

Markus Kaiser / Michael Noth

Wem gehört die Schweiz?

Ein Überblick über die neuen Swissness-Regeln gemäss dem revMSchG und revWSchG

Am 1. Januar 2017 tritt die viel und jahrelang diskutierte Swissness-Vorlage in Kraft. Der Name der Vorlage reflektiert deren Hauptziel, nämlich den verbesserten Schutz der Herkunftsangabe «Schweiz» und des Schweizerkreuzes. Dieser Name darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Vorlage gleichermaßen andere in- und ausländische geografische Herkunftsangaben betrifft. Die Autoren geben im Folgenden einen Überblick über die neue Regelung.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Immaterialgüterrecht

Zitiervorschlag: Markus Kaiser / Michael Noth, Wem gehört die Schweiz?, in: Jusletter 7. November 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Revision des Wappenschutzgesetzes
- III. Revision des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben
 1. Geografische Marken
 2. Nicht-landwirtschaftliche GUB/GGA
 3. Präzisere Regeln für Herkunftsangaben – Kern der Swissness-Vorlage
 - a. Einleitung
 - b. Grundregeln für alle Herkunftsangaben
 - c. Bestimmung der Herkunft von Waren mit Schweizer Herkunftsangabe
 - I) Für Naturprodukte
 - II) Für Lebensmittel
 - III) Für alle anderen Waren, insbesondere industrielle Produkte
 - IV) Weitere Ausnahmen
 - d. Bestimmung der Herkunft von Dienstleistungen mit Schweizer Herkunftsangabe
 - e. Regeln für regionale und lokale Herkunftsangaben
 - f. Bestimmung der Herkunft bei ausländischen Herkunftsangaben
 4. Verhältnis zum UWG
 5. Änderungen verfahrensrechtlicher und strafrechtlicher Bestimmungen (Rechtsschutz)
 - a. Beweislastumkehr
 - b. Klageberechtigung für Behörden
 - c. Verschärfung strafrechtlicher Bestimmungen

I. Einleitung

[Rz 1] In einer zunehmend globalisierten Welt kommt der Herkunft eines Produkts eine immer grössere Bedeutung zu. Schweizer Produkte geniessen im In- und Ausland einen sehr guten Ruf, der für Qualität bürgt sowie Vertrauen schafft und damit einen Wettbewerbsvorteil darstellt.¹ Insbesondere sind Konsumenten bereit, für Schweizer Produkte mehr zu bezahlen; im Gegenzug erwarten sie, dass ein mit Schweizer Herkunft angepriesenes Produkt auch effektiv aus der Schweiz stammt. Dieser *Mehrwert* der Schweizer Herkunft (Swissness) wurde in der Vergangenheit immer häufiger missbraucht. Vor diesem Hintergrund sah sich der Gesetzgeber zu einer Neuregelung des Rechts über Schweizer und andere Herkunftsangaben veranlasst.

[Rz 2] Die Swissness-Vorlage umfasst namentlich die Änderung der folgenden zwei Gesetze und die Anpassung bzw. den Erlass der folgenden Verordnungen, welche am 1. Januar 2017 in Kraft treten²:

- Revision des Bundesgesetzes über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (*revWSchG*);
- Revision des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (*revMSchG*):
 - Im 1. Titel betreffend Marken: Einführung der geografischen Marke als neuen Markentyp;

¹ Vgl. etwa die oft zitierten Swissness-Studien der Universität St. Gallen, auf welche auch die Botschaft, BBl 2009 8549, verweist.

² Zu den Übergangsbestimmungen siehe Art. 60a *revMSchV* sowie Art. 11 *HasLV* und zur zweijährigen Abverkaufsfrist siehe hinten N 25.

- Im 2. Titel betreffend Herkunftsangaben:
 - * Einführung eines Registers für nicht-landwirtschaftliche geografische Angaben;
 - * Einführung präziserer Regeln zur Definition der Herkunft von Waren und Dienstleistungen;
- Im 3. Titel betreffend Rechtsschutz: Einführung von Massnahmen und Instrumenten zur verbesserten Durchsetzung des Rechtsschutzes für Herkunftsangaben im In- und Ausland;
- Revision der Verordnung über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (*revWSchV*);
- Revision der Markenschutzverordnung (*revMSchV*), welche neu auch Bestimmungen zu Herkunftsangaben enthält;
- Erlass der Verordnung über die Verwendung der schweizerischen Herkunftsangaben für Lebensmittel (*HasLV*);
- Erlass der Verordnung über das Register für Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben *nicht*-landwirtschaftlicher Erzeugnisse (*GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse*);
- Revision der Swiss-Made Verordnung für Uhren³, Erlass einer Swiss-Made Verordnung für Kosmetika und weiterhin Möglichkeit des Erlasses weiterer Branchenverordnungen durch den Bundesrat.

[Rz 3] Im Folgenden wird zunächst kurz das revidierte Wappenschutzgesetz vorgestellt (II.). Es folgt eine ausführlichere Darstellung der Anpassungen des Markenschutzgesetzes und der gestützt darauf erlassenen Verordnungen (III.), nämlich der Bestimmungen über die neu eingeführte geografische Marke (III.1.), der neuen Regelung betreffend die nicht-landwirtschaftlichen geografischen Angaben (III.2.), der neuen Regeln für Herkunftsangaben (III.3.), des Verhältnisses zum UWG (III.4.) sowie der wichtigsten Änderungen verfahrens- und strafrechtlicher Bestimmungen (III.5.). Nicht Gegenstand dieser Publikation ist hingegen das im Rahmen der Swissness-Vorlage ebenfalls neu eingeführte Lösungsverfahren für nicht rechtserhaltend gebrauchte Marken, das nur am Rande mit dem Thema Herkunftsangaben zu tun hat.⁴

[Rz 4] Weil für verschiedene geografische Zeichen verschiedene Begrifflichkeiten verwendet werden, lohnt es sich, einen kurzen Überblick über die wichtigste Terminologie voranzustellen.

- *Geografische Zeichen* wird nachfolgend als Sammelbegriff für alle Namen, Adjektive, Bilder, Symbole und weiteren Zeichen verwendet, welche unmittelbar oder mittelbar auf ein Land, eine Gegend, einen Ort oder einen Ortsteil Bezug nehmen, wobei es keine Rolle spielt, ob sie vom Verkehrskreis als geografischer Hinweis aufgefasst werden.⁵ In der Literatur wird hierfür teils auch der Begriff «*Geografische Bezeichnungen*» verwendet.⁶

³ Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23. Dezember 1971; SR 232.119.

⁴ Vgl. Art. 35 lit. e *revMSchG*; zum Lösungsverfahren siehe DAVID ASCHMANN, Das neue administrative Lösungsverfahren im Gefüge des Markenrechts, in: sic! 2016, 196ff.

⁵ Für einen Überblick über mögliche Fallgruppen von geografischen Zeichen siehe auch M. NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. c N 40. Zur Unterscheidung zwischen mittelbarer/indirekter und unmittelbarer/direkter Herkunftsangabe vgl. etwa S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 47 N 4 ff.

⁶ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. Art. 47–51 N 1 m.w.H.

- *Herkunftsangaben* sind gemäss (rev)MSchG geografische Zeichen, die so verwendet werden, dass das Publikum diese als Hinweis auf die geografische Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung versteht, ohne zwingend eine (implizite oder explizite) Aussage über deren Qualität zu machen.⁷ Dies ist bei weitem nicht bei jeder Verwendung geografischer Zeichen der Fall: Bezeichnungen wie «Café de Paris», «Paella Alicantina», «Spaghetti Napoli», «Bündner Gerstensuppe», «Chinos», «Baskenmütze» oder «Eau de Cologne» etwa haben sich zu Gattungsbezeichnungen entwickelt und werden weder als Herkunftsangaben verwendet noch als solche verstanden. Bei anderen geografischen Zeichen wird z.B. ein fantasiehafter oder dekorativer Gehalt von den Konsumenten ohne weiteres erkannt und das Zeichen deshalb nicht als Herkunftsangabe verstanden.⁸ Ob ein geografisches Zeichen als Herkunftsangabe aufgefasst wird, ist nach dem Gesamteindruck des Zeichens, der gekennzeichneten Ware bzw. Dienstleistung sowie der gesamten Umstände zu beurteilen: Dient das Matterhorn als Hintergrundbild für eine Autowerbung, wird das Publikum deswegen nicht von einer Schweizer Herkunft des betreffenden Fahrzeugs ausgehen.⁹ Die Abbildung des Matterhorns auf einer Schokoladenschachtel könnte demgegenüber tatsächlich den Eindruck erwecken, dass es sich um Schweizer Schokolade handelt.
- *Geografische Angaben* (einschliesslich geschützter geografischer Angaben; GGA) sind eine Teilmenge der Herkunftsangaben. Mit Herkunftsangaben wird nicht zwingend eine besondere Qualität oder bestimmte Eigenschaft in Verbindung gebracht. Dies ist bei geografischen Angaben anders. Man spricht auch von qualifizierten Herkunftsangaben. Gemäss GUB/GGA-Verordnungen handelt es sich dann um eine geografische Angabe, wenn der geografischen Herkunft eines Produkts eine bestimmte Qualität, ein bestimmter Ruf oder eine andere bestimmte Eigenschaft zugeschrieben wird (etwa Zuger Kirschtorte oder St. Galler Bratwürste).¹⁰
- *Geschützte Ursprungsbezeichnungen (GUB)* gehen noch einen Schritt weiter. Bei solchen müssen die Qualität oder andere Eigenschaften des Produkts den geografischen Verhältnissen zu verdanken sein und alle Produktionsschritte in diesem Gebiet erfolgt sein (z.B. Sbrinz oder Munder Safran).¹¹
- *Öffentliche Zeichen* sind die gemäss (rev)WSchG geregelten Zeichen, die auf ein bestimmtes Gemeinwesen und damit allenfalls eine bestimmte Herkunft hinweisen, sprich: (i) Hoheitszeichen (z.B. Schweizerkreuz oder Kantonswappen), (ii) amtliche Bezeichnungen (z.B. die Begriffe «Eidgenossenschaft» oder «Kanton») und (iii) nationale Bild- und Wortzeichen (z.B. die Bezeichnung «Helvetien»).¹²

⁷ Vgl. Art. 47 Abs. 1 und 2 MSchG.

⁸ Vgl. hierzu die Yukon-Praxis gemäss BGE 128 III 454 ff., in der das Bundesgericht sechs nicht abschliessende Kategorien beschreibt, bei denen ein geografisches Zeichen keine Täuschungsgefahr hinsichtlich geografischer Herkunft schafft. Zum dekorativen Gebrauch vgl. B. SCHMIDT, Kennzeichenmässig oder dekorativ? in: BUNDI/SCHMIDT (Hrsg.), Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen – Festschrift für J. David Meisser, Bern 2012, 160.

⁹ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8582, wonach der Richter dieses Beispiel unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall beurteilen müsste.

¹⁰ Art. 2 lit. b GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse; Art. 3 Abs. 1 lit. b GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse.

¹¹ Art. 2 lit. a GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse; Art. 2 Abs. 1 lit. b GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse.

¹² Vgl. Art. 1–7 revWSchG und Art. 1, 6 und 7 WSchG.

II. Revision des Wappenschutzgesetzes

[Rz 5] Das Wappenschutzgesetz regelt die Verwendung des Schweizerkreuzes sowie in- und ausländischer Wappen und weiterer öffentlicher Zeichen.¹³ Ob ein Zeichen jeweils als öffentliches Zeichen i.S. des revWSchG zu qualifizieren ist, muss im Einzelfall entschieden werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das IGE ein elektronisches Verzeichnis der öffentlichen Zeichen der Schweiz und der öffentlichen Zeichen, die ihm ausländische Staaten mitgeteilt haben, führen wird.¹⁴ Ist ein Zeichen in diesem Verzeichnis aufgeführt, so wird die widerlegbare Vermutung geschaffen, es handle sich um ein öffentliches Zeichen i.S.d. Wappenschutzgesetzes; demgegenüber muss der Schutz eines öffentlichen Zeichens, das nicht im Verzeichnis enthalten ist, gestützt auf die entsprechende Bestimmung erst nachgewiesen werden.¹⁵

[Rz 6] Nach heutigem Recht ist es an sich verboten, das Schweizerkreuz, das Schweizerwappen oder Kantonswappen zu geschäftlichen Zwecken, namentlich als Herkunftsangaben auf *Waren* oder deren Verpackung, anzubringen.¹⁶ Zulässig ist hingegen der rein *dekorative* Gebrauch wie etwa die Verwendung des Schweizerkreuzes auf T-Shirts, Taschen, Kaffeetassen oder Souvenirs.¹⁷ Nicht möglich ist es nach heutigem Recht überdies, Marken, welche ein Hoheitszeichen als Bestandteil enthalten, für Waren zu hinterlegen.¹⁸ Die erstgenannte Regel wurde (zumindest in Bezug auf das Schweizerkreuz) faktisch jedoch bereits seit Jahren nicht mehr durchgesetzt, wie etwa ein Blick in die Lebensmittelregale der Schweizer Detailhändler eindrücklich belegt: Auf Dutzenden Lebensmittelprodukten ist ein Schweizerkreuz abgebildet.¹⁹

[Rz 7] Bereits heute erlaubt ist die Verwendung des Schweizerkreuzes im Zusammenhang mit *Dienstleistungen* schweizerischer Herkunft (zur Definition der Herkunft von Dienstleistungen vgl. unten Rz. 54 ff.).²⁰

[Rz 8] Das revWSchG wird die Verwendung des Schweizerkreuzes nicht nur für Dienstleistungen, sondern neu auch auf Waren und deren Verpackung zulassen. Lediglich das Schweizerwappen, also das Schweizerkreuz auf dem Dreieckschild (vgl. unten Abb. 1), bleibt der Eidgenossenschaft vorbehalten. Ebenso dürfen die Wappen von Kantonen, Bezirken und Gemeinden oder deren charakteristischen Bestandteile nur von den betreffenden Gemeinwesen gebraucht werden.²¹ Die vorgenannten Regeln erstrecken sich selbstverständlich auch auf verwechselbare Zeichen, wobei die Verwechselbarkeit auch gemäss dem revWSchG im Allgemeinen und nicht bloss im heraldischen Sinne zu verstehen ist.²²

¹³ Für einen Überblick über die verschiedenen Arten von Hoheitszeichen unter dem WSchG siehe M. Noth, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. d N 39.

¹⁴ Art. 18 revWSchG; Art. 3 revWSchG.

¹⁵ Wappenschutzverordnung, Anhang IV – Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht, S. 4.

¹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 WSchG.

¹⁷ Zur Abgrenzung des dekorativen Gebrauchs von der Herkunftsangabe vgl. BGE 83 IV 108 E. 3, dekorativer Gebrauch bejaht (Kaffeelöffel); BGE 139 III 424 E. 2.3, dekorativer Gebrauch verneint (Uhr).

¹⁸ Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 WSchG.

¹⁹ Siehe auch Botschaft, BBl 2009 8533, 8562.

²⁰ Art. 2 Abs. 1 WSchG *e contrario*.

²¹ Art. 8 Abs. 1 revWSchG. Die kantonalen und kommunalen Hoheitszeichen werden durch das kantonale Recht bestimmt (Art. 5 revWSchG).

²² Art. 8 Abs. 1 revWSchG; Botschaft, BBl 2009 8533, 8556 und 8576. So schon unter dem WSchG, s. M. Noth, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. d N 46.

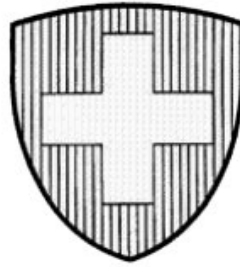


Abb 1: Schweizerwappen (für die Farbdefinition vgl. Anhang 1 revWSchG)

[Rz 9] Aufgrund der neuen Regelung wäre es für ein privates Unternehmen somit nicht mehr zulässig, das Schweizerwappen auf roten Taschenmessern abzubilden. Hierzu wollte das Parlament jedoch mit einer «*Lex Victorinox*» eine Ausnahme schaffen: Wer das Wappen mindestens 30 Jahre lang verwendet und ein schutzwürdiges Interesse an der Weiterbenützung hat, kann beim EJPD einen Antrag auf Weiterbenützung des Schweizerwappens stellen.²³

[Rz 10] Wie das Schweizerkreuz dürfen neu auch die Schweizerfahne (vgl. unten Abb. 2) sowie andere nationale Bild- oder Wortzeichen der Schweiz für Waren gebraucht werden – und zwar ohne Erfordernis einer Bewilligung oder Lizenz.²⁴ Ebenso dürfen sie grundsätzlich als Bestandteil einer Marke eingetragen werden, soweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Verwendung schweizerischer Herkunftsangaben eingehalten werden.²⁵

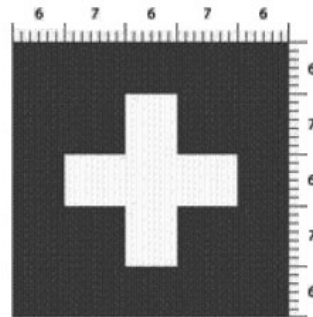


Abb. 2: Schweizerfahne (für die Farbdefinition vgl. Anhang 2 revWSchG)

[Rz 11] Unter nationalen Bild- oder Wortzeichen der Schweiz versteht das revWSchG Zeichen, welche sich auf nationale Symbole wie Wahrzeichen, Heldengestalten, Stätten oder Denkmäler der Schweiz beziehen.²⁶ Dazu gehören etwa die «*Helvetia*» oder die *Tells*kappelle, aber auch das Akronym CH oder das *Matterhorn*.²⁷

²³ Art. 35 revWSchG; siehe auch Art. 8 Abs. 4 lit. f revWSchG.

²⁴ Vgl. Art. 1–3 revWSchG, Art. 10 und 11 revWSchG.

²⁵ Art. 14 revWSchG e contrario.

²⁶ Art. 7 revWSchG.

²⁷ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8627, mit weiteren Beispielen.

[Rz 12] Unzulässig ist der Gebrauch des Schweizerkreuzes, der Schweizerfahne sowie von nationalen Bild- oder Wortzeichen nur, wenn er (i) irreführend ist oder (ii) gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstösst.²⁸ Diese Terminologie entspricht derjenigen von Art. 2 lit. c und Art. 2 lit. d MSchG und die Bestimmungen dürften mit jenen des MSchG inhaltlich im Wesentlichen deckungsgleich sein (wobei sich das revWSchG anders als diese markenrechtlichen Bestimmungen auch auf den *Gebrauch* der Zeichen und nicht bloss auf die Zeichen selbst bzw. deren Inhalt bezieht). Selbstverständlich müssen die Voraussetzungen eingehalten werden, welche für die Verwendung der Herkunftsangabe Schweiz allgemein bestehen (dazu unten Rz. 25 ff.).²⁹

[Rz 13] Der Gebrauch von Wappen, Fahnen und anderen Hoheitszeichen ausländischer Staaten bleiben den jeweiligen ausländischen Staaten vorbehalten.³⁰ Für Wappen und öffentliche Zeichen anderer ausländischer Gemeinwesen gilt grundsätzlich die analoge Regelung wie für heimische Fahnen und öffentliche Zeichen.³¹

III. Revision des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben

1. Geografische Marken

[Rz 14] Geografische Zeichen, die als direkte Herkunftsangaben verstanden werden, müssen grundsätzlich Allen zur Verfügung stehen und können deshalb nicht als Marke monopolisiert werden (vgl. Art. 2 lit. a MSchG). Sie können (in Alleinstellung) nur dann als Marken eingetragen werden, wenn sie nicht als Herkunftsangaben verstanden werden, beispielsweise weil eine Produktionsstätte am betreffenden Ort offensichtlich faktisch ausgeschlossen ist, die Verwendung erkennbar fantasiehaft erfolgt oder die geografische Bezeichnung kaum bekannt ist (z.B. Galapagos für Fernsehgeräte, Äthna für Bunsenbrenner, Victoria für Werbung oder Gimel für Schmuck). Ebenfalls nicht mehr als Herkunftsangaben verstanden werden geografische Zeichen, die sich im Verkehr durchgesetzt haben und von den Verkehrskreisen deshalb als Hinweis auf die Herkunft aus einem *bestimmten* Unternehmen aufgefasst werden (z.B. Swiss für die schweizerische Tochtergesellschaft der Lufthansa oder Zürich für den gleichnamigen Versicherungskonzern).

[Rz 15] Nach heute geltendem Recht sind insbesondere auch geografische Angaben für sich allein von der Registrierung als Wortmarke ausgeschlossen (vgl. Art. 2 lit. a MSchG; falls irreführend zudem Art. 2 lit. c MSchG).³² Dass etwa die GGA «Bündnerfleisch» in Alleinstellung nicht als Wortmarke registriert werden kann, ist insofern richtig, als diese Bezeichnung jeder Person zum Gebrauch offenstehen soll, welche die Bezeichnung für Produkte verwendet, die den Erwartungen der Konsumenten in die Herkunftsangabe entsprechen. Die Nichteintragbarkeit erschwerte bislang aber das Vorgehen gegen Personen, welche die Herkunftsangabe missbrauchten, namentlich auch im Ausland. Diesem Mangel trägt der Gesetzgeber mit der Schaffung der geografischen

²⁸ Art. 10 und 11 revWSchG.

²⁹ Vgl. auch Art. 13 revWSchG.

³⁰ Art. 15 Abs. 1–2 und Art. 17 revWSchG.

³¹ Art. 15 Abs. 3 und Art. 17 revWSchG.

³² Vgl. Zum Thema: D. ASCHMANN, in: Noth/Bühler/Thouvenin, Markenschutzgesetz, Bern 2009, MSchG 2 lit. a N 115ff.

Marke nun Rechnung. Neu kann beispielsweise eine GGA in der Schweiz als sog. geografische Marke eingetragen werden. Basierend auf der Schweizer Anmeldung einer geografischen Marke kann dann über das Madrider Markensystem relativ einfach ein Antrag auf Markenschutz in zahlreichen Ländern gestellt werden. Trotz des sog. «telle-quelle Prinzips» in Art. 6^{quinquies} der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums³³ haben die Behörden der betreffenden Länder aber immer noch die Möglichkeit, die Registrierung für ihr Gebiet gegebenenfalls zurückzuweisen.³⁴ Besonders wichtig ist ein solcher Markenschutz in Ländern, in denen eine Schweizer GGA oder GUB nicht ohnehin bereits über einen entsprechenden Staatsvertrag geschützt ist.

[Rz 16] Für die Eintragung als geografische Marke kommen nicht alle Herkunftsangaben, sondern nur die folgenden Zeichen in Frage (*abschliessende* Aufzählung):³⁵

1. Eine landwirtschaftliche GUB/GGA (gemäss Art. 16 Landwirtschaftsgesetz; LWG);
2. Eine nicht-landwirtschaftliche GUB/GGA (dazu unten Rz. 20 ff.);
3. Eine kontrollierte Ursprungsbezeichnung für Wein (gemäss Art. 63 LWG);
4. Eine Herkunftsangabe, die Gegenstand einer Branchenverordnung des Bundesrates nach Art. 50 Abs. 2 revMSchG ist, oder eine ausländische Herkunftsangabe, die sich auf eine gleichwertige ausländische Regelung stützt (dazu unten Rz. 51).

[Rz 17] Zur Eintragung einer geografischen Marke berechtigt sind nicht einzelne Personen, sondern die Branchenverbände und repräsentativen Gruppierungen, welche sich bereits für die betreffende GUB/GGA bzw. Branchenverordnung einsetzen resp. eingesetzt haben (bei kontrollierten Ursprungsbezeichnungen für Wein der betreffende Kanton oder die zuständige ausländische Behörde).³⁶ So kann z.B. der Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie das Zeichen «Swiss made» oder «Suisse» für Uhren als geografische Marke schützen lassen.³⁷ Ebenso kann z.B. der Schutzverband der Schwarzwälder Schinkenhersteller die in der EU geschützte GGA «Schwarzwälder Schinken» für Schinken als geografische Marke in der Schweiz eintragen.

[Rz 18] Mit der Markenmeldung muss ein Reglement eingereicht werden.³⁸ Bei einer GUB/GGA muss dieses dem Pflichtenheft entsprechen, welches für die GUB/GGA gilt.³⁹ Das IGE wird die Übereinstimmung des Reglements mit diesem Pflichtenheft näher prüfen müssen, namentlich auch die Umschreibung der Waren und Dienstleistungen (WDL) in der Marke. Insbesondere darf die WDL nicht über die gemäss Pflichtenheft betroffenen und damit vergleichbaren Produkte hinausgehen.⁴⁰ So kann z.B. die GUB Sbrinz als geografische Marke für Hartkäse und Käse allgemein, nicht aber z.B. auch für Rahm, Butter, Joghurt oder Quark geschützt werden.

[Rz 19] Jeder, der sich bei der Herstellung der mit der geografischen Marke bezeichneten Produkte an das Pflichtenheft hält, ist automatisch zur Verwendung der Marke berechtigt, kostenlos nota

³³ SR 0.232.04.

³⁴ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8562; Art. 5 MMP i.V.m. Art. 6^{quinquies} Abs. B PVÜ. Letztere Bestimmung ermöglicht es jedem Vertragsstaat die Registrierung zurückzuweisen, wenn die Marke ausschliesslich aus einem Zeichen besteht, das im Verkehr zur Bezeichnung des Ursprungsortes der Erzeugnisse dienen kann oder täuschend ist.

³⁵ Art. 27a revMSchG.

³⁶ Art. 27b revMSchG und Art. 5 GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse sowie Art. 4 GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse.

³⁷ Botschaft, BBl 2009 8533, 8579.

³⁸ Art. 27c Abs. 1 revMSchG.

³⁹ Art. 27c Abs. 2 revMSchG; Botschaft, BBl 2009 8533, 8580.

⁴⁰ Für nicht-landwirtschaftliche GUB/GGA: Art. 50a Abs. 7 revMSchG.

bene.⁴¹ Genau so kann der Inhaber der geografischen Marke gegen alle Personen vorgehen, welche die geografische Marke für identische oder vergleichbare Waren im geschäftlichen Verkehr verwenden, ohne das Pflichtenheft einzuhalten.⁴² Der Begriff der *Vergleichbarkeit* ist enger als der Begriff der Ähnlichkeit gemäss Art. 3 MSchG;⁴³ dementsprechend enger ist auch der Schutzzumfang einer geografischen Marke. Nicht aktivlegitimiert sind die einzelnen Nutzungsberechtigten für sich allein. Die Verteidigungsmöglichkeiten bei der geografischen Marke sind überdies insofern erheblich eingeschränkt, als für deren Inhaber das Widerspruchsverfahren nicht offen steht.⁴⁴

2. Nicht-landwirtschaftliche GUB/GGA

[Rz 20] Mit einer GUB und GGA können Herkunftsangaben für Produkte geschützt werden, die mit einer Region besonders verbunden sind. Eine GUB/GGA wird immer in Verbindung mit einem Pflichtenheft für die Herstellung der betreffenden Produkte registriert. Hält sich ein Hersteller nicht an dieses Pflichtenheft, fehlt ihm die Berechtigung zur Verwendung der entsprechenden Bezeichnung.

[Rz 21] Wie oben schon erwähnt liegt der Unterschied zwischen GUB und GGA in der Frage, ob eine Region für ein Produkt einfach «nur» eine besondere Reputation geniesst, oder ob das Produkt zudem seine Eigenschaften den lokalen Verhältnissen *zu verdanken* hat. Bei einer geografischen Angabe wird die geografische Herkunft eines Produkts mit einer bestimmten Qualität, einem bestimmten Ruf oder einer anderen bestimmten Eigenschaft in Verbindung gebracht (z.B. Saucisson vaudois). Bei einer Ursprungsbezeichnung müssen die Qualität oder andere Eigenschaften des Produkts den geografischen Verhältnissen zu verdanken sein (z.B. Gruyère).

[Rz 22] Bis dato gibt es ausserhalb des Landwirtschaftssektors keine Möglichkeit, eine Ursprungsbezeichnung oder geografische Angabe als GGA oder GUB durch Eintragung in einem Register (*ex ante*) schützen zu lassen. Mit der Swissness-Vorlage wird diese Lücke geschlossen. Zum bereits bestehenden vom Bundesamt für Landwirtschaft geführten Register für *landwirtschaftliche* Erzeugnisse wird neu ein Register für *nicht-landwirtschaftliche* GGA und GUB geschaffen.⁴⁵ Als Beispiele für wohl eintragungsfähige geografische Angaben für nicht-landwirtschaftliche Produkte können etwa «St. Gallen» für Stickereien, «Bienne» oder «Schaffhausen» für Uhren oder «Glarner» für Textiltücher (sprich: Glarner Tüechli) genannt werden. Das Register steht auch für ausländische GGA offen; so könnte z.B. «Murano» für Glasprodukte aus der gleichnamigen Inselgruppe vor Venedig registriert werden.

[Rz 23] Das neue Register wird vom IGE verwaltet.⁴⁶ Zur Eintragung berechtigt sind repräsentative Gruppierungen von Produzenten. Die entsprechenden Anforderungen werden in der neuen GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse definiert.⁴⁷

⁴¹ Art. 27d Abs. 1 revMSchG; Art. 27c Abs. 2 Teilsatz 2.

⁴² Art. 27d Abs. 2 revMSchG.

⁴³ Botschaft, BBl 2009 8533, 8580 m.V.a. Botschaft, BBl 2009 8533, 8604.

⁴⁴ Art. 27e Abs. 2 revMSchG.

⁴⁵ Art. 50a revMSchG.

⁴⁶ Art. 11 Abs. 1 GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse.

⁴⁷ Art. 4 Abs. 1 GUB/GGA-Verordnung für nicht-landwirtschaftliche Erzeugnisse.

[Rz 24] Sobald eine GGA oder GUB eingetragen ist, darf die Bezeichnung bzw. Angabe für identische oder vergleichbare Waren wie erwähnt nur noch verwendet werden, wenn das Pflichtenheft erfüllt wird. Für bereits früher verwendete Zeichen besteht unter den Voraussetzungen von Art. 50a Abs. 5 revMSchG allerdings ein Weiterbenutzungsrecht. Zudem kann eine Marke, welche eine GGA/GUB als Bestandteil enthält, nur noch für identische oder vergleichbare Waren und mit einer Beschränkung auf die im Pflichtenheft beschriebene geografische Herkunft eingetragen werden.⁴⁸

3. Präzisere Regeln für Herkunftsangaben – Kern der Swissness-Vorlage

a. Einleitung

[Rz 25] Nur geografische Zeichen, die als Herkunftsangabe verstanden werden, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 47–50 revMSchG erfüllen. Diese Voraussetzungen, namentlich die Frage, wann eine Herkunftsangabe zutreffend ist, werden im revMSchG weit umfangreicher und präziser definiert als bisher: Aus den drei heutigen, eher vagen Absätzen zur Bestimmung der Herkunft von Waren (Art. 48 Abs. 1–3 MSchG) werden mit der Revision rund 20 Absätze (Art. 48–48d revMSchG), von den Verordnungsbestimmungen einmal ganz zu schweigen. Von diesen Voraussetzungen befreit sind gemäss den in Art. 60a revMSchV und Art. 11 HasLV geregelten *Übergangsbestimmungen* die Produkte, die vor dem Inkrafttreten dieser Revision hergestellt werden: diese können noch bis zum 31. Dezember 2018 unter den Voraussetzungen gemäss heute geltendem Recht verkauft werden.

[Rz 26] Abzugrenzen sind die von der Swissness-Vorlage betroffenen Herkunftsangaben von den *zollrechtlichen* Ursprungsangaben. Bei Art. 47 ff. revMSchG geht es um Herkunftsangaben, die im Zusammenhang mit der Anpreisung von Waren und Dienstleistungen gebraucht werden. Zollrechtliche Ursprungsangaben dienen hingegen der Bestimmung des Ursprungs einer Ware für zollrechtliche Zwecke, etwa im Rahmen von Freihandelsabkommen. Das zollrechtliche Ursprungsland kann entscheidend dafür sein, welcher Zolltarif zur Anwendung gelangt. Die zollrechtlichen Voraussetzungen sind – wie bisher – völlig unabhängig von Art. 47 ff. (rev)MSchG. Ein Produkt, das zollrechtlich als Ursprungsland die Schweiz hat, muss keineswegs die Anforderungen für die Herkunftsbezeichnung «Made in Switzerland» (oder ähnlich) erfüllen, das Gleiche gilt umgekehrt. Das Zollrecht bestimmt beispielsweise, dass Meerfisch, der unter Schweizer Flagge gefischt worden ist, das Ursprungsland Schweiz hat.⁴⁹ Ein solcher Fisch dürfte aber nicht mit der Herkunftsangabe «Schweizer Fisch» angepriesen werden.⁵⁰ Letztlich sind die Voraussetzungen immer je für sich getrennt zu prüfen. Geht es um Beschriftung, Anpreisung, Werbung etc., so sind die Bestimmungen zu den Herkunftsangaben im MSchG zu beachten. Geht es «nur» um die zollrechtliche Dokumentation, so ist das zollrechtliche Ursprungsland entscheidend. Zu dessen Bestimmung erweist sich die Website der Eidgenössischen Zollverwaltung als sehr hilfreich.⁵¹

⁴⁸ Art. 50a Abs. 7 revMSchG.

⁴⁹ Beispiel aus: IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 10.

⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.3/2006 vom 18. Mai 2006, E. 2.5 – Fischmanufaktur Deutsche See.

⁵¹ <http://www.ezv.admin.ch/dokumentation/04032/05003/index.html?lang=de>, alle Websites zuletzt besucht am 27. Oktober 2016. Vgl. zum Thema auch MÜLLER NICOLA, Swissness und die Veredelung im Ausland, in: Jusletter 9. März 2015.

[Rz 27] Abzugrenzen sind die Herkunftsangaben i.S.d. (rev)MSchG zudem von der im Lebensmittelrecht vorgeschriebenen Deklaration des Produktionslandes.⁵² Das nach den Vorschriften des *Lebensmittelrechts* definierte Produktionsland muss nicht zwingend mit dem gemäss (rev)MSchG definierten Herkunftsland übereinstimmen. Bei Diskrepanzen zwischen Produktionsland und Herkunftsland gemäss revMSchG muss das Produktionsland gemäss Lebensmittelrecht zwar den- noch angegeben⁵³, darf aber nicht hervorgehoben oder gar werbemässig dargestellt werden.⁵⁴

b. Grundregeln für alle Herkunftsangaben

[Rz 28] Die Verwendung von Herkunftsangaben ist freiwillig⁵⁵ und steht grundsätzlich *Allen offen*, und dies *kostenlos*. Es braucht dazu *weder eine Registrierung, noch eine Bewilligung*. Es gilt wie bis anhin das Prinzip der *Selbstprüfung*. Diese Grundsatzregeln setzt der Gesetzgeber – ohne sie im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern – voraus.

[Rz 29] Die wichtigste Regel für die Verwendung von in- und ausländischen Herkunftsangaben bleibt so naheliegend wie einfach und würde sich auch bereits aus dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ergeben: Es gilt das Wahrheitsgebot bzw. Täuschungsverbot, sprich der Gebrauch *unzutreffender oder täuschender* Herkunftsangaben ist verboten.⁵⁶ Das gilt für Herkunftsangaben auf Waren und Verpackungen, aber auch sonst für jeden Gebrauch einer Herkunftsangabe im Geschäftsverkehr oder in der Werbung.⁵⁷ Selbstverständlich ist auch der Gebrauch von Bezeichnungen verboten, welche mit einer unzutreffenden Herkunftsangabe verwechselbar sind.⁵⁸

[Rz 30] In der Vergangenheit wurde versucht, die Bestimmungen für Herkunftsangaben mit Zusätzen wie «Art», «Typ», «Stil», «nach Rezept von» oder «nach Vorbild von» zu umgehen (zum Beispiel «Schokolade nach Schweizer Art»⁵⁹). In Art. 47 Abs. 3^{bis} revMSchG wird neu explizit festgehalten, dass solche Angaben den gleichen Anforderungen wie gewöhnliche Herkunftsangaben zu genügen haben. Diese Regel ist u.E. weit auszulegen und auf alle möglichen Arten von Umgehungstatbeständen auszudehnen.

[Rz 31] Eine Herkunftsangabe kann sich auch auf eine *bestimmte Tätigkeit* oder einen *einzelnen Produktionsschritt* beschränken, wie z.B. «Danish Design», «Engineered in Switzerland» oder «Swiss Research». Solche spezifischen Herkunftsangaben werden nach Inkrafttreten der Swissness-Vorlage nur noch zulässig sein, wenn die besonders hervorgehobene Tätigkeit auch vollumfänglich am angegebenen Ort erfolgte.⁶⁰ Diesbezüglich besteht also ein 100% Erfordernis. Ausserdem ist die Verwendung des Schweizerkreuzes nur zulässig, wenn das Produkt *insgesamt* die Anforderungen an die Herkunft Schweiz erfüllt.

⁵² Art. 20 und 21 Bundesgesetz über die Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände sowie Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln.

⁵³ Art. 5 Abs. 6 HasLV.

⁵⁴ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. Art. 47–51 N 78.

⁵⁵ Vorbehalten bleiben besondere gesetzliche Informationspflichten wie etwa die Pflicht zur Angabe des Produktionslandes gemäss Art. 20 f. LMG (die von der Swissness gänzlich unberührt bleiben).

⁵⁶ Art. 47 Abs. 3 (rev)MSchG.

⁵⁷ Vgl. Art. 49a revMSchG; Botschaft, BBl 2009 8533, 8582.

⁵⁸ Art. 47 Abs. 3 lit. b revMSchG.

⁵⁹ Botschaft, BBl 2009 8533, 8583.

⁶⁰ Art. 47 Abs. 3^{ter} revMSchG.

[Rz 32] Wenn geografische Zeichen als Teil von *Namen oder Firmen* verwendet werden, ist jeweils zu prüfen, ob der konkrete Gebrauch der Firma als Herkunftsangabe verstanden wird.⁶¹ Dies hängt vom konkreten geografischen Zeichenelement, von den weiteren Firmenelementen und den gesamten Umständen ab. Grundsätzlich muss jedes Unternehmen einen Weg finden, die Firmengebrauchspflicht gemäss Art. 954a OR, welche die Angabe der vollständigen und unveränderten Firma in jeder Firmenkorrespondenz oder -kommunikation vorschreibt, und die Einhaltung der Herkunftsbestimmungen gemäss revMSchG unter einen Hut zu bringen. Beinhaltet die Firma den Namen «Schweiz», erfüllen ihre Waren aber die Anforderungen an die Herkunftsangabe «Schweiz» nicht, kann dies anspruchsvoll sein. Bei jedem Gebrauch der Firma – etwa in Geschäftskorrespondenz, auf Verpackungen, in der Werbung – muss vermieden werden, dass die Firma als Herkunftsangabe der Waren wahrgenommen wird. Noch schwieriger wäre die Ausgangslage für eine Firma im Dienstleistungssektor, welche eine geografische Angabe beinhaltet (z.B. IT Plus Schweiz AG), aber die Voraussetzungen für die Verwendung der geografischen Angabe als Herkunftsangabe nicht erfüllt. Ein solches Unternehmen wird letztlich vor der Wahl stehen, die Firma zu ändern oder Zusätze zu verwenden, welche Klarheit über die tatsächliche Herkunft der Dienstleistung schaffen. Letzteres dürfte ebenso anspruchsvoll wie marketingmässig unerwünscht sein.

[Rz 33] Die weiteren Regeln für Herkunftsangaben betreffen namentlich die Frage, anhand welcher Kriterien beurteilt wird, ob eine Herkunftsangabe zutreffend ist oder nicht. Diesbezüglich ist nach verschiedenen Gesichtspunkten zu unterscheiden.

c. Bestimmung der Herkunft von Waren mit Schweizer Herkunftsangabe

[Rz 34] «Waren» werden in Art. 47 ff. revMSchG neu in die drei Kategorien Naturprodukte, Lebensmittel und andere Produkte unterteilt.

I) Für Naturprodukte

[Rz 35] Naturprodukte sind Produkte, die direkt aus der Natur stammen und für das Inverkehrbringen *nicht verarbeitet* werden.⁶² Dazu gehören unverarbeitete (pflanzliche, tierische oder mineralische) Nahrungsmittel, aber auch in der Natur frei vorkommende Rohstoffe wie Holz, Stein, Mineralöl, Edelmetalle etc.⁶³

[Rz 36] Wird ein Nahrungsmittel *verarbeitet*, fällt es nicht mehr in die Kategorie Naturprodukte, sondern gehört zu den Lebensmitteln. Eine Frucht etwa, die einfach geerntet, gewaschen, behandelt und verpackt wird, gilt noch als Naturprodukt. Sobald das Nahrungsmittel durch die Verarbeitung aber neue wesentliche Eigenschaften erhält, fällt es in die Kategorie Lebensmittel,⁶⁴ so z.B. die zu Marmelade verarbeitete Frucht.

⁶¹ Vgl. Art. 47 Abs. 3 lit. c revMSchG.

⁶² Art. 52b lit. b revMSchG.

⁶³ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 12.

⁶⁴ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 13.

[Rz 37] Ähnlich erfolgt die Abgrenzung von Naturprodukten zu industriellen Produkten: So gelten etwa Marmor-Rohblöcke als Naturprodukt, zugesägte Marmorplatten aber als industrielles Produkt.

[Rz 38] Bei Naturprodukten entspricht die Herkunft dem Ort der Gewinnung oder Ernte, dem Jagd- oder Fangort oder dem Zuchtort. Bei Fleisch (mit Ausnahme von Jagdbeute) ist der Ort entscheidend, an dem das Tier den überwiegenden Teil des Lebens verbracht hat.⁶⁵ Es gilt die *100% Regelung*, d.h. bei einem Sack «Schweizer Äpfel» oder einer Schale «Schweizer Himbeeren» müssen alle Früchte ausnahmslos aus der Schweiz stammen. Anders als bei Lebensmitteln sieht das revMSchG bei Naturprodukten zu Recht keine Ausnahmen für Situationen vor, in den die Produkte aus einem bestimmten Grund temporär nicht oder nur beschränkt am entsprechenden Ort vorhanden sind (vgl. dazu unten Rz 41).

II) Für Lebensmittel

[Rz 39] Besonders anspruchsvoll ist das Thema Herkunftsangaben im Zusammenhang mit Lebensmitteln. Die erste Grundregel lautet: Damit ein Lebensmittel mit Herkunftsland Schweiz angepriesen werden kann, müssen mindestens *80% des Gewichts* – und nicht etwa des Wertanteils – seiner Rohstoffe aus der Schweiz kommen. Bei Milch und Milchprodukten muss die Milch sogar zu 100% aus der Schweiz stammen.⁶⁶ Die zweite Grundregel für Lebensmittel besagt, dass die Verarbeitung, welche dem Lebensmittel seine wesentliche Eigenschaft verleiht, in der Schweiz erfolgt sein muss.⁶⁷

[Rz 40] Kompliziert wird die «Schweizermacher-Rechnung» hauptsächlich deshalb, weil nicht alle Naturprodukte und Rohstoffe für die Berechnung gleich berücksichtigt werden müssen. Das revMSchG sieht drei prinzipielle *Sonderregeln* vor: 1) Überhaupt nicht berücksichtigt werden Naturprodukte, die in der Schweiz aufgrund natürlicher Gegebenheiten nicht produziert werden können (zum Beispiel Kakao, Kokosnüsse oder Meerfisch);⁶⁸ 2) Nicht berücksichtigt werden weiter Naturprodukte, die temporär in der Schweiz nicht in genügender Menge vorhanden sind;⁶⁹ beispielsweise wegen eines Ernteausfalls, wozu aber normale saisonale Schwankungen nicht gehören;⁷⁰ 3) Rohstoffe, bei denen der Selbstversorgungsgrad in der Schweiz zwischen 20 und 49.9% beträgt, müssen für die Berechnung nur hälftig angerechnet werden, Rohstoffe mit noch geringerem Selbstversorgungsgrad gar nicht.⁷¹ Anhang 1 zur HasLV listet die Naturprodukte auf, welche für die Berechnung des «Schweizer Anteils» nicht berücksichtigt werden müssen und definiert zudem den Selbstversorgungsgrad verschiedener Rohstoffe. Dieser Grad wird jährlich vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF neu festgelegt.⁷² Letztlich ist es in vielen Fällen dieser Anhang, der darüber entscheidet, ob ein Produkt

⁶⁵ Art. 48a revMSchG.

⁶⁶ Art. 48b Abs. 2 revMSchG.

⁶⁷ Art. 48b Abs. 5 revMSchG.

⁶⁸ Art. 48b Abs. 3 lit. a revMSchG.

⁶⁹ Art. 48b Abs. 3 lit. b revMSchG.

⁷⁰ Art. 8 HasLV; Botschaft, BBl 2009 8533, 8593.

⁷¹ Art. 48b Abs. 4 revMSchG.

⁷² Art. 7 HasLV.

als «schweizerisch» angepriesen werden kann. Die HasLV enthält ferner zusätzliche Sonderbestimmungen etwa für Schokolade, Kaffee, Wasser, Halbfabrikate etc.

[Rz 41] Diese Regeln sind *stark politisch motiviert* und das Ergebnis verschiedener Lobbyanstrengungen. Die Frage, ob das gut oder schlecht bzw. richtig oder falsch ist, kann je nach Interessen und Blickwinkel unterschiedlich beantwortet werden, ist aber nicht Gegenstand dieser juristischen Abhandlung. Indessen möchten die Autoren hervorheben, dass diese Regeln nicht in jedem Fall die von der Vorlage angestrebte Transparenz⁷³ fördern, sondern ausdrücklich *Ausnahmen zum Wahrheitsgebot und Täuschungsverbot* und damit Abweichungen von zentralen Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung stipulieren: Weil beispielsweise Mango aus klimatischen Gründen in der Schweiz nicht wächst, kann pasteurisierter Mangosaft als Schweizer Fruchtsaft angepriesen werden, sofern die Frucht hierzulande verarbeitet und noch eine andere Zutat mit Schweizer Herkunft verwendet wurde. Dies dürfte den Konsumenten zumindest irritieren, weil er weiss, dass Mangos nicht in der Schweiz wachsen – was vom Gesetzgeber aber ausdrücklich akzeptiert wird. Wenn die Kirschenernte wetter- oder insektenbedingt zu einem erheblichen Teil ausfällt, können Kirschen aus andern Ländern hinzugekauft und die Marmelade dennoch als Schweizer Konfitüre angepriesen werden. Auch das täuscht – wird vom Gesetzgeber aber ausdrücklich geduldet. Weil der Selbstversorgungsgrad für die heimische Haselnuss unter 5% liegt, können Haselnusskekse mit Haselnüssen aus der Türkei als echte *Schwiizer Guezli* angepriesen werden. Auch das täuscht die Konsumenten – wird vom Gesetzgeber aber explizit gebilligt.

[Rz 42] Rechtlich betrachtet sind diese Bestimmungen damit äusserst fraglich, werden doch rein wirtschaftliche Interessen höher gewichtet als das Interesse der Konsumenten an Transparenz und Wahrheit. Zudem können solche Regelungen auch zur Verwässerung der Swissness und Verunsicherung der Konsumenten und damit zu einem Vertrauensverlust führen. Vor diesem Hintergrund sind die Autoren dezidiert der Auffassung, dass die *vorgenannten Ausnahmen mit äusserster Zurückhaltung angewendet und eng ausgelegt* werden müssen. Das verlangt auch die Botschaft, wonach die Ausnahmen restriktiv zu interpretieren sind und keinesfalls aus rein wirtschaftlichen Gründen zur Anwendung gelangen dürfen.⁷⁴ Entscheidend ist, dass die Anwendung dieser Ausnahmen nicht den guten Ruf der Marke Schweiz gefährden oder verwässern oder das Vertrauen der Konsumenten in Herkunftsangaben beeinträchtigen dürfen. Die Botschaft nennt als Beispiel für temporäre ausserordentliche Gegebenheiten u.a. eine Tierseuche wie BSE, die zu einer erheblichen Dezimierung des Viehbestandes führt – doch gerade in einem solchen Fall darf nicht ausländisches Fleisch als Schweizer Fleisch angeboten werden können, denn der Konsument möchte unter diesen Umständen ja genau wissen, woher das Fleisch stammt.

[Rz 43] Nicht explizit geregelt hat das revMSchG überdies die Frage, welcher Anteil an Rohstoffen aus dem Ausland im Ausnahmefall der temporär nicht genügend vorhandenen Mengen verwendet werden darf bzw. ob es ein *Maximum* für einen ausländischen Anteil gibt. Der Gesetztext scheint eher darauf schliessen zu lassen, dass die nicht zu berücksichtigenden Rohstoffe zu 100% aus dem Ausland stammen dürfen. Dies würde etwa bedeuten, dass bei einem totalen Ausfall der Kirschernte im Jahr 2017 Konfitüre als Schweizer Kirschenkonfitüre verkauft werden dürfte, obwohl nicht eine einzige Schweizer Kirsche verwendet wurde. Das wäre mit dem Wahrheitsgebot und dem Täuschungsverbot kaum noch zu vereinbaren. Nach Auffassung der Autoren

⁷³ Botschaft, BBl 2009 8533, 8558.

⁷⁴ Botschaft, BBl 2009 8533, 8592.

bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung hier sämtlichen Auslegungsspielraum zu Gunsten des Wahrheitsgebots und des Täuschungsverbots ausschöpfen wird.

III) Für alle anderen Waren, insbesondere industrielle Produkte

[Rz 44] Art. 48c revMSchG findet auf alle Waren Anwendung, welche weder als Lebensmittel noch als Naturprodukte qualifizieren. Im Zusammenhang mit dieser «Auffangkategorie» wird meist von Industrieprodukten oder industriellen Produkten gesprochen.

[Rz 45] Nach der bisherigen Gerichtspraxis (sog. «St. Galler Praxis») wird ein «Schweizer» Wertanteil von mindestens 50% verlangt. Berücksichtigt werden dabei die *Kosten* für Rohmaterialien, Halbfabrikate, Zubehörteile, Löhne und Fabrikationsgemeinkosten⁷⁵, aber nicht (bzw. nur restriktiv und mit Unsicherheiten verbunden) die Kosten für Forschung und Entwicklung.

[Rz 46] Neu wird die Prozentschwelle des *Wertanteils der Herstellungskosten auf 60%* angehoben und damit noch ein Spielraum von 40% vorgesehen.⁷⁶ Dafür werden neu neben den Materialkosten und den Fertigungskosten auch die Kosten für *Forschung und Entwicklung* sowie für einheitlich geregelte *Qualitätssicherung und Zertifizierungen* mitberücksichtigt.⁷⁷ Im Ergebnis kommt dies für viele Industriebereiche gegenüber der heute geltenden Regelung eher einer Erleichterung als einer Erschwerung für die Verwendung der Herkunftsangabe Schweiz gleich. *Nicht* berücksichtigt werden dürfen für die «Schweizermacher-Rechnung» weiterhin Verpackungskosten, Transportkosten und Kosten für Marketing und Vertrieb.⁷⁸

[Rz 47] Die Berechnungsweise wird in der revidierten Markenschutzverordnung⁷⁹ und den dazugehörigen Erläuterungen⁸⁰ näher umschreiben.

[Rz 48] Neben der 60%-Schwelle müssen «Schweizer» Industrieprodukte kumulativ zwei weitere Kriterien erfüllen:⁸¹

1. Die Herkunftsangabe muss dem Ort entsprechen, an dem *die Tätigkeit* vorgenommen wurde, welche dem Produkt seine *wesentliche Eigenschaft verleiht*. Bei einer mechanischen Uhr soll dies etwa das Zusammensetzen, bei chemischen Produkten die Forschung und Entwicklung sein.⁸² In diesem Bereich ist auch das neue Gesetz folglich stark auslegungsbedürftig.
2. Soweit die Tätigkeit, welche dem Produkt die wesentliche Eigenschaft verleiht, *kein Fabrikationsschritt* darstellt, muss zudem *ein wesentlicher Fabrikationsschritt* am Ort der Herkunftsangabe erfolgt sein. Es reicht also beispielsweise nicht, wenn Forschung und Entwicklung in der Schweiz über 60% der Kosten ausmachen und dem Produkt die wesentlichen Eigenschaften verleihen (wie es etwa bei chemischen Produkten der Fall wäre), die Fabrikation aber vollständig im Ausland erfolgt.

[Rz 49] Die 60%-Schwelle wird in zweierlei Hinsicht relativiert resp. ausgehebelt:

⁷⁵ So auch Grundsatz 2.1 der Schweizerischen Lauterkeitskommission.

⁷⁶ Art. 48c Abs. 1 revMSchG.

⁷⁷ Art. 48c Abs. 2 revMSchG.

⁷⁸ Art. 48c Abs. 3 lit. c–e revMSchG.

⁷⁹ Art. 52e–n revMSchV.

⁸⁰ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 16–21.

⁸¹ Art. 48c Abs. 4 revMSchG.

⁸² Botschaft, BBl 2009 8533, 8596.

1. Bei der Berechnung werden Naturprodukte nicht berücksichtigt, die wegen natürlicher Gegebenheiten nicht aus der Schweiz stammen können.⁸³ Das betrifft etwa Edelmetalle oder Mineralöl. Solche Stoffe fallen für die 60%-Schwelle nicht etwa als ausländische Rohmaterialien in die Rechnung, für welche ja immerhin noch 40% zur Verfügung stehen würden, sondern werden für die Rechnung gar nicht berücksichtigt.
2. In Art. 48c Abs. 3 lit. b revMSchG wird das Tor für branchenspezifische Sonderlösungen aufgestossen: Der Bundesrat kann in einer Branchenverordnung festlegen, dass ein Rohstoff in der Schweiz aus objektiven Gründen nicht in genügender Menge verfügbar ist (Art. 50 Abs. 2 revMSchG; dazu gleich nachfolgend). Auch solche Rohstoffe werden für die Berechnung der 60%-Schwelle nicht berücksichtigt.

IV) Weitere Ausnahmen

[Rz 50] Der Bundesrat erhält eine sehr weit gehende Verordnungskompetenz. Wenn es das Interesse einer Branche, der Wirtschaft oder der Konsumenten rechtfertigt, kann er die Anforderungen für Waren und Dienstleistungen näher umschreiben⁸⁴ und damit wohl auch erleichtern.

[Rz 51] Gemäss Art. 50 Abs. 2 revMSchG kann eine Branche dem Bundesrat einen Vorentwurf unterbreiten, um die Voraussetzungen näher zu umschreiben, unter denen eine Herkunftsangabe gebraucht werden darf.⁸⁵ Eine solche Verordnung kann etwa vorsehen, dass ein gewisser Rohstoff für die «Schweizermacher-Rechnungen» nicht berücksichtigt werden muss, da er in der Schweiz nicht genügend verfügbar ist. Nicht ausreichen würde aber, wenn der Rohstoff im Ausland lediglich viel günstiger wäre.⁸⁶ In Würdigung des Wahrheitsgebots und Täuschungsverbots ist bei der Annahme fehlender Verfügbarkeit u.E. grösste Zurückhaltung geboten.

[Rz 52] Auch ohne eine spezielle Verordnung hat ein Hersteller immer die Möglichkeit zu beweisen, dass die von ihm verwendete Herkunftsangabe dem Verständnis der massgebenden Verkehrskreise entspricht, selbst wenn die Anforderungen an Herkunftsangaben für Waren im revMSchG an sich nicht erfüllt werden.⁸⁷ Auch mit der Annahme dieser Ausnahmeregelung ist grösste Zurückhaltung geboten.⁸⁸

[Rz 53] Für die bereits am 31. Dezember 2016 geschützten geografischen Angaben (GGA) ist die Einhaltung des jeweiligen Pflichtenhefts entscheidend und ausreichend.⁸⁹ Diese Ausnahme ist eigentlich eine «Lex Bündnerfleisch». Letzteres würde die 80%-Schwelle für Lebensmittel (dazu oben) nämlich in vielen Fällen nicht einhalten, da zu viel ausländisches Fleisch verwendet wird. Dank dem bereits existierenden Eintrag als GGA darf die Bezeichnung aber dennoch verwendet werden, wenn das Pflichtenheft für die GGA eingehalten wird. Möchte ein Produzent das Bündnerfleisch aber zudem als «Schweizer Produkt» oder ähnlich anpreisen, so muss er zusätzlich auch die neuen Anforderungen des Art. 48b revMSchG einhalten.⁹⁰

⁸³ Art. 48c Abs. 3 lit. a revMSchG.

⁸⁴ Art. 50 Abs. 1 revMSchG.

⁸⁵ Art. 50 Abs. 2 revMSchG.

⁸⁶ Botschaft, BBl 2009 8533, 8601.

⁸⁷ Art. 48d lit. b revMSchG.

⁸⁸ Botschaft, BBl 2009 8533, 8598.

⁸⁹ Vgl. Art. 48d lit. a revMSchG.

⁹⁰ Botschaft, BBl 2009 8533, 8597 f.

d. Bestimmung der Herkunft von Dienstleistungen mit Schweizer Herkunftsangabe

[Rz 54] Bis heute sind die Anforderungen an Schweizer Herkunftsangaben für Dienstleistungen sehr grosszügig. Eine Dienstleistung darf selbst dann noch als «schweizerisch» angepriesen werden, wenn nur der Sitz des Dienstleisters in der Schweiz liegt, oder wenn sich der Anknüpfungspunkt an die Schweiz in der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz der Personen erschöpft, welche die Kontrolle über die Geschäftspolitik und Geschäftsführung innehaben. Eine klassische Schweizer Briefkastenfirma kann deshalb heute die faktisch aus dem Ausland heraus erbrachten Dienstleistungen als «schweizerisch» anpreisen.

[Rz 55] Ab dem 1. Januar 2017 ist dies nicht mehr möglich. Neu wird zwingend erforderlich sein, dass (i) die Herkunftsangabe dem Geschäftssitz der Person entspricht, welche die Dienstleistung erbringt *und* (ii) sich zudem ein «Ort der tatsächlichen Verwaltung» im gleichen Land befindet.⁹¹ Eine Briefkastenfirma wird demnach nicht mehr ausreichen.⁹²

[Rz 56] Somit wird zu einer entscheidenden Frage, was unter einem «Ort der tatsächlichen Verwaltung» zu verstehen ist. Das Vorhandensein eines «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» wird vermutet, wenn an diesem Ort eine für die Erreichung des Geschäftszwecks massgebliche Tätigkeit ausgeübt wird und für das Erbringen der Dienstleistung massgebliche Entscheide getroffen werden.⁹³ Der Begriff des «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» wurde offenbar bewusst gewählt, weil er bereits im Steuerrecht Verwendung findet und dort eine gewisse Konkretisierung erfahren hat.⁹⁴ In der Praxis wird namentlich von Bedeutung sein, dass eine Gesellschaft mehrere «Orte der tatsächlichen Verwaltung» haben kann, wovon sich «nur» einer in der Schweiz zu befinden braucht.

[Rz 57] Die Fluggesellschaft Swiss darf sich somit weiterhin Swiss International Air Lines AG nennen, da sich neben dem Sitz auch ein tatsächliches Verwaltungszentrum in der Schweiz befindet.⁹⁵ Demgegenüber darf sich ein Unternehmen, welches Schweizern gehört, von Schweizern geführt wird und den Sitz in der Schweiz hat, in Zukunft nicht mehr als «schweizerisch» bezeichnen, wenn die tatsächliche Verwaltung im Ausland erfolgt.

[Rz 58] Sowohl im Ständerat als auch im Nationalrat war von einer Minderheit beantragt worden, als weiteres Erfordernis eine Mindestzahl von 50% der Arbeitsplätze in der Schweiz zu verlangen.⁹⁶ Dies wurde von beiden Kammern u.E. zu Recht klar abgelehnt. Bundesrätin Simonetta Sommaruga wies in der Debatte u.a. darauf hin, dass eine solche Regelung unter Umständen dazu führen würde, dass Unternehmen wie die Credit Suisse umfirmieren müssten. Damit ist auch gesagt, dass es dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, für die Annahme eines «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» zu verlangen, dass die *Mehrheit der Arbeitnehmer* am betreffenden Ort arbeitet.

[Rz 59] Art. 49 Abs. 2 revMSchG sieht schliesslich eine Art Konzernprivileg vor, welches im Entwurf des Bundesrats noch nicht vorgesehen war: Liegt der Sitz der Muttergesellschaft in der

⁹¹ Art. 49 Abs. 1 revMSchG.

⁹² Botschaft, BBl 2009 8533, 8599.

⁹³ Art. 52o revMSchV.

⁹⁴ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 23.

⁹⁵ Beispiel aus Botschaft, BBl 2009 8533, 8599.

⁹⁶ AB 2012 1148.

Schweiz, und verfügt diese oder eine von ihr beherrschte und in der Schweiz ansässige Tochtergesellschaft über einen Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz, so dürfen die gleichartigen Dienstleistungen einer ausländischen Tochtergesellschaft oder der ausländischen Zweigniederlassung der Muttergesellschaft ebenfalls als «schweizerisch» bezeichnet werden, selbst wenn diese Tochtergesellschaft resp. Zweigniederlassung keinen Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz hat.⁹⁷

e. Regeln für regionale und lokale Herkunftsangaben

[Rz 60] Der Gesetzgeber hat es versäumt, für lokale und regionale Herkunftsangaben klare verbindliche Regeln zu formulieren. Bemerkenswert ist jedoch, dass eine bisher bereits für Dienstleistungen vorgesehene Regel nun auf Verordnungsstufe (!) auch auf Waren ausgedehnt wird: Erfüllen Waren und Dienstleistungen die gesetzlichen Herkunfts-kriterien für die Schweiz als Ganzes, so können sie gemäss Art. 52c revMSchV auch mit einem Hinweis auf eine Region oder einen Ort in der Schweiz gekennzeichnet werden.⁹⁸ Wer also berechtigt ist, seine Pasta als «Schweizer Hörnli» anzupreisen, weil die entsprechenden Voraussetzungen an die Schweizer Herkunftsangaben erfüllt sind, darf diese z.B. auch als «Bündner Hörnli» oder «Pasta Ticinese» verkaufen; dies gemäss erläuterndem Bericht zur revMSchV unabhängig davon, wo in der Schweiz die Produktion stattfindet.⁹⁹

[Rz 61] Eine Einschränkung dieses Grundsatzes gilt bei qualifizierten Herkunftsangaben, sprich geografischen Angaben: Wenn eine bestimmte Qualität oder ein anderes Merkmal der Ware oder der Dienstleistung im Wesentlichen der angegebenen geografischen Herkunft zugeschrieben wird oder die Region für die Ware oder Dienstleistung einen besonderen Ruf hat,¹⁰⁰ muss die Angabe auch auf regionaler bzw. lokaler Ebene korrekt sein. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass für den «Doppelrahm à la Gruyère», die für die Region Gruyère geltenden Herstellungs- und Verarbeitungsgrundsätze eingehalten werden müssen; dazu reicht es nicht, dass die verwendete Milch aus der Schweiz kommt, sondern es muss Milch aus der *Region* Gruyère verwendet werden.¹⁰¹ Weiter wird z.B. bei «Walliser Aprikosen» oder beim «Flaacher Spargel» erwartet, dass die Früchte tatsächlich aus dem Kanton Wallis und das Gemüse aus der Zürcher Gemeinde Flaach stammen, geniessen diese Gegenden doch einen sehr guten Ruf für diese Nahrungsmittel.

[Rz 62] Nach der hier vertretenen Auffassung darf die Entregionalisierungs-Bestimmung gemäss Art. 52c revMSchV nur äusserst zurückhaltend angewendet werden.¹⁰² Sie ignoriert vollständig, dass regionale und lokale Zeichen regelmässig Assoziationen und Erwartungen beim Konsumenten wecken, welche unabhängig von der speziellen Qualität und vom besonderen Ruf bestimmter

⁹⁷ Vgl. auch: IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 23.

⁹⁸ Art. 47 Abs. 4 (rev)MSchG (nur für Dienstleistungen); Art. 52c Satz 1 revMSchV.

⁹⁹ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. September 2015, 24.

¹⁰⁰ Art. 52c lit. a und b revMSchV und Art. 5 Abs. 1 HasLV; siehe auch Art. 48 Abs. 2 revMSchG.

¹⁰¹ Botschaft, BBl 2009 8533, 8586.

¹⁰² Daran ändert auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nichts, wonach es im Fall von geografischen Bezeichnungen, die auf eine Stadt oder eine Gegend hinweisen, genügt, dass die Waren im entsprechenden Land hergestellt werden (z.B. BGE 135 III 416, E. 2.4 – Calvi; BGE 117 II 327, 330 E. 2a – Montparnasse m.w.H.). Soweit ersichtlich ging es in jenen Fällen immer um Orte, die im *Ausland* liegen und damit beim Schweizer Durchschnittskonsumenten weniger bekannt sind und viel seltener regionenspezifische Erwartungen wecken.

Produkte aus jener Gegend bestehen. Die regionale oder lokale Herkunft ist für viele Konsumenten auch einfach aufgrund der *geografischen Nähe* oder aus Überlegungen des *Umwelt- und Tierschutzes* entscheidend für den Kauf einer Ware. Nicht ohne Grund wirbt einer der grossen Schweizer Detailhändler mit dem Slogan «aus der Region, für die Region». Ebenso ist es den Kunden eines anderen grossen Schweizer Detailhändlers nicht gleichgültig, ob der mit «Züribiet» bezeichnete Spinat tatsächlich aus dem «Züribiet» oder aus dem Tessin kommt. Gerade bei Lebensmitteln sind viele Schweizer Konsumenten bestrebt, «ihre» lokalen Landwirte und Produzenten zu unterstützen. Neben der örtlichen Nähe ist ferner das *Image* einzelner Kantone, Gegenden und Orte, *deren Werte und Kultur* sowie die *emotionale oder faktische Verbundenheit* der Konsumenten von Bedeutung. Ob das Produkt aus dem Kanton Tessin, Genf oder Uri stammt, ist für den Konsumenten meistens relevant: Wer Tessiner Erdbeer-Marmelade kauft, ist enttäuscht und wird getäuscht, wenn die Erdbeeren in Uri geerntet und dort zu Marmelade verarbeitet worden sind. Dasselbe gilt für den Käufer von Urner Marmelade, der aber Erdbeeren aus dem Drei-Seen-Land erhält. Gemäss der Ansicht der Autoren kann vom *Erfahrungsgrundsatz* ausgegangen werden, dass auch bei regionalen und lokalen Herkunftsangaben (in der Schweiz) Erwartungen geweckt werden und die regionale Herkunft in der Regel eine Rolle spielt. Vorbehalten bleibt stets die Widerlegung dieses Erfahrungssatzes. Nur dort, wo die Konsumenten den Hinweis auf eine Region oder einen Ort einfach stellvertretend für die Schweiz verstehen, aber keinerlei Erwartungen an die regionale oder lokale Herkunft des Produkts haben, soll die Entregionalisierungs-Bestimmung in Art. 52c revMSchV zur Anwendung kommen. Das dürfte in der Praxis die Ausnahme sein. In allen andern Fällen muss der Bestimmung nach Meinung der Autoren auch deshalb die Anwendung versagt werden, weil sie in jenen Fällen höherrangigem Recht, nämlich Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, widerspricht (vgl. dazu unten Rz. 69). Man kann nicht von den Konsumenten erwarten, dass Ihnen bewusst ist, dass im Schweizer Recht Herkunftsangaben «richtig» sein können, welche nach allen anderen Kriterien – einschliesslich des gesunden Menschenverstands – keinen Sinn ergeben. Das wäre auch gefährlich: Nach einer gewissen Zeit hätten die Schweizer Konsumenten diese Lektion verinnerlicht und würden Herkunftsangaben keine Bedeutung mehr zumessen. Damit wäre niemandem in der Schweiz gedient.

[Rz 63] Es stellt sich sodann die Frage, nach welchen Kriterien die regionale bzw. lokale Herkunft von Produkten in jenen Fällen zu bestimmen ist, in denen die schweizerische Herkunft nicht genügt. Das ist im Einzelfall festzulegen und ist insbesondere auch abhängig von den Erwartungen der Konsumenten. Auf jeden Fall braucht es regelmässig einen genügenden Anknüpfungspunkt an die jeweilige Region. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Regeln für schweizerische Herkunftsangaben, einschliesslich der 100%-Regel für Naturprodukte, der 80%-Regel für Lebensmittel und der 60%-Regel für andere Produkte heranzuziehen.

f. Bestimmung der Herkunft bei ausländischen Herkunftsangaben

[Rz 64] Gemäss Art. 110 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) bestimmt sich die Zulässigkeit des Gebrauchs einer ausländischen Herkunftsangabe in der Schweiz nach schweizerischem Recht, also nach dem (rev)MSchG.¹⁰³ Verschiedene bilaterale Verträge sehen jedoch schon heute das Herkunftslandprinzip vor, d.h. die Zulässigkeit einer Herkunftsanga-

¹⁰³ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 12.

be bestimmt sich nach den Vorschriften des Herkunftslandes.¹⁰⁴ Ein Stück weit übernimmt auch das revMSchG nun das Herkunftslandprinzip: Ausländische Herkunftsangaben gelten grundsätzlich als zutreffend, wenn sie die gesetzlichen Anforderungen des entsprechenden Landes erfüllen.¹⁰⁵ Das könnte bedeuten, dass ausländische Herkunftsangaben weniger strengen Voraussetzungen als schweizerische Herkunftsangaben unterliegen, sofern das ausländische Recht weniger strenge Voraussetzungen als das revMSchG vorsieht. Relativiert oder sogar ausgehebelt wird dieser Rückverweis auf ausländisches Recht allerdings dadurch, dass die Herkunftsangabe nicht zur Täuschung der Konsumenten in der Schweiz führen darf.¹⁰⁶

[Rz 65] Das revMSchG definiert nicht, nach welchem Massstab zu bestimmen ist, ob ein ausländisches geografisches Zeichen in der Schweiz *täuschend* ist. Werden dazu einfach die Anforderungen an Schweizer Produkte spiegelbildlich auf die ausländischen Produkte angewendet? Das wäre konsequent, handelt es sich bei diesen Anforderungen doch letztlich um die gesetzgeberische Konkretisierung des Wahrheitsgebots und des Täuschungsverbots. Oder gilt für ausländische Herkunftsangaben (vorbehältlich höherer Anforderungen im Herkunftsland) ein tieferer Standard? Der Bundesrat schien in der Botschaft von einem tieferen Standard auszugehen: Nur wenn die gesetzlichen Anforderungen des Ursprungslandes (Hervorhebung hinzugefügt) «*in keiner Weise mit den berechtigten Erwartungen der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten übereinstimmen*», sollen gemäss Botschaft die höheren Anforderungen des Schweizer Rechts relevant sein.¹⁰⁷ Im Parlament wurde die Bestimmung gar nicht diskutiert.¹⁰⁸ Die Rechtsprechung wird zeigen müssen, ob für ausländische Herkunftsangaben im Ergebnis tatsächlich ein tieferer Standard gelten wird oder ob die Anwendung des Täuschungsverbots letztlich doch zu einer spiegelbildlichen Anwendung der Vorschriften für Schweizer Herkunftsangaben führt. Nach Auffassung der Autoren ist dies unvermeidlich. Alles andere würde letztlich darauf beruhen, dass man den Schweizer Konsumenten unterstellt, dass sie sich bei ausländischen Herkunftsangaben weniger schnell getäuscht fühlen als bei Schweizer Herkunftsangaben, da ihr Vertrauen in ausländische Herkunftsangaben zum Vornherein ohnehin schon geringer ist. Zumindest in dieser Allgemeinheit und Undifferenziertheit wäre diese Unterstellung nach Auffassung der Autoren aber unzutreffend. Eine nach Ländern differenzierende Einzelfallbetrachtung wäre demgegenüber diskriminierend. Die einzige konsequente und diskriminierungsfreie – nicht zuletzt auch gegenüber Schweizer Herstellern diskriminierungsfreie – Linie würde somit letztlich doch der spiegelbildlichen Anwendung der Regeln für Schweizer Herkunftsangaben entsprechen. Fest steht, dass ein ausländischer Produzent, der auf Nummer sicher gehen will, sich an den Vorgaben für Schweizer Herkunftsangaben orientieren wird, da die Umrisse des Täuschungsverbots in Art. 48 Abs. 5 revMSchG noch sehr unscharf sind.

¹⁰⁴ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 13 m.w.H.

¹⁰⁵ Art. 48 Abs. 5 Satz 1 revMSchG betr. Waren; analoge Bestimmung für Dienstleistungen: Art. 49 Abs. 4 Satz 1 revMSchG.

¹⁰⁶ Art. 48 Abs. 5 Satz 2 revMSchG betr. Waren; analoge Bestimmung für Dienstleistungen: Art. 49 Abs. 4 Satz 2 revMSchG.

¹⁰⁷ Botschaft, BBl 2009 8533, 8588; im Lebensmittelbereich gilt seit Dezember 2011 ohnehin das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der geschützten Ursprungsbezeichnungen (GUB/AOP) und der geschützten geografischen Angaben (GGA/IGP) mit der EU (als Anhang 12 integriert in das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen; SR 0.916.026.81).

¹⁰⁸ AB 2012 N 498 (Nationalrat) und AB 2012 S 1127 (Ständerat).

[Rz 66] Beispiel: Wenn ein spanisches Unternehmen spanischen Safran mit höherwertigem iranischen Safran mischt und die Mischung in der Schweiz als iranischen Safran verkauft, so beurteilt sich die Zulässigkeit dieser Herkunftsangabe für die Schweiz zunächst nach dem Recht des Landes der angeblichen Herkunft, vorliegend also nach iranischem Recht. Es ist also nach iranischem Recht zu beurteilen, ob diese Mischung aus iranischem und spanischem Safran als iranischer Safran angepriesen werden darf. Ist eine solche Anpreisung gemäss iranischem Recht nicht erlaubt, so ist sie auch in der Schweiz nicht erlaubt. Selbst wenn eine solche Anpreisung nach iranischem Recht erlaubt wäre, würde sie nach der hier vertretenen Auffassung wohl dennoch gegen das Täuschungsverbot in Art. 48 Abs. 5 revMSchG verstossen, weil das betreffende Produkt *in keiner Weise* mit den durch die Anpreisung hervorgerufenen und berechtigten Erwartungen der Schweizer Konsumenten und Konsumentinnen übereinstimmen würde und diese folglich getäuscht würden.

4. Verhältnis zum UWG

[Rz 67] Nicht restlos geklärt ist das Verhältnis des 2. Titels des (rev)MSchG über Herkunftsangaben zum UWG, namentlich Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Gemäss letzterer Bestimmung ist es unlauter, über seine Waren oder Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben zu machen.

[Rz 68] Die Bestimmungen zu Herkunftsangaben sind wettbewerbsrechtlicher Natur¹⁰⁹ und nach überwiegender Meinung sind das (rev)MSchG und UWG kumulativ nebeneinander anwendbar.¹¹⁰ Was die neuen Regeln im revMSchG konkret für die Praxis bedeuten, wird durch die Rechtsprechung zu klären sein. Unter anderem stellt sich die Frage, ob eine mit dem revMSchG kompatible Herkunftsangabe automatisch auch «richtig» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist? Dies wird zumindest unter dem bisherigen Recht vom grösseren Teil der Lehre (jedoch mit prominenten Gegenstimmen) bejaht.¹¹¹ Im Grundsatz muss der Mehrheit zugestimmt werden. Es ist den Rechtssuchenden nicht zuzumuten, dass sie trotz Einhaltung der neueren und detaillierten Bestimmungen zu den Herkunftsangaben des revMSchG mit einer UWG-Verletzung rechnen müssen. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass sich die «Unrichtigkeit» oder «Irreführung» gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG nicht aus anderen Elementen ergeben kann. Soweit es aber «nur» und ausschliesslich um die Bestimmung der Herkunft geht, ist das revMSchG nach der hier vertretenen Auffassung auch bei der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verbindlich.

[Rz 69] Anders gestaltet sich die Ausgangslage jedoch bei Widersprüchen zwischen der Entregionalisierungs-Bestimmung in Art. 52c revMSchV (dazu oben Rz 60–62) und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Hier steht eine Verordnungsbestimmung einer Bestimmung auf Gesetzesstufe gegenüber. Gemäss Art. 52c revMSchV dürfte eine Maschine als «Solothurner Maschine» bezeichnet werden, wenn 60% der Herstellungskosten in der Schweiz anfallen und die weiteren Voraussetzungen in der Schweiz erfüllt sind, aber nur 5% der Herstellungskosten in Solothurn anfallen. Vor der Swissness-Vorlage hätte wohl kaum jemand bestritten, dass die Angabe «Solothurner Maschine» gemäss diesem Beispiel hochgradig unrichtig und irreführend i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b

¹⁰⁹ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 6 m.w.H.

¹¹⁰ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 52 m.w.H.; MEISSER/ASCHMANN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/2, Basel 2005, 321.

¹¹¹ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 54 m.w.H.; a.A. MEISSER/ASCHMANN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/2, Basel 2005, 321.

UWG ist. Nach Inkrafttreten der Swissness-Vorlage wird es unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nun problematisch sein, in dieser Situation einen Verstoss gegen das UWG zu bejahen. Unter dogmatischen Gesichtspunkten erscheint die Lösung dennoch klar. Beim UWG handelt es sich um höherrangiges Recht als bei Art. 52c revMSchV. Letzterer ist somit unbeachtlich, soweit er Handlungen legitimieren soll, welche Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG *klar* verletzen. Dieses dogmatische Argument lässt sich auch nicht dadurch entkräften, dass mit dieser Verordnungsbestimmung lediglich eine Wertung für Waren übernommen wird, welche der Gesetzgeber für Dienstleistungen explizit getroffen hat. Denn mit Bezug auf regionale Herkunftserwartungen können Waren kaum mit Dienstleistungen verglichen werden. Der Widerspruch zwischen UWG und Art. 52c revMSchV lässt sich vermeiden, wenn man bei regionalen und lokalen Herkunftsbezeichnungen – wie oben vertreten (Rz. 62) – ohnehin nur dann die Anforderungen an die Herkunftsangabe «Schweiz» genügen lässt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die regionale oder lokale Herkunft den massgebenden Verkehrskreisen völlig gleichgültig ist. Mit Bezug auf obiges Beispiel: Wenn es für die massgebenden Verkehrskreise nicht von Bedeutung ist, dass die Maschine in Solothurn (und nicht an einem andern Ort in der Schweiz) hergestellt wurde, dann wirkt sich die nach gesundem Menschenverstand an sich falsche, nach Art. 52c revMSchV aber richtige Aussage gar nicht auf den Kaufentscheid und damit auch nicht auf den Wettbewerb aus, womit auch keine Verletzung des UWG vorliegen kann. Spielt die Solothurner Herkunft für die Konsumenten aber eine Rolle, dann müssen sie in ihren berechtigten Erwartungen auch geschützt werden und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG muss sich gegenüber Art. 52c revMSchV als höher rangiges Recht durchsetzen.

[Rz 70] Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an die «Richtigkeit» einer Herkunftsangabe im revMSchG ins UWG übernommen werden müssen. Wenn jemand auf die Verpackung einer Maschine schreibt: «developed at ETH Zurich» ist dies u.a. ein Hinweis darauf, dass die Maschine in der Schweiz entwickelt wurde. Insofern kann diese Angabe als Herkunftsangabe verstanden werden, die dann dem 100%-Erfordernis von Art. 47 Abs. 3^{ter} revMSchG genügen muss. Wird nun Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG den strengen Masstab aus dem MSchG übernehmen und ebenfalls ein 100%-Erfordernis verlangen? Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu bejahen. Indem der Gesetzgeber im revMSchG definiert, unter welchen Voraussetzungen eine Herkunftsangabe zutreffend ist, trifft er eine Wertung, welche auch im UWG zu berücksichtigen ist.¹¹² Fraglich ist allerdings, ob eine strafrechtliche Sanktionierung unter dem UWG beim beschriebenen 100%-Erfordernis unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots für strafrechtliche Normen vertretbar wäre.

5. Änderungen verfahrensrechtlicher und strafrechtlicher Bestimmungen (Rechtsschutz)

[Rz 71] Im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz sind ebenfalls verschiedene zivilrechtliche, strafrechtliche und die Zollmassnahmen betreffende Bestimmungen angepasst worden. Folgende verdienen der besonderen Hervorhebung:

¹¹² So auch S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 54 m.w.H; vgl. zum Verhältnis von Markenrecht und UWG auch B. ABEgg, Der Gebrauch fremder Marken im Geschäftsverkehr, Bern 2013, 123.

a. Beweislastumkehr

[Rz 72] Ein Kläger, der sich gegen die Verwendung einer Herkunftsangabe durch einen Konkurrenten zur Wehr setzen möchte, ist nach heutiger Rechtslage aufgrund von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) dafür beweispflichtig, dass der Konkurrent die Voraussetzungen für die Verwendung der Herkunftsangabe nicht erfüllt. Wie sich gezeigt hat, erfordert die Bestimmung der Herkunft einer Ware aber teils detaillierte Kenntnisse der Herstellungskosten bzw. der Gewichtsanteile. Der Kläger ist deshalb regelmässig gar nicht in der Lage, den geforderten Beweis zu erbringen. Art. 51a revMSchG und Art. 19 revWSchG werden für diese Problematik nun Abhilfe schaffen, indem in Zukunft der Verwender der Herkunftsbezeichnung bzw. des öffentlichen Zeichens die Beweislast für seine Gebrauchsberechtigung tragen wird. In Art. 13a UWG besteht bereits heute eine ähnliche Bestimmung, welche die Beweislast jedoch nicht gleich selbst umkehrt, sondern lediglich die Anordnung der Beweislastumkehr durch das Gericht vorsieht.

[Rz 73] Die Gefahr von Zivilprozessen als «Versuchsballone» dürfte dennoch nicht bestehen. Auch in Zukunft wird ein Kläger den Weg der Zivilklage wohl nur wählen, wenn er davon überzeugt ist, dass eine Herkunftsangabe klar zu Unrecht verwendet wird. Schliesslich besteht für den Kläger im Falle des Unterliegens in einem Zivilprozess ein erhebliches Kostenrisiko.

[Rz 74] Interessant dürfte diesbezüglich sein, ob die Gerichte es bei der Kostenverteilung berücksichtigen werden, wenn sich der Beklagte vor Klageeinleitung (in der «Abmahnphase») weigert, seine Berechtigung für die Verwendung einer Herkunftsbezeichnung zumindest plausibel darzulegen. Nach der hier vertretenen Auffassung darf vorprozessual sicher kein eigentlicher Beweis und erst recht kein Einblick in Geschäftsgeheimnisse erwartet werden, zumal der spätere Beklagte vorprozessual keine Möglichkeit hat, Schutzmassnahmen für Geschäftsgeheimnisse zu beantragen.

b. Klageberechtigung für Behörden

[Rz 75] Neben Berufs- und Wirtschaftsverbänden und Konsumentenorganisationen werden neu auch das IGE sowie die Kantone oder anderen Gemeinwesen in gewissen Fällen für Feststellungs- und Leistungsklagen aktivlegitimiert sein, soweit es um den Schutz der Herkunftsangabe Schweiz bzw. den Gebrauch eines öffentlichen Zeichens geht.¹¹³ Das IGE wird zudem auch berechtigt sein, Strafanzeige zu erstatten und im Strafverfahren die Rechte einer Privatklägerschaft wahrzunehmen.¹¹⁴

c. Verschärfung strafrechtlicher Bestimmungen

[Rz 76] Künftig wird nicht nur der gewerbsmässige, sondern jeder vorsätzliche Gebrauch unzutreffender Herkunftsangaben von Amtes wegen (und nicht mehr nur auf Antrag hin) strafrechtlich verfolgt, so wie das heute gemäss WSchG bereits bei den öffentlichen Zeichen der Fall ist.

[Rz 77] Der unzulässige Gebrauch öffentlicher Zeichen kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und im Falle von Gewerbsmässigkeit sogar mit Freiheitsstrafe bis zu 5

¹¹³ Art. 56 Abs. 1 revMSchG und Art. 22 revWSchG.

¹¹⁴ Art. 64 Abs. 3 revMSchG.

Jahren sanktioniert werden.¹¹⁵ Dem gleichen Strafmass unterliegt der Gebrauch unzutreffender Herkunftsangaben.¹¹⁶

[Rz 78] Das IGE wird neu ausdrücklich ermächtigt, im Falle von vorsätzlichem Missbrauch von öffentlichen Zeichen oder Herkunftsangaben bei der zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde Strafanzeige einzureichen und damit ein Strafverfahren in Gang zu bringen, in dem es auch als Privatklägerin auftreten kann.¹¹⁷

[Rz 79] Wichtig und zu erwarten bleibt, dass die Behörden die neue Gesetzgebung zur Swissness nicht nur erlassen, sondern die Einhaltung der neuen Regeln auch konsequent durchsetzen.

lic. iur. MARKUS KAISER, LL.M., Rechtsanwalt und Dr. iur. MICHAEL NOTH, LL.M., Rechtsanwalt sind beide Partner der Kanzlei TIMES Attorneys, einer auf die Bereiche Technology, Immaterialgüterrecht, Medical, Entertainment und Sport spezialisierten Kanzlei mit Büros in Zürich und Lausanne.

¹¹⁵ Art. 28 revWSchG.

¹¹⁶ Art. 64 Abs. 1 und 2 revMSchG.

¹¹⁷ Art. 31 Abs. 2 revWSchG; Art. 64 Abs. 3 revMSchG.