

# IST DER NUMERUS CLAUSUS DER IMMATERIALGÜTERRECHTE NOCH ZEITGEMÄSS?

RA Dr. Lucas David, Zürich

## **EINLEITUNG**

Während der lateinische Ausdruck "numerus clausus" als Synonym für eine geschlossene Anzahl (von Studenten, Gästen oder irgendeiner anderen Menge) noch einigermaßen bekannt ist, bereitet der deutsche Begriff des "Immaterialgüterrechts" mehr Schwierigkeiten. Unter dem Immaterialgüterrecht versteht man gemeinhin ein nebulöses Gebiet, in das sich nur einige wenige Spezialisten vorwagen und das durch aleatorische Ergebnisse geprägt sein soll. Die Versuchung liegt nahe, von einem numerus clausus der Immaterialgüterrechtler zu sprechen.

Die Immaterialgüter werden oft mit dem geistigen Eigentum gleichgesetzt; gewisse Autoren ziehen wiederum zwischen den beiden Begriffen subtile Unterschiede. Wer indessen diesen angeblichen Unterschieden weiter nachspüren will, wird sich bald einmal dem Vorwurf der Begriffsjurisprudenz aussetzen, weshalb an dieser Stelle auf weitere Abgrenzungen verzichtet wird. Das Immaterialgüterrecht ist ohnehin ein von der Praxis geschaffenes und erschlossenes Rechtsgebiet, das nicht klar definiert ist, und dessen Umrisse auch im Laufe der Zeit immer wieder ändern. Es bringt somit nichts, den Begriff des Immaterialgüterrechts näher zu definieren, denn jede Definition wird subjektiv bleiben und schon bald wieder überholt sein.

Immerhin ergibt sich aus den Namen "Immaterialgut" oder "geistiges Eigentum", dass wir hier von wirtschaftlichen Gütern sprechen. Diese Güter sind jedoch im Gegensatz zu körperlichen Dingen nicht greifbar, sondern sie sind geistiger Art. Wohl äussern sie sich gelegentlich in bestimmten Ausführungsformen oder Werkexemplaren. Die Erfindung kann an einem konkreten Gegenstand demonstriert, Goethes Faust in

einem Buch oder auf einer Schallplatte präsentiert und ein Computerprogramm als Quellcode ausgedruckt werden. Indessen beschäftigt sich das Immaterialgüterrecht nicht mit diesen konkreten Festlegungen, sondern vielmehr mit den dahintersteckenden Gedankenblitzen. Im Gegensatz zu den Rechten an Körperlichen Dingen wie Sachen oder Liegenschaften sind die Immaterialgüterrechte nicht an bestimmte Gegenstände gebunden. Ein Auto oder ein Haus können immer nur an einem Orte sein; eine Erfindung, eine Marke, ein Sprachwerk können überall vorhanden sein und wahrgenommen werden: sie sind ubiquitär.

Man mag einwenden, dass gerade die grossen Kunstwerke ebenfalls an einem bestimmten Gegenstand gebunden sind. So gibt es nur eine Mona Lisa von Leonardo da Vinci und nur einen David von Michelangelo. Aber gerade hier zeigt es sich, dass selbst diese berühmten Unikate nicht einmalig zu sein brauchen. Noch heute streitet man sich, ob die Mona Lisa im Louvre nicht eine zu Beginn des Jahrhunderts angefertigte Kopie sei. Und besonders deutlich wird dies bei den Bronzeskulpturen alter und moderner Meister: solange die Form besteht, können diese praktisch beliebig oft reproduziert werden.

Neben diesen Gegensätzen zwischen dem Körperlichen und dem geistigen Eigentum darf aber das Übereinstimmende nicht vergessen werden. Beide Arten von Eigentum bilden Gegenstand des geschäftlichen Verkehrs. So gut wie man Autos, Bäume und Liegenschaften kaufen und verkaufen, verpfänden und belehnen kann, so können auch Erfindungen, Marken und Geisteswerke übertragen werden. Man kann über geistiges Eigentum in der Regel genauso einfach verfügen wie über körperliches Eigentum. Der Staat stellt zudem für bestimmte Typen von geistigem Eigentum Eigentümerregister zur Verfügung, die in verschiedener Beziehung dem Grundbuch verwandt sind<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. J. David Meisser, Das Patentregister - Eine Gegenüberstellung zum Grundbuch, in: Kernprobleme des

Aber noch eine weitere Übereinstimmung findet sich zwischen körperlichem und geistigem Eigentum. Beiden stellt die Rechtsordnung bestimmte Abwehrrechte zur Verfügung, um sie gegen Eingriffe durch Dritte zu schützen. Das körperliche Eigentum ist sowohl zivil- wie strafrechtlich gegen Entwendung geschützt; Grundeigentum wird überdies im Rahmen des Nachbarrechtes vor Immissionen benachbarter Grundeigentümer bewahrt. Ähnlich verhält es sich mit den Immaterialgüterrechten: auch sie werden in der Regel durch zivil- und strafrechtliche Mittel geschützt. Der Schutzbereich ist in aller Regel sogar grösser als das geschützte Gut selbst. Unzulässig sind ja nicht nur Reproduktionen im Massstab 1:1<sup>2</sup>, sondern auch Nachahmungen, Imitationen, Anlehnungen und alle anderen Formen der Übernahme.

Als *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte bezeichnet man nun die Lehre, dass neue Immaterialgüter nur dann anerkannt und geschützt werden, wenn sie zuvor von einem Spezialgesetz definiert und geregelt worden sind. Dies hat zur Folge, dass der Schutz in der Regel hinter der technischen Evolution nachhinkt. Etwas überspitzt formuliert kann man sagen, dass wegen des *numerus clausus* Nachahmungen nur dann unerlaubt sind, wenn sie von einem Gesetz ausdrücklich verboten sind. Ohne *numerus clausus* wären Nachahmungen verboten, solange sie nicht ausdrücklich gesetzlich erlaubt sind.

## **DIE GESCHÜTZTEN IMMATERIALGÜTER IM EINZELNEN**

Das geistige Eigentum hat seine Wurzeln für einmal nicht im römischen Recht, sondern im Privilegienwesen der Vor-Revolutionszeit. Damals, als die Postulate der Handels- und Gewerbefreiheit noch ungehört verhallten, vergaben Landesfürsten für ihnen interessant scheinende Tätigkeiten

---

Patentrechts, FS z. 100-jährigen Bestehen eines eidg. Patentgesetzes, Bern 1988, S. 241 ff.

<sup>2</sup> Auch als Plagiate, Raubkopien, sklavisches Nachahmungen oder Fälschungen bezeichnet.

bestimmte Privilegien, welche die übrigen Kaufleute von der Nutzung des privilegierten Gegenstandes ausschlossen. So soll bereits ein venezianisches Gesetz aus dem Jahre 1474 und ein englisches Statut aus dem Jahre 1623 erste Bestimmungen über die Nutzung von technischen Neuerungen enthalten haben. Mit der Erfindung des Buchdruckes wurden auch Privilegien für den Druck bestimmter Bücher erteilt. Parallel dazu verliehen Innungen und Zünfte ihren Mitgliedern Gewährleistungszeichen, während der Kaiser gleichzeitig Gewerbe-, Meister- und Händlerzeichen zu vergeben pflegte.

### ***DIE KLASSISCHEN REGISTERRECHTE (DAS "GEWERBLICHE" EIGENTUM)***

Aus den seinerzeitigen Privilegien sind in der Mitte des letzten Jahrhunderts die klassischen Registerrechte entstanden, die man heute noch unter den Sammelbegriff "gewerbliches Eigentum" zusammenzufassen pflegt. Es handelt sich um Rechte, die erst nach Eintrag in einem Register anerkannt und geschützt werden. Zum klassischen Dreigestirn dieser Rechte gehören das Patentrecht, das Markenrecht sowie das Muster- und Modellrecht.

Die Schweiz verhielt sich gegen diese Neuerungen zuerst zurückhaltend. Erst der Umstand, dass sich die Schweiz in Handelsverträgen mit ihren Nachbarstaaten, allen voran Frankreich, verpflichten musste, die gewerblichen Schutzrechte von Franzosen in der Schweiz zu schützen, während den Schweizern selber ein entsprechender Schutz versagt blieb, führte dazu, dass die schweizerische Bundesversammlung auf Vorschlag des Bundesrates Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts kurz hintereinander ebenfalls ein Patentgesetz, ein Markenschutzgesetz und ein Muster- und Modellgesetz erliess. Sie schützen Erfindungen, Kennzeichen und Formgebungen, die hierzu in einem Register eingetragen werden müssen. Diese Register werden in Bern vom heutigen Bundesamt für geistiges Eigentum geführt.

## **DAS GEISTIGE EIGENTUM ALS GEGENSATZ ZUM GEWERBLICHEN EIGENTUM**

Parallel dazu schuf die Schweiz ein Urheberrechtsgesetz, auch hier wiederum im Bestreben, den schweizerischen Staatsangehörigen den gleichen Schutz wie den Ausländern zuzubilligen. Im Gegensatz zum gewerblichen Eigentum ist jedoch der Kunstschutz nach europäischer Auffassung nicht von einer vorgängigen Registrierung abhängig. Mit dieser Entscheidung hat der Gesetzgeber die Grundlage zur Titelfrage gelegt: seitdem streiten sich Generationen von Juristen darüber, welcher Schutz der richtige oder der bessere sei, nämlich der Schutz eines registrierten und daher genau definierten Rechts oder der Schutz eines nicht registrierten und einzig durch ein Gesetz oder gar nur durch die Praxis definiertes Recht.

Der urheberrechtliche Schutz ist jedoch in der Schweiz traditionell nicht der einzige, der ein geistiges Gut ohne Registereintrag schützt. Parallel mit dem Markenschutzgesetz führte die Schweiz einen von jeglichem Registereintrag unabhängigen Schutz der Herkunftsbezeichnungen ein. Daher besteht bei uns zwischen den Herkunftsangaben und den Registerrechten eine enge Verwandtschaft, findet sich doch der *sedes materiae* über den Schutz der Herkunftsangaben traditionellerweise im Markenschutzgesetz. Die geographischen Kennzeichen werden in der Schweiz den Unternehmenskennzeichen gleichgesetzt und geniessen namentlich den gleichen Schutz. Dabei sind die Unterschiede zwischen beiden nicht zu übersehen.

Marken haben ja einen ganz bestimmten, im Register eingetragenen Inhaber: das Recht an der Marke ist ein subjektives Recht. Demgegenüber gehören die Herkunftsangaben oft keinem bestimmten Träger, sondern allen Gewerbetreibenden gemeinsam, die in der betreffenden Gegend ihre Tätigkeit ausüben; über Herkunftsangaben kann daher nicht verfügt werden. Wegen dieses fundamentalen Unterschiedes ist denn auch schon bezweifelt worden, ob Herkunftsangaben überhaupt zu den Immaterialgüterrechten zu zählen sind. Obwohl Herkunftsangaben keine subjektiven Rechte verkörpern, sind sie jedoch den Immaterialgüterrechten zumindest sehr nahe verwandt, da sie

gleiche, wenn auch im Rechtsverkehr nicht realisierbare Werte verkörpern.

Bevor die Frage untersucht wird, ob das Prinzip des Registerschutzes oder dasjenige des generellen Schutzes den Vorzug verdienen, ist noch die beispiellose Evolution der Immaterialgüterrechte in den letzten Jahrzehnten zu rekapitulieren. Parallel zum gewerblichen Eigentum, und vorerst weitgehend unbemerkt, wuchs insbesondere in der Schweiz ein weiteres Registerrecht heran, nämlich das Firmenrecht. Die Firma ist ein Kennzeichen wie die Marke, nur dass sie nicht eine Ware oder eine Dienstleistung, sondern ein Unternehmen kennzeichnet. Der Eintrag in das Handelsregister verleiht ihr einen beträchtlichen Schutz, der gemäss der gegenwärtigen Praxis des Bundesgerichtes auch gegenüber anderen Firmen in Anspruch genommen werden kann, die zu einer gänzlich anderen Branche gehören<sup>3</sup>. Trotz dieser auffallenden Parallelen zwischen Firma und Marke ist erstaunlich, dass der Mentor des schweizerischen Immaterialgüterrechts, der unvergessliche Prof. Alois Troller, in seinem Standardwerk zum Immaterialgüterrecht die Firma kaum behandelt und sie daher nicht zum Kreis des geistigen Eigentums zu zählen scheint<sup>4</sup>.

#### **WEITERE REGISTERRECHTE**

Mittlerweile haben die klassischen Registerrechte weitere Geschwister erhalten. So zeigte sich nach dem Weltkrieg ein Bedürfnis, Züchtungen von Nutz- und Zierpflanzen zu schützen. Im Rahmen dieser Bestrebungen erliess die Schweiz Mitte der Siebzigerjahre ein Bundesgesetz über den Schutz von Pflanzenzüchtungen, dessen Register jedoch nicht vom Bundesamt für geistiges Eigentum, sondern vom Büro für Sortenschutz geführt wird.

---

<sup>3</sup> BGE 88/1962 II 36, 93/1967 II 44, 97/1971 II 237.

<sup>4</sup> vgl. A. Troller, Schweizerisches Immaterialgüterrecht, 2. Aufl. Basel 1968, sowie 3. Aufl., Basel 1983, pssim.

Kein eigentliches Register besteht für den Schutz von internationalen Hoheitszeichen, das heisst von Wappen, Sigeln, Flaggen und anderer Zeichen der UNO und der dieser angeschlossenen zwischenstaatlichen Gremien. Diese Zeichen finden aber erst Schutz, wenn sie offiziell publiziert worden sind. Man kann sie daher den Registerrechten gleichstellen, denn wenn sie schon durch Vermittlung des Internationalen Büros zum Schutz des gewerblichen Eigentums mitgeteilt und in der Schweiz vom Bundesamt für geistiges Eigentum publiziert werden, so muss es auch jemanden geben, der die Übersicht über die Veröffentlichungen bewahrt und hierüber ein Verzeichnis führt. Dieses Verzeichnis erfüllt die gleiche Funktion wie ein Register.

Erst kürzlich wurde ein weiteres Registerrecht geschaffen, nämlich das vom Bundesamt für geistiges Eigentum geführte Register für Topographien. Unter solchen Topographien sind nicht Geländedarstellungen zu verstehen, sondern gedruckte Schaltungen, kurz Chips genannt. Die USA machten den Schutz solcher Chips, die von Ausländern stammen, von der Anerkennung des Gegenrechts abhängig, weshalb der Schweiz – wie den anderen Industriestaaten Europas – nichts anderes übrigblieb, als hierfür ein eigenes Recht zu schaffen.

Schliesslich sei noch auf jene Registerrechte hingewiesen, welche die Schweiz einstweilen noch nicht kennt, nämlich auf ein Register der Gebrauchsmuster (kleine Erfindungen), auf das internationale Register für Typographien und auf das international geführte Register für Ursprungsbezeichnungen.

Das Gebrauchsmuster begegnet uns namentlich in Deutschland, wo die Möglichkeit besteht, an und für sich naheliegende Erfindungen, denen es an der erforderlichen Erfindungshöhe zur Patentierung gebricht, für einige Jahre als Gebrauchsmuster zu hinterlegen. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur für mechanische, nicht aber auch für elektrische oder chemische Erfindungen. In der Schweiz schaut man zuweilen neidvoll auf diese deutsche Errungenschaft, doch tut man sich mit der Einführung des kleinen Patentbesitzes bei uns äusserst schwer.

Sodann bestehen Bestrebungen, ein internationales Register für Typographien zu errichten. Man könnte zwar meinen, es seien schon alle Schriftarten erfunden worden, doch scheint dem offensichtlich nicht so zu sein. Die Schweiz hat sich für dieses Projekt nie eingesetzt, doch gewährt sie den Typographien Schutz als Muster und Modelle.

Im Register für Ursprungsbezeichnungen werden die Ursprungsorte von Agrarprodukten eingetragen, die ihre Qualität oder ihre Eigenschaften einzig oder doch überwiegend den geographischen Verhältnissen am Erzeugungsort verdanken. Eingetragen werden hier nicht nur die Namen berühmter Weine (z.B. Gevrey Chambertin), sondern auch stark verarbeiteter Produkte, wie beispielsweise Pilsen für Biere. Die Schweiz zeigte sich an einem verstärkten Schutz von Ursprungsbezeichnungen desinteressiert. Sie wären zwar für Schweizer Käse interessant, den Schweizer Uhren und der Schweizer Schokolade aber nicht zugänglich, da die Qualität dieser Produkte kaum von den hiesigen klimatischen Verhältnissen abhängt.

#### ***DER SCHUTZ NICHT REGISTRIERBARER RECHTE***

Auch auf dem Gebiet der nicht registrierbaren Immaterialgüterrechte hat sich eine gewaltige Evolution bemerkbar gemacht. So ist namentlich dem äusserst flexiblen Urheberrecht immer mehr anvertraut worden. Schon lange nicht mehr beschäftigt es sich nur mit dem Schutz von Kunstwerken, sondern es schützt jede individuelle Leistung, unabhängig davon, ob sie schriftlich oder in anderer Weise festgelegt worden ist. Schutz geniessen beispielsweise auch choreographische Werke und Pantomimen, Photographien und Filme und insbesondere auch Werke der Wissenschaft. Gerade das wissenschaftliche Werk hat heute an Bedeutung enorm zugenommen, indem darunter auch Computerprogramme subsumiert werden. Dieser Kunstgriff hat es ermöglicht, den unbedingt notwendigen Schutz von Programmen für elektronische Datenverarbeitung ohne den Erlass eines weiteren Gesetzes einzuführen.



Neben dem Urheberrecht dürfen die mit dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte nicht vergessen werden. Während im übrigen Europa die künstlerischen Leistungen von Schauspielern und Musikern schon seit langem geschützt sind, hat sich die Schweiz erst vor kurzem bereit gefunden, den Interpreten, wie auch den Herstellern von Ton- und Bildträgern als auch den Sendeunternehmen einen angemessenen Schutz angedeihen zu lassen<sup>5</sup>.

Neben den Herkunftsangaben sind die öffentlichen Wappen zu nennen, die als bildliche Umschreibung einer geographischen Herkunft definiert werden können. Sie werden durch das Bundesgesetz zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 5. Juni 1931 geschützt<sup>6</sup>.

Daneben konnten sich auch auf dem Gebiete des Lauterkeitsrechts einige Immaterialgüter etablieren. So werden Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse nicht nur durch das bürgerliche Staatsgesetzbuch<sup>7</sup>, sondern namentlich auch durch das UWG geschützt<sup>8</sup>. Damit sind Unternehmensgeheimnisse zu einer besonderen Kategorie der Immaterialgüterrechte geworden.

Aus Deutschland hat die Schweiz sodann den Begriff der Ausstattung übernommen und sie als Kennzeichen sui generis gegen Verwechslung und damit gegen Nachahmung schlechthin geschützt<sup>9</sup>. Mittlerweile werden auf der gleichen Basis nicht nur Warenformen, sondern auch im Handelsregister nicht eingetragene Firmen, im Markenregister nicht eingetragene Kennzeichen sowie Enseignen<sup>10</sup> geschützt.

---

<sup>5</sup> Art. 33ff. URG.

<sup>6</sup> SR 232.21.

<sup>7</sup> Art. 162 StGB.

<sup>8</sup> Art. 1, Abs. 2 lit. g altUWG, Art. 4 lit. c und 6 revUWG.

<sup>9</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. d altUWG, Art. 3 lit. d revUWG.

<sup>10</sup> Namen von Geschäftslokalen wie Hotels, Apotheken etc.

Das revidierte Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hat diesen Objekten ein weiteres hinzugefügt, nämlich das Arbeitsergebnis. Dieses wird nunmehr in vielfacher Art vor schmarotzerischer Ausbeutung geschützt<sup>11</sup>.

Einen analogen Schutz wie das Lauterkeitsrecht bietet in gewissen Situationen auch das revidierte Persönlichkeitsrecht. Es gewährt nicht nur den Namen von natürlichen und juristischen Personen einen zivilrechtlichen Schutz, sondern auch anderen Merkmalen der Persönlichkeit. Hierunter fallen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch "sehr individuell gestaltete Werbemittel"<sup>12</sup>, wie beispielsweise Firmensignete, Logos etc.

### **FAZIT**

Die Immaterialgüterrechte werden meist durch Spezialgesetze geschützt. Für viele wird ein Eintrag in ein Register verlangt (Erfindungen, Kennzeichen, Formgebungen, Firmen, Pflanzensorten, Hoheitszeichen, Chips), andere bedürfen eines solchen Eintrages nicht (Werke der Literatur, Kunst und Wissenschaft, Herkunftsangaben, Kantons- und Gemeindewappen, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse). Für bestimmte Güter verleihen das Lauterkeitsrecht (Ausstattungen, Arbeitsergebnisse) oder das Persönlichkeitsrecht (Namen, individuelle Werbemassnahmen) einen ergänzenden Schutz.

### **LÜCKEN IM BEREICHE DES IMMATERIALGÜTERRECHTLICHEN SCHUTZES**

Angesichts dieser verwirrenden Vielfalt von Schutzbestimmungen muss man sich in der Tat fragen, ob es denn überhaupt noch Lücken beim Schutz des geistigen Eigentums gibt. Allein schon

---

<sup>11</sup> Art. 5 revUWG.

<sup>12</sup> BGE 108/1982 II 244: Wagons Lits.

die Forderung nach immer ausgeprägterem Schutz scheint darauf hinzuweisen, dass offenbar solche Lücken vorhanden sind.

Lücken zeigen sich beispielsweise bei den wissenschaftlichen Entdeckungen. Einstein ist zwar wegen der von ihm erarbeiteten Lehren mit dem Nobelpreis geehrt worden; indessen konnte er weder seine Relativitätstheorie noch seine anderen Forschungsergebnisse wirtschaftlich verwerten. Seine Theorien liessen sich als Naturgesetze nicht patentieren, und auch als Geschäftsgeheimnis taugten sie nicht, da sie Einstein ja nicht geheimhalten, sondern im Gegenteil bekanntmachen wollte. Ein ähnliches Schicksal erlitten der Erfinder des Parkinson'schen Gesetzes und andere Theoretiker (z.B. Rorschach mit dem nach ihm benannten Test), die heute steinreich wären, wenn sie jedesmal, wenn ihre Leistung genutzt wird, auch kassieren könnten. überhaupt ist der Schutz der wissenschaftlichen Forschung praktisch inexistent: geschützt werden zwar konkrete Erfindungen, nicht aber die abstrakten Anweisungen an den menschlichen Geist; auch sind wissenschaftliche Werke nur in bezug auf Aufbau, Gliederung und Auswahl des Stoffes, nicht aber in bezug auf ihren Inhalt schlechthin geschützt. Vom Urnehberschutz erfasst wird nur die konkrete Darstellungsweise, die Form, nicht aber der Inhalt als solcher. Forderungen nach dem Schutz des Inhalts verhallten bisher ungehört<sup>13</sup>.

Der fehlende Schutz der Forschung macht sich auch auf anderen Gebieten bemerkbar. Alle sogenannten Anweisungen an den menschlichen Geist sind nicht schützbar. So dürfen wirkungsvolle Werbe- und Marketingkonzepte bedenkenlos nachgeahmt werden. Marktnischen, die einer nach aufwendigen Erhebungen ausgekundschaftet und in der Folge auszuwerten begonnen hat, dürfen bereits am nächsten Tage von der Konkurrenz ausgefüllt werden. Wer entdeckt hat, dass Joghurt mit Heidelbeeren besonders gut schmeckt, oder dass sich entgegen aller Erwartungen Käse und Schokolade zu einem

---

<sup>13</sup> Vgl. hierzu insbes. *M. Altenpohl*, Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, Diss. ZH 1987, passim.

besonders guten Dessert verschmelzen lässt, wird mit seiner Entdeckung nicht lange allein bleiben. Nur allzu rasch wird der Markt mit Konkurrenzprodukten überschwemmt, die auf der Welle des Ersterfolges reiten und ihn schamlos ausnützen. Selbst der stark verbesserte Schutz des Arbeitsergebnisses lässt noch empfindliche Lücken offen. So besteht Einigkeit darüber, dass blossе Katasterpläne wegen der völlig fehlenden Individualität urheberrechtlich keinen Schutz geniessen und trotz der zu ihrer Erstellung aufgewendeten, bedeutenden Kosten bedenkenlos kopiert werden können. Ebenso entbehren statistische Ergebnisse, die mit grosser Mühe erhoben und zusammengestellt worden sind, des Schutzes gegen Weiterveröffentlichung. Auch Fahrpläne, Adress- und Telefonbücher wie auch andere Sammlungen allgemein zugänglicher Daten geniessen je weniger Schutz, desto vollständiger sie sind.

Nachteilig mag man auch empfinden, dass die Schweiz kein Gebrauchsmuster kennt und damit viele Kunstgriffe schutzlos bleiben, die im benachbarten Deutschland wohlverdienten, wenn auch zeitlich beschränkten Schutz beanspruchen können.

Generell kann festgestellt werden, dass die Investition als solche nicht geschützt ist. Mühe und Kosten haben für sich allein keinen Anspruch auf Schutz. Selbst wenn ein Produkt die Frucht zahlreicher Anstrengungen war und erhebliche Aufwendungen verursachte, darf es grundsätzlich nachempfunden werden<sup>14</sup>, und selbst bestimmte Proportionen, welche die Zusammenbaubarkeit einzelner Produkte fördern oder gar ermöglichen, dürfen von Konkurrenten übernommen werden und arten so zum Industriestandard aus<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> SMI 1985 112: Gebrauchsanweisung.

<sup>15</sup> BGE 87/1961 II 54: Anuba/Mofor-Band, Mitt. 1962 160: Lego II, ZR 66/1967 Nr. 32 E.5: Kehrrechtcontainer, BGE 108/1982 II 332: Lego III.

## **DIE GRÜNDE FÜR DEN SCHUTZ DER IMMATERIALGÜTERRECHTE**

Bevor die Frage geprüft wird, ob das aufgezeigte Schutzmanko überhaupt zu beklagen ist, ist den Gründen näher nachzugehen, die zum Schutz der verschiedenen Immaterialgüterrechte geführt haben.

### ***SCHUTZ DES LITERARISCHEN UND KÜNSTLERISCHEN EIGENTUMS***

Der Schutz der Urheber, oder vielmehr ihrer Werke, ist eine Errungenschaft der französischen Revolution. Er hat zur Grundlage, dass Künstler und Schriftsteller das Erbe der Menschheit bereichern und ihnen daher gerechterweise ein Nutzen an den von ihnen geschaffenen Werken zukommen soll. Geschützt wird wiederum nicht die zeitliche und finanzielle Investition, die zur Erarbeitung eines solchen Werkes führte, wird doch der Schutz auch Gelegenheitswerken wie Photographien und flüchtig hingeworfenen Skizzen zuteil. Der Schutz des geistigen Werkes hat nur indirekt auch einen Schutz der Investition des Verlegers oder Produzenten zur Folge; im Gegensatz zum früheren Privilegienwesen wird heute der Schutz dem Urheber und nicht dessen Verleger verliehen.

ähnlich verhält es sich mit dem Schutz der ausübenden Künstler. Auch wenn viele der Interpreten auf eine jahre- oder gar jahrzehntelange und entsprechend kostspielige Ausbildung zurückblicken, so ist doch diese keine Voraussetzung des Schutzes. Auch der ungelernete Schauspieler, der Hobbypantomime und das Naturtalent eines Flötenspielers genießen den Interpretenschutz. Gleich verhält es sich mit den als Muster oder Modellen geschützten Formgebungen. Sie werden wegen ihres ästhetischen Überschusses, wegen ihrer Originalität geschützt, nicht aber wegen der dahintersteckenden Investition.

### ***SCHUTZ DER KENNZEICHEN***

Auch der Schutz der Kennzeichen dient nicht primär dem Schutz des damit verbundenen Werbeaufwandes, obwohl die Inhaber

berühmter Marken sicher froh um die ihnen zur Verfügung gestellten, erweiterten Schutzmöglichkeiten sind. Der Schutz der Kennzeichen wird aber in erster Linie aus ordnungspolitischen Überlegungen heraus gewährt, soll er doch die Verbraucher vor Irreführung schützen. Genauso wie der Verbraucher davor geschützt werden soll, über qualitative Eigenschaften eines Produktes, wie beispielsweise dessen Beschaffenheit oder Preis, getäuscht zu werden, so will man ihn auch davor schützen, über die Betriebsherkunft eines bestimmten Produktes irregeführt zu werden. Firmen, Marken und Enseignen genießen nicht deshalb Schutz, weil sie einen enormen Goodwill verkörpern, sondern weil der Gesetzgeber Treu und Glauben im Geschäftsverkehr schützen und Verwechslungen verhindern will. Der Schutz des Goodwills ist auch hier nur Nebenprodukt des Schutzes vor Verwechslungen.

#### ***SCHUTZ DER TECHNIK***

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man meinen, die Erfindungen, Pflanzenzüchtungen und Chips würden wegen der damit verbundenen Investitionen geschützt. Diese Auffassung ist aber nur teilweise richtig. Denn Erfindungen werden auch geschützt, wenn sie einem Erfinder über Nacht vom Genius eingegeben worden sind und sie keine Investitionen benötigen. Der zeitweilige Schutz von Erfindungen, Pflanzenzüchtungen und Chips wird im allgemeinen viel mehr damit begründet, dass der Inhaber durch Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse dem Fortschritt dient und damit die Allgemeinheit bereichert. Dem Erfinder wird ein vorübergehendes Monopol eingeräumt, unter der Bedingung, dass nach Ablauf dieses Monopols die Allgemeinheit die Erfindung ebenfalls gebrauchen kann. Dadurch unterscheidet sich die Erfindung beispielsweise vom Fabrikationsgeheimnis. An diesem besteht kein Monopol, und wird es ausgekundschaftet oder verraten, so kann es die Allgemeinheit sofort benutzen; gelingt es dem Geheimnisherr jedoch, sein Bekanntwerden zu verhindern, so kann er sich seines Geheimnisses weit länger erfreuen als einer durch ein Patent geschützten Erfindung..

## **DER SCHUTZ DES LAUTEREN WETTBEWERBS**

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stellt eine ganze Anzahl von Verboten auf, etwa nach dem System der 10 Gebote: "Du sollst nicht .....". Es ist ein schwieriges Unterfangen, das Schutzobjekt des Lauterkeitsrechts auszumachen, und die Lehre behilft sich mit der Leerformel, es wolle den lautereren Wettbewerb schützen. Mit dieser Definition ist jedoch nicht viel gewonnen, denn niemand weiss so genau, was eigentlich lauterer Wettbewerb sein soll. Lange Zeit glaubte man, das Schutzobjekt des Lauterkeitsrechts im Leistungswettbewerb gefunden zu haben, doch hat die neuere Entwicklung gezeigt, dass die eigene positive Leistung des Unternehmers ein ungenügendes Kriterium zur Unterscheidung des lautereren vom unlauteren Wettbewerb darstellt<sup>16</sup>. Das Lauterkeitsrecht will bei weitem nicht nur die eigene, positive Leistung der Wettbewerbsteilnehmer schützen, sondern darüber hinaus auch die Wahrheit und Klarheit im Auftreten am Markt; gleichzeitig will es die Persönlichkeit des Abnehmers vor Beeinträchtigungen schützen und darüber hinaus die Interessen der Allgemeinheit an einem örtlich und sachlich weit gestreuten Angebot wahren<sup>17</sup>. Das Bundesgericht hat immer wieder betont, dass Mühe und Kosten eines Wettbewerbers kein taugliches Argument für die Gewährung eines Lauterkeitsschutzes darstellen würden<sup>18</sup>. Der Schutz der Investition, wie er beispielsweise im Ausstattungsrecht oder im Geheimnisschutz zu Tage tritt, ist nicht Selbstzweck des Lauterkeitsrechts, sondern blosser Reflex des Verbotes bestimmter Verhaltensweisen. Der Gesetzgeber wollte zwar gemeinschädliches Geschäftsgebaren untersagen, ohne aber deswegen die Investitionen anderer Wettbewerbsteilnehmer direkt protegieren zu wollen.

---

<sup>16</sup> BGE 107/1981 II 283.

<sup>17</sup> Vgl. *L. David*, Schweiz. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 1988, S. 37 Rz. 57; *E. Martin-Achard*, La Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988, p. 39.

<sup>18</sup> BGE 87/1961 II 63, 104/1978 II 34, 105/1979 II 297.

### **NEUERE TENDENZEN**

Erst in allerneuester Zeit lassen sich gewisse Tendenzen ausmachen, welche eindeutig einen Schutz der Investition zum Zwecke haben.

Zunächst wäre etwa an die Anerkennung der Verkehrsdurchsetzung zu denken. Die Berufung auf die Verkehrsdurchsetzung ermöglicht es, eine verfehlte Investition zu retten. Wer seine Energie in das Propagieren einer Banalität steckt, wie beispielsweise in die Marke "Prima", muss die Erfahrung machen, dass banale Dinge zum Allgemeingut gehören und deshalb nicht geschützt werden können<sup>19</sup>. Wer aber trotzdem dieses Zeichen in hohem Umfange gebraucht und hierfür weitverbreitete und geschickte Werbung treibt, kann nach einigen Jahren oder doch Jahrzehnten diesen banalen Begriff usurpieren und für sich als Marke beanspruchen: die Marketinginvestition hat sich damit gelohnt, wird doch so das banale Zeichen zur wertvollen Marke emporstilisiert.

Aber auch der erweiterte Schutz der berühmten Marke<sup>20</sup> ist ein Schutz der Investition. Marken werden ja nicht von selbst berühmt, sondern nur durch gewaltige Anstrengungen ihres Inhabers, welche dem Publikum beliebt zu machen haben, dass das mit der berühmten Marke versehene Produkt das non plus ultra auf dem Markt darstelle. Als Belohnung für diese (namentlich finanziellen) Anstrengungen winkt der erweiterte Schutz der berühmten Marke.

Sodann verdient das Institut der Verwirkung erwähnt zu werden, das im Immaterialgüterrecht eine besondere Bedeutung erlangt hat. Das Institut der Verwirkung schützt einen Verletzer vor Verfolgung, wenn er trotz seines widerrechtlichen Vorgehens einen wertvollen wirtschaftlichen Besitzstand aufgebaut hat. Der Aufbau eines solchen Besitzstandes erfordert nicht nur

---

<sup>19</sup> BGE 21/1895 1057, 27/1901 II 617.

<sup>20</sup> Art. 14 revMSchG.



einige Zeit, sondern auch einige Investitionen. Wartet der Verletzte mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zu, so erscheint es als rechtsmissbräuchlich, diese noch nach Jahr und Tag zuzulassen und damit wirtschaftliche Werte zu zerstören. Hier wird direkt die Investition des Verletzers geschützt, welcher der Verletzungsklage nur deshalb entgeht, weil er in der Zwischenzeit einen wertvollen Goodwill aufgebaut hat, der nicht mehr leichtfertig zunichte gemacht werden soll<sup>21</sup>. Hier wird somit direkt die Investition des Verletzers geschützt, der einer Klage nur deshalb entgeht, weil er zur Ausführung seiner verletzenden Handlungen wertvolle Investitionen getätigt hat.

Auch der Schutz des marktreifen Arbeitsergebnisses<sup>22</sup> ist nichts anderes als Investitionsschutz, ist doch dessen Übernahme erst dann unlauter, wenn sie ohne angemessenen eigenen Aufwand geschieht. Die direkte Übernahme fremder Leistungen ist erst dann verpönt, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Aufwand des Erstentwicklers und demjenigen des Kopierers besteht. Ein solches Missverhältnis ist nicht mehr gegeben, wenn der Erstentwickler seine Kosten bereits amortisiert und einen angemessenen Gewinn kassiert hat. Konnte er somit seine Investitionen abschreiben, dürfen die von ihm erarbeiteten Marktergebnisse kopiert werden.

#### **BRAUCHEN WIR EIN GENERELLES NACHAHMEVERBOT?**

Angesichts der schon ziemlich unübersichtlich gewordenen, vielfältigen Institute des Immaterialgüterrechts muss man sich unwillkürlich fragen, ob es nicht einfacher und klüger wäre, alle Spezialgesetze über Bord zu werfen und schlicht und einfach ein Nachahmungsverbot zu stipulieren. Dieses könnte

---

<sup>21</sup> vgl. z.B. BGE 109/1983 II 338: BBC/PPC, 114/1988 II 106: Cebit.

<sup>22</sup> Art. 5 lit. c UWG.

für Chips auf 10, für Muster und Modelle auf 15, für Patente auf 20, für Pflanzenzüchtungen auf 20 – 25, für Interpretationen auf 50, für Computerprogramme auf 50 Jahre post mortem auctoris und für Kunstwerke auf 70 Jahre p.m.a. beschränkt sein, während es für Firmen, Marken und Ausstattungen zeitlich unbeschränkt Gültigkeit hätte. Daneben könnte auch auf weitere Nachahmungsfälle eingegangen werden, indem beispielsweise bestimmt werden könnte, dass unabhängig von allfälligen Sondergesetzen die Zusammensetzung neuer Produkte während 5 Jahren nicht nachgeahmt werden dürfte, während neue Kochrezepte während 2, Anleitungen zur Lebensführung (z.B. Yoga) während 10, und wissenschaftliche Entdeckungen (z.B. Quantentheorie) während 20 Jahren nicht ohne Befugnis des Schöpfers weiterverbreitet werden dürften. Ein solches Nachahmungsverbot wäre äusserst flexibel und könnte ohne weiteres auf Theorien, Arbeitsergebnisse und andere geistige Rechte angepasst werden.

Ein solches Nachahmungsverbot würde indessen m.E. das Kind mit dem Bade ausschütten; der heutige, wenn auch zuweilen desolate Zustand ist einem generellen Nachahmungsverbot entschieden vorzuziehen. Es ist nämlich kein Zufall, dass sich der Gesetzgeber nur sehr zögernd und nur sehr behutsam an den Schutz der Investition herangetastet hat, und dass er primär nicht die Investition im Auge hatte, sondern einerseits die Bereicherung des allgemeinen Wissens durch neue Techniken und neue wissenschaftliche oder künstlerische Leistungen, und andererseits der Schutz des Verbrauchers vor täuschenden oder gegen Treu und Glauben verstossenden Geschäftspraktiken. Es kann vernünftigerweise nicht der Selbstzweck von rechtlichen Instituten sein, die Investition als solche zu schützen. Der Schutz der Investition käme einer Abwendung der Gefahr des geschäftlichen Misserfolges gleich. Wenn der Staat Investitionen um ihrer selbst wegen schützt, so schützt er gleichzeitig den geschäftlich Untüchtigen und die nutzlose Investition. So wenig wie es keine polizeiliche Aufgabe ist, das Publikum am unnötigen Geldausgeben zu hindern, so kann es auch keine staatliche Aufgabe sein, wirtschaftliche Aktivitäten um ihrer selbst willen zu schützen.

Gerade in der letzten Zeit musste immer wieder erneut erfahren werden, dass der freie Wettbewerb die Menschheit zu Höchstleistungen beflügelt, und dass andererseits geschützte Märkte rapid an Konkurrenzfähigkeit verlieren. Zum Wettbewerb gehört das Prinzip, dass der beste Wettbewerber nur solange die anderen überflügelt, als sie nicht ihrerseits danach trachten, noch besser zu werden. Der geschäftliche Erfolg lässt sich nur daran ermessen, dass es auch Misserfolge gibt: Erfolge und Misserfolge bedingen sich gegenseitig. Zu diesen Spielregeln gehört auch, dass gut gemeinte Investitionen nutzlos werden, weil andere das geschaffene Potential auf fremde Mühlen leiten. Nicht derjenige ist der Tüchtigste, der kopflos investiert und nachher jammert, wenn seine Forschungsergebnisse kopiert werden, sondern derjenige, der sich frühzeitig um einen angemessenen Schutz seiner Investitionen kümmert und die entsprechenden Vorkehrungen zur profitablen Auswertung seiner Leistungen trifft.

Ein genereller Schutz vor Nachahmungen widerspricht zudem einer liberalen Wirtschaftsverfassung, wie sie die Schweiz seit jeher anstrebt und hochhält. Die Einführung eines Nachahmungsverbotes würde den liberalen Grundsatz, dass alles erlaubt sein soll, was nicht ausdrücklich verboten worden ist, in das Gegenteil verkehren und zumindest auf dem Gebiete der Nachahmung alles verbieten, was nicht ausdrücklich erlaubt worden ist. Selbst wenn der Rechtsschutz des geistigen Eigentums da und dort noch gewisse Lücken klaffen lässt, so kann dies für sich allein kein Grund sein, deswegen jegliche Nachahmung zu verbieten, vielmehr sollte man sich darauf verlassen dürfen, dass es noch genügend viele Nischen gibt, die jeder Wettbewerber wahrnehmen kann. Ein generelles Nachahmungsverbot hätte beispielsweise zur Folge, dass nicht nur neue Produkte ein Monopol geniessen würden, ohne dass sie einen besonderen Fortschritt aufweisen würden. Es würde sogar die ganze Mode in Frage gestellt, denn die Mode lebt von den Impulsen einiger Trendsetter, die von unzähligen Mitläufern nachempfunden werden.

## SCHLUSSFOLGERUNG

Das gegenwärtige System der immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetze ist kompliziert und hinterlässt auch einige Lücken. Dennoch wäre es falsch, dieses System aufzugeben und sich auf einen generellen Schutz des Arbeitsergebnisses zu verlassen.

Der Zustand des Immaterialgüterrechts lässt sich nicht schlecht mit dem Haftpflichtrecht vergleichen. Wir kennen eine Unzahl von Haftungstatbeständen, die sich ergänzen, teilweise überlagern und dazwischen aber auch einige Lücken offenlassen. Die vielen Haftpflichtnormen lassen, wie Keller einmal sehr richtig formuliert hat, zuweilen den Grundsatz in Vergessenheit geraten, dass jeder für seinen Schaden zunächst einmal selbst verantwortlich ist<sup>23</sup>. Ähnlich sollte es sich mit dem geistigen Eigentum verhalten. Auch hier verdient der Grundsatz wieder vermehrt Beachtung zu finden, dass aus Gründen des allgemeinen Fortschrittes die Nachahmung erlaubt sein soll, soweit sie nicht durch Spezialgesetze ausgeschlossen wird.

Aus diesen Gründen erscheint die gegenwärtige Tendenz, das Lauterkeitsrecht als Ersatz für unerreichbaren Spezialschutz herbeizuziehen, als verfehlt. Das Lauterkeitsrecht mag dort eine Zeitlang helfen, wo ein Spezialschutz (noch) nicht besteht, so etwa beim Schutz von Enseignen oder ausländischen Handelsnamen. Dem Erfinder, der seine Erfindung nicht rechtzeitig zum Patent anmeldet, zeigt man zu Recht die kalte Schulter und lässt ihn schutzlos; niemand hat sich je für ihn eingesetzt. Warum aber soll derjenige, der eine Marke gebraucht, ohne sie einzutragen, oder derjenige, der eine neue Formgebung schafft, ohne sie als Modell oder Formmarke zu hinterlegen, nicht ebenso schutzlos bleiben? Sowenig wie der Erfinder, der von der Patentierung seiner Erfindung absieht,

---

<sup>23</sup> Keller/Gabi, Das schweizerische Schuldrecht, Band II: Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1988, S. 1.

irgendwelchen Schutz beanspruchen kann oder auch Schutz verdient, sowenig haben m.E. jene Personen Nachsicht verdient, die andere geistige Werte schöpfen, aber sich nicht um deren Schutz kümmern. Die Tendenz, jedem riskanten Seiltänzer doch noch ein relativ engmaschiges Auffangnetz zur Verfügung zu stellen, ist m.E. verfehlt.

Entsprechend hat der numerus clausus der Immaterialgüterrechte nicht ausgedient, sondern er ist aktueller denn je.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Vielerorts besteht ein gewisses Unbehagen, immer wieder neue Schutzrechte einzuführen, und es wird zum Teil offen darüber nachgedacht, ob nicht generell der Schutz des Marktergebnisses anstelle des Schutzes einzelner Recht zu setzen sei.

Obwohl im System der Immaterialgüterrechte nach wie vor empfindliche Lücken klaffen, so insbesondere der fehlende Schutz der Forschung, so würde ein generelles Nachahmungsverbot nach Meinung des Autors dennoch viel zu weit gehen und den liberalen Grundsätzen eines Rechtsstaates zuwiderlaufen. Der Numerus Clausus ist zwar umständlich zu handhaben und seiner Natur nach lückenhaft, doch ist er gegenüber dem schrankenlosen Schutz des Arbeitsergebnisses dennoch vorzuziehen.