

Japan – eine Kopierkultur?

Christopher Heath *

I. Einleitende Beispiele, deren drei

Dem geneigten Leser werden der *Philipps* Scherkopfrasierer, die amerikanische Tageszeitung *The Wall Street Journal* und die Comic Figur „Popeye“ ein Begriff sein. Es handelt sich dabei aber nicht um eine Aufzählung möglicher Geschenkideen, sondern um aus europäischer Sicht krasse Unzulänglichkeiten, ja Ungerechtigkeiten im Zusammenhang mit der Verwertung fremder Leistungen als der eigenen. Die zugrunde liegenden Sachverhalte seien an dieser Stelle kurz geschildert:

1. *Philipps* hatte mit seinem Scherkopfrasierer ein neuartiges System für die Bartrasur entwickelt, dessen tatsächliche oder angebliche Vorzüge die Werbung umfangreich herausgestellt hat. Wesentlich für das System ist ein rotierender Scherkopf mit einer bestimmten Anzahl von Scherblättchen, meines Wissens nach 14. Dieses Schersystem wurde in Japan als Geschmacksmuster angemeldet und das Muster erteilt. Ein Konkurrent brachte daraufhin ein Produkt auf den Markt, das sich von dem *Philipps* Rasierer nur dadurch unterschied, daß es nicht 14, sondern 13 Scherblättchen hatte. Die von *Philipps* hiergegen erhobene Klage hatte vor mehreren Gerichten keinen Erfolg¹. Nach Auffassung der Gerichte habe es *Philipps* freigestanden, auch ein Muster auf einen Scherkopfrasierer mit 13 Blättchen anzumelden. Dies habe *Philipps* nicht getan, und infolgedessen sei es jedermann freigestanden, einen solchen auf den Markt zu bringen.

2. *The Wall Street Journal*, eine amerikanische Wirtschaftszeitung, wird täglich, unter anderem auch in Japan, vertrieben. Sie erscheint allerdings überall nur auf englisch. Ein japanisches Unternehmen nahm dies zum Anlaß, ausgewählte Artikel fast zeitgleich auch in japanisch zu veröffentlichen und zur Grundlage eigener Berichterstattung für einen „Wirtschaftsclub“ an Mitglieder zu machen, ohne hierfür eine Genehmigung eingeholt zu haben. Verständlicherweise wandte sich *Dow Jones*, das Veröffentlichungs-

* Dem Aufsatz liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 6. Dezember 1993 an der Universität München gehalten hat und der *Margit Schust* gewidmet ist sowie eine frühere, in *Pohl* (Hrsg.), Japan 1993/94. Politik und Wirtschaft (Hamburg 1994) 334 ff. abgedruckte Fassung zugrunde. Die Wiedergabe mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers.

1 Urteile des Distriktgerichtes Nagano vom 3. März 1991 und des Obergerichts Tokyo vom 9. September 1992. Ein zusätzliches Problem stellte hier die Feststellung des Obersten Gerichtshofes, Urteil vom 15. März 1989, dar, daß die Anmeldung an einem zur Nichtigkeit führenden Formfehler leide. Der Fall des *Philipps* Rasierers wurde auch von der japanischen NHK-Sendung „Patent Wars“ aufgegriffen, die Anfang Januar 1991 im japanischen Fernsehen ausgestrahlt wurde.

haus, hiergegen. Es bedurfte allerdings mehr als drei Jahre, um den Verletzer auch nur wenigstens vorläufig daran zu hindern, die Übersetzungen weiterhin vorzunehmen².

3. „Popeye“ war die Schöpfung von *Elsa Chrysler Seager* und wurde erstmalig 1928 in der Zeitschrift „The Thimble Theatre“ abgedruckt. Die Comic-Strips wurden im folgenden verfilmt, und, wie bei anderen Comic-Figuren wie z.B. Micky Maus³ und Snoopy⁴ – beide übrigens Opfer ähnlicher Probleme in Japan wie Popeye – üblich, auch lizenziert, um damit T-Shirts, Krawatten oder dergl. zu schmücken. Nur in Japan gab es hiermit Probleme. Hier nämlich hatte Ende der fünfziger Jahre ein Irgendjemand – in allerbesten Absicht selbstverständlich – eine mit der Comic-Figur nahezu identische „Popeye“ Figur nebst dem Schriftzug „Popeye“ als Warenzeichen eintragen lassen und hernach verkauft. Der spätere japanische Eigentümer lizenzierte das Zeichen, und so tauchten in Japan auf einmal T-Shirts mit Popeye-Aufdrucken von zwei verschiedenen Herstellern auf. Die Angelegenheit hat zu nicht weniger als sieben Gerichtsverfahren geführt, die sich über insgesamt 20 Jahre erstreckten⁵. Der Eigentümer des Warenzeichens darf das Zeichen inzwischen im gewerblichen Verkehr nicht mehr nutzen, die Löschung des Zeichens ist beim Patentamt beantragt worden und wird vermutlich auch erfolgen. Allerdings hat die amerikanische Klägerin trotz dieses Erfolges horrenden Anwaltskosten und zudem finanzielle Einbußen bei der Lizenzierung einer Figur gehabt, von der der japanische Lizenznehmer gar nicht sicher sein konnte, daß er sie in Japan überhaupt würde benutzen dürfen.

Offenbar in Anlehnung an diese und ähnliche Fälle bezeichnet ein bekannter amerikanischer Kommentar von *Callmann* zum „Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies“ die sklavische Nachahmung inzwischen nicht mehr, wie in den Vorauf-

-
- 2 „The Wall Street Journal“, Antrag auf einstweilige Anordnung aus dem Jahre 1989 in der Fassung vom 24. Mai 1991, stattgegeben durch das Distriktgericht Tokyo am 24. September 1991, Hanrei Jihô 1399 (1992), 25. Hauptsacheentscheidung vom 30. August 1993, Hanrei Sokuhô Nr. 128, 21.
 - 3 „Disney Pachinko“, einstweilige Anordnung des Distriktgerichtes Fukuoka gegen die Verwendung von Disney-Figuren als Aushängeschild einer Spielhalle, 2. April 1990, Hanrei Times 750 (1991), 238; noch ärgerlicher die Verwendung des Disney-Logos für Vergnügungen besonderer Art: „Pornoland Disney“, Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 18. Januar 1984, Hanrei Timusu 515 (1984), 210.
 - 4 „Snoopy“, Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 26. Mai 1976, Mutaishû 8-1, 219 (unbefugter Verkauf von Uhren mit Snoopy-Motiv).
 - 5 1. Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 19. April 1973 – „Popeye Unterhemden“ I; 2. Urteil des Distriktgerichts Osaka vom 24. Februar 1976 – „Popeye Unterhemden“ II; 3.-5. Urteile des Distriktgerichts Tokyo, Obergerichts Tokyo und schließlich Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 20. Juni 1990 – „Popeye Schals“ I-III (abgedruckt in GRUR Int. 1993, 495 mit Nachweisen zu allen weiteren Urteilen); 6.-7. Urteile des Distriktgerichts Tokyo vom 19. Februar 1990 und des Obergerichts Tokyo vom 14. Mai 1992 – „Popeye Krawatten“ I-II.

lagen, als „Chinese copy“, sondern als „Japanese copy“⁶. Japan – eine notorische Kopierkultur also?

II. *Geschichte der Kopie von Martial bis Fellini*

Bevor ich auf jene Regelungen eingehe, die das Kopieren verhindern sollen, darf ich kurz auf die Geschichte der Kopie eingehen⁷. Als in dem Asterix-Heft „Obelix GmbH & Co. KG“ Hinkelsteine in Rom verkauft werden, kommt ein Konkurrent auf die gleiche Idee, der sich Plagiatus nennt. Zwar gab es nie den Plagiatus, wohl ist aber der Name „Plagiarius“, nämlich Menschenräuber, die Bezeichnung des Dichters *Martial* für diejenigen gewesen, die seine geistigen Kinder, mithin seine Werke, als eigene ausgaben und verkauften. Ähnliche Anklagen finden sich im Gastmahl des Trimalchio, verfilmt von *Fellini* als „Satyricon“, als dem Gastgeber bei der Verlesung angeblich eigener Werke vorgeworfen wird, sie seien zusammengestohlen. Die Kopie – hier im Bereich der Schriftwerke – finden wir also bereits zu einer Zeit, als die Sonnengöttin auch nach japanischer offizieller Lesart das Land noch kaum aus der Taufe gehoben hatte. Oder, um ein anderes Beispiel zu erwähnen: Es wird im allgemeinen als etwas ganz Ungewöhnliches dargestellt, daß Kaiser Hadrian nach dem Wiederaufbau des römischen Pantheon den Namen des ehemaligen Bauherrn Agrippa dort wieder anbringen ließ⁸ – Zeichen dafür, daß die Berühmung mit fremden Leistungen die Regel, die Ehrlichkeit in diesem Bereich eher die Ausnahme war.

Rechtliche Regelungen, die eine echte Handhabe gegen die Nachahmung gaben, wurden auf breiter Front allerdings erst Ende des letzten Jahrhunderts erlassen, zu einer Zeit, als die europäischen Staaten allgemein ein wirtschaftliches Eigeninteresse an solchen Regelungen hatten. Mit anderen Worten: Regelungen wurden dann und dort erlassen, wo das wirtschaftliche Interesse am Fälschertum gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse, dies zu verhindern, zurücktrat.

III. *Förderung der Kopierkultur und wirtschaftliches Eigeninteresse*

Die These, daß der stärkste Anreiz zur Verhinderung des Fälschertums im wirtschaftlichen Eigeninteresse liegt, sei anhand der Entstehung des Systems der gewerblichen Schutzrechte verdeutlicht.

Der rechtliche Schutz gegen Nachahmungen, oder anders gesehen, der Schutz von bestimmten Leistungen, läßt sich verschieden ausgestalten. Nehmen wir an, der Gesetz-

6 Hierauf wird hingewiesen von RAHN, Das Japanische im japanischen UWG: GRUR Int. 1992, 362.

7 Vertiefend sei der Leser auf den Beitrag von KASTNER, Das Plagiat – literarische und juristische Aspekte: NJW 1983, 1151 hingewiesen.

8 COARELLI, Rom, 1975, 257.

geber hätte dieses Problem zu bewältigen. Er könnte verschiedene Überlegungen anstellen: Mit dem Verbot der Nachahmung wird zunächst dem Hersteller des Originalen, also demjenigen, der zuerst da war, eine ausschließliche Position eingeräumt⁹. Nur *er* soll etwas in bestimmter Weise herstellen dürfen, andere nicht. Das ist deshalb problematisch, weil damit der Wettbewerb auf diesem Gebiet völlig ausgeschaltet würde, was dazu führen könnte, daß das fragliche Produkt schlampig hergestellt und teuer verkauft wird, ohne daß dies zu korrigieren wäre. Grund für den Schutz, so ließe sich weiter überlegen, sollte eine bestimmte Art von Leistung sein, für die der Leistende dann prämiert würde, indem andere seine Leistung nicht kopieren dürften. Dabei ließe sich zunächst die wirtschaftliche Investition schützen, indem die Nachahmung ihrer Ergebnisse verboten würde – ein Investitionsschutz also¹⁰. Diesen Weg ist man, weitgehend aus historischen Gründen, nicht gegangen, und zwar mit der Überlegung, daß die Investition an sich dem Abnehmer selbst nicht nützt. Dem Abnehmer ist nur mit einem Ergebnis gedient, das besser ist als schon Vorhandenes. Um bei den bereits oben erwähnten Hinkelsteinen des Obelix zu bleiben: Das Produkt wird nicht deshalb geschützt, weil es nur unter großen Kosten herzustellen ist – Schutz der Investition –, sondern nur dann, wenn es einen Fortschritt gegenüber dem schon Vorhandenen darstellt. Aus diesem Grunde ist man in den letzten 100 Jahren davon ausgegangen, daß der Grund des Schutzes in der schöpferischen Leistung liegt, ganz egal, wie groß die Entwicklungskosten hierfür waren. Schöpferische Leistung ist zunächst die Erfindung, die aber nur dann Schutz genießt, wenn sie auch funktioniert. Leonardos Flugmodelle, die sicherlich brillante Ideen waren, hätten als Patente nicht geschützt werden können, weil sie nicht funktionierten. Erfindungen werden in Japan wie in Deutschland durch das Patentgesetz, kleinere Erfindungen, nämlich Modelle, durch das Gebrauchsmuster-

9 Zum Spannungsverhältnis von gewerblichen Schutzrechten und Kartellrecht siehe KOPPENSTEINER, Urheber- und Erfinderrechte beim Parallelimport geschützter Waren, Außenwirtschaftsdienst (AWD) 1971, 357; BEIER, Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz, GRUR 1978, 123. Auch der Europäische Gerichtshof hatte sich kürzlich in der sog. „Magill“-Entscheidung mit dieser Problematik zu befassen: CFI, Fälle 69, 70 und 76/89, 4 International Intellectual Property and Copyright (IIC) 1993, 83.

10 Einen solchen Schutz hat man in jüngster Zeit z.T. dort eingeführt, wo das Ergebnis der Investition kein dem Gehalt eines gewerblichen Schutzrechtes korrespondierendes Ergebnis aufweist, z.B. bei Datenbanken und Computersoftware: Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zum Schutz von Computerprogrammen 91/250 vom 14. Mai 1991, in Kraft seit 1. Januar 1993, Abl.EG 1991 L 122/42. Empfehlung des Rates für eine Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, geänderte Fassung vom 15. November 1993, Abl.EG 1993 C 308/1, Zeitpunkt des Inkrafttretens ungewiß. Einen Investitionsschutz gibt inzwischen auch bedingt das neu gefaßte japanische Gesetz zur Verhütung unlauteren Wettbewerbs (*Fusei kyôso bôshi-hô*), nachfolgend UWVG, Ges.Nr. 14/1934 i.d.F. d.Ges. Nr. 47/1993; dt. Übers.: GRUR Int. 1993, 754 ff. vom 19. Mai + 1993 (in Kraft seit 1. Mai 1994) mit dem Schutz gegen sklavische Nachahmung, Art. 2 I Nr. 3 UWVG – Schutz gegen formgetreue Kopien für einen Zeitraum von drei Jahren ab dem ersten Inverkehrbringen des Produktes, bei dem es sich allerdings um einen körperlichen Gegenstand handeln muß.

recht geschützt. Industriell nutzbare Muster werden durch das Geschmacksmusterrecht, kulturelle Leistungen durch das Urheberrecht geschützt. Obgleich schon viel, fehlt damit noch einiges, wenn man an den obigen Popeye-Fall denkt: Geschützt werden soll auch die Garantie von Qualität und Herkunft von Waren (oder auch Dienstleistungen), nämlich durch das Warenzeichenrecht. Damit ist die Liste dessen, was man als geistige Eigentumsrechte bezeichnen kann, vollständig. Aber dies reicht noch nicht, um Fälschung und Betrug wirksam einzudämmen. Man denke nur an den schönen maghrebini-schen Fall, in dem sich Hadschi Nasr Ed Din Effendi auf einem Markte als Arzt ausgibt und als solcher von einem Reichen aufgesucht wird. Jener bittet Hadschi um die Heilung seines Leidens: Er könne nämlich nicht mehr die Wahrheit sagen. Die Behand-lung wird für den folgenden Tag vereinbart, ein Honorar ausgehandelt. Am folgenden Tage gibt Hadschi dem Reichen einige Pillen zu kauen. Dieser kehrt kurze Zeit später zurück, um das Honorar zurückzufordern, denn die Pillen seien gänzlich nutzlos und Hadschi habe ihn über das Ohr gehauen. „Siehst du, sie wirken schon“, entgegnet ihm Hadschi. In einem wirklich geschehenen Fall wurden nach dem Kriege in Japan Streck-betten verkauft, die angeblich größer machen sollten – ohne Erfolg, versteht sich¹¹. Oder man nehme die millimetergetreue Kopie, die sog. sklavische Nachahmung nicht besonders geschützter Produkte¹². Sollte man hier, maghrebinischer Tradition folgend, dem Verbraucher das Recht auf die eigene Dummheit, dem Unternehmer das wunsch-lose Unglück unrechten Wettbewerbes zugestehen, bedürfte es weiterer Regelungen nicht. Anderenfalls ist ein Gesetz zur Regelung des lautereren und dem Verbot des un-lauteren Wettbewerbes erforderlich¹³.

Ich fasse die obigen Überlegungen kurz zusammen: Es besteht zunächst einmal grundsätzlich und, soweit mir bekannt, in jedem Land die Regel der *Nachahmungs-freiheit*: Jeder darf kopieren, soweit nicht entweder das Produkt durch Sondergesetze geschützt ist (Patentgesetz etc.) oder eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt¹⁴.

Ich darf nunmehr auf Entstehungsgeschichte und Ausgestaltung dieser rechtlichen Regelungen zum Schutze vor Nachahmungen eingehen.

11 Nishi Igaku Center, Entscheidung des japanischen Kartellamtes (FTC) vom 20. Dezember 1947, Entscheidungssammlung für Prämien- und Angabesachen (KTIH) 3, 136.

12 Im japanischen als sog. „dead copy“ bezeichnet. Vor dem Erlaß besonderer Vorschriften im UWVG konnten diese Fälle nicht wirksam und nur in Einzelfällen erfaßt werden, siehe das Urteil des Obergerichts Tokyo vom 24. September 1991, GRUR Int. 1993, 564 – Dekor-papier.

13 Ein solches Gesetz, das UWVG, ist in Japan bezeichnenderweise erst auf internationalen Druck im Jahre 1934 erlassen worden. Der Gesetzgeber hatte das Gesetz indessen bewußt so gefaßt, daß es kaum Anwendung finden konnte – in den ersten 25 Jahren seines Bestehens wurden genau 11 Fälle dazu entschieden. Einzelheiten bei RAHN, Das Japanische im japanischen UWG: GRUR Int. 1992, 363.

14 Zu Nachahmungsfreiheit und Kopie sei auf den Beitrag von MEISTER, Das Phänomen der Produktpiraterie: WRP 1989, 559 (563) verwiesen.

1. Die erste Regelung des Patentrechts findet sich in England im 17. Jahrhundert im Statute of Monopolies von 1623/1624¹⁵. Bei der Lektüre von *Charles Dickens* „A poor man’s tale of a patent“ gewahrt man zwar die Mangelhaftigkeit der Regelung, die aber doch besser als ihr gänzlichliches Fehlen war¹⁶. Die Entstehung in England ist kein Zufall: Es ist das Land der industriellen Revolution, und damit der Nation, für die es zuerst ein wirtschaftliches Interesse daran gab, den Fortschritt einzelner zu prämiieren. Dementsprechend spät kam es zum Erlaß eines Patentgesetzes in Deutschland: Warum schützen, wo sich doch aus den Nachbarstaaten England und Frankreich viel billiger kopieren ließ? Diese Sicht änderte sich erst mit dem Aufkommen einer deutschen Erfindergeneration mit Namen wie *Bosch*, *Siemens*, *Daimler* und *Borsig* und dem anschließenden Erlaß des von der Freihandelschule (die angetreten war, jegliche Monopole zu beseitigen) unter Führung Bismarcks heftig bekämpften Patentgesetzes im Jahre 1877¹⁷. Anders in Japan: Hier war man bereits am Anfang der *Meiji*-Zeit von der Wichtigkeit von Patenten überzeugt. So erklärte der Begründer des japanischen gewerblichen Rechtsschutzes, *Korekiyo Takahashi*, im Jahre 1900:

“We have looked about us to see what nations are the greatest, so that we can be like them. We said, ‘What is it that makes the United States such a great nation?’, and we investigated and found that it was patents, and we will have patents”¹⁸.

Das erstmalig 1871, später nochmals 1885 erlassene Patentgesetz hatte allerdings zunächst mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß die erfinderische Tätigkeit in Japan in den vorangegangenen 150 Jahren durch ein Edikt aus dem Jahre 1721 ausdrücklich verboten worden war¹⁹. Bereits die Entstehungsgeschichte der Patentrechte in Deutschland und Japan verrät einen signifikanten Unterschied: Während in Deutschland die Belohnung der erfinderischen Leistung im Vordergrund stand, sah man in Japan im Patentrecht eher ein Mittel zur Förderung des Fortschritts. Dies wirkt sich, und hier kehre ich zurück zu dem Fall des *Philipps* Rasierers, auch auf die Auslegung des Patent- (bzw. Gebrauchs- und Geschmacksmuster)rechts aus. Eine weite Auslegung der angemeldeten Patentschrift kommt dem Erfinder entgegen, der sich hierdurch eine gute Entlohnung seiner Mühen und Investitionen sichern kann. Eine enge Auslegung hingegen, wie sie in Japan ständige Praxis ist, trägt dem Fortschrittsgedanken stärker Rechnung. Sie erlaubt

15 Zur Entstehungsgeschichte SILBERSTEIN, Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien, 1961, 202 et seq.

16 Einzelheiten bei PHILLIPS, *Charles Dickens and the ‘Poor Man’s Tale of a Patent’* (Oxford 1984).

17 Zur Geschichte des deutschen Patentrechts verweise ich auf BEIER, *Gewerbefreiheit und Patentschutz. Zur Entwicklung des Patentrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in: Coing/Wilhelm, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. IV, 183.

18 Zur Geschichte des gewerblichen Rechtsschutzes in Japan siehe RAHN, *Gewerblicher Rechtsschutz*, in: *Eubel*, *Das japanische Rechtssystem* (Frankfurt/M. 1979) 417.

19 Es handelt sich um die sog. *Shinki hatto no ofuregaki* (Neuheitenverbotsverordnung) des *Bakufu* vom Juli 1721.

es nämlich, auch der angemeldeten Erfindung *ähnliche* Verbesserungserfindungen vorzunehmen, die Erfindung also in weiterem Maße zur Grundlage der eigenen Forschung zu machen²⁰. Und es gibt in Japan durchaus Stimmen, die eine solche enge Auslegung nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit für richtig halten, sondern die damit auch die japanische Wettbewerbsfähigkeit begründen: Je enger ein eingeräumtes Monopolrecht, desto stärker muß der Erfinder versuchen, den ihm eingeräumten Vorsprung durch geschicktes Marketing und eigene Verbesserungen zu halten oder auszubauen. Und je genauer ein Patentanspruch gefaßt werden muß, desto eher hat sich der Anmelder schon über die Art der kommerziellen Nutzung Gedanken zu machen²¹. Je weiter ein Anspruch ausgelegt wird, desto eher hingegen kann sich der Erfinder auf ein Faulbett legen, und zu dem Augenblicke sagen, ‚Verweile doch, du bist so schön‘²². Die japanische Patentauslegung gewinnt damit schon fast faustische Züge: Ein Spiel, bei dem man nie gewinnt, Gewinn, der ohne Rast, Quecksilber gleich noch in der Hand zerrinnt: Lean Patent Management, sozusagen.

Aber auch in Japan hat man, nicht zuletzt aufgrund der mit Heulen und Zähneklappern beobachteten Patentverletzungsprozesse gegen japanische Unternehmen in den Vereinigten Staaten, erkannt, daß dies nicht ganz der Weisheit letzter Schluß ist²³. Benachteiligt werden von dieser Patentpraxis nämlich insbesondere Basispatente, die einen bedeutenden Fortschritt (und meist auch eine beträchtliche Investition) bedeuten, deren Anwendbarkeit aber gerade deshalb noch nicht zur Gänze überschaut werden kann. Hier hat das Patentamt im Jahre 1993 neue Richtlinien erlassen, die eine großzügigere Prüfung solcher Basisanmeldungen ermöglichen und damit auch die Anmeldung „ähnlicher“ Erfindungen verhindern soll²⁴. Inwieweit allerdings die gerichtliche Auslegungspraxis im Patentverletzungsstreit auch großzügigere Maßstäbe anlegen wird, ist

20 Ein Verbot z.B. des Lizenznehmers, Verbesserungen der lizenzierten Erfindung vorzunehmen, oder die Verpflichtung, solche Verbesserungserfindungen an den Lizenzgeber ausschließlich zu übertragen sind nach den Richtlinien des japanischen Kartellamtes zu Patent- und Know-how Lizenzverträgen vom 15. Februar 1989 unzulässig (Punkte 5 und 6 der im Regelfall als unzulässig eingestufteten Vertragsklauseln).

21 Nicht zuletzt deshalb mag die rasche Umsetzung und Vermarktung von Erfindungen zu einer Stärke japanischer Unternehmen geworden sein: EINSEL, Patentstrategien für deutsche Unternehmen in Japan, in: *Rahn/Scheer* (Hrsg.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Systeme und Strategien*, Veröffentlichungen der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung Bd. 4 (Hamburg, 1995).

22 Auf diese Gefahr für die deutsche Wirtschaft hat der Präsident des deutschen Patentamtes, HÄUSSER, wiederholt hingewiesen, z.B. in Bild der Wissenschaft Nr. 8/1993, 7 und in der Sendung des bayerischen Rundfunks „Nachtclub“ vom 25. März 1994, 22 Uhr.

23 RAHN, Patentstrategien japanischer Unternehmen: GRUR Int. 1994, 377.

24 Es geht dabei im wesentlichen darum, daß Patentanmeldungen nicht mehr *deshalb* zurückgewiesen werden sollen, weil ihnen keine hinreichenden Zitierbeispiele (Anwendungsbeispiele) beiliegen. Da indessen die Änderung des Patentgesetzes die Anspruchsänderung nach Anmeldung sehr stark eingeschränkt hat, erscheint diese Lockerung der patentamtlichen Praxis nur von bescheidenem Wert.

offen und ist auch auf einem vor kurzem in München abgehaltenen Symposium zum gewerblichen Rechtsschutz in Japan und Deutschland nicht einheitlich beantwortet worden²⁵. Legt man allerdings die These zugrunde, daß die Praxis dem wirtschaftlichen Interesse folgen wird, so stehen die Chancen gut, daß auch hier eine gewisse Änderung eintritt, ebenso wie sich die bislang so weite Auslegung von Patentansprüchen in Deutschland unter dem Druck des europäischen Rechtes bereits etwas gewandelt hat²⁶. Und dies wäre auch rechtspolitisch richtig, soweit die Warnungen des Präsidenten des deutschen Patentamtes *Häußer* (s. Fn. 21) stimmen, daß die deutsche Industrie endlich die japanische Herausforderung ernst nehmen und mehr erfinden soll.

2. Etwa die gleichen Probleme bei der Anspruchsauslegung ergeben sich im Gebrauchsmusterrecht. Beide Länder, Deutschland wie auch Japan, haben das Gebrauchsmuster für „kleine Erfindungen“ eingeführt, um den wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Mittelstandes Rechnung zu tragen. Japan scheint nunmehr allerdings keine Notwendigkeit mehr zum Schutz solch kleiner Erfindungen zu sehen, denn mit Wirkung vom 1. Januar 1994 ist das Gebrauchsmustergesetz dadurch praktisch entwertet worden, daß man die Schutzfrist auf sechs Jahre verkürzt hat, was es bei der Dauer von Verletzungsprozessen kaum erlaubt, hier wirksam eine Unterlassung gegen verletzende Dritte durchzusetzen. Vor einer Klage muß nämlich auch noch die Prüfung des zunächst ungeprüft eingetragenen Rechtes durchgeführt werden²⁷.

3. Das Geschmacksmusterrecht wurde in Deutschland erst eingeführt, als auf den Weltausstellungen im vergangenen Jahrhundert klar wurde, daß die Deutschen auf dem Gebiete des Designs einfach nichts zu bieten hatten – außer eben dem, was aus anderen Ländern übernommen und kopiert worden war²⁸.

Während zur Begründung der obigen drei Rechte, dem Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht, jeweils eine Anmeldung erforderlich ist, entsteht das Urheberrecht schlicht dadurch, daß eine Idee in materialisierte Form gebracht wird.

25 SOMENO, Grundlagen des japanischen Patentrechts, GRUR Int. 1994, 371 einerseits, EINSEL (oben Fn. 21) andererseits.

26 Die Auslegung von Patentansprüchen ist rechtsvergleichend untersucht worden von TAKENAKA, Comparative Study of Claim Interpretation in the United States, the Federal Republic of Germany and Japan: IIC Studies No. 17, erscheint 1995.

27 Es steht zu erwarten, daß dies zu einem schleichenden Tod der bereits seit 1986 rückläufigen Anmeldezahlen für Gebrauchsmuster führen wird. Auch im europäischen Bereich ist die Notwendigkeit eines Gebrauchsmusterschutzes umstritten: KRASSER, Ein neues Gebrauchsmusterrecht für Deutschland und Europa, in: Gewerblicher Rechtsschutz in Japan und Deutschland (oben Fn. 21). Eine im Auftrage der EG erstellte, Ende 1994 erscheinende Studie des IFO-INSTITUTES *bejaht* die Notwendigkeit eines Gebrauchsmusterschutzes.

28 BROUER/BOCKMAIR, Geschmacksmuster (1988) 10: „Der Gesetzgeber wollte durch die Einräumung dieses neuen Schutzrechts die in Deutschland ansässigen Musterschöpfer im Textilbereich dazu anhalten, nicht mehr länger englische und französische Muster zu kopieren, sondern eigenständige zu entwickeln.“

Ein besonders krasses Beispiel dafür, daß erst wirtschaftliches Eigeninteresse eines Staates diesen zur Verhinderung des Nachahmertums anhält, sind die Vereinigten Staaten. Die Vereinigten Staaten also, die nunmehr mit Gott und Gerechtigkeit auf ihrer Seite insbesondere asiatische Nationen durch die Androhung von Wirtschaftssanktionen dazu bringen, den Schwarzkopien vornehmlich bei Computer-Programmen ein Ende zu machen. Zu Zeiten, als *Charles Dickens* im vergangenen Jahrhundert gegen den ungenehmigten Nachdruck seiner Bücher in den USA kämpfte, hieß es in einem Urheberrechtskommentar aus jener Zeit:

“Complete with the piracy provision it can be viewed as the action of a developing country to protect its bargaining culture while exploiting the cultural products of more developed nations”²⁹.

Die USA schützten zu jener Zeit nur Werke eigener Staatsangehöriger, bewußt nicht aber ausländische Werke. Eine japanische Zeitung, um den Fall des Wall Street Journal umzukehren, hätte also damals in den USA ohne weiteres genehmigungsfrei abgedruckt werden können. Problematisch ist im heutigen japanischen Urheberrecht nicht der Schutz ausländischer Urheberrechtsinhaber – die Schwierigkeit des Wall Street Falles lagen im prozessualen Bereich –, sondern im fehlenden Schutz von Computer Software und Datenbanken³⁰. Damit ist Japan zwar nicht allein, allerdings ist es wohl ein typisch japanisches Problem, daß gerade dieses Rechtsgebiet zwischen die Mühlsteine zweier Ministerien, nämlich des Wirtschaftsministeriums und des Kultusministeriums geraten ist³¹, mit der Folge, daß eine befriedigende Lösung bis heute aussteht.

Hinzuweisen ist für die Rechtspraxis indessen auch darauf, daß in Deutschland mehr Computer als Computerprogramme verkauft werden, was nicht eben für die Einhaltung urheberrechtlicher Vorschriften zum Kopierschutz spricht, ohne daß Deutschland bisher als Kopierkultur bezeichnet worden wäre.

5. Ich komme nunmehr zum Markenrecht. Der Schutz von Marken als Herkunftszeichen ist in Japan wie auch Deutschland schon sehr alt. Obgleich das japanische wie das deutsche Markenrecht den Schutz im Regelfalle an eine Eintragung knüpfen, schützt das deutsche Recht auch nicht eingetragene Marken unter dem Stichwort der Aufmachung, das japanische hingegen nicht. Dies kann zu Schwierigkeiten führen, wenn in Japan durch Dritte Marken eingetragen werden, die im Ausland bereits bekannt sind und berühmten Unternehmen gehören – der Modellfall der Markenpiraterie. Soweit die ausländischen Unternehmen nunmehr nach Japan exportieren oder gar ihr Zeichen dort eintragen lassen wollen, ist dies wegen der Piraterieanmeldung nicht möglich mit der Folge, daß teure Lizenzverträge abgeschlossen werden müssen. So erging es z.B.

29 Zitiert nach HOEREN, Charles Dickens und das internationale Urheberrecht: GRUR Int. 1993, 195.

30 SOMMER, Die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen nach japanischem Recht: GRUR Int. 1994, 383.

31 RAHN, Sonderrechtsschutz für Computerprogramme in Japan: GRUR Int. 1984, 219.

dem deutschen Hersteller von BBS-Autoteilen³² oder dem Schweizer Hersteller von Technos-Uhren³³. Die Eigentümerin der Rechte an der Popeye-Figur hatte dabei noch Glück: Sie konnte sich nämlich im Ergebnis auf ihr Urheberrecht an der Figur berufen, und dieses war bereits 1928 entstanden, also bevor das Zeichen in Japan eingetragen worden war. Nach § 29 WZG geht insoweit der vor der Markeneintragung entstandene urheberrechtliche Schutz dem Recht aus dem Warenzeichen vor.

Das Warenzeichenrecht verpflichtet ferner dazu, ein Zeichen für bestimmte Warenklassen einzutragen: Wird das Zeichen daher für andere als die eingetragenen Klassen benutzt, besteht ein Unterlassungsanspruch des Warenzeicheninhabers in der Regel nicht. Insoweit konnte einem japanischen Friseurstuhlhersteller nicht verboten werden, den Mercedes-Stern auf seinen Friseurstühlen anzubringen³⁴. Das Beispiel mag aber zeigen, daß ein Schutz in Fällen wünschenswert ist, wo in eindeutiger Weise der Ruf berühmter Marken ausgebeutet wird. Dieser Schutz vor schmarotzerischer Rufausbeutung wird in Japan allerdings nicht im Warenzeichenrecht, sondern im Recht gegen unlauteren Wettbewerb angesiedelt und unter dem Stichwort des erweiterten Schutzes der berühmten Marke diskutiert³⁵. In Deutschland hat man sich für das künftige Markenrecht hingegen aufgrund europäischer Vorgaben gehalten gesehen, der Funktion der Marke als Werbeträger Rechnung zu tragen und die berühmte Marke auch schon nach dem Warenzeichenrecht verbessert zu schützen³⁶.

Die Piraterieanmeldung berühmter Markenzeichen durch irgendwelche Dritte ist allerdings ein in ganz Asien verbreitetes Phänomen. Ich möchte hier nur beispielhaft

32 „BBS“, Entscheidung des Distriktgerichts Nagoya vom 25. März 1988, Hanrei Times 678, 183.

33 „Technos“, Entscheidung des Obergerichts Tokyo vom 22. Dezember 1981, 13-2 Mutaishu 696.

34 „Mercedes-Stern“, Entscheidung des Obergerichts Tokyo vom 21. Dezember 1981, Tokkyo to Kigyô Nr. 158, 17.

35 DOHI, *Hikaku kôkoku ni okeru tanin no tôroku shôhyô no shiyô* (Vergleichende Werbung und Gebrauch des für einen Dritten eingetragenen Zeichens), in: *Someno hakashi koki kinen rombun shû* (Festschrift für Dr. Someno zum 70. Geburtstag) und DERS., *Tanin no shin'yô, meidô no riyô to fusei kyôsô bôshi hô* (Gebrauch von Ruf und Namen eines anderen und UWG), Tokkyo Kenkyû Nr. 4 (1987) 12-19 diskutiert zwar das Problem der parasitären, anlehenden Werbung im Hinblick auf den Schutz des Werbewertes der berühmten Marke, geht aber doch nicht so weit, für einen Schutz auch unter dem Warenzeichenrecht zu plädieren, was m.E. nach aber richtig wäre, insbesondere in Fällen wie „Pornoland Disney“ (s.o. Fn. 3 oder „Love Hotel Chanel“, unten Fn. 46).

36 Entwurf eines künftigen deutschen Markenrechts vom 5. November 1993, § 5 Nrn. 2,3 und § 15 Abs. 3, wo es heißt:

„Handelt es sich bei der geschäftlichen Bezeichnung um eine im Inland bekannte geschäftliche Bezeichnung, so ist es Dritten ferner untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, wenn keine Gefahr von Verwechslungen... besteht, soweit die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der geschäftlichen Bezeichnung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.“

einen Fall zitieren, der kürzlich Schlagzeilen gemacht hat³⁷. Dort heißt es unter der Überschrift „Pierre Cardin tries to reclaim his name in Jakarta“:

“Under the country’s 1961 trademark law, Cardin’s famous monicker belongs to Makmur Perkasa Abadi, a company that specializes in copying designer items. It also counts Guy Laroche, Alfred Dunhill, Levi-Strauss, Pierre Balmain and scores of other fashion houses in its impressive brand-name collection”.

Es wird die Piraterie hier schon fast zum ehrenwerten, sicherlich aber lukrativen Geschäft. In einem anderen Fall hatte das japanische Unternehmen *Isetan* damit zu kämpfen, daß der Name auf den Philippinen für einen unbefugten Dritten eingetragen worden war³⁸. Ein wesentlicher Grund dafür, daß solche Anmeldungen überhaupt möglich sind, liegt m.E. auch darin, daß die jeweiligen ausländischen Rechtsinhaber die betreffenden Märkte zu lange vernachlässigt haben und eine Eintragung erst dann vornehmen wollten, als das Zeichen eben „schon weg“ war. Das ist unbefriedigend, macht aber deutlich, daß man sich um asiatische Märkte früher kümmern sollte, als das bei vielen Unternehmen bislang der Fall gewesen ist.

Ist das Zeichen für einen Dritten einmal eingetragen, hilft neben einem älteren Urheberrecht höchstens noch der Nachweis, der japanische Verbraucher assoziiere mit dem Zeichen nicht den japanischen Warenzeichenrechtsinhaber, sondern das ausländische Unternehmen³⁹ (in welchem Falle das Warenzeichen allerdings gar nicht hätte eingetragen werden dürfen). Denkbar ist auch, daß sich das in Japan eingetragene Zeichen doch so weit unterscheidet, daß ein Verbotsanspruch ausscheidet⁴⁰. Auch führt das japanische Patentamt eine Liste berühmter ausländischer Marken, deren Eintragung für Dritte in Japan unzulässig ist⁴¹. So hatte z.B. ein japanisches Unternehmen erfolglos versucht, für sich das Zeichen „Ritz“ eintragen zu lassen⁴².

37 Far Eastern Economic Review vom 25. November 1993, 51.

38 Supreme Court, Urteil ohne Datum, 203 Supreme Court RA, 583. Ähnliches hat sich in Pakistan für die berühmte Marke „Esso“ zugetragen: Urteil des High Court Sind vom 5. August 1991, IP Asia 9/1992, 42. Für einen Überblick verweise ich auf den Aufsatz „Spill-over reputation of Trademarks“, IP Asia 9/1992, 2.

39 „Dorothee Bis“, Entscheidung des Distriktgerichts Kobe vom 21. Dezember 1982, 14-3 Mutaishû 813; „Jimmy’z“, Urteil des Distriktgerichts Osaka vom 25. Februar 1993, Patent Nr. 9/1993, 137. Die Rechtslage ist nur dann anders, wenn der volle Eigenname einer Person („Pierre Cardin“) durch einen unbefugten Dritten eingetragen wird. Hier ist nämlich im japanischen Recht die Zustimmung des Namensinhabers zwingende Voraussetzung, Art. 1 Nr. 8 des japanischen Gesetzes über Warenzeichen.

40 „McDonalds III“, Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 13. Oktober 1981: GRUR Int. 1982, 559. Hier hatte sich die japanische Klägerin das Zeichen „MacBurger“ eintragen lassen.

41 *Gaikoku shûhei shôhyô shû*, Hrsg. AIPPI Japan. Diese Liste existiert indessen nicht für alle Länder. Für Deutschland ist der Band „*Seidoku hen*“ auf dem Stand von Dezember 1987.

42 So der Sachverhalt „Ritz I“, Entscheidung des Distriktgerichts Tokyo vom 27. April 1992, Hanrei Timusu 819, 178.

6. Am interessantesten für die Frage der Kopie ist aber das Recht des unlauteren Wettbewerbes, das die berühmte oder die nicht eingetragene Marke (für eingetragene Marken ist das Markenrecht ausschließlich zuständig, jedenfalls in Japan) schützt, aber auch unlautere Werbung etc. verhindern soll. Anders als die oben genannten Gesetze ist das Gesetz zur Verhütung unlauteren Wettbewerbs (UWVG) ein Gesetz, das in Japan bis vor kurzem kaum Freunde hatte⁴³. Das Gesetz ist nur aufgrund internationaler Verpflichtungen im Jahre 1934 erlassen worden – das deutsche hingegen 1909 –, und der Gesetzgeber hat seinen Unwillen über die Verpflichtung zum Erlaß deutlich gemacht und es fern von jeder Bedeutung gehalten. Während in Deutschland pro Jahr mehr als 2.500 Fälle nach dem UWVG entschieden werden, sind in Japan in den letzten 60 Jahren nur etwa 200 auf das UWVG gestützte Klagen entschieden worden⁴⁴.

Das hat mehrere Gründe: Zum einen stand in Japan immer der Gedanke des Schutzes von eingetragenen Rechten aufgrund administrativer Erlaubnis im Vordergrund, Rechten also aus eingetragenen Marken und Erfindungen. Auch beim Urheberrecht hätte es Japan sehr viel lieber gesehen, wenn für die Rechtsbegründung eine Eintragung erforderlich gewesen wäre⁴⁵. Deshalb sah man in Japan anfänglich überhaupt keine Notwendigkeit zum Schutz von berühmten, aber nicht eingetragenen Marken, zum Schutz von sklavischer Nachahmung von Gegenständen, die nicht besonders als Patent oder Gebrauchsmuster geschützt waren, oder zu einem besonderen Schutz gegen Verwechslung und Verwirrung im Handelsverkehr. Es kommt hinzu, daß Japan bis noch vor kurzem von einem solchen Verbot nichts hatte: Es beriefen sich hierauf hauptsächlich ausländische Unternehmen; japanische Unternehmen ohne guten Ruf hatten wenig zu verlieren, sondern profitierten davon, daß sie ihre Produkte so aufmachen konnten, als kämen sie aus Europa oder den Vereinigten Staaten, und daß sie dem Verbraucher ungestraft minderwertige Ware andrehen konnten⁴⁶ oder den Ruf berühmter ausländischer Marken ohne Sanktionen ausnutzen konnten. Diese Problematik lag auch dem Popeye-Fall zugrunde. Auch wenn das berühmte Zeichen in Japan schon angemeldet ist, bestehen dann Probleme, wenn die Nachahmer das gleiche Zeichen für ganz

43 Angaben zum Gesetz oben in Fn. 10.

44 Bis 1960 elf Fälle, von 1961-1989 111 Fälle, seitdem pro Jahr etwa 20 mit steigender Tendenz.

45 Dies war indessen aufgrund internationaler Verpflichtungen aus dem 1899 erfolgten Beitritt zur Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) zum Schutze von Urheberrechten nicht möglich. Für Computersoftware besteht indessen die *Möglichkeit* einer Registrierung unter dem Programm-Registrierungsgesetz aus dem Jahre 1987.

46 Wegen dergleichen Praktiken, konkret wegen des Verkaufes von Pferdefleisch als Rindfleisch wurde im Jahre 1962 das Gesetz gegen unlautere Prämien und irreführende Angaben (*Keihin hyôji-hô*) erlassen, das durch eine im Jahre 1972 erlassene Richtlinie zur Angabe der Herkunft von Waren ergänzt wird. Verantwortlich für die Anwendung des Gesetzes ist das japanische Kartellamt, das pro Jahr nach diesem Gesetz etwa 10.000 informelle Anordnungen erläßt, die indessen weder straf- noch bußgeldbewehrt sind. Ein Anspruch auf Tätigwerden des Kartellamtes besteht indessen nicht.

andere Produkte verwenden: Da man ein Zeichen für bestimmte Warenklassen anmelden muß, besteht ein Schutz für das gleiche Zeichen für andere Warenklassen grundsätzlich nicht: Hat „Ritz“, um einen neueren Fall aufzugreifen (s. Fn. 42), beispielsweise sein Zeichen für Hotelschreibwaren angemeldet, so kann, jedenfalls nach Markenrecht, jeder andere dieses Zeichen z.B. für Kindermoden verwenden. Es geht, mit hin, um den erweiterten Schutz der berühmten Marke. Wird beispielsweise das Zeichen „Chanel“ (Parfum) für ein Love-Hotel in Kobe verwendet⁴⁷, um hier schon mit einem romantischen Namen werben zu können, so mag dies durchaus den Umsatz des Hotels steigern, ist aber aus deutscher Sicht gleichwohl anstößig, ein wenig so, wie wenn jemand herginge und Unterwäsche mit der Bezeichnung „Tennô Heika“ verkaufte. Man muß allerdings sagen, daß es häufig kleine Klitschenbetriebe sind, die sich solcher Nachahmung schuldig machen⁴⁸.

Gleiche Probleme ergeben sich für in Japan ebenfalls unter dem UWVG geschützte Herkunftsbezeichnungen⁴⁹, auch wenn diese nicht auf Japan beschränkt bleiben. So darf (jedenfalls noch für einen begrenzten Zeitraum) australischer „Chianti“ verkauft werden, obwohl Chianti anders als Riesling keine Traubensorte ist – Chianti besteht zu 80% aus San Giovese Trauben, die es auch in anderen Bereichen Italiens gibt und die dort als San Giovese di Romagna oder San Giovese delle Marche verkauft werden – sondern eine eindeutige geographische Bezeichnung. Ein Gleiches gilt für Champagner, und gleichwohl hat ein englisches Gericht vor kurzem entschieden, daß ein englischer Schaumwein die Bezeichnung „Elderflower Champagne“ führen darf⁵⁰. Die Entscheidung wurde erst in zweiter Instanz aufgehoben. So, wie es den „Elderflower Champagne“ gibt und offenbar auch geben darf, findet sich in den italienischen Marken ein Sekt, der aus den Trauben am Rubicon hergestellt wird und sich nicht „Alea iacta est“, sondern „Charmaggiore“ nennt und in einer Aufmachung kommt, die verdächtig an Champagner der Witwe Cliquot erinnert. Mit anderen Worten: Der gute Ruf wird überall dort versucht auszunutzen, wo er nicht ist, und was klangvolle Namen angeht, ist Japan eben derzeit noch ein Entwicklungsland.

Sehr viel laxer als bei uns werden in Japan auch Unlauterkeiten bei der Aufmachung von Waren behandelt: Schinken also, der so eingepackt wird, daß er scheinbar aus Deutschland kommt, Whisky, der so aussieht, als komme er aus Schottland⁵¹. Auf der

47 „Love Hotel Chanel“, Entscheidung des Distriktgerichts Kobe vom 25. März 1987, 19-1 Mutaishû 72; zusammenfassende Besprechung in der Anmerkung zu der Entscheidung „Typ Chanel Nr. 5“: GRUR Int. 1994, 352.

48 So z.B. der Sachverhalt in der Entscheidung des Distriktgerichts Tokyo vom 24. März 1993 – Typ Chanel No. 5: GRUR Int. 1994, 352.

49 Für Japan darf ich auf den Aufsatz von EGUCHI, The Protection of Geographical Indications in Japan, Osaka Law Review, März 1992, 2 verweisen.

50 Urteil des englischen High Court vom 25. Juni 1993, IIC 1994, 278 und dazu RUSSELL, The Elderflower Champagne Case: 10 EIPR (1993), 379.

51 An den gesetzlichen Bestimmungen (siehe oben Fn. 46) jedenfalls im administrativen Bereich liegt dies nicht. Ich vermag indessen nicht zu sagen, ob die Verstöße in diesem

anderen Seite ist hier das deutsche Recht vielleicht zu streng, der deutsche Verbraucher an zu rigide no-nonsense Aufmachungen gewöhnt. Zitiert wird in dieser Hinsicht gerne die BGH-Entscheidung „Hühnergegacker“⁵², bei der es um die Radiowerbung für aus Trockenei hergestellte Nudeln ging. Geklagt hatte ein Wettbewerber, der den Beginn der Werbung mit lautem Hühnergegacker für unlauter hielt, weil der Verbraucher hierdurch meinen könnte, die Nudeln seien aus Frischei hergestellt. Dem folgte der Bundesgerichtshof, der zwischen „Legegegacker“ und „Konversationsgegacker“ unterschied. Während letzteres nur die „Ei-Vorstellung an sich“ vermittele, assoziiere man ersteres mit der „Frischei-Vorstellung“.

IV. Gewerblicher Rechtsschutz als Entdeckungsverfahren

Diese Entscheidung soll nur exemplarisch zeigen, daß sich über das, was „lauter“ oder „unlauter“ ist, durchaus diskutieren läßt, und daß der gewerbliche Rechtsschutz wie andere Rechtsgebiete doch auch im Grunde genommen ein Entdeckungsverfahren ist, in dem historische Vorgaben und politische Zielsetzungen eine nicht unbedeutende Rolle spielen. So wird gegenwärtig nicht nur um den Auslegungsbereich des Patentanspruches diskutiert, sondern z.B. auch darüber, ob Autoersatzteile als Muster registrierbar sein sollen, mit der Folge, daß nur noch Teile vom Originalhersteller Verwendung finden können, Kopien, wie sie derzeit vorkommen und von vielen auch gewünscht werden, weil sie preiswerter sind, aber nicht mehr⁵³. Oder im Markenrecht hat man erkannt, daß die Hauptfunktion der Marke vielleicht doch nicht nur, wie bisher angenommen, in der Bestimmung der *Herkunft*⁵⁴, sondern in der *Werbefunktion* liegt⁵⁵, was dann weitreichende Konsequenzen für die Beurteilung von Fällen hat, in denen Konkurrenten das gleiche Zeichen für ganz andere Produkte benutzen („Love Hotel Chanel“). Schon hier wird deutlich, daß das Recht doch nichts ist, was nur in konservativem Sinne verwaltet

Bereich auf ein Vollzugsdefizit durch das japanische Kartellamt oder aber generell auf eine zu großzügige Auslegungspraxis zurückzuführen sind, die es dem Verbraucher überläßt, auch das Kleingedruckte zu lesen. Für das UWVG sind nur wenige Urteile (sieben, soweit ich sehe) bekannt, in denen Wettbewerber gegen irreführende Angaben vorgegangen wären. Dies liegt wesentlich an der Schwierigkeit des *Schadensnachweises gerade durch diese Rechtsverletzung*.

52 „Hühnergegacker“, Urteil des BGH vom 27. Juni 1961: GRUR 1961, 544.

53 Hierzu verweise ich auf die Beiträge von RIEHLE, EG- Geschmacksmusterschutz und Kraftfahrzeug- Ersatzteile: GRUR Int. 1993, 49 und die Entgegnung von KUR, EG- Geschmacksmusterschutz und Kfz-Ersatzteile – Eine Erwiderung: GRUR Int. 1993, 71.

54 So vor allem BEIER/KRIEGER, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke: GRUR Int. 1976, 125.

55 Näheres dazu bei VON GAMM, Zur Warenzeichenrechtsreform: WRP 1993, 793, der die Einbeziehung der Werbefunktion indessen für systemwidrig hält. Hinweisen möchte ich aber darauf, daß die Werbefunktion der Marke in *Japan* bereits seit der Entscheidung des Distriktsgerichts Osaka vom 27. Februar 1970: GRUR Int. 1971, 276 m. Anm. KUWATA – Parker – anerkannt und auch unbestritten ist.

werden müßte, sondern etwas, das erst gefunden werden muß. *Recht*, um es mit dem Verfassungsjuristen *Adolf Arndt* zu sagen, *ist uns nicht gegeben, sondern aufgegeben*⁵⁶.

Gerade im Wettbewerbsrecht und im Recht dessen, was Nachahmungen betrifft, ist man noch sehr beim Suchen. Patentrezepte gibt es dabei nicht. Nicht umsonst stand ein im Wintersemester 1992/1993 unter der Leitung von *Friedrich-Karl Beier* abgehaltenes Seminar des Max-Planck-Institutes für ausländisches unter internationales Patent-, Urheber und Wettbewerbsrecht unter dem Titel „Ist der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit noch zeitgemäß?“⁵⁷.

Damit fasse ich das Obige kurz zusammen: Der Schutz vor Nachahmungen und Kopien wird vor allem durch wirtschaftliches Eigeninteresse gefördert. Hier hat Japan noch in einigen Bereichen eher das Interesse an der Kopie, insbesondere bei der Piraterieanmeldung. Aber auch bei eigenem wirtschaftlichen Interesse gibt es verschiedene Vorstellungen davon, was auf diesem Gebiete erlaubt sein soll.

V. *Rechtsschutz durch Verfahren*

Das alles erschöpft die Problematik indes noch nicht. Wo ich meine, daß Japan in wirklich vorwerfbarer Weise dem unlauteren Kopieren Vorschub leistet, ist im prozessualen Bereich. Hier geht es ähnlich zu wie in der schon erwähnten Geschichte von *Charles Dickens*: Jedermann konnte ein Patent anmelden, aber es dauerte ewig und kostete ein Vermögen. So auch das japanische Gerichtsverfahren.

1. Bekanntlich heißt es häufig, in Japan werde nicht viel geklagt, denn dies widerspreche der Kultur von Harmonie und Einigkeit⁵⁸. Tatsache ist, daß der japanische Staat durch jährliche Zulassungsbeschränkungen die Zahl der Anwälte und Richter künstlich niedrig hält (nur 700 werden pro Jahr zugelassen) und damit den Zugang zu Gericht verteuert und erschwert: Die Rechtsprechung ist eine Gewalt, die der Kontrolle der in Japan fast alles beherrschenden Verwaltung zum großen Teil entzogen ist und unvorhersehbare Ergebnisse bringen kann. Die letzte Änderung des UWVG in Japan in diesem Jahr kam vermutlich nur deshalb zustande, weil die Gerichte dieses Gesetz in

56 A. ARNDT, *Rechtsdenken in unserer Zeit* (1948), *Gesammelte Juristische Schriften*, 1976, S. 12.

57 Seminarthemen waren u.a. „Nachahmungsfreiheit, technischer Fortschritt und Gewerbefreiheit im 19. Jahrhundert. Ökonomische Rechtfertigung. Zusammenhänge mit dem industriellen Entwicklungsstand“ (BODEWIG) und „Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit heute. Besteht ein Bedürfnis für einen erweiterten und verstärkten Schutz gegen Nachahmung?“ (KUR).

58 Zur Entlarvung dieser mythologischen Vorstellung darf ich auf HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*, *Journal of Japanese Studies* Nr. 4 (1978) 359 verweisen.

zunehmendem Maße nicht mehr so ausgelegt haben, wie es tatsächlich dem Buchstaben entsprochen hätte⁵⁹.

Die Verwaltung hat in Japan bislang kein Interesse, den Rechtsweg auszubauen. Sie favorisiert eher eine Durchsetzung mit administrativen Mitteln, zum Beispiel im Bereich des Verbraucherschutzes⁶⁰.

2. Zum Teil fehlt es für einen effektiven Rechtsschutz bereits an materiell-rechtlichen Normen. So ist es für den Fall, daß ein Patent fälschlich von einem Dritten angemeldet wurde, dem wahren Erfinder zwar möglich, dieses Patent für nichtig erklären zu lassen. Nicht möglich ist es aber, daß der Erfinder das Patent im Wege der Berichtigungsklage auf sich umschreiben ließe. Er kann es sich auch nicht nach erfolgreicher Löschungsklage für sich eintragen lassen, weil es an der für die Patenterteilung erforderlichen Neuheit fehlt⁶¹. Wer also würde unter diesen Umständen klagen? Problematisch sind auch Klagen nach dem UWVG, weil eine erfolgreiche Klage auch einen Schaden des klagenden Wettbewerbers voraussetzt. Häufig wird es allerdings nicht gelingen, solch einen Schaden darzulegen, z.B. bei der falschen oder unvollständigen Kennzeichnung von Waren oder der Vorspiegelung guten Rufes oder anderer Eigenschaften (siehe schon oben Fn. 48).

3. Ein weiterer Punkt für fehlenden effektiven Rechtsschutz sind überholte Verfahrensvorschriften. Nur drei Beispiele:

Zwar ist in Japan vor einigen Jahren ein Schutz von Betriebsgeheimnissen, sog. Know-how, eingeführt worden. In Japan wurde viel über diese bahnbrechende Neuerung geschrieben⁶². Nun sieht allerdings weder die japanische Verfassung noch das Prozeßrecht eine Möglichkeit vor, Verhandlungen vor Gericht unter Ausschluß der Öffentlichkeit zu führen⁶³. In jeder Verhandlung über Betriebsgeheimnisse werden

59 Man mag auch vermuten, daß die Einführung einer Generalklausel in das Gesetz, das weiterhin nur bestimmte, besonders aufgezählte unlautere Handlungen verbietet, den Richtern zu einer Unabhängigkeit im Umgang mit dem Gesetz verholfen hätte, die der Ministerialbürokratie nicht lieb gewesen wäre. Bezeichnenderweise haben sowohl das Justiz- als auch das Wirtschaftsministerium bereits vor Inkrafttreten des neuen UWVG am 1. Mai 1994 Kommentare zur Neufassung herausgegeben, die bereits prophylaktisch die Auslegung der neuen Vorschriften durch die Gerichte beeinflussen sollen.

60 Ich habe versucht, diese These in meinem Aufsatz „Der Verbraucherschutz im japanischen Kartell-, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht“: GRUR Int. 1993, 841 zu belegen.

61 Es gibt in Japan damit keinen wirksamen Anspruch gegen die sog. widerrechtliche Patententnahme, wie ihn das deutsche Recht ohne weiteres kennt. Diese Rechtlosstellung wurde vor kurzem sogar höchstrichterlich bestätigt: Urteil des Obergerichts Tokyo vom 24. Dezember 1991, Tokkyo Kanri Nr. 2/1993, 187, Revision zurückgewiesen durch Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 20. November 1992, AIPPI Journal of the Japanese Group (English Version) Nr. 3/1993, 98 – „Krabbenkochmaschine“.

62 Z.B. die Beiträge von NAKAYAMA sowie der Abteilung für geistiges Eigentum des Wirtschaftsministeriums, in: Jurisuto, KAMATA, KOBASHI, YAMAGUCHI 962 (1990) 15-51.

63 So jedenfalls die Entscheidung des Distriktgerichts Tokyo vom 24. September 1991, Hanrei Taimusu 769 (1992) 280 = Veröffentlichungen der Deutsch-Japanischen Juristenvereini-

dementsprechend die Konkurrenten sitzen bzw. im Nachhinein die Prozeßakten anfordern.

Auch gibt es in Japan kein Zwischenurteil über den Grund. Oft ist ja in Verletzungsfällen nicht nur fraglich, wie hoch der Schaden ist, sondern ob der Beklagte sich überhaupt z.B. einer Patentverletzung schuldig gemacht hat. Diese Vorfrage kann in Deutschland mit einem Zwischen- oder Grundurteil geklärt werden: Zunächst also, ob der Beklagte haftet, und erst dann, wie hoch der Schaden ist. In Japan muß der Verletzte bereits anfänglich nachweisen, wie hoch sein Schaden ist (häufig sehr schwierig), ohne daß klar wäre, ob der von ihm Beklagte überhaupt haftet. Dies verlängert und verteuert den Prozeß⁶⁴.

Schließlich kennt das japanische Prozeßrecht keinen Ersatz der Anwaltskosten. In Deutschland trägt die unterliegende Partei im Regelfalle auch die Anwaltskosten der obsiegenden Partei: Wer gewinnt, hat Recht und soll insoweit nicht mit Kosten belastet werden. Nicht so in Japan: Auch wer gewinnt, macht Ärger, indem er überhaupt das Gericht in Anspruch nimmt, und soll seinen Anwalt selber zahlen⁶⁵. Will er dies nicht,

gung (DJJV) Nr. 10 (Oktober 1992), 42 mit weiterführender Anmerkung. Aus diesem Dilemma ist bislang noch keine befriedigende Lösung in Sicht. Zur Debatte stehen im wesentlichen zwei Möglichkeiten: die Auslegung der japanischen Verfassung in der Weise, daß der Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutze von Betriebsgeheimnissen als öffentliches Interesse mit der Folge umetikettiert wird, daß ein (zulässiger) Ausschluß zum Schutze der öffentlichen Ordnung vorläge, oder aber eine Auslegung konflingierender Verfassungsnormen (auf der einen Seite die Rechtsweggarantie, mithin der Anspruch, im Verletzungsfalle ein Gericht anrufen zu können, ohne hierbei befürchten zu müssen, des Rechtes verlustig zu gehen, auf der anderen Seite das Verbot des Ausschlusses der Öffentlichkeit, soweit eine Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht besteht) im Rahmen praktischer Verfassungskonkordanz. Der erste Weg umgeht die Verfassung, wie es in Japan bereits mit dem verfassungsrechtlichen Verbot des Unterhaltens von Streitkräften geschehen ist, der zweite Weg nimmt die Verfassung ernst und ist deshalb systematisch vorzuziehen. In jedem Falle ist die japanische Zivilprozeßordnung zu ändern, die weder einen Ausschluß der Öffentlichkeit noch eine Möglichkeit vorsieht, die Prozeßakten nicht jedermann zugänglich zu machen.

64 Hieran hat der Nestor des japanischen UWVG, SHOEN ONO, heftige Kritik geübt: *Chiteki zaisan songai ni okeru songaibaishô gaku no kettei* (Zur Entscheidung über die Schadenshöhe in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes), *Kôgyô shoyûken kenkyû* (Studien zum gewerblichen Rechtsschutz) Nr. 111 (1993) 1.

65 Die japanische Rechtsprechung hat allerdings gewisse Kriterien herausgearbeitet, nach denen in Einzelfällen ein Ersatz der Anwaltskosten in Betracht kommen soll: In dogmatisch kompliziert gelagerten Fällen (American Football Symbolzeichen, Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 29. Mai 1985: GRUR Int. 1985, 588), in Fällen, in denen Klägerin eine Person ausländischen Rechts ohne inländischen Vertreter war (Love Hotel Chanel, oben Fn. 47) oder in sonstigen, der Billigkeit entsprechenden Fällen (Pornoland Disney, oben Fn. 3). In der Entscheidung Typ Chanel No. 5 (oben Fn. 49) heißt es dazu: „Der Grund für die Pflicht zur Tragung der Anwaltskosten (durch die Beklagte) liegt nicht in einem von der Beklagten provozierten Rechtsstreit, sondern darin, daß es sich um einen Schaden handelt, der kausal mit einer unerlaubten Handlung im Zusammenhang steht, ferner darin, daß die Klägerin zur Klagerhebung gezwungen war, nachdem die Beklagte eine Verletzungshand-

kann er sich selbst vertreten, was in Deutschland in Zivilsachen nur vor dem Amtsgericht möglich ist. Das führt dazu, daß auch dort, wo der Kläger gewinnt, der ihm zugesprochene Schadensersatz niedriger ist als seine Kosten: In der oben (Fn. 42) zitierten Entscheidung „Ritz I“ z.B. waren die Anwaltskosten doppelt so hoch wie der vom Gericht zugesprochene Schadensersatz⁶⁶.

4. Weiterhin fehlt es den meisten japanischen Richtern am selbstbewußten Umgang mit dem Recht. Um ja nichts falsch zu machen, klammert man sich an den Gesetzeswortlaut, und dies führt nicht selten zu wenig praxisgerechten Ergebnissen⁶⁷. Bereits in früheren Jahrhunderten galt das richterliche Augenmerk insbesondere der Einhaltung von Formalitäten in kompliziert gelagerten Prozessen. In einer Geschichte von *Mori Ogai*, „Der letzte Vorwurf“, windet sich der Richter vor dem Erlaß und der Vollstreckung eines Todesurteiles und hofft, daß ihm diese für ihn unerfreuliche Ange-

lung abgestritten hat. Es liegt auf der Hand, daß zur gerichtlichen Geltendmachung obiger Warenzeichenrechte die Bestellung eines Anwaltes erforderlich war.“

66 Interessanterweise hat das Gericht auch in diesem Falle die Anwaltskosten zugesprochen, allerdings mit einer neuen Begründung: Die Kosten seien notwendiger Bestandteil des Schadens, weil die Verletzte ohne eine engmaschige Rechtsverfolgung den guten Ruf ihres berühmten Zeichens nicht wahren könne. So richtig das ist, so fragwürdig erscheint eine über die bloße Tatsache der Rechtsverletzung hinausgehende Begründungsbedürftigkeit der Rechtsverfolgung.

Bedenklich und juristisch nicht haltbar erscheint es mir auch, wenn die im japanischen Warenzeichenrecht enthaltene Vermutung, der Gewinn des Verletzers sei der Schaden des Verletzten – eine Vorschrift, die eingeführt wurde, um der Beweisnot des Verletzten gerade in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes abzuhelpen –, dem Rechtsinhaber dann nicht zugute kommen soll, wenn nicht *er selbst*, sondern sein (einfacher) Lizenznehmer das Zeichen benutzt hat (so die Begründung in dem Fall „Typ Chanel Nr. 5“ (oben Fn. 47)): Das führt nämlich faktisch zu einer *Diskriminierung ausländischer Rechtsinhaber*, die ihr Zeichen in Japan viel eher lizenzieren werden als japanische Rechtsinhaber. Das Ergebnis ließe sich durchaus als *nicht-tarifäres Handelshindernis* qualifizieren, zumal auch die juristische Argumentation des Gerichts nicht überzeugt.

67 Die Problematik kann hier nur sehr unvollständig und verkürzt dargestellt werden. Für eine umfängliche Darstellung verweise ich dazu auf die Monographie von RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (München 1990) 337 ff.; RAHN betont dabei die Tendenz, in Urteilen zwar eine umfängliche Sachverhaltsdarstellung zu machen, die eigentliche rechtliche Begründung indessen in einigen, selbstverständlich scheinenden Sätzen abzuhandeln; Bereits A. ARNDT, *Gesetzesrecht und Richterrecht*: NJW 1963, 1273 hat unter Hinweis auf ESSER, *Topik und Jurisprudenz* (2. Aufl. 1963) auf die Fragwürdigkeit eines scheinbar in sich geschlossenen Systemdenkens und damit der Objektivierung des Rechts hingewiesen, die dazu führe, daß das Recht nicht als etwas erkannt werde, was dem Menschen aufgegeben und von ihm zu verwirklichen sei. Mangel an Problemdenken der Richterschaft durch den wertenden Einbezug von Wirklichkeiten auf der einen, Versuch der Verwaltung zu möglichst vollständiger Kontrolle (oben Fn. 59) auf der anderen Seite mögen sich gegenseitig bedingen.

legenheit irgendwie abgenommen werde⁶⁸. So ähnlich auch in dem Wall-Street Fall: Hier ging es um die Unterlassung zukünftiger Verletzungen, die durch den urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch aber nicht erfaßt werden konnten. Dieser Anspruch setzt nämlich ein bereits *bestehendes* Recht voraus. Die Klägerin berief sich unter anderem auf den verfassungsrechtlichen Rechtsgewährungsanspruch und auf die Bestimmtheit der Entstehung künftiger Urheberrechte. Dem folgte das Gericht im Ergebnis: Der Unterlassungsanspruch werde im Ergebnis in Fällen wie diesem entwertet, wollte man die Klägerin darauf verweisen, erst nach der Entstehung des Urheberrechtes zu klagen. Aber wie viele andere Fälle, die sicherlich ebenso begründet wären, gehen unerhört unter?

VI. *Zum guten Schluß*

Abschließend darf ich die drei hier vertretenen Thesen nochmals zusammenfassen:

1. Über den Bereich dessen, was im Hinblick auf Nachahmungen unlauter ist, besteht keine Einigkeit. Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit selbst ist inzwischen umstritten.
2. Der Schutz vor Nachahmungen folgt dem wirtschaftlichen Interesse eines Staates hieran.
3. In Japan wird in Teilbereichen nicht primär aufgrund von Mentalitätsunterschieden mehr kopiert, sondern weil im prozessualen Bereich allzu oft das Unzulängliche Ereignis wird.

Japan, um die eingangs gestellte Frage zu beantworten, ist m.E. keine Kopierkultur – aber auch kein Rechtsstaat.

Anmerkung der Redaktion:

Der Beitrag wurde erstmals in Heft Nr. 15/1995 der MITTEILUNGEN veröffentlicht.

68 Die Geschichte („*Saigo no ikkô*“) findet sich in deutscher Übersetzung („*Das letzte Wort*“) in dem Sammelband MORI ÔGAI, *Im Umbau – Gesammelte Erzählungen* (Frankfurt/M. 1989) 161-175.