

einer Verwechslungsgefahr können aktuell werden.

Die abschliessende Betrachtung (Teile vier bis sechs) gilt den kartellrechtlichen, markenrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Graumarkt. Die Verfasserin bejaht die grundsätzliche markenrechtliche Zulässigkeit von Parallelimporten. Sie geht dabei davon aus, dass Art. 13 Abs. 2 lit. d MSchG nur Waren mit Marken erfasst, die gemäss Art. 3 Abs. 1 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind, nämlich jüngere Marken, die mit einer älteren Marke identisch oder ähnlich sind. Da jedoch beim Parallelimport keine Prioritätsrechte des Markeninhabers verletzt würden, liege diesbezüglich eine Gesetzeslücke vor, die vom Richter im Sinne der Bundesgerichtspraxis zu Art. 24 lit. c aMSchG auszufüllen sei. Gemäss dieser Praxis kann jedoch der Markeninhaber Parallelimporte nur dann verhindern, wenn damit eine Täuschungsgefahr des Publikums verbunden ist. Diesen Ansatz hat u.a. auch der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich im Grundsatzentscheid ZR 93 (1994) Nr. 78, S. 218 f. übernommen.

M.E. ist die grundsätzliche markenrechtliche Zulässigkeit des Parallelimportes unabhängig davon, ob eine Gesetzeslücke besteht, auch aus folgenden Gründen zu bejahen:

a. Art. 3 Abs. 1 MSchG erfasst verschiedene Kategorien, nämlich identische Marke/gleiche Waren (lit. a), identische Marke/gleichartige Ware (lit. b), ähnliche Marke/gleiche Ware (lit. c) sowie ähnliche Marke/gleichartige Ware (lit. c). Lediglich bei der Kategorie identische Marke/gleiche Waren fehlt im Gesetz der Begriff der Verwechslungsgefahr, was verschiedene Autoren zur Folgerung veranlasste, der Gesetzgeber habe auf dieses Merkmal verzichtet, und der Parallelimport von Markenware könne deshalb generell verhindert werden. Der systematische Aufbau des Artikels zwingt jedoch zum Schluss, dass in Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG der Gesetzgeber nicht auf das Merkmal der Verwechslungsgefahr verzichtet hat, sondern diese als selbstverständlich vorausgesetzt hat (in diesem Sinne bereits ROSENKRANZ, in SZW 1994, 120 ff.). Da beim Parallelimport von unveränderter Originalware in der Regel keine Verwechslungsgefahr besteht, kann der Parallelimport nicht aufgrund von Art. 13 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG generell untersagt werden.

b. Nach herrschender Auffassung bestehen die rechtlich geschützten Funktionen der Marke allein in der Unterscheidungs- und Kennzeichnungsfunktion (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 MSchG). Die Wettbewerbsregulierung dagegen ist dem UWG und dem Kartellrecht vorbehalten und darf nicht zusätzlich vom Markenrecht

wahrgenommen werden, weshalb das Markenrecht grundsätzlich nicht zur Verhinderung des Parallelimportes geeignet ist.

MARIANNE BIERI-GUT ist es gelungen, ein komplexes Thema in kompetenter und umfassender Weise darzustellen. Mit dem Hauptgewicht auf die wettbewerbsrechtlichen Aspekte des Graumarktes hat sie zweifellos die richtige Priorität gesetzt; sie befürwortet oder verdammt nicht generell den Graumarkt, sondern zeigt in einer umfangreichen Betrachtung sämtlicher Aspekte differenzierte Lösungsmöglichkeiten auf. Insgesamt handelt es sich um ein gelungenes Werk, das vor allem dem Praktiker im Wettbewerbsrecht eine wertvolle Hilfe leistet.

Dr. Paul Schaltegger,
Rechtsanwalt, Zürich

JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band I, Fassung von 1967. Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt a.M. 1991, 571 Seiten, Fr. 230.-; Band II, Fassung von 1967. Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, XIV, 684 Seiten, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Fr. 258.-

"A la fois ambitieux et modeste" bezeichnete Professor AUBERT seinen im Jahre 1967 veröffentlichten Doppelband "Traité de droit constitutionnel suisse". Die beiden Bände – im Jahre 1982 erschien ein weiterer, ergänzender Nachtrag – gehören bekanntlich zu den grossen Standardwerken des schweizerischen Bundesstaatsrechts. Bemerkenswert fand dieses Werk – wie kaum ein anderes Werk französischer Sprache – auch im deutschsprachigen Raum sofort grösste Beachtung. Dieser Brückenschlag ist meines Erachtens aber nicht nur in sprachlicher Hinsicht von Bedeutung. Darüber hinaus findet eine integrierende Begegnung zweier Rechtsordnungen statt. Zu denken ist beispielsweise an die "gallische" Zurückhaltung bei der sog. Drittwirkung der Grundrechte. AUBERT benützt den Begriff zwar nicht, denn er steht ihm skeptisch gegenüber; die Tatsache der mittelbaren Drittwirkung belegt er indessen durch zahlreiche Beispiele (vgl. 1093 f.).

Die Übersetzung der Fassung von 1967 sowie des neubearbeiteten Nachtrags besorgte Frau lic. iur. und Dr. med. ELISABETH GASSER-WOLF. Ergebnis der Übertragung ins Deutsche ist ein Text von hoher sprachlicher Qualität; er ist ausgesprochen leserfreund-

lich und dennoch bis in Feinheiten präzise. Der neubearbeitete Nachtrag ist erstaunlicherweise nur in deutscher, nicht mehr in französischer Sprache herausgegeben worden. Es handelt sich also nicht bloss um eine Übersetzung eines dem Publikum auch zugänglichen, französischen Originaltextes, sondern sozusagen um eine Originalübersetzung. Damit hat der Nachtrag "Originalwert".

Systematisch orientiert sich der neubearbeitete Nachtrag an der Notierung der Fassung von 1967. Dies zwingt den Leser, an zwei Stellen des gleichen Bandes nachzuschlagen. Dieser Nachteil wird jedoch dadurch mehr als aufgewogen, dass ein solches Vorgehen gleichzeitig die Veränderungen des Verfassungsrechts und seiner Praxis im Laufe der letzten 25 Jahre aufscheinen lässt. Eine vollständige Neufassung des Werkes ist – wie der Autor im Vorwort äussert – zwar erwogen, dann aber verworfen worden, da derzeit und bis auf weiteres zahlreiche Verfassungsrevisionen anstehen: "Es wäre aber wenig sinnvoll, über ein altes Gesetz ein neues Buch zu schreiben."

AUBERTS Werk darf als so bekannt vorausgesetzt werden, dass sich hier eine eingehende Inhaltsübersicht und Erläuterungen erübrigen. Auch wäre es schlichtweg vermessen, im Rahmen dieser Rezension auf einzelne Themen und deren Behandlung näher eingehen zu wollen. Deshalb seien nurmehr drei Punkte willkürlich hervorgehoben.

1. Den in den letzten 25 Jahren zu verzeichnenden grundlegenden Wandel der Anschauung über die Stellung der Frau führt AUBERT äusserst prägnant vor. Das im Bund und in 25 Kantonen eingeführte Frauenstimmrecht wird zunächst nur gerade festgestellt (vgl. N 1083). Im Hinblick auf den Innerhoder Frauenstimmrechtsfall BGE 116 Ia 359 zeigt AUBERT dann aber eine Reihe von Ungereimtheiten auf: Die politischen Bundesbehörden haben durchwegs bestätigt, dass die Kantone auch nach Erlass von Art. 4 II BV über die Einführung des Frauenstimmrechts entscheiden dürften; Art. 74 IV BV blieb also diesbezüglich weiterhin wirksam (vgl. N 1083⁹⁸). Als 1990 die Innerhoder Landsgemeinde an ihrer ablehnenden Haltung festhielt, brachte eine staatsrechtliche Beschwerde – entgegen den früheren Zusicherungen – den Stein ins Rollen. Mit einem Ton des Bedauerns schreibt AUBERT, dass die Bundesversammlung die Gelegenheit verpasst habe, rasch zu handeln. Sie hätte die Gewährleistung zurückziehen oder unverzüglich eine Revision der Bundesverfassung einleiten können. "Die Schwerfälligkeit des parlamentarischen Betriebs hatte somit zur Folge, dass die politische Behörde vom Bundesgericht überflügelt wurde".

2. Im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention hielt AUBERT bereits 1967 vorausschauend fest: "Nach sechsjährigem Bestehen (1959–1965) hat der Gerichtshof nur zwei Entscheide erlassen ...; doch darf diese bescheidene Zahl uns nicht über die fast revolutionäre Natur dieser Prozesse täuschen, in denen Einzelpersonen von Dritten gegen ihr eigenes Vaterland Recht verlangten" (N 1776). Im Nachtrag von 1994 widmet sich AUBERT ausgiebig der Konvention (vgl. N 1774 ff., S. 1112 ff.). Im Hinblick auf die Frage des Ranges der Konvention hat er seine Auffassung gegenüber dem Nachtrag von 1982 geändert. Kann ein Landesgesetz nicht konventionskonform ausgelegt werden, "muss davon ausgegangen werden, dass ein Unterschied besteht zwischen der Kraft der Konvention und derjenigen der Verfassung: die Konvention bricht die ihr widersprechenden Bundesgesetze, auch wenn diese nach dem Inkrafttreten der Konvention erlassen worden sind." AUBERT begründet seine geänderte Auffassung mit dem Vorrang des Völkerrechts: "Diese internationale Verpflichtung muss eingehalten werden; wir können uns ihr nicht unter Berufung auf unsere nationalen Gesetze entziehen. Ein Verweis auf die Regelung der völkerrechtlichen Haftung hilft auch nicht weiter. Der einzige rechtmässige Weg, um uns davon zu entbinden, besteht in der Kündigung, unter den Voraussetzungen des Art. 65 EMRK" (N 1777, S. 1114). AUBERT verfolgt hier in der Tat einen rechtmässigen Weg, jedenfalls nimmt jede andere Anschauung eine Vertragsverletzung in Kauf. Die Schweiz hat allerdings in ihrer gesamten Praxis eine ausgesprochen vertragstreue Haltung bewiesen. Weshalb ausgerechnet bei einem Abkommen über den Schutz bestimmter Grundrechte das Gegenteil verfolgt werden sollte, wäre daher nur schwer zu erklären. AUBERT macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass der Beitritt der Schweiz zur Konvention mit einem demokratischen Makel behaftet ist. Anstelle des "verstohlenen" Beitritts durch "nur gerade einen einfachen Bundesbeschluss ... wäre es wahrscheinlich richtiger gewesen, die Genehmigung des Parlamentes erneut Volk und Ständen zu unterbreiten".

3. AUBERT hat die Ausführungen über die Staatsbevölkerung (vgl. N 927 ff., S. 527 ff.) wegen der inzwischen eingetretenen tatsächlichen und rechtlichen Änderungen stark ergänzt. Interessant sind die zurückhaltenden, aber eindeutigen Darlegungen zur Asylfrage. Das Asylgesetz gestatte einem Ausländer während des Verfahrens einen Aufenthalt in der Schweiz sowie eine vorläufige unselbständige Erwerbstätigkeit. "Diese doppelte Befugnis hat zum Misserfolg" des Asylgesetzes geführt (N 1031^{bis}, S. 541 f.).

"Tausende von nicht verfolgten Ausländern, welche aber zu Hause keine Arbeit finden konnten, kamen in die Schweiz ... Vergeblich wurde das 'Asylverfahren' bis an die Grenzen des Annehmbaren vereinfacht (Revisionen vom 16.12.1983 und vom 20.6.1986). Ebenso vergeblich wurde eine beschränkte Zahl von Grenzübergängen vorgesehen. Von überallher tauchen Ausländer auf, welche die Heerschar der Asylbewerber vergrössern." Da weder der Bundesrat noch das Bundesgericht diese "Massenerscheinung" bewältigen können, regte AUBERT an, dass eine von der Regierung unabhängige Behörde geschaffen werden sollte. Diese ist in der Zwischenzeit mit der Asylrekurskommission geschaffen worden.

Es ist bemerkenswert, wie AUBERT nicht nur als Staatsrechtslehrer, sondern auch als Politiker die Zeichen der Zeit erkennt und umzusetzen weiss. Die politische Erfahrung und die Kenntnis der Abläufe sind bei der Lektüre gerade der Nachträge förmlich spürbar. Auf diese Weise hat AUBERT sein grundlegendes Werk von 1967 nicht nur fortgeführt, sondern ihm auch den freiheitlich-demokratischen Geist der Zukunft mitzugeben, welcher weit über das Abschlussdatum der Bände (1990 bzw. 1994) hinaus fortleben wird.

PD Dr. rer. publ. Andreas Kley-Struller,
Rechtsanwalt, St. Gallen

ISAAK MEIER/HANS MICHAEL RIEMER/PETER WEIMAR (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für HANS ULRICH WALDER zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1994, XII und 556 Seiten, Fr. 128.–

HANS ULRICH WALDER, zunächst Rechtsanwalt, 1967 bis 1973 Oberrichter und von 1973 bis 1994 Professor für Zivilprozessrecht und SchKG an der Universität Zürich, seit 1980 Mitglied des Kassationsgerichts, hat mit seinen zahlreichen sorgfältigen, praxisnahen und zuweilen pointiert formulierten, immer aber eine ausgewogene Lösung anstrebenden Publikationen im In- und Ausland hohes Ansehen erlangt. Insbesondere seine Habilitationsschrift (Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, 1966), seine Schrift zur *Offizialmaxime* (1973), sein Handbuch zum Zivilprozessrecht (3. A. 1983 mit Supplement 1991) sowie seine Neubearbeitung von FRITZSCHES zweibändiger systematischer Darstellung des SchKG (3. A. 1984 und 1993) müssen von forensisch tätigen Praktikerinnen und Praktikern ständig

konsultiert werden. Zu recht hebt das Vorwort der Herausgeber die Beliebtheit WALDERS als Hochschullehrer und Betreuer der Studierenden und des wissenschaftlichen Nachwuchses hervor. Als Wissenschaftler und als Kassationsrichter hat WALDER, was als besonders positiv hervorzuheben ist, die legitimen Anliegen und Interessen der privaten Parteien im Verfahren anerkannt und gegen zweckentfremdeten Formalismus und gegen eine bürokratische Sichtweise der Gerichtspraxis vertreten. In seiner Sicht, die wohl nicht die falsche ist, sind die Gerichte für die Rechtsuchenden da und nicht umgekehrt. (Dem wäre schliesslich noch hinzuzufügen – wenn dies in Akademikerkreisen nicht schon fast rufschädigend wäre –, dass WALDER darüber hinaus ein herzensguter Mensch ist.)

Die WALDER gewidmete Festschrift ist in vier Teile gegliedert: A. Prozessuale Fragen zu privatrechtlichen Rechtsgebieten; B. Allgemeine Fragen des Verfahrensrechts und anderer Rechtsgebiete; C. Internationales Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit; D. Zwangsvollstreckungs- und Sanierungsrecht. Die insgesamt 33 Beiträge können im Rahmen einer Rezension selbstverständlich auch nicht einmal mit ihren Titeln aufgeführt werden. Die einzelnen Aufsätze betreffen zu viele verschiedene Bereiche und sind auch in ihrer Zielrichtung (rein wissenschaftliche Betrachtung oder Behandlung einer in der Praxis diskutierten Kontroverse) zu unterschiedlich, als dass sie hier eine angemessene Beurteilung erfahren könnten. Allgemein anzumerken ist einzig, dass die Herausgeber es anscheinend unterlassen haben, eine Reihe von qualifizierten Autorinnen und Autoren des schweizerischen Verfahrensrechts für eine Mitwirkung an der Festschrift anzufragen, und zwar auch solche, die WALDER nahestehen.

Es sei hier auf einige wenige, dem Rezensenten besonders anregend erscheinende Beiträge hingewiesen:

WALTER R. SCHLUEP analysiert verfahrensrechtliche Fragen im Kartellrecht ("Verfahrensrechtliche Anmerkungen zum BG über Kartelle und ähnliche Organisationen und zu dessen Weiterentwicklung", 95–124). Im kartellprivatrechtlichen Verfahren – dem bekanntlich nur sehr geringe Bedeutung zukommt – stellt der Autor minimale Abweichungen von allgemeinen zivilprozessualen Regeln fest, so im Bereich der Durchsetzung des Beseitigungs- und des Unterlassungsanspruchs sowie im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit. Im Kartellverwaltungsrecht thematisiert SCHLUEP meisterlich die Antinomie zwischen rechtsstaatlichen Prinzipien, etwa im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör und der Akteneinsicht, und dem besonderen Umstand, dass ein schran-