen sei. Dies spreche gegen die Anwendung schematischer Regeln nach Art. 12 MSchG im Wettbewerbsrecht. Entscheidend sei, ob die angesprochenen Verkehrskreise das Kennzeichen noch zuordnen könnten. Dies sei nach fünfjähriger Karenz unwahrscheinlich, aber im Einzelfall dennoch möglich (HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 59, 43).

5.3.5. Für einen Analogieschluss ist wie gesehen vorausgesetzt, dass der zu beurteilende Sachverhalt, in casu der allfällige Nichtgebrauch des Kennzeichens während rund acht Jahren, mit dem Art. 12 Abs. 1 MSchG zugrundeliegenden Telos wertungsmässig vergleichbar ist. Allgemein gilt zu bedenken, dass die Schutzzwecke des MSchG und des UWG grundsätzlich unterschiedlich sind: Das Immaterialgüterrecht und somit auch das MSchG schützen in erster Linie Individualinteressen. Dem Markeninhaber wird ein auf die Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion abgestütztes Ausschliesslichkeitsrecht verliehen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 MSchG). Demgegenüber ist das Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts mit der Institution des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs umfassender. Das Lauterkeitsrecht schützt den Marktteilnehmer vor täuschenden und anderen gegen Treu und Glauben verstossenden Mass-

nahmen und unterbindet damit wettbewerbsschädliche Praktiken (Art. 1 i.V.m. Art. 2 UWG). Unlauterkeit folgt damit immer aus den besonderen Begleitumständen. Unter beiden Titeln geht es aber letztendlich um Kennzeichenschutz, wobei der Kennzeicheninhaber sich im Lauterkeitsrecht nicht wie im Markenrecht auf ein absolutes subjektives Recht berufen kann, sondern sich mit Blick auf die Nachahmungsfreiheit nur gegen die wettbewerbswidrige Verwendung seines Kennzeichens wehren kann (BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Einheit der Rechtsordnung: Lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch trotz markenrechtlicher Koexistenz?, in: sic! 6/2021 S. 296.; STREULI-YOUSSEF, in: Streuli-Youssef [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 3 N. 109). Das markenrechtliche Gebrauchserfordernis gemäss Art. 12 MSchG soll verhindern, dass das Markenregister mit unbenützten Marken verstopft wird und bezweckt damit die Offenhaltung des kennzeichenmässigen Marktzutritts (WANG, in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. 2017, Art. 11 N. 2 und Art. 12 N. 2, 28; VOLKEN, in: David/Frick [Hrsg.], Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 11 N. 1 f.). Mit Art. 12 MSchG hat der Gesetzgeber den Wertungsentscheid getroffen, dass eine ungebrauchte Marke nach Verstreichen von fünf Jahren wieder frei werden können soll und auf diese Weise neuen Wettbewerbern in kennzeichenmässiger Hinsicht der Marktauftritt erleichtert werden soll. Obschon die Schutzobjekte von MSchG (Individualinteresse) und UWG (Allgemeininteresse) nicht identisch sind, laufen doch beide Schutzansätze mittelbar auf eine Verwirklichung des wettbewerbsrechtlichen Leitbildes im weitesten Sinne hinaus, nämlich darauf, das mögliche Eintreten eines Marktversagens durch dauerhafte Störungen des dynamischen Gleichgewichtes zu verhindern; eine Interaktion der beiden Erlassebenen ist letzten Endes also unvermeidlich (HILTY, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, Art. 1 N. 173; STREULI-YOUSSEF, a.a.O., Art. 3 N. 141). Bleibt nun im Lauterkeitsrecht die einmal erlangte Gebrauchspriorität ungeachtet eines länger dauernden Nichtgebrauchs bestehen, so stimmt dies vordergründig mit dem Zweck von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG überein, der sicherstellen möchte, dass wirtschaftlicher Erfolg durch eigene Leistung und nicht durch Nutzung einer fremden Identität erzielt wird und die Wertschätzung, die das Angebot eines Mitbewerbers bei den Konsumenten genießt, nicht auf unlautere Weise für die Vermarktung eigener Waren ausgenutzt wird (vgl. BGE 125 III 193 E. 2.b; HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 5). Trotzdem besteht zum generellen Regelungsgedanken des UWG, der Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbs, ein Spannungsverhältnis: Bleibt ein mehrere Jahre andauernder Nichtgebrauch für die lautereitsrechtliche Gebrauchspriorität unbeachtlich, ist ein Gebrauch des Kennzeichens durch einen Dritten auch ungeachtet dieses Nichtgebrauchs grundsätzlich wettbewerbswidrig. Dies bedeutet gleichzeitig eine Beschränkung der dem Wettbewerb inhä-

renten Freiheit, als Anbieter tätig zu werden (zur Freiheitsfunktion des Wettbewerbs siehe HEINEMANN, a.a.O., § 1 N. 6). Neben der Freiheitsfunktion kommt dem Wettbewerb eine Entdeckungs- und Fortschrittsfunktion zu: Im Wettbewerb stehende Unternehmen sind bestrebt, durch Innovationen sowie durch bessere Produktionsverfahren und qualitativ bessere Produkte einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. Diese Fortschrittsfunktion dürfte beeinträchtigt werden, wenn der Markteintritt kennzeichenmässig durch das Lauterkeitsrecht generell erschwert wird. Fortschrittsverlangsamung schwächt erfahrungsgemäss den Wettbewerb (WEBER, in: Von Büren/Lucas [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/II, Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, 2000, N. 7).

5.3.6. Aus dem verfassungsmässigen Recht auf Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) leitet sich der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ab, der besagt, dass bei fehlendem Sonderrechtsschutz (etwa durch das MSchG) jeder Teilnehmer am Wettbewerb grundsätzlich frei ist, die Produkte eines anderen nachzuahmen (ARPAGAU, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 15). Die mangelnde Unlauterkeit der blossen Nachahmung eines spezialrechtlich nicht geschützten Arbeitsergebnisses wird damit begründet, dass es dem Fortschritt immanent ist, an Bestehendes anzuknüpfen, und, um etwas fortzuentwickeln, auf Vorhandenes zurückgegriffen werden muss. Die Nachahmungsfreiheit beruht auf einer Wertung des Gesetzgebers, kann allerdings nicht, jedenfalls nicht ausschliesslich, damit legitimiert werden, dass sie den Fortschritt ermöglicht, also innovationsfördernd ist. Die Nachahmungsfreiheit hat auch eine wesentlich wettbewerbsrechtlich motivierte Funktion, nämlich Wettbewerb zu ermöglichen. Es ist nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, Leistungen oder Arbeitsergebnisse um ihrer selbst willen, sondern vielmehr die Mitbewerber und die Allgemeinheit vor unlauteren Wettbewerbs-handlungen zu schützen (STREULI-YOUSSEF, a.a.O., Art. 3 N. 158). Unterbleibt der Gebrauch eines Kennzeichens durch den prioritären Verwender während einer Dauer von fünf Jahren vollends, so wird während dieser Zeit mit dem Kennzeichen auch kein wirtschaftlicher Erfolg erzielt, ein dem Zeichen zuzuordnender, damit erwirtschafteter Goodwill schwindet nach und nach. Der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass sich die vom Publikum gemachte Assoziation eines Kennzeichens mit einem Unternehmen nach Ablauf von fünf Jahren im Regelfall objektiv gesehen grösstenteils verflüchtigt hat, womit auch keine relevante Verwechslungsgefahr mehr gegeben sein kann. Ausgehend von der im Lauterkeitsrecht grundsätzlich geltenden Nachahmungsfreiheit ist nicht einzusehen, weswegen es wettbewerbswidrig sein soll, wenn ein Dritter ein vom ursprünglichen Kennzeicheninhaber schon mindestens fünf Jahre nicht mehr gebrauchtes Zeichen verwendet, im Regelfall also weder eine Verwechslungsgefahr noch ein nennenswerter Goodwill bestehen wird.

5.3.7. Greift der lauterkeitsrechtliche Kennzeichenschutz unbesehen des Ablaufs der markenrechtlichen Karenzfrist bei Nichtgebrauch des Kennzeichens weiter, wird über das Lauterkeitsrecht ein vom Markenrecht verweigerter Schutz gewährt, womit eine Wertung des Markenrechts ausgehebelt wird. Zieht man die Umwegthese heran, so soll über den Umweg des Lauterkeitsrechts kein Schutz gewährt werden, den das Immaterialgüterrecht bewusst verweigert hat. Das Bundesgericht ist indes von der Umwegthese abgekommen und wendet die Bestimmungen des Immaterialgüterrechts und Lauterkeitsrechts selbständig nebeneinander an (BGE 129 III 353 E.3.3). Im Sinne der auch in der Rechtsanwendung, namentlich im Zuge der systematischen Auslegung und der richterlichen Lückenfüllung anzustrebenden Einheit der Rechtsordnung, sind die vom Gesetzgeber bei Erlass der immaterialgüterrechtlichen Normen getroffenen Wertungsentscheide allerdings auch in der Anwendung des UWG zu berücksichtigen. Widersprüche, die im gesetzten Recht angelegt sind, sind im Anwendungsfall aufzulösen, wodurch zumindest punktuell, nämlich hinsichtlich des zu beurteilenden Einzelfalles, Kohärenz erzeugt wird (vgl. BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 1991, S. 255). Anders gesagt gilt es, eine parallele Anwendung von Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht mit unhaltbaren und paradoxen Ergebnissen und Wertungswidersprüchen zu vermeiden (einen Wertungswiderspruch beispielhaft ausschliessend: Urteil des Bundesgerichts 4A\_152/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 10.3.2.2; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., S. 296 f.). Das UWG ist wohl "autonom", nicht aber "isoliert" anzuwenden (so HILTY, a.a.O., Art. 1 N. 174). Auch der Kohärenzgedanke spricht somit dafür, den Wertungswiderspruch zwischen Markenrecht und UWG aufzulösen, indem in sinngemässer Anwendung der Karenzfrist von Art. 12 Abs. 1 MSchG beim Nichtgebrauch eines Kennzeichens während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren auch ein Entfallen der lauterkeitsrechtlichen Gebrauchspriorität angenommen wird.

5.3.8. Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass angesichts des Zwecks von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG sowie des dem UWG zugrundeliegenden Regelungsgedankens eine sinngemässe Anwendung von Art. 12 Abs. 1 MSchG gerechtfertigt erscheint, mit der Folge, dass die lauterkeitsrechtliche Gebrauchspriorität eines Kennzeichens nach einem fünfjährigen Nichtgebrauch im Grundsatz zu verneinen und ebenso keine schutzwürdige Marktposition mehr gegeben ist. Anders gesagt entspricht es grundsätzlich den gesetzgeberischen Vorstellungen, wenn ein Marktteilnehmer ein ehemals verwendetes prioritätsälteres Kennzeichen aufgreift, nachdem dieses vom ursprünglichen Verwender während einer ununterbrochenen Zeitdauer von mindestens fünf Jahren nicht mehr verwendet wurde. Das erneute Aufgreifen des Kennzeichens kann diesfalls nicht als unlauter gelten. Für diese Anwendung spricht in ei-

nem Fall wie dem vorliegenden, der das Kennzeichen für einen Radiosender betrifft, im Übrigen auch ein der rundfunkrechtlichen Regulierung zugrundeliegender Wertungsentscheid des Verfassungsgebers. Anzustreben ist gemäss Art. 93 Abs. 2 BV nämlich eine inhaltliche Vielfalt des journalistischen Angebots in Radio und Fernsehen. Dem dient eine vielfältige Rundfunklandschaft, in der publizistischer Wettbewerb gewährleistet ist (zur Bekämpfung der Medienkonzentration siehe Art. 74 und 75 RTVG, vgl. Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG], BBl 2003 1572, 1588; vgl. auch ZELLER/DUMERMUTH, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 93 N. 22). Dieser Zielvorgabe entspricht es in einer Konstellation wie der vorliegenden eher, wenn die Gebrauchspriorität in Übereinstimmung mit dem Markenrecht bereits ab einem fünf Jahre dauernden Nichtgebrauch verneint und das fragliche Zeichen dem Markteintritt eines anderen Anbieters überlassen wird.

#### 5.4. Gebrauch von *"Radio Grischa"*

5.4.1. Die näheren Anforderungen an das Ausmass des tatsächlichen Gebrauchs im lauterkeitsrechtlichen Sinne sind zwar unklar. Fest steht allerdings, dass blosser Gebrauchsabsicht nicht ausreicht und jedenfalls eine nach aussen feststellbare Benutzung im Geschäftsverkehr nachzuweisen ist (HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 58; ARPAGAUS, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 62; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 21). Die Gesuchstellerinnen sind in Bezug auf den Gebrauch des den individualisierenden Marktauftritt charakterisierenden Kennzeichens behauptungs- und beweisbelastet (Art. 8 ZGB).

5.4.2. Die Gesuchsgegner stellen nicht in Abrede, dass gewisse Streamingdienstleister trotz der 2015 unbestrittenermassen erfolgten Neuausrichtung das *"Radio Südostschweiz"* nach wie vor als *"Radio Grischa"* bezeichneten. Allerdings stellt die fortdauernde Verwendung des Kennzeichens *"Radio Grischa"* durch Streaming-Plattformen ab 2015 keinen lauterkeitsrechtlich relevanten Gebrauch dar, handelt es sich hierbei doch um einen Gebrauch des Kennzeichens durch Dritte. Weder behaupten die Gesuchstellerinnen, sie selbst würden die betreffenden Streaming-Plattformen betreiben, noch, dass sie die von den Plattformen verwendeten Logos nicht nur direkt beeinflussen könnten, sondern auch würden. Die Verwendung des Kennzeichens *"Radio Grischa"* durch Dritte ist jedoch nicht mit einem rechtserheblichen Gebrauch des Kennzeichens durch die Gesuchstellerinnen in ihrem Aussenauftritt gleichzusetzen. Selbiges gilt in Bezug auf die Autoradios und Frequenztafeln, zumal die Gesuchstellerinnen auch nicht vorbringen, diese Verwendung durch Dritte veranlasst zu haben. An der Sache vorbei zielen die Gesuchstellerinnen schliesslich, wenn sie einen relevanten Gebrauch des Kennzeichens *"Radio Grischa"* darin erblicken, dass beim UVEK

das *"Radio Grischa"* als Konzessionsnehmerin aufgeführt sei. Auch hierbei handelt es sich lediglich um einen Gebrauch durch Dritte.

5.4.3. Laut der im Recht liegenden Medienmitteilung vom 4. Dezember 2024 haben die Gesuchstellerinnen bekannt gegeben, ab dem 6. Dezember 2024 auf allen Frequenzen im Sendegebiet wieder unter dem Namen *"Radio Grischa"* zu senden. Die Gesuchstellerinnen behaupten lediglich pauschal, das Zeichen auch vor diesem Zeitpunkt im Marktauftritt verwendet zu haben, ohne dies weiter zu substantiieren und Beweise zu offerieren. Gerade wenn sie das Kennzeichen in der Zeitspanne zwischen 2015 und vor dem Dezember 2024 in ihrem Marktauftritt gebraucht hätten, wie sie dies behaupten, sollte es für sie ein Leichtes sein, dies auch nachzuweisen. Unbehelflich ist auch die nicht näher substantiierte und unbewiesene Behauptung, *"RSO"* sei zusätzlich zu *"Radio Grischa"* genutzt worden und der Name werde heute noch als Synonym für ihr Radio (dasjenige der Gesuchstellerinnen) verwendet. Wenn dem so wäre, hätte die Medienmitteilung unterbleiben können: Wäre *"Radio Grischa"* wie behauptet tatsächlich synonymweise im Marktauftritt gebraucht worden, so wäre die Verwendung *"Radio Grischa – ds Radio vu do"* auf allen Frequenzen organisch und nicht weiter erwähnenswert gewesen. Diesfalls hätte die Gesuchstellerin 1 die Öffentlichkeit über den Zeitpunkt des (von ihr selbst freilich nicht explizit als solchen bezeichneten) Wechsels von *"RSO – Radio Südostschweiz"* hin zu *"Radio Grischa"* am 6. Dezember 2024 nicht eigens orientieren bzw. diesen nicht explizit ankünden müssen. Zwar lässt der Wortlaut der Medienmitteilung an keiner Stelle den Eindruck aufkommen, es handle sich um eine Wiederaufnahme des Gebrauchs des Kennzeichens *"Radio Grischa"*. So wird etwa von einer Stärkung des *"Radio Grischa"* innerhalb der Südostschweiz-Medienfamilie gesprochen, was dessen bisheriges Vorhandensein impliziert. In eine ähnliche Richtung zielt der Titel, wonach das *"Radio Grischa"* zwar nicht überall sichtbar, aber immer da gewesen sei. Wenngleich letztgenannte Aussage ebenfalls vage gehalten ist, so bildet sie gemeinsam mit dem Umstand, dass die Gesuchstellerin 1 es gerade für notwendig hielt, die Öffentlichkeit über die Verwendung von *"Radio Grischa"* zu orientieren ein Indiz für einen relevanten Unterbruch im Gebrauch des Kennzeichens. Ein weiteres Indiz für den mehrjährigen Gebrauchsunterbruch bildet der von den Gesuchsgegnern eingelegte Auszug aus der Webpage der Gesuchstellerin 1, worin explizit vermerkt ist, dass der Radiosender *"Radio Grischa"* am 16. Februar 2015 zu *"Radio Südostschweiz"* *"umbenannt"* wurde. Auch hier fehlt es an einer substantiierten Entgegnung vonseiten der Gesuchstellerinnen.

5.4.4. Demnach ist nicht glaubhaft dargetan, dass die Gesuchstellerinnen das streitgegenständliche Kennzeichen *"Radio Grischa"* zwischen 2015 und Ende 2024 selbst im Aussenauftritt gegenüber Dritten, im Geschäftsverkehr, verwendet haben. Da die Gesuchstellerinnen damit für eine Zeitspanne von insgesamt mehr als acht Jah-

ren keinen relevanten Gebrauch des von ihnen beanspruchten Kennzeichens glaubhaft gemacht haben, ist die für einen Abwehranspruch gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG vorausgesetzte Gebrauchspriorität in analoger Anwendung der fünfjährigen Karenzfrist von Art. 12 Abs. 1 MSchG entfallen. Aus dem gleichen Grund fehlt es im Übrigen an einer schutzwürdigen Marktposition der Gesuchstellerinnen (dazu BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 24)

ZR2 25 11

Urteil vom 24. Juni 2025