

Zur Diskussion / A discuter

Zur Kritik an der Umwegtheorie

ERIC PAHUD*

Immaterialgüterrechtsgesetze und UWG bewerten bestimmte Sachverhalte (Benutzungshandlungen an einem Immaterialgut) aus einem je verschiedenen Blickwinkel. Da keinem der Gesetze gegenüber dem anderen ein Vorrang zukommt, sind

sie grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Die Rechtsanwendung darf dabei aber nicht isoliert erfolgen, sondern – in systematischer Betrachtung – unter Berücksichtigung der den «konkurrierenden» Normen zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen. Ist der Bestimmung eines Immaterialgüterrechtsgesetzes zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Begrenzungsinteressen (Interessen Dritter und der Allgemeinheit an der Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts) als vorzugswürdig erachtete, so darf der Rechtsanwender diese Wertung nicht ignorieren und «auf dem Umweg über das UWG» beiseite schieben. So verstanden ist die Umwegtheorie berechtigt. Abzulehnen ist demgegenüber eine formale «Anwendung» der Umwegtheorie, ohne auf die gesetzgeberischen Wertungen, die der «umgangenen» immaterialgüterrechtlichen Norm zugrunde liegen, zu rekurrieren.

Les droits de propriété intellectuelle et la LCD sanctionnent chacun certains comportements (le fait d'utiliser un bien intellectuel) d'un point

de vue différent. Dans la mesure où aucune de ces lois n'a de priorité sur l'autre, toutes sont en principe applicables de façon concurrente. Toutefois, la loi ne doit pas être interprétée de manière isolée, mais – dans le sens d'une approche systématique – en tenant compte des valeurs fondamentales que le législateur a consacrées et sur lesquelles reposent les normes «concurrentes». Si l'on devait déduire d'une disposition du droit de la propriété intellectuelle que le législateur a accordé une préférence à une limitation de la protection (limitation fondée sur les intérêts de tiers et du public), on ne doit alors pas ignorer les intentions du législateur ni les éluder par le biais de la LCD. Ainsi comprise, la théorie selon laquelle la LCD ne doit pas servir à éluder les lois de propriété intellectuelle (Umwegthese) est justifiée. En revanche, il y lieu d'écarter toute application «automatique» formelle de cette théorie sans s'être auparavant référé aux valeurs consacrées par le législateur, sur lesquelles repose le droit de propriété intellectuelle «éludé».

- I. Einleitung**
- II. Berührungspunkte zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**
- III. Normenkonkurrenz und dessen Auflösung**
- IV. Grundgedanke der Umwegtheorie**
- V. Berechtigter Gehalt der Umwegtheorie**
 - 1. Positive und negative Inhaltsbestimmung der Immaterialgüterrechte aufgrund umfassender gesetzgeberischer Interessenabwägung
 - 2. Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertentscheidungen bei der Anwendung des UWG
 - 3. Fazit: Gehalt und Grenzen der Umwegtheorie
- VI. Zur Kritik im Einzelnen**
 - 1. Zum Postulat der Gleichrangigkeit der Gesetze
 - 2. Zum Postulat autonomer Anwendung der Gesetze
 - 3. Zum Einwand der verschiedenen Gesetzeszwecke
 - 4. Zum Einwand der verschiedenen Rechtsfolgen

I. Einleitung

Das Verhältnis von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ist problematisch und umstritten. Ein Hauptstreitpunkt bildet die sog. Umwegtheorie. Sie besagt – in der Formulierung des Bundesgerichts –, dass es nicht angehe, «auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht als widerrechtlich zu bezeich-

nen, was nach den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes [und des Urheberrechts] erlaubt ist»¹. Während sich die Rechtsprechung regelmässig (implizit oder ausdrücklich²) auf die Umwegtheorie stützt, wird sie von einem Teil der Lehre seit geraumer Zeit heftig kritisiert. Im Wesentlichen wird ihr vorgeworfen, sie sei Ausfluss des falschen Vorverständnisses, wonach die immaterialgüterrechtlichen Sondergesetze Vorrang vor dem allgemeinen Lauterkeitsrecht geniessen würden³, sie widerspreche dem Postulat einer autonomen Anwendung der verschiedenen Gesetze⁴ oder sie beruhe auf dem Irrtum, der lauterkeitsrechtliche Schutz habe den gleichen Schutzzweck⁵ und führe zur gleichen Rechtsstellung wie die Immaterialgüterrechte⁶.

Im Folgenden soll untersucht werden, was mit der Formel vom verbotenen Umweg gemeint ist, ob ihr ein berechtigter Gehalt zukommt bzw. ob und inwiefern die an ihr geübte Kritik begründet ist.

II. Berührungspunkte zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

Die Immaterialgüterrechtsgesetze räumen dem jeweiligen Rechtsinhaber ein absolutes subjektives Recht an einem Immaterialgut ein, und zwar an einem Werk (URG), einer Erfindung (PatG), einem Design (DesG) oder einem Kennzeichen (MSchG)⁷. Der Berechtigte erhält die ausschliessliche Befugnis, das Immaterialgut zu nutzen, zu benutzen und zu verwerten, während Dritten eben diese Nutzung, Benutzung und Verwertung verwehrt ist. Das Lauterkeitsrecht (UWG) verleiht demgegenüber keine solchen Ausschliesslichkeitsrechte, sondern verbietet bestimmte unlautere Verhaltensweisen. Zu einer Berührung von (objektbezogenem) Immaterialgüterrecht und (verhaltensbezogenem) Lauterkeitsrecht kommt es bei der Vornahme einer lauterkeitsrechtlich relevanten Benutzungshandlung an einem Immaterialgut: Eine Überschneidung der Regelungsbereiche tritt ein, wenn die Benutzungshandlung an einem sonderrechtlich geschützten Immaterialgut erfolgt und dem Sonderrechtsinhaber vorbehalten ist. Von einer Tangierung der Regelungsbereiche lässt sich sprechen, wenn das betroffene Immaterialgut nicht von einem Immaterialgüterrechtsgesetz geschützt wird (z.B. Übernahme einer blossen Idee) oder wenn die konkrete Benutzungshandlung sonderrechtlich nicht untersagt ist (z.B. das Zitieren eines fremden Werks). In einem wie im andern Fall wird ein Sachverhalt vom Immaterialgüterrechtsgesetz und vom UWG aus einem je verschiedenen Blickwinkel bewertet⁸.

III. Normenkonkurrenz und dessen Auflösung

Die Rechtsanwendung beginnt mit der Suche nach generell-abstrakten Normen, die als Grundlage für einen Anspruch ernsthaft in Frage kommen und unter deren Tatbestand sich der zu beurteilende individuellkonkrete Sachverhalt subsumieren lassen könnte. Ergibt sich dabei, dass der Sachverhalt – prima facie – unter den Anwendungsbereich verschiedener Rechtsnormen fällt, stellt sich das Problem der sog. Normenkonkurrenzen oder -kollisionen. Der Auflösung solcher Konkurrenzlagen dienen vorab die allgemeinen Kollisionsregeln⁹: die Rang-, die Spezialitäts- und die Zeitkollisionsregel. Das Rangprinzip («lex superior derogat legi inferiori») beruht auf dem Stufenbau der Rechtsordnung und besagt, dass hierarchisch höher stehende Rechtssätze nachgeordneten Rechtssätzen vorgehen. Sowohl die Immaterialgüterrechtsgesetze als auch das UWG sind indessen formelle Bundesgesetze und somit gleichrangig; ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung ist nicht gegeben. Auch das Spezialitätsprinzip («lex specialis derogat legi generali») hilft nicht weiter. Die Immaterialgüterrechtsgesetze regeln die Zuordnung von Ausschliesslichkeitsrechten, während das UWG unlauteres, den Wettbewerb verfälschendes Verhalten sanktioniert. Ein Verhältnis von spezieller zu allgemeiner Norm liegt nicht vor. Von vornherein keine Lösung bietet schliesslich auch die «lex posterior»-Regel, steht doch die Aufhebung älterer Normen durch eine gesetzliche Neuregelung nicht in Frage.

¹ BGE 116 II 472 m.H.; s. a. BGE 112 II 364; 110 IV 107; 107 II 89; 104 II 332; 84 II 227; 80 II 174; Botschaft URG, BBI 1989 III 508.

² So zuletzt HGer SG, sic! 2003, 798.

³ C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, UWG 1 N 87; J. Müller, Einleitung und Generalklausel (Art. 1–2 UWG), SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, 40.

⁴ J. Müller/M. Berger, sic! 2003, 726; Müller (Fn. 3), 43; P. Heinrich, DesG/HMA, Zürich 2002, Rz. 0.38.

⁵ Müller (Fn.3), 43; M. Streuli-Youssef, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), SIWR V/1, 2. Aufl. Basel 1998, 146.

⁶ Streuli-Youssef (Fn. 5), 168; Müller (Fn. 3), 41; Ders., sic! 2003, 304; siehe weiter die Kritik bei R. M. Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 37 f. (der insbes. auf die verschiedenen Schutzobjekte und Schutzmechanismen hinweist).

⁷ Ferner an Pflanzensorten (SortG) und Topografien (ToG).

⁸ Insoweit besteht ein «Spannungsverhältnis» zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (so HGer ZH, sic! 2003, 729). A.M. Müller, sic! 2003, 730 f., der der Rechtsprechung vorwirft, ein solches Spannungsverhältnis künstlich zu erzeugen.

⁹ Vgl. z.B. B. Rüthers, Rechtstheorie, München 1999, Rn. 770 ff.; D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998, 153 ff.

Die formalen Kollisionsregeln vermögen also eine Konkurrenzsituation zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht nicht aufzulösen. Die Gesetze verdrängen sich in ihrer Anwendbarkeit nicht; vielmehr sind sie grundsätzlich nebeneinander (parallel) anwendbar. Eine solche parallele Anwendbarkeit von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht darf nun aber nicht missverstanden werden im Sinne einer isolierten Anwendung, wie sie den Vertretern einer «autonomen Anwendung der Gesetze» vorzuschweben scheint¹⁰. Der Rechtsanwender hat bei der Auslegung einer Norm deren «wahren» – dem (mutmasslichen) Willen des Gesetzgebers entsprechenden¹¹ – Sinn zu ergründen. Hierzu genügt es nicht, die Norm oder das Gesetz, in dem die Norm enthalten ist, für sich alleine zu betrachten¹². Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Einzelnorm auf einem einheitlichen Regelungsplan eines Normenkomplexes beruht¹³, weshalb der widerspruchsfrei gedachte rechtspolitische Gestaltungswille des Gesetzgebers zu erschliessen ist. Insbesondere sind – in systematischer Sicht – die den Entscheidungsgegenstand ebenfalls berührenden (gleichrangigen) Normen anderer Gesetze sowie die diesen zu Grunde liegenden Wertungen in die Auslegung miteinzubeziehen. Dies gilt in ausgeprägtem Masse bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (wie «unlauter» oder «Treu und Glauben»). Etwas konkreter: Bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter die einschlägige Norm eines Gesetzes – und damit bei der Auslegung der dort aufgeführten Tatbestandsmerkmale (z.B. «Unlauterkeit» i.S.v. Art. 2 UWG) – sind auch «konkurrierende» Normen sowie die hinter diesen stehenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen zu berücksichtigen¹⁴. Allfällige (potenzielle) Wertungswidersprüche sind durch sachgerechte, am Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung orientierte (systematische) Auslegung aufzuheben¹⁵.

IV. Grundgedanke der Umwegtheorie

Ein in diesem Sinn systematisches Argument bildet auch die hier interessierende Formel vom verbotenen Umweg. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Immaterialgüterrechtsgesetze nicht nur positiv festlegen, was unter welchen (materiellen, formellen und zeitlichen) Voraussetzungen sonderrechtlich geschützt ist, sondern auch negativ etwas darüber aussagen, was frei (und Dritten zugänglich) sein soll. Gut ersichtlich ist dieser Ansatz etwa in folgenden Erwägungen des Bundesgerichts:

«Bei muster- und modellrechtlich nicht oder nicht mehr geschützten Mustern oder Modellen ist die in der ästhetischen Form verkörperte Idee gemeinfrei und darf grundsätzlich von jedem Mitbewerber benützt werden [...]; auch das Wettbewerbsrecht steht der Übernahme der ästhetischen Schöpfung als solcher nicht entgegen, sowenig es die Nachahmung einer freien technischen Konstruktion verbietet, denn sonst ergäbe sich auf dem Umweg über das UWG ein zeitlich unbeschränkter Monopolschutz, der sowohl durch das Patentgesetz wie das Muster- und Modellgesetz gerade ausgeschlossen werden wollte.»¹⁶

«Die Nachahmung einer nach Muster- und Modellrecht nicht oder nicht mehr geschützten Form, ja sogar ihre sklavische Nachmachung ist grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts nicht unerlaubt. Sonst wären die im Interesse der Allgemeinheit aufgestellten Schranken des Muster- und Modellschutzes gegenstandslos. Es entstünden unbeschränkte Monopole, die dem freien Wettbewerb und dem Fortschritt auf dem Gebiet der Technik oder Ästhetik im Wege ständen. Eine solche Wirtschaftsordnung wollte der Gesetzgeber beim Erlass des UWG sowenig aufkommen lassen wie beim Erlass des MMG.»¹⁷

Das Bundesgericht beruft sich damit auf den Willen des Gesetzgebers, wie er den Regelungen über Inhalt und Grenzen der Immaterialgüterrechte zu Grunde liegt. Diesen gesetzgeberischen Willen hat

¹⁰ Vgl. insbesondere Müller, sic! 2003, 730 f.; s.a. Heinrich (Fn. 4), Rz. 0.245, der verlangt, «dass jedes Gesetz streng innerhalb seiner Grenzen angewandt wird».

¹¹ Vgl. D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996, 65 f.; zum Willen des Gesetzgebers als Auslegungsmassstab: F. Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Wien 1991, 406 ff.

¹² «Der Rechtsanwender sucht nicht die Antwort einer Norm auf den konkreten Fall, sondern die Antwort der gesamten Rechtsordnung» (Rüthers [Fn. 9], Rn. 277).

¹³ Rüthers (Fn. 9), Rn. 747.

¹⁴ Vgl. auch M. Berger, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Zürich 1997, 133: «Anerkanntermassen hat der Rechtsanwender bei einer Entscheidungsfindung im Lauterkeitsrecht auch andere Normen der Rechtsordnung, insbesondere die «benachbarten Rechtsgebiete» zu beachten und heranzuziehen.»

¹⁵ In diesem Sinne auch A. Jenny, Die Nachahmungsfreiheit, Zürich 1997, Rn. 335 f.; HGer ZH, sic! 1999, 582 ff.

¹⁶ BGE 88 IV 83 – Hervorhebungen vom Verf.; analoge Erwägungen zum Verhältnis URG-UWG z.B. in BGE 110 IV 107.

¹⁷ BGE 93 II 206 f. – Hervorhebungen vom Verf.

der Richter – so ist weiter zu folgern – auch bei der Anwendung des UWG zu beachten und zu respektieren.

V. Berechtigter Gehalt der Umwegtheorie

1. Positive und negative Inhaltsbestimmung der Immaterialgüterrechte aufgrund umfassender gesetzgeberischer Interessenabwägung

a) Die Immaterialgüterrechte sind in ihrer (positiven und negativen) gesetzlichen Ausgestaltung das Ergebnis einer umfassenden gesetzgeberischen Interessenanalyse, -bewertung und -abwägung. Der Gesetzgeber hatte erst einmal festzulegen, was überhaupt Gegenstand des Immaterialgüterrechts sein soll, d.h. er musste den Begriff des Werks, der Erfindung, des Designs und der Marke definieren. Im Weiteren musste er den konkreten Inhalt der jeweiligen Sonderrechtsposition bestimmen, also entscheiden, in welchem Umfang einem Rechtssubjekt das Immaterialgut ausschliesslich zugeordnet werden sollte. Zu berücksichtigen hatte er dabei verschiedenste Interessen, neben den Zuordnungsinteressen des Berechtigten insbesondere auch die (entgegenstehenden) Interessen der ausgeschlossenen Dritten und der Allgemeinheit.

b) Am Beispiel des Urheberrechts ausgeführt: Gegenstand und Umfang des urheberrechtlichen Schutzes ergeben sich zum einen aus dem Werkbegriff (Art. 2 URG), zum andern aus dem Zusammenwirken der Bestimmungen über den «Inhalt» (Art. 9 ff. URG) und die «Schranken» (Art. 19 ff. URG). Der Werkbegriff («geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben»; Art. 2 Abs. 1 URG) definiert den Gegenstand des Urheberrechts und grenzt ihn von jenem Bereich ab, der Dritten und der Allgemeinheit grundsätzlich frei zugänglich sein soll¹⁸. In den Art. 9 ff. gewährt das URG dem Urheber (eines Werks im Sinne der genannten Definition) sodann ein Ausschliesslichkeitsrecht, das es insbesondere durch die Art. 19 ff. wieder einschränkt¹⁹. Eine solche Schranke statuiert beispielsweise Art. 25 URG über die Zitierfreiheit. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit erkannt, im Interesse der «gesellschaftlichen Kommunikation»²⁰ und «wissenschaftlichen Diskussion»²¹ in gewissen Grenzen das Zitieren zu ermöglichen: Veröffentlichte Werke dürfen zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist.

2. Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertentscheidungen bei der Anwendung des UWG

a) Die Umwegtheorie steht nun gerade im Bereich der Begrenzung der Ausschliesslichkeitsrechte zur Debatte, also dort, wo der Gesetzgeber bei der Interessenabwägung die Interessen Dritter und der Allgemeinheit gegenüber denjenigen des Rechtsinhabers vorgezogen und entsprechend keinen immaterialgüterrechtlichen Schutz (mehr) gewährt hat. Diese Wertentscheidung des Gesetzgebers darf vom Richter auch bei der Anwendung des UWG nicht einfach ignoriert werden. Der Richter hat die gesetzgeberische Interessenabwägung vielmehr in variiertem Form fortzuführen. Hierfür hat er zuerst die relevanten Interessen herauszuarbeiten, die bei der gesetzgeberischen Entscheidung über die in Frage stehende Problemlage (z.B. Zitieren von Texten) zu berücksichtigen waren, sowie ihre (mutmassliche) Bewertung durch den Gesetzgeber zu ermitteln. Sodann hat er – infolge des unterschiedlichen Blickwinkels des UWG – einzelne Parameter auf der «Schutzseite» anzupassen; insbesondere hat er die Position «Individualinteresse des Rechtsinhabers an der ausschliesslichen Zuordnung eines Immaterialguts» durch die Position «Interesse aller Beteiligten an einem lauterem und unverfälschten Wettbewerb» (Art. 1 UWG) zu ersetzen. Die übrigen Interessenpositionen «bleiben im Spiel», namentlich die «Begrenzungsinteressen», die vom Immaterialgüterrechtsgesetzgeber gegenüber den Interessen des Rechtsinhabers als vorzugswürdig erachtet worden sind. Der Rechtsanwender hat nun aufgrund der neuen Interessenkonstellation die Interessenabwägung so vorzunehmen, wie sie mutmasslich vom Gesetzgeber vorgenommen worden wäre²². Im Regelfall wird sich dabei ergeben, dass

¹⁸ Zum Schutzgegenstand als Resultat eines Interessenausgleichs: E. Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern 2000, 114 ff.

¹⁹ Ausserhalb von Art. 19 ff. URG sind Art. 11 Abs. 3 URG (Parodiefreiheit), Art. 12 Abs. 1 URG (Erschöpfungsgrundsatz) sowie die freie Benutzung als ungeschriebene Norm zu beachten; vgl. Pahud (Fn. 18), 123 ff.

²⁰ D. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Art. 25 Rn. 1.

²¹ I. Cherpillod, Schranken des Urheberrechts, SIWR II/1, Basel 1995, 235.

²² Vgl. Looschelders/Roth (Fn. 11), 181.

die «Begrenzungsinteressen» auch in der neuen Konstellation vorzuziehen sind, weil ihnen meist das gleiche oder ein zumindest vergleichbares Gewicht zukommt, ob sie nun dem Zuordnungsinteresse des Rechtsinhabers oder dem Interesse am lauterem Wettbewerb gegenüberstehen bzw. ob ein Verbot gestützt auf das Immaterialgüterrechtsgesetz oder das UWG droht. Mehrheitlich bleibt es mithin bei der Feststellung, dass auch unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts nicht untersagt werden kann, was nach den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen zulässig ist, so dass nur zusätzliche Umstände Unlauterkeit zu begründen vermögen.

b) Um zurück auf das obige Beispiel aus dem Urheberrecht zu kommen: Drückt eine Zeitschrift eine Passage aus einem Konkurrenzblatt (Sachverhalt) und macht der Autor des Originaltexts einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch geltend, kommen als einschlägige Rechtsnormen – auf den ersten Blick – jene des URG und des UWG in Betracht. Ergibt sich sodann, dass der Text zwar als Werk im Sinne von Art. 2 Abs. 1 URG zu qualifizieren, die Übernahme indessen durch Art. 25 URG gedeckt und entsprechend unter dem Gesichtspunkt des Urheberrechts zulässig ist, stellt sich die Frage, ob das Gericht gestützt auf das UWG anders entscheiden kann. Zu berücksichtigen hat es dabei, dass der Urheberrechtsgesetzgeber aufgrund einer eingehenden Interessenabwägung einen Entscheid darüber getroffen hat, wann und in welchem Umfang Zitate zulässig sein sollen. Die Gründe, die zur Statuierung des Zitatrechts geführt haben (Interesse der gesellschaftlichen Kommunikation und wissenschaftlichen Diskussion), haben auch bei der Prüfung unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts Gewicht. Da nicht ersichtlich ist, inwiefern sich aufgrund der veränderten Interessenkonstellation etwas an der Vorzugswürdigkeit der «Begrenzungsinteressen» geändert haben sollte, dürfte das blosses Zitieren (im Rahmen der Voraussetzungen von Art. 25 URG) auch nicht gestützt auf das UWG untersagt werden.

3. Fazit: Gehalt und Grenzen der Umwegtheorie

Der Umweggedanke ist berechtigt, soweit damit gemeint ist, dass der Richter bei der Anwendung des UWG die Interessenabwägung des Immaterialgüterrechtsgesetzgebers,

die dazu geführt hat, dass in einem bestimmten Bereich kein Sonderrechtsschutz (mehr) besteht, nicht missachten darf: Es geht nicht an, auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht gesetzgeberische Wertungen beiseite zu schieben. Auf der anderen Seite darf vom fehlenden Sonderrechtsschutz nicht direkt (formal) auf fehlenden wettbewerbsrechtlichen Schutz geschlossen werden. Anstelle eines solchen «Kurz-Schlusses» hat der Rechtsanwender einen – zentralen – zusätzlichen Prüfungsschritt zu machen²³. Er hat zu untersuchen, ob die Interessen, deren Berücksichtigung zu einem fehlenden Immaterialgüterrechtsschutz geführt haben («Begrenzungsinteressen»), auch unter lauterkeitsrechtlichem Blickwinkel vorzugswürdig sind. In der Regel wird dies – wie erwähnt – zu bejahen sein²⁴.

VI. Zur Kritik im Einzelnen

1. Zum Postulat der Gleichrangigkeit der Gesetze

Der Rechtsprechung wird regelmässig vorgehalten, «das Verhältnis von gewerblichem Rechtsschutz zum Lauterkeitsrecht nach dem Grundsatz *lex specialis* (gewerblicher Rechtsschutz) *derogat legi generali* (UWG) zu bestimmen»²⁵.

Es wurde bereits festgehalten, dass zwischen den Immaterialgüterrechtsgesetzen und dem UWG kein Verhältnis der Vor- und Nachrangigkeit besteht und insbesondere auch die «*lex specialis*-Regel» keine Anwendung findet²⁶; die Gesetze vermögen sich gegenseitig nicht zu verdrängen. Bei der Umwegtheorie geht es denn auch nicht darum, bei Verneinung eines sondergesetzlichen Schutzes das

²³ Wird dieser Prüfungsschritt übergangen, so leidet der Entscheid (zumindest) an einem Begründungsdefizit.

²⁴ Abzulehnen ist demgegenüber eine formale Argumentation mit dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit (vgl. etwa HGer ZH, sic! 2001, 659 f.: «...Denn sonst würde der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit in Frage gestellt ...»).

²⁵ So das Ceterum Censeo Müllers, sic! 2003, 730 f.; Ders. (Fn. 3), 40.

²⁶ Vgl. schon BGE 73 II 117 f., wo das BGer ausführt, dass sich nach Inkrafttreten des UWG von 1943 eine Anwendung der «*lex specialis*-Regel» nicht mehr rechtfertigen lasse; dazu Jenny (Fn. 15), Rn. 334. Die von Müller (Fn. 3), 40 Fn. 55, angeführten Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis, in denen das Spezialitätsprinzip angewandt worden sei, betreffen das Strafrecht (BGE 117 IV 45; 117 IV 475) und den Leistungsschutz der Tonträgerhersteller (BGE 118 II 466), welcher primär wettbewerbsrechtlicher Natur ist. In den weiter angeführten Entscheiden ist zwar von «Spezialgesetz» die Rede (BGE 113 II 313; 113 II 83; 112 II 364), eine Anwendung der «*lex specialis*-Regel» aber nicht ersichtlich.

UWG einfach nicht anzuwenden²⁷. Vielmehr sind im Rahmen der Anwendung und Auslegung des UWG die bestehenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen, wie sie bei der Begrenzung («negativen Inhaltsbestimmung») der Immaterialgüterrechte getroffen wurden, zu beachten.

2. Zum Postulat einer autonomen Anwendung des UWG

a) Kritisiert wird weiter, die Rechtsprechung verweigere sich einer «unvoreingenommenen autonomen Auslegung der in Frage stehenden Gesetze»²⁸.

Es wurde dargelegt, dass Gesetze nicht isoliert angewendet werden dürfen. Bei der Anwendung und Auslegung des UWG sind die Wertungen des Immaterialgüterrechtsgesetzgebers «ohne Scheuklappen» mit zu berücksichtigen. Die Forderung, wonach jedes Gesetz streng innerhalb seiner Grenzen anzuwenden sei²⁹, ist abzulehnen.

b) Zur Begründung des Postulats einer autonomen Anwendung der Gesetze wird etwa vorgebracht, es müsse dem Betroffenen frei stehen zu bestimmen, ob er sich als Fundament seiner Klage auf sein Schutzrecht stützen oder den Schutz des UWG beanspruchen wolle³⁰, bzw. es sei «nicht einzusehen, warum der Massstab der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung vom (zufälligen, aus was auch immer für Gründen erfolgten) Entscheid des Verletzten abhängen soll, sein Immaterialgut zusätzlich schützen zu lassen oder auf diesen Schutz zu verzichten»³¹.

Dem ist zu entgegnen, dass die Anwendung und Auslegung des UWG richtigerweise genau gleich zu erfolgen hat, ob ausschliesslich ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird oder ob der Anspruch gleichzeitig auf ein Sondergesetz abgestützt wird³². Im einen wie im andern Fall hat der Rechtsanwender allfällige gesetzgeberische Wertungen zu berücksichtigen.

3. Zum Einwand der verschiedenen Schutzzwecke

Begründet wird die Ablehnung der Umwegtheorie sodann mit den unterschiedlichen Schutzzwecken der Immaterialgüterrechtsgesetze und des UWG³³.

Die Feststellung unterschiedlicher Gesetzeszwecke ist an sich richtig, greift aber – als Argument gegen die Umwegtheorie – zu kurz. So schützt beispielsweise das Urheberrechtsgesetz nicht einfach eindimensional den Urheber einer Geistesschöpfung, sondern es regelt das «komplexe» Recht am Geisteswerk. Der Gesetzgeber hatte hierfür verschiedenste (divergierende und konfligierende) Interessen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Die «Begrenzungsinteressen» Dritter und der Allgemeinheit liegen den einzelnen Normen ebenso zu Grunde wie das Zuordnungsinteresse des Urhebers. Massgebend ist also nicht ein einziges (allenfalls als überwiegend schutzwürdig erachtetes) Schutzmotiv eines Gesetzes, sondern die hinter den einzelnen Normen stehende Wertentscheidung des Gesetzgebers. Bei der Umwegtheorie geht es darum, die Interessenwertungen, die zur Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts geführt haben, bei der Beurteilung eines Sachverhalts auch unter dem Blickwinkel des UWG ernst zu nehmen. Eine formale Argumentation mit «unterschiedlichen Schutzzwecken» der Immaterialgüterrechtsgesetze und des UWG ist aus diesen Gründen verfehlt.

Allerdings – und hierauf wurde bereits hingewiesen – ist im Rahmen der Interessenabwägung, die der Rechtsanwender bei der Anwendung des UWG vorzunehmen hat, dem Umstand Rechnung zu tra-

²⁷ Vgl. auch HGer ZH, sic! 1999, 583. In diesem Sinn aber der Vorwurf von Streuli-Youssef (Fn. 5), 166, die gegen die Umwegtheorie vorbringt, es sei «nicht einzusehen, weshalb die Anwendbarkeit des UWG dann bejaht wird, wenn eine Verletzung nicht von einer Vorschrift aus einem anderen Gesetz erfasst wird, dagegen die Anwendbarkeit des UWG dann verneint wird, wenn eine Vorschrift aus einem Spezialgesetz deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil ein Schutzrecht nicht besteht».

²⁸ Müller, sic! 2003, 730 f.; s.a. Müller/Berger, sic! 2003, 726; Heinrich (Fn. 4), Rz. 0.38, 0.229, 0.245; Ch. Hilti, Der Schutz nicht registrierter Kennzeichen, SIWR III, Basel 1996, 465 f.; vgl. a. Hilti (Fn. 6), 39, wonach das Lauterkeitsrecht in keinerlei Abhängigkeit zu den Spezialgesetzen stehe.

²⁹ Heinrich (Fn. 4), Rz. 0.245.

³⁰ Müller (Fn. 3), 39; zustimmend Jenny (Fn. 15), Rn. 334; Jecklin, Leistungsschutz im UWG?, Bern 2003, 167.

³¹ Müller, sic! 2003, 730 f. (Recht eigenwillig ist es – nebenbei bemerkt – die Registrierung des gewerblichen Schutzrechts als «zufällig» zu bezeichnen.)

³² Widersprüchlich Streuli-Youssef (Fn. 5), 150 f., die zum einen (m.E. zu Unrecht) kritisiert, indem das BGer in BGE 104 II 332 bei der Anwendung von Art. 3 lit. d UWG auf Produkteformen den engeren Schutzbereich des MMG zugrunde lege, werde derjenige schlechter gestellt, der gleichzeitig aus UWG und MMG klage, um zum andern zu konstatieren, es sei besonders kritisch, dass das Bundesgericht den engen Nachahmungsbegriff des MMG auch zur Beurteilung von Sachverhalten herbeiziehe, in denen das UWG ausschliesslich angerufen werde. Vgl. a. Heinrich (Fn. 4), Rz. 0.229.

³³ Müller (Fn. 3), 43; Streuli-Youssef (Fn. 5), 146; Jecklin (Fn. 30), 162 f.

gen, dass den Begrenzungsinteressen nun nicht das Zuordnungsinteresse des Rechtsinhabers, sondern das «Interesse aller Beteiligten an einem lauterem und unverfälschten Wettbewerb» gegenübersteht, sodass der Wertungsentscheid im Einzelfall anders ausfallen kann.

4. Zum Einwand der verschiedenen Rechtsfolgen

Gegen die Umwegtheorie eingewandt wird schliesslich, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz nie zur gleichen Rechtsstellung führen könne wie die Immaterialgüterrechte³⁴.

Richtig ist, dass das UWG im Gegensatz zu den Immaterialgüterrechtsgesetzen keine absolute Rechtsposition verschafft. Allerdings geht es bei der Umwegtheorie nicht um den abstrakten Schutz, den die Gesetze zu gewähren vermögen. Sie steht vielmehr dann zur Debatte, wenn vor Gericht der identische Anspruch (z.B. ein Unterlassungsanspruch) sowohl wegen Verletzung eines Immaterialgüterrechts als auch wegen Unlauterkeit geltend gemacht wird. Hier lautete das Urteilsdispositiv gleich, wenn der Unterlassungsanspruch gestützt auf das Immaterialgüterrechtsgesetz oder das UWG geschützt würde. Die (faktische) Rechtsstellung des Ansprechers ist insoweit durchaus dieselbe³⁵. Zudem – und dies ist der zentrale Punkt – liegt der (richtig verstandenen) Umwegtheorie nicht die Furcht zu Grunde, der Umweg könnte zu den gleichen Rechten führen³⁶. Sie will vielmehr sicherstellen, dass die gesetzgeberischen Wertungen, die mit Bezug auf einen Sachverhalt angestellt worden sind, berücksichtigt und nicht unterlaufen werden. Bei diesen Wertungen stehen (im «Anwendungsbereich» der Umwegtheorie) nicht die Interessen des Schutzrechtsinhabers (bzw. dessen Rechtsstellung) im Vordergrund, sondern die Begrenzungsinteressen Dritter und der Allgemeinheit, die vom Gesetzgeber als vorzugswürdig erachtet worden sind.

Bedeutung kommt dem Einwand der unterschiedlichen Rechtsstellung immerhin insoweit zu, als damit geltend gemacht werden will, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Immaterialgüterrechts Wertungsentscheidungen mit Bezug auf ein Monopolrecht getroffen, nicht aber mit Bezug auf Rechtspositionen, die in einem blossen Reflex objektiven Rechts gründen. Kommt man nämlich zum Ergebnis, dass der Immaterialgüterrechtsgesetzgeber im Einzelfall die Begrenzungsinteressen nur deshalb als vorzugswürdig wertete, weil es um die Begrenzung eines Monopolrechts ging, diese Wertung aber hinsichtlich eines schlichten Verbotsrechts nicht gelten kann, so greift der Umweggedanke nicht.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

³⁴ Streuli-Youssef (Fn. 5), 168 Müller (Fn. 3), 41.

³⁵ Vgl. Heinrich (Fn. 4), Rz. 0.218, 0.270, der von «Quasi-Ausschliesslichkeitsrechten» spricht (Rz. 0.235); Baudenbacher (Fn. 3), UWG 1 N 88; Jenny (Fn. 15), Rn. 334.

³⁶ Vgl. Streuli-Youssef (Fn. 5), 168. Es ist aber zuzugeben, dass dieses Argument in Urteilsbegründungen gelegentlich anzutreffen ist (vgl. z.B. HGer ZH, sic! 2001, 660).