

## Besprechung / Comptes rendus

### Die Nachahmungsfreiheit

ANDREAS JENNY

Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 132, Schulthess Verlag, Zürich 1997, 263 Seiten,  
CHF 58.– / DEM 73.–, ISBN 3-7255-3593-0

O imitatores, servum pecus – von Horaz (epistulae I 19, 19) noch als Sklaven, Herdenmenschen gescholten, mausern sich die Nachahmer aller Schattierungen gleichsam zu Vorkämpfern ökonomischen Wohlstandes: Die Nachahmung diene (wie Jenny uns berichtet) der Verbreitung neuen Wissens bei sinkenden Preisen, der freien Verfügbarkeit ästhetischen Fortschritts (denn: die gut gestylte Handtasche gefällt auch dem Mädchen von nebenan; S. 104), der (sich preissenkend auswirkenden und die Wahlfreiheit der Konsumenten vergrößernden) Verschärfung des Wettbewerbs unter Anbietern; kurz: Die Zulässigkeit der Nachahmung sei für die Allgemeinheit namentlich aus volkswirtschaftlichen Gründen von erheblicher Bedeutung (S. 127).

Der hohe Stellenwert, der blankem Nachahmen zukommen soll, ist verwunderlich. Mit dem Bundesgericht dachte ich immer, dass Nachahmung allein nicht zum erhofften wirtschaftlichen, technischen oder kulturellen Fortschritt führt, es vielmehr eine «Fortbildung des Guten zum Besseren» (BGE 57 II 459) braucht, zumal blosses Nachahmen (wie uns Schiller mitgeteilt hat) einen Mann von Kopf erniedrigt. Ich pflichte JENNY bei, dass damit die Frage, ob es einen Grundsatz der Nachahmungsfreiheit gebe, noch nicht entschieden ist; relativiert wird aber immerhin die These, Nachahmung habe per se günstige Auswirkungen.

Wenig ergiebig ist die von JENNY vorgenommene Sichtung der Wettbewerbstheorien. Sie mündet in der alten Erkenntnis, dass der Wettbewerb als dynamischer Verhaltensprozess zu verstehen ist. Interessant wäre hier eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs gewesen. Wenn Nachahmung und Nachahmungsfreiheit «ein unentbehrliches Element funktionsfähigen und unverfälschten Wettbewerbs» sein sollen und es angeblich darum geht, die Unlauterkeits-schranken dort zurückzudrängen «wo unter dem Deckmantel des Konkurrentenschutzes die Wettbewerbsfreiheit angetastet werden soll» (S. 170), hätte man gerne Näheres (über die üblichen Leerformeln Hinausgehendes) zum funktionsfähigen Wettbewerb, genauer: wirksamen Wettbewerb gehört. Denn das Kartellgesetz geht nunmehr vom neu verstandenen Konzept des wirksamen Wettbewerbs aus: das bedeutet, dass temporäre Marktunvollkommenheiten und Gleichgewichtsstörungen hingenommen werden, wettbewerbs politischer Handlungsbedarf erst bei dauerhaften Funktionsstörungen und Marktversagen besteht. Gilt (wie ich meine) dieses neu verstandene Konzept auch im Lauterkeitsrecht? Mit welchen Auswirkungen auf die funktionale Auslegung des UWG? JENNY ist dieser wichtigen Frage leider nicht nachgegangen.

Hauptanliegen der Revision des UWG im Jahre 1986 war es, den Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs zu verstärken (Botschaft vom 18. Mai 1983, 2). In der jüngeren Lehre ist deshalb die das Zusammenspiel von Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht während Jahrzehnten belastende Umwegthese (wonach bei fehlendem Zugriff der gewerblichen Schutzrechte Rechtsschutz nicht auf dem «Umweg» über das UWG erlangt werden kann) verworfen und autonome Anwendung von UWG und Immaterialgüterrecht vorgeschlagen worden (SIWR V/1, 37 ff, 139 ff). JENNY schliesst sich der an der Umwegthese geübten Kritik teilweise an. Allerdings besagt diese These nach ihm nur, dass bei der Anwendung des UWG Wertungen, die im Immaterialgüterrecht zum Ausdruck kommen, nicht unterlaufen werden dürfen (S. 217). Diese Umschreibung ist meines Erachtens zu eng. Und es ist (entgegen JENNY) nach meinem Dafürhalten kein Widerspruch, die autonome Anwendung des UWG und der Immaterialgüterrechtsgesetze zu postulieren, Wertungen dieser Gesetze aber bei der Anwendung des UWG zu beachten. Dass sich dabei juristische Knacknüsse in den Weg stellen, zeigt

JENNY (unter anderem) trefflich am Beispiel der unterschiedlichen Beurteilung der Verwechslungsgefahr im UWG und MMG.

JENNY kommt das Verdienst zu, in einer breit angelegten Untersuchung heiklen Fragen im Schnittpunkt von Lauterkeitsrecht und Immaterialgüterrecht nachgegangen zu sein. Seine Arbeit ist wohl nicht ganz frei von Widersprüchen geblieben; aber sie zeigt den derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Diskussion auf und bildet damit eine Plattform für weiteres Streiten über Fragen, die nicht als akademische Spielereien abgetan werden können. Für meinen Teil hoffe ich, dass das in der Schweiz oft beklagte, beinahe schon mit Resignation hingenommene Nachlassen innovativer Tätigkeit nicht zu einer auf plattem Opportunismus beruhenden Heiligsprechung der Nachahmung führen wird.

*Jürg Müller*