

## Schweizer Forum für Kommunikationsrecht / Forum Suisse pour le Droit de la Communication

### UWG: Ausstattungsschutz – wozu?

Veranstaltung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht vom 30. Juni 2010, Zürcher Hochschule der Künste, Zürich

MARKUS J. WEBER\*

- I. Begrüssung und Einleitung
- II. Ausstattungsschutz: Sinn und Zweck
- III. Ausstattungsschutz: Wirtschaftlicher Hintergrund
- IV. Originalität und Verkehrsdurchsetzung
- V. Gemeingut, Freihaltebedürfnis und technische Bedingtheit
- VI. Rufausbeutung und systematische Anlehnung
- VII. Ausstattung und Markengebrauch
- VIII. Diskussion

#### I. Begrüssung und Einleitung

Prof. Dr. RETO M. HILTY, Ordinarius für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich und Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München, eröffnet die gut besuchte Veranstaltung, begrüsst die Teilnehmenden und dankt dem Gastgeber Prof. Dr. MISCHA SENN, Leiter des Zentrums für Kulturrecht an der Zürcher Hochschule der Künste und Vizepräsident der Lauterkeitskommission.

Die Provokation «Ausstattungsschutz – wozu?», so HILTY, könne man sich heute erlauben; die Zeiten hätten sich geändert und der ungeschriebene Grundsatz «Schutz ist gut, mehr Schutz ist besser» werde immer häufiger angezweifelt. Innovationsprozesse seien etwas Dynamisches; Neues entstehe sequenziell, häufig unter (unbewusster) Mitwirkung von vielen. Ein Zuviel an Schutz laufe Gefahr, solche Prozesse zu hindern, und es gelte daher, ein Gleichgewicht zu finden. Im Lauterkeitsrecht führe das zur alles andere als spannungsfreien Frage, wie weit die Wettbewerber gegeneinander geschützt werden können, ohne dass die Institution «Wettbewerb» leide. Dabei beginne alles ganz harmlos – dem Zweckartikel (Art. 1 UWG) würde wohl niemand nicht zustimmen wollen. Doch schon in der Zusammenschau mit der Generalklausel (Art. 2 UWG) offenbare sich eine Spielwiese für Debatten (Stichworte «Geschäftsmoral» und «funktionaler Ansatz»). Der heutige Nachmittag werde von entsprechenden Fragestellungen begleitet sein.

#### II. Ausstattungsschutz: Sinn und Zweck

Das Hauptreferat, gehalten von Prof. Dr. ANSGAR OHLY, Ordinarius für Bürgerliches Recht, Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht an der Universität Bayreuth, führt quer durch die wesentlichen Aspekte der Thematik. Sedes materiae sei, so OHLY, gewissermassen die Schnittmenge zweier Problemkreise. Der erste – «Schutz nicht eingetragener Kennzeichen jeder Art» – sei von der damaligen Literatur um den im (alten deutschen) Warenzeichengesetz enthaltenen Rechtsbegriff «Ausstattung» gezogen worden, welcher allerdings 1995 der neuen Konzeption «Gebrauchsmarke» im Markengesetz habe weichen müssen. Thematisiert würden heute aber nicht beliebige derartige Zeichen, sondern – und hier komme der zweite Problemkreis ins Spiel – nur die Aufmachung bzw. Form eines Produkts; eingetragene Formmarken würden somit ausgeblendet.

Im EU-Recht liessen sich Ansätze eines designrechtlichen Ausstattungsschutzes ausmachen, falle in den einschlägigen Erlassen doch neben der Produktform auch die Verpackung unter den Schutzgegenstand. Das bei – häufig kurzlebigen – Ausstattungen bestehende Eintragungsproblem werde dabei

adäquat über den kurzfristigen Schutz nicht eingetragener Gemeinschaftsgeschmacksmuster gelöst; damit könne das Lauterkeitsrecht bedeutend entlastet werden. Dass sich im Übrigen die Praxis heute vorwiegend um Letzteres drehe, habe praktische Gründe; die hohe Schutzwelle für Formmarken und der für Benutzungsmarken schwierige Nachweis von Verkehrsgeltung liessen markenrechtliches Vorgehen unattraktiv werden.

Ausgangspunkt für die Bewertung von Gründen für und wider einen Ausstattungsschutz müsse ein «Interessendreieck» sein: Der Originalhersteller wolle seinen – oft durch erhebliche Investitionen aufgebauten – Goodwill wahren. Der Wettbewerber wolle gängige Formen nutzen und bekannte Produkte als Referenz beziehen können. Die Verbraucher bräuchten zutreffende Informationen, seien aber durchaus auch an günstigen Angeboten interessiert und begrüssten daher Hinweise auf mit etablierten Produkten vergleichbare Alternativen.

Die Rechtfertigung eines Verwehlungs-schutzes sei vor diesem Hintergrund relativ unproblematisch und über dessen Notwendigkeit bestehe denn auch weitgehend internationaler Konsens (festgehalten etwa in Art. 10bis Abs. 3 Ziff. 1 PVÜ), welcher auch mit der ökonomischen Analyse im Einklang stehe, weil Verwehlungs-schutz Markttransparenz schaffe bzw. die Fehlallokation von Ressourcen vermeide. Allerdings bestünden auch Risiken: Im Fall «G-Star» (BGH, GRUR 2006, 79) sei eine Jeans-Nachahmung trotz klar abweichendem Labeling als herkunftstäuschend qualifiziert worden. Die Erwägung, das Originalprodukt genieesse «wettbewerbliche Eigenart», erlaube Designschutz durch die Hintertür. Ein weiteres Risiko lasse sich dem Fall «Jif» (House of Lords, Reckitt & Colman v Borden [1990] 1 All ER 873) entnehmen: Die gegen einen Nachahmer gerichtete «passing off»-Klage des Originalherstellers von Zitronensaft in zitronenförmiger Aufmachung sei deshalb erfolgreich gewesen, weil Umfragen – wiederum trotz klar abweichendem Labeling – tatsächliche Verwehlungen nachgewiesen hätten. Hier müsse man fragen, ob zur Bannung der Gefahr der Perpetuierung von Monopolen nicht eine Irreführungsgefahr für eine gewisse Zeit in Kauf genommen werden könne.

Schutz gegen Rufausbeutung ohne Verwehlungsgefahr sei in Europa zwar sehr verbreitet, ökonomisch allerdings schwierig zu untermauern. Der Gleichlauf der Interessen von Originalherstellern und Verbrauchern sei nämlich nicht gegeben. Die Verbraucher wollten die Anlehnung und die damit verbundene Wahlfreiheit. Aber auch die Anreizbegründung – einsichtig etwa für das Patentrecht – greife nicht, was etwa das Beispiel USA zeige, wo auch ohne den fraglichen Schutz Goodwill aufgebaut werde. Der Rückgriff auf moralische Kategorien sei wegen deren Subjektivität heikel. Als differenzierender Ansatz biete sich an, einen Schutz vor Rufausbeutung umso eher zu gewähren, je mehr dem Verbraucher fälschlicherweise Gleichwertigkeit zum Original suggeriert werde. Daneben sei es denkbar, auch die Ausweichmöglichkeiten des Wettbewerbers zu würdigen.

Die abschliessende Frage, ob ausserhalb der Rechte des geistigen Eigentums Schutz vor sklavischer Nachahmung gewährt werden soll, sei international umstritten. Während die Niederlande etwa per se und Deutschland wenigstens innerhalb gewisser Fallgruppen Schutz gewähren würden, spreche sich besonders das englische Recht dezidiert gegen einen solchen aus. Tatsächlich bestünden evidente Gefahren, nämlich erstens die Aufweichung bewusst gezogener Grenzen und zweitens eine übermässige Beschränkung des für funktionierenden Wettbewerb wichtigen Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit. Freilich gebe es Ausnahmen, in welchen das Lauterkeitsrecht lückenfüllend zum Zuge kommen könne, wie etwa früher in Deutschland zum Schutz des nicht eingetragenen Designs. Die Aufmachung von Waren sei aber gerade kein solcher Fall.

Thesenhaft zieht OHLY das Fazit: Ein besonderes Schutzrecht für nicht eingetragene Designs sei dann zu unterstützen, wenn dieses mit einer stärkeren Beachtung der Ausschlusswirkung der Schutzdauer einhergehe. Ausstattungsschutz nach UWG müsse sich primär auf – konkret nachgewiesene – Verwehlungsgefahr konzentrieren. Daneben könne die Unlauterkeit auf der täuschenden Suggestivwirkung einer anlehnenden Aufmachung gründen, nicht aber auf der Nachahmung als solcher.

### III. Ausstattungsschutz: Wirtschaftlicher Hintergrund

ANDREA MOSER, Leiterin der Immaterialgüterrechtsabteilung des Migros Genossenschaftsbundes und nebenamtliche Ersatzrichterin am Bezirksgericht Zürich, gibt einen Überblick über die Geschichte der Me-too-Produkte (Nachahmerprodukte) der Migros.

Werde zurückgeschaut auf die Gründungsjahre der Migros, so zeige sich, dass anfangs bewusst auf Provokation gesetzt worden sei mit dem Ziel, einen Preiskampf gegen die grossen Markenunterneh-

men zu erwirken. Trotz Boykott seitens der Konkurrenz und verlorenen Rechtsstreitigkeiten hätten sich die entsprechenden Kampagnen günstig auf das Prestige und die Marktanteile der Migros ausgewirkt. Als Beispiele dienen «Eimalzin» (Ovomaltine), «Ohä» («ohne Hänkel», Anspielung auf die Firma Henkel), «Päng» (Anlehnung an das Putzmittel «Vim») und «Kaffee Zaun» (Kaffee Hag).

Ab den 50er-Jahren sei die Migros einigermaßen etabliert gewesen und habe daher auf allzu aggressive «Kampfnamen» und direkte Anlehnung verzichten können. Die Nachahmerprodukte seien aber – trotz Innovationen bei den Eigenmarken – nach wie vor nötig gewesen als Träger der Migros-Tradition und als Ersatz für die im Sortiment fehlenden Fremdmarken. Typische Beispiele für diese Zeit seien «Mirador» (Anlehnung an Aromat) und «Jana» (Anlehnung an Nivea, BGE 116 II 365) – weniger «witzig», dafür in Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen.

2001 habe die Erweiterung des Sortiments um «Klasse A»-Fremdmarken einen korrespondierenden Wechsel des Bezugskanals bei den Konsumenten erwarten lassen und so einen Abbau der Me-too-Produkte bewirkt. Mitgespielt habe dabei auch die Berücksichtigung neuer Lieferanten und angewachsener Marktmacht. Me-too-Beispiele aus jüngerer Zeit lieferten etwa die Neustarts «Flair» (Anlehnung an Dove, sic! 2005, 481 ff.) und «Bon Chef» (Anlehnung an Beutelsuppen von Knorr, sic! 2009, 419 ff.). Bei beiden sei bei der Produktbezeichnung bzw. Marke ein grosser Abstand gesucht worden. Die Verpackungen seien dagegen ähnlich gestaltet worden, weil die wesentlichen Merkmale als handelsüblich oder als vom Produkt vorgegeben hätten eingestuft werden können. Manchmal sei im Übrigen auch die Migros selbst Inspirationsquelle für Dritte: So werde sich gerne bei der Gestaltung der «M-Budget»-Linie bedient, um auszusagen, etwas sei gut und günstig. Die grösste Konkurrentin Coop habe sich auch schon in die Nähe von Ausstattungen der Migros begeben, so etwa beim Mückenspray «Optimum» oder neuerdings beim «Ice Tea».

#### IV. Originalität und Verkehrsdurchsetzung

Dr. THIERRY CALAME, Rechtsanwalt in Zürich, widmet sich dem lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutz von Ausstattungen. Es sei einleuchtend und allgemein anerkannt, dass nur kennzeichnungskräftige Elemente verpönte Fehlzurechnungen hervorrufen könnten. Einer Ausstattung komme dann Kennzeichnungskraft zu, wenn sie – originär durch Originalität oder derivativ durch Verkehrsdurchsetzung – geeignet sei, sich dem Publikum als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens einzuprägen.

Die Originalität werde verschieden umschrieben. Häufig stosse man auf Kriterien wie «Einprägsamkeit», «Eigenart» – eine interessante Entlehnung aus dem Designrecht – oder «Abweichen vom Gewohnten und Erwarteten». Nicht verlangt werde jedenfalls Neuheit oder Individualität. Im Entscheid «Maltesers/Kit Kat Pop Choc II» (sic! 2009, 793 ff.) habe das Bundesgericht interessanterweise den Schriftzug einbezogen und als prägend und originell erachtet, während dies die Vorinstanz abgelehnt habe.

Eine Verkehrsdurchsetzung sei bei absolutem Freihaltebedürfnis ausgeschlossen. Hier könne man sich fragen, ob die Grenzen, die in Art. 2 MSchG gezogen würden, gleichermassen auch für das Lauterkeitsrecht gälten. Die kennzeichenrechtliche Faustregel, wonach eine Durchsetzung bei zwei Drittel der massgeblichen Verkehrskreise ausreiche, sei umstritten und es gebe auch Stimmen, die sich für eine Wertung im Einzelfall aussprächen – ein Ansatz, der bei einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung Sinn mache. Eine weitere – ebenfalls umstrittene – Grundregel laute, die Anforderungen seien höher, je schwächer oder Freihaltebedürftiger das fragliche Zeichen sei. Weiter müsse das Zeichen grundsätzlich in allen Teilen der Schweiz durchgesetzt sein – wobei das Bundesgericht aber im Fall «Smarties» (BGE 131 III 121 = sic! 2005, 369 ff.) das Resultat einer nur regional durchgeführten demoskopischen Umfrage habe gelten lassen. Die immer wieder zu lesende «Alleinstellung» sei in Wahrheit nicht echte Voraussetzung, habe aber unter Umständen Indiziencharakter.

Über die Verkehrsdurchsetzung könne indirekt – durch Preislisten, Kataloge, Werbezahlen etc. – oder direkt – durch demoskopische Umfragen – Beweis geführt werden. Letztere Variante entwickle sich immer mehr zu einem Trend. Die Nachteile lägen dabei allerdings bei der Kosten- und Zeitaufwendigkeit sowie bei der gerichtlichen Behandlung demoskopischer Gutachten als Parteibehauptungen – eine Problematik, die sich mit Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO noch verschärfen werde. Auch bestünden methodische Probleme und methodologische Differenzen.

## V. Gemeingut, Freihaltebedürfnis und technische Bedingtheit

Nach verbreiteter Auffassung, so Dr. MAGDA STREULI-YOUSSEF, Rechtsanwältin in Zürich, spalte sich der Begriff Gemeingut in die Unterkategorien der – aus Konsumentenperspektive – fehlenden Unterscheidungskraft und des – aus Mitbewerberperspektive – Bestehens eines Freihaltebedürfnisses. Letzteres messe sich nicht nur am aktuellen, sondern nach der Praxis auch am künftigen oder potenziellen Interesse der Konkurrenz.

Die technische Bedingtheit habe in der früheren lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung eine grössere Rolle gespielt, während sie seit ca. 15 Jahren vermehrt Gemeinguterwägungen weichen müsse. Das Bundesgericht habe im jüngsten «Lego»-Entscheid (BGE 129 III 514 = sic! 2003, 892 ff.) für Formmarken eine Stufenordnung begründet, welche wohl sinngemäss herangezogen werden könne: Technisch notwendig und damit absolut schutzunfähig seien mangels äquivalenter Alternativen determinierte Formen. Bei technisch bedingten Formen verbleibe ein gestalterischer Spielraum und ein Schutz sei möglich durch Verkehrsdurchsetzung. Technisch lediglich mitbeeinflusste – also nützliche – Formen (Bsp. Toblerone) seien direkt schutzfähig. Die strengere «Philips/Remington»-Praxis des EuGH (GRUR Int 2002, 842 ff.) verwehre die Markeneintragung von im Wesentlichen technisch geprägten Formen unabhängig davon, ob die gleiche Wirkung durch andere Gestaltungen hätte erzielt werden können. In lauterkeitsrechtlichem Zusammenhang sei hervorgehoben worden, von einem Konkurrenten könne nicht verlangt werden, auf eine weniger praktische, weniger solide oder kostenintensivere Ausführung auszuweichen. Unlauter könne die Übernahme nur sein, wenn ein Abweichen möglich und zumutbar gewesen wäre.

Die vorherrschende kennzeichenrechtliche Argumentationsweise habe zur Konsequenz, dass das Verhalten der Parteien nur sehr bedingt in die Entscheide einflüsse. Damit zusammen hänge auch das statische Vorgehen der Gerichte, den Fokus nur auf die Ergebnisse – etwa die jeweils aktuellen Ausstattungen – zu richten. Im Fall «Caramelköpfl» (HGer AG, sic! 2009, 884) habe sich das Gericht z.B. nicht zu der von der Klägerin vorgebrachten schrittweisen Annäherung – sozusagen über mehrere «Ausstattungsgenerationen» hinweg – geäußert. Eine Ausnahme bilde der Entscheid «Puls» (BGE 129 III 353 = sic! 2003, 593 ff.), in welchem eine eigenständige Analyse vorgenommen worden sei. Ausserdem werde die Originalität zu streng verstanden; zu fordern sei eine Abhebung vom Gemeingut, nicht eine Unterscheidung von allem anderen.

## VI. Rufausbeutung und systematische Anlehnung

Wettbewerb, so Dr. FLORENT THOUVENIN, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich, sei ein historisch offener und äusserst komplexer Vorgang, dessen Regulierung systemadäquat, nach Massgabe ökonomischer Kriterien erfolgen müsse. Um bei der Anwendung des UWG entsprechend argumentieren zu können, benötige man ein Referenzsystem, ein wettbewerbspolitisches Leitbild, das an den Funktionen auszurichten sei, welche das System «Wettbewerb» erfüllen könne. Über die erwünschten Wettbewerbsfunktionen – etwa Lenkung des Angebots durch die Nachfrage, optimale Allokation der Produktionsfaktoren, Primärverteilung von Einkommen nach Massgabe von Leistung, Durchsetzung von Innovation und Fortschritt – bestehe dabei unter Ökonomen weitgehend Einigkeit.

Der Ruf setze sich zusammen aus der Gesamtheit der Informationen und Assoziationen, welche das Publikum mit dem Produkt bzw. seiner Ausstattung verbinde; Rufausbeutung bezwecke die Übertragung solcher Gehalte. Dieser Vorgang könne mit Verwechslungsgefahr gekoppelt sein, müsse aber nicht. Während die Konstellation mit Verwechslungsgefahr ohne Weiteres nach Art. 3 lit. d UWG beurteilt werden könne, sei die andere grundsätzlich nach Art. 2 UWG zu würdigen. Art. 3 lit. e UWG erfasse dagegen nur die spezifischen Fälle der vergleichenden Werbung. Bei ökonomisch-funktionaler Anwendung von Art. 2 UWG gelange man innerhalb der Konstellation der Rufausbeutung ohne Verwechslungsgefahr zur Unterscheidung zwischen transparenzvermindernder und transparenzerhöhender Rufausbeutung. Transparenzvermindernd sei eine Rufausbeutung, wenn den Abnehmern falsche Informationen vermittelt würden. Transparenzerhöhend sei eine Rufausbeutung hingegen, wenn den Abnehmern durch das Wecken einer Assoziation zugleich weitere und zutreffende Informationen vermittelt würden, etwa indem mittels Verwendung einer gelben Gewürzdose mit rotem Deckel und grüner Schrift kommuniziert wird, das in der Dose enthaltene Gewürz sei etwas Ähnliches wie Aromat. Die transparenzerhöhende Rufausbeutung sei wünschenswert und damit zulässig, weil sie den Abnehmern auf einfache Weise zutreffende Informationen über ein Angebot vermittele. Den Nachteilen für

die «Ausgebeuteten» stünden hier die positiven Effekte für die «Ausbeutenden», vor allem aber für die Abnehmer und die Allgemeinheit gegenüber, die nach Art. 1 UWG ebenfalls Schutzsubjekte seien. Folglich seien die Botschaften «Ersatz für» oder «gleich gut wie» – typischerweise in Me-too-Produkten verkörpert – lauterkeitsrechtlich zulässig, deren Wahrheit vorausgesetzt. Diese Gedanken lasse der geschäftsmoralische Ansatz vollständig missen, weil er einzig auf «Ausbeutende» und «Ausgebeutete» abstelle.

Der systematischen Anlehnung habe die Praxis noch keine scharfen Konturen verleihen können. Der Vorgang bestehe daraus, sich der Ausstattung einer Serie von Produkten anzunähern. Die Serieeigenschaft sei höchstrichterlich bejaht worden bei Siebenteiligkeit (BGE 113 II 201, «Le Corbusier»), verneint dagegen bei Dreiteiligkeit (BGE 104 II 335, «Bata-Stiefel»). Bisherige Urteile seien rein geschäftsmoralisch begründet worden, meist mit moralisierenden Schlagworten wie «Häufung raffinierter Nachahmungen» oder «systematisches Anschleichen bis zur Grenze des Unzulässigen». Funktional betrachtet gestalte sich die Sache entspannter, das systematische Vorgehen entspreche nämlich gerade dem Verhalten eines rational handelnden Wettbewerbers und führe als solches auch nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfunktionen. Ein systematisches Vorgehen allein könne deshalb bei funktionaler Betrachtung die Unzulässigkeit nie begründen.

## VII. Ausstattung und Markengebrauch

Zwar seien Marken heute schon in verschiedenem Zusammenhang erwähnt worden, so Dr. MATHIS BERGER, Rechtsanwalt in Zürich, nun solle aber der Fokus spezifisch auf ihre Rolle in der Ausstattungsbeurteilung gehalten werden. Ausgangspunkt müsse dabei der Gesamteindruck sein. Die Ausstattung sei also als Ganzes, mit allen ihren Elementen zu würdigen – freilich finde in der Praxis dennoch häufig eine probeweise Zerlegung in Einzelteile statt. Uneinigkeit bestehe über den Umgang mit spezialrechtlich geschützten Elementen. Während gewisse Lehrmeinungen die Marken ganz ausblenden wollten, forderten andere z.B. eine Berücksichtigung nur der grafischen Gestaltung der Marke. Im Zusammenhang mit der Kennzeichnungskraft habe CALAME auf die Differenzen zwischen den Gerichten bereits verwiesen. Die jüngste bundesgerichtliche Praxis («Maltesers/Kit Kat Pop Choc», siehe oben, IV.) habe deutlich gemacht, dass auch der originelle Sinn- oder Fantasiegehalt einer Marke zu berücksichtigen sei und einer Ausstattung zu Unterscheidungskraft verhelfen könne. Dem sei beizupflichten, primär weil der Durchschnittsabnehmer ein Produkt ganzheitlich wahrnehme und sich nicht um juristisch strittige Feinheiten kümmere.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Ausstattungen beziehe die herrschende Rechtsprechung Produkte- und Unternehmenskennzeichen ein, unter Betonung ihrer besonderen Bedeutung für gewisse Branchen wie Kosmetika oder Schmuck- und Modeartikel. So gebe es Fälle, in welchen – auf klägerischer und/oder beklagter Seite verwendete – Kennzeichen als geeignet betrachtet worden seien, die Gefahr von Verwechslungen zu bannen. Rufausbeutung werde von den Gerichten häufig mit der Begründung verneint, das Verwenden unterschiedlicher Schriftelemente, welche die Ausstattung prägten, wirke der Gefahr von Gedankenassoziationen entgegen. Ähnlich schwierig habe es in solchen Fällen eine Berufung auf UWG wegen sklavischer Nachahmung, weil keine Übernahme sämtlicher (wesentlicher) Elemente vorliege.

Thesenhaft lasse sich somit festhalten, dass Kennzeichen – also Marken, Namen etc. – bei der lauterkeitsrechtlichen Würdigung von Ausstattungen voll zu beachten seien. Die Kennzeichnungskraft einer bzw. die Verwechslungsgefahr zweier Ausstattungen stehe dabei in Abhängigkeit zur Originalität und Dominanz der verwendeten Zeichen. Eine Verletzung von Art. 2 UWG sei in der Regel bei unterschiedlicher Kennzeichnung nicht zu begründen.

## VIII. Diskussion

Als Einleitung in die Diskussion skizziert SENN kurz die Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK-GS) und nennt als möglichen Diskussionspunkt die Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen – hier sei die Praxis zurzeit nicht eindeutig.

Im Anschluss sammelt OHLY den Meinungsstand dahingehend, dass ein Konsens über die Nützlichkeit von Verwechslungsschutz auszumachen sei. Bei der Rufausbeutung hingegen herrschten eher unterschiedliche Auffassungen, vor allem bei der systematischen Annäherung. Aus deutscher Perspektive sei interessant, dass die Schweiz den Ausstattungsschutz zwar im UWG verorte, aber immer wieder auf markenrechtliche Terminologie zurückgegriffen werde. Daher stelle sich die Frage, inwie-

fern beim Ausstattungsschutz wirklich von genuinem Lauterkeitsrecht auszugehen sei, nach welchem sämtliche Umstände des Einzelfalles bewertet würden. Eine mögliche Erklärung für diesen Befund liefert HILTY mit der Feststellung, dass es in der Schweiz keine Gebrauchsmarke gebe und man daher versucht sein könnte, eine solche lauterkeitsrechtlich zu etablieren.

In der Frage nach rechtspolitischem Handlungsbedarf besteht weitgehend Einigkeit. Das UWG wird als geeignet betrachtet, Ausstattungsfälle adäquat zu bewältigen. CALAME spricht sich daneben für ein nicht eingetragenes Designrecht analog dem von OHLY angeführten EU-Modell aus. SENN findet die vorwiegend markenrechtliche Argumentationsweise problematisch und auch STREULI-YOUSSEF wünscht sich eine etwas kreativere und mutigere Anwendung des Lauterkeitsrechts. Eine stärkere Fokussierung auf die UWG-Generalklausel und eine völlige Abkehr von subjektiven Gesichtspunkten wäre im Sinne von THOUVENIN. BERGER schliesst sich dem an, bemängelt darüber hinaus die stellenweise fehlende Kohärenz in der Rechtsprechung und ruft zur weiteren wissenschaftlichen Durchdringung der behandelten Materie auf.

\* lic. iur., Assistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.