

Thouvenin, Florent: Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht Band 145, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, XXVI, 616 S., € 164,00. ISBN 978-3-452-26422-0.

Erschienen in UFITA 2009/II, 607-611

Ein Umfang von 616 Seiten ist auch in Zeiten der elektronischen Datenverarbeitung für eine rechtswissenschaftliche Dissertation außergewöhnlich. Doch nicht nur quantitativ ragt diese Züricher Arbeit aus der Masse heraus. Sie ist einem komplexen Thema gewidmet, nämlich dem Verhältnis zwischen Lauterkeitsrecht und Immaterialgüterrecht. Hierfür ist es erforderlich, diese beiden schon für sich betrachtet fragmentierten und umfangreichen Materien vollständig zu erfassen und auf einer Metaebene zu ordnen. *Thouvenin* hat sich dieser für eine Dissertation wohl grenzwertigen Herausforderung gestellt und sie - das sei vorweggenommen - in beeindruckender Weise bewältigt. Sein Instrument ist die funktionale Analyse.

Die Schrift ist in fünf Paragraphen gegliedert. Ausgehend vom ordoliberalen Gedanken, dass das Wettbewerbsrecht im Sinne des UWG und das Immaterialgüterrecht komplementäre rechtliche Rahmenbedingungen einer dezentralen Markt- und Wettbewerbswirtschaft bilden, arbeitet *Thouvenin* im ersten Abschnitt die einschlägigen wettbewerbstheoretischen und -politischen Grundlagen auf (S. 1-88). Aus den unterschiedlichen Erklärungsansätzen (workable competition, Chicago School, systemtheoretisches Konzept) destilliert er einen konsentierten Grundbestand ökonomischer Erkenntnisse heraus, die in der Folge die Basis seiner eigenen Ausführungen bilden. Hierzu zähle, dass Wettbewerb die rechtlich gleiche Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer voraussetze. Ferner könne als gesichert gelten, dass wirtschaftlicher Wettbewerb verschiedene Funktionen habe, nämlich Angebot und Nachfrage auf eine effiziente Ressourcenallokation zu lenken, Einkommen nach Leistung zu verteilen und technisch-organisatorischen Fortschritt anzuregen. Diese fünf Elemente - Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit sowie Lenkungs-, Verteilungs- und Fortschrittsfunktion - sind die Fixpunkte, an denen *Thouvenin* das schweizerische Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht in historischer und rechtsvergleichender Perspektive misst.

Im Hinblick auf das Lauterkeitsrecht erläutert er im folgenden Paragraphen (S. 89-264) die langwierige Entwicklung hin zu einem funktional-institutionellen Verständnis, das inzwischen in Deutschland, Österreich und der Schweiz herrschend ist. Demnach schützt das UWG den Wettbewerb als solchen, damit dieser seine Wirkungen im Interesse der Allgemeinheit entfalten kann. Anhand eines hervorragend dokumentierten Vergleichs des französischen, deutschen, englischen und schweizerischen Lauterkeitsrechts arbeitet *Thouvenin* anschließend Grundtatbestände unlauteren Verhaltens heraus, die in allen genannten Rechtsordnungen verboten sind. Hierzu rechnet er insbesondere die Irreführung, die Herabsetzung, eine „gewisse Sanktionierung der Verwertung von Leistungen Dritter“ sowie den Geheimnisschutz und den Rechtsbruch.

So überzeugend und sorgfältig die nationalen Besonderheiten dargestellt werden, so sehr erstaunt, dass das einschlägige EG-Recht keine nennenswerte Beachtung findet. Diese Lücke ist bedenklich, da die Vergemeinschaftung auch in diesem Bereich inzwischen weit fortgeschritten ist. Sie hat in der Richtlinie 2005/29 mit einer vollständig harmonisierenden Generalklausel, wonach „unlautere Geschäftspraktiken“ verboten sind, ihren vorläufigen Abschluss gefunden. Gerade dieser Rechtsakt lässt es sehr zweifelhaft erscheinen, „das“ Lauterkeitsrecht der EG-Mitgliedstaaten uneingeschränkt auf den Schutz der Institution Wettbewerb und seiner Funktionen auszurichten. Insbesondere trennt das in vielen Richtlinien und Verordnungen verstreute Lauterkeitsrecht der EG zwischen Verboten im Interesse der Mitbewerber (insbesondere Richtlinie 2006/114 über irreführende und vergleichende

Werbung) und dem Schutz der Verbraucher (insbesondere Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken). Dies führt etwa im österreichischen UWG von 2007 zu einer gespaltenen Generalklausel, die zwischen beiden Schutzsubjekten unterscheidet. Im Gemeinschaftsrecht findet die von *Thouvenin* verfochtene, wettbewerbsbezogene Betrachtungsweise also immer weniger Rückhalt. Rechtsvergleichend könnte sie zu einer singulären Position werden.

Doch zurück zum Inhalt der Arbeit: Welcher Herkulesaufgabe sich *Thouvenin* unterzogen hat, offenbart sich endgültig im ähnlich umfangreichen dritten Paragraphen (S. 265-420), in dem er das Patent-, Urheber-, Design- und Markenrecht sowie die verwandten Schutzrechte und den Schutz von Datenbanken und geographischen Herkunftsangaben als „Grenzgänger zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht“ betrachtet. Aufgrund der noch weiter als im Lauterkeitsrecht vorangeschrittenen internationalen Harmonisierung dieses Rechtsgebiets liegt der Schwerpunkt dabei auf einer vergleichenden Analyse des Typs (Schutzgegenstand, -voraussetzungen usw.), der wettbewerbslichen Wirkungen sowie der Legitimation der genannten Rechtspositionen. Im Ergebnis unterscheidet *Thouvenin* drei Kategorien: Patent-, Urheber- und Designrechte sowie mit Abstrichen die urheberrechtlichen Leistungsschutzrechte seien ausschließliche Rechte an öffentlichen Gütern, die aus Gründen der Gerechtigkeit (Belohnung) und als Anreiz für innovatives Schaffen legitimiert würden. Das Markenrecht betreffe hingegen Waren- und Dienstleistungskennzeichen als nicht-öffentliche Güter und werde gewährt, um Transaktionskosten zu senken und Investitionen in den Goodwill zu sichern. Der Schutz geographischer Herkunftsangaben als Spezialregelung gegen Irreführungen sei rein wettbewerbsrechtlicher Natur.

Im folgenden vierten Abschnitt (S. 421-502) verknüpft *Thouvenin* die herausgearbeiteten Funktionen des Lauterkeits- und Immaterialgüterrechts mit den wettbewerbstheoretischen Grundannahmen. Das führt zu gewissen Redundanzen, da bereits zuvor nach der Legitimation dieser Rechtsakte mit Blick auf die gesamte Wirtschaftsordnung gefragt worden war.

Im fünften Paragraphen (S. 503-554) werden die gewonnenen Erkenntnisse schließlich für die Lösung der Ausgangsfrage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander fruchtbar gemacht. Zwar realisierten UWG und Immaterialgüterrechtsgesetze in komplementärer Weise ein freiheitliches, dezentral organisiertes Wirtschaftssystem. Dabei kämen ihnen jedoch jeweils eigenständige, spezifische Funktionen zu. Deshalb seien sie bei der Beurteilung von Marktverhalten „stets kumulativ“ und „stets ... selbständig“ nebeneinander anwendbar. Dies gelte sowohl im Verhältnis zwischen Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht als auch innerhalb des Immaterialgüterrechtssystems (S. 562). Im Übrigen müssten bei einer umfassenden Gesamtsystematik drei Rechtsschichten unterschieden werden: erstens das UWG als umfassende Grundlage der Normierung von Wettbewerbsverhalten, zweitens das Markenrecht und die Leistungsschutzrechte, die zwar formal als ausschließliche Rechte ausgestaltet seien, funktional aber wettbewerbsrechtliche Tatbestände darstellten, und drittens das Patent-, Urheber- und Designrecht als eigentliche immaterialgüterrechtliche Regelungen (S. 563).

Selbst ein so rudimentärer und notwendig unvollständiger Abriss des Werks von *Thouvenin* lässt erahnen, welche umfangreiche Einzelanalysen hier mit innovativer, eigenständiger Theoriearbeit einhergehen. Seit der von *Thouvenin* leider nicht berücksichtigten Habilitationsschrift *Fikentschers* zum Verhältnis zwischen gewerblichem Rechtsschutz und Kartellrecht aus dem Jahr 1958 ist im deutschsprachigen Schrifttum kein so breit angelegter Versuch bekannt, dem Zusammenspiel von wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Regelungen auf den Grund zu gehen.

Aus der Vielfalt der Denkanstöße, die *Thouvenins* Arbeit vermittelt, sei abschließend ein methodischer Aspekt herausgehoben und im Sinne einer Fortführung der Diskussion kritisch beleuchtet: Wie gezeigt argumentiert *Thouvenin* anhand einer funktionalen Analyse. Diese Herangehensweise hat zwar den Vorteil, über die bloße Gesetzesdogmatik und damit

Landesgrenzen hinauszugreifen und das Warum von Rechtsregeln in den Mittelpunkt zu stellen. Indes bringt dieses Vorgehen auch Schwierigkeiten mit sich.

So gibt *Thouvenin* selbst zu bedenken (S. 2), dass etwa die Ökonomik einen anderen Funktionsbegriff verwendet als die Rechtswissenschaft. Während es dort um Effizienz auch bloß faktischer Wirkungszusammenhänge geht, fragt die Jurisprudenz nach dem vom Recht selbst definierten Zweck einer Norm. Welches Konzept *Thouvenin* anwendet, ist nicht immer eindeutig. Das schlägt sich zunächst in seinen Systematisierungen nieder, die sowohl auf formaljuristische Merkmale (etwa die Ausgestaltung des Markenrechts als ausschließliches Recht) als auch auf faktische Wirkungen (Markenrecht als Verbot von Irreführungen im Wettbewerb) abstellen und damit zwei unterschiedliche Kriterien vermengen.

Ausschlaggebend ist für *Thouvenin* letztlich die Wirkung eines Rechtsinstituts im Wettbewerb, nicht dessen „im Belieben des Gesetzgebers“ liegende „dogmatische Ausgestaltung“ (S. 547). Bei aller Offenheit gegenüber der im Wirtschaftsrecht generell verbreiteten Folgenorientierung (Stichwort *more economic approach*) ist Vorsicht geboten, wenn hieraus konkrete juristische Folgerungen für die Anwendung von Gesetzen gezogen werden. Zum einen fehlt für diesen Schritt vom angeblichen Sein auf ein Sollen ggf. die Legitimation. Das gilt ganz besonders dann, wenn die Zwecke des Gesetzes ausgeblendet werden. Zum anderen kann eine unvollständige Funktionsannahme zu zweifelhaften normativen Schlüssen führen. Beide Probleme wirken sich auf *Thouvenins* Arbeit aus.

So ist die Aussage, die lauterkeits- und immaterialgüterrechtlichen Regelungen seien „stets“ kumulativ und nach ihren jeweiligen Voraussetzungen selbständig auf Marktverhalten anzuwenden, in dieser Allgemeinheit gerade in rechtsvergleichender Betrachtung kaum haltbar. Verwiesen sei hier nur auf das Verhältnis zwischen Urheber- und Designschutz, das etwa in Frankreich (Kumulation) und Deutschland (Eigenständigkeit) verschieden beurteilt wird. Jedenfalls für das deutsche Recht kann auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Immaterialgüterrechtsgesetze einen ergänzenden Leistungsschutz auf der Basis des UWG sperren. Ein solcher Umkehrschluss von den Grenzen der Exklusivität auf eine zulässige Nutzung des betreffenden Immaterialguts kommt jedenfalls dort in Betracht, wo sich anhand einer historisch-teleologischen Auslegung zeigen lässt, dass die einschlägigen Schutzvoraussetzungen abschließend sind, ein ergänzendes lauterkeitsrechtliches Verbot also ausgeschlossen werden sollte.

Aus funktionaler Sicht erscheint es ferner wenig überzeugend, dass *Thouvenin* in offener Abgrenzung zum geltenden schweizerischen Lauterkeitsrecht (siehe Art. 5 lit. c CH-UWG) für einen weitreichenden, unmittelbaren UWG-Leistungsschutz plädiert. „Stets unzulässig“ sei nämlich „die Verwertung eines unmittelbar übernommenen Gutes in unveränderter Form“ (S. 456). Zu diesem gerade mit Blick auf die Wettbewerbsfreiheit und ein dynamisches Marktgeschehen bedenklichen Ergebnis gelangt *Thouvenin* unter anderem über die Annahme, die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs erfordere „eine möglichst uneingeschränkte Umsetzung des Ausschlussprinzips“ (S. 455). Mit anderen Worten soll derjenige, der ein Produkt auf den Markt bringt, die Früchte seiner Leistung möglichst ungeschmälert vereinnahmen können. Mit einer solchen Zuordnungslogik wird die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs aber allenfalls verkürzt wiedergegeben. Dabei geht es nämlich nicht allein um eine maximale Internalisierung externer Effekte, sondern jedenfalls auch um eine soziale Streuung der Wohlstandsgewinne unter Produzenten und Konsumenten. Damit Effizienzsteigerungen nicht nur bei einem Anbieter zu Buche schlagen, sondern möglichst vielen zugute kommen, müssen Konkurrenten substituierende Angebote machen können, was ggf. eine identische Nachahmung voraussetzt.

Zugegebenermaßen handelt es sich hierbei um einen wettbewerbspolitischen Standpunkt, der mit guten Gründen kritisiert werden kann. Das ist aber nicht der Punkt. Entscheidend ist, dass von konkreten gesetzlichen Zwecken losgelöste Argumente über „die“ Funktion eines Rechtsgebiets zur Aufstellung gültiger Sollenssätze im Einzelfall nicht genügen.

Prof. Dr. Alexander Peukert, Frankfurt/Main