

GR_GERICHTE ZR2 2025 11 vom 24. Juni 2025

GR Gerichte, 2025-06-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZR2_2025_11

FR: GR_GERICHTE ZR2 2025 11 du 24 juin 2025

IT: GR_GERICHTE ZR2 2025 11 del 24 giugno 2025

Regeste

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) | Vorsorgliche Massnahmen, Schutzschrift etc. (261 ff. ZPO)

Erwägungen

E. 1

Streitgegenstand Die Gesuchstellerinnen machen gegen die Gesuchsgegner Abwehransprüche aus einer Verletzung von Art. 3 lit. d und e des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) geltend. Sie ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen, konkret (1) eines Verbots der Nutzung des Kennzeichens "RADIO GRISCHA" (in jeglicher Gross- und Kleinschreibung) im geschäftlichen Verkehr in der Schweiz und (2) eines Verbots zum Betrieb eines Radiosenders unter der Domain "radiogrischa.com" im geschäftlichen Verkehr in der Schweiz.

E. 2

Prozessvoraussetzungen Bis auf den in H._____ wohnhaften Gesuchsgegner 1 haben alle Parteien ihren Wohnsitz bzw. Sitz in G._____. Das Obergericht des Kantons Graubünden ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs örtlich zuständig (Art. 13 lit. a, Art. 36 und Art. 15 Abs. 1 ZPO). Aus Art. 5 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EGzZPO (BR 320.100) ergibt sich sodann die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts. Die Gesuchstellerinnen gehen von einem Streitwert von insgesamt rund CHF 100'000.00 aus (act. A.1, Rz. 15), was die Gesuchsgegner nicht bestreiten (act. A.2, Ziff. 2) und nicht offensichtlich unrichtig erscheint (Art. 91 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. a und f ZPO). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf das Gesuch einzutreten. Das Obergericht entscheidet in einzelrichterlicher Kompetenz (Art. 248 lit. d ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. abis EGzZPO).

E. 3

Ausgangslage und Parteistandpunkte

E. 3.1

Die Parteien stehen in einer Auseinandersetzung um Rechte für den Betrieb eines Radiosenders.

E. 3.1.1

Hauptsächlich umstritten ist die vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) für die Jahre 2025 bis 2034 vergebene Konzession für ein lokal-regionales Radioprogramm gemäss Art. 38 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes

vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen

E. 3.1.2

Daneben liegen die Parteien im Streit um marken- und lauterkeitsrechtliche Ansprüche. Am 17. April 2024 strengte der Gesuchsgegner 1 gegen die Gesuchstellerin 1 beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (nachfolgend: IGE) die Löschung der Schweizer Markeneintragung Nr. I._____ RADIO GRISCHA wegen Nichtgebrauchs an. Am 18. April 2024 liess die Gesuchsgegnerin 3 beim IGE zwei Wort-/Bildmarken RADIO GRISCHA eintragen, wogegen die Gesuchstellerin 1 Widerspruch erhob. Am 24. April 2024 liess die Gesuchstellerin 1 ihrerseits eine Wort-/Bildmarke RADIO GRISCHA mit Steinbock eintragen, wogegen die Gesuchsgegnerin 3 Widerspruch erhob. Am 28. Mai 2024 gelangten die Gesuchsgegner 1 und 2 sodann mit einem auf UWG gestützten Gesuch um (superprovisorischen) Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Handelsgericht Zürich. Die angebehrten Massnahmen zielten im Wesentlichen auf ein Verbot der Verwendung von "Radio Grischa" als Marke oder Firmenbestandteil durch die Gesuchstellerinnen 1 und 2 ab. Das Handelsgericht wies das Gesuch mit Urteil vom 29. August 2024 ab. Mit Verfügung vom 19. März 2025 hiess das IGE den Löschungsantrag des Gesuchsgegners 1 vom 17. April 2024 gut. Die markenrechtlichen Widerspruchsverfahren sind nach Kenntnis des Obergerichts noch nicht entschieden.

E. 3.2

Im vorliegenden Verfahren vor dem Obergericht geht es nun um Ansprüche aus UWG der Gesuchstellerinnen gegen die Gesuchsgegner. Dabei sind sich die Parteien darüber einig, dass die Gesuchstellerinnen im Jahr 1988 den Dauerbetrieb von "Radio Grischa" aufgenommen haben. Unumstritten ist sodann, dass die Gesuchsgegner am 2. April 2025 ein Web-Radio in der Form eines Musikstreams mit dem Namen "Radio Grischa" auf der Domain "radiogrischa.com" gestartet haben. Den Start dieses Web-Radios taten sie in einer Medienmitteilung kund und betitelten diese mit "Radio Grischa lanciert Radio Grischa – Stream". Früher, im Sommer 2024, haben die Gesuchsgegner in Vorbereitung ihres Markteintritts unter

E. 3.3

Zwischen den Parteien umstritten ist in erster Linie, ob die Gesuchstellerinnen das Kennzeichen "Radio Grischa" seit der Lancierung des gleichnamigen Radios Ende der 1980-er Jahre bis heute ununterbrochen gebraucht haben. Fraglich ist dabei insbesondere, inwiefern sie das Kennzeichen im Zeitraum von 2015 bis 2024 verwendeten.

E. 3.3.1

Die Gesuchstellerinnen geben zu, 2015 eine Neuausrichtung ihres Radios unter dem Namen "Radio C._____" vollzogen zu haben. Indes stellen sie in Abrede, das Zeichen "Radio Grischa" ab diesem Zeitpunkt gar nicht mehr verwendet zu haben. Gerade unabhängige Dritte hätten weiterhin "Radio Grischa" für ihr Radio verwendet. Zu verweisen sei auf diverse Radiosender, die heute noch von "Radio Grischa" sprechen würden, so etwa "mytuner-radio.com". Es gebe noch zahlreiche weitere unabhängige Radiolinkseiten, die nach wie vor "Radio Grischa" verwendeten. Sodann werde "Radio Grischa" mit dem ikonischen Steinbock auch als Autoradio weiterhin verwendet. Überall in Graubünden seien entlang von Strassen Frequenztafeln ersichtlich, welche von der Marke "Radio Grischa" sprechen würden. Die damalige Neupositionierung sei notwendig geworden, weil das Sendegebiet erweitert worden sei. In Graubünden heisse das Radio immer noch "Radio

Grischa", sei seit jeher unter diesem Namen bekannt und werde unmittelbar mit Radio C._____ gleichgesetzt. Es könne dahingestellt bleiben, ob das Kennzeichen "Radio Grischa" in rechtserhaltender Weise gebraucht worden sei, gelte es doch nicht, dessen Bestand, sondern das Vorhandensein einer Irreführungsgefahr zu prüfen. Entscheidend sei, dass die Gesuchsgegner ein bekanntes Zeichen, welches mit ihnen (den Gesuchstellerinnen) verbunden werde, in unlauterer Weise usurpierten und damit eine Täuschungsgefahr schaffen würden. Völlig unabhängig vom Gebrauch werde "Radio Grischa" nach wie vor ihnen (den Gesuchstellerinnen) zugeordnet und die Gesuchsgegner hätten keinen Anspruch auf die Nutzung dieses Namens. "Radio Grischa" sei derart bekannt, dass es sich im Verkehr durchgesetzt habe. Die ins Recht gelegte Umfrage belege, dass das Radio nahezu jedem Bündner (und auch ausserhalb des Kantons) ein Begriff sei. Auch nach der zusätzlichen Nutzung von C._____ habe "Radio Grischa" nichts von seiner Bekanntheit eingebüsst, da der Name heute noch als Synonym für das Radio der Gesuchstellerinnen verwendet werde.

E. 3.3.2

Die Gesuchsgegner führen demgegenüber aus, die Gesuchstellerinnen hätten sich zu Beginn des Jahres 2015 entschlossen, ihr Angebot neu zu konzipieren und den bisher unter "Radio Grischa" geführten Sender fortan nur noch unter dem Namen "Radio C._____" bzw. "C._____" zu betreiben. Dieses neue Konzept sei konsequent umgesetzt worden: In der Folge seien die Gesuchstellerinnen im Markt nicht mehr unter dem Namen "Radio Grischa" aufgetreten und hätten von diesem Zeitpunkt an (16. Februar 2015) keinerlei Gebrauch mehr vom Zeichen "Radio Grischa" gemacht und sich auch sonst nicht mehr damit in Verbindung gebracht. Mit anderen Worten hätten sie den Namen "Radio Grischa" komplett derelinquiert. Das Interesse am Zeichen "Radio Grischa" sei bei den Gesuchstellerinnen erst wieder aufgekommen, als sie erfahren hätten, dass die Gesuchsgegner 1 und 2 ihren konzessionierten Lokalradiosender künftig unter diesem Namen zu betreiben beabsichtigten. Am 1. August 2024 habe die Gesuchstellerin 1 zunächst das Web-Radio "Radio Grischa" angekündigt. Mit Medienmitteilung vom 4. Dezember 2024 habe sie bekannt gemacht, ab

E. 4

/ 24 (RTVG; SR 784.40) für die Region K._____ (Veranstalterkonzession mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil). Am 11. Januar 2024 erteilte das UVEK diese Konzession der sich dazumal in Gründung befindlichen Gesuchsgegnerin 3. Auf die dagegen erhobene Beschwerde der Gesuchstellerin 3 hin erteilte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. Januar 2025 die Konzession der Gesuchstellerin 3. Dagegen reichte die Gesuchsgegnerin 3 am 3. März 2025 beim Bundesverwaltungsgericht ein Revisionsgesuch ein mit dem Antrag, das vorgenannte Urteil aufzuheben und die Konzessionserteilung durch das UVEK vom 11. Januar 2024 zu bestätigen. Dieses Revisionsverfahren ist beim Bundesverwaltungsgericht noch pendent.

E. 4.1

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, Hauptsachenprognose) und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; Verfügungsgrund, Nachteilsprognose). Glaubhaft gemacht ist eine

Tatsache nach

E. 4.2

Ist glaubhaft gemacht, dass ein Anspruch verletzt ist oder verletzt zu werden droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), sind Massnahmen zu treffen. Es ist nicht erforderlich, dass der zu befürchtende Nachteil gewichtiger oder wahrscheinlicher ist als jener Nachteil, welcher der Gesuchsgegnerin im Falle der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen droht. Den Interessen der Gesuchsgegnerin ist allenfalls mit einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZPO Rechnung zu tragen (BGE 139 III 86 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4A_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.1). 5. Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG

E. 5

/ 24 dem Namen "Radio Grischa" eine Plakatkampagne mit dem Slogan "Tschent! Radio GRISCHA...scho bald do!" durchgeführt. Die Plakate sind über einen Zeitraum von drei Wochen an zahlreichen Orten im (potentiellen) Sendegebiet ausgehängt worden, namentlich in Graubünden, Glarus und im Sarganserland.

E. 5.1

Allgemeines Die Gesuchstellerinnen stützen ihre Ansprüche hauptsächlich auf Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG. Nach dieser Bestimmung handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Unter den mitunter als wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten (vgl. BGE 140 III 297 E. 7.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2023, 4A_292/2023, 4A_294/2023 vom 29. November 2023 E. 4.2.1). Von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG erfasst werden alle Massnahmen, die geeignet sind, Waren, Werke oder Leistungen eines Marktteilnehmers äusserlich zu kennzeichnen und damit zu individualisieren (BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, in: Jung [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 3. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 11). Demgegenüber kennzeichnet die Marke Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens, nicht aber das Unternehmen selbst (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Der lauterkeitsrechtliche Kennzeichenschutz geht insofern weiter, als er auch darauf abzielt, Verwechslungen mit dem Geschäftsbetrieb eines anderen zu verhindern

E. 5.2

Kennzeichnungskraft

E. 5.2.1

Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist wettbewerbsrechtlich nur relevant, sofern das nachgeahmte Zeichen auch Kennzeichnungskraft besitzt, indem es vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird, sei es kraft Originalität (originäre Kennzeichnungskraft) oder aufgrund von Verkehrsdurchsetzung (derivative Kennzeichnungskraft, vgl. etwa BGE 135 III 446 E. 6.2, 116 II 635 E. 3.b.; Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2023, 4A_292/2023, 4A_294/2023 vom 29. November 2023 E. 4.2.2 m.w.H.; HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 31; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 12). Die Kennzeichnungskraft eines Zeichens beurteilt sich im Wettbewerbsrecht

nach den gleichen Kriterien wie im Markenrecht. Von Originalität wird bei Zeichen und Waren gesprochen, wenn sie dem Durchschnittsabnehmer nach ihrem Gesamteindruck als einprägsam erscheinen (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.3.1; HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 32 f.; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 13).

E. 5.2.2

Das streitgegenständliche Kennzeichen "Radio Grischa" setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen. Das Wort "Radio" ist gleichbedeutend mit Sender, Rundfunkanstalt, womit es sich um eine reine Sachbezeichnung handelt. Der zweite Bestandteil des Zeichens, "Grischa", stammt aus dem Rätoromanischen. "Grischa" ist die historische Bezeichnung für Bündnerland, sprich Graubünden (siehe hierzu DECURTINS, in: Dicziunari Rumantsch Grischun, Band 7, 1983, S. 832 ff., abrufbar unter <https://online.drg.ch/#4717c520cb059234fc5b8ebaae238967> [besucht am: 24. Juni 2025]). Auch der zweite Bestandteil ist als geographische Angabe mithin eine reine Sachbezeichnung. Der Kombination der beiden Bestandteile ("Radio Grischa") kommt nur aufgrund der Verknüpfung einer deutschen mit einer rätoromanischen Sachbezeichnung überhaupt eine gewisse Originalität zu, dies indessen tendenziell auch nur bei nicht romanischsprachigen Hörerinnen und Hörern, denn "radio" ist im Rätoromanischen gleichbedeutend wie im Deutschen. Damit jedoch hebt sich das Kennzeichen im Gesamteindruck für den Durchschnittsabnehmer nicht als dermassen ungewöhnlich ab, dass es insgesamt als originell und einprägsam zu qualifizieren wäre. Originäre Kennzeichnungskraft kommt dem Zeichen "Radio Grischa" somit nicht zu.

E. 5.2.3

Die Gesuchstellerinnen selbst berufen sich auf die ungebrochene Verkehrsgeltung des Kennzeichens. Die tatsächliche Wahrnehmung in den

E. 5.2.4

Die Gesuchstellerinnen wollen die von ihnen behauptete Verkehrsdurchsetzung des Zeichens "Radio Grischa" mittels einer in ihrem Auftrag vom Meinungsforschungsinstitut L._____ durchgeführten Markenrechtsbefragung zu "Radio Grischa" nachweisen (act. B.9). Deren Ergebnisse zeigten, so die Gesuchstellerinnen, dass "Radio Grischa" in der Wahrnehmung der Bündner Bevölkerung auch heute noch eindeutig mit ihnen (den Gesuchstellerinnen) assoziiert werde. So hätten 88 % der Befragten angegeben, den Begriff "Radio Grischa" als Radiosender zu kennen, und 87% würden nach wie vor eine klare Verbindung zu A._____ bzw. zur J._____ sehen. Diese Resultate würden auf eine über Jahre gewachsene, fest etablierte und identitätsstiftende Verbindung des Zeichens zu den Gesuchstellerinnen hinweisen (act. A.1, Rz. 49; A.3, Rz. 25).

E. 5.2.5

Im summarischen Verfahren ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Bei den Ergebnissen der Markenrechtsbefragung handelt es sich um ein Privatgutachten und somit um eine Urkunde (Art. 177 ZPO). Das Bundesgericht hat demoskopischen Erhebungen schon immer die Eignung zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung zugesprochen, soweit sie auf wissenschaftlich konzipierten und korrekt durchgeführten Umfragen basierten, hat sie gar als das sicherste Beweismittel bezeichnet, und zwar auch dann, wenn eine solche Umfrage von einer der Parteien in das Zivilverfahren eingeführt wurde. Als Urkunde unterliegt die demoskopische Erhebung der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Dabei kann die inhaltliche Ausgestaltung der

Umfrage (Studiendesign; Methodik der Fragestellung) sowie Ablauf und Durchführung der Erhebung (etwa: Auswahl der befragten Personen) im Rahmen der konkreten Beweiswürdigung in Anschlag

E. 5.2.6

Im Recht liegt nicht die Markenrechtsbefragung in ihrer Gesamtheit, sondern die in einer Präsentation aufbereiteten, mit Prozentangaben und Grafiken dargestellten Ergebnisse (vgl. act. B.9). In Ermangelung von Rohdaten lässt sich die Auswertung folglich nicht stichprobenweise, im Sinne einer Plausibilitätskontrolle, überprüfen. Geschmälert wird der Beweiswert der Ergebnisse der Markenrechtsbefragung zusätzlich durch die folgenden Umstände: Das durchführende Unternehmen L. _____ selbst hat den Hinweis angebracht, wonach die Untersuchung den Anforderungen der Gerichte an Markenrechtsbefragungen hinsichtlich Stichprobengrösse, Stichproben- und Befragungsmethode sowie Fragestellungen nicht gerecht werde (act. B.9). Wenngleich von den Gesuchsgegnern bestritten, kann ausgehend von den Angaben der Gesuchstellerinnen zur Hörerinnen- und Hörerzahl – Ende 2024 sollen es knapp 57'000 und für die ersten beiden Monate des neuen Jahres 78'900 Hörerinnen- und Hörern gewesen sein (act. A.1, Rz. 45; B.20; A.2, Rz. 152) – die Stichprobengrösse von 517 Personen als klein bezeichnet werden. Zurecht bezweifeln die Gesuchsgegner bei dieser kleinen Stichprobengrösse, dass die Umfrage repräsentative Aufschlüsse über die Wahrnehmung des Namens "Radio Grischa" zulässt. Wohl gaben 84 % der Befragten an, die Bezeichnung "Radio Grischa" im Zusammenhang mit Radio als Hinweis auf nur ein bestimmtes Unternehmen zu verstehen. Zusätzlich wurde gefragt, mit welchem Unternehmen oder mit welchen Unternehmen die Bezeichnung "Radio Grischa" verbunden werde, wobei die genaue Methodik der Fragestellung unklar ist. Die aufgeführte Ergebniskategorie "andere (Einzelnennung)" deutet darauf hin, dass zur Beantwortung ein Textfeld zur Verfügung stand, die Frage vom Typus her also offen gestellt wurde. Dass nicht zumindest ein Teil der Befragten das Kennzeichen sowohl der gesuchstellerischen als auch der gesuchsgegnerischen Seite zuordnete, ist nicht auszuschliessen und würde den Kennzeichnungs- und Zuordnungsgrad schmälern. In der Würdigung der Umfrageergebnisse darf ausserdem der Durchführungszeitpunkt nicht unberücksichtigt bleiben. Die

E. 5.2.7

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine wettbewerbsrechtlich relevante Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG nicht hat entstehen können, da bei summarischer Prüfung dem Zeichen "Radio Grischa" weder originäre noch derivative Kennzeichenkraft anhaftet. Dass die Zeichenverwendung durch die Gesuchsgegner als unlauter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. d UWG qualifizieren würde, fällt bereits aus diesem Grund ausser Betracht.

E. 5.3

Gebrauchspriorität

E. 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, a.a.O., 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, a.a.O., 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. 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.

E. 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/TSCHENTSCHER, 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

E. 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 unbenützlichem 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

E. 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 Massnahmen 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, a.a.O., 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

E. 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 (ARPAGAUS, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 15). Die mangelnde Unlauterkeit der

E. 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

E. 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 einem 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

E. 5.4

Gebrauch von "Radio Grischa"

E. 5.4.1

Die näheren Anforderungen an das Ausmass des tatsächlichen Gebrauchs im lauterkeitsrechtlichen Sinne sind zwar unklar. Fest steht allerdings, dass bloss

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; ARPAGAU, 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).

E. 5.4.2

Die Gesuchsgegner stellen nicht in Abrede, dass gewisse Streamingdienstleister trotz der 2015 unbestrittenermassen erfolgten Neuausrichtung das "Radio C._____" nach wie vor als "Radio Grischa" bezeichneten (act. A.2, Rz. 73). 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 (vgl. act. A.1, Rz. 74). Auch hierbei handelt es sich lediglich um einen Gebrauch durch Dritte.

E. 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

E. 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 Jahren 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

E. 6

Dezember 2024 wieder unter dem Namen "Radio Grischa" zu senden, bevor die von ihr beim Bundesverwaltungsgericht gegen den Konzessionsentscheid des UVEK erhobene Beschwerde entschieden worden sei. Die Gesuchstellerinnen hätten also damit rechnen müssen, dass die der Gesuchsgegnerin 3 erteilte Radiokonzession Bestand haben und die Gesuchsgegnerin 3 wie angekündigt Anfang 2025 mit dem Radioprogramm "Radio

Grischa" auf den Markt treten werde. Dennoch hätten sie ihr seit bald zehn Jahren unter dem Namen "Radio C._____" bzw. "C._____" gesendetes Radioprogramm umbenannt und ihren Marktauftritt entsprechend geändert. Die Umstände und die zeitliche Abfolge liessen darauf schliessen, dass die Umbenennung allein in der Absicht erfolgt sei, sie (die Gesuchsgegner) zu behindern. Ein anderer Grund sei schlicht nicht ersichtlich. Die von den Gesuchstellerinnen beklagte Situation sei von ihnen ohne Not und mutwillig mit der alleinigen Absicht, sie (die Gesuchsgegner) zu behindern, geschaffen worden. Ein solches Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. 4. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

E. 6.1

Die Gesuchstellerinnen machen weiter eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG geltend. Nach dieser Bestimmung handelt unlauter, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG regelt – obschon der Tatbestand den Begriff der Werbung nicht enthält – die vergleichende Werbung (STAUBER/ISKIC, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 1; STREULI-YOUSSEF, a.a.O., Art. 3 N. 182 ff.). Dem Begriff der vergleichenden Werbung wird im schweizerischen Lauterkeitsrecht eine sehr umfassende Bedeutung beigemessen, die über den Vergleich im engeren Sinne hinausgeht. So fällt jede Werbeaussage, die auf irgendeine Weise eine Beziehung zwischen dem Produkt, der Leistung oder der Person des Werbenden und dem Produkt, der Leistung oder der Person eines Mitbewerbers herstellt, in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG (SCHMID, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N. 30). Verhaltensweisen, mit denen sich ein Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnt oder deren Ruf ausbeutet, gelten unabhängig von der Gefahr allfälliger Verwechslungen als unlauter. Die Rufausbeutung kann insbesondere darin bestehen, dass die fremde Ware oder Leistung derart in der eigenen Werbung eingesetzt wird, dass das Image auf die eigenen Angebote transferiert wird. Unlauter handelt, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt, indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt, ohne dass es einer Verwechslungsgefahr bedarf. Insofern ist namentlich nicht die Verwendung eines Zeichens vorausgesetzt, das demjenigen des Mitbewerbers derart ähnlich ist, dass es damit in Alleinstellung verwechselbar wäre. Es genügt vielmehr, wenn ein Zeichen, das dem bekannten Drittzeichen ähnlich ist, in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an jenes gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, bei den Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. zu den damit bezeichneten Produkten zu wecken (BGE 150 III 188 E. 6.4.2.; Urteil des Bundesgerichts 4A_166/2024, 4A_172/2024 vom 17. September 2024 E. 4.1 m.w.H.).

E. 6.2

Die Gesuchstellerinnen beschränken sich in ihrem Gesuch darauf, den Wortlaut des Spezialtatbestands von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG wiederzugeben und anzufügen: "Genau das machen die Gesuchsgegner" (act. A.1, Rz. 64; A.3, Rz. 30 f.). Die mit Blick auf die angerufene Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG rechtserheblichen Tatsachen werden nicht im Einzelnen vorgetragen. Insbesondere wird nicht dargelegt, inwiefern die

Gesuchsgegner vergleichende Werbung betreiben. Ein unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist somit ebenfalls nicht glaubhaft gemacht. 7. Fazit
Zusammengefasst ist ein unlauteres Verhalten seitens der Gesuchsgegner nicht glaubhaft dargetan. Es liegt zum einen keine lauterkeitsrechtlich relevante Verwechslungsgefahr vor, weil dem Kennzeichen "Radio Grischa" sowohl die originäre Kennzeichnungskraft als auch die Verkehrsdurchsetzung fehlt. "Radio Grischa" ist zwar von früher her als lokal-regionaler Radiosender bekannt. Allein daraus kann jedoch nicht darauf geschlossen werden, dass ein erheblicher Teil des Publikums diese Bezeichnung mit der Mediengruppe der Gesuchstellerinnen in Verbindung bringt. Der diesbezügliche Nachweis ist den Gesuchstellerinnen nicht gelungen. Zum anderen mangelt es an der erforderlichen Gebrauchspriorität, weil die Gesuchstellerinnen das streitgegenständliche Kennzeichen "Radio Grischa" zwischen 2015 und 2024, mithin während mehr als acht Jahren, nicht verwendet haben. Damit fehlt es im Ergebnis an dem für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen erforderlichen Verfügungsanspruch. Das Gesuch ist folglich abzuweisen. Ob ein Verfügungsgrund und zeitliche Dringlichkeit gegeben sind, was für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen weiter vorausgesetzt ist, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben. 8. Kosten

E. 7

/ 24 der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1). Die summarische Prüfung der Rechtslage führt nicht zu einer endgültigen Klärung der sich stellenden rechtlichen Fragen, sondern beschränkt sich auf eine vorläufige Beurteilung (BGE 139 III 86 E. 4.2, 138 III 232 E. 4.1.1).

E. 8

/ 24 (HEINEMANN, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 21).

E. 8.1

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und umfassen die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

E. 8.2

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend ausschliesslich aus einer Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), die für das vorliegende Verfahren in Anwendung von Art. 96 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGZ (BR 320.210) auf CHF 3'000.00 festgesetzt wird. Die Gerichtskosten sind in vollem Umfang den unterliegenden Gesuchstellerinnen zu je einem Drittel (d.h. zu je CHF 1'000.00)

E. 8.3

Die obsiegenden und anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner haben Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da die Gesuchsgegner keine Kostennote eingereicht haben, wird die Entschädigung nach Ermessen festgesetzt (Art. 2 Abs. 1 und 2 HV [BR 310.250]). Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen und unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschrift erscheint eine Entschädigung von pauschal CHF 5'000.00 (inkl. Spesen und MWST) angemessen. Die Gesuchstellerinnen haben die Parteientschädigung zu

je einem Drittel (d.h. im Umfang von je CHF 1'666.65) den Gesuchsgegnern zu bezahlen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

E. 9

/ 24 relevanten Verkehrskreisen begründe ein eigenständiges Kennzeichenrecht, das sich aus der gelebten Marktwirklichkeit ableite und im Rahmen des Lauterkeitsrechts geschützt sei (act. A.1, Rz. 48). Gemeinfreie Sachbezeichnungen sind auch im Wettbewerbsrecht nicht geschützt, es sei denn, dass sie infolge der sogenannten Verkehrsgeltung Kennzeichenkraft erlangt haben und daher zum Individualzeichen geworden sind (STREULI-YOUSSEF, in: Streuli-Youssef [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 3 N. 143). Ist also ein Element oder Merkmal des Marktauftritts vom Sonderrechtsschutz nach Art. 2 lit. a MSchG ausgeschlossen und für den Verkehr freizuhalten, da es sich um ein Zeichen im Gemeingut oder um ein banales Zeichen handelt, kann sich ein das besagte Zeichen verwendender Marktteilnehmer gegenüber einem Mitbewerber, der das gleiche oder ein ähnliches Element verwendet, grundsätzlich nicht auf Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG berufen. Hat sich ein ursprünglich gemeinfreies Zeichen durch langen Gebrauch oder intensive Werbeanstrengungen im Verkehr durchgesetzt und zum schutzfähigen Individualkennzeichen entwickelt, so kann unabhängig der tatsächlichen Eintragung des schutzfähigen Zeichens als Marke der Schutz als Element eines individualisierenden und kennzeichnungskräftigen Marktauftritts nach Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG angerufen werden (davon sind wiederum Zeichen ausgenommen, bei denen ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht, vgl. ARPAGAU, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 53). Mit anderen Worten ist bei Verkehrsdurchsetzung die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG nicht mehr durch den Ausschlussgrund des Gemeinguts gemäss Art. 2 lit. a MSchG gesperrt (vgl. BGE 126 III 239 E. 3.b; vgl. ARPAGAU, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 50-53; BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 16 ff.). Ein Zeichen hat sich im Verkehr durchgesetzt, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten der betreffenden Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr als einen individualisierenden Hinweis auf ein bestimmtes (namentlich indes nicht notwendigerweise bekanntes) Unternehmen verstanden wird (vgl. BGE 130 III 328 E. 3.1, 128 III 441 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2023, 4A_292/2023, 4A_294/2023 vom 29. November 2023 E. 4.2.2 m.w.H.). Entscheidend ist, dass die massgebenden Verkehrskreise aufgrund des langjährigen kennzeichnungsmässigen Gebrauchs im eingesetzten Merkmal einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft des Produkts und nicht bloss eine Warenbezeichnung erblicken (BGE 114 II 171 E. 3). Die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens ist eine Rechtsfrage, ob ihre Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind, dagegen Tatfrage (BGE 130 III 328

E. 10

/ 24 E. 3). Ob sich ein Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat, kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung des Zeichens durch das Publikum erlauben. Dazu gehören etwa langjährige bedeutsame Umsätze, die unter einem Zeichen getätigt worden sind, oder intensive Werbeanstrengungen. Möglich ist aber auch der direkte Nachweis durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (BGE 140 III 109 E. 5.3.2 m.w.H.). Nach einer von der Rechtsprechung verwendeten Faustformel ist Verkehrsdurchsetzung anzunehmen, wenn mehr als zwei Drittel der repräsentativ Befragten ein Zeichen in bestimmter Weise zuordnen (BGE 128 III

441 E. 1.2, vor einer rein schematischen Anwendung dieser Regel absehen will HEINEMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 24 sowie unter Hinweis auf das deutsche Recht NIEDERMANN/SCHNEIDER, Der Beitrag der Demoskopie zur Entscheidungsfindung im schweizerischen Markenrecht: Durchgesetzte Marke – berühmte Marke, sic! 12/2002, S. 834 f.).

E. 11

/ 24 gebracht werden (BGE 148 III 409 E. 4.5.3, 4.5.6 und 4.6.4). Im demoskopischen Interview zum Beweis einer Verkehrsdurchsetzung geht man in drei Schritten vor: (1) Zunächst wird der Bekanntheitsgrad ermittelt. Dieser allein genügt aber nicht, es muss vor allem erforscht werden, (2) in welchem Masse das Testobjekt denjenigen, die es kennen, als Hinweis auf nur ein verantwortliches Unternehmen gilt (Kennzeichnungsgrad). Zur Erhärtung der Kennzeichnungskraft wird vielfach zusätzlich der Zuordnungsgrad ermittelt, (3) also wie viele Befragte in der Lage sind, den Namen des Testobjekts oder seinen Hersteller sogar namentlich zutreffend zu benennen (NIEDERMANN/SCHNEIDER, a.a.O., S. 821).

E. 12

/ 24 Gesuchsgegner weisen zutreffend darauf hin, dass die Öffentlichkeit zwischen dem 26. September 2024 und dem 5. Oktober 2024 über die Streitigkeiten rund um das Zeichen "Radio Grischa" bereits im Bilde war. Die mediale Berichterstattung zur Streitigkeit war nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, sich auf die bei den Befragten bestehende Vorstellung zum Kennzeichen "Radio Grischa" und dessen Herkunft, respektive dessen Verbindung zu einer bestimmten Entität zu beeinflussen. Mit anderen Worten kann nicht gesagt werden, ob die in den Ergebnissen abgebildete Kennzeichnungs- und Zuordnungskraft die Verkehrsdurchsetzung belegt oder nicht doch vornehmlich auf die mediale Berichterstattung in jüngerer Zeit zurückzuführen ist. All diese Umstände mindern den Beweiswert der Umfrageergebnisse derart erheblich, dass sie die Verkehrsdurchsetzung von "Radio Grischa" nicht glaubhaft zu machen vermögen.

E. 13

/ 24 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, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 61).

E. 14

/ 24 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 (sinngemäss gleich) zu beurteilen und damit "Widerspruchsfreiheit" im gesetzlichen "Wertungssystem" zu garantieren (KRAMER/ARNET, a.a.O., S. 227, 230 f.).

E. 15

/ 24 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).

E. 16

/ 24 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 lauterkeitsrechtliche Gebrauchspriorität unbeachtlich, ist ein Gebrauch des Kennzeichens durch einen Dritten auch ungeachtet dieses Nichtgebrauchs grundsätzlich wettbewerbswidrig. Dies bedeutet gleichzeitig eine Beschränkung der dem Wettbewerb inhärenten 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).

E. 17

/ 24 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 Wettbewerbshandlungen 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.

E. 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

E. 19

/ 24 Übereinstimmung mit dem Markenrecht bereits ab einem fünf Jahre dauernden Nichtgebrauch verneint und das fragliche Zeichen dem Markteintritt eines anderen Anbieters überlassen wird.

E. 20

/ 24 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, "C. _____" sei zusätzlich zu "Radio Grischa" genutzt worden und der Name werde heute noch als Synonym für ihr Radio (dasjenige der Gesuchstellerinnen) verwendet (act. A.1, Rz. 71 f.). 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 "C._____ – Radio C._____" 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 C._____ 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 (act. C.34). 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 C._____" "umbenannt" wurde (act. C.6). Auch hier fehlt es an einer substantiierten Entgegnung vonseiten der Gesuchstellerinnen (vgl. act. A.3, Rz. 4).

E. 21

/ 24 Gesuchstellerinnen (dazu BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d N. 24). 6. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG

E. 22

/ 24

E. 23

/ 24 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 3 Satz 1 ZPO) und werden mit dem ihnen geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 3'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 24

/ 24 Es wird erkannt:

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