

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 66 (1947)

**Artikel:** Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht

**Autor:** Büren, Bruno von

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896461>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 22.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht.

Von Dr. jur. Bruno von Büren, Zürich.

---

Es ist heute unbestrittene Errungenschaft, die geistig-gewerblichen Rechtsschutzgüter<sup>1)</sup> nicht als Einzelercheinungen, sondern als Teile des umfassenden Gebietes der Immaterialgüterrechte zu betrachten. Dies zeigt sich schon äußerlich darin, daß Urheber-, Patent-, Muster- und Markenrecht in der Regel von den gleichen Gelehrten bearbeitet, von den gleichen Anwälten vertreten und von den gleichen Gerichten beurteilt werden. Vor allem aber wird immer bedeutungsvoller die wissenschaftliche Tendenz, bei allem Bestreben nach klarster Abgrenzung sich der verbindenden Zusammenhänge des gesamten Rechtsgebietes zu besinnen. Durch diese Verbindung der Fragen wird es erst ermöglicht, die tragenden Ideen zu erfassen; erst mit diesen aber ergeben sich die wirklichen Grenzziehungen und damit die Beziehungen zu anderen Rechtsgebieten.

Die nachfolgenden Ausführungen, die das Verhältnis der geistig-gewerblichen Rechtsschutzgüter zum Wettbewerbsrecht betreffen sollen, beruhen deshalb auf einer bewußt zusammenfassenden Betrachtung. Mit irgendeiner zusammenfassenden Behandlung, zum Beispiel unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechtes oder der Dauer der Schutzrechte oder des Verhältnisses zwischen Eigeninteresse und Gesamtinteresse, wäre indessen nicht viel erreicht; es würde dadurch keine unmittelbare Beziehung zwischen den beiden in ihren gegenseitigen Beziehun-

---

<sup>1)</sup> Diese Bezeichnung wird im folgenden für Urheber-, Patent-, Muster- und Markenrecht gebraucht, anstatt der schwerfälligeren, vom Bundesgericht verwendeten «Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz».

gen zu prüfenden Rechtsgebieten, nämlich dem geistig-gewerblichen Rechtsschutz und dem Wettbewerbsrecht, geschaffen. Wünschenswert ist vielmehr eine Zusammenfassung, die ein Element ergibt, welches in den beiden Rechtsgebieten enthalten ist, in ihnen beiden zur Frage steht.

Ein solcher gemeinsamer Berührungspunkt läßt sich finden im Wettbewerbsgedanken: in ihm treffen sich sowohl das Wettbewerbsrecht wie der geistig-gewerbliche Rechtsschutz. Das erstere ist ohne weiteres ersichtlich. Daß aber auch der Schutz der geistigen Schöpfungen nicht aus der Tatsache des Schöpfungsaktes allein erklärlich ist, sondern erst daraus, daß das Recht sie als wettbewerbliche Äußerungen wertet, daß also Urheber-, Patent-, Muster- und Markenrecht letztlich durch das Wettbewerbsmoment bedingt sind, ist nun als erstes darzutun.

I. Während man anfänglich versuchte, die neuen Erscheinungen der geistig-gewerblichen Rechtsschutzgüter mit den gegebenen Rechtsbegriffen zu erklären<sup>2)</sup>, folgte man später Kohler, der den überaus fruchtbaren neuen Begriff der Immaterialgüterrechte schuf. Die Lehre Kohlers blieb in ihren Grundzügen bis heute herrschend; etwas grundsätzlich Verschiedenes ist an ihre Stelle nicht getreten.

Das Immaterialgüterrecht im Sinne Kohlers ist das Recht an einem durch intellektuell-willensmäßigen Schöpfungsakt entstandenen, aber außerhalb des Menschen stehenden, nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgut<sup>3)</sup>. Kohler legt dabei (in Ablehnung der Persönlichkeitsrechtlichen Theorie Gierkes) den Nachdruck auf das Moment der Loslösung des Werkes vom Schöpfer. Zwar will er die Bindung des Werkes an den Urheber nicht völlig zerschneiden, ein Persönlichkeitsrecht des Urhebers anerkennt auch er. Doch unterscheidet er ausdrücklich das

---

<sup>2)</sup> Theorie des Individual- oder Persönlichkeitsrechtes (Otto v. Gierke), Theorie des geistigen Eigentums (Dernburg).

<sup>3)</sup> Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken, 1907, S. 1.

Persönlichkeitsrecht vom Immaterialrecht als einem von der Person gelösten Vermögensrecht<sup>4)</sup>. Die Immaterialrechte sollen Güter des Verkehrs und des Vermögens sein, die losgelöst von ihrem Schöpfer und unabhängig von ihrer jeweiligen und oft zufälligen Verkörperung eine eigene Existenz besitzen. Sie stehen als Rechte an unkörperlichen Gütern im Gegensatz zu den Rechten an körperlichen Gütern, zerfallen aber selbst wieder in Unterbegriffe, vor allem in die Begriffe des künstlerischen und technischen Gedankengutes. Der erstere führt zum künstlerisch-literarischen Urheberrecht und zum Geschmacksmusterrecht, der zweite zum Erfinder- und Patentrecht<sup>5)</sup>.

Bei allen diesen einzelnen Abspaltungen bleibt die schwierige Frage, wann solche Geisteserzeugnisse den ihnen zugedachten besonderen Gesetzesschutz genießen sollen, das heißt in welchem Stadium des Entstehungsprozesses der Schutz zu gewähren sei: schon der Idee, ihrer Formgebung oder auch dieser letzteren erst nach Erfüllung einer weiteren Bedingung, wie Patenterteilung, Eintragung des Warenzeichens oder Geschmacksmusters?

Natürlich ist diese Frage in erster Linie eine solche der positiven Gesetzgebung. Das Gesetz hat seine Aufgabe erst erfüllt, wenn es sie entschieden hat. Hat es sie aber entschieden, so bleibt immer noch fraglich, ob seiner Entscheidung nicht ein unausgesprochener Plan, ein immanentes Prinzip zugrunde liege. — Ein solches Prinzip sieht Elster<sup>6)</sup> im Erfordernis des Wettbewerbsmomentes. Auch für Elster sind die geistig-gewerblichen Rechtsschutzgüter außerhalb des Menschen stehende Rechte; er nimmt also die Immaterialrechtslehre Kohlers zur Grundlage seiner Theorie. Nur folgert Elster anders als Kohler aus der

<sup>4)</sup> Kohler, a. a. O., S. 13 ff. Vgl. Alphons Melliger, Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, 1929, S. 83 ff.

<sup>5)</sup> Kohler, a. a. O., S. 28.

<sup>6)</sup> Alexander Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 1928, S. 21 ff.

Existenz eines Geisteswerkes erst dann auf die Existenz eines Geistesgutes, wenn das Werk der Umwelt als wettbewerbliche Tat zur Erscheinung gebracht wurde. Erst dann, wenn die Schöpfung wahrnehmbar eine Wettbewerbshandlung ist, soll sie den Schutz des Rechtes genießen.

Elster teilt die Entwicklung zum geistig-gewerblichen Rechtsschutz gut in drei Abschnitte ein. Damit ein Geistesgut entstehe, sei notwendig<sup>7)</sup>:

1. Der schöpferische Gedanke, eine intellektuelle Tat des inneren Menschen, zum Beispiel die Idee einer Erzählung, ein technischer Gedanke, der Einfall einer guten Werbemaßnahme oder eines Warenzeichens.

2. Die gestaltende Formgebung, eine halb intellektuelle, halb willensmäßige Tat des inneren und äußeren Menschen, zum Beispiel die Niederschrift der Erzählung, die Konstruktion, Beschreibung oder Verwirklichung der technischen Erfindung, die Ausarbeitung der Werbemaßnahme oder des Warenzeichens; damit wird das geistige Objekt greifbar, tritt in die reale Welt der Erscheinung ein, kann aber noch im Schreibtisch liegen, in der Versuchswerkstatt, in der Mappe der Entwürfe.

Im folgenden schaltet nun Elster seinen Wettbewerbsgedanken ein.

3. Erst auf Grund einer wahrnehmbaren Wettbewerbshandlung, das heißt des Willens des Urhebers zum Wettbewerb, wird das Werk zu einem Gegenstand des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes. Dieser wettbewerbliche Wille kann schon im Schöpfungsakte selbst liegen oder erst später durch das Bewußtsein der Wettbewerbsfähigkeit hinzutreten.

Dies ist nur ein Grundriß der Lehre Elsters. In ihrer näheren Ausführung wird sie von Elster vor allem dahin ausgebaut, daß die obigen Entwicklungsphasen praktisch nicht völlig getrennt sind, sondern ineinander übergreifen

---

<sup>7)</sup> Elster, a. a. O., S. 8—9.

können. Bestimmend bleibt aber durchwegs der Gedanke, daß der wettbewerbliche Charakter der Schöpfung, also der Wettbewerbswille des Schöpfers für das Erlangen des Rechtsschutzes bedingend sein soll <sup>8)</sup>).

Dies kann nicht richtig sein.

Sofern die geforderte objektive Höhe des Schöpfungsaktes gegeben ist, wird nach deutschem und nach schweizerischem Recht das Geisteswerk schon mit seiner Vollendung zu einem Rechtsgut, das heißt zu einem Gegenstand des Vermögensrechtes; eine Einführung des Werkes in eine spezifische Welt des Wettbewerbs ist nicht notwendig. Das Manuskript ist urheberrechtlich auch geschützt, wenn der Verfasser beabsichtigt, es zu vernichten, die technische Zeichnung auch, so lange sie in der Mappe der Entwürfe liegt. Und der Musikbegabte, der, seinem Einfall folgend, neue Melodien vor sich hinsummt, entbehrt des urheberrechtlichen Schutzes nicht deshalb, weil sein Wille nicht auf Wettbewerb gerichtet ist, sondern weil der Schutz eines flüchtig geäußerten Gedankens, einer geträllerten und schon entschwundenen Melodie gesetzepolitisch nicht durchführbar wäre. Daß schließlich das Patentrecht dem Erfinder erst nach der Anmeldung bzw. Patenterteilung zusteht, beruht nicht darauf, daß erst durch die Anmeldung die Wettbewerbsfähigkeit der Erfindung nach außen kundgegeben wird <sup>9)</sup>, sondern auf der praktischen Erwägung, daß auf dem Gebiet der Technik die Fragen der Priorität, des Schutzzumfanges usw. ohne staatlichen Feststellungsakt nicht zu lösen wären. Überhaupt müßte Elsters Theorie, würde sie folgerichtig durchgeführt, dazu führen, daß über die Schutzberechtigung eines Werkes die Willensrichtung

---

<sup>8)</sup> Diese sogenannte «Theorie des Geistesgut-Wettbewerbsrechts» wurde in der Schweiz beifällig aufgenommen. Vgl. Gertrud Iklé, Urheberrechtliche Befugnisse an Werken der Tonkunst und technische Entwicklung, 1938, S. 40 ff.; Richard Ikléin: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944, S. 107 ff.

<sup>9)</sup> Wie Elster, a. a. O., S. 9, es darstellt.

des Urhebers, also ein dem Werk als solchem fremdes Moment, entschiede; eine Konsequenz, die dem geltenden Recht widerspricht.

Damit soll aber die Lehre Elsters nicht rundweg verworfen sein. Der Wettbewerbsgedanke erscheint in der Tat als ein bestimmender Grund des Immaterialrechtes; nur ist er nicht für das Entstehen des einzelnen Schutzanspruches bedingend, sondern für die objektive Geltung des Immaterialrechtes überhaupt.

Wenn nämlich nach positivem Recht die subjektiven Gedanken des Urhebers für die Frage der Schutzberechtigung seines Werkes nichts bedeuten, auf seinen Beweggrund zum Schaffen, das heißt seine Wettbewerbsabsicht, nichts ankommt, so bleibt gerade deshalb die Frage, weshalb das geistige Schaffen von bestimmter Höhe und Formgebung durch das Recht geschützt sei. Im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verkehr gilt sonst die Regel, daß die von dem Einen gefundenen Gedanken auch vom Anderen beansprucht und verwirklicht werden dürfen; an einer bestimmten Stelle schiebt aber das Moment der geistigen Schöpfung eine Schranke vor, welche die Ausnützung durch einen Dritten auch verwehrt, wenn der Schöpfungsakt unberührt durch eine Absicht auf gewerbliche Verwertung verlaufen war. Welches also ist der Grund dieses Schutzes, den das Recht der Schöpfung angedeihen läßt? Das heißt, weshalb steht dem Autor, dem Erfinder usw. an ihrer Schöpfung, die wegen ihres Wesens materielle Beziehungen ausschließt, ein vom Rechte anerkanntes immaterielles Verhältnis zu?

Über letzteres sagt Kohler<sup>10)</sup>:

«Daß dieses Verhältnis seine Rechtfertigung in sich trägt, ist offensichtlich: Die Einheit des Individuums schließt nicht eine Vielheit von Wirkungen aus, welche das Individuum in die Welt setzt: Diese Wirkungen lösen sich vom Individuum ab und nehmen eine selbständige Wesen-

---

<sup>10)</sup> Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, 1900, S. 1.

heit an; es ist unzulässig, sie noch als Teile des Ich darzustellen. Ebenso sicher ist es aber, daß, wenn überhaupt die Individualisierung im Recht eine Basis in der Kulturwelt hat, diese Beziehung des Schöpfers zum Geschaffenen ein wesentliches Motiv sein muß für die Zuteilung der Güter. — Wir betrachten es als gerechtfertigt, daß das Schicksal der Früchte mit dem der Muttersache zusammenhängt, wir müssen es ebenso als gerechtfertigt betrachten, daß das Schicksal des Erzeugten, welches die Arbeit des Erzeugers trägt, mit der Person des Erzeugers verknüpft wird.»

Kohler sieht also die rechtsphilosophische Begründung des Immaterialgutes im Verhältnis des Schöpfers zum Geschaffenen. Diese Begründung ist durchschlagend für die Erklärung des Urheber- und Erfinderrechtes; sie sagt aber nichts zur Erklärung des Rechtes überhaupt. Wir kennen durch sie zwar den Grund der Zuteilung des Rechtes an den Urheber, erfahren aber nicht, warum überhaupt neben die Rechte an den greifbaren und sichtbaren Gütern Rechte an nicht greifbaren, nicht sichtbaren Dingen treten sollen. Diese Frage ist nicht so ausgefallen, wie sie scheinen mag, haben doch Epochen intensivster Rechtsentwicklung etwas dem Immaterialgut Gleichartiges nicht gekannt<sup>11)</sup>.

Ihre Beantwortung scheint sie darin finden zu müssen, daß in der modernen kapitalistischen Wirtschaftsordnung das Recht die geistige Leistung nicht in eine rein intellektuelle Sphäre verweist, sondern sie als Äußerung eines wirtschaftlich gerichteten Ehrgeizes des Leistungsträgers, also als Kundgebung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs, betrachtet.

In der Antike, im Mittelalter und noch in den Anfängen der Neuzeit stand der schöpferische Mensch weitgehend außerhalb der gewerblichen Beziehungen von Ware und Geld, Angebot und Nachfrage. Seine soziale Stellung war gegeben durch das Patronat der geistlichen und weltlichen Machttträger, an deren Höfen er meistens lebte und denen

<sup>11)</sup> H. Jsay, Kommentar zum deutschen Patentgesetz, 1931, S. 19; Elster, a. a. O., S. 11 ff.

er seine Werke schenkte oder gegen freiwillige Gegenleistung (Honorar) abtrat, sie aber nicht wie gewerbliche Ware verkaufte. Mit der allmählichen Auflösung jener Gesellschaftsordnungen und ihrer Ersetzung durch die kapitalistische Ordnung fiel auch die privilegierte Stellung des schaffenden Künstlers und Gelehrten dahin; diese waren gezwungen, mit ihren Werken in gleicher Weise in den gewerblichen Verkehr einzutreten wie der handwerklich Tätige<sup>12)</sup>. So griff der wirtschaftliche Wettbewerb auch auf das Gebiet der geistigen Leistung über und stellte die Forderung nach einem neuen, spezifischen Rechtsschutz. Und wenn das Recht diesen neuen Bedürfnissen mit der Anerkennung neuer Rechtsobjekte folgte, so war der Beweggrund dieser Rechtsentwicklung die Berücksichtigung der immer mehr wettbewerblich gerichteten Stellung des geistig-schöpferisch Tätigen.

Die allmählich wachsende Betonung des ökonomischen Wertes der geistigen Arbeit ließ das Ergebnis der Leistung von einem Werke zu einem rechtlich besonders geschützten Gute werden. Dabei wurde der individuellen Absicht des geistig-schöpferisch Wirkenden keine Bedeutung zubemessen; auch die Schöpfung, die nur um ihrer selbst willen entstand, das heißt diejenige, die nicht für die Außenwelt, nicht zur wirtschaftlichen Verwertung bestimmt ist, genießt den besonderen Schutz. Es ist deshalb der individuelle Schutzanspruch nicht bedingt durch einen individuellen wettbewerblichen Willen. Durch den Wettbewerbsgedanken bedingt sind aber die Normen, die den Schutz im Einzelfall gewähren. Wäre das Moment des Wettbewerbs nicht vorhanden, so stände das ganze Rechtsgebiet im Leeren; es bestände aus Sätzen, die niemand anrufen würde. Da aber der Wettbewerb als überragende soziologische Erscheinung die Wirtschaft, die Geselligkeit, die berufliche Tätigkeit, überhaupt jedes menschliche Zusammenleben beherrscht, muß er auch ein Bestimmungs-

---

<sup>12)</sup> A. Streuli, Urheberrecht in der Schweiz, 1943, S. 7.

grund des Rechtes sein; und es ist ganz natürlich, daß er da, wo das Recht geistige Höchstleistungen zu regeln hat, erhöht vertreten ist<sup>13)</sup>).

Dies will aber nicht heißen, daß das Recht den Wettbewerbsgedanken in bestimmter Weise aufnehmen müsse, das positive, realisierte Recht durch ihn also a priori in bestimmtem Umfange beherrscht sei. So ist es durch den Wettbewerbsgedanken nicht bestimmt, welche Anforderungen das Recht an die Höhe des geistigen Schöpfungsaktes stellen soll, bevor es ihm den Schutz gewährt. Logisch wäre es zum Beispiel nicht undenkbar, daß auch das durchschnittliche handwerkliche Erzeugnis einen Schutz gegen Nachahmung und Ausnutzung genösse; denn auch die Herstellung eines Tisches oder Stuhles ist eine formende und erzeugende Tätigkeit, die sich hinsichtlich der Leistungshöhe von der Komposition einer Symphonie nur durch ein durchaus irrationales Werturteil unterscheiden läßt. Oder es wäre logisch auch durchführbar gewesen, nicht nur der Erfindung, sondern schon der Konstruktion den Patentschutz zu gewähren; sind doch die Übergänge zwischen den beiden Formen fließend und rein vernunftmäßig ebenfalls nicht zu erfassen<sup>14)</sup>. Einen so weitgehenden Schutzgedanken griff das positive Recht aber nicht auf, sondern es hat mitten durch die menschliche Produktivität eine Grenze gezogen: Das eine der beiden so geschaffenen Felder ist ausgefüllt durch die Durchschnitts-, die Allerweltsarbeit, einschließlich der konstruktiven technischen Tätigkeit; das andere Feld durch die Ergebnisse privilegierter geistiger Erlebnisvorgänge. Jene Erzeugnisse der Durchschnittstätigkeit sind grundsätzlich einem jeden zugänglich. Die übrigen genießen aber eine privilegierte Stellung; sie sind auf Zeit der Allgemeinheit entzogen und ausschließlich dem Nutzen ihres Schöpfers vorbehalten.

---

<sup>13)</sup> Elster, Juristische Wochenschrift 1930, Bd. II, S. 1654.

<sup>14)</sup> Jsay, a. a. O., S. 41.

Diese vom Rechte vorgenommene Grenzziehung ist kein Zufallswerk, sondern der Ausfluß einer auf dem Boden unserer Kultur erwachsenen Rechtsgestaltung.

Zusammenfassend mag man sagen, daß die Prioritäts- und Ausschlußrechte, welche dem Schöpfer geistig-technischer Werke verliehen sind, sich aus der abstrakten Schöpfung heraus nicht erklären lassen. Aus dieser wäre wohl das Eigentumsrecht des Schöpfers an dem Werkexemplar abzuleiten<sup>15)</sup>, nicht aber der Monopolschutz, den die persönliche Leistung außerhalb der Beziehungen von Eigentum und Forderung, Arbeit und Lohn, Sache und Preis genießt. Im Immateriellen schlechthin ist das Gut nicht enthalten, sondern letztlich ist das Immaterialgut bedingt durch den Wettbewerbsgedanken, der als steter Beweggrund den äußeren Menschen begleitet, und den das Recht deshalb allgemein in sein Werk hineinlegt und berücksichtigt.

II. In welche Beziehung setzen wir damit die geistig-gewerblichen Rechtsschutzgüter zum Wettbewerbsrecht (das heißt zum Wettbewerbsgesetz)?

Man spricht landläufig von den «Spezialgesetzen» des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes<sup>16)</sup>. Soll dies heißen, daß diese Gesetze spezielle Fragen regeln, während das Wettbewerbsrecht einen allgemeinen Schutz gegen unlauteres Geschäftsgebaren biete, so ist es zweifelsfrei richtig und auch ohne weiteres ersichtlich. Es ist aber wertlos, weil es sich mit dem Äußerlichen begnügt und nicht mehr ausspricht, als daß der faktische Anwendungsbereich des einen Gesetzes weiter ist als der des andern;

---

<sup>15)</sup> Unter der Voraussetzung allerdings, daß wir die Eigentumsordnung erkenntniskritisch begreifen.

<sup>16)</sup> Th. Weiß, *Die Concurrence déloyale*, 1894, S. 49 ff.; R. Pfister, *Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze*, Bern 1936; Botschaft des Bundesrates zum E eines BG über den unlauteren Wettbewerb, vom 3. November 1942, S. 9.

nichts ist damit über den logischen Aufbau des Ganzen und das Verhältnis seiner einzelnen Teile zueinander gesagt, welche ja eben zur Frage stehen. Geht man aber weiter und folgert aus den verschiedenen weiten Anwendungsbereichen der Gesetze ein Verhältnis der Überordnung des einen über die andern, in dem Sinne, daß Art. 48 OR oder jetzt die Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes eine allgemeine Norm, die Spezialgesetze deren spezielle Anwendungsformen wiedergeben<sup>17)</sup>, so ist dies falsch.

Es ist falsch, weil im Wettbewerbsgesetz nicht den Spezialgesetzen gemeinsame Begriffe und Normen gesammelt sind, wie etwa der allgemeine Teil des Strafbuches die Begriffe der Zurechnungsfähigkeit, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit für alle Delikte gemeinsam bestimmt<sup>18)</sup>, und weil ferner auch der Gedanke einer logischen Überordnung des Wettbewerbsgesetzes über die Spezialgesetze nicht zuträfe: Es ist im Wettbewerbsgesetz kein Satz zu finden, der für eine spezialrechtliche Norm logisch bedingend wäre, wie etwa die Bestimmungen über den möglichen Inhalt und die Form der Verträge für die einzelnen Vertragstypen logisch bedingend sind<sup>19)</sup>.

Allerdings berührt sich das Wettbewerbsrecht mit dem geistig-gewerblichen Rechtsschutz dort, wo eine eigentümliche geistige Schöpfung kaum mehr vorliegt, der Schutz gegen Nachahmung vielmehr auf der Kennzeichnungsfunktion des Schutzobjektes beruht. Dies trifft zu für das Markenrecht, das deshalb zum Wettbewerbsrecht in naher Beziehung steht<sup>20)</sup>. Das Markenrecht ist ein Aus-

<sup>17)</sup> So Pfister, a. a. O., S. 24 ff.

<sup>18)</sup> Burckhardt, System und Methode des Rechts, 1936, S. 115.

<sup>19)</sup> Burckhardt, a. a. O., S. 115—116.

<sup>20)</sup> Weshalb man das Markenrecht geradezu als Verengung des Wettbewerbsrechtes bezeichnet hat, vgl. A. Seligsohn, Kommentar zum Deutschen Warenzeichengesetz, 1925, S. 23; Callmann, Kommentar zum Deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1932, S. 67.

schnitt aus dem Gebiet des Kennzeichnungsschutzes<sup>21)</sup>, der durch Art. 1, Lit. d, G UW eine allgemeine Regelung erfahren hat. Solche Parallelen lassen sich indessen nicht überallhin verfolgen. Sie fehlen im Urheberrecht und Patentrecht, deren Privilegien sich aus den Normen des Wettbewerbsgesetzes nicht ableiten lassen. Urheber- und Patentrecht bezwecken nicht den Schutz der gewerblichen Beziehungen zur Kundschaft, sondern den Schutz der geistigen Schöpfung: des Schrift- und Kunstwerkes, der technischen Erfindung<sup>22)</sup>. Wie wollte man auch aus dem Wettbewerbsrecht die urheber- und patentrechtlichen Schutzfristen erklären? Oder den Gegensatz zwischen der Schutzlosigkeit der nicht patentierten Erfindung und dem durch das Patentrecht gewährten Prioritätsanspruch? Oder schließlich diesen Prioritätsanspruch selbst, der bedeutet, daß bei aller Wiederholbarkeit der technischen Leistung die rechtliche Wiederholung ausgeschlossen ist, daß also ein zweiter, der das Nämliche aus seinem Ur-eigensten ohne Kenntnis des Vorganges erfindet, ungeschützt bleibt? Ein Satz, der nur durch das Urheberrecht an der Erfindung zu erklären ist, das vom Patentrecht aufgesogen und verengert, gleichzeitig aber dadurch verstärkt wird, daß es einen vom Wettbewerbsrecht losgelösten, absoluten, wenn auch zeitlich begrenzten Schutz gewährt.

Die Beziehungen zwischen dem Wettbewerbsrecht und den sogenannten Spezialgesetzen sind deshalb andere: Es sind nicht solche der Über- und Unterordnung, auch nicht des Allgemeinen zum Speziellen, sondern richtig gesehen sind beide, die Spezialgesetze und das Wettbewerbsrecht, selbst Spezialisierungen und Verengungen eines größeren, umfassenden Rechtsgebietes; nicht sind also die Spezialgesetze Einzelanwendungen des Wettbewerbsrechtes. Allerdings ist das Wettbewerbsgesetz in seinem sachlichen An-

---

<sup>21)</sup> Richard Iklé, a. a. O., S. 110.

<sup>22)</sup> Richard Iklé, a. a. O., S. 109.

wendungsbereich umfassender als eines der anderen Gesetze, weshalb man letztere auch «Spezialgesetze» nannte. Dies kann aber — wie bemerkt — nur heißen, daß sie speziellere Fragen regeln als das Wettbewerbsgesetz; mehr kann es nicht besagen.

Welches sind die Merkmale dieses umfassenden Rechtsgebietes, dem die Spezialgesetze und das Wettbewerbsgesetz angehören?

Wenn man vom Urheberrecht über Muster-, Patent- und Markenrecht bis zum Wettbewerbsrecht von einem zusammenhängenden Gesamtgebiet spricht, erblickt man das Verbindende zunächst in dem überall wiederkehrenden Schutz der persönlichen und gewerblichen Tätigkeit und Leistung, seien es nun geistige oder technische Schöpfungen. Warenausstattungen, Warenmarken oder auch nur wirtschaftliche Maßnahmen und berufliche Beziehungen; denn auch letztere beruhen auf persönlichen Leistungen. Diese Werte, die damit vom Recht berücksichtigt werden, sind nach ihrer Höhe sehr verschieden; sie reichen von der Symphonie über den Roman und die technische Erfindung bis zur kennzeichnenden Warenausstattung. Es sind dies aber graduelle, keine fundamentalen Unterschiede und unterbrechen nicht jenes verbindende Moment, das jedem der erwähnten Gesetze eigen ist.

Ein solcher gemeinsamer Gedanke ist aber nicht nur auf der Seite der geschützten Werte, sondern auch auf der Seite der verletzenden und verpönten Handlung vorhanden.

Und zwar liegt hier das Verbindende im Moment des Wettbewerbes: Durch das ganze Rechtsgebiet zieht sich die Idee, daß eine Leistung nur gegen wettbewerbslich bestimmte Verletzungen geschützt sein soll. Dies ist für das Wettbewerbsrecht undiskutabel, da es ja gegen den unlauteren Wettbewerb schützen will. Der Gedanke ist aber zum Beispiel auch im Urheberrecht wirkend. Er ist deutlich an den Beschränkungen des urheberrechtlichen

Schutzes zu erkennen<sup>23)</sup>. Wenn Gerichtsentscheide, amtliche Gesetze und Erlasse, parlamentarische Reden ungeschützt bleiben<sup>24)</sup>, so beruht dies nicht auf ihrer Besonderheit als Geisteswerke, sondern darauf, daß sie außerhalb des privaten Verkehrs und Wettbewerbs entstanden sind und deshalb eine gegen sie gerichtete Wettbewerbsbehandlung begrifflich ausgeschlossen ist. Dies allein erklärt, weshalb es zum Beispiel zulässig ist, die Entscheidungen einer Gerichtsbehörde zusammenzustellen und sie ohne Entschädigung an die Verfasser zum eigenen wirtschaftlichen Nutzen zu verbreiten. Der Verfasser einer solchen Sammlung tritt eben wohl mit anderen Kompilatoren in Wettstreit, nicht aber mit dem Gericht beziehungsweise dessen Amtsträgern. Diese stehen gleichsam außerhalb des Wettbewerbs (*hors de concours*); was sie erzeugten, schufen sie nicht für ihre eigenen Zwecke, sondern als Träger staatlicher Hoheit für den Staat, für die Allgemeinheit. — Ähnlich sind auch die fernerer Begrenzungen des Urheberrechtes zu erklären: Unzulässig ist das «Plagiat», weil es geistigen Diebstahl, Anmaßung fremden immateriellen Gutes bedeutet, sich also gegen das geschützte Werk richtet<sup>25)</sup>. Zulässig sind hingegen Verwendungen und Entnahmen, die nicht unwahrhaftig und mißbräuchlich sind; also geringfügige auf die Verbreitung des Originalwerkes hinzielende Entnahmen und Zitate, ferner Zitate zu wissenschaftlichen Zwecken<sup>26)</sup>, Werkwiedergaben ohne Gewinnzweck zu eigenem, privatem Gebrauch<sup>27)</sup>. Alle diese Einschränkungen des urheberrechtlichen Schutzbereiches, denen sich noch weitere zugesellen ließen, sind nur aus dem Wettbewerbsgedanken, der ein bedingender Grund des Urheberrechts

---

<sup>23)</sup> Vgl. zum folgenden: Elster, Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 1926, S. 494.

<sup>24)</sup> URG Art. 23 und 24.

<sup>25)</sup> Röthlisberger, ZSR n. F., Bd. 36, S. 137.

<sup>26)</sup> Art. 26 URG.

<sup>27)</sup> Art. 22 URG.

ist, zu erklären<sup>28)</sup>. Aus der Frage nach der Wettbewerbsmäßigkeit der Nachahmungs- oder Benutzungshandlung ergibt sich gerade in schwierigen Grenzfragen des Urheberrechts die richtige Lösung<sup>29)</sup>.

Auch das Markenrecht zeigt den Wettbewerbsgedanken als bestimmenden Grund, so zum Beispiel schon darin, daß der Markenschutz nur innerhalb der Warengleichheit erteilt ist<sup>30)</sup>. Wenn also eine Radiomarkte als Radio- oder Grammophonmarke wiederkehrt, so bedeutet dies eine Verletzung des Rechtes; wenn sie aber als Schokoladenmarke oder als Buchtitel benützt wird, so ist das Recht nicht verletzt. Dieser Unterschied läßt sich nur daraus erklären, daß wohl im ersteren Fall der Gebrauch der fremden Marke ein Akt der Konkurrenzierung ist, nicht aber im zweiten<sup>31)</sup>.

Auch historisch läßt sich der Einfluß des Wettbewerbsmomentes verfolgen. Solange es nicht auftritt, ist der Rechtsschutz nicht oder jedenfalls nur latent vorhanden. Kommt es aber zum Beispiel infolge einer technischen Entwicklung zur Geltung, dann hinterläßt es in der Rechtsgestaltung augenblicklich Spuren. Ein Beispiel: Als der Rundfunk noch ein technisches Kuriosum war, wurde die

<sup>28)</sup> Vgl. auch Art. 11, Ziff. 10, des aURG vom 23. April 1883, wonach eine Verletzung des Urheberrechtes nicht begangen wurde «durch die Aufführung von dramatischen, musikalischen oder dramatisch-musikalischen Werken, welche ohne Absicht auf Gewinn veranstaltet wird, wenn auch aus derselben eine Einnahme zum Zwecke der Kostendeckung oder zugunsten eines wohlthätigen Zweckes erzielt wird»; vgl. ferner BGE 22, S. 415; 25 II, S. 533.

<sup>29)</sup> Wenn zum Beispiel das Bg in BGE 25 II, S. 964, ausführte, daß das (alte) URG die vollständige oder abgekürzte Wiedergabe eines Schriftwerkes nur dann verbiete, wenn die Wiedergabe geeignet sei, «das Originalwerk ganz oder teilweise zu ersetzen», ließ es sich anschaulich und richtig durch die Frage der Wettbewerbsmäßigkeit führen.

<sup>30)</sup> Art. 6, Abs. 3, MSchG.

<sup>31)</sup> Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, S. 28.

funkmäßige Übertragung von Schallplatten durch die Schallplattenhersteller ohne weiteres gestattet; ja diese glaubten, die Verbreitung durch Radio werbe für ihre Erzeugnisse, und überließen den Rundfunkgesellschaften die Platten sogar leihweise und unentgeltlich. Erst als der Schallplattenabsatz zurückging, begannen sie den Rundfunk als Konkurrenten zu betrachten. Das Verhältnis Schallplatte—Rundfunk wurde damit zum Problem, war aber bald kein Problem mehr, da die Rechtsprechung es verstand, die unzulängliche Wortfassung des Urheberrechtsgesetzes mittels dessen Grundgedanken zu ergänzen, also die Schallplattenindustrie gegen funkmäßige Wiedergabe ihrer Erzeugnisse schützte<sup>32)</sup>. So verflochten sich geistige Leistung, technische Errungenschaft und wettbewerblicher Interessenstreit zu einer Fortentwicklung des Rechtes.

III. Die vier sogenannten Spezialgesetze sind somit auf den Kategorien der geistig-technischen Schöpfung, der Nachahmung und Ausbeutung, des Wettbewerbsmomentes aufgebaut, das Wettbewerbsgesetz auf den Kategorien des Wettbewerbes, der Unwahrhaftigkeit, der Unlauterkeit. Während in den sogenannten Spezialgesetzen das wettbewerbliche Moment nur angedeutet ist, ist es im Wettbewerbsrecht beherrschend. Dagegen fehlt hier das Geistesgut als Objekt des Schutzes, wie überhaupt das Wettbewerbsrecht von einem bestimmten Objekt gelöst und höhere, umfassendere Gesichtspunkte zur Geltung bringt<sup>33)</sup>.

Daß eine Überordnung des einen Gesetzes über die anderen nicht besteht, bedeutet logischerweise, daß die einzelnen Schutzrechtsformen, die das objektive Recht scharf umrissen nebeneinander stellt, auf den nämlichen Tatbestand mehrfach Anwendung finden können. Wäre eines der Gesetze «lex generalis» zu den anderen, so wäre

---

<sup>32)</sup> BGE 62 II, S. 243; vgl. auch Gertrud Iklé, a. a. O., S. 57.

<sup>33)</sup> Germann, SJZ 1944, S. 288.

dies nicht ohne weiteres anzunehmen<sup>34)</sup>; stehen sich die Gesetze aber gleichwertig gegenüber, so gelten sie auch gleichwertig für jeden ihren Erfordernissen entsprechenden Tatbestand. Das heißt zunächst, daß jede der verschiedenartigen Seiten einer Gesamtgestaltung den Schutz eines besonderen Gesetzes genießen kann, zum Beispiel der Inhalt eines in Buchform herausgegebenen Schriftwerkes Urheberschutz gegen Nachdruck, die Ausgestaltung des Buches wettbewerblichen Ausstattungsschutz<sup>35)</sup>, technische Zeichnungen und Pläne ebenfalls Urheberschutz gegen Nachdruck<sup>36)</sup>, die durch diese Zeichnungen und Pläne ausgedrückte Erfindung Patentschutz. Die Gleichstellung der Gesetze bedeutet ferner auch, daß die verschiedenen Schutzformen hinsichtlich der gleichen objektiven Gestaltung konkurrieren können: Zum Beispiel schließt der Formalschutz des Muster- und Markenrechtes den Urheberschutz nicht aus; die künstlerisch gestalteten Muster und Marken sind in ihrer künstlerischen Eigenart auch nach Urheberrecht geschützt<sup>37)</sup>.

Bedeutsam wird dies bei Verletzungen eines Schutzrechtes. Das Streben des Berechtigten, den Eingriff des Verletzers unter allen Umständen auszuschalten, führt dazu, die einzelnen Schutzrechtsformen zu verbinden, das heißt die geistig-künstlerische, technische oder kennzeichnende Gestaltung nach Möglichkeit mehreren Schutzrechtsformen zu unterstellen. Vor allem wird dies in Fällen geschehen, die auf der Grenze eines bestimmten Schutzrechtes stehen und wo daher der Eingriff dieses nicht zweifelsfrei verletzt. Für solche Grenzfälle wird sich die

---

<sup>34)</sup> Pfister, a. a. O., S. 24 ff.; Hellwig, System des Zivilprozeßrechts, 1912, S. 323.

<sup>35)</sup> Elster, Überschneidung, Überschuß und Zwischengebilde innerhalb des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 1933, S. 537.

<sup>36)</sup> BGE 64 II, S. 162.

<sup>37)</sup> Art. 5 URG, BGE 68 II, S. 53 ff.; RGZ 76, S. 399; 124 S. 68; G. Benkard, Gesetzliche Schutzrechtsformen und ihre Beziehungen zueinander, GRUR 1932, S. 779.

Frage stellen, ob nicht bei Versagen des einen Gesetzes ein anderes den Schutz gewähre, oder ob sogar nicht mehrere nur annähernd genügende Verstöße gegen spezielle Schutznormen sich zu einem rechtlich beachtlichen Gesamtverstoß gegen den geistig-gewerblichen Rechtsschutz zusammensetzen können<sup>38)</sup>. Je mannigfaltiger die wissenschaftlichen, künstlerischen und technischen Schöpfungen sind, desto eher entstehen solche Grenzfälle und Zwischengestaltungen. Sie schaffen die schwierigsten und brennendsten Probleme des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes; es handelt sich um vom Recht nicht normierte Zwischenräume, in die aber die verschiedensten Schutzansprüche hineindrängen, als ob sich in ihnen doch allerlei Immaterialgut bewege. In welchem Maße ist deshalb diesem Drängen stattzugeben, das heißt, wie weit liegt eine gegenseitige Verstärkung und Ergänzung der Schutzrechte im Sinne der oben gezeichneten Ordnung des Gesamtgebietes?

Von überragender Bedeutung ist diese Frage für das Wettbewerbsrecht. Sie geht dahin, ob und inwieweit das Wettbewerbsgesetz berufen sei, mit seiner Generalklausel oder mit einem seiner Spezialtatbestände ergänzend in die Spezialgesetze einzugreifen.

Einfach beantwortet sich die Frage, soweit sie die Spezialtatbestände Lit. a—c, e—h des Art. 1 UWG betrifft. Wenn das Gesetz damit sieben spezielle Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs heraushebt, als da sind: Anschwärzung von Konkurrenten, Benutzung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen, Bestechung zwecks Erlangung von Vorteilen gegenüber der Konkurrenz, Verleitung des Personals von Mitbewerbern zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Verwertung und Verbreitung solcher Geheimnisse, Verletzung von Arbeitsbedingungen, so sind damit Normen gegeben, die im Verhältnis zu den Spezialgesetzen zu keinen Konflikten führen werden. Ist zum Beispiel der Art. 1, Lit. f, UWG (Auskundschaftung

---

<sup>38)</sup> Elster, GRUR 1933, S. 537.

von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen) erfüllt, so liegt unlauterer Wettbewerb vor, ohne daß die eventuelle weitere Frage, ob auch eine Patent- oder Urheberrechtsverletzung stattgefunden habe, dadurch berührt würde; und umgekehrt.

Begibt man sich aber auf den Boden der Generalklausel oder des Art. 1, Lit. d des Wettbewerbsgesetzes (Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen eines andern), so ergeben sich Schwierigkeiten. Es mag zum Beispiel einem Schriftwerk wegen mangelnder Schöpfungshöhe der urheberrechtliche Schutz versagt sein<sup>39)</sup>, aber der von fremder Hand ins Werk gesetzte Nachdruck doch stoßend erscheinen. Darf dann der Richter etwa argumentieren: «Wenn ein urheberrechtlich geschütztes Werk auch nicht vorliegt und ein Urheberrecht deshalb nicht verletzt sein kann, so hat mir das Wettbewerbsgesetz doch mit dem Prinzip, daß die Mittel des Wettbewerbs nicht mit dem Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘ unvereinbar sein dürfen, ein selbständiges normatives Kriterium gegeben, das mich auf mein Werturteil verweist; also bewerte ich den Akt des Nachdruckes als einen Verstoß gegen jenes Prinzip»? Oder es mögen im Falle der Nachahmung eines künstlerisch gestalteten, aber dem künstlerischen Urheberrecht nicht genügenden Erzeugnisses Original und Kopie sich wie ein Ei dem andern ähnlich sein<sup>40)</sup>. Darf dann der Richter wegen der dadurch im Verkehr entstehenden Verwechslungsgefahr die Nachahmung trotz urheberrechtlicher Zulässigkeit auf Grund von Art. 1, Lit. d, UWG verbieten? Darf er ferner so vorgehen, wenn eine nicht patentierte technische Konstruktion auf den Millimeter genau kopiert wird<sup>41)</sup>?

<sup>39)</sup> BGE 21, S. 1125; 34 II, S. 745; BIZR 17, Nr. 180; 31, Nr. 150; 33, Nr. 74; Urteil des Appellationsgerichtshofes des Kantons Bern vom 28. November 1940, in Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht (Ufita), Bd. 14, S. 264.

<sup>40)</sup> RGZ 111, S. 254; 115, S. 180.

<sup>41)</sup> BGE 57 II, S. 459; BIZR 38, Nr. 6.

Dies wären Bemühungen, die Lösung auf Grund des Wettbewerbsgesetzes zu finden.

Der Richter könnte aber auch versuchen, jede dieser Fragen aus der von dem betreffenden Spezialgesetz selbst geschaffenen Ordnung zu entscheiden. Er würde überlegen, daß das Patentgesetz die patentierte Erfindung schützt; also genieße die nicht patentierte Erfindung oder die bloße Konstruktion den Schutz eben nicht. Mit einem analogen Schluß würde er auch finden, daß das Adreßbuch, welches nach Urheberrecht nicht geschützt ist, der Nachahmung offenstehe usw. Eine solche logische Schlußfolgerung wäre aber ungenügend; es können ihr mit gutem Grund widersprechende, ethisch-sachliche Momente entgegengesetzt werden, nämlich diejenigen, welche dem Richter — wie oben dargestellt — durch das Wettbewerbsgesetz an die Hand gegeben sind. Denn wie ist es zum Beispiel, wenn der maßgetreue Nachbau einer patentrechtlich nicht geschützten Maschine nicht nur das Arbeitsergebnis von Wochen, sondern von Monaten, ja Jahren ausbeutet? Die Frage ist schon oft gestellt und bei weitem nicht übereinstimmend beantwortet worden, was an sich schon das Ungenügen der bloß formal-logischen Rechtsgewinnung bewiese.

Es wäre denkbar, daß das Gesetz die Lösung vermitteln würde; zum Beispiel durch einen Spezialtatbestand des Wettbewerbsgesetzes, wonach die eine Verwechslungsgefahr schaffende oder die übermäßige Nachahmung unlauter und daher verboten sei; oder es könnte im Urheberrechtsgesetz als unstatthaft erklärt sein, das durch Ablauf der Schutzfrist freigewordene Druckwerk im Obralverfahren durch photographische Reproduktion zu vervielfältigen und damit die ganze kostspielige Setz- und Stcharbeit zu ersparen; oder das Patentgesetz könnte bei grundsätzlicher Zulässigkeit des Nachbaues patentfreier Maschinen verbieten, das Original einfach abzugießen und den Abguß zur eigenen Produktion zu verwenden; überhaupt könnte der Nachahmer generell verpflichtet sein,

das technische Verfahren des Originalherstellers zu verwenden, nicht ein anderes, billigeres<sup>42)</sup>).

Das Gesetz oder besser: die Gesetze haben aber über diese Einzelfragen nichts entschieden. Und da es Fragen sind, auf die methodisches Denken führen muß und die logisch unausweichlich zu beantworten sind, haben die Gesetze ihre Aufgabe nicht vollständig erfüllt. Sie haben innerhalb des von ihnen geschaffenen Rahmens nicht alle Berechtigungen und Verpflichtungen verteilt; ihr System enthält eine Lücke<sup>43)</sup>.

Was aber lückenhaft ist, läßt sich nicht logisch, ohne Prüfung des Sinnes ausfüllen, sondern entscheiden können nur sachlich-ethische Gründe; das heißt die Gründe des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes überhaupt, die durch seine Normen ausgesprochenen Gedanken. Dies würde zur nächsten, zur grundlegenden Frage führen, welches diese Gedanken sind; also zur Frage nach der Idee des ganzen Rechtsgebietes.

Allein es scheint nützlicher, zunächst von der Stellungnahme der praktischen Rechtsanwendung Kenntnis zu nehmen.

Das Bundesgericht hat in jahrzehntelanger Praxis und in stereotyper Ausdrucksweise entschieden, «daß die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht die Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über Haftung aus unerlaubter Handlung und insbesondere über den unlauteren Wettbewerb nur insoweit ausschließen, als sie die Materie erschöpfend regeln und namentlich gegenüber dem gemeinen Recht einen erhöhten Rechtsschutz gewähren. Handlungen, die nicht durch die Spezialgesetze untersagt, den untersagten Tatbeständen aber ähnlich sind und die Voraussetzungen un-

---

<sup>42)</sup> Vgl. J. L. Seligsohn, Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt?, GRUR 1926, S. 246.

<sup>43)</sup> Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, 1925, S. 16.

erlaubter Handlungen nach Art. 41 ff. OR aufweisen, können auf Grund dieser Bestimmungen verfolgt werden<sup>44)</sup> <sup>45)</sup>.

Sehen wir richtig, so sind diese Sätze wenig besagend. Wenn das Bundesgericht den Spezialgesetzen eine ausschließliche Geltung insoweit zuspricht, «als sie die Materie erschöpfend regeln und namentlich gegenüber dem gemeinen Recht einen erhöhten Rechtsschutz gewähren», so ist dies zwar richtig; aber es sagt nur, was von vorneherein klar sein muß, nämlich daß die spezialrechtlichen Normen auf dem von ihnen abschließend geregelten Gebiet die wettbewerbsrechtlichen Normen ausschließen; nicht aber sagt es, welche Regelung für einen Tatbestand gelte, der gegen die Spezialgesetze hinneigt, von ihnen aber nicht völlig erfaßt wird (zum Beispiel mangels Erfindungshöhe, mangels urheberrechtlicher Werkeigenschaft oder mangels eines spezialrechtlichen Verletzungstatbestandes); und dies allein ist doch problematisch. — Unergibig ist auch der weitere Satz des Bundesgerichtes, «daß Handlungen, die nicht durch die Spezialgesetze untersagt, den untersagten Tatbeständen aber ähnlich sind und die Voraussetzungen unerlaubter Handlungen nach OR 41 ff. aufweisen, auf Grund dieser Bestimmungen verfolgt werden können»; denn er sagt nur, daß die Art. 41 ff. OR den mangelnden spezialrechtlichen Schutz ersetzen können; was aber eben problematisch ist und uns nicht gesagt wird,

---

<sup>44)</sup> BGE 54 II, S. 63; ferner 37 II, S. 172; 38 II, S. 701; 52 II, S. 171; 57 II, S. 457; 60 II, S. 69; vgl. Th. Weiß, a. a. O., S. 54 ff.; A. Wieland, SJZ Bd. 23, S. 211; Pfister, a. a. O., S. 4 ff.; v. Waldkirch, ZSR n. F. Bd. 53, S. 184a ff.

<sup>45)</sup> Vgl. die entsprechende Formulierung des Reichsgerichtes in RGZ 115, S. 184: «Neben den besonderen Bestimmungen der gewerblichen Schutzgesetze stehen ergänzend die des allgemeinen bürgerlichen Rechts und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; nur soweit jenes Sonderrecht die Anwendung dieser ergänzenden Vorschriften ausdrücklich oder sinngemäß ausschließt, muß sie unterbleiben». Ferner: RGZ 73, S. 296; 77, S. 432; 79, S. 417; 83, S. 389; 88, S. 86; 100, S. 8; 111, S. 256.

sind die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen sie ihn ersetzen.

IV. Um diese Frage zu beantworten, ist es nützlich, sie in zwei Unterfragen zu spalten.

1. Fraglich kann nämlich sein, wie weit die von den Spezialgesetzen normierten Verletzungstatbestände,
2. und ferner, wie weit die von den Spezialgesetzen geschaffenen Schutzgüter ausschließend zu denken sind.

1. Der Sinn jener ersten Frage ergibt sich daraus, daß durch die Spezialgesetzgebung nicht besondere Leistungen durch irgendeinen, sondern durch einen besonderen, erhöhten, andererseits aber tatbeständlich beschränkten Rechtsschutz ausgezeichnet sind. Oder es ist die Rechtsprechung, die gewisse Eingriffe aus dem Kreis des besonders geordneten Rechtsschutzes wegweist.

Dabei findet sich durchgehend der Gedanke, daß nur ein Formschutz, das heißt nur ein Schutz des konkreten Ausdrucks der Idee, nicht der Idee selbst, gegeben sein soll.

Im Urheberrecht zeigt sich diese Beschränkung in dem in Art. 42 URG aufgezeichneten Kreis der Verletzungshandlungen. Der Urheber ist nicht gegen jede Ausbeutung seines Werkes geschützt, sondern nur gegen die spezifisch urheberrechtswidrige Ausbeutung: das heißt gegen Ausbeutung durch Wiedergabe, öffentliche Darbietung, Inverkehrbringen des Werkes. «Wiedergabe» im Sinne des Gesetzes ist dabei nur die werkmässige Wiedergabe, das heißt die ganze oder teilweise Wiedergabe ohne Änderung der Form<sup>46)</sup>. Die Ausdrucksmittel mögen wechseln: Übersetzung oder Dramatisierung des Romanes, Verfilmung des Bühnenstückes usw., und doch bleibt die Unzulässigkeit. Wandelt sich aber auch die innere Form, die dem Werk das Gepräge gibt und das Werk als solches ausmacht, so

<sup>46)</sup> BGE 64 II, S. 168.

ist das so Gewandelte nicht eine urheberrechtlich unzulässige Wiedergabe, sondern eine neue selbständige Schöpfung, die das am verwendeten Werk bestehende Urheberrecht nicht verletzen kann<sup>47)</sup>. Urheberrechtlich nicht verboten ist also die Benutzung von veröffentlichten Organisationsmethoden bei der Gestaltung des Betriebes, von Logarithmentafeln, Tabellen und Formeln als Hilfsmittel der technischen Konstruktion<sup>48)</sup> oder von wissenschaftlichen Werken in Handel und Industrie, mögen dadurch auch Summen erspart oder verdient werden, die den Nutzen des Autors selber um ein Vielfaches übersteigen<sup>49)</sup>.

Auf dem Gebiet des Markenrechts war es die Gerichtspraxis, die den Kreis der Markenrechtsdelikte einschränkte: Ein Verstoß gegen das MSchG liegt nur dann vor, wenn die geschützte Marke wiederum als Marke verwendet, das heißt mit der Ware oder deren Verpackung verbunden wird. Jede andere Verwendung des Zeichens wird durch das MSchG nicht berührt, also nicht die Verwendung in Prospekten, Inseraten, Fakturen usw. oder im mündlichen Verkehr<sup>50)</sup>.

Wie weit ist nun dieser begrenzte spezialrechtliche Schutz durch einen wettbewerblichen Schutz zu ergänzen?

Was das Urheberrecht betrifft, muß die nicht werkmäßige, also nach Urheberrecht gestattete Ausbeutung auch nach Wettbewerbsrecht zulässig sein, mag die Ausbeutung auch eine unverhältnismäßige Bereicherung bedeuten; denn letztere Konsequenz ist vom Urheberrecht eben in Kauf genommen und deshalb auch durch das Wett-

---

<sup>47)</sup> Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, S. 103.

<sup>48)</sup> BGE 64 II, S. 166.

<sup>49)</sup> Dies ist ein Prinzip des Urheberrechtes. Praktisch ist es kaum durch ein anderes ersetzbar. Es ist auch nur ein Ausschnitt aus dem Gesamtproblem der Bewertung geistiger Arbeit, das nie dringender bestand als heute.

<sup>50)</sup> Matter, Kommentar zum MSchG, 1939, S. 48, S. 224; BGE 11, S. 53; 20, S. 898; 30 II, S. 594; 50 II, S. 201; 58 II, S. 170.

bewerbsrecht zu billigen. Anders wäre bloß zu entscheiden, wenn zu der Ausbeutung ein außerhalb des Urheberrechtes liegendes, vom Wettbewerbsrecht aber verpöntes Merkmal hinzuträte, zum Beispiel wenn die Ausbeutung zugleich eine Verletzung und Verwertung von Fabrikationsgeheimnissen darstellte<sup>51)</sup>.

Was das Markenrecht angeht, ist die Lage an sich gleich: Ein nicht markenmäßiger, also nach Markenrecht gestatteter Gebrauch eines fremden Warenzeichens ist nicht ohne weiteres nach Wettbewerbsrecht verboten. Nur ist es ungleich wahrscheinlicher, daß er einer Verbotsnorm des Wettbewerbsrechtes unterfallen wird. Fast immer wird eine Täuschungs-, beziehungsweise Verwechslungsgefahr entstehen, auf deren Unterbindung das Wettbewerbsrecht ja ganz besonders hinzielt<sup>52)</sup>.

2. Damit gelangen wir zur zweiten der oben gestellten Fragen, zu der Frage, wie weit die von den Spezialgesetzen geschaffenen Schutzgüter ausschließend zu denken sind; ob und unter welchen Voraussetzungen über den Schutz der Spezialgesetze hinaus sich aus dem Wettbewerbsrecht ein allgemeiner Leistungsschutz ergibt; wie weit also außerhalb des Rahmens der Sondergesetze — wenn die Voraussetzungen der besonderen Schutzrechte nicht voll erfüllt sind — ein Schutz schöpferischer Arbeitsleistung gegen Nachahmung und Ausbeutung zu schaffen ist.

Diese Frage ist die schwierigste des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes.

Sie geht, praktisch gesehen, dahin, wieweit ein Gegenstand, das heißt eine Maschine, ein Apparat, ein Schrift- oder Kunstwerk, an dem ein Sonderschutz nicht besteht, in allen seinen Einzelheiten nachgebildet und in Verkehr gesetzt werden darf. Sie stellt sich, wenn der Schutz eines Spezialgesetzes mangels Erwirkung des Formalrechtes oder wegen zu geringer Schöpfungshöhe versagt, das Ganze nach

<sup>51)</sup> BGE 64 II, S. 162.

<sup>52)</sup> Art. 1, Lit. d, UWG; BGE 11, S. 53; 20, S. 898; 30 II, S. 599; 55 II, S. 253.

seinem Inhalt aber doch so nahe an den Schutzbereich der Sondergesetzgebung heranreicht, daß ein durchschnittliches Rechtsempfinden einen Schutz postulieren mag. Ferner stellt sie sich, wenn ein Sonderschutz zwar bestand, aber infolge Fristablauf erloschen ist. Es ist also für die Problemstellung unerheblich, ob der Sonderschutz deshalb versagt, weil ein solcher Schutz überhaupt von Anfang an nicht bestand oder weil das ursprünglich bestehende Urheber-, Patent- oder Musterrecht abgelaufen ist. Auch spielt es keine Rolle, ob ein Formalschutz objektiv hätte erwirkt werden können oder mangels der erforderlichen Voraussetzungen ausgeschlossen war; ist zum Beispiel der Nachbau einer nicht geschützten Maschine umstritten, so ist es deshalb nebensächlich, ob der Patentschutz abgelaufen ist oder nie bestand und ob er objektiv erwirkbar gewesen wäre oder nicht.

Das Deutsche Schrifttum <sup>53)</sup> konnte an eine lange Reihe

---

<sup>53)</sup> Zum Beispiel Benjamin, Schutz vor dem Erfinder, GRUR 1925, S. 36, S. 111; Osterrieth, Das Nachbauen von Maschinen, GRUR 1925, S. 131; H. Jsay, Der Nachbau patentfreier Maschinen, GRUR 1926, S. 83; Benjamin, Der Nachbau patentfreier Maschinen, GRUR 1926, S. 186; J. L. Seligsohn, Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt?, GRUR 1926, S. 240; H. Isay, Der Nachbau patentfreier Maschinen, GRUR 1926, S. 253; R. Callmann, Sittenwidrige Ausnutzung fremder Arbeit, GRUR 1928, S. 251; H. Jsay, § 1 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 1928, S. 421; R. Callmann, Das Reichsgericht zum Problem des «sklavischen Nachbaus», GRUR 1928, S. 430; Benjamin, Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen, GRUR 1929, S. 649; Smoschewer, Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen, GRUR 1929, S. 381; v. Moser, Die sklavische Nachahmung nicht geschützter Modelle und Maschinenteile, GRUR 1930, S. 667; Gewiese, Die Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten und der sogenannte sklavische Nachbau im Wettbewerbsrecht, GRUR 1935, S. 633; Röber, Der Schutz von Skalen und Kurvenbildern, GRUR 1937, S. 270; Hoffmann, Werk, Leistung, Wettbewerb, GRUR 1940, S. 468; Elster, Vom Rechtsschutz an Logarithmenpapieren, Ufita, Bd. 15, S. 195.

von Urteilen des Reichsgerichtes und der Instanzgerichte<sup>54)</sup> anknüpfen. Die schweizerische Rechtsprechung ist notwendig auch auf diesem Gebiete weniger umfassend. Zwei Entscheide des Bundesgerichtes und des Zürcher Obergerichtes erscheinen wegen ihrer Problematik besonders bedeutsam:

Das Bundesgericht hatte sich in BGE 57 II, S. 457, mit der Nachahmung eines gewisse Eigenschaften aufweisenden Uhrwerkes zu befassen, das jedoch nicht durch Patent geschützt war. Die Nachahmerin brachte das nachgeahmte Uhrwerk in ihren eigenen Schalen in den Handel. Das Bundesgericht schützte die Klage, indem es ausführte: Daß sich die Beklagte die von der Klägerin durch kostspielige Versuche gesammelten Erfahrungen zunutze gemacht hat, möge an sich zutreffen. «Doch kann dieser Umstand allein nicht genügen, um eine Nachahmung deshalb als unlauter und somit unerlaubt erscheinen zu lassen. — Damit ist indessen über das Schicksal der Klage nicht entschieden. — Sie (die Beklagte) fabriziert die streitige Uhr, um sie in den Handel zu bringen, und die Klägerin behauptet nun, daß angesichts der weitgehenden Übereinstimmung der beiden Werke eine Verwechslungsgefahr geschaffen worden sei, durch die sie, die Klägerin, in ihrer Kundschaft beeinträchtigt werde. Die Klägerin stützt sich hiebei auf den vom Bundesgericht in ständiger Praxis anerkannten Grundsatz, wonach der Vertrieb von

---

<sup>54)</sup> Einige von vielen: Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 8. Mai 1923, in *Markenschutz und Wettbewerb*, Bd. 24, S. 45 (Nachbau der Alfa-Milchseparatoren); Urteil des Kammergerichtes vom 3. Dezember 1924, in *GRUR* 1925, S. 40 (Nachbau der sogenannten Multigraph-Rotationsmaschinen); Urteil des Reichsgerichtes vom 11. Juli 1925, in *GRUR* 1925, S. 280 (Nachahmung der Käthe-Kruse-Puppen); RGZ 100, S. 250 (Nachbau eines Gas-messergehäuses); RGZ 115, S. 180 (Nachahmung von Gummipuppen); RGZ 120, S. 97 (Nachahmung von Huthaken); RGZ 135, S. 385 (Nachahmung von Kranzblumen); Urteil des Reichsgerichtes vom 16. März 1940, in *GRUR* 1940, S. 489 (Nachbau eines Wein-Filters).

Produkten, die zufolge ihrer täuschenden Ähnlichkeit mit anderweitigen Erzeugnissen — zu einer Irreführung des Publikums geeignet sind, als unlauter und daher unerlaubt bezeichnet werden muß. Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß bei jeder Verwechslungsmöglichkeit der Vertrieb von Nachahmungen unerlaubt sei. Sofern und soweit die Nachahmung im Interesse des dem fraglichen Erzeugnisse innewohnenden Gebrauschszweckes erfolgte, muß eine hiedurch begründete Verwechslungsgefahr in den Kauf genommen werden. — Dagegen liegt ein unlauteres Verhalten dann vor, wenn ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszweckes die Möglichkeit einer Unterscheidung, sei es durch besondere Bezeichnung, Ausstattung oder Ausgestaltung, gegeben wäre und der Nachahmer trotzdem eine abweichende Gestaltung unterlassen hat.»

Das Zürcher Handelsgericht hatte in BIZR 38, Nr. 6, über den maßgetreuen Nachbau eines weder durch Erfindungspatent noch durch Muster-Modellschutz geschützten Anschlußsteckers zu befinden. Auch es schützte die Klage und führte dazu aus: «Da die Nachahmung eines gemeinfreien, keinem Sonderrechtsschutz unterstellten Erzeugnisses wie schon erwähnt grundsätzlich erlaubt ist, kann sie nicht für sich allein als gegen Treu und Glauben verstoßend im Sinne von Art. 48 OR betrachtet werden. — Dies muß auch bei einem für den Markt bestimmten Erzeugnis gelten, sofern dessen Gebrauchszweck nicht anders erreicht werden kann als durch Gleichgestaltung mit dem früheren, dem gleichen Zweck dienenden Produkt anderer Herkunft. — Anders verhält es sich aber, wenn ein Zwang hiezu nicht besteht. Sind verschiedene Formgebungen und Ausführungen möglich, so gilt es als ein Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, daß der spätere Hersteller eine Ausführung wählt, die sein Produkt deutlich von dem des anderen Produzenten unterscheidet, sofern der Ausgestaltung dieses früheren Erzeugnisses eine individualisierende Wirkung zukommt. — Die Fassung des Gesetzes geht weiter. Es spricht von einer Bedrohung der

Kundschaft durch Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen ganz allgemein. Daher kommt es im Unterschied zum markenrechtlichen Streit hier nicht nur auf die Verwechslungsgefahr, sondern allgemein darauf an, ob die als unlauter zu bezeichnende Nachahmung der Beklagten dazu dient, auf irgendeine Art in den Kreis der Kundschaft der Klägerin einzudringen. Dies braucht nicht unbedingt dadurch zu geschehen, daß ein Irrtum der Kundschaft über den Herkunftsort des neuen Produktes ausgenutzt wird. Denkbar ist auch, daß sich die Beklagte vermittlels der Nachahmung Vorteile sichert bei Kunden, denen gegenüber sie sogar ausdrücklich die Tatsache der verschiedenen Herkunft der Produkte ins Feld führt. Dies wird sie vor allem bei einer Preisunterbietung tun. — Die Beklagte hat sich erhebliche Entwicklungs- und Einführungskosten ersparen können. — Ihren Vorsprung im Wettbewerb verdankt sie also nicht ihrer eigenen Leistung, sondern der Aneignung derjenigen des Konkurrenten, dessen Preise sie nun unterbietet. Soll die sie durch Art. 48 OR erstrebte Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes nicht lückenhaft sein, so muß gerade diese Art des Geschäftsgebarens davon erfaßt werden <sup>55)</sup>.)»

---

<sup>55)</sup> Das Urteil des OLG Dresden vom 8. Mai 1923 (MuW Bd. 24, S. 45) im Falle der Alfa-Milchseparatoren, durch das in Deutschland die Diskussion um den Nachbau schutzfreier Maschinen recht eigentlich angehoben wurde, beruhte im wesentlichen auf der Feststellung von Täuschungsabsicht und Verwechslungsgefahr. Nach dem sogenannten Multigraph-Urteil des Kammergerichts vom 3. Dezember 1924 (GRUR 1925, S. 40) ist hingegen auch bei Fehlen von Täuschungsabsicht oder Verwechslungsgefahr der sklavische Nachbau einer schutzfreien Maschine sittenwidrig, wenn «der Wettbewerber sich auf diese Weise die Verwertung fremder Arbeit und Erfahrungen auch insoweit zunutze macht, als deren Verwendung durch die Art der betreffenden Maschine nicht bedingt ist, soweit es also der Gebrauchszweck der Maschine nicht gerade erheischt». Vor beiden Gerichten hatten die Beklagten geltend gemacht, daß sie die nachgemachte Maschine als die denkbar vollkommenste Lösung der technischen Aufgabe betrachteten und daß es daher unwirtschaftlich wäre, an ihrer Kon-

Ohne den Entscheid geradezu auf diese Überlegung zu stützen, wirft das Handelsgericht der Nachahmerin vor, sie habe sich durch die Nachahmung erhebliche Kosten ersparen können und verdanke daher ihren Vorsprung im Wettbewerb nicht ihrer eigenen Arbeit, sondern der Aneignung einer fremden Leistung. Das Handelsgericht vertritt damit den Gedanken, daß es einem lauterem Geschäftsgebaren widerspreche, die Arbeit und die Kosten, welche von fremder Seite auf die Durchbildung und Entwicklung eines Erzeugnisses aufgewendet wurden, zum eigenen Vorteil zu verwenden; daß also die Ausnutzung fremder Arbeit im wirtschaftlichen Kampf an sich etwas Unlauteres in sich berge.

Dieser Gedanke ist unberechtigt:

Wenn die privatrechtliche Zuständigkeitsordnung weitgehend durch die Idee des Privateigentums getragen ist, das heißt durch die Idee, daß demjenigen, der durch seinen Fleiß oder seine sonstigen produktiven Mittel einen neuen wirtschaftlichen Wert erzeugt, dieser Wert auch zustehen soll, also zu seinem Gute werde, so ist diese Idee nicht lückenlos durchgeführt. Schon nicht auf dem Gebiet der körperlichen Sachen: Man denke an die immer noch zunehmenden Beschränkungen des Eigentumsrechtes. Erst recht aber nicht auf dem Gebiet der unkörperlichen, immateriellen Werte: «Ideen sind gemeinfrei», heißt es nicht umsonst, weil sich eben auf dem Gebiet des Geistes die für die körperlichen Sachen bestehende Zuständigkeitsordnung nicht wiederfindet, sondern nur gleichsam wieder-

---

spiegelt; nämlich in ihren Grundgedanken gewendet er-struktion etwas zu ändern. Von beiden Gerichten aber wurden die Beklagten mit diesem Einwand nicht gehört. Die beiden Entscheide lösten im Deutschen Schrifttum einen wahren Sturm des Widerspruches aus (vgl. Benjamin, GRUR 1925, S. 36, S. 111; J. L. Seligsohn, GRUR 1926, S. 240; Osterrieth, GRUR 1925, S. 131; vgl. ferner Anm. 53). Die Diskussion setzte sich während zwei Jahrzehnten fort und verstummte erst gegen das Ende des zweiten Weltkrieges mit dem beginnenden Zerfall des deutschen Staates.

scheint: Während die Zuständigkeitsordnung über die körperlichen Werte davon ausgeht, daß das Erzeugte dem Erzeuger als sein Gut zufallen soll, beruht die Zuständigkeitsordnung über die immateriellen Werte auf dem entgegengesetzten Gedanken, daß das Geschaffene grundsätzlich der Allgemeinheit und nur das schöpferisch Geschaffene dem Schöpfer zukommen soll<sup>56)</sup>.

Dieses Ausschlußrecht des Schöpfers an seinem Werk ist späten Ursprungs. Den antiken Rechten und dem mittelalterlichen deutschen Recht war es unbekannt; erst mit dem neuzeitlichen sozialen und wirtschaftlichen Umbruch konnte der Gedanke Fuß fassen<sup>57)</sup>. Aber nicht im Sinne eines Ausschlußrechtes an der eigenen Leistung überhaupt. Dergestalt wäre er auch gänzlich abenteuerlich: Jeder Fortschritt beruht auf Erfindung und Nachahmung. «L'invention et l'imitation sont l'acte social élémentaire<sup>58)</sup>.» Schon die Erziehung des jungen Menschen ist eine Aufforderung zur Nachahmung des Guten und Richtigen, und wenn wir es überdenken, ist in der Tat alles, was wir aus unserer individuellen Eigenart zu leisten glauben, doch untrennbar verflochten mit den Ideen der übrigen Welt. Alle unsere Handlungen stehen auf den Schultern der Vergangenheit, jeder Gedanke ist verschwistert mit anderen<sup>59)</sup>, so daß es ganz undenkbar wäre, die Benutzung der vorhandenen Kulturgüter allgemein zu beschränken. Daraus entstünde eine derartige Fülle von Prioritätsrechten, eine so einschneidende Beengung der geistigen Bewegungsfreiheit, daß jeder kulturelle und wirtschaft-

<sup>56)</sup> Dies erkennt Smoschewer, GRUR 1929, S. 384/85.

<sup>57)</sup> H. Jsay, Kommentar zum Deutschen Patentgesetz, S. 19.

<sup>58)</sup> Gabriel Tarde, *Les lois de l'imitation*, 1895, S. 157.

<sup>59)</sup> Goethe im Gespräch mit Eckermann vom 12. Mai 1825: «Man spricht immer von Originalität, allein was will das sagen! Sowie wir geboren werden, fängt die Welt an, auf uns zu wirken, und das geht so fort bis ans Ende. Und überall! Was können wir denn unser Eigenes nennen als die Energie, die Kraft, das Wollen! Wenn ich sagen könnte, was ich alles großen Vorgängern und Mitlebenden schuldig geworden bin, so bliebe nicht viel übrig.»

liche Fortschritt unterbunden wäre. Man denke an die Folgen, zu denen eine Überspannung des Schutzes geistiger Leistung führen müßte. Da alle Gleichheit die Nachahmung bedingt: «Toutes les similitudes sont dues à des répétitions»<sup>60)</sup>, gäbe es dann keinen einheitlichen Baustil, keine einheitliche Gestaltung des Automobiles, des Fahrrades, unserer Bekleidung. Der von dem einen Fabrikanten verfertigte Hammer dürfte nicht gleich gestaltet sein wie der von einem andern verfertigte. Denn es müßte der zweite das Eisen anders gestalten als der erste, also zum Beispiel nicht viereckig, sondern rund; ein dritter hätte folgerichtig wiederum eine Besonderheit beizufügen<sup>61)</sup>; überhaupt dürfte kein Erzeugnis dem andern gleichen.

Eine solche Idee des absoluten Leistungsschutzes ist deshalb in keinem Rechte durchgedrungen. Nur für besondere Leistungen wurde ein Schutz verwirklicht.

Die Grenze aber, innerhalb welcher der freie Allgemeinnutzen auf Zeit dem Eigennutzen des Trägers der Leistung weichen muß, ist heute nach allen Seiten weit gezogen. Der Bestimmungsgrund des geistig-technischen Urheberrechtes war ursprünglich, daß die nach ihrer Tiefe über die gewöhnliche menschliche Kraft hinausreichende Ideenschöpfung gegen fremde Ausbeutung geschützt sein soll. Der schöpferisch begnadete Geist sollte für seine einmalige, die bisherige Kulturstufe erhöhende Tat durch ein Recht belohnt werden, welches der gewöhnlich veranlagte Mensch für seine gewöhnliche, durchschnittliche Allerweltsarbeit nicht beanspruchen darf<sup>62)</sup>.

Allein dieser Bestimmungsgrund verblaßte rasch:

Auf dem Gebiet des Urheberrechts erhielt den Schutz auch der kleine Gedanke, ja schon eine originelle äußere Anordnung von durchaus unschöpferischem Gedankengut. So wurden durch die Deutsche Rechtsprechung Kataloge, Adreßbücher, Telefonregister, Preisverzeichnisse, Pro-

---

<sup>60)</sup> G. Tarde, a. a. O., S. 15.

<sup>61)</sup> J. L. Seligsohn, GRUR 1926, S. 246.

<sup>62)</sup> J. L. Seligsohn, GRUR 1926, S. 244.

spekte, Börsenkurstabellen, Kochbücher, Gebrauchsanweisungen<sup>63)</sup> und neuerdings eine Letternschrift<sup>64)</sup> geschützt; durch die schweizerischen Gerichte: Kochbücher<sup>65)</sup>, prozessuale Rechtsschriften<sup>66)</sup>, Reklame- und Plakatzeichnungen<sup>67)</sup>, Stadtpläne<sup>68)</sup>, Ansichtskarten<sup>69)</sup>.

Daneben wurde unablässig daran gearbeitet, das Urheberrecht den neuen Arten künstlerisch-technischer Wiedergabe des Geisteswerkes anzupassen, und damit der Kreis der Urheberrechtsträger immer mehr erweitert. Zunächst wurde das Urheberrecht an der Photographie<sup>70)</sup> und an der Wiedergabe musikalischer Werke durch Spiel-dosen<sup>71)</sup> anerkannt. Dann wurde dem Schöpfer kinemato-graphischer Werke das Autorrecht zugebilligt<sup>72)</sup>, dem Komponisten wurde die Wiedergabe seiner Werke durch Schallplatten vorbehalten<sup>73)</sup>. Schließlich traten auch die reproduzierenden Künstler, der Sänger, Schauspieler, Musiker, die fremde Werke ohne bearbeitende Veränderung auf mechanischen Instrumenten (Schallplatten, Tonband) wiedergeben, in den Vordergrund und wurden in die Reihe der Urheber aufgenommen<sup>74)</sup>. Im Grunde unschöpferische Leistung trat damit in den Kreis des Gesetzes ein, das nach seinem eigentlichen Wesen den Schutz der schöpferischen Tat vermitteln sollte.

<sup>63)</sup> Vgl. RGZ 27, S. 21; 81, S. 122; 108, S. 62; 116, S. 292; RGSt 17, S. 195; 39, S. 100, S. 282; 41, S. 401; 43, S. 229; 46, S. 159; 48, S. 330.

<sup>64)</sup> Sogenannte Stefan-George-Schrift, Reichsgericht vom 7. Juli 1942, in Ufita, Bd. 15, S. 410.

<sup>65)</sup> BGE 19, S. 943.

<sup>66)</sup> BIZR 33, Nr. 43.

<sup>67)</sup> BGE 57 I, S. 62.

<sup>68)</sup> BGE 59 II, S. 401.

<sup>69)</sup> BGE 31 I, S. 132.

<sup>70)</sup> Art. 9a URG vom 23. April 1883, Art. 2 URG.

<sup>71)</sup> Art. 4, Abs. 2 URG.

<sup>72)</sup> Art. 14, Abs. 2, Berner Übereinkunft vom 13. Nov. 1908, BGE 41 II, S. 751.

<sup>73)</sup> BGE 53 I, S. 168, 331.

<sup>74)</sup> BGE 62 II, S. 243.

Eine analoge Entwicklung durchlief der Schutz des technischen Schaffens. Während die ältesten Patentgesetze in der Erfindung etwas Großes, Seltenes, Ungewöhnliches sahen<sup>75)</sup> und noch Joseph Kohler den Erfinder als das Genie feierte, dem der gewöhnliche Mensch zu dienen hat, «gegenüber dem ein Aufbäumen ebenso lächerlich wäre wie das Aufbäumen des Zwerges gegenüber dem Riesen»<sup>76)</sup>, ist heute der Begriff der Erfindung ein gänzlich verschiedener. In der kapitalistischen Welt werden alljährlich Hunderttausende von Patenten erteilt, und es versteht sich von selbst, daß in dieser «Inflation» des Patentwesens<sup>77)</sup> die technische Neuerung den Erfindungsschutz auch ohne etwas Ungewöhnliches an sich zu haben, also schon als normales Ergebnis technischer Arbeit, erlangt<sup>78)</sup>.

Auch das schweizerische Recht spiegelt diese Entwicklung. Das Anmeldeverfahren führte von vorneherein zu einer leichteren Patenterteilung. Das Bundesgericht stellte an die Erfindungshöhe außerordentlich geringe Anforderungen<sup>79)</sup>, derart geringe, daß im Kommentar Weidlich und Blum füglich zu lesen ist, daß «jeder technische Fortschritt, der sich nicht einfach als Folge einer konstruktiven, fachmännischen Tätigkeit darstellt, die Voraussetzungen für die Erteilung des schweizerischen Patentschutzes erfülle»<sup>80)</sup>. Indem somit der Patentschutz auch technischen Neuerungen zukam, die mit dem ursprünglichen Begriff der Erfindung nurmehr wenig gemeinsam haben, legte er einem gesunden, wünschenswerten Wettbewerb unnötige Hemmnisse auf und sank immer mehr aus der Sphäre des geistigen Wettstreites zu einem Mittel

---

<sup>75)</sup> Jsay, Kommentar zum Deutschen Patentgesetz, S. 66.

<sup>76)</sup> Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, S. 15.

<sup>77)</sup> Matter, ZSR n.F. Bd. 63, S. 15 a.

<sup>78)</sup> Matter, a. a. O., S. 34 a.

<sup>79)</sup> BGE 40 II, S. 137; 43 II, S. 524; 58 II, S. 271; 63 II, S. 277.

<sup>80)</sup> Weidlich und Blum, S. 85.

der wirtschaftlichen Konkurrenzierung hinab; anstatt mit Leistungen wird der industrielle Konkurrenzkampf vielfach mit Patenten geführt. Und wenn neuerdings das Bundesgericht, um dieser volkswirtschaftlich unerwünschten Entwicklung zu steuern, in verschiedenen Entscheiden die Tendenz zu strengeren Anforderungen bekundet <sup>81)</sup>, so ist dies kaum mehr als ein Halt, keine Umkehr <sup>82)</sup>.

Der urheberrechtliche Schutz erstreckt sich drei Jahrzehnte über den Tod des Autors hinaus; der Patentschutz wird dem Erfinder auf 15 Jahre erteilt. Bedenkt man dazu, daß ferner der Formalschutz der Muster und Modelle besteht, der auch den einfachsten auf den Schönheitssinn einwirkenden Formgebungen während 15 Jahren offen ist, und daß die Rechtsprechung allen neuartigen Schutzbedürfnissen stets überaus großzügig entgegengekommen ist, so erhellt deutlich, daß das Recht demjenigen, der auf irgendeinem Gebiete des Geistes etwas Neues und Außerordentliches vollbringt, die Früchte seiner Arbeit in reichlichem Maße zu eigen hält. Ja man wird sagen müssen, daß der Heimfall der geistigen Leistung an die Allgemeinheit, der jeder kulturellen und technischen Entwicklung Pate steht, durch diese Rechtsgestaltung oft fast zu sehr behindert und verzögert wird.

Wollte man über letzteres auch anders denken, so darf jedenfalls nicht in Zweifel stehen, daß die Ordnung der geistigen Monopolgüter durch den Gedanken getragen ist, daß neben ihnen weitere Monopole und Ausschlußrechte nicht bestehen sollen. Würde dieser Gedanke nicht anerkannt, so ergäbe sich die eigenartige Folge, daß eine beliebige Leistung einen Schutz erhielte, der die sonder-

<sup>81)</sup> BGE 59 II, S. 330; 61 II, S. 53; 63 II, S. 271.

<sup>82)</sup> Vgl. etwa BGE 63 II, S. 279: «Le Tribunal fédéral n'a jamais exigé que 'l'idée créatrice', nécessaire à l'existence d'une invention, fût une idée géniale. Il a protégé à maintes reprises de petites inventions, particulièrement dans la petite mécanique, à laquelle appartient l'horlogerie, et où il est naturel que, les possibilités d'invention restant d'ailleurs nombreuses, l'envergure de celles-ci soit réduite.»

rechtlichen Privilegien nach mehreren Seiten überträfe: Er wäre im Gegensatz zum Patent- und Musterschutz kostenlos und anders als alle künstlerischen und technischen Immaterialrechte unbefristet. Die Immaterialrechte würden also neben der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes überflüssig.

Sicherlich ist die Nachahmung und Ausbeutung fremder Arbeit für unser Empfinden etwas Unerfreuliches, etwas, was nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Sie ist das Zeichen einer geistigen Unterlegenheit, einer Schwäche, eines Ungenügens, und es mag als stoßend erscheinen, daß diese Unterlegenheit durch Benutzung einer fremden Leistung und dazu vielleicht zum Nachteil des Trägers dieser Leistung überwunden wird. Es mag also unser Rechtsgefühl die Ausnutzung verurteilen. Allein dieses ist ein durchaus irrationales Moment und kann deshalb für sich allein eine rationale Formel, das heißt eine Norm für die Entscheidung, nicht liefern. Vielmehr muß sich das Rechtsgefühl mit der praktischen Vernunft und der logischen Überlegung vereinen. Nur diese zusammen werden zu einem richtigen Entscheid führen, das heißt zu einem Entscheid, der in gleicher Weise die Prädikate des «Richtigen» und «Sicheren» verdient, also die Forderung nach Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erfüllt.

So gewonnen, kann der Entscheid aber nur dahin gehen, daß außerhalb des spezialrechtlichen Schutzes die Ausnutzung fremder Arbeit grundsätzlich erlaubt ist. Es ist eben zu bedenken, daß der überwiegende Teil unserer Tätigkeit ihren Zweck nicht in sich selbst trägt, sondern Mittel zur Förderung unserer praktischen Wohlfahrt ist, und daß deshalb für sie praktische Regeln Geltung besitzen. Vor allem die Regel, den sichersten und einfachsten Weg zu gehen, der zu einem erstrebten Ziel führt. Diese würde aber der Zwang verletzen, Schwierigkeiten zu überwinden, wo dies, weil ein einfacher und sicherer Weg zur Verfügung steht, nicht nötig wäre. Gerade in der Technik ist deshalb die Ausnutzung fremden Gedankengutes etwas durchaus

allgemeines. Sie ist die Regel. Ja die Ausnutzung aller gegebenen Möglichkeiten ist ein Begriffsmerkmal der Technik<sup>83)</sup>.

Der Satz von der Unlauterkeit der Ausnutzung fremder Arbeit, der im deutschen Recht immer wieder durchbrach<sup>84)</sup>, in der schweizerischen Rechtsprechung aber, soviel ich sehe, nur in dem obigen Urteil des Zürcher Handelsgerichtes ausgesprochen ist, ist deshalb falsch. Allein damit ist es nicht getan. Es ist zu versuchen, diesen Satz durch einen anderen oder mehrere andere zu ersetzen; denn daß die Ausbeutung bei aller grundsätzlichen Erlaubtheit unter bestimmten Umständen doch unerlaubt sein muß, ist bei näherer Prüfung unverkennbar.

Nun setzt die Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes voraus, daß durch die Rechtsprechung solche Normen gebildet werden. Sie selbst ist keine Norm im eigentlichen Sinn, sondern eine Blankettnorm, das heißt eine Norm ohne Tatbestand; also nicht ein ohne weiteres praktikabler Entscheidungssatz, sondern eine bestimmt gehaltene, an den Richter gerichtete Anweisung zur Rechtssetzung<sup>85)</sup>.

Dieser Anweisung sind das Bundesgericht und das Zürcher Handelsgericht auch nachgekommen. Sie haben für die Fälle, die sie zu entscheiden hatten, und damit auch für andere, ähnliche Fälle, gleich mehrere solcher Normen aufgestellt.

a) Das Handelsgericht bezeichnete als unlauter die Preisunterbietung, durch die die Beklagte den Vertrieb des nachgeahmten Apparates zu fördern suchte.

---

<sup>83)</sup> Benjamin, GRUR 1925, S. 37. §

<sup>84)</sup> Jsay, Kommentar zum Deutschen Patentgesetz, S. 26. Vgl. zum Beispiel Urteil des Reichsgerichtes vom 11. Juli 1925, in GRUR 1925, S. 280: «Es widerspräche dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und den Forderungen des redlichen Verkehrs und verstieße also gegen die guten Sitten, wenn sich die Beklagten im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Gedanken, die Arbeit und das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis der Klägerin zunutze machen würden.»

<sup>85)</sup> Germann, ZBJV 1936, S. 55.

Es stellte also eine Norm auf, die lautet:

«Niemand darf für ein Erzeugnis, das nach einem fremden Vorbild hergestellt wurde, einen niedrigeren Preis verlangen, als ihn der Originalhersteller für sein Erzeugnis verlangt.»

Diese Norm ist mit großer Bestimmtheit vorgebracht; aber ebenso bestimmt kann man feststellen, daß sie falsch ist:

Die Freiheit der Preisgestaltung ist ein Ausfluß des Systems der freien Konkurrenz, also der liberalen Wirtschaft. Solange diese besteht oder doch als Postulat gilt, ist jenes Prinzip zu bewahren. Das Bundesgericht hat an ihm auch stets festgehalten: Der Kaufmann ist Herr seiner Kalkulation und zum Gewinn nicht verpflichtet; deshalb ist auch die Preisunterbietung, die auf einer Unterschreitung der Selbstkosten beruht, nicht unlauter (BGE 52 II, S. 381, 57 II, S. 339). Nicht unlauter ist selbst eine Preisunterbietung, die nur durch den Vertragsbruch eines Kartellmitgliedes ermöglicht wurde (BGE 52 II, S. 370). Ja das Bundesgericht hat sogar ausgeführt, daß auch unerwünschte volkswirtschaftliche Folgen der Preisunterbietung durch den Richter nicht zu berücksichtigen seien: «Weil sich die Rechtsordnung nicht um die Richtigkeit des wirtschaftlichen Wollens der Rechtsgenossen bekümmert, kann es auch nicht Sache des Richters sein, alle angeblich ungünstigen Ausflüsse der freien Konkurrenz auf dem Boden des Zivilrechtes auszuschalten» (BGE 57 II, S. 340).

Wenn also der Kaufmann in der Gestaltung seiner Preise grundsätzlich frei ist, so kann unlauter nur die Unterbietung sein, welche selbst auf einer Rechtsverletzung beruht, sei es der Verletzung einer Spezialnorm des Wettbewerbsgesetzes <sup>86)</sup>, sei es eines sonstigen Rechtssatzes <sup>87)</sup>.

---

<sup>86)</sup> Zum Beispiel Art. 1, Lit. g (Auskundschaftung von Geschäftsgeheimnissen), Lit. h (Verletzung von Arbeitsbedingungen); vgl. Germann, SJZ 1944, S. 290.

<sup>87)</sup> Urteil des BG vom 23. Okt. 1945, in NZZ. Nr. 1630 vom 30. Okt. 1945: Unlauter eine durch die Verletzung von Clearingvorschriften ermöglichte Preisunterbietung.

Also nicht die Unterbietung, welche durch die von der Rechtsordnung gebilligte Nachahmung eines gemeinfreien Erzeugnisses ermöglicht wurde. Es wäre praktisch auch außerordentlich schwierig feststellbar, ob die niedrigere Preisgestaltung nur auf die durch die Nachahmung erreichte Ersparnis an Konstruktionsaufwendungen oder nicht auf eine überhaupt rationellere Betriebsgestaltung zurückzuführen sei. Und endlich ist sehr fraglich, ob derjenige, der den Preis seines Erzeugnisses um die durch die Nachahmung bedingte Ersparnis herabsetzt, mehr zu tadeln sei als der andere, der den Preis des Konkurrenten beibehält und um die Ersparnis seinen Gewinn erhöht. Würde man dem Nachahmer aber einen Mittelweg vorschreiben, also zwar eine Preisunterbietung, aber nicht im vollen Umfang der Ersparnis, so wäre dieser Weg ebensosehr (das heißt ebensowenig) verwerflich wie die beiden anderen; denn der Nachahmer könnte auch durch die ihm vorgeschriebene geringe Preisunterbietung seinen Konkurrenten vom Markt verdrängen und dazu einen Teil der Ersparnisse zu seinem Gewinne schlagen<sup>88)</sup>. Man käme also, wollte man die auf Nachahmung beruhende Preisunterbietung als unlauter betrachten, aus solchen Kreisschlüssen nicht heraus.

Wie könnte auch unlauter sein, was ein bewegendes Prinzip der Wirtschaft ist! Nachahmung heißt Normalisierung; diese bedeutet Erhöhung der Produktivität, Senkung der Gestehungskosten und der Preise. Es sind dies alles Tendenzen unserer Zeit, und es kann nicht die Aufgabe des Rechtes sein, sie zu unterdrücken. Die Wirtschaft wird es dem Rechte danken, wenn es ihr gestattet, das Bewährte vom Unbewährten zu scheiden, unrationelle Entwicklungsglieder zu überspringen und, einem natürlichen Gesetze folgend, die Preise dadurch stetig den sinkenden Gestehungskosten anzupassen.

b) Beide Gerichte, das Bundesgericht und das Zürcher Handelsgericht, betrachteten es ferner als unlauter, daß

<sup>88)</sup> Smoschewer, GRUR 1929, S. 388.

die Nachahmer es nicht unternommen hatten, einer Verwechslungsgefahr im Verkehr dadurch entgegenzusteuern, daß sie die in ihrer Gestaltung nicht zweckbedingten Teile des Erzeugnisses abweichend vom Original gestalteten.

Sie stellten damit also die folgende Norm auf:

«Niemand darf das Erzeugnis eines anderen so nachahmen und vertreiben, daß Original und Kopie im Verkehr verwechselt werden können. Besteht die Gefahr einer Verwechslung, so ist der Nachahmer gehalten, sein Erzeugnis soweit von dem Originalerzeugnis durch eine eigene Formgebung zu unterscheiden, als der Gebrauchszweck des Erzeugnisses nicht eine bestimmte Formgebung vorschreibt.»

Auch diese Norm ist unpraktikabel.

Wenn eine genaue Nachahmung an sich etwas Unerlaubtes nicht enthält, so kann auch die Verwechslungsgefahr die Nachahmung nicht unerlaubt machen. Denn daß zwei sich gleichende Erzeugnisse im Verkehr verwechselt werden können, ist selbstverständlich und kann nicht dadurch verhindert werden, daß man die Nachahmung als solche verbietet.

Ein Schutz gegen Verwechslungsgefahr ließe sich nur auf Grund des spezifischen, wettbewerbsrechtlichen Ausstattungsschutzes erreichen. Die Warenausstattung ist die Verkehrsgeltung besitzende, sinnfällige Gestaltung der Verpackung oder Aufmachung der Ware<sup>89)</sup>. Sie ist das umfassendste Kennzeichnungsmittel; alle äußerlichen Gestaltungen können ihr dienen, also auch die Ausgestaltung der Ware selbst.

Immer ist aber an der Einschränkung festgehalten worden, daß die Form, die für ein Erzeugnis technisch notwendig oder doch zweckmäßig ist, also eine «funktionelle» Bedeutung besitzt, nicht als Ausstattung monopolisiert

---

<sup>89)</sup> Sandreuter, ZSR 1944, S. 8, 17; BGE 37 II, S. 172; 55 II, S. 253; 61 II, S. 381; 69 II, S. 296.

werden kann<sup>90)</sup>. Diese Einschränkung ergibt sich zwar nicht aus dem Wesen des Ausstattungsschutzes selbst (der begrifflich auch auf technisch-funktionelle Gestaltungen ausgedehnt werden könnte), aber aus dem auch hier wirk-samen Gedanken, daß außerhalb des Patentschutzes die Möglichkeiten technischer Gestaltung der Allgemeinheit uneingeschränkt offen stehen sollen<sup>91)</sup>.

Dies sagte schon RGZ 69, S. 31: «Niemand kann eine technische Verbesserung, eine den Gebrauch und die Benutzung der Ware erleichternde Einrichtung als Ausstattung geschützt verlangen.» Aber auch das Bundesgericht anerkennt diesen Satz: «Eine solche (individualisierende) Wirkung der Verpackungsart ist aber überall da schlechterdings ausgeschlossen, wo sie einfach dem natürlichen Bedürfnis und allgemeinen Gebrauch . . . entspricht. . . . Das gewählte System der Schachteln ist . . . für Behältnisse von Gegenständen dieser Art und Form nichts Neues; es entspricht einem von vorneherein gegebenen praktischen Bedürfnis und kann, da es sich nicht etwa um eine gewerbliche Erfindung der Klägerin handelt, von dieser nicht monopolisiert werden» (BGE 46 II, S. 154)<sup>92)</sup>.

Schwierig ist aber die Abgrenzung, wann im Einzelfall eine Gestaltung zweckmäßig und daher dem Ausstattungsschutz unzugänglich ist und wann sie keinem praktischen Zwecke dient, also eine Ausstattungsfunktion erhalten kann.

Das Bundesgericht wie das Zürcher Handelsgericht operierten in ihren Entscheiden mit dem Gedanken, daß eine unterscheidende Gestaltung gewisser Teile des nachgeahmten Erzeugnisses ohne Beeinträchtigung ihres Gebrauchszweckes möglich gewesen wäre, gingen also davon aus, daß diese Teile, weil man ihren Zweck auch durch eine

---

<sup>90)</sup> Sandreuter, a.a.O., S. 9; H. Jsay, Zur Frage des Ausstattungsschutzes für Formen der Ware, GRUR 1926, S. 449.

<sup>91)</sup> Sandreuter, a.a.O., S. 9; Callmann, Kommentar zum Deutschen UWG, S. 493.

<sup>92)</sup> Ähnlich BGE 55 II, S. 66/67.

andere Ausführungsform erreichen könnte, nicht technisch bedingt seien<sup>93)</sup>.

Dieses Argument ist unschlüssig.

Fast immer gibt es nicht nur eine, sondern mehrere zweckmäßige Lösungen einer technischen Aufgabe; deshalb ist aber doch jede der Lösungen eine technische. Der Ingenieur und der Techniker sehen in erster Linie den technischen Zweck der Maschine oder des Apparates, sie bauen diese nicht mit dem Gedanken, sie durch irgendeine besondere, nicht technische Formgestaltung von anderen Erzeugnissen zu unterscheiden. Natürlich wählen sie eine Gestaltung und verzichten damit auf andere, an sich ebenfalls denkbare Formgebungen. Daß verschiedene Möglichkeiten der technischen Gestaltung bestehen, ist aber kein logisch schlüssiger Beweis dafür, daß die gewählte Gestaltung nicht technisch zweckmäßig sei. Solange diese den technischen Erfolg unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erstrebt, ist sie technisch bedingt und kann dem Ausstattungsschutz nicht zugänglich sein<sup>94)</sup>. Diesen könnte nur eine Gestaltung genießen, die überhaupt keinen technischen Zweck erfüllt, oder auch diejenige, die zwar eine technische Funktion besitzt, diese aber in einer wirtschaftlich unzureichenden, nur zum Zwecke der Kennzeichnung gewählten Form erfüllt<sup>95)</sup><sup>96)</sup>.

Geht man unter diesen Gesichtspunkten auf die beiden Entscheide des Bundesgerichtes und des Zürcher Handels-

---

<sup>93)</sup> So auch Germann, ZBJV 1936, S. 68.

<sup>94)</sup> Jsay, Kommentar zum Deutschen Patentgesetz, S. 25, GRUR 1926, S. 451.

<sup>95)</sup> Jsay, GRUR 1926, S. 452, a.M. Sandreuter, a.a.O., S. 10.

<sup>96)</sup> Zu weit geht deshalb der Satz in RGZ 69, S. 31: «Jede Flasche, wie immer sie geformt sein mag, dient dem in der Flasche verkörperten technischen Element. Dennoch kann eine Flasche mit charakteristischer Ausbauchung dann, wenn diese Ausbauchung nicht durch die Verwertung des technischen Elements bedingt ist, den Ausstattungsschutz genießen.» Vgl. Jsay, GRUR 1926, S. 452.

gerichtet ein, so wird man finden, daß keines der beiden nachgeahmten Erzeugnisse eine wettbewerbsrechtlich schutzwürdige Ausstattung aufwies: Ohnehin nicht das nachgemachte Uhrwerk, das für die Mehrzahl der Käufer und Benützer in der Uhrschale verborgen blieb<sup>97)</sup> und deshalb von vorneherein von einem Kennzeichnungsschutz ausgeschlossen war; aber auch nicht der Steckkasten mit Stecker, der in allen seinen Teilen eine durchaus normale, unauffällige und wirtschaftlich vorteilhafte Lösung der technischen Aufgabe darstellte.

Nun hatte im Falle, den das Handelsgericht Zürich zu beurteilen hatte, die nachahmende Firma nicht nur alle Einzelheiten des Apparates, sondern auch dessen Farbe übernommen, und es mußten sich deshalb die beiden Erzeugnisse, das Original und die Kopie, in der Tat ununterscheidbar gleichen. Daraus mochten sich im Verkehr Verwechslungen ergeben, und es verband sich damit die Gefahr, daß der Ruf, den sich das Originalerzeugnis durch die Güte des Materials und der Arbeit erworben hatte, mittelbar dem Nachahmer zugute käme. Dies empfand das Handelsgericht als unlauter und unzulässig und schloß damit auf die Unzulässigkeit des Vertriebes des nachgeahmten Erzeugnisses überhaupt. Mit diesem Schlusse ging es aber über das Ziel hinaus. Wenn schon ein wichtiger, nun in Art. 1, Lit. d, UWG, festgehaltener Satz des Wettbewerbsrechtes besagt, daß im geschäftlichen Verkehr Verwechslungsmöglichkeiten und sonstige Irreführungen zu vermeiden seien, so kann aus dieser Norm auf keinen Fall der Ersatz eines fehlenden spezialrechtlichen Schutzes abgeleitet werden. Sie ist vielmehr ausschließlich auf das Gebiet der Kennzeichnungsgüter zu verweisen, bedeutet also nur, daß im Wettbewerb die eigene Ware von der des Konkurrenten im Rahmen des Üblichen und Zumutbaren durch eine besondere Kennzeichnung zu unterscheiden sei. Genau wie im Firmenrecht der Einzelkaufmann, der nach

---

<sup>97)</sup> Vgl. v. Waldkirch, ZSR n. F. Bd. 53, S. 176 a.

Art. 954 OR seine Firma durch seinen Familiennamen bilden muß, im Falle von Kollisionen mit gleichnamigen Einzelkaufleuten nicht überhaupt auf die Führung seines Namens als Geschäftsfirma zu verzichten braucht, sondern seine Firma von der älteren, schon bestehenden bloß durch einen Zusatz zu unterscheiden hat (Art. 946 OR)<sup>98)</sup>, sei deshalb auch der Nachahmer nicht gehalten, wegen der Gefahr von Verwechslungen im Verkehr auf die Nachahmung überhaupt zu verzichten. Er sei nur verpflichtet, die Verwechslungsgefahr sonstwie nach Möglichkeit zu vermindern. Es ließe sich an eine unterscheidende Farbgebung denken, doch wäre eine solche bei der in der Technik stark ausgebildeten Normalisierung der Farben (Schwarzlack für Bureaumaschinen und elektrotechnische Apparate, Grau oder Silber für größere Konstruktionen) meist nicht zumutbar. Als Regel darf deshalb gelten, daß der Nachahmer seiner Verpflichtung zur Unterscheidung Genüge tut, wenn er auf dem nachgebauten Erzeugnis seine Firma oder Warenmarke in leicht ersichtlicher Weise anbringt<sup>99)</sup>. Dies ist in der Maschinenindustrie gute Gepflogenheit.

V. Wie oben erwähnt, verlangt die Rechtsprechung für die Anerkennung eines urheberrechtlichen «Werkes» einen sehr geringen Grad von Geistestätigkeit, einen so geringen Grad, daß die Übertragung der gleichen Geisteskraft auf

<sup>98)</sup> Vgl. BGE 47 II, S. 64; Seligsohn GRUR 1926, S. 250.

<sup>99)</sup> So auch das amerikanische Recht. Vgl. die Antwort eines amerikanischen Patentanwaltes bei Benjamin GRUR 1925, S. 117: "I have now seen your letter asking me whether after a patent has expired, the competitors of the patentee can copy the formerly patented objects or machines truly with all functional and arbitrary forms or measures or whether they are compelled to make alterations. The answer is that they can copy the machines exactly; they can copy the forms; they can copy the dimensions; they can make the machines look exactly alike. But what they cannot do is to sell the machines in such a way as to give the impression that they are made by the patentee." Ähnlich das französische Recht. Vgl. Pouillet «Traité théorique et pratique des dessins et modèles», 1911, S. 603.

ein technisches Schaffensgebiet dort ein schutzfähiges Erzeugnis oft nicht liefern würde. Dies beruht darauf, daß das Patentrecht einen Schutz der Idee als solcher gibt, das Urheberrecht dagegen einen Schutz des aus Idee und Ausarbeitung zusammengefaßten Geistesgutes. Weil also im Urheberrecht auch die Formgebung mitspielt, tritt der Inhalt entsprechend zurück. Er kann unbedeutend sein, wenn das erforderliche Maß von Eigenart in der Form des Erzeugnisses enthalten ist.

Praktisch wirkt sich dies dahin aus, daß Kataloge, Kochbücher und dergleichen, in denen eine geringe geistige Arbeit, sei sie auch nur gruppierender und ordnender Natur, verkörpert ist, einen Schutz genießen können, nicht aber die vollendet konstruierte, aber nicht patentierte Maschine. Diese ungleiche Behandlung der rein geistigen und der geistig-technischen Leistung kann dort zu Schwierigkeiten der Rechtsanwendung führen, wo ein Erzeugnis sowohl gegen das Urheberrecht wie gegen das technische Erfinderrecht hinneigt, wie dies zum Beispiel bei Skalen und Kurvenbildern zu technischen Zwecken, Diagramm- und Logarithmenpapieren zutrifft. Mit der Nachahmung eines Logarithmenpapieres hatte sich ein Urteil des Berner Appellationsgerichtshofes vom 28. Nov. 1940<sup>100)</sup> zu befassen. Eine deutsche Firma beklagte über die Landesgrenze hinweg ein schweizerisches Konkurrenzunternehmen, um diesem den als Verletzung ihres Rechtes empfundenen Nachdruck zu verbieten. Das Gericht wies die Klage ab. Nun setzen das Entwerfen eines Netzes und die Berechnung der logarithmischen Einheiten eine unter Umständen intensive geistige Leistung voraus; und wenn auch — wie in dem Urteil mehrfach betont wurde — diese Leistung schon der durchschnittliche, recht ausgebildete Techniker oder Mathematiker vollbringen kann, so wäre dem entgegenzuhalten, daß sogar unterdurchschnittliche, schlecht ausgebildete Doktoranden Dissertationen schreiben, die deshalb doch den

<sup>100)</sup> Ufita, Bd. 14, S. 260 ff. Vgl. Elster, Ufita, Bd. 15, S. 195 ff.

Schutz des Urheberrechtes genießen. Das Urteil des Berner Appellationsgerichtshofes ist aber trotzdem richtig, weil darüber, ob etwas Urheberrecht genieße oder nicht, nicht seine Wichtigkeit und auch nicht die darin enthaltene geistige Leistung, sondern die Art der Schöpfung entscheiden<sup>101)</sup>. Logarithmenpapiere sind aber bei aller gedanklichen Durchbildung nicht Ausdruck einer schöpferischen Individualität, einer eigenpersönlichen schöpferischen Idee, wie sie das Urheberrecht voraussetzt. Sie sind vielmehr Ausdruck eines technisch zweckbestimmten, vorwiegend rationalen Denkens, dessen Früchte nur der eigentliche Erfinder für sich beanspruchen darf. Sie neigen sich in ihrer äußeren Gestaltung dem Urheberrecht zu, werden aber durch dieses wegen mangelnder Schöpfungshöhe nicht erfaßt. Ihr Zweck weist gegen das Erfinderrecht, dessen Voraussetzungen sie aber wiederum nicht erfüllen. Da sich auch aus dem Wettbewerbsrecht ein Schutz nicht ableiten läßt, müssen sie schutzlos bleiben.

Dieses Ergebnis mag dem Rechtsgefühl widersprechen, wie sich überhaupt bei der Abgrenzung zwischen den geistig-technischen Urheberrechten und dem Wettbewerbsrecht dem Rechtsgefühl widersprechende Lösungen ergeben können: Das Rechtsgefühl kann den Nachbau einer schutzfreien Maschine oder die Nachahmung eines ungeschützten kunstgewerblichen Erzeugnisses als unrecht empfinden, während die auf die Nützlichkeitswerte gerichtete praktische Vernunft sie billigt<sup>102)</sup>. Denn da letztere zwischen zwei kollidierenden Interessen, nämlich zwischen Individualinteresse und Kollektivinteresse, rational abzuwägen hat, kann es geschehen, daß das irrationale Rechtsgefühl sich auf die Seite jenes Interesses neigt, welches vernunftmäßig geringer eingeschätzt wird.

In den Fällen eines solchen Widerspruches zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft ist der Entscheid mittels einer genauen Analyse der widerstrebenden Inter-

---

<sup>101)</sup> Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken, 1907, S. 129.

<sup>102)</sup> Jsay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 136.

essen und Werte zu suchen. Ist auf Grund der Generalklausel des UWG, das heißt einer Blankettnorm, einer bloßen Anweisung zur Normsetzung zu entscheiden, so ist der Entscheid zudem bewußt als Festlegung einer objektiven Norm zu fällen. Der Richter hat in diesem Falle — wie es eine gesetzgebende Kommission tun würde — die gesamte Wirtschafts- und Kulturordnung, auch das Wirtschafts- und Kulturethos, in Betracht zu ziehen, um die ihm anvertraute rechtsetzende Aufgabe zu erfüllen. Da er eine allgemeingültige, rationale, berechenbare Norm zu finden hat, darf er seinem eigenen subjektiven Rechtsgefühl nur unter erhöhter Selbstzucht folgen<sup>103</sup>).

Es darf also nicht, wie es meines Erachtens in den beiden Urteilen des Bundesgerichtes und des Zürcherischen Handelsgerichtes geschehen ist, überwiegend auf Grund des Rechtsgefühles entschieden werden. Eine solche Rechtsfindung würde zu einer ungemessenen Ausdehnung des Wettbewerbsrechtes führen, die der wohlabgewogenen Ordnung des geistig gewerblichen Rechtsschutzes widerspräche. Richtig kann nur eine Abgrenzung sein, die in jene Ordnung nicht eingreift, also das Verbot der Ausbeutung fremder Arbeit den sogenannten Spezialgesetzen vorbehält.

Das Wettbewerbsrecht kann daher nur die Art und Weise der Ausbeutung fremder Arbeit, etwa wie folgt, beschränken:

1. Die Ausnutzung darf nicht unter Verletzung eines Vertrauensverhältnisses oder einer geschäftlichen Geheimsphäre erfolgen<sup>104</sup>).

2. Der Ausnutzende darf sich nicht die Urheberschaft an dem nachgeahmten Erzeugnis anmaßen<sup>105</sup>).

3. Die Ausnutzung darf nicht in einer Weise erfolgen, die im Verkehr eine Irreführung über die Herkunft der Ware erzeugen könnte: das nachgeahmte Erzeugnis ist mit einem unterschiedlichen Kennzeichen zu versehen; auch

<sup>103</sup>) Jsay, a. a. O., S. 174 ff.

<sup>104</sup>) UWG Art. 1, Lit. e, f, g; BGE 64 II, S. 162.

<sup>105</sup>) UWG Art. 1, Lit. b, BGE 54 II, S. 64.

ist die Ausstattung einer Ware der Nachahmung entzogen<sup>106)</sup>.

Daneben scheint eine weitere Kategorie von Tatbeständen zu Eingriffen des Wettbewerbsrechtes in die Spezialgesetze führen zu müssen. Es sind Fälle der Ausnutzung fremder Arbeit, die nicht unter die drei obigen Kategorien fallen, und doch, weil sie geradezu einen Rechtsmißbrauch bedeuten, unerlaubt sein müssen. Vor allem nach zwei weiteren Richtungen hin wird das Wettbewerbsrecht die freie Ausnutzung fremder Leistung beschränken:

a) Zunächst kann die Freiheit der Nachahmung fremder ungeschützter Erzeugnisse nicht gleichermaßen bedeuten, daß auch die Mittel der Nachahmung freigestellt seien.

Zum Beispiel ist der Nachdruck gemeinfrei gewordener Schriftwerke durch verschiedene technische Verfahren durchführbar: Der Nachdrucker kann nach einer fremden Ausgabe einen eigenen Satz oder Stich herstellen. Damit beutet er nicht nur die Leistung des Autors aus, sondern auch die Mühe und die Kosten, die der Erstdrucker auf die Entzifferung des vielleicht schwer lesbaren Manuskriptes aufgewendet hatte. Trotzdem ist diese Benutzung wettbewerbsrechtlich erlaubt. Sie ist in der Regel auch nicht zu vermeiden, da die Herausgabe eines frei gewordenen Werkes meist nicht ohne die Benutzung einer schon vor-

---

<sup>106)</sup> Ein weiteres Merkmal der wettbewerbsrechtlichen Unerlaubtheit sah RGZ 135, S. 385, in der Absicht, sich durch die Ausnutzung fremder Arbeit oder Gedanken ungerechtfertigt zu bereichern. Die Heranziehung dieses Gesichtspunktes, die auch im Schriftum Vertreter gefunden hat (zum Beispiel Callmann, Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit, GRUR 1928, S. 251 ff.), ruft aber zum Widerspruch: Entweder ist die Ausnutzung fremder Arbeit nicht frei; dann ist sie ohnehin widerrechtlich und wird allenfalls einen Schadenersatzanspruch ergeben. Oder sie ist frei; dann kann sie zu einer ungerechtfertigten Bereicherung nicht wohl führen. Vgl. Jsay, § 1 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 1928, S. 426; Rudolph, Kann der Abdruck gemeinfreier Werke unlauterer Wettbewerb sein?, GRUR 1935, S. 471.

handenen Ausgabe möglich wäre<sup>107)</sup>. Daneben besteht aber eine ganze Reihe von technischen Verfahren, die es gestatten, ein literarisches Werk auch ohne Neuherstellung eines Satzes beziehungsweise Stiches nachzudrucken; zum Beispiel das anastatische Druckverfahren, bei dem der Druck der verwendeten Ausgabe mittels eines chemischen Verfahrens direkt auf Stein oder Zink übertragen wird, ferner der sogenannte Obraldruck, bei dem die Übertragung durch photographische Reproduktion geschieht.

Auf technischem Gebiet bestehen analoge Möglichkeiten: Der Nachbauer kann die Teile der fremden Maschine in ihren Ausmaßen nachmessen und sich darnach eigene Modelle herstellen. Er kann aber auch die fremden Maschinenteile unmittelbar für das Nachfräsen beziehungsweise Nachgießen verwenden und sich damit ganz erhebliche Kosten ersparen.

Bei aller grundsätzlichen Zulässigkeit der Ausnutzung fremder Arbeitsleistung scheint es, daß gegen krasse Fälle solcher unmittelbarer Arbeitsaneignung eine Schranke zu ziehen sei. Denn jener Grundsatz bedeutet zwar, daß die Allgemeinheit an den Arbeitsergebnissen des einzelnen, nicht aber, daß sie an seinen Arbeitsmitteln ein Mitbenutzungsrecht haben soll. Daß auch die Mittel, mit denen der einzelne ein Buch oder eine Maschine herstellte, zur allgemeinen Benutzung freistünden, verlangen Kultur und Wirtschaft nicht. Auf eine Aneignung und Benutzung fremder Arbeitsmittel käme es aber hinaus, wenn der Nachdrucker die benutzte Ausgabe nicht nur als Vorbild, sondern direkt als Urbild nehmen und sich damit die Kosten der Setzarbeit und des Korrekturlesens ersparen würde<sup>108)</sup>; oder wenn der Nachbauer unter Umgehung einer Neukonstruktion der Maschine diese direkt als Guß- oder Fräsmodeil benützen würde. In beiden Fällen würde in der Gestalt eines fremden Betriebserzeugnisses mittelbar auch die fremde Betriebseinrichtung benutzt; es

<sup>107)</sup> Rudolph, a. a. O., S. 472.

<sup>108)</sup> Rudolph, a. a. O., S. 472.

würde gleichsam im fremden Betrieb gearbeitet<sup>109</sup>). Dies muß jedenfalls bei einem groben, massiven Vorgehen unerlaubt sein<sup>110</sup>).

b) Ferner kann die Benutzung fremder Arbeit dann nicht erlaubt sein, wenn sie in großem Maße geschieht und durch sie direkt auf die Vernichtung des Originalherstellers hingearbeitet wird. Zwar läßt die Generalklausel des UWG den verfolgten Zweck unter den Merkmalen der Unlauterkeit unerwähnt, und die Lehre berücksichtigt ihn ebenfalls nicht<sup>111</sup>); zum Beispiel gebraucht Kohler für den Aufbau seines grundlegenden Werkes über den unlauteren Wettbewerb das Merkmal des Zweckes nicht<sup>112</sup>). Indessen wird in der abwägenden Überlegung des Richters doch immer der mit der Wettbewerbshandlung verfolgte Zweck mitbestimmend sein<sup>113</sup>). Handelt es sich deshalb um eine Konkurrenzierung von brutaler Rücksichtslosigkeit, die sich zudem nicht auf eigene, sondern auf Leistungen des Gegners stützt, so kann dieser Wettbewerb nicht lauter sein. Er ist unlauter und unerlaubt.

<sup>109</sup>) Rudolph, a. a. O., S. 473.

<sup>110</sup>) So Rudolph, a. a. O., S. 473, und Smoschewer, GRUR 1929, S. 391; a. M.: Benjamin, GRUR 1925, S. 37, Seligsohn, GRUR 1926, S. 247.

<sup>111</sup>) Vgl. Callmann, Kommentar zum UWG, S. 55.

<sup>112</sup>) Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1914.

<sup>113</sup>) Vgl. Botschaft zum Wettbewerbsgesetz vom 3. Nov. 1942, S. 22/23: « . . . bringt die neue Fassung zum Ausdruck, daß für den Begriff des unlauteren Wettbewerbs vor allem die verwendeten Mittel wesentlich sind.» Die Mittel sind also nicht ausschließlich wesentlich! Ferner RG in JW 1927, S. 1636: «Für die Frage, ob der gewerbliche Interessenkampf im Einzelfalle erlaubt oder unerlaubt, also rechtswidrig ist, kommt es einerseits auf den verfolgten Zweck, andererseits auf die dabei angewendeten Kampfmittel an. Wenn nach der einen oder anderen Richtung ein sittenwidriger Eingriff in die fremde Rechtssphäre gegeben ist, dann liegt ein Verstoß gegen §§ 1 UWG, 826 BGB, vor.»